

한·호주 FTA 투자분야에 관한 쟁점 연구

-ISDS 적용범위와 그 예외를 중심으로-

Issue Study on KAFTA Investment Chapter

-Focus on ISDS scope and ISDS 'Safeguard'-

강 민 지*
Kang, Min-Ji

목 차

- | | |
|---------------------------------|------------------------------|
| I. 서 언 | IV. 한·호주 FTA ISDS의 배제 - ISDS |
| II. 한·호주 FTA에서의 ISDS의 도입 | '세이프가드' |
| III. 한·호주 FTA ISDS의 제기가능 범위와 대상 | V. 결 어 |

한국은 TPP에 가입의사를 보인 이후, TPP 회원국 중 FTA 미체결국과 FTA 협상을 서둘렀으며 그 결과 한·호주 및 한·캐나다 FTA 등이 맺어졌다. 한·호주 FTA는 2014년 12월 12일에 발효되었으나 한·호주 FTA 투자분야의 문안이 얼마나 잘 검토되었는지는 의문이 남는다.

한·호주 FTA는 한국의 바람대로 투자자-국가 중재제도(ISDS)를 포함하고 있으나, ISDS의 적용범위에서 예외를 설정하는 '세이프가드' 조항 역시 담고 있다.

한·호주 FTA의 ISDS 제기범위인 투자는 범위가 넓으며 중재제기사유인 의무 범위 또한 광범위하며 모호한 측면이 있다. 외국인 투자자의 문제제기 시 사전동의 조항에 따라 별도의 타국 정부의 동의 없이도 타국 정부는 국제중재의 피고가 될 수 있는바 ISDS의 예외를 잘 설정하는 것은 매우 중요하다.

호주는 자국의 외국인투자심사제도를 ISDS에서 원천적으로 배제할 수 있도록 하였으나 한국은 그러한 제도를 마련하고 있지 않아 형평하지 않으며, 공공정책의 적용배제 목록 또한 불충분하며, 적용 배제한 목록에 있어서도 최소기준대우나 간접수용 위반을 이유로 ISDS 제기가 가능하여 향후 문제가 될 소지가 있다.

투고일 : 2014. 12. 31. / 심사의뢰일 : 2015. 1. 23. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 연세대학교 일반대학원 법학과 석사과정

Graduate student, School of Law, Yonsei University

ISDS가 투자자를 보호하는 방패에서 국가정책을 위협하는 창으로 변모하는 변화의 흐름 속에서, 우리나라는 외국인 투자에 대한 적절한 보호를 하는 한편, 국가 정책의 충분한 자율권이 확보될 수 있도록 양자 간 균형을 맞춘 ISDS 세이프가드 규정을 마련하여 ISDS에 대처할 필요가 있다.

[주제어] 투자자-국가 중재제도(ISDS), ISD, 한·호주 FTA, 외국인 투자심사, TPP

I. 서 언

2014년 12월 2일 국회 본회의에서 한·호주자유무역협정(FTA, Free Trade Agreement) 비준 동의안이 한·캐나다 FTA와 함께 의결되었다. 한·호주 FTA는 2009년 5월 협상개시 이후 총 7차례의 공식 협상을 거쳐, 2013년 12월에 전격적으로 실질 타결되었으며, 2014년 4월에 서명되었고, 2014년 12월 3일 국회 본회의에서 비준이 통과됨에 따라, 정부는 국내절차 완료 통보 서한을 호주와 교환하여 2014년 12월 12일부터 한·호주 FTA를 발효기로 합의하였다.¹⁾

한·호주 FTA는 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership, 이하 TPP)²⁾의 가입을 희망하는 한국이 TPP로 나아가기 위한 발판을 마련하고자 TPP 가입국 중 한국과 FTA를 맺지 않은 국가들 중심으로 양자 FTA를 추진하는 과정에서 맺어진 FTA로, 한·호주 FTA의 개별조항이 제대로 점검이 되었는지에 대해서는 상당한 의문이 남는다. 특히 투자분야 규정은 전 세계적으로 통일된 규범이 마련되지 못하여 각각의 FTA나 투자보장협정(BIT, Bilateral Investment Treaty)은 각국의 상황과 입장에 따라 투자보호의 내용이나 구제방식이 상이한 부분이 있는바 이에 따라 각각 규정을 살펴 그 내용을

1) 산업통상자원부, 한·호주/한·캐나다 FTA 국회 비준 동의 완료(2014. 12. 4.일자 보도자료)

〈http://www.motie.go.kr/motie/ne/presse/press2/bbs/bbsView.do?bbs_seq_n=156780&bbs_cd_n=81〉, 최종검색일: 2014.12.5.

2) 아시아·태평양 지역 경제의 통합을 목적으로 출범한 다자 간 자유무역협정으로, 상품 거래, 원산지 규정, 무역 구제조치, 위생검역, 무역에 있어서의 기술 장벽, 서비스 무역, 지적재산권, 정부조달 및 경쟁정책 등 자유무역협정의 거의 모든 주요 사안을 다루며, 2015년까지 모든 무역 장벽을 철폐하는 수준 높은 FTA를 목표로 하고 있다. TPP협상은 비공개로 이루어지며, 2014. 12. 가입국은 미국, 일본, 캐나다, 뉴질랜드, 호주, 멕시코, 칠레, 페루, 브루나이, 베트남, 싱가포르, 말레이시아 12개국이다. (자료: 네이버 지식백과(두산백과) TPP 내용에서 참여국 업데이트),

〈<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1354168&cid=40942&categoryId=31865>〉, 최종검색일: 2014. 12. 3.

확인하는 “개별적인 접근”이 필요하다. 한·호주 FTA의 투자분야도 호주와 한국 간의 협상의 타협물이며 각국의 상황과 입장을 반영하여 맺어진 협정으로, 개별 규정을 살펴 그 내용을 확인해야 할 것이다. 그러나 한미 FTA 투자분야에 대해서 개별 조항에 대해 심도 깊은 분석과 사례연구가 이루어진 것에 반해, 한·호주 FTA 투자분야에 대해서는 별다른 분석이 이루어지지 않고 있다. 호주 상원의회는 한·호주 FTA의 ISDS 규정에 대해 위험성을 경고하고 ISDS 규정 축소·폐지 등을 권고하며 비준에 동의하였다. 이렇듯,³⁾ 한·호주 FTA 투자분야 재협상이 이루어질 가능성도 살필 필요⁴⁾가 있는 현실에서, 한·호주 FTA의 투자분야를 면밀히 검토하고 분석하는 작업은 반드시 이루어져야 하는 작업이라 생각된다. 본 논문에서는 한·호주 FTA ISDS를 중심으로 ISDS가 한·호주 FTA에 도입된 배경 및 한·호주 FTA의 ISDS의 적용범위와 적용 배제내용을 살펴, 한·호주 FTA 투자분야 관련 유의점을 검토해 보도록 하겠다.

II. 한·호주 FTA에서의 ISDS의 도입

1. ISDS에 대한 이해

ISDS란 투자유치국 정부의 조치로 투자자가 손실 시, 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국제중재기관에 배상을 청구할 수 있는 제도를 말한다. 전통국제법상 분쟁해결의 주체는 국가로 제한되어, 과거에는 외국으로 자본이 흘러가 자원개발이나 사회보장 시설 건설 등의 국제투자를 함에 있어 불공정한 수용과 같은 일이 발생한 경우 국가-국가 간 분쟁해결제도인 외교적 보호(diplomatic protection)만이 가능하였다. 그러나 투자자의 권익보호의 필요성이 증대됨에 따라 국제투자협정이 맺어지고 국제투자법이 발전됨에 따라 투자자가 국가를 상대로 직접 중재를 요청할 수 있게 됨에 따라 각국의 동의를

3) 2014. 10. 1, 호주의회(상원)는 협정 발효 뒤 한국 정부와 재협상을 해 투자자-국가소송제(ISD) 조항을 삭제하거나 축소할 것을 권고하며 한·호주 FTA를 비준 동의하였다. (자료: 2014. 10. 29. 일자 경향신문, “호주 의회 ‘한국과 ISD 재협상’”)

4) 그러나 이에 대해 산업통상자원부는 “호주는 우리나라와 같은 FTA 비준 동의 절차 없는 바, 호주의회(상원)에서 ISD 관련 내용이 권고사항 중 하나로 포함된 것은 맞으나, 상원 보고서는 법적 구속력이 없어 조건부 승인으로 볼 수 없으며, 호주 정부도 ISD 관련 재협의를 고려하고 있지 않다.”고 밝혔다. (자료: 산업통상자원부, “호주 의회 ‘한국과 ISD 재협상’”(2014. 10. 30. 일자 보도해명자료))

있을 경우 국가-투자자 간 국제중재를 통한 분쟁해결이 가능하게 되었다. ISDS는 주로 후진국의 횡포에 대한 선진국의 기업 국제투자의 보호방패로써 기능하여 왔었다.

그러나 최근에는 투자유치국의 공중보건, 사회평등 증진, 환경보호 등의 공익을 위한 정부조치에도 국제중재가 제기됨에 따라 이는 국제투자법의 새로운 문제로 대두되었다.⁵⁾ 독일의 원자력발전소 폐기정책에 대해 국제중재를 제기한 *Vattenfall* 사건⁶⁾이나 호주의 단순담배포장법에 대해 국제중재를 제기한 *Plain-packaging* 사건⁷⁾은 ISDS로 인해 정당한 국가의 정책이 위협받을 수 있다는 점이 부각되었고, 이로 인해 국제사회는 ISDS에 대한 경각심이 커졌다.

