

FTA상 서비스 관련 투자의 보호에 관한 연구

- 한국이 체결한 FTA를 중심으로 -*

김 인 숙**

차 례

I. 서 론

II. FTA상 서비스 관련 투자의 규율방식

1. 투자챕터를 통한 규율방식
2. 서비스챕터를 통한 규율방식

III. 서비스 관련 투자의 보호 범위

1. 투자규칙의 시간적 적용범위
2. 투자 및 투자자/ 서비스 및 서비스공급자

IV. 서비스 관련 투자의 보호 기준

1. 비차별대우원칙: 내국민대우/최혜국대우
2. 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우
3. 간접수용

V. 서비스 관련 투자분쟁의 ISD적용 가능성

VI. 결 론

* 본 연구는 2013학년도 경기대학교 학술연구비(일반연구과제) 지원에 의하여 수행되었음.

** 경기대학교 법학부 부교수, 법학박사.

접수일자 : 2014. 10. 30. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

I. 서론

최근 상품의 단순한 수·출입을 통한 국제거래에서 벗어나 무역과 투자, 그리고 서비스가 유기적으로 연계된 형태의 국제거래가 활발해지면서 국제통상환경이 변화되고 있다.¹⁾ 이러한 상황에서 서비스 관련 외국인 투자가 차지하는 비중은 2008년 기준으로 이미 전 세계 직접투자의 55%에 육박하는 것으로 보고된 바 있다.²⁾ 특히 우리나라의 주요 투자 대상국인 중국의 산업정책 변화상황에 대응하여, 현재의 대중국 투자를 서비스산업으로 다양화할 필요성이 제기되고 있다는 점에서 서비스산업의 개방문제는 해외투자과 관련하여 중요한 정책적 이슈로 다루어지고 있는 것으로 판단된다. 우리 정부는 이러한 세계적인 흐름에 발맞추어 자유무역협정(Free trade agreement: FTA) 체결³⁾시에 서비스 및 투자 분야를 주요한 의제로 다루고 있으며, 제조업 중심의 기능적 통합이 중시되어왔던 한-중-일 간에도 한-중-일 FTA 협상을 통해 서비스 및 투자 부문의 개방에 대한 논의가 본격화되고 있다.

서비스 관련 투자분야는 서비스와 투자라는 두 개의 영역이 연계되어 있어 본질적으로 이를 규범화하고 운영하는 것은 복잡한 일이 될 수밖에 없다. 하지만 국제교역에서 서비스 관련 투자가 갖는 중요성을 고려할 때 FTA 협상과정에서 서비스시장 개방에 대한 접근방식에 신중할 필요가 있다. 이는 우리나라가 체결하는 FTA에서 서비스 관련 투자를 서비스챕터로 규율할지 아니면 투자챕터로 규율할지 그 접근방식에 따라 서비스

1) 김종덕, 『국제통상환경의 변화와 한·미FTA 서비스·투자협정』, 한국경제연구원, 2014, 3-8쪽.

2) WTO, *International Trade Statistic 2008*, 2008, pp. 6, 13, 179.

3) 우리나라는 2014년 10월 현재 칠레, 싱가포르, EFTA, 인도, ASEAN, 미국, 페루, EU, 터키, 콜롬비아, 호주, 캐나다 등 12개국과의 FTA를 체결(콜롬비아, 호주, 캐나다와의 FTA는 서명상태)하고 있다. 그 중 한국-EU FTA와 한국-터키FTA(상품무역발효후 1년 이내 협상타결 예정)를 제외한 모든 FTA에 투자챕터나 투자협정을 포함시키고 있으며, ASEAN과는 별도의 투자협정을 체결하여 한국-ASEAN FTA에 포함시키고 있고, 한국-EFTA FTA에도 한국과 아이슬란드·리히텐슈타인·스위스간의 투자협정이 포함되어 있다. 한국-EFTA FTA는 한국과 스위스간에 기 체결된 투자협정과 효력관계를 고려하여 한국-EFTA FTA 투자협정이 한국-스위스간 투자협정을 대체한다는 점을 규정하고 있다.

관련 투자의 보호기준이나 분쟁해결 방식 등이 매우 달라질 수 있기 때문이다. 특히 서비스 관련 투자가 WTO/GATS처럼 서비스챕터의 적용을 받을 경우 국가별 서비스 양허 및 유보방식에 따라 시장개방이나 투자보호에 대한 대우가 달라질 수 있고, 그 유보 및 예외규정들 때문에 적용도 매우 복잡하다. 그러한 점에서 서비스 및 투자분야는 기존의 상품무역과는 달리 국가들마다 시장개방에 매우 신중한 접근방식을 취하고 있는 것이 사실이다.

그렇다면 우리나라가 이미 체결한 12개의 FTA에서는 서비스 관련 투자에 대해 어떠한 접근방식을 취하고 있고, 그러한 접근방식에 따라 국내적으로 법집행을 함에 있어 발생할 수 있는 문제는 없는 것인가? 또한 FTA를 통해 우리나라의 서비스 관련 해외투자를 실질적으로 보호하는데 발생할 수 있는 문제는 없는 것인가? 2008년 기준으로 투자자-국가간 분쟁(Investor-State Dispute: ISD) 가운데 40%가 서비스 투자와 관련해서 발생하였다는 보고⁴⁾를 감안할 때 이러한 문제에 대해 관심을 두어야 할 시점이라고 본다.

그러한 의미에서 본 연구의 목적은 우리나라가 그간에 체결한 FTA 투자규범상의 서비스 투자분야에 대한 법체계상의 접근방식과 투자보호에 관련한 주요 법적 쟁점들을 중심으로 비교법적으로 검토하여 적용상의 문제점이 있는지를 검토함으로써 그로 인해 발생할 수 있는 국제투자분쟁에 대비하고자 하는 것이다. 본 논고가 우리나라가 체결한 FTA의 서비스 관련 투자규칙 전반에 대한 광범한 논의를 포괄하는 것임을 고려하여 투자분야에서 많이 다루어지는 주요 법적 쟁점들 가운데 가장 핵심적인 사항들을 몇 가지만 추려내어 검토하고자 한다. 우선 서비스 관련 투자 보호의 범위, 둘째, 투자에 대한 보호기준으로서 비차별대우(내국민대우, 최혜국대우), 최소기준대우(충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우 포함), 간접수용 규정 등에 대한 분석이 함께 이루어 질 것이다. 셋째, 서비스 투자와 관련하여 ISD제도의 적용 가능성에 대한 검토도 진행될 것이다.

4) UNCTAD, "Latest Development in Investor-State Dispute Settlement", *IIA Monitor*, 2008, p. 3.; 한편 2012년 우리나라가 금융서비스 투자와 관련하여 ICSID의 ISD 소송절차에 회부된 사건(*LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Notice of Arbitration, 10 December 2012)도 같은 맥락에서 고려할 수 있을 것이다.

II. FTA상 서비스 관련 투자의 규율방식

국제투자규범상 서비스 관련 투자를 규율하는 방식은 다양하다. WTO의 경우 상품관련 투자에 대해서는 TRIMs협정에서 규율하고, 서비스 관련 투자는 서비스규범인 GATS에서 상업적 주재에 의한 서비스 거래유형으로 포함시켜 규율하고 있는 반면, 투자보장에 관심을 두고 체결된 양자간투자조약(Bilateral Investment Treaty: BIT)⁵⁾들은 서비스 관련 투자를 따로 구분하지 않고 투자 전반을 포괄적으로 규율하는 것이 일반적이다. 이하에서는 우리나라가 체결한 FTA들에서 취하고 있는 서비스 관련 투자에 대한 접근방식에 대해 검토하고자 한다.

1. 투자챕터를 통한 규율방식

우리나라가 체결한 FTA들 가운데 협상단계에서부터 투자 분야와 관련하여 크게 이슈가 되었던 바 있는 한국-미국FTA 투자챕터에서는 서비스 관련 투자를 그 적용범위에 포함시킬 것인지에 대한 명시적인 규정이 없다. 다만 서비스챕터(제13장)가 적용되는 국경간 서비스공급의 개념을 3개 유형의 서비스 공급⁶⁾에 한정하면서,⁷⁾ 적용대상 투자에 의한 당사국 영역에서의 서비스공급 즉 상업적 주재에 의한 서비스공급에 대해서는 서비스챕터의 적용범위에서 제외됨을 명시화하고 있다.⁸⁾ 이처럼 한국-미국FTA의 서비스 관련 외국인투자에 대한 접근방식⁹⁾은 우리나라가 체결

5) 일반적으로 국제투자협정은 BIT의 형식으로 체결되는 것이 일반적인 현상이었으나 최근 FTA를 체결하면서 투자챕터를 두거나 FTA의 부속문서로서 투자협정을 포함시키는 방법으로 투자협정들이 체결되고 있는 것이다. 우리나라와 FTA 투자협정(챕터)을 체결하는 국가들 중에는 이미 우리나라와 BIT를 체결한 경우가 대부분이다.

6) ① 어느 한쪽 당사국의 영역으로부터 다른 쪽 당사국 영역내로의 서비스공급 ② 어느 한쪽 당사국의 영역 내 그 당사국의 사람에게 의한 다른 쪽 당사국의 사람에 대한 서비스공급, ③ 다른 쪽 당사국의 영역내 어느 한쪽 당사국의 국민에 의한 서비스 공급.

7) 한국-미국FTA 제12.13조.

8) WTO/GATS에서는 위의 세 가지 유형의 서비스 공급에 상업적 주재에 의한 서비스공급을 추가하여 4개의 서비스 공급유형을 적용범위로 하고 있다.

9) 더욱이 한국-미국FTA의 경우 제11.2조에서 서비스의 국경간 공급과 관련하여 당사국은 서비스공급을 허용하는 조건으로 또는 서비스공급자로 하여금 채권 또는 기타 형

한 6개 FTA들에서도 공통적으로 나타나고 있다.¹⁰⁾ 또한 이들 FTA들에서는 공통적으로 금융서비스와 관련해서는 별도의 규정을 두어 투자챕터의 적용을 배제하고 있다.¹¹⁾ 이 처럼 투자챕터에서 특히 금융서비스에 대해서 적용배제 조항을 별도로 두고 있는 것은 투자챕터에는 서비스 관련 투자에 대한 적용 여부가 명시화되고 있지는 않지만 서비스 관련 투자가 동 투자챕터의 적용범위에 포함된다는 것을 전제로 하는 규정이라고 해석된다. 따라서 이러한 규정들을 종합적으로 판단컨대 상기 7개 FTA들에서는 금융서비스 분야를 제외하고 서비스 관련 투자에 대해서는 서비스 챕터가 아니라 투자챕터(혹은 투자협정)가 적용된다.

우리나라가 체결한 모든 FTA에서 이러한 접근 방식을 채택했다면 협정의 규범적 측면에서 통일성과 일관성을 확보할 수 있고 그 집행 과정에서 혼란이나 분쟁의 가능성을 최소화할 수 있을 것이다. 하지만 현실적으로 우리나라가 체결하는 FTA 대상국과의 협상 여건이 항상 동일한 것은 아니므로 모든 FTA들에서 동일한 접근 방식을 채택하고 있지는 못하고 있는 것으로 보인다.

2. 서비스챕터를 통한 규율방식

위에서 언급한 다수의 FTA들과 달리 일부 FTA에서는 서비스 관련 투자를 규율하는 방식이 조금 복잡하다. 가령 한국-ASEAN FTA는 서비스협정에서 동 협정이 적용되는 서비스무역의 형태에 한 당사국의 서비스공급자에 의한 그 밖의 당사국의 영토 내에서의 상업적 주재를 통한 서비스공급 즉, 서비스 관련 투자를 포함시키고 있다.¹²⁾ 따라서 상업적 주재

태의 재정적 담보를 기탁할 것을 시장접근의 요건으로 하는 경우가 있는데 이러한 요건 자체만으로는 투자챕터(제11장)의 적용을 받지 않음을 명시하여 서비스 관련(상업적 주재에 의한) 투자가 아닌 일반적인 서비스의 국경간 공급형태가 예외적인 상황에서 투자의 요소를 일부 포함하고 있는 경우에 대해서는 제11장 투자챕터의 적용을 배제하고 있음을 명확히 하고 있다.

10) 한국-칠레FTA 제11.1조, 한국-싱가포르FTA 제9.1조, 한국-페루FTA 제10.13조, 한국-콜롬비아FTA 제9.13조, 한국-호주FTA 제7.13조, 한국-캐나다FTA 제9.12조.

11) 한국-칠레FTA 제10.2조 3항, 한국-싱가포르FTA 제10.3조 3항, 한국-미국FTA 제11.2조, 한국-페루FTA 제9.2조, 한국-콜롬비아FTA 제8.1조 4항, 한국-캐나다FTA 제8.2조 3항, 한국-호주FTA 제11.2조.

에 의한 서비스(서비스 관련 투자)에 대해서는 일반적으로 서비스협정의 적용을 받으나, 투자협정에 따르면 투자협정상의 제5조(투자의 일반적 대우), 제 10조(송금), 제12조(수용 및 보상), 제13조(손실에 대한 보상), 제 14조(대위변제) 및 제18조(당사국과 그 밖의 당사국의 투자자간의 투자분쟁해결) 규정은 상업적 주재에 의한 서비스거래 즉, 서비스 관련 투자에 대해서도 함께 적용된다.¹³⁾ 마찬가지로 한국-인도CEPA도 서비스챕터에서 서비스챕터가 적용되는 서비스무역의 형태에 ‘한 당사국의 서비스공급자에 의한 그 밖의 당사국의 영토 내에서의 상업적 주재¹⁴⁾를 통한 서비스 공급(서비스 관련 투자)을 포함시키고 있다.¹⁵⁾ 따라서 서비스 관련 투자는 일반적으로 제6장 서비스챕터의 적용범위에 포함되나, 투자챕터 제 10.4조(대우의 최소기준), 제10.10조(송금), 제10.12조(수용 및 보상), 제 10.13조(손실 및 보상), 제10.14조(대위변제), 제10.15조(특별 형식 및 정보 요건), 제10.19조(사법 및 행정 절차에 대한 접근), 그리고 제10.21조(당사국과 다른 쪽 당사국 투자자간의 분쟁해결) 규정이 서비스투자에 대해 함께 적용된다.¹⁶⁾ 또한 금융서비스 관련 투자에 대해서도 투자챕터 제 10.12조(수용 및 보상), 그리고 당사국이 제10.12조(수용 및 보상)를 위반하였다는 청구에 관하여만 제10.21조(당사국과 다른 쪽 당사국 투자자간의 분쟁해결) 규정이 적용된다.¹⁷⁾

한편 한국-EFTA FTA는 서비스 관련 투자에 적용해야할 규범의 불명확성으로 인해 협정의 적용 및 운영에 복잡한 문제가 발생할 소지가 있다. 한국-EFTA FTA 투자협정은 그 적용범위에서 서비스무역에 영향을 미치는 조치(즉 서비스 관련 투자)에 대해서는 제4조(내국민대우와 최혜국대우)의 적용을 배제하고 서비스(제3장) 및 금융서비스챕터(제4장)를 적용하

12) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제1조.

13) 한국-ASEAN FTA 투자협정 제2조.

14) 한국-인도CEPA 제6.1조에 따르면 상업적 주재란 서비스의 공급을 목적으로 하는 당사국의 영역내에서의 모든 유형의 사업적 또는 전문적 설립체를 말하며 다음을 포함한다. (1) 법인의 설립·인수 또는 유지, 또는 (2) 지사 또는 대표사무소의 개설 또는 유지를 의미한다.

15) 한국-인도CEPA 제6.1조.

16) 한국-인도CEPA 제6.23조.

17) 한국-인도CEPA 제6.23조.

도록 규정하고 있다.¹⁸⁾ 이 규정을 반대로 해석하면 한국-EFTA FTA 투자협정은 서비스 관련 투자에도 일반적으로 적용되지만 내국민대우 및 최혜국대우와 관련해서는 동 투자협정의 규정이 아닌 서비스챕터 및 금융서비스챕터 상의 내국민대우 및 최혜국대우 규정을 적용해야 하는 것으로 보아야 한다. 반면 한국-EFTA FTA 서비스챕터에 따르면 이 장(서비스챕터)은 제4.1조(금융서비스)에 적용된 분야를 제외한 모든 서비스 분야의 조치에 적용된다.¹⁹⁾ 또한 한국-EFTA FTA 서비스챕터에 따르면 GATS상 서비스 및 서비스무역의 개념이 이 협정에 통합된다.²⁰⁾ 즉 GATS 제1조²¹⁾의 서비스 및 서비스무역에 대한 정의가 이 장(투자협정)에 통합되어 이 장의 일부가 된다고 규정하고 있다. 이 모든 규정에 따르면 한국-EFTA FTA 서비스챕터는 상업적 주재를 통한 서비스(서비스 관련 투자)를 포함하여 GATS상의 네 가지 유형의 서비스무역에 모두 적용되므로 서비스 관련 투자분야도 한국-EFTA FTA 서비스챕터의 적용을 받는다는 해석이 도출된다. 결론적으로 투자챕터 및 서비스챕터의 관련 규정들을 종합적으로 고려해보면 서비스 관련 투자에 대해서 서비스챕터의 핵심규정인 내국민대우 및 최혜국대우가 적용될 것이고, 투자챕터상의 내국민대우 및 최혜국대우를 제외한 나머지 규정들, 즉 투자에 대한 일반대우 규정과 송금규정, 수용 및 보상규정, ISD절차규정 등도 적용될 수 있을 것으로 판단된다. 이 처럼 서비스 관련 투자에 대한 투자챕터와 서비스챕터의 적용 범위가 불분명한 상황에 있지만 그나마 다행인 것은 양 규칙에 공통적으로 포함되어 상충 가능성이 있는 내국민대우 및 최혜국대우에 대해서는 투자챕터의 적용을 명시적으로 배제하고 있다는 것이다.

