

한·중 FTA에서의 수용 조항에 관한 연구

A Study on Expropriation Clause in Korea-China FTA

전 가*
TIAN KE

목 차

- I. 서론
- II. FTA 투자분야에서의 수용과 보상
- III. 한·중 FTA에서의 수용규정의 모델 개발 및 발전 방향
- IV. 결론

국문초록

투자의 활성화를 위한 양자간 투자 협정 또는 자유무역협정으로 투자활동 또는 투자자에 대한 보호가 강화되고 있다. 이러한 투자조약에 의하여 투자자와 국가간 투자분쟁에 대한 국제투자분쟁해결기구를 비롯한 국제중재의 관할권이 인정됨에 따라서 근년 국제투자분쟁 사건이 급증되고 있다. 이러한 국제 중재 실천에서는 국제투자법상 논의가 많이 존재하고 있는 보상기준, 간접수용 그리고 수용자산의 가치평가방법 등 문제에 대해서 법리의 판단과 해석을 발전하게 되었다. 그러나 투자조약의 규정상의 모호성과 불확정성 때문에 이에 근거한 중재판정부의 판시는 각 중재판정부의 자유재량의 여지가 있고, 수용당사국의 공공이익보다 대부분의 중재판정부는 개인투자자의 이익을 중시하고 있는 것이다. 따라서 국제중재실천에서 국가패소의 경우가 많고 거액의 보상·배상·소송의 비용이 부담된다. 이는 국가 특히 개발도상국의 경제발전 정책 또한 향후 국가의 공공관리조치의 제정·실행에 불리한 영향을 미치고 있다.

한국과 중국간의 경제활동이 활발해지면서 한·중 자유무역지대의 설립구상이 제기

논문접수일 : 2009. 3. 30.

심사완료일 : 2009. 4. 30.

게재확정일 : 2009. 5. 12.

* 박사과정·제주대학교 대학원 법학과

되었다. 이에 따라 본문에서는 한·중 자유무역협정 투자분야의 수용규정이 이러한 문제를 대응하기 위하여 어떻게 설정되어야 하는지에 대하여 제언하고자 한다.

주제어 : 한·중 자유무역협정, 양자간 투자 협정, 수용, 보상기준

1. 서론

투자자의 입장에서 해외직접투자시 투자수입국의 수용 또는 국유화는 투자자가 고려하여야 하는 하나의 리스크가 되고 있다. 그동안 투자수용국(Host Country)의 수용 또는 국유화 조치에 대하여 국제관습법상의 외교적 보호권으로 구제를 받아 왔다. 1959년 독일이 파키스탄과 체결하기 시작한 투자의 활성화를 위한 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty, 이하 BIT라고 함)은 현재 2500여개에 달하고 있다. BIT은 계약당사국이 상대 계약국의 투자자의 비사업적 위험을 방지하고 안정적 기업영위 환경을 제공하는 의무가 있는 것을 강조하며, 투자자에 대한 보호의 요구만이 아니라 투자촉진과 투자자유화를 목적으로 체결된다. BIT에 따라 투자자가 투자수입국의 수용 또는 국유화를 당한 경우에 정당한 법적 절차에 따라 보상을 신속하게 받고 자유로운 송금을 할 수 있으며 분쟁이 나타나면 투자자가 투자수용국에서 사법적 구제를 받거나 본국 정부가 투자자를 대신하여 수용당사국정부에게 보상을 청구할 수 있고 심지어 투자자가 직접적으로 국제중재를 통하여 국제법적 구제를 부여받게 된다. 이에 따라 BIT에 의하여 개인투자자에 대한 투자보호는 강화되고 있다. 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 FTA라고 함)은 무역·투자의 자유화를 위하여 무역, 투자, 서비스무역, 지적재산권 등의 내용을 포함한 포괄적인 것으로서 투자분야의 내용은 BIT를 대체할 수 있는 것이다.

한국은 FTA의 추진에 소극적인 태도를 일관하였으나 현재 입장을 전변하여 적극적으로 추진하고 있다. 한국은 현재 칠레, 싱가포르, 유럽자유무역연합(EFTA), 동남아시아국가연합(ASEAN)¹⁾ 그리고 미국 등 국가·지역경제협력체와 FTA를 체결하였다. 중국도 근년에 ASEAN, 칠레, 파키스탄, 뉴질랜드간의 FTA를 타결하게 되었다. 또한 중국은 홍콩, 마카오 경제자치구와 FTA의 일종으로서의 포괄적 경제동반자 협정(Closer Economic Partnership Agreement, CEPA)을 체결하였다. 한·중 양국은 지리적인 원인

1) 쌍방이 상품무역협정을 이미 체결하였고, 협정은 2007년 6월 1일 발효하게 되었다.

으로 경제·산업구조의 상호보완성이 높기 때문에 무역과 투자 등의 통상관계가 급속히 증진되었으며 현재 중국은 한국의 최대교역상대국과 최대투자대상국이므로 양국간 긴밀한 통상관계를 맺고 있다. 이러한 지리적·경제적 이점을 바탕으로 2007년부터 한·중 FTA 관산학 공동연구를 시작하였다. 2008년 6월 11일 한·중 FTA 관산학 공동연구 회의에서 세이프가드조치, 지적재산권, 원산지 등 여러 가지 분야의 문제를 연구해 왔다.²⁾

투자자에 대한 국제적 보호가 강화되므로 투자자가 투자수용국의 수용 또는 국유화를 당할 리스크가 대폭적으로 축소되고 있는 것이다. 그러나 투자수입국에 대하여서 외국인투자자에 대한 보호강화의 결과로는 국가가 공공복리와 경제혁신을 위한 수용조치를 행할 때, 관련 투자조약을 위반하는지 여부를 신중하게 고려하여야 한다. 조약의 규정에 따른 투자분쟁의 관할권이 국제중재로 이전되므로 패소하게 되면 적지 않은 배상·보상·소송비용을 부담할 문제를 제기된다. 따라서 어떻게 투자자보호 및 국가의 공공목적조치 간의 형평을 찾아 협정에서 규정하는 것이 필요하다.

물론 한·중 FTA의 체결에서는 투자자보호 및 국가의 공공목적조치에 관련된 문제를 직면하게 될 것이다. 본문에서 한·중 FTA상 투자분야의 수용규정을 중심으로 관련된 국제법상의 논의와 문제점을 분석하고 양국의 체결된 조약실천을 고찰하여 비교하고 국제투자분쟁해결기구(International Center for Settlement of Investment Disputes, 이하 ICSID라고 함) 등의 국제중재의 사례를 검토한다. 결론으로 한·중 FTA 투자분야에서의 수용의 법적 대응책을 제기하고자 한다.

II. FTA 투자분야에서의 수용과 보상

1. FTA의 개념

20세기 90년대 중반기부터 세계무역기구(World Trade Organization, 이하WTO라고 함)에 의하여 주도된 다자주의(Multilateralism) 규범과 대비하여, 세계 각국들이 자국의 경제이익의 극대화를 추구하기 위하여 FTA를 포함한 지역무역협정(Regional Trade Agreement, 이하 RTA라고 함)으로 대표되는 지역주의(Regionalism)가 급속히 증가하고 있는 실정이다. RTA의 지역주의와 WTO의 다자주의는 도모하는 범위는 다르지만,

2) <http://fta.mofcom.gov.cn/ftayanjiu/korea/1/ftayanjiuList.html>

관세와 수출입제한 등의 무역장벽을 제거함으로써 같은 목적인 무역자유화를 촉진하고 있다. 물론 RTA는 자유무역지대 내에 속하지 않은 국가나 지역에 영향을 미칠 수 있으나, 전체적으로 말하면 세계경제에 이익을 기여할 수가 있다. 따라서 WTO는 WTO 규범체계 내에서 지역적 FTA의 형태를 인정하고 있다. 그 근거규정은 「관세 및 무역에 관한 일반 협정」(이하GATT라고 함) 제24조, 도교라운드에서 협의된 허용조항(Enabling Clause), WTO 설립협정 부속서 1A 중 GATT 제24조의 해석에 관한 양해에 따르면 관세동맹, 자유무역협정 및 관세동맹이나 자유무역지대의 형성에 이르는 잠정협정 등이 있다.

FTA란 역내국간에 실질적으로 모든 무역에 대한 관세 및 무역제한조치를 철폐하는 협정을 말한다.³⁾ 2008년 7월까지 GATT와 WTO에 신고한 RTA는 한 380개가 있었으며 이 가운데 발효중인 211개 지역협정이 체결되었다.⁴⁾ 이 가운데 북미자유무역지대, 유럽자유무역지대 그리고 동남아시아국가연합 자유무역지대 등 큰 경제협력체를 포함하고 있는 FTA는 세계경제에서 영향을 끼치고 있는 사실을 부인할 수 없다.

2. FTA상 투자분야의 주요내용

일반적으로 FTA의 체결은 시장진입, 무역장벽의 철폐·완화, 지역간 무역관계의 변화, 무역전환의 촉진 그리고 무역차별의 회피 등의 목적으로 요약될 수 있다.⁵⁾ 최초의 FTA에서 관세, 보조금, 원산지 그리고 검역 등을 협정의 주요내용으로 삼았고, 90년대 들어 서비스무역, 투자, 지적재산권, 기술협력, 노동, 사회보장 그리고 환경 등에 관한 내용이 협정에서 대폭적으로 추가되었다.

FTA 투자분야에서는 대체적으로 관련 개념의 정의, 투자의 보호와 대우, 투자분쟁 해결, 부속서로 구성되어 있다. 일반적으로 FTA에서 투자에 자산(asset)을 기초로 정의된다. 이는 동산, 부동산, 회사의 지분, 금전청구권, 지적재산권, 라이선스(license) 및 이로부터 부여받은 권리, 계약상의 권리, 채권 및 이로부터 파생된 권리 등 거의 직접·간접 투자, 경제가치가 있는 계약 또는 거래가 포함되어 상당히 광범위하게 규정되고 있다. 협정에서 투자자보호를 위한 내국민대우, 최혜국대우 그리고 최소기준대우 등 높은 수준의 규정을 두고 있다. 또한 수용, 송금, 이행요건, 대위변제, 혜택의 부인, 비합치 조치 등 구체적인 문제에 대하여 세분하게 규정되고 있다.

3) 서헌재, 「국제거래법」, 법문사, 2006, p.52.

