

## 투자협정상 「내국민대우(National Treatment)」 조항 작성시 유의사항에 관한 연구

오 원 석\*  
서 경\*\*  
이 경 화\*\*\*

- 
- I. 서 론
  - II. 내국민대우의 개관
  - III. 내국민대우조항의 작성방안과 실례
  - IV. 내국민대우조항 작성시 유의사항
  - V. 결 론
- 

주제어 : 투자협정, 일반대우, 내국민대우, 내국민대우조항.

### I. 서 론

한국은 최근의 글로벌 경제위기를 단시간에 극복하고 지난해 11월 서울에서 G20 정상회의를 개최함으로써 국제사회에 또 한번 위상을 떨쳤다. 이는 한국

---

\* 성균관대학교 경영전문대학원 교수  
\*\* 서경대학교 겸임교수, 경영학박사  
\*\*\* 성균관대학교 대학원 무역학과 박사과정 수료

이 기간 중장기적인 지속성장을 위하여 ‘적극적인 해외진출’과 ‘전략적인 대외 개방’등 ‘글로벌 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 FTA라 함) 네트워크’를 적극적으로 구축하여 온 결과이다. 이와 같이 보호주의가 우려되는 국제 통상환경 속에서 한국뿐 아니라 세계 모든 국가들이 FTA를 비롯한 지역무역협정(Regional Trade Agreement, 이하 RTA라 함) 체결의 필요성을 절실히 느끼는 데 따라 안정적인 해외시장을 확보하기 위하여 주요교역국가들과 앞 다투어 RTA를 체결하고 있다. 하여 1994년까지 91건에 불과하던 세계 RTA수는 2010년 12월에는 285건에 이를 정도로 급증하였다.<sup>1)</sup>

이러한 RTA는 상품의 관세철폐 뿐만 아니라 서비스 및 투자자유화까지 포괄하여 다루고 있기 때문에 이를 광의의 투자협정이라고 볼 수 있는데, 국제투자가 급증함에 따라 협정내용 중 투자분야(Investment Chapter)의 중요성이 날로 커지고 있다. 국제연합무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, 이하 UNCTAD라 함)의 자료에 따르면 2010년 세계 해외직접투자액은 1.1조 달러~1.3조 달러였고 2011년에는 약 1.5조 달러, 2012년에는 약 2조 달러에 달할 것으로 추정하고 있다.<sup>2)</sup> 즉, 앞으로 투자액은 꾸준히 증가할 것이라는 전망이다.

이와 같이 해외직접투자의 증가에 따라 세계 각국은 RTA에 포함되어 있는 투자분야만으로는 외국인투자자에게 충분한 안전망을 제공하지 못할 뿐더러 해외에 진출한 자국기업에게 실질적 보호를 제공하기 어려워 해외투자를 효율적으로 촉진할 수 없다고 판단하여 투자희망국가들 간에 양자간투자협정(Bilateral Investment Treaty, 이하 BIT라 함)을 체결하기 시작하였다. 이리하여 범세계적으로 2008년말까지 체결된 BIT수는 총 2,676개에 이르며 한국은 2008년 6월 기준 87개의 BIT를 체결<sup>3)</sup>하였는데 이는 전 세계 10위에 해당한다.<sup>4)</sup>

1) WTO 홈페이지(<http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx>, 2011년 1월 20일 최종방문).

2) UNCTAD 홈페이지(<http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=5542&lang=1>의 world investment report 2010 참조, 2011년 1월 20일 최종방문).

3) UNCTAD 홈페이지(<http://unctad.org/Templates/>의 Country-specific Lists of BITs 참조, 2011년 1월 20일 최종방문).

4) 대한상사중재원, 「국제투자분쟁연구」, 2009. p.107.

이와 같이 국제투자가 꾸준히 증가함에 따라 국가마다 BIT나 RTA(투자분야 포함) 등 투자협정들을 앞 다투어 체결하고 있는 상황에서, 투자협정상 관련조항 작성시 그 신중성이 더더욱 요구되고 있는 실정이다. 투자협정상 공통적으로 규정하는 핵심사항들로는 (i) 투자의 정의와, (ii) 외국인투자의 허가, (iii) 외국인투자에 부여되는 대우, (iv) 외국인재산의 수용 및 보상, (v) 외국인투자 관련 분쟁해결 등이며, 투자협정 체결시 반드시 이러한 사항들에 대하여 신중을 기해야 한다. 즉, 해외에 있는 자국투자자를 보호하고 자국에 투자한 투자자들로부터 자국기업이 영향을 적게 받는 전제하에서 투자유치를 촉진할 수 있는 조항을 삽입해야 하는 것이다.

본고에서는 투자협정의 내용 중, 자국민보호와 투자유치에 큰 영향을 미치는 사항인 ‘외국인투자에 부여되는 대우’를 중심으로 다루고자 한다. 이러한 대우 문제가 중요한 이유는 외국인투자자가 투자유치국으로부터 자신들의 기업활동에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 부당한 간섭을 받지 않고 투자유치국에서 정상적인 기업활동을 수행할 수 있도록 보장받는 것을 가장 중요하게 생각하기 때문이다.<sup>5)</sup>

‘외국인투자에 부여되는 대우’ 중 가장 기본적이고 중요한 원칙은 내국민대우(national treatment)와 최혜국대우(most-favoured-nation treatment)인바, 본고는 한정된 지면의 관계로 이 중 판단기준과 작성방법이 상대적으로 복잡한 내국민대우에 대하여만 살펴본 후 최혜국대우를 비롯한 나머지 대우들은 추후 연구과제로 남기고자 한다.<sup>6)</sup>

지금까지 국내에서는 투자협정중 수용이나 보상, 또는 외국인투자관련 분쟁 해결 등을 중심으로 연구가 진행되어 왔으며<sup>7)</sup>, 내국민대우를 비롯한 ‘외국인

5) G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Investments on Investment Protection", 「Recueil des Cours」, de l'Academie de Droit International de La Haye Vol269, 1997, p.340.

6) 이 외에도 공정·공평대우(fair and equitable treatment), 완전보호대우(full protection and security), 자의적이고 차별적 조치금지(prohibition of arbitrary or discriminatory measures) 등 대우가 있다(한찬식 외 2인, 「한일 투자협정 해설」, 산업연구원, 2003, p.97).

7) 그 중에는 김정일·이기옥·이경화, "국제투자에 있어서 간접수용에 관한 연구", 「무역상무연구」, 제47권, 한국무역상무학회, 2010. 8., 오원석·서경, "국제투자계약상의 중재조항의 주요 구성요소에 관한 연구", 「무역상무연구」, 제33권, 한국무역상무학회, 2008., 강병근, "국제투자조약상 최혜국대우 조항의 적용범위와 국내구제완료원칙의 적용", 「국제투자분쟁

투자에 부여되는 대우'에 대해서는 연구가 이루어지지 않았다. 따라서 본고에서는 내국민대우조항의 작성방법을 소개하고 작성시 유의사항을 도출하여 투자유치 업무를 담당하는 분들에게 내국민대우조항 작성시 참고할 수 있는 자료를 제공하고자 한다.

