

투자

투자챕터 적용범위 (제11.1조)

- ▣ 본 챕터는 발효 이전에 발생한 행위 또는 사실이나, 발효 이전에 종료되는 상황에 대해서는 적용되지 않음(소급효 배제).
- ▣ 중앙, 지역, 지방정부 및 그러한 정부로부터 위임을 받은 비정부 기관에 적용

내국민대우(National Treatment, NT) (제11.3조)

- ▣ 외국투자자에 대해 동종 상황(like circumstances)하에서 내국민과 동등한 대우를 부여할 의무를 말하며, 사실상(de facto)의 차별도 금지
- ▣ 연방제를 취하고 있는 미국은 FTA 체결에 있어 내국민대우로서 내주민대우(in-state treatment) 또는 타주민대우(out-of-state treatment)를 제공하고 있는데, 한·미 FTA에서는 내주민대우를 제공하는 것으로 합의

※ 내주민대우는 특정주(A주)내에서 FTA 체결상대국 투자자에게 A주 주민과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미하며, 타주민대우는 특정주(A주)내에서 FTA 체결상대국 투자자에게 A주 주민과 동등한 대우는 아니나, 다른주(B주) 주민에게 제공하는 것과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미하는 것으로서 내주민대우가 타주민대우보다 더 우월한 대우

- 미국은 대부분의 FTA(미·칠레, 미·싱가포르 FTA 등)에서는 내주민대우를 인정하나, 일부 협정(미·오만 FTA)에서는 타주민대우만 인정

최혜국대우(Most-Favored-Nation Treatment, MFN) (제11.4조)

- 최혜국대우는 동종 상황(like circumstances)하에서 다른 협정에서 이 협정 보다 유리한 혜택을 부여하는 경우 이 협정의 당사국에게 자동적으로 그러한 추가적 혜택이 부여된다는 것을 의미
- 한·미 FTA에서 양국은 한·미 FTA 발효 이후 서명되는 협정에 대해 MFN 대우를 부여하기로 합의
- 단, 일부 분야는 미래에 체결하는 협정에 의한 MFN 대우도 제외
 - 우리측은 1) 항공, 2) 수산, 3) 해운, 4) 위성방송, 5) 철도, 6) 시청각 공동제작협정 등에 대한 MFN 대우를 배제
 - 미측은 1) 항공, 2) 수산, 3) 해운, 4) 위성방송에 대한 MFN 대우를 배제
 - ※ 상기와 같이 일부 분야에 대해 MFN 대우를 배제함과 동시에 이런 분야가 아닌 분야에서도 MFN 대우가 배제되는 특정 조치에 대해서는 개별적으로 유보에 명시

최소기준대우 (Minimum Standard of Treatment) (제11.5조)

- 외국인 투자에 대하여 국제관습법(customary international law)상 인정되는 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호와 안전을 보장하는 것으로서 일반적으로 적법절차(due process of law)의 원칙과 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 의미

수용 및 보상 (Expropriation and Compensation) (제11.6조)

- ▣ 정부는 1) 공공목적을 위해 2) 비차별적인 방법으로 3) 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 4) 적법절차와 협정상 최소대우기준에 따라서 투자자의 재산을 수용 및 국유화할 수 있으나,
- 보상은 지체없이 지불하되, 수용 직전의 공정한 시장가격 (fair market value)과 동등한 수준으로 보상할 것을 규정
- ▣ 또한 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이도 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 직접수용과 동등한 정도로(equivalent) 재산권을 침해하는 간접수용에 대해서도 정당한 보상을 제공할 것을 규정
- “간접수용”이란 직접수용처럼 정부가 외국인 투자자의 재산권을 박탈, 국유화하는 것은 아니나, 특정 정부 조치로 인하여 투자자가 사실상 영업을 할 수 없게 되어 투자의 가치가 직접 수용과 동등한 정도로 박탈되는 경우를 의미
- 간접수용에 대한 보상은 한·EU FTA를 제외한 우리가 체결한 모든 FTA 및 대부분의 투자보장협정을 포함한 전세계 투자 협정에 일반적으로 포함
 - ※ 한·EU FTA의 경우, EU집행위원회가 투자 보호 사항에 대한 협상 권한이 없어 간접수용 등 투자 보호 장치가 포함되지 않았음(EU 국가와는 개별적인 양자 투자보장 협정 체결).