4) <http://www.wto.org>

5) 문준조, 「우리나라의 FTA 체결을 위한 체계적 연구」, 한국법제연구원, 2005, p.37.

투자분쟁해결에 관해서는 일반적으로 FTA에서 투자자와 국가간 분쟁해결절차가 규정되고 있다. 투자자와 국가간 분쟁해결절차에 의하여 투자자가 투자수용국의 사법적·행정적 구제를 받더라도 분쟁이 해결되지 않은 경우에 국제중재에게 회부하여 구제를 추구할 수 있는 것이다. FTA에서 일반적으로 중재에 대한 당사국의 동의와 그 동의의 요건, 중재의 수행, 중재의 절차의 투명성, 관련 준거법, 중재판정결과에의 이행 등을 규정하고 있다.

3. 외국인재산수용의 연혁

외국인재산수용은 자본수입국, 개인투자자 그리고 자본수출국 간의 복잡한 관계가 연결되어 있으므로 국제투자 분야에서 논의가 필요한 문제로 제기되고 있다. 이와 관련된 수용 혹은 국유화의 합법성, 수용의 범위와 보상의 기준 등을 둘러싸고 자본수출국과 자본수입국 혹은 선진국과 개발도상국이 오래 동안 논쟁해 왔다. 이는 당시의 국제적 시대배경과 분리해 볼 수가 없으며 선진국과 개발도상국 각자의 목적이 파악되어야 할 필요가 있다.

20세기 전에 우호통상항해(Friendship, Commerce and Navigation, FCN)조약에서는 외국인 투자재산을 수용함에 관련한 금지조항이 있었고, 외국인투자에 대한 보호를 이미 증시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 그 시기에 외국인투자재산을 수용하는 규모가 크지 않고 대체로 충분한 보상까지 지불되었으므로 국제사회에서의 증대한 분쟁문제로는 안 되었다.⁶⁾

그러나 20세기 50년대에 들어서 러시아, 멕시코를 비롯한 국가들에서 국내혁명이 일어남에 따라서 그런 국가들은 경제구조의 변경을 위하여 국가가 국내·외의 개인적 재산을 국유화함으로써 인하여 국제적 측면에서 본 수용 및 국유화의 문제가 제기되었다. 특히 제2차 세계 대전 이후 50년대~70년대 간에 새로이 독립한 식민지 국가들이 경제적 자립을 위하여서 외국인재산을 국유화하는 것은 빈번하게 진행되었다. 이러한 시기에 국가의 혁명·반란, 정부변경, 국가경제 개혁소요, 적대행위 등으로 인하여 외국인투자자의 재산에 대한 수용이 발생하거나 자국의 경제구조를 재정비하는 의도에서 외국인재산을 국유화하게 되었다.

80년대부터 국제적 정치·경제 환경이 변화되면서 대부분의 개발도상국들이 자국의 경제를 발전하기 위하여 외국인투자에 대한 태도를 변화하여 관련된 법과 정책을 외

6) 홍성화, "국유화와 국제법", 「법정논의」(No.8), 건국대학교, 1973, pp.77-78.

개인투자의 촉진 및 보호로 바꾸게 되었고 국유화하는 사례가 드물어지게 되었다. 특히 20세기 70년대 세계적으로 항상 나타나던 개발도상국의 대교모적인 외국인재산 직접국유화의 사건이 80년대 이후에 거의 일어난 적이 없었다.⁷⁾

그러나 이는 수용 및 국유화 문제가 이미 해결된 것을 의미하지는 아니한다. 80년대 부터 이란-미국 청구재판소(Iran-United States Claims Tribunal)⁸⁾에서 간접수용에 관련된 판정을 내리게 되었고 90년대 이래 NAFTA 분쟁해결절차에 따라 투자자가 미국을 포함한 자본수입국에 제소한 사례⁹⁾도 빈번하게 발생하였다. 따라서 국제법 학자들은 간접수용에 대한 관심이 크게 높아졌다. 투자자, 자본수입국과 자본수출국 간에 전통적인 직접수용(direct expropriation)에 관한 논의는 간접수용(indirect expropriation)의 문제로 대체되었고, 간접수용의 문제는 자본수출입국간 혹은 남북문제에서 분쟁을 일으킬 수도 있고, 심지어 국제투자법상의 주요한 쟁점이 될 수가 있다.¹⁰⁾

상기한 바와 같이 국제투자법상의 수용 및 국유화 문제는 실제로 자본수출국과 자본수입국간 '경제적 主權'(economic sovereignty)에 대한 쟁탈을 중심으로 전개되어 온 것을 할 수 있다. 즉 개발도상국 혹은 자본수입국의 입장에서는 자국의 경제적 주권을 지키기 위하여 경제적 주권을 양도하지 않고, 선진국 혹은 자본수출국의 입장에서는 개인투자자에 대한 보호강화와 충분한 보상을 추구하고자 자본수입국의 경제적 주권을 약화시키도록 하고 있는 것으로 보인다.¹¹⁾

외국인투자자 재산에 대한 수용 혹은 국유화의 흐름을 살펴본 바와 같이 수용 및 국유화 문제가 국제법상의 초점이 된 이후, 외국인투자자 재산에 대한 수용 및 국유화는 대규모의 극단적인 국유화부터 외국인투자를 촉진·보호하기 위한 수용 및 국유화의 신중한 사용을 거쳐 현재의 간접수용과 관련된 과제가 나타남에 있어서, 성격이 아주 분명한 단계를 볼 수 있다. 이는 각각 시기의 사회경제배경과 연결되어 있으며 국제법상 이에 관한 법리와 규범도 마찬가지로 이탈될 수 없다.

7) 「1992年世界投資報告」(World Investment Report 1992). 對外貿易教育出版社. 1992. p.285; Michael G. Parisi. "Moving Toward Transparency? An Examination of Regulatory Taking". *Emory International Law Review*(Vol.19). 2005. p.388.

8) 이란-미국 청구재판소는 1981년에 1981년 1월 19일의 알재선언에 따라 설립하게 되었다.

9) *Metalclad Corporation v. the Government of the United Mexican States; S.D. Myers, Inc. v. the Government of Canada; Pope & Talbot Inc. v. Canada; Methanex Corporation v. the United States.* (http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm)

10) Rudolf Dolzer. "Indirect Expropriations: New Developments?". *Environmental Law Journal*(Vol.11). New York University. 2002. p.64.

11) 陳安 編. 「國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐」. 夏旦大學出版社. 2007. p.72.

4. 국제투자법상의 수용

국제투자법상 수용은 “공공이익의 목적을 위하여서 사적인 재산을 취득하는 권한에 의하여 국가, 지방 자치체 그리고 공공성격의 기능(functions of public character)을 행하는 권한을 부여받은 자연인·법인이 이러한 권한을 사용함으로써 개인의 재산을 실질적으로 또는 실질적인 취득과 같은 효과로 취득하는 강제적 접수(compulsory taking)”이라고 정의되고 있다.¹²⁾ 따라서 제2차 세계대전 이전에 수용은 접수(taking)라고도 부르게 되어 왔다. 그 이외에 일부 학자들은 ‘강탈’(dispossession), ‘재산박탈’(wealth deprivation)¹³⁾, ‘박탈’(deprivation) 그리고 ‘상실’(privation) 등의 용어로 수용 혹은 접수의 개념을 대체해 사용하고 있다.¹⁴⁾ 그리고 수용과 몰수(confiscations) 두 가지 개념도 보상이 있는지 여부에 따라서 구분되고 있다.

수용에 비하여 국유화(nationalization)는 사회적·경제적 체제변혁의 일환으로서 사유자산을 일반적으로 비개성적인 방법으로 국가 또는 공공자산으로 전환하는 것이 특징이다.¹⁵⁾ 또한 제2차 세계대전 이후에 일부 학자들은 ‘소규모 취득’과 ‘대규모 취득’의 두 가지 상황을 구별하여 전자에 해당되는 상황에서 수용으로 보고 후자의 경우에는 국유화로 간주하고 있다.¹⁶⁾ 즉 일반적으로 수용은 공공목적을 위하여 개인의 경우에 적용하게 되며, 국유화는 재산 또는 이익을 공공영역으로 이전하기(transferring) 위하여 행정적·법률적 기초로써 대규모적인 접수를 수반하는 것으로 이해된다. 그러나 일반적으로 국제법상 수용과 국유화를 동일한 개념으로 간주하고, 대부분의 국제투자조약에서 수용 및 국유화간의 차이를 특별하게 구분하지 않고 있다.

식민주의 시대에 약소국들이 강대국들의 무력간섭까지의 원인으로 외국인자산을 수용하는 것은 국제적 불법행위로 보고 외국인자산에 대하여 보호하는 의무를 질뿐이다. 제2차 세계대전 후에 경제적 자립을 희망하는 新興諸國이 수용 및 국유화를 하면서 배타적 영역주권에 의하여 수용의 권리를 제도적으로 보장할 것을 요구하였다.¹⁷⁾ 1962년

12) *Black's Law Dictionary(fifth edition)*. West Press. 1979. p.552.

13) Katia Yannaca-Small. “Indirect Expropriation and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”. OECD Working Papers on International Investment. 2004. p.3(<http://ideas.repec.org/p/oec/dafaaa/2004-4-en.html>): B. Weston “Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of ‘Creeping Expropriation’”. *Virginia Journal of International Law*(Vol. 16). 1975. p.112.

14) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers. 1995. p.98.

15) 최승환. 「국제경제법」. 법영사. 1998. p.689.

16) Ignaz Seidl Hohenveldern. *International Economic Law(2nd revised edition)*. Martinus Nijhoff Publishers. 1992. pp.138-139.

유엔에서 「천연자원에 대한 영구주권선언」이 통과되었고, 국가가 그 국가 내에 존재하는 천연자원에 대하여 그것을 소유, 이용 및 처분할 수 있는 배타적인 권한을 갖는다는 것으로서 국가가 외국인자산에 대한 강제수용을 고유의 권리로 정당화하고자 하였다. 또한 1974년 유엔에서 통과된 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」에 의하여 국가가 외국인자산에 대한 수용·국유화를 행사하는 권리를 명기하고 있어 외국인자산에 대한 수용은 국제관습법상 국가의 영구주권하의 권리로 명문화되었다.

