



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

博 士 學 位 論 文

국가계약에 관한 연구

-국제투자협정의 관련조항을 중심으로-

A Study on the State Contracts

-Focusing on the Related Clauses of International Investment
Agreements-

濟州大學校 大學院

法 學 科

軒 艷 麗

2010 年 8 月

A Study on the State Contracts

-Focusing on the Related Clauses of International Investment
Agreements-

Xuan-Yanli

(Supervised by Professor Yeu-Sun Kim)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements
for the degree of Doctor of Law

2010. 8.

This thesis has been examined and approved

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	3
제 2 장 국가계약의 의의	5
제 1 절 국가계약의 개념	5
제 2 절 국가계약의 특징	6
제 3 절 국가계약의 당사자와 책임	7
1. 문제의 제기	8
2. 국가계약 위반의 형태	9
1) 직접 계약위반	9
2) 간접 계약위반	10
3. 조문 초안상 행위의 국가책임의 기준	11
1) 비국가기관의 국가 계약당사자 적격의 요건	11
2) 책임기준의 범위	14
제 4 절 국가계약의 법적 성격	17
1. 국내계약설	17
1) 학설	17
2) 한국의 국내공법상의 계약	18
3) 판정사례	19
2. 국제조약설	20
1) 학설	20
2) 판정사례	22
3. 준조약설	23

4. 소결	24
제 3 장 국가계약의 유형과 주요내용	26
제 1 절 국가계약의 유형	26
1. 컨세션 계약	26
2. 합자계약	27
3. 서비스계약	28
4. 생산물 분매계약	29
5. 고용계약	30
6. 차관계약	32
제 2 절 국가계약의 주요조항	33
1. 안정화조항	33
1) 의의	33
2) 표현방식과 유형	34
3) 적용범위와 효력	35
4) 판정사례	35
2. 재협상조항 및 조정조항	39
1) 재협상조항	39
2) 조정조항	41
3. 준거법조항	43
1) 서설	43
2) 준거법 지정	43
3) 분쟁에서 준거법 선택문제	48
4) 준거법 저촉시 선택문제	49
4. 분쟁해결조항	50
5. 국가면제포기조항	51

제 4 장 국제투자협정상 국가계약의 보호	53
제 1 절 국제투자협정의 의의	53
1. 서설	53
2. 국제투자협정의 종류	53
1) 양자간 투자협정	53
2) 지역적 투자협정	54
3) 다자간 투자협정	55
3. 국제투자협정의 법적성질	56
1) 국제투자협정의 법적성격	56
2) 국가계약과 구별	56
4. 국제투자협정의 주요내용 및 국가계약에 대한 규정	57
1) 투자협정의 적용범위	57
2) 외국인 투자대우기준	57
3) 국유화 또는 수용	58
4) 분쟁해결에 관한 조항	58
5. 소결	58
제 2 절 투자의 정의와 국가계약의 보호	59
1. 투자정의의 의의	59
2. 투자정의와 자산	61
3. 투자의 정의와 계약권리	61
1) 계약권리의 포괄적 보호	61
2) 계약권리의 부분적 배제	63
4. 계약권리에 대한 판정사례	64
1) ICSID협약의 투자정의와 판정특징	64
2) 계약권리를 인정하는 판정	67
3) 계약권리를 부정하는 판정	68
제 3 절 권리유지 조항	69

1. 권리유지 조항의 의의	69
2. 권리유지 조항의 규정 형태	71
1) 국가계약을 규율하는 권리유지 조항	72
2) 국가계약을 보호하지 않는 권리유지 조항	72
3. 권리유지 조항과 BIT	73
4. 유사조항과 구별	74
1) 포괄적 보호조항과의 구별	74
2) 안정화 조항과 구별	75
제 4 절 포괄적 보호조항의 활용	75
1. 포괄적 보호조항의 의의	75
1) 포괄적 보호조항의 의의	75
2) 포괄적 보호조항의에 대한 규정	76
2. 포괄적인 보호조항의 해석	77
1) 포괄적인 보호조항의 해석	78
2) 협의적 해석	79
3) 광의적 해석	82
3. 소결	86
제 5 절 투자분쟁 관할권에 의한 보호	88
1. 투자협정상의 ICSID관할권 조항	88
2. 투자협정상 국가계약의 관할권의 규정	89
3. 소결	90
제 6 절 투자협정상의 안정화 조항	91
제 7 절 검토	92
제 5 장 결론	94
참고문헌	98
<Abstract>	104

<약 어 표>

BOT	Build-Operate-Transfer
BIT	Bilateral Investment Treaty
ECT	Energy Charter Treaty
FDI	Foreign Direct Investment
FET	Fair and Equitable Treatment
FTA	Free Trade Agreement
ICSID	International Centre for Settlement of Investment
ICJ	International Court of Justice
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MFT	Most-Favored-Nation Treatment
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NIOC	National Iranian Oil Company
NT	National Treatment
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PSC	Product Sharing Contract
RIT	Region Investment Treaties
SOF	State Ownership Fund
WB	World Bank
WTO	World Trade Organization

제 1 장 서 론

제 1 절 연구목적

국가계약은 국제투자에서 일국의 국가(정부) 혹은 그 나라의 공기업이 외국의 사인 또는 사기업과 체결하는 계약을 말하고 있다. 국가계약은 20c초 자원개발 과정에서 발생한 투자계약의 한 형태로서, 그 동안 많은 법적 쟁점을 발생시켜왔다. 국가계약은 초기에 자원개발을 위한 경제개발 계약에서 IIAs¹⁾근 국가기관시설의 BOT(Build-Operate-Transfer)¹⁾계약에 이르기까지 다양한 형태로 나타나고 있다. 국가계약은 그 특성상 분쟁도 증가하고 있다. 예컨대 투자 유치국이 그 국내법을 개폐하여 투자자의 재산을 수용하거나 계약파기 등 국가계약 이행과정에서 분쟁이 발생하기도 한다. 국가계약은 일방 당사자가 투자유치국의 정부가 되므로 그 성격을 둘러싸고 국제법 혹은 국내법적 성격을 가진다는 논쟁을 해오고 있다. 이는 권리구제와 관련된 관할권 때문에 발생된 것으로 매우 첨예한 대립이 있어오고 있다. 따라서 오랫동안 국가계약의 법적 성격에 대한 견해는 일치되고 있지 않다. 대다수 개발도상국은 국가계약의 국제법적 성격을 인정하지 않고 국내법적 성격을 주장하고 있다. 컨세션 계약에서 개발도상국은 천연자원에 대한 영구주권을 주장하기도 한다. 국내법적 성격을 주장하는 것은 국가상황에 따라 언제든지 국가계약과 관련된 법률을 개정 혹은 폐기할 수 있기 때문에 투자자를 보호 보다는 투자유치국이 상대적으로 유리하기 때문이다.²⁾ 국가계약을 국내계약으로 보면 국내법상 주권면제를 주장하여 사법당국은 관할권을 행사하지 않는다. 따라서 유치국에 책임을 추궁하는 것이 쉽지 않아 국가계약이 보호받지 못하는 경우도 있다. 따라서 국가계약 자체를 보호하기 위한 여러 가지 조항을 계약 내에 두고 있으며, 한편으로 BIT등과 같은 국제투자조약에서 국가계약의 당사자

1) BOT방식이란 프로젝트 시행의 사업주가 필요한 자금을 조달해 시설 및 설비를 완공(Build)한 후 일정기간 동안 당해 프로젝트를 운영(Operate)하는 것을 말한다.

2) 배종균, “해외자원개발의 투자에 관한 법적 고찰”, 서울시립대학교 대학원, 석사학위논문, 2001, p.1.

인 투자자를 보호하기 위한 규정을 두기도 한다.

1960년대 이후 세계 각국이 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty, 이하 'BIT')을 체결하기 시작하면서, 국가계약을 보호하기 위한 국제법상의 새로운 시도가 있어왔다. 현재 약 2,500여개가 넘게 체결된 BIT를 통한 투자보호가 대세를 이루고 있다. BIT의 가장 큰 특징은 투자자와 국가 간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 'ISD') 조항을 함으로써 투자자의 투자를 실질적으로 보장해주고 있다는 데에 있다. 이러한 ISD는 바로 투자자와 국가 계약의 당사자가 되는 국가계약의 위반도 BIT의 보호대상이 된다는 가능성을 열어두게 되었다. 그리고 ISD는 일반적으로 국제중재 절차를 이용하기 때문에 판정의 공정성을 확보한다는 점에서 매우 유용하기 때문에 BIT를 통한 투자보호가 이루어지는 제도적 장치라고 할 것이다.

일반적으로 ISD의 대상은 BIT상에 규정되어 있는 의무위반이 그 대상이 된다. 그리고 소위 투자자와 투자유치국 정부와 체결한 국가계약(투자계약)도 BIT에 의하여 보호를 받을 수 있는 것인가에 대하여 다양한 논의와 국제중재기구의 판정사례 그리고 BIT상의 규정이 있다. 특히 미국 2004년 모델 BIT에서는 국가계약(투자계약)을 ISD의 대상으로 하고 있다.³⁾ 이에 따라 미국이 최근에 체결한 BIT에서는 국가계약을 ISD대상으로 규정해두고 있다. 2007년 체결한 한·미 FTA에서도 국가계약을 ISD 관할권으로 명시하고 있다.⁴⁾

근래 국가계약위반에 따른 ISD 청구 사례가 증가하고 있다. 이렇게 보면 국가계약은 '국제화 된 계약'으로 보아 국제적 책임이 발생하는 법적 문제가 된다. 논문에서는 국가계약의 법적 성격에 대한 논쟁의 검토, 국가계약 자체를 보호하기 위한 조항, BIT에서 국가계약을 보호하는 규정들을 학설과 국제중재기구의 판정 사례를 통하여 살펴보고자 한다. 본 연구는 국가계약의 보호를 위한 이론적 토대를 구축하고, 이를 통하여 투자자의 보호에 대한 시사점을 찾고자 하는데 그 목적이 있다.

3) Treaty between the Government of the United States and the Government of [country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, the 2004 Model BIT.

4) 김여선, "양자간투자협정의 우산조항에 관한 연구", 『국제거래법연구』, 제18집, 2009, p.179.

제 2 절 연구 범위와 방법

본 논문의 연구범위는 국가계약의 보호보다는 국가계약 체결 당사자인 투자자 보호에 그 중점을 두고자 한다. 국가계약의 일반론으로 법적성격, 계약의 주요내용과 조항에 대하여 고찰한다. 그리고 본 논문에서 중점적으로 살펴 볼 국제투자협정, 즉 BIT상에서 국가계약을 보호하는 관련조항을 국제중재기구의 판정을 통하여 검토하고자 한다.

논문은 총 5장으로 구성한다. 제2장은 국가계약의 일반론으로 먼저, 국가계약의 개념과 타 계약과의 비교를 통한 국가계약의 법적 성격과 특징을 살펴보고자 한다. 그리고 국가계약의 당사자와 위반책임에 대하여 검토하 한다. 국가계약의 당사자 범위는 국제연합의 국가책임조문초안을 중심으로 살펴보고, 지방정부 및 공공단체의 국가계약 체결의 지위를 고찰한다. 동시에 국가(중앙정부)의 계약위반에 대한 책임을 추론해보고자 한다. 국가계약의 법적 성격을 분석하기 위하여 국가계약의 성격에 대한 학설을 비교 분석하고, 국제중재기구의 판정사례를 살펴본다.

제3장에서는 국가계약의 유형과 주요내용을 검토한다. 국가계약의 주요 조항인 안정화조항, 재협상조항과 조정조항, 준거법조항, 분쟁해결조항 그리고 국가면제 포기조항 등을 관련 사례를 중심으로 서술한다.

제4장에서는 국제투자협정상 국가계약의 위반에 따른 투자자 보호와 관련된 조항을 검토하고자 한다. 국제투자협정의 포괄적 보호조항, 분쟁해결조항, 권리유지조항 그리고 ISD 관할권 조항 등을 고찰 한다.

마지막으로 제5장에서는 결론으로 논문의 요약 및 바람직한 국가계약의 보호방안을 제시하고자 한다.

본 논문의 연구 방법으로 첫째, 문헌연구 분석방법을 사용한다. 학위논문과 학술논문 등의 문헌연구를 위주로 한다. 미국, 일본, 중국과 프랑스 등 주요국가 자료를 중심으로 한다. 국가계약의 일반이론에 대한 연구를 위하여 국가계약의 관련문헌을 고찰한 후 이를 해석· 분석한다. 둘째, 비교법 연구 방법을 이용하였다. 국가계약의 법적 성격을 검토하기 위하여 외국법제를 비교· 고찰한다. 특

히 영국, 미국, 프랑스와 중국제도 등을 중점적으로 이용하고자 한다. 셋째, 사례 분석방법을 사용하였다. 제3장과 제4장의 국가계약의 보호에서는 ICSID 중재사례를 참조하여 서술한다. 다만 외국인 유학생으로 언어의 한계를 가짐에 따라 충분한 표현에는 다소 문제가 있을 것임을 밝혀둔다.



제 2 장 국가계약의 의의

제 1 절 국가계약의 개념

20세기 중반 이후 아시아, 아프리카, 남미지역의 국가들은 교통, 통신, 교육시설 그리고 자원개발 등의 분야에서 외국의 사인(私人)투자자를 유치하여 경제개발을 추진하여 왔다. 이러한 경제개발을 위하여 국가는 외국투자자와 계약을 체결하여 추진하게 되는데, 이를 통상 국가계약 혹은 경제개발협정(Economic Development Agreement)이라고 한다.⁵⁾ 국가계약은 국가 또는 그 나라의 공기업이 외국의 사인 또는 사기업과 체결하는 계약을 말하고 있다.⁶⁾ 국가계약은 국가가 당사자가 되기 때문에 국제법적 성격을 가진다는 준조약(Quasi-International Agreements)의 법적 성격을 가진다고 한다.⁷⁾ 국가 계약의 개념이나 법적 성격에 대하여 아직 국제적으로 명백하게 통일된 견해나 기구의 해석이 존재하는 것은 아니하고 할 수 있다.

그러나 최근 국가계약에 관한 아주 의미 있는 변화는 미국 2004년 모델BIT에서 ISD를 원용할 수 있는 대상으로 국가(투자)계약(investment agreement)을 포함하고 있다는 것이다.⁸⁾ 이에 따라 2007년 한미 FTA 제11.16조 제1항에서도 투

5) Christopher T. Curtis: "The legal security of economic development agreements, Harvard International law journal", *Harvard International Law Journal*, vol 29,1998, p.12.

6) "A 'State contract' can be defined as a contract made between the State, or an entity of the State, which, for present purposes, may be defined as any organization created by statute within a State that is given control over an economic activity, and a foreign national or a legal person of foreign nationality". *State contracts, UNITED Series on issues in international investment agreements*, UNITED NATIONS, 2004, p. 3.

7) Wolfgang Peter, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, Kulwer law international publisher, 1995, p. 458.

8) Article 24 of the 2004 Model BIT : Submission of a Claim to Arbitration:
(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim
(i) that the respondent has breached
(A) an obligation under Articles 3 through 10,
(B) an investment authorization, or
(C) an investment agreement; and
(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

자계약 위반을 ISD의 대상으로 하고 있다. 이는 비록 모델 BIT이지만 국제법차원에서 최초로 국가계약의 정의를 시도하고 있어 매우 주목할 만한 변화라고 할 것이다.

미국 2004년 모델 BIT에서는 국가계약을 “일방 당사국의 국가당국과 적용대상 투자 또는 타방 당사국의 투자자간 서면계약으로서 적용대상투자 또는 투자자간 서면계약 그 자체 이외의 적용대상 투자를 설립하거나 인수하는 데 의존하고, 적용대상투자 또는 투자자에게 다음 권리를 부여하는 것을 말한다.”고 규정하고 있다.⁹⁾ 그리고 국가계약의 대상으로 첫째, 국가당사국이 통제하는 천연자원에 관하여, 탐사·채취·정제·운송·유통 또는 매각을 위한 것과 같은 권리, 둘째, 발전 또는 배전, 용수 처리 또는 분배, 그리고 통신과 같은 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리, 셋째, 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌, 도로·교통·운하·댐 또는 배관 건설과 같은 기반시설 사업을 수행할 권리¹⁰⁾가 된다고 규정하고 있다.

제 2 절 국가계약의 특징

먼저, 국가계약의 가장 큰 특징은 계약 당사자의 특수성에 있다. 국가계약의

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement; and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

9) Article 1 of the 2004 Model BIT, “investment agreement” means a written agreement that takes effect on or after the date of entry into force of this Treaty between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party that grants the covered investment or investor rights:

(a) with respect to natural resources or other assets that a national authority controls; and

(b) upon which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself.

10) 「한·미 FTA」 제11.28조: 투자계약이라 함은...다. 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌, 도로·교통·운하·댐 또는 배관 건설과 같은 기반시설 사업을 수행할 권리 등을 규정하고 있다.

일방당사자는 국가이며 타방당사자는 외국투자자이다. 국가계약의 많은 법적쟁점 즉, 국내계약 혹은 조약 그리고 준조약 등의 법적 성격의 논쟁은 바로 계약 당사자의 특수성에 있다고 할 규정이다.

둘째, 국가계약은 당사자 일방의 통제로 인하여 정치적 위험이 크다. 국가계약은 통상 투자유치국의 인·허가를 필요로 한다. 천연자원 개발의 컨세션 계약은 투자유치국 정부가 외국투자자에게 양허권을 부여하는 형태를 가지게 된다. 투자유치국은 국가계약의 협상, 체결과 파기 등에서 항상 정치적 목적이나 국가공공정책을 고려하고 있다. 예를 들어 국가계약의 권리를 수용하거나 국유화 하는 경우가 많다. 따라서 국가계약은 타 계약의 유형과 달리 특별한 조항을 포함하고 있다. 예를 들어, 국가계약 보호를 위하여 안정화 조항(Stabilization Clauses)과 재협상·재조정조항(Renegotiation and Adaptation Clause)을 두고 있다. 이는 계약의 일방당사자가 국가이기 때문에 국가면책과 관련하여 국가계약 자체를 보호하기 위하여 둔 것이다.

셋째, 계약목적의 특수성이 존재한다. 국가계약의 목적은 필요한 물자의 일상적인 조달, 용역 제공, 공공시설의 건설 및 이용, 공익사업 그리고 자원 탐사 및 개발 등에 이르고 있다.¹¹⁾ 국가당사국이 통제하는 천연자원(natural resources), 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리와 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌 것 등이 대상이 되고 있다. 따라서 국가계약은 특정한 목적에 따라 천연자원의 개발하는 컨세션 계약(Concession Contract), 고용계약(Employment Contract), 서비스계약(Service Contract), 생산물 분배계약(Product Sharing Contract, PSC), 합자계약(Joint Venture Contract, JVC) 그리고 차관계약(Loan Agreement) 등으로 그 유형을 나누어 볼 수가 있다.¹²⁾

마지막으로 국가계약 기간은 비교적 장기적이다. 계약기간은 통상 짧게 5년에서 길게는 40년에까지 이르고 있다. 이는 투자유치국의 경제발전과 밀접한 관계에 따른 것이다.

제 3 절 국가계약의 당사자와 책임

11) 장효상, “국가계약에 관한 연구—국제양허계약을 중심으로”, 명지대학교, 박사학위논문, 1977, p.154.

12) 姚梅鎮, “關於經濟特許協議適用法律問題的研究”, 『中國國際法年刊』, 1985, pp.59-60.

1. 문제 제기

국가계약의 당사자는 국가와 외국투자자이다. 외국투자자에 대하여서는 일반적으로 BIT에 의하여 적격을 결정하게 된다. 하지만 국가의 범위에 대하여서는 아직 확립된 견해는 없다. 국가계약의 당사자의 범위에 따라 BIT상의 보호와 책임을 부담하게 될 것이다. 즉, 계약 당사자는 일반적으로 중앙정부가 되는 것이라고 할 수 있지만, 지방정부나 중앙정부로부터 사무위임을 받은 공기업 등이 국가계약의 당사자가 되는 경우 그 범위와 책임소재가 문제가 될 수 있다는 것이다.

국가는 투자유치국 경제의 규제자와 소유자의 성격을 동시에 가지고 있다. 국가가 상행위 주체로서 계약 당사자가 되는 것이다. 예를 들어 천연자원 개발에 대해 투자유치국만이 외국투자자에게 계약을 통한 허가권한을 가지게 된다. 그런데 일반적으로 외국투자자와 국가계약을 체결하는 당사자는 사실 일국의 정부가 국가를 대신하여 체결하는 것이다. 이 경우에 중재조항이 포함된 국가계약서에 서명하는 것은 중재판정부의 관할권을 수락하고 최종판정을 수락하는 것이지만, 다른 한편으로 당사자가 국가인 경우 상대방은 종종 주권면제의 문제에 부딪친다.¹³⁾ 그러나 국가기관과 지방자치단체 등이 국가에 사무를 위임받아 국가계약을 체결하는 경우도 많다. 이 경우에 공기업이 국가계약 위반에 대한 주권면제를 주장할 수 있는지도 문제가 된다. 1968년 헤이그 국제 사법 재판소가 이란 국영석유회사(National Iranian Oil Company, NIOC)에 대한 판결에서 이란 국영석유회사는 국가정부가 아닌 국유기업이다.¹⁴⁾ 그래서 NIOC의 행위가 비권력적, 상업적 행위(acta jure gestionis)이다. 이 사례는 국가가 체결하는 국가계약과 공기업이 체결하는 국가계약이 다르다는 것을 의미하고 있다.

또한 ICSID의 RFCC v. Maroc 중재판정부는 이탈리아·모로코 BIT 제8조의 ‘투자에 관한 모든 분쟁’을 중재대상으로 하는 것에 근거하여 조문은 매우 광범위하기 때문에 계약위반 청구를 배제할 이유가 없다고 하였다. 다만, 계약 당사

13) 오원석, 서경, “국제투자계약상의 중재조항(Arbitration clauses)의 주요 구성요소에 관한 연구”, 『한국무역상무학회지』 제38권, 2008, p.168.

14) International Legal Material, 1970, p.152.

자인 모로코 국영회사가 BIT당사자(모로코)가 아니기 때문에 관할권은 없다고 판정한 적이 있다¹⁵⁾. 이 경우, 즉 BIT의 보호를 받는 국가계약의 당사자는 국가만이 될 수 있다는 결론에 이르게 된다. 하지만 이에 대하여 국제중재 사례에서는 다양한 판정이 도출되고 있다. 이 문제는 결국 책임을 부담하는 당사자는 결국 국가계약의 당사자 적격을 가진다는 의미를 가지게 된다는 것이다.

투자유치국 정부의 책임유무를 판단할 때 국제중재에서 UN국제법위원회(International Law Commission, I L C)가 2001년에 채택한 「국제 위법 행위에 관한 국가의 책임에 관한 국제법위원회 조문초안」(The International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)(이하, '조문초안')을 적용하는 경우가 많다.¹⁶⁾ 조문초안은 조약이 아니고 UN결의의 첨부문서로서 채택된 것이다. 따라서 그 자체는 법적 구속력이 없으며 관습법을 체현하는 경우에 한해서 법규범성을 인정받을 것이다.¹⁷⁾ 만약에 관습법화 된 규정이 있다 하여도 강제수단이 없는 상황에서 그대로 투자 분쟁에 적용할 수 있는지 여부도 검토가 필요하다.

2. 국가계약 위반의 형태

1) 직접 계약위반

직접 계약위반이란 투자유치국의 행위가 계약조항을 직접적으로 위반하는 것이다. 예를 들어 Duke Energy International Peru Investment No.1, Ltd (DEI Bermuda) v. Republic of Peru 사례에서 Duke Energy사가 페루기업의 사유화 정책(Merger Revaluation Assessment)에서¹⁸⁾ 페루정부의 직접 보증을 받기 위

15) Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case. No. ARB/00/6, Award of Dec. 22, 2003, paras. 63-69.

16) Resolution of the United Nations General Assembly on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (adopted on 12 December 2001), A/RES/56/83. Report of the International Law Commission 2001, A/56/10 에 코멘트가 게재되어 있다. 또, J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introductions, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002 에도 해설을 상세히 하고 있다.

17) D.D. Caron, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority," *American Journal of International Law*, vol.96, 2002, pp.857-873.

해서 법적 안정화 계약(Legal Stability Agreement)을 체결하였다. 그 중에 페루 정부의 소득세에 대한 보증이 있었는데, 계약 체결당시에는 페루세법에 의해 “주식 배당과 기타수익에 대한 세금을 징수하지 않는다” 라는 내용이였다. 그러나 2001년 11월 페루정부가 Duke Energy사에게 1996-1999년의 3년간의 세금을 징수하는 결정을 내렸다. Duke Energy사는 페루정부에 행정소송을 제기하였는데 각하되었다. 후에 Duke Energy사는 페루 조세 법원에 상소했는데, 조세법원은 원고에게 세금을 납부하도록 하는 판결을 내렸다. 2003년 ICSID에 페루정부의 계약위반을 이유로 중재를 신청하였다.¹⁹⁾이 Duke Energy사와 페루 간에 투자유치국정부가 계약의 안정화조항을 위반하는 사례이다.

2) 간접 계약위반

투자유치국의 간접 계약위반은 국가계약조항의 직접위반 방식이 아닌 현지국법의 제정 혹은 개정 등의 방식으로 발생한다. 따라서 계약내용이 새로운 법의 적용에 따라 계약을 위반하게 된다. 즉 간접적인 방식으로 국가계약을 폐기할 수가 있다.

투자유치국의 정권 교체의 경우에는 이런 현지국법의 변경을 통해 국가계약을 폐기하는 사건이 자주 보인다. 심지어 위험 요소가 없는 나라도 경제위기 또는 경제 관리를 위해 법의 변경 방식으로 국가계약을 폐지한다.

전형적인 간접계약위반 사례는 1977년 발생한 “리비아 자국내 있는 미국 석유회사를 국유화하는” 사건을 미국 석유회사와 리비아 구정부와 석유계약을 체결하였다. 리비아 정부는 미국 회사들에게 50년 동안 리비아에서 석유탐사와 개발 권을 부여하였다. 그 후 리비아 정권 교체로 인해 1973년 리비아 자국내 있는 미국 석유회사들의 51%에 상당하는 이익을 리비아 정부 정책으로 국유화한다는 법을 발표하였다. 1974년 리비아 정부는 미국 석유회사의 나머지 49%를 국유화

18) 王斌, “論政府違約風險的法律控制”, 『浙江社會科學』, 2007, p.111.

19) Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru: Foreign investors in Peru are guaranteed tax stability.

<http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2008/08/29/duke-energy-international-peru-investments-no-1-ltd-v-republic-of-peru-foreign-investors-in-peru-are-guaranteed-tax-stability.aspx>(2010.3.10 방문)

한다고 공표하였다. 이 사건은 중재에 회부되었는데, 신청인은 리비아정부가 현 지법을 개정하는 방식으로 미국회사의 자산을 국유화하는 것은 국가계약을 위반한다고 주장하였다. 이 사건에서 리비아정부의 계약위반은 간접 계약위반이라고 할 수 있을 것이다.

3. 조문 초안상 행위의 국가책임 기준

1) 비국가기관의 국가 계약당사자 적격의 요건

(1) 국가기관의 행위

국가기관의 행위는 크게 법률상 · 사실상의 국가기관의 행위로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 법률상 국가기관의 행위를 보면 조문초안 제4조는 국내법(de jure)상 국가조직 체계에서 지위와 중앙과 지역을 불문하고 법령상 국가기관의 행위는 국가행위로 평가하고 있다. 그리고 국제사법 재판소(International Court of Justice, 이하'ICJ')의 제노사이드 판결에서는 일단 조문초안 제4조를 관습법으로 판정하고 있다.²⁰⁾ 지방정부의 작위 · 부작위가 투자자 권리를 침해하는 경우, BIT위반 여부에 대하여 국제법 위원회는 지방정부 행위의 국제적인 국가책임부담은 확립된 관습법이라고 하고 있다.²¹⁾ 그리고 ICJ의 ELSI 사건판결에서 지방정부의 수용행위가 미국 · 이탈리아간 통상항해조약위반을 확인한다고 하였다.²²⁾ 투자 중재에서 주(州) 등의 지방정부의 행위가 국가에 귀속하는 것도 확인되고 있다.²³⁾

20) Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, p.385.

21) 석유장관 행위가 국가에 귀속하는 사례는 Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (Preliminary Award of 27 December 1975), International Law Reports, vol.53, 1977, para.23; 재무장관의 행위가 국가의 행위로 귀속한 사례로 Eureka v. Poland, para.129; 사법부의 행위가 국가에 귀속한다는 사례 Azinian v. Mexico, paras.97-103; 민영화 관련기관의 행위가 국가에 귀속한다는 사례 Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova, SCC, (22 September 2005), para.2.2.2 등이 있다. 위에서 입법 · 사법 · 행정기관에 관계없이 국가기관의 행위는 국가책임을 일으키는 것이다. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Case No. ARB/01/8, (Decision on Jurisdiction, 17 July 2003), para.108.

22) Commentary to Article 4, paras.8-10.

둘째, 조문초안 제4(2)조는 국가기관을 국내법으로 정의하는 것을 포함한다 (includes)고 규정하고 있다. 법령상 국가기관은 아니지만 특정한 자(者)나 단체의 행위도 국가기관의 행위에 포함되는지도 살펴볼 필요가 있다. ICJ는 비록 정규 국가기관은 아니라도 특정 인(人)이나 단체가 국가에 ‘완전한 의존상태’(complete dependence)에 있는 경우 국내법령상의 법적지위를 넘어 현실관계를 고려해야 한다고 하였다.²⁴⁾ 완전한 의존상태의 요건에 의하여 사실상(de facto)의 국가기관으로 인정되면 국가책임이 발생하게 될 것으로 보인다.

(2) 법령에 의한 통치 권능을 행사하는 행위

조문초안 제5조는 국내법령에서 특정문제에 한하여 통치권능의 행사가 위임된 자의 행위가 국가책임을 구성한다고 규정하고 있다. 또한 국제중재 사례는 대부분 조문초안 제5조에 따라 판정하고 있다. 첫째, Maffezini 사례에서 스페인 지방정부와 지방법령에 의하여 설립된 기업 Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia Sociedad Anonima (SODIGA)의 행위가 스페인 중앙정부의 책임을 구성하는지가 쟁점의 하나였다.²⁵⁾ 중재판정부는 SODIGA의 구조 및 기능을 고려하여 국가를 대위하는 기업으로 인정하고 있다. 그 근거로 국가에 의한 기업의 소유 · 지배 유무, 기업 설립목적이 공공성이라는 구조기준(structural test) 및 기업이 실제 통치기능의 일부를 담당하는 행동을 하는 기능기준(functional test)을 들고 있다.²⁶⁾ 둘째, Noble Ventures 사례는 민영화법에 의하여 설립된 State

23) Tucuman 주의 행위가 아르헨티나에 귀속하는 사례로 *Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Generale des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (November 21, 2000); Buenos Aires 주의 행위가 아르헨티나에 귀속하는 것을 인정한 *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (14 July 2006), para.50; Vilnius 시의 행위가 리투아니아에 귀속한 사례로 *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8 (11 September 2007), para.258; 키예프시 직원의 행위가 우크라이나에 귀속한 사례로 *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9 (16 September 2003), paras.10.1-10.7 등이 있다.

24) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, paras. 390-395.

25) A.C. Smutny, “State Responsibility and Attribution: When Is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?” T. Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, pp.17-45.

26) *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (November 13, 2000), para.46-50.

Ownership Fund (SOF)행위가 국가책임을 구성하는지를 조문초안 제5조를 관습 법으로 인용하여 판정하였다.²⁷⁾ 루마니아 민영화법이 SOF에 주식의 관리 · 매매 및 투자자와 계약체결을 포함한 민영화에 관한 광범위한 권한을 부여하고 있고, 경영진은 수상이 임명하고 내부규칙은 정부승인을 규정하고 있기 때문에 통치행위를 행사하는 조직이라고 하였다.²⁸⁾ 셋째, MCI사례에서 에콰도르의 전력기관인 Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL)의 국가책임여부를 관습 법으로 인용한 조문초안 제5조를 적용하여 판정하였다.²⁹⁾ 중재판정부는 INECEL의 구조 · 기능 등의 기준에 의하여 BIT를 위반한 INECEL의 모든 작위 · 부작위를 국가책임이라고 하였다.³⁰⁾

(3) 국가의 지시 · 지휘 · 명령

조문초안 제8조는 국가의 지시 · 지휘 · 명령에 의해서 국가기관이 아닌 개인(人) 행위가 국가의 책임에 해당하는지 규정하고 있다. 국가에 의한 ‘사실상 지시하에’(in fact acting on the instructions) 혹은 국가의 ‘지휘 혹은 명령하에’(under the direction or control)’서 개인 행위가 국가책임에 해당하는지 범위는 분명하지 않다.³¹⁾ 제8조를 관습법으로 인정하여 적용한 투자분쟁 사례에서 책임은 모두 부정되었다. Tradex 사례에서 주민의 토지점거가 알바니아 정부의 선동(encouraged)에 의하였다고 하여도 주민행위는 국가행위가 아니라고 하였다.³²⁾ Amco Asia 사례에서 현지기업이 군 · 경찰의 비호하에 원고 호텔을 점거한 것은 외국인 보호 의무 위반이고 국가책임의 대상은 아니라고 판정하였다.³³⁾ 사례에서

27) Noble Ventures, v. Romania, Award, 12 October 2005, ICSID Case No. ARB/01/11. para.70.

28) Ibid. paras.71-80.

29) M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador, ICSID Case No.ARB/03/6 (31 July 2007), paras.222-223.

30) Ibid, para.225.

31) 제8조의 귀속기준을 전체적인 통제(overall control)가 필요한가 (Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment of 15 July 1999, International Legal Materials, vol.38, 1999, pp.1544-1545, para.136), 개개의 구체적인 행위에 관한 국가의 지시나 명령으로서 실효적 통제(effective control)를 필요로 하는 것인가 (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports 1986, pp.64-65, para.115; Case concerning the Application of the Convention on Genocide, supra n.10, paras.397-407)에 다름이 있다.

32) Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ARB/94/2 (29 April 1999), paras.147,165,169.

는 국가에 의한 지시·명령에 근거한 귀속의 인정이 엄격하다고 추정할 수 있지만 상세한 논의는 전개되고 있지 않다.

2) 책임기준의 범위

(1) 비국가기관의 법적 지위

중재 관할권에서 비국가 기관의 법적지위가 문제가 되며 중재정은 조문초안을 참조해서 관할권 판정을 내리는 예가 있다.

Maffezini관할권 판정에서 투자자 Maffezini와 스페인 개인기업 SODIGA간 발생한 국가계약 분쟁이라고 주장하여 ICSID 중재의 관할권이 쟁점이 되었다.³⁴⁾ ICSID 조약 제25조와 아르헨티나·스페인 BIT도 계약국 정의를 두지 않아 조문초안을 적용하여 판정하였다.³⁵⁾ 중재판정부는 지방자치단체와 같이 국가의 소유·지배가 직접 미치는 경우에는 계약국간 분쟁으로 간주하는 것이 명백하지만, 기업형태의 비국가 기관은 국가의 소유·지배가 간접적으로 미치는 경우와 구조·기능 기준을 고려하여 판정하여야 한다고 하였다.³⁶⁾ 따라서 SODIGA가 산업령에 의해서 설립되었고 국가기관이 절대 주식을 보유하고 있으며, 설립목적이 자치단체의 산업진흥이라고 하는 통치기능 수행 그리고 신규산업 육성과 보조금 지급 등의 전형적인 국가의 임무 수행 등을 하고 있어 SODIGA는 스페인을 대위하는 기관이라고 판정하였다.³⁷⁾ 많은 중재판정은 Maffezini 사례를 인용해 구조·기능 기준을 열거하고 이를 근거로 관할권을 긍정하고 국가책임여부를 판정하고 있다.³⁸⁾

33) Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/1 (20 November 1984), paras.160-162.

34) Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, para. 73.

35) Ibid. para.76.

36) Ibid. paras.78-79.

37) Ibid. paras.83-86. 구조기준과 기능기준을 적용한 판정은 Salini v. Morocco, paras.31-35.

38) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4) para.31.

(2) 책임판정과 공권력성의 유무

Maffezini 사례에서는 구체적 행위가 공공행위(acta jure imperil)이면 국가로 귀속하고 순수한 상업행위(acta jure gestionis)이면 귀속하지 않는다고 하였다.³⁹⁾ Noble Ventures 중재판정부는 SOF의 행위가 투자에 관계되는 것이고 위임 범위인 것을 확인하고 있다.⁴⁰⁾ 이들 행위가 공적행위인가 상업행위인가는 국가책임에 영향을 주지 않는다고 하였다.⁴¹⁾ 그러나 민영화 추진행위는 Maffezini 사례와 같이 국가의 통치권능을 행사하는 기관으로서 행위를 책임판정의 전제로 한 것임을 알 수 있다. 행위가 국제의무위반이 있는 경우 행위가 상업행위이면 국제의무위반이 아닐 가능성이 많다. Tucuman주(州)의 행위가 아르헨티나 정부의 국가책임을 부담하는지 여부가 쟁점이 된 Vivendi 사례에서 주의 행위가 주권적 권능의 행사인지 국가계약의 당사자로서 권리행사인지를 판단할 필요가 있다고 하였다.⁴²⁾ 주(州) 정부의 행위가 아르헨티나 정부에 귀속하는 것을 인정할 후 공공행위와 상업행위의 구별을 하였다. 공권력성의 유무는 책임소재기준이 아닌 국제의무위반 행위의 판단기준인 것이다.

(3) 계약위반행위의 국가에 귀속

외국 투자자가 비국가 주체와 국가계약을 체결하는 경우에 계약위반행위가 국가로 귀속될 것인가의 문제가 있다. (여기에서 비국가 주체는 국가기관, 지방자치단체, 국영기업 등 포함한다.)

이런 비국가 주체의 국가책임에 대한 판정도 많이 있다. 예를 들어 Salini v. Morocco사건⁴³⁾에서 중재판정부는 이탈리아-멕시코BIT에 의거하여 계약당사자

39) Ibid, para.52.

40) Noble Ventures, op. cit. para.80.

41) Ibid. para.82.

42) Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/97/3 (Decision on Annulment, July 3, 2002), paras. 49-79.

43) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4) para. 31.

The Société Nationale des Autoroutes du Maroc (이하는 ADM사라고 약칭함)는 멕시코정부의 권력기관인데 ADM사가 독립한 법인격이기 때문에 ADM사는 책임을 지고 멕시코에는 국가책임이 없다고 인정하였다. Impreligo v. Pakistan사건에서 중재판정부가 위 사건과 같은 주장을 인정하였다. 즉 계약당사자Pakistan Water and Power Development Authority가 파키스탄의 기관으로 독립한 법인격을 가진다. 그래서 중재판정부가 파키스탄가 국가책임이 없다고 인정하였다.

그 밖에 ICJ초안 제4조에서 국내법(de jure)상 국가조직 체계에서 지위와 중앙과 지역을 불문하고 정규의 국가기관의 행위는 국가행위로 평가하고 있다.⁴⁴⁾ ICJ 제4조는 국제 위법행위를 야기 할 수 있는 국가기관의 범주는 별도로 존재하지 않으면 사실상 어떠한 국가기관도 그리고 국내법상 어떤 지위를 가지는 사람 또는 실체도 국제 위법행위를 발생시킬 수 있다.

(4) 비국가 행위의 주권면제

오늘날 국가는 비국가 주체를 통해 상거래를 하는 경우도 많이 있다. 그러나 계약당사자로는 비국가 주체의 행위가 주권면제의 문제에 대해 논의가 많이 있다. 이 경우 국영기업이 국가와는 독립된 별도의 법인인지 여부가 많은 법률문제에서 쟁점이 되고 있다, 즉 국영기업은 국가에 의하여 야기될 계약이나 계약위반에 대하여 책임이 없다고 주장할 수 있는지, 그리고 국영기업도 국가와 같이 관할권이나 판정집행에 면책을 주장할 수 있는지 여부이다.⁴⁵⁾

2004년 UN총회에서 체결되는 국가관할권 면제협약 제2조 제2항에 따라 계약 혹은 거래가 “상거래”인지의 여부를 판단하려면, 1차적으로 해당계약 혹은 거래의 성질을 살피고, 계약당사자들이 합의한 계약의 목적, 혹은 법정지 국가의 계약이 상행위의 성격을 갖지 않는다고 결정할 때 해당계약의 목적을 고려해야 한다.⁴⁶⁾

44) 김여선, “한·중 투자보장협정의 투자자와 정부간 분쟁해결 제도”, 『통상법률』, 2009, p. 87.

45) 오원석 · 서경, 전제논문, p. 171.

46) 강병근, “국제투자계약에 서명하지 않는 국가의 중재당사자 지위”, 『통상법률』, 2009, p. 107.

제 4 절 국가계약의 법적 성격

1. 국내계약설

1) 학설

조약은 국제법 주체만 체결할 수 있기 때문에 개발도상국 학자들은 국가계약을 국내법 계약이라고 주장한다.⁴⁷⁾ 따라서 사인은 국제법의 주체가 될 수 없기 때문에 국가계약은 당연히 조약이 아니고 국내법상의 계약이라고 한다.⁴⁸⁾ 국내 계약설은 다시 공법상 계약설, 사법상 계약설 그리고 혼합계약설 세 가지로 나누어지고 있다.

첫째, 공법상 계약설에 의하면 국가계약의 본질은 당사자 간의 장기적 투자계약으로, 투자유치국과 외국 투자자간의 관계를 규율하는 국내 공법상 계약이라고 한다. 개발도상국에 이런 계약이 공공정책의 부분으로 보고, 국가의 사법이 아닌 국가의 공법으로 규제된다고 한다. 그리고 투자유치국이 국가계약을 이행하는 행위는 사실상 공공정책의 관리행위라고 한다. 그래서 투자유치국이 일방적으로 계약의 수정 또는 파기할 수 있다고 주장하기도 한다.⁴⁹⁾ 또한 국내에서도 국가계약은 공법적 요소가 더 중요한 함수로 적용하고 있다는 견해도 있다. “이 현상은 해외직접투자와 관련된 여타 계약에 나타나고 있으며, 특히 개도국들이 선호해 온 생산물 분배 계약에서는 공법행위의 성질이 짙어 탐사에서 판매에 까지 국영기업의 감독이 용인되고 있다”고 한다.⁵⁰⁾ 프랑스의 경우 국가계약은 행정법에 속하므로 행정계약(administrative contract)으로 보고 있다. 프랑스 행정법상 국가계약의 특징은 일방당사자가 주권행사를 하는 국가기관이라는 것이다. 국가기관은 공공이익을 위해서 국가계약에 대한 통제와 수정하는 권한을 가지고 있다. 준거법은 프랑스 행정법이고 관할권은 행정법원이 갖는다.⁵¹⁾

47) 史曉麗, 『國際投資法』, 中國政法大學出版社, 2005, p. 116.

48) 姚梅鎮, 『國際投資法』, 武漢大學出版社, 1987, p. 401.

49) 王貴國, 『國際投資法』, 法律出版社, 2008, p. 79.

50) 장효상, 전제서, p. 847.

둘째, 영미법계에서는 일반적으로 국가계약은 보통계약법을 준용한다. 즉 영미법상 국가계약은 사법상의 계약으로서 보고 있다. 그런데 정부가 공공이익이나 정부의 직무를 수행하기 위해 국회 권력이나 경찰권 또는 수용권을 행사하는 경우에는 제외한다고 한다.⁵²⁾

셋째, 일부 학자들은 국가계약이 공법과 사법의 두 가지 성격을 동시에 가지고 있는 하여 혼합계약이라고 주장한다.⁵³⁾ 즉 국가계약의 부분조항(예를 들어 안정화조항)은 법정조항이기 때문에 국내법상의 공법(예를 들어 석유법)으로 규제하여야 한다고 한다. 그리하여 일반조항은 국내의 사법으로 규제하면 된다는 것이다. 대표적으로 독일에서 국가계약을 혼합계약으로 보는 경향이 강하다.⁵⁴⁾

2) 한국의 국내공법상의 계약

한국의 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 체결하는 계약은 국가계약이라는 명칭을 사용하고 있다.⁵⁵⁾ 이 법률에 의한 국가계약은 어떠한 성격을 가지고 있는지 살펴볼 필요가 있다.

먼저, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 적용범위는 국제입찰에 의한 정부조달계약, 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약(세입의 원인이 되는 계약을 포함한다)등 국가를 당사자로 하는 계약에 대하여 적용한다.⁵⁶⁾ 계약의 일방당사자는 국가가 되고 타 일방은 대한민국 국민이나 국제입찰에 의한 정부조달에 응찰한 외국인도 될 수가 있다. 國際入札에 의하는 政府調達契約의 범위는 政府機關이 체결하는 物品·工事·用役의 契約이다. 그리고 물품·용역계약에 있어서 계약이행의 전문성·기술성·긴급성, 공공시설물의 안전성 및 그 밖에 국가안보목적 등의 이유로 필요하다고 인정되는 경우에는 협상절차

51) A.A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, 1962, pp.197-204.

52) 姚梅鎮, 前掲書, pp. 361-362.

53) A. A. Fatouros, supra note 51, pp. 126-127.

54) 江嘉琪, “公私法混合契約初探——德國法之觀察”
<<http://www.lawbank.com.tw/essays/01/01200001.pdf>>(2010.2.19방문)

55) 김봉채, “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 2006, p.45.

56) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제2조.

를 통하여 국가에 가장 유리하다고 인정되는 자와 계약을 체결할 수 있다.⁵⁷⁾

둘째, 물가의 변동, 설계변경 기타 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 그 계약금액을 조정하도록 하고 있다.⁵⁸⁾ 그리고 국제계약분쟁조정위원회의 설치하여 제심청구를 심사·조정하게 한다.⁵⁹⁾

‘국가를 당사자로 하는 계약’은 계약의 당사자, 목적 그리고 내용에 있어 소위 국가계약과 매우 유사한 성격을 가지고 있다. 다만, ‘국가를 당사자로 하는 계약’은 적용에 있어 국내공법상의 규정들에 대한 특례를 인정하고, 국가가 국내법에 의하여 이를 통제하고 있어 국내 공법상 계약으로 보아야 할 것이다.⁶⁰⁾

3) 판정사례

1929년의 Serbian Loans사건에서 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하‘PCIJ’)는 국가계약의 성격에 대한 판정을 하고 있다. PCIJ는 ‘국제법의 주체로 체결하는 국가 간 국제조약을 제외하고, 모든 계약의 준거법이 국내법이다’고 판정하였다.⁶¹⁾ 즉 이 사건에서 PCIJ는 국가와 외국투자자간 체결하는 국가계약의 준거법을 국내법으로 인정하였다.

1952년 앵글로 이레니언 석유회사 사건(Anglo-Iranian Oil Co. case)에서 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하‘ICJ’)⁶²⁾는 국가계약 성격에 대한 판결을 내렸다.⁶³⁾ 1933년 영국의 앵글로 이레니언 석유회사(Anglo-Iranian Oil Co)는 이란 정부와 석유 양허계약이 체결하였다. 이 양허계약에서 이란 정부는

57) 「동법 시행령」 제43조제①항.

58) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제19조.

59) 동법 제29조.

60) 이동수, “국가계약법제에 관한 행정법상의 문제점”, 『토지공법학회』, 제13집, 2001, p.19.

61) ‘...any contract which is not a contract between states in their capacity as subject of international law is based on the municipal law of some country’. *Serbian Loans Case*(France v. Serbia)[1929]PCIJ(ser A)No. 20, p. 41.

62) 1921년 국제연맹에 의해 상설 국제사법재판소(PCIJ)가 설치된 것이 처음이며 1946년 4월 18일 국제연맹과 PCIJ가 해체되자 UN의 국제사법재판소(ICJ)가 이를 승계하여 국제연합의 주요한 사법기관으로 설립되었다. 즉 PCIJ는 ICJ의 전신이다.

63) Campbell Faulkner, “Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)International Court of Justice” [http://oforsber.kvasaheim.com/courses/pls537/briefs/cif28264brief2.pdf\(2010.1.10](http://oforsber.kvasaheim.com/courses/pls537/briefs/cif28264brief2.pdf(2010.1.10) 방문)

앵글로 이레니언 석유회사가 이란 경내 석유의 개발과 판매특권을 보증하였다. 그러나 1951년 이란 페르시아정부는 앵글로 이레니언 석유회사를 국유화하였다. 1951년 영국정부는 이란의 국유화 조치가 이란정부와 앵글로 이레니언 석유회사 간 양허계약을 위반했다고 ICJ에 소송을 제기하였다. 그러나 ICJ는 본 사건의 관할권을 부인하였다.⁶⁴⁾ ICJ는 이란 정부와 앵글로 이레니언 석유회사간 양허계약의 법적성격에 대하여 언급하고 있다. 즉 ICJ는 이란정부와 앵글로 이레니언 석유회사간의 이중성격을 부인하고, 정부와 외국회사간 양허계약(concessionary contract)에 불과하다고 판결하였다. ⁶⁵⁾ 즉 앵글로 이레니언 석유회사 사건에서 ICJ가 국가와 외국투자자간의 양허계약의 국제법적 성격을 부인하였다고 할 수 있다. 이란정부의 국제법상 책임은 없고, 다만 정부의 양허계약 위반행위는 국내 법상 계약위반행위로 다루어질 수 있을 것이다.

2. 국제조약설

1) 학설

국가계약의 법적 성격을 국제조약이라고 주장하는 이유는 국가계약의 일방당 사자는 국가이고 상대방은 사인이지만, 국가계약에서 유치국이 투자자에게 특별한 권력을 부여하기 때문이라고 한다. 그리고 국가계약에서 국제법이나 국제법 일반원칙이 준거법 조항과 분쟁해결조항에서 나타나고 있어 국가계약은 국제화 계약으로 되고 있다고 한다.⁶⁶⁾ 그 내용을 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국가 계약을 ‘계약의 국제법’으로 파악하는 학설이 있다. 계약의 국제법의 주장은 국가가 계약 체결에서 외국 사기업을 ‘국제법 주체’로서 승인하였고, ‘국제화되어진 분야’로서 계약의 국제법 존재를 인정하고 있다.⁶⁷⁾ 즉, 국제법의

64) 1952.WL11 (I. C. J), Rep. 1952. p.93.

65) Ibid. p. 112. 장효상, 「국가계약에 관한 연구-국제양허계약을 중심으로」, 명지대학교, 박사학위논문, 1977, p. 61. (재인용)

66) 余勁松, 前掲書, p. 85.

67) 多喜 寛, 「國家契約の法理論」, 中央大學出版部, 2007, pp. 129-130.

새로운 분야로서 ‘계약의 국제법’ 존재를 인정하고 있다. 이는 ‘계약의 국제법’은 국제법 안에서 실체를 가지는 계약 그 자체를 규율대상으로 하는 독자 기준이 될 것이라는 것이다.⁶⁸⁾ 1977년 Texaco사건에서 단독중재인 Dupuy가 국가계약을 ‘국제계약’으로서 인정한 것은 이 학설에 영향을 받은 것 같다.⁶⁹⁾ 이 중재에서 Dupuy는 양허계약행위가 당사자를 구속하며 국유화법령을 채택함으로써 리비아 정부가 양허계약상의 의무를 위반하였고, 리비아정부는 양허행위에 온전한 권리와 효력을 부여할 의무가 있다고 판정하였다.⁷⁰⁾

둘째, 국가계약을 국제 조약으로 파악하는 견해도 있다. 전통적인 견해와는 달리 국가계약을 ‘새로운 국제적 법률행위’로 간주하여 국가계약과의 관계에서 외국 개인에게도 국제법 주체성을 인정하는 취지를 주장하고 있다.⁷¹⁾ 이 학설은 ‘새로운 국제적 법률행위’ 혹은 ‘국제법 질서에 의하여 지배당하는 계약’이라고 간주할 때에 원용하고 있는 것은 계약 당사국의 입법에 의한 계약 개폐를 저지할 의도가 계약의 준거법 레벨에서 다양한 방법으로 표명되어진다는 것이다.⁷²⁾ 다른 한편, 국가계약을 국제적 법률행위라고 간주하지 않고 국경을 초월한 (transnational) 법률행위라고 간주해야 한다는 주장도 있다. 이 견해는 위의 주장이 국가계약을 국제적 법률행위라고 강조하는데 반하여 국경을 초월한 법률행위라고 주장하였다. 이유는 국가계약에 관한 분쟁을 중재에 의하여 해결한다는 것이 실제로는 계약당사국의 동의 추정 하에 외국기업의 일방적 의사에 입각하여 행하여지는 경향에 있다는 것이고, 다른 한 가지는 국가계약의 대부분은 안정화 조항과 불가침성 조항이 존재한다는 것이다.⁷³⁾ 결국 이 이론은 국내법과 국제법하에서는 중재조항의 추정 및 안정화 조항과 불가침성 조항의 효력을 인정할 수 없다고 생각하고, 안정화조항과 불가침성 조항에 효력을 인정해야 한다는 입

68) 前掲書, p. 130, Weil, *Problemes relatifs aux contrats passes entre un Etat et un particulier*, RdC,1969-III, p.188에서 재인용.

69) 上掲書, p. 148.

70) 김정진, 『국제법』, 박영사, 2004, p. 34.

71) Leben, *Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable a celui-ci*, in *Melanges offerts a H. Thierry*. 1998, p.248, 多喜 寛, 전제서, pp. 189-190,에서 재인용.

72) 多喜 寛, 前掲書, p. 194.

73) Kamto, *La notion de contrat d'Etat :Une contribution au debat*, Rev. arb.,2003. p.747. 上掲書, p. 209. (재인용).

장에서 국가계약을 국경을 초월한(transnational) 범질서 안에 자리매김하는 것이 논리적이라고 말하고 있는 것을 알 수 있다.⁷⁴⁾ 그리고 Kissam과 Leach는 외국 투자자와 유치국정부 간에 체결하는 투자계약이 국가 간에 체결하는 조약에 해당한다. 왜냐하면 양자가 모두 국제법의 지배를 받는다.⁷⁵⁾

2) 판정사례

1924년 PCIJ의 마브로마티스 팔레스타인 양허권 사건(Mavrommatis Palestine Concessions Case)에서 처음으로 외국사인과 국가가 체결하는 국가계약의 국제법적 성격을 인정하였다. 이 사례는 그리스인 마브로마티스(Mavrommatis)가 팔레스타인의 통치국이었던 오토만제국과 체결한 계약 및 협정상의 권리를 인정해 줄 것을 팔레스타인의 위임통치국인 영국에 요구하였으나 거절당하자, 그리스가 영국을 상대로 PCIJ에 제소한 것이었다. 이에 대하여 영국은 위임통치령 제26조를 근거로 PCIJ 관할권이 없다고 선결적 항변을 제기하였다.⁷⁶⁾ 마브로마티스는 영국이 국제법을 위반했다고 주장하였다. PCIJ는 이 사건의 관할권을 부정하면서 외국개인과 국가간 국가계약분쟁에서 개인의 국적국(그리스)의 외교적 보호권을 승인하였다. 외교적 보호권을 행사하면서 개인과 유치국간의 계약분쟁은 국제분쟁이 되었다. PCIJ는 이 사건에서 영국이 국가계약의 철회하는 권리를 있다는 규정이 국제법을 위반한다고 판시한 바 있다.⁷⁷⁾

1974년의 Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company v.The Government of Libyan Arab Republic사건(이하 ‘TOPCO/Libya 사건’)에서 리비아정부는 본국 소재의 국제석유회사Texaco사와 California Asiatic사 재산 전부를 국유화할 목적으로 법령을 공포하였다. Texaco사는 California Asiatic사와 리비아정부의 국유화 법령이 그들에게 공동으로 부여하

74) 多喜 寬, 前掲書, p. 209.

75) Leo Kissam and Edmond Leach, 'Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of concession contracts' (1959)28, *Fordham Law Review*, p.207.

76) 김정건, 전게서, p. 29.

77) The Mavrommatis Palestine Concessions.

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/. (2010.3.5 방문)

는 양허계약을 위반했다고 중재를 제기하였다.⁷⁸⁾ Dupuy는 이 사건에서 국가계약을 ‘국제계약’으로 인정한 후에 준거법 문제는 계약조항의 28조에 따라 해결하여야 한다고 하였다.⁷⁹⁾ 계약조항에서 국제법 원칙과 공통점이 없으면 리비아 법을 적용해야 하지만, 그러한 공통점이 없는 경우에는 보충적으로 법의 일반원칙에 의한 것이어야 한다는 2단계의 “준거법 지정 또는 ‘법 선택’에 관한 복잡한 체계”가 정리되어지고 있다고 해석한다. 이렇게 Dupuy는 계약조항의 28조 안에 당사자에 의한 2단계의 복잡한 준거법 지정 또는 법 선택을 찾아볼 수 있다.⁸⁰⁾ Dupuy는 TOPCO/Libya사건에서 국제법이나 법의 일반원칙을 준거법으로 지정하는 계약은 특정 국가의 국내법을 벗어나 ‘특수한 국제법 질서, 즉 국제계약법 질서’에 속한다고 하였다.⁸¹⁾

국가계약의 국제법적 성격을 주장하는 판례가 많이 있다. 마브로마티스 팔레스타인 양허권 사건, TOPCO/Libya사건 외에, 1958년의 Aramco 사건,⁸²⁾ 1978년 Liamco 등 사건에서 국가계약의 국제법적 성격을 주장하였다.

3. 준조약설

준조약설을 주장하는 대표적인 학자는 Alfred Verdross이다. 1957년부터 1958년에 걸쳐 Verdross는 국가계약을 Schwarzenberger의 준국제투자협정설이라는 용어를 빌어 준조약이라고 하였다.⁸³⁾

Verdross는 국가계약은 국가의 법질서에 의하지 않기 때문에 국내법상 계약도 아니고, 또 국제법 주체간 체결되지 않기 때문에 국제법상의 계약도 아닌 “제 3

78) 김정건, 전게서, p.34.

79) 多喜 寬, 前掲書, p.189.

80) 上掲書, p.189.

81) 이석용, 『국제경제법』, 세창미디어, 2000,11, p.18.

82) Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. 27 *International Law Reports*, Award of August 23, 1958, 1963. paras. 42-43.

83) Alfred Verdross, "Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln".18 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*(1957/58).S.638; 그 후 Seidl-Hohenveldern은 이 계약이 준조약 (quasi-Staats-verträge)이라고 불리워졌다고 지적하였다 [Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht mit einer Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum*(Car Heymanns Verlag KG, 1963), S.38, 장효상, 전게서, p. 841에서 재인용.

의 계약 그룹" 이라고 하였다.⁸⁴⁾ 그 밖에 Pazarci가 국가계약을 준거법으로 분류 하면서, 국내법이 준거법으로 되어 있는 전통적 유형의 계약과 준국제법을 준거 법으로 하는 준국제계약으로 구분한 적이 있으나, 준거법에 따라 국가계약을 유형화하는 시도는 받아들여지지는 않았다.⁸⁵⁾

4. 소결

국가계약의 법적성격은 국내법상 계약과 국제법상 계약이라는 두 가지 주장이 있다. 국가계약의 성격에 대한 논쟁은 본질적으로 외국투자자와 투자유치국간의 이익상의 충돌과 관련이 많다. 국가계약이 갖는 특징을 살펴보면, 국가계약은 일방당사자가 국가이기 때문에 단순한 국제법상의 사계약은 아니다. 또한 국가계약은 유치국의 중대한 에너지와 기초시설에 관계되는 장기계약이기 때문에 일반 국제법상의 사계약도 아니다. 국가계약은 최근에 몇 가지 중요한 변화가 있어 왔다.

첫째, 1960년 이후 국가계약에서 투자자의 지위는 투자유치국과 평등화되고 있다. 그래서 국가와 외국 투자자간의 계약분쟁을 국제중재에 제기할 수 있는 것이 새로운 추세이다. 즉, 국제중재에서 국가계약은 국제화 추세가 있다. 그리고 근래 BIT에서 국가계약에 관한 정의와 분쟁해결 관할권의 대상으로 규정되고 있는 등 국가계약 보호를 위한 다양한 국제법적 논의가 있어 왔다. BIT에서는 국가계약을 투자인가와 BIT상의 의무를 ISD의 대상으로 규정하고 있다. 즉, BIT는 국가계약을 보호하려고 국제법상 구제수단을 부여하였다. 국가계약분쟁이 발생하면, 당사자는 BIT상의 ISD를 이용할 수 있게 되었다. 이는 국가계약 보호수단의 국제화를 의미하기도 한다.

둘째, 1969년의 「조약 법에 관한 비엔나협약」 (Vienna Convention on the Law of Treaties)에서는 조약(條約, Treaty)을 나라와 나라 사이에 맺은 법적 구속력을 가지는 협의라고 하고 있다.⁸⁶⁾ 타당사자가 외국투자자이기 때문에 국가

84) 多喜 寬, 前掲書, p. 80.

85) 장효상, 전거서, p. 842.

86) Article 2.1 of *Vienna Convention on the Law of Treaties*: 'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a

계약은 국제조약과 성격은 분명히 다르다. BIT에서 국가계약을 구체수단의 대상으로 한 것은 국가계약의 당사자인 투자자를 국제법 주체의 지위를 부여한 것은 아니고, 단지 투자분쟁해결수단인 외교적보호의 한계를 극복하고자 하는 하나의 수단에 불과한 것으로 판단된다.

