

國際投資法에 있어서 “契約上 權利”의 收用 및 보호

The Expropriation and Protection of “Contractual Rights” under International Investment Law

김 부 찬* · 전 가**
Kim, Boo-Chan · TIAN, Ke

목 차

- I. 서론
- II. 계약상 권리의 침해 및 전통적 보호방법
- III. 계약상 권리보호를 위한 국제투자법제
- IV. 계약상 권리보호의 법제도적 과제 및 문제
- V. 결론

국문초록

국제투자법상 투자유치국이 외국인 투자자와 체결한 계약, 즉 투자계약을 위반하거나 파기하는 경우에 이로 인하여 투자유치국의 국가책임이 발생하는지, 그리고 계약상의 권리도 일종의 투자로서 현지국에 의한 수용의 대상이 되는지 여부와 관련하여 학설 및 판례를 통하여 많은 논의가 이루어지고 있다. 오래전부터 해외투자 및 계약상 권리에 대한 현지국의 침해 문제가 발생해 왔으며, 이에 대한 투자자 및 투자자 본국의 대응 방법도 시대를 달리하여 크게 변화되어 왔다. 20세기 이전에는 자본수출국인 강대국들은 흔히 FCNT

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.07.27

게재확정일 : 2011.07.28

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

** 中國 河南大學校 經濟學院 國際貿易學科 교수

에 근거하여 현지국의 국내문제에 간섭하거나 필요한 경우 강제력을 통하여 자국민의 해외재산을 보호하거나 해외 채무를 회수하는 방법을 사용하기도 하였다. 그러나 20세기 들어와서 채무회수를 위한 무력사용이 제한되고 20세기 중반에 들어와 국제법상 무력사용금지 원칙과 함께 국제분쟁의 평화적 해결 원칙이 *jus cogens*로 확립되면서, 국가 간에 자국민 투자보호는 주로 '외교적 보호제도'를 통한 외교적 방법 또는 국가 간 법적분쟁 해결절차를 통하여 시도되어졌다.

20세기 후반에 들어와서 선·후진국을 막론하고 해외투자를 적극적으로 활용하는 시대적 상황을 맞게 되었으며, 이러한 변화는 국제투자에 대한 보다 강력한 보호 시스템의 확립을 요구하고 있다. 이제, 투자유치국의 국내법 체계 및 국내법원에 의한 투자 보호는 더 이상 외국인 투자자에 대한 형평성 있고 균형 잡힌 보호체제를 제공할 수 없게 되었으며, 전통적인 외교적 보호제도에 의하여 투자자의 본국이 자국민을 위하여 국제적인 절차를 독점하는 방식도 시대착오적인 제도임이 드러나고 있다. 개인의 인권 및 청구권이 국제적으로 보장되고 있는 국제사회의 현실 속에서 투자보호를 위한 국제투자법제는 획기적인 변화를 보이고 있는 것이다. 오늘날 BIT나 FTA 등 국가 간에 체결되는 수많은 IIA와 투자자 개인과 투자유치국이 직접 체결하는 투자계약을 통하여 '투자'에 대한 보호가 매우 강화되고 있으며, 그 범주에 '계약상 권리'도 당연히 포함되는 것으로 이해되고 있다.

'투자'로서의 '계약상 권리'에 대한 침해와 관련하여 '투자계약'의 위반 또는 파기가 '수용'을 구성하는지 여부가 특별히 문제되어 왔다. 모든 국가는 그 영역 내에서 내·외국인을 막론하고 그 재산에 대하여 수용(또는 국유화)할 수 있는 권리는 보장되고 있다. 다만 그러한 수용조치가 합법성을 띠기 위해서는 국제법상 요구되는 일정한 조건을 충족해야만 하며 특히 수용되는 재산에 대하여 합당한 보상이 지급되어야만 하도록 되어 있다. 계약상 권리는 일종의 '무체재산'으로서 수용의 대상이 됨은 물론이다. 오늘날은 직접적인 방식보다는 '간접적인' 방식에 의한 수용이 투자 또는 계약상 권리의 보호와 관련하여 문제가 되는 경우가 많다. 이 때문에 IIA를 통하여 직접수용은 물론 간접수용에 대한 개념 정의와 함께 그에 대한 국가의 책임의 범위를 분명히 규정하고

관련 분쟁을 ISD 방식으로 해결할 수 있도록 하고 있다.

그러나 이로 인하여 투자유치국은 투자조약 및 투자계약상 제한 때문에 오히려 국가차원의 공공목적 수행을 위한다거나, 급박한 상황 속에서 투자와 관련하여 정책적 변화를 모색하는 일이 많이 어려워지는 경우도 생겨나고 있다. 투자보호와 관련하여 투자유치국의 공익 목적과 투자자 개인의 사익 사이에서 균형 잡힌 제도를 정립하는 과제는 그리 쉽게 달성할 수 있는 과제는 아닌 것 같다. 오늘날 대부분의 국가들이 투자수출국인 동시에 투자유치국이 되고 있음을 감안한다면, 국가들 간에 그리고 투자유치국과 투자자인 개인들 간에, 나아가서 투자자 본국과 투자자 간에 서로 양해하고 공유할 수 있는 국제투자법제를 제도화하는 일이 불가능하지만은 않으리라고 본다.

주제어 : 국제투자법, 수용, 간접수용, 양자간 투자조약, 투자계약, 계약상 권리, 투자자-국가 간 분쟁해결절차, 국제투자분쟁해결센터

1. 서론

'국가계약'(state contract)이라 함은 일방당사자가 국가나 그 기관 또는 국영기업인 계약을 말하며, 자국민은 물론 외국인과의 사이에서도 다양한 목적을 위하여 체결되어진다.¹⁾ 국가계약의 일종으로 '투자유치국' 혹은 '현지국'(host State)과 외국인 투자자 간에 생산물, 자본, 기술, 자원탐사 및 개발, 그리고 서비스 등의 제공 및 이용에 관하여 계약을 체결하는 경우에는 이를 '투자계약'(investment contract)이라고 지칭할 수 있으며, 이는 국제투자법 상 '외국인 직접투자'(foreign direct investment, FDI)에서 중요한 역할을 하고 있다.²⁾ 국가계약 또는 투자계약의 주체는 공적·사적 요소를 포함하고 있기 때

1) 장효상, 『국제경제법』, 법영사, 1996, 841~849면.

2) UNCTAD, "State Contracts," *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UN Publication, 2004), p.3: : 여기서 문제가 되는 '국가계약'은 "국가가 일방당사자가 되어 외국의 사인 또는 사기업과 금전채무, 천연자원의 탐사 및 개발, 공익사업, 기술 및 전문

문에 국가계약은 공법뿐만 아니라 사법과도 관련되며 국제법상 그 법적 성질과 관련하여 논란이 많이 제기되고 있다. 그 중에는 “국가계약이 국내법상의 계약에 해당되는지, 아니면 국제법상의 계약에 해당되는지” 또는 “투자유치국이 자국의 공공목적을 위하여 법령을 제정하거나 실행함으로써 국가계약상의 조항을 위반하거나 국제계약 그 자체를 파기하는 경우에 계약의 위반 또는 파기 그 자체는 국제법을 위반하는 것인가” 하는 문제들이 포함될 수 있다.

국가계약의 위반·파기 그 자체로 인한 법적 문제 이외에, 투자유치국인 현지국의 조치나 행위가 사실상 외국인 투자자의 ‘투자’(investment), 또는 투자 계약에 따라 외국인투자자에 부여된 ‘계약상 권리’(contractual rights)에 대한 ‘수용’(expropriation)이나 ‘국유화’(nationalization)를 구성하는지 여부와 관련해서도 논란이 많다. 특히 오늘날은 투자자의 재산이나 계약상 권리에 대한 직접적인 박탈이나 점수를 의미하는 ‘직접수용’(direct expropriation) 외에 간접적인 형태로 이루어지는 이른바, ‘간접수용’(indirect expropriation)과 관련된 문제도 중요한 검토 대상이 되고 있다.

본고에서는 이러한 배경에서 국제투자법상 (투자)계약상의 권리에 대한 수용 및 보호 문제와 관련하여, 전통적인 국제관행과 그 사례를 고찰하고, 오늘날 국제투자환경의 변화에 따른 법제도의 개선 내용을 반영하고 있는 국제투자법제를 검토한 다음, 향후의 과제 및 문제점에 대하여 언급하기로 한다.