## Ⅱ. 내국민대우의 개관

### 1. 내국민대우의 의미

투자협정상 외국인투자자와 외국투자에 대한 대우는 크게 일반대우(general treatment)와 특별대우(specific treatment)로 나뉜다. 일반대우란 투자유치국 내에서 행해지는 투자의 전반적 측면에 일반적으로 적용되는 대우를 말하는데, 그 대표적인 것으로 앞에서 언급한바와 같이 내국민대우(national treatment), 최혜국대우(most-favoured-nation treatment)<sup>8)</sup>, 공정·공평대우(fair and equitable treatment)<sup>9)</sup>가 있다. 이에 비하여 특별대우란 특정한 투자의 개별적 사항에 한하여 적용되는 대우를 말하며 각국간의 개별적 사정에 따른 합의의 존재에 따라 결정된다. 즉 내국민대우는 투자협정상 일반대우에 속한다.<sup>10)</sup>

투자협정상 내국민대우란 동종의 상황 하에서 협정의 일방 체약국의 투자자 및 투자는 상대방 체약국인 투자유치국의 투자자 및 투자보다 불리한 대우를 받지 않아야 한다는 것을 말한다.<sup>11)</sup> 전통적인 국제법을 살펴보면 이러한 내국

---

연구」, 제3권, 대한상사중재원, 2009., 변필건, "지자체의 외자유치 과정에서의 ISD 발생 가능성 연구", 국제투자분쟁연구」, 제3권, 대한상사중재원, 2009. 등 연구들이 있다.

8) 최혜국대우란 일방당사국이 다른 협정에서 이 협정보다 유리한 혜택을 상대국에 부여하는 경우, 그 혜택이 이 협정의 당사국에게 자동적으로 부여되는 원칙으로 대부분이 투자협정에 포함되어 있다.

9) 공정·공평대우는, 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차 원칙에 따라 형사·민사·또는 행정적 심판절차에 있어 정의를 부인하지 않는 대우를 말하며, 이는 최소기준대우에 속한다. 최소기준대우(minimum standard of treatment)란, 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함한 '국제관습법에 따른 대우'를 상대국 투자에 부여하여야 함을 말한다.

10) 장승화, 「양자간 투자협정 연구」, 법무부, 2001. p.47.

11) M. Somarajah, 「The International Law on Foreign Investment」, Cambridge, 1994. pp. 250-251.

민대우원칙은 다음 두 가지 의미로 해석되어 왔다. 하나는 일반적으로 해석되는 것과 같이 외국인과 그의 재산은 내국민에 비하여 차별을 받지 않고 동등한 대우를 부여받아야 함을 의미한다(no less favourable treatment).<sup>12)</sup> 반면, 이른바 ‘칼보독트린’(Calvo Doctrine)<sup>13)</sup>이라고 알려진 원칙에 의하면 이는 내국민만큼의 대우를 하면 충분하고 더 이상의 대우는 불필요하다고 하면서(no more favourable treatment) 오직 동등한 대우를 제공하는데 초점을 맞추고 있다. 후자는 주로 라틴아메리카의 개발도상국에 의해 적용된 바 있긴 하지만,<sup>14)</sup> 대부분의 투자협정에서는 전자의 의미로 사용되는 것이 보통이며 이러한 해석이야말로 WTO협정과 같이<sup>15)</sup> 투자 이외 분야에서의 해석과도 균형이 이루어진다.<sup>16)</sup>

최근의 거의 모든 투자협정들은 내국민대우조항을 규정하고 있으며 이로써 외국투자자들을 실질적으로 보호하고 있다.<sup>17)</sup> 그러나 국가에 따라서는 최혜국대우 원칙과 달리 내국민대우 원칙은 받아들이지 않는 경우가 있다. 실제로 최혜국대우 원칙은 거의 모든 국가에 의하여 수용되고 있지만, 내국민대우 원칙은 자국의 투자자들을 차별적으로 우대할 수 있는 권리를 유보하기 위하여 채택되지 않는 경우가 많다. 예컨대 초기의 노르웨이와 스웨덴에 의하여 체결된 BIT나, 중국에 의해 체결된 대부분의 BIT는 내국민대우를 규정하지 않고 있다.<sup>18)</sup>

12) N. Horn, 「Arbitrating Foreign Investment Disputes」, Kluwer Law International, 2004. p.66도 이와 같이 해석한다.

13) 칼보독트린은, 외국인은 본 계약에 관한 모든 사항에서 현지국의 국민으로 간주되며, 어떠한 경우에도 자국정부의 외교적 보호를 요청하지 않는다는 것을 주된 내용으로 한다(최승환, 「국제경제법」, 법문사, 2006. p.878).

14) UNCTAD, "National Treatment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999. p.7.

15) GAETAN V., 「National Treatment and WTO Dispute settlement」, Oxford-Portland Oregon, 2002. p.21.

16) 서경, “국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재의 이용에 따른 대처방안에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2007. p.71.

17) Campbell M. QC & Laurence S. & Matthew W., 「International Investment Arbitration」, Oxford University Press, 2008. p.251.

18) 중국은 독일과의 협정 제3조 제4항에서 내국민대우의 원칙을 채용하였으나, 1990년대 이후 내국민대우조항을 편입하지 않은 것을 원칙으로 하고 있다. 중국은 1990년대 초반 이후부터 경제 개혁과 개방을 추진해 왔기 때문에 내국민대우를 일정한 요건 하에 제한적으

우리나라는 외국인투자자에 대하여 국적을 이유로 차별하지 않고 내국민과 동등한 보호를 부여하는 것을 가장 기본적인 의무로 생각하고 있으며, 이에 우리나라가 체결한 투자협정들에는 모두 내국민대우조항이 규정되어 있다. 뿐만 아니라 투자이외에도 상품, 서비스, 금융, 지적재산권 등 분야에 대하여도 내국민대우를 제공하는 것을 원칙으로 하고 있다.<sup>19)</sup>

## 2. 내국민대우의 판단기준

위에서 보았듯이, 내국민대우조항에 근거하면 각 당사국은 동종의 상황 하에서 자국 투자자 및 투자에 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자자 및 투자에게 부여하여야 한다. 이에 따라 내국민대우 위반여부를 판단하려면 아래 세단계의 검토과정이 필요하게 된다. 먼저 외국인투자자와 그 비교대상이 되는 내국인 투자자가 동종의 상황에 있는지를 검토하여야 하고, 다음은 비교대상이 된 외국인투자자와 내국인 투자자간에 차별이 존재하는지를 검토하여야 하며, 마지막으로 그런 차별적 대우를 정당화 할만한 다른 사정이 있는지를 검토하여야 한다.<sup>20)</sup>

### 1) 동종 상황(like circumstance)

내국민대우는 상대적인 기준으로 어떠한 대상과 비교를 하여야만 그 위반여부를 판단할 수 있다.<sup>21)</sup> 즉, 외국인투자자와 비교할 수 있는 내국인 대상자를

---

로만 허용하고 있다. 가장 중요한 요건은 '현존하는 법률과 규제에 따른다'는 것인데, 이러한 규정은 모로코와의 협정 제3조 제2항에 나타나고 있다. 그러나 중국은 우리나라와의 투자협정에서는 제3조 제2항에서 아무런 요건 없이 내국민대우의 원칙을 받아들이고 있는데, 1996년 중국국가회의(State Council)의 보고서에 의하면 이는 중국이 단계적으로 더 개방된 정책을 실시하겠다는 의지의 소산인 것으로 보인다 (UNCTAD, "National Treatment", op. cit., p. 60, 서경 전계논문, p.71 재인용).

19) 정수봉, 「한미FTA 투자분야 연구」, 법무부, 2008. p.49.

