

투자협정 해설

1. 개요

- 투자협정의 목적 및 기능
 - 외국인 투자 및 투자자 보호
 - 외국인 투자 유치
- 종류
 - 투자보장(호)협정 : 설립후 투자만 보호
 - * investment admitted in accordance with domestic laws and regulations
 - * 설립전 투자 비용 문제
 - 투자협정 : 설립전 투자도 보호
 - * investor, enterprise.. that **attempts(seeking) to** make, is making, or has made an investment
 - * NT..with respect **to establishment, acquisition, expansion**, management, conduct, operation, & sale..
 - 투자자유화협정 : 투자개방분야 양허까지 포함
- 가장 보편적인 국제 협정 : 약 3,300건
 - 대동소이한 내용의 십여개 핵심 조항으로 구성
- 사법적 특징
 - 실체적 의무가 추상적 표현으로 규정
 - 투자자에게 국가 상대 소송권 보장(ISD)
 - * 공정공평대우
 - * 간접수용
 - 중재 판정부의 폭넓은 재량
 - 판례의 협정조문화

2. 주요조항 및 개념

가. 적용 범위

- covered investment
- 소급 적용 여부
- 금융, 조세 등에의 적용 여부
 - 타 챕터와의 관계(주로 FTA 협정에 기재)
- 규제 대상이 되는 정부의 조치 범위
 - 지방 정부, 공공 기관 등

나. 투자의 정의

- investment means every asset that
 - an investor owns or control, directly or indirectly
 - has the characteristics of an investment such as
commitment of capital, expectation of gain, assumption of risk
- Forms that an investment may take
 - 기업, 주식, 채권, 선물, 각종 계약, 지재권, 법적 권리(면허, 인가), 유무형 자산, 질권, 저당권 등
- Salini test
 - 기여성, 투입성, 기대성, 위험성
 - ICSID convention
 - * preambleConsidering the need for international cooperation for economic development,....
 - * 25.(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between ..State .. and a national ..

다. 투자자의 정의

○ ..national or an enterprise .. that attempts to make, is making, or has made an investment ...

- 해당 국가 국적법 준수 여부

○ 이중국적자의 처리

- a dual national shall be deemed to be a national of dominant and effective nationality..

거주, 영주, 주소 요건 협정에 명시 경향

- ICSID convention

25.(2) "National of another Contracting State" means:

(a) 중재 이용 합의일 및 청구 등재일 당시 체약국 국적 보유자, 분쟁 당사국(투자 유치국) 국적 보유자 제외

(b) 중재 이용 합의일 및 청구 등재일 당시 체약국 국적 기업,

투자국 기업으로 취급하기로 당사국간 합의된 외국인 통제하(투자국 통제하)의 분쟁 당사국(투자 유치국) 기업

* 당사국 합의시 외국 기업(investor)의 현지법인(investment)의 중재 청구권 인정한 것

○ 기업의 국적 판정 기준 : 등록지, 소유.통제, 의결권지, 실질적 활동지

○ 투자자에 소액 주주 포함 여부

- 투자자는 자기 자신을 위해 또는 기업을 대신하여 청구 제기 가능(한미 FTA 11.18)

- 기업을 대신한 청구는 지배 주주로 국한

- 자기 자신을 위한 청구는 소액 주주도 가능

- 명시적 규정이 없을 경우에는 판례 상이, 인정하는 경우도 주식 가치 하락에 대한 청구만 인정, 주주는 회사 자산에

대해서는 직접적인 권리 불보유

라. 내국민대우

- Each party shall accord to investors and investments of the other Party treatment no less favorable than it accords, in like circumstances, to its own investors and investments with respect to (설립, 인수, 확장), 경영, 영업, 운영, 매각, 그밖의 처분 - pre-NT, post-NT
- 동종 상황의 여부가 쟁점
- de jure, de facto 차별 모두 포함
- 차별의 효과가 있으면 차별의 의도 있었다고 인정

마. 최혜국대우

- ..shall accord to investors and investments of the other Party treatment no less favorable than it accords, in like circumstances, to investors and investments of any non-Party with respect to (설립, 인수, 확장), 경영, 영업, 운영, 매각, 그밖의 처분
- 분쟁조항 적용 여부
 - 분쟁조항 배제 의도시 협정내에 적시하는 추세

바. 공정공평대우 (최소기준대우)

- ..shall accord to the investments/investors (covered investment) treatment, (in accordance with customary international law,) including fair and equitable treatment & full protection and security
 - para. 1 prescribes the customary int'l law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be accorded to covered investments
 - FET & FPS do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights
 - FET includes the obligation not to deny justice ... in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world
 - FPS...level of police protection required under customary int'l law
 - breach of other article, separate int'l agreement ...not breach of 공정공평
- 자의적, 차별적 대우
- 사법부인, 적법절차 위반
 - 사법접근권 부인, 법원의 판단 거부, 불합리한 지연, 독립성 부족, 판정의 불이행, 판사의 부패 등
- 신의칙 위반, 악의
 - 공정공평 위반을 구성하기 위해 반드시 악의(malicious intent)가 입증되어야 하는 것은 아님
- 합리적(정당한) 기대
 - 투자유치국의 정치, 경제, 사회, 문화, 역사적 조건들도 고려
 - 투자유치국이 제시한 조건에 근거해야
 - 투자 결정과 동 조건간의 인과관계
- 투명성
- outrageous, egregious, in bad faith, so below international standard, manifest arbitrariness, gross denial of justice

