

부동산 유치권제도의 개선방안

- 2012년 민법개정안의 검토를 중심으로 -

Improvement plan of the real estate liens system

- Around the Study of the Civil Law Amendments of 2012 -

김상찬* · 강창보**

Kim, Sang-Chan · Kang, Chang-Bo

목 차

- I. 서론
- II. 부동산 유치권제도의 현황과 문제점
- III. 부동산 유치권 관련 개정안의 검토
- IV. 결론

국문초록

건설현장에서 건설회사나 하수급업자가 공사를 중단한 채 건물을 점유하고 유치권을 행사하는 경우가 빈번하게 발생되고 있고, 특히 부동산 경매절차에서 부동산에 유치권을 행사하겠다고 주장하는 자가 나타나서 경매절차가 중단되고 오랜 분쟁에 시달리는 경우가 많아지면서, 부동산유치권의 폐지문제는 사회경제적으로 중요한 문제로 떠오르고 있다. 이와 관련하여, 2012년 12월에 민법개정위원회가 확정된 민법개정안에 의하면, 부동산 유치권을 원칙적으로 폐지하고, 예외적으로 미등기부동산에 한하여 유치권제도를 인정하되, 그 부동

논문접수일 : 2013.06.26

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수(주저자)

** 제주대학교 대학원 법학과 박사과정(공동저자)

산이 보존등기되면 6개월 이내에 저당권설정청구권을 인정하고 이 기간이 경과하면 저당권설정청구권과 유치권이 소멸하고, 경매절차에서의 유치권의 소멸주의제도의 도입하는 것을 주요 골자로 하고 있다.

부동산 유치권제도를 원칙적으로 폐지하는 것은 부동산 공시제도의 명확화와 재화의 효율적 이용이라는 측면에서 긍정적으로 평가할 수 있지만, 미등기 부동산에 대하여 유치권을 인정하는 것은, 유치권자가 부동산을 점유함으로써 소유자 등이 목적물을 사용·수익할 수 없게 되어 국가적으로 경제적 가치가 사장되거나, 공사증지가 장기화됨에 따라 시설이 노후화되거나 공사지연에 따른 피해가 발생한다는 문제가 여전히 남게 된다. 또한 일정기간 내 저당권설정청구권을 행사하지 않으면 유치권과 저당권설정청구권을 소멸토록 한 것도 담보물권의 부종성의 원칙에 반한다는 문제점이 있다.

이 논문은 개정안을 검토한 후, 특히 미등기부동산의 경우, 일본의 표시등기부와 같은 임시 가등기부제도의 도입하여 미등기부동산의 경우에도 경매가 가능하도록 해야 한다는 등 몇 가지 점에 대하여 입법론적인 제안을 하고 있다.

주제어 : 민법개정, 유치권, 부동산, 부동산유치권, 저당권설정청구권, 소멸주의, 부동산등기부, 경매절차

1. 서론

우리 민법은 유치권을 질권, 저당권과 함께 담보물권의 하나로 인정하고 있다. 즉 민법 제320조 제1항은 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 이 규정의 ‘물건’에는 동산뿐만 아니라 부동산도 포함되기 때문에 부동산에 유치권이 성립할 수 있다는 점은 의문의 여지가 없다. 그런데 부동산 유치권을 인정하면서 이를 점유로써 공시하는 것은 부동산공시제도와 맞지 않는다.

건설현장에서 건설회사 등이 공사를 중단한 채 건물을 점유하면서 유치권

을 행사하는 경우가 많은데, 특히 부동산 경매절차에서 부동산등기부에 기재되어 있지 않은 자가 갑자기 나타나 부동산에 유치권을 행사하겠다고 주장함으로써 경매절차가 중단되고 이해 당사자들이 오랜 분쟁을 계속하는 경우가 적지 않으며, 이른바 허위 유치권 등의 문제 등 복잡한 문제를 학설과 판례로 해결하는데 한계가 있으므로, 부동산 유치권에 관한 규정을 개정해야 한다는 주장이 일찍부터 있어왔다.

법무부는 2009년에 민법개정위원회를 설치하여 민법개정 작업을 시작하였는데, 동 위원회 제5분과위원회가 유치권에 관한 개정안을 만들어 실무위원회에 회부하였고, 2012년 4월 민법개정위원회 제1차 전체회의와 2012년 11월 ‘유치권제도 개선을 위한 민법·부동산등기법·민사집행법 개정안 공청회’를 거쳐 제안된 의견들을 수렴하여 2012년 12월 3일 민법개정위원회 분과위원장단회의를 통해 개정안이 확정되었다.¹⁾

유치권에 관한 개정안은 6개(민법 3개, 상법 1개, 민사집행법 1개, 부동산등기법 1개)의 조문과 부칙으로 구성되고 있는데, 그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 부동산 유치권을 폐지하되, 다만 미등기부동산에 대해서는 예외적으로 유치권의 성립을 인정하고, 둘째, 유치권의 피담보채권의 범위를 비용지출채권 등으로 한정하며, 셋째, 미등기부동산유치권은 부동산소유권보전등기 후 6개월 이내에 소로써 저당권설정청구권을 행사하지 아니하면 유치권이 소멸되도록 하고, 넷째, 유치권이 소멸된 뒤에는 일반채권자의 지위에서 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하고, 다섯째, 민사집행법 제91조를 개정하여 유치권도 경매절차에서 소멸되도록 하여 종래의 사실상 인수주의에서 소멸주의로 전환하였으며, 여섯째, 부동산등기법을 개정하여 유치권에 근거한 저당권의 등기를 허용한다는 것이다.

부동산에 대한 유치권의 존폐문제는 오래 전부터 많은 논의가 있어 왔지만, 이번의 부동산유치권을 원칙적으로 폐지하려는 민법개정안에 대해서도 많은 논의와 더불어 학설상 다툼이 있다. 부동산 등기부에 공시되지 않는 물권인 부동산유치권을 원칙적으로 폐지하고 비용지출자 등의 권리를 등기부에 공시

1) 이 안은 2013년 7월 9일에 민법 일부개정법률안(정부발의 의안번호 제6019호)으로서 국무회의에서 심의 의결되었고, 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중이며, 각 계의 의견수렴을 하고 있다.

하도록 한 이번 개정안은 부동산공시제도의 명확화와 재화의 효율적 이용이라는 측면에서 우리 민법이 한걸음 나아가는 계기가 될 것이라는 긍정적인 입장²⁾이 있는 반면, 수십 년 동안 유지되어 온 부동산 유치권제도의 급격한 개정은 이해관계가 첨예하게 대립되는 이해당사자 사이의 법적 분쟁을 오히려 심화시킬 우려가 있고, 특히 아파트재개발이나 리모델링 등과 같은 대형 건설공사를 둘러싼 공사비채권의 확보에 많은 지장을 줄 우려가 크기 때문에 자기자본을 갖추지 못한 자의 건축공사 도급이 어렵게 되거나 자기자본을 들여 공사한 후 건축물의 분양이나 전세금등으로 사후에 공사비를 정산하고자 하는 건축업자 역시 유치권이 부정될 경우 채권확보에 어려움이 있어 공사수주를 포기하는 등 많은 사회적 부작용이 우려된다는 부정적인 입장³⁾도 있다. 이하에서는 유치권과 관련된 개정안에 대한 조문별 내용 검토를 통해 개정안의 타당성 여부를 살펴보고자 한다.

II. 부동산 유치권제도의 현황과 문제점

1. 유치권제도의 현황

유치권은 목적물을 유치함으로써 심리적 압박에 의하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제함을 주된 목적으로 한다는 점에서 목적물의 교환가치를 직접목표로 하는 우선변제권을 가지는 전형적인 담보물권과 다를 뿐만 아니라 법률상 당연히 성립하는 법정담보물권이라는 점에서도 다른 담보물권과 다르고,⁴⁾ 유치권은 점유하고 있는 물건에 대하여 어느 누구에 대하여도 목적물의 인도를 거절할 수 있는 인도거절권능이 있기 때문에 유치권은 실질적으로 우

2) 예컨대, 김재형, “부동산유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55호 한국민사법학회, 2011.9, 381면.

3) 예컨대, 오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 「강원법학」 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.2, 99면.

4) 김형배 외, 「민법학강의(제9판)」, 신조사, 2010, 713면; 송덕수, 「신민법강의(제6판)」, 박영사, 2013, 789면; 지원립, 「민법강의(제11판)」, 홍문사, 2013, 717면.

선변제적 효력이 있다.

유치권은 유치적 효력이 본질이므로 저당권설정등기나 압류 또는 가압류등기의 전후에 관계없이 매각에 의하여 소멸되지 않는다. 우리 민사집행법 제91조 제5항에서는 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하고 있어, 법원의 경매절차에서 매수인에게 법원에 납부할 매각대금과 별도로 유치권자에 대하여 피담보채권의 추가변제를 강제하고 있다.⁵⁾ 매각부동산의 등기부에 유치권에 관한 권리관계가 나타나지 않기 때문에 유치권자가 집행법원에 유치권이 있음을 신고하지 않는 한 알 수가 없으므로, 매수인에게는 위협요소로 작용하게 된다.⁶⁾

유치권에 관한 분쟁이 많이 발생되고 있는데, 유치권 관련 소송은 2005년부터 급증하기 시작하여 2010년에는 726건이나 되는 것으로 파악되고 있는데,⁷⁾ 원고승소(일부승소 포함) 판결이 원고패소 판결보다 2010년에는 약 6배가 될 정도로 많으며, 유치권부존재확인의 소가 유치권존재확인의 소보다 훨씬 많은 점을 감안하면 유치권 주장이 법원에 의하여 받아들여지지 않는 사건이 많다는 것을 알 수 있다.⁸⁾

2. 부동산유치권제도의 문제점

부동산유치권은 일반적으로 채권액이 크고 이해관계인이 많아 다수의 이해관계인의 충돌로 많은 문제가 발생하고 있고, 특히 공사가 중단된 건축물이나 미등기부동산에 대한 강제집행(부동산경매)이 불가능하다는 대법원판례⁹⁾ 이후 유치권자가 미등기부동산에 대한 강제집행을 할 수 있는 방법이 실질적으

5) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별-대상판결 대법원 2006.6.29. 선고, 2004다 11971 판결-”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007. 9, 239면.

6) 이시운, 「신민사집행법」, 박영사, 2009, 239면.

7) 제1심 법원의 유치권관련 민사본안사건은 2001년 15건, 2002년 18건, 2003년 24건, 2004년 42건, 2005년 142건, 2006년 238건, 2007년 403건, 2008년 403건, 2009년 587건, 2010년 726건으로 계속 증가하고 있다(김재형, 전제논문, 343면).

8) 김재형, 상계논문, 344면.

9) 대법원 1995. 11. 27. 자 95마820 결정.

로 없어 미등기부동산을 둘러싼 법적 분쟁해결방안이 거의 방치되어 심각한 재산권 침해 문제 발생하게 되었다.¹⁰⁾

또한, 경매절차에서 유치권에 대해 사실상 인수주의를 채택하고 있기 때문에 부동산 명도 등의 불편과 추가 변제 등을 의식한 매수포기로 인한 잦은 유찰¹¹⁾과 이로 인해 경매목적물이 경매가격이 계속 낮아지는 문제가 발생된다.¹²⁾ 이로 인하여 채권자의 회수채권 부족현상과, 매수인(경락인) 이 목적물을 인도받기 위해 경매대금과 별도로 채권자(유치권자)에게 피담보채권액을 추가로 부담해야하는 문제가 발생된다.¹³⁾

뿐만 아니라, 배당단계에서 유치권자의 배당요구가 의무화되어 있지 않아 경매 종결 후 부동산 명도 단계에서 갑자기 출현한 유치권자로 인해 인도집행이 곤란하게 되거나, 가장 유치권자를 등장시켜 경매질서의 혼란상태를 야기하거나,¹⁴⁾ 유치권의 강제적 성립을 위하여 폭력에 의한 강제적 점유상태를 조장하여 유치권을 취득하거나 유치권자의 점유를 침탈하여 유치권을 상실시키는 불법행위가 자행되는 경우가 종종 있다.¹⁵⁾ 나아가, 유치권자가 유치목적물을 점유함으로써 소유자 등이 목적물을 사용·수익할 수 없게 되어 국가적으로 경제적 가치가 사장되거나, 중단된 건축공사를 속개할 수 없어 공사 중지가 장기화됨에 따라 시설이 노후화되거나 공사지연에 따른 피해발생 등이 중요한 문제점으로 비판받아 왔다.¹⁶⁾

- 10) 오시영, “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007. 11, 225면.
- 11) 유치권이 있는 경매목적물의 평균 유찰 회수는 2.22회, 그렇지 않은 경매목적물의 평균 유찰 회수는 1.27회로, 유치권이 있는 경매목적물이 더 많이 유찰되는 현상을 보이고 있다고 분석하고 있다(박혜웅·남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매가가 차이에 미친 영향 분석”, 「한국정책연구」 제11권 제3호, 2011, 134면).
- 12) 유치권의 부담이 있는 경매목적물의 매각대금은 유치권의 부담이 없는 경우보다 21.8% 정도 낮다고 분석되고 있다(박혜웅·남기범, 상계논문, 134면)
- 13) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「2012년 민법개정의 성과와 과제」(2012년 통계학술대회 발표자료), 한국민사법학회, 2012.12. 1면.
- 14) 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 2009, 351면; 이상현, “부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제문제”, 「민사법연구」 제18집, 2010, 169면.
- 15) 대법원 2010. 4. 15. 선고2009다9653 판결.
- 16) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무」(지암이선영박사화

3. 부동산 유치권 개정에 대한 종래의 견해

위와 같은 많은 문제점으로 인하여 부동산 유치권제도를 개정해야 한다는 견해가 많이 주장되어 왔는데, 종래의 입법론적 견해는 대체로, 유치권을 채권적인 항변권으로 구성하거나 유치권의 객체를 동산으로 한정해야 한다는 견해,¹⁷⁾ 부동산 유치권을 폐지하고 법정저당권으로 대체하자는 견해,¹⁸⁾ 유치권에 대한 우선변제권을 인정하고 유치권을 등기하도록 하자는 견해,¹⁹⁾ 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의를 채택하는 것으로 해결하자는 견해²⁰⁾ 등으로 구분하여볼 수 있다.