국가계약의 내용과 국가계약관련 판례를 살펴보면, 국가계약의 일방당사자는 국가이고 타방 당사자는 외국투자자이기 때문에 국내법상의 계약과 다르고 국제법상의 조약과도 다르다. 국가계약은 국내법적 요소와 국제법적 요소가 혼재되어 있어, 따라서 국가계약은 단순한 국내법상의 계약도 아니고 단순한 국제법상의 조약도 아니다. 국가계약은 국내법적 성격과 국제법적 성격을 가지고 있는 준조약이다.

single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

제 3 장 국가계약의 유형과 주요내용

제 1 절 국가계약의 유형

1. 컨세션 계약

국가계약의 유형 중에서 천연자원의 개발에 대한 컨세션 계약은 가장 전형적이다.⁸⁷⁾ 컨세션 계약의 목적은 천연자원의 탐사 및 개발에 있다. 이런 계약은 유치국 정부가 외국투자자에게 일정기간 내에 일정지역에서 천연자원을 탐사하여 개발하는 것을 허가 한다는 내용으로 이루어져 있다.⁸⁸⁾ 컨세션 계약은 산유국과 외국석유회사간에 1950년대에 체결된 것으로, 전통적으로 석유 컨세션 계약이라 일컬어진다.⁸⁹⁾

컨세션 계약에서 국유화 문제는 계약위반의 주요한 쟁점이 되고 있다. 1950년대까지 전통 국제법상으로는 국가에게 천연자원에 대한 주권적 권한은 부여되지 않았다. 그러나 제2차세계대전후 많은 신생국의 국제무대 등장에 힘입어 자본 수입국이 국가경제의 외국 소유 부분에 대한 통제권을 행사하려는 열망은 UN내에서 천연의 부외 자원에 대한 항구주권결의를 채택하는 결과를 낳게 되었다.⁹⁰⁾ 이 결의에 따라 외국인 재산의 국유화를 중심으로 하는 조치가 이루어지는 경제적 자주 권리로 주장되었고 소유자의 보상 즉 법적의무도 인정하였다. 이 결의는 개발도상국과 선진국과의 타협의 결과였다고 평가할 수 있을 것이다.

87) *State contracts*, supra note 6. p. 3.

88) 사회간접자본(Social Overhead Capital, 이하 SOC라고 약칭함)시설투자에서 이런 컨세션 계약방식도 많이 채용된다.

89) 多喜 寬, 前掲書, p. 4.

90) 諸成鎬, “國際法에서 본 Amoseas仲裁判定의 비판적 분석”, 『陸士論文集』, 第32輯, 1987, p. 261. 1962년 UN에서 1803(XVI)호 『천연의 부와 자원에 대한 항구주권에 관한 결의』(Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources)가 총회결의를 통과 하였다.

1973년 UN총회 결의 3171(X XVIII)에 의하면 모든 국가는 그 천연자원에 대하여 완전 주권을 행사할 권리를 향유하는 것이며, 국유화의 합법성이 승인된 것임을 확인하고 있다. 1974년에는 「국가의 경제적 권리와 의무 헌장」(The Charter of Economic Rights and Duties of States)이 채택되었다. 이 헌장 제2조에서는 “국가는 적합하다고 생각하는 외국인 재산을 수용하고 국유화할 수 있으나, 관련 법과 국유화국이 관련된다고 인정하는 상황을 고려하여 결정한 적절한 보상을 지불하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이 헌장의 제정 후 자본수입국과 자본수출국이 국가계약에 대한 논의를 시작하였다. 유치국은 이는 국가주권의 문제로서 외국투자자는 국가계약에 대한 변경과 폐지 및 해지 제한을 받아야 한다고 주장하였다. 투자에 대한 수용의 보상기준 문제와 국가계약 분쟁이 발생하는 경우에는 현지구제의 문제 등에서 첨예한 대립을 하였다. 개발도상국과 선진국은 이런 문제에 대해 서로 입장을 달리하기 때문에 견해는 시종 일치되지 않았다.⁹¹⁾

천연자원에 대한 항구주권원칙의 목적이 자국의 자원개발과 그 자유처분을 가능케 하기 위한 것이다. 이 원칙에 따르면 모든 나라가 자국의 천연자원, 경제활동을 자유로이 처분할 수 있다고 본다. 따라서 국가계약문제에 대해서 개발도상국이 국내계약으로 주장하고 국가계약분쟁도 국내법을 적용하여 해결할 수 있다고 본다.

2. 합자계약

합자계약이란 개발도상국 국유회사와 외국기업간 특정사업의 공동수행을 위해 일정기간 함께 투자할 것을 약정하는 계약을 말한다. 이런 합자개발형태는 에너지산업에서 보편적으로 채택되고 있다. 합자 파트너에게 일정한 투자 위험을 부담하게 하여 대규모 프로젝트를 수행하게 하는 방식이다. 합자 계약의 가장 전형적인 예가 중국의 석유개발 관련 합자계약이라고 할 수 있다. 석유개발은 구체적으로 계약의 내용에 따라 권리·의무관계가 규율되는데, 육상 석유개발의 계약주체는 ‘석유천연가스회사’(石油天然氣集團公司)와 ‘석유화학회사’(石油化工集團公司)가 되며, 해양 석유개발은 ‘해양석유회사’(海洋石油總公司)가 주체가 된다. 그

91) 楊澤偉, “論國際法上的自然資源永久主權及其發展趨勢”, 『法商研究』, 2003, p.71.

리고 외국 투자자와 체결한 계약은 상무부에 비준을 받도록 하고 있다.⁹²⁾ 분쟁 해결은 반드시 중국의 중재기구나 법원에서 사법적 해결을 강제하여 제삼국 관할권을 기본적으로 금지하고 있다. 이 경우 합자 계약에 따라 설립되는 합작경영기업은 계약에 따라 각 방의 권리와 의무를 분배한다. 합자계약에서 투자 또는 합자 조건, 수익 또는 제품의 분배, 위험 및 손실의 부담, 경영관리 방식과 합작기업 중지시 재산의 귀속 등 사항을 약정한다.

합자계약의 법적성격에 대한 현재까지 주장되고 있는 견해들은 크게 상업계약설(商業契約說)과 국가계약설(國家契約說)로 나누어 볼수 있다. 1984년 Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties(Middle East)Ltd 사례에서는 합자계약을 성격을 당사자가 국영회사(State Owned Enterprises)라는 이유로 국가계약의 범주에 포함시키는 의견을 제시하였다.⁹³⁾

3. 서비스계약

서비스계약은 석유계약의 한 유형으로 리스크 서비스계약(risk service contract)과 비리스크 서비스계약(pure service contract)으로 나눌 수 있다. 리스크 서비스계약은 외국투자회사가 탐사 및 개발에 대한 자금 및 위험을 부담하고, 개발완료 후 생산수입에서 투자금과 이자를 가산한 액수와 수수료를 상환받는 계약이다. ⁹⁴⁾ 비리스크 서비스계약은 외국투자회사가 탐사 개발 등에 따르는 위험부담 없이 일정 서비스를 제공하고 사전에 정한 서비스료를 받는 방식이다. 서비스료는 생산량당 일정액으로 정해지는 경우가 대부분이나, 발견량, 판매액과 투자비용들 중 어느 하나 또는 둘 이상을 기준으로 하여 선정되는 경우도 있다.⁹⁵⁾ 1960년 후기 서비스계약은 처음에는 중동 산유국과 남미 국가에서 나타난다. 요즘에는 모두 10여개 국가가 이런 서비스계약 형태를 채용하고 있는데, 서

92) 「육상석유합작개발 조례」(中國對外合作開發開採海洋石油資源條例)제 7, 8조. 「해양석유합작개발 조례」(中國對外合作開發開採海洋石油資源條例) 제 6,7조.

93) (1987) 26 *ILLM.* 1004 (Court of Cassation), cited by Arab Republic of Egypt v Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd (1984) 23 *ILLM.* 1048 (Paris Court of Appeals).

94) 정재학, “해외자원개발 직접투자 전력 연구”, 서강대 경영대학원, 석사논문, 1995, p. 42.

95) 상계논문. p. 42.

비스계약은 현지 정부에게 보다 유리하게 전개되어 왔다.⁹⁶⁾ 예를 들면, 1976년 브라질의 Petrobras에 의해 작성된 서비스 표본계약에서는 외국 참여자는 유전의 탐사, 평가와 개발에 필요한 모든 업무를 수행하고, 이에 따른 경비를 지출할 의무를 부담하도록 하고 있다. 탐사의 경우 3년을 기한으로 외국 참여자의 위험 부담하에 수행되며, 외국 참여자는 Petrobras가 승인한 작업계획과 예산으로 최소 지출조항 및 최소 작업조항의 통제를 받는다. 외국 참여자는 원유의 상업성이 확인되면 의무적 개발을 규정하고 있다. Petrobras는 상업적 발견여부를 결정하고 사업 감독권도 가진다. 상업적 발견시 탐사비용은 이자 없이 원금만 상환하게 되는 반면 개발에 투입된 비용은 이자와 원금을 함께 지불한다. 한편 외국 참여자는 비용 상환 대신 시장가격으로 상환될 비용에 해당하는 만큼의 원유를 먼저 구입할 권리를 가지게 하였다.⁹⁷⁾

서비스계약의 특징은 첫째, 현지국은 석유자원의 소유권, 탐사, 개발 및 경영관리의 권리가 있다. 둘째, 외국투자는 국영회사를 대신 유전의 탐사 및 개발에 필요한 업무를 수행한다. 셋째, 외국투자회사는 자기의 위험부담으로 필요한 자금을 조달할 의무가 있고 국영회사의 의뢰로 외국 참여회사는 국영회사의 대리인으로서 생산된 원유를 해외에 판매할 수 있고 이에 대한 보상으로 수수료를 받는다.⁹⁸⁾

4. 생산물 분배계약

생산물 분배계약은 국가 소유의 자원을 개발하고 그 생산물(현물)을 미리 약정한 비율에 따라 분배하는 계약을 말한다.⁹⁹⁾ 이 계약에 의거하여 광물자원의 소유권을 개발도상국이 유지하고 탐사 위험 및 자금은 외국석유기업이 부담한다. 그리고 외국석유기업은 생산된 원유의 일정부분을 탐사비용으로 받을 수 있다. 생산물분배계약의 특징은 외국투자회사가 탐사 및 개발에 필요한 자금 및 위험

96) 산업자원부, "해외자원 확보전략 강구", 에너지경제연구원, 2002, p.40.

97) 상계논문, pp.40-41.

98) 산업자원부, 전계논문, p.39.

99) 류혜정, 『러시아연방의 에너지 개발 법제 연구』, 보고서, 2008, p. 46.

을 부담하고, 생산물을 미리 정한 비율에 따라 현물로 분배하는 것이다.¹⁰⁰⁾

1960년대 중반부터 인도네시아에 의해 처음으로 체결되기 시작한 생산물 분배 계약은 산유국인 개발도상국들이 매우 선호하였다. 이후 법적 환경이 불안정하거나 불명확한 저개발 국가를 중심으로 급속히 확산되어 현재는 석유·가스 부문의 가장 일반적인 국가, 개발업자간 계약형태로 자리 잡았다. 이 계약유형은 개발도상국이 천연자원의 소유권과 관리권을 강조하고 자원개발과정에서 외국석유기업의 중요한 지위도 강조되고 있는 것이다. 생산물 분배계약은 계약당사자간 이익을 모두 고려할 수 있기 때문에 국제적으로 통용되는 계약형태가 되었다. 현재 리비아, 러시아, 방글라데시, 필리핀, 말레이시아 등 나라에서 이 계약형태가 많이 채용되고 있다. 예를들어, 1974년 리비아와 모빌 간에 체결된 생산물 분배계약(the Libyan-Mobil Agreement)은 현재 많이 이용되는 전형 계약 중의 하나이다. 이 계약에서 탐사비용은 전적으로 외국석유기업이 부담하고 생산물에 대하여서는 일정하게 분배하는 내용으로 되어 있다.¹⁰¹⁾

5. 고용계약

ILC의 「국가 및 그 재산의 관할권면제에 관한 규정 초안」 (Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 'ILC초안') 제 11조 제1항은 고용계약을 국가와 다른 영토에서 부분적으로 혹은 전적으로 수행되었거나 수행될 사업을 위한 개인 혹은 자연인 사이의 체결하는 계약을 말하고 있다.¹⁰²⁾ ILC초안 제11조에서는 고용계약을 제2조 (c)항에서 규정하는 “상업적 거래”라는 표현을 제외하여¹⁰³⁾, 고용계약을 상업거래계약과 구별하고 있다.¹⁰⁴⁾

100) 정재학, 전제논문, p. 40.

101) 사업자원부, 에너지경제연구원, 『동북아 에너지 협력연구』, 2003, p.185.

102) ILC초안 제11조 제1항은 당사자 간에 별도의 협의가 없는 경우, 국가는 타국영토에서 전체적으로 또는 부분적으로 수행되었거나 또는 수행될 사업을 위한 국가와 개인 간에 체결된 고용계약과 관련된 소송에 대해 권한있는 법정에서 관할권 면제를 주장할 수 없다고 규정하였다. 예를 들어, 대사관과 기타 기관의 요원의 고용을 위한 체결하는 계약은 전형적인 고용계약이다.

103) Arthur Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, Vol.3, p.2062, para.(1); 박소현, “國家免除에 관한 研究”, 연세대학교 대학원 학위논문, 2002, p. 33.

104) ILC초안 제2조(c)항: “상업적 거래” 라 함은,

(i) 상품의 판매 또는 용역의 공급을 위한 모든 상업적 계약 및 거래;

분리 고용계약에서 문제가 되는 것은 국가정부가 주권면제를 주장할 때 주권행위와 상업적 거래행위를 구분하여야 한다. 상업적 거래행위로는 고용계약의 주권면제를 주장할 수 없다.

예를 들어, 1992년의 Reid v. Republic of Nauru사건에서 오스트레일리아 법정은 고용계약의 성격에 대하여 판정하고 있다. 이 사건에서 외국인 Reid는 나우루 공화국(Republic of Nauru)의 비행사인데, 나우루 공화국은 고용계약이 다른 상업적계약과 다른 국가주권행위라는 이유로 주권면제를 주장하였다. 그러나 법정은 비행과 관련된 행위가 다른 상업행위와 차이가 없는 상업계약이라고 하였다.¹⁰⁵⁾ 이 판례에서 고용계약은 상업적 계약이라는 점 인정하여 주권면제의 권한을 부정하였다.

이런 이론에 따라 상업적 행위는 국가면제가 적용되지 않는다. 그리고 고용계약의 예외적인 경우도 규정하였다. ILC초안 제11조 제2항에서 주권면제의 예외적 경우를 규정하였다. 즉 제1항은 다음과 같은 경우에 적용되지 아니한다. 그 밖에 1972년 주권면제에 대한 유럽협약(The European Convention on State Immunity: ECSI) 제5조에서도 고용계약에 대하여 주권면제의 예외적 경우를 규정하였다.¹⁰⁶⁾

- (ii) 차관 및 기타 재정적성격의 거래를 위한 모든 계약(이는 그러한 차관 및 거래에 관한 보증 또는 배상의 채무를 포함한다);
- (iii) 기타 상업적, 산업상의, 무역상의 또는 전문적인 성격의 계약 및 거래 (단 사람의 고용을 위한계약은 포함하지 아니한다)를 의미한다고 규정하였다.

105) Jürgen Bröhmer, *State immunity and the violation of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1997년, p.198.

106) Article 5 of the European Convention on State Immunity.

1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a contract of employment between the State and an individual where the work has to be performed on the territory of the State of the forum.
2. Paragraph 1 shall not apply where:
 - a. the individual is a national of the employing State at the time when the proceedings are brought;
 - b. at the time when the contract was entered into the individual was neither a national of the State of the forum nor habitually resident in that State; or
 - c. the parties to the contract have otherwise agreed in writing, unless, in accordance with the law of the State of the forum, the courts of that State have exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter.
3. Where the work is done for an office, agency or other establishment referred to in Article 7, paragraphs 2.a and b of the present article apply only if, at the time the contract was entered into, the individual had his habitual residence in the Contracting State which employs him.

6. 차관계약

차관계약은 금전채무를 내용으로 하는 국가계약이다. 차관계약이란 자본재, 원자재 또는 대외지급수단의 도입을 목적으로 하는 계약을 말한다. 차관계약은 도입되는 목적물을 기준으로 자본재차관, 원자재차관, 현금차관으로 나눌 수 있고, 차관의 목적에 따라 정부나 정부투자기관이 외국 정부나 국제금융기구로부터 기간산업이나 사회간접자본의 확충을 위하여 도입하는 공공차관(public loan)과 주로 외국은행으로부터 민간차원에서 도입하는 상업차관(commercial loan)이 있다.

한국의 「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」에 의하면 공공차관은¹⁰⁷⁾ 정부나 공기업과 같은 법인이 외국 정부나 외국법인으로부터 정부의 지급보증을 받아 외국정부 등으로부터 차용하는 대외지급수단 및 수출신용제도에 의하여 도입하는 자본재·원자재를 지칭하고 있다. 그리고 공공차관계약이라 함은 공공차관을 도입하기 위하여 체결하는 협정·협약 또는 계약을 말한다.¹⁰⁸⁾

미국 2004년 모델 BIT 제7조¹⁰⁹⁾과 한미 FTA 제11.7조¹¹⁰⁾는 모두 차관계약(대부계약)에 따라 이루어진 지불청구권을 보호하고 있다. 한·일BIT 제12조도 위와 같은 내용을 규정하였다. ¹¹¹⁾

107) 「외국인투자촉진법」 제2조4항 나목에: 다음의 어느 하나에 해당하는 자가 해당 외국인투자기업에 대부하는 5년 이상의 차관(최초의 대부계약 시에 정해진 대부기간을 기준으로 한다): 1) 외국인투자기업의 해외 모기업(모기업); 2) 1)의 기업과 대통령령으로 정하는 자본출자관계가 있는 기업, 3) 외국투자자; 4) 3)의 투자자와 대통령령으로 정하는 자본출자관계가 있는 기업이라고 규정하였다.

108) 「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」 제2조 6호: “공공차관”이라 함은 대한민국정부가 외국정부등 및 외국법인으로부터 또는 대통령령이 정하는 대한민국법인이 대한민국정부의 지급보증을 받아 외국정부 등으로부터 차용하는 대외지급수단 및 수출신용제도에 의하여 도입하는 자본재·원자재를 말한다.
「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」 제2조 7호: “공공차관협약”이라 함은 공공차관을 도입하기 위하여 체결하는 협정·협약 또는 계약을 말한다.

109) Article 7.1 of the 2004 Model BIT: Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include: ... (d) payments made under a contract, including a loan agreement.

110) 한미 FTA 제11.7조 1항은 각 당사국은 적용대상투자자에 관한 모든 송금이 자국 영역 내외로 자유롭게 지체 없이 이루어지도록 허용한다. 그러한 송금은 다음을 포함한다...(라) 대부계약을 포함하여, 계약에 따라 이루어진 지불이라고 규정하였다.

111) 한·일BIT 제12조 1항은 각 계약당사국은 타방계약당사국의 투자자의 자국의 영역안에서의 투자와 관련된 모든 지급액이 지체없이 자국 영역의 안밖으로 자유롭게 송금될 수 있도록 보장한다. 그러한 송금은 특히 다음을 포함하나, 이에 한정되지 아니한다.

제 2 절 국가계약의 주요 조항

1. 안정화 조항

1) 의의

국가계약은 대부분 장기계약이며 투자유치국 국내법에 따라 체결된다. 그러나 국가계약의 이행기간 투자 사업과 관련된 현지국의 국내법을 일방적으로 개정하거나 폐지하면 계약상 권리와 의무에 큰 영향을 미칠 수 있다. 예컨대 투자유치국의 국내법이 변경되어 수용, 국유화 그리고 계약파기 등으로 투자자에게 불리하게 될 수 있다. 따라서 투자자 보호를 위하여 국가계약에서 안정화 조항(Stabilization Clause)을 삽입하게 된다.

안정화 조항은 당사자간 합의가 없는 한 일방적으로 계약을 변경하거나 파기할 수 없도록 하고, 계약의 준거법을 고정시킴으로써 유치국의 법령의 개정을 통한 계약관계의 변동을 사전에 방지하기 위한 규정이다.¹¹²⁾ 이 조항은 사실상 외국투자자의 권익을 보호하기 위한 현지국 국내법을 변경하는 위험을 예방하는 제도이다. 안정화 조항은 당사자의 합의가 없는 한 계약을 변경 또는 파기할 수 없도록 하고, 유치국의 법령개정에 의하여도 계약은 그대로 유지된다고 하는 것이다.

제2차 세계 대전이후에 선진국이 해외 투자자 이익을 보호하기 위하여 안정화 조항이 발생되었다. 오랫동안 안정화 조항의 효력에 대한 논쟁이 있었지만, 개발도상국은 투자유치를 위해서 어쩔 수 없이 안정화 조항을 채택하였다. 근래 대부분 국제법 학자들과 국제중재기구가 이 조항을 승인하고 있다.¹¹³⁾ 최근의 국가계

112) 김부찬, "국제투자분재해결제도-수용국과 국제기업간의 투자분쟁을 중심으로", 『제주대학교 논문집』, 제26집, 1988, p. 335.

113) Curtis교수가 '안정화 조항'은 천연자원에 대한 항구주권원칙과 충돌하지 않고 국가의 유치국정부가 이 조항을 자원해서 선택할 수 있다고 주장하였다. Curtis, The Legal Security of Economic Development Agreements, Harvard Journal of International Law, 1988, p.322. 1979년 AGIP v. Congo 사례에서 콩고정부가 각서 제11조 규정하는 안정화 조항을 위반하였다고 결정하였다. 高俊誠 編譯, 『國際投資紛爭解決事例: ICSID의 調停과 仲裁判定』, 法務部, 1990, p. 93.

약은 안정화조항을 점점 많이 채택되고 있다. 예를 들어, 1995년 공포한 「러시아 생산물분배계약에 관한 연방법률」은 안정화 조항에 대하여 “계약기간 중에 러시아 연방법령과 러시아 연방주체 법령, 지방자치단체 법규의 규정이 투자자의 사업 실적을 악화시키는 내용으로 개정된 경우, 계약체결 당시 시행 중이던 러시아연방법령, 러시아연방주체법령, 지방법규를 적용하였더라면 투자자가 얻을 수 있었던 사업 수익과의 차액을 보전하는 방식으로 계약을 수정하여야 한다. 이러한 계약변경의 절차는 계약으로 정한다.” 라고 규정하고 있다.¹¹⁴⁾ 이것은 전형적인 안정화조항이라고 할 수 있다.

2) 표현방식과 유형

안정화 조항의 표현방식으로는 다음과 같은 것이 있다. 첫째, 미래에 발생할 수 있는 입법이 투자자의 권리에 영향을 미칠 수 없다고 규정한다. 투자자에게 불리한 법률이나 행정법규의 입법보다 국가계약이 먼저 체결되었다면 이 불리한 법률규정은 계약의 내용에 영향을 미칠 수 없다는 것이다. 둘째, 미래의 법률이나 법규의 내용이 계약 체결할 때의 법령과 다르면, 계약의 내용이 우선 적용된다. 셋째, 안정화 조항은 계약 체결당시의 현지 국내법을 동결시킴으로써 계약체결 이후에 제정된 현지 국내법을 적용하지 않는다.

안정화조항은 다음 세 가지 형태가 있다. 첫째, 엄격한 의미의 안정화조항은 계약 체결시 현지국 국내법만 적용하고 변경된 국내법은 적용하지 않는다.¹¹⁵⁾ 둘째, 무형성 안정화조항(intangibility clause or inviolability clause)으로 투자유치국이 행정권을 이용하여 일방적으로 계약을 파기하면 안된다고 규정한다. 셋째, 선의이행의 안정화조항(stability clause with good will or in good faith)으로 국가계약의 양방당사자가 성실하게 계약의무를 이행하는 것을 요구하여 투자유치국이 일방적으로 계약을 파기하는 것을 예방한다. 그 밖에 약정 안정화조항과 법정 안정화조항이 있다. 약정 안정화조항은 당사자들이 계약에 약정하는 조항이

114) 「러시아 생산물분배계약에 관한 연방법률」 제17조 제2항. 법제처, 「러시아의 에너지개발 법제 연구」, 서울, 법제처, 2008, p.282 (재인용).

115) T.B.Coale, “Stabilization clauses in international petroleum transactions”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 2002. p. 3.

고, 법정 안정화조항은 투자유치국정부가 헌법이나 외국인투자법에 규정하는 것이다.

3) 적용범위와 효력

안정화 조항은 재산(property), 재정제도, 외국환관리제도, 노동입법(labour legislation) 그리고 무역 등에 적용된다. 재산안정화는 투자유치국의 국유화나 수용을 방지하고 충분히 보상을 보증할 수 있다. 무역의 안정화에서 수입관세가 재정적으로 큰 의미를 가질 수 있다. 즉, 투자자는 투자계약서에 투자유치국 국내에서 조달할 수 없는 장비나 물품의 구입당시 수입관세의 방면을 허용하는 조항을 포함할 수 있다.¹¹⁶⁾ 일부 국가계약은 현지국의 국내법을 준거법으로 선택하므로 투자유치국의 국내법은 항상 안정화조항 대상이 된다. 예를 들면, 프랑스에서는 국가계약을 행정계약이라고 보고 있다. 계약 당사자가 국가이기 때문에 공공이익을 위해 투자자의 이익에 영향을 미칠 수 있는 국내법을 개정할 수 있다. 이런 경우에는 국가계약의 안정화조항 구속력은 거의 없다.

국가계약의 국제화된 계약이라 주장하는 학자들이 안정화조항은 현지국 국내법이나 다른 법에 구속받지 않아도 된다고 주장한다. 이 경우 준거법으로 국내법을 적용하는데, 안정화조항이 있으면 상위규범인 국제법을 적용해야한다는 것이다. 그런데 현실적으로 일단 국가계약이 현지국 국내법으로 선택하면 안정화 조항의 효력을 보증할 수 없다.

4) 판정사례

(1) Lena Goldfields, Ltd. v. U.S.S.R 사건

Lena Goldfields, Ltd. v. U.S.S.R사건(이하 'Lena사건')은 국가계약의 안정화조항에 관한 첫 번째 사례이다.¹¹⁷⁾ Lena社가 소련(U.S.S.R)과 체결한 국가계약에서

116) 서경, "국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재의 이용에 따른 대처방안에 관한 연구", 성균관대학교 박사 논문, 2008, p. 98.

소련정부가 Lena社에게 50년 동안 금광개발을 허가하였다. 그러나 1929년 소련정부가 일련의 정책을 시행하여 Lena社에게 불리한 영향을 미쳤하여 중재조항에 의하여 중재를 제기하였다.

계약의 제8조는 법률 선택조항이고, 제76조가 안정화조항을 규정하였다. 이 안정화조항은 Lena사의 동의가 없으면, 소련정부가 법령, 명령 및 기타 일방 행동으로 국가계약의 내용을 수정하지 않는다고 승낙하고 있다. 중재판정부는 이런 안정화조항은 “Lena社의 이익을 보호하기 위하여 소련정부의 입법, 행정, 재정행위 및 지방정부나 노동조합의 행위로 계약당사자간의 권리의무 관계를 변경하는 것을 방지한다”는 것을 의미한다고 판정하였다.¹¹⁸⁾ 이 사례에서 처음으로 국가와 해외 투자자간 체결하는 국가계약의 국제화(internationalize)의 가능성도 있다고 판정하였다. 중재판정에서는 국가계약에서는 국내법뿐만 아니라 국제법도 적용할 수 있다고 준거법에 대하여 처음으로 언급하고 있다.

(2) TOPCO/Libya사건

1955년부터 1968년까지 Texaco사와 Calasiatic사 등 국제석유회사는 리비아정부(Royal Libyan Government)와 모두 14개 석유양허계약을 체결하였다. 그런데 1973년과 1974년 리비아 혁명정부는 이 두 회사의 권리와 재산 전부를 국유화할 목적을 지닌 법률을 공포하였다. 두 회사는 리비아 정부의 행위는 양허계약에 위반된다고 주장하였다.¹¹⁹⁾ 두 회사는 국제사법재판소 소장에게 분쟁을 심리 해결할 단독재판의 선임을 요청하였다.

재판소 소장 Dupuy는 이러한 석유양허계약이 국가계약이라고 하였다. Dupuy는 국가계약에서 안정화조항을 삽입하기 때문에 국가계약은 투자유치국의 국내법을 벗어나 국제법을 적용할 수 있다고 하였다. 국가계약이 국제법원칙의 적용으로 분쟁이 해결되므로 국가계약은 점점 ‘국제화’(internationalize)하고 있다고 주장하였다.

117) Nussbaum, Arthur, “Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government”, Cornell L. Q. 31 (1950-1951), p. 46.

118) Ibid. p. 46.

119) 김정진. 전제서, p. 42.

(3) LIAMCO v. Libyan 사건

1955년 미국 LIAMCO사는 리비아(Libyan)정부와 석유개발을 위하여 국가계약을 체결하였다. 국가계약은 다음과 같은 내용을 규정하였다.

첫째, 리비아정부, 위원회 및 상급정부가 모든 조치를 취하여 LIAMCO사의 계약상 권리를 보호한다. 약정된 권리를 변경하는 것은 당사자들이 동의가 필요하다. 둘째, 계약의 유효 기간은 1955년의 「석유법」 시행일과 달리 해석해야 한다. LIAMCO사의 동의없이 이 법률의 개정과 폐지는 계약권리에 영향 미칠 수 없다.¹²⁰⁾ 그러나 1973년 리비아정부가 국내 있는 대부분 해외석유회사 자산을 국유화하였다. 1973년 LIAMCO사는 중재를 제기하고 보상을 요구하였다. 중재판정에서 국유화조치가 무차별이면 불법행위가 구성하지 않고, 투자자에게 보상책임을 지는 것을 인정하였다. 중재판정은 국가계약의 안정화 조항에서 “다만 계약 당사자들이 모두 동의해야만 한다. 그렇지 않으면 계약에서 약정된 권리를 변경하면 안 된다”라는 규정에 의하여 “ 외국투자자에게 허가를 하는 국유화가 컨세션 계약의 파기 때문에 투자자에게 보상을 주어야한다”고 하였다.¹²¹⁾

(4) AGIP v. Congo 사건

AGIP사는 1962년 콩고에 설립된, 석유판매회사로 1965년부터 영업을 개시하였다. 1974년 콩고의 석유판매 부문이 국유화되었고, AGIP사의 모두 자산이 Hydro-Congo국영기업에게 양도되었다. 그러나 AGIP사는 이러한 조치에 의해 영향을 받지 않았다. 동 회사는 조치 10일전에 회사자본의 50%에 해당하는 주식을 콩고정부에 매각하기로 하는 협의각서(Protocol of Agreement)에 서명하였다.¹²²⁾ AGIP사와 콩고(congo)정부와 체결하는 계약 제4조에서 콩고정부는 AGIP사가 정부의 지분참여에도 불구하고 주식회사의 지위를 유지하는데 동의하였다.

120) Paul E Comeaux, N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign investment under international law: legal aspects of political risk*, Oceana Publications, Inc, 1977, p. 138.

121) LIAMCO v. Libya, Award of the Tribunal of 12 April 1977, 62 LLR.(1980).

122) 高俊誠, 前掲書, p. 93.

각서 제15조의 준거법에서 콩고법이 적용되며 필요한 경우 국제법의 원칙에 의해 보충된다고 규정하였다. 또한 회사에 관한 법률이 변경된 경우 그러한 변경이 99년의 존속기간을 정한 각서 및 회사정관에 영향을 미치지 않도록 보장할 적절한 조치를 취하도록 하고 있다.¹²³⁾ 계약에 안정화조항을 포함하였다. 그러나 콩고는 1975년 콩고공화국 대통령 명령(Ordinance) 제6/75호에 의거 AGIP사를 국유화한다는 결정을 발표하였다. 그리고 이 명령 제2조에서 "이 결정은 아무런 보상 청구권도 발생시키지 아니한다"라고 규정하였다. 1977년 AGIP사는 중재신청을 하였다.