이와 대립하였던 선진국들은 현지국의 외국인자산에 대한 수용 및 국유화의 권리를 국제적 불법행위로 간주해 완전히 부정하는 전통적인 입장으로 전환하였으나, 1938년 당시의 미국 국무장관이었던 코델 헐(Cordell Hull)은 주권국가가 공공목적을 위하여 외국인자산에 대한 수용에는 신속하고, 충분하며 효과적인 보상(prompt, adequate and effective compensation)을 제공하여야 한다는 요구를 주장하였다. 이는 외국인자산수용의 권리를 인정하였으나 국제법상 일정한 제한이 부과된 것이며 미국을 비롯한 주요 자본수출국들은 계속 요구하고 있다. 즉 공공이익, 무차별, 보상 등의 원칙에 의하여 이러한 조건들이 충족되지 않으면 수용 및 국유화의 행사가 국제적 불법행위로 간주되고 관련국가가 국가책임을 지게 된다.¹⁸⁾ 이는 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」에서 규정된 적절한 보상, 국내법에 의한 해결 등의 원칙과 대립되는 것이 명백하다.¹⁹⁾ 그러나 그 후의 투자조약의 실천 특히 양자간투자협정에서 공공이익, 무차별, 보상 등의 적법요건을 규정한 예가 많았다.

근년 거의 모든 다자간투자협정과 양자간투자조약에서는 수용 및 국유화에 관련 규정은 외국인자산에 대한 수용권리에 적법성요건을 각각 규정하고 있다. 보통 요건에서는 공공목적, 비차별적, 보상, 적법절차 등을 포함하고 있다. 예컨대 북미자유무역협정(NAFTA) 제1110조에서 당사국이 외국인투자자산을 수용할 때 충족하여야 하는 요건은 다음과 같이 규정하고 있다. “① 공공목적을 위한 것, ② 비차별적인 방식에 의한 것, ③ 적법 절차에 의한 것, ④ 신속하고, 충분하며, 효과적인 보상”을 들 수 있다. 「한·일 투자협정」 제10조에서는 요건의 순위가 다르게 규정되고 있으나, 요건의 내용은 NAFTA상의 규정과 일치하다. 국제법상 이러한 요건의 정의와 해석에 대해서 논의가 존재하여 통설이 없으나, 체결된 대부분의 투자협정에서는 이러한 요건을 규정해 놓고 있다.

17) 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 2006, pp.431-432.

18) 최승환, 전거서, p.694.

19) 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」 제2조 2항 (c).

5. 간접수용의 대두

가. 간접수용의 개념

국가가 외국인투자자의 자산을 수용하는 수단에 따라 직접수용과 간접수용의 개념이 제기되었다. 직접수용은 국제법상 전통적인 수용 및 국유화를 의미하는데, 간접수용에 대한 정의는 국제법상 통설이 없으며 간접수용의 판단기준에 대하여서도 확정되지 않고 있다. 그러나 국제법학자 또는 중재재판소는 간접수용의 의미에 대하여 비슷한 견해를 갖고 있다. 즉 자본수입국은 비록 직접적으로 외국인투자자의 재산권이 강탈(seized)되지 않거나 재산권의 법적 권리에 영향을 미치지 않더라도 간접적으로 '보상의 대상이 되지 않는'(incompensable) 국가조치(state measures)를 통하여 수용 및 국유화와 동일한 또는 비슷한 효과를 달성하도록 야기된다고 이해할 수 있다. 또한 고려의 방식에 따른 '잠행적 수용'(creeping expropriation),²⁰⁾ '사실상의 수용' 혹은 '수용의 효과와 같은 조치'(measure tantamount to expropriation)라는 용어도 혼용하여 사용하고 있다.

현재 국제법상 간접수용에 대한 개념을 비슷한 것으로 이해하고 있으나, 그에 대한 확정방법은 아직 명확하지 않은 상태이다. 일반적으로 간접수용은 자본수입국이 수용을 공개적으로 실행하지 않고, 외국인투자자가 투자자산의 소유권을 보유하고 있으나 자본수입국은 외국인투자자의 투자자산의 소유권 행사를 방해함으로써 그 투자자산에 피해를 초래하고 최종적으로 무용화된 것으로 이해되고 있다. 간접수용의 확정은 자본수출국과 자본수입국간에 의견 상이하어, 자본수출국의 입장에서는 자본수입국 정부의 조세 인상, 외환제한, 가격통제, 수출입제한, 최저임금의 인상규정, 도시계획법률 등을 간접수용으로 보아야 한다고 주장하고 간접수용의 범위에 최대의 한도로 정의하고자 한다. 자본수입국에 대해서는 이러한 정의·해석을 적용하게 되면 국제법·국제조약에 의하여 자본수입국의 국내 법률·행정 조치가 간접수용조치로 판정될 가능성이 높다. 이와 대비하여 자본수입국은 간접수용 범위를 협소하게 한정하는 입장을 가지고 있다.²¹⁾

나. 간접수용의 판단기준

국제투자법상 '간접수용에 대한 판단기준' 및 수용조치와 국가의 규제권리(Right to

20) Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1986, p.44.

21) 李萍, 「NAFTA國際投資法律問題研究」, 博士學位論文, 中國政法大學, 2003, pp.106-107.

Regulate)에 대한 구분·인정은 같은 문제로 간주될 수 있다. 호스트 국가의 조치가 간접수용조치를 구성하는 여부에 대하여 판단할 때, 그의 구별기준과 사건의 특정성 때문에 국가의 합법적 규제권리를 행사하기 위한 조치는 수용조치로 볼 수 없다. 그러나 이에 대한 정확한 구별기준은 통설이 없으므로, 1962년 Christie, G.C.교수가 발표한 “무엇이 국제법상 수용을 구성하느냐”라는 논문에서 “정부가 외국인 경제활동을 간섭하는 것은 수용으로 구성하게 되면 보상을 지불하여야 하느냐”라는 문제에 대해서 사안별로(case-by-case) 결정하여야 한다는 결론을 내렸다.²²⁾ 그 이후에 수많은 법학자들이 간접수용의 정확한 정의와 범위를 확정하고자 하였으나, 그 결론에 보충할 뿐이고 정확한 구별기준이 뚜렷하게 정리되지 못하였다.²³⁾ 현재 통일된 판단기준이 없으나 학계와 판례에서 이에 대하여 일정한 정도의 발전이 나타난다.

(1) 학계의 견해

국제투자법 학계에서도 이 문제에 대하여 통설이 없고 법리와 실천을 통하여서 발전되고 있다. 근년 관련된 국제투자분쟁의 실천의 발전에 따라서 간접수용의 판단기준은 호스트 국가 행위의 ‘효과’(effect)와 ‘목적’(purpose)에 근거하여 판정을 행하는 견해가 나타나게 된다.

행위효과에 근거하는 판단기준은 호스트 국가의 규제·관리조치가 외국인투자에 대한 영향정도를 기준으로 그 행위가 수용조치 또는 규제권리에 해당하는 것을 결정하는 것이다. 행위목적에 근거한 판단기준은 호스트 국가가 취한 관리조치의 성질·목적울 기준으로 간접수용을 판정하는 것이다. 행위의 효과와 목적에 근거한 판단기준에 있어 전자는 외국인투자자의 재산권리의 보호를 중시하는 것과 비교하여 후자는 호스트 국가의 규제권리를 고려하는 것을 요구한다. 이에 의하여 국제투자법과 그의 실천에서 ‘순효과기준’(sole effect doctrine) 및 효과뿐만 아니라 목적도 함께 고려하여야 하는 두 가지 주장이 제기된다.

‘순효과기준’설에서는 호스트 국가가 취한 관리조치가 간접수용에 구성되는 여부가 행위의 성질·목적울 고려하지 않고 행위의 효과를 기준으로만 판단되어야 한다고 주장하고 있다. 그 이유는 행위의 목적울 기준으로 채택하게 되면 호스트 국가가 자국의 공공복리를 위한 것을 이유로, 사실상 간접수용인 조치에 대한 책임을 회피할 수 있는

22) G. C. Christie. “What constitutes a taking of property under international law?”. *The British Yearbook of International Law*(Vol.38), 1962. pp. 307-338.

23) Jan Paulsson. “*Indirect expropriation: is the right to regulate at risk?*”. OECD symposium, 2005.12. p.1. (<http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf>)

것을 남용할 수 있다는 것이다.²⁴⁾ '순효과기준'설과 대비하여 간접수용의 판단에 대하여 효과뿐만 아니라 목적과 함께 고려하여야 하는 주장이 있어, 이 주장의 이유는 '순효과기준'만 강조하는 것이 호스트 국가의 주권을 침해하게 되며, 효과와 목적을 함께 고려하면 투자자에 대한 보호 및 공공이익간의 형평을 추구하는 것이다.²⁵⁾ 현재 두 가지 견해에 대하여 국제중재사례에서는 '효과기준'이 채택된 것이 대부분이다.²⁶⁾ 그러나 '목적'에 대해서도 고려한다는 일부 판례²⁷⁾와 학자의 주장²⁸⁾을 볼 수 있다. 또한 미국의 판례법에서도 단지 개인재산권에 대한 보호를 현재의 환경보호 등 공공이익을 위한 정부조치가 적당하게 고려되는 입장으로 변환되고 있다.²⁹⁾

(2) 미국·캐나다 BIT·FTA상의 간접수용규정

근년 미국이 오스트레일리아, 칠레, 중앙아메리카³⁰⁾, 모로코, 싱가포르와 체결된 FTA, 그리고 2004년 제출된 BIT모델에서 간접수용의 구성기준을 명확히 규정하고 있다.³¹⁾ 미국 BIT모델 부속서(B)상의 규정을 예로 다음과 같다.

“제6조 1항(수용과 보상)에 다루어진 두 번째 상황은 간접수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우이다.

(a) 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정의 사실 상황에서 간접수용을 구성하는 여부의 결정은 다음을 포함하여, 사안별, 사실에 기초한 조사를 고려하는 것이 필요하다.

24) 徐崇利, “間接征收之界分: 東道國對外資管理的限度”, 『福建法學』(總第94期), 2008, p.4.; J.L.Gudofsky, “Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study”, *Northwestern Journal of International Law & Business*(Vol.21), 2000, pp.266-269.

25) 徐崇利, 上揭論文, p.5.