II. 계약상 권리의 침해 및 전통적 보호방법

1. 국제투자 및 계약상 권리 침해의 의미

적 역무의 제공, 상품의 매매 등 다양한 내용을 대상으로 체결하는 각종의 계약”을 말하며 이 가운데, 주로 개발도상국이 자국의 천연자원의 탐사 및 개발, 그리고 이에 필요한 장기적 시설자원의 투자 등을 위하여 외국의 사기업에 일정한 권리를 부여하는 내용의 계약을 ‘讓許契約’(concession contract)이라고 한다(김부찬, “국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도,” 『국제법학회논총』 제44권 제2호, 1999, 18~19면, 주 9 참조).

'국제투자'(international investment)란 현지기업의 수익활동에 대한 직접·간접적 참여에 대한 대가로 사용되는 "무형 또는 유형의 자산"(tangible or intangible assets)이 한 국가(자본수출국, 투자가 본국)로부터 다른 국가(자본수입국, 현지국)³⁾로 이전되는 것을 의미한다.⁴⁾ 이에는 외국인의 '국내투자'와 내국인의 '해외투자'(foreign investment)의 양면이 있는데, 외국인의 국내투자는 투자자의 본국에서 볼 때는 자국인의 해외투자에 해당된다. 그러나 用例 상 국제투자와 해외투자는 서로 혼용되고 있다.⁵⁾

국제투자 또는 해외투자⁶⁾가 결정되기까지 현지국 또는 투자유치국과 투자자는 투자와 관련된 합의를 통하여 투자의 내용을 결정하고 투자에 대한 보호 목적을 달성하고자 한다.⁷⁾ 이러한 계약을 '투자계약'이라고 하며 앞에서 언급한 것처럼 넓은 의미에서 '국가계약'에 속하는 것이다. 투자계약은 그 특성상, 일방당사자는 투자자인 개인(자연인 또는 법인)이며 타방당사자는 투자유치국인 국가 또는 국가로부터 권한을 위임 받은 기관 또는 단체이다. 투자계약은 사업수행에 필요한 법률 또는 금융의 기초가 되는 것이기 때문에 투자계약이 제대로 이행되지 않는다면 투자자는 사업을 지속하기가 어려워진다.

그런데 예로부터, 외국인투자자가 현지국에서 투자관련 사업을 계획하고 실

- 3) '자본수입국' 또는 '현지국'은 투자를 유치하는 국가이므로 여기서는 '투자유치국'이라는 용어를 함께 사용하기로 한다.
- 4) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 1994), p.4; S. A. Riesenfeld, "Foreign Investment," in R. Bernhardt ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.8 (Elsevier Science Publishers, 1985), p.246(최승환, 『국제경제법』 제3판, 법영사, 2006, 783면에서 재인용).
- 5) 최승환, 상계서, 784면.
- 6) '해외투자' 또는 '외국인투자'에는 '직접투자'(foreign direct investment: FDI)와 '간접투자'(foreign portfolio investment)가 있다. 1980년대 말 채무위기에 봉착한 세계 각국은 국제은행거래를 통한 차관도입보다는 FDI 유치에 관심을 갖기 시작하였다. 직접투자는 자금의 이전, 장기적인 사업기간, 정기적인 이윤창출, 개인의 사업경영 참여, 기업 위험의 수반이라는 특징이 있으며, 경영자의 관여라는 측면에서 간접투자와 구별되며 관리 요소, 지속적인 수익창출이라는 측면에서 상품 혹은 서비스 판매, 단기 금융 거래와도 구별된다(강병근, "국제투자법에 따른 '계약상' 권리의 보호", 『강원법학』 제28권, 2009, 124면).
- 7) 투자계약은 과세, 통관 규정, 계약 대상 물품의 매도 또는 매입에 관한 권리, 계약 대상 물품의 가격 산정 방식에 관한 사항, 위험 및 책임 부담에 관한 사항, 그리고 그밖에도 당사자들이 합의한 준거법, 분쟁해결방식에 관한 사항을 포함하며, 나아가서 불가항력, 신의성실, 사정변경과 관련된 규정도 포함할 수 있다(상계논문, 122면).

행함에 있어서 가장 심각한 문제로 대두되어 왔던 것은 현지국에 의한 수용 또는 국유화 조치이다. 그런데 일반적으로 모든 국가는 내·외국인을 막론하고 개인의 재산에 대하여 수용 또는 국유화의 권리를 향유한다.⁸⁾ 개인의 재산권 행사는 절대적인 것이 아니며 공공목적을 위해 필요한 경우 국가가 제한할 수 있다는 것은 대부분의 국내법체제는 물론 국제법적으로도 인정되고 있는 것이다.⁹⁾ 그러나 주권국가의 경제적 권리로서의 수용 및 국유화 권리는 결코 무제한의 것이 아니며 그 행사에는 국제법상 일정한 제한(요건)이 부과된다. 수용 및 국유화가 국제법상 합법적으로 이루어지기 위해서는 일반적으로 '공익(public purpose)의 원칙,' '무차별(non-discrimination)의 원칙,' 그리고 '보상(compensation)의 원칙' 등 세 가지 요건을 충족하여야만 한다. 이러한 요건은 그동안 관습국제법의 원칙으로 인정되어 왔는데, 오늘날은 특히 '보상' 지급의 기준 및 방법과 관련하여 선진국과 후진국들 간의 견해가 대립되고 있다. 이는 직접적으로는 1938년 멕시코가 미국의 석유 산업을 수용했을 때, 당시 미국의 헐(Hull) 국무부 장관이 외국인 재산의 수용 시에는 국제법상 '신속하고 충분하며, 효과적인 보상'(prompt, adequate and effective compensation)이 요구된다고 주장하였으나, 이에 대하여 멕시코가 반발을 하면서부터이다.¹⁰⁾

외국인 자산에 대한 수용 또는 국유화는 외국인의 재산 및 재산권을 직접 탈취하거나 국가 및 공공기관의 관리·통제 하에 두는 것을 목적으로 하는 것으로서, 그 대상은 유체재산뿐만 아니라 투자자에게 경제적 가치가 있는 무체 재산도 포함된다는 점에 대해서는 이견이 없다. 따라서 투자계약에 의거한 투자자의 '계약상 권리'도 일응 수용의 대상이 될 수 있다. 그동안 선례를 보면, 투자계약 또는 계약상 권리가 현지국에 의하여 자의적으로 침해되는 경우가 비일비재하였으며 계약상 권리가 국내법에 의하여 수용의 대상으로 규정되고 있는 사례들도 많이 있다.¹¹⁾ 이처럼 현지국의 투자계약 파기나 계약상 권리를

8) 최승환, 전제서, 844면.

9) 이는 오늘날 관습국제법상 확립된 원칙이며, 예를 들어, 1962년 「천연자원에 대한 영구주권 선언」, 1973년 「천연자원에 대한 영구주권 결의」, 1974년 「국가의 경제적 권리·의무헌장」 등 UN 총회의 결의를 통하여 확인할 수 있다.

10) 최승환, 전제서, 842~844면.

11) US-Venezuela Mixed Claims Commission, *Rudolf Case*, Decision on Merits, 9 RIAA 244.

박탈하는 침해 행위는 외국인 투자에 대한 수용에 해당하는 것으로서, 그 합법성이 인정되기 위해서는 앞에서 언급한 국제법상 수용 또는 국유화의 합법화 요건이 충족되어야만 한다.