20) 내국민대우 판단기준에 대하여는 Dolzer & Schreuer, op. cit., pp.178-186; 박노형 외 5인, 「투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점」, 산업자원부, 2007. pp.73-86; Campbell M. QC & Laurence S. & Matthew W.r, op. cit., p.253에서 모두 같은 방법으로 분류하였으며 이에 이 부분은 위의 세 자료를 참고하여 작성하였다.

21) 최혜국대우와 내국민대우는 비교대상이 있는 상대적 기준(relative standards)이고 그 외의 대우들은 모두 비교대상이 없는 절대적 기준(absolute standards)이다(한찬식 외 2인, 전계서, p.98).

결정하여 그 둘을 서로 비교하여야 하며, 이때 만약 선정된 비교대상자가 적절하지 않다면, 즉 서로 동종의 상황에 놓여 있지 않다면 당연히 내국민대우의 위반은 인정되지 않게 된다. *Pope & Talbot v. 캐나다* 사건<sup>22)</sup>에서 중재판정부는 내국민대우 위반을 검토하기 위해서는 외국인투자자와 동일한 사업영역에 종사하거나 동일한 경제적 영역에서 활동하고 있는 내국인 투자자의 비교가 필요하다고 하였다.<sup>23)</sup> 여기서 비교대상자는 반드시 '동일한 사업 또는 동일한 경제적 영역'에서 활동하고 있는 내국인 투자자여야만 한다. 다른 사건들도 마찬가지로 이러한 접근법에 따라 동일한 사업영역 또는 경제적 영역에서 적절한 비교대상자를 확정하려고 하고 있다.

그러나 외국인투자자와 동일한 사업영역이나 경제적 영역에 있는 특정한 내국인 투자자를 확정하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. *Methanex v. 미국* 사건<sup>24)</sup>을 보면, 캐나다 회사인 Methanex은 미국에서 가솔린 첨가제 MTBE의 주요 성분인 메탄올을 생산하고 있었으나, 미국 캘리포니아주에서는 MTBE의 사용을 금지하는 조치를 취하였다. Methanex는 캘리포니아의 이러한 조치는 MTBE의 직접대체물인 에탄올을 생산하는 국내생산자에게 이익을 주기 위한 것으로 내국민대우를 위반하였다고 주장하였다. 하지만 미국에는 Methanex와 마찬가지로 메탄올을 생산하는 업체들도 많이 있었기 때문에 에탄올 생산업체가 적절한 비교대상자인지가 문제되었다. 이에 중재판정부는 “내국민대우의 목적이 국적에 따라 투자에 대해 차별하는 것을 방지하기 위한 것이라면, 외국인투자자에 대한 대우는 국적을 제외하고 외국인투자자와 가장 유사한 상황에 처해있는 내국인 투자자에 대한 대우와 비교할 필요가 있다”고 판시하였다. 이러한 기준을 적용하면 본 사건에서는 미국 내의 에탄올 생산업체보다는 메탄올 생산업체가 더 동종 상황에 있다고 판단되기 때문에, 에탄올 생산업체와 비교하여 내국민대우 위반이라고 한 Methanex의 주장은 기각되었다. 즉 본 사건에서는 동종의 상황을 “동종 상품(like products)”으로 해석하였다.<sup>25)</sup>

위의 사례와는 달리, *S.D. Myers v. 캐나다* 사건<sup>26)</sup>에서 중재판정부는 상업

22) *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, 2002.11.26, NAFTA.

23) 박노형 외 5인, 전게서, p.74.

24) *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, 2005.8.3, NAFTA.

25) 박노형 외 5인, 전게서, p.75.

적 경쟁관계에 있는 내국인 투자자를 비교대상으로 인정하였다. 이 사건에서 신청인은 캐나다로부터 PCB 폐기물을 수입하여 미국의 회사에서 폐기하는 사업을 하고 있었는데, 캐나다가 PCB 폐기물에 대해 미국으로의 수출을 금지하는 조치를 취하였다. 이 사건에서 중재판정부는 비교대상자를 결정함에 있어, 신청인과 캐나다 국내의 PCB 폐기물 처리업체는 캐나다 국내시장에서 상호 경쟁적 위치에 있다는 점을 들어 이들 업체를 비교대상자로 결정하였다. 즉 본 사건에서는 동종의 상황을 “경쟁관계”에 까지 확대하여 PCB 폐기물 수입업체와 처리업체를 동종 상황으로 해석하였다.<sup>27)</sup>

위의 두 사례를 보면, 동종의 상황에 대한 해석은 중재판정부의 재량에 따라 사안별로 그 기준이 달라진다. 즉, *Methanex v. 미국* 사건에서 중재판정부는 동종 상황을 다소 좁게 해석하여 메탄올과 에탄올을 엄격히 구분한 반면, *S.D. Myers v. 캐나다* 사건에서는 경쟁관계의 당사자를 비교대상자로 인정하는 넓은 해석을 보여주었다. 일반적으로 중재판정부들에서는 “동종 상황”을 위의 두 번째 사건과 같이 넓게 해석할 것을 주장하고 있으며 일부 좁게 해석한 것에 대하여 비판하고 있는 입장이다. *S.D. Mayers v. 캐나다* 사건에서 중재판정부는 “경제적으로나 사업적으로 자국 내에 동종 상황의 투자자가 있는지 여부를 확인해서 동일투자를 하는 내국인 투자자에 대한 대우와 비교하거나 만일 동일상황에 있는 투자자가 없을 시에는 가장 유사한 투자를 하고 있는 국내투자자와 비교하여야 한다”고 밝히면서,<sup>28)</sup> 유사한 투자도 상황에 따라서는 동종 상황으로 보아야 함을 강조하였다.

이와 같이, 동종 상황에 대한 해석과 관련하여 일관된 견해는 없으나 일반적으로 동일한 사업 또는 경제적 영역에서 활동하고 있는 내국민은 적절한 비교대상이 되며 구체적인 판단에 있어서는 중재판정부마다 차이가 있다.<sup>29)</sup>

## 2) 차별의 존재

내국민대우 위반을 판단하는 두 번째 단계는 외국인투자자와 내국인 투자자

26) S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, 2002.12.30, NAFTA.

27) 박노형 외 5인, 전게서, p.76.

28) Dolzer & Schreuer, op. cit., p.180.

29) 변필진, 「한국의 투자협정 해설서」, 법무부, 2010. p.132.



의 대우에 있어 차별이 존재하는지를 확인하는 것이다. 이와 관련하여 *S.D. Myers v. 캐나다* 사건의 중재판정부에서는 두 가지 기준을 제시하였다.