Ⅲ. 부동산유치권 관련 개정안의 검토

1. 부동산 유치권의 원칙적 폐지

(1) 개정안의 내용

민법 제320조 제1항에 대한 개정안은, 유치권의 목적물에서 물건을 동산으로 수정함으로써 부동산을 유치권의 목적물에서 제외하고 있다. 다만, 제2항에

감기념논문집), 법원사, 2006, 203면; 김재형, 전계논문, 349면; 오시영, “건축이 중단된 건물의 부동산 강제집행방법에 대한 연구”, 『민사소송』 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010 4, 327면-384면; 오시영, 전계 “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 225면-264면; 오시영, 전계 “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별-대상판결 대법원 2006.6.29. 선고, 2004다11971 판결-”, 211면-250면; 정준영·이동진, “부동산유치권의 개선에 관한 연구.”(2009년 연구용역과제보고서), 법무부, 2009, 22면.

- 17) 엄동섭, “유치권의 성립요건·관련성”, 『고시계』 제585호, 고시계사, 2005.11, 30면.
- 18) 김상용, “담보물권제도의 과제”, 『민사법학』 제9·10호, 한국민사법학회, 1993, 454면; 정준영·이동진, 상계 연구용역과제보고서, 110면 이하.
- 19) 김영두, 전계논문, 213면 이하; 오시영, “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 『토지법의 이론과 실무』, 법원사, 2006, 196면; 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 『토지법학』 제23-2호, 한국토지법학회, 2007.12, 215면 이하.
- 20) 김영두, 상계논문, 217면; 오시영, 상계 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 199면; 추신영, 전계 “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 375면.

서 미등기부동산에 관해서는 종래와 같이 유치권을 존속시키되, 제372조의 2에 의한 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다고 하고 있다.²¹⁾ 이 개정안은 등기부동산에 관한 것으로 한정하고 있지만, 원칙적으로 부동산 유치권을 폐지해야 한다는 주장을 받아들인 것이라고 할 수 있다.²²⁾

(2) 개정안의 검토

1) 등기부동산의 경우

등기부동산의 경우 점유 아닌 등기가 원칙적인 공시방법으로 등기에 의하여 공시되지 않은 유치권을 강력한 물권으로 인정하는 것은 공시의 원칙에 어긋나고 거래의 안전을 해칠 뿐만 아니라, 유치권자가 목적물의 가치를 유지 또는 증가시켰다고 하더라도 그러한 채권자에 대한 보호필요성이 등기라는 공시의 원칙보다 우위에 있는 것은 아니며, 약정담보물권을 취득할 기회가 있으므로 별도로 법정담보물권으로써의 유치권을 인정할 필요성이 없다고 밝히고 있다.²³⁾

또한, 유치권을 행사하는 동안 부동산을 사용할 수 없기 때문에 부동산 유치권은 비효율적인 제도이다. 부동산 유치권을 주장하는 사건에서 허위로 유치권을 주장하는 경우가 많아 실제로 유치권이 인정되는 비율은 매우 낮다. 부동산 유치권을 폐지하는 대신 저당권을 설정할 수 있도록 한다면, 재화를 사용가치와 교환가치로 나누어 활용할 수 있기 때문에 재화를 좀 더 효율적으로 사용할 수 있을 것이라고 하고 있다.²⁴⁾

21) 민법 제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산을 점유한자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 이와 같다. <신설> : ② 타인의 미등기부동산을 점유한자에 대해서도 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권 설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.

22) 김재형, 전계논문, 349면.

23) 윤진수, 전계논문, 7면.

24) 김재형, "담보법의 현재와 미래", 「민사법학」 제52호, 한국민사법학회, 2010.12, 343면.

생각건대, 민법 제187조에서 법률의 규정에 의한 물권변동의 경우에 등기 없이도 물권을 취득할 수 있다고 정하고 있지만, 이와 같은 예외는 공시의 원칙을 관철하기 위하여 가급적 억제되어야 한다. 부동산 유치권을 폐지한다면 물권을 명확하게 공시함으로써 그로 인한 분쟁을 예방하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

이와 관련하여, 이러한 민법 개정을 통하여 부동산 유치권을 폐지하거나(등기부동산의 경우) 저당권을 설정할 수 있도록 할 것(미등기부동산의 경우)이 아니라, 오히려 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 해야 한다는 견해가 오래 전부터 있어왔다.²⁵⁾ 이 견해에 의하면, 유치권을 유치권으로 등기하여 점유를 등기로 대체하도록 하여 공시기능을 강화하면 될 것인지, 이를 저당권으로 등기하도록 하는 것은 내용과 형식이 서로 다른, 즉 몸에 맞지 않은 옷을 입히는 형국이라 부당하다고 하지 않을 수 없으므로 저당권을 설정하도록 할 것이 아니라 그대로 유치권으로 등기하도록 하는 것이 보다 타당하다고 한다.²⁶⁾ 또한, 우리 민법상 부동산물권변동에 대하여 등기를 효력발생요건으로 하고 있으므로 유치권도 등기으로써 취득하고 소멸하도록 하는 것이 물권법의 체계상 맞는다고 하는 주장도 있다.²⁷⁾ 이러한 견해들은 형식 논리적으로는 타당한 것처럼 보인다. 그러나 법률의 규정에 의하여 당연히 성립하는 유치권을 등기하도록 하는 것은 법정담보물권으로서의 성격에 부합하지 않는다는 견해²⁸⁾와 더불어, 유치권이란 점유에서부터 비롯되는 법정담보물권으로서, '물권적 인수거절권'²⁹⁾으로서 작용하는데,³⁰⁾ 유치권을

25) 김영두, 전계논문, 213면: 오시영, 전계 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 196면 이하: 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅱ)”, 「법학논총」 제23권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 12, 252면-258면.

26) 오시영, 전계 “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 115면.

27) 김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 2008.2, 63면.

28) 윤진수 전계논문, 12면.

29) 지원림, 전저서, 717면.

30) 독일에서는 채권적 이행거절권으로 구성되어 있고(독일민법 제273조), 프랑스와 일본에서는 부동산 유치권을 인정하고 있으나(프랑스 민법 제2286조, 일본 민법 제295조), 스위스(스위스 민법 제895조)에서는 부동산 유치권을 인정하고 있지 않다(이동진, “물권적유치권의 정당성과 그 한계”, 「민사법학」 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010.6, 54면 이하).

등기로 공시함으로써 점유를 등기로 대체하는 것은 유치권 본래의 법적 성질을 혼란스럽게 만드는 것이라고 생각되므로, 타당하지 않다고 생각된다. 등기 부동산에 대하여는 약정담보불권인 저당권을 이용할 수도 있고, 그렇지 않다 하더라도 압류 등을 통하여 언제든지 강제집행을 할 수 있는 길이 열려 있으므로 유치권을 폐지해도 문제가 없을 것이다.

2) 미등기부동산의 경우

미등기부동산의 경우 공시방법이 없을 뿐만 아니라 점유가 공시의 기능을 대신하다고 할 수 있고, 미등기부동산에 대하여는 채권자가 다른 물적 담보권을 취득할 수 없으므로 정책적 관점에서 미등기부동산에 대한 유치권은 예외적으로 인정한다는 것이다. 등기부동산의 경우와는 달리, 미등기부동산, 특히 등기할 수 없는 부동산의 경우에 유치권을 인정하지 않는다면 등기를 할 수 없는 상태에서 유치권도 성립되지 않고 저당권도 설정할 수 없게 되므로 유치권을 인정해야 한다는 것이다.³¹⁾ 다만 미등기부동산에 대한 유치권을 한시적인 것으로 하여, 부동산 보존등기 후 6개월 이내에 개정안 제372조의2에 의한 저당권설정청구권을 소로써 행사토록 하고, 이 기간 내에 이를 행사하지 않으면 제372조의2에 의한 저당권설정청구권이 소멸할 뿐만 아니라 유치권도 함께 소멸하도록 하고 있다. 그 이유로는 저당권설정청구권은 그 내용이 강력하므로 이해관계인의 피해를 최대한 줄이기 위하여 부동산등기일로부터 6개월 내에 저당권설정청구권을 소로써 행사하지 아니하면 소멸하는 것으로 하였다³²⁾

개정안이 미등기부동산에 대하여 여전히 유치권을 인정하는데 대하여는 두 가지 문제점이 있다. 우선, 지금까지 부동산 유치권이 실제로 문제되어온 것은 미등기부동산인 경우가 대부분이다. 그러므로 개정안이 미등기부동산에 대하여 유치권을 인정하는 것은 부동산 유치권의 폐지에 대한 의미가 거의 없다고 해도 과언이 아닌 것이다. 미등기 부동산에 대한 유치권의 인정은 여전히 공시되지 않는 부동산 물권을 인정하는 것이고, 여기에서 지금까지 문제점으

31) 김재형, 전계 “부동산 유치권의 개선방안”, 352면.

32) 윤진수, 전계논문, 10면-11면.

로 지적되어 온 부동산 유치권과 관련하여 발생하는 일련의 복잡한 법률관계가 그대로 남게 된다. 더욱이 미등기 부동산이 보존등기 할 수 있는 상태가 아니어서 보존등기를 할 수 없는 경우에는 저당권설정등기청구를 할 수 없으므로 종래의 유치권 제도의 문제점이 전혀 해결되지 않게 될 것이다. 그러므로 미등기부동산(특히 공사가 중단된 상태의 미완성건물)의 경우의 유치권 문제를 해결하기 위해서는 미등기 상태에서 유치권에 의한 강제집행이 가능하도록 해야 문제를 본질적으로 해결할 수 있으며,³³⁾ 이를 위하여 일본의 부동산등기법에서 시행중에 있는 표시등기부제도(임시가등기부제도)를 도입³⁴⁾ 하는 등의 제도의 보완이 필요하다.

두 번째 문제는, 이번의 개정안은, 미등기부동산에 유치권을 인정하되 그 부동산이 소유권보존등기가 된 후 6개월 이내에 소로써 저당권설정등기청구권을 행사하지 않으면 저당권설정청구권 뿐만 아니라 유치권도 함께 소멸하도록 하고 있는데, 이처럼 저당권설정청구권을 소멸시키는 것은 담보물권의 속성인 부종성의 원칙에 반하는 것이어서 부당하다는 것이다.³⁵⁾ 원래 부종성이란 피담보채권이 소멸할 경우 담보물권도 소멸하는 속성을 말한다. 그런데 현재 유치권의 피담보채권이 여전히 존재하고 있는데도 단지 저당권설정청구권을 부동산 등기 후 6개월 이내에 행사하지 않았다고 하여 담보물권인 유치권이 소멸한다고 하는 것은 부종성의 기본원칙, 즉 피담보채권이 존재하면 담보물권이 소멸하지 않는다는 원칙에 어긋나는 것으로 부당하다. 따라서 이러한 기간은 폐지하는 것이 타당하다.³⁶⁾

33) 판례는 미등기부동산에 대하여, 부동산강제집행방법이나 유체동산강제집행방법으로도 강제집행이 불가능하다고 판시하고 있다(대법원 1994.4.12, 93마1933결정; 대법원 1995.11.27, 95마820 결정).

34) 일본의 임시가등기부제에 대하여는, 오시영, 전제 “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 244-248면; 안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 「부동산판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1995, 582면; 龜川靑長, “表示の登記, 現代民事裁判の課題(二)”, 「不動産登記」, 新日本法規(株), 1991, 18面 참조.

35) 오시영, 전제 “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(II)”, 255면-256면.

36) 다만, 유치권자가 계속 점유하면서 저당권설정청구권을 행사하지 않을 경우에는, 유치권설정자에게도 저당권설정청구권을 인정하여 스스로 저당권 등기를 해 준 후 부동산에 대한 점유를 이전받을 수 있도록 하거나, 이해관계 있는 제3자로 하여금 유치권에 대한 대위등기를 청구할 수 있도록 보장하여 유치권을 등기하는 방법도 고려해야 한다(오시영, 전제

2. 미등기부동산 유치권자의 저당권설정청구권

(1) 개정안의 주요 내용

미등기부동산의 유치권자는 그 부동산이 등기된 때는 부동산 소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권 설정을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이 저당권설정청구권은 부동산이 보존등기된 날로부터 6개월 이내에 소로써 행사해야 하며, 이 기간 내에 행사하지 않으면 소멸하는 것으로 하고 있다. 이 때 설정된 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다(규정하고 있다).³⁷⁾

(2) 개정안의 검토

1) 저당권설정청구권의 법적 성질

개정안 제372조의2는 미등기부동산 유치권자에게 저당권설정청구권을 인정하고 있다. 유치권자에게 저당권을 등기하도록 함으로써 권리관계를 명확히 하고 이를 대외적으로 공시할 수 있다는 장점 때문이다. 이러한 유치권자의 저당권설정청구권의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 민법 제666조의 수급인의 저당권설정청구권처럼 채권적청구권으로 보면 된다는 견해³⁸⁾와 형성권으로 보는 것이 타당하다는 견해³⁹⁾가 있을 수 있다. 생각건대 제2항에

“유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 117면에서는 저당권이 아니라 유치권설정청구권을 인정해야 한다고 하고 있다).

37) 개정안 <신설> : 민법 제372조의2(부동산유치권자의 저당권설정청구권) ① 제320조 제2항에 의한 부동산 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에는 부동산 소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대해서도 또한 같다. ② 제1항의 권리는 채권자가 그 부동산이 등기된 날부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다. ③ 제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.