참고: 간접 수용 사례

- NAFTA 투자분쟁 사례 중 중재판정부에 의하여 간접 수용으로 판정된 사례는 Metalclad 사건이 유일
- 동 사건에서 멕시코 정부는 멕시코 지방에 소재한 쓰레기 매립장을 인수하고자 하는 미국 투자자에게 쓰레기 매립장 영업에 필요한

모든 인가가 발급될 것이라고 보장하였으나, 미국 투자자의 동 매립장 인수 및 처리시설 공사 후, 시정부가 허가 발급을 거부하고 주정부가 해당지역을 생태보호구역으로 지정하여 사업을 할 수 없게 됨.

- 미국 투자는 여전히 동 쓰레기 매립장의 법적 소유권을 갖고 있으나 멕시코 정부의 조치로 동 매립장의 투자 가치가 전면적으로 박탈되었으며 멕시코 정부가 유효한 보상을 제공하지 않아 중재판정부는 이를 간접 수용으로 판정

※ 간접수용의 판정 법리 및 예외적 상황 등에 대해서는 수용부속서에서 규정 (상세 내용은 아래 수용부속서 내용 참조)

송금(Transfer) 보장 [제11.7조]

- ▣ 출자금, 이윤, 자본이득, 배당, 이자, 로열티 등을 자유롭게, 그리고 지체없이 송금할 수 있도록 허용할 것을 규정
- 다음 사항에 대해서는 예외 인정
 - ① 파산, 지급불능 또는 채권자의 권리 보호, ② 유가증권·선물·옵션 또는 파생상품의 발행, 거래 및 취급, ③ 법 집행이나 금융규제당국을 지원하기 위해 필요한 때, ④ 형사범죄, ⑤ 사법 또는 행정절차에서의 명령이나 판결의 준수를 보장
- ▣ 송금보장 조항의 예외로서 외환위기 시 자본거래 통제 등 단기 세이프가드 조치를 인정하고, 이를 송금부속서에 규정

이행요건(Performance Requirements, PR) 부과금지 [제11.8조]

- ▣ 외국인투자자의 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업, 운영,

매각, 처분 등에 관하여 아래 특정 이행의무의 부과를 금지

- 일정 수준 또는 일정 비율의 상품 또는 서비스수출 및 국내 재료 사용 달성, 국내상품 사용, 수출과 수입간의 연계, 수출과 판매간의 연계, 기술이전, 특정지역으로의 독점공급 등 7가지
- 단, 일정 수준의 수출 의무와 기술이전 의무는 인센티브를 부과하는 경우에는 부과 가능
- 그 외 일정 비율 내국인 고용, 장애인 의무고용, 연구개발 수행 등 다른 이행요건은 모두 부과 가능
- 또한 상기 금지된 이행요건도 ① 환경보호, 보건, 안전 등 공공 정책적 목적의 경우, 또는 ② 유보(부속서)에 기재한 경우 부과 가능

고위경영진 및 이사회(Senior Management and Boards of Directors, SMBD) 국적제한 금지 요건 (제11.9조)

- 외국투자기업의 고위경영진 임명에 국적요건을 부과하는 것을 금지
- 외국투자기업의 이사회 또는 동 이사회 산하 위원회 구성원의 과반수에 대한 국적요건은 부과 가능
- 단, 그러한 요건이 외국인 투자자의 해당투자 기업에 대한 영향력 행사를 실질적으로 침해(materially impair the ability) 해서는 안됨.

챕터상 예외

■ 투자와 환경(Investment and Environment) (제11.10조)

- 챕터에 합치하는 범위 내에서 당사국은 투자활동이 환경에 대해 민감성을 고려하면서 사업이 수행될 수 있도록 하기 위한 어떠한 조치도 취할 수 있음을 규정

■ 혜택의 부인(Denial of Benefits) (제11.11조)

- ① 협정당사국과 정상적 경제관계(normal economic relations)를 유지하지 않고 있는 제3국인이 소유하는 타당사국 기업, 또는
- ② 제3국인이 소유하고 타당사국 내에서 실질적으로 영업하지 않는 타당사국 기업(이른바 paper company)에게는 협정상 혜택을 부인하는 것이 가능함을 규정

■ 비합치조치(Non-Conforming Measures) (제11.12조)

- 특정조치에 대해서는 협정상 특정 의무에 대한 예외를 아래와 같이 규정

- ① 내국민대우(NT), ② 최혜국대우(MFN), ③ 이행요건(PR), ④ 고위경영진 및 이사회(SMBD) 등에 대해 합치되지 않는 조치를 협정 부속서 유보목록(부속서 I)에 기재하는 경우에는 협정의 의무가 면제됨.