첫 번째는, 내국민대우 위반은 법률상(de jure)으로나 사실상(de facto)으로 모두 가능하다는 것이다. 따라서 내국민대우 위반은 법적차별에 한정하지 않고, 법률적으로는 차별적이지 않지만 외국인투자자에 대해 사실상 차별적인 영향을 미치는 경우도 포함된다. 즉, 표면적으로는 공정한 정부조치가 실질적으로는 내국민보다 외국인에게 불균형적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 이러한 것들은 모두 사실적 맥락에서 검토하여야 한다는 것이다.<sup>30)</sup>

두 번째는, 외국인투자자가 사실상 차별을 주장하는데 있어서 투자유치국의 특정한 차별의도를 입증할 필요가 없다는 것이다. 따라서 투자자 입장에서는 차별이 있다는 사실만 입증하면 족하고 외국인이기 때문에 차별하였다는 점에 대해서는 입증할 필요가 없다. *Feldman v. 멕시코* 사건<sup>31)</sup>에서 중재판정부는 “투자자는 투자유치국의 내국민대우 위반이 투자자의 국적 때문이라는 것을 입증할 필요가 없다. 대우에 있어 사실상 차별은 그 자체로 충분히 근거로 인정 된다”고 판정하였다. 이는 중재판정부에서 차별에 대하여 검토할 때 정부정책의 의도보다는 그 실질적인 영향에 초점을 두고 있음을 알 수 있다.<sup>32)</sup>

*ADF v. 미국* 사건<sup>33)</sup>에서도 위와 같이 법률상으로도 사실상으로도 그 차별을 증명할 수 있다고 하였고, 추가로 “정책의 실수로 기인한 우연적인 차별은 차별대우라고 보기 어렵다”고 밝혔다.<sup>34)</sup>

### 3) 정당한 차별

외국인투자자가 투자유치국의 내국인 투자자보다 불리한 대우를 받았다는 점을 입증하면, 투자유치국은 그 외국인투자자가 국내 경쟁자와 동종 상황에 있

30) 박노형 외 5인, 전제서, p.76.

31) *Marvin Roy Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 2002.12.16, NAFTA.

32) *Siemens v. Argentina* 사건도 이와 같은 입장을 취하고 있다. 하지만 그렇지 아니한 사례들도 더러 있다. *Genin* 사건이나 *Methanex* 사건에서 중재판정부는 차별을 검토함에 있어서 차별적인 의도를 증명할 것을 요구하였다.

33) *ADF Group Inc. v USA*, 9 January 2003, 18 ICSID Review-FILJ(2003) 195, 6 ICSID Reports 470, at para 157.

34) *Dolzer & Schreuer*, op. cit., p.181.

지 않다는 점을 입증할 것이다. 이때 동종 상황과 관련하여 투자유치국의 사실상 차별이 인정되는 경우에도, 중재판정부는 정부의 상당한 정도의 정당한 규제 권한을 인정해주는 입장을 취하고 있다. 즉 동종 상황이 있는지 결정하는데 있어서 중재판정부는 차별이 합리적인 정책목표에 비추어 정당화될 수 있는지에 대해 검토한다. 그러나 이러한 정책목표는 내국인 투자자를 보다 유리하게 대우하려는 편견에 기초하지 않아야 하고, 투자협정의 투자자유화 목표를 부당하게 잠식하지 않아야 한다. 이러한 전제하에 대우의 차별성이 정당화될 수 있는 사정이 있다면 이는 정당한 차별에 해당하여 내국민대우를 위반하지 않은 것으로 된다.<sup>35)</sup>

GAMI v. 멕시코 사건<sup>36)</sup>에서 중재판정부는 지역산업의 신용향상을 위한 정책은 정당한 규제이므로 그 정책이 외국인투자자에게 불평등한 영향을 미친 것을 내국민대우 위반으로 인정하지 않았다. 또한 *S.D. Myers v. 캐나다* 사건에서는 투자유치국의 정책촉진을 위하여는 내국기업에 대한 보조금이 허용되기도 하였으며, *Thunderbird v. 멕시코* 사건<sup>37)</sup>에서는 투자자의 투자가 불법일 경우에는 내국민대우의 원칙에 따라 평등하게 대우할 의무가 없다고 판정하기도 하였다.<sup>38)</sup>

한마디로 차별이 존재한다는 사실을 증명하는 것은 그렇게 어려운 일이 아니다. 다만 투자유치국정부에서 그러한 차별이 정당하다고 주장할 경우, 투자자의 손해는 보호를 받지 못하게 될 수도 있는 것이다. 예를 들면, 그 외국인 투자자가 투자유치국에서 불법과 같은 특별한 경험을 했었던 경우나 투자유치국과 특별한 상황하에서 특별한 deal을 한 경우, 또는 일반절차가 아닌 특별한 절차로서 투자를 진행한 경우, 이러한 경우에도 투자유치국은 그 투자자에게 내국인과 동등한 대우를 해줄 의무가 있는가? 만약 동종상황의 국내투자자가 외국인투자자에 비해 더 많은 사회적 책임과 환경보호책임 등 여러 가지 책임

35) Pope & Talbot 사건에서 중재판정부는 “대우에 있어 차별이 있으면 제1102조 제2항 위반이 추정된다. 다만, a) 표면상으로는나 사실상으로는나 외국인과 내국 기업을 구별하지 않고 있고, b) NAFTA의 투자자유화 목표를 부당하게 잠식하지 않는 한도에서, 합리적인 정부정책과 상당한 관련성이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다”고 하였다.

36) GAMI v Mexico, Award of 15 November 2004, 44 ILM 545(2005), paras 114-115.

37) Thunderbird v Mexico, Award, 26 January 2006, at para 177.

38) Dolzer & Schreuer, *op. cit.*, p.182.

들을 부담하고 있다면, 이러한 상황에서 그 외국인투자자가 국내투자자에 비해 비싼 전기사용료를 지불하는 것을 차별대우라고 볼 수 있을까? 나아가 국제분쟁해결기구에서 분쟁을 해결하지 않고 투자유치국의 국내법원으로 가는 것도 차별대우인가? 이러한 경우, 차별의 정당성을 증명하기 위해서는 전반적인 사실관계를 깊이 있게 분석해야 할 것이다.<sup>39)</sup>

#### 4) 소결

결론적으로, 동종의 상황은 동종의 품목이나 동종업종에 종사하는 투자자들을 말하며 이에 대하여는 중재판정부의 재량에 따라 넓게 또는 좁게 해석될 수 있다. 만약 외국 투자자가 투자유치국의 투자자와 동종상황임을 주장하게 되면, 투자유치국정부는 이에 대응하여 그 동종상황을 부인하거나 또는 국내기업이 외국기업에 비해 더 나은 대우를 받지 않음을 증명 또는 그러한 차별대우를 하는 것에는 정부의 정당한 사유가 있음을 증명하여야 한다. 물론 이러한 증명은 본질적이고 충분하며 강력한 증명력이 있어야 한다. 왜냐하면 외국 투자자는 일단 투자유치국의 어느 투자자와 동종상황임을 주장하게 되고 그러한 주장은 prima facie 증거로<sup>40)</sup> 취급되어 그 다음의 거증책임들은 모두 투자유치국이 부담하게 되기 때문이다.<sup>41)</sup>

### Ⅲ. 내국민대우조항의 작성방안과 실례

투자는 투자유치국이 그 진입에 대한 허용단계를 전후해 설립 전 투자(pre-establishment investment)와 설립 후 투자(post-establishment investment)로 구분<sup>42)</sup>할 수 있기에, 아래에서는 ‘설립 후 투자에 한정하여 부

39) N. Horn, op. cit., p.205.

40) 라틴어에서 특히 법률에서, 나중에 거짓으로 드러날지라도 처음에 진실로 여겨지는 증거이다.

41) N. Horn, op. cit., p.203.

42) 투자단계를 보통 설립, 인수, 확장, 운영, 경영, 유지, 사용, 향유, 판매 또는 다른 처분 등으로 구분하는데, 이 중 투자의 설립, 인수, 확장을 설립 전 투자로 보고 나머지는 설립 후 투자로 본다(변필건, 전게서, p.131).