이러한 접근방식에 따라 서비스 관련 투자에 대해 서비스규칙과 투자규칙이 함께 적용되어질 경우 양 규범상의 보호대상들 즉 투자 및 투자자 혹은 서비스 및 서비스공급자 등에 대한 기본적인 개념들이 다르고,

18) 한국-EFTA FTA 투자협정 제2조.

19) 한국-EFTA FTA 제3.1조.

20) 한국-EFTA FTA 제3.3조.

21) GATS 제1조에 따르면 ‘서비스’는 회원국의 양허표에 명시되어 있는 서비스의 하나 또는 그 이상 또는 모든 업종에 해당되는 것으로서 네 개의 서비스공급유형에 따라 공급되는 것을 의미한다.

외국인 투자를 보호하는 방식도 상이하기 때문에 국내적인 이행과정에서 복잡한 운영상의 문제가 발생할 우려가 있다.

III. 서비스 관련 투자의 보호 범위

1. 투자규칙의 시간적 적용범위

투자협정의 시간적 적용범위는 결국 협정발효 이전에 설립된 투자에 대한 보호문제와 관련이 있는 것으로 협상시 관심의 대상이 된다. 이와 관련하여 우리나라가 체결한 다수의 FTA들은 명시적인 규정을 두어 동 투자협정(챕터)의 적용은 협정의 발효일 이후에 설립되는 투자뿐만 아니라 발효일에 이미 존재하는 투자에 대해서도 적용되도록 하고 있다. 관련 규정을 구체적으로 살펴보면, 한국-ASEAN FTA, 한국-캐나다FTA는 적용 대상투자의 개념규정에서 발효일 이후 설립·인수 또는 확장된 투자뿐만 아니라 발효일에 이미 존재하는 투자를 포함시키고 있으며²²⁾, 한국-싱가포르FTA, 한국-칠레FTA, 한국-EFTA FTA, 한국-인도CEPA에서는 동 투자협정의 적용범위 조항에서 발효일 당시에 기 설립된 투자에 대해서도 적용됨을 규정하고 있다²³⁾.

이러한 규정과 관련하여 협정의 소급효를 인정하고 있는 것이 아니냐는 논란이 있었으나 ‘*SGS v. Philippine* 사건’에서 중재판정부는 발효일 당시에 기 설립된 투자에 대해서도 협정이 적용된다는 표현을 협정의 실체적 규정들에 대한 소급효를 부여하고 있는 규정으로 해석되어서는 안 된다는 점을 확인한 바 있다.²⁴⁾ 우리나라가 체결한 FTA들에서도 이러한 논란을 막기 위해 추가규정을 두어 협정의 시간적 적용범위를 명확히 하고 있다. 즉 칠레 및 싱가포르, ASEAN과의 FTA는 발효일에 이미 존재하는

22) 한국-ASEAN FTA 투자협정 제1조, 한국-캐나다FTA 제8.45조.

23) 한국-칠레FTA 제10.2조, 한국-싱가포르FTA 제10.2조, 한국-EFTA FTA 투자협정 제2조, 한국-인도CEPA 제10.2조.

24) *SGS v. Philippine*, ICSID Case No. ARB /02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, paras. 166-167.

투자에 대해서 협정의 효력을 인정하면서도 협정의 발효일 이전에 발생한 사건으로 비롯된 청구나 협정의 발효일 이전에 제기된 청구에 대해서는 협정의 적용을 배제하고 있다.²⁵⁾ 한국-EFTA FTA에서도 기 설립된 투자에 대한 협정의 효력을 인정하면서도 협정의 발효일 이전에 발생한 사건으로 비롯된 청구에 대해서는 적용을 배제하고 있다.²⁶⁾ 또한 한국-인도 CEPA와 한국-캐나다FTA에서는 기 설립된 투자에 대한 협정의 효력을 인정하면서 당사국에 대하여 이 협정의 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여 그 적용을 배제하고 있다.²⁷⁾ 이처럼 FTA들 마다 각기 다른 표현을 사용하고 있음에도 불구하고 이 규정들은 동일한 맥락에서 해석될 수 있을 것으로 판단된다. 즉 협정발효일 이전에 설립된 투자와 관련하여 협정 발효일 이후에 발생한 정부조치는 보호를 받으나 발효일 이전에 이미 행해진 정부의 조치와 관련해서는 보호받을 수 없다는 취지의 규정인 것이다. 따라서 협정 발효당시 기설립된 투자도 장래에 발생할 정부의 조치에 대해서만 보호를 받는다는 것이고 협정 자체의 소급효를 인정하고 있는 것은 아니다.²⁸⁾

한편 한국-미국FTA, 한국-페루FTA, 한국-콜롬비아FTA, 한국-호주FTA 투자협정은 당사국의 투자조치와 관련하여 이 협정 발효 이전에 발생한 행위 또는 사실이나 발효 이전에 종료되는 상황을 협정의 적용범위에서 제외시킨다는 규정을 두고 있을 뿐²⁹⁾ 발효일 이전 기 설립된 투자에 대한 이 협정의 적용여부에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 이러한 규정들은 명시적인 규정을 둔 상기의 FTA들과 비교할 필요가 있다. 즉 이들 FTA의 관련 규정을 보면 동 협정의 투자규칙의 적용범위에 포함된 ‘적용대상투자’의 정의 규정(혹은 협정의 적용범위 규정에서)을 두는 방

25) 한국-칠레FTA 제10.2조, 한국-싱가포르FTA 제10.2조, 한국-ASEAN FTA 투자협정 제2조.

26) 한국-EFTA FTA 투자협정 제2조.

27) 한국-인도CEPA 제10.2조, 한국-캐나다 FTA 제8.1 조.

28) 투자협정의 시간적 적용범위와 관련한 자세한 설명은 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment law*(second ed), Oxford University Press, 2012, pp. 36-43 참조.

29) 한국-미국FTA 제11.1조, 한국-페루FTA 제9.1조, 한국-콜롬비아FTA 제8.1조, 한국-호주FTA 제11.1조.

식으로 기 설립된 투자에 대한 협정의 효력을 인정하는 대신에 그 범위를 더욱더 명확히 하기 위해 협정의 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관해서는 그 적용을 배제시키고 있다. 반면 미국, 페루, 콜롬비아, 호주 등과의 FTA들에서는 ‘적용대상투자’의 범위에 대한 정의 규정은 없이 그냥 협정 발효 이전에 발생한 행위 또는 사실이나 발효 이전에 종료되는 상황을 적용 대상에서 제외시키는 규정만을 두고 있다는 점에서 상기 FTA들과 차이가 있는 것이다.³⁰⁾ 따라서 동 규정만으로는 동 FTA 투자규칙이 협정 발효일 이전의 투자에 대해서도 적용되는 것인지 여부가 불분명하다.

하지만 동 규정이 동 협정의 적용범위를 규정하고 있는 제1조 1항 뒤에 바로 이어 2항에 규정되고 있다는 점에 주목을 할 필요가 있다. 즉 동 협정의 적용되는 범위를 규정하고 있는 제1조 1항에 따르면 이 장(투자챕터)은 타방 당사국의 투자자, 투자, 그리고 제11.9조상의 당사국 영역내에 있는 모든 투자자에 대하여 ‘당사국이 채택하거나 유지하는 조치’에 적용된다. 그리고 제2항에 따르면 “이 장은 이 협정의 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여 어떠한 당사국도 구속하지 아니한다.” 이 규정의 맥락을 고려할 때 2항상의 ‘행위’, ‘사실’, ‘상황’은 1항상의 ‘당사국이 채택하거나 유지하는 조치’ 가운데 ‘이 협정의 발효일 이전에 발생한 것들’에 한정되는 것이다. 다시 말하면 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 이 협정은 협정 발효 이전에 설립된 투자에 대해서도 적용된다는 전제하에, 다만 협정 발효 이전에 발생한 당사국의 조치나 행위, 상황들에 대해서는 적용을 배제하겠다는 의미로 해석될 것이다. 이러한 해석은 최근에 체결되는 FTA들은 설립단계에 있거나 혹은 협정 발효 후에 설립될 투자를 보호할 것인가에 그 논의의 초점을 두고 있지만, 기존의 국제투자협정인 BIT들이 체결되어온 이유를 역사적으로 살펴보면 현재 해외에 설립되어 있는 투자를 투자유치국으로부터 안전하게 보호하고자 하는데 그 체결 목적이³¹⁾ 있었다는 점에서도 타당하다고 본다.

30) 이 협정들이 동 투자챕터의 적용범위에 ‘적용대상투자’를 포함시키면서도 정작 중요한 투자의 개념규정만을 두고 있을 뿐 ‘적용대상투자’에 대한 개념정의 규정을 생략하고 있다는 점은 조금 아쉬운 접근방식이라고 판단된다.

2. 투자 및 투자자/ 서비스 및 서비스공급자

우리나라가 체결한 FTA 투자규칙상 최소기준대우나 비차별대우원칙과 같은 서비스 관련 투자를 보호하는 장치들에 의해 보호되는 대상은 투자 및 투자자이거나 서비스 및 서비스공급자이다. 이 처럼 투자규칙에 의한 보호대상이 통일되지 않는 것은 앞서 살펴보았듯이 FTA마다 서비스 관련 투자를 규율하는 방식이 다르기 때문이다. 즉 한국-ASEAN FTA와 한국-인도CEPA의 경우 서비스 관련 투자에 대해 일반적으로 서비스챕터가 적용되기 때문에 비차별대우원칙과 관련해서는 서비스챕터를 적용해야 하고, 예외적으로 투자챕터상의 최소기준대우원칙이 적용되는데, 투자챕터의 적용을 받는 최소기준대우원칙은 투자 및 투자자를 보호하고, 서비스챕터의 적용을 받는 비차별대우원칙은 서비스 및 서비스공급자를 그 보호대상으로 한다. 반면 한국-ASEAN FTA와 한국-인도CEPA를 제외한 나머지 FTA들의 경우 일반적으로 투자챕터의 적용을 받기 때문에 비차별대우와 최소기준대우원칙이 동일하게 투자챕터에 따라 적용을 받고, 동기준에 따라 보호를 받는 대상도 동일하게 투자 및 투자자이다.

FTA 투자규칙상의 투자 및 투자자와 서비스 및 서비스공급자의 개념은 아래 설명할 투자보호의 장치들, 특히 최소기준대우나 비차별대우원칙에 의해 보호되는 대상들을 한정짓는 것이므로 외국인 투자자들에게는 중요한 의미를 갖는 용어들이다. 이는 많은 투자분쟁에서는 투자 및 투자자의 범위와 관련하여 논란이 된바 있다는 점에서 확인된다.³²⁾

우리나라가 체결한 FTA를 보면 일반적으로 자산에 기초한³³⁾ 포괄적

31) 물론 BIT는 전통적으로 투자보호와 함께 투자를 증진하기 위한 목적으로도 체결되었다: Anna Joubin-Bret, "Admission and Establishment in the Context of Investment Protection", *Standard of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford University Press, 2008, p. 9.

32) 구체적으로 *Siemens v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007; *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB(AF)/03/9, Award, 5 September 2008; *CMS GAS Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005 등의 사건들 참조; 또한 관련 사건들에 대한 상세한 소개는 Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, pp. 137-150 참조.

33) 일반적으로 투자협정에서는 협정의 목적에 따라 투자의 범위가 결정되는데(UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN:

인 투자의 정의 규정을 두고 있다.³⁴⁾ 즉 한국-ASEAN FTA에 따르면 투자란 "투자자가 소유하거나 지배하는 모든 자산"으로 포괄적으로 규정하고 있어 투자의 개념에 직접적 투자 외에 간접적으로 소유하거나 지배하는 투자를 포함하는 것인지가 애매하게 되어 있다.³⁵⁾ 반면 한국이 기체결한 FTA들 가운데 미국, 칠레, 페루, 콜롬비아 등과의 FTA들은 투자의 개념을 보다 명확히 하기 위하여 직접적인 자산 이외에도 간접적으로 소유하거나 지배하는 자산도 투자에 포함됨을 명시적으로 규정하고 있으며, 특히 한국-미국FTA와 한국-페루FTA에서는 시장점유, 시장접근, 기대이익, 그리고 이익획득의 기회는 그 자체만으로는 투자가 아님을 명확히 하고 있어 투자의 범위에 관련된 분쟁의 소지를 사전에 차단하고 있다는 점을 눈여겨볼 필요가 있다.³⁶⁾ 한편 한국-인도CEPA에서는 투자유치국 영역내 '기업'이³⁷⁾ 투자의 형태로 인정되기 위해서는 그 당사국 영역내에서 영업장소와 영업활동을 수행하는데 사용되는 자산을 갖고 있어야 한다는 규정을 두어 외국 투자자로서 보호받기 위한 일정한 자산의 보유요건을 구체화 하고 있으나³⁸⁾ 한국-ASEAN FTA 투자협정에는 이러한 별도의 규정은 두고 있지 않다.

한편 투자자와 관련하여 살펴보면, 한국이 기체결한 FTA들 가운데 칠

New York and Geneva, 1999, p. 10) 협정의 목적이 자산에 근거하고 있느냐(asset-based) 아니면 기업에 근거하고 있느냐(enterprise-based)에 따라 그 적용범위는 둘로 나뉘며, 자산기준을 사용하는 자산기준형 투자는 직접투자과 포트폴리오투자를 포함하는 매우 넓은 의미의 투자이지만 기업기준형 투자는 기업과 관련된 직접투자만을 의미하는 것으로 해석 된다.(WTO, Scope and Definitions of Investment, Communication from Korea, WT/WGTI/W/114, 15 April 2002).

34) BIT들에서도 자산에 기초한 투자개념을 사용하고 있으며 일반적으로 투자의 개념규정에서 동 조약에 의해 보호되는 자산의 구체적 유형을 열거하는 것이 일반적이다. 투자의 개념과 BIT의 관행에 대한 자세한 설명은 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*(third ed.), Cambridge University Press, 2010, pp. 190-201 참조.

35) 한국-인도CEPA 제10.1조.

36) 한국-미국FTA 제11.28조, 한국-페루FTA 제9.18조, 한국-칠레FTA 제10.1조, 한국-콜롬비아FTA 제8.28조.

37) 한국-미국FTA는 당사국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업과 당사국의 영역에 소재하고 그 곳에서 영업 활동을 수행하고 있는 지점을 투자의 한 형태로서의 '기업'으로 정의하고 있다.

38) 한국-인도CEPA 제10.1조 주식 1).

레, 페루, ASEAN, 미국 그리고 콜롬비아 등과의 FTA들에서는 투자자의 범위에 ‘투자하려고 하는’, 즉 투자의 준비 중에 있는 투자자를 포함시키고 있으며, 특히 페루, ASEAN 그리고 콜롬비아 등과의 FTA들에서는 그 범위를 명확히 하기 위해 투자자가 투자 설립을 승인하는 허가 또는 면허를 신청할 때와 같이 그 투자자가 투자를 하기 위해 필요한 구체적인 절차를 취했을 때만 투자자에 해당함을 명시화하기 위한 각주를 첨부하여 분쟁발생 가능성을 막고 있다.³⁹⁾

서비스 관련 투자에 대해 서비스챕터의 적용을 받는 한국-ASEAN FTA와 한국-인도CEPA에 따르면 서비스는 정부의 권한행사로 공급되는 서비스를 제외한 모든 서비스를 의미하며, 서비스 공급자란 서비스를 공급하는 모든 인⁴⁰⁾을 지칭하는데 서비스의 공급은 서비스의 생산·유통·마케팅·판매 및 배달을 포함한다.⁴¹⁾ 따라서 서비스공급자는 서비스와 관련하여 생산, 유통, 시장 확대, 판매, 배달 등의 서비스제공 유형에 종사하는 자연인 또는 법인이라고 해석할 수 있다. 이는 WTO/GATS상의 개념규정⁴²⁾과 동일하다.⁴³⁾ WTO 분쟁해결기구에서 다루어진 사례를 보면 서비스 및 서비스공급자의 개념은 GATS에 따라 매우 단순하게 해석되고 있음을 알 수 있다. 즉 WTO분쟁인 ‘EC-Bananas사건 III’⁴⁴⁾에서 GATS상 서비스공급자에 대한 해석 문제가 발생하자 패널은 제소국들의 사람들(人)에 의하여 소유 또는 통제되는 서비스 공급업자는 “제소국 출신 공급업

39) 한국-ASEAN FTA 투자협정 제1조, 한국-미국FTA 제11.28조, 한국-페루FTA 제9.18조, 한국-칠레FTA 제10.1조, 한국-콜롬비아FTA 제8.28조.

40) 한국-ASEAN FTA는 서비스공급자는 서비스를 공급하는 모든 인이라고만 규정하고 있는 반면, 한국-인도CEPA는 서비스를 공급하려고 하는 자도 명시적으로 포함하고 있다.

41) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제1조, 한국-인도CEPA 제6.1조.