한국도 2011년 한·미 FTA 비준 당시 ISDS 반대로 인한 촛불집회로 이명박 전 대통령은 ISDS 재협상을 약속하여 비준 동의를 받을 정도로 ISDS의 필요성 여부와 문제점은 이미 한 차례 논란의 중심에 선 바 있으며 *Lonestar* 사건⁸⁾을 거치면서 그 위험성을 목도하

5) James Zahn, "Investment policies for sustainable development: addressing policy challenges in a new investment landscape," In Roberto Echandi et al., *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, 23쪽.

6) 2012년 독일 정부가 2022년까지 원자력발전소의 단계적 폐지정책을 수립하자, 스웨덴 회사 Vattenfall이 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)상 공정하고 공평한 대우 위반으로 ICSID에 중재요청을 하였으나 독일정부가 돈을 주어 합의한 것으로 알려져 있으나, 자세한 합의사항에 대해서는 알려져 있지 않다.

7) 호주 정부는 2011년 4월부터 대중, 특히 청소년의 흡연 유인을 차단하기 위하여 담배포장에 브랜드명만 규격화된 색/크기로 표기할 수 있게 하고, 바탕은 담배 구입에 가장 덜 호소력을 가진다는 올리브색으로 통일하고, 건강 경고 문구를 담뱃갑 앞면의 75%, 뒷면의 90%를 차지하도록 디자인을 제한하는 plain packaging bill을 발표하였다. 담뱃갑 경고 그림 등은 세계보건기구(WHO) 담배규제기본협약(FCTC)이 권고하는 정책이기도 했다. 이에 홍콩에 자회사를 둔 미국기업인 Philip Morris사는 간접수용에 따른 상표권 침해를 이유로 '93년 체결한 호주-홍콩 BIT상 최소기준대우, 수용 및 보상 위반, 국제협정(TBT, TRIPs, 지식재산권 보호를 위한 파리협약)상 의무 위반을 이유로 호주 정부에 수십억 불을 청구하는 중재재판을 2011. 11. 21. UNCITRAL에 청구하였으며 현재, 본 사건은 계류 중이다.

<<http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/tobacco-plain>> 및 각종 기사를 종합하여 저자 정리.

8) Lonestar가 2003년 한국에 설립한 론스타코리아를 통해 외환은행을 인수했다가 2006년 KB금융지주, 2007~2008년 HSBC에 각각 외환은행 주식을 매각하려 했지만 한국 정부가 매각 승인을 늦춰 손해를 보게 되자 매각 지연에 따른 손해 배상 등을 이유로 한·벨기에 BIT상의 최소기준대우 및 수용 및 보상 규정 위반을 들어 2012. 11. 21. ICSID에 국제중재를 제기한 사건으로 현재 사건은 ICSID에 계류 중이다. 한국정부는 매각 지연에 대해서 론스타가 자료제출을 늦게 했으며, 검찰이 주가조작 사건을 수사하며 금융 당국에 매각 승인을 보류해 왔고, 2011년 10월에야 론스타의 유죄가 법원에서 최종 확정되어서 그 이후에야 론스타의 외환은행 매각을 금융 당국이 승인한 것이라고 주장하고 있으나, 이에 대해 론스타 측은 매도 시 법적으로 매수자의 적정성만 따지면 되는데 매도자인 론스타의 자격을 문제 삼아 여론을 의식해 매각을 좌절시킨 것이라 주장하고 있는 것으로 알려져 있다. (자료: 각종 기사를 종합하여 저자 정리)

고 있는 중이다. 국제투자를 보호하여 국내로의 투자 유치를 촉진하는 투자보호의 방패로서의 ISDS의 긍정적인 측면과 함께 ISDS가 정당한 국가 정책을 위협하는 창으로 기능하지 않도록 하기 위한 바람직한 투자협정 문안에 대한 고민은 계속되고 있다.

2. 한·호주 FTA에서의 ISDS의 도입배경

한·호주 FTA 협상에서 가장 첨예하게 대립한 부분도 바로 ISDS의 포함여부였다. 한국은 현재 발효 중인 FTA 중 한·EU FTA를 제외한⁹⁾ 모든 FTA 및 대부분의 기체결 BIT에 ISDS 조항을 포함시켰고, 이 조항이 우리 투자자를 보호하기 위한 제도로서 국제적인 추세라고 강조한 만큼 호주와의 FTA에도 포함시키고자 하였으나, 호주는 미국과 체결한 FTA에서 ISDS도입을 배제¹⁰⁾하는 등¹¹⁾ 협상 진척에 어려움이 있었다.

호주의 ISDS에 대한 이러한 입장은 자원개발분야 등에 외국인투자가 많은 상황에서 ISDS의 도입이 불리하게 작용할 가능성에 대한 우려를 가지고 있어서라고 알려져 있다.¹²⁾ 또한 호주 의회의 자문기구인 생산성위원회의 보고서¹³⁾는 ① ISDS를 협정 조항에 포함시켰을 때 해외투자가 증가하였다는 타당성 있는 증거가 없고, ② 공공정책과 규제

9) 한·EU FTA협상당시에는 리스본 조약의 발효(2009년)전이어서 투자분야의 협상권한이 EU 각 회원국이 가지고 있어 한·EU FTA에는 ISDS에 관한 규정이 빠져 있다.

10) 미국·호주 FTA 제11.16조에서는 ISDS에 관한 협의(Consultations)만을 규정하고 있다. <http://www.dfat.gov.au/fta/ausfta/final-text/chapter_11.html> 미국·호주 FTA에서의 ISDS의 배제에 대해 USTR은 호주의 법률체계가 믿을 만하고 개방적인 경제환경을 가지고 있으며 미국과 유사한 법률체계를 가지고 있으므로, 미국인 투자자는 호주의 법률체계의 공정성과 통일성(fairness and integrity)에 대한 신뢰가 있다고 밝히며, 미국은 호주와 국제투자 규정에 관한 분쟁 없이 매우 밀접한 관계를 맺어 왔다고 설명하고 있으며 호주와 비슷한 상황의 국가는 잘 없을 것이라고 설명하고 있다.(USTR, UNITED STATES - AUSTRALIA FREE TRADE AGREEMENT Summary of the Agreement, 11쪽, <http://www.ustr.gov/webfm_send/2624>, 최종검색일: 2014.12.5.)

11) <표 1> 호주가 기체결한 FTA에서의 ISDS 규정 포함

	싱가포르	태국	미국	칠레	ASEAN	말레이시아	뉴질랜드	한국
발효년	2003년	2005년	2005년	2009년	2010년	2013년	2013년	2014년
ISDS 도입규정	8장 제16조	제917조	-	제10.16조	-	-	-	제11.16조

자료: <<http://www.dfat.gov.au/fta>>에서 개별 FTA 자료를 찾아서 저자 작성

12) 오수현 외 3명, 한·호주, 한·뉴질랜드 FTA의 현황과 경제적 의미(2013. 3. 25.), KIEP 지역경제포커스, 3쪽.

13) Productivity Committee의 Bilateral and Regional Trade Agreements 보고서
<http://www.pc.gov.au/_data/assets/pdf_file/0010/104203/trade-agreements-report.pdf>

활동에 제동이 걸리는 사태가 발생할 수 있으며 제도적인 편향성, 이해 상충, 일관성 결여, 투명성 결여, 높은 비용 등의 문제로 ISDS 도입에 따른 정치·경제적 위협이 있으며, ③ 협정을 맺을 때에 마련된 문안에 근거하여 위협을 막아낼 가능성도 불확실하다며 이에 대해 부정적인 입장을 적시한 바 있다. 또한 앞서 언급한 *Plain-packaging* 사건을 거치면서 호주사회 전반에 있어 ISDS에 대한 경각심이 높아져, 2011년 호주정부는 향후 모든 자유무역 및 투자협정에서 ISDS를 원칙적으로 배제하겠다고 공표¹⁴⁾한 바 있다.

그러나 호주의 이러한 ISDS에 대한 태도는 2013년 호주 총선에서 토니 애벗 자유당 대표가 이끄는 야당연합은 케빈 러드 총리의 집권 노동당을 누르고 6년 만에 정권 교체에 성공하면서 신축적으로 변경되었다. 새 호주정권은 ISDS에 대해 사례별(case-by-case) 접근을 하겠다고 밝혔으며, 이러한 호주의 ISDS에 대해 유연해진 태도와 맞물려 한·호주 FTA 협상이 급물살을 타 한·호주 FTA가 체결되게 되었다.

한·호주 FTA 제11장 2절(Section B)에서는 ISDS를 도입하여, 상대국의 외국인 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국제중재를 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 이를 통해 한국인과 호주인 투자자는 각 상대국의 조치에 대해 국제투자분쟁해결센터(ICSID, International Center for the Settlement of Investment Disputes)¹⁵⁾를 이용하거나 유엔국제무역법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 또는 분쟁 당사자가 합의하는 경우 제3의 중재기관 또는 중재규칙을 통해 국제중재를 활용할 수 있게 되었다. 그러나 ISDS의 포함에 대해 호주 정부의 심각한 우려가 있었던 것을 고려하여, 폭넓은 ISDS ‘세이프가드조항’을 포함하여 ISDS의 남용 및 위축효과 등으로 인한 국가주권의 훼손을 막기 위한 안전장치 또한 마련하였다.

14) Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity, 14쪽 INVESTOR-STATE DISPUTE RESOLUTION 참조,

〈<http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>〉 최종검색일: 2014. 12. 4.

15) 호주는 1991. 6. 1.에 ICSID에 가입하였고, 한국은 1967. 3. 23.에 가입하였다.

ICSID회원국은 2014. 12. 150개국으로 기존 회원국이었던 볼리비아(2007년 탈퇴), 에콰도르(2009년 탈퇴), 베네수엘라(2012년 탈퇴)가 탈퇴하고 최근 2013. 12.에 캐나다가 가입하였다.

〈<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20122597~menuPK:329837~pagePK:34542~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>〉. 최종검색일: 2014. 12. 4. 아직 브라질이나 멕시코는 ICSID의 회원이 아니며, 탈퇴한 남미국가들은 ICSID를 대체하는 대안 중재시스템을 만들 계획에 있는 것으로 알려져 있다.

〈<https://donttradeourlivesaway.wordpress.com/2013/05/01/latin-american-states-form-alliance-to-tackle-investment-treaties/#more-5879>〉, 최종검색일: 2014. 12. 4.

Ⅲ. 한·호주 FTA ISDS의 제기가능 범위와 대상

1. 한·호주 FTA ISDS의 제기가능 범위

한·호주 FTA ISDS는 외국인 투자자가 적용대상 투자와 관련된 당사국의 조치에 대해서 국제중재를 제기할 수 있는바 한·호주 FTA 투자분야에서의 적용대상 투자의 범위와 외국인 투자자의 범위를 살펴볼 필요가 있다.

1.1 적용대상 투자의 범위

한·호주 FTA 제11.28조는 투자에 대해 투자자가 간접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하며, 자본 또는 기타 재원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수와 같은 투자의 성격을 가진 자산을 의미한다며 그 예로 ① 기업, ② 주식, 증권, 기타 기업의 지분 참여 형태, ③ 채권, 회사채 또는 기타 채무증서, 대부, ④ 선물, 옵션 그리고 기타 파생금융상품, ⑤ 완성품인도, 건설, 경영, 생산, 양허, 수익배분, 그리고 이와 유사한 계약, ⑥ 지적재산권, ⑦ 면허, 인가, 허가, 그리고 국내법에 따라 부여된 유사한 권리, ⑧ 기타 유형 또는 무형, 동산 또는 부동산 그리고 리스, 저당권, 유치권, 질권 등 관련 재산권 등을 언급하고 있다.¹⁶⁾

이러한 투자에 대한 개념 정의는 미국의 ‘BIT 표준안 2004’를 모델로 한 한·미 FTA 제11.28조의 투자에 대한 개념 정의와 동일한데, 이러한 개념 정의에 따르면 사실상 경제적 가치를 가지고 있거나 가질 수 있는 유무형의 거의 모든 것이 무제한적으로 ‘투자’ 개념에 포함된다. 이렇게 ‘자산’이라는 개념에 기초하여 투자를 넓히는 ‘asset based definition of investment’에 따르면, 투자와 투기(speculation)의 구분 없이 대부분의 영역이 협정상의 ‘투자’에 해당되게 되고, 이에 따라 국가가 투자협정상에 의무를 준수해야 하는 영역도 무한정으로 넓어지게 된다.

1.2 외국인 투자자(‘investor’)의 범위

한·호주 FTA 제11.28조 정의에 따르면 투자자란 다른 쪽 당사국의 영역에서 투자하

16) 다만, 투자성격을 가지는 대부가 아닌 순수하게 상업적 거래로 인한 대금청구권은 투자의 범위에서 제외된다.

고자 시도하거나, 투자 중이거나 또는 이미 투자한 한쪽 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업을 말한다.

이러한 투자자의 범위에 따르면, ‘투자하고자 시도하거나 투자 중이거나’ 하는 투자자에 대해서도 투자 분야가 적용되는바 설립 전의 투자에 대해서도 투자자는 투자자로서의 지위를 인정받을 수 있게 된다.

2. 한·호주 FTA ISDS의 제기가능 대상

2.1 우산조항

한·호주 FTA ISDS 제11.16조는 우산조항¹⁷⁾을 규정하여 ISDS를 대상으로 제11장 1절(Section A)의 협정상 의무 위반 및 투자계약(investment agreement) 및 투자인가(investment authorization) 위반에 대해 국제중재를 제기할 수 있도록 하고 있다. 이렇게 협정상 의무 위반 외에 투자계약 및 투자인가를 ISDS 대상 범위에 포함시키는 것은 한·미 FTA 제11.16조도 마찬가지이나, 이는 한국이나 호주가 맺은 여타 FTA에서는 종종 ISDS의 제기 범위를 협정상 의무 위반에만 국한하는 것¹⁸⁾과 차이를 보인다. 그러나 주로 ISDS는 협정상 의무위반으로 인해 제기되는바 한·호주 FTA 투자협정에서는 어떠한 의무를 적시하고 있는지 우선적으로 살펴볼 필요가 있다. 한·호주 FTA에서는 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 수용 및 보상 등을 보장해 주고 있다.

2.2 한·호주 FTA 투자분야상의 의무

2.2.1 내국민대우(National Treatment)

한·호주 FTA 제11.3조는 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황(like circumstance)에서 자국

17) 우산조항(Umbrella Clause)이라고도 하며 협정상 의무 위배 외에 여타 모든 투자자-국가 간 분쟁을 협정상 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 회부 가능토록 하는 조항으로 포괄적 국가계약의무 준수조항이라고도 번역하기도 한다(한·호주 FTA 상세설명자료 87쪽 참조).

18) 한·콜롬비아 FTA 제8.16조 참조(한·콜롬비아 FTA 투자분야 text
 <http://fta.go.kr/webmodule/_PSD_FTA/co/1/eng/08%20Investment_Final_Kor.pdf>), 호주·싱가포르 FTA 제8.16조 참조(호주·싱가포르 FTA 투자분야 text
 <<http://www.dfat.gov.au/fta/safta/SAFTA-chapter-08.pdf>>).

투자자와 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 투자에 부여할 것을 규정하고 있다. ‘설립·인수’와 관련한 상황이 포함됨으로 투자자 범위에서 확인된 것과 같이 설립 후 투자(post-establishment)뿐 아니라 설립 전 투자(pre-establishment)에도 내국민대우 부여가 약속됨을 유의할 필요가 있다.

또한 제11.3조 제3항¹⁹⁾을 통해서 지역정부도 타방 당사국의 투자자와 투자에 대해서 내주민대우(in-state treatment)를 할 것을 규정하고 있다. 내주민대우란 특정 주 내에서 FTA 체결 상대국 투자자에게 그 주 주민과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미한다.²⁰⁾ 호주는 연방제 국가로 이러한 조항이 삽입되었고, 마찬가지로 연방제 국가인 미국과 맺은 한·미 FTA 제11.3조 제3항에서도 동일한 조항이 규정되어 있다.

2.2.2 최혜국대우(Most Favored Nation Treatment)

한·호주 FTA는 제11.4조에서 최혜국대우를 규정하며 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황(like circumstance)에서 비당사국의 투자자나 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여할 것을 약속했다. 최혜국대우와 관련해서도 내국민대우와 마찬가지로 설립 전 투자 또한 보호된다.

여기서 눈여겨보아야 할 점은 각주를 통한 최혜국대우의무 조항의 적용범위의 명확화이다. 최근 *Maffezini* 사건²¹⁾과 같은 일련의 사건들²²⁾에서 최혜국대우의무를 분쟁해결절차

19) ARTICLE 11.3: NATIONAL TREATMENT

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded in like circumstances, by that regional level of government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

20) 이에 비해 타주민대우는 특정주(A주) 내에서 FTA 체결 상대국 투자자에게 A주 주민과 동등한 대우는 아니나, 다른 주(B주) 주민에게 제공하는 것과 동등한 대우를 제공하는 것으로 내주민대우가 타주민대우보다 더 우월한 대우이다(관계부처 합동, 한·호주 FTA 상세설명자료, 80쪽 참조).

21) *Maffezini v Spain* 사건(ICSID Case No. ARB/97/7(2000), 관할권 판단 결정)에서 아르헨티나-스페인 BIT는 ‘all matters subject to this Agreement,’에 대해서 최혜국대우를 부여한다고 표현하고 있으므로, Maffezini는 이 조항을 통해 칠레-스페인 BIT 규정을 원용해 국내구제 절차 없이 6개월의 협상 기간만 종료하면 바로 중재를 제기할 수 있다고 주장했고 재판부는 이를 받아들였다.

(Krista Nadakavukaren Schefer, International investment law -Text, Cases and Matereials(2013), Edward Elgar Publishing Limited, 412쪽).

전체사건은 <http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf> 참조.