여하는 내국민대우'와 '설립 전 단계에서부터 부여하는 내국민대우'로 나누어 내국민대우조항의 작성방안을 살펴보도록 하겠다.<sup>43)</sup>

## 1. 설립 후 투자에만 적용하는 내국민대우<sup>44)</sup>

### 1) 제한적 내국민대우

#### (1) 작성방안

이는 외국인투자의 설립 후 단계에 대하여 내국민대우를 부여하면서도 다른 한편으로는 투자유치국의 재량권을 긍정하는 작성방안으로, 자국의 규제권한을 제한하지 않는 전제하에서 해외투자자에게 어느 정도의 내국민대우를 제공하고자 하는 경우에 사용된다.

이러한 방안에 근거하면, 투자유치국은 시장진입 단계에 있는 외국투자자와 자국투자자를 차별하여 대우할 권리를 보유하게 되며,<sup>45)</sup> 설립 후 투자에 대하여는 만약 투자유치국인 자국산업에 대한 개발목표를 발표하였을 경우 이는 내국민대우의 예외에 포함된다. 그러므로 자국의 유치산업을 보호하기 위하여 재량권을 보유하려고 하는 투자유치국은, 명시적으로 개발목표를 발표해 이러한 예외를 예비해두는 것이 바람직하다. 또한 발표된 개발계획의 해석범위가 넓을수록 투자유치국은 더 많은 재량권을 갖게 되는데, 이렇게 되면 언제 어디서 내국민대우가 부여되는지 불확실하고 결국 외국인투자자로부터 투자외면을 받을 수 있다.

또한 투자유치국은 국내법에 따라 특정분야에 대하여 내국민대우의 예외로 규정할 수 있으며, 'no less favorable'<sup>46)</sup>원칙에 근거하여 외국투자자를 우대하

---

43) 이 부분은 UNCTAD, "National Treatment", op. cit., pp. 64-69; UNCTAD, 「International Investment Agreements: Key Issues」, Volume I, 2004.에서 제안한 작성방안들을 참고 및 인용하였다.

44) 설립 후 투자만을 보호하는 협정을 투자보장협정(Investment Promotion and Protection Agreement)라 하며 이는 투자유치국의 법령에 따라 적법하게 기 설립된 투자에 한정하여 적용되는데, 이를 광의의 투자협정이라 볼 수 있다.

45) UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999.

46) 앞 절의 내국민대우의 의의에서 언급했듯이, 'no less favorable' 대우는 내국민에 비해 외국투자자를 차별하면 아니 된다는 해석이므로 다른 한편으로는 외국인투자자를 우대할 수 있는 것으로 해석할 수도 있게 된다. 때문에 본 작성방안에서는 이러한 해석을 불허하고

면 아니 된다. 또한 정치적 하부기관이나 지방정부의 조치는 내국민대우의 예외로 인정함으로써 투자유치국 지방정부의 자치정책을 배려한다. 또한 법률적으로 내국민대우를 제공하면 족하고, 사실상의 내국민대우는 규정하지 않는다.<sup>47)</sup>

## (2) 실례

한국-베트남 투자보장협정 제3조 제3항<sup>48)</sup>

Each Contracting Party shall accord, in accordance with its applicable laws and regulations, treatment to the investments and returns of investors of the other Contracting Party as it accords to the investments and returns of its own investors.<sup>49)</sup>

## (3) 분석

실례를 보면 내국민대우는 국내법에 따라 부여된다고 규정하고 있는데 이로 인하여 설립 전 투자는 물론이고 설립 후 투자 역시 투자유치국의 국내법에 따라 내국민대우가 부여될지 결정된다. 즉 이 방안은 투자유치국의 재량권을 최대한 존치시킴으로써 탄력성을 부여하는 반면, 외국인투자자로 하여금 적정한 수준의 보호를 제공받지 못한다는 인식을 줄 수 있다.<sup>50)</sup>

대체로 사회주의 국가에서 자본주의 국가로 전환한지 오래되지 않은 국가들이 이러한 방안에 근거하여 투자협정을 체결한다.<sup>51)</sup>

## 2) 무제한 내국민대우

### (1) 작성방안

외국투자자에 대한 우대를 제한하는 것이다.

47) UNCTAD, "National Treatment", *op. cit.*, p.64.

48) 한찬식 외 2인, 전계서, p.99 참조.

49) 본 조항의 한글번역은 다음과 같다.

제3조 각 계약당사자는 자국의 법규와 규정에 근거하여 타방 계약당사자의 투자자의 투자 및 수익에 대하여 자국의 투자자의 투자 및 수익과 같은 대우를 부여한다.

50) UNCTAD, "National Treatment", *op. cit.*, p.65.

51) 한찬식 외 2인, 전계서, p.99.

이는 제한적 내국민대우의 상대개념으로서 투자유치국의 재량권을 최대한 제한하고 비교적 높은 수준의 내국민대우를 제공하는 방안이다.

이 방안은 제한적 내국민대우와 마찬가지로 역시 설립 후 투자에 대해서만 적용된다. 또한 내국민대우의 예외를 제한하여, 국가정책상 보호조치를 제공하여야만 살아남을 수 있다고 판단되는 유치산업에 대하여만 최소한의 내국민대우의 예외를 허락하며, 정치적 하부기관이나 지방정부의 조치라 하더라도 내국민대우의 예외가 될 수 없다.

또한 이 방안은 'no less favorable'원칙에 따라 외국투자자에 대하여 우대를 제공할 수도 있으며, 법률상으로는 사실상으로 모두 내국민대우를 제공하여야 한다.<sup>52)</sup>

## (2) 실례

영국-베트남 투자보장협정 제3조 제3항<sup>53)</sup>

Notwithstanding paragraphs (1),(2)(NT, MFN) of this Article, the Government of Vietnam may maintain in force those measures, provided for in Vietnamese Law at the date on which this Agreement was signed and set out in the Annex to this Agreement, as exceptions to the grant of treatment not less favourable than accorded to its own companies or nationals. The Government of Vietnam may remove any such exception listed in the Annex to this Agreement by notifying the Government of the United Kingdom in writing. Accordingly, any such written notification by the Government of Vietnam shall have the immediate effect of amending the Annex to this Agreement.<sup>54)</sup>

---

52) UNCTAD, "National Treatment", *op. cit.*, pp.66-67.

53) 한찬식 외 2인, 전게서, p.100 참조,

54) 이 조항의 한글번역은 다음과 같다.

제3조 제1항 및 제2항(내국민대우, 최혜국대우)의 규정에도 불구하고, 베트남정부는 이 협정이 서명될 당시의 베트남 법에 규정되고 또한 이 협정의 부속서에 명기된 조치를 내국민대우에 대한 예외로서 유지할 수 있다. 베트남정부는 동 협정의 부속서에 명기된 예외조치의 삭제에 대하여 영국정부에 서면으로 통지해야 한다. 따라서 베트남정부의 이러한 서면 통지는 부속서가 개정되는 즉시 효력을 가진다.

### (3) 분석

실례와 같은 투자보장협정은 가장 통상적인 협정문이며 이렇게 부여된 내국민대우에 근거하면 투자유치국은 법률적으로 설립 후 투자에 대하여 어떠한 차별대우도 할 수 없다. 그러나 이 방식을 사용하더라도 외국인투자기업에 대한 법률적 차별제도를 유지할 필요가 있는 경우에는 내국민대우가 적용되지 않는 분야에 대한 예외를 명시하여 negative list를 작성할 수 있다. 실례에서도 보면 유보안에 예외사항을 기재할 수 있다고 규정하고 있다.