38) 윤진수, 전게논문, 10면.

39) 이 견해는, 미등기부동산 유치권자에게 유치권을 대체하여 저당권을 설정토록 하여 점유를 등기로 대체하여 공시기능을 강화하려는 목적에서 새로이 도입되는 제도라고 한다면 유치권자가 유치권을 포기하는 대가로 얻게 되는 저당권은 유치권자의 일방적 의사표시에 의해

서 이 청구권은 보존등기된 날로부터 6개월 이내에 행사하지 않으면 소멸하도록 한 것으로 보아 채권적청구권으로 예정하고 있다고 볼 수도 있고, 제1항에서 이 청구권의 상대방을 현재의 부동산소유자로 하고 있는 것을 감안한다면 형성권이나 물권적청구권으로 볼 가능성도 존재한다. 유치권이 담보물권이라는 점을 고려할 때 최소한 물권적 청구권으로서의 법적 성질을 인정해야 할 것이다.

2) 저당권설정청구권의 상대방

개정안 제372조의2는, 저당권설정청구권의 상대방을 현재의 부동산 소유자로 하고 있다. 즉 그 부동산의 소유자가 채무자이거나 제3취득자 여부에 상관없이 현재의 소유자를 상대로 하고 있다. 이러한 저당권을 인정하는 것은 민법체계상 매우 이해적인 것으로 일반적인 채권적 청구권이 채무자에게 대하여만 주장할 수 있고 채무자가 아닌 제3자에 대해서는 주장할 수 없는 것이 원칙이다.⁴⁰⁾ 그리고 민법 제666조의 저당권설정청구권의 경우 부동산 소유자인 도급인으로 하고 있으므로,⁴¹⁾ 유치권자의 저당권설정청구권의 경우에도 부동산소유자인 채무자로 한정함으로써, 저당권설정청구권의 범위가 넓어져 예기치 못한 문제가 발생되지 않도록 하는 것이 합당하다.⁴²⁾

3) 저당권등기의 효력

저당권설정청구권의 행사로 저당권이 등기되면 “저당권은 그 채권의 변제기 성립한 것으로 본다”고 하고 있다. 저당권설정등기를 한 시점을 기준으로 저당권의 효력을 정하는 것이 원칙이지만, 저당권등기보다 변제기가 앞선 경우

그 설정이 보장되어야 하기 때문에 형성권으로 보아야 한다고 한다(오시영, 전계 “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅱ)”, 253면-254면).

40) 오시영, 전계 “유치권 관련 민법개정안의 검토”, 117면.

41) 박윤직, 「채권각론(제6판)」, 박영사, 2003, 262면; 박윤직(편), 「민법주해(XV)」, 박영사, 1997, 451면. 이 저당권설정청구권은 채권적 청구권이어서 저당권은 도급인과의 저당권설정의 합의와 등기가 있어야 성립한다(송덕수, 전계서, 1538면).

42) 이렇게 함으로써 만약 부동산을 취득한 선의의 제3자를 보호를 받을 수 있다. 다만, 이 경우 부동산 유치권으로 보호받고 있는 경우를 모두 포섭할 수 없다는 단점이 있다.

에는 변제기를 기준으로 효력발생시기를 정하도록 한 것이다. 이것은 저당권 등기시보다 앞선 시기를 기준으로 저당권의 효력발생시기를 정하고 있는 점에서 부동산등기에 관한 기본원칙에 대한 예외를 인정한 것이다.⁴³⁾ 원래 유치권은 누구에게나 주장할 수 있는 대세권인 물권이고, 유치권자는 사실상 다른 권리자에게 우선하여 변제를 받을 수 있으므로 유치권이 저당권으로 등기되더라도 유치권자의 그러한 지위는 보장되어야 하고,⁴⁴⁾ 본 조에서의 저당권설 정청구권은 결국 유치권의 연장 내지 변형으로 파악할 수 있으므로,⁴⁵⁾ 이러한 예외를 인정하여도 정당화 될 수 있을 것이다.

생각건대, 저당권의 효력발생시기에 관해서는 여러 견해가 있을 수 있다. 예컨대 건축공사의 경우 공사개시시, 완공시, 공사중단시를 기준으로 할 수 있고, 변제기나 등기를 한 때, 또는 유치권이 성립한 때를 기준으로 정할 수도 있다. 현행 민법 제320조에서도 유치권과 관련하여 “채권의 변제기에 있는 경우”라고 하고 있는데, 개정안에서도 저당권의 효력발생시기를 ‘변제기’를 기준으로 하고 있고, 부동산등기법에서 변제기를 공시하기로 하고 있다(개정안 제 75조 제3항). 그러나 유치권은 목적물을 점유하고 있는 동안에 변제기가 도래한 경우와 이미 변제기가 도래한 피담보채권을 가지고 있는 상태에서 사후에 그 유치목적물을 점유하여 성립하는 경우 등 두 가지가 있으므로, ‘변제기’를 기준으로 하기보다는 ‘유치권 성립시’를 기준으로 하여 저당권의 효력을 발생하도록 하는 것이 위 두 경우를 포섭할 수 있어 타당하다고 하겠다.⁴⁶⁾

43) 이와 같이 나중에 등기된 나중에 등기된 유치권(저당권)을 먼저 등기된 저당권에 우선하도록 하는 개정안은 스위스의 법정저당권제도와 미국의 공사수급인과 재료공급자의 우선특권제도 등의 입법례가 참고된 것이다. 스위스의 법정저당권제도에 관하여 자세히는, 정준영·이동진, 전계 연구용역과제보고서, 85면; 이춘원, “저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰-스위스법을 중심으로-”, 「비교사법」 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007, 361면 이하 참조. 그리고 미국의 건축공사 우선특권에 대하여 자세히는, 이종구, “미국의 주법상의 건축공사 우선특권(Construction Lien)과 부동산 유치권의 비교법적 연구”, 「비교사법」 제19권 제2호 비교사법학회, 2012, 538면 이하; 정준영·이동진, 상계 연구용역과제보고서, 97면 이하; 이춘원, 건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일 고찰- 미국의 Mechanics' and Materialmen's Lien의 소개-”, 「성균관법학」 제19권 제3호, 성균관대법학연구소, 2007, 753면 이하 참조.

44) 동지 : 이종구, 상계논문, 618면.

45) 동지 : 윤진수, 전계논문, 10면.

3. 민사집행법상 유치권의 소멸주의 채택

(1) 배당요구권자의 추가

민법상의 유치권에 관한 규정의 개정에 발맞추어, 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구권자에 '민법 제372조의2 제1항에 의하여 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자'를 추가하였다. 나중에 보는 바와 같이, 개정안은 유치권도 배당후 소멸하는 것으로 함에 따라(민사집행법 개정안 제91조 제2항), 유치권자는 배당기금에서 배당을 받아야 하는데, 유치권자로서 이미 저당권을 설정한 경우에는 저당권자로서 그 순위(또는 변제기)에 따라 배당받을 수 있지만, 저당권설정청구권을 소로써 행사하여 재판이 진행 중인 자는 아직 등기된 자가 아니어서 집행법원으로는 유치권자의 존재를 알 수 없으므로 이러한 자에게도 배당요구를 할 수 있도록 한 것이다.

(2) 소멸주의의 채택

민사집행법 개정안 제91조 제2항은 "매각부동산 위의 모든 저당권과 유치권은 매각으로 소멸된다"고 하고, 제5항의 "매수인은 유치권자로부터 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다"는 조항을 삭제하여, 유치권도 저당권처럼 매각으로 소멸하도록 하고 있다. 이처럼 유치권에 대하여 인수주의에서 소멸주의로의 변화는 이번의 유치권 개정과 관련하여 가장 큰 변화라고 할 수 있다.

현행 민사집행법 제91조 제5항은 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판을 받아왔다.⁴⁶⁾ 이 규정에 편승하여 채무자와 통모하여 목적건물에

46) 등지 : 오시영, 전계 "유치권 관련 민법개정안에 대한 검토", 120면. 이러한 지적은 현행법 하에서도 이미 오래 전부터 있어 온 것이다(강민성, "민사집행과 유치권", 『사법논집』 제36권, 법원행정처, 2004, 51면; 차문호, "유치권의 성립과 경매", 『사법논집』 제42집, 한국사법행정학회, 2006, 343면).

47) 김영두, 전계논문, 213면; 오시영, 전계 "유치권의 한계와 입법적 검토", 196면; 오시영, 전계 "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 215면, 추신영, 전계논문 375

건축비를 지출하였다고 가장하는 위장유치권자도 있고, 유치권이 있는 경우에도 피담보채권액을 부풀리는 경향이 있어서, 경매절차에서 매수인은 안심하고 부동산을 매수할 수 없고, 그로 인하여 매각대금도 맞아져 압류채권자도 만족하지 못하게 되어, 유치권 제도의 남용이 경매절차를 어지럽히는 대표적인 요인이 되어 왔고 경매의 가장 큰 함정이며, 경매공적의 제1호가 되고 있었다.⁴⁸⁾

이 개정으로 인하여, 유치권자의 목적물에 대한 객관적 가치증대의 기여분을 종래 배당금에서 다른 저당권자들이 모두 변제받아가는 이익을 누리는 대신 매수인은 추가로 유치권의 피담보채권을 변제해야하는 사실상 인수책임이 없어지고, 배당기금에서 유치권자를 포함한 모든 저당권자들이 순위에 따라 배당을 받게 되고 매수인은 추가부담을 하지 않아도 되게 되었다. 다만, 개정안에 의하면 이제는 저당권의 등기순서(또는 유치권의 변제기)에 따라 배당이 이루어지고 유치권이 소멸하게 되어 경우에 따라서는 유치권자가 피담보채권 전액을 회수하지 못하는 경우도 예상된다.⁴⁹⁾

IV. 결 론

부동산유치권은 재화의 비효율적 이용이라는 폐해를 발생시킬 뿐만 아니라,

면 등.

- 48) 이시윤, 전제서, 250면. 공시되지 않은 유치권자가 갑자기 나타나 경매절차를 혼란스럽게 하고 부동산에 대한 저당권자 등의 권리를 침해할 뿐 아니라 매수인의 지위도 지나치게 불안정하게 해 온, 이 규정을 삭제한 것은 매우 타당하다. 다만, 유치권에 관한 민법규정이 개정되면 민사집행법 제91조 제5항이 적용되는 것은 미등기부동산에 한정되는 것이므로 이 규정이 존치되더라도 큰 문제는 없을 것으로 생각할 수 있다. 미등기부동산에 대한 유치권을 인정하더라도 부동산경매절차에 들어간 경우에는 등기를 할 것이고 이에 따라 유치권도 결국 소멸할 것이기 때문이다(김재형, 전제 “부동산 유치권의 개선방안”, 377면).
- 49) 이와 관련하여 첫째, 유치권자가 지출한 비용에 의해 현존가치가 증대되거나 유지된 부분에 대해서는 이는 유치권의 피담보채권에 의해 형성된 재산적 가치이므로 모든 채권자보다 우선하여 변제받을 우선특권을 보장하고, 둘째, 그러한 재산적 가치의 유지나 증대에 기여하지 아니한 피담보채권에 대해서는 유치권 성립 시에 우선순위를 갖는 것으로 하여 담보물권 성립 순서에 따라 배당받는 방식으로 이원화 할 필요가 있다고 하는 주장도 있다(오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(I)”, 『법학논총』 제23권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 8, 279면-286면).

공사가 중단된 미등기 건물을 둘러싼 유치권의 분쟁은 소유자, 유치권자, 저당권자, 일반 채권자, 경락인(매수인)등 여러 이해관계인 사이에 오랜 기간 동안 첨예하게 대립되고 있다. 이러한 이유로 이번 개정안 민법 제320조에서는 예서는 부동산 유치권을 원칙적으로 폐지하고 저당권설정청구권을 도입하고, 다만 미등기부동산에 대하여는 잠정적으로 유치권을 허용하는 방안을 채택하고 있다. 개정안은 부동산등기부에 유치권이라는 물권이 공시되지 않는데도 부동산 물권을 주장하는 폐해를 없애고 유치권자에게 저당권설정청구권을 허용하여 자신의 권리를 부동산등기부에 저당권으로서 공시하는 길을 열어주고 있다. 나아가 개정안은 민사집행법 제91조 5항을 삭제하고 동조 제2항에서 유치권도 저당권과 마찬가지로 경매로 소멸되는 것으로 함으로써 경매절차에서 유치권에 관한 소멸주의를 채택하고 있다.

미등기부동산에 관한 분쟁이 오래 지속되는 근본적 이유가 미등기 부동산에 대한 강제경매 절차가 보장되지 않고, 매각절차에서 매수인에게 사실상 인수하도록 하고 있기 때문이라 할 수 있으므로, 개정안이 사실상 인수주의를 소멸주의로 입법정책을 바꾼 것은 근본적으로 타당하다. 다만, 미등기부동산에 대하여 예외적으로 유치권을 인정하고 있는 바, 공사가 중단된 미완성 건물을 유치하고 있는 경우, 그 건물을 완공하여 보존등기를 하고 보존등기 후 저당권설정청구의 소를 제기하는 것은 현실적으로 그리 많지 않을 것임을 감안한다면, 미등기부동산에 대한 유치권에 대하여 종래부터 지적되어 온 여러 가지 문제점, 즉 유치권자가 부동산을 점유함으로써 소유자 등이 목적물을 사용·수익할 수 없게 되어 국가적으로 경제적 가치가 사장되거나, 공사중지가 장기화됨에 따라 시설이 노후화되거나 공사지연에 따른 피해가 발생한다는 문제점이 여전히 그대로 존재하게 된다.