22) 이후에 이와 유사하게 *Siemens A.G. v. Argentina* 사건(ICSID Case ARB/02/9(2004)) 또한 아르헨티나-독일 BIT의 최혜국대우 조항을 통해 아르헨티나-칠레 BIT의 국내구제절차를 완료하지 않아도 된다는

에까지 적용하여, 상대국이 타국과 맺은 BIT/FTA의 짧은 냉각기간을 활용하거나 국내구제수단 완료원칙 배제 등을 원용이 가능한지에 대한 논란이 있었음을 인식하여 한·호주 FTA는 각주 35)에서 “보다 명확히 하기 위하여, 이 조에 언급된 대우는 제2절에 포함된 것과 같은 투자자와 국가 간 분쟁해결 절차 또는 메커니즘을 포함하지 않음”을 분명히 하였다.

2.2.3 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)

한·호주 FTA 제11.5조 제1항에서는 ‘각 당사국은 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable treatment)와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준에 따른 대우를 적용대상투자에 부여하여야 한다.’고 규정하고 있다. 그러나 무엇이 ‘공정하고 공평한 대우’인지에 관한 투자 중재재판소의 각기 다른 판단들은 혼란을 가중시킨 측면이 있으며, 이는 거센 비판의 대상이 되어 왔다.²³⁾ 따라서 한·호주 FTA 제11.5조 제2항에서는 한·미 FTA 제11.5조 제2항에서와 같이 무엇이 ‘공정하고 공평한 대우’인지와 ‘충분한 보호 및 안전’에 대한 구체적인 설명을 적시하여 그 모호성을 줄이고 있다.

그러나 ‘공정하고 공평한 대우’에 대한 설명에 있어서 무엇이 공정하고 공평한 대우에 해당되는지에 관한 합의된 구체적인 정의를 내리기보다는 ‘공정하고 공평한 대우는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다.’고만 적시하고 있어 그 모호성이 완전히 해결되었다고 보긴 어려울 것으로 생각된다.

2.2.4 손실 및 보상

한·호주 FTA 제11.6조에 포함된 규정으로 각 당사국은 무력충돌 또는 내란으로 인하

요건을 이용할 수 있다고 주장했고, 받아들여진 바 있으며(전체 사건은 <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>>, 참조), *Gas Natural SDG v. Argentina* (UNCITRAL Case No. ARB/03/10(2005), 관할권 판단 결정)에서도 이와 유사한 판시가 내려진 바 있다(전체 사건은 <<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>> 참조).

(이와 관련한 더 발전적 논의는 김석호, “국제투자조약상 ‘최혜국대우 조항’의 적용범위 - 분쟁해결조항에의 적용여부를 중심으로”, 법학연구, 한국법학회, 2013, 213-235쪽; 박선옥, “양자 간 투자협정상 최혜국대우규정의 절차법적 적용에 관한 연구-다자주의로의 전환을 중심으로”, 법학연구 제39호, 한국법학회, 2010, 335쪽-358쪽 참조)

23) UNCTAD, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>, 139쪽, 최종검색일: 2014. 12. 4.

여 자국 영역 내 투자가 입은 손실에 관하여 자국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 비차별적인 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자자에 부여할 것을 규정하고 있다. 비슷한 규정이 한·캐나다 FTA 제8.6조에서도 확인된다. 앞으로도 좀 더 이 규정에 관련한 더 많은 연구가 필요할 것으로 생각된다.

2.2.5 수용 및 보상(Expropriation and Compensation)

한·호주 FTA 제11.6조에서는 공공목적을 위해, 비차별적인 방식으로, 신속하고, 적절하며, 효과적인 보상²⁴⁾을 지불하며, 적법절차에 따르는 경우에만 수용할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 제11.6조 제5항에서는 무역관련 지적재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)에 따른 강제실시권²⁵⁾의 발동이나 지식재산권의 취소, 제한 또는 생성에는 수용에 대한 규정을 적용 배제하였다. 이는 호주가 호주인의 건강을 위해 입안한 담뱃갑 Plain-packaging 정책에 대해 필립 모리스사(社)가 담뱃갑에 대한 상표권 간접수용이라며 ISDS를 제기하여 어려움을 겪었는바, 수용의 범위에서 지적재산권을 배제하여 지적재산권에 대해서는 TRIPs의 규정을 따르는 정도의 보호를 추구하고, 지나친 보호로 당국의 규제권한이 상실되는 것을 막기 위함이라고 사료된다.

또한 11장 부속서에 따르면 직접수용과 동등한(equivalent) 정도로 재산권을 침해하는 간접수용에 대해서도 정당한 보상을 제공할 것을 규정하고 있다.

2.2.6 기타

그 밖의 이행요건(PR, Performance Requirement, 제11.9조), 고위 경영진 및 이사회(SMBD, Senior Management and Boards of Directors 제11.10조), 송금(제11.8조) 등을 규정하고 있다.

24) 신속하고, 충분하며, 실효적인 보상을 지불하는 것을 Hull 공식이라고 한다. 여기서 신속성은 보상의 시기를 지칭하는 것이며, 충분성은 보상액을 지칭하는 것이다. 보상액은 수용이 공식적으로 공표되거나 알려지기 직전의 대상재산의 시장가치를 반영해야 한다. 그리고 실효성은 보상수단과 관련한 요건으로서, 피해외국인이 즉각 이용할 수 있는 통화로 보상금이 지급되어야 함을 의미한다(자세한 내용은 김대순, 국제법론 제17판, 박영사, 837쪽 참조).

25) 지적재산권자의 허락 없이 강제로 특허를 사용할 수 있도록 하는 특허의 배타적 권리에 대한 제약의 일종으로, 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제31조(b)는 합리적 기간 내에 합리적 계약조건으로 권리자로부터 라이선스를 받을 수 없는 경우, 국가비상사태 혹은 긴급한 상황, 공공의 비영리목적 등의 경우 강제실시권이 발동될 수 있다고 규정하고 있다.

2.3 소결

앞서 살펴본 광범위하고 다소 모호한 의무들에 대해서 외국인 투자자가 의무위반이라고 주장하게 되면 사전 동의조항에 따라 별도의 타국정부의 동의 없이도 타국정부를 국제중재의 피고석에 앉힐 수 있게 되므로, 국가의 정당한 정책집행일지라도 외국인투자자에 의해 제약을 받거나, 국제중재제기가 두려워 위축효과가 발생하여 포기하여 국가가 제대로 자신의 역할을 다할 수 없을 위험성이 있다. 따라서 ISDS의 제기가능 범위와 대상을 규정하는 한편, ISDS의 배제범위 또한 마련하고 있다. 아래에서는 이렇게 ISDS의 적용이 배제되는 영역에 대해서 검토하도록 하겠다.

IV. 한·호주 FTA ISDS의 배제 - ISDS ‘세이프가드’

1. 서 언

한·호주 FTA의 투자분야는 넓은 의미의 투자분야에 대해서 다소 모호하고 광범위한 의무를 각국이 준수하도록 규정하고 있는바 이른바 ISDS ‘세이프가드’규정을 통해 대상 범위에서의 배제 및 일정 의무에서의 배제를 규정하여, 각국의 규제권한이 보장될 수 있도록 하고 있다. ISDS ‘세이프가드’ 규정이란 투자협정상의 의무 위반이나 투자 계약 또는 투자 인가의 위반 등에 대해서도 일정 대상이나 요건하에서는 ISDS를 통한 분쟁해결절차에서 배제하는 것을 말한다. 아래에서는 이러한 한·호주 FTA에서 정한 ISDS ‘세이프가드’ 규정을 살펴보고 그 문제점 또한 생각해 보도록 하겠다.

2. 호주의 외국인투자심사제도의 ISDS 배제

2.1 문제점

앞서 살펴보았듯이 ISDS는 협정상의 의무 위반 및 투자인가 및 투자계약 위반에 있어서 외국인 투자자가 제기할 수 있다. 그런데 투자인가와 관련하여 한·호주 FTA 11장 각주 51)⁶⁾에서 ‘1975년 외국인 인수합병법을 포함한 호주의 외국인투자 정책 하에 재무

부장관이 내린 결정은 이 정의(투자인가)에 포함되지 아니한다.’고 명시하여, 호주의 외국인투자 심사제도에 따른 결정을 투자인가에서 제외하고 있다. 또한 한발 더 나아가 한·호주 부속서 11-사²⁷⁾ 외국인투자정책에서 ‘호주의 외국인투자 정책상 심사 대상이 되는 투자에 대한 거부 여부 또는 명령이나 조건 부과 여부에 관한 호주의 결정은 제2절의 분쟁 해결 규정을 따르지 아니한다.’고 못 박아 한국인 투자자가 호주의 외국인투자정책에 관련하여 ISDS로 다투는 길이 원천 봉쇄되었다. 그렇다면 호주의 외국인 투자정책이란 어떤 것인지 및 그 문제성 및 해결방안을 살펴볼 필요가 있다.

2.2 호주의 외국인 투자정책의 이해

호주에 투자하기 위해서 외국인 투자자는 호주 정부에 통보하여야 하며, 투자금액이 2억 5200만²⁸⁾ 호주불²⁹⁾ 이상이면 실질적인 이익을 얻기 전에 사전 승인(prior approval)을 받아야 한다.³⁰⁾ 그러나 뉴질랜드나 미국의 경우 2억 5200만 호주불 기준은 통신, 안보 등 민감한 분야³¹⁾에만 국한되고, 나머지 영역에 있어서는 10억 9400만 호주불 이상인

26) 보다 명확히 하기 위하여, 1975년 외국인 인수합병법(Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 (the Act))을 포함한 호주의 외국인투자 정책하에 재무부장관이 내린 결정은 이 정의에 포함되지 아니한다. 한국의 경우, 양 당사국은 이 협정의 서명일 현재 한국이 투자인가를 부여하는 외국인투자당국을 가지고 있지 아니함을 인정한다.