중재판정부는 콩고정부가 각서 제11조 규정하는 안정화 조항을 위반하였다고 판정하였다. 중재판정부는 합의 각서 제15조에 언급된 준거법의 규정에 따라 국제법 원칙 적용하였다. 중재판정은 "정부에 의해서 자유롭게 수락된 안정화조항이 반드시 정부의 주권적인 입법 및 규제권한에 영향을 미치는 것은 아니다. 정부는 내·외국인을 불문하고 그러한 의무를 부담하지 않는 자들과의 관계에서 입법 및 규제권한을 보유하고 있으며 또한 각서에 규정된 입법 및 규제합의에 있어서의 변경이 다른 계약당사자에 대하여 원용될 수 없으므로 본 사건에 있어서 이러한 조항은 제한적인 효과만을 가지기 때문이다"고 주장하였다.¹²⁴⁾ 최초의 ICSID 중재판정은 안정화 조항 위반에 대한 국제법 원칙을 적용한다고 판정했다.¹²⁵⁾

(5) Petrola Hellas S.A. v. Greece 사건

Petrola Hellas S.A.사는 그리스에 설립한 회사이다. 그리스 정부가 Petrola사와 체결한 계약에서는 그리스정부가 미래의 새로운 세법(tax law)이나 관세법(custom law)을 제정하여도 이 계약에는 적용되지 않는다고 승낙하였다. 그 후에 그리스정부가 Petrola사에 일회성 세금(one-time tax)을 징수하여 Petrola사가 중재를 신청하였다. 1978년 중재판정은 계약의 안정화조항에 따라 그리스의 새로

123) 高俊誠, 前掲書, p. 97.

124) 上掲書, p.98.

125) 오원석, "國際投資紛爭解決을 위한 ICSID仲裁에 관한 고찰", 『貿易學會志』, 31권 제4호, 2006, p. 134.

운 세법이 Petrola사에게 적용되지 않는다고 하였다.¹²⁶⁾

2. 재협상조항 및 조정조항

1) 재협상조항

(1) 의의

재협상조항(Renegotiation Clause)은 계약의 기초를 이루는 사정변경에 대비하거나 사정변경이 발생하는 경우에 당사자간 재협상을 약정하는 계약조항을 말한다.¹²⁷⁾

만약에 계약 이행조건에 본질적이고 근본적인 변경이 발생하면, 일방당사자가 계약 변경을 원하더라도 상대방은 원래의 계약을 이행하면 계약은 종료된다. 그런데 계약에 사정변경(change of circumstances)에 관한 재협상조항이 있으면 당사자는 재협상을 통하여 계약 내용을 다시 조정할 수 있다.

석유, 석탄 및 천연가스과 같은 자원개발계약은 계약기간이 비교적 장기적이다. 장기계약의 이행과정에서 당사자가 전혀 예견하지 못한 정치, 경제, 사회적인 사정의 변경이 일어날 수 있다. 사정변경이 발생하면 계약은 중지 또는 해제될 가능성이 있다. 실제 계약당사자들은 계약을 해제 또는 종료시키는 것보다 오히려 당해계약을 변경된 조항에 맞게 조정하여, 당사자 관계를 계속 유지하고 계약을 이행해 나가는 것을 원하는 경향이 많다.¹²⁸⁾

재협상조항은 첫째, 사정변경이 될 때마다 당사자가 계약관계를 유지하기 위하여 협상한다. 둘째, 계약에서 계약변경의 정도와 범위가 규정된다. 셋째, 약정한 사정변경이 있을 때 당사자가 협상을 하여야 한다. 일방당사자가 재협상을 거절하면 계약위반을 구성한다.

126) John .Y. Gotanda, "Renegotiation and adaptation Clauses in investment contracts, revisited", p.1468.<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=gotanda>,(2010.2.20방문)

127) 서경, 전제논문, p. 99.

128) Clive M. Schmitthoff, *The Export Trade*. 9th ed. London, Stevens & Sons.1990. pp. 751-752.

(2) 유형

1995년 공포된 「러시아 생산물분배계약에 관한 연방법률」 제17조 제1항은 “계약조건은 계약존속 기간 동안 동일한 효력을 유지한다. 계약조건은 당사자간 합의에 의해서만 변경될 수 있다. 다만 러시아 연방 민법이 정하는 현저한 사정변경에 해당하는 사유가 발생한 때에는 당사자 일방이 타방 당사자에 대하여 계약의 변경을 요청할 수 있다. 또한 당사자의 합의에 의해 계약조건이 변경된 경우 변경된 계약조건은 원계약과 같은 효력이 있다”라고 규정하고 있다. 당사자간 합의에 의하여 계약을 변경하는 조항이 전형적인 재협상조항이다.

1976년 OK Tedi Papua New Guinea 양허계약에서 “쌍방 당사자가 서면협의로 본 계약의 전부 또는 아무 조항을 추가, 교체, 폐지 그리고 변경할 수 있다”고 규정하였다. 이를 ‘OK Tedi 조항’이라고 한다.¹²⁹⁾

(3) 안정화조항과 재협상조항의 비교

안정화조항과 재협상조항은 국가계약에서 공존할 수 있다. 그러나 두 조항을 비교하면 차이점이 많다.

첫째, 목적이 다르다. 안정화조항은 국가계약을 체결한 후에 현지국의 입법·행정적 조치가 국가계약에 불리하게 적용되는 것을 배제하여 투자자를 보호하는 것이다. 재협상조항은 계약체결 후 사정변경의 발생하는 경우에 피해자의 이익을 보호하기 위한 조항이다.

둘째, 국가의 동의 필요여부에서 차이가 있다. 안정화조항은 집행력이 있는 조항으로서 효력 발생 전 국가 동의를 반드시 받아야한다. 재협상조항은 본질적으로 당사자간 협의이므로 국가의 동의가 필요 없다.

(4) 재협상조항의 위험성

John .Y. Gotanda에 견해에 의하면 외국투자자 국가계약에서 재협상조항을 채

¹²⁹⁾ Kuwait v. Am. Indep. Oil Co. 21 I.L.M. para. 979.

택하지 않는 이유가 다음과 같이 5가지가 있다.

첫째, 재협상조항은 국가계약의 안정성이 약해지고 기회비용이 증가한다. 투자자에겐 투자의 안정성과 예견성이 제일 중요하다. 투자의 예견성은 해외투자의 중요한 요소이다. 둘째, 재협상조항 때문에 거래 비용이 증가하고 외국투자자가 국가계약의 불안정성을 고려하게 된다. 그래서 투자유치국이 외국인 투자 유치의 기회를 잃게 된다. 셋째, 중재기구가 당사자들이 재협상을 못할 때에 중재를 거절한다. 국가계약의 재협상조항에 따라 재협상이 진행할 때, 당사자들의 의견이 일치되지 못하는 경우에는 중재기구는 '분쟁(dispute)'이 없다는 이유로 관할권을 거절한다. 넷째, 재협상조항에 따라 중재할 때 준거법이 없어서 중재를 거절한다. 다섯째, 투자유치국은 이 재협상을 담당한다. 투자유치국은 이 재협상절차를 통하여 계약조항을 변경할 수 있다.¹³⁰⁾

2) 조정조항

조정조항(Adaptation Clause)은 국가계약에서 대금지급 의무에 관하여 주로 이용되었다. 대금지급 의무의 금액은 일정하고 공정하기 보다는 특정한 지수(예컨대 가격지수)나 지표에 따라 변화되거나, 사정변경을 반영하는 일정한 공식에 따라 산정되도록 하는 것이다.¹³¹⁾

국가계약에서 조정조항은 안정화 조항과 동시 존재할 수 있다. 그러나 이 조항은 안정화 조항과 다르다. 안정화 조항과 비교하면 조정조항의 특징을 다음과 같다: 첫째, 조정조항은 일반적으로 비정상적 상황기서 시작한다. 둘째, 조정조항은 자동적으로 조정하고 제3자의 교섭이나 재협상이 필요가 없다. 조정조항은 사정변경시 계약의 중지 또는 해제를 방지한다. 셋째, 안정화 조항이 투자자의 이익만 보호하는데 반하여 조정조항은 투자자 이익보호뿐만 아니라 유치국 이익도 보호할 수 있다. 넷째, 조정조항이 유치국의 허가를 필요가 없다. 국가계약에서 안정화 조항이 있으면 유치국의 허가가 받아야하는데 반하여 조정조항을 당

130) John .Y. Gotanda, supra note 129, p.1468.

131) Stefan Kröll, The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, pp. 438. 서경, 전제논문, p. 104에서 재인용.

사자간 협의만 있으면 된다.¹³²⁾

1978년 국제상공회의소(International Chamber of Commerce ,ICC)는 계약의 조정에 대한 관한 법규를 공포하였는데¹³³⁾, 1994년에 이를 철회하였다. ICC의 보고서에서 “국제중재에서 사람들은 이런 조정조항에 의심한다. 또한 조정조항을 채택하느니 차라리 “약속은 지켜야한다”(pacta sunt servanda)라는 원칙을 직접 적용 하는 것이 낫다고 인정하였다.¹³⁴⁾

일부 국가계약에서 조정조항을 포함하고 있다. 예를 들어, 1974년의 가나-셸간의 석유계약(Ghama/Shell Clause) 제47조는 조정조항을 규정하였다.¹³⁵⁾ 또 1976년의 옥 테디(Ok-Tedi Clause)에서도 조정조항을 포함하였다.¹³⁶⁾

사정변경이 발생해서 계약의 정상적인 이행이 곤란하게 된 경우에서 조정조항이 적용할 수 있다.¹³⁷⁾ 또 신의성실 원칙(principle of good faith)에 따라 사정변경이 발생하면 계약을 변경하지 않고, 조정조항에 의거하여 투자자와 채협상의 의무가 있다. 그러나 조정조항은 계약의 조정의 구체적인 내용을 규정하지 못하는 경우, 구제기관은 이 계약을 조정하지 않는다.¹³⁸⁾ 설사 구제기관이 계약을 조정하더라도 계약조정의 적용표준이 없어서 계약당사자들이 조정결과가 받을 수 없을 것이다.¹³⁹⁾

132) Piero Bernardini, Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments, *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, vol.1 No.1, p.99.

133) Adaptation of Contracts, ICC Publication No. 326,

134) John .Y. Gotanda, *supro* note.129, p.1464.

135) Article 47(b) of the Ghama/Shell Clause: It is hereby agreed that if during the term of this Agreement there should occur such changes in the financial and economical circumstances relating to the petroleum industry , operating conditions in Ghana and marketing conditions generally as to materially affect the fundamental economic and financial basis of this Agreement, then the provision of this agreement may be reviewed or renegotiated with a view to making such adjustments and modification as may be reasonable having regard to the Operator's capital employed and the risks incurred by him always provided that no such adjustments or modifications shall be made within 5 years after the commencement of productions of petroleum in commercial quantities from the production area and that they shall have no retroactive effect.

136) 'Ok-Tedi Papua New Guinea Concession Agreement': The parties may from time to time by agreement in writing add to, substitute for, cancel or vary all or any of the provisions of this Agreement.

137) Piero Bernardini, *supra* note130, p. 98.

138) Cf. Final Award of 4 May 1999(Ad hoc), reprinted in 25. Y.B.Com ARB. 13, p. 61.

139) *Ibid.* pp. 56-61.

3. 준거법조항

1) 서설

준거법(Applicable Law)이란 계약의 해석상 적용하여야 할 법률로서, 당사자 자치의 원칙이 적용된다. 당사자의 권리와 의무의 범위 그리고 계약위반에 따른 법적 구제의 성격과 범위를 결정하기 때문에 준거법의 결정은 신중히 이루어져야 한다.¹⁴⁰⁾

국가계약은 그 자체로서 완벽할 수 없기 때문에 어느 법체계에 의해 보완할 것이냐의 문제에 직면하게 된다.¹⁴¹⁾ ICSID협약 제41조(1)항에서 준거법 적용에 대하여 “당사자가 합의하는 法規則에 따라 분쟁을 해결하여야 한다. 이러한 합의가 없는 경우, 분쟁당사국의 법 및 적용할 수 있는 국제법 원칙을 적용하여야 한다”라고 규정하고 있다.¹⁴²⁾ 일반적으로 국가계약의 준거법은 당사자의 합의에 의해 결정한다. 준거법조항은 투자유치국이 마음대로 계약준거법을 변경을 금지하는 것을 목적으로 한다.

2) 준거법 지정

(1) 서설

국가계약은 국제법적 측면과 국내법적 측면을 동시에 갖는다. 계약에서 준거법을 결정함에 있어서도 당사자 합의가 가장 중요하다. 당사자자치에 따라 명시적으로 합의한 법이 준거법이 될 수 있다. 1929년 상설국제사법법원(PCIJ)에서 세

140) 강주연, “ICSID에 의한 국제투자분쟁의 해결”, 이화여자대학교 대학원, 석사학위논문, 2003. p.54.

141) 장효상, 전제논문, p.154.

142) Article 42 of Washington Convention : The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as agree by the parties in the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the contracting state party to the dispute(including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

르비아와 브라질 사건(Serbian and Brazilian Cases)에서 처음으로 당사자자치원칙을 승인하였다. Aramco중재사건에서도 당사자의 준거법 선택권을 승인하였다. 그 밖에 TOPCO/Libya사건¹⁴³⁾에서 중재판정부가 당사자자치원칙에 의하여 계약의 준거법을 결정할 수 있다고 판정하였다.

ICSID협약 제42조 제1항 당사자자치에 따라 법을 선택할 국내법 또는 상관습법을 준거법으로 선택할 수 있다. 동 조약 제3항에서 중재판정부가 「형평과 선」(ex aequo et bono)에 따라 분쟁을 해결할 수 있다고 규정한다. ‘ICSID협약’은 ‘法規’(rules of law)만을 언급하고 ‘성문법 조항’(statutory provisions)을 언급하고 있지 않기 때문에 당사자는 어느 한 국가의 법계를 언급할 필요는 없다.¹⁴⁴⁾ 준거법의 안정성을 위하여 당사자가 국내법을 준거법으로 선택할 때 계약 체결 당시의 법만 언급해야 한다. 계약체결지법을 준거법으로 선택하는 것은 투자자에게 좀 불리하다. 왜냐하면 현지국법의 변경이나 폐지가 국가계약에 불리한 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

선진국의 다수 학자들은 투자보호를 위해 준거법조항에서 국제법을 선택해야 한다는 국가계약의 국제화를 주장하였다. 그 이유는 첫째, 준거법으로 국제법을 선택하면 현지국가의 입법방식으로 계약관계의 변동행위를 방지할 수 있다. 둘째, 투자분쟁 해결과정에서 국제법을 준거법으로 적용하면 중재결과가 투자자에게 더 유리하다. 그래서 국제법을 준거법으로 선택하면 해외투자자의 보호를 위한 중요한 의미를 갖는다. 그러나 국제법을 준거법으로 지정하는 것은 쉽지 않다. 예를 들어, 대부분 투자유치국법에서 현지법을 국내 투자프로그램에 무조건 적용한다고 규정하고 있다. 투자유치국이 반대할 경우 국제법을 준거법으로 지정하지 못한다.

(2) 법의 일반원칙

1945년 「국제사법재판소규정」(Statute of the ICJ) 제38조 제1항 제4호에 따라 국제사법재판소는 법의 일반원칙을 적용할 수 있다고 한다.¹⁴⁵⁾ 이것

143) TOPCO v. Libya, Award of 19 January 1977, 17 ILM 3, 24-27 (1978). para 45.

144) 오원석, 전제논문, p. 134.

은 국제법규의 주요한 연원의 하나로서 문명제국에 의한 법의 일반 원칙을 예로 들 수 있다. 법의 일반원칙을 국가계약의 준거법으로 지정한 경우는 대표적으로 1954년 이란과 국제석유회사간 체결된 Oil agreement between Iran and the International Oil Consortium 제46조¹⁴⁶⁾와 1957년 NIOC와 AGIP Mineraria의 계약사례이다. 법의 일반원칙은 “ 문명각국에 의해 일반적인 것으로 승인된 법의 원칙, 특히 이미 국제사법기관에 의해 적용되어 온 원칙으로” 확인되고 있다.¹⁴⁷⁾

국가계약에서 법의 일반원칙을 준거법으로 적용한 것은 Lord McNair이다. McNair는 컨세션 계약보다 경제개발협정이란 용어를 즐겨 사용하였다. McNair는 당사자 자치 원칙을 전제로 하면서, 당사자가 특정의 국가법을 지정하고 있지 않을 때 당사자의 묵시적 의사를 법의 일반원칙의 적용에서 찾고 있다. 국제법이나 국내법을 준거법으로 적용하면 계약당사자 쟁의를 일으킬 수 있다. 계약국의 법이 적용되지 못 한 경우에는 국가계약의 준거법은 법의 일반원칙은 적용하는 것이 좋은 선택이 될 수 있다. McNair는 법의 일반원칙을 ‘계약국의 법 중요한 관원칙을 결여하는 경우’에만 적용하여야 한다고 한다. 그리고 국제법상 법의 일반원칙의 의미와 내용에 대하여 공통된 인식은 없다고 한다. 국가계약에 법의 일반원칙을 적용하려면 최소한 계약당사자가 공동으로 승인하는 구속력이 있는 원칙이어야 한다고 한다.¹⁴⁸⁾

(3) 국제법

리비아정부가 리비아 미국 석유회사(Libyan American Oil Company)와 1966년에 체결한 석유계약 제7조에서 “본 양허계약이 리비아 국내법에서 국제법과

145) 「국제사법재판소규정」 제4조 제1항 제4호: The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

146) Oil agreement between Iran and the International Oil Consortium 제46조는 「본 계약당사자의 다양한 국적에 비추어 이란과 본 계약의 기타 당사자의 여러 설립지국의 공통된 법원칙에 따라 그리고 이러한 공통된 원칙이 없을 때에는 국제사법기관에 의해 적용되어온 원칙을 비롯한 문명각국 일반에 의해 성립된 법원칙에 의해 본 계약은 규율되고 그에 따라 해석, 적용되어야 한다」 고 규정하였다.

147) Lalive, “Contracts between a state or a state agency and a foreign company, theory and practice: Choice of law in a new arbitration case”, *International and comparative law* , 1964 . p. 100.

148) 이석용, 전게서, p. 18.

일치하는 법의 일반원칙에 의해 해석하여야 한다고 규정하였다. 리비아 국내법에서 국제법과 일치하는 원칙이 없으면 중재판정부가 인용하는 일반국제법원칙을 적용한다” 는 의미한다. TOPCO v. Libya 사건, LIAMCO v. Libya 사건도 리비아-리비아 미국 석유회사 양허계약과 동일하다.¹⁴⁹⁾ TOPCO v. Libya 사건에서 단독중재인 Dupuy는 국제법이나 법의 일반원칙을 계약의 준거법으로 지정하는 계약은 특정 국가의 국내법을 벗어나 ‘특수한 국제법 질서, 즉 국가계약법 질서’ 한다고 한다.¹⁵⁰⁾ LIAMCO v. Libya 사건의 중재판정부는 양허계약의 준거법조항에 국제법원칙과 일치하는 리비아 국내법을 준거법으로 하여야 투자유치국의 정당한 이익을 보호할 수 있다고 하였다. 그리고 ‘중재판정부가 인용한 일반국제법원칙’에서의 국제법원칙은 ICJ 제38조에 의하여 결정하여야 한다고 하였다.¹⁵¹⁾ 1998년 발효된 유럽 에너지헌장(Energy Charter Treaty, ECT) 제26조 제6항은 분쟁을 해결할 때 본 협약 또는 국제법의 일반원칙을 준거법으로 적용할 수 있다고 규정하고 있다.

(4) 계약체결지법

계약체결지법(*lex contractus*, *lex loci contractus*) 이론은 당사자자치 법질서인 *lex contractus*가 당사자간 법률관계를 완전하게 규율하는 것이라고 할 수 있다. 국가계약의 법적성격을 준조약이라고 주장하는 학설은 항상 *lex contractus*를 국가계약의 준거법으로 주장한다. Verdross는 국가계약을 준국제조약으로 주장하고 그것을 지배하는 법으로서 *lex contractus*를 고려하고 있다. Verdross의 견해에 따르면 국가계약이 준국제조약으로서 특별한 취급을 따르는 계약이 되기 위해서는 계약 당사국이 단순한 행정관청이 아닌 조약 체결권한이 있는 자의 동의가 필요하고, 또한 중재조항을 포함하고 있는 것 요구어진다고 한다. 그 경우에는 계약이 행정계약의 경우와 달리 대등한 입장에서 체결한다고 할 수 있

149) 본 양허계약이 리비아 국내법에서 국제법과 일치하는 법의 일반원칙에 의해 해석하여야한다, 리비아 국내법에서 이러한 국제법과 일치한 원칙이 없으면 국제중재판정부가 인용하던 일반국제법원칙을 적용한다.

150) 이석용, 『국제경제법』, 세창출판사, 2000, p. 18.

151) LIAMCO v. Libya, Award of the Tribunal of 12 April 1977, 62 I.L.R.(1980).

다.¹⁵²⁾

lex contractus 이론은 국가계약을 국내법과 국제법 이외의 독립한 법계로 보고 있고 당사자 간의 의사표시를 강조하지만 문제점도 많이 있다. 첫째, 계약은 국내법과 국제법 이외에 새로운 법 질서를 창설할 수 있으며, 당사자간 계약을 통하여 기본 이권이나 공공이익을 위반하는 내용을 만들 수 있어 위험이 너무 많다. 둘째, 국가계약은 당사자 간 발생하는 모든 분쟁과 문제를 포함할 수 없다. 그래서 나중에 발생하는 분쟁에 대하여서는 해결방안을 제기할 수 없다. 셋째, 중동 석유국의 부분 석유양허계약은 법이 되는 경우가 있는데 이런 양허계약은 국가입법기관의 인정이 필요하며, 당사자의 의사표시만으로는 적용되는 법이 되는 것은 아니다.¹⁵³⁾

(5) 당사국 국내법

국가계약의 준거법은 통상적으로 계약당사국의 법이 지정되어 왔을 뿐만 아니라, 외자유치국과 외국투자자간 계약에서도 대개 국제사법의 원칙에 따라 국내법을 준거법으로 지정한다.¹⁵⁴⁾ 대부분 개발도상국의 입법과 학설은 국내법이 국가계약의 준거법으로 지정되고 있다. 예를 들어, 리비아, 이집트, 터키, 시리아, 베네수엘라 그리고 레바논 등 국가의 석유입법이나 광업법에서 모두 양허계약이 국내법을 준거법으로 한다고 규정하고 있다. 그리고 일부 양허계약에서도 국내법을 준거법으로 지정한다고 규정하고 있다.

이런 국내법을 준거법으로 인정하는 이론의 논거는 다음과 같다. 첫째, 국가계약의 법적성격은 국내법상 계약이라는 것이다. 둘째, 국가계약의 체결지(締結地)와 이행지(履行地)는 모두 유치국이다. 국제사법 원칙에 의하여 계약체결 또는 이행지의 법을 적용하여야 한다.

1950년전에 양허계약은 거의 모두 국내법을 적용하고 있었다. 1929년 Serbian Loans 사건에서 PCIJ는 “국가간의 계약이 아닌 그 어떤 계약도 모든 국가의 국내

152) A von Verdross, "Quasi-International Agreement", *YBWA*, Vol. 22, 1964, p.230.

153) 李曉紅, “論國際商事仲裁中強制性規則的適用”, 華東政法學院, 碩士學位論文, p. 53.

154) 장효상, 전제서, p. 857.

법에 기초한 것이다”라고 판결하였다. 1958년의 Aramco 사건에서 중재인이었던 Sauser-Hall교수의 판정은 보다 명확한 것이었다. “사우디 아라비아에서 시행중인 법은 양허의 내용에 적용되어야 할 이유는 이 국가가 양허를 한 주체로서 계약 당사국이 되어 있으며, 또한 주권국가는 그 반대되는 입증이 없는 한 자국의 공약이 자국법의 규율을 받게 한 것으로 추정된다는 것은 국제사법상 일반적으로 인정되기 때문이다. 이 원칙은 Serbian Loans사건에 대한 PCIJ의 판결에서도 적용된 바가 있다”는 것이 그 내용이다.¹⁵⁵⁾

3) 분쟁에서 준거법 선택문제

국가계약에서 준거법을 명시적으로 선택하지 않은 경우 학설상 견해가 대립된다. 즉 당해계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률이 적용된다는 견해(객관주의)와 당사자의 의사를 추정하여 준거법을 결정하여야 한다는 견해(주관주의)가 있다.¹⁵⁶⁾

객관주의는 국가계약에 준거법조항이 없는 경우 중재판정부가 해당 분쟁에 대하여 가장 밀접한 당사자의 법을 적용한다. 주관주의는 당사자의 협의가 있으면 후에 추정하는 준거법이 적용된다. 그리고 국제법(국제사법규칙을 포함)도 적용될 수 있다. 국가의 국내법을 먼저 적용한 후에 그것이 국제법 하에서 유효한지를 검토하여 국제법과 모순되지 않는 범위 내에서 국내법은 유효하다고 한다.¹⁵⁷⁾ 그러나 분쟁이 현지국가의 법원에 제소될 경우에는 법정지법이 적용될 가능성이 많다.

당사자에 의한 국가계약에서 명시적으로 준거법을 선택하지 않으면, 중재부가 국제사법 규칙을 포함하여 국가당사자의 법과 적용이 가능한 규제규칙을 적용하여야 한다. 그러나 국제사법규칙에 따라 투자유치국의 국내법의 적용으로 투자자의 권리가 침해되면 이런 국내법은 적용하지 않는다. 그렇지 않으면 계약과 사실상 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법을 준거법으로 선택할 수 있다. 즉, 국가

155) 장효상, 전제서, p. 858.

156) 崔昇煥, “海外投資의 契約의 保護方案과 國際法的 保護方案” 『國際法務研究』, 1999, p. 156.

157) 오원석, 전제논문, p. 135.

계약은 항상 투자유치국 국내에서 체결하므로 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법은 바로 유치국의 국내법이다. 즉 계약체결지법(*lex contractus*)을 준거법으로 선택한다. 초기의 판정과 학계연구에서 이러한 관점을 많이 채용하였다. 예를 들어, Aramco사건에서 양허계약은 준거법조항과 중재절차 모두 규정하지 않는다. 분쟁발생 후 신청인 사우디아라비아가 중재를 신청하였다. 이 판정에서 “어떤 계약도 진공(眞空)속에서 (*in vacuo*), 다시 말해 어떤 법체계에 근거를 두지 않고 존재할 수 없음이 명백하다. 계약 체결은 당사자의 무제한한 자유재량에 맡겨지는 것은 아니고, 이는 필연적으로 당사자가 표시한 상호간에 일치된 의사에 법률효과를 부여하는 일정한 실정법과 관련이 있다. 계약은 그 체결의 근거가 되는 법체계 없이는 想定조차 할 수 없는 일” 이라고 하고 있다.¹⁵⁸⁾

4) 준거법 저촉시(抵触時) 선택문제

ICSID중재판정을 살펴보면, 국가계약상 합의한 준거법과 BIT상의 준거법과 다른 경우가 많다. 이런 경우에는 중재판정부가 준거법을 지정해야 한다. 예를 들어, LETCO v. Liberia 사례에서 준거법이 저촉되었는데, 리비아 법률에 따라 설립·존속 되어온 회사인 Liberian Eastern Timber Corporation(이하‘LETCO’)는 1983년 자신의 명의 및 그 지사인 LETCO Lumber Industry Corporation사의 명의로 ICSID에 리비아정부를 상대로 중재신청을 하였다. 중재신청에서는 삼림자원이용이 국가계약을 위반하였다고 주장하며, 손해배상을 요구하였다.¹⁵⁹⁾ 국가계약에서 “이 국가계약은 리비아의 일반 사업법에 따라 체결되었다”고 규정하고 있었다. 이렇게 보면 계약당사자가 명시적으로 리비아 국내법을 준거법으로 선택할 수 있다. 이에 덧붙여 이 사건에 적용될 리비아 법은 계약의 유효성과 그 위반에 대한 구제에 관하여 일반적으로 승인된 국제법의 원칙도 판정하면서 리비아의 계약위반을 인정하고 이에 대한 손해배상을 명하였다.¹⁶⁰⁾ 그리고 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* 사

158) 장효상, 전계논문, p. 158.

159) 高俊誠 編譯, 前掲書, p. 114.

160) 강주연, 전계논문, p. 61.

건에서 신청인들이 BIT에 따라 권리수정을 하였으나, 중재판정부는 당사자 자치 원칙을 중시하여 BIT보다는 계약상의 규정을 근거하여 관할권을 부인하였다.¹⁶¹⁾

ICSID중재판정은 준거법 저촉시 국가계약상의 규정을 BIT보다 우선하여 적용한다. 따라서 국가계약 체결시 BIT와 일치되는 방향으로 체결하여야 중재판정부가 준거법으로 BIT를 선택할 수 있는 것이다.

4. 분쟁해결조항

대부분 국가계약에는 분쟁해결 조항이 있다. 분쟁해결에 대한 일반원칙을 명시할 수도 있고, 중재나 소송 등을 구체적으로 명시할 수 있다.¹⁶²⁾ 그러나 대다수 국가계약의 분쟁해결 조항에서는 중재를 규정하고 있다.

국가계약에서 중재조항을 두면, 화해(out-of-court)를 하지 못하는 경우에 계약당사자가 중재로 분쟁을 해결하게 된다. 국가계약에서 중재조항을 삽입할 수 있고 국가계약 체결 후 중재협의를 할 수 있다. 중재조항의 독립성이론에 따라 계약당사자가 일방적으로 계약을 파기 또는 무효화 하여도 중재조항의 효력에는 영향을 미칠 수가 없다. 그러나 일방당사자의 중재협의를 당사자 적격의 무효를 주장하는 경우에는 중재조항에는 효력이 없다. 예를 들어 Holidays Inns/Occidental Petroleum v. Government of Morocco사건에 관한 ICSID중재에서 중재판정부는 투자유치국내에 설립된 회사의 국적 문제에 관한 당사자의 합의는, 투자자의 경우 타방 계약국의 국민이어야 한다는 일반원칙에 대한 예외의 인정이므로 명백하여야 한다고 판정하였다.¹⁶³⁾

중재조항은 계약당사자에게 중대한 의미를 갖는다. 계약분쟁이 현지국 법정에서 현지국법으로 내리는 판결은 현지국 정부에 유리한 작용하는 경향이 있다. 제3국의 법원에서 해결하면 국가당사자의 주권면제는 문제가 발생하게 된다. 중재조항의 삽입은 분쟁당사자 본국의 국내법원이 아닌 제3국의 '중립적 법정'의 관할권을 인정하는 것인데, 특히 중재협의를 일반적으로 주권면제 포기를 인정하는 것

161) 강주연, 전계논문, p. 72.

162) 김충렬, “海外合作投資紛爭對應方案과 事后紛爭解決에 관한 法的 研究:-海外資源開發을 中心으로”, 건국대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2007, p. 46.