이러한 문제점을 해소하려면, 미등기부동산에 대한 강제경매 절차가 도입되어야 할 것이다. 이를 위하여 부동산등기법상 일본 부동산등기법이 채택하고 있는 표시등기부제도와 같은 임시가등기부제도를 도입하고, 민사집행법상 미등기건물에 대해서 부동산 경매절차를 진행할 수 있는 제도의 도입이 필요할 것이다. 그렇게 하는 것이 부동산 유치권 관련 문제를 해결하려는 이번의 개정안이 성공할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 강민성, “민사집행과 유치권”, 『사법논집』 제36권, 법원행정처, 2004.
- 곽윤직(편), 『민법주해(XV)』, 박영사, 1997.
- 곽윤직, 『채권각론(제6판)』, 박영사, 2003.
- 김기찬, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 건국대학교대학원, 박사학위논문, 2007.
- 김상용, “담보물권제도의 과제”, 『민사법학』 제9·10호, 한국민사법학회, 1993.
- 김성욱, “유치권 제도의 운용과정에서의 법적 문제”, 『법학연구』 제16권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2013.3.
- 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 『토지법의 이론과 실무』(지암이선영박사화갑기념논문집), 법원사, 2006.
- 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 『민사법학』 제55호, 한국민사법학회, 2011.9.
- 김형배 외, 『민법학강의(제9판)』, 신조사, 2010.
- 박혜웅·남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, 『한국정책연구』 제11권 제3호, 2011.
- 송덕수, 『신민법강의(제6판)』, 박영사, 2013.
- 안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 『부산판례연구』 제7집, 부산판례연구회, 1995.
- 엄동섭, “유치권의 성립요건·관련성”, 『고시계』 제585호, 고시계사, 2005.11.
- 오시영, “건축이 중단된 건물의 부동산 강제집행방법에 대한 연구”, 『민사소송』 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010.4.
- _____, “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 『민사소송』 제11권 제1호, 한국민사소송법학회, 2007.11.
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅰ), (Ⅱ)”, 『법학논총』 제23권 제2호, 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012.8, 12.
- _____, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 『토지법학』

- 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007.12.
- _____, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별-대상판결 대법원 2006.6.29. 선고, 2004다11971 판결-”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007.9.
- _____, “부동산유치권의 한계와 입법적 검토” 「토지법의 이론과 실무」(지영이선영박사화갑기념논문집), 법원사, 2006.
- _____, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 「강원법학」 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.2.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「2012년 민법개정의 성과와 과제」(2012년 동계학술대회 발표자료), 한국민사법학회, 2012.12.
- 이동진, “물권적유치권의 정당성과 그 한계”, 「민사법학」 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010.6.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2009.
- 이종구, “미국의 주법상의 건축공사 우선특권(Construction Lien)과 부동산 유치권의 비교법적 연구”, 「비교사법」 제19권 제2호, 비교사법학회, 2012.
- 이춘원, “건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일 고찰 - 미국의 Mechanics' and Materialmen's Lien의 소개-”, 「성균관법학」 제19권 제3호, 성균관대법학연구소, 2007.
- _____, “저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰-스위스법을 중심으로-”, 「비교사법」 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007.
- 정준영·이동진, “부동산유치권의 개선에 관한 연구”(2009년 연구용역과제 보고서), 법무부, 2009.
- 지원림, 「민법강의(제11판)」, 홍문사, 2013.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 「사법논집」 제42집, 한국사법행정학회, 2006.
- 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009.
- 한삼인·정두진, “유치권 성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구”, 「법학연구」 제42권, 한국법학회, 2011.5.
- 龜川青長, “表示の登記, 現代民事裁判の課題(二)”, 「不動産登記」, 新日本法規(株), 1991.

[Abstract]

Improvement plan of the real estate liens system
- Around the Study of the Civil Law Amendments of 2012 -

Kim, Sang-Chan

Professor, Jeju National University Law School

Kang, Chang-Bo

Ph.D. Course, Dept of Law, Jeju National University

A person who claims to have applied frequently to exercise a right of retention to occupy the building as-subcontractors and construction company has suspended construction at a construction site, and to exercise real estate auction procedure in particular appears.

The auction procedure is discontinued, the claimant maybe plagued by years of conflict the issue of the abolition of the lien of real estate, has emerged as an important issue in the socio-economic sphere.

In relation to this, according to the Civil Law Amendment to the Civil Law Committee established by the Board in December 2012, it has abolished in principle the real estate liens. As long as the real estate of unregistered exceptionally, to admit a liens system, storage and registration of the real estate, admitted liens claims within six months. When this period has elapsed, liens and right to demand establishing hypothec is eliminated, the introduction of extinction attention system of lien at auction is allowed.

The real estate liens system should be abolished in principle unless it will be able to evaluate positively in terms of efficient use of goods and clarification of real estate public notice system. But this should acknowledge the lien for unregistered real estate.

And thus the problem of economic value, lost due to stopped construction arises. Damage from construction delay could occur in facilities. In addition, if you do not exercise the right to claim within a certain period of time, this right falls away.

In this paper, after considering the amendment, when it isn't registered property, even when it isn't registered real estate, it is necessary to allow auction provisional registration subtitle by introducing and displaying registry, especially Japanese etc., we have a proposal for some legislation theory supplements.

Key words : amendment to the Civil Code, liens, real estate, right to retention, right to demand establishing, hypothec, principle of extinction, the real estate, register, auction procedure

국제투자법상 간접수용에 관한 연구*

A Study on Indirect Expropriation in International Investment Law

김 여 선**
Kim, Yeu-Sun

목 차

- I. 서론
- II. 규제의 목적과 간접수용
- III. 규제의 효과와 간접수용
- IV. 목적과 효과의 혼합기준
- V. 기대이익과 간접수용
- VI. 결론

국문초록

국제투자법에서 수용은 공공목적, 무차별적, 신속·적절·유효한 보상 그리고 적법절차에 의하는 경우 합법적으로 허용된다. 요건이 명백하여 다툼이 적지만 위법한 수용인 경우 중재판정을 통한 원상회복 가능성 등이 문제된다. 수용에서 문제가 되는 것은 정부규제를 통하여 투자회수 혹은 활동을 제한하는 수용과 동등한 효과를 발생시키는 것이다. 즉, 규제가 직접적으로 투자재산의 소유권을 박탈하지 않지만, 수용 및 국유화와 동등한 또는 유사한 효과가 발

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 2009년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

생되는 것으로 이해된다. 이를 잠행적수용, 규제적수용, 부분적수용, 사실상수용, 결과적수용 그리고 위장수용 등으로 지칭되며 일반적으로는 간접수용이라고 한다.

BIT/FTA에서는 간접수용을 국유화나 수용의 효과에 상당한 조치 등으로 규정한다. 간접수용 규정은 효과만을 포괄적으로 강조하였는데 국가의 규제수단이 다양하기 때문이다.

간접수용은 BIT/FTA에서 명백한 요건이 규정되지 않아서 개별 중재판정에 의하여 일관되지 않는 기준이 제시되고 있다. 중재판정 사례에서 나타난 간접수용의 판정기준은 다음과 같다. 첫째, 효과기준은 BIT/FTA의 '수용과 동등한 효과' 라는 조문에 근거하여 재산권 전체의 이용과 향유를 제한하는 경우에 간접수용으로 판정하며, 대부분의 ISD중재사례에서 인용되고 있다. 둘째, 규제의 의도와 목적에 근거하여 간접수용을 판정하는 기준으로 소수의 ISD중재판정에서 나타나고 있다. 수용국이 무차별, 공익목적 그리고 법적절차를 유지하는 경우 수용국의 주권을 고려하여 수용을 인정하지 않는다. 다만, 수용을 목적으로 하는 고의적이고 악의적인 규제는 당연히 제외된다. 규제의 효과는 객관적이지만 목적과 의도는 주관적이라는 문제가 있다. 셋째, 최근에 규제조치의 목적과 발생한 효과를 비교형량하는 절충적인 입장이 나타나고 있다. 이는 비례원칙을 적용하는 판정기준으로 한·미FTA에서도 전향적으로 반영되어 있다. 향후 중재판정에 많은 영향을 미칠 것으로 판단된다.

주제어 : 양자간투자협정, 자유무역협정, 간접수용, 규제권, 공공이익, 투자자와 정부간 분쟁해결제도

1. 서론

국제투자법에서 수용은 공공목적, 무차별적, 신속·적절·유효한 보상 그리고 적법절차에 의하는 경우 합법적으로 허용된다. 요건이 명백하여 다툼이 적지만 위법한 수용인 경우 중재판정을 통한 원상회복 가능성 등이 문제된다.¹⁾

수용에서 문제가 되는 것은 정부규제를 통하여 투자회수 혹은 활동을 제한하는 수용과 동등한 효과를 발생시키는 것이다. 즉, 규제가 직접적으로 투자재산의 소유권을 박탈하지 않지만, 수용 및 국유화와 동등한 또는 유사한 효과가 발생하는 것으로 이해된다. 이를 잠행적(creeping), 규제적(regulatory), 부분적(partial), 사실상(de facto), 결과(consequential) 그리고 위장(disguised)수용 등으로 지칭되며 일반적으로는 간접수용이라고 한다.

BIT/FTA에서는 간접수용을 ①국유화나 수용의 효과에 상당한 조치(measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation, 캐나다·라트비아 BIT제8(1)조) ②국유화와 수용 또는 이와 유사한 성격이나 효과를 가지는 어떠한 다른 조치(any other measure of similar characteristics or effects, 이집트·잠비아 BIT제5조) ③투자자의 투자에 대한 모든 박탈 조치를 직·간접적(measures depriving directly or indirectly, 네덜란드·아르메니아 BIT제6조) ④수용과 국유화에 동등한 조치(any measure tantamount to expropriation or nationalization, 한·일 BIT제10(2)조) ⑤모든 수용과 국유화의 조치 또는 기타 직접 또는 간접적으로 몰수의 효과가 있는 조치(any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, 2006프랑스 모델 BIT제5(2)조) 등으로 규정한다. 간접수용 규정은 효과만을 포괄적으로 강조하였는데 국가의 규제수단이 다양하기 때문이다.²⁾

한·미FTA 및 2012년 미국모델BIT는 '수용 또는 국유화에 동등한 조치를 통하여 직·간접적으로 투자를 수용 혹은 국유화할 수 없다'고 규정한다. 부속서에서는 수용을 직·간접으로 구분하여 간접수용을 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를

1) M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed., Cambridge University Press, 1994, p.349-340; OECD, *INDIRECT EXPROPRIATION AND THE RIGHT TO REGULATION INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT* Number 2004/4.27, pp.45-46. Feldman 사례에서는 직접수용의 편리성을 강조하고 NAFTA의 투자정의와 같은 광의적 규정은 정당한 규제가 보상이 필요한 수용으로 전환되는 것은 불명확하다고 한다. *Marvin Feldman v. Mexico*(Case, No. ARB(AF)/99/1, Award2002), para.100.

2) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.99.

가지는 경우라고 규정한다. 그 기준으로 ① 정부행위의 경제적 영향, ② 정부행위가 투자의 분명하고 합리적 기대를 침해하는 경우 ③ 목적과 의도를 포함한 정부행위의 성격과 관련하여 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자/투자에게 요구하는 것을 고려하도록 하고 있다.³⁾ 이는 그 동안의 ISD중재판정에서 나타난 쟁점들을 모두 반영한 것으로 간접수용의 이론적 방면에서 진전이다.

그러나 간접수용은 침해 권리가 명확하지 않고, 규제도 직접적인 재산권 침해행위가 아니고, 규제목적도 공익에 의한 것으로 수용에 비하여 복잡하다. 본고에서는 첫째, 간접수용은 정부행위의 존재와 그 결과 투자에 영향을 미쳐서 피해가 발생하여야 한다. 본고는 정부행위를 '규제'라는 표현으로 사용하고 국제법상 규제의미와 규정 등을 살펴본다.⁴⁾ 그리고 어떠한 규제가 간접수용 대상이 되는지 사례를 통하여 검토한다. 둘째, 규제조치의 의도를 불문하고 결과가 재산권을 침해하게 되면 수용이 된다는 것이 다수 중재판정의 입장으로 관련 사례를 검토한다. 셋째, 규제의 의도와 효과인 재산권의 침해를 적정한 비례를 통하여 수용여부를 가려야 한다는 절충적 입장의 중재판정이 나타나고 있어 상세한 검토를 한다. 마지막으로 기대이익의 침해 문제인데, 이는 공정·공평대우(Fair and Equitable Treatment, F&ET) 위반의 문제로 다루어져 왔는데 최근에는 간접수용에까지 확장되어 이에 대한 상세한 검토를 한다.

II. 규제의 목적과 간접수용

1. 국제법상 규제조치

1) 다자규범

3) 한미 FTA 제11(6)조, 2012년 모델 BIT 부속서 B 제4항: 2004년 캐나다 「외국인투자 촉진 및 보호 협정」 모델에서도 간접수용의 판정요건을 규정하고 있다(FIPA 부속서(B) 13(1)).

4) 본고에서는 중재판정사례에서 나타난 정부행위, 규제조치 그리고 행정행위 등을 '규제'라고 표현하고, 간접수용과 수용도 구분없이 사용한다.