※ 서비스 · 투자 분야 유보목록은 공통으로 작성, 서비스 chapter의 부속 서로 포함(투자분야 주요 유보내용은 서비스 챕터 설명자료 참조)

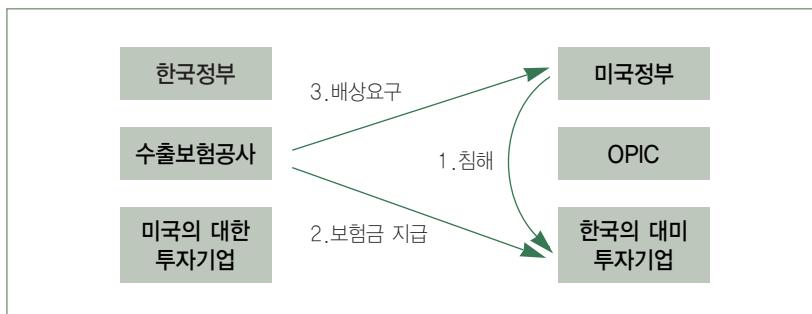
- 또한 정부조달과 보조금 또는 무상교부에는 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영진 및 이사회 관련 의무가 적용되지 않음.

■ 대위변제(Subrogation) (제11.14조)

- 국가기관의 해외투자보험에 가입한 투자자가 상대국의 협정

위반 조치로 인해 재산상 손실을 입은 경우에 동 국가기관이 투자자에게 보험금을 지급한 후 상대국정부를 상대로 보상을 요구할 수 있는 권리를 명시

※ 국가기관: 한국은 수출보험공사(현, 한국무역보험공사), 미국은 해외투자보험공사(OPIC)



투자자-국가간 분쟁해결절차 (ISD)

▣ 투자자-국가간 분쟁해결절차 개요

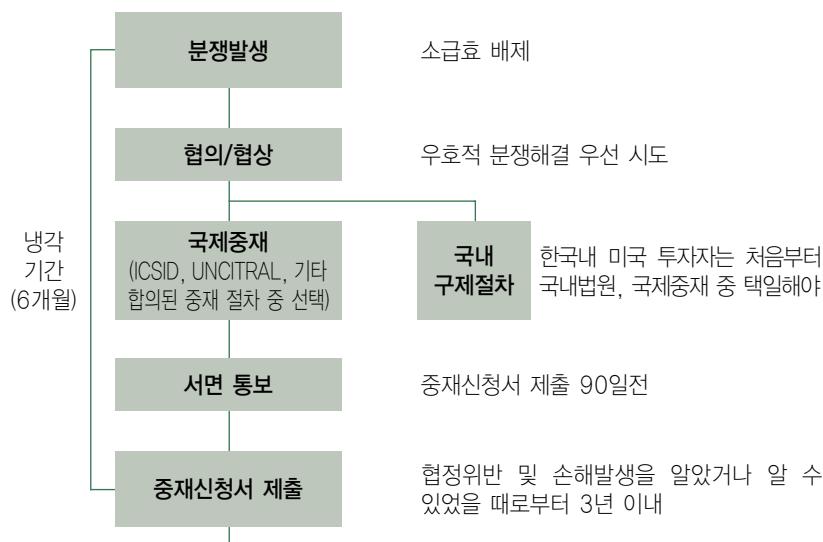
- 투자자-국가간 분쟁해결절차는 투자유치국 정부가 협정 제11장 Section A(투자)상의 의무, 투자계약 또는 투자인가를 위배하여 투자자에게 손실이 발생하는 경우, 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국제중재를 요청할 수 있도록 규정
- 국제중재는 3인으로 구성된 중재판정부(Tribunal)에서 심리
 - 투자자와 정부가 각각 1인을 지명, 의장중재인을 선임하되, 중재 제기후 75일 이내에 중재판정부가 구성되지 않는 경우 ICSID 사무총장은 당사자간에 합의하지 않은 한 제3국 국적을 가진자를 의장중재인으로 선임
 - 중재절차는 하기 절차 중 하나를 원용