163) 상계논문, p. 132.

으로 해석되기 때문에, 분쟁해결 절차에 있어 외국투자가를 현지정부와 대등한 지위로 전환시키는 기능을 한다.¹⁶⁴⁾

5. 주권면제 포기조항

주권면제(Sovereign Immunity)란 법정지국 자국 영역 내에서 외국 및 그 재산에 대해 제기된 당해 외국을 당사자로 한 소송에서 주권평등원칙에 입각하여 자국관할권의 행사를 면제해주는 행위를 말한다. 즉 한 국가는 다른 국가의 법정에 피고로 서지는 않는다는 것이다¹⁶⁵⁾.

주권면제 (國家免除)이론은 국제법상의 중요한 내용으로 “모든 국가는 평등하고 따라서 한 국가가 다른 국가에게 우월한 권력을 갖지 못한다(par in parem non habet imperium 혹은 An equal has no dominion over an equal)”라는 법언에 따른 국제법 일반원칙이다.¹⁶⁶⁾ 국가계약에서 주권면제 포기조항은 “국가계약상의 규정에 따른 중재법정에서 내려진 판정에 대해서 현지국이 주권면제권리를 포기한다” 라고 규정한다.¹⁶⁷⁾

주권면제 이론은 국가계약에게 중요한 의미를 가지고 있다. 중재에서 외국투자가가 승소하더라도 현지국이 주권면제를 활용하여 중재판정을 자발적으로 준수하지 않을 경우, 국제법상 강제할 수 없다.¹⁶⁸⁾ 따라서 외국투자자가 중재판정에 한해 현지국의 주권면제를 명시적으로 포기하도록 하는 조항을 확보할 필요가 있다.¹⁶⁹⁾ 투자유치국이 투자유치를 위해 주권면제 포기할 가능성은 충분하다. 국가계약에는 중재조항이 포함하는데, 국가가 주권면제에 기초한 항변을 제기하지 못하도록 하고, 소송에 있어서의 준거법 결정이나 관할권 확보의 문제를 해결할 수 있기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 국가계약에서 중재에 회부하기로 하는 중재조항을 이외에

164) 崔昇煥, 前掲論文, pp. 157-158.

165) 최원목, 『국제법 강의』, 이화여자대학교 출판부, 2007년, p.164.

166) 양재현, “주권면제이론의 예외에 관한 연구 :미국 외국주권면제법(FSIA)의 ‘상업적 활동’ 예외규정을 중심으로”, 석사학위논문, 연세대학교, 2005, p. 1.

167) 崔昇煥, 前掲論文, p. 160.

168) 김충렬, 전계논문, p. 58.

169) 崔昇煥, 前掲論文, p. 160.

“중재법정에서 내려진 판정에 대해서는 현지국이 주권면제 권리를 포기한다.” 이런 주권면제 포기조항도 단독적으로 삽입할 수 있다.

주권면제 포기여부에 따라 국가계약은 주권면제를 포기하는 균형(均衡)적 국가계약과 포기하지 않는 비균형적(非均衡) 국가계약으로 구별할 수 있다.¹⁷¹⁾ 균형적 국가계약은 계약의 일반적 특징을 보유하게 된다.¹⁷²⁾ 균형적 국가계약에서 유치국은 상업적 당사자와 차이가 거의 없다. 이런 계약은 법의 일반원칙, 국제법, 계약체결지의 국내법을 모두 준거법으로 채택할 수 있다. 유치국이 일방적으로 계약을 위반하는 경우에는 균형적 국가계약은 계약을 체결할 때 주권면제를 모두 포기하고, 유치국이 국가계약을 위반하면 투자유치국은 국가책임을 저야한다.¹⁷³⁾

비균형적 국가계약에서 국가가 일방적으로 계약을 위반하면 외국투자는 국제구제절차는 못하고 현지국의 국내 구제절차만 진행할 수 있다.¹⁷⁴⁾ 국가계약을 위반해도 투자유치국의 국가책임을 추궁하는 것은 어렵다. 당연히 국내구제보다 국제구제가 투자자의 보호에 더 유리하다. 그렇지만 투자유치국가가 ‘재판의 거부(Denial of Justice)’에 해당하는 조치를 취하게 되면 본국은 외교적 보호권을 행사할 수도 있다.

국가계약 분쟁이 발생할 때 투자유치국은 주권면제를 원용하여 중재절차에의 회부를 거부하는 것을 방지하려면 국가계약에서 주권면제 포기조항을 삽입하는 방법이 있다. 주권면제포기조항은 국가인 당사자로 하여금 미리 이러한 재판권 면제를 포기하도록 하자는 데 그 목적을 두고 있다. 주권면제 포기가 가능한 계약은 그 거래내용이 주권적(acta jure imperii)행위외에 순수한 상업적(acta jure gestionis)인 것에 한정된다.

170) 周基鍾, “仲裁에서의 主權免除의 限界”, 『法學論集』, vol 17, 2000 .p. 15.

171) 車丕照, 『國際經濟法概要』, 清華大學出版社, 2003, p. 56.

172) 상계서, p. 56.

173) 車丕照, 前掲書, p. 56.

174) 上掲書, p. 56.

제 4 장 국제투자협정상 국가계약의 보호

제 1 절 국제투자협정의 의의

1. 서설

국제투자협정(International Investment Agreement, IIA)이란 협정 체결국 상호간의 투자를 보호·증진할 목적으로 외국인 투자 보호규범을 정하는 양자 또는 다자간 조약을 말한다고 정의하였다.¹⁷⁵⁾ 그 중에 양자간 조약은 양자간 투자협정과 지역적 투자협정을 모두 포함한다.

투자협정의 목적이 국제투자의 보호, 투자의 촉진, 투자의 자유화이다. 투자자의 입장에 보면, 해외 투자자는 투자 유치국의 정치·경제상황에 따른 이른바 국별 위험 요소를 나포하고 있다. 즉 투자유치국정부의 수용 또는 국유화 등으로 인해 투자자의 재산에 대한 비상업위험 요소이다. 투자협정의 목적은 체결당사국간의 공동보증을 통해 비상업적 위험을 감소시켜서 투자자를 보호하는 것이다.

그러나 투자유치국의 입장에 볼 때, 국제투자협정은 유치국 특히 개발도상국가 투자유치의 중요한 수단이다. 투자유치국이 국제투자협정을 통해 고용추진 및 자본유치할 수 있다. 투자협정은 협정의 체결하는 국가 수에 따라 양자간 투자협정, 지역간 투자협정 그리고 다자간 투자협정으로 나눌 수 있다.

2. 국제투자협정의 종류

1) 양자간 투자협정

BIT은 양국간의 투자증진과 투자보호를 목적으로 체결되는 조약으로, 투자보호협정(Investment Protection Agreement), 투자증진 및 상호보호조약 등으로 불

175) 정수봉, 『한미FTA 투자분야 연구』, 법무부.2008. p.1.

리기도 한다.¹⁷⁶⁾ BIT 투자보호협정과 투자증진 및 상호보호조약 두 가지 포함하는데 그중에 투자증진 및 상호보호조약이 자주 볼 수 있는 BIT형식이다.

현대적 BIT는 1959년 체결하는 독일-파키스탄 BIT이다.¹⁷⁷⁾ 1980년대부터 BIT가 외국투자의 증진 및 보호의 수단으로 보편적으로 적용되었다.¹⁷⁸⁾ 그리고 1999년부터 세계적으로 체결하는 BIT(특히 유럽과 개발도상국간 체결하는 BIT)의 수량이 점차 많아지고 있어서 2009년 7월까지 세계 범위에서 체결하는 BIT가 총 2,710개 있다.¹⁷⁹⁾

2) 지역적 투자협정

지역적 투자협정(Regional Investment Treaties, 이하 RIT라고 약칭함)은 지역적 국제경제기구가 회원국 간의 투자관계를 조화롭게 하기 위해 체결하는 투자협정이다.¹⁸⁰⁾

투자협정과 투자 간의 관계에 따라 지역적 투자협정은 두 가지 형태로 나눌 수 있다. 하나는 국제직접투자(FDI)관계만 규정하는 형식이고, 대표적인 투자협정은 1998년의 체결하는 「포괄적 아세안 투자협정」(ASEAN Comprehensive Investment Agreement, ACIA)이다. 하나는 투자 장(章)으로 포함되는 형식이다. 이러한 대표적인 협정은 「북미자유무역협정」(North American Free Trade Agreement, NAFTA)과 「유럽 에너지 헌장조약」(Energy Charter Treaty, ECT) 등이다.

NAFTA는 미국·캐나다·멕시코 북미 3개국이 체결한 자유무역협정이다. NAFTA는 1992년 2월에 체결하고 1994년 1월 1일부터 정식 발효되었다. 그중에 투자에 관한 부분은 NAFTA의 제11장에서 규정하고 있다.

176) 崔昇煥, 『국제경제법』, 제2판, 법영사, 2002, p.776.

177) Jeswald W.Salacuse, Nicholas P. Sullivan. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain [J]. *Harvard International Law Journal* .2005. p.70.

178) For a list of bilateral investment treaties and related information.
<<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/intro.htm>>(2010.5.23방문)

179) UNCTAD, Recent Developments in International Investment Agreements: 2008-June2009, <http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf>(2010.5.24방문)

180) 盧進勇·余盡松·齊春生, 『國際投資條約與協定新論』, 人民出版社, 2007, p.119.

3) 다자간 투자협정

다자간 투자협정(Multilateral Agreement on Investment, MAI)은 다수의 국가가 참여하는 투자협정이다. 일반적으로 3개국 이상이 참여하고 가입에 있어 모든 국가에 개방되어 있으며 세계의 투자흐름에 상당한 비중을 차지하고 있다면 다자성을 판단하는 기준으로 볼 수 있을 것이다.¹⁸¹⁾

1980년대 이후에 세계경제의 글로벌화를 주도하는 원동력으로서 직접투자(FDI)가 교역증가율보다 빠른 속도로 증가하는 추세를 보였다. 동시에 투자자와 투자유치국 간의 분쟁도 많아지고 있었다. 이러한 배경에서 투자보호, 투자자유화, 투자분쟁해결을 규정하는 MAI이 필요성이 있다. 국제사회에서도 MAI를 만들려고 계속 노력하고 있다. 국제사회는 그 동안 단편적이거나 외국인투자에 관한 다자조약들 만들어내게 되었다. 이러한 다자조약들이 여러 가지 있다.

예를 들어, 국제투자분쟁을 해결을 위하여 1965년 워싱턴 연차총회에서 ‘국제투자분쟁해결센터 협약’(ICSID Convention, 또는 워싱턴협약)체결하였다. 동 협약이 중재재판의 승인과 집행을 규정하고 있다. 그리고 동 협약에 의하여 1966년 ICSID설립하였다.

ECT는 국가 간 무역을 규정하는 다자간 기구인 WTO와 유사하게 에너지 분야에서 다자적인 규범을 만들어 가고 있었다.¹⁸²⁾ ECT 제1조와 제2조에 따라서 이 헌장의 목적은 ‘헌장의 목적과 원칙에 입각 하여 상호보원과 상호이익을 바탕으로 에너지 분야에서의 장기적 협력을 증진하기 위한 법적 틀을 마련하는 것’이다.

1985년 ‘다자간 투자보증기구’(Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA)는 서울에서 개최하는 총회에서 ‘다자간 투자보증기구협약’(MIGA Convention)을 채택하였다.

그리고 1995년부터 선진국 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)에서 국제투자의 보호와 자유화의 목적으

181) 이성봉, “WTO 투자협정 논의의 평가 및 향후 과제”, 대외경제정책연구원, 2003, p.16.

182) 배종균, 전게서, p.50.

로 「다자간 투자협정」(MAI)초안의 제정을 시작하였다. 그러나 이 MAI초안은 1998년 12월 공식적으로 사실상 협상 실패를 선언하게 되었다.

3. 국제투자협정의 법적성격

1) 국제투자협정의 법적성격

1969년의 「조약 법에 관한 비엔나협약」에 따라 조약이란 단일의 문서에 또는 둘 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특정한 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 협의이다.¹⁸³⁾

「조약 법에 관한 비엔나협약」에 의하여 조약의 특징이 다음과 같다. 첫째, 국제법상의 주체만 조약을 체결할 수 있다. 둘째, 조약의 내용이 국제법주체간의 권리와 의무이다. 셋째, 조약의 체결과정은 국제법을 준거해야한다.

국제투자협정은 국가간 체결하는 투자의 권리와 의무에 관한 협의이다. 따라서 협정의 주체가 모두 국제법상의 주체이고, 협정의 내용은 당사자 간의 권리와 의무이다. 그리고 투자협정은 국제법을 준거하여 체결한다. 사실상 협정(agreement)이런 용어가 조약이 자주 사용하는 명칭이다. 따라서 국제투자협정은 국제법상의 조약이다. 투자협정을 위반하면 당사국의 국제법상의 책임이 생긴다. 그러나 조약은 계약당사자에게 법적 구속력이 있는데, 국제사회에게 보편적인 구속력이 없다.

2) 국가계약과 구별

일방 당사자가 국가와 공기업 때문에 국가계약은 사법상의 전형적 계약과 좀 다르지만 계약의 부분 특징을 갖는다. 따라서 국제투자협정은 국가계약과 비교하면, 차이점이 다음과 같다:

첫째, 당사자가 다르다. 국제투자협정의 양방당사자는 다 국가이다. 국가계약의

¹⁸³⁾ 「조약 법에 관한 비엔나협약」 제2조.

일반 당사자는 국가나 국가로부터 권한을 위임 받은 기관 혹은 공기업이고 타방은 외국투자자이다.

둘째, 준거법이 다르다. 국제투자협정은 국제법에 적용되고 국가계약은 국내법을 적용하는 경우도 있고 국제법을 적용하는 경우도 있다.

셋째, 내용이 다르다. 투자협정의 내용이 투자에 대한 대우 표준을 포함한다. 예를 들면, 공평한대우(Fair and Equitable Treatment, FET), IIAs혜국대우(Most Favored-Nations Treatment, MFN),내국민 대우(National Treatment, NT)등 분쟁해결방식도 규정한다. 국가계약에서 당사자들이 합의한 위험 및 책임부담에 관한 사항, 준거법, 분쟁해결방식 선택 그리고 안정화조항 등 규정한다.

4. 국제투자협정의 주요내용

1) 투자협정의 적용범위

투자협정은 항상 협정의 적용범위에서 투자의 정의를 규정한다. 다수의 투자협정에서 투자의 정의는 유형자산과 무형자산을 모두 포함한다. 부분 현대적 투자정의는 계약상의 권리도 포함한다. 유치국이 국가계약에서 투자자에게 승낙하는 계약의무와 국가계약이 외국투자자에게 부여하는 권리 등 모두 자산에 속한다. 그래서 이런 방식으로 국가계약상의 권리가 투자정의의 대상으로 되었다. 따라서 이런 경우에서 국가계약상의 권리가 투자협정의 보호대상을 될 수 있다.

투자의 정의뿐만 아니라 협정의 적용범위는 투자자, 시간적 적용범위(temporal application) 그리고 장소적 적용범위도 규정한다.

2) 외국인 투자대우기준

투자 및 투자자에 대한 일반적인 대우기준에서는 IIAs혜국대우, 내국민 대우, 공평·공정대우, 무차별대우(Non-discrimination Treatment) 그리고 완전한 보호대우(Full Protection and security Treatment) 등 담고 있다. 이러한 일반적인 대우는 외국투자자의 투자지위, 그리고 투자사의 권리와 의무를 명확하게 규정하였

다.

그러나 만약에 외국투자자와 투자유치국간 체결하는 투자계약에서 이 협정 부여하는 대우보다 더 유리한 대우를 포함하는 경우, 투자협정에서 그런 유리한 범위내에서 우선적으로 적용할 수 있다고는 규정이 바로 ‘권리유지 조항’(preservation of rights)이다.

3) 국유화 또는 수용

국유화 또는 수용에 관한 규정은 국제투자협정에서 가장 중요한 내용의 하나이다. 외나하면 투자자의 입장에서 볼 때, 국유화 또는 수용은 자신해외투자과정에서의 위험요인이다. 대다수 투자협정은 국유화 또는 수용의 적용조건을 엄격하게 규정하였다. 공공목적을 위한, 차별금지(non-discrimination), 보상의 지급 등 영우에서만 국유화 또는 수용을 적용할 수 있다.

그리고 투자협정은 항상 투자유치국의 기타 의무도 규정한다. 예를 들어, 계약상의 의무를 준수하는 의무, 국내 입법의 안정화의무 등 규정하였다. 이것 바로 투자협정상 포괄적 포호조항(Umbrella Clauses)과 안정화 조항(Stabilization Clauses)내용이다.

4) 분쟁해결에 관한 조항

분쟁해결에 관한조항에서는 사인과 투자유치국간의 분쟁을 해결할 수 있는 수단 중 하나로서 ICSID 등의 중재를 규정하고 있다.¹⁸⁴⁾분쟁해결조항은 분쟁의 유형, 분쟁의 범위와 해결방식 등을 포함한다. 그 중에 일부 투자협정이 분쟁해결조항에서 계약분쟁을 포함하였다. 따라서 이러한 계약분쟁은 투자협정상 분쟁해결방식을 적용할 수 있다.

5. 소결

184) 박민아, 전계논문, p.16.

투자협정의 구체적 내용에서 개별 협정마다 차이가 조금 있을 수 있지만 구조적인 면에서 모두 대동소이(大同小異)이다.

현대 대부분 투자협정은 투자의 보호와 증진을 위하여 투자자에게 권리를 부여하고 투자유치국에게 의무를 부여한다. 구조적으로 보면, 국제투자협정의 주요내용은 모두 4가지 있다. 즉 투자협정의 적용범위, 외국인 투자대우기준, 국유화 또는 수용 그리고 분쟁해결에 관한 조항 등 이다.

투자협정의 일반이론을 보면, 현대적 투자협정에서 국가계약에 관한규정을 많이 있다. 이런 국가계약의 보호에 대한 내용이 모두 투자협정의 특별한 조항에서 규정하고 있다. 이런 특별한 조항은 투자정의 조항, 권리유지 조항, 포괄적 보호조항, 분쟁해결조항 ,그리고 안정화조항 등 여러 가지 있다. 이하에서 이러한 특별한 조항에 대한 분석을 통하여 국제법상 국가계약의 지위를 살펴보기로 한다.

제 2 절 투자정의와 국가계약의 보호¹⁸⁵⁾

1. 투자정의의 의의

국제투자법에서 투자 정의문제는 첫째, 자본 수출국에서 수용국으로 합법적인 자본이동의 근거가 된다. 수용국 국내법이나 BIT에 규정된 투자정의에 따라 수출국의 자본이 수용국으로 진입하게 되는 것이다. 둘째, 수용국에서 제공받는 인센티브와 일반적인 대우의 기초가 되고 있다. 국제투자에서 수용국은 외국인 투자에 대하여 세제와 금융 등의 인센티브를 제공하고 있는데, 수용국 국내법과 BIT등의 투자 정의 규정이 그 근거가 된다. 셋째, BIT나 FTA에서 규정된 IIAs혜국대우(MFN), 국민대우(NT), 공평·공정대우(F&E)와 수용 및 보상 등의 일반적인 투자보호의 대상이 된다. 넷째, ISD는 국제법상의 의무 위반이 되는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 투자개념은 ICSID등 국제중재기구의 중요한 배타적 관할권 행사의 기초가 된다. 현대의 투자 정의는 주식을 통한 자본참여가 대세를

185) 본 절은 김여선,“한중투자협정상투자정의에 관한 고찰”, 경희대법학연구소 국제학술세미나 2009. 을 참조하여 작성하였음.

이루고 있어 투자자(investor)와 구분이 모호해지고 있다. 이의 구분을 명확히 하는 것은 ISD의 당사자를 결정하는 데 있어 중요한 근거가 된다. 일반적으로 국제투자법에서 투자를 정의하는 유형을 살펴보면 크게 ① 자산 기준 ②기업 기준 ③ 거래기준으로 나누어진다.

첫째, 기업기준 투자정의는 한 국가의 기업이 지속적으로 수익을 창출하기 위하여 타국에 설립한 실체 기업(직접투자)을 중심으로 정의하는 유형이다. 투자자가 투자기업에 대해 일정한 정도의 지배력을 가져야 하는 직접투자에 한하고 있다.¹⁸⁶⁾ 그러나 현재는 기업기준으로 정의하는 유형은 거의 없는 것으로 파악되고 있다.¹⁸⁷⁾ 둘째, 거래기준 투자정의는 투자과정 중 자산의 다국적 이동을 강조하는 것이다. 투자자산은 규정하지 않고, 자본거래만을 규정하는 것이 특징이다. 이 방식을 채용하는 국제투자법은 거의 찾아 볼 수 없다.¹⁸⁸⁾ 마지막으로 모든 종류의 자산을 포함한다는 자산기준 투자정의 유형이 있다. 자산은 유·무형 자산, 주주권과 채권투자 그리고 투자자의 투자 자산 혹은 수용국에서 취득한 것이든 상관없다고 규정하고 있다. 자산기준의 투자 정의는 체약국 국내법에 따라 허가한 각종 재산(인·허가), 금융자산 그리고 경제개념상의 자본을 포함하는 창조적 생산 능력을 갖춘 모든 유·무형 자산을 포함하고 있다. 현재 체결된 대부분의 BIT나 모델BIT 그리고 다자간 투자조약 초안(OECD/MAI) 등에서 자산기준 투자정의를 채용하고 있다.¹⁸⁹⁾ 광의의 자산을 기초로 하는 투자정의는 투자보호라는 목적이 크다. 투자국은 자국의 자산의 보호를 받을 수 있고, 수용국 입장에서는 투자환경 개선과 외자도입에 유리하다고 할 것이다. 특히 진입한 외자의 성질

186) 덴마크-폴란드 BIT(1990)의 제 1 (2) 조는 제1항에 가리키는 투자는 반드시 기업의 투자에 관한 것이다. 이러한 투자는 투자자와 기업간 지속적인 경제 관계를 확립하는 것이고, 투자자에게 투자 기업 지배권을 부여한다. 투자재산형식 방법의 모든 변화는 그 작용하는 투자성질에 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다.

187) 기업 기준 투자정의는 한 국가의 실체기업이 지속적으로 수익을 창출하기 위하여, 또 다른 국가내에 설립한 실체기업(직접투자)이다. 지속적인 수익이라는 것은 투자자와 모든 투자기업간 존재하는 일종의 장기적 관계이고, 투자자가 투자기업에 대해 일정한 정도의 영향력을 갖춘다. 기업기준 투자정의는 단지 직접 투자에 한하고, 직접투자는 수용국이 긴급히 필요한 자금과 기술을 끌어들이는데 도움이 된다고 한다.

188) 2006년 「OECD자본유동자유화수칙(OECD code of liberalization of capital movements)」의 부속서 D 제1조는 "직접투자"란 지속적인 경제관계를 확립하는 것이라고 정의하고 있다. 구체적으로 지배 행위와 관련하여 (1) 비(非)거민 투자자의 투자 a. 설립, 확장 등이 완전한 지배권을 갖춘 회사, 자회사, 지점 혹은 현존회사의 매입, 완전 소유권을 갖춘 행위 b. 새로운 설비 혹은 현존 회사에 투자하는 행위 c. 5년과 5년 이상의 대부 (2) 거민의 해외투자: a. 설립, 확장 등 완전한 지배권을 갖춘 회사, 자회사, 지점 혹은 현존회사의 매입, 완전소유권을 갖춘 행위 b. 새로운 설비 혹은 현존 회사에 투자하는 행위 c. 5년 5년 이상의 대부를 포함하고 있다.

189) 김여선, "한중투자협정상투자정의에 관한 고찰", 경희대법학연구소 국제학술세미나, 2009.

이 모과호해짐에 따라 정치적 위험을 회피하는데도 유리하다고 할 것이다.

2. 투자정의와 자산

자산은 사전적 의미로 재산과 같은 의미이며, 유형·무형의 물품·재화나 권리와 같은 가치의 구체적인 실체를 말한다. 자산은 재산 혹은 재산권이라는 의미로 사용되고 있다. 재산권이라는 것은 일반적으로 경제적 가치를 가지는 권리를 모두 포함한다. 주로 물권, 채권 혹은 유가증권과 같은 민사상의 권리 등을 지칭하는 것으로 이해된다. 이에 대하여 현대의 재산 관념은 변화되고 있으며, 물건이나 모종의 객체에 의하여 체현되는 것이 아니고, 단순한 법률관계의 권리, 특권, 혹은 의무면제와 같은 것의 집합체라고 주장하기도 한다. 따라서 현재의 재산권은 매우 광범위하여 나열하거나 제한할 수 없는 형식이라고 할 것이다.

투자정의에서 자산을 명시하는 방법으로는 크게 예시주의(Illustrative List), 열거주의(Exhaustive List) 그리고 혼합주의(Hybrid List) 방식이 있다. 첫째, 예시주의는 BIT에 투자 유형을 예시하고, 구체적으로 체약국 국내법에 투자정의를 위임하는 것으로 대부분의 BIT가 이에 해당하고 있다. 둘째, 열거주의는 특정한 기준을 제시하지 않고 조약에 열거된 내용만 투자로 인정하는 것을 말한다. NAFTA 제1139조와 2004년 캐나다 모델BIT 등이 가장 전형적이다. 캐나다 모델 BIT는 투자 대상을 11개 열거하고 그 중 투자가 되지 않는 것 2종류를 예시하고 있다.¹⁹⁰⁾ 혼합형 투자정의 유형은 BIT에서 투자의 종류를 열거하고, 구체적으로는 투자의 특성을 제시하는 방식으로 열거주의와 혼합하는 유형이다. 현재 2004년 미국 모델 BIT와 한·일 BIT등이 전형적인 예이다.

3. 투자의 정의와 계약권리

1) 계약권리의 포괄적 보호

계약상 권리가 일회적(一回的)상품매매 계약과 같이 즉시 지급을 요하는 계약을 아니고 라이선스(licence), 프랜차이즈 그리고 경영 등 장기 계약상의 권리만을 투자의 범위에 포함하게 된다. ¹⁹¹⁾ 투자정의상 국가계약을 포함하는 투자협정

¹⁹⁰⁾ Canada 2004 Model BIT(Art.1.).

을 보면

첫째, 1998년에 OECD 별어진 단자간 투자협정(MAI)초안 제2(2)조에서 투자의 정의를 규정하고 있다. 투자의 정의에서 투자가에 의해 직접 또는 간접적으로 소유, 지배되는 모든 종류의 자산으로 제(4)항에서 '완성품인도(turnkey), 건설, 경영, 생산, 수익배분계약을 포함하는 계약상의 각종 권리'¹⁹²⁾를 포함하고 있다. MAI초안 제2(2)조의 (4)항에서 계약상의 각종권리를 포함하고 있다. 그중에 포함하는 완성품인도·건설·경영·생산·이윤배분계약 등 계약형태를 보면 이 투자정의에서 국가계약을 포함한다.

둘째, 「에너지 헌장조약」(Energy Charter Treaty, ECT)제1조 제6(f)항의 투자정의에서 투자유치국가 외국투자자에게 부여하는 허가증과 라이선스 등 포함하고 있다. 즉'법 또는 계약, 또는 법률이 규정하는 허가에 의거하여, 에너지부문에서 경제활동을 참가하는 권리'를 포함한다.¹⁹³⁾ 해외투자자 투자유치국에서 투자할 때 필요 하는 허가증과 라이선스(license)도 투자의 보호대상이다. 이렇게 보면 에너지 헌장조약은 투자정의를 통하여 외국투자자 받은 행정허가를 외국투자자의 재산으로 보호하고 있다. 이런 허가증과 라이선스는 국가계약의 부분이다. 그 밖에 일부 BIT에서 이런 라이선스를 포함하는 투자정의도 있다. 이런 투자의 정의를 내릴 때, 투자정의는 상당히 광범위해서 대부분 계약권리를 포함하는 방식으로 라이선스를 포함한다. 예를 들면, 볼리비아-미국 BIT의 투자정의 조항에서 모든 계약권리를 포함한다고 규정하였다.¹⁹⁴⁾

셋째, 미국 BIT 2004년 모델 제1조 (e)항에서 투자의 형식이 '완성품인도(turnkey)계약, 건설계약, 경영계약, 생산계약, 컨세션 계약, 이윤배분계약 및 다른 비슷한 계약을' 포함한다고 규정하였다¹⁹⁵⁾. 1998년에 OECD MAI초안에서

191) UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s, 1998, p.35. 법무부, 『양자간 투자협정 연구』, 2001. p.24.에서 재인용

192) Article 2(2) of the Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI). <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. 원문: Rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts;

193) Article 1(6)(f) of Energy Charter Treaty: "Include any right conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in Energy Sector."

194) Article1(d)(iii)of the 1998 Bolivia-United States BIT." contractual rights, such as under turnkey, construction or management contracts, production or revenue-sharing contracts, concessions, or other similar contracts"

규정하는 형식과 동일하다.

그 밖에 구체적인 BIT에서 국가계약을 포함하는 투자정의도 많이 있다. 예를 들어, 에콰도르-영국BIT에서 투자의 정의는 법이나 계약 부여하는 양허에서 자연자원을 탐사와 개발 이용권을 포괄한다고 규정하고 있다.¹⁹⁶⁾ 캐나다-필리핀 BIT에서 법이나 계약 부여하는 경제사업 경영권을 포함한다고 규정하고 있다. 그리고 위에 정의에 의하여 자연자원에 대한 탐사와 개발 이용권을 모두 투자보호의 범위에 속한다.¹⁹⁷⁾ 이런 투자정의조항에서 모두 국가계약의 양허계약을 포함하고 있다.

2) 계약권리의 부분적 배제

그러나 국제투자협정의 투자정의에서 명확하게 국가계약을 포함하지 않는다는 규정하고 있다.

NAFTA 1139조의 정의에 따르면 '투자'란 기업은 물론 각종 유가증권, 부동산, 유형 및 무형의 재산 등 사실상 수익을 창출할 수 있는 모든 종류의 '자산' 취득을 포괄하고, 더 나아가 각종의 이익을 낳는 자본기탁과 투자대상국 내의 각종 허가 및 특허권을 포함한 모든 경제활동 자원의 취득까지 포함한다.

NAFTA 제1139조에서 투자대상으로 8가지 열거하고 그 중 투자대상을 되지 않는 것을 두 가지를 예시하고 있다. 제1139조 (h)항에 따라 '투자'는 각종 유가증권, 부동산, 유형 및 무형의 재산 등 사실상 수익을 창출할 수 있는 모든 종류의 '자산' 취득을 포괄하고, 더 나아가 각종의 이익을 낳는 자본기탁과 투자대상국 내의 각종 허가 및 특허권을 포함한 모든 경제활동 자원의 취득까지 포함한다.¹⁹⁸⁾ 그러나 제1139조 (i)항과 (j)항은 예거하는 투자대상에서 차관계약, 물품

195) 원문은 "turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts."

196) Article 1 (a)(v) of the BIT between Ecuador and the United Kingdom,1998

197) Article 1 (f)(vi) of the BIT between Canada and the Philippines,1995

198) Article 1139, investment means:(h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise.