42) GATS 제 28조 (g).

43) GATS상 “상업적 주재” 즉 영업적 또는 전문직업적 설립체로서의 法人의 구성, 인수, 또는 유지 또는 지사나 대표사무소의 창설 또는 유지에 그 초점을 둔 기업기준형 투자라고 분류할 수 있다. GATS는 “상업적 주재”를 서비스공급의 한 형태로 인정함으로써 외국인직접투자에 의한 서비스공급을 보장하려는 의도일 뿐 일반적인 투자협정에서처럼 외국인직접투자에 의해 설립된 투자자산의 보호에 그 의미를 두고 있지 않다.

44) WTO, Panel Report on the *European Communities-Regime for the Importation, Sale and distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECJ, 22 May 1997, paras. 7.294-7.297.

자”로, EC의 사람들(人)에 의하여 소유 또는 통제되는 서비스 공급업자는 “EC출신 공급업자”로 분류하고, 상업적 주재는 서비스를 공급받는 국가 내에 법인이나 지사를 설립하여 해당 서비스를 공급하는 것으로 해석함으로써 제소국들의 사람들(人)에 의하여 소유 또는 통제되는 서비스 공급업자인 제소국 출신 공급업자가 EC내에 상업적 설립을 통한 도매서비스 공급자임을 인정할 바 있다.

IV. 서비스 관련 투자의 보호 기준

1. 비차별대우원칙: 내국민대우/최혜국대우

(1) 서비스 관련 투자에서 비차별대우원칙의 의의

외국인이 통제하는 기업에 대해서 일단 투자가 승인되면 그 기업은 현지국의 관할권 하에 놓이게 된다. 그러나 투자 승인 이후의 활동에 대한 현지국의 법적 대우와 관련해서 많은 문제가 야기되며, 이러한 문제들 가운데 많은 부분이 투자자에 대한 비차별대우와 연관되어 있다. 그러한 이유로 대다수의 국제투자분쟁에서도 주요 이슈는 비차별대우에 관한 것들이다. 앞서 지적하였듯이 최근 서비스 투자 관련 분쟁이 ISD 투자분쟁의 40%이상을 차지하고 있다는 점에서 비차별대우원칙은 서비스 관련 투자에 대해서도 큰 의미를 갖게 된다. 우리나라가 체결한 FTA들도 각각의 협정들마다 접근방식에 있어 다소의 차이가 있지만 비차별대우원칙으로 최혜국대우(Most-Favoured-Nation Treatment)⁴⁵⁾와 내국민대우(National Treatment) 규정⁴⁶⁾을 두고 있으며⁴⁷⁾ 이들 규정에 의해 서비스 관련 투자가 규율된다.

45) 최혜국대우 규정에 따르면 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업, 운영 및 매각 또는 그 밖의 처분에 대해 동종의 상황에서 비당사국의 투자 및 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 다른 쪽 당사국의 투자 및 투자자에게 부여하여야 한다.

46) 내국민대우 규정에 따르면 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자 및 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자 및 투자자에게 부여하여야 한다.

내국민대우 규정은 투자 및 투자자에 대하여 내국인에게 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여하도록 함으로써 투자에 대한 불안감을 갖고 있는 외국인 투자자들에게 보호와 안전을 부여함으로써 투자유치에 중요한 역할을 하는 장치라고 볼 수 있다. 따라서 우리나라가 체결한 모든 FTA들에 포함되어 있다. 반면 최혜국대우 규정은 제3국 투자 및 투자자에 대하여 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자 및 투자자에 대해 부여해야 한다는 것으로 과거 국제통상법에서 이 규정을 중요시 하던 관행이 BIT나 최근의 FTA 투자협정에서 계속되고 있는 것으로 이해된다. 하지만 국제통상법에서 인정되던 최혜국대우원칙의 접근방식이 국제투자규범에서 동일하게 작동하고 있는 것은 아니다.⁴⁸⁾ 그러한 태도는 BIT나 최근의 FTA 투자규칙에서 최혜국대우원칙을 규정하는 방식이 다양하다는 점에서 찾을 수 있다. 우리나라가 기 체결한 FTA 가운데 한국-ASEAN FTA, 한국-인도CEPA와 한국-싱가포르FTA는 서비스투자에 적용할 최혜국대우에 대한 규정을 별도로 두고 있지 않다.⁴⁹⁾

(2) 비차별대우의 부여시점

비차별대우 규정은 외국인 투자의 보호와 관련하여 핵심적인 장치라 할 수 있다. 하지만 외국인 투자에 대해 어느 시점부터 비차별대우를 부

47) 한국-칠레FTA 제10.3조(내국민대우)와 제10.4조(최혜국대우), 한국-페루FTA 제9.3조(내국민대우), 제9.4조(최혜국대우), 한국-미국FTA 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우), 한국-싱가포르FTA 제10.4조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-EFTA FTA 제4조(내국민대우, 최혜국대우), 한국-콜롬비아FTA 제8.3조(내국민대우), 제8.4조(최혜국대우), 한국-캐나다 FTA 제8.3조(내국민대우), 제8.4조(최혜국대우), 한국-호주FTA 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우), 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제20조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-인도CEPA 제6.5조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-EFTA FTA 서비스챕터 제3.4조 (내국민대우, 최혜국대우 *한국-EFTA FTA 투자협정 제2조는 내국민대우와 최혜국대우에 대해서는 동 투자협정의 적용을 배제하고 제3장 서비스챕터 및 제4장 금융서비스챕터의 적용을 받도록 규정하고 있다).

48) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 186.

49) 한국-칠레FTA 제10.4조, 한국-미국FTA 제11.4조, 한국-페루FTA 제9.4조, 한국-콜롬비아FTA 제8.4조, 한국-캐나다 FTA 제8.4조, 한국-호주FTA 제11.4조.

여할 것인지에 따라 보호의 정도가 달라질 수밖에 없기 때문에 투자협상에서 비차별대우를 제공하는 시점에 대해 관심을 둘 필요가 있다. 우선 내국민대우와 관련하여 살펴보면, 우리나라가 체결한 대다수의 BIT들이⁵⁰⁾ 투자의 설립 후(post-establishment) 단계에서의 내국민대우에 관한 내용만을 담고 있는 투자보장협정의 성격을 갖고 있는 반면,⁵¹⁾ 한국이 체결한 FTA들 가운데 대부분은 투자 설립 전(pre-establishment) 단계에서부터 내국민대우를 부여하고 있어 FTA 투자협정에서 기존의 BIT보다 내국민대우의 범위가 확장되어 투자자 보호가 강화되고 있음을 알 수 있다.⁵²⁾ 즉 동 규정에 따르면 내국민대우는 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 부여되어야 하는 권리이다. 여기서 특히 투자의 ‘설립’과 관련하여 내국민대우를 부여해야 한다는 표현은 투자분쟁에서 이와 관련한 해석이 문제가 된 바는 없지만 투자의 승인 및 설립단계에서부터 내국인 보다 불리하지 않은 대우를 받는다는 의미로 해석되어진다.⁵³⁾

앞서 설명한 바와 같이 서비스챕터의 적용을 받아 최혜국대우 의무가 없이 내국민대우 의무만을 지게 되는 한국-인도CEPA와 한국-ASEAN FTA와 내국민대우와 최혜국대우가 모두 적용되는 한국-EFTA FTA는 그 상황이 다른 FTA들과 다르다.⁵⁴⁾ 동 FAT들의 서비스챕터는 일반적인 서

50) 한국-일본BIT 제외(우리나라의 BIT체결 정보는 외교부 인터넷 홈페이지 조약정보란에서 확인 http://www.mofa.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/bilateral/index.jsp?mofat=001&menu=m_30_50_40).

51) 투자협정은 투자의 설립 후 단계에서 상대방 국가 투자자의 투자에 대한 비차별대우와 투자 자산의 비상업적 위협으로 부터의 보호에 관한 내용을 담고 있는 협정과, 투자의 설립전 단계(설립 및 인수)에서의 비차별대우 등과 같이 투자 자유화에 대한 내용까지 포괄하는 협정으로 분류할 수 있다. 진자를 투자보장협정이라고 하며 현존하는 BIT의 거의 대부분이 이에 속한다. 반면 미국, 캐나다의 BIT 모델, 한국-일본투자협정 등은 후자의 예에 속한다.: Kal P. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, Oxford University Press, 2009, p. 40

52) 한국-칠레FTA 제10.3조, 한국-싱가포르FTA 제10.4조, 한국-미국FTA 제11.3조, 한국-페루FTA 제9.3조, 한국-콜롬비아FTA 제8.3조, 한국-캐나다 FTA 제8.3조, 한국-호주 FTA 제11.3조.

53) Martin Molinuevo, *Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*, Wolters Kluwer law & Business, 2012, p. 87.

54) 한국-ASEAN FTA 서비스협정(제20조 내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-

비스규범으로서의 성질을 갖고 있기 때문에 내국민대우는 단순히 동일한 상황에 있는 혹은 동종의 서비스 및 서비스공급자에 대해 부여하도록 규정하고 있을 뿐 동 대우가 투자 설립 전 서비스 및 서비스공급자에 대해서도 적용될 것인지에 대해서는 불분명하기 때문이다. 이는 GATS의 규율을 받고 있는 한국-EFTA FTA 내국민대우의 경우에도 마찬가지이다.⁵⁵⁾ 한국-ASEAN FTA는 서비스공급자의 개념정의에서 서비스를 공급하는 모든 사람이라고만 규정하고 있는 반면, 한국-인도CEPA는 서비스를 공급하려고 하는 자도 명시적으로 포함하고 있는데 이 문구가 서비스 제공을 위한 법인의 승인 또는 설립단계에 있는 자도 포함한다고 해석되는 경우 투자 설립단계에서부터 내국민대우 의무를 지는 것으로 해석될 여지는 있다.⁵⁶⁾

한편 우리나라가 기 체결한 FTA 가운데 서비스투자에 적용할 최혜국 대우에 대한 규정을 별도로 두고 있지 않는 한국-ASEAN FTA, 한국-인도 CEPA와 한국-싱가포르FTA를 제외한 나머지 FTA들을 살펴보면, 한국-미국FTA, 한국-페루FTA, 한국-콜롬비아FTA, 한국-캐나다FTA, 한국-호주FTA는 설립단계에서부터 최혜국대우를 부여하고 있다.⁵⁷⁾ 반면 한국-칠레FTA는 이미 설립된 투자 및 투자자에 대해서만 최혜국대우를 부여하고 있고,

인도CEPA(제6.5조 내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-EFTA FTA 서비스 챕터(제3.4조 최혜국대우, 제3.6조 내국민대우). 특히 한국-EFTA FTA의 제3.6조 내국민대우는 WTO/GATS의 내국민대우규정(제17조)에 따라 규율된다.

- 55) GATS 제16조는 계약국이 자국 양허표에서 양허한 서비스 분야에 대해 내국민대우를 의무를 진다고만 규정되어 있어 어느 단계에서부터 내국민대우가 부여되어야 하는지 불분명하므로 개별 계약국의 특정 서비스분야에 대한 시장접근 양허 및 시장접근에 대한 조건부여 등 여러 가지 상황을 고려하여 판단하여야 한다. 이와 관련하여 'EC-Bananas사건'에서 패널은 EC의 새로운 바나나수입허가절차에 따른 신규수입업자의 면허획득 기준은 에콰도르의 서비스공급자에게 EC의 동종 서비스공급자에 비해 사실상 불리한 경쟁조건을 부여하고 있다고 결정함으로써 외국인투자회사인 바나나도매업자가 바나나도매업을 하기 위한 신규면허를 획득하는 과정 즉 외국인 투자기업의 시장진입단계에서의 차별적 대우를 GATS 제17조의 내국민대우에 위반된 것으로 인정한 바 있다.: WTO, Panel Report on the *EC-Regime for the Importation, sale and distribution of Bananas*, WT/DS27/RW/ECU, 12 April 1999, paras. 6.143-6.149.
- 56) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제1조, 한국-인도CEPA 제6.1조.
- 57) 한국-미국FTA 제11.4조, 한국-페루FTA 제9.4조, 한국-콜롬비아FTA 제8.4조, 한국-캐나다FTA 제8.4조, 한국-호주FTA 제11.4조.

설립전 단계의 투자에는 협의 기회만을 부여하고 있다.⁵⁸⁾ GATS의 규율을 받고 있는 한국-EFTA FTA의 경우에도 내국민대우처럼 최혜국대우의 부여시점도 명확하지가 않다.

(3) 차별대우의 비교대상

우리나라가 체결한 FTA 투자협정에 따르면 비차별대우는 ‘동일한 상황(in like circumstances)’에 있는 서비스 관련 투자 및 투자자에게 부여되어야 한다.⁵⁹⁾ 다만 비차별대우원칙과 관련하여 투자챕터가 아닌 서비스챕터의 적용을 받는 FTA에 따르면, 한국-인도CEPA상 동 대우는 “동일한 상황에서” ‘동종의 서비스 및 서비스공급자(like service and service suppliers)’에게 부여되어야 하고, 한국-ASEAN FTA와 한국-EFTA FTA상 동 대우는 ‘동종의 서비스 및 서비스공급자’에게 부여하여야 한다.⁶⁰⁾ 여기서 대부분의 FTA들에서 공통적으로 사용하고 있는 ‘동일한 상황’의 의미를 어떻게 해석해야 하는가 하는 문제는 비차별대우 의무의 해석과 관련하여 핵심적인 것이다.⁶¹⁾ 이하에서는 양자를 구분해서 살펴보고자 한다.

1) 동일한 상황에서의 비차별대우

우선 서비스 관련 투자와 관련하여 ‘동일한 상황’의 의미를 판단함에 있어 WTO/GATS의 동종의 서비스 및 서비스공급자에 대한 해석과의 관련성속에서 이를 고려할 수 있는 것인가? 우리나라가 미국과 체결한 FTA 투자협정에서 사용한 ‘동일한 상황(like circumstances)’이라는 표현은

58) 한국-칠레FTA 제10.4 조.

59) 한국-칠레FTA 제10.3조(내국민대우)와 제10.4조(최혜국대우), 한국-싱가포르FTA 제10.4조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-페루FTA 제9.3조(내국민대우), 제9.4조(최혜국대우), 한국-미국FTA 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우), 한국-콜롬비아FTA 제8.3조(내국민대우), 제8.4(최혜국대우), 한국-캐나다 FTA 제8.3조(내국민대우), 제8.4조(최혜국대우), 한국-호주FTA 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우).

60) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제20조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-인도CEPA 서비스챕터 제6.5조(내국민대우, *최혜국대우규정은 미포함), 한국-EFTA FTA 서비스챕터 제3.4조(최혜국대우), 제3.6조(내국민대우).

61) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra* note 28, p. 196.

미국이 체결한 BIT, FTA에서도 공통적으로 사용되고 있다.⁶²⁾ 일부 학자들은 NAFTA와 WTO/GATS의 주축 당사국인 미국의 입장⁶³⁾을 고려할 때 NAFTA를 포함하여 미국이 체결한 BIT, FTA에서 사용하고 있는 ‘동일한 상황’이라는 표현은 WTO/GATS상의 ‘동종의 서비스 및 서비스 공급자 (like service and service suppliers)’와 밀접한 관련이 있다고 평가한다. 이들에 따르면 BIT, FTA에서 사용하고 있는 ‘동일한 상황’이라는 표현은 WTO/GATS상의 ‘동종성(likeness)’과 차이가 없다는 것이다.⁶⁴⁾ 미국의 입장과 관련한 이러한 견해는 ‘US-Trucking사건’에서도 확인되고 있다. 동 사건 중재패널에 따르면 NAFTA상의 ‘동일한 상황(like circumstances)’이라는 문구는 NAFTA 협상과정에서 캐나다와 멕시코에 의해 제안된 것으로서 ‘동종의 서비스 및 서비스 공급자’라는 문구와 유사한(similar) 의미를 가진 것으로 의도되어 사용되어졌기 때문에 분쟁 당사국인 미국과 멕시코 사이에 그 의미에 관한 다툼이 없었다고 한다.⁶⁵⁾

하지만 ‘OEPC v. Ecuador사건’에서 중재판정부는 비차별대우 규정상 상품의 ‘동종성’과 관련한 WTO의 판정을 미국과 에콰도르간 BIT에 대해서도 적용해 된다는 주장에 대해 동 BIT는 “동일한 상황(like situation)”을, WTO/GATT는 “동종의 상품(like production)”을 규정하고 있고, 경쟁 및 대체관계에 있는 상품과 관련이 있는 WTO정책을 ‘동일한 상황’과 관련이 있는 BIT 정책과 동일하게 다룰 수는 없다고 보아 이를 거절하였다.⁶⁶⁾ 또한 ‘Metanex v. United States사건’ 중재판정부는 NAFTA상의 무역

62) 다만 미국은 1994년 BIT 모델 에서는 “like situation”이라는 표현을 사용하였으나 2004년 및 2012년(제3조 내국민대우, 제4조 최혜국대우) BIT 모델에서는 이를 “like circumstances”로 그 표현을 바꾸었으며, NAFTA(제1102조, 1103조)에서도 “like circumstances”라는 표현을 사용하고 있다.

63) Statement by the United States in WTO, Report of the Meeting held on 19 March 2002, para. 29.

64) S.D. Murphy, "U.S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards", *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, p. 882; Martin Molinuevo, *supra* note 53, pp. 118-119.