만일 투자유치국의 계약상 권리에 대한 침해가 수용에 해당하는 경우, 그 합법화 요건을 충족시키지 못하게 되면, 위법한 수용에 따른 국제책임을 져야만 한다. 한편, 이와 관련하여 현지국, 즉 투자유치국이 계약상 권리를 '수용'하는 것과 계약을 단지 '위반'하는 것은 기본적인 차이가 있다는 점을 지적할 필요가 있다. 뒤에서 설명할 내용이지만, 만일 '투자계약'을 단순한 '국내법상 계약'으로 규정하는 경우, 현지국의 계약 위반 여부는 계약 그 자체와 계약의 준거법인 국내법을 적용하여 판단하게 되며, 이 때 현지국 정부의 계약위반이 모두 계약상 권리에 대한 수용에 해당하는 것은 아닐 수도 있다. 이 경우, 계약위반이 수용이나 국유화에 해당하기 위해서는 그 수준이 계약의 파기에 이르거나, 계약위반이 법령의 제정, 행정명령 또는 행정행위의 발동 등 정부행위를 수반해야 한다고 보는 것이 일반적이다.¹²⁾ 예를 들어, *Argentina Case*에서

250 (1959): Permanent Court of Arbitration, *Norwegian Shipowners Claim (Norway v. USA)*, 13 October 1922, 1 RIAA 307 (1948); PCIJ, *Case Concerning Certain Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No.73 (1926); *Amoco International Finance Corp v. Iran*, Award, 14 July 1987, 15 Iran-US CTR 189, para. 108; *Tokio Mokuks v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, 20 ICSID Review-FILJ 205 (2005), paras. 92-93; *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (ICSID) Case No. ARB/02/8 (Award rendered on February 6, 2007).

- 12) 강병근, 전제논문, 127면: "자산에 대한 직접적인 박탈이나 점수"를 의미하는 '직접수용'(direct expropriation)뿐만 아니라 재산권 행사에 대한 간섭이나 침해도 '일정한 경우' 수용의 범주에 포함될 수 있다. 다수의 투자조약에서는 "수용이나 국유화와 동등한 효과를 초래하는 조치"에 대해서도 '수용'의 경우와 마찬가지로 규율하고 있으며, 이를 '간접수용'(indirect expropriation), '잠행적 수용'(creeping expropriation), 또는 '위장된 수용'(disguised expropriation)이라고 한다. 예를 들어, ① 상당기간에 걸친 현지국 정부의 간섭으로 외국투자자가 사업을 포기하는 경우, ② 현지국과의 투자협정에 입각한 합작투자에 있어 외국투자자가 계약적 권리를 효과적으로 박탈당하는 경우, ③ 외국인투자에 대해 물수에 가까운 정도의 증과세를 부과하는 경우, ④ 이윤이나 원금의 본국 송금을 장기간 금지하는 경우, ⑤ 사업상 필요한 정부의 인·허가를 내주지 않는 경우, ⑥ 재산매각 또는 주식매각을 강제하는 경우, ⑦ 재산수용을 목적으로 외국투자자를 추방하는 경우, ⑧ 소유권 이전을 목적으로 현지인의 경영 참여를 요구하거나 제3자로 하여금 외국인 자산을 물리적으로 점수하게 하는 경우, ⑨ 은행계좌의 동결, 파업, 공장폐쇄, 노동력 부족과 같은 방해 행위, ⑩ 기타 각종 단계에서 지나친 부담을 가하여 사실상 투자목적사업을 계속하지 못하게 하는 행위

중재재판부는 국가 당사자의 행위가 일반적으로 개인 당사자가 합리적으로 예측할 수 있는 범위를 초과하는 행위일 경우에만 관련 협정의 위반을 구성한다고 밝힌 바 있다.¹³⁾

2. 투자 및 계약상 권리에 대한 전통적 보호 방법

오늘날은 투자와 관련하여 직접적으로 그 보호를 위한 투자협정이나 투자계약이 체결되고 있지만, 19세기 이전에는 국가 간에 체결되는 ‘우호·통상·항해조약’(Friendship, Commerce and Navigation Treaty; 이하 “FCNT”)에서 주로 자국민의 외국에서의 상업활동을 보호하는 방법을 활용하고 있었다. 이 당시 FCNT에는 조약당사국 국민의 입국 및 회사의 설립에 대한 권리까지도 포함되었었다. 2차 대전 이후에 들어와서 비로소 FCNT에 투자관련 조항이 포함되었고, 기업의 투자에 대해서도 규정하기 시작하였으나, 오늘날 해외직접투자의 보호를 위하여는 FCNT가 아니라 투자보장협정이 체결되는 것이 일반적이며 FCNT의 현행 국제투자(경제)법의 법원으로서의 비중은 미미한 것에 지나지 않는다.¹⁴⁾

19세기 이전까지는 국가계약의 위반·파기 및 계약상의 권리에 대한 수용과 관련하여 실제적 규범이 정립되지 않았으며, ‘중재’(arbitration)나 ‘사법재판’(judicial settlement) 등 국제재판을 통한 투자분쟁해결제제도도 형성되지 않았다. FCNT의 경우도 대체로 강대국의 영향력 확대를 위한 수단으로 이용되는 측면이 있었음이 명백하다.¹⁵⁾ 실무상 투자자의 본국인 강대국들은 FCNT라고 하는 국제법과 함께 그들이 활용할 수 있는 강제력 및 외교력에 의지함으로써 대부분이 약소국인 현지국으로 하여금 외국인 투자자의 투자재산에 대하여 보호하도록 압력을 가하거나 권리 침해에 대한 구제 문제에 개입하는 경우가 많았다. 이들은 외국인 재산에 대한 수용이나 국유화의 요건을 엄격하게 설정하고

등이 이에 속한다(최승환, 전게서, 840~841면).

13) *Siemens A.G. v. Argentine Republic case* (supra note 9).

14) 장효상, 전게서, 697~698면.

15) 장효상, 상게서, 697~698면.

이러한 요건을 충족하지 못하는 경우에는 이를 '국제위법행위'(internationally wrongful acts)에 해당하는 것으로 규정하여 현지국에 대한 '국가책임'(state responsibility)을 추궁하는 방식을 취하기도 하였다.

그러나 강대국들의 무력이나 압도적 외교력에 의한 개입을 제국주의적 방식으로 규정한 아르헨티나의 외무장관 Luis Maria Drago는 1902년 자국민들의 채권 회수를 위한 영국·독일·이탈리아 등의 무력공격에 대응하여 "재정적 곤란과 그로 인한 채무지급을 연기할 필요가 생긴 경우에는 외국의 군사적 간섭은 정당화되지 않는다."고 주장하였다. 이러한 '드라고 주의'(Drago Doctrine)는 1907년 제2차 헤이그평화회의(Hague Peace Conference)에서 라틴아메리카 국가들에 의하여 '계약상 채무회수를 위한 무력사용의 금지'에 관한 조약 체결을 시도하게 만들었으며, 결과적으로 Porter 장군이 제안한 「계약상의 채무회수를 위한 무력사용의 제한에 관한 협약」(Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts)을 채택할 수 있도록 하였다.¹⁶⁾ 이 협약에 따르면 채무국이 중재의 분쟁해결 방식을 거부하거나 중재판정에 불복하는 경우를 제외하고는 계약국들의 채무회수를 위한 무력행사가 허용되지 않는다고 규정하였다.¹⁷⁾ 이후 모든 국가들이 자국민의 채무를 위하여 무력을 행사하는 것을 포함하여 일반적으로 무력사용의 위협이나 사용이 금지되었으며, 오늘날 투자계약과 관련한 분쟁을 포함하여 모든 분쟁은 외교적·법적 방식을 포함한 '평화적인 방법'으로 해결되어야 한다는 원칙이 확립되었다.

국제분쟁의 평화적 해결원칙이 확립된 후, 외국투자자인 개인 및 투자유치국 간에 투자분쟁이 발생하는 경우에 '외교적 보호'(diplomatic protection)¹⁸⁾는 투자자인 개인의 본국이 개입할 수 있는 가장 효과적인 방식으로 활용되게 된다. 투자유치국인 현지국이 외국인 투자자인 개인(자연인 또는 법인)과 체결한 계약상의 권리를 수용하거나 계약을 일방적으로 변경·파기하는 경우,

16) 김대순, 「국제법론」 제16판 (삼영사, 2011), 341~342면.

17) 장효상, 전제서, 725면.

18) 김부찬, "국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰," 「법학연구」 제42권 제1호, 부산대학교, 2001, 77~104면.