「외국인재산보호에 관한 협약초안」(Draft Convention on Protection of Foreign Property, OECD재산권협약초안) 제3조의 '재산박탈 금지' 해석노트는 “국제법에 의하여 정치, 사회 또는 경제적 목적을 실현하기 위하여 국가가 자국 영역에서 외국인을 포함하는 소유권자의 재산을 박탈하는 주권적 권리를 갖는 것을 제3조는 묵시적으로 인정한다. 이 권리의 부정은 국제법상 국가독립과 자치로부터 유래된 규제권(powers to regulate) 및 국가의 정치·사회 문제에 간여하는 것이다. 이 권리의 행사는 외국인재산을 박탈하는 경우 보상이 요구된다는 외국인 재산에 대한 존중 및 국가 보호의무와 함께 조화된다”고 설명한다. 그러나 “박탈(taking)은 정상적·합법적(normal and lawful)규제조치에는 적용되지 아니하고, 소유권자 권리 중의 실체적 권리를 박탈하기 위하여, 합법적인 규제적 조치를 남용하는 것에 적용된다”고 하였다.⁵⁾

둘째, MAI초안 제3조(규제적 권리)는 “체약국은 건강·안전·환경 등을 배려함으로 투자활동에 대한 어떤 조치라도 적절한 경우에 협정에 합치하는 조치의 채택·유지·집행을 할 수 있다”고 규정한다. OECD 이사회에서는 MAI는 정부가 무차별적 규제권의 정상적 행사를 제한하지 않고, 규제조치는 수용이 아니라고 한다.⁶⁾

2) BIT/FTA규정

BIT/FTA에서 규제권을 직접 규정한 경우는 없고, 수용의 예외조항으로 합법적 규제권을 규정하는데 예외조항의 유무, 내용과 방식에서 차이가 있다.⁷⁾

첫째, 공공질서, 공공건강 또는 필수적인 안보이익(essential security interests) 등의 사유에 해당하는 경우, 국가가 필요한 조치를 취할 수 있다.⁸⁾ 둘째, 정

5) OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, Notes and Comments to Article 3.: UNCTAD, Taking of Property, UNCTAD/ITE/IIT/15, 2000, p.12.

6) OECD, The Multilateral Agreement on Investment, DAF/MAI(98)17, pp.13-15.(www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf): R. Geiger, Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment, New York University Environmental Law Journal, Vol.11, No.1, 2002, p.104.

7) UNCTAD, Trends in Investment Rulemaking, United Nations Publication, 2007, p.80.

치·경제적 목적을 위하여 환경과 노동에 대한 예외를 규정하기도 한다. 그러나 대부분 BIT/FTA에서 환경과 노동조치의 규정이 없다.⁹⁾ 셋째, 외환거래 규제 조치가 국제수지 통제를 위한 합리적이고 필요한 것이면 정당한 규제권이라고 한다.¹⁰⁾ 넷째, 토지에 관한 예외조항이 있는데, 수용과 보상에 대하여 국내법 적용을 규정하는 경우이다.¹¹⁾

한·미 FTA 제12장(서비스무역)의 국내규제(DOMESTIC REGULATION)에서 “국가정책목적에 합치하기 위하여 서비스 공급을 규제하거나 새로운 규제를 도입할 수 있는 권리를 인정하고, 자격요건 및 절차, 기술표준 그리고 면허요건과 관련된 조치가 서비스무역에 대한 불필요한 장벽을 구성하지 않도록 조치가 서비스를 공급할 수 있는 자격 및 능력과 같은 객관적이고 투명한 기준에 기초하여야 하고, 면허절차의 경우, 그러한 조치 자체가 서비스 공급에 대한 제한이 아닐 것을 요구하고 있다”고 규정한다.

3) BIT/FTA의 조세조치와 간접수용

조세조치의 간접수용 구성여부에 대하여서는 국제법상 주권국가가 관할영역에서 조세권을 인정하고 있다.¹²⁾ 예외로 규정하는 이유는 조세주권, MFN 원칙상 특정 조세면제특권의 불가, 복잡한 조세문제를 BIT에 규정하는 것이 불가능하다는 것이다.¹³⁾ BIT/FTA가 주권과 관련된 것이 ISD대상으로 되는

8) 「한·일 BIT」 제16(1)조는 예외상황에 대하여 상세하게 규정하고 있다.

9) 2009년 「오스트레일리아·칠레 FTA」 제11장 부속서 10-B 제3(2)조는 “드문 상황을 제외하고는, 공공의 건강·안전·환경 등의 법적 공공복리목적 보호를 위하여 기획되거나 실행되는 당사국의 무차별적 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. Justin R. Marles, Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law, Journal of Transnational Law & Policy, Vol.16, No.2, 2007, pp.324-336.

10) Khrushchev Ekwueme, Protection of Foreign Investment in Context: Nigeria's Investment Laws, Treaties And Petroleum Agreements, Nomos Universitatsschriften, 2007, p.78: 「한·일 BIT」 제17조.

11) 「싱가포르·오스트레일리아 FTA」 제9(3)조(수용과 국유화), 「한·ASEAN 포괄적 경제협력에 관한 기본협정하의 투자에 관한 협정」 제12(4)조(수용 및 보상).

12) Khrushchev Ekwueme, p.77.

데 반하여 조세조치만을 예외로 한다는 비판도 있다.¹⁴⁾ Marvin Feldman v. Mexico 중재판정사례에서는 미국 대외관계리스테이트(제3차)¹⁵⁾를 원용하여 조세조치는 정당한 규제권으로 분류하고 있다.¹⁶⁾

첫째, 조세조치를 간접수용의 적용 예외로 규정하는 것이 일반적이지만 예외적으로 이를 인정하는 경우도 있다.¹⁷⁾ 둘째, BIT에 조세조약 우선적용 조항을 두어 조세조약과 BIT규정이 충돌하는 경우 조세조약이 우선하도록 하고 있다. 노르웨이 모델BIT는 적용 예외로 규정한다. 조세분쟁의 관할권은 국내 법원에 두고 조세조약을 적용하도록 규정한다.¹⁸⁾ 셋째, BIT/FTA에서 조세조치를 수용의 적용예외로 규정하는 구체적 수단으로 관할권부정(Tax Veto)이나 해석권을 조세당국에 부여하는 경우이다. EnCana Corporation v. Republic of Ecuador사례에서 중재판정부는 관할권이 에콰도르법원에 있다고 관할권을 부정하였다.¹⁹⁾ 해석권과 관련하여 한·미 FTA는 조세분쟁에서 투자자가 수

13) UNCTAD, Taxation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/16, 2000, p.36.

14) Todd Weiler (ed.), NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects, Transnational Publishers, Inc., 2004, pp.102-103.

15) Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, Volume 1, 1987, Section 712, Comment(f).: American Law Institute, 「제3차 미국 대외관계법」(Restatement of the Law (third), the Foreign Relations Law of the United States)은 간접수용과 유효한 정부규제 간의 구분을 확정하기 위한 견해를 밝혔다. 즉 “한 국가가 외국인의 재산을 대상으로 조세부과, 규제 그리고 몰수 또는 외국인재산의 향유에 대한 방해·비합리적 간여·부당한 지연 또는 강제출국 등의 행위를 한 경우에, 당해 국가가 재산의 수용에 대하여 책임을 부담한다. ... 진실적·일반적 조세, 규제, 형사적 몰수 그리고 일반적으로 인정된 국가의 규제권에 속한 기타 행위로 인하여, 또한 이러한 행위가 무차별적이라면, 국가는 재산의 손실 또는 다른 경제적 손해에 대해 책임을 부담하지 아니한다.

16) Marvin Feldman v. Mexico, (CASE No. ARB(AF)/99/1), para.105.

17) 투자자가 조세조치가 수용을 구성한다고 직접적으로 중재청구가 가능한 경우로 일본·베트남 BIT 제19(2)조에서 “제1조(정의), 제3조(중재 등의 청구권), 제7조(투명성), 제9조(수용 및 보상), 제22조(지방정부 등의 예외) 및 제23조(최종 조항)는 조세조치에 적용된다고 규정하고 있다.

18) 2007 Norway BIT Model, Comments, Part 4.5.5. [1].

19) 사례에서 중재판정부는 다음과 같이 언급한다. 조세조치에 의한 수용은 일반적이지 않고, 세액의 징벌성과 징세대상의 자의성을 고려하여 수용을 판단하여야 한다. 수용국에서 구체적인 조세조치와 관련된 승낙이 없는 경우, 투자기간 조세제도가 불리하게 변화되지 않을 것이라는 기대이익은 가질 수 없다. 모든 조세조치는 기업이 투자 중 획득할 이익을 감소시키므로 극단적인 상황에서 실시하면 수용과 동등한 효과가 발생된다. 중재판정부는 첫

용이라는 판단하는 경우 중재신청이 가능한데, 우선 권한있는 조세당국에 수용여부의 해석 검토를 의뢰하여 수용이 부정되는 경우에는 청구를 금지한다(제23장(예외) 제3(6)조). 그리고 부속서 11-바(과세 및 수용)에서 수용을 구성하지 않는 과세조치를 포괄적으로 규정하고 있다. 주목할 만 것은 제23장 제6(가)조는“제11.16조(중재 청구 제기)는 수용 또는 투자 계약이나 투자 승인의 위반이라고 주장되는 과세 조치에 적용된다”고 규정하여 투자계약에서 조세조치 관련 안정화조항 위반을 ISD대상에 포함시키고 있다. Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador사태에서 미국·에콰도르 BIT 제10조에 의하여 조세조치의 수용 관할권을 부정하고, 계약상 안정화조항 위반을 이유로 관할권을 인정하였다.²⁰⁾

2. 규제의 목적과 간접수용

규제목적이 정당하고 합법적이면 재산권 침해가 발생해도 수용을 구성하지 않는다는 것이 일부 중재판정사례이다. 물론 투자에 대한 정치적 혹은 보복의 경우는 불법책임을 부담한다.²¹⁾ 중재판정에서 규제목적은 판정기준으로 제시하는 근거가 규제권(police power)이론이다. 규제권의 적절한 행사라고 인정되는 조치는 보상이 필요하지 않는 수용이 되거나 수용자체가 구성되지 않는다는 것이다. 미국 대외관계법(3차) 해설서에서 “규제의 결과 재산권 박탈은 국가 보상의무가 면제되고, 선의(bona fide)의 일반 과세, 범죄의 몰수, 국가의

째, 세수동결 혹은 면세(Tax Holiday)에 대한 수용국 승낙이 있어도, 계약위반이나 합리적 기대에 반하는 수용에 해당되지 않는다. 둘째, 조세조치의 보편적 실시에 대하여 제3차 리스트스테이트먼트를 인용하여 정당한 규제권이라고 하였다. EnCana Corporation v. Ecuador, (London Court of International Arbitration, Award, 2006), para.142.

20) Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, (London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467, Award, 2004)(www.biicl.org/files/3914_occidental_v_ecuador.pdf).

21) Christoph Schreuer, The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties, Transnational Dispute Management, Vol.2, 2005, para.78 : Ian Brownlie, Public International Law(6th Edition), Oxford University Press, 2003, p.441: udolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, p.109.

규제권의 범위내의 일반적으로 인정되는 그 다른 조치"라고 하여 추상적으로 규정한다.²²⁾

Methanex v. U.S 중재판정부는 의도적·차별적(intentional and discriminatory) 규제가 수용 요건이라고 하였다. 정당한 규제는 공공목적, 무차별과 적법절차에 의하면 투자에 영향을 미쳐도 수용이 아니고, 의도된 투자(contemplating investment)에 정부약속이 존재하면 규제는 자제되어야 한다고 하였다.²³⁾ Lauder v. Czech 사례에서는 진정한 규제는 경제적 피해가 발생해도 책임이 없다고 한다. 체코가 Lauder의 재산권 사용과 향유에 직·간접적 간여가 없었고, 규제에도 수용국 이익에 영향이 없었다고 하였다.²⁴⁾ SALUKA 사례에서는 경영 악화된 외국인 투자은행에 대한 공적관리는 규제권 범위내로 수용이 아니라고 하였다.²⁵⁾

목적기준으로 수용을 판정한 중재사례는 소수인데 BIT/FTA 규정상 목적기준을 적용할 만한 근거가 없기 때문이다. 그리고 수용국이 공익을 이유로 규제를 남발하는 권력남용과 투자보호와 관련한 의무·책임을 회피할 수 있다.²⁶⁾

22) 캔자스주의 의료목적 이외의 알코올 제조와 판매의 금지조치에 대하여 주류업자가 수용이라고 주장한 *Mugler v. Kansas* 사례에서 확립된 이론이다. 법원은 유효한 입법, 공동체 건강 그리고 도덕의 목적을 위한 재산이용 금지는 수용이 아니고, 이 규제는 소유자 재산을 합법적인 목적에 이용하는 것을 방해하지 않고, 재산처분권도 제약하지 않는다고 하였다. Andrew Paul Newcombe, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?*, University of Toronto, 1999, p.75.

23) 신청인은 메탄올 판매를 위하여 캘리포니아주에 지사를 설립하였다. 캘리포니아주 정부는 신청인의 MTBE 제품이 발암성 휘발유 첨가제에 해당하여 지하수를 오염시킬 수 있다고 하여 관련법규에 따라 MTEB사용 및 판매를 금지하였다. *Methanex v. United States*, (UNCITRAL, Final Award, 2005), Part IV, Chapter D, p.4.

24) 미국의 TV 사업자인 Lauder는 독일과 네덜란드 회사인 CME와 CEDC를 통하여 *Zelezny*라고 하는 체코사업자와 함께 체코텔레비전 방송권에 투자했다. Lauder와 *Zelezny*가 투자한 텔레비전 방송이 성공하면서 양자간 분쟁이 발생하였다. 체코미디어위원회는 텔레비전 방송과 관련된 규제를 변경하였고, 이로 인해 투자자인 Lauder에게 불리하게 되어 방송운영에서 배제되고 말았다. *Lauder v. Czech*, (UNCITRAL, Final Award, 2001), paras.198, 201-204.

25) *Saluka Investments B.V. v. Czech*, (UNCITRAL, Partial Award, 2006), para.276.