이 방안은 최근에 자본주의 국가로 이행하는 단계에 있는 국가들이 투자보장협정의 법률상 내국민대우 부여의무를 좀 더 완화하여 적용하기 위하여 사용하는 방안이다.

## 2. 설립 전 단계에서부터 부여하는 내국민대우<sup>55)</sup>

### 1) 제한적 내국민대우

#### (1) 작성방안

이는 설립 전 투자와 설립 후 투자 모두에 적용되는 방안이며, 그 중 투자진입단계에 대하여 투자유치국에게 최대한의 재량권을 부여하는 방안이다. 즉 투자유치국은 진입환경의 자유화정도에 대하여 통제권을 갖고 있기에 투자진입을 일차적으로 자유화할 것인지 점진적으로 자유화할 것인지에 대하여 선택권을 행사할 수 있다.<sup>56)</sup>

이 방안에 따르면 협정 당사국은 투자의 진입을 허용하는 분야를 한정적으로 열거하는 positive list<sup>57)</sup>를 작성하여 오직 투자유치국이 허용한 분야에 한하여만 내국민대우가 적용되는 방안이다. 경우에 따라서는 시장접근 허용에 제한을 가할 수 있는 근거조항을 협정본문에 삽입하기도 하고<sup>58)</sup>, 추가적인 자유

55) 설립 전 단계에서부터 투자를 보호한다는 것은 잠재적인 투자가가능성까지도 권리보호의 대상으로 간주하여 투자활동과 관련된 전체 과정에 대한 내국민대우를 제공하는 것을 말한다(한찬식 외 2인, 전제서, p.103).

56) UNCTAD, "Admission and Establishment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999.

57) positive list는 양허안으로서, 그 양허안에 합의된 분야에 대하여만 투자자유화 즉, 투자가 허용되는 분야 및 업종에 관한 구체적인 약속을 하는 방식이다(UNCTAD, "Admission and Establishment", op. cit., pp.20-21). 그 예로 한-EU FTA가 있다.

화가 가능하도록 positive list에 대한 향후 협상의무를 부과하기도 한다.<sup>59)</sup>

(2) 실례

GATS<sup>60)</sup> Article XVII National Treatment<sup>61)</sup>

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.<sup>62)</sup>

(3) 분석

실례에서 보듯이 시장접근이 허용되는 분야를 열거하는 양허표인 positive list를 작성함으로써 상대방에게 그 보다 불리한 대우를 부여하지 못하도록 규정한다.

이 방안은 아직 내국민대우원칙을 받아들일지에 대한 결정을 하지 못한 개발도상국에 유리한 방안으로써, 상대국 투자자의 진입을 최소한으로 허용하는 형태이다. 이 방안을 사용하면 투자자는 진입단계에 대한 불확실성을 갖게 되어 투자를 망설이게 되며 결국 확실한 대우가 부여될 때까지 투자를 진행하지 않게 된다.<sup>63)</sup>

---

58) APEC(아시아태평양경제협력체, Asia Pacific Economic Cooperation)의 불구속투자원칙(Non-Binding Investment Principles)을 보면 투자유치국이 개발도상국일 경우, 내국민대우를 부여할 의무가 없다고 규정하고 있다.

59) 한찬식 외 2인, 전게서, p.100.

60) GATS(서비스무역에 관한 일반협정, General Agreement on Trade in Services)는 1995년 발효한 협정으로 WTO 협정의 일부이다. 한국은 동 협정 발효시 회원국으로 가입했다.

61) 한찬식 외2인, 전게서, 100면 참조.

62) 이 조항의 한글번역은 다음과 같다.

자기나라의 양허표에 기재된 분야에 있어서 양허표에 명시된 조건 및 제한을 조건으로, 각 회원국은 그 밖의 회원국의 서비스 및 서비스 공급자에게 서비스의 공급에 영향을 미치는 모든 조치와 관련하여 자기나라의 동종 서비스와 서비스 공급자들에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.

63) UNCTAD, "National Treatment", *op. cit.*, pp.67-68.



## 2) 무제한 내국민대우

### (1) 작성방안

이 방안에 따르면, negative list상에 명시적으로 예외 된 특정산업을 제외한 모든 투자에는 그 진입단계에서부터 반드시 내국민대우가 부여되어야 한다. 이는 설립전 단계에 대한 투자유치국의 재량권을 최대한 제한하는 방안이다.

이 방안은 외국투자자의 진입에 대한 투자유치국의 통제권이 최소한이기 때문에, 투자유치국정부가 투자시장의 완전자유화와 경쟁적인 환경으로 인하여 자국산업을 발전하는데 도움이 된다고 생각할 때 사용된다. 물론 투자유치국은 'negative list'<sup>64)</sup>을 사용하여 보호가 필요한 분야를 명시할 수 있다. 하지만 이 때 만약 보호가 필요한 산업을 'negative list'에 기재하지 못하였을 경우 그 국내산업을 외국투자자로 인하여 큰 타격을 입을 것이다.<sup>65)</sup>

### (2) 실례

#### 한일 투자협정<sup>66)</sup>

제3조 Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than the treatment which it accords in like circumstances to its own investors or investors of any third country with respect to access to the courts of justice and administrative tribunals and agencies in all degrees of jurisdiction, both in pursuit and in defense of such investors' rights.

#### 제5조 제7항

... each Contracting Party may, in exceptional financial, economic or industrial circumstances, adopt any exceptional measure in the sectors or with respect to the matters specified in Annex II ...<sup>67)</sup>

---

64) negative list는 유보안으로서, 원칙적으로 외국인 투자자의 국내시장 진입을 허용하고 체결국이 시장개방을 하지 않는 부문별 또는 산업별 예외에 대하여는 유보안에 기재하는 방식이다. 그 예로 한-미 FTA가 있다(UNCTAD, "Admission and Establishment", *op. cit.*, pp.26-28).

65) UNCTAD, "National Treatment", *op. cit.*, p.68.

66) 법무부, 양자간투자협정집, 2009. p.409.

67) 본 조항의 한글번역은 다음과 같다.

(3) 분석

위의 실례에서 보듯이, 한일 투자협정에서는 negative list에 나열된 것을 제외한 분야의 시장진입에 대하여 포괄적인 내국민대우를 부여하고 있다. 이 방안은 투자협정을 통하여 각국의 투자제도를 자유화하려는 대외정책 목적을 가지고 있거나 특별한 국가간의 경제통합을 위한 강력한 제도적 기반을 마련하기 위한 취지가 있는 경우에만 한정적으로 사용된다.

이 방안에 따라 제공된 내국민대우는 설립 전 투자 개념이 가진 모호성과 포괄성으로 인해 투자자의 보호권리가 지나치게 확대된다는 단점이 있는 반면, 협정 당사국 투자자의 당사국 상호간 시장진입에 대한 권리를 보장해 줌으로써 상호간의 경제협력 관계를 좀더 긴밀하게 심화시키는 장점이 있다.<sup>68)</sup>

#### IV. 내국민대우조항 작성시 유의사항

위의 작성방안을 살펴보면 내국민대우조항을 작성하는 방법은 크게 제한적 내국민대우와 무제한 내국민대우 두 가지로 나뉜다.