사. 수용 및 보상

- ...shall not expropriate a covered investments either directly or indirectly except:
 - for a public purpose
 - in a non-discriminatory manner
 - on payment of prompt, adequate, effective compensation
 - with due process of law
- compensation shall be
 - payed without delay
 - be fair market value...immediately before the date of expropriation
 - 수용 의사 공개후의 가격 변동 불반영
 - be fully realizable and freely transferable
- fair market value
 - 수용 당일 시장가 + 수용일~지불일간 상업적 이자
- direct expropriation = formal transfer of title or outright seizure
indirect exp. = equivalent to direct exp. without formal transfer of title or outright seizure
 - case by case, fact-based inquiry
 - consider all relevant factors including
 - * economic impact of the government action, 정부 행위 자체로는 간접수용 불구성
 - * character of the government action

아. 손실 및 보상

- ...shall accord to investors/investments of the other Party
non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts
relating to losses owing to 전쟁, 무력충돌, 반란, 폭동, 소요, 내란 등
- 동 상황시 군대/당국에 의한 징발, 파괴 등에 대해 원상회복, 보상 의무
- state of emergency, 천재지변 포함되는 경우도 존재
- 보상 기준은 통상 수용시 보상 기준 준용

자. 송금 보장

- ...shall permit all transfers relating to a covered investment to be made
 - freely and without delay..
 - in a freely usable currency at the prevailing market exchange rate
- ..may prevent a transfer ..
 - bankruptcy, insolvency, protection of the rights creditors
 - securities, futures, options, derivatives
 - criminal offenses, law enforcement
 - compliance with orders, judgement

차. 이행요건 부과 금지

- 상품, 서비스 수출
- 국산 부품 사용
- 국내 조달, 국내 상인 구매
- 수입량(액)/국내판매와 수출량(액)/투자액과의 연계
- 기술이전
- 국내 생산 상품/서비스의 특정 지역 공급
- 적용 제외
 - 법과 규정의 준수상 불가피
 - 생명 건강 보호
 - 천연자원 보존
 - 정부 조달 등

카. 분쟁해결

○ 투자협정 의무 위반에 관한 투자 유치국과 해외투자자간의 분쟁

- 선 협의, 우호적 해결 모색
- x 개월후 투자 유치국 법원 또는 중재 회부 (냉각기간)
 - * 회부 가능 중재 나열 : ICSID, UNCITRAL, 당사국 합의 중재
- 택일 방식 : 법원, 중재 중 택일 결정은 최종적, 번복 불가(fork in the road)
 - 국내구제소진 방식 : 국내 사법 절차 종결후 국제 중재 청구 가능
- 중재 회부 가능 시한:손실 발생 또는 발생 가능성 인지 시점부터 x 년 이내
- 금전적 손해 배상의 지급 또는 분쟁의 실질적 해결을 수반하지 않는 소송 국내 제기 가능
 - * fork in the road 회피 위한 국내 제소 빈발
 - * 분쟁 동일성 시비
- ISD 중재 사안에 대한 외교적 보호권 사용 금지

○ 투자 유치국의 투자계약 위반의 구제 수단

- 우산 조항 : 국가의 계약 의무 위반을 투자 협정 의무 위반화하여 분쟁 조항 적용
- ...shall observe any other obligations(undertakings, commitments) it may have entered into with the investors...
 - 분쟁조항 적용 범위 나열 방식 : 투자협정, 투자 인가, 투자 계약

○ 투자협정 체약국간의 분쟁

타. 고위경영진

- 고위 경영직에 특정 국적의 자연인 임명 요구 불가
- 이사회 과반수의 특정 국적 보유 또는 국내 거주 요건 부과 가능
 - 단 투자자의 지배권 행사 침해 불가

파. 대위변제

- 해외 투자자는 통상 투자 위험 회피를 위한 보험 확보
- 투자 위험 발생시 보험 회사는 보험금을 투자자에게 지급하고 투자자의 보상청구권을 인수
- 투자 유치국은 보험 회사에게 대위 변제할 것임을 투자협정내에 규정

하. 혜택부인

- 정상적인 경제 관계 없는 제3국 투자(자)
 - 상대국 투자(자)가 실상은 투자유치국과 정상적인 경제 관계가 없는 제3국의 실질적인 지배하에 있는 경우
- 실질적 영업 활동의 부재(paper company 방지)
 - 투자(자)가 형식적으로는 상대방 국가의 투자(자)이나 실질적으로는 비당사국의 국민이 소유통제하며 실질적인 영업 활동이 없는 경우
- 소유·통제
- 투자자 정의 조항, ISD 인적 관할권 판정에 흔히 적용
 - piercing the corporate veil