65) *US-Trucking Services*, Final Report, vol. USA-MEX-98-2008-01, 6 February 2001, paras. 279, 294-297(동 사건에 대한 설명은 Martin Molinuevo, *Protecting Investment in Services : Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*, Wolters Kluwer law & Business, 2012, pp. 118-119 참조).

규범과 투자규범에 사용된 문구들을 WTO규범과 비교한 뒤 무역과 관련 일부 표현들은 양자에서 동일하게 사용된 반면 특히 투자와 관련하여 사용된 용어들은 WTO와 다르게 사용되고 있다는 점에 주목하였다. 또한 특히 NAFTA의 투자규칙(챕터 11)은 “동일한 상황(like situation)”을, WTO/GATT는 “동종의 상품(like production)”이라는 표현으로 달리 사용하고 있다는 점을 NAFTA 체결국들이 인식하고 있다는 점에서 NAFTA의 투자규칙상의 “동일한 상황”은 WTO/GATT상 “동종의 상품”과는 달리 해석되어야 한다고 보았다.⁶⁷⁾

중재판정부의 이러한 논리를 서비스 관련 분쟁이 발생한 경우에 동일하게 적용된다면 NAFTA의 투자규칙(챕터 11)은 “동일한 상황(like situation)”을, WTO/GATS는 “동종의 서비스 및 서비스공급자(like service and service providers)”이라는 표현으로 달리 사용하고 있다는 점에서 NAFTA의 투자규칙상의 “동일한 상황”은 WTO/GATS상 “동종의 서비스 및 서비스공급자”와는 달리 해석되어야 할 것이다. 물론 이러한 판정례에도 불구하고 WTO에서의 ‘동종의 상품’에 대한 판정이 투자규범상의 ‘동일한 상황’에 대한 해석에 직접적인 영향을 미치고 있는 것은 아니나 양자간에는 밀접한 관련성이 있다는 점을 부인할 수는 없다.⁶⁸⁾

한편 실제 사례에서 ‘동일한 상황’에서의 비교라는 추상적 표현은 구체적으로 어떤 요소에 대한 비교의 의미로 해석되고 있는가? 이와 관련하여 비차별대우 이슈가 중요 쟁점으로 다루어졌던 국제투자분쟁례를 보면 ‘동일한 상황’의 판단에 있어 가장 중요하게 다루어진 요소는 경제활동의 동일성 여부이다. 예를 들어 ‘*Pope & Talbot v. Canada* 사건’에서 중재판정부는 외국투자자가 내국민대우 규정으로 보호받기 위해서는 동일한 사업을 하고 있는 내국 투자자와 비교되어야 한다고 보아 양주체가 동일한 사업(same business)을 하고 있는지를 ‘동일한 상황’의 판단척도로 삼고 있

66) *Occidental Exploration & Production Company(OEPC) v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, para. 176.

67) *Metanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, Part IV, Ch B, paras. 30-37.

68) *Corn Products v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Award, 15 January 2008, para. 122.

다.⁶⁹⁾ ‘*Feldman v. Mexico*사건’에서는 비차별대우(내국민대우와 최혜국대우)의 판단을 위한 전제로서 ‘동일한 상황’에 있는 기업들의 비교가 논란이 되었다. 이 사건에서 중재판정부는 문제가 된 내국인 및 외국인 담배 수출(전매)업체만이 동일한 상황에 있는 비교 대상자라고 담배 생산자는 동일한 상황에 있는 비교대상자가 될 수 없음을 명확히 하면서 관련 비교대상자의 판단 기준을 동일한 영업활동(same business activity)을 하고 있는지 여부로 삼고 있다.⁷⁰⁾ 반대로 다수의 사례들에서는 서로 다른 경제 분야를 비교대상으로 삼아 비차별대우 여부를 판단하는 것은 불가능하다는 입장을 표명함으로써 동종성의 판단에 있어 사업분야 혹은 경제활동의 동일성이 중요한 요소임을 강조해 왔다.⁷¹⁾

하지만 ‘동일한 상황’의 의미를 단순히 경제활동 혹은 사업분야의 동일성 개념에 한정하지 않고 그 외의 다양한 요소들을 포함해서 종합적으로 파악하는 판례들도 다수 존재한다. 가령 ‘*OEPC v. Ecuador*사건’에서 중재판정부는 천연가스 채굴 및 수출업에 종사하는 외국기업인(청구인)과 화초, 해산물, 바나나, 팜오일 등의 상품 수출업자인 내국기업 또는 외국기업들 들은 부가세 환불(VAT rebate)을 목적으로 하고 있다는 점에서 ‘동일한 상황(in like circumstances)’에 있다고 판단하였다.⁷²⁾ ‘*Champion trading company v. Egypt*사

69) *Pope & Talbot v. Canada*, UNCITRAL(NAFTA), Award on the Merits of Phase 2, para. 78.; 또한 NAFTA관련 ‘*Champion trading company v. Egypt*사건’에서 중재판정부도 ‘*Pope & Talbot v. Canada*사건’을 상기시키면서 ‘동일한 상황(like circumstances)’의 의미는 외국 기업과 내국 기업이 ‘동일한 사업 혹은 경제 분야(same business or economic sector)’내에 있는 것으로 평가되어야 하는 ‘유사한 상황(similar situation)’으로 정의되어져 왔음을 확인하고 있다(*Champion trading company v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, para. 30).

70) *Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award on Merits, 16 December 2002, paras. 171-172.

71) 예를 들어 ‘*BG Group v. Argentina*사건’에서 중재판정부는 가스 운송업자(distributions)와 전기공급 등의 다른 공공서비스(public services) 공급자와는 동일한 상황에 있지 않다고 보았다(*BG Group v. Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007, para. 357) 또한 ‘*EL Paso v. Argentina*사건’에서는 청구인들이 탄화수소 운송업자와 은행 서비스 공급자간의 차별을 주장하자, 중재판정부는 상이한 경제분야에 대한 차별은 법적으로, 그리고 실제적인 차이에 기초한 차별이므로 비차별대우 의무에 위반되는 것이 아니라는 입장을 견지하였다(*EL Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 305-316).

72) *Occidental Exploration & Production Company(OEPC) v. Ecuador*, LCIA Case No.

건'에서 중재판정부는 외국투자자와 내국 비교대상자간에 경제활동 분야의 동일성이 인정됨에도 불구하고 한 기업만이 어떤 무역제도(청구인은 불참한)에 참여함으로써 지불가격의 차이가 발생하고 있다는 점에 기초하여 양 비교대상자들이 동일한 상황(like situation)에 있지 않다고 판정하였다.⁷³⁾ 'SD Myers v. Canada사건'에서 중재판정부는 NAFTA 제1102조상의 동일한 상황(like situation)이라는 문구는 환경에 대한 관심과 환경적 관심에 의해서도 정당화될 수 없는 무역왜곡 회피의 필요성 등을 포함하여 NAFTA 법조문들로부터 도출되는 일반 원칙들을 전체적으로 고려하여 해석되어야 한다고 지적하였다. 그러면서 중재판정부는 동일한 상황의 평가를 위해서는 공익을 위하여 내국기업과 외국기업을 다르게 대우한 정부의 규제가 정당화될 수 있는 상황인지를 검토할 필요가 있다고 보았다. 동시에 중재판정부는 동일한 상황의 판단을 위한 주요 요소로서 외국기업이 내국기업과 동일한 분야(like sector)에 있는지를 검토하면서, 동일한 분야(like sector)라는 문구는 '경제분야(economic sector)' 혹은 '사업분야(business sector)'의 개념을 포함하는 넓은 의미를 함축하고 있는 표현임을 강조하였다.⁷⁴⁾ 한편 'Grand River Enterprises v. United States사건'에서 중재판정부는 비교 대상 기업들이 (정부의) 규범적 처리(regulatory treatment)에 있어 동일한 법적 요건을 적용받는 주체인지를 기준으로 동일한 상황이 존재하고 있는지를 판단하였다.⁷⁵⁾ 이 처럼 다수의 사례들에서 중재판정부는 투자에 대한 비차별대우 의무위반과 관련하여 동종성을 판단함에 있어 그 비교대상을 너무 좁게 해석하지 않으려는 태도를 취하고 있다.⁷⁶⁾

2) 동일한 서비스 및 서비스공급자에 대한 비차별대우

비차별대우원칙과 관련하여 투자챕터가 아닌 서비스챕터의 적용을 받

UN3467, Final Award, 1 July 2004, paras. 168, 173, 176, 179.

73) *Champion trading company v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, paras. 153-56.

74) *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000, para. 250.

75) *Grand River Enterprises v. United States*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, para 166.

76) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 28*, p. 200.

는 FTA에 따르면, 한국-인도CEPA상 동 대우는 ‘동일한 상황에서’ ‘동종의 서비스 및 서비스공급자’에게 부여되어야 하고, 한국-EFTA FTA, 한국-ASEAN FTA상 동 대우는 ‘동종의 서비스 및 서비스공급자’에게 부여하여야 한다.⁷⁷⁾ 한국-ASEAN FTA, 한국-EFTA FTA처럼 비차별대우와 관련하여 서비스 관련 투자를 서비스챕터에서 규율하는 경우는 일반적인 현상은 아니다. 따라서 앞서 지적한 것처럼 비차별대우 규정상의 ‘동일한 서비스 및 서비스공급자’에 대한 비차별대우 이슈가 투자분쟁례에서 다루어진 경우는 발견하지 못하였다.⁷⁸⁾ 다만 유사한 접근방식을 취하고 있는 WTO/GATS 관련 분쟁에서는 다수의 판정례가 존재한다. 그러한 의미에서 상기 FTA상의 ‘동종의 서비스 및 서비스공급자’에 대하여 부여하는 비차별대우와 관련해서는 WTO/GATS⁷⁹⁾의 판정례를 통해 그 의미를 살펴볼 필요가 있다.

예를 들어 ‘Canada-Automotive Industry사건’의 최혜국대우 부여와 관련된 쟁점에서 피소국인 캐나다는 캐나다에 설립된 미국, EC, 일본의 서비스공급자들이 자동차도매서비스를 공급하고 있고, 이들은 동종의 서비스를 제공하고 있다는데 대해서 이의를 제기하였다.⁸⁰⁾ 이 사건 패널은 최혜국대우 관련 쟁점에서 서비스의 동종성을 판단함에 있어 GATT사무국이 마련한 ‘서비스 분야별 분류목록(Services Sectoral Classification List: SSCL)’상의⁸¹⁾ 분류에 따라 동일 항목(사업분야)에 속하면 동일한 경제활

77) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제20조(내국민대우, *최혜국대우 규정은 미포함), 한국-인도CEPA 제6.5조(내국민대우, *최혜국대우 규정은 미포함).

78) 앞서 다룬 서비스 관련 투자분쟁례에서 보았듯이 비차별대우의 대상은 동종의 상황에 있는 투자 및 투자자였고, 더구나 서비스챕터는 ISD소송절차의 대상이 아니므로 동종의 서비스 및 서비스공급자인가에 대한 판단은 불필요한 것이었다.

79) 이와 관련하여 WTO/GATS는 상업적 주재에 의한 서비스공급과 관련하여 ‘동종의 서비스 및 서비스공급자’에게 최혜국대우 및 내국민대우를 하도록 규정 하고 있다. 따라서 서비스 관련 분쟁이 발생할 경우 비차별대우 여부를 판단하기 위한 전제로서 상품분야에서처럼 서비스 분야에서도 양 서비스간 또는 양 서비스공급자간 동종성이 인정되어야만 한다. 그러나 GATT에서처럼 GATS에서도 서비스 및 서비스공급자의 ‘동종성’에 대한 개념 규정은 포함하고 있지 않다. 일반적으로 WTO 체결국은 서비스 양허리스트를 통해 자국이 개방하고자 하는 서비스 품목 및 서비스에 대한 제한 범위를 설정해 놓고 있을 뿐이다.

80) WTO, Panel Report on the Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 February 2000, para. 10.247

동으로서 동일 서비스에 속하는 것으로 간단히 판단하고 있다. 또한 패널은 서비스공급자가 동종인가라는 판단과 관련해서는 양 서비스공급자들이 동종의 서비스를 제공하고 있다면, 이들은 동종의 서비스공급자라고 간주되어야 한다고 결정하였던 것이다.⁸²⁾ 한편 ‘EC-Bananas사건 III’에서도 패널은 “서비스 공급자들이 동종의 서비스를 제공하는 한 동종의 서비스공급자이다”⁸³⁾라고 매우 단순히 결정하였고 이러한 태도는 많은 비판을 받고 있다.⁸⁴⁾ 일부 학자들은 CPC 기준에 따른 경제활동이 동일하다고 해서 반드시 서비스 혹은 서비스공급자의 동종성도 인정되는 것은 아니지만 CPC 기준에 따른 경제활동의 동일성이 서비스 혹은 서비스공급자의 동종성을 강하게 추정할 수 있게 하는 요소라는 점에 동의하고 있다.⁸⁵⁾ 이러한 WTO 패널의 태도는 비차별대우 여부가 문제가 된 경우 해

81) WTO, MTN.GNS/W/120.: 동 분류에 따르면 서비스분야는 12개 서비스부문, 155개 하부 서비스품목으로 구분되어 있다. SSCL은 UN의 CPC(central product classification)를 토대로 작성되었다.

82) WTO, Panel Report on the *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 February 2000, para. 10.248.; 이 사건 패널은 가령, A국에서 상업적 주재에 의해 도매서비스를 공급하는 B국 국적의 기업 및 C국 국적의 기업들이 있는 경우, B는 A국내에 상품의 생산설비를 갖춘 상품생산자와 수직적 구조를 지니고 있고, 생산된 상품도 독점적으로 공급받는 경우이고, C의 경우는 상품생산자와는 독립된 순수 유통업체인 경우, B와 C를 경쟁 관계에 있기 때문에 동종의 서비스공급자로 인정하고 있다. 이와 관련해서 이들 서비스공급자가 직접적으로 경쟁관계에 있다고 볼 수 있는지에 대한 비판이 있지만 그러한 쟁점에 대해서는 논외로 한다.

83) WTO, Panel Report on the *EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECJ, 22 May 1997, para. 7.322.

84) Zdouc W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS", *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 332.; Zdouc W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services," in *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*(ed. by F. Ortino & E. U. Petersman), Kluwer Law International, 2004, p. 399; Davey W.J. & Pauwelyn J., "MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the its GATT/WTO Jurisprudence with Particular Reference to the Issue of "Like Product", in *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*(ed. by Th. Cotter and P. Mavroids), The University of Michigan Press, 2000, p. 36.

85) Mireille, Cossy, "Some Thoughts on the Concept of "likeness" under the GATS", in *GATS and the Regulation of International Trade in Services*(ed. by Panizzon M., N. Pohl and P. Sauvé), 2008, p. 334; Mattoo, A., "National treatment in the GATS: corner-stone or pandora's box?", *Journal of World Trade*, vol. 31, No. 1, February 1997, p. 128.

당 서비스 및 서비스공급자가 동등한가를 판단함에 있어 당해 회원국이 제출한 서비스 양허표는 중요한 벤치마크가 되어야 한다고 주장⁸⁶⁾하는 학자들에 의해 지지되기도 한다.

그러나 서비스 및 서비스공급자의 동종성에 대한 판단과 관련하여 위에서 기술한 경제활동의 동일성이라는 요소 이외에 소비자의 기호(taste) 및 서비스의 최종사용용도(end-use)⁸⁷⁾가 비교 요소로 포함될 수 있을 것인가? 이와 관련하여 WTO의 서비스 관련 분쟁인 'Canada-Automotive Industry사건'과 'EC-Bananas사건 III'에서 패널은 서비스의 동종성 여부를 판단함에 있어 소비자의 기호 및 최종사용용도에 대한 검토를 한 바 없다. 또한 'US-Gambling사건'에서도 내국민대우상의 서비스 및 서비스의 동종성 쟁점과 관련하여 당사국들이 소비자의 기호 및 최종사용용도에 관한 매우 자세한 입장을 제시하였음에도 불구하고 패널은 소송경제를 이유로 이러한 검토를 게을리 하였다.⁸⁸⁾ 하지만 소비자의 기호 및 서비스의 최종사용용도는 GATS에서도 서비스의 동종성 여부를 판단하는데 중요한 요소라는 점에 대해서는 WTO의 서비스무역 관련 보고서에서도 이미 지적된 바 있으며,⁸⁹⁾ 다수의 학자들이 지지를 보내고 있다.⁹⁰⁾ 일부 학자들의 견해에 따르면 무엇보다도 서비스간 동종성 판단에 있어 서비스 이용자가 문제의 서비스를 직접 대체성이 있는 것으로 인식하느냐 하는 것이 매우 중요하다.⁹¹⁾ 양 서비스간에 경쟁성(대체성)이 있다면 두 서비

86) Aly K. ABU-AKEEL, "The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an old Concept", *Journal of World Trade*, vol 33 No.4, 1999, pp. 112-113.

87) 여기서 서비스의 최종사용용도란 상호 비교되는 두 서비스가 당해 시장에서 같은 용도로 소비되고 있는지 여부에 대한 것으로서 GATS 동종 서비스 판단에 핵심적인 기준이 된다.: 최원목, 『비차별원칙의 이해와 적용 연구』, 법무부, 2003, 186쪽.