26) ICSID의 사례를 고찰하고 ICSID 중재판정부들이 '효과기준'을 채택한 것이 대부분이다.(陳安 編, 『國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐』, p.152; Bjørn Kunoy, “Development in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.6, No.3), 2005, p.472.)

27) *Tecmed, S.A. v. Mexico* 사건 중재판정부는 “...단지 효과뿐만 아니라, 그의 특징에 근거하여 그 결의가 수용을 구성하는 여부를 고찰하는 것이 적당하다”고 주장한다.(<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>)

28) Rudolf Dolzer는 특정한 상황에서 정부의 목적이 효과보다 더 중요한 여부의 문제에 대하여, 공공보전, 환경보호 등을 예로 긍정적인 태도를 가지고 있다.(陳安 編, 『國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐』, pp.146-147; Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriation: New Development?”, *Environmental Law Journal*(Vol.11), New York University, 2002, pp.80, 92.)

29) 李章然, “美國判例法中的管制性征收及其認定標準的演變”, 『國際經濟法學刊』(第15卷 第2期), 北京大學出版社, 2008, pp.199-220.

30) 중앙아메리카는 코스타리카, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스와 니카라과의 국가들을 말한다.

31) Katia Yannaca-Small, op. cit. p.21.

(i) 정부 행위의 경제적 영향. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.

(ii) 정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도, 그리고

(iii) 정부의 행위의 성격.

(b) 드문 상황을 제외하며, 공공보건·안전, 환경과 같은 합법적인 공공복지 목적을 보호하기 위하여 설계되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”

2004년 캐나다는 제출한 외국인투자 촉진 및 보호 협정(Foreign Investment Promotion and Protection Agreement, 이하 FIPA라고 함) 모델에서도 간접수용의 판단기준을 규정하고 있고, 미국 BIT 모델상의 관련규정과 큰 차이가 없다. 캐나다 FIPA 모델 부속서(B)에서는 “드문 상황을 제외하며, 조치 또는 일련의 조치가 엄격하고 그의 목적에 근거하여 선의·비차별적인 것으로 채택되고 적용된 것을 합리적으로 볼 수 없으며, 보건, 안전, 환경과 같은 합법적인 공공복지 목적을 보호하기 위하여 설계되고 적용되는 국가조치인 경우에는 간접수용을 구성하지 아니한다”고 규정하고 있다.³²⁾

따라서 미국·캐나다의 BIT·FTA에서 일반적으로 공공복리 목적을 위한 보건, 안전과 환경 등의 예외를 국가의 규제권리로 보아, 간접수용을 구성하지 아니하는 이외에, 간접수용의 판단기준을 세 가지 요소를 규정하고 있으며 사안별, 사실에 기초한 조사를 요구하게 된다. 즉 ① 정부 행위가 투자에 대한 경제적 영향, ② 정부행위가 투자에 근거한 합리적인 기대에 대한 영향, ③ 정부행위의 성격이다. 이러한 협정에서 명시된 판단기준이 있어 국제중재실천에서 확인된 판단기준은 대체적으로 이와 유사하게 보인다.³³⁾ 그러나 이런 판단기준은 국제법으로 확립된 것이 아니며, 국제중재에서도 이에 대한 판단은 동일하지 않고 있다. 또한 이러한 판단기준은 오직 판단의 고려요소로 본점에서 구체적인 기준이 아직 명확히 되지 않고 모호성이 존재하고 있다. 따라서 이러한 판단기준은 향후 국제중재의 실천에서 사안별로 지속적으로 보완될 필요가 있다.

다. 사례의 고찰

국제투자법상 간접수용에 관한 사례는 이란-미국 청구재판소의 판례에서 많이 볼 수 있으며 근년 NAFTA와 BIT로 인한 국제중재사례에서도 이에 관련하게 된다. 특히 근

32) http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp

33) Katia Yannaca-Small, op. cit. p.10.

년의 국제중재사례 중에 중재판정부가 간접수용의 판단기준에 대하여 견해와 주장을 나타내는 것을 주의할 만하다.

Pope & Talbot v. Canada 사건³⁴⁾에서는 간접수용의 정의와 판단기준을 비교적 상세히 판시하므로 그 후의 중재판정에 큰 영향을 주고 있다. 미국 투자자인 Pope & Talbot Inc.와 그의 자회사가 캐나다에서 연목재를 영위하는 회사이다. 캐나다정부가 미국과 체결한 「연목재협정」을 이행하기 위하여 각 기업에게 일정 무관세 수출쿼터를 설치하여 쿼터를 초과한 수출에 관세부과를 하는 조치를 취하였다. Pope & Talbot 회사는 캐나다정부가 NAFTA 제1102조(내국민대우), 제1105조(최소대우기준), 제1106조(이행요구) 그리고 제1110조(수용)를 위반함을 이유로 중재를 제기하였다. 중재판정부는 캐나다가 투자자의 직원에 대한 억류, 임직원의 업무에 대한 감독, 과세가 제외된 조치로 판매수익에 대한 영향, 회사의 경영, 주주의 활동, 이익의 배분 등의 여러 가지 면에서 방해하지 않았으므로 투자자가 회사경영을 여전히 지배하는 것을 판정하며 캐나다정부의 수출쿼터조치가 투자에 대한 '실질적인 박탈'(substantial deprivation)을 구성하는 것으로 볼 수 없다고 재정하였다. 결국 중재판정부는 캐나다가 NAFTA 제1102조, 제1106조 그리고 제1110조를 위반하는 청구인의 주장을 기각하였으며 캐나다가 제1105조를 위반한 것을 재정하였다.

Pope & Talbot v. Canada 사건의 중재판정부의 수용에 대한 판정기준은 그 후의 *S.D. Myers Inc. v. Canada* 사건, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine* 사건 등의 중재판정부에서 인용되고 있다. *S.D. Myers Inc. v. Canada* 사건의 중재판정부는 NAFTA의 계약당사국들이 '동등한'(tantamount)이라는 단어를 사용함으로써 이른바 '잠행적 수용'의 개념을 포함하도록 하여 국제상 인정된 수용규정의 범위를 확대하고자 하지 않는 의사로 본다고 해석하였다.³⁵⁾ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine* 사건에서 청구인은 남 아르헨티나 주정부가 청구인의 투자의 TGS회사에 인지세를 부과한 것이 불법하고 수용행위에 해당하므로 아르헨티나 국내법, 국제법 그리고 BIT을 위반한다고 주장하였다. 이에 대하여서는 중재판정부는 그 부과조치가 본 사건에서 국가주권에 속한 문제의 판정범위로부터 배제하고, 조약, 법률, 계약 또는 기타 위임(commitment)에 의한 외국인투자자에게 부여된 권리를 위반하는 여부만 판정하는 책임을 진다고 하였다. 또한 실천에서 그 조치는 중재판정부의 권한범위에 포함되는지 여부가 당사자들이 제기할 사실에 관련된 증거에 근거하여야

34) *Interim Award, 26 January 2000; Interim Award, 26 June 2000; Interim Award, 10 April 2001.*
(<http://www.state.gov/s/l/c3747.htm>)

35) *ICSID Reports(Vol. 8)*, Cambridge University Press, p.59.

만 확정될 수 있을 뿐이다.³⁶⁾

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico 사건³⁷⁾은 수용국의 환경정책과 관련하여 간접수용이 판정된 사건이다. 스페인 회사인 Tecmed 회사가 1996년 멕시코에서 폐기물 매립지의 경영권을 취득하였다. 1998년 멕시코정부는 Tecmed회사가 사업장내에 규정을 초과하여 폐기물을 보관하는 등 환경법을 위반한 것을 이유로 매립지 운영에 필요한 면허갱신을 거부하고 시설폐쇄를 명령하였다. Tecmed 회사는 청구인으로서, 멕시코정부의 이러한 자의적인 결정으로 투자자산이 완전히 박탈되었으며, 계속 가치가 있는 사업으로서 모든 경제적 가치가 나타나지 못하게 되었다. 청구인의 입장에서부터 이는 수용을 구성하게 되며 BIT에 의하여 '공정하고 공평한 대우 및 완전하고 지속적인 보호·안전'의 규정을 위배한다고 주장하였다.

중재판정부는 사실에 대하여 분석하고 다음과 같은 의견을 제기하였다. 첫째, 멕시코 정부의 결정은 매립지가 영속적으로 폐쇄되어 다른 용도로 변경될 수 없게 야기시켰기 때문에 매립지의 가치가 실질적으로 박탈되었다. 둘째, 청구인의 투자가 실질적으로 박탈되므로 멕시코정부는 공공이익(환경)에 대한 보호 및 외국인투자자의 권리에 대한 보호 간에 합리적인 비례성(proportionality)을 고려하지 않았다. 즉 Tecmed 회사가 특정의 환경규범을 위반한 것이나, 이는 면허갱신이 거부되는 진정 이유가 볼 수 없다. 왜냐하면 당시의 상황과 사회적·정치적 압력이므로 멕시코정부는 Tecmed 회사가 매립지장소를 재배치하는 요청에 불구하고 매립지를 제거한 것이기 때문이다. 따라서 투자자산이 멕시코정부로 이전하지 않았더라도 중재판정부는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 비례성의 원칙을 원용하여³⁸⁾ 멕시코정부의 행위가 BIT을 위반하여 사실상의 간접수용으로 본다고 재정하였다.

위에서 본 간접수용에 대한 인정·불인정의 사례를 통하여 ICSID에서 간접수용에 대한 판단기준을 볼 수 있다. 중재부의 고려요소가 구체화되고 있는 추세가 보이나, 아직 사안별로의 분석이 필요하다고 할 수 있다. 그래서 투자조약에 의한 중재재판이 계약당사국들간의 공동의지에 달려있다. 간접수용의 인정범위가 너무 넓게 해석되면 자

36) *ICSID Reports(Vol. 11)*. Cambridge University Press. pp.278-279.(ICSID Case No. ARB/01/3. Decision on Jurisdiction. 14 January 2004. Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim). 2 August 2004).

37) *ICSID Reports(Vol. 10)*. Cambridge University Press. p.130.(ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. Award. 29 May 2003).

38) *European Court of Human Rights. Case of Mellacher and Others v. Austria. judgment of December 19. 1989. p.24: Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium. judgment of November 20. 1995. p.19*(<http://hudoc.echr.coe.int>).