판매계약, 그리고 서비스계약을 배제하였다¹⁹⁹⁾. 즉 이 조항은 국가와 외국투자자 간의 물품판매 또는 서비스계약을 배제하고 있었다.

캐나다 BIT 2004년 모델 제1조에서 투자대상에 대한 NAFTA와 같은 방식으로 규정하였다. 이 BIT 모델 제1조 투자정의에서 제(9)항에서 완성품인도(turnkey) 계약, 건설계약 등 포함하였다²⁰⁰⁾. 그러나 예거하는 투자대상에서 물품판매 또는 서비스계약을 배제하고 있다²⁰¹⁾.

4. 계약권리에 대한 판정사례

1) ICSID협약의 투자정의와 판정특징

ICSID 협약 제25조는 관할권을 ‘투자로부터 직접적으로 발생하는 모든 법적 분쟁’에 미친다고 규정하고 있다. 그러나 구체적으로 투자정의에 대하여서는 규정을 두고 있지 않고 있다. 협약의 기초 과정에서 투자정의를 재산권, 계약상의 권리, 경영참가권 등을 열거하는 것을 검토하였다. 하지만 장래 급변하는 투자 개념의 발전을 고려하여 상세한 정의는 각 계약국에 맡기게 되었다.²⁰²⁾ 그러나 ICSID에서는 협약의 전문이나 기초과정에서 논의되었던 사항을 고려하여 투자의 특성을 (1) 투자계획의 기간(duration), (2) 규칙적인 수익과 배당(regularity of

199) Article 1139 investment does not mean:

- (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or
- (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or
- (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);

200) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

- (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or
- (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

201) investment does not mean: claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party,

202) Schreuer, C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp. 121-124.

profit and return),(3)리스크 부담(assumption of risk),(4) 실질적 출자(substantial commitment) 그리고 (5) 수용국 경제발전에 기여(ICSID 협약전문) 등을 들고 있다.²⁰³⁾

중재에서 이러한 투자 특성을 적극적으로 인용하는 판정과 부정하는 판정이 나타나고 있다. 적극적으로 인용한 판정으로는 Fedax²⁰⁴⁾, Salini, Joy Mining²⁰⁵⁾ 그리고 Obchodni Banka²⁰⁶⁾ 사건 등이 있다.²⁰⁷⁾ M.C.I. Power 중재판정부는 협의로 해석을 하였는데, ICSID협약에 투자정의가 없어 BIT의 투자정의가 관할권 판단기준이 된다고 하였다. 그리고 중재판정부는 다른 중재판정에서 인용하는 요건은 투자재산성의 단순한 예시라고 하여 ICSID 투자특성의 법적 효력을 부인하고 있다.²⁰⁸⁾ Patrick Mitchell사건에서 중재판정부도 이것은 구체적인 요건(formal requirement)이 아니고, 국제적으로도 합의되지 않았다고 하였다.²⁰⁹⁾

203) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008, p. 60.

204) Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, para.43; 중재판정부는 ICSID조약 초안자가 투자개념에 대하여 다양한 방안을 제시하였지만 합의에 이르지 못하였다고 하고 있다. 따라서 투자개념을 각 회원국의 국내법에 의하도록 결정한다. 이러한 이유로 투자개념이 광의로 해석되도록 하였다고 한다. 회원국이 투자개념을 ICSID조약 관할권에 부합하는 투자를 할 수 있기 때문이다. 만약 회원국이 투자개념을 협의로 해석한다면, ICSID조약 제25조4항에 의하여 다시 논의되어 처야 한다고 하고 있다. Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on the objection to Jurisdiction, para. 21.

205) ICSID조약 25조에 투자의 구체적인 규정이 없지만, 계약국이 주장하는 자산을 모두 ICSID조약의 투자는 아니라고 하였다. 투자가 되기 위해서는 일정한 기간, 예측이윤과 수입, 위험부담, 고액의 출자 그리고 수용국 경제발전이라는 요건을 충족하여야 한다고 하였다. Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award Jurisdiction, para. 54.

206) 중재위원회는 ICSID조약 제25조에서는 "투자"정의에 대한 규정을 두지 않았는데, 이것은 투자정의를 광의로 해석하는데 기초를 제공하였다고 말하고 있다. Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on the objection to Jurisdiction, paras. 63-65. 투자정의에 대하여 자세한 것은 Ibid., paras. 72-74, 81-83에 언급되어 있다.

207) Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, paras.50-8; Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004, para.53. Salini 사례에서 현금 출자뿐만 아니라 기술 출자(노하우)도 투자재산을 구성한다고 하고 있다.(para. 52). 또 Fedax 사례에서 약속어음을 투자재산으로 인정하고, 어음의 부도의 가능성이 「거래 리스크의 인수」에 해당하는 것이라고 하고 있다(para.40). 어음이나 대부가 투자개념상 항상 존재하는 법적인 리스크에 지나지 않는다고 하고, 투자재산성의 판정에는 오히려 경제적·정치적 리스크의 인수 유무를 기준으로 해야 한다고 하는 견해도 있다. 그리고 미국모델 BIT(2004년)에서도 반영되고 있다.

208) M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, paras.159-160, 165.

209) Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award, 1 November 2006, paras.24 (quoting Award rendered on February 9, 2004, para.56), 31. 취소절차 중재판정에서 「수용국의 경제발전에의 기여」의

ICSID의 투자특성은 관정에 기준으로 적용되고 있기 때문에 객관적 요건으로서 의미를 가진다고 할 것이다. 물론 이의 적용은 사례에 따라 중재판정부에 의존할 수밖에 없다. ICSID 투자 특성은 매우 광범위하고 탄력적이기 때문에 투자계약, BIT 그리고 국내법 등의 주관적 정의보다 매우 중요하다고 할 것이다. 현재 대부분의 BIT에서는 투자를 투자가에 의해 직·간접 소유내지 지배되는 모든 종류의 자산(every kind of asset) 혹은 구체적으로 국내법에 의한다고 포괄적으로 정의하고 있다. 따라서 중재 관할권이 배제되는 투자를 구체적으로 BIT에 특정하는 것은 용이하지 않다. 근래 국제투자 중재에서 중재판정은 투자정의에 대한 분석이 많이 나온다.

1995~2008년 ICSID에 모두 244 개 중재신청을 하였는데, 106건에 대하여 IIAs중판정을 하였다. 그 중에 투자여부에 대한 논의 있는 사건은 모두 34건인데, 중재판정은 투자로 인정하는 사건은 26건 투자로 인정하지 않는 사건은 8개이다. 중재판정은 회사의 주식²¹⁰⁾, 간접투자²¹¹⁾ 그리고 계약상의 권리 등을 투자로 인정하는 추세 있다.²¹²⁾

개념은 지극히 광범위하며, 그 내용은 사례 마다 변화할 수 있으며, 해당 투자의 경제적 효과를 중재판정부에 엄밀하게 측정할 필요는 없다고 하고 있다.(Ibid., para. 33) 객관적 정의가 상당히 유연성을 가지는 것으로 판단되고 있다.

210) 회사의 주식을 투자로 인정하는 사례가 다음과 같다:

CMS Gas Transmission Company v, The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/08 , (Annulment Proceeding)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_En&caseId=C4> (2010. 5.23방문)

Lanco International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6(Decision on Jurisdiction ,8 December,1998)

<<http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf>>(2010. 5.23방문)

211) Ceskoslovenska Obchodni Banka v The Slovak Republic사건에서 ICSID중재판정은 간접투자를 투자로 인정하였다. Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 (Czech Republic/Slovak Republic BIT).Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.<<http://ita.law.uvic.ca/documents/CSOB-Jurisdiction1999.pdf>>(2010.5.23방문)

212) 1995~2008년간 투자정의에 대한 ICSID중재판정 현황

년도	투자로 인정하는 경우	투자로 인정하지 않는 경우	중심판정 사건	수리한 중재사건
1996				3
1997			1	10
1998	1		2	11
1999	1		2	10
2000	2	1	12	12
2001	2		6	14
2002	2	1	7	19

2) 계약권리를 인정하는 판정

ICSID에서 계약권리를 인정하는 대표적인 판정은 Salini Construttori S. P. A and Italstrade S. P. A v. Morocco 사례가 있다.

Salini v. Morocco 사례는 고속도로 건설계약에 관한 분쟁이다. 이 사건에서 ADM사는 1994년 8월에 ADM사 - Morocco 정부 간에 체결하는 고속도로 건설 양허계약에 의거하여 합자 파트너를 선정하는 입찰과정을 진행하였다. Salini Construttori S. P. A사와 Italstrade S. P. A의 이탈리아회사는 ADM사와 고속도로 건설계약을 체결하였다. 1999년 공사대금에 때문에 Salini사와 Italstrade사가 ICSID에게 중재를 제기하였다. 이 사건의 핵심문제는 건설계약이 투자여부이다²¹³⁾. 신청인은 Italia-Morocco BIT 제1조의 투자정의의 규정을 의거하여 건설계약은 BIT상의 투자라고 주장하였다²¹⁴⁾. Morocco 정부는 건설계약의 성격에 대한 유치국 국내법을 의거하여 판단하여야 한다고 주장하였다. 왜냐하면 Italia-Morocco BIT 제1조에서는 유치국의 국내법을 적용한다고 규정하였다. 그러나 Morocco 국내법상 이런 건설계약은 투자계약이 아니고 서비스계약이다. 그래서 건설계약은 BIT상의 투자대상을 아니라고 ICSID 협약상의 투자대상도 아니라고 주장하였다.²¹⁵⁾

중재판정부는 Italia-Morocco BIT 제1조과 ICSID 협약 제25조에 따라 Morocco 정부의 “유치국 국내법에 의해 투자정의를 판단한다”는 주장을 반박하였다.

2003	3	1	11	30
2004	3	1	10	27
2005	1	1	9	26
2006	2		12	23
2007	2	2	14	36
2008	7	1	20	21
합계	26	8	106	244

郭丽梅, “国际投资法上投资定义研究”, 厦门大学硕士学位论文, 2009. p. 14.

213) Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 9, July 2004. pp. 15-17.

214) Ibid. pp.37-40.

215) Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 9, July 2004.p.41.

Italia-Morocco BIT제1조 투자정의에서 제(3)항은 ‘경제가치가 있는 계약권리’와 제(6)항에서 ‘법이나 계약에 의해 받은 권리’를 모두 투자대상이라고 규정하였다. 건설계약은 계약당사자에게 경제가치를 창출하였고 건설계약은 계약당사자에게 “계약에 의해 받은 권리”를 부여하였다고 하였다. 그래서 중재판정은 본 사건의 건설계약이 BIT와 ICSID협약이 보호하는 투자라고 판정하였다²¹⁶⁾.

Salini v. Morocco사건에서 중재판정부는 Italia-Morocco BIT의 투자정의에 대한 규정을 의거하여 계약권리의 투자성을 인정하였다. 중재판정부는 이 사건의 건설계약이 BIT상의 규정하는 투자의 특징을 모두 가진다. 이 사건에 대한 판정은 전통이론의 새로운 발전이다. 그 밖에 Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Republic of Venezuela사건²¹⁷⁾에서 중재판정부가 도 건설계약이 ICSID협정상 투자로 인정하였다.

3) 계약권리를 부정하는 판정

Joy Mining v. Egypt사건은 ICSID중재판정부가 공급계약상의 권리는 투자가 아니라고 한 판정이다. Joy Mining v. Egypt사건은 Joy Mining사가 이집트 공광업국(IMC)과 대형기계물품공급합작 계약을 체결하였다. IMC는 Joy사에게 모든 물품대금을 결제하였으나 품질보증금을 지급하지 않았다. 중재판정부는 단지 상업계약의 부수의무인 보증금은 국제투자가 아니라고 하였다.²¹⁸⁾ 중재판정부가 영국- 이집트BIT상의 투자정의조항과 투자협정해결에 관한 협약상의 투자정의 조항을 고찰하여 이런 채광기구의 공급계약이 국가계약이라고 보지 않는다고 판결하였다. ²¹⁹⁾

중재판정부는 Salini v. Morocco사건과 비교하면, Salini v. Morocco사건에서의 건설계약은 장기프로젝트이며, 이 계약에서 당사자 현금 출자뿐만 아니라 기

216) Ibid. pp.45-47.

217) Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Republic of Venezuela (Jurisdiction) 5 ICSID Rep 183 (ICSID, 1997, Orrego Vicuna P, Heath & Owen).

218) Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Egypt, ICSID No. ARB/03/11 (Award on Jurisdiction), para. 57.cited by 김 여 선 ,오영기, “국제투자법상 투자정의의 고찰: 자산 기준 정의를 중심으로”, 『경회법학』, p. 5.

219) Joy mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt,(6 August 2004) Award, ARB/03/11.

술 출자(노하우)도 있다고 하였다. 그리고 SGS v. Pakistan 사건과 비교하면, SGS v. Pakistan 사건의 계약은 컨세션 계약이라고 하였다. 그러나 Joy Mining v. Egypt사건에서의 대형기계물품공급합작 계약은 장기 중대한 프로그램 계약도 아니고 컨세션 계약도 아니다. 그래서 이런 공급계약은 투자계약이 아니고 단순한 상업계약이라고 판정하였다.

제 3 절 권리유지 조항

1. 권리유지 조항의 의의

투자협정은 투자자에 대한 일반 대우기준을 규정할 수 있다. 그러나 여타 국제법규, 국내법규 또는 투자자와 유치국간의 국가계약에서 투자자에게 (투자협정보다) 더 유리한 대우를 규정할 경우도 있다. 이러한 경우 투자자를 보호하기 위하여 투자자에게 보다 유리한 규범의 효력이 우선한다는 조항이 바로 ‘권리유지 조항’(Preservation of Rights Clauses)이다.²²⁰⁾

권리유지 조항은 ‘더 유리한 대우조항’(More Favourable Treatment Clauses), ‘적용유보 금지 조항’(Non-derogation Clause)이라고도 부른다.²²¹⁾ 예를 들어, 2005년의 미국-우루과이 BIT에서의 권리유지 조항은 ‘적용유보 금지 조항’이름으로 규정하였다.²²²⁾ 투자협정에서 이러한 권리유지 조항이 많이 채택되고 있다. 권리유지 조항은 1959년의 「*Abs-Shawcross Draft Convention*」²²³⁾과 1967년의 「

220) 장승화, 『양자간 투자협정 연구』 법무부, 2001. p.154.

221) Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p.317.

222) Art 16 of US-Uruguay BIT provides: Non-Derogation. This Treaty shall not derogate from any of the following that matter an investor of a party or a covered investment to treatment more favourable than that accorded by this Treaty: (a) Laws or regulations, administrative practices or procedures or administrative or adjudicatory decisions of a Party (b) International legal obligation of a Party (c) Obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement.

223) Art. 6. of the *Abs-Shawcross Draft Convention* provides: ‘The provisions of this Convention shall not prejudice the application of any present or future treaty or municipal law under which more favourable treatment is accorded to nationals of any of the parties.’

OECD협정」(*OECD Convention*)²²⁴⁾가 기원이 되고 있다.

한국 투자협정 체결하는 BIT에서 이러한 권리유지 조항은 많이 볼 수 있다. 예를 들어, 「대한민국과 인도네시아투자협정」 제11조에서 ‘어떤 사안이 이 협정과 당사국인 다른 협정에 의하여 규율 되는 경우에는 언제나 보다 유리한 규정이 투자자에게 적용한다’고 규정하였다. 이러한 투자자에게 보다 유리한 내용을 우선 적용하다는 내용이 바로 ‘권리유지 조항’이다. 그 밖에 「대한민국정부와 중화인민공화국정부 간의 투자의 증진과 상호보호에 관한 협정」²²⁵⁾, 「대한민국정부와 이집트아랍공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」²²⁶⁾등 투자협정에서 모두 권리유지 조항을 두고 있다. 중국이 체결한 120개 BIT에서 권리의 유지 조항이 포함된 된 BIT가 6개 있다.²²⁷⁾

그리고 영국의 투자협정 모델²²⁸⁾과 미국 2004년 모델 BIT에서²²⁹⁾ 권리유지 조항을 포함하고 있다. 그 외 OECD협정²³⁰⁾, NAFTA²³¹⁾에서 모두 권리유지 조항을 규정하고 있다.

224) Art 8. of the *OECD Convention* provides: 'Where a matter is covered both by the provisions of this convention and any other international agreement nothing in this convention shall prevent a national of one party who holds property in the territory of other party from benefiting by the provisions that are most favourable to him.'

225) 「대한민국과 중국정부 간의 투자의 증진과 상호보호에 관한 협정」 제12조 제2항은 ‘일방국가가 자국의 법령 또는 그 밖의 다른 특별규정 또는 계약에 따라 타방국가의 투자자에게 부여하는 대우가 이 협정에 의하여 부여되는 대우보다 더 유리한 경우에는 더 유리한 대우가 부여된다’고 규정하였다.

226) 「대한민국정부와 이집트아랍공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제10조 2항에서 ‘일방 계약당사자가 자국 법령에 따라 또는 다른 특정 규정이나 계약에 따라 타방 계약당사자 투자자에게 부여하는 대우가 이 협정에 의하여 부여되는 대우보다 유리한 경우에는 그러한 유리한 대우가 부여된다’고 규정하였다.

227) 중국 체결하는 BIT에서 권리유지 조항에 대한 규정이 다음에 있다: 중국-프랑스BIT 제9조, 중국-체코 BIT 제10조 제2항, 중국-캄보디아 BIT 제10조, 중국-카타르BIT 제10조, 중국- 짐바브웨BIT 제10조, 한-중 정부간의 투자의 증진과 상호보호에 관한 협정 제12조 제2항, 한-중 투자보호협정 10조.

228) 영국의 투자협정 모델 제11조: 이 협정 외에, 각 당사국의 법률규정 또는 현존하거나 장래 성립할 당사국간의 국제법상 의무하의, 일반 혹은 특별 규정을 불문하고, 이 협정과 비교하여 타방 당사국의 투자자에게 보다 유리한 대우를 규정하고 있는 경우에는, 당해 규정이 이 협정보다 투자자에게 유리한 한도에서 이 협정에 우선한다.

229) 미국 2004년 모델 BIT 제11조: 이 조약은, 보호되는 투자에 대하여 이 조약보다 유리한 대우를 부여하는 아래 각호의 규율을 배척하지 아니한다.(a)일방 당사국의 법률과 규정, 행정 관행이나 절차, 또는 행정적 혹은 사법적 결정(b)국제법적 의무(c)투자허가 혹은 투자계약의 의무를 포함한 일방 당사국의 부담하는 의무.

230) Art 8. of the *OECD Convention* .

231) Article 103 of NAFTA,

2. 권리유지 조항의 규정 형태

BIT에서 권리유지 조항의 내용은 일치하지는 않는다. 일부 투자협정은 국제법상 규범과 국내법상 규범이 투자자에게 보다 유리한 내용만 포함하고 있는 경우 당해 규범들이 투자협정보다 우선적으로 적용된다고 규정하고 있다.²³²⁾ 그러나 일부 투자협정은 국제법상의 규범과 국내법상의 규범뿐만 아니라 투자자와 유치국간의 협의(국가계약)도 규율하고 있다. 따라서 권리유지 조항은 국가계약을 규율하는 권리유지 조항과 국가계약을 규율하지 않는 권리유지 조항 두 가지 형태로 나눌 수 있다.

1) 국가계약을 규율하는 권리유지 조항

투자협정에서 국제법상의 규범, 국내법상의 규범, 국가계약 세 가지 규범을 모두 규정하고 있는 경우가 많다. 예를 들어, 미국 2004년 모델 BIT 제11조에서 “이 조약은, 보호되는 투자에 대하여 이 조약보다 유리한 대우를 부여하는 아래 각호의 규율을 배척하지 아니한다.(a)일방 당사국의 법률과 규정, 행정 관행이나 절차, 또는 행정적 혹은 사법적 결정(b)국제법적 의무(c)투자허가 혹은 투자계약의 의무를 포함한 일방 당사국의 부담하는 의무”라고 규정하였다.

미국 2004년 모델 BIT외에 미국에 의해 체결된 일부 BIT에서 이런 국가계약을 도 규정하였다. 미국-엘살바도르 BIT 그 예이다²³³⁾. 1984년 미국-자이르 BIT에서도 이런 투자인가와 투자협정을 규율하는 권리조항이 있었다.²³⁴⁾

한국에 의해 체결된 일부 BIT도 그러하다. 「대한민국과 베트남간 투자협정」 제10조 제2항에서 “일방 계약당사국이 타방 계약당사국의 투자자에게 그 법률과

232) 장승화, 전게서, p.156.

233) 미국-엘살바도르 BIT 제11조에서 투자협정에서 보다 유리한 대우를 부여되는 투자계약과 투자인가상의 의무를 위반하면 안 된다고 규정하고 있다. 그리고 이 BIT 제7조에서 상술한 것과 같은 내용의 조항이 규정하고 있다.

234) Article IX of US-Zaire BIT provides: 'This treaty shall not supersede prejudice, or otherwise derogate from:(a)laws and regulations, administrative practices or procedures, or adjudicatory decisions of either party;(b) international legal obligations or(c)obligations assumed by either party including those contained in an investment agreement or an investment authorization.

규정에 의하여 또는 다른 특정 규정이나 계약에 의하여 이 협정에 의하여 부여되는 것 보다 유리한 경우에는, 보다 유리한 대우가 부여된다”고 규정하였다. 이 투자협정도 계약상의 대우를 규정하였다. 그 밖에 「대한미국정부와 중화인민공화국정부 간의 투자의 증진과 상호보호에 관한 협정」, 「대한민국정부와 이집트 아랍공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」에서의 권리유지 조항도 모두 이 입장을 취하고 있다. 그 밖에 스위스에 의해 체결된 일부 BIT들이 국가계약을 규율하고 있는 것이다.²³⁵⁾

이러한 권리유지 조항에 따라 투자자와 유치국간의 국가계약상 투자자에게 투자협정보다 더 유리한 대우를 규정할 때, 이 국가계약상의 유리한 대우가 투자협정상 대우보다 우선적 적용할 수 있다. 즉 투자협정상 권리유지 조항을 통하여 국가계약상의 유리한 대우를 보호할 수 있다.

2) 국가계약을 보호하지 않는 권리유지 조항

그러나 투자협정상 국제상의 규범과 국내법상의 규범만 규율하고 국가계약을 규율하지 않는 경우도 많이 있다.

예를 들어, 「영국 투자협정 모델」 제 11조에서 “이 협정 외에, 각 당사국의 법률규정 또는 현존하거나 장래 설립한 당사국간의 국제법상 의무하에, 일반 혹은 특별 규정을 불문하고, 이 협정과 비교하여 타방 당사국의 투자자에게 보다 유리한 대우를 규율하고 있는 경우에는, 당해규정이 이 협정보다 투자자에게 유리한 한도에서 이 협정에 우선한다”고 규정하였다. 그리고 「영국-에콰도르 BIT」에서도 국내법령과 국제법상 투자자에게 부여하는 유리한 대우가 우선 적용한다고 규정하였다.²³⁶⁾

「독일-폴란드BIT」에 있는 권리유지 조항은 전통적인 표현으로 ‘일방당사국의 법령 또는 국제약속(International Undertaking)에서 이 협정상 부여하는 대우보다 더 유리한 규정이 있으면, 더 유리한 범위 내에서 상술한 규정은 이 협정으로 대신한다.’라고 규정하였다.²³⁷⁾ 따라서 이 BIT도 투자계약상의 특수하게 유

235) 「스위스-캐나다 BIT」 제10조.

236) 「영국-에콰도르 BIT」 제11조.

리한 대우를 보호하지 않는다고 보여진다.

3. 권리유지 조항과 BIT

첫째, 권리유지 조항의 목적은 투자자에게 부자협정보다 더 유리한 대우를 보호하는 것이다. 그러나 권리유지 조항은 투자유치국에게 투자협정이외에 의무를 추가하지는 않는다.

SGS v. Philippines사건에서 중재판정은 1997년 체결된 필리핀-스위스 BIT에서 있는 권리유지 조항에 관한 규정을 고찰하였다. 그중에 필리핀-스위스 BIT 제10(2)조에서 규정하는 포괄적 보호조항의 범위와 효과가 중재판정 논의의 핵심이다. 그리고 중재판정은 BIT 제10(1)조에서 규정하는 권리유지 조항도 언급하였다. 제10(1)조(권리유지 조항)는 기득권을 침해하지 않는(without prejudice) 조항이라고 하였다. 이 조항이 투자자에게 보다 유리한 국내 또는 국제 규범에 우선 적용을 규정한다고 하였다. 그리고 BIT상의 대우와 국내 또는 국제 규범상의 대우 간의 관계를 해결하는데, 투자유치국에게 BIT 이외의 의무를 하나도 부여하지 않는다”고 하였다.²³⁸⁾

둘째, 권리유지 조항은 BIT상의 IIAs혜국대우원칙, 내국민대우원칙과 독립한다. 이러한 의무가 타국의 BIT에 포함된 IIAs혜국대우의 의무와 결합할 경우, 결과적으로 당해 투자유치국 내의 모든 투자자에 대하여 그 국적과 관련 없이 유리한 규범이 일반적으로 적용됨을 의미하는 것이다.²³⁹⁾

셋째, Siemens A.G v. Argentina사건에서 신청인은 아르헨티나-독일 BIT 제 7(1)조²⁴⁰⁾에서 규정하는 권리유지 조항에 의거하여 유치국의 국내규범이 투자자

237) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, USA, 2008, p.172.

238) SGS v. Philippines, supra note p.114. citing by Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd v. Myanmar,(Award 31. Mar.2003),p.79-82.

239) 장승화, 전제서, p. 155.

240) Art 7(1) of Argentina-Germany BIT provides: If the laws and regulations of either contracting party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the contracting parties in addition to this Treaty contain a regulation, wether general or specific, entitling favorable than is provided for by the Treaty. Such regulation shall to the extent that it is more

에게 투자협정보다 더 유리한 대우 부여하는 경우만 이 국내규범의 규정을 우선 적용하고, 그에 반하여 BIT보다 투자자에게 불리한 대우를 우선 적용할 수 없다고 주장하였다.²⁴¹⁾

4. 유사조항과 구별

1) 포괄적 보호조항과의 구별

일부 투자협정은 부분 투자협정은 권리유지 조항²⁴²⁾과 포괄적 보호조항을 모두 규정하는 것이 있다.²⁴³⁾ 그러나 권리의 현재까지 중국 등 120여개BIT에서 포괄적 보호 조항을 포함하는 BIT가 50개 있지만 권리유지 조항을 포함하는 BIT가 6개 밖에 안 된다.

일부 학자들은 권리유지 조항이 포괄적 보호조항과 비슷한 효능을 갖는다고 한다. 왜냐하면 투자자가 두 조항에 따라 모두 투자협정보다 유리한 청구를 주장할 수 있다.²⁴⁴⁾ 그러나 두 조항은 차이점이 분명히 존재한다.

첫째, 준수하는 의무의 범위에서 차이가 있다. 포괄적 보호 조항에 따라 유치국이 투자자에게 승낙하는 모든 의무를 (observe any obligation it has assumed) 준수하여야 한다. 물론, 이 모든 의무 속에 국가계약의 승낙도 포함한다. 이에 반하여 권리유지 조항은 투자협정보다 투자자에게 보다 더 유리한 대우를 준수하는 의무만 보호한다. 즉 이런 투자협정보다 더 유리한 대우를 준수하는 의무(such an obligation)이다.

둘째, 국가계약상의 권리 보호여부에서 차이가 있다. 일반적으로 포괄적 보호 조항은 반드시 투자계약상의 권리를 보호한다. 그러나 권리유지 조항은 국가와

favorable prevail over this Treaty.

241) Siemens A.G v. Argentina(Award 6, Feb.2007) cited by Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* .Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p.317.

242) 「아르헨티나-프랑스 BIT」 제10조.

243) 「필리핀-스위스 BIT」 제10조.

244) Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *supra* note. p.477.

투자자간의 투자계약상 대우를 보호 하는 경우도 있지만 반드시 투자계약상의 대우를 보호하는 것은 아니다. 왜냐하면, 일부 투자협정의 권리유지 조항은 국가 계약상의 유리한 대우를 포함하지 않는다. 예를 들면, 「한·중 BIT」, 「독일·폴란드 BIT」 그리고 「에콰도르·영국 BIT」 등에서는 투자협정상 권리유지 조항이 모두 투자계약상의 유리한 대우를 포함하지 않는다.

셋째, BIT와 관계에서 권리유지 조항에 따라, 다른 국제법상의 규범, 국내법상의 규범 또는 투자계약에 의하여 투자협정 보다 유리한 규정이 투자자에게 우선 적용하는데, 투자자가 투자협정상의 기득권을 침해하지 않고 투자협정의 범위도 변하지 않는다. 그러나 투자협정에 포괄적 보호조항 있으면, 국가계약을 위반할 때 국가계약분쟁도 투자협정의 보호대상이 된다.

2) 안정화 조항과 구별

안정화 조항에 따라 투자유치국의 국내법규가 변경되면, 신 법규가 투자자에게 불리한 경우 신 법규가 투자자에게 적용되지 않는다. 그러나 만약에 이 신 법규상의 대우가 투자자에게 더 유리하면, 투자협정상의 권리유지 조항에 따라, 이 신 법규상의 유리한 규정은 투자자에게 적용될 수 있다.

제 4 절 포괄적 보호조항의 활용

1. 포괄적 보호조항의 의의

1) 포괄적 보호조항의 의의

포괄적 보호조항(Umbrella Clauses)은 조약 당사국인 투자유치국이 투자와 관련하여 다른 당사국 국민인 투자자에 대해서 부담하는 모든 의무를 준수하기로 하는 규정이다.²⁴⁵⁾ 포괄적 보호조항은 제2차 세계대전 후에 국제투자협정에서 도

245) 강병근, 전제논문, p.130.

입 되었다. 이 조항의 국제투자협정 초의 목적은 국가계약의 국제화를 위한 것이다.²⁴⁶⁾

그러나 근래 나오는 국제중재판정을 보면, 투자자가 항상 포괄적 보호조항에 의해 국가계약상의 계약의무를 국제법상의 의무가 된다고 주장한다. 일부 학자들은 포괄적 보호조항이 투자자의 계약상의 권리를 보호할 수 있어서 중대한 의미를 갖는다고 주장한다. 예를 들어, Christoph Schreuer는 “투자협정에서 포괄적 보호조항을 도입하는 목적은 투자자에게 전통 국제법의 보호를 제공하는 것이다. 이 조항이 우산조항이라고 한 이유는 Christoph Schreuer는 계약상의 의무를 BIT가 부호하는 것이다. 이 조항은 국가계약상의 의무 또는 유치의 기타의무의 준수를 투자협정에서 규정하였다. 이런 방식을 통해 계약위반은 조약위반이 되었다”고 생각하였다.²⁴⁷⁾ 그러나 일부학자들은 포괄적 보호조항이 외국투자자가 투자유치국간의 어떤 계약(any contract)에게 적용하면 ICSID중재판정부가 무수의 계약분쟁을 처리하여야 하는 위험이 있다고 본다.