26) *J.L.Gudofsky, Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade*

3. 정당한 규제와 간접수용

수용의 목적기준은 정당한 규제는 합법적인 권력행사로서 투자자 이익에 현저한 영향이 있어도 수용을 구성하지 않는다고 한다. ISD중재판정에서는 규제의 목적을 판정의 기준으로 고려하는데 그 근거로 미국 대외관계리스테이트(제3차)의 규제권을 들고 있다. 정당한 규제권과 간접수용에 대하여 다음과 같은 입장도 존재한다. 첫째, 투자자산과 그 이용은 조세, 양허·쿼터를 포함한 무역제한 그리고 환율 평가절하 조치(measures of devaluation)로부터 영향을 받을 수 있는데, 규제로 인하여 사실관계의 성격은 변하지만 원칙적으로 불법이나 수용이 아니라고 한다. 물론 합법적 규제와 간접수용의 형식적 경계는 여전히 존재한다.²⁷⁾ 둘째, 반독점, 소비자보호, 증권, 환경보호 그리고 도시계획 등에 관련된 무차별적 조치는 보상이 필요없는 수용에 해당한다. 규제는 국가가 공공목적 수행함에 있어, 투자를 포함하는 개인재산과 권리에 불리한 영향을 미치는 것이 일반적이다.²⁸⁾

최근 BIT에 환경과 노동 등에 관한 규제조치가 신설되고 있다. 이는 전통적인 공익과 경제주권의 관계에서 보면 간접수용의 판정에서 규제목적에 강조할 가능성이 크다. 따라서 첫째, Methanex 사례와 Middle East Cement 사례의 중재판정에서 보듯이 규제의 절차적 정당성을 충족하여야 한다.²⁹⁾ 둘째, 규제가 목적달성을 위한 정당한 규제권 범위라도 목적달성이 불가능하면 수용가능성은 존재한다. 규제가 본래 목적이 아닌 부당한 의도로 행사하거나 규제가 목적에 비하여 균형성이 현저히 부족한 것 등이다. 셋째, 규제는 무차별 적용되어야 한다. Too Greater Modesto Insurance Associates 사례와 Methanex사

Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol.21, 2000, pp.266-269.

27) Ian Brownlie, p.509.

28) M. Sornarajah, p.283.

29) 이집트는 MEC사 소유 선박의 압수와 경매 절차를 진행하면서 당사자 통지 절차를 흠결하였다. 중재판정부는 국내법원의 절차는 수용이 아니지만 적법절차에 의하지 않으면 효과가 수용에 동일한 조치에 해당된다고 하였다. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, (ICSID Case No. ARB/99/6), para.139.

례의 중재판정은 무차별 적용을 강조하여 수용을 인정한 사례이다. 넷째, 정부가 규제하지 않는다는 약속이 있었다면, 규제권의 범위라도 보상이 필요한 수용이 될 수 있다.

III. 규제의 효과와 간접수용

1. 규제의 효과와 간접수용

규제조치로 인하여 투자에 중대한 효과가 발생하는 것만으로 간접수용을 구성한다는 것이 ISD중재판정의 경향이다.³⁰⁾ 효과기준에 의하면 재산권에 중대한 침해가 발생하면 수용을 구성한다고 한다. 즉, 효과와 투자에 대한 간여정도를 판단하여 결정하는 것이다. NAFTA 최초의 수용판정인 Metalclad 사례에서 “명백한 압류나 권리의 공식·의무적으로 수용국으로 이전되는 명백하고, 의도적이며 인정되는(open, deliberate and acknowledged) 재산박탈(taking)뿐만 아니라, 규제로 인한 명확한 이익이 없어도 재산 이용에 관한 은닉된 혹은 부수적인(covert or incidental) 간여로 인하여 재산 및 합리적으로 예측 가능한 경제적 이익의 모두 혹은 주요한 부분을 박탈하는 효과를 가지는 것도 포함된다” 고 하였다.³¹⁾ 이 판정에서 규제의 목적과 의도라는 것을 확정 혹은 고려할 필요가 없다고 하였다.³²⁾ 효과를 판정하는 고려요소로 경제적 침해의

30) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, p.92.

31) Metalclad v. Mexican, (CASE No. ARB(AF)/97/1, (ADDITIONAL FACILITY)) 사례에서 첫째, 건축 불허가는 시간적, 법적 및 실질적으로 근거를 흠결하므로(the absence of a timely, orderly, or substantive basis) 간접수용을 구성한다고 하였다(para.107). 시간적 의미는 이유 없는 건축 허가의 지연이다. 법적 의미는 멕시코 국내법상 위법을 의미하는 것으로, 주민의 반대나 환경에 대한 우려가 문제이며, 시설의 건축적인 결함은 없기에 시정부의 행위는 부적절(improper)하다고 한다.(228. para.86.) 둘째, 지방정부는 중재신청 후 폐기물 처리장 주변을 희소 선인장 환경보호지역으로 지정하였기에, 그 목적 혹은 동기를 확정 혹은 고려할 필요는 없다고 하였다. 환경보호지역 지정 그것 자체(in and of itself)가 수용을 구성한다고 하였다.

32) Ibid. p.231. Howard Mann, Konrad von Moltke, NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment, International

정도, 재산의 일부 혹은 전부의 침해 그리고 규제의 지속성을 들고 있다.³³⁾ 규제효과만을 고려하는 것은 BIT/FTA에서 수용과 동일한 효과를 가지는 제 조치 등과 같은 조문 때문에 규제를 열거하는 것이 불가능하여 포괄적으로 규정하고 있다.³⁴⁾ 그리고 규제목적이나 차별성에 대한 명시적 규정이나 정당한 규제와 보상이 필요한 규제를 명확하게 구분하는 조항도 없다.

2. 규제효과의 정도

규제의 효과가 재산권 침해에 중대한 영향을 미쳐야 한다는 판정사례의 입장이다. 1) 유럽인권법원은 재산권이 확정적이고 완전하게 박탈되면 수용이 된다고 한다. 권리의 상실은 없지만 실질적 감소(substantially reduced)가 되거나 그 형태나 상황이 회복될 수 없는(irreversible)것이 박탈(deprivation)이라고 하였다.³⁵⁾ 2) Pope & Talbot 사례에서는 박탈이 중대한 정도(a significant degree of deprivation)여야 하고, 간여가 재산박탈에 충분할 만큼 제한했는지 여부가 수용의 판정기준이라고 한다.³⁶⁾ 3) S.D. Myers v. Canada 사례에서는 권리 능력을 영구적 제거(lasting removal)를 하는 것이라고 한다.³⁷⁾ 4) PSEG

Institute for Sustainable Development, p.17 (www.iisd.org/pdf/nafta.pdf).

33) Ursula Kriebaum, Partial Expropriation, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.8, No.1, 2007, pp.72-73.

34) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral investment treaties*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p.99.

35) H. Ruiz Fabri, The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for Regulatory Expropriations of the Property of Foreign Investors, *N.Y.U. Environmental Law Journal*, Volume 11, No 1, 2002, pp.148-173. Hauer v. Land Rheinland-Pfalz 사례는 생산과잉을 이유로 3년간 포도나무 추가 파종을 금지하는 이사회규칙(council regulation 1161/1176)은 재산권 침해라고 제기된 분쟁이다. 법원은 규칙이 임시적 성격(temporary nature)과 한정된 기간(limited period)에 운용되는 것으로 '일반적인 이익'(general interest)의 목적으로 정당화된다고 판결하였다. Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, (European Court of Justice Case 44/79, Judgement of 1979).

36) 캐나다와 미국은 협정을 체결하여 연재목(softwood lumber) 수출쿼터를 운영하였는데, 투자자가 쿼터제도로 더 많은 수수료를 납부하는 것은 수용이라고 한 사례이다. 중재판정부는 규제는 일정범위에서 간접수용을 구성할 수 있고, 수출통제 제도가 규제이기 때문에 1110조의 범위 밖에 있다는 캐나다 주장을 기각한다. Pope & Talbot Inc. v. Canada, (UNCITRAL), para.99, 102.

v. Turkey 사례에서 수용은 행정의 간여, 이익배당의 방해, 임직원·경영진 임명 그리고 재산의 전부 또는 일부의 박탈 등의 형식성을 요구한다. 중재판정부는 사례에서 극단적 간여형식(extreme forms of interference)이 없다고 하고, 규제조치는 강력한 간여(strong interference)가 있어야 한다고 하였다.³⁸⁾ 폴란드 정부는 보험회사 PZU의 민영화를 결정하고 Eureko사와 주식매도계약을 체결한 후 정치 쟁점화되어 계약을 해지하였다. 중재판정부는 계약상 권리의 박탈은 효과상 수용에 해당된다고 하였다.³⁹⁾

3. 규제효과의 범위와 규제의 지속성

규제로 인하여 재산권에 중대한 침해가 있고, 침해가 재산권의 전체에 해당되어야 수용이 된다고 한다. 1) Telenor v. Hungary 사례에서 수용에서 경제적가치의 박탈과 재산이용은 전체(whole)로 파악하여 투자가치가 실질적 감소(substantial erosion)해야 한다고 하였다.⁴⁰⁾ 2) CMS v. Argentina 사례에서는 침해는 존재하나 투자자가 투자지분에 대한 소유·관리·통제의 권리를 여전히 보유하므로 수용이 아니라고 한다.⁴¹⁾ 3) Waste Management v. Mexican

37) S.D. Myers는 캐나다의 폴리염화비닐(PCB) 폐기물을 미국에서 처리하기 위하여 미국 환경청에서 면허를 취득하였다. 캐나다 환경부는 환경과 보전을 이유로 비상명령을 발동하여 PCB 폐기물 수출을 금지하여 발생한 사례이다. S.D. Myers v. Canada, (UNCITRAL, First Partial Award, 2000), paras.283-284.

38) 터키는 BOT방식으로 발전소 설립 후 전력을 국유 전력회사에 매도하도록 하였다. PSEG는 터키와 계약 체결 후, 이행계약(implementation contract)협상과정에서 터키정부는 계획 변경과 조지구조의 제안 등의 행정행위를 함으로써 결렬되었다. 신청인은 투자과정과 금융대출 등을 이유로 수용을 주장하였다. PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, (ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 2004), paras.278-279.

39) Ureko B.V. v. Poland, (ad hoc arbitration)(www.achmea.com/press/paginas/ministry-of-treasury-of-poland-and-eureko-b-v--sign-agreement.aspx).

40) 청구인은 모바일 서비스 민영화사업을 위하여 헝가리와 계약을 체결하였다. 헝가리가 EU 가입에 따라 관련 기준을 EU기준에 부합되도록 기술과 서비스 내용의 조정을 요구하였다. 기존 시스템을 준비하던 투자자가 피해를 받았다고 수용을 주장하였다. Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary, (ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 2006), para.67.

41) CMS는 아르헨티나 가스산업 민영화와 외국인투자 촉진을 위한 인센티브 조치로서 요금을 달러화로 산정한 후, 요금청구는 청구시점 환율로 전환된 폐소화로 하고, 6개월마다 미국

사례에서 수용은 특정 자산만이 아니고 기업 전체를 대상으로 하여야 한다고 한다. 투자에 대한 규제와 계약상 권리침해를 구분하여, 계약의무 불이행은 계약권리에 대한 것으로 수용을 부정하였다.⁴²⁾ 4) GAMI v. Mexico 사례에서 긍정적 가치(positive value)를 가지는 유일한 재산권이 박탈된다면, 이것은 재산전체(total)의 피해라고 하였다.⁴³⁾ 5) Nykomb v. Latvia 사례에서 규제로 인한 재산권 침해정도 또는 기업지배에 대한 간여정도를 수용 요건으로 보고 단순한 요금지급 불이행은 수용이 아니라고 하였다.⁴⁴⁾ 6) Vivendi 사례에서 재산권 침해는 부분 혹은 완전한 박탈을 구별하고, 계약해지는 완전한 박탈이고 규제는 계약종료 또는 재협상을 강제하기 위한 위법한 국가권력 행사라고 하였다.⁴⁵⁾

수용을 구성하려면 규제조치는 반드시 영구적(non-ephemeral) 조치라는 존속기간(duration)이 고려된다.⁴⁶⁾ 1) Wena Hotels Ltd. v. Egypt 사례에서 중

생산자물가지수(U.S. price index)에 따라 조정되도록 하였다. 1999년 경제·금융위기에 따라 요금을 폐소화로 표기하도록 전환하였고, 변동환율제로 폐소화 가치가 70% 하락하고, 요금동결조치로 손실을 입었다고 주장한 사례이다. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005), paras.262-264.