본수입국뿐만 아니라 투자조약의 구속의 상호효과로 자본수출국은 이런 해석이 국가의 공공관리 개혁과 정책혁신에 미치는 영향을 고려하여야 한다. 그러므로 투자조약에서는 투자자에 대한 보호 및 국가 공공관리 또는 공공이익 간에 형평라인이 설정되는 것이 선행되어야 한다.

6. 국제투자법상의 보상기준

1789년 프랑스 대혁명 또한 러시아 10월 혁명 시기에 외국인자산의 수용·국유화에 대하여 보상하지 않은 사실이 있었으나, 현재 국제법상 자본수입국이 외국인자산의 수용과 국유화에 대하여 보상의무를 지는 여부에 논의가 줄어들고 있다. 그러나 보상기준에 대해서는 국제법상 일치되지 않고 있다. 미국을 비롯한 주요 자본수출국들은 전통적으로 '충분하고, 신속하며 효과적인' 소위 헬 기준인 충분한 보상(full compensation)을 주장한 반면에 개발도상국들은 적절한 보상(appropriate compensation) 기준을 주장하고 있다. 그 이외에 "공평한 보상(equitable compensation)", "공정한 보상(fair compensation)"과 "정당한 보상(just compensation)" 등 다양한 기준을 제시한 바가 있다.

가. 보상기준

주요 자본수출국들은 주장해 온 '신속하고, 충분하며 효과적인' 보상, 즉 충분한 보상 기준에서 '충분한'이란 보상금액이 수용자산의 '공정한 시장가치'(fair market value)과 보상금지급 이전의 연체이자의 합산금액에 대등되어야 하며 일정한 경우에 공정한 시장가격에는 수용을 당한 기업의 미래예상수익이 포함되는 것을 의미한다. '신속한'이란 수용시 보상지급이 지연없이 되어야 하며 할부지급의 경우에는 연체이자가 산입되어야 한다. '효과적인'이란 외국인투자자에 대하여 이익이 있는 재투자(profitable reinvestment)를 할 수 있는 방식으로 지급되며 통화는 송금제한이 없는 또는 피지급자 자국의 법정 통화로 지급되어야 하는 것을 말한다.

충분한 보상기준은 기득권(vested rights) 존중과 부당이득(unjust enrichment)의 원칙에 의거하여 제기된 것이다. 일반적으로 기득권존중 및 부당이득의 원칙은 법률규정이 없는 행위에 적용되어, 국제법상 수용은 이미 합법적인 행위로 인정되었으므로, 두 원칙을 보상기준의 의거로 보면 합법행위인 외국인자산의 수용은 합법하지 않는 행위로 간주되는 점이 도출된다.³⁹⁾ 또한 자본수입국 또는 개발도상국들은 충분한 보상기준에 대한 지적이 대개 다음과 같다. 첫째, 충분한 보상기준은 자본수입국에게 부당한 법

들의무를 부담시키며 자본수입국이 조치를 통하여 경제구조를 개조하는 능력을 약화하게 된다. 둘째, '충분한' 보상의 의미에서 포함된 '공정한 시장가격'의 전통적인 상업·재산 개념을 국가의 대규모 토지개혁 또는 전략적 국유화의 非商業 상황에 사용하면 분명히 부당하다. 셋째, '신속하며 효과적인' 보상은 자본수입국의 외환형평에 불리한 영향을 초래한다.⁴⁰⁾

적절한 보상은 부분적 보상(partial compensation)이라고도 한다. 개발도상국들은 주장해 온 적절한 보상기준은 유엔총회에서 채택된 1962년 '천연자원에 대한 영구주권선언'과 1974년 '국가의 경제적 권리와 의무헌장'을 통하여 제시된 것이다. 이에 의하여 외국인투자자산에 대한 수용시 자본수입국이 국내법에 따라 적절한 보상이 규정되고 있다.⁴¹⁾ 그러므로 적절한 보상기준은 국제법상 성문화된 원칙으로 긍정되었고, 대부분의 개발도상국의 인정을 받았다. 수많은 체결된 BIT에서 '공정한', '정당한', '정당하고 공평한' 등 다양한 기준을 규정하고 있는데, 이런 기준은 명확한 개념이 아니며 구체적인 보상범위와 계산방법이 협상이나 국가관행에 따라 고정되지 않으나, 일반적으로 적절한 보상기준에 따른 부분보상으로 볼 수 있다.⁴²⁾

1992년 세계은행발전위원회가 '해외직접투자의 대우에 관한 지침'(이하 세계은행지침이라고 함) 제4조에서 "외국인투자에 대한 수용국의 보상은 다음 구체적 규정에 따라 적절하다고 볼 수 있으며, 즉 그 보상은 충분하고, 신속하며 효과적이라면"라고 규정하고 있다. 세계은행지침에서 규정된 외국인투자자산에 대한 보상기준은 문구에 '헬 보상 기준'과 '적절한 보상기준' 간의 증대한 차이에 불구하고 양 기준을 동일시하여 동일하지 않은 법률개념이 뒤섞이게 한다.⁴³⁾

20세기 90년대 이래 일부 개발도상국들이 국내의 수요에 따라, 선진국과 체결한 BIT에서 '충분한 보상'기준을 적용시키며, 일부 국제투자조약의 실천에서 보면 「에너지헌장조약」(Energy Charter Treaty, ECT)에서도 '충분한 보상' 기준을 택하였고⁴⁴⁾ 90년대 후의 ICSID의 중재사례 중에 외국인투자자산의 수용보상에 대하여 거의 다

39) 余勁松, "論國際投資法中國有化補償的根據", 「中國社會科學」(No.2), 1986, pp.56-59.

40) 陳安 編, 「國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐」, pp.84-85.

41) 1962년 '천연자원에 대한 영구주권선언'에서는 '국내법과 국제법에 따른' 적절한 보상을 규정하였는데, 1974년 '국가의 경제적 권리와 의무헌장'에서는 '국제법에 따른' 문구를 삭제하고 '관련 국내법규와 관련된 모든 상황'을 고려한 적절한 보상을 규정하고 있다(최승환, 전게서, p.698).

42) 최승환, 전게서, p.698; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, p.4; S.A. Riesenfeld, "Foreign Investment," in R. Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law(Vol.8)*, Elsevier Science Publishers, 1985, p.246.

43) 陳安 編, 「國際投資爭端仲裁—解決投資爭端國際中心」機制研究」, 夏旦大學出版社, 2001, pp.353-354.

44) 「에너지헌장조약」 제13조.

'충분한 보상'을 주장하였다.

나. 보상액의 산정방법

외국인투자자산을 수용된 후에 수용자산의 보상액의 산정이란 실제로 수용·국유화된 외국인투자자산에 대한 가치평가(valuation of nationalised property)를 말한다. 현재 국제법상 수용자산의 가치평가에 대한 통일된 규범이 존재하지 않으며, 수용자산의 보상기준과 마찬가지로 자본수출·입국 간에 대립하는 입장을 가지고 있다. 또한 중재실천에서도 일관되고 통일된 평가방법은 나타나지 않았다.

수용자산의 가치평가는 국제투자의 법률실천 특히 근래의 중재실천에서 주의할 만한 문제로서 나타나고 있다. 왜냐하면 '충분한 보상기준'에 따른 산정방법 및 '적절한 보상기준'에 따른 산정방법이 달라지며, 심지어 동일한 보상기준에 따라 동일하지 않은 산정방법에 따르면 산정된 보상액에 큰 차이가 나타난 경우도 있기 때문이다. 수용자산의 가치평가 그 자신은 기술적인 요소가 많고 법적으로 관련되는 것이 드물다. 그러나 가치평가는 보상기준과 관련되어 있고, 어느 법률에 의하여 요구되는 보상기준은 '수위의 문제점'(primary issue)이며 가치평가는 종속적인(secondary) 것이다.⁴⁵⁾ 수용자산의 가치평가 방법은 다양하고 각자의 특징이 있다. 주요한 가치평가 방법은 대개 다음과 같다.

첫째, 장부가치(book value)란 회사가 주장한 공정시장가치, 계속경영가치(going concern)와 대체가치(replacement value)를 불문하고, 회사의 재무제표에 기재된 회사의 자산가치와 회사의 부채간의 차액을 피수용회사의 투자자산가치로 산정되는 것이다. 70년대 이 방법은 많이 사용되어 왔다.⁴⁶⁾

둘째, 시장가치는 피수용기업의 미래이익을 산입하는 것이다. 이 평가방법은 '적극적 손해'(damnum emergens) 및 '소극적 손해'(lucrum cessans)를 다 고려하여 보상하는 경우에만 적용된다. 또한 이는 외국인 투자자산에 대한 불법적 수용을 하는 경우에만 가능한 것이 지배적인 견해이다.⁴⁷⁾

셋째, 대체가치는 피수용자산을 대체하기 위하여 다른 자산을 구입하여서 소비된 가치에서 일정한 감가상각비를 공제한 후의 금액을 수용자산가치로 보는 것이다.

45) M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment(second edition)*. Cambridge University Press. 2004. pp.485-486.

46) M. Sornarajah. Ibid. p.487; R.B. Sunshine. "Terms of Compensation in Developing Countries' Nationalization Settlements". UNCTC. 1981.

47) M. Sornarajah. Ibid. p.487.

넷째, 청산가치(liquidation value)란 계속경영가치가 없는 회사가 경매된 가치에서 회사의 재무·청산비용을 공제한 후의 차액으로 피수용회사의 자산가치를 말한다.