27) ANNEX 11-G (FOREIGN INVESTMENT POLICY)

A decision by Australia with respect to whether or not to refuse, or impose orders or conditions on, an investment that is subject to review under Australia's foreign investment policy shall not be subject to the dispute settlement provisions of Section B.

28) 2013.1.1.부터 2014.12.31.까지는 \$248 million(특혜국 \$1,078 million)이 기준이었으나, 2015.1.1.부터 \$252 million(특혜국 \$1,094 million)으로 기준이 상승하였다.

29) 2014. 12. 10. 17:54 외환은행제공 네이버환율(<http://info.finance.naver.com>) 기준, 2억 4800만 호주불은 2,278억 3,016만 원에 해당함.

30) <<http://www.firb.gov.au/content/policy.asp?NavID=1>>에서 호주 투자에 관한 자세한 신청방법 및 요건 등을 살펴볼 수 있다. 영어 본 외에 외국어 본으로 중국어, 일본어, 인도네시아어 번역을 제공하고 있으나, 한국어 본은 제공하고 있지 않다.

31) 외국인 인수합병법(the Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975) 17H (b)에 따른 일정 분야를 말하며, 아래와 같다.

a. 미디어 분야(media);

b. 통신 분야(telecommunications);

c. 운송 분야(항공, 항구 시설, 철도 기반산업, 호주 내 및 호주에서 이륙 및 호주로 착륙하는 국제 및 국내 항공 및 화물 운송 서비스) [transport (including airports, port facilities, rail infrastructure, international and domestic aviation and shipping services provided within, or to or from,

경우에만 사전 승인을 요한다.³²⁾ 2014년 12월 12일 한·호주 FTA의 발효로 한국도 미국과 뉴질랜드와 같은 지위를 누릴 수 있게 되었다.³³⁾

이 사전 승인은 호주 정부가 부여하는 것인데, 실질적으로는 호주 외국인투자 검토위원회(Foreign Investment Review Board, FIRB)가 투자자가 한 투자신청에 대해 당해 투자가 호주 정부 국익에 합당한지를 심사해 승인, 거부 또는 조건부승인을 결정하고, 호주 재무부가 이에 구속되어 최종결정을 하고 있다.³⁴⁾

2.3 배제의 부당성 판단

호주 정부가 부당한 이유로 한국인 투자자의 호주 투자에 대해 승인을 거부할 가능성이나 과도한 조건을 부과한 투자승인의 경우가 있을 수 있을 텐데, 이 경우에도 한·호주 FTA에 따르면 한국인 투자자(개인, 기업)는 이에 대해서 ISDS를 통해 다룰 길이 없다.

호주 정부의 외국인투자심사에 대한 ISDS 배제는 호주가 기체결한 FTA 중 ISDS가 포함된³⁵⁾ 호주·싱가포르 FTA³⁶⁾나 호주·태국 FTA, 호주·칠레 FTA에는 포함되고

Australia)];

d. 호주 방위청 또는 다른 방어군으로의 훈련 또는 인적자원의 공급, 군사 물품 또는 군사 장비 및 군사 기술의 제조 또는 공급 분야(the supply of training or human resources, or the manufacture or supply of military goods or equipment or technology, to the Australian Defence Force or other defence forces);

e. 군사 목적을 위한 물품이나 장비 또는 기술의 제조 분야(the manufacture or supply of goods, equipment or technology able to be used for a military purpose);

f. 암호화 및 안보 기술, 통신 기술과 관련한 서비스의 개발, 제조 또는 공급(the development, manufacture or supply of, or the provision of services relating to, encryption and security technologies and communications systems);

g. 핵시설의 가동을 위한 우라늄, 플루토늄의 추출이나 추출권 [the extraction of (or the holding of rights to extract) uranium or plutonium or the operation of nuclear facilities].

이 산업들은 미디어는 지배율 5% 이상 투자 시에는 투자금액에 상관없이 승인을 받아야 되는 등의 각 산업별 개별법에서 승인요건을 규정하고 있다.

자료: <http://www.firb.gov.au/content/definitions.asp#P211_22530>

32) <<http://www.firb.gov.au/content/policy.asp?NavID=1>>

33) 한국인 및 칠레인 투자자도 2014. 12. 12. 이후 미국과 뉴질랜드 투자자와 같은 지위를 부여받는다고 홈페이지에 명시되어 있음을 확인할 수 있다. Ibid.

34) Ibid.

35) 호주가 기체결한 FTA에서의 ISDS 규정포함에 대해서는 각주 11) 참조.

36) SAFTA 8장 ARTICLE 21 General Exceptions, ARTICLE 22 Security Exceptions
<<http://www.dfat.gov.au/fta/safta/SAFTA-chapter-08.pdf>>

있지 않다. 따라서 호주에 투자한 싱가포르, 태국, 칠레 투자자는 호주 정부의 외국인투자 심사에 대해서 ISDS 제기가 가능하다. 따라서 한국이 최혜국대우 기준을 통해 이를 원용하여 외국인투자심사에 대해서도 ISDS를 제기할 수 있는지를 고민해 볼 필요는 있다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 투자분쟁해결절차 (Section2)와 관련하여서는 최혜국대우가 적용되지 않으므로, 한국이 타국과 호주가 맺은 FTA 등을 통해 ISDS 배제를 최혜국대우를 통해 막는 것은 어려울 것이라 생각된다.

우리나라의 경우에도 호주 정부와 마찬가지로 외국인투자에 제한을 가하는 장치에 대해 ISDS에서 원천 배제를 받을 수 있다면 형평하겠으나, 각주 51)에서 밝히는 바처럼 한국은 투자인가를 부여하는 외국인투자당국(foreign investment authority)을 가지고 있지 아니하다고 양국은 인정하고 있어 호주 정부의 외국인투자심사제도에 대해서만 국한되어 ISDS 적용을 배제받는다. 우리나라도 “외국인투자촉진법” 제4조³⁷⁾에서 공공질서(public order) 유지를 위해 필요한 조치 등에 대해 규제권한을 가지고 있는바 외국인투자촉진법 제4조와 관련한 처분이나 조건부과에 관해서 ISDS 적용이 완전히 배제된다면 형평할 것이나, 현재 한국의 외국인투자촉진법은 비합치조치 부속서 목록에는 포함³⁸⁾되

37) 외국인투자촉진법 제4조(외국인투자의 자유화 등)

- ① 외국인인 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 제한을 받지 아니하고 국내에서 외국인투자업무를 수행할 수 있다.
- ② 외국인은 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.
 1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
 2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
 3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우
- ③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.
- ④ 산업통상자원부장관은 이 법 외의 다른 법령이나 고시 등에서 관계 행정기관의 장이 외국인 또는 외국인투자기업을 대한민국민인 또는 대한민국법인에 비하여 불리하게 대우하거나 외국인 또는 외국인투자기업에 추가적인 의무를 부담하게 하는 등 외국인투자를 제한하고 있는 경우에는 그 내용을 대통령령으로 정하는 바에 따라 매년 통합하여 공고하여야 한다. 관계 행정기관의 장이 이를 개정하거나 추가하려면 미리 산업통상자원부장관과 협의하여야 한다.

38) 한·호주 FTA 부속서II : Schedule of Korea

All Sectors

Obligations Concerned: **National Treatment (Article 11.3), Performance Requirements (Article 11.9)**

Description: Investment

1. Korea reserves the right to adopt, with respect to the establishment or acquisition of an investment, any measure that is necessary for the maintenance of public order pursuant to Article 4 of the Foreign Investment Promotion Act (2012) and Article 5 of the Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act (2012), provided that Korea promptly provides

어 있으나 내국민대우와 이행요건에 있어서만 투자분야상의 의무에 대해 비합치를 인정 받을 수 있는바 ISDS 제기가 원천 봉쇄가 되지 않는다. 다시 말해, 호주 정부는 외국인투자정책에 의존하여 ISDS ‘세이프가드’ 범위를 넓히고 있는 데 반해, 한국 정부는 이와 유사하게 의존할 수단이 없으므로 호주에 비해 불이익한 측면이 있다 하겠다. 한·호주 FTA에서의 호주의 외국인투자정책의 ISDS 배제의 불이익한 측면은 한·캐나다 FTA에서도 계속되고 있는바³⁹⁾ 대응책 마련이 절실하다.

written notice to Australia that it has adopted such a measure and that the measure:

- a. is applied in accordance with the procedural requirements set out in the Foreign Investment Promotion Act (2012), Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act (2012), and other applicable law;
 - b. is adopted or maintained only where the investment poses a genuine and sufficiently serious threat to the fundamental interests of society;
 - c. is not applied in an arbitrary or unjustifiable manner;
 - d. does not constitute a disguised restriction on investment; and
 - e. is proportional to the objective it seeks to achieve.
2. Without prejudice to any claim that may be submitted to arbitration pursuant to Article 11.16.1, **a claimant may submit to arbitration under Section B (Investor-State Dispute Settlement) of Chapter 11 (Investment)** a claim that:
- a. Korea has adopted a measure for which it has provided notice pursuant to paragraph 1; and
 - b. the claimant or, as the case may be, an enterprise of Korea that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, the measure.