- 42) Waste Management사는 멕시코에서 오물처리 서비스 제공 허가를 받았으나, 멕시코가 계약상 대금지급 및 기타 계약의무를 이행하지 않았다고 주장하였다. 또한 신청인은 무조건 부 지급보증을 하였던 멕시코은행 Banobras가 이를 일방적으로 거절하였다고 증제청구를 하였다. Waste Management, Inc. v. Mexican(No.2), (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, 2004), paras.141, 155, 159, 162-163, 175.
- 43) 신청인이 멕시코 GAMI사에 투자를 하였으며, 멕시코가 새로운 설탕정책을 시행하여 청구인이 투자한 회사의 지분을 직접 수용하지 않았으나, GAMI의 실제생산 시설인 5개 설탕 공장 중에 2개를 일시적으로 수용하였다. GAMI v. Mexico, (UNCITRAL, Final Award, 2004), paras.126-128, 131.
- 44) 신청인은 라트비아에서 Windau 자회사를 통하여 발전소를 건설·운영하고 있었다. 투자자는 에너지 인센티브 조치로 8년 동안 전력가격 두배의 요금징수를 내용으로 하는 계약을 국가전력회사와 체결하였다. 신청인은 라트비아가 계약규정을 위배하여 일부요금만을 지급하는 것은 수용과 동등한 조치라고 하였다. 라트비아는 투자자 자산과 기업 지배권이 박탈되지 않았고, 요금의 일부지급이 투자를 무익한(worthless) 것으로 만들지 않았다고 주장하였다. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 2003), pp.11-13, 33.
- 45) Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivnedi Universal S.A. v. Argentine, (ICSID Case No. ARB/97/3, 2007), paras. 7.3.34. Tecmed, CME, Santa Elena 중재판정을 인용하고 있다.
- 46) J. Martin Wagner, International Investment, Expropriation and Environmental Protection,

재판정부는 이집트는 불법적으로 1년간 호텔을 점유하여 투자자권리를 실질적으로 박탈하거나 참여하였다고 하였다. 이집트의 박탈이 일시적(ephemeral)이라는 주장에 대하여 재산권사용 또는 향유에 대한 '일시적인 간여 이상의 것'(more than a ephemeral interference)이라고 하였다.⁴⁷⁾ 2) Middle East v. Egypt 사례에서 이집트는 면허 재취득 후 수입행위는 정상적이었다고 하여 규제의 비영구적 성격을 강조하였다.⁴⁸⁾ 면허가 3년 후 취소될 것이라는 사전 정보가 있었다면 투자활동을 지속하지 않았을 것이라고 수용을 인정하였다.⁴⁹⁾ 3) Siemens사는 신분증명 및 입국심사 시스템 계약을 체결한 후 아르헨티나 경제위기시 대통령에게 재협상권한을 부여한 Decree 669/01에 의하여 계약이 해지되었는데 영구적 규제로 수용이라고 하였다.⁵⁰⁾

IV. 목적과 효과의 혼합기준

효과기준은 공익을 위한 국가주권을 적절하게 고려하지 못한다는 비판이 크다.⁵¹⁾ 규제의 목적과 효과간 적절한 균형을 고려하여 간접수용 여부를 결정하는 경향이 나타나고 있다. 이는 법해석론으로 국내법이나 국제법에서 인정

Golden Gate University Law Review, Vol.29, No.3, 1999, p.515 : Bjørn Kunoy, The notion of time in ICSID's case law on indirect expropriation, Journal of International Arbitration, Vol.23, No.4, 2006, p.345.

- 47) Wena사는 국영기업인 이집트호텔(Egyptian Hotels Company)과 임대·개발 계약을 체결하였다. 계약에서 신청인은 Luxor와 Nile 호텔을 임대받고 이집트호텔은 관리와 경영에 대한 간여금지를 규정하였다. Wena와 이집트호텔은 의무관련 분쟁이 발생하였고, 이집트호텔은 임대계약을 해지하고 호텔과 경영권을 박탈하였다. 이집트 검찰총장은 이집트호텔의 박탈행위가 불법이라 하여 Wena에 반환을 명하였다. Wena Hotels Ltd. v. Egypt, (ICSID Case No. ARB/98/4, Award on Merits, 2000), para.99.
- 48) Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt(ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 2002), paras.97-108.
- 49) Ibid, para.169.
- 50) Siemens A.G. v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/02/8, 2007). (http://www.biicl.org/files/3905__2007_siemens_v_argentina.pdf)
- 51) Allen S. Weiner, Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes, International Law Forum, Vol.5. No.3, 2003, pp.166-167.

되는 비례원칙의 적용하는 절충적 기준이라고 할 것이다.⁵²⁾ 국제법상 비례원칙은 다양하게 인정되지만 개인과 회원국간 분쟁에서 유럽인권협약을 적용하는 판결에서 인용되고 있다.⁵³⁾

1) Tecmed v. Mexico 사례는 수용 관련 분쟁에서 처음으로 비례원칙을 적용하였다.⁵⁴⁾ 사례에서 매립장 허가연장 거부의 효과를 정당한 규제와 간접수용을 구분하는 기준으로 보았다. 중재판정부는 BIT규정은 불명확하지만 규제권은 존재하고, 규제는 재산권에 대한 효과에 비례해야 한다고 하였다.⁵⁵⁾ 이 구별은 투자자의 비용 및 부담증가와 정책목표간 합리적 비례관계에 의한다고 하였다. 그리고 중요한 고려사항으로 투자자의 합법적 기대, 수용국이 추구하는 규제이익의 중요성, 제한의 정도, 영향 및 기타 투자자와 관련 있는 사항, 투자자에 대한 특수한 혹은 불공평한 영향을 미치는 것 등을 들고 있다. 경미한 법률위반을 이유로 허가연장을 거부한 것은 정당하지 않다고 하였다.⁵⁶⁾

-
- 52) 독일의 Apothekenurteil 사례에서 약품공급 허가증제도와 약제사의 직업선택의 자유에 대한 침해의 충돌에서 이익의 신중한 균형을 요구하였다. 국내법에서 비례원칙은 국가와 국민간 경계를 확정하는 것으로 개인권리와 공익간 혹은 개인간 권리충돌을 해결하는데 도움을 준다. 비례원칙은 공권력의 사인영역 간여에 중요한 제한을 가하고 있다. Jürgen SCHWARZE, The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* Vol.1, 2003, p.53.
- 53) Enzo CANNIZZARO, The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, *Eur. J. Int'l L.* Vol.12, 2001, pp.889-897.; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 1997, I.C.J. Reports 1997, p.7, para.85. EU에서는 공공도덕(public morals) 위반을 이유로 서적을 검열한 사건에서 이 원칙이 적용되었다. *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72 (Eur. Ct. H.R. December 7, 1976), para.48.
- 54) Todd Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases From the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2005, pp.597, 624, 653-656.
- 55) 멕시코는 매립장은 처리 능력범위를 초월한 사실에 근거하여 경영자의 안정성과 신뢰성 결여를 이유로 영업허가 연장을 거절하였다. 중재판정부는 실질적 이유는 지역주민의 대규모 반대운동이며, 허가연장을 거절할 예정으로 시설이전을 요구한 것 등은 정치적 이유라고 하였다. 투자자는 조기이전에 동의하면서 5개월 연장을 요구하였지만, 당국은 즉시 중단을 명하였다. *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.v. Mexican (CASE No. ARB (AF) /00/2 AWARD)*.
- 56) 부가적으로 재산권의 합리적 제한을 위한 것으로 공공안전의 위협제거를 위한 강제조치를 들고 있다. 이 조치는 직접 공공안전을 위협하는 개인에 대하여 취할 수 있고, 긴급상황에서 공공안전을 위협하지 않는 제3자에게는 적용되지 않는다고 하였다. 즉, 위협방지를 위한 재산권 간여조치는 국제법에 부합하고, 반드시 보상을 요한다고 할 수 없다는 것이다. *Ibid.*

2) LG&E v. Argentina 사례에서는 규제가 간접수용을 구성하려면 비교적 높은 정도의 간여가 필요하다고 한다.⁵⁷⁾ 규제에 의하여 재산권이 무효화 되고, 투자자가 투자에 대한 통제불능 혹은 정상적 경영이 불가능한 영구적 조치여야 한다고 한다.⁵⁸⁾ 이 사례는 Tecmed v. Mexico 사례에서 적용된 비례원칙을 원용하여 합법규제와 보상이 필요한 간접수용을 구분하고 있다. 규제가 명확하게 비례원칙에 위반하면 (obviously disproportionate) 공익을 위한 보편적 규제행위라도 보상이 필요하다고 한다. 중재판정부는 권리에 대한 효과의 정도와 국가정책간 이익균형을 검토하여 사회적·일반적 공공복리 목적을 위한 규제권이 명백히 불균형한 경우를 제외하면 필요성이 있다고 하였다.⁵⁹⁾

3) S.D. Myers v. Canada 사례의 중재판정부는 오물매립장과 관련된 환경규제조치가 간접수용을 구성한다는 것에 대하여 효과가 그 목적에 비례하지 않았다고 하였다. 그리고 NAFTA의 수용과 동등한 효과의 규정에 따라 효과가 판정요건이 되지만, 단지 기술적·표면적인 것을 고려하여 수용 또는 수용과 동등한 행위가 성립한다는 결론을 도출하면 안 된다고 지적하고 있다. 사실과 관련된 진정한 이익 및 규제의 목적·효과를 동시에 고려하여야 한다고 판정하였다.⁶⁰⁾

절충적 입장은 권리와 이익의 충돌에서 사회문화, 특정기구의 정책과 가치 지향, 기타 법률 자료 및 특정 법률제도의 목적을 고려하여 비교형량하게 된다.⁶¹⁾ 그리고 공익목적의 규제가 간접수용과 관계없이 공·사익을 합리적으로 처리할 수 있는 방법이 될 수도 있다.⁶²⁾ 절충적기준을 적용하는 고려요소로

paras.122, 136, 149.

57) LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International INC. v. Argentine (ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability), para. 177. 자세한 것은 Stephan Schill, International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises, J. Int'l Arb. Vol.24, 2007, p.265.

58) Ibid., paras.191, 193.

59) Ibid., paras.189, 195.

60) S.D. Myers v. Canada, (UNCITRAL, First Partial Award, 2000), paras.147, 281, 285.

61) 비례원칙은 정부의 규제행위를 확정하고, 자유를 제한하는 수단이 되고, 공공과 사인의 경계 확정과 형량의 기준이 된다고 한다. Mads ANDENAS and Stefan ZLEPTNIG, Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective, Tex. Int'l L. J. Vol.42, 2007, p.371.

62) Yves L. Fortier & Stephen L. Drymer, Indirect Expropriation in the Law of International

규제에 의한 투자자에 대한 경제영향과 부담, 주권, 공공이익 및 법률상 부여된 투자자의 보호 및 보상, 심지어 투자자의 수용국 조치에 대한 참여결정권 등을 들고 있다. 따라서 절충적입장은 수용국의 광범위한 자유재량권(Exercises of discretionary powers)을 제한하고,⁶³⁾ 공익을 위한 규제남용의 방지를 위하여 규제가 합리적이고 목표와 비례적이어야 한다는 것을 의미한다.⁶⁴⁾

물론 ISD중재판정에서 비례원칙 적용의 법적근거 결여의 비판도 존재한다. 사례에서 유럽인권법원의 판례에 전적으로 의존하고 있다.⁶⁵⁾ 이것은 BIT에서 비례원칙 적용근거를 찾을 수 없기 때문이었다. 한·미FTA의 수용요건은 절충적 입장을 강조하고 있어 투자보호와 공공정책 목적을 비례원칙에 의하여 서로 균형을 맞추어가는 조항이라고 할 것이다.

V. 기대이익과 간접수용

1. F&ET와 기대이익

ISD가 규제로 피해를 받았다는 전제에서 출발하기 때문에 행정법상 신뢰보호의 원칙은 국제법의 기대이익에 가장 유사한 국내법원리라고 할 것이다. 행정기관의 행위는 정당성 또는 존속성에 대하여 보호가치 있는 신뢰는 보호되어야 한다는 독일의 행정법상 신뢰원칙에 근거를 두고 있다. 미국에서는 위약손해배상에서 기대이익(expectation interest) 과 신뢰이익(reliance interest) 개념이 발생되었다. 국제투자법에서 기대이익은 그동안 F&ET에서 문제되었고

Investment : I Know It When I See It , or Caveat Investor, 19 ICSID Review, 2004, p.326.

63) P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford: Blackwell, 1995, p.504.

64) *Handyside*(Judgment of 7 Dec 1976 Ser.A, no.24.)사례에서 유럽법원은 민주사회에서 필요한 것은 모든 종류의 절차, 조건, 제한 혹은 징벌이 그것이 추구하는 합법목표와 서로 비례되어야 한다고 하였다.

65) 인용된 사례로 *Matos e Silva, Lda. , an d Others v. Portugal*(<http://hudoc.echr.coe.int>) : *Mellacher and Others v. Austria*(<http://hudoc.echr.coe.int>) : *Pressos Compania Naviera and Others v. Belgium*(<http://hudoc.echr.coe.int>) *James v. United Kingdom*, Eur. Ct . H . R. (ser.A), 1986 (98), 34 등이 있다.

일부 사례에서 수용을 구성하는 판정사례도 존재한다. 기대이익은 정부의 정당한 승낙에 의하여 발생하는 합리성을 보호하기 위한 것으로 F&ET의 중요한 구성부분이 되었다.⁶⁶⁾

1) *Thunderbird v. Mexico* 사례에서는 기대이익을 관습국제법상 선의(*good faith*) 원칙에 근거하여 수용국 행위를 신뢰하여 투자하는 경우 합리적이고 정당한 기대이익이 발생하게 된다고 정의한다.⁶⁷⁾ 신청인이 허가신청 당시 도박용임을 고지하지 않았고, 금전이용과 현금 환전이 가능한 티켓 등은 국내법 위반이고 기대이익이 아니라고 판정하였다.⁶⁸⁾ 2) *Olguín v. Paraguay* 사례에서 '명백하고 합리적'에 대하여 신청인은 사업경험이 풍부하여, 파라과이 행정상황을 충분히 파악할 수 있어 규제에 의한 손실보상 요구는 불합리하다고 하였다.⁶⁹⁾ M.C.I 사례에서는 BIT가 보호하는 기대이익은 집행 가능한 의무 범위 내에 존재하는 것이라고 한다.⁷⁰⁾ *Feldman v. Mexican* 사례에서 정치·경제·사회적 상황 변동에 의하여 법률을 제·개정할 수 있다고 하였다. 조세당국의 정책은 일관되고 예측가능하지 않고, 조세법이 공공 혹은 재정정책으로 실행되어 혜택의 편차가 발생하고 손실가능성도 있다고 한다.⁷¹⁾ 신청인이 주장한 보증(*assurances*)은 모호하고(*ambiguous*) 비공식적인(*informal*) 것이므로

66) Thomas Walde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience*, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, p.209.

67) 신청인이 멕시코로부터 게임장 영업허가에 대한 긍정적 답변으로 2개 도시에 게임장 영업을 시작하였다. 후에 멕시코는 게임기를 도박기로 판정하여 영업정지 명령을 내렸다. *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, (UNCITRAL, Arbitral Award, 2006), para.147.

68) *Ibid.*, paras.202-208.