2) 포괄적 보호조항의 규정

근래의 BIT는 계약상의 의무와 협정상 의무를 정의적으로 구분하는 접근법을 주장하는 것으로 보인다. 많은 사람들은 투자협정에서 소위 ‘포괄적 보호조항’을 규정하고 있는 경우에 계약상의 분쟁이 투자분쟁의 대상이 될 수 있다고 주장한다.

최근의 통계에 따르면 2500개 BIT에서 대략 40%여 포괄적 보호조항을 포함하고 있다.²⁴⁸⁾ BIT중에서 포괄적 보호 조항이 1959년 독일-파키스탄 간 양자투자협정에서 처음 나타났는데, 제7조에서는 “각 계약국은 상대방의 국민 또는 회사의 투자와 관련하여 체결한 모든 다른 의무를 준수하여야 한다”고 명시하였으

246) August Reinisch, “Umbrella Clauses”.

http://intl.law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, para.39. (2010.2.5 방문)

247) Christoph Schreuer, “Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road”, J. World Inv (2004), p.250.

248) Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD.

며²⁴⁹⁾, 다자간 측면에서는 「외국인 재산 보호에 관한 OECD 조약 초안 (OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property 1967)」에 처음으로 규정되었고 후에 ECT 제10(1)조에서 “각 계약국은 상대방 계약국 투자자 또는 투자와 체결한 여하한 의무를 준수하여야 한다”고 규정하였다.²⁵⁰⁾ MAI 협상에서도 존중조항(respect clause)이라는 명칭으로 논의하였다.²⁵¹⁾

그러나 BIT에서 공평·공정의무는 대우표준보다 포괄적 보호조항에 대한 규정이 많지 않는다. 예를 들어, 캐나다 BIT과 NAFTA에서는 포괄적 보호조항에 대한 규정이 없다. 한국은 중국과 2007년 9월 개정된 투자협정을 체결하였다. 개정된 투자협정에서 나타나고 있는 또 하나의 주요한 특징은 포괄적인 보호조항을 일반적으로 받아들이고 있다는 것이다.²⁵²⁾ 한·중BIT 제10조 제2항에서 ‘그 밖의 의무’라는 표제로 “계약당사자는 다른 쪽 계약당사자의 투자자가 행한 투자와 관련하여 발효한 그 밖의 의무를 준수한다”고 규정하고 있다. 이 경우에 비록 국가계약에 배타적 법정 선택조항을 규정한다고 하여도 BIT 포괄적 보호조항에 따라 국제중재절차를 원용할 가능성이 있다고 할 것이다. 한-일BIT에서는 포괄적 보호 조항의 규정은 두고 있지 않다. 한·미 FTA에서는 투자계약의 국제중재 관할권을 명시적으로 해결하고 있어 포괄적 보호 조항을 규정할 필요는 없다고 할 것이다.²⁵³⁾

2. 포괄적인 보호조항의 해석²⁵⁴⁾

249) 독일-파키스탄 간 BIT 제7조“Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investment by nationals or companies of the other party”.

250) 김여선, supra note 4, p.165.

251) OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, Number 2006/3, p.6. 사계논문, p.165.(채인용).

252) 김관호, “중국의 투자협정정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 『동북아 경제연구』 제20권 제1호, p.227.

253) 김여선, supra note 4, p.179.

254) <포괄적 보호조항을 해석한 판례>

구분	연 도	판 례
협 의 적 해 석 한 판 례	2003	SGS v. Pakistan 사건
	2004	Joy Mining Machinery Ltd v. Egypt 사건
	2004	Salini v. Jordan 사건
	2005	CMS v. Argentina 사건
	2006	El Paso Energy v. Argentina 사건

1) 포괄적인 보호조항의 해석

근래 ICSID중재에서 포괄적 보호조항에 대한 판정이 많이 나온다. 지금까지 포괄적 보호조항에 대한 해석이 광의의 해석한 것과 협의의 해석 이 두 가지가 있다.

포괄적 보호조항에 대한 광의해석은 당사자가 이 조항은 투자자와 국가간의 계약의무를 조약상의 의무를 전환시킬 수 있다고 주장한다. 그런데 협의해석은 계약청구가 조약청구가 전환시킬 수 없다고 주장한다.

그러나 중재정부는 포괄적 보호조항에 대한 해석도 서로 다르다. 포괄적 보호조항에 대한 해석이 SGS v. Pakistan사건과 SGS v. Philippines사건에서 볼 수 있다.

SGS v. Pakistan사건에서 투자자는 스위스와 파키스탄 간 BIT 제6조와 제11조를 근거로 PSI 계약의 취소가 국제의무의 위반이며 따라서 계약위반 한다고 주장하지만, 중재정부는 BIT 제9조의 "투자에 관한 부정"을 근거로 한 계약 위반 청구에 대하여 계약위반은 결코 BIT 의무위반을 구성하지 않는다고 관할권을 부정하였다.²⁵⁵⁾ 그래서 계약상의 의무를 위반하지는 않는다고 판정하였다. 여기 중재정부는 포괄적 보호조항에 대한 해석이 협의해석이다.

6개월 후에 SGS회사와 필리핀 간 다른 CISS계약분쟁을 일으킨다. SGS는 스위스와 필리핀 간 BIT 제10조 제2항의 소위 포괄적 보호 조항을 근거로 필리핀 정부의 물건 값을 지불 않는 행위가 계약위반 한다고 주장한다. SGS v. Philippines사건에서 중재정부는 SGS v. Pakistan사건의 포괄적 보호조항에 대한

광의적 해석 한 판례	2006	Pan American v. Argentina사건
	1996	Fedax v. Venezuela사건
	2003	L.E.S.I DIPENTA v. Algeria사건
	2004	SGS v. Philippine사건
	2005	Noble Ventures Inc. v. Romania사건
	2005	Sempra v. Argentina사건
	2005	Eureko v. Poland사건
	2006	LE&G v. Argentina사건
	2007	Enron v. Argentina사건

255) 김여선, supra note 4, p.179.

협의를 해석을 찬성하지 않는다. 중재법정은 포괄적 보호조항을 광의로 해석하였다. 그러나 중재정부는 포괄적 보호조항이 투자자와 국가간의 계약의무를 국제투자협정상의 조약 문제를 전환할 수 있는 주장에는 동의하지 않는다. 동시에 이 계약에서 중재정부는 포괄적 보호조항이 외국투자자에게 유치국의 계약이행을 보증한다고 주장한다. 그래서 계약분쟁이 있을 때, 계약을 선택하는 구제방식이 먼저 채용하여야 한다. 또한, 선택하는 포괄적인 보호조항에 근거하여 계약분쟁이 조약분쟁해결 수단으로 채용할 수 있다.

2) 협의적 해석

(1) 협의설

Mayer교수는 포괄적 보호조항에 대하여 협의로 해석하고 있다. 포괄적 보호조항은 투자자와 투자유치국간 계약의 법적성격으로 전환시킬 수 없고 국제중재의 적용대상은 조약분쟁이라고 한다. 즉 국가계약 분쟁은 계약법을 적용하고 국가간에 발생하는 분쟁만 국제법을 적용할 수 있다는 것이다.²⁵⁶⁾

Thomas W. Walde는 투자유치국의 주권행위로서 계약을 위반하면 계약위반행위가 국제법상의 의무위반행위로 전환시킬 수 있지만 단순한 계약상의 의무불이행은 국제법상의 의무위반행위로 전환시키지 못 한다고 한다. “만약에 분쟁의 핵심 또는 중점이 유치국정부의 주권행사가 아니고 분쟁이 ‘일반적’ 계약분쟁이면, BIT과 포괄적 보호조항 모두가 효과를 발생하지 않는다”고 하였다.²⁵⁷⁾ 그런데 J. Gill M. Gearing 과 G Birt 등 학자들은 실무과정에서 단순한 “국가계약” 위반 상업행위와 “국가계약”위반의 주권행위의 구별이 어렵다고 주장한다.

ICSID중재에서 포괄적 보호조항을 협의로 해석하는 판정은 SGS v. Pakistan 사건(2003)시작으로 Joy Mining Machinery Ltd v. Egypt사건²⁵⁸⁾(2004), CMS

256) P. Mayer, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État” JDI, 1986 .pp.36-37; Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>. (200912.26방문)

257) Thomas W. Walde, The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intention and Recent Cases, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, No. 2, April 2005, p. 203.

v. Argentina사건(2005), Salini v. Jordan사건(2004)²⁵⁹⁾, El Paso Energy v. Argentina사건(2006),²⁶⁰⁾ pan American v. Argentina사건(2006)²⁶¹⁾ 등. ICSID중재판정은 포괄적 보호조항에 대하여 구체적 해석은 다르지만 모두 포괄적 보호조항이 국가계약청구를 BIT청구를 전환할 수 없고 조약이 국가계약을 보호할 수 없다고 하는 것이다. SGS v. Pakistan사건에서 중재판정부가 주장하는 협의의 해석처럼, 포괄적 보호조항은 국제중재의 대상이 될 수 있지만 이 조항을 적용하는 것은 여러 가지 조건이 필요하였다.

(2) 협의 해석에 대한 판정

가. EL Paso v. Argentina사건²⁶²⁾

1950년대 중기 미국투자자 EL Paso사는 5개 아르헨티나 회사의 주식을 취득하였다. 당시 아르헨티나정부가 투자유치를 위하여 외국투자자에게 보증을 제공하는 「에너지관리 프레임」 (Energy Regulatory Framework)을 공포하였다. 그러나 1990년대 말에 아르헨티나 국내경제 위기가 발생하였다. 2001년 아르헨티나 정부가 경제위기의 대응 조치를 사용하였는데 이런 조치 때문에 EL Paso사가 큰 손실을 입었다. 그래서 EL Paso사가 ICSID중재판정부에 아르헨티나 정부가 1991년 미국-아르헨티나 BIT제 2조 제2(c)항의 포괄적 보호조항을 위반하였다고 중재 신청을 하였다.

ICSID중재판정부는 EL Paso v. Argentina사건에서 나오는 포괄적 보호조항의

258) Joy Mining Machinery v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004.

259) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004.

260) El Paso Energy International Company v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

261) Pan American Energy LLC and BP Argentine Exploration Company v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/13, 27 July 2006.

262) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).
[http://ICSID.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_E n&caseId=C4\(2010.3.7방문\)](http://ICSID.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_E n&caseId=C4(2010.3.7방문))

적용범위 문제를 검토하고 이 조항을 SGS v. Pakistan 사건과 유사한 형태로 좁게 해석하였다고 하였다. 중재판정은 이 조항에 대하여 해석할 때 투자자와 유치국의 권리를 평등하게 보호하여야 한다. 즉 포괄적 보호조항을 해석할 때 투자자의 권리도 보호하여야 하고 유치국의 국가주권과 경제 관리의 권리도 보호하여야 하는 것이다. 중재판정부는 국가의 주권자 신분과 상인 신분을 구별하고 포괄적 보호조항을 해석할 때 미국-아르헨티나 BIT 제 7조 제 1항의 규정²⁶³⁾을 참고할 수 있다고 하였다. 미국-아르헨티나 BIT 제 7조 제 1항에 따라 투자유치국이 주권자로서 모두 조약을 적용할 수 있다.

그리고 중재판정은 예전의 판정을 분석하여 “포괄적 보호조항은 계약청구(contract claims)를 BIT 청구로 전환할 수 없다고 인정하였다. 그렇지 않으면 유치국 외국투자자에게 하는 모든 승낙이 계약청구가 될 가능성이 있다. 이 포괄적 보호조항에 대해 협의의 해석이 필요가 있다.

그래서 중재법정은 해당 계약분쟁이 조약상의 보호를 받는 투자분쟁으로 인정받기 위한 연결고리가 불충분하기 때문에 BIT상의 포괄적 보호조항의 보호를 받을 수 없다는 논리를 세웠다.²⁶⁴⁾

나. CMS Gas Transmission Company v. Argentina 사건²⁶⁵⁾

IIAs근 나오던 국가계약의 포괄적인 보호조항에 관한 판정 CMS Gas Transmission Company v. Argentina 사건(이하 ‘CMS v. Argentina 사건’)이다. 2001년 미국회사 CMS사는 아르헨티나 정부가 경제위기 기간에 시행한 조치에 대하여 ICSID 중재판정에 중재신청을 하였다. CMS사는 아르헨티나 정부가 시행하는 조치가 당사자간 체결한 국가계약을 위반한다고 주장하였다. CMS사가 제기하는 주장에서 간접수용문제, 공정·공평 대우문제 그리고 차별 대우문제, 포괄

263) US-Argentina BIT Article 7(2): “An investment dispute is a dispute between a party and a national or company of the other party arising out of or relating to: (a) an investment agreement between that party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that parties foreign investment authority (if any right conferred and created by this respect to an investment).

264) 조희문, “국제투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구”, 『중재연구』, 제19권 제2호, 2009. p. 114.

265) CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Decision on Objections Jur ICSIDiction, ICSID Case No. ARB/01/8; IIC 64 (2003).

적 보호조항문제 등을 포함하였다. 그중에 CMS사는 아르헨티나 정부가 미국·아르헨티나 BIT 제2조 제2(c)항의 포괄적 보호조항을 위반했다고 주장하였다. 2005년 5월 12일, ICSID중재판정은 CMS사건에 대한 "아르헨티나 정부가 CMS사에게 13320만 달러를 배상해야 한다"라고 IIAs중판정을 내렸다. 그러나 아르헨티나 정부 ICSID중재판정의 철회를 신청하였다. 2006년 4월 18일 ICSID임시중재판정부가 이 철회 신청을 다시 심리하여 2007년 중재판결을 철회한다고 정정하였다.

CMS v. Argentina사건에서도 중재판정부가 포괄적 보호조항의 해석방식에 대하여 판정하였다. ICSID중재판정은 조약은 조약상의 권리만 보호한다고 주장하고 당사자가 조약의무를 위반할 때만 또는 국가적 의무의 위반행위가 조약상의 의무의 위반행위를 구성할 때만 포괄적 보호조항을 적용한다고 하였다. 그리고 중재판정은 계약상의 상업이익에만 손해를 받는 경우에 조약상의 보호조치를 적용할 수 없다고 정정하였다. 그러나 만약에 투자유치국 정부가 권력행위로 국가계약에 부당하게 간섭하는 경우에는 포괄적인 보호조항을 적용할 수 있다. CMS v. Argentina사건에서 아르헨티나 정부가 국가계약과 관련하여 시행하는 조치는 모두 주권행위며 투자자의 권리를 침해하였다. 중재판정은 포괄적 보호조항을 적용한다고 결정하였다. 그러나 그 후에 중재판정부는 포괄적 보호조항의 적용을 취소하였고, 중재판정은 관할권이 국내관할에서 국제관할로 이전되었다 하더라도 계약분쟁이 적용된 준거법은 그대로 유지된다고 하였다.

그러나 포괄적 보호조항을 위반하여 국제책임이 있다고 하였다. 이렇게 보면 ICSID중재판정은 이 사건에서 포괄적 보호조항에 대하여 협의적으로 해석을 하였다.

3) 광의적 해석

(1) 학설

포괄적 보호조항의 광의로 해석하는 학자들은 이 조항이 규정하는 '권리' 또는 '의무'가 국가계약분쟁을 모두 포함하고, 국가계약의무를 조약의무로 전환시킬 수

있다고 주장하고, 국가계약분쟁은 BIT상의 분쟁해결조항을 적용하여 국제중재를 제기 할 수 있다고 한다.

Prosper Weil교수는 투자조약이 특히 이 조항에서 유치국가 계약을 준수하는 요구가 있을 때 국가와 외국투자자간의 단순한 계약의무를 국제법 의무에 전환시킬 수 있는 것을 보고 있다.²⁶⁶⁾ Christoph Schreuer는 ‘투자협정에서 포괄적 보호조항을 도입하여 투자자에게 전통 국제보호와 그 밖에 보호를 제공할 수 있다고 한다. 포괄적 보호조항이라는 계약상 의무가 BIT 보호의 대상이 되다는 것이다. 이 조항에 의거하여 계약위반이 조약위반을 될 수 있다고 주장한다.²⁶⁷⁾ Jarrod Wong교수는 근래 나오는 포괄적 보호조항에 관한 판정을 분석하여 이 조항에 대하여 광의로 의한 해석하여야 한다고 주장한다. 그는 SGS v. Parkistan판정의 중재재정을 비판하고 이 조항은 투자자와 유치국간에 체결하는 국가계약의 모든 계약위반 행위에 적용할 수 있다고 주장한다. 그리고 그는 SGS v. Philippine사건에 대한 중재판정부가 광의의 해석을 하지만 국가계약에서 배타적 법정선택조항 때문에 ICSID 중재판결이 사실상 투자자의 권리를 빼앗았다고 보았다. Jarrod Wong교수가 보기에는 국가계약에서 배타적 법정선택조항이 존재하는 경우에도 포괄적 보호조항이 적용하여야 한다는 것이다.²⁶⁸⁾

포괄적 보호조항을 광의로 해석한 판정들로는 Fedax v. Venezuela사건(1996)²⁶⁹⁾, SGS v. Philippine사건(2004), Noble Ventures Inc. v. Romania사건(2005), L.E.S.I DIPENTA v. Algeria사건(2003)²⁷⁰⁾, Sempra v. Argentina사건(2005)²⁷¹⁾, Eureko v. Poland사건(2005)²⁷²⁾, Siemens v. Argentina사건(2005)²⁷³⁾, LE&G v.

266) Prosper Weil, “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, in 128 Recueil des Cours 95, 130 (1969)”. Jarrod Wong, “Umbrella clauses in BITs: Of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes”. <http://www.law.gmu.edu/assets/subsites/gmulawreview/files/14-1/documents/WONG-FinalFormatted.pdf>

267) Christoph Schreuer, “Traveling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, The Journal of World Investment and Trade, Vol 5 (2004) , p.250.

268) Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes, Geo. Mason L. Rev. 135 , 2006. p. 14.

269) Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 March 1998.

270) *Consortio Groupement L.E.S.I- DIPENTA v. Democratic and popular Republic of Algeria*, ICSID Case No.ARB/03/08, Award, 10 January 2005.

271) *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID case No ARB/02/16/.

Argentina사건(2006)²⁷⁴⁾, Enron v. Argentina사건(2007)²⁷⁵⁾등이 있다. 판정에서 보여주듯이, 투자자와 유치국 간에 국가계약을 위반하면 BIT에서 포괄적 보호조항의 위반이 되는 것으로 받아들였다.

(2) 판정사례

가. Noble Ventures Inc. v. Romania사건

이 사건은 미국 Noble Ventures Inc 회사(이하 Noble사라 약칭함)가 루마니아와 국가계약분쟁 사건이다.²⁷⁶⁾ 이 사건은 루마니아 강철 공장 Combinatul Siderurgic Resita (이하 CSR사라 약칭함)의 인수 합병(M&A), 관리와 경영과 관련이 있다. Noble사가 루마니아 가스유기금(SOF)과 민영화 협의(privatization agreement)를 체결하였다. Noble사는 SOF에게 먼저 할부금을 납부했고 SOF는 CSR의 대부분의 주식지분을 Noble사에게 양도하였다. 그 후에 Noble사가 ICSID 중재판정에서 루마니아가 계약을 위반하였다고 신청을 제출하였다. Noble사는 미국-루마니아 BIT제2조 제2항(c)항에²⁷⁷⁾ 규정하는 포괄적 보호조항에 따라 계약의무가 조약의무로 되었다고 주장하였다.

ICSID중재판정은 이전에 포괄적 보호조항에 관한 판정을 고찰하고, 상술한바와 같이 법원은 “포괄적 보호조항”의 사용문구가 조약마다 차이가 있기 때문에 조약에 규정된 일반적인 의미, 즉 형식적 해석에 충실해야 한다고 보았다.²⁷⁸⁾ 이 사건의 포괄적 보호조항은 다소 달라서 예전의 판정을 참고할 필요가 없다고

272) Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

273) Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8.

274) Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

275) Enron Corp. v. Arg. Rep, ICSID Case No. ARB/01/3.

276) *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award October 12, 2005 ICSID Case No. ARB/01/11. <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf>> (2010.3.9 방문)

277) United States-Romania BIT Article 2(2)(c): “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”

278) 조희문, 전제논문, p. 113.

주장하였다. 중재판정부는 이 포괄적 보호조항을 『조약법에 관한 빈협약』(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조²⁷⁹⁾에 의거하여 해석해야 한다고 주장하였다. 그리고 미국-루마니아 BIT의 ‘포괄적 보호조항’을 해석하는데 있어서 비록 ‘any obligation’이 포괄적이기는 하지만 BIT의 성격과 목적을 감안하여 어느 정도 협의의 해석이 이루어 질 수 있음을 인정했다. ²⁸⁰⁾

나. Eureko B.V. v. Poland사건(2005)²⁸¹⁾

네덜란드 Eureko B.V.회사가 폴란드에서 가장 큰 보험회사 PZU사의 20.9%의 주식을 가지고 있었다. Eureko B.V.사와 폴란드정부간 2001년에 체결한 계약에서 폴란드정부는 Eureko B.V.사가 PZU사의 21%주식을 더 살 수 있는 것에 동의하였다. 그러나 2002년 4월 폴란드의 국고(國庫)가 공기업의 사유화를 위해 일방적으로 계약을 중지하였다. 그래서 Eureko B.V.사는 폴란드정부가 보상해야 한다고 중재신청을 제기하였다. 신청인은 폴란드정부가 네덜란드-폴란드BIT중의 포괄적 보호조항을 위반했다고 주장하였다.

Eureko B.V. v. Poland사건에서 포괄적 보호조항의 해석원칙에 대하여 논의가 있었다. 중재판정부가 네덜란드-폴란드BIT중의 포괄적 보호조항에 대해 자세하게 고찰하였고 이 조항에 대하여 문리적 해석방식을 채택하였다. 중재판정부는 조약법에 관한 비엔나 협약(the Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조의 제1항의 내용²⁸²⁾에 따라 포괄적 보호조항에 대해 일반적 의미(ordinary

279) 「조약법에 관한 비엔나 협약」 제31조(해석의 일반규칙) 1. 조약문은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다. 2. 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함 한다: (a)조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 협의(b)조약의 체결에 관련하여 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약이 관련되는 문서로서 수락한 문서. 3. 문맥과 함께 다음과 같은 것이 참작되어야 한다. (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사자국간의 추후의 합의 (b)조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행 (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙 4. (내용 생략함)

280) 조희문, 전계논문, p. 113.

281) Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

282) 「조약법에 관한 비엔나 협약」 제 31조 1항: 조약문은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.

meaning)로 해석하였다. 그래서 중재판정부는 Eureko B.V.사와 네덜란드 정부간에 체결하는 계약청구에 관할권이 있다.

다. LG&E v. Argentina사건

2006년의 LG&E v. Argentina사건에서 아르헨티나(Argentina)정부는 외국투자자 LG&E사와 계약을 체결하였는데 후에 아르헨티나정부는 경제위기로 체결하는 국가계약을 파기하였다. 신청인 LG&E사는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제(2)항의 규정²⁸³⁾에 의거하여 아르헨티나정부가 포괄적 보호조항을 위반하였다고 주장하였다.

ICSID중재판정부는 이러한 포괄적 보호조항은 법률에 규정된 의무에 대한 위반이 있는 경우보다는 투자유치국과 투자자간의 계약상 의무 위반이 있는 경우에 문제가 되는 조항이라고 하면서, 이 조항을 위반하였는지 판단하기 위해서는 석유법(Gas Law)과 시행명령이 투자와 관련하여 외국인 투자자에 대해 의무를 부담하고 있고, 이러한 규정의 폐지가 의무위반이 되는지 고려하여야 한다고 하였다.²⁸⁴⁾

3. 소결

위에서 포괄적 보호조항에 관한 판정과 학계연구를 살펴보았다. 현재까지의 포괄적인 보호조항에 대하여 적용이론이나 해석이론이 아직 차이가 있다. 본질상 포괄적 보호조항에 대한 협의의 해석과 광의의 해석이 충돌은 선진국과 개발도상국간의 이익의 충돌이다. 또 외국투자자와 투자유치국간의 이익의 충돌이다. 포괄적 보호조항에 대한 적용과 해석의 이론이 다르지만 포괄적 보호조항의 발전과정에서 보면, 이 조항의 목적은 바로 계약위반을 조약위반으로 전환하게 하고 계약분쟁이 국제중재의 대상으로 되기 위한 것으로 보고 있다. 그러나 포괄적

283) 「미국-아르헨티나 BIT」 제2조 제(2)항은 “각 계약당사국은 투자와 관련한 여하한 의무를 준수하여야 하한다”고 규정하였다.

284) 오원석, 전제논문, p.154.

보호조항의 적용요건과 범위를 정할 필요가 있다. 왜냐하면 계약분쟁에 무조건 ICSID중재절차를 적용하면 투자유치국의 위험을 증가시켜 불공평하다. 무조건 포괄적 보호조항에 의해 계약분쟁이 국제중재를 제기하면 국제중재판정에 소송의 홍수를 만들 수 있다.

그러므로 국가계약에 대하여 '주권행사' 계약을 위반행위와 단순한 상거래 계약 위반행위를 구별하여야한다. 그 중에 유치국의 주권행사만 ICSID중재를 적용할 수 있는데 단순한 상거래에 관해 국가계약은 국제중재를 적용되지 않는다. 즉 투자유치국 주권행위로서 국가-외국투자자간의 국가계약을 위반하는 경우만 양국간에 체결하는 조약의 위반을 구성할 수 있고 국가계약상의 의무를 조약상의 의무로 상승시킬 수 있다. 단순한 상거래 행위로서 계약을 위반하는 경우, 계약상의 분쟁해결 조항에 따라 구제를 신청할 수 있다.

사실상 이런 주권행위와 상거래행위는 구별이 어렵지 않다. 예를 들어, 유치국 주권행위로서 국가계약 방해(妨害)행위에 대한 판단할 때, CMS Gas Transmission Company v. Argentina사건에서 아르헨티나 정부가 경제위기 기간 동안 천연가스 기업에게 시행하는 가격동결 (price freeze)조치, 페소를 달러로 환전동결(the frozen dollars into pesos) 조치 등 행위가 국가만 시행할 수 있어서 주권행위로 판단된다. 그러나 Joy Mining v. Egypt 사건에서 이집트정부가 본국 회사에게 원래 약속했던 것에 제공을 거절하는 행위는 단순한 주권행위가 아닌 거래행위이다. 그래서 Joy Mining v. Egypt 사건에서 중재판정부가 해당 계약분쟁이 BIT상의 보호를 받을 수 없다고 판결을 내렸다. 그러나 상거래 국가계약인 경우에는 유치국가가 외국투자자의 소송을 수리하지 않는다. 즉 재판의 거절하는 경우에만 투자유치국의 행위가 조약위반을 구성된다.

위와 같은 문제는 포괄적 보호조항을 둘러싼 논의의 일부에 지나지 않지만 적어도 포괄적 보호조항의 해석과 적용을 둘러싼 분쟁을 방지하려면 BIT를 교섭하면서 포괄적 보호조항의 적용범위 및 그 효과에 관한 조문을 명시적으로 규정하는 것이 가장 바람직하다. 285)

285) 강병근, 전제논문, p.135.

제 5 절 투자분쟁 관할권에 의한 보호

1. 투자협정상의 ICSID관할권 조항

BIT에 규정된 분쟁해결조항은 ‘본 BIT의 해석·적용에 관한 분쟁’ 혹은 ‘투자에 관한 분쟁은 이하에 정하는 수단으로 처리 한다고 규정하여 중재관정부의 관할권을 폭 넓게 인정하는 효과를 가지게 된다. 분쟁해결조항의 ‘투자에 관한 분쟁’의 의미를 광의로 해석한다면 투자계약을 원인으로 하는 분쟁도 BIT 중재의 대상이 될 수 있다고 보인다. BIT 분쟁해결조항의 유형은 크게 ① 포괄형 ② 분쟁원인 특정형 ③ 제소권형 ④ 개별 동의형 등으로 구별 할 수 있다.

첫째, 단순히 ‘투자에 관한 분쟁’이라고 규정하는 BIT가 많다.²⁸⁶⁾ 그 외에 ‘법적 분쟁’이라는 규정도 있다.²⁸⁷⁾ 이러한 포괄형의 BIT 분쟁해결조항은 분쟁대상을 일반적으로 정하고 있기 때문에 규정상 BIT위반에 관련된 분쟁뿐만 아니라 투자계약에 관한 분쟁을 대상으로서 포함할 수도 있다. 포괄형은 국가계약을 위반한 행위가 동시에 BIT상의 의무위반행위가 되는 것으로 BIT 분쟁해결절차가 이용할 수 있다. 이는 결국 우산조항의 효과를 가지게 되는 결론에 도달하게 된다.

둘째, 분쟁원인 특정형은 크게 두 가지로 나눌 수 있는데 ① ICSID의 대상을 수용의 보상 문제에 한정하는 청구원인 제한형이 있다.²⁸⁸⁾ 그리고 손실보상, 수용 그리고 송금에 한정하는 경우 등도 있다.²⁸⁹⁾ ② 분쟁주제특정은 ICSID대상을 BIT상의 권리·의무만을 열거하는 것과 BIT위반과 수용국에 의한 허가(authorization) 혹은 투자계약의 위반 등의 중복형이 있다.²⁹⁰⁾

셋째, 투자 분쟁을 정의하는 방식을 위의 유형과 달리 투자 활동에 위법한 침해에 대한 투자가의 제소권한을 설정하는 방식이 있다. 이 유형 NAFTA에 IIAs

286) 독일, 일본, 프랑스가 체결한 투자협정은 거의 이와 같은 규정이 있다.

287) 1992년 우리나라와 중국의 BIT가 전형적인 예이다.

288) 우리나라가 체결한 BIT의 상당부분에 이러한 규정을 두고 있다.

289) 영국-불가리아 BIT(1995년)제9(1)조.

290) 허가사항을 규정하는 것으로 벨기에-터키 BIT 제8조, 의무위반과 계약위반을 규정하는 것으로 한국-말레시아 BIT 제7조 등이 있다.

초 규정된 것으로 IIAs군 BIT에서도 보여지고 있다.²⁹¹⁾ 제소권한형은 수용국의 제소 권한이 없다. 또 제소권한형은 현지 자회사의 모회사에 제소 적격을 규정하여 수용국의 원고 적격 여부의 다툼을 배제하고 있다.²⁹²⁾

넷째, 개별 동의형은 투자 중재절차를 분쟁당사자가 동의(mutual consent) 하는 것을 전제로 하는 규정이기 때문에 중재조항은 아니고 단순한 확인 규정인 것에 지나지 않는다. BIT중재를 규정하지 않는 BIT는 국가 간 협이나 국가 간 중재절차를 정하는 것이 많다. 다만, BIT 중재의 필요성에 대해 당사국에서 합의가 되지 않는 경우에 개별적 동의형 조항과 동시에 BIT중재에 대한 검토를 예정하는 규정을 두기도 한다.²⁹³⁾

2. 투자협정상 국가계약의 관할권의 규정

미국의 투자협정에서 볼 수 있는 특징은 분쟁해결규정을 투자협정(BIT)이나 투자계약(investment agreement) 또는 투자인가(investment authorization)상의 의무 위반에 대해서 적용한다는 것이다.²⁹⁴⁾ 즉 투자자와 유치국간의 투자계약 또는 투자인가와 관련해서는 투자분쟁이 투자협정상의 분쟁해결절차를 이용할 수 있다.