In the event of such a claim, Section B of Chapter 11 shall apply, *mutatis mutandis*, and all references in Section B of Chapter 11 to a breach, or to an alleged breach, of an obligation under Section A of Chapter 11 shall be understood to refer to the measure, which would constitute a breach of an obligation under Section A of Chapter 11 but for this entry. However, no award may be made in favour of the claimant, if Korea establishes to the satisfaction of the tribunal that the measure satisfies all the conditions listed in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 1.

3. This entry shall not apply to the extent that a measure referred to in paragraph 1 is subject to Chapter 8 (Financial Services).

Existing Measures: **Foreign Investment Promotion Act (Law No. 11535, December 11, 2012), Article 4**

Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act (Presidential Decree No. 24638, June 28, 2013), Article 5

39) 한·캐나다 FTA에는 외국인투자심사에 대해 ISDS 규정 적용에서의 배제뿐 아니라 21장의 국가 간 분쟁해결절차에 따른 문제제기도 막아 두었다.

한·캐나다 FTA 부속서 8-바(분쟁 해결의 배제)

캐나다 투자법상 심사에 따라 그 심사의 대상이 되는 투자의 허용 여부에 관한 캐나다의 결정은 이 장의 제2절 또는 제21장(분쟁 해결)의 분쟁 해결 규정의 적용을 받지 아니한다.

2.4 대응방안

우리나라는 호주처럼 외국자본의 무분별한 진입을 막을 수 있도록 국내에 투자하는 외국자본의 적정성과 실효성을 자체적으로 검증하는 ‘외국인 투자 심사기구’를 가지고 있지 못하는바 한국도 이를 신설하고 ISDS 원천배제를 얻는 방안 또한 강구해 볼 필요가 있다. 그러나 이 경우 한국이 기체결한 다른 FTA 투자분야와의 합치여부 또한 살펴서 가능성을 판단하여야 할 것이다. 또는 호주의 외국인투자심사에 대해 ISDS의 원천적 봉쇄가 아닌 동등하게 부속서 목록으로 일정의무에 있어서만 배제를 하게 하는 방법도 강구할 수 있으리라 생각된다. 그러나 ISDS의 축소 또는 배제를 권고하며 호주국회를 통과한 바 있으므로, 향후 한·호주 FTA의 투자분야 재협상에서 호주가 이를 허용하리라 보는 것은 무리한 접근이라고 생각된다.

그렇지만 향후의 다른 FTA 투자분야 협상에 있어서는 이 부분의 형평을 맞출 방안을 반드시 고려해야 할 것이라 생각된다.

3. 공공정책의 적용배제 목록의 불충분성

정부의 정당한 공공정책은 ISDS에서 적용이 배제되어야 그의 역할을 기능적으로 수행할 수 있을 것이다. 이를 위해 각국 정부는 ISDS의 몇 가지 의무에서 벗어날 수 있도록 비합치조치에 대한 목록을 제출하여 타방 당사국에게 승인을 받아 ISDS의 세이프가드를 구성해야 한다. 한·호주 FTA 제11.12조는 비합치조치를 다루면서 부속서에 목록과 이탈할 의무를 적시하면 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우), 제11.9조(이행요건), 제11.10조(고위경영진 및 이사회)의무에 한해 이탈이 허용된다.

그런데 한국의 부속서에 포함된 비합치목록이 불충분한 것이 아닌지에 대한 회의가 있다. 한국의 비합치조치에 관한 부속서를 살펴보면, 한국이 추진하고 있는 동반성장이거나 상생 정책 등이 포함되어 있지 않다. 물론 한·호주 FTA 부속서II에 의하면, 장애인, 국가유공자, 소수민족과 같은 사회적 또는 경제적 취약집단에게 권리를 부여하거나 우대하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보하도록 규정⁴⁰⁾하고 있는데, 경제

40) 한·호주 FTA 부속서II

Sector: **Disadvantaged Groups**

Obligations Concerned: National Treatment (Articles 7.2 and 11.3)

Most-Favoured-Nation Treatment (Articles 7.3 and 11.4)

적 취약집단에 골목상권의 가게주인이나 중소영세상인도 포함된다고 볼 여지도 있으나 이 조항을 통해서 골목상권의 보호를 정당화하기에는 장애인, 국가유공자, 소수민족과 같은 구체적 예시에서 빠져 있어 당해 조항이 동반성장이나 상생 정책을 위한 근거규정으로 사용될 수 있을지는 의문이다. 좀 더 명시적으로 동반성장이나 상생에 관한 정책에 대해 비합치조치로 부속서에 적시하였다면 정책 집행 자율권이 더 확보되었으리라 생각된다.

4. 공공정책의 적용배제 목록에 있어서의 ISDS 제기 가능성 논란

4.1 서 언

설사 한국이 비합치조치로 부속서에 적시하여 포괄적 유보를 한 분야라고 해도 공공 정책 자율권은 충분히 확보되어 있다고 보기는 어렵다. 비합치조치로 예외가 인정되는 의무는 제11.3조(내국민대우), 제11.4조(최혜국대우), 제11.9조(이행요건), 제11.10조(고위경영진 및 이사회)의무로 ICSID에서 주요 소송제기사유인 최소기준대우(한·호주 FTA 제 11.5조)나 수용 및 보상(한·호주 FTA 제11.6조, 특히 간접수용 부속서 11-나)이

〈표 1〉 비합치조치로 예외로 인정받을 수 있는 의무⁴¹⁾

한·호주 FTA 투자 분야상의 의무	부속서를 통한 비합치조치 예외 가능성
11.3 : 내국민대우	○
11.4 : 최혜국대우	○
11.5 : 최소기준대우	×
11.6 : 손실 및 보상	×
11.7 : 수용 및 보상	×
11.8 : 송금	×
11.9 : 이행요건	○
11.10: 고위경영진 및 이사회	○

Performance Requirements (Article 11.9)

Senior Management and Boards of Directors (Article 11.10)

Local Presence (Article 7.5)

Description: Cross-Border Trade in Services and Investment Korea reserves the right to adopt or maintain any measure that accords rights or preferences to socially or economically disadvantaged groups, **such as the disabled, persons who have rendered distinguished services to the state, and ethnic minorities.**

41) 저자 작성

빠져 있기 때문이다. 다시 말해, 부속서에 명시하여 포괄적 유보를 인정받은 공공정책에 대해서도 ‘최소기준대우’의 위반이나 ‘간접수용’ 등의 이유로 ISDS가 제기될 수 있으며, 이에 따라 국가 정책 입안 및 시행에 있어서 위축효과(chilling effect)가 발생할 수 있다.

4.2 최소기준대우 위반에 따른 ISDS 제기 가능성

최소기준대우에 대한 문제제기로 위축효과가 염려된다는 주장에 대해 최소기준대우의 경우 NAFTA에서는 구체적 해석이 결여되어 여러 중재판정이 제기되었으나 한·미 FTA에서는 규정을 명확히 하여 문제소지가 적으며, 한·호주 FTA 또한 동 규정을 그대로 적용하였는바 문제소지가 적다는 주장도 가능할 것으로 보인다. 그러나 앞서 밝혔듯 ‘공정하고 공평한 대우’의 해석에 있어 ‘세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다.’는 규정을 포함했다는 것만으로 그 모호성이 해결되었다고 보는 것은 무리가 있다. *Metalclad* 사건⁴²⁾을 비롯한 일련의 판례에서 ‘공정하고 공평한 대우’인지 여부를 살필 때, 중재재판소는 합리성, 비차별성, 일관성, 투명성, 적법절차, 신의성실 등의 요소 중 하나 이상 요소를 가지고 판단하는 것으로 파악되나 정형화된 기준이 있는 것이 아니라 각 중재재판마다 각기 중요도를 부여한 요소가 있었음을 확인할 수 있다.⁴³⁾ 최소기준대우인지의 모호성으로 인해 최소기준대우의 위반여부가 중재재판관의 재량에 크게 의존되게 된다면 이는 항상 분쟁의 씨앗으로 작용할 여지 및 ISDS의 남용가능성을 남겨 두게 되는 것으로 어떠한 조치가 최소기준대우의 범위인지에 대해 구체화하여 중재재판의 예측가능성을 높일 필요가 있다.

42) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, (ICSID Case ARB(AF)/97/1) 메탈클레드 사건에서 중재판정부는 메탈클레드사가 중앙정부로부터의 매립지에 관한 건설과 운영의 허가를 받아 합리적 기대가 있음에도 불구하고, 필요성이 불분명한 지방정부의 건설 허가와 불분명한 법으로 멕시코는 메탈클레드사의 투자에 대해 투명성과 예측가능성을 보장하는 데 실패하였는바 NAFTA의 공정하고 공평한 대우의 위반이라고 보았다(Richard Happ · Noah Rubins, *Digest of ICSID AWARD and DECISIONS* 1974-2002, OXFORD, 197-200쪽).

43) ‘공정하고 공평한 대우’의 중재판단의 기준에 대한 자세한 내용은 박선욱, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전 -국제투자중재 판정례들을 중심으로”, 법학연구 44호, 한국법학회, 325-350쪽; 최영주/황지현, “국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준”, 무역상무연구 57호, 한국무역상무학회, 2013, 61-78쪽 참조.