69) 투자자가 고수익을 보장하는 파라과이 금융회사에 투자한 후, 금융당국의 조치로 인하여 투자기업이 파산하여 수용이라고 중재를 신청하였다. *Olguín v. Paraguay*, (ICSID Case No. ARB/98/5, Final Award, 2001), para.65.

70) *M.C.I. PowerGroup L.C. and New Turbine, INC. v. Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 2007), para.278.

71) 신청인은 멕시코 도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔다. 관련법 개정으로 관세환급이 폐지되어 수용이라고 중재를 신청하였다. *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. Mexico*, (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award on Merits, 2002), paras.112, 113.

분명하고 합리적인 기대이익의 침해가 아니라고 하였다.⁷²⁾

3) Parkerings-Compagniet AS 사례의 중재판정부는 법률체계의 안정성에 의한 기대이익의 합법성 판단기준을 제시하였다. ① 명시적인 약속 혹은 보증, ② 수용국의 묵시적 혹은 명시적인 보증 혹은 대표행위 ③ 보증 혹은 대표행위가 없는 경우는 투자당시의 환경 ④ 투자당시 수용국 행위 등을 포함하고 있다. 중재판정부는 공정하고 합리적인 입법권 행사는 주권임을 강조하고, 투자자는 반드시 환경의 변화가능성을 예상하고, 투자는 새로운 법적 환경의 적응을 지적하고 있다.⁷³⁾ Continental Casualty Co. 사례는 ① 피실회적 조치의 명확성, ② 보편적 입법 표현이 기대를 감소시키는 결과 ③ 계약사무에 대한 일방적 변경 등을 제시하고 있다.⁷⁴⁾ Azurix v. Argentine 사례에서는 국가가 종전의 보증(assurances)을 거절하거나 그 보증에 합치하는 자기의 의무를 거부하는 것은 기대이익의 전부 또는 중요한 부분을 박탈하는 것이라고 하였다. 기대이익은 계약, 명시적·묵시적 보증 또는 투자자의 투자결정에 필요한 국가의 의사표시(representations)에 의한다고 하였다.⁷⁵⁾

2. 수용과 기대이익

수용에서 다루어진 기대이익은 1) Metalclad v. Mexico 사례에서는 기대이익 침해가 간접수용에 포함된다는 것을 확인하고 있다.⁷⁶⁾ 신청인은 멕시코의 약속을 신뢰하여 투자하였고 후에 지방정부(Guadalzar)의 허가증 발급거부는

72) Ibid, para.149.

73) 리투아니는 EU 신청전까지 소마에트 연방의 일부분의 체제전환기였기 때문에, 법적환경 변화는 예상할 수 있었고, 리투아니아의 명시·묵시적인 법률개정 약속은 없었다고 하였다. 2007. 9.11, paras.331, 334-338.

74) Continental Casualty v. Argentine Republic, (ICSID Case no. ARB/03/9, Award, 2008), para. 261.

75) 상수도서비스 민영화법은 투자자에게 운영면허를 부여하도록 규정하였다. 투자자는 경매를 통하여 지방정부와 30년 면허를 받았다. 후에 상수에서 조류(algae)가 발견되어, 신청인은 지방정부가 조류제거에 필요한 설비와 시스템을 설치하지 않아, 수용국의 부작위에 의한 상수도 이용료 징수가 불가능하게 되었다고 중재신청을 하였다. Azurix v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 2006), paras.316, 318.

76) Metalclad v. Mexico, para.103.

간접수용을 구성한다고 하였다.⁷⁷⁾ 2) CME v. Czech사례에서 CME는 체코 미디어위원회는 투자간여와 허가취소를 결정했다. 중재판정부는 투자진행과정에서 새로운 행정조치를 통하여 투자를 무효화를 시키는 것은 BIT의 수용조항 위반이라고 하였다.⁷⁸⁾ 3) CMS사례에서는 아르헨티나의 투자당시의 보증과 약속은 주목하지 않고, 단지 CMS 재산권의 실질적 박탈여부만을 판단하였다.⁷⁹⁾ 이 사례는 기대이익 침해만을 주장하는 경우, 투자재산권 침해가 없으면 수용이 되지 않음을 의미한다.

수용에서 기대이익 위반만으로 ISD를 제기하는 경우는 매우 드문 경우이다. 수용을 주장하는 대부분의 ISD사례는 F&ET위반을 동시에 주장하고 있다. F&ET와 수용조항의 기대이익의 차이점은 첫째, 투자보호 내용에 있다. 수용에서 기대이익은 재산권의 박탈이나 재산권 행사의 불합리한 방해나 장애와 연계되어 있다. F&ET상의 기대이익은 수용국의 이행승낙, 행위일치 그리고 법률과 상업환경의 안정과 예측가능성에 있다. 둘째, ISD에서 보상체계에서 차이가 있다. 수용은 보상기준을 규정하여 산정되는 것이고, F&ET는 원상회복이나 실질적 피해에 대한 배상을 한다. 그러나 기대이익에서 분명하고 합리적인 의미, 기대이익의 발생 시점과 기대이익의 보호에 대한 제한 등의 문제가 여전히 존재한다. 이것은 명확한 기준이나 범위에 대한 언급은 없고 다만 사안별로 그 기준이 다루어지고 있을 뿐이다.

수용조항에서는 유일하게 한·미 FTA 수용 조항에서 분명하고 합리적인 기대이익(distinct or reasonable expectations) 관련규정을 두고 있다. 부속서 11-나에서 정부행위가 투자의 기대이익을 침해하는 경우에 간접수용을 구성한다고 한다. 기대의 합리성 여부는 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다고 한다. 예를 들어 규제가 변경되지 않을 것이라는 기대는 규제가 강한 부문에서 합리적일 가능성이 낮다고 규정하고 있다. 기대이익이 수용을 구성하려면 '분명'하고 '합리'적인 것에 한하게 된다. 즉 객관적이어야 하고 투

77) CME v. Czech, (UNCITRAL, Partial Award, 2001), para.107.

78) Ibid., para.601.

79) CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB /01 /8, Award, May 12, 2005. paras.262-263.

자자의 주관적 기대이익을 의미하지 않는다. 기대이익은 현지국의 명시적 보증(undertaking) 뿐만 아니라 일반적 약속을 통하여 확인될 수 있고, 수용국의 법적 규정은 중요한 근거가 된다.

VI. 결론

간접수용은 BIT/FTA에서 명백한 요건이 규정되지 않아서 개별 중재판정에 의하여 일관되지 않는 기준이 제시되고 있다. 중재판정 사례에서 나타난 간접수용의 판정기준은 다음과 같다. 첫째, 효과기준(sole effect test)은 BIT/FTA의 '수용과 동등한 효과' 라는 조문에 근거하여 재산권 전체의 이용과 향유를 제한하는 경우에 간접수용으로 판정하며, 대부분의 ISD중재사례에서 인용되고 있다. 둘째, 규제 의도와 목적(purpose test)에 근거하여 간접수용을 판정하는 기준으로 소수의 ISD중재판정에서 나타나고 있다. 수용국이 무차별, 공익 목적 그리고 법적절차를 유지하는 경우 수용국의 주권을 고려하여 수용을 인정하지 않는다. 다만, 수용을 목적으로 하는 고의적이고 악의적인 규제는 당연히 제외된다. 규제의 효과는 객관적이지만 목적과 의도는 주관적이라는 문제가 있다. 셋째, 최근에 규제조치의 목적과 발생한 효과(effect and purpose doctrine)를 비교형량하는 절충적인 입장이 나타나고 있다. 이는 비례원칙을 적용하는 판정기준으로 한·미FTA에서도 전향적으로 반영되어 있다. 향후 중재판정에 많은 영향을 미칠 것으로 판단된다. 중재판정사례에서 간접수용은 반드시 F&ET위반과 동시에 제기되고 있는데 수용국 행위의 존재와 재산권의 침해라는 구성요건이 동일하기 때문이다. F&ET의 경우에는 간접수용과 달리 단순한 투자이익의 침해의 경우에도 인용되고, 침해행위도 국가의 법적 혹은 일반적 행위의 문제를 모두 포괄하기 때문에 적용범위가 아주 넓다. 그리고 F&ET에서 다루어져 왔던 기대이익의 문제가 수용의 구성요건으로 되어 양자의 중첩적 위반의 다툼이 가능하다. 투자진입단계에서 외자유치를 위한 정부의 과도한 약속과 보증은 기대이익의 문제를 발생시킬 소지가 있으므로 특별한 주의가 필요하다. 한편 투자계약의 파기도 간접수용을 구성할 수

있다. 다만 계약의 일부의무 이행의 거부는 간접수용을 구성하지 않고 계약상 의무불이행 문제로 다루어진다.

시장에서 공정경쟁, 경제적 평등 그리고 소비자보호를 위한 정부의 규제조치는 내·외자를 불문하고 이루어지고 있다. 최근에 유통산업발전법상 대규모 점포에 대한 규제 등은 좋은 예가 될 것이다. 이러한 규제를 근거로 투자에 대한 피해 발생을 주장하는 ISD는 다양하게 발생될 수 있다. 본문에서 살펴본 대로 규제는 수용국의 주권행위로서 정당하고 합리적으로 행사하면 수용과 관계가 없다. 주의할 점은 외자에 대한 행정인·허가의 변경 및 취소는 실제적·절차적 요건을 충족하여야 한다. 투자계약의 파기는 특정투자계약만이 대상으로 되기 때문에 무차별하게 할 수 없다. 따라서 간접수용의 제기 가능성이 크며, 공익목적의 정부 규제행위 존재, 범위와 요건 그리고 계약의 해제와 해지의 요건을 상세히 명시하여야 할 것이다. 규제가 특정의 외자를 대상으로 하여도 적법절차에 의하고 그 의도와 목적이 공익에 근거하면 간접수용을 구성할 가능성은 없다. 향후 간접수용이 절충적 입장에서 판정될 가능성이 크기 때문에 규제조치의 의도와 목적을 명확히 하고 과도한 규제만 제한한다면 문제될 것은 없다고 판단된다.

마지막으로 우리헌법 제119조는 경제민주화를 규정하면서 시장에서 정부의 규제를 규정하고 있다. 이는 국내법상 외국투자자와 투자에 대한 규제의 합법적인 근거가 되고 있다. 따라서 이를 확대하여 외국인투자촉진법에도 이와 유사한 정부규제의 필요성과 상세한 요건을 규정하는 것이 필요하다. 한편 이 조항을 근거로 투자계약에서 외국투자자에 대한 규제근거를 명시하는 것도 간접수용의 시비에서 비켜나는 방안이 될 수 있을 것이다.

참고문헌

- Christoph Schreuer, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, 2009.
- Cameron, Peter, *International Energy Investment Law*, Oxford Univ Pr.

- 2009.
- Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.
- Sergey Ripinsky · Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute for International & Compara, 2009.
- Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International)*, Kluwer Law International (February 28, 2009).
- Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law (Oxford International Arbitration)*, Oxford University Press, USA (October 25, 2009)
- Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law (Oxford Monographs in International Law)*, Oxford University Press, USA: 1 edition (May 11, 2008).
- Ian Brownlie, "Public International Law", Oxford University Press, 6th Edition, 2003.
- M. Sornarajah, "The International Law on Foreign Investment", Cambridge University Press. 1994
- Dolzer and Stevens, "Bilateral Investment Treaties", ICSID, 1995.
- J.M. Wagner, "International Investment, Expropriation and Environmental Protection", Golden Gate University Law Review (1999), Vol.29, No. 3.
- Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments?", *Environmental Law Journal* 64, New York University, April. 11. 2002.

[Abstract]

A Study on Indirect Expropriation in International Investment Law

Kim, Yeu-Sun

Professor, Law School of Jeju National Univ.

In international investment law, expropriation is legally allowed under certain conditions as it is based on public purposes, non-discrimination, prompt, adequate and effective compensation, and applicable legal procedures. There are not many disputes in the area of expropriation because its conditions are obvious in general. However, in a situation that expropriation is illegal, its possibility of restoration to the original state could be a problem. The main issue in expropriation is that creates a same level of effects in comparison to the expropriation through the governmental regulation which collects investment and limits performance. In other words, it is understood that this regulation does not deprive of property of investment directly, but has the same or similar effect as it is produced by direct expropriation or nationalization. This view is generally accepted as indirect expropriation and also designated terms as "creeping", "regulatory", "partial", "de facto", "consequential" or "disguised" expropriation.

In BIT/FTA, indirect expropriation is provided as "measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation", according to Canada-Netherlands BIT Art.8(1). Indirect expropriation provisions mostly stress on comprehensive effects only because there are various governmental regulatory measures.

In an area of indirect expropriation, BIT/FTA do not provide obvious

conditions so that individual arbitral awards provide inconsistent standards. The criteria of indirect expropriation from decisions of international tribunals are as follows. First, there is 'sole effect test.' Based on a provision "same effect with expropriation", this standard determines government's interference as indirect expropriation when it limits the use and possession of property as a whole. This standard has applied to the most of ISD arbitral cases. Second, based on 'purpose test' of regulation, the standard has been appeared in a few of ISD arbitral awards in order to define indirect expropriation. If a host state maintains its non-discrimination, public purpose and applicable legal procedures, indirect expropriation is not admitted in light of sovereignty of the host state. However, calculated and malicious regulations with the purpose of expropriation are excluded as a matter of course. [It is an issue that effects of regulation are objective whereas purpose and intention of regulation are subjective. Third, an eclectic approach called 'effect and purpose doctrine' has been emerged. This approach focuses on the fair comparison between the purpose and effect of regulations. This approach is also affirmatively reflected by KOREA--US FTA as a standard of decision making that applies principle of proportionality. It seems that this approach will have great influences on further arbitral awards.

Key words : Bilateral Investment Treaty(BIT), Free Trade Agreement(FTA), direct expropriation, indirect expropriation, regulatory power, public interest, Investor-State Dispute(ISD), International Center for Settlement of Investment Dispute(ICSID)