관습국제법에 따라 외국투자자인 개인은 본국이 외교적 보호권을 행사하기에 앞서서 우선 현지국의 국내법에 따른 '국내적 구제'(local remedies) 절차를 완료해야만 한다. 이 때, 국내적 구제와 관련하여 현지국의 행위가 '司法의 拒否'(denial of justice)에 해당하거나 이와는 별개로 국제법의 위반에 해당하는 경우에¹⁹⁾ 투자자의 본국(만)이 투자자를 위하여 현지국을 상대로 외교적 보호에 나설 수 있으며, 만일 현지국의 조치나 행위가 '사법의 거부'에 해당하지 않거나 특별히 국제법위반을 구성하는 행위가 인정되지 않는 경우에는 투자자 개인이 현지국의 조치에 만족스럽지 못한 경우에도 그 본국이 외교적 보호에 나설 수는 없게 된다.²⁰⁾

3. 외교적 보호제도에 의한 투자보호의 한계

'외교적 보호제도'는 전통적으로 개인의 '국제법적 지위'(international legal personality)가 부인되고 오직 자신의 '국적국'(national State)을 통해서만 외국을 상대로 자신의 권리 침해에 대한 구제를 받을 수 있었던 시대적 상황 속에서 성립되고 발전한 제도이다.²¹⁾ 개인의 '국제법 주체성'이 부인되는 경우, 개인은 자신의 투자계약상의 권리가 수용되거나 침해된다고 주장함에 있어서 스스로 현지국을 상대로 국제적인 절차를 원용하거나 국제법상 구제를 받을 수 있는 기회를 가질 수 없는 것이다. 또한 외교적 보호제도를 이용하는 경우

19) 예를 들어, 계약의 파기 또는 수용이 곧 투자관련 조약의 위반으로 인정된다거나, 또는 '투자계약'의 법적 성격을 조약에 준하는 것으로 규정할 수 있는 경우 계약의 위반이나 파기 그 자체에 의거하여 국제법 위반의 책임을 물을 수 있게 된다(김부찬, "국제기업의 국유화의 법적 문제—국제양허계약의 일방적 파기를 중심으로—," 『제주대학교논문집—인문·사회편—』 제23집, 1986, 225~249면 참조).

20) 따라서 가해국이 개인에게 야기한 손해에 대하여 위법행위에 따른 국제책임을 지는 경우 피해자의 국적국이 피해자를 위하여 외교적 보호권을 행사하기 위해서 충족되어야 하는 조건은 다음과 같이 요약할 수 있다: 첫째, 가해국의 국제위법행위가 존재해야 한다: 둘째, 외교적 보호를 행사하는 국가와 그에 의하여 피해구제를 받게 되는 개인은 손해가 발생한 시점부터 최소한 청구가 제기되는 시점에 이르기까지 동일한 국적으로 연결되어야 한다: 셋째, 외교적 보호권이 발동되기 앞서 피해자 개인이 가해국의 국내법상 활용할 수 있는 모든 국내절차를 완료하여야 한다(김부찬, 『전계논문(주 18), 80면 참조).

21) 김부찬, 『전계논문(주 2), 24~25면.

일단 투자자 개인이 먼저 현지국의 '국내적 구제'를 완료해야만 하며, 이 경우에도 외교적 보호제도의 본질상 그 행사는 본국의 '재량'에 의존할 수밖에 없다는 한계도 나타나게 된다. 특히 권리를 침해당한 투자자가 '다국적기업'(multinational enterprises: MNEs)인 경우, 기업의 형식적인 국적국이 자신과 '진정한 연결'(genuine link)이 없는 다국적기업을 위하여 외교적 보호에 나서려는 의지가 없는 경우도 비일비재 하다.²²⁾

외교적 보호제도에 대한 국가들의 실행 상 한계는 라틴 아메리카 국가들에 의하여 이른바 '칼보주의'(Calvo Doctrine)가 주장되고 '투자계약'에 '칼보조항'(Calvo Clause)가 도입되면서 더욱 심각하게 논의되기 시작하였다. 칼보조항은 외국 투자자인 개인과 현지국간에 계약을 체결함에 있어서, 다음의 두 가지 내용을 포함하는 조항을 의미하는 것이다: 첫째, 투자자 개인은 투자 분쟁과 관련하여 본국 정부의 외교적 보호권에 의존하지 않고 오로지 현지국의 국내적 구제만을 활용한다; 둘째, 외국투자자인 개인은 현지국 국내법상 자국민보다 더 많은 권리를 부여받지 않으며, 분쟁이 발생하면 현지국의 국내법원에서 그 국내법에 따라서 분쟁을 해결한다.²³⁾ 이에 따라 칼보조항을 포함하는 다수의 투자계약이 외국인 투자자와 투자유치국 사이에 체결되었으며, 계약의 이행 및 수용과 관련된 분쟁 해결과 관련하여 투자자의 보호 문제가 제기되기 시작하였다. 그러나 칼보조항은 투자계약에 포함되는 것으로 투자자의 본국을 구속하는 효력은 없는 것이다. 따라서 투자자의 본국은 투자유치국과 체결한 조약에 근거하거나, 아니면 일반국제법 상 인정되는 외교적 보호권에 근거하여 투자유치국을 상대로 문제를 제기하거나 국제재판에 회부하는 사례가 많이 있었다. '칼보조항'의 효력에 대하여 논란이 있으나 자본수출국 정부와 학자들의 기본적인 입장은 투자계약의 당사자들이 스스로 본국의 외교적 보

22) 김부찬, "국제투자분쟁해결제도", 『제주대학교 논문집—인문·사회과학편—』 제26집, 1988, 320~321면.

23) Oyunchimeg Bordukh, "Choice of Law in State Contracts in Economic Development Sector: Is there Party Autonomy?," Ph.D. Dissertation of Bond University, 2008, p.167; Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XV, 1984, p.24.

호를 요청할 수 있는 권리는 포기할 수 있어도 국가 자신의 권리인 외교적 보호권 자체는 개인의 입장에서 결코 포기할 수 없다는 점에서 칼보 조항의 효력은 일반적으로 부인된다는 것이다.²⁴⁾ 즉, 칼보조항에 기초하여 현지국 정부의 자국 영역에서의 외국인 투자자 개인에 대한 보호의무가 면제될 수 없다는 것이다.²⁵⁾

어쨌든, 외교적 보호권은 피해 당사자인 개인의 권리가 아니라 국가의 권리이기 때문에 피해자 본국의 재량에 의하여 행사될 수도 있고 또는 행사되지 않을 수도 있다. 이러한 외교적 보호권의 재량적 특성 때문에 당사자 적격(*ius standi*)을 갖는 국가가 외교적 보호를 포기하거나 거부하는 경우에 피해 당사자인 개인은 국제적 차원의 아무런 법적 구제도 청구할 수 없게 된다는 문제가 있다. 따라서 외국인 투자자의 관점에서 보면 투자자 개인이 국제법상 공정하고도 효과적인 구제절차에 직접 접근할 수 있는 분쟁해결제도가 존재하지 않는다는 점이 가장 큰 문제였던 것이다.²⁶⁾

4. 北美浚渫會社 사례²⁷⁾

1) 사실관계

1912년 미국 '북미준설회사'(North American Dredging Company)가 멕시코 정부와 멕시코 '살리나 크루즈'(Salina Cruz)항의 준설공사 계약을 체결하였다. 동 계약 제18조는 "종업원 또는 기타 어떠한 지위에서든 직접적으로나 간

24) 그러나 칼보조항은 투자자로 하여금 단지 현지국의 국내적 구제를 이용하도록 하려는 약속인 한 유효하다고 본다. 따라서 관련계약상의 분쟁을 현지국의 국내법원을 통한 구제나 행정상의 구제절차에 회부할 것을 합의한 점에 대해서는 국가의 외교적 보호권을 침해한 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이에 대해서는 최승환, 전제서, 878~879면 참조.

25) J. G. Starke, *Introduction to International Law* (Butterworths, 1977), p.328.

26) Jeswald W. Salacuse, "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain", in Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes-Procedure and Substantive Legal Aspects* (Kluwer Law International, 2004), p.68.

27) United Nations, *Reports of International Arbitral Awards: North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Volume IV, 1926, pp.26~35.