4.3 간접수용 위반에 따른 ISDS 제기 가능성

또한 한·호주 FTA 부속서 11-나 제3항에 따르면 수용의 범위에 간접수용이 포함되는 데, 이에 대해서도 그 판단기준을 명시해 두었는바 이에 관련한 이견이 좁혀질 것으로 기대할지도 모른다. 그러나 제3항에서는 ‘당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우’에 간접수용에 해당된다고 명시하더라도, 제4항의 구체적 판단기준으로 ㉠ 정부행위의 경제적 영향, ㉡ 투자에 근거한 분명한, 합리적인 기대(distinct, reasonable investment-backed expectations), ㉢ 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격을 고려하여 판단할 것을 규정하고 있는바, 정부 정책이 외국인투자자의 ‘합리적인 투자의 기대’를 벗어나 경제적으로 부정적인 영향을 준 것으로 성격상 판단되면 간접수용으로 여겨질 위험성이 내포되어 있다.

또한 간접수용의 예외라고 적시하고 있는 제5항도 “드문 상황을 제외하고는 공중보건, 안전 및 환경과 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”라고 명시되어 있음에 주목할 필요가 있다. 유사한 규정인 한·미 FTA 부속서 11-나 제3항은 ‘예컨대, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.’고 하여, 이른바 ‘간접수용의 예외의 예외’를 설정하던, ‘행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은’의 규정이 삭제되어 있음을 확인할 수 있다. 이 규정은 해당 정부의 조치가 목적과 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 드문 상황에 해당하는지를 중재기관에서 심사하게 하는바 삭제의 필요성이 제기⁴⁴⁾된 바 있는 규정으로, 만약 ‘드문 상황을 제외하고는’까지 온전한 삭제가 되었다면 공공복지 정책의 재량권이 더욱 확보되었을 것이나 무엇이 드문 상황(rare circumstance)인지에 대한 명확한 규정 없이 예외의 예외만 설정해 주고 있는 형국이 되었다. 차라리 한·캐나다 FTA 부속서 8-나의 규정처럼 ‘예를 들어, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적에 비추어 극히 심하여 선의로 채택되고 적용된 것으로 합리적으로 간주

44) 국회입법조사처, 한·미 FTA 체결에 따른 주요 정책 및 입법 과제 - 16장 투자자·국가 중재제도, 246쪽.

되기 어려운 드문 상황'임을 설명해 주는 것이 나왔을 것이다. 한·호주 FTA와 한·미 FTA, 한·캐나다의 해당 규정을 비교해 보면 아래와 같다.

〈표 2〉 간접수용 예외의 예외 규정 비교⁴⁵⁾

한·호주 FTA 부속서 11-나 제5항	한·미 FTA 부속서 11-나 제3항 나.	한·캐나다 FTA 부속서 8-나
(-)	예컨대, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은	예를 들어, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적에 비추어 극히 심하여 선의로 채택되고 적용된 것으로 합리적으로 간주되기 어려운
드문 상황을 제외하고는	드문 상황을 제외하고는	드문 상황을 제외하고는
공중보건, 안전 및 환경과 같은 정당한 공공복지 목적*을 보호하기 위하여 *각주 56): 한국의 경우, 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가구의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)는 간접수용을 구성하지 않는다.	공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여	공중보건, 안전, 환경 및 예를 들어 저소득층 가계의 주거 여건을 개선하기 위한 조치를 통한 부동산 가격안정화 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여
고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.	고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.	고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.

또한 간접수용을 구성하지 않는 정당한 공공복지 목적의 목록에 있어서도 우리 측의 상황과 입장을 제대로 다 담보하였는지에 대한 의구심이 남는다. 한미 FTA 제11장 각주 19) 및 한·호주 FTA 각주 54)에서 확인할 수 있듯이 ‘정당한 공공복지 목적’ 목록은 포괄적이지 아니하다. 그러나 무엇이 정당한 공공복지 목적에 해당되는지와 관련하여 이견이 있을 수 있으므로, 이에 대해 간접수용 위반으로 인한 ISDS가 제기되지 않을 수 있도록 각주로 “제5항의 범위를 제한함 없이, 부동산 정책⁴⁶⁾이나 상생발전 정책은 간접수용을 구성하지 아니한다.”고 규정하였더라면 더 분명하였을 것이나, 각주 56)에서 “한국의 경우, 부동산 가격안정화(예를 들어 저소득층 가구의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)는 간접수용을 구성하지 아니한다.”고만 밝히고 있어, 많은 아쉬움이 남는다.

호주의 경우 각주 55)를 추가하여 “보다 명확히 하기 위하여, 그리고 제5항의 범위를 제한함 없이 공중보건을 보호하기 위한 그러한 규제 행위는 의약품, 진단제, 백신, 의르기

45) 저자 작성.

46) 개인적인 견해로, 그린벨트나 용도지구 설정은 부동산가격안정화 정책의 범위라고는 보기 어려운 바(이 제도는 가격안정화보다는 오히려 무분별한 개발 방지라는 공공 목적을 위한 것이라고 보는 것이 타당할 것 같다), 이러한 제도가 간접수용의 범위에서 제외하기 위해서는 부동산관련 정책이라고 넓게 표현하는 것이 더 바람직할 것이라 생각된다.

기, 보건 관련 보조기구 및 기기, 그리고 혈액과 혈액제제에 관한 규제, 공급 및 급여를 포함한다.”고 하여 자신이 지키고자 하는 공중보건분야에 대한 간접수용의 예외 적용을 용이하게 한 것과는 대조적이다.

이러한 차이는 결국 중소기업인, 골목상권보호와 같은 공공목적으로 동반성장 또는 상생정책⁴⁷⁾을 입안하고 시행 시에는 ISDS를 통해 간접수용에 대한 문제제기에 이를 수 있다는 점에서 고민거리이다. 한미 FTA 비준 시에 많은 논란을 야기한 간접수용의 예외의 예외 규정이 한·호주 FTA에서는 제대로 이루어지고 이를 토대로 한·미 FTA ISDS 규정의 재협상이 이루어지길 바랐으나, 한·호주 FTA에서 공격적인 태도로 ISDS를 밀어붙이느라 한국 측이 진정으로 명시했어야 할 예외규정에 대해서는 소홀히 했던 것은 아닌지 걱정스럽다.

4.4 대응방안

향후 투자분야 협상에 있어서는 비합치조치 목록에서 간접수용이나 최소기준대우를 포함하여 목록을 만들고, 최소기준대우의 정의에 대해서 합의를 내리고, 간접수용의 예외의 예외 규정을 삭제하고, 간접수용의 예외 목록에 있어서도 한국 정부는 좀 더 한국의 상황을 반영하여 동반정책이나 상생정책 등의 제도를 예외로 원용할 수 있는 명시적인 문구를 삽입할 필요가 있다.

V. 결 어

한국 정부는 우리나라의 대(對)호주 투자규모⁴⁸⁾ 감안 시, ISD 조항이 포함된 FTA 체결로 안정적 투자환경 확보 및 투자자 보호가 보장되어 투자 활성화에도 기여할 수

47) 유통산업 발전법에서는 대형마트가 전통상업 보존구역 1km 이내로 진입하는 것을 사실상 금지하고 있으며, 대중소기업 상생 협력 촉진에 관한 법률에 의하면 중소기업적합업종을 선정하여, 이 업종에 대기업이 진출하는 것을 억제하는 규정들을 두어, 골목상권과 중소기업영업을 보호하고 있다.

48) 우리나라의 호주에 대한 투자는 161.6억 불, 호주의 한국에 대한 투자는 22.1억 불로 한국의 호주에 대한 투자는 누계액기준으로 8배 가까이 더 많다.

자료: 산업통상자원부, 한·호주/한·캐나다 FTA 국회 비준 동의 완료(2014.12.4.일자 보도자료) <http://www.motie.go.kr/motie/ne/presse/press2/bbs/bbsView.do?bbs_seq_n=156780&bbs_cd_n=81>, 최종검색일: 2014. 12. 5.

있을 거라는 기대감도 있으나 ISDS의 포함을 원치 않는 호주에 억지로 강요하고, 호주의 ISDS에 대한 불안을 잠재우기 위해 ISDS에 여러 가지 예외를 인정해 주고 정작 한국 측은 예외를 제대로 설정하지 못하여 우리 측의 충분한 재량권이 확보되지 못한 것이 아닌지 걱정스럽다. 또한 한·미 FTA ISDS 재협상 진행도 진척을 이루지 못하고 있는 가운데,⁴⁹⁾ 한·미 FTA와 매우 유사한 한·호주 FTA ISDS가 비준 동의된 점은 한국 측의 한·미 FTA ISDS 협상여지를 좁히는 결과를 가져올 것으로 예상된다.