88) 동 사건에서 서비스 및 서비스의 동종성 쟁점과 관련한 당사국들의 주장은 WTO, Report of the Panel on the United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 November 2004, paras. 3.138-3.220 참조.

89) Mireille, Cossy, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?", *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper ERSD-2006-08(WTO)*, September 2006, pp. 21-24.

90) 대표적인 학자들의 견해에 대해서는 Mattoo, A., *supra* note 85, p. 128; Zdoc, *supra* note 84, p. 395. 참조.

91) Mattoo, A., *Ibid.*.

스간에는 최종사용용도가 공통적으로 존재한다고 볼 수 있다.⁹²⁾

국제투자분쟁에서 다루어진 대부분의 서비스 관련 사건들이 도매서비스나 운송서비스와 관련된 사건이었고, 이러한 사건에서 서비스의 동종성 혹은 동종의 상황에 대한 비교대상을 경제활동(사업분야)에 초점을 두고 있다. 그러나 도매서비스 외의 다른 서비스들, 예컨대 의료나 법무, 교육 등의 서비스가 갖는 특성상 ‘동일한 상황’에 대한 판단기준을 도매서비스 기업들간의 비교에서와 동일하게 판단하는 것은 다소의 문제가 있다고 판단된다. 가령 미국 의료법인이 한국 내에 상주해 있는 지점을 통해 의료서비스를 제공하는 경우에, 한국의 의료법인과 미국계 의료법인은 형식적으로 동일한 서비스를 제공하지만 서비스의 가격, 의료서비스의 질, 의료서비스의 종류(특히 전문 분야의 차이), 서비스에 대한 접근 용이성, 그 외에 여러 가지 환경적 요소 등에 따라 양 의료서비스에 대한 소비자의 인식에 차이가 날 수 있을 것이고 소비자들에게 있어 양 서비스간 대체성은 상실될 수도 있기 때문이다. 그러한 의미에서 ‘동종’ 서비스의 비교에 있어서는 서비스의 최종사용용도가 적절한 기초가 될 수밖에 없다는 의견은 설득력이 있어 보인다. 향후 의료, 교육, 법무 등의 서비스분야와 관련한 사건에서 동일한 상황의 판단 요소로서 어떤 것들이 고려될 것인지 관심을 두고 지켜볼 필요가 있다.

2. 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우

(1) 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우에 대한 접근방식

우리나라가 체결한 FTA에서는 외국인투자에 대한 대우의 기준으로 충분한 보호와 안전, 공정·형평한 대우를 포함하고 있는데, 동 대우를 부여하는 접근방식에 있어 크게 두 가지로 양분된다. 첫 번째는 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우를 최소기준대우(minimum standard of treatment)의 한 예시로서 포함시켜 규정하는 방식으로 최근에 우리나라가 체결한 FTA들 대다수가 채택한 방식이다. 동 접근방식에 따르면 투자 및

92) 이재형, “한국 주세사건 사례연구”, 공수진, 김규태 외 11인 공저, 『통상분쟁속의 한국-WTO 한국분쟁사례분석-』, 학영사, 2006, 176쪽.

투자자에 대하여 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제관습법에 따른 대우를 최소기준으로 부여하도록 규정하고 있어 외국 투자자는 국제관습법에 따른 대우를 최소기준으로 하여 보호 받을 수 있다.⁹³⁾ 다만 한국-인도CEPA는 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우만을 국제관습법에 따른 최소기준으로 보장하도록 하고 있어 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우 이외에 국제관습법상의 어떤 다른 대우도(그것이 무엇인지 명확하지는 않지만) 최소기준으로 부여해야 하는 다른 여타의 FTA들과 조금 다르다.⁹⁴⁾

두 번째는 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우를 최소기준대우와 연계하지 않고 일반적 대우로서 보장하도록 하는 방법으로서 한국-ASEAN FTA, 한국-EFTA FTA가 채택하고 있는 방식이다.⁹⁵⁾

(2) 충분한 보호와 안전 및 공정·형평한 대우와 최소기준대우

앞서 살펴보았듯이 우리나라가 체결한 FTA들에 따르면 투자 및 투자자에 대하여 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제관습법에 따라 최소기준대우를 부여하여야 한다. 여기서 최소기준대우란 투자유치국이 국제관습법에 따른 대우를 최소기준으로 하여 계약국 투자자에게 부여해야 한다는 원칙으로서 국제관습법상의 보호수준에 부합하지 않는 대우를 할 경우 국가 책임이 발생함을 의미한다.⁹⁶⁾ 동 원칙은 국제투자규범상 최혜국대우나 내국민대우 원칙만 적용될 경우 투자자의 지위가 국내정국불안, 법률개폐 등 투자유치국의 국내법에 맡겨지게 됨으로써 투자를 촉진하는데 필요한 수준의 법적 확실성을 제공할 수 없게 될 가능성이 크고, 투자의 실질적인 보호가 이루어질 수 없게 되는 것을 방지하기 위한 수단이 된다.⁹⁷⁾ 그러나 최소기준대우 규정은 NAFTA가

93) 한국-칠레FTA 제10.5조, 한국-싱가포르FTA 제10.5조, 한국-페루FTA 제9.5조, 한국-미국FTA 제11.5조, 한국-콜롬비아FTA 제8.5조, 한국-호주FTA 제11.5조, 한국-캐나다FTA 제8.5조.

94) 한국-인도CEPA 제10.4조.

95) 한국-ASEAN FTA 투자협정 제5조, 한국-EFTA FTA 투자협정 제3조.

96) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN, 1999, p. 12.

체결된 이래 많은 논란이 야기된 조항이다.⁹⁸⁾ NAFTA 제1105조(최소기준 대우)에 따르면 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제법에 따른 대우를 타방 계약국 투자자의 투자에 대하여 부여해야 한다.⁹⁹⁾ NAFTA 위원회에 따르면 NAFTA 제1105조(1)은 국제관습법을 최소기준으로 나타내고 있으며, 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전이라는 개념은 국제관습법이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하는 것은 아니다.¹⁰⁰⁾ 동 해석은 미국의 2004년 및 2012년 BIT모델(제5조)에 그대로 반영되어 “국제법”이라는 표현대신 “국제관습법”으로 수정되고, 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전이라는 개념은 국제관습법이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하는 것은 아니라는 점을 추가하여 규정을 명확히 하고 있다.

한국-미국FTA를 포함하여 우리나라가 체결한 FTA들에도 최소기준대우에 관한 규정이 미국의 2004년 및 2012년 BIT모델과 동일하게 규정되고 있다.¹⁰¹⁾ 동 규정에 따르면 계약국은 공정·형평한 대우와 충분한 보호 및

97) 내국민대우나 최혜국대우와 같은 비차별대우원칙은 상대적인 기준으로 적용되는 반면 최소기준대우는 그 기준이 국제관습법에 기초하는 것이므로 투자유치국의 국내법에 따라 그 보호수준이 달라질 수 없는 일반적 기준으로서 투자보호를 위한 최소한의 장치라는 점에서 투자보호에 있어 핵심적인 규정이다.:Nicholas DiMascio, Joost Pauwelyn, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" *American Journal of International Law*, Vol. 102, January 2008, p. 748.

98) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 28*, p. 136.

99) NAFTA 제 1105(1)조의 원문은 다음과 같다.: "Minimum Standard of Treatment: 1. Each Party Shall accord to investment of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security."

100) NAFTA Free Trade commission Note of Interpretation of 31 July 2001. 구체적 원문은 다음과 같다.: "Minimum Standard of Treatment in accordance with international law: 1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investment of investors of another Party. 2. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by customary international law minimum standard of treatment of aliens. ..." : 동 규정상 국제법에 따른 최소기준대우가 무엇을 의미하는지에 대한 논란을 잠재우기 위해 NAFTA 무역위원회가 나서서 동 규정에 대한 해석을 내놓게 되었다.

101) 한국-칠레FTA 제10.5조, 한국-싱가포르FTA 제10.5조, 한국-페루FTA 제9.5조, 한국-

안전을 포함하여 국제관습법에 따른 최소기준대우를 외국 투자자에 대하여 부여해야 한다. 최소기준대우의 핵심은 외국 투자자에 대한 국제관습법에 따른 대우로서 동 대우에는 공정·형평한 대우와 충분한 보호 및 안전대우가 예시로서 포함되어 있다. 따라서 최소기준대우에는 공정·형평한 대우와 충분한 보호 및 안전대우 이외에 국제관습법에 따라 다른 요소가 포함될 수 있다는 것이다. 이와 관련하여 ‘*Metalclad Corporation v. Mexico* 사건’에서 중재판정부는 투명성을 보장할 의무는 NAFTA 제1105조가 투자자에게 보장한 최소기준대우 의무의 일부를 구성하는 것으로서 멕시코 정부가 *Metalclad*사에게 사업계획과 투자에 대한 투명하고 예측 가능한 체계를 보장하지 않은 것은 최소기준대우를 위반한 것이라고 판정하여 투명성의 보장을 최소기준대우의 구성요소로 판단하였다.¹⁰²⁾

(3) 공정·형평한 대우

공정·형평한 대우(fair and equitable treatment)는 과거부터 수많은 BIT에서 다양한 방식으로 외국투자자를 보호하기 위한 수단으로 사용되어 왔다. 그러나 공정·형평한 대우의 구체적 의미가 명확하지 않기 때문에 다수의 BIT들과 관련하여 그 개념에 대한 논란은 계속되어 왔고,¹⁰³⁾ NAFTA의 운영과정에서도 가장 빈번하게 다루어진 이슈 가운데 하나이지만 공정·형평한 대우의 명확한 정의가 무엇인지에 대한 일반적 합의는 존재하지 않는다.¹⁰⁴⁾ 따라서 한국이 체결하고 있는 FTA 투자규정들에서는 이러한 논란에 대비하여 공정·형평한 대우를 부여하도록 규정하되¹⁰⁵⁾

미국FTA 제11.5조, 한국-인도CEPA 제10.4조, 한국-콜롬비아FTA 제8.5조, 한국-호주FTA 제11.5조, 한국-캐나다FTA 제8.5조.

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

103) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UN: New York and Geneva, 2007, p. 41.; 동 대우의 역사적 발전 및 국제투자규범에서의 사용 실태에 대한 자세한 설명은 UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD series on issues in international investment agreements II, UN, 2012 참조.

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

105) 한국-칠레FTA 제10.5조, 한국-싱가포르FTA 제10.5조, 한국-페루FTA 제9.5조, 한국-

동 대우를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사적·민사적 또는 행정적 심판 절차상의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다는 규정을 명시적으로 두고 있다.¹⁰⁶⁾ 공정·형평한 대우는 외국인 투자에 대해 형사적·민사적 또는 행정적으로 적법절차에 따라 대우하도록 요구하고 있는 것으로서 투자유치국의 자의적인 민·형사상 사법절차와 특히 자국민 보호를 위해 국내법을 차별적이거나 자의적으로 적용할 소지가 있는 행정절차가 공정하고 형평스럽게 적용되도록 함으로써 외국투자자를 보호할 수 있는 중요한 수단이 된다고 할 수 있다. 그러한 의미에서 많은 투자분쟁례에서 동 원칙이 주요 쟁점으로 다루어지고 있는 실정이다.

예들 들어 서비스 분야에서 공정·형평한 대우와 관련하여 문제가 된 바 있는 사건인 ‘*Waste Management Inc. v. Mexico* 사건’ 중재판정부는 사법의 거부와 같은 적법절차 준수 여부를 공정·형평한 대우 위반, 넓은 의미의 최소기준대우 위반 여부를 판단하기 위한 요소로 고려하였다.¹⁰⁷⁾ ‘*Mondev Int’l, Ltd. v. United States* 사건’에서도 중재판정부는 입수 가능한 모든 사실에 비추어 문제되는 사법 결정이 명백히 부적절하고 신뢰할 수 없는 것이었는지 여부가 문제가 된다고 지적하였다.¹⁰⁸⁾ 절차의 적정성 문

미국FTA 제11.5조, 한국-인도CEPA 제10.4조, 한국-ASEAN FTA 투자협정 제5조, 한국-EFTA FTA 투자협정 제3조, 한국-콜롬비아FTA 제8.5조, 한국-호주FTA 제11.5조, 한국-캐나다FTA 제8.5조.

106) 한국-미국FTA 제11.5조 foot note.

107) 이 사건에서 *Waste Management*사는 미국 캘리포니아 주에 본사를 둔 산업폐기물 처리회사로서 멕시코에서 폐기물 처리산업을 위해 *Acaverde*라는 회사를 설립하고 *Acapulo*시와 쓰레기 처리 및 도로청소에 관한 양허계약을 체결하고, 쓰레기 처리 사업을 진행하였다. 하지만 *Waste Management*사는 *Acapulo*시가 용역대금을 지연하고, 보증을 섰던 국책은행마저 대금지급을 지연하자 ICSID에 중재를 신청하게 되었다. *Waste Management*사는 *Acapulo*시가 주정부 및 국책은행과 공모하여 투자자에게 자의적으로 대우하였고, 적법절차를 준수하지 않음으로써 최소기준대우를 위반하였다고 주장하였다. 중재판정부는 *Acapulo*시가 용역대금의 지급을 지연한 것은 1994년 이후 멕시코가 경제위기에 빠지면서 시 재정에도 곤란상태가 발생하였기 때문이므로 이러한 사정으로 사법의 거부처럼 구제수단이 거부된 것도 아닌 한 시정부의 조치를 NAFTA상 최소기준대우 원칙에 위배된다고 볼 수는 없다고 판정하였다.: *Waste Management, Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3/, Final Award, 30 April 2004 참조.

108) *Mondev Int’l, Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 127.

제는 또한 절차적 정의의 확보와 관련하여 공정·형평한 대우의 판단요소로서 매우 중요한 것으로 판단된다. ‘*Metalclad v. Mexico*사건’에서 중재판정부는 정부기관이 외국기업의 투자활동에 영향을 미칠 수 있는 회의를 하면서 관련 위원회(Municipal Town Council)가 동 외국기업에 대해 회의 소집통보나 초대가 없었고, 회의에 참석할 어떤 기회도 주어지지 않아 회의 참석이 불허된 것으로 절차적 적정성 특히 투자자의 고지 받을 권리가 무시되었다는 점을 인정하면서 동 행위가 NAFTA 제105조상 공정·형평한 대우 의무에 반한다고 보았다.¹⁰⁹⁾

또한 ‘*CMS v. Argentina*사건’에서 중재판정부는 안정된 법적 및 사업적 환경의 보장은 공정·형평한 대우의 필수적 요소로서 법적 안정성 및 예측가능성이 전제되어야 한다고 보았다.¹¹⁰⁾ 또한 은행업 면허 최소(withdrawal)와 관련된 ‘*Genin v. Estonia*사건’ 중재판정부는 공정·형평한 대우 의무에 반하는 행위에는 의무 태만, 국제법에 반할 정도의 부적당한 행위, 주관적 불성실(subjective bad faith) 등의 행위들을 포함할 수 있는데, 이 사건에서 에스토니아 정부의 행위는 충분한 근거가 존재하여 동 의무의 위반에 해당하는 것은 아니라고 판단하고 있다.¹¹¹⁾ ‘*Frontier Petroleum v. Czech Republic*사건’에서 중재판정부는 신의성실(good faith) 원칙의 위반여부를 검토함에 있어서 투자유치국이 법 규정을 입법 목적과 달리 사용하는 행위, 정부가 처음 제시했던 사유와는 다른 이유로 투자를 취소하는 행위, 내국인에 대한 배려로 외국투자를 퇴출시키는 행위, 정부가 계약상의 의무 불이행에 대한 변명으로 국내의 구조적 문제를 내세우는 행위 등을 신의성실의 원칙에 반하는 행위로 거론하고 있다.¹¹²⁾

한편 ‘*National Grid v. Argentina*사건’에서 중재판정부는 공정·형평한 대우의 판단요소로서 투자자의 합리적 기대를 중요한 기준으로 판단하였는

109) *Metalclad v. Mexico*, Award, ICSID Case No. ABR(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 91.

110) *CMS GAS Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 276.

111) *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Final Award, 25 June 2001, para 367.

112) *Frontier Petroleum v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010, para. 300.

바, 투자자가 투자를 행하던 시점에서의 합리적 기대는 보호되어야 하는 것으로서 관련 정부가 행한 진술(representation)¹¹³⁾이나 약속, 특수한 조건 등에서 그 근거를 찾을 수 있다고 보았다.¹¹⁴⁾ 이처럼 투자유치국은 공정·형평한 대우 의무에 따라 투자자가 투자를 행하던 시점에서의 합리적 기대를 보호하여야 한다는 판정은 다수의 중재판정례에서 확인된바 있다.¹¹⁵⁾

그 간의 중재판정부가 다른 사례들에서는 정부권한의 현저한 남용(egregious abuse)이나 악의적 목적의 정부권한의 오용의 경우에만 한정하지 않고 정부권한의 행사가 투명성, 안정성 및 투자자의 합리적 기대의 보호, 강압과 괴롭힘으로부터의 자유, 적법절차 및 절차의 적정성, 신의성실(good faith), 계약의 이행 등과 같은 공정한 통치(good governance)의 요건을 충족시키지 못한 경우에 공정·형평한 대우규정 위반으로 다루고 있는 것으로 보고되고 있다.¹¹⁶⁾

(4) 충분한 보호와 안전

최근에 한국이 체결한 FTA투자협정들은 공정·형평한 대우와 함께 충분한 보호 및 안전 대우를 부여하도록 규정하고 있다.¹¹⁷⁾ 충분한 보호와

113) 물론 일부 판례에서는 합리적 기대의 보호와 관련하여 단순한 정치적 발언(statement)은 합리적 기대를 보호하는데 적합하지 않다고 판단하여 합리적 기대의 범위를 제한하고 있다.: *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB(AF)/03/9, Award, 5 September 2008, para 261(i); *El Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, Paras 375-379, 392-395.