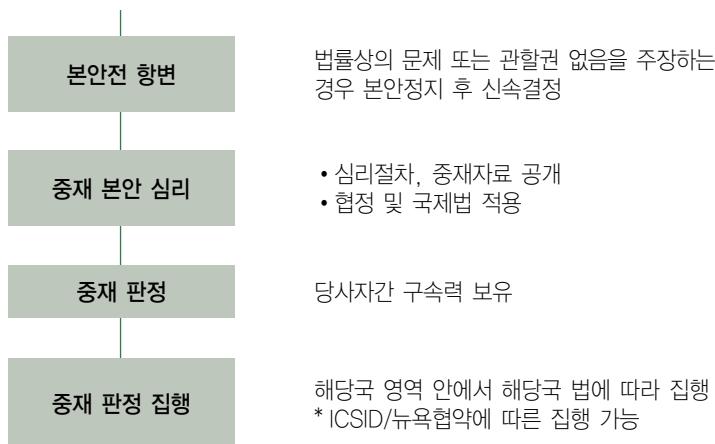
- ICSID(International Center for the Settlement of Investment Disputes, 국제투자분쟁해결센터): World Bank 산하 기구로서 회원국에게 투자자-국가간 분쟁절차를 제공
- UNCITRAL(United Nations Commission on International Trade Law, 유엔국제무역법위원회): 국제무역법 제정을 위한 UN 산하 전문위원회로서 국제중재절차 및 규칙을 규정
- 기타 합의할 수 있는 중재절차: ICC(International Chamber of Commerce, 국제상업회의소) 등 제3의 절차에 양자가 합의하는 경우

■ 국제중재판정의 효력

- 중재판정은 단심제로서 확정력을 가짐(binding and final).
- 중재판정은 금전적 손해와 적용가능한 이윤 및 재산권의 복구만으로 한정되며, 당사국의 해당 조치를 취소하도록 할 수 없음.
- 징벌적 손해배상(punitive damages) 명령은 불가

■ [ISD 절차 개요]





■ 투자자-국가간 분쟁해결절차 적용 범위

- ISD 대상으로서 협정상 의무 위반 외에 투자계약 및 투자인가 위반 사항을 포함(제11.16조)
 - 투자계약은 중앙정부와의 계약에 한정(지방정부 및 국영기업체는 제외)
 - 투자인가 관련 '양측이 투자인가기관을 갖고 있지 않음을 확인'하는 각주를 추가(각주17)

■ 제소의 주체

- ① 외국인투자자가 자신의 손실에 대하여 직접 중재 청구 또는
- ② 투자기업을 소유, 통제하는 외국인투자자가 기업을 대리하여 중재 청구할 수 있도록 규정 (제11.16조제1항)

- 중재의 병합 : 동일한 사안으로 다수 투자자가 각각 별개의 ISD를 청구한 경우, 정부는 그러한 중재사건들을 병합하도록 신청할 수 있어 정부가 동일한 사건에 대하여 여러 중재판정에서

대응하는 사태를 방지할 수 있는 장치를 마련 (제11.25조)

■ 중재절차의 투명성

- 중재심리 및 제출 서류를 모두 일반에게 공개 (제11.21조)
 - 단 비밀정보는 관련 절차에 따라 보호되도록 규정
- 중재재판부는 분쟁 당사자와 협의후 시민단체 등 제3자 (amicus curiae) 의견제출 허용 가능 (제11.20조제5항)
- 또한 영어와 한국어를 심리, 중재제기, 결정, 판정 등 모든 중재절차에서 공식언어로 사용 (제11.20조제3항)

■ 국제중재와 국내제소 절차와의 관계 (제11.18조)