접적으로 이 계약에 따른 작업의 수행에 종사하는 계약자 기타 모든 사람들은 이 계약에 따른 작업이나 계약의 이행과 관련하여 멕시코 공화국 내에서는 모든 문제에 있어서 멕시코 인으로 간주된다. 이들은 이 계약과 관련된 이익 및 관련 업무에 있어서 멕시코 국민에게 국내법에 의하여 부여되고 있는 것 이상으로 계약을 시행할 다른 권리 또는 수단을 요구하거나 보유할 수 없으며, 멕시코 국민들을 위하여 설정되고 있는 권리 이상의 어떠한 기타 권리도 향유하지 아니 한다. 따라서 이들은 외국인으로서의 권리를 향유하지 못하며 어떠한 경우에도 이 계약과 관련된 사항에 있어서 외국의 외교관들의 개입이 허용되지 아니 한다.”고 규정하고 있다.²⁸⁾ 또한 동 계약 제1조 제1항에서는 특별한 사항을 규정하고, 이 사항들에 한하여 관습법상 국내구제완료 원칙의 적용을 배제할 수 있다고 규정하였다.

그 후 북미준설회사는 멕시코가 계약을 위반한다는 이유로 준설기계를 철수하고, 1923년 미국 및 멕시코 정부 간에 체결된 「일반청구조약」²⁹⁾에 의하여 설립된 ‘미·멕시코 일반청구위원회’(American-Mexican General Claims Commission, 이하 “일반청구위원회”)에 손해배상을 청구하였다.³⁰⁾

28) Clause 18: "The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning the execution of such work and the fulfillment of this contract. They shall not claim, nor shall they have, with regard to the interests and the business connected with this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the laws of the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract."

29) 이 조약 제1조는 "모든 계약국 국민이 상대국에 대해서 자국 정부의 개입을 요구하는 청구"와 "계약국 정부가 위원회에 제출한 청구"에 대해서 '일반청구위원회'(general claims commission)의 관할권을 인정하고 있으며, 제5조는 이 위원회가 다루는 청구사건에 대해서 '국내적 구제절차'의 완료를 요구하지 않는다는 것을 규정하고 있다. 그러나 제1조의 경우 '청구'는 자국 정부의 개입을 '정당하게' 요구한 것이어야 한다. 따라서 계약국 국민이 상대국과 체결한 '계약'에 의하여 자국 정부의 개입을 요구하지 않기로 약속한 경우(즉, 칼보조항에 따라서)에는 자국 정부의 개입을 '정당하게' 요구할 수 없는 경우이기 때문에 이 사건 청구에 대해서 위원회는 관할권이 없다는 것이다(장신, 『국제법판례 요약집』, 전남대학교 출판부, 2004, 281~283면).

30) F. V. García-Amador & Louis B. Sohn & R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law*

2) 판정의 요약

‘일반청구위원회’는 계약 제18조 규정, 즉, ‘칼보조항’의 효력에 대해서 평가하였다. 일반청구위원회의 의견에 따르면, 한 국가의 정부가 자국민에 외교적 보호권을 행사하는 것은 그 국가의 권리이며, 칼보조항이 설정되는 것은 외교적 보호권의 남용으로 인하여 현지국의 주권이 침해되는 것을 방지하기 위한 것이다. 외국의 개인이 현지국 정부와 계약을 체결함에 있어서 그 개인이 본국 정부로 하여금 외교적 보호권을 행사하도록 하는 것을 포기하는 행위가 있더라도, 그 개인의 이익을 위하여 본국 정부가 외교적 보호를 하는 권리는 부인될 수 없다. 구체적으로 말하면 계약상의 권리와 관련하여 현지국의 국내법 절차에 따라 외국의 개인에 구제를 제공하는 경우에 그 개인의 본국은 별도로 이에 간여하거나 외교적 보호권을 행사할 수 없는 반면에, 현지국 정부가 구제를 제공하지 않거나 국제법을 위반한 경우에는 계약에 칼보조항이 규정되어 있다고 하더라도 그 개인의 본국 정부가 외교적 보호권을 행사하는 것이 배제될 수 없다는 것이다.

본 사건에 관하여 일반청구위원회에 따르면, 북미준설회사의 청구는 계약 제1조 제1항에서 열거된 특정 사항에 해당하지 않기 때문에 계약의 규정 상 국내구제원료원칙의 적용이 배제될 수 없다. 따라서 회사가 계약 제18조에 따라 멕시코 국내에서 구제절차를 거쳐야만 하는데 이 절차를 완료하지 않았기 때문에 「일반청구조약」 제1조에 의하여 위원회에 청구를 제기할 수 없게 된다. 만일 멕시코 정부가 회사에 대하여 법적 구제를 거부한 경우라고 한다면 멕시코의 행위는 사법의 거부로서 국제법 위반에 해당하게 되므로 회사의 입장에서 본국 정부의 개입을 요구할 수 있게 되지만, 이 사건 청구의 경우는 이에 해당하지 않는다는 것이다. 그리고 조약 제5조에 따르면 국내구제원료원칙이 배제될 수 있도록 하고 있으나, 이는 청구 사건이 제1조의 관할에 속하는 경우에만 해당되는 것이기 때문에 이 청구 사건에서는 적용되지 않는다는 것이다. 따라서 일반청구위원회는 북미준설회사가 계약을 위반하여 멕시코

of State Responsibility for Injuries to Aliens (Martinus Nijhoff Publishers, 1974), p.75.

국내에서 구제절차를 완료하지 않았고 또한 멕시코 정부가 국제법을 위반한 사실이 없기 때문에 본 사건에 대하여 위원회의 관할권이 성립되지 않는다고 판정하였던 것이다.

3) 평가

국제법상 외교적 보호권은 국가의 권리이며 의무가 아니다. 즉, 개인이 국가에 외교적 보호를 청구하면 국가가 이에 응하지 않을 수도 있다. 반대로 개인이 본국 외교적 보호를 원하지 않더라도 국가가 방해할 수 없이 스스로 외교적 보호권을 행사할 수 있다. 국가가 외교적 보호권을 행사하기 위해서는 첫째, 현지국 내에서 국내적 구제가 완료되어야 하며, 둘째, 현지국 정부가 사법의 거부 등 국제법을 위반하는 사실이 있어야만 한다는 전제 조건이 있다. 본 사건의 일반청구위원회의 판단에 따르면 계약상의 칼보조항은 국가 자신의 외교적 보호권 행사 그 자체를 배제할 수는 없다는 입장인 것으로 이해된다. 그러나 북미준설회사는 스스로 멕시코 정부와의 계약을 통하여 이 계약의 이행, 해석, 강제와 관련하여 본국 정부의 개입 요청을 포기하였기 때문에 비록 미국과 멕시코 간의 조약에 따라 일반청구위원회가 설치되고 이 조약에 국내구제완료 원칙이 적용되지 않도록 하고 있음에도 이 조항이 본 사건에는 적용될 수 없다는 판단이 내려진 것이다.

이 사건은 "국제재판소에 재판관할권을 부여하는 조약에서 국내구제수단완료의 원칙을 배제하고 있더라도 계약당사자들이 합의에 의하여 칼보조항을 계약에 편입시킨 경우에는 칼보조항은 無用之物이 아니라"³¹⁾ 제한된 범위에서 그 효력이 인정될 수 있다는 평가를 가능하게 한다. 원칙적으로 칼보조항이 국가 자신의 외교적 보호권을 포기하거나 부인하기 위한 목적을 가지고 있는 것이라면 당연히 무효가 된다. 이처럼 칼보조항이 포함되고 있더라도 피해자의 국적국에 의한 외교적 보호는 아무런 방해할 수 없이 행사될 수 있다면 칼보조항은 가해국의 국내구제절차를 거치도록 확인하는 의미를 가진다

31) 김대순, 전거서, 687면.

고 볼 수도 있는데, 그러나 국내적 구제는 칼보조항과는 관계없이 당연히 요구되는 절차이기 때문에 이는 불필요한 규정이 되어 버린다. 그러나 칼보조항은 당사국 간 조약에 의하여 국내구제절차의 완료를 배제하고 있는 경우에 조약의 규정보다 계약 당사자들 간의 합의에 의하여 다시 적용되도록 할 수 있다는 점에서 특별한 제한적 효력을 가지게 된다는 것이다.³²⁾ 따라서 북미준설회사 사건은 투자유치국의 입장에서 투자자 본국의 외교적 보호권이나 국제적 절차의 즉각적 적용을 배제하고 우선적으로 자국의 국내절차에 의한 분쟁해결을 시도할 수 있도록 할 수 있었다는 점에서 외교적 보호제도나 국제적 분쟁해결절차의 적용상 한계의一端을 보여 주는 사례라고 할 수 있다.