114) *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL, Award, 3 November 2008, para 173.

115) *Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award Merits, 16 December 2002, para 128.; *Frontier Petroleum v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010, paras. 287, 468.; *Mondev Int'l, Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 156.; *AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/22, Award, 23 September 2010, paras. 9.3.8-9.3.18.

116) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 28*, pp. 146-160.; UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UN: New York and Geneva, 2007, pp. 43-46.

117) 한국-칠레FTA 제10.5조, 한국-싱가포르FTA 제10.5조, 한국-페루FTA 제9.5조, 한국-미국FTA 제11.5조, 한국-인도CEPA 제10.4조, 한국-ASEAN FTA 투자협정 제5조, 한국-EFTA FTA투자협정 제3조, 한국-콜롬비아FTA 제8.5조, 한국-호주FTA 제11.5조, 한국-캐나다FTA 제8.5조.

안전은 통상적으로 BIT들에서 공정·형평한 대우와 함께 외국투자자들에게 대해 부여하여야 하는 대우의 한 유형에 해당되는 것으로서 국가기관이나 사적 행위에 의한 폭력(violence)이나 괴롭힘(harassment)에 대해 적용되는 의무이다. 동 의무는 전통적으로 다수의 중재판정례를 통해 폭동, 소요 등 치안부재 등으로 인한 불안 상태에서부터 외국인 투자회사의 임직원 및 시설 등을 물리적으로 보호하기 위한 규범으로 인식되어 왔다.¹¹⁸⁾

그러나 BIT와 관련한 사건에서 다수의 중재판정부는 충분한 보호와 안전의 개념을 물리적 침해에 대한 경찰보호를 넘어서 비폭력적 사태 즉, 투자 환경의 안전성을 포괄하는 것으로까지 확장 해석하는 경우들이 있었다.¹¹⁹⁾ 가령 ‘*Siemens v Argentina* 사건’에서 중재판정부는 일반적으로 투자의 개념에는 유형의 자산뿐만 아니라 무형의 자산도 포함되는 것인바 물리적 안전만으로는 무형의 자산을 보호한다는 것이 불가능하므로 충분한 보호와 안전의 의무에는 물리적 안전(보호) 의무만 아니라 법적 보호 의무까지 포함되는 넓은 의미로 인정되어야 한다고 보았다.¹²⁰⁾ ‘*Vivendi v. Argentina* 사건’에서도 중재판정부는 충분한 보호 및 안전의 의무는 외국인 투자자산에 대한 물리적 점유상태를 보호하는데 그치는 것이 아니라 또한 투자 운영(operation)에 대한 법적인 보호까지 포함하는 개념임을 명확히 지적하고 있다.¹²¹⁾

‘*Azurix v. Argentina* 사건’에서도 중재판정부는 충분한 보호와 안전이란

118) Giuditta Cordero Moss, "Full Protection and Security", *Standards of Investment Protection*(ed. by Reinisch), Oxford University Press, 2008, p. 129.; 정수봉, 『한미 FTA 투자분야 연구』, 법무부, 문중인쇄, 2008.4, 90쪽.

119) Giuditta Cordero Moss, "Full Protection and Security", *Standards of Investment Protection*(ed. by Reinisch), Oxford University Press, 2008, p. 129.

120) *Siemens v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 303.

121) *Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Award, 20 August 2007, para. 7.4.15.; 유사한 관점에서 ‘*Biwater Gauff v. Tanzania* 사건’ 중재판정부는 ‘충분한 보호’는 투자 유치국이 투자자에 대해 물리적, 상업적 그리고 법적으로 안전한 환경을 보장해주는 것을 의미한다고 해석하고 있다(*Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 729). 또한 ‘*OEPC v. Ecuador* 사건’에서도 중재판정부는 물리적 폭력이나 손해가 발생하지 않았음에도 불구하고 충분한 보호 및 안전 규정에 대한 위반을 인정하였다(*Occidental Exploration & Production Company(OEPC) v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, para. 187).

물리적 안전에 국한되지 않으며 투자자의 관점에서 투자환경의 안정성이라는 요소도 충분히 고려되어야 한다고 보았던 것이다. 그러나 동 중재판정부가 이러한 확장해석을 하게 된 이론적 근거는 다수의 BIT 규정과 NAFTA 자유무역위원회 해석선언 이후에 미국이 체결한 FTA 투자규정을 비교한 후 후자에는 충분한 보호와 안전이 국제관습법상 요구되는 경찰보호의 수준에 국한되는 것으로 한정되어 있으나 이 사건의 관련 규범인 미국-아르헨티나BIT에는 충분한 보호 및 안전을 보장하라고 규정되어 있을 뿐 이에 대한 어떠한 제한이나 추가적 설명이 부여되어 있지 아니하다는 점을 염두에 두고 있다.¹²²⁾ 하지만 ‘*Sempra v. Argentina* 사건’에서 중재판정부는 ‘충분한 보호와 안전’의무는 전통적으로 투자에 대한 물리적 보호의 맥락에서 발전되어온 개념임을 명확히 하면서, 다만 예외적으로 동 의무에 대한 광의의 해석이 가능할 수 있다는 점을 지적하고 있다.¹²³⁾

이처럼 많은 중재판정례들은 투자규범상 ‘충분한 보호와 안전’이라는 추상적 문구의 해석과 관련하여 해석의 범위에 있어 차이를 보이고 있는 것이 현실이다. ‘*Azurix v. Argentina* 사건’에서 중재판정부가 지적한 바처럼,¹²⁴⁾ NAFTA 자유무역위원회 해석선언¹²⁵⁾ 이후의 미국 투자규범들은 다수의 BIT 관련 중재판정례에서의 충분한 보호 및 안전에 관한 확장해석의 경향과는 달리, 충분한 보호 및 안전을 제공할 의무에 각 당사국이 국제관습법상 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하도록 요구한다는 규정을 명시적으로 됴므로써¹²⁶⁾ 이러한 확장해석을 방지하고 국제관습법상 경찰보호의 제공으로 한정하고 있다. 우리나라가 체결한 FTA들도 이러한 경향을 그대로 반영하고 있다. 하지만 “국제관습법상 요구되는 수준의 경

122) *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award, 14 July 2006, paras. 406-408.

123) *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 323.

124) *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award, 14 July 2006, paras. 406-408.

125) NAFTA Free Trade Commission, Interpretative Note of 31 July 2001.:동 해석선언은 NAFTA 위원회가 NAFTA 재1105(1)의 해석과 관련한 논란을 방지하기 위해 ‘충분한 보호와 안전’의무는 국제관습법에 따라 부여된다는 해석을 담은 선언문에서 채택되었다.

126) 한국-미국FTA 제11.5조 foot note.

찰보호”가 무엇인지에 대해 뚜렷하게 합의된 바가 없으므로 그 해석상 논란의 소지는 여전히 남아 있다.

다만 중재판정례를 살펴보면 국제관습법상 요구되는 수준의 경찰보호는 투자유치국이 상당한 주의의무를 가지고 행동하였는지, 외국인 투자자를 보호하기 위해 특정한 상황에서 합리적이라고 할 수 있는 조치를 취했는지를 기준으로 판단할 수 있을 것이다. 이는 충분한 보호와 안전 의무 규정이 외국인 투자에 대한 절대적 보호를 의미하는 것이 아니라 투자유치국에게 외국인투자의 보호를 위한 상당한 주의의무(due diligence duty)와 합리적인 조치를 취할 의무를 부과하기 위한 조항이라고 할 수 있기 때문이다.¹²⁷⁾ 특정 상황에서의 합리적인 조치의무와 관련하여 ‘*AES v. Hungary*사건’ 중재판정부는 투자유치국이 특정 상황에 따라 입법권과 규제권한을 행사하고 합리적인 조치를 취했다면 충분한 보호와 안전의 의무에 위반되지 않을 것이라고 지적하였다.¹²⁸⁾ ‘*Wena Hotel Ltd. v. Egypt* 사건’에서 중재판정부는 어떤 정부 기관의 공무원이 문제의 호텔을 강취하였는데 경찰이 이러한 사실을 알고 있었으면서도 그러한 침해 행위를 전·후로 하여 아무런 조치도 취하지 않았기 때문에 충분한 보호와 안전 대우 기준에 위반된다고 판정하였다.¹²⁹⁾

또한 충분한 보호와 안전 대우는 전통적으로 ‘상당한 주의의무’와의 연장선상에서 인정되어 왔다¹³⁰⁾는 점에서 국제관습법상 요구되는 경찰보호

127) Rudolf Dolzer and Stevens, Margarete, *supra note 104*, p. 61.; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 28*, p. 161.

128) *AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para. 13.3.2.

129) *Wena Hotel Ltd. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, para. 84.; 또한 유사한 맥락에서 ‘*Tecmed v. Mexco*사건’ 중재판정부는 Tecmed社가 멕시코 당국이 분쟁으로 인해 발생한 쓰레기 매립지에서의 시위와 소요사태에 대해 효과적으로 대처하지 않았기 때문에 자신들이 ‘충분한 보호와 안전’ 규정에 의해 보호 받지 못했다고 주장하자 당국이 문제의 소요사태를 원조 혹은 조장하거나 기여하였다는 충분한 증거가 부족하고, 또한 당국이 합리적으로(reasonably) 대응하지 못하였다는 증거도 없다고 보아 동 주장을 거절하였다(*Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 175-177, 181. 같은 취지의 중재판정례로 *American Manufacturing & Trading v. Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997; *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/2, Award, 27 June 1990 등 참조.

130) Rudolf Dolzer and Stevens, Margarete, *supra note 104*, pp. 58-61.

의 판단기준으로서 상당한 주의의무가 중요한 의미가 있다. 이와 관련하여 몇몇 중재판정례에서는 충분한 보호와 안전 규정을 통해 내란으로 인해 발생하는 손해에 대하여 투자유치국에 무조건적인 결과책임을 인정하는 정도까지는 아니지만 상당한 상당히 높은 수준의 보호를 보장하고 있다.¹³¹⁾ 즉, 무력충돌 상황에서 내국민대우 수준을 보장했다거나, 피청구국의 무능력 또는 정책의 우선순위로 인해 외국인에 대한 충분한 보호가 이루어 지지 못했다고 항변할 수는 없으며, 국가의 재원조달 문제에 관계 없이 외국인재산 보호를 위해 신의성실의 책임(good faith efforts)을 다했는지 여부, 즉 상당한 주의의무를 준수하였는지 여부를 심리하고 있다.¹³²⁾ 구체적으로 ‘*Bewater Gauff v. Tanzania*사건’에서 중재판정부는 상당한 주의의무는 투자유치국이 외국투자를 보호하기 위하여 합리적이고(reasonable) 사전적이며(precautionary), 예방적인(preventive) 조치를 취하지 않는 한 담보될 수 없다고 지적하면서 충분한 보호와 안전에 있어 예방적인 차원의 상당한 주의의무를 강조하였다.¹³³⁾ 그러나 ‘*Parkering v. Libuania*사건’에서 중재판정부는 충분한 보호와 안전의 의미는 피해의 예방뿐만 아니라 원상회복 및 가해자에 대한 처벌까지 필요로 하는 개념이라고 판단하였다.¹³⁴⁾

3. 간접수용

(1) 서비스 관련 투자에 대한 간접수용의 의의

오늘날 외국인 재산에 대한 전면적인 수용(expropriation)이나 국유화(nationalization)¹³⁵⁾를 행하는 경우가 드물기 때문에 수용과 보상 문제가

131) UNCTAD, *supra note 103*, p. 46.

132) *Saluka v. Czech Republic*, PCA, Partial Award, 17 March 2006, para 484.; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 19 May 2003, para. 177.; *Noble Ventures v. Romania*, ICSID Case No. ARB(AF)/01/11, Award, 12 October 2005, paras 164-6.; *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*, Award, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para 53.

133) *Bewater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, paras. 725-729.

134) *Parkering v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 355.

종래에 있어서만큼 중요한 이슈로 부각되고 있지는 않지만 최근에 들어서 국가의 개입에 의한 재산권에 대한 침해효과를 간접적 수용이라고 하여 중요시 되고 있다.¹³⁶⁾ 일반적으로 간접수용은 국유화 또는 수용의 성격을 갖는 재산에 대한 물리적 몰수는 아니지만 국가의 개입으로 인한 소유권에 관련된 권리의 침식을 의미하는 것으로 알려지고 있다.¹³⁷⁾ 이처럼 간접수용 규정은 외국인 자산에 대한 사실상의 경영·사용·통제권이 상실되거나 자산가치의 중대한 하락을 야기하는 정부행위로부터 외국인 투자를 보호하기 위한 장치이다. 특히, 환경에 대한 관심이 증가하면서 투자유치국의 환경조치가 증가하고 있기 때문에 환경조치에 의한 수용효과가 운송이나 유통 등의 서비스 관련 투자분쟁에서도 중요한 이슈가 되고 있다.¹³⁸⁾ 그러한 점에서 정부규제가 많은 금융서비스¹³⁹⁾나 환경관련 유통 혹은 운송서비스업체들에게는 동 쟁점은 큰 관심 사항이 될 것이다.

한국이 체결한 FTA들도 원칙적으로 적용대상 투자를 직접적으로 국유화하거나 수용하는 것뿐만 아니라 간접적으로 수용하는 것 즉, 간접수용을 금지하고 있다.¹⁴⁰⁾ 더 나아가 한국-미국FTA를 비롯하여 우리나라가

135) 전통적인 의미에서의 수용이라 함은 투자유치국의 정부가 투자자의 자산을 몰수하는 직접수용의 형태로써 1950년대부터 1970년대까지 일반적으로 행해져 왔다. 선진국들이 1960-70년대에 수많은 BIT들을 체결한 주요 목적 중의 하나가 바로 직접수용에 대한 위협으로부터 자국 투자자들을 보호하는 것이었다. :UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UN: New York and Geneva, 1998, p. 65.

136) UNCTAD, *Taking of Property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements UN: New York and Geneva, 2000, p. 20.

137) *Ibid.*.

138) 서비스사업과 관련하여 중재법원에서 다루어진 다수의 사건들은 주로 운송 및 유통 서비스나, 상·하수도서비스 등과 관련된 사건이 유독 많다.

139) 구체적으로 ‘*Fireman Fund v Mexico* 사건’에서 멕시코의 금융 기관 투자자인 미국 청구인은 자신의 투자가 멕시코 정부의 일련의 조치들에 의해 수용되었다고 주장하였다. 청구인이 투자한 은행이 난처한 상황에 있었고, 멕시코정부가 투자(value of investment)를 지속적으로 박탈하는 조치를 취했다고 주장하였다. 중재판정부의 최종적인 판정에서 간접수용 주장이 받아들여지지 않았지만 중재판정부는 동 사건에서 투자자가 직면하고 있던 문제의 실질적인 원인은 투자 자체가 위험한 것이었고 사업에 필연적으로 수반되는 위험성이 가시화된 것에 있었음에도 멕시코 정부가 투자자에 대해 차별적이었고, 불공정하게 조치했다는 점을 인정하였다.: *Fireman Fund v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Award, 17 July 2006, paras. 176, 185.

140) 한국-칠레FTA 제10.13조, 한국-싱가포르FTA 제10.13조, 한국-EFTA FTA 제13조, 한국-ASEAN FTA 제12조, 한국-인도 CEPA 제10.12조, 한국-페루FTA 9.12조, 한국-미

체결한 몇몇 FTA들에서는 간접수용과 관련한 용어의 추상성¹⁴¹⁾으로 인한 혼란을 막기 위해 별도의 부속서를 두어 그 개념규정을 담고 있다. 이들 수용 부속서에 따르면 간접수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용¹⁴²⁾에 동등한 효과를 가지는 경우를 말한다.¹⁴³⁾ 다시 말하면 간접수용은 직접수용처럼 국가가 외국인 투자자의 재산권을 박탈하거나, 국유화하는 것은 아니므로 외국투자자의 재산에 직접적으로 영향을 끼치지 않으나, 특정 정부 조치로 인하여 투자자가 사실상 영업을 할 수 없게 되어 투자의 가치가 직접 수용과 동등한 정도로 감소되는 경우를 의미한다.

(2) 간접수용 성립의 판단요소

앞서 살펴보았듯이 간접수용은 외국투자에 대해 간접적으로 혹은 점진적으로 발생하는 수용 효과를 규율하는 규정이다. 간접수용은 장기간에 걸쳐 반복적으로 취해진 정부조치에 의해 점진적으로 그 효과가 발생된다는 점에서 그 성립여부를 판단하는 것이 간단하지가 않다. 그러한 의미에서 우리나라가 체결한 FTA 투자챕터들에서는 어떤 정부의 조치가 간접수용에 해당하는지의 객관적 기준이 없을 경우 소 남발의 우려가 있다고 판단하여, 수용부속서를 두어 간접수용의 성립요건을 조금 더 구체화하고 있다. 동 규정들에 따르면 특정 상황 하에서 정부조치가 투자자에게 미치는 경제적 영향, 정부정책이 외국인투자자의 합리적 기대를 벗어난

국FTA 제11.6조, 한국-캐나다FTA 제8.11조, 한국-호주FTA 제11.7조.