- 투자자는 중재 청구를 제기하기 위해서는 상대국 법원에서 절차를 개시·계속하지 않겠다는 서면포기서를 제출해야 함.
- 단, 미국인투자자는 협정상 의무 위반의 경우, 한국정부를 상대로 한국법원 또는 국제중재절차 제소 중 하나를 선택한 후에는 다른 절차 제소 불가능(부속서 11-마)
- 한국인투자자는 미국정부를 상대로 국제중재절차 개시 후에는 미국법원 제소가 불가능하나, 미국법원 제소 후에는 동 미국 국내법원 재판 절차를 중지하는 경우, 국제중재절차 개시 가능

■ 준거법 (제11.22조)

- 협정상 의무위반 사안에 관한 국제중재절차 : 본 FTA 협정과 적용가능한 국제법규칙
- 투자계약 또는 투자인가 위반사안에 관한 국제중재절차 : 해당 투자계약 또는 투자인가에 규정된 법, 또는 분쟁당사자간 합의된 법

- 이러한 법이 규정되어 있지 않거나, 합의되지 않았을 경우에는 국내법과 적용가능한 국제법 규칙

정의 (제11.28조)

▣ 투자

- 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하며, 자본 또는 기타 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수와 같은 투자의 성격을 가진 아래 자산을 의미

① 기업

② 주식, 증권, 기타 지분참여 형태

③ 채권, 회사채, 또는 기타 채무증서, 대부

④ 선물, 옵션, 그리고 기타 파생금융상품

⑤ 완성품인도, 건설, 경영, 생산, 양허, 수익배분 및 이와 유사한 계약

⑥ 지적재산권

⑦ 면허, 인가, 허가 및 국내법에 따라 부여된 유사한 권리

⑧ 기타 유형 또는 무형의 재산, 동산 또는 부동산, 그리고 리스, 저당권, 유치권, 질권 등 관련 재산권

※ 시장점유율, 시장접근, 기대이익, 이윤창출 기회는 그 자체로서 투자가 아님을 명시하는 각주 추가(각주13)

- 본 협정의 목적상 투자성격을 가지는 대부분이 아니라면, 순수하게 상업적 판매로 발생한 대금청구권은 투자가 아님을 규정

■ 투자자

- 일방의 국가, 공기업, 국민 또는 기업이 상대방 국가의 영토 내에서 투자하고자 시도하거나, 투자 중이거나, 이미 투자한 경우를 의미
 - 이중국적자인 자연인은 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 간주

■ 투자계약

- 중앙정부와 투자자간 서면계약으로서 투자자가 그 계약에 의존하여 투자설립 또는 인수를 한 경우를 말하며, ① 천연 자원의 채굴, 판매 ② 전력, 수도, 통신 등의 공공서비스 공급, ③ 교량, 댐 등 인프라사업과 관련된 것으로 한정

■ 투자인가

- 외국인투자당국이 투자자에게 부여한 인가권을 의미하나, 한·미 양국 정부는 양국에 이러한 인가제도가 없음을 확인하는 각주 추가(각주17)

부속서

■ 수용부속서 (부속서11-나)

- 직접수용 및 간접수용의 정의와 간접수용의 판단법리를 규정
 - ※ NAFTA 체결 후, 간접수용 조항을 원용한 사건이 다수 제소됨에 따라 미국은 2004년에 BIT 모델문안에서 '간접수용'의 범위와 판단법리를 명확히 하고 공공복지 목적의 조치는 원칙적으로 '간접수용'에 해당하지 않는다는 내용의 '수용부속서'를 채택한 아래 모든 FTA 및 투자협정에 이를 포함시켜 왔음.