제한적 내국민대우는 투자유치국이 재량권을 최대한 보유하고 있으면서 투자자의 진입과 운영을 상당한 수준으로 제한하는 소극적인 내국민대우로서 투자자의 진입으로 인한 자국산업의 타격을 최소화하는데 초점을 두는 방안이다. 반면 무제한 내국민대우는 협정 당사국 상호간 시장진입과 영업에 대한 권리를 보장해 줌으로써 상호간의 경제협력 관계를 좀 더 긴밀하게 심화시키는 장점이 있으며 자본주의 단계로 발전하는 사회주의국가들에서 한층 더 높은 수준의 시장개방을 원할 경우 사용된다.

이로부터 알 수 있는바, 제한적 내국민대우는 자국산업 보호를 중심으로 하

---

제3조 일방체약국은 자국의 영역안에서 타방체약당사국의 투자자에 대하여 동 투자자가 자신의 권리를 수행·변호하는데 있어서 모든 관할 단계의 법원, 행정재판소 및 행정기관의 이용과 관련하여 유사한 상황에서 자국의 투자자나 제3국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.

제5조 7항... 각 체약당사국은 예외적인 금융·경제 또는 산업적 상황에서 부속서 2에 규정된 분야나 대상에 대한 예외조치를 채택할 수 있다.

68) 한찬식 외 2인, 전제서, p.103.

기에 우리나라가 투자유치국일 경우 유리하게 작용하지만 우리나라 투자자가 외국에 투자할 경우에는 반대로 시장진입이 어려워 불리하게 작용한다. 반면 무제한 내국민대우는 투자자유화를 목적으로 하기에 우리투자자가 외국에 투자할 경우 시장진입과 영업이 충분한 보장을 받게 됨으로 아주 유리하게 작용하지만 우리나라가 투자유치국일 경우에는 많은 투자를 유치함으로써 인하여 국내산업이 큰 타격을 입게 될 것이다.

하여 투자협정상 내국민대우조항 작성시 제한적 내국민대우로 작성을 할 것인지 아니면 무제한 내국민대우로 작성할 것인지가 아주 중요하다고 하겠다. 하지만 투자협정의 조항들은 상대방에 대한 일방의 권리의무를 규정한 것이 아니라 서로에 대한 상호간의 권리의무를 규정하고 있기 때문에 무조건 일방에게만 유리한 조항은 존재하지 않는다. 때문에 상황에 따라서 종합적으로 고려하여 우리 측에 상대적으로 유리한 조항을 삽입하여야 하며, 이에 아래 몇 가지 유의사항들을 도출해 보았다.

## 1. 설립 후 투자에만 적용되는 투자보장협정<sup>69)</sup> 체결시

앞의 작성방안과 실례에서 기술한바와 같이 설립 후 투자에만 적용되는 투자보장협정 체결시 제한적 내국민대우를 부여하게 되면 설립 전 단계인 투자허용단계에도 유치국의 국내법이 적용되고 투자가 허용된 뒤의 운영단계에도 국내법이 적용되기에 투자자의 안전성이 거의 보장되지 않는다고 볼 수 있다. 하여 제한적 내국민대우를 부여하게 되면 투자유치를 촉진하기 어려울뿐더러 오히려 투자유치에 방해를 받게 된다. 즉 이 방안은 대외개방이 제대로 이루어지지 않은 사회주의국가 또는 사회주의국가에서 자본주의국가로 전환된지 오래되지 않은 미성숙 자본주의 국가에서 보호주의를 지향할 경우 채택하는 방안이다.

이에 우리나라가 체결하는 거의 모든 투자보장협정은 투자유치를 촉진하는 것을 목적으로 한다는 것을 감안하면, 이미 투자허용이 된 설립 후 투자에 대하여는 무제한 내국민대우를 부여하여, negative list상의 최소한의 예외사항을 제외한 모든 투자에 대하여 포괄적으로 내국민대우를 부여하여야 할 것이다.

---

69) 각주 38 참조바람.

이 경우 투자허용에 대하여는 국내상황과 국내법에 근거하여 우리나라에 유리하다고 판단되는 투자에 한하여 허용하기 때문에, 이미 허용된 투자에 대하여 다시 내국민을 보호한다는 취지에서 내국민대우의 예외를 두는 것은 투자유치의 관점에서 바라볼 때 바람직하지 않다고 생각된다.

## 2. 설립 전 투자로부터 적용되는 투자협정<sup>70)</sup> 체결시

### 1) 투자유치의 목적

앞에서 언급한바와 같이 제한적 내국민대우는 투자유치국의 재량권을 최대한 존치시키는 방안이고, 무제한 내국민대우는 투자유치국의 재량권을 최소화 하고 극히 일부의 예외만 허용하는 방안이다. 이에 우리나라가 투자수입국의 입장에서 투자유치를 목적으로 투자협정을 체결할 경우, 특히 선진국과 투자협정을 체결할 경우에는 무제한 내국민대우를 부여함으로써 투자유치의 경쟁력을 강화할 필요가 있을 것이다. 하지만 개발도상국가와 같은 투자수입국과 협정을 체결할 경우에는 투자유치를 목적으로 하기보다는 외국에 투자한 자국투자자를 보호하는데 초점을 맞춰야 할 것이다.

### 2) 내국인투자자의 보호

투자협정은 국가의 이익을 보호하기 위하여 체결되는 것이 아니라 약자인 투자자의 이익을 보호하는데 그 목적이 있기 때문에 그 보호대상의 중심을 투자자에 두어야 한다. 특히 우리나라가 투자수출국의 입장에서 투자수입국의 입장에 있는 개발도상국과 투자협정을 체결할 때에는, 외국에 투자한 우리나라 투자자를 보호하기 위하여 되도록 무제한 내국민대우조항을 삽입하여 시장진입과 그 운영에 편의를 제공해야 할 것이다.

### 3) 외국투자자로부터의 내국인 보호

비록 투자협정은 투자를 촉진하고 투자자를 보호하는 것이 그 기본 목적이긴 하지만, 외국투자자 인하여 자국기업이 심한 타격을 받게 될 경우에는 상

---

70) 여기서 말하는 투자협정은 양자간·다자간 자유무역협정의 투자분야와 BIT를 아우르는 개념으로 투자보장협정은 제외되었다.

황이 달라진다. 때문에 투자협정 체결시 상대국이 앞으로 진행하게 될 투자의 유형과 규모, 자국기업이 받게 될 타격의 정도 등을 미리 고려하여, 우리나라가 투자수입국의 입장에서 투자수출국의 입장에 있는 선진국과 투자협정을 체결하는 경우와 같이 만약 자국기업의 타격이 클 것이라고 판단될 경우에는 제한적 내국민대우조항을 삽입하여 시장진입을 어렵게 하여 우리산업을 보호해야 할 것이다.

#### 4) 협정체결 상대국의 법제도 정비수준

상대국이 내국민의 사익을 강력히 보호하는 법제도를 갖추고 있는 국가라면 무제한 내국민대우조항을 삽입하여 투자자유화를 보장함으로써 상대국의 내국민과 같은 강력한 보호를 받아야 한다. 예를 들면 한국, 미국과 같이 민주주의를 중요시하는 국가들에서는 내국민의 권리가 강력히 보호될 것으로 보인다. 반면 만약 상대국의 국내법을 살펴본 결과 내국민의 권리보호가 미약하다고 판단되는 경우에는, 설령 무제한 내국민대우조항을 삽입한다 하더라도 실익이 없을 것이다. 이러한 경우에는 무제한 내국민대우조항을 삽입하면 우리 투자자들은 상대방 국가에서 이득을 못 보는 반면<sup>71)</sup> 상대국 투자자들은 우리나라에서 좋은 대우를 받게 될 것이다. 때문에 이러한 경우에는 최대한 제한적인 내국민대우조항을 삽입하여 시장진입을 제한하거나 진입을 허용한다 하더라도 설립 후 투자에 대하여 positive list방식으로 아주 제한된 내국민대우를 부여하여야 할 것이다.