Ⅲ. 계약상 권리 보호를 위한 국제투자법제

1. '투자'의 개념 확대 및 계약상 권리

1) '투자'에 대한 개념 정의

현재 국제법상 '투자'에 관한 통일적인 정의는 없으며, 일반적으로 계약당사국들은 자국의 국내법의 규정으로, 아니면, 당사자 간의 합의에 입각한 투자계약이나 '투자조약'(international investment treaty, 이하 "IIA")³³⁾을 통하여 '투자'의 개념에 관하여 정의하고 있다. 이 때 투자유치국은 자국에 더 많은 투자를 유치하기 위하여, 자본수출국 즉, 투자자의 본국의 입장에서는 자국민의 해외투자를 보호하기 위하여 '투자조약'에서 '투자'의 범위를 '계약' 또는 '계약상 권리'를 포함하는 것으로 넓게 정의하고 있음을 알 수 있다.³⁴⁾ '투자'

32) 김부찬, 전계논문(주 18), 99면.

33) 투자조약(협정)이란, "투자유치국 내의 외국인투자를 보호·증대할 목적으로 외국인 투자 보호규범을 정하는 다자 또는 양자간 조약을 말한다." (법무부, 「한국의 투자협정 해설서 — BIT와 최근 FTA를 중심으로 —」, 2010. 이에는 '자유무역협정'(Free Trade Agreement, 이하 "FTA")의 투자 챗터, '양자간 투자협정'(Bilateral Investment Agreement, 이하 "BIT") 등이 포함된다.

의 정의는 어떠한 투자 관련 행위가 「국가와 외국국민 간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 이하 “ICSID 협약”)이나 IIA의 적용 대상이 될 수 있는지 여부를 결정하는 요소로서 중요한 의미를 가지고 있다. 왜냐하면 ‘투자’의 내용이 定義 상 ICSID 협약 또는 IIA의 보호 대상이 되어야 ICSID 협약이나 IIA에서 규정되고 있는 실체적·절차적 보호 규정의 적용 대상이 되기 때문이다. 따라서 ICSID 협약 상 투자의 정의는 어떠한 투자 관련 행위가 ICSID의 중재재판소의 관할권에 속하는지 여부에 대하여 결정적인 역할을 하고 있는 것이다.³⁵⁾

보통 여러 IIA를 보면, 투자는 ‘자산 기준’(asset-based), ‘기업 기준’(enterprise-based), 그리고 ‘거래 기준’(transaction-based)의 세 가지 유형으로 정의되고 있다.³⁶⁾ 그러나 기업이나 거래 기준에 따른 정의 방식은 극소수에 불과하기 때문에 투자는 주로 자산기준의 방식에 의하여 정의되고 있다고 할 수 있다. 여기서 ‘자산’은 금융자산과 경제개념 상의 자본을 포함하고 창조적 생산 능력을 갖춘 모든 유·무형 자산을 포함하는 것이다. 따라서 자산 기준에 따르면 ‘직접투자’뿐만 아니라 간접투자(포트폴리오)에 이르기까지 각종의 재산과 재산권을 포함하여 매우 광범위하게 투자의 범위가 확대될 수 있다.

‘자산기준’의 투자 정의는 그 세부적 규정 방식에 따라, ‘예시방식’ 또는 ‘개방방식’(illustrative list), ‘망라방식’ 또는 ‘폐쇄식’(exhaustive list), 그리고 ‘혼합방식’(hybrid list) 등 세 가지로 나누어진다.³⁷⁾ 개방식 투자 정의는 자산의 유형을 일부 열거하지만, 그에 한정하지 아니하고 모든 종류의 자산으로 정의하는 광범위적인 방식이며, 오늘날 대부분의 BIT는 이러한 방식을 택하고 있

34) 강병근, 전계논문, 124~125면 참조.

35) Organisation for Economic Co-operation and Development(OECD), *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations* (OECD Publishing, 2008), pp. 53~54.

36) UNCTAD, “Scope and Definition.” *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (UN Publication, 1999), pp.18~32.

37) 변필건, 「한국의 투자협정 해설서 — BIT와 최근 FTA를 중심으로 —」(법무부, 2010), 406~408면.

다.³⁸⁾ 폐쇄식 투자 정의는 자산의 유형을 망라적으로 열거함으로써, 열거된 범위로 투자의 범위를 한정하는 방식이지만, 보통 열거된 자산의 유형은 상당히 넓어서, 개방식과 마찬가지로 거의 모든 종류의 자산을 포함한다고 본다.³⁹⁾ 혼합 방식의 투자 정의는 투자를 구성하는 자산의 유형을 비한정적으로 열거하고, 이러한 자산은 투자의 특징을 갖추어야 한다는 제한 요건을 규정하는 방식이다.⁴⁰⁾ 개방식과 폐쇄식 투자 정의에 비하여 혼합방식의 정의에 따른 투자의 범위는 상대적으로 좁다. 왜냐하면 혼합방식의 투자 정의는 투자를 구성하는 자산을 투자의 특징이 있는 것으로 한정함으로써, 투자의 특징을 갖추지 않는 자산을 투자의 범위로부터 배제하게 되기 때문이다.⁴¹⁾

유럽 국가들은 상대적으로 투자의 범위가 넓게 인정되는 개방식이나 폐쇄식 투자 정의를 채택하고 있는 반면에, 「북미자유무역협정」(NAFTA)에서 망라 방식으로 투자 정의를 규정했던 미국은 NAFTA 사례의 경험에 근거하여 2004년부터 타국과 체결하는 BIT와 FTA에서 혼합 방식의 투자 정의로 전환하기 시작하였다.⁴²⁾⁴³⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 혼합 방식의 투자

- 38) 예를 들어, 2006년 「한·가이나나 BIT」 제1조 제1항은 “투자라 함은 어느 한쪽 계약당사자의 투자자가 다른 쪽 계약당사자의 영역 안에 투자한 모든 종류의 자산을 말하며, 특히 다음 각목을 포함하나 이에 한정되지 아니한다. (가) 동산·부동산 및 저당권·유치권·리스·질권 등 그 밖의 재산권, … 투자 또는 재투자된 자산의 형태에 어떠한 변경이 있다고 하더라도 이는 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다.
- 39) 예를 들어, 1994년 「북미자유무역협정」(NAFTA) 제1139조는 “투자라고 함은 (가) 기업, (나) 회사의 지분 또는 주식, … 을 의미한다. 그러나 투자는 (자) 한 당사국 영역 내의 국민 또는 기업과 상대 당사국 영역 내의 국민 또는 기업 간의 화물판매 또는 서비스의 상업 계약으로부터 발생한 금전청구권, … 을 의미하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. NAFTA 상의 투자는 유·무형 재산과 재산권을 포함하며, 다만 지적재산권과 무역으로 인한 금전청구권을 포함시키지 아니할 뿐이다.
- 40) 2007년 「한·미 FTA」 제11.28조(정의)는 “투자라 함은 투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 투입, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 부담과 같은 투자의 특징을 가진 것을 말한다. 투자가 취할 수 있는 형태는 다음의 것을 포함한다. (가) 기업, (나) 기업의 지분, 주식, 기타 형태의 기업지분 참여, (다) 채권, 社債, 기타 형태의 채무증서 및 대출금, (라) …”라고 규정한다.
- 41) 이에 대해서는 전가, “국제투자법상 간접수용에 관한 연구: 한·중 FTA에의 시사점을 중심으로,” 제주대학교 박사학위논문, 2010, 18~19면 참조.
- 42) 미국의 2004 Model BIT 제1조(정의)에서는 “이 조약의 목적상 ‘투자’라 함은 투자자가 직접·간접적으로 소유 또는 지배하는 ‘모든 자산’(every asset)으로서 자본이나 기타 자원의 투입·이득 또는 이익의 기대·위험의 부담 등 ‘투자’의 특징을 갖고 있는 것을 의미한다. ‘투

정의도 결과적으로 투자의 개념을 상당히 넓은 범위로 확대하고 있다는 평가를 받고 있다.