참고: 미국 수용부속서 주요 내용

- 간접수용의 정의를 소유권 이전이나 명백한 재산권 몰수가 없더라도 이와 동등한 효력을 갖는 국가조치라고 규정
 - 간접수용 해당 여부의 판단은 ① 정부행위의 경제적 영향, ② 정부 행위가 명백하고 합리적인 투자자 기대이익을 침해하는 정도, ③ 정부행위의 성격 등을 고려하여 사안별로 결정
 - 보건·안전·환경 등 공공복지 목적의 비차별적 조치는 “드문 상황이 아닌 한(except in rare circumstances)” 간접수용을 구성하지 않음을 명시
- 한·미 FTA 투자협정은 간접수용의 인정범위가 더욱 제한될 수 있도록, 동 수용부속서상 간접수용 판단법리를 추가적으로 명확히 하고 정당한 공공복지정책 목적의 예시에 부동산 가격안정화정책을 포함.
 - ※ 한·미 FTA 수용부속서 주요 내용
 - 원칙적으로 ‘간접수용’을 구성하지 않는 공공복리 목적의 조치의 예로 ‘부동산가격안정화정책’을 추가
 - 공공복리목적의 조치도 간접수용이 될 수 있는 “드문 상황”을 더욱 제한하여 “목적 또는 효과에 비추어 조치가 극히 심하거나 불균형적” 일 것을 예시로 추가
 - 간접수용 판단법리에 우리 대법원의 수용 법리상의 원칙인 “특별희생” 법리를 추가하여 “정부조치로 인하여 특정 투자자에게 공익을 위해 수인해야 할 범위를 초과하는 ‘특별한 희생’이 발생하였을 것”을 ‘정부조치의 성격’을 심리함에 있어 고려해야 할 요소로 규정

참고: 부동산가격안정화정책 외의 다른 부동산정책에 대한 간접수용 적용 가능성

- 우리 정부가 추진하고 있는 각종 부동산 정책들은 그 목적상 모두 부동산가격안정화 정책에 해당

- ※ 우리 정부의 부동산가격안정화 정책
 - 공급확대목적정책: 신도시계획, 공공택지지정, 분양가상한제, 원가 공개, 광역재정비사업 등
 - 투기억제정책: 재개발/재건축관련(재건축초과이익환수제, 소형주택 의무건설, 임대주택의무건설 등), 토지거래허가, 주택거래신고, 투기과열지구지정, 종부세합리화, 양도세강화, 개발부담금, 기반시설부담금 등
 - 금융정책: 주택담보대출, Loan to Value, Debt to Income 등
- 부동산가격안정화 정책 이외의 “용도 제한이나 지구 지정” 등도 정당한 복지목적을 위한 비차별적 규제정책이기 때문에 간접수용으로 간주될 가능성이 없음.
- ※ 그린벨트지정, 학교지역 내 유통업소허가 금지(학교환경위생정화구역) 등의 용도 제한이나 지구지정 조치는 부동산 정책이라기보다 시민 건강을 위한 녹지 보존 목적의 보건환경정책 또는 교육환경조성 목적의 정책

▣ 조세 부속서 (부속서11-마)

- 세금부과는 일반적으로 수용을 구성하지 않음
 - 특히 국제적으로 인정된 조세정책과 원칙에 부합된 조세조치와 비차별적 조세조치는 원칙적으로 수용에 해당하지 않음을 명시

▣ 송금부속서(단기세이프가드) (부속서11-사)

- 한·미 FTA에서는 국제수지악화 및 외환 위기 등의 심각한 대내외 여건 변화가 있을 시, 우리 정부가 외국환거래를 통제하는 단기 세이프가드 조치(예: 자본거래허가제)가 가능하도록 별도의 부속서에 규정
 - 동 단기 세이프가드는 협정상 의무에 배치되지 않음.
 - ※ 상세 내용은 금융서비스 분야 내용 참조

▣ 계약상 권리 부속서한

- 미국 모델 투자협정(BIT) 문안상 수용부속서는 재산권(property right)과 함께 재산이익(property interest)도 보호하도록 규정하고 있으나, 우리는 국내법상 재산이익이라는 개념이 없기 때문에 동 용어를 포함할 수 없다는 입장을 반영하여 양측은 동 재산이익을 삭제하는 대신, 계약상 권리가 보호된다는 부속서한 작성에 합의
- 동 계약상 권리는 한·미 FTA에 의하여 보호되는 투자의 개념을 확대하는 것은 아니며, 국내적으로도 이미 보호되고 있는 재산권에 해당
 - 한·미 FTA 투자의 정의에 투자로 인정될 수 있는 계약상 권리를 이미 포함
 - ※ turnkey(완성품인도), construction(건설), management(경영), production(생산), concession(양허), revenue-sharing(수익배분), and other similar contracts(그 밖의 유사한 계약)
 - 우리 현법재판소는 사법상 채권(right to claim)이 재산권으로 보호된다고 판시하여 우리 국내법상으로도 계약상 권리는 동 채권에 포함되는 것으로 해석