141) 간접수용은 우리나라가 체결한 BIT나 FTA 뿐만 아니라 거의 모든 국제투자협정들에서 수용 또는 국유화에 상응하는(equivalent) 조치, 수용 또는 국유화와 동등한(tantamount) 또는 동일한(same) 효과를 갖는 조치, 수용 또는 국유화와 유사한(similar) 효과를 갖는 조치 등의 표현으로 사용되고 있다. 이처럼 다양한 표현은 다수의 투자분쟁을(특히 NAFTA 관련 투자분쟁에서) 유발시키는 원인이 되고 있다: Andreas F. Lowenfelds, *International Economica Law*, Oxford University Press, 2003, p. 466.

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

143) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.; 우리나라가 체결한 나머지 FTA에서는 수용부속서를 포함하고 있지 않다.

것인지 여부, 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격 등을 포함하여 투자에 관한 모든 관련 요소를 사안별 또는 사실에 기초한 조사를 토대로 종합적으로 고려하여 간접수용 해당 여부를 판정하여야 한다.¹⁴⁴⁾

1) 정부조치의 효과

투자 유치국 정부의 조치가 투자자의 자산이나 경제적 이익에 대해 미치는 영향은 간접수용 여부를 결정함에 있어 매우 중요한 요소이다. 이러한 효과가 중요한 시기에 실질적이고 지속적으로 발생한 경우 재산권에 대한 수용이 발생했다는 사실이 일응 추정될 것이다.¹⁴⁵⁾ 다수의 중재판례들은 바로 이러한 점을 고려하여 정부조치의 효과를 간접수용의 중요한 요소로 다루는 경향이 있다. 가령 ‘*Vivendi v. Argentina*사건’에서 청구인은 상·하수도사업 면허와 관련하여 정부가 일방적으로 요금을 변경하였고, 부당한 기소로 청구인을 처벌함으로써 공권력을 남용하였고, 청구인에 대한 적개심을 조장할 목적으로 대중매체를 활용하였고, 소비자들이 요금납부를 하지 못하도록 선동하였고, 면허를 재발급 받도록 청구인에게 압력을 행사하였다고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 아르헨티나 정부의 조치는 부당한 탈취행위이자, 보상 없는 면허 박탈로서 점진적인 수용에 해당한다고 보아 청구인이 그들의 자산에 대한 물리적 통제를 계속 유지하고 있기 때문에 수용에 해당하지 않는다는 아르헨티나 정부의 주장을 거절하였다. 또한 아르헨티나 정부의 파괴적인 행태들의 효과를 지적하면서 공익목적의 정책이라 할지라도 간접수용으로부터 면책될 수 없음을 강조하였다.¹⁴⁶⁾ ‘*Biwater Gauff v. Tanzania*사건’에서도 상·하수도사업 계약의 종료 상황과 관련하여 간접수용 논란이 발생하였는바, 중재판정부는 간접수용에 해당하는지 여부는 투자에 영향을 미친 정부조치들을 종합적으로 고려하여 그 효과적 측면에서 결정되어야 한다고 판

144) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.

145) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *supra note 28*, p. 112.

146) *Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Award, 20 August 2007, paras. 7.5.11-7.5.21.

시하였다.¹⁴⁷⁾ 또한 상·하수도사업과 관련한 정부조치의 간접수용 해당여부가 논란이 되었던 ‘*Suez v. Argentina* 사건’에서 중재판정부는 간접수용 여부에 대한 검토는 정부조치의 (수용)의도가 아니라 그 효과에 초점을 두어 이루어져야 함을 인정하면서, 일반적으로 간접수용은 청구인의 투자 또는 투자의 경제적 이익향유에 대한 실질적이고, 지속적인 박탈을 전제로 한다고 보았다.¹⁴⁸⁾

위 사례에서 살펴보았듯이 간접수용을 판단함에 있어 정부조치가 투자자의 재산을 박탈하는 정도(심각성)와 그 기간 등을 토대로 정부조치의 경제적 영향을 고려할 수 있다. 하지만 정부조치가 외국투자에 미치는 경제적 영향이 간접수용의 성립여부를 판단하기 위한 절대적 요소는 아니다. 정부조치의 목적 보다는 부정적 효과를 간접수용의 판단요소로 중시하는 다수의 중재판정례들에도 불구하고 미국의 2004년 및 2012년 BIT 모델은 정부조치의 경제적 효과뿐만 아니라 합리적인 공익의 목적도 간접수용과 관련한 판단요소로서 규정하고 있다.¹⁴⁹⁾ 이와 관련하여 우리나라가 체결한 FTA 수용부속서는 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적 효과를 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아님을 명확히 하고 있다.¹⁵⁰⁾

2) 합리적 기대

우리나라가 체결한 FTA에 따르면 정부정책이 투자자의 합리적인 기대

147) *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, paras. 455-45.

148) *Suez v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Award, 30 July 2010, paras. 122-123.; 또한 통신서비스 관련 투자자에 대한 간접수용 여부가 문제가 된 ‘*Telenor v. Hungary* 사건’과 가스 운송 사업에 대한 정부의 일방적인 요금체계 변경조치가 문제가 되었던 ‘*CMS v. Argentina* 사건’에서도 중재판정부는 동일한 입장을 보이고 있다 (*Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, paras. 64-70; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 262-263).

149) 미국 2004년 및 2012년 BIT 모델, Annex B, para. 4.

150) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.

를 침해하는지 여부는 간접수용의 성립여부를 판단하는 주요 요소 가운데 하나이다.¹⁵¹⁾ 정부정책이 외국투자자의 합리적 기대를 벗어났는지 여부의 판단은 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 투자자의 기대를 침해하는 정도로 판단된다. 다만 외국투자자의 합리적 기대가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해 다수의 투자분쟁에서 논란이 있어왔다는 점에 주목할 필요가 있다.

이와 관련하여 ‘*Thunderbird v. Mexico*사건’에서 중재판정부는 합리적 기대에 대한 일반적 정의를 내리고 있다. 동 재판부는 최근의 투자관련 국제판례와 국제관습법상의 신의성실의 원칙을 고려할 때, NAFTA의 문맥상 합리적 기대는 투자자가 계약국의 행위에 의존하여 어떤 행위를 할 수 있게 한 합리적이고 정당한 기대를 유발시킨 상황과 관련이 있다고 보았다.¹⁵²⁾ ‘*Azurix v. Argentina*사건’에서도 중재판정부는 간접수용에 있어서 합리적 기대가 이루어진 상황에 관심을 두고 있는바, 동 재판부에 따르면 합리적 기대는 반드시 투자자와 투자유치국 정부간의 계약에 근거해서만 발생하는 것이 아니라 투자자가 투자를 고려할 수 있도록 만든 투자유치국의 진술(representation)이나 명시적 혹은 묵시적인 약속에 기초하여 유발되는 것이며, 그러한 의미에서 아르헨티나 정부는 합리적 기대를 유발시켰으나 그에 부응하지 않았다고 판단하였다.¹⁵³⁾ 동일한 맥락에서 ‘*Tecmed v. Mexico*사건’ 중재판정부도 멕시코정부가 *Tecmed*에 대해 쓰레기 매립 허가를 갱신해주지 않은 것이 투자자의 합리적 기대를 침해하는 것이었는지를 판단하였다. 중재판정부는 신청인이 투자를 하기 이전에 쓰레기 매립장에 투자를 할 경우 장기간 동안 사업이 지속될 것과 쓰레기 매립장 관련 사업 투자시 투자금과 기대수익을 회수하기 위해서 일정한 시간이 필요하다는 사실을 염두에 두었으리라는 점은 일반적으로 인식될 수 있고, 그러한 기대가 정당하다고 보았다. 또한 중재판정부는 허

151) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.

152) *Thunderbird v. Mexico*, Award, 26 January 2006, para. 147.

153) *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ABR(AF)/01/12, Award, 14 July 2006, paras. 316-318.

가의 갱신거절 조치는 신청인의 정당한 기대에 대한 침해의 정도가 과도하다는 점에서 간접수용이 성립된다고 판정하였다.¹⁵⁴⁾ 또한 'Metalclad v. Mexico'사건에서도 중재판정부는 분명히 투자자에 대한 정부 조치의 효과뿐 아니라 투자자의 합리적 기대와 정부의 의사표시에 대한 신뢰를 고려하였고, 투자자의 합리적 기대를 간접수용 해당성 판단에 있어 중요한 요소로 인정하였다.¹⁵⁵⁾ 동 사건에서 중재판정부는 멕시코정부가 일련의 행위를 통하여 Metalclad사가 특정지역에 대한 쓰레기처리시설 허가에 대한 긍정적 기대를 하도록 약속한 후 허가증의 발급을 거부하였는바 동 조치는 간접수용에 해당되며 Metalclad사는 정당한 보상을 받을 권리가 있다고 판정하였다.¹⁵⁶⁾

3) 정부조치의 성격

우리나라가 체결한 FTA는 간접수용 해당성 여부의 판단요소로서 정부조치의 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격을 규정하고 있다.¹⁵⁷⁾ 간접수용의 판단기준으로서의 정부조치의 성격은 조치의 목적과 관련된 것으로 간접수용과 관련된 조치가 환경, 공중보건, 안전, 복지 등 공익적 목적을 위한 것인가 하는 점을 판단요소로 삼으라는 것이다. 이는 간접수용 규정에도 불구하고 공익적 목적의 정부정책을 보호하기 위한 것이기도 하다. 하지만 정부조치의 성격은 간접수용 해당성 판단을 위한 독립된 요소로 규정되고 있지만 다른

154) *Tecmed, v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 122, 149-151.: 동 사건에서 스페인 국적의 신청인은 멕시코 정부가 공개입찰을 통하여 헤모실로시 쓰레기 매립장을 낙찰 받아서 운영하였는데, 신청인 기업이 산업폐기물을 무단 방치하여 토양오염 문제가 사회적 이슈로 확대되자 매립지를 헤모실로시로부터 멀리 떨어진 곳으로 이전하기로 합의하게 되었다. 다만 신청인은 매립지를 이전할 때까지 쓰레기 매립장 운영을 위해 정부에 매립장 운영 허가권을 갱신해달라는 신청서를 제출하였는데 정부가 이를 거절하였다.

155) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ABR(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 99-107.

156) 동 사건에 자세한 설명은 M.N. Kinnear, A. K. Bjorklund, J.F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA, an Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, pp. 1110-19, 1121 참조..

157) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.

판단요소인 조치의 효과 및 합리적 기대와 함께 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 중재판정부의 일반적인 태도인 것으로 보인다. 이와 관련하여 ‘S.D. Myers v. Canada사건’의 중재판정부는 이러한 점에 착안하여 단순한 효과(effect)에만 치중할 것이 아니라 공익적 목적(purpose)과 효과(effect)를 함께 고려해야 함을 언급한바 있다.¹⁵⁸⁾ ‘Tecmed v. Mexico사건’에서도 중재판정부는 멕시코정부가 Tecmed사에 대해 쓰레기 매립장 운영 허가를 갱신해주지 않은 것이 간접수용을 구성하는지와 관련하여 멕시코정부의 조치가 간접수용에 해당하는지를 결정하기 위해서는 정부조치를 통해 보호하려는 공익과 투자에 부여된 보호 사이에 비례성이 인정되어야 하는바, 외국투자자에 부과되는 부담과 수용조치에 의해 실현되는 공익 사이에 적절한 균형을 이루고 있는지를 검토하여야 한다는 점을 강조하였다.¹⁵⁹⁾

우리나라가 체결한 FTA는 정부행위의 성격을 판단할 때에는 정부행위가 공공의 이익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수하여야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 강요하는지 여부를 포함할 수 있다고 명확히 규정하고 있고, 더 나아가 조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 환경보호조치와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 규제조치는 간접수용을 구성하지 아니한다고 규정하고 있다.¹⁶⁰⁾ 따라서 정부조치의 성격을 판단함에 있어서는 단순히 정부조치가 공익보호 목적으로 취해졌는지만을 판단하는 것이 아니라 공익과 이익간의 비교가 함께 고려되어야 한다.

4) 소결

국제법상 어떤 요건이 간접수용을 구성하는 요소들인지에 대하여는 명확히 합의된 것이 거의 없다는 것이 학자들의 대체적인 견해이다.¹⁶¹⁾ 미국을 중심

158) *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000, paras. 281-2, 285-6.

159) *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 122.

160) 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나.

으로 하는 NAFTA 중재사례들에서는 정부조치의 효과, 투자자에 의한 합리적 기대, 재산권에 대한 간섭의 정도 또는 경제적 침해의 정도, 경제적 침해의 지속기간, 정부조치의 성격 등과 같은 요소들이 간접수용 해당성 여부를 판단하는 요소로 고려되어 진 바 있다.¹⁶²⁾ 다만 이러한 요소들은 모든 간접수용 관련 사례들에서 공통적으로 검토된 것은 아니고 사례마다 그 요소가 조금씩 다르게 검토되었다.

이와 관련하여 OECD는 연구결과를 토대로 간접수용의 판단요소를 i) 재산권 침해(간섭)의 정도 ii) 정부 조치의 성격(조치의 정책 목적) iii) 투자의 배경이 된 합리적인 기대 등을 제시한 바 있다.¹⁶³⁾ 이는 최근 미국이 체결한 FTA¹⁶⁴⁾와 미국의 2004년, 2012년 BIT모델¹⁶⁵⁾에도 동일하게 반영되고 있다. 이처럼 간접수용의 판단요건과 관련한 국제적 경향에 따라 우리나라가 체결한 FTA들은 특정 상황 하에서 정부조치가 투자자에게 미치는 경제적 영향, 정부정책이 외국인투자자의 합리적 기대를 벗어난 것인지 여부, 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격 등을 포함하여 사안별 또는 사실에 기초한 조사를 토대로 투자에 관한 모든 관련 요소를 종합적으로 고려하여 간접수용 해당 여부를 판정하도록 명시적으로 규정하고 있다.¹⁶⁶⁾ 이 규정에 따르면 간접수용 여부를 판단함에 있어 앞서 다루었던 세 가지 요소는 투자에 관한 모든 관련 요소들 가운데 일부 요소로서 예시되었음을 알 수 있다. 따라서 실제 분쟁에 대한 판정에서는 위 세 가지 요소외의 다른 요소들, 예를 들어 정부조치의 의도 등을 포함하는 다른 요소들이 사안에 따라 판단의 고려요소로 작용할 여지는 충분히 있다.

161) OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", Working Papers on International Investment, Number 2004/4(September 2004), p. 9.

162) Rachel D. Edsall, "Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulation", *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2006, p. 940.

163) OECD는 외국인투자에 대한 수용과 관련하여 일부 중재재판부가 간접수용에 해당하는지 여부를 판단하는데 고려한 요소들을 조사해본 결과 대체로 조치의 효과(effect), 조치의 목적(purpose) 혹은 성격, 투자자의 합리적 기대(legitimate investor expectations), 투자유치국 정부의 의도(intent) 등과 같은 공통적인 기준 요건을 제시하고 있음에 주목하였다.:OECD, *supra* note 161, p. 10.

164) 예를 들어 호주, 칠레, 중앙아메리카, 모로코 및 싱가포르와의 FTA.

165) 미국 2004년 및 2012년 BIT모델 부속서 B참조.

166) 한국-미국FTA 수용부속서 11-나 3.

V. 서비스 관련 투자분쟁의 ISD적용 가능성

ISD제도는 국제투자규범의 핵심규정으로서 외국투자자가 투자유치국의 협정상 의무위반 등으로 피해를 입을 경우 직접 투자 유치국 정부를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 분쟁해결절차를 의미한다. 양 당사국이 본 협정 체결을 통해 투자분쟁을 국제중재에 회부하는 것에 대해 사전에 동의함으로써 분쟁시 일방의 제소로서 국제중재법원이 관할권을 갖게 되는 근거가 되는 것이다. 한국-미국FTA를 체결하는 과정에서 논란이 된 바 있는 ISD소송절차는 우리나라가 기 체결한 12개 FTA(서명 완료된 콜롬비아, 호주, 캐나다와의 FTA포함)가운데 투자챕터(혹은 투자협정)가 포함된 10개 FTA에 모두 포함되고 있다.¹⁶⁷⁾ 이들 10개의 FTA 모두(서비스 챕터의 적용을 받는 한국-ASEAN FTA, 한국-인도CEPA의 일부 규정들에 대한 분쟁은 제외) 투자챕터의 해석 및 적용과 관련한 분쟁에 대해 ISD에 따른 소청구가 가능하도록 규정하고 있으므로 투자챕터의 적용을 받는 FTA들은 서비스 관련 투자 분쟁에 대해서도 ISD 절차가 적용된다. 이 경우에도 금융서비스와 관련해서는 별도의 규정을 두어 투자챕터의 적용을 배제하고 있으므로¹⁶⁸⁾ 금융서비스 부속서에서 ISD절차의 대상이 된다고 특별히 인정하는 경우를 제외하고는 ISD절차의 적용도 배제된다.