2) 투자의 보호와 '계약상 권리'

교섭당사자들이 투자의 정의와 관련하여 '계약상 권리'(any right conferred by contract)를 투자의 범위에 포함하는 경우라면 문제가 없지만, 일반적으로 '투자' 또는 '투자와 관련된 금전 청구'(a claim to money related to an investment)라고만 규정하고 있다면, 이 때 '투자'의 개념을 파악하고 그 범위를 확정할 필요가 있게 된다.⁴⁴⁾ 오늘날 투자계약의 현황을 살펴보면, 투자 자산은 투자자가 투자유치국과 체결하는 개별 투자계약에 의하여 보호를 받고 있는데, 이러한 투자계약은 과세제도, 통관법규, 투자유치국 내에서 일정한 가격으로 판매할 수 있는 권리와 의무, 가격 책정 등의 문제들을 포함하고 있다. 이러한 계약은 앞에서 언급한 바 있듯이 투자의 법적, 금융적 기반을 형성하기 때문에 만약 개별 계약에 의한 투자에 그러한 계약상의 권리가 주어지지 않는다면 투자는 성공할 수 없게 된다. 따라서 실무상 모든 투자협정들에서는 '계약' 또는 '계약상 권리'를 '투자'의 범위에 넣고 있으며, 결국 투자조약에서 규정하는 수용 관련 조항들은 모두 '투자'에 관한 것들이다.

'투자'가 투자유치국에 의하여 보호되어야 한다는 것은 곧 '투자계약'이나

자의 형태에는 다음과 같은 것들이 포함된다: (a) 회사; (b) 회사 지분, 주식, 기타 형태의 지분 참여; (c) 채권, 사채, 기타 채무증서 및 대출금; (d) 先物, 선택매매권(options), 기타 파생상품; (e) 터키·건설·경영·생산·양허·이익분배 계약 및 기타 유사한 계약; (f) 지적재산권; (g) 면허, 인가, 허가, 기타 국내법에 의하여 부여된 유사한 권리; (h) 기타 유체 또는 무체의, 동산 또는 부동산, 그리고 리스·저당권·유치권·질권 등 기타 재산권."이라고 규정하고 있다.

43) 이와 관련한 NAFTA의 사례인 *Pope & Talbot v. Canada Case*의 중재재판부는 미국 시장에 대한 '투자진입권'(investment's access)을 제1110조에 의한 보호대상인 '재산상의 이익'(property interest)으로 판정하였다(*Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL, Interim Award, 2000.6.26, para.96*). 또한 *S. D. Myers v. Canada Case*의 중재재판부는 캐나다에서의 청구인의 '시장점유율'(market share)이 투자에 해당한다고 판정하였다(*S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL, First Partial Award, 2000.11.13, para.232*). 그러나 투자진입권과 시장점유율이 투자로 간주될 수 있는지에 대해서는 논란이 많다.

44) 강병근, 전제논문, 125면.

‘계약상 권리’가 투자유치국의 위법한 ‘수용’이나 ‘침해’로부터 보호되어야 한다는 의미이다.⁴⁵⁾ 계약상의 권리는 투자조약의 보호 대상이 되므로 이와 관련한 분쟁, 즉, 당사국이 투자계약을 위반하거나 파기하는 경우, 또는 계약상 권리에 대한 위법한 조치 또는 수용과 관련하여 투자계약이나 관련 투자조약에 따른 ‘투자자-국가 간’ 분쟁해결 절차가 이용될 수 있게 되는 것이다.

3) ‘포괄적 보호조항’ 또는 ‘우산조항’(Umbrella Clause)

오늘날에는 투자협정에 따른 보호뿐만 아니라 투자자-국가 간 계약이 문제 되는 경우가 점차 증가하고 있다. 투자분쟁은 투자협정상의 분쟁을 다루는 것이 원칙이나, 투자협정에서 이른바 ‘포괄적 보호조항’을 규정하고 있는 경우에는 계약상 분쟁이 국제적 투자분쟁 해결절차의 적용 대상이 될 수 있는 것이다. ‘포괄적 보호조항’ 또는 ‘우산조항’이란 투자조약의 한 규정으로서 조약 당사국인 투자유치국이 투자와 관련하여 다른 당사국 국민인 투자자에 대해서 부담하는 모든 의무를 준수하기로 하는 취지의 조약 규정이다. ‘우산’(umbrella) 조항이라고 부르게 된 것은 ‘투자계약상 권리’를 투자조약의 대상으로서 넓게 ‘보호’하기 때문이다. 이러한 조항은 투자자에게 투자협정상의 보호 외에 투자유치국이 외국인 투자자와 체결한 투자계약을 포함한 추가적인 보호장치를 제공한다. 즉, 포괄적 보호조항을 포함하고 있는 경우에는 계약상 의무위반을 투자협정상 의무위반으로 전환될 수 있도록 작용한다.⁴⁶⁾

BIT 중에는 1959년 독일-파키스탄 간 BIT에서 처음으로 ‘우산조항’이 나타났다. 동 협정 제7조에서는 “각 계약국은 상대방 계약국의 국민 또는 회사와 투자와 관련하여 체결한 모든 다른 의무를 준수하여야 한다.”고 명시하였으며, 1967년 ‘경제협력개발기구’(OECD)의 ‘외국인 재산보호에 관한 협약’ 초안 제2조에서 “각 계약국은 어느 경우에 있어서도 다른 계약국 국민의 재산에 대하

45) UNCTAD, “Taking of Property.” *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement* (UN Publication, 2000), p.36; 김용일·이기욱·이경화, “국제투자에 있어서 간접 수용에 관한 연구,” 『한국무역상무학회지』 제47권, 2010, 14면.

46) 변필건, 전제서, p.339~340; 오원석·김용일, “국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구,” 『중재연구』 제18권 제2호, 2008, 152~153면.

여 자신이 한 약속에 대해서 이행을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 이와 같이 우산조항은 투자유치국이 사후에 국내 입법을 통하여 투자유치국과 외국인 투자자가 체결한 계약의 내용을 일방적으로 변경하더라도 원래 체결한 계약의 내용을 보호해야 한다는 관습국제법의 입장을 반영하는 것이다.

우산조항은 기존의 투자자 보호를 더욱 보강하는 의미를 갖는 것으로 투자유치국이 외국인 투자자와 상시로 체결하는 투자계약을 대상으로 한다. 특히 우산조항은 계약위반, 행정행위 또는 입법행위 등 다양한 방식으로 이루어지는 투자유치국의 간섭으로부터 투자자의 계약상 권리를 보호한다는 측면에서 중요하며, 계약상 권리에 관한 청구를 국내 법원에 제기하지 않고 투자조약에 의거하여 국제중재판소에 조약 상 청구와 함께 제기할 수 있도록 보장해 주는 효과가 있다.⁴⁸⁾

2. 계약상 권리의 수용과 '간접수용' 문제

앞에서 설명한 바와 같이 '수용'이란 국가가 자국 영역 내에서 내·국인을 막론하고 私人의 재산에 대하여 강제로 소유권을 박탈하거나 국가로 이전하는 것을 의미하는 것으로 본질적으로 국가 권력작용의 하나이다. '수용'과 '국유화'는 서로 혼용되기도 하나, 보통 수용이 소규모로 이루어지는 데 반하여, 국유화는 국가의 경제·산업정책의 일환으로 하나의 산업 영역 전체에 대한 대규모의 '일반적 수용'(general expropriation)을 의미하는 것으로 이해되고 있다.⁴⁹⁾ 그리고 수용은 넓은 의미에 있어서 '직접수용'과 '간접수용'으로 구분되고 있다. '간접수용'은 현지국의 입장에서는 이러한 사실상의 수용에 대하여 '직접수용'이 아니라는 이유로 투자자에 보상을 지급하지 않으려고 하는 것이 특징이라고 할 수 있으며,⁵⁰⁾ 그 방법이 매우 다양하며 은밀하게 이루어지기

47) 오원석·김용일, 상계논문, 153면.

48) 강병근, 전계논문, 130~135면.