다섯째, 할인된 현금유동(Discounted Cash Flow, 이하 DCF라고 함) 방법에 의하면, 통화의 시기가치, 예상인플레이션 및 현금유통과 관련 위험을 고려하고, 이윤을 보는 기업이 있어서 먼저 당해 기업의 미래 존속기간내의 년간의 예상현금수입을 예측하고, 이 예측액에서 년간의 현금지출을 공제하고 년간의 순현금유통량을 할인하고, 그 기업의 미래 존속기간내 매년의 할인된 현재가치(present value)를 합치고 얻는 금액은 DCF 방법으로 산정된 자산가치이다.⁴⁸⁾

상기된 바와 같이 국제법상 반드시 어느 자산평가방법을 적용하여야 하는 규정이 없으며 관련조약 당사국간의 합의결과에 따라 상이하게 나타난다. 일반적으로 개발도상국들은 계속경영가치를 고려하지 않는 장부가치의 평가방법을 주장하며, 자본수출국들은 투자자보호 최대화를 도모하기 위한 DCF 등의 방법을 고집한다. 1992년 세계은행 지침 제4조 6항에서 명시적으로 DCF 방법을 규정하고 있고, 계속경영가치가 맞는 기업에 대해서 DCF 방법은 받아들일 수 있는 견해를 제시하였다. 다만 당해 방법을 적용할 경우 신중하여야 한다. 왜냐하면 중재사례에서 투자자가 항상 미래예상이익을 극히 과대평가하여 손실보상을 청구한 경험이 많았기 때문이다.⁴⁹⁾

다. 사례의 고찰

국제중재실천에서는 불법적 수용 또는 국유화에 대하여 수용당사국의 완전배상(full restitution)의 책임을 판정해 온 것은 기본적으로 논의가 별로 없다.⁵⁰⁾ 합법적 수용에 대해서는 초기의 ICSID 사례에서 당사자간 명시적으로 준거법을 선정하지 않은 경우에 ICSID는 일반적으로 국내법을 준거법(applicable law)으로 채택한다.⁵¹⁾ 그 후에 투자조약상의 분쟁해결조항에 의한 추정재판권의 가능성이 인정되므로 90년대 이래 ICSID는 중재실천에서 조약의 규칙을 보상에 적용해 왔다. 투자조약에서는 투자에 대한

48) 최승환, 전거서, p.701.

49) World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment(Vol. II: Guidelines)*, 1992, p.43.

50) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008, pp.271-273.

51) *ICSID Reports(Vol. 1)*, Cambridge University Press, 1993, p.310(*AGIP v. Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award 30 November 1979; *Benvenuti et Bonfant v. Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award 8 August 1980, 21 I.L.M.740, pp.4-9).

높은 수준의 보호원리 및 수용시 완전한 보상을 반드시 지불하여야 하는 조항이 규정되어 있어, ICSID는 이러한 원칙을 따르며 거의 모든 사례에 완전보상(full compensation)을 주장해 왔다.⁵²⁾ 또한 이란-미국 청구재판소의 수많은 사례에서 대부분의 재정은 완전보상을 적용하였다.⁵³⁾ 중재재판소에서 주장된 완전보상은 항상 '대등적'(equivalent), '공평의'(fair), '공정의'(just), '합리적'(reasonable) 그리고 '진정한'(genuine) 등의 다양한 어구를 사용하여, 의미상에는 선진국이 요구하는 충분보상기준에 맞는 것으로 나타내 보인다. 또한 이러한 다양한 원칙에 대한 의미는 재판부들이 '공정한 시장가치'를 보상기준으로 이해하고 있는 것이다.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica 사건⁵⁴⁾에서는 CDSE는 미국 투자자가 코스타리카에서 설립한 회사이다. 1970년 CDSE는 30킬로미터를 초과한 태평양 해안선이 포함된 'Santa Elena'의 소유권을 구입하였다. 1978년 코스타리카 정부가 환경목적을 위하여 CDSE로부터 그 소유권을 수용하는 법령을 발표하였으며 이로 인한 보상으로 CDSE에게 1,900,000 달러를 지급하는 제안을 하였다. CDSE는 재산의 가치가 6,400,000달러이라고 주장하므로 제안을 동의하지 않았다. 코스타리카 국내법원의 소송절차에 따라 이 사건은 20년 동안 끝나지 않았다. 1995년 미국의 정치적 압력을 받아, 코스타리카가 이 분쟁을 ICSID 중재에 따르기로 하였다.

보상기준이 재정의된 과정에서 중재판정부는 "보상은 재산의 공정한 시장가치에 근거하여야 하는 것이다"라고 간단히 설명한 뿐이다. 그러나 중재판정부에서 공정한 시장가치란 "정상적인 자유거래에서 매수자가 매도자에게 지급하려고 하는 자산의 가격"(what a willing buyer would pay to a willing seller in a free transaction)이라고 말하며, 그 재산의 '최고·최대의 이용'(highest and best use)을 고려하여 평가되어야 한다고 더 나아가 해석하였다. 결국 수용재산의 가치평가에 시간적 제한이므로 중재판정부는 재산의 가치를 수용 날짜에 합리적·공정한 근사치(approximation)인 4,150,000 달러로 결정하였다.

AIG Capital Partners Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan 사건⁵⁵⁾에서 카자흐스탄에서 설립된 조인트 벤처 회사인 Tema Real Estate

52) M. Sornarajah. op. cit. p.461.

53) *American International Group, Inc. v. Iran*(4 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports. p.96). *INA Corporation v. Iran*(8 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports. p.373). *Sedco Inc. v. NIOC*. (10 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports. p.181.) 등의 사례가 있다.

54) *ICSID Reports*(Vol. 5). Cambridge University Press. p.70.(ICSID Case No. ARB/96/1. Award. 17 February 2000).

55) *ICSID Reports*(Vol. 11). Cambridge University Press. p.3.(ICSID Case No. ARB/01/6. Award 7 October

Company가 LLP Tema와 AIG Silk Road Investment I Ltd로 구성되어 AIG Capital Partners Inc.(AIG)가 이 조인트 벤처 회사를 간접·종국적으로 지배한다. 1999년 5월 'Crystal Air Village'라는 공사를 위하여 조인트 벤처 회사는 10 헥타르의 토지를 매입하였고 AIG는 디자인, 토목공사, 물품조달, 금융 등에 관한 투자를 하였으며 1999년 11월 현지 정부 주관기관으로부터 허가를 받았다. 2000년 2월 카자흐스탄 정부는 국가의 식물원을 짓기 위하여 그 토지가 필요하여 조인트 벤처 회사에게 공사취소를 구두로 통지하였다. 2000년 4월 6일 현지정부가 토지에서의 모든 공사를 중단시키는 명령을 발하였고 2001년 2월 말에 카자흐스탄은 현지정부를 통하여 토지를 수용하였다.

AIG는 카자흐스탄 정부가 투자자산을 수용한 것을 주장하여 수용 직전에 투자자산의 가치가 135,000,000 달러였고, BIT의 조항에 의하여서 카자흐스탄은 AIG에게 이 가치와 이자를 신속하게 지불하는 의무를 진다고 하였다. 카자흐스탄은 자기에게 적절한 통지가 없다는 이유로 중재판정부의 재정을 반대하였다. 또한 원고가 카자흐스탄이 제의한 대체장소를 거부하였으므로 손실감소를 위한 조치의 실패를 초래하였다고 논의하였다.

본 사건의 중재판정부는 보상, 보상기준과 보상 평가방법에 대한 중재판정부의 관점을 천명하였다. 즉 외국인투자 자산수용에 대한 보상은 국제관습법에서 인정되어, 국제관습법상의 '적절한 보상기준'(the standard of appropriate compensation)에 대하여 통설이 없고 확정된 정의가 없으나, 보상기준은 수용자산의 공정한 시장가치에 접근하거나 상당하여야 한다는 합의가 이루어지고 있다.⁵⁶⁾ 따라서 중재판정부는 보상기준에 대한 문구상의 토의보다 시장가치를 판정하는 방식·방법을 찾는 것이 중요하다고 여겨진다. 결국 중재판정부는 카자흐스탄의 수용행위를 인정하여 현실상황하의 시장가치와 일치된 충분한 보상으로 3,560,000 달러를 지불한다고 재정하였다.

그리하여 살펴본 사례에서 ICSID의 판정부들은 '충분한 보상기준' 및 '적절한 보상기준'에 관한 이론적인 논쟁을 방치하고 실무적으로 문제해결의 태도를 벗어나고 있다. 현재 체결된 수많은 BIT와 FTA에서는 보상을 '공정한 시장가치'로 평가한다고 규정하고 있으므로 중재부는 당해 조항에 의하여 보상기준에 관한 이해시각을 변환하고 있다. 또한 ICSID의 대부분 사례에서 일반적으로 공정한 시장가치를 완전보상으로 동일시하고 있는 것이다. 따라서 중재에서의 자본수입국에 불리한 점을 볼 수 있다.

2003).

56) *ICSID Reports(Vol. 11)*, Cambridge University Press, p.85.(ICSID Case No. ARB/01/6, Award 7 October 2003).

Ⅲ. 한·중 FTA에서의 수용규정의 모델 개발 및 발전 방향

1. 한·중 BIT에서의 수용규정

한·중 투자보장협정은 1992년 체결되었고 2007년에는 개정되었다. 개정투자보장협정은 1992년 협정과 비교해 보면 주로 수용의 하나의 적법요건인 적법절차가 반영되고, 수용원칙 및 보상액의 산정방법에 대해서는 원래 '국내법에 따른'⁵⁷⁾ 규정을 '국내법 및 국제 표준에 따른 적법절차에 의한' 것으로 개정되고, 공식 환율은 취소되어 시장 환율로 적용하게 된다. 개정투자보장협정은 외국인투자에 대한 보호를 대폭 강화하나, 보상기준, 간접수용 등의 민감한 문제에 대해서도 타협하였다. 2007년 개정협정은 수용보상의 평가기준과 산정방법만 규정하고 있어 양 당사국의 기대적인 보상효과가 기본적으로 달성되어 보인다. 그러나 실제적 규정으로서의 보상기준 즉 충분보상이나 적절보상을 명백히 두지 않고 발생가능한 분쟁에 대하여 사법기관 또는 국제중재의 판정에 따라 해결하는 방식을 취하고 있다.

2007년 한·중 개정투자보장협정은 수용의 정의와 적법요건에 대하여 "어떠한 계약당사자도 다른 한쪽 계약당사자 투자자의 자국 영역 안에서의 투자에 대하여 직접 또는 간접적으로 수용·국유화하거나 수용·국유화에 상당하는 조치를 취하지 아니한다. 다만 다음의 조건이 충족되는 경우는 해당되지 아니한다. ① 공공이익을 위하여, ② 국내법 및 국제 표준에 따른 적법절차에 의하여, ③ 비차별적으로, ④ 제2항에 따라 보상하는 경우"라고 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 동 협정은 수용자산의 보상액의 산정방법에 대하여 "보상은 수용되기 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가치에 상응하여야 한다. 공정한 시장가치는 수용이 공공연히 미리 알려짐에 따라 발생하는 가치의 변화를 반영하지 아니한다. 보상은 지체 없이 지급되고, 수용일부터 보상 지불일까지의 기간에 해당되는 적정한 이자를 포함한다. 보상은 유효하게 현금화되고, 자유롭게 송금될 수 있으며, 수용일에 적용되는 시장 환율에 따라 투자자의 국적통화 및 국제통화기금협정의 조항에 규정되어 있는 자유롭게 사용가능한 통화로 자유롭게 태환되어야 한다."고 규정하고 있다.⁵⁹⁾

한·중 개정투자보장협정에서의 수용규정은 기본적으로 국제투자법상의 수용규정 간에 차이가 없으며 국제투자법상의 쟁점으로서의 보상기준, 보상액 산정방법과 간접

57) 1992년 「한·중간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제5조 5항.