## V. 결 론

최근 세계 각국은 보호주의가 우려되는 국제통상환경 속에서 중장기적인 지속성장을 이루기 위하여 앞 다투어 다자·양자간 국제협정을 체결하고 있는데, 이러한 협정들은 모두 지속적으로 증가하는 해외투자액을 고려하여 투자분야를 두고 있으며, 투자분야에는 또한 자국투자자와 산업을 보호하는 전제하에서

71) 상대국의 내국민 자체가 자국 정부로부터 보호를 받지 못하기 때문에 그러한 내국민과 같은 대우를 받는다 하더라도 결코 강력한 보호를 기대할 수 없을 것이다.

투자유치를 활성화하기 위하여 여러 가지 대우조항을 삽입하고 있다. 이중 투자자들이 가장 중요하다고 생각하는 대우조항은 내국민대우와 최혜국대우 조항인데, 본고에서는 그 중 작성방법이 가장 복잡하고 고려사항이 많은 내국민대우에 대하여 그 기본개념과 판단기준 및 작성방안을 다루고 그에 따라 내국민대우조항 작성시 유의사항을 제시하였다.

내국민대우란 투자와 투자자에 대하여 자국민보다 불리한 대우를 부여할 수 없는 원칙으로, 그 위반여부를 판단하는 기준은 우선 외국인투자자와 그 비교대상이 되는 내국인 투자자가 동종의 상황에 있어야 하고, 다음은 비교대상이 된 외국인투자자와 내국인 투자자간에 차별이 존재하여야 하며, 마지막으로 그런 차별적 대우를 정당화 할만한 다른 사정이 없어야 한다.

이러한 내국민대우를 투자협정상에 삽입할 때 어떠한 방안에 따라 작성하느냐에 따라 내국민대우의 적용범위가 결정된다. 즉, 투자의 진입단계인 설립 전 투자로부터 내국민대우를 적용할지 아니면 투자의 운영단계인 설립 후 투자에만 한하여 내국민대우를 적용할지에 따라 일반 투자협정과 투자보장협정으로 나뉘며, 이는 다시 투자유치국이 재량권을 보유하는지 아니면 투자유치국의 재량권 보유를 제한하는지에 따라 제한적 내국민대우와 무제한 내국민대우로 나뉜다.

이러한 작성방안을 토대로 본고에서는 우리나라의 투자유치 업무를 담당하는 분들이 투자협정을 체결할 경우 상황에 따라 종합적으로 고려하여 그 중 우리나라에 가장 유리한 방안으로 내국민대우조항을 작성할 수 있도록 유의사항들을 도출하였다. 즉, 투자보장협정을 체결할 경우에는 무제한 내국민대우조항을 삽입하여 이미 투자진입이 허용된 투자에 대하여는 충분한 보호를 제공함으로써 투자유치의 경쟁력을 강화할 뿐만 아니라 외국진출 자국투자자를 보호할 수도 있게 된다. 우리나라가 설립 전 투자로부터 적용되는 투자협정을 체결할 경우, 상대국이 투자수입국의 입장에 있는 개발도상국이라면 무제한 내국민대우조항을 삽입하여 상대국에 진출한 우리기업에 시장진입과 그 운영에 있어서 편의를 제공해야 한다. 우리나라가 투자수입국의 입장에서 투자수출국의 입장에 있는 선진국과 투자협정을 체결하는 경우, 제한적 내국민대우조항을 삽입하여 시장진입을 어렵게 함으로써 우리산업을 보호해야 하며; 상대국의 법제도 정비수준이 낙후할 경우에는 우리나라가 투자수출국일지라도 제한적 내국민조항을 삽입하여 우리투자자는 보호를 못 받고 상대국의 투자자만 우리법의 보

호를 받는 불평등을 피해야 한다.

## 참 고 문 헌

- 강병근, "국제투자조약상 최혜국대우 조항의 적용범위와 국내구제완료원칙의 적용", 「국제투자분쟁연구」, 제3권, 대한상사중재원, 2009.
- 김용일·이기옥·이경화, "국제투자에 있어서 간접수용에 관한 연구", 「무역상무연구」, 제47권, 한국무역상무학회, 2010. 8.
- 대한상사중재원, 「국제투자분쟁연구」, 2009.
- 박노형 외 5인, 「투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점」, 산업자원부, 2007.
- 법무부, 「양자간투자협정집」, 2009.
- 변필건, 「한국의 투자협정 해설서」, 법무부, 2010.
- \_\_\_\_\_, "지자체의 외자유치 과정에서의 ISD 발생 가능성 연구", 국제투자분쟁연구」, 제3권, 대한상사중재원, 2009.
- 서 경, "국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재의 이용에 따른 대책방안에 관한 연구", 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 오원석·서경, "국제투자계약상의 중재조항의 주요 구성요소에 관한 연구", 「무역상무연구」, 제33권, 한국무역상무학회, 2008.
- 장승화, 「양자간 투자협정 연구」, 법무부, 2001.
- 정수봉, 「한미FTA 투자분야 연구」, 법무부, 2008.
- 최승환, 「국제경제법」, 법문사, 2006.
- 한찬식 외 2인, 「한일 투자협정 해설」, 산업연구원, 2003.
- Dolzer, R. & Schreuer, C., 「Principles of International Investment Law」, Oxford University Press, 2008.
- Gaetan V., 「National Treatment and WTO Dispute settlement」, Oxford-Portland Oregon, 2002.
- Horn N., 「Arbitrating Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International」, 2004.
- Mclachlan QC C. & Laurence S. & Matthew W., 「International Investment Arbitration」, Oxford University Press, 2008.
- Sacerdoti G., "Bilateral Treaties and Multilateral Investments on Investment



Protection", 「Recueil des Cours」, de l'Academie de Droit International de La Haye, Vol26, 1997.

Somarajah M., 「The International Law on Foreign Investment」, Cambridge, 1994.

UNCTAD, "Admission and Establishment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999.

UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999.

UNCTAD, "National Treatment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999.

UNCTAD, 「International Investment Agreements: Key Issues」, Volume I, 2004.

WTO 홈페이지(<http://rtais.wto.org>)

UNCTAD 홈페이지(<http://unctad.org>)

## ABSTRACT

### A Study on Matters to be Attended when Drafting National Treatment Clause in International Investment Treaty

Won-Suk Oh

Kyung Seo

Jing-Hua Li

Clauses on national treatment in the bilateral investment treaties including FTA state that, the foreign investor and his investments are 'accorded treatment no less favourable than that which the host state accords to its own investors'. Hence the purpose of the clause is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors when enacting and applying its rules and regulations and thus to promote the position of the foreign investor to the level accorded to nationals.

As a matter of legal drafting technique, while the basic clause is generally the same, the practical implications differ due to more or less wide-ranging exemptions of certain business sectors. It is generally agreed that the application of the clause is fact-specific.

This paper deals with problems in drafting clauses on national treatment in practice, introduces several considerations to adjust the level of national treatment, so it can be made more represents the interest of our country.

Key Words : investment treaty, general treatment, national treatment, national treatment clause
---