2004년 미국 모델 BIT 소위 '투자계약'은 일방체약국의 국가당국과 타방체약국의 투자 또는 타방 체약국의 국민이나 회사 간에 맺어진 서면협정으로, 국가당사국에 의해 통제되고 있는 천연자원이나 여타 자산에 대한 권리를 이들에게 부여하거나, 또는 이들이 투자의 설립 및 획득과 관련하여 의존하는 계약이다.²⁹⁵⁾

291) 일본-멕시코 EPA(2004) 제76조.

292) 「한-미FTA」 제11장 제16(1)(나)조에서 청구인은 자신이 직·간접적으로 소유하거나 지배하는 법인인 피청구국의 기업을 대신하여 FTA상의 의무, 투자인가 그리고 투자계약을 피청구국이 위반한 경우 중재를 제기할 수 있도록 하고 있다.

293) 「미국·호주BIT」(2004) 제11장 제16조.

294) 장승화, 전제서, 2001. pp.188-189.

295) 2004년 미국 모델 BIT 제1조. "investment agreement" means a written agreement that takes effect on or after the date of entry into force of this Treaty between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party that grants the covered investment or investor rights: (a) with respect to natural resources or other assets that a national authority controls; and (b) upon which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself.

투자인가'란 일방체약당사국의 외국인투자 권한당국이 타방체약국의 적용대상이 되는 투자 또는 타방체약국의 국민이나 회사에 부여한 인가라고 규정한다.²⁹⁶⁾

예를 들어, 2004년 미국 모델 BIT에서는 ICSID의 대상으로 1)투자인 , 2)투자계약을 규정하고 있다.²⁹⁷⁾ 이에 따라 한미FTA 제11.16조 제1항에서도 이와 동일하게 국가계약을 ICSID의 관할대상으로 규정하게 되었다.²⁹⁸⁾

그 밖에 미국-칠레 BIT 제10.15조에서 다음의 의무를 위반하면 중재를 제한 할 수 있다. 1)A부분이나 부록10-F항 규정하는 의무, A부분의 내용은 국민대우, IIAs혜국대우, IIAs저기준대우, 수용 및 보상 등내용을 포함 한다,2)투자인가, 3)투자계약 등이 있다.

미국-트리니다드토바고(Trinidad and Tobago)BIT 투자분쟁의 정의에서도 투자허가와 투자협정상의 의무를 포괄한다.²⁹⁹⁾ 그 중에 투자허가는 유치국이 체약상대방의 국민이나 회사에게 부여하는 허가를 말한다.³⁰⁰⁾

미국 체결하는 BIT뿐만 아니라 MAI초안에서도 투자인가에 관련된 분쟁도 투자협정에서 포함시키고 있다.³⁰¹⁾

3. 소결

따라서 두 가지 경우에서 투자분쟁 관할권 조항에 통하여 국가계약분쟁이 투자협정상의 분쟁해결절차를 적용할 수 있다.

296) 2004년 미국 모델 BIT 제1조. "investment authorization" means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

297) 2004년 미국 모델 BIT 제24조 제1항.

298) 한미FTA 제11.16조 제1항: 분쟁당사자가 투자분쟁이 협의 및 협상을 통하여 해결될 수 없다고 판단하는 경우, 가. 청구인은, 자기자신을 위하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다. 1)피청구국이 다음을 위반하였다는 것 가) 제1절상의 의무; 나)투자인가, 또는 다)투자계약 그리고 2)청구인이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것, 그리고 나. 청구인은, 자신이 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 법인인 피청구국의 기업을 대신하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기 할 수 있다. 1)피청구국이 다음을 위반하였다는 것 가)제1절상의 의무, 나)투자인가, 또는 다)투자계약 그리고 2)그 기업이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것이다.

299) Article IX(1) of BIT between Trinidad and Tobago and the United States.

300) Ibid. Article (1)(g).

301) MAI초안 제V장 제D.1.b조(ㄱ)항: 특별히 당해 투자자나 투자에 대해 권한 있는 당국이 부여한 투자인가(investment authorization)이다.

하나는 분쟁해결조항의 ‘투자에 관한 분쟁’ 또는 ‘법적 분쟁’의 의미를 광의로 해석하는 방법으로 투자계약분쟁을 포함시키는 경우이다. 독일, 일본, 프랑스가 그리고 한국 체결한 투자협정이 전형적인 예이다.

또 하나는 투자분쟁해결조항에서 투자계약 또는 투자인가의 협정상의 의무 위반이 있으면 분쟁해결절차를 이용한다고 규정하는 경우이다. 이런 경우에는 투자계약 또는 투자인가와 관련해서는 투자자와 유치국간의 분쟁이 발생할 때 투자협정상의 중재절차를 적용할 수 있다.

제 6 절 투자협정상의 안정화조항

안정화조항은 투자협정뿐만 아니라 국가계약에서도 채택되고 있다. 일반적으로 투자협정에서는 ‘투자자에게 불리한 새로운 법률이 도입되는 경우, 투자는 허용 당시의 유효한 법률에 의해 계속 지배 된다’는 형식으로 규정하였다.³⁰²⁾ 사실상이 규정은 국가계약과 관련하여 도입되는 규정이다.

선진국이 해외투자자 보호를 위하여 양자간 투자협정(BIT) 또는 다자간 투자협정(MAI)에서 안정화조항을 삽입하는 경우도 있다. 투자협정상 안정화조항을 규정하는 목적은 당사국의 법이 조약채결 후 변경되지 않도록 하거나 변경되더라도 이에 구속되지 않는 것을 예방을 위한 것이다. 투자협정에서 안정화조항의 삽입도 국가계약의 보호에 목적을 이룰 수 있다.

예를 들어 이탈리아 모델 BIT(Italian BIT Model)제12조 제2항에서 “본 투자협정 체결 후에 계약당사자 국내법의 직접 또는 간접 실질적 수정은 모두 소급력(遡及力)이 없으므로 이 투자협정에서의 투자가 보호하여야 한다”라고 규정하고 있다³⁰³⁾ 이 조항에 따라 일방당사국 국내법의 변동이 조약상대방에게 유리하면, 이 변동을 적용할 수 있고 상대방에게 불리한 변동은 적용되지 않으므로

302) 황지연, “양자투자협정에서의 외국인투자대우기준에 관한 연구: 한.일 투자협정을 중심으로”, 석사학위논문, 2003. P. 40.

303) Italian model BIT , Article XII (3) : “After the date when the investment has been made, any substantial modification in the legislation of the Contracting Party regulating directly or indirectly the investment shall not be applied retroactively and the investments made under this Agreement shall therefore be protected.”

이 조항은 전통적 안정화조항과는 좀 다르지만, 타방당사국에게 불리한 국내법 변동은 적용 안된다. 이 조항은 안정화조항의 효과를 갖는다. 안정화조항을 규정하는 대표적 다자간 투자협정은 1999년 바쿠-트빌리시-세이한 송유관(Baku-Tbilisi-Ceyhan pipeline, 즉 BTC 송유관) 때문에 아제르바이잔, 그루지야 그리고 터키 세 나라 간 체결한 다자간 투자협정이다. 이 투자협정 제2조에서 “각 계약 당사국이 국내법 또는 국제법에서 이 협정조항과 충돌하는 내용이 없는 것을 보증하여야한다”고 규정하였다.³⁰⁴⁾ 투자협정 제2조 제7항에서 위의 안정화조항을 보증하였다. 즉 투자협정뿐만 아니라 국가계약조항과 충돌하는 내용이 없는 것도 보증하여야한다.³⁰⁵⁾

제 7 절 검토

국가계약은 해외투자의 중요한 수단이다. 그래서 유치국과 투자자 사이에 투자협정을 체결할 때 국가계약을 보호하려면 투자협정에서 이런 조항을 삽입하면 된다.

첫째, 투자협정에서 투자의 정의에 대하여 제한하지 말고 국가계약에 의무를 포함한다고 규정한다. 이러한 투자정의를 통해서 국가계약이 투자의 보호대상으로 하면 투자자의 계약을 보호할 수 있다.

둘째, 투자협정에서 투자계약과 투자인가도 국제중재에 제기할 수 있는 분쟁 해결조항을 규정하여야한다. 국가계약은 투자협정상의 분쟁해결조항에 대상으로 계약위반도 이 투자협정에 의하여 국제구제를 받을 수 있다.

셋째, 투자협정을 체결할 때 포괄적인 보호조항을 삽입한다. 포괄적인 보호조항을 두고 있으면 유치국은 외국투자자와 체결하는 계약상의 의무를 수행할 것을 보증할 수 있다. 이러한 조항에 근거하여 체결한 계약상의 의무를 유치국이 국가계약을 위반하는 경우에 포괄적인 보호조항 위반 이유로 국제중재를 제기할

304) UNITED NATIONS, *State Contracts*, op.cit. p.28.

305) *Ibid.* p.28.

수 있다.

넷째, 투자협정상 권리보존 조항이 있다. 국가계약상 전 투자협정 보다 더 유리한 대우를 부여하는 경우에 권리보존 조항을 두고 있기 때문에 이런 유리한 대우는 이 협정에 영향을 받지 않는다.

이상 국제투자협정상 국가계약의 보호에 관한 투자협정상 내용을 살펴하였다. 분석에서 투자협정에 4개의 유용한 조항 삽입을 통해 국가계약을 보호할 수 있다. 그 중에 투자정의상 보호, 분쟁해결조항의 활용에 있어서 특정한 경우에 국가계약청구에 대한 국제중재 관할권을 가져왔다. 즉 계약위반인 경우에 국제구제를 부여해서 국가계약을 보호한다. 이런 보호는 다 절차상의 보호이다. 권리보존 조항은 국가계약상 더 유리한 대우의 보호를 통한 실체상의 보호이다.

위에 5가지 방법 외에 다른 국가계약에 대한 보호수단도 있다. 계약당사자가 동의하에 국가계약보호의 실제적 내용을 삽입하면 더 좋은 방법이라고 생각한다.

그러나 국가계약이 투자와 경제발전의 유용한 수단이 되려면 외국투자자와 유치국의 이익을 다 보호하여야 한다. 즉 한편으로는 투자자의 합법적인 권익을 보호하고 다른 한편으로는 투자유치국 자국의 경제발전을 위해서 국가계약에 대한 감독 권리도 보호하여야 한다. 투자자와 유치국에 이익상의 균형이 국제투자협정상 국가계약보호의 지상 목표이다.

제 5 장 결론

국가계약은 외국인직접투자의 중요한 수단이다. 특히 개발도상국들은 이러한 계약형태를 이용하여 천연자원을 개발하여 했다.

오랫동안 수많은 학자들이 국가계약에 대한 연구를 하였지만 아직도 문제가 많이 남아 있다. 특히 근래 국제법의 발전 추세에 따라 국가계약 영역에서도 새로운 문제가 생겼다.

구체적으로 살펴보면, 국가계약의 당사자 사이에 지위가 불평등하고 투자자가 투자유치국의 정치 환경에 대한 우려나 국가계약 동일한 이론의 결여 등에 외국 투자자가 국가계약을 체결할 때에 발생하는 문제이다. 계약 당사자는 국가계약 체결시 국가계약의 내용을 여러 가지 선택할 수 있다. 유치국이 투자유치를 위하여 전통적 입장을 부여하는 국가계약에서 국제화된 조항들이 자주 보인다. 예를 들어, 투자협정에서 국가계약에 관한 특별한 조항이 나왔다. 이러한 특별한 조항을 통하여 국제법에서 국가계약을 보호할 수 있다. 특히 국가계약자신의 조항을 통하여 스스로 보호하지 못하는 경우에는 외국투자자가 국제법에 따라 국제중재 기구에서 계약청구를 제기하기 시작하였다.

IIAs근에 나왔던 국제투자분쟁 사례를 보면, 투자자들이 국가계약분쟁이 국제중재기구에서 중재를 제출 하는 경우도 많아지고 있다. 중재판정은 국가계약이 국제법상의 지위에 대한 입장이 일치하지는 않지만 국가계약의 국제법적 보호는 추세이다.

이렇게 보면 외국투자자와 투자유치국간 체결하는 국가계약의 보호는 각국 국내법뿐 아니라 국제법에서 중요한 문제가 되고 있다. 이러한 배경에서 우리는 국가계약의 보호문제, 국가계약이 국제법상의 지위 등 문제에 대하여 다시 살펴봐야한다.

지금까지 본문은 국가계약에 대한 일반이론(국가계약의 개념, 특징, 법적성격 등), 국가계약의 유형과 주요내용, 그리고 국제투자협상 국가계약의 보호 등에 문제를 모두 살펴보았다.

국가계약의 핵심문제는 국가계약의 법적 성격이다. 왜냐하면 국가계약의 성격에 따라 국가계약의 분쟁해결방식 그리고 국가책임 모두 관련이 있다. 그러나 국가계약의 성격에 대한 학설 또는 국제중재판정의 입장이 일치하지 못했다. 입장이 일치하지 못하는 원인은 외국투자자와 투자유치국간의 이익 충돌도 있다. 즉 투자자와 유치국간 입장이 충돌하기 때문에 문제의 해결은 쉽지 않다. 그 밖에 국가계약에서 일방당사자는 주권자로서의 국가이고 또한 외국투자자의 특징을 갖기 때문에 국가계약의 성격에 대한 논쟁이 생기고 있다.

국가계약은 외국투자자와 투자유치국정부간의 권리와 의무관계를 조정한다. 이런 장기계약은 투자유치국의 중대한 자원 개발 관련되고 있다. 따라서 국가계약은 국내사법상의 계약과 다르다. 국가계약의 일방당사자가 투자유치국정부이고 타방당사자 외국투자자이다. 외국투자자가 국제법상의 주체가 아니기 때문에 국제조약과 다르다. 본 논문의 제2장 국가계약에 관한 학설과 판정사례의 분석을 통하여 국가계약이 국제법적 성격을 가지고 있는 계약이라고 주장하였다. 국가계약의 국제법적 성격을 수정하였다. 그 밖에 국가계약의 특징, 국가계약의 당사자와 책임 등 문제를 논술하였다.

국가계약의 유형도 계속 변화하고 있다. 천연자원의 개발을 위한 외국투자자 유치국정부와 체결하는 컨세션 계약은 국가계약의 전통적인 형태이다. 그러나 1950년대부터 현대적인 국가계약(특히 석유계약)형태이다. 예를 들어, 생산물분배 계약, 합자계약, 서비스계약, 고용계약, 차관계약 등 여러 가지 계약이 나왔다. 본 논문의 제3장에서 이러한 전통적인 국가계약과 현대적인 국가계약을 모두 고찰하였다.

국가계약의 내용은 각 계약형태에 따라 다르지만 제3장에서 국가계약의 대표적인 조항만을 분석하였다. 그중에 안정화 조항의 목적은 유치국이 관계법의 개정에 의해 외국투자자의 권익에 침해를 방지하는 것이다. 재협상 및 조정조항은 국가계약의 이행과정중 사정변경에 대비하기 위한 조항이다. 계약서에서 재협상 및 조정조항을 삽입하면 국가계약의 탄력성을 높일 수 있다. 준거법조항은 당사자의 국내법이 아닌 법의 일반원칙과 국제법과 같은 중립적인 규범을 준거법으로 지정할 수 있다. 해외투자를 보호하려면 준거법 조항이 매우 중요하다. 분쟁 해결조항은 안정화 조항, 재협상 및 조정조항, 그리고 준거법조항과 상호 보완할

수 있다. 동시에 국가면제포기조항은 국가계약에 중대한 영향도 미칠 수 있다.

국제투자협정에서 국가계약에 관한 규정도 많이 있다. 일부 국제투자협정에서 투자의 정의조항에 국가계약상의 권리를 포함하고 있다. 어떤 국제투자협정의 분쟁해결에 관한 조항에서는 관할관대상으로 투자계약과 투자허가를 포함하고 있다. 투자유치국이 준수하는 의무를 규정하는 경우 자주 계약상의 권리 보호할 수 있는 포괄적 보호조항 규정한다. 또 일부 국제투자협정에서 삽입하는 권리 유지조항은 국가계약에서 규정보다 더 유리한 대우를 받을 수 있다. 계약서에서 설립하는 안정화 조항과 똑같이 국제투자협정상의 안정화조항도 국가계약을 보호할 수 있다.

그리고 ICSID IIAs근 중재판정사태에게 제기하는 국가계약분쟁이 계속 나오고 있다. 예를 들어, 투자유치국정부는 외국투자자와 체결하는 국가계약을 위반하는 경우 외국투자자가 결국 BIT 규정하는 포괄적 보호조항에 의거하여 국제중재를 제기한다. 물론 국가계약분쟁이 발생하면 국제투자협정상의 관련조항에 의거하여 국제중재를 제기 하는 것은 투자자의 권익을 더 잘 보호할 수 있다.

본 논문 국가계약에 대한 연구의 목적은 투자의 보호를 위한 것이다. 투자 보호를 위하여 국가계약당사자들에게 다음과 같은 시사점을 제공할 수 있다.

첫째, 계약당사자들이 국가계약 체결할 경우에 계약분쟁의 해결을 위해 고려해야 할 사안을 계약서의 적성에 도움이 될 수 있다. 예를 들어, 국가계약이 모두 장기 계약이니까 계약조항의 규정하여야 한다. 이러한 경우에 재협상 및 조정조항을 삽입하면 된다. 만약에 외국투자자는 유치국의 투자환경(특히 국내법의 변경)에 대한 고려가 있으면 계약서에서 안정화조항을 규정하면 된다. 마찬가지로 계약분쟁이 발생할 경우에 유치국의 국가면제 이론으로 책임을 회피하는 것이 적정되면 계약에서 국가면제의 포기조항을 삽입하면 된다.

둘째, 학계 연구와 중재판정의 분석을 통하여 국제투자협정에서 국가계약의 보호 방안을 제시하였다. 국가계약분쟁의 유효한 해결을 위하여 계약당사자들이 계약을 체결할 때 당사자가 선택할 수 있는 탄력성이 있는 계약조항을 삽입하든지 아니면 국제투자협정을 체결할 때 국가계약상 권리를 보호할 수 있는 조항을 삽입하는 방식은 모두 국가계약을 보호하는 방법이다. 다시 말하자면 국가계약의 보호는 국가계약과 투자협정에서 특수한 조항을 삽입하는 방식으로 국가계약과

투자와 투자자를 보호한다.

일반적으로 국가계약조항에 통하여 계약을 스스로 보호할 수 있다. 예를 들어, 외국투자자와 투자유치국은 국가계약을 체결할 때, 계약서에서 정화 조항, 재협상 및 조정조항, 준거법 조항, 분쟁해결조항 그리고 국가면제포기조항 등 조항의 삽입을 통하여 국가계약상의 권리를 스스로 보호할 수 있다.

따라서 국가계약자체의 보호방안은 국가계약을 체결할 때 계약서에서 안정화 조항, 재협상 및 조정조항이 삽입하고 준거법 조항에서 국제법 또는 국제법 일반 원칙을 준거법으로 지정하고, 분쟁해결 조항에서 국제중재를 제기할 수 있는 방식으로 당사자간 권리의무를 명시하여야 한다. 계약분쟁이 발생할 때 투자유치국은 주권면제를 원용하여 중재절차를 거부하는 것을 방지하려면 국가면제 포기조항을 삽입하면 된다. 물론 유치국가 국가계약의 안정성과 확정성을 위하여 이러한 안정화조항, 재협상 및 조정조항, 그리고 주권면제 조항을 배제하여야 한다.

투자협정상의 보호는 투자정의 조항에서 국가계약을 포함하고, 포괄적 보호조항, 분쟁해결 조항, 권리유지 조항, 안정화 조항을 규정하는 방식으로 투자자를 보호한다. 즉 투자협정상의 투자정의에서 국가계약상의 권리를 포함하여 국가계약분쟁이 투자협정상의 국제중재절차를 적용할 수 있다. 투자협정에서 포괄적 보호조항을 규정하면 투자자가 이 조항에 의거하여 계약청구에 대한 국제중재를 제기할 수 있다. 사실은 국제투자협정의 분쟁해결조항에서 계약청구를 포함하면 투자와 보호에 효과적이다. 권리유지조항은 국가계약상의 더 유리한 규정을 보호할 수 있다. 마찬가지로 투자협정에서 안정화 조항을 규정하면 투자를 보호할 수 있다. 이와 반대로, 유치국은 국가계약의 국제화를 피하려면 이런 포괄적 보호조항, 권리유지 조항 그리고 안정화조항을 배제하여야 한다.

총괄적으로 말하면, 국가계약은 투자자와 유치국 모두에게 중대한 의미를 가진다. 국가계약이 투자의 유효한 수단이 되려면 투자자의 정당한 이익을 보호하면서 유치국의 경제적 권익도 보호하여야 한다.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본

- 김정건(2004), 『국제법』, 박영사.
- 장효상(1996), 『국제경제법』, 법영사.
- 류혜정(2008), 『러시아연방의 에너지 개발 법제 연구』, 보고서.
- 사업자원부, 에너지경제연구원(2003), 『동북아 에너지 협력연구』.
- 高俊誠 編譯(1990), 『國際投資紛爭解決事例: ICSID의 調停과 仲裁判定』, 法務部.
- 이석용(2000), 『국제경제법』, 세창출판사.
- 정수봉(2008), 『한미FTA 투자분야 연구』, 법무부.
- 취승환(2002), 『국제경제법』, 제2판, 법영사,
- 김민호(2007), 『FTA 및 BIT상 투자자보호 규정들이 해석 및 적용에 관한 미국법제도 연구』, 한국싸이언텍법제연구원,
- 장승화(2001), 『양자간 투자협정 연구』, 법무부,

2) 논문

- 김여선(2009) “양자간투자협정의 우산조항에 관한 연구”, 『국제거래법연구』.
- 김여선(2009), “한·중 투자보장협정의 투자자와 정부간 분쟁해결 제도”, 『통상법률』.
- 김부찬(1999), “국제투자분쟁해결제도-수용국과 국제기업간의 투자분쟁을 중심으로”, 『제주대학교 논문집』.
- 강병근(2009), “국제투자계약에 서명하지 않는 국가의 중재당사자 지위”, 『통상법률』.
- 崔昇煥,(1999),“海外投資의 契約的 保護方案과 國際法的 保護方案” 『國際法務研究』.
- 周基鍾(2000), “仲裁에서의 主權免除의 限界”, 『法學論集』.

장효상(1977), 『국가계약에 관한 연구-국제양허계약을 중심으로』

金瑋彩(2006), 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 연구』, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문.

황지연(2003), “양자투자협정에서의 외국인투자대우기준에 관한 연구: 한. 일 투자협정을 중심으로”, 석사학위논문,

오원석, 서경(2009), “국제투자계약상의 중재조항(Arbitration clauses)의 주요 구성요소에 관한 연구”, 『한국무역상무학회지』.

諸成鎬(1997), “國際法에서 본 Amoseas仲裁判定의 비판적 분석”, 『陸士論文集』.

정재학,(1995) “ 해외자원개발 직접투자 전력 연구”,서강대 경영대학원, 석사논문.

서경(2009), “국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재의 이용에 따른 대처방안에 관한 연구”, 성균관대학교 박사논문.

오원석(2006), “國際投資紛爭解決을 위한 ICSID仲裁에 관한 고찰”, 『貿易學會志』.

강주연(2003), “ICSID에 의한 국제투자분쟁의 해결”,이화여자대학교 대학원, 석사학위논문.

김충렬(2007), “海外合作投資紛爭對應方案과 事後紛爭解決에 관한 法的 研究:-海外資源開發을 中心으로”,건국대학교 행정대학원, 석사학위논문

이성봉(2003), “WTO 투자협정 논의의 평가 및 향후 과제”, 『대외경제정책연구원』.

김관호(2002), “중국의 투자협정정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 『동북아 경제연구』.

조희분(2009), “국제투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구”, 『중재연구』.

2. 외국문헌

1) 단행본

Wolfgang Peter(1995), *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, Kulwer law international publisher.

A.A.Fatouros(1962), *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press.

State contracts(2004), UNITED Series on issues in international investment

agreements.

UNCTAD, Recent Developments in International Investment Agreements

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer(2008), *Principles of international investment law*,
Oxford University Press, USA,

Andrew Newcombe, Lluís Paradell(2009), *Law and Practice of Investment Treaties:
Standards of Treatment* .Wolters Kluwer Law & Business.

多喜 寛(2007), 『國家契約の法理論』, 中央大學出版部.

車丕照(2003), 『國際經濟法概要』, 清華大學出版社.

史曉麗(2005), 『國際投資法』, 中國政法大學出版社.

姚梅鎮(1997), 『國際投資法』, 武漢大學出版社.

王貴國(2009), 『國際投資法』, 法律出版社.

余勁松(2007), 『國際投資法』, 法律出版社.

盧進勇·余盡松·齊春生(2007), 『國際投資條約与協定新論』, 人民出版社.

2) 논문

Christopher T. Curtis(1998): "The legal security of economic development agreements,
Harvard International law journal",

D.D. Caron(2002), "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical
Relationship between Form and Authority," *American Journal of International
Law*,

T.B.Coale(2002), " Stabilization clauses in international petroleum transactions", *Denver
Journal of International Law and Policy*.

Klaus Peter Berger(1999), "Renegotiation and Adaptation of International Investment
Contracts:The Role of Contract Drafters and Arbitrators", *Vanderbilt Journal of
Transnational Law* .

Lalive(1964), "Contracts between a state or a state agency and a foreign company,
theory and practice: Choice of law in a new arbitration case", *International
and comparative law*.

Jeswald W. Salacuse(2002), Niehloas P. Sullivan. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain [J]. *Harvard International Law Journal*.

Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD.

Christoph Schreuer, "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road", *J. World Inv.*

Thomas W. Walde(2005), The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intention and Recent Cases, *Journal of World Investment & Trade*.

Christoph Schreuer(2004), "Traveling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *The Journal of World Investment and Trade*.

姚梅鎮(1985), "關於經濟特許協議適用法律問題的研究", 『中國國際法年刊』.

王斌(2007), "論政府違約風險的法律控制", 『浙江社會科學』.

3. 기타(판례 및 인터넷 자료)

Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case. No. ARB/00/6, Award of Dec. 22, 2003

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (November 13, 2000),

Noble Ventures, v. Romania, Award, 12 October 2005, ICSID Case No. ARB/01/11.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6 (31 July 2007).

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ARB/94/2 (29 April 1999).

Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 (20 November 1984),

Maffezini v. Spain, (ICSID Case No. ARB/97/7),

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4)

Joy Mining Machinery v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004.

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

Pan American Energy LLC and BP Argentine Exploration Company v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/13, 27 July 2006.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 March 1998

Consortio Groupement L.E.S.I- DIPENTA v. Democratic and popular Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10 January 2005.

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID case No ARB/02/16/.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

Enron Corp. v. Arg. Rep, ICSID Case No. ARB/01/3.

<http://www.lawbank.com.tw/essays/01/01200001.pdf>

<http://oforsber.kvasaheim.com/courses/pls537/briefs/clf28264brief2.pdf>

<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=gotanda.>

<http://www.wordbank.org/icsid/treaties/intro.htm>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf>

<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

http://intl.w.uvic.ca/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf.para.39

<http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>.

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf>.



Abstract

A Study on the State Contracts

-Focusing on the Related Clauses of International Investment
Agreements-

Xuan Yanli

Dept. of Law

**The Graduate School of
Jeju National University**

The purpose of this dissertations is to find a way for better protection of foreign investors ,a party to a state contract ,by analyzing the legal problems arising from or inherent in state contracts, which usually are concluded according to some related clauses of International Investment Agreements(IAs)

A state contract, which is an important mode of foreign direct investment, is concluded between the state (or a public or specially authorized private entity of the state) and the foreign investor. Some state contracts(e. g concession contracts) are so important to the host countries that they are also called 'the Economic and Development Agreements'.

Yet there has been considerable debates on the nature of state contracts. The chief argument is whether they should be considered as commercial contracts or (quasi) treaties because of the different nature of the two parties: the state and the foreign investors. For this reason, the state contracts are different from the contracts concluded between or among private parties, and also different from the treaties made between states. Furthermore,

most of the state contracts are long term contracts so that they are very important both to the host countries and to the foreign investors. The state contracts cannot be read as pure civil or commercial contracts or treaties, they should be treated as a kind of special contract with some special international characters.

Just like other contracts, state contracts themselves can protect the foreign investors' contractual rights because there are some contractual clauses to protect the foreign investor's interests against arbitrary and unwarranted interferences. For example, the stabilization clause in the state contracts can be used to safeguard the foreign investor's contractual rights from subsequent unilateral actions by the host states. The renegotiation and adaptation clause can be used to adapting the contract to the changed circumstance. In addition, there are also some other contractual clauses which can protect the foreign investor's interests , e. g, choice of law clause, arbitration clause and so on.

However, in cases that the host counties' legal system can not protect the foreign investors' contractual rights, or the contractual clauses can not provide fully protections to the foreign investors, can they be protected by the international (public)law, for example by the IIAs? The dissertation will conduct a detailed discussion on this matter.

Normally, IIAs don't treat the state contract problem specially. But nowadays some Bilateral Investment Treaties and other IIAs contain some clauses which can protect and promote the foreign investments under the state contracts. For example, some IIAs covers state contracts in their 'investment' definition clauses. Many IIAs contain a 'preservation of rights clause' which can protect the investors' right to claim the application of any rules of state contracts more favorable than the provisions of the IIAs. Many IIAs contain so-called 'Umbrella Clause' which is said to have the effect of elevating pure contract claims into treaty claims. Some IIAs includes

‘investment authorizations’ and ‘investment agreement’ in their arbitration clauses. Moreover, some IIAs also contains a stabilization clause . All of these special clauses in IIAs can provide protection for state contracts under the international law.

Lately, there is a series of arbitral cases regarding the state contracts in ICSID.

From the international arbitration perspective, a uniform and clear approach to the protection of state contracts has not emerged so far, the protection of rights of investor to the state contracts under the IIAs has become a phenomenon now.

Key words: state contracts, International Investment Agreements, stabilization clause, umbrella clause, preservation of rights clause.



감사의 글

한국에 유학 온지 4년이라는 짧지 않은 시간이 지났습니다. 이 논문에 대한 관심이 많지만 글 쓰는 것은 너무 어렵니다.

먼저 부족한 제자를 자장하고 엄하게 지도해 주시는 저의 지도교수님 김여선 교수님께 깊은 감사를 드립니다. 그리고 저에게 세심하게 지도와 가르침을 주시는 김부찬 교수님께도 감사를 드립니다. 특히 논문심사과정에서 저의 부족한 글을 심사하시고 조언해주신 서헌제 교수님 · 장동식 교수님 그리고 서경림 교수님께도 진심으로 감사의 마음을 올립니다. 이 논문의 완성은 여러분의 도움이 있었기 때문에 가능했습니다. 그리고 교수님께 논문 지도를 받는 것을 큰 행운으로 생각합니다.

그리고 항상 나를 관심해주고 도와해주는 유학생친구들에게도 고맙다고 해주고 싶습니다.

마지막으로 사랑하는 가족에게 감사드립니다.

2010년 7월

헌 염 려