한편 앞서 살펴본 것처럼, 한국-ASEAN FTA의 경우 상업적 주재에 의한 서비스(서비스 관련 투자)에 대해서는 일반적으로 서비스협정의 적용을 받도록 하고 있으나,¹⁶⁹⁾ ISD규정은 서비스 관련 투자에 대해서도 적용되도록 인정하고 있다.¹⁷⁰⁾ 또한 한국-인도CEPA도 동일한 접근방식을 취하고 있다.¹⁷¹⁾ 그리고 금융서비스 관련 투자에 대해서는 명시적으로 투자챕터의 적용을 배제하고 있지만¹⁷²⁾ 투자챕터상의 제10.12조(수용 및 보

167) 예를 들어 한국-호주FTA 제11장 투자챕터. 제2절(제11.5조-제11.27조) 참조.

168) 한국-칠레FTA 제102조 3항, 한국-싱가포르FTA 제10.3조 3항, 한국-미국FTA 제11.2조, 한국-페루FTA 제9.2조, 한국-콜롬비아FTA 제8.1조 4항, 한국-캐나다FTA 제8.2조 3항, 한국-호주FTA 제11.2조.

169) 한국-ASEAN FTA 서비스협정 제1조.

170) 한국-ASEAN FTA 투자협정 제2조.

171) 한국-인도CEPA 제6.1조, 한국-인도CEPA 제6.23조..

상), 그리고 당사국이 제10.12조(수용 및 보상)를 위반하였다는 청구에 관해서는 ISD에 따른 분쟁해결대상으로 인정하고 있다.¹⁷³⁾ 그러나 한국-EFTA FTA의 경우 서비스 관련 투자에 관한 것 중 내국민대우 및 최혜국대우에 대해서는 투자협정이 아닌 서비스 및 금융서비스챕터(제3, 4장)의 적용을 받도록 하고 있으므로¹⁷⁴⁾ 이와 관련한 분쟁은 ISD절차에서 배제되지만 나머지 투자협정이 적용되는 사안들에 대해서는 ISD절차에 따른 분쟁해결이 가능하다. 또한 한국-EFTA FTA 투자협정은 금융서비스 관련 분쟁도 관련 금융서비스 소위원회의 결정에 따라 ISD 분쟁해결절차에 회부할 수 있도록 하고 있다.¹⁷⁵⁾

우리나라가 체결한 대부분의 FTA에 따르면 서비스 관련 투자에 대한 분쟁은 서비스챕터가 적용되는 경우에도 ISD의 소청구 대상이 된다. 다만 유일하게 한국-EFTA FTA의 경우 투자보호에 가장 핵심적인 규정인 비차별대우원칙이 서비스챕터의 적용을 받기 때문에 관련 분쟁도 ISD절차에서 배제된다. 이는 비차별대우와 관련하여 동일하게 서비스챕터의 적용을 받지만 명시적인 규정을 통해 이와 관련한 분쟁도 ISD절차에서 다를 수 있도록 하고 있는 한국-ASEAN FTA 및 한국-인도CEPA와 비교가 되는 점이다.

VI. 결 론

2007년 한국-미국FTA 협상이 타결된 직후 사회적으로 투자분야에 대한 관심이 고조된 바 있으며 특히 이러한 관심은 한국-미국FTA상의 간접수용 규정 및 ISD제도가 환경 및 부동산 정책 등 정부정책에 제한적 요소로 작용할 것을 우려한 데서 비롯되어 졌다. 그러한 우려에도 불구하고 한국-미국FTA 체결 이후에 다수의 FTA 투자협상이 타결되었고, 우리나라는 2014년 10월 현재 서명상태에 있는 3개국(콜롬비아, 호주, 캐나다)을

172) 한국-인도CEPA 제10.2조 7항.

173) 한국-인도CEPA 제6.23조.

174) 한국-EFTA FTA 투자협정 제2조.

175) 한국-EFTA FTA 투자협정 제17조.

포함하여 12개국과의 FTA를 체결하고 있다.

우리나라가 체결한 대부분의 FTA들은 서비스 관련 투자의 규율방식과 관련하여 소극적인 접근방식을 채택하고 있다. 즉 투자챕터에서는 서비스 관련 투자를 포함하는지 여부에 대한 명확한 규정 없이 투자분야 전반을 포괄적으로 다루는 것으로 하되, 서비스챕터에서 동 챕터가 적용되는 서비스거래의 유형을 세 가지로 한정하고, 상업적 주재에 의한 서비스 거래 즉 서비스 관련 투자에 대해서는 그 적용을 배제하는 규정을 둠으로써 서비스 관련 투자는 자동적으로 투자챕터의 규율을 받도록 하는 방식이다. 또한 다수의 FTA와 달리 일부 FTA들에서는 서비스 관련 투자도 서비스 거래의 한 형태로 서비스챕터에 포함해서 규율하면서 동시에 일부 투자챕터상의 중요한 투자 보호장치가 되는 규정들을 서비스 관련 투자에 적용하도록 규정하고 있다. 또한 어떤 FTA에서는 일반적으로 투자챕터의 적용을 받되 예외적으로 특정 규정, 예를 들어 내국민대우와 최혜국대우규정에 대해서는 서비스챕터의 적용을 받도록 하고 있다. 이처럼 우리나라가 체결하는 FTA들은 그 접근방식이 일관적이지는 않다. FTA마다 서비스 관련 투자에 대해 적용할 규범(서비스챕터 혹은 투자챕터)이 통일되지 않다는 것은 FTA 체결 대상국에 따라 투자에 대한 대우의 방식이나 기준이 달라질 수밖에 없다는 것을 의미한다. 그러나 실제로 국내적으로 FTA를 운영함에 있어 동일한 서비스 관련 투자에 대해 FTA체결 대상국에 따라 다른 대우를 할 수는 없는 실무상의 문제가 있을 것이다. 더 나아가 한국-EFTA FTA는 서비스 관련 투자를 어느 챕터에 의해 적용할지 모호한 부분이 있어 그 운영에 혼란이 초래될 가능성이 크다.

이와 관련하여 WTO에서는 상품분야 관련 투자에 대해서는 TRIMs협정으로, 서비스분야 관련 투자에 대해서는 GATS로 구분해서 규율하도록 함으로써 서비스 관련 투자에 적용할 규범이 비교적 명확하게 구분되어 있다. 또한 BIT의 경우는 서비스와 상품분야를 구분하지 않고 투자 전반에 대해 통일적인 투자보호기준과 분쟁해결제도가 적용되고 있다. 우리가 체결하는 FTA에서도 협정의 적용범위 규정에서 명시적으로 범위를 구분하여 혼란을 해소하되, 실무에서의 FTA 적용과 운영의 편의를 고려한다

면 FTA들 간에도 최대한 규범의 통일성과 일관성을 유지할 수 있도록 해야 한다. 미국과 캐나다와 같은 국가들이 BIT모델을 통해 규범의 통일성을 확보하고, FTA에서도 BIT 모델과 유사한 규정을 담도록 노력하고 있는 것은 좋은 사례라고 판단된다.

또한 앞서 언급했던 것처럼, 다수의 서비스 관련 투자분쟁들에서 비차별대우와 최소기준대우, 그리고 간접수용 등과 같은 투자보호 기준의 운영과 관련한 쟁점들이 논란이 되고 있다는 점을 고려할 때 우리나라의 외국인투자 관련 법규를 운영하는 과정에서 분쟁이 발생하지 않도록 관심을 둘 필요가 있다. 특히 FTA들마다 동 보호의 기준들이 조금씩 상이하게 표현되어 있으므로 인해서 발생할 수 있는 운영상의 혼란에 대비할 필요가 있다. ISD 관련 사건은 환경보호를 위한 조치처럼 국가의 공익적 목적의 투자조치와 관련이 되는 경우가 많고, 위법행위로 판정이 났을 때 손해배상액이 적지 않다는 점에서 FTA 체결시, 그리고 국내 법제의 운영에 더욱 신중할 필요가 있다. 이미 지적한 바처럼 외국인투자 가운데 서비스 관련 투자가 차지하는 비중이 50%를 넘고 있고, ISD 중재절차를 거치는 사건들 가운데 서비스 관련 분쟁이 40% 이상을 차지하고 있다는 점은 우리가 서비스 관련 투자규범의 통일성을 확보하고 그 운영에 있어서 분쟁이 발생하지 않도록 사전에 관련 법제들을 점검해야 하는 이유가 될 것이다.

참 고 문 헌

- 김종덕, 『국제통상환경의 변화와 한·미FTA 서비스·투자협정』, 한국경제연구원, 2014.
- 이재형, “한국 주세사건 사례연구”, 공수진, 김규태 외 11인 공저, 『통상분쟁 속의 한국-WTO 한국분쟁사례분석-』, 학영사, 2006.
- 정수봉, 『한미FTA 투자분야 연구』, 법무부, 문중인쇄, 2008.4.
- 최원목, 『비차별원칙의 이해와 적용 연구』, 법무부, 2003.
- Aly K. ABU-AKEEL, "The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an Old Concept", *Journal of World Trade*, vol 33 No.4, 1999.
- Andreas F. Lowenfels, *International Economica Law*, Oxford University Press, 2003.
- Anna Joubin-Bret, "Admission and Establishment in the Context of Investment Protection", *Standard of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford University Press, 2008.
- Davey W.J. & Pauwelyn J., “MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the its GATT/WTO Jurisprudence with Particular Reference to the Issue of "Like Product", in *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*(ed. by Th. Cotter and P. Mavroids), The University of Michigan Press, 2000.
- Giuditta Cordero Moss, "Full Protection and Security", *Standards of Investment Protection*(ed. by Reinisch), Oxford University Press, 2008.
- Kal P. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, Oxford University Press, 2009.
- Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.
- Martin Molinuevo, *Protecting Investment in Services : Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*, Wolters Kluwer law & Business, 2012.
- Mattoo, A., "National Treatment in the GATS: Corner-Stone or Pandora's Box?", *Journal of world Trade*, Vol. 31, 1997.

- Mireille, Cossy, "Some Thoughts on the Concept of "likeness" under the GATS", in *GATS and the Regulation of International Trade in Services*(ed. by Panizzon M., N. Pohl and P. Sauvé), 2008.
- Mireille, Cossy, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?", WTO, *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper* ERSD-2006-08, September 2006.
- M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*(third ed.), Cambridge University Press, 2010.
- Nicholas DiMascio, Joost Pauwelyn, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" *American Journal of International Law*, Vol. 102, January 2008.
- Rachel D. Edsall, "Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulation", *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2006.
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment law*(second ed), Oxford University Press, 2012.
- Rudolf Dolzer and Stevens, Margarete, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995.
- S.D. Murphy, "U.S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards", *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001.
- UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UN: New York and Geneva, 2007.
- UNCTAD, *Taking of Property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN: New York and Geneva, 2000.
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UN: New York and Geneva, 1998.
- UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN: New York and Geneva, 1999.
- UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UN, 2012.
- UNCTAD, "Latest Development in Investor-State Dispute Settlement", *IIA Monitor*, 2008.

WTO, *International Trade Statistic 2008*, 2008.

Zdouc W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS", *Journal of International Economic Law*, 1999.

Zdouc W., "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services," *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*(ed. by F. Ortino & E. U. Petersman), Kluwer Law International, 2004.

분쟁사례 참고 인터넷사이트

<http://ita.law.uvic.ca/>

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

<http://www.investmentclaims.com>

<http://www.naftalaw.org>

<http://www.wto.org>

<국문초록>

국제교역에서 서비스 관련 투자가 갖는 중요성에도 불구하고 서비스와 투자라는 두 개의 영역이 연계되어 있어 본질적으로 이를 규범화하고 운영하는 것은 복잡한 일이 될 수밖에 없다. 또한 국제투자규범에서 서비스 협정과 투자협정간에 시장개방에 대한 접근방식과 일반원칙, 분쟁해결방식 등에서 많은 차이가 있기 때문에 FTA를 체결할 때 서비스 관련 투자에 대한 접근방식에 신중한 접근이 필요하다. 우리나라가 체결하고 있는 FTA들에서는 명시적인 규정은 없으나 서비스 관련 투자에 대해 일반적으로 투자챕터를 적용하고 있고, 몇몇 FTA에서는 일반적으로 투자챕터의 적용을 받되 예외적으로 특정 규정, 예를 들어 내국민대우와 최혜국대우 규정에 대해서는 서비스챕터의 적용을 받도록 하고 있어 그 접근방식이 FTA들 마다 일관적이지는 않다. FTA마다 서비스 관련 투자에 대해 적용할 규범(서비스챕터 혹은 투자챕터)이 통일되지 않다는 것은 FTA 체결 대상국에 따라 투자에 대한 대우의 방식이나 기준이 달라질 수밖에 없다는 것을 의미한다. 그러나 실제로 국내적으로 FTA를 운영함에 있어 동일한 서비스 관련 투자에 대해 FTA체결 대상국에 따라 다른 대우를 할 수 없는 실무상의 문제가 있을 것이다. 더 나아가 일부 FTA는 서비스 관련 투자를 어느 챕터에 의해 적용할지 모호한 부분이 있어 그 운영에 혼란이 초래될 가능성이 크다.

이와 관련하여 WTO에서는 상품분야 관련 투자에 대해서는 TRIMs협정으로, 서비스분야 관련 투자에 대해서는 GATS로 구분해서 규율하도록 함으로써 서비스 관련 투자에 적용할 규범이 비교적 명확하게 구분되어 있다. 또한 BIT의 경우는 서비스와 상품분야를 구분하지 않고 투자 전반에 대해 통일적인 투자보호기준과 분쟁해결제도가 적용되고 있다. 우리가 체결하는 FTA에서도 협정의 적용범위 규정에서 명시적으로 범위를 구분하여 혼란을 해소하되, 실무에서의 FTA 적용과 운영의 편의를 고려한다면 FTA들 간에도 최대한 규범의 통일성과 일관성을 유지할 수 있도록 해야 한다. 미국과 캐나다와 같은 국가들이 BIT모델을 통해 규범의 통일

성을 확보하고, FTA에서도 BIT 모델과 유사한 규정을 담도록 노력하고 있는 것은 좋은 사례라고 판단된다.

다수의 서비스 관련 투자분쟁들에서 비차별대우와 최소기준대우, 그리고 간접수용 등과 같은 투자보호 기준의 운영과 관련한 쟁점들이 논란이 되고 있다는 점을 고려할 때 우리나라의 외국인투자 관련 법규를 운영하는 과정에서 분쟁이 발생하지 않도록 관심을 둘 필요가 있다. 특히 FTA 들마다 동 보호의 기준들이 조금씩 상이하게 표현되어 있으므로 인해서 발생할 수 있는 운영상의 혼란에 대비할 필요가 있다. ISD 관련 사건은 환경보호를 위한 조치처럼 국가의 공익적 목적의 투자조치와 관련이 되는 경우가 많고, 위법행위로 판정이 났을 때 손해배상액이 적지 않다는 점에서 FTA 체결시, 그리고 국내 법제의 운영에 더욱 신중할 필요가 있다. 이미 지적한 바처럼 외국인투자 가운데 서비스 관련 투자가 차지하는 비중이 50%를 넘고 있고, ISD 중재절차를 거치는 사건들 가운데 서비스 관련 분쟁이 40% 이상을 차지하고 있다는 점은 우리가 서비스 관련 투자규범의 통일성을 확보하고 그 운영에 있어서 분쟁이 발생하지 않도록 사전에 관련 법제들을 점검해야 하는 이유가 될 것이다.

주제어 : FTA 투자규칙, 서비스 관련 투자, 상업적 주재에 의한 서비스공급, 비차별대우, 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 충분한 보호와 안전, 공정·형평한 대우, 동일한 상황, 간접수용, 투자자-국가간 분쟁.

Study on the Protecting Investment in service under the Korea's FTAs Investment Rules

Kim, In-Sook*

This article focuses on the approach to protect the foreign investment in services under FTAs concluded by Korea. And it looks at how these disciplines of the investment protection are enforced in the investor-state dispute settlement system that currently exist in FTA. It compares the principles and rules in the investment and services chapters of the FTAs

Foreign investment in services currently represent around 55% of all global direct investment. And Around 40% of the almost one hundred international legal disputes between private investors and their host countries(so-called ISD) concern foreign investment in the services sectors. With the deadlocked multilateral trade talks under the WTO, the global trend toward regional trade agreements(RTAs) has been proliferating in recent years. Specifically, a FTA is fast emerging in the world pursuing the elimination of trade barriers and investment restrictions among member countries. Korea ratified its first FTA with Chile in 2004, and the Korean government have concluded the FTA with 12 countries, including the United States, Canada, Australia. Like most RTAs, the FTA negotiations by Korea include liberalization of investment in services. Foreign investment in service are covered by the investment or services chapters in the FTAs concluded by Korea. For example, in Korea-US FTA, the investment in service are covered by the investment chapter, on the other hand, in Korea-ASEAN FTA, are covered by the services chapter. The disciplines of the investment protection are provided differently between the investment chapter and service chapter of the FTAs. So the rights and obligations featured in the FTAs are not always compatible. This legal compatibility reduces transparency and undermines

* Associate professor, Kyonggi University, Faculty of Law

governments' regulatory capacity in an unanticipated manner. In order to maintain the consistency of norm, Canada has adopted Canada BIT Model like the U.S.. Consistently to apply the principles of the investment protection, we need to maintain the coherence and consistency of normative in our FTAs.

Key Words : Investment Rules of FTA, Investment in service, national treatment, MFN treatment, minimum standard treatment, like circumstances, indirect expropriation, ISD.