일·호주 FTA에서 일본 정부는 호주가 원치 않던 ISDS를 배제하고 실리를 얻은 데⁵⁰⁾ 반해, 맥쿼리인프라⁵¹⁾ 등의 한국으로 진출한 호주기업의 ISDS 제기가능성을 열며, 한국은 ISDS로 무엇을 얻었는지를 좀 더 강구할 필요가 있다. 협정문에서는 ISDS의 포함을 표준약관처럼 명시하고 있는 데 반해 한국이 ISDS 제기 가능성을 검토하고, ISDS분쟁을 전담하는 기구의 설치, 운영, 예산 집행 등 전반적인 ISDS 대책에 있어 충분한 준비가 갖추어져 있는 것인지 또한 상당히 염려스럽다. 동시다발적으로 ISDS 제기 시, 그 업무처리비용과 행정인력 부담은 가능한 것인지, 한국은 영어권 국가가 아닌바 ISDS의 기본

49) 2014년 11월 26일자 BusinessKorea, Korea, US Evaluate Current State of FTA에 따르면, 한·미 FTA ISDS에 관한 재협상이 서비스투자위원회에서 논의되었으나 별다른 진척을 보이지 못하였다고 한다. <<http://www.businesskorea.co.kr/article/7490/korus-fta-korea-us-evaluate-current-state-fta>>, 최종검색일: 2014. 12. 1.

50) <표 2> 한·호주 자유무역협정(FTA)과 일·호주 경제동반자협정(EPA) 비교

내용	한·호주 FTA	일·호주 FTA
10년 내 자유화 (한국/일본)	품목수 기준 94.3% 무역액 기준 94.6%	품목수 기준 88.4% 무역액 기준 93.7%
쇠고기 관세	냉동·냉장 15년 내 철폐(40%→0%)	냉동 18년 내 축소 냉장 15년 내 축소(38.5%→23.5%)
돼지고기 관세	냉동삼겹살 양허제외 냉장삼겹살 및 기타 10년 내 철폐	양허 제외
치즈 관세	13~20년 내 철폐+저율관세할당(TRQ)	10~20년 내 철폐+저율관세할당(TRQ)

자료: “일본보다 불리한데... 한·호주 FTA 비준 재촉하는 청와대” 인용, ‘한·호주 FTA 비준동의안에 대한 국회 외교통일위원회 공청회’ 자료 재인용, 2014. 11. 18.일자 경향신문.

51) 맥쿼리 한국 인프라 펀드(Macquarie Korea Infrastructure Fund, MKIF, 약칭 맥쿼리인프라)는 1970년 오스트레일리아 시드니에서 설립되어 본사를 둔 맥쿼리 그룹이 2002년 12월 신한금융그룹(신한금융지주회사)과의 합작회사의 형태로 설립한 회사로 우면산터널, 마창대교, 서울양양고속도로 등을 비롯한 대한민국 인프라사업에 투자한 회사로 2014년에는 서울시에 9호선 지하철을 매각한 바 있다. (자세한 대한민국 인프라 자산 내용은 위키피디아 ‘맥쿼리 인프라’ 검색), <<http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%A7%A5%EC%BF%BC%EB%A6%AC%ED%95%9C%EA%B5%AD%EC%9D%B8%ED%94%84%EB%9D%BC%ED%88%AC%EC%9C%B5%EC%9E%90%ED%9A%8C%EC%82%AC>>, 최종검색일: 2014.12.5.

중재언어인 영어로 중재가 이루어질 경우 ‘언어장벽’으로 인해 불리한 측면을 해결하기 위한 방안 등도 고민해 보아야 한다.

한국은 *Lonestar* 사건을 계기로 한국도 ISDS의 피제소국이 될 수 있음을 인식했고, 또한 안성주택의 중국 정부에 대한 ICSID 중재제기⁵²⁾로 한국 기업이 ISDS를 활용하는 모습도 목격하고 있다. ISDS가 투자자를 보호하는 방패에서 투자유치국을 위협하는 창으로 변모해 나가는 새로운 세계 질서 흐름을 거스를 수는 없더라도 시류에 휘말려 곤경에 처하기 전에, 충분한 국가 정책의 자율권을 확보하기 위해 스스로가 노력할 필요가 있다. 향후 FTA/BIT를 체결 시 더욱 신중한 접근과 면밀한 분석을 통해 타협안을 마련하고, ISDS 제기되었을 시 제대로 된 대처가 이루어질 수 있도록 철저한 준비를 해 나가야 할 것이다. 우리나라가 외국인 투자보호에 있어, 적절한 투자보호를 통한 투자 유치확대와 정당한 규제권 확보 사이에서 바람직한 밸런스를 잡을 수 있기를 기대해 본다.

52) “국내 건설업체, 中정부에 ‘투자자-국가 소송’ 첫 제기”, 2014. 11.8.일자 연합뉴스.

참고문헌

1. 단행본

김대순, 국제법론 17판, 박영사, 2013.

Krista Nadakavukaren Schefer, *International investment law -Text, Cases and Matereials*, Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

Richard Happ / Noah Rubins, *Digest of ICSID Award and Decisions 1974-2002*, Oxford University Press, 2013.

2. 학술지

김석호, “국제투자조약상 ‘최혜국대우 조항’의 적용범위-분쟁해결조항에의 적용여부를 중심으로-”, 법학연구 제50집, 한국법학회, 2013, 213-235쪽.

박선욱, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전-국제투자중재 판정례들을 중심으로-”, 법학연구 44집, 한국법학회, 2011, 325-350쪽.

_____, “양자 간 투자협정상 최혜국대우규정의 절차법적 적용에 관한 연구-다자주의로의 전환을 중심으로-”, 법학연구 제39집, 한국법학회, 2010, 335-358쪽.

최영주 / 황지현, “국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준”, 무역상무연구 57호, 한국무역상무학회, 2013, 61-78쪽.

James Zahn, “Investment policies for sustainable development: addressing policy challeges in a new investment landscape”, In Roberto Echandi et el., *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013.

3. 보고서 및 인터넷 자료

국회입법조사처, 한·미 FTA 체결에 따른 주요 정책 및 입법 과제.

산업통상자원부, “한·호주/한·캐나다 FTA 국회 비준 동의 완료”, 2014. 12. 4.일자 보도

자료.

_____, “호주 의회 ‘한국과 ISD 재협상’”, 2014. 10. 30.일자 보도해명자료.

_____, “한·호주 FTA” 상세설명자료.

오수현 외3명, “한·호주, 한·뉴질랜드 FTA의 현황과 경제적 의미”, KIEP 지역경제포커스, 2013. 3. 25.

Department of foreign affairs and trade, Australian Government, Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity, Apr., 2011.

USTR, United States – AUSTRALIA FREE TRADE AGREEMENT Summary of the Agreement.

UNCTAD, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies.

4. 신문 기사

김지환, “일본보다 불리한데... 한·호주 FTA 비준 재촉하는 청와대”, 경향신문, 2014.11.18., <http://bizn.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid=201411180600045&code=920501&med=khan>.

_____, “호주의회, 한국과의 ISD 재협상”, 경향신문, 2014.10.29., <http://bizn.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid=201410290600025&code=920501&med=khan>.

한지훈, “국내 건설업체, 中정부에 ‘투자자-국가 소송’ 첫 제기”, 연합뉴스, 2014.11.8., <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/11/08/0200000000AKR20141108024500004.HTML>>.

Jack H. Park, “Korea, US Evaluate Current State of FTA”, BusinessKorea, 2014.11.26. <<http://www.businesskorea.co.kr/article/7490/korus-fta-korea-us-evaluate-current-state-fta>>.

SUNS “Latin American states form alliance to tackle investment treaties”, 2013.4.30. <<http://www.twm.my/title2/wto.info/2013/twninfo130408.htm>>

5. 전자문헌

<<http://www.fta.go.kr>>

<<http://www.firb.gov.au>>

<<http://www.health.gov.au>>

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

<<http://www.asil.org>>

<<http://www.dfat.gov.au>>

<<http://www.law.go.kr>>

<<http://ko.wikipedia.org>>

<<http://terms.naver.com>>

<<http://info.finance.naver.com>>

[Abstract]

Issue Study on KAFTA Investment Chapter**—Focus on ISDS scope and ISDS ‘Safeguard’—**

Kang, Min-Ji*

After Seoul signaled its interest in joining the Trans-Pacific Partnership (TPP), it tried to finish FTAs in a hurry with other TPP countries that had not been its FTA partners such as Canada and Australia. Due to this hurry, all of sudden they were concluded, but due to confidentiality, the features of Korean FTAs were not fully examined but now ratified.

The Korea-Australia Free Trade Agreement (KAFTA) was ratified on 12nd December 2014. KAFTA includes ISDS(Investor-State Dispute Settlement) clauses and it also contains a number of ISDS ‘safeguards’ designed to circumscribe the potential scope of the ISDS provisions. Since there is not much research on KAFTA Investment chapter, this paper will look through KAFTA Investment chapter and examine related issues such as the exclusion of investments which are subject to review under Australia’s foreign investment policy and whether KAFTA ISDS ‘safeguard’ clauses gives the government sufficient discretion to take regulatory action in relation to ‘legitimate public welfare objectives’.

ISDS, once recognized a shield for the investor, over times, has become a sword against the national interests. Allowing for ISDS may excessively curtail national regulatory space and may come with significant legal, political and economic costs. Against this backdrop, it is very important to finely design the scope and exceptions of ISDS. By coming up with appropriate ISDS scope and ISDS safeguard clause, hope Korea to secure the “right balance” between the right of states to regulate and the need to protect investors.

[Key Words] ISDS, KAFTA, Safeguard, Foreign investment policy, TPP

* Graduate student, School of Law, Yonsei University