58) 2007년 「한·중간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제4조 1항.

59) 2007년 「한·중간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제4조 2항.

수용은 재검토할 필요가 있을 뿐이다.

가. 보상기준과 보상액 산정방법

한국의 체결된 대부분 BIT와 FTA에서의 규정은 외국인투자 자산에 보호를 강조하여 합법적 수용이 발생되더라도 수용자산에 대한 보상기준, 자산평가방법, 수용조치의 합법성 심사제기권, 국제중재의 제소 등의 실체적·절차적 규정을 통하여서 미국을 비롯한 주요 자본수출국이 주장하고 있는 입장에 서고 있다. 또한 국내법과 판례에서도 정당보상을 인정하고 있어, 즉 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 채택한다.⁶⁰⁾ 보상액 산정방법에 대하여 '공정한 시장가치'의 개념이 제시되어 심지어 "공정한 시장가치를 산정하는 기준은 미래 기업가치, 유형자산의 조세산정을 위한 가치를 포함하여, 자산가치 및 기타 적절한 기준을 포함하여야 한다"고 규정함으로써 수용자산의 보상액의 평가방법에 대하여 미래기업가치 등의 판단요소를 명확히 하고 있다.⁶¹⁾

중국은 외국인투자자에 대한 보호를 점차 강화하고 있는 것이 부인될 수 없으나 미국 등의 선진국들은 요구하는 레벨접근에 신중한 태도를 가진다. 그 이유는 국가의 외국인투자보호의 레벨 인상으로 필연적으로 주권약화의 결과를 야기할 우려가 되는 것이다. 왜냐하면 일반적으로 BIT는 불평등한 파트너(unequal partners) 간에 타결된 것이기 때문이다. BIT는 계약당사국간 투자의 상호 플로우(two-way flow)를 시도하나, 계약당사국간의 재부와 기술에 격차가 일반적으로 존재하기 때문에 사실상 단지 단일 플로우(one-way flow)를 실행하고 시도하는 것이다. 따라서 조약의 기초로서의 상호플로우는 항상 허구이며 부적당한 교환관계(insufficient quid pro quo)가 존재한다.⁶²⁾ 이에 따라 중국은 주요 자본수입국으로서 선진국보다 경제, 기술, 법무실천 등 분야에서 약한 지위에 있어 과도적으로 경제주권을 양도하는 결과로는 국가의 발전에 불리한 영향을 받을 것이다. 그러므로 투자조약을 체결하는 과정에서 주로 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」과 「천연자원에 대한 영구주권선언」에서 명시된 호혜평등의 원칙에 의하여 양자의 경제실력, 외국인투자 규모, 해외투자 규모, 외국인투자보호에 관한 국내법, 정치위험 등의 요소를 고려하여 투자조약을 체결한다.⁶³⁾ 그래서 외국인투

60) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008, p.489; 憲裁決 1998.3.26. 93 헌바 12, 판례집 10-1, 226, p.249.

61) 「한국·멕시코 투자보장협정」 제5조 2항.

62) M. Sornarajah, op. cit. p.207.

63) 陳安, 「國際經濟法獨言」(上卷), 北京大學出版社, 2005, pp.176-177.

자 자산수용에 대하여 BIT에서는 충분한 보상기준을 명문으로 인정한 적이 없었다. 한편으로는 중국의 국내법에서도 수용보상에 원칙적 규정이 없으며 외국인투자기업의 수용자산에 '상응한 보상'(相應補償) 기준은 설정되어 있다.⁶⁴⁾ 그러나 중국의 대부분 BIT에서 충분한 보상기준은 실제적 규정으로 명시되지 않았으나, 수용보상에 관한 절차적 규정의 측면에서 보면 신속·적절·유효한 보상과 유사한 것으로 보인다.

나. 간접수용

간접수용은 한·중 BIT상의 법적 문제뿐만 아니라 국제투자법상에도 많은 논의가 존재하고 있으므로 양국의 BIT에서는 간접수용의 존재성만 인정하고 그 구체적인 형태 특히 판단법리와 요건이 규정되지 않거나, 또는 규정되더라도 명백한 한계가 정리지 못하고 있어 중재재판부의 자유재량에 맡기고 있다. 따라서 한·중 BIT는 이 현안을 철저히 해결하는 대신에 잠시의 타협으로 대응하고 있다.

이와 관련하여 한국은 2007년 타결된 한·미 FTA가 다른 BIT 또는 FTA보다 간접수용에 대한 정의와 판단법리를 상세히 도입하였다. 한·미 FTA 부속서 11-나(수용) 제3항에서는 간접수용에 대하여 "당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 물수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우이다"고 정의하고 있다. 당사국의 행위가 간접수용에 해당하는 여부에 관한 판단법리는 정부행위의 경제적 영향, 정부행위가 투자에 근거한 분명한 합리적인 기대를 침해하는 정도, 정부행위의 성격 등을 포함하여 투자에 관한 모든 관련요소를 고려하여 '사안별' 및 '사실에 기초한 조사'를 통하여 결정한다고 원칙적으로 규정하고 있다. 한편 예외적으로 간접수용이 될 수 있는 상황을 제외하고, 협정에서는 일공증보전·안전·환경·조세조치·부동산 가격안정화 등과 공공복지목적을 위한 당사국의 비차별적인 규제행위는 간접수용으로 볼 수 없다고 제한하고 있다.⁶⁵⁾

중국도 2006년 「중국·인도 BIT」에서는 '간접수용'을 정의하고 간접수용에 대한 판단법리와 적용범위를 상세히 해석한 것이 주의할 만하다.⁶⁶⁾ 이는 미국의 BIT에서 간접수

64) 「中華人民共和國外資企業法」 제5조.

65) 법무부, 「한미FTA투자분야연구」, 2008, pp.112-128.

66) 동 협정의정서 제3조에서 "협정 제5조 수용의 해석에 대하여 계약쌍방은 다음과 같이 공동한 인식이 확인된다. 1. 정식적인 소유권이전 또는 직접물수의 형식으로 행해진 직접 수용 또는 국유화를 제외하며, 수용조치는 일방 계약당사국이 투자자의 투자를 실질상의 수익이 없고 또는 이익이 취득될 수 없는 것으로 만들어(whereby the investment of an investor may be rendered substantially unproductive and incapable of yielding a return). 정식적인 소유권이전 또는 직접적 물수의 경우를 제외하며, 고의

용에 대한 규정으로부터 변형된 것이다. 두 협정에서 기본적인 내용이 유사하나, 중국·인도 BIT에서 간접수용에 대한 해석은 더 구체화되며, 간접수용의 판정범위는 비교적 협소하고 판정요건은 심증하게 설치되고 있다. 즉 투자자의 투자가 실질상의 수익이 없고 또는 이익이 취득될 수 없게 되어야 하며 정식적인 소유권이전 또는 직접적 물수의 경우가 제외되어 있다. 또한 수용조치는 당사국이 '고의적으로'(intentionally) 수용조치를 취하는 입증이 요구된다. 간접수용이 판단될 때에는 차별의 존재 여부 및 그의 정도를 요건으로 열거하게 되어 이를 미국의 BIT모델에서는 언급되지 않았다. 또한 간접수용의 범위에 대해서는 중국·인도 BIT에서도 '사법기관의 보편적인 적용 효력을 가지는 재판에 근거한'이라는 문구를 통하여 간접수용의 범위를 한정하여 수용국의 국내법 또는 행정정책에 여지를 남겨있다.

2. 한·중 FTA에서의 수용규정에 대한 적절한 모델 개발 및 발전 방향

한·중 BIT상의 규정이 현재 상황하의 양국의 계약목적을 기본적으로 반영하고 있다. 중국은 한국의 최대의 해외투자국가로서 한국의 투자자본을 유인하기 위한 점과, 한국은 이익최대화를 위한 점으로부터 보면 외국인투자자에 대한 완비한 보호는 양국에 유리하다고 할 수 있다. 외국인투자자에 대한 주요 리스크의 하나로서 양국간의 투자조약에서 수용조항이 어떻게 규정되는지 중요하다. 앞에서 살펴본 바와 같이 보상과 간접수용은 한·중 FTA의 체결시 투자분야 수용규정상의 주요 쟁점이 될 것이다.

중국은 미국 등 주요 자본수출국들이 주장하는 헬 보상기준을 반대해 왔으며 2007년 한·중 개정투자보장협정에서도 구체적인 보상기준을 규정하지 않았다. 그러나 한·중 개정투자보장협정에서 '공정한 시장가치'를 기준으로 보상액의 결정방법이 규정되어 한국의 기본요구에 만족하게 된다. 또한 ICSID에서 공정한 시장가치에 대한 판정태도는 한국이 요구하는 완전보상과 일치되고 있다.

적으로 취하는 하나 또는 일련의 조치를 포함한다. 2. 특정한 경우에는 일방계약당사국의 하나 또는 일련의 조치가 상기된 1항에서 가리키는 조치에 구성되는 여부를 확정할 때, 사실에 기초에 사안별로 심사를 필요로 하며, 또한 다음과 같이 모든 요소를 고려한다. ① 이 조치 또는 일련의 조치가 경제적 영향. 그러나 당사국의 조치 또는 일련의 조치가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다. ② 이 조치의 범위 또는 적용에는 어느 특정 일방 또는 투자자 또는 투자기업에 대한 차별적인 정도. ③ 이 조치 또는 일련의 조치가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 예상을 간섭(interfere)하는 정도. ④ 이 조치 또는 일련의 조치의 목적(intent) 및 성격(character), 선의의 공공이익을 목표로 취하는 여부 및 당해 조치와 수용의 목적 간에 합리적인 관계(nexus)가 존재하는 여부. 3. 별개의 경우를 제외하며, 일방 당사국은 공공이익의 보호를 목적으로 또는 비차별적인, 예컨대 사법기관의 보편적인 적용효력을 가지는 재판에 근거하여 취한 조치를 포함한 규제조치가 간접적 수용 또는 국유화를 구성하지 아니한다."고 규정하고 있다.

한·중 FTA 체결시 한국의 입장으로 보면 실제적 보상기준 즉 충분한 보상기준을 명문화하는 것은 미래 발생가능한 투자분쟁에서 투자자에 유리한 점이 있다. 즉 국제 중재판정부가 직접적으로 협정의 규정을 근거할 가능성을 제공되는 것이다. 반대로 중국은 협정에서 충분한 보상기준을 긍정하면 외국인투자자에게 자국 국민보다 높은 보상기준으로의 '초국민대우'를 부여하는 영향이 초래될 것이다. 그래서 필자가 AIG사건 중재재판부에서 주장된 문구상의 논쟁을 방지하고 실무적인 해결방법을 추구하는 견해에 찬성한다. 한·중 FTA에서 보상가치의 평가원칙을 정하여 놓고 '공정한 시장가치'에 대한 장부가치, DCF, 청산가치 등의 구체적인 평가방법을 열거하여 계속가치기업에 대한 정의와 판단요건을 규정하게 되면 계약국의 진정한 계약목적을 드러낼 수 있다. 그러므로 중재판정부의 자유재량의 범위를 축소하고 장래 발생가능한 분쟁에서의 당사자간의 논의를 차단하거나 최소화할 수 있는 효과를 누릴 수 있다.

간접수용에 대해서는 한·중 FTA은 2007년 한·중 개정투자보장협정에서 규정된 제도를 바탕으로 한·미 FTA 또는 중·인 BIT에서의 관련 규정을 참고하여 양국의 구체적 상황에 따라 간접수용에 관한 정의와 판단기준을 한 걸음 더 보완하면 타당하다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 간접수용의 정의와 판단기준이 제정될 때 양국은 협상을 통하여 간접수용의 판단기준을 높게 설치할 수 있다. 따라서 간접수용 판단시 공공이익, 비차별적, 조치의 성격, 조치의 故意性 등의 목적적 고려요소는 강조될 수 있으므로 수용효과와 수용목적 간에 이익의 형평점이 접근될 수 있다. 둘째, 국가공공관리의 주권양도의 범위최소화를 위하여 협정에서는 공공복리목적에 정부조치에 대한 간접수용을 배제하는 예외는 국가안전, 환경, 공중보건, 부동산가격안정화뿐만 아니라 국가의 비차별적 조세조치, 도시계획, 취직정책, 등의 민감한 분야를 간접수용의 범위로부터 배제한다고 명시될 수 있다. 셋째, 협정에서 간접수용의 판단요소와 배제범위를 명문화함으로써 분쟁발생시 중재판정부의 자유재량을 제한할 수 있다. 즉 중재판정부의 재판이나 해석을 계약국이 받아들일 수 있는 범위 내에서 한정하게 된다. 넷째, 1998년 중국은 바베이도스와 체결된 BIT에서 처음에 투자자와 당사국간의 투자분쟁을 ICSID의 관할권에 귀속시킨 후에⁶⁷⁾ 간접수용의 문제를 직면하고 있다. 현재 국제중재의 간접수용에 대한 판정들이 확정되지 않고 있으며 투자자의 이익에 대한 보호가 강조되고 있는 상황이다. 따라서 중국뿐만 아니라 한국은 미래의 패소리스

67) 투자분쟁관할권에 대해서 중국은 1993년 2월 6일 워싱턴조약 체결시 워싱턴조약 제24조 4항에 의하여 중국정부가 수용 또는 국유화로 인한 투자자산 보상액의 산정문제에 관해서만 ICSID에게 관할권을 양도하는 다른 투자분쟁에 대하여서 사안별로 정부재량이 요구된다.(*World Arbitration & Mediation Report*(Vol. 4, No. 2), Juris Publishing, 1993.2, p.32.) 그러나 1998년 중국·바베이도스 BIT 체결된 후에 중국은 투자자와 국가간의 전부 투자분쟁에 ICSID의 관할권을 인정하게 되었다.

크와 이로 인한 거래비용의 지급을 피하기 위하여 협정에서 명시적인 규정을 마련할 필요가 있다. 다섯째, 중국이 점점 자본수출국으로 변환되는 점에는 한·중 FTA에서 간접수용에 대한 규정을 명확히 하기가 해외투자의 발전에 보호적 역할을 할 수 있다.

IV. 결론

수용의 특수한 성격과 복잡한 사실에 있어 국제투자법상 수용에 관한 논의가 많이 나타나 왔다. 현재 수용은 국가의 합법적 주권권리로 국제관습법에서 확립된 것이 통설이다. 그러나 국제조약실천과 사례에서는 자본수출국과 자본수입국 또는 선진국과 개발도상국간 대립주장이 일치하지 않고 있다. 이 중에 수용에 관한 보상기준, 간접수용의 판단기준, 보상액산정의 가치평가기준 등의 문제가 주로 되고 있다. 근년의 양자간·지역간 국제투자조약 또는 FTA의 실천에서 보면 자본수출국의 주장에 기우는 추세가 보인다. 자본수입국은 BIT 또는 FTA에서 투자자에 대하여 높은 보호기준을 부여하고 투자분쟁에 대한 국제중재의 관할권을 동의하였다.

그러나 특히 2002년 이후 투자분쟁이 급증되고 있어 투자조약상 조항의 복잡성, 투자조약 이행에 있어 규제의 어려움, 투자자에 대한 거래손실보상판정 등 급박한 문제점을 계약국들이 직면하고 있는 것이다.⁶⁸⁾ 이와 관련한 법적 문제는 주로 투자자의 이익 및 국가의 공공이익 간의 형평으로 요약할 수 있다. 국제중재의 실천에서 이 문제에 대하여 국제법 또는 국내법에 의하여 판정하고 있다. 그러나 사실의 복잡성과 국제법·국내법의 모호성이므로 대부분의 중재판정은 투자자에 대한 보호를 중시하고 있다. 따라서 국가의 공공관리조치의 제정과 이행에 제한의 영향을 미치고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 BIT·FTA의 조문에서 특정한 예외와 규제대상을 설정함으로써 계약당사국의 진정한 의지를 나타내야 한다고 생각한다.

따라서 한·중 FTA 체결시 수용규정은 2007년 한·중 개정BIT에서의 규정을 기초로 보상가치평가기준과 간접수용에 대하여 재검토하여 투자자보호의 효과를 가지면서 국가의 공공이익을 위한 조치에 방해하지 않도록 설정되는 필요가 있다.

68) 법무부, 전제서, p.12.

참고문헌

- 이한기, 「국제법강의」, 박영사, 2006.
- 서헌재, 「국제거래법」, 법문사, 2006.
- 최승환, 「국제경제법」, 법영사, 1998.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008.
- 문준조, 「우리나라의 FTA 체결을 위한 체계적 연구」, 한국법제연구원, 2005.
- 홍성화, “국유화와 국제법”, 「법경논의」(No.8), 건국대학교, 1973.
- 법무부, 「한미FTA투자분야연구」, 법무부, 2008.
- 姚梅鎮, 「國際投資法」, 武漢大學出版社, 1989.
- 陳安編, 「國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐」, 復旦大學出版社, 2007.
- 陳安編, 「國際投資爭端仲裁——解決投資爭端國際中心”機制研究」, 復旦大學出版社, 2001.
- 陳安, 「國際經濟法芻言」(上卷), 北京大學出版社, 2005.
- 余勁松, “論國際投資法中國有化補償的根據”, 「中國社會科學」(No.2), 1986.
- 李萍, 「NAFTA國際投資法律問題研究」, 博士學位論文, 中國政法大學, 2003.
- 徐崇利, “間接征收之界分: 東道國對外資管理的限度”, 「福建法學」(總第94期), 2008.
- 李韋然, “美國判例法中的管制性征收及其認定標準的演變”, 「國際經濟法學刊」(第15卷 第2期), 北京大學出版社, 2008.
- M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment(second edition)*, Cambridge University Press, 2004.
- Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008.
- Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Ignaz Seidl Hohenfeldern, *International Economic Law(2nd revised edition)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- G. C. Christie, “What constitutes a taking of property under international law?”, *The British Yearbook of International Law*(38), 1962.
- Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1986.
- Rudolf Dolzer, “Indirect Expropriation: New Developments?”, *Environmental Law*

- Journal*(Vol.11), New York University, 2002.
- Katia Yannaca-Small, "'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment law", OECD Working Papers on International Investment, 2004.
- Jan Paulsson, "Indirect expropriation: is the right to regulate at risk?", OECD symposium, 2005.12.
- World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*(Vol. II: *Guidelines*), 1992.
- World Arbitration & Mediation Report*(Vol. 4, No. 2), Juris Publishing, 1993.2.
- ICSID Reports*(Vol. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12), Cambridge University Press.

[Abstract]

A Study on Expropriation Clause in Korea-China FTA

TIAN KE

Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Jeju National Univ.

It has been shown that the protection to investment activities or investors has been reinforced by BIT and FTA which are for the sake of investment revitalization. According to these international investment treaties, as the jurisdiction of international arbitration headed by ICSID is given to investor-state investment dispute, international investment dispute cases are increasing rapidly in recent years. In these international arbitration practices, the juridical judgment and interpretation made by arbitration tribunals have been submitted to problems as compensation standard, indirect expropriation and valuation of expropriation assets, which are being held in many arguments of international investment law. However It was seen that each tribunal's judgment based on investment treaties has discretion space and most tribunals attach importance to investor's interests than public interests of the host state because provisions of them are vague and indefinite. Therefor the host states always lose lawsuits in arbitration practices and also assume large amount compensation, reparation and the costs of the lawsuit. This will has a detrimental influence to the host state especially developing countries on the establishment and execution of economy development policies or public administration managements.

While the economy interchange is active between Korea and China, the foundation of free trade area between Korea and China is conceived. In this study we will offer the proposal about by what means the expropriation provisions in the Korea and China FTA's investment field should be set up.

Key words : Korea and China FTA, BIT, expropriation, compensation standard