49) 김용일 외, 전계논문, 3~4면; Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995, p.98.

50) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.92.

때문에 흔히 '위장된 수용' 또는 '잠행적 수용'이라고 하는 것이다. 과거에는 직접수용이 주로 문제되었으나, 최근에 들어와서 직접수용과 관련한 분쟁사건은 줄어드는 반면, 간접수용과 관련한 분쟁사건이 많이 발생하고 있다. 그러나 간접수용은 그 개념이 불확정적이고 모호하기 때문에 많은 쟁점들이 제기되고 있으며, 특히 '계약상 권리'의 수용과 관련하여 간접수용의 문제가 중요성을 갖게 되었다.

외국인투자에 대한 수용 또는 국유화는 투자자 개인뿐만 아니라 그 본국에 대해서는 자국민의 해외투자에 대한 심각한 위험을 초래할 수 있는 것이기 때문에 과거부터 외국인 투자자들은 자신의 투자를 보호하기 위하여, 그리고 투자자의 본국은 자국민의 투자를 현지국의 수용이나 국유화로부터 보호하기 위한 방안을 모색해 왔다. 그 결과 외국인 투자에 대한 국유화에 대한 관습법상의 규칙을 성립시키는 동시에 이를 투자조약이나 투자계약에 '수용조항'(expropriation clause)의 형태로 삽입함으로써 그 원칙을 분명히 확인하고 있는 것이다.⁵¹⁾

'수용조항'은 투자자 보호에 중요한 장치로서 국가 간의 BIT, FTA 등 IIA에서 이를 규정하는 것이 일반적이다. BIT 또는 FTA 상의 수용조항은 투자유치국이 자국 내 천연자원과 외국인 투자자산에 대하여 수용 또는 국유화의 권리를 보유하는 것을 원칙으로 인정하나, 그 권리는 일정한 요건이 충족되는 경우에 행사할 수 있도록 하고 있다. 즉, 투자유치국의 정부 조치가 그러한 합법성 요건을 충족시키지 않으면 직접적으로든 간접적으로든 투자자의 자산을 수용 또는 국유화 할 수 없도록 제한하기 위해서다. 만일 이러한 조건을 충족하지 않는 경우에는 불법적 수용, 즉 국제법 위반으로 인한 국제책임을 지도록 한다는 것이다.

1970년대부터는 투자보호의 강화를 위하여 대부분의 BIT에서 '간접수용'의 내용을 규정하기 시작하였으나, 이러한 규정은 간접수용의 개념 또는 함의를 직접적으로 규정하지 않고, '간접적으로'(indirectly) 수용하는 조치, 수용효과와 '동등한'(tantamount) 조치, 수용에 상응하는 조치, 수용과 '유사한'(similar) 효

51) 미국의 2004 Model BIT 제6조 1항 (a), (b), (c) 참조.

과를 갖는 조치 그리고 수용과 '동일한'(same) 효과를 갖는 조치 등의 文句로 간접수용에 관하여 규정하고 있을 뿐이다.⁵²⁾ 간접수용에 의하여 투자자의 투자목적이나 재산권 행사에 심각한 '효과'를 초래함으로써 투자 또는 계약상 권리에 대한 박탈이나 이전에 준하는 결과가 인정되는 경우라면, 현지국은 수용에 상응하는 보상이나 배상 책임을 져야만 한다.

그러나 최근 들어와서 외형상 간접수용과 유사한 형태를 보이지만 현지국 정부 조치의 '目的'에 주목하는 경우에는 그 평가가 달라질 수도 있다는 지적이 점차 유력해지고 있다. 오늘날 대부분의 국가들은 '복지국가'를 지향하고 있으며, 이 때문에 현지국 정부가 공공보건·안전·환경과 같은 공공복지 목적을 달성하기 위한 '규제적 조치'(regulatory measures)가 필요한 경우가 많다는 것이다.⁵³⁾ 그런데 투자자의 입장에서는 자신의 투자에 대한 부정적

52) 예컨대 1995년 「캐나다-라트비아 BIT」 제8조 제1항은 "각 계약당사국의 투자자의 투자 또는 수익은 상대 계약당사국의 영역 내에서 수용과 국유화 또는 국유화나 수용의 효과에 상당한 조치(measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation)를 당하지 아니한다..."라고 규정하고 있다. 2005년 「네덜란드-아르메니아 BIT」 제6조는 "일방 계약당사국은 상대 계약당사국의 투자자의 투자에 대하여 모든 박탈조치를 직접적으로나 간접적으로(measures depriving directly or indirectly) 취하지 아니한다..."라고 규정하고 있다. 그리고 미국의 2004 Model BIT Annex B(Expropriation)는 4항에서 "제6조(수용 및 보상) 1항에서 언급되고 있는 두 번째의 경우는 간접수용이다. 이는 당사국의 행위 또는 일련의 행위가, 공식적인 권원(title)의 이전 없이 직접수용 또는 명백한 몰수에 상응하는 효과를 가지는 경우를 말한다(The second situation addressed by Article 6[Expropriation and Compensation] (1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure)."라고 규정하고 있다.

53) '규제적 조치'는 국가의 권력기관이 공공목적으로 항상 토지사용계획, 통화제한, 환경, 공공의 건강·안전 그리고 도덕 등과 관련되는 것을 말한다. Brownlie는 "국가에 의해 규제조치는 주로 합법적인 정부권력을 행사하는 것으로서 외국인의 이익에 영향을 현저히 미치는 경우에도 수용을 구성하지 않는다. 외국인 투자자산과 그 이용은 조세, 양허·쿼터를 포함한 무역제한, 그리고 평가절하 조치(measures of devaluation)로부터 영향을 받을 수 있다. 특정한 사실관계가 사건의 성격을 변경시킬 수 있으나, 원칙적으로 이러한 조치는 불법적인 것이 아니고 수용을 구성하지 않는다. 문제는 합법적 규제조치와 간접적 또는 잠행적 수용 방식 간의 한계를 구분하는 것이다."라고 주장하였다(Ian Brownlie, *Principles on Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p.509. Sornarajah에 의하면 반독점, 소비자보호, 증권, 환경보호 그리고 토지계획 등에 관련된 무차별적 조치는 '보상을 요하지 않은 수용'에 해당한다. 왜냐하면 이러한 조치는 국가가 효과적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 중요하기 때문이다(M. Sornarajah, *op. cit.*, p.283).

‘효과’만을 근거로 이러한 규제적 조치에 대해서도 ‘수용’과 마찬가지로 현지 국으로 하여금 보상을 지급해 주도록 요구하거나 계약상 권리에 대한 위법한 수용을 이유로 투자계약이나 투자조약상 분쟁해결절차에 회부할 가능성도 배제할 수 없다.⁵⁴⁾

결국 투자에 대한 ‘영향’만을 기준으로 간접수용의 의미를 규정하게 되면 투자자는 자신의 투자가 정부조치로부터 불리한 영향을 받는다는 이유만으로 국제중재에 회부할 수 있기 때문에 투자자에 의한 濫訴가 초래될 수도 있다. NAFTA 체제에서 간접수용과 관련한 투자분쟁이 급증하고 있는 것이 그 전형적 사례이다. 이 때문에 최근에는 투자자에 의한 남소 방지를 위하여 ‘간접수용’ 관련 규정을 개선하기 위한 시도가 이루어지고 있는 경우도 나타나고 있다. 미국을 비롯하여, 최근 외국과 FTA 또는 BIT를 체결함에 있어 간접수용의 정의 조항 및 판정 법리를 재검토하고, 특히 공공복지목적을 위한 정부 규제의 경우에 간접수용 조항의 적용을 배제하는 규정을 포함하는 국가들이 늘어나고 있다.⁵⁵⁾

54) 장승화, 「양자간 투자협정 연구」, 법무부, 2001, 98면.

55) 그 대표적인 예로 2004 미국 모델 BIT 부속서(B)는 다음과 같이 규정하고 있다.

“양 당사국은 다음에 대한 공통의 양해를 확인한다.

1. 제6조(수용 및 보상) 제1항은 관습국제법상 수용에 관한 국가의 의무를 반영하는 것을 의도하고 있다.
2. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는, 그것이 자국 영역 내에서 이루어진 투자에 있어서 유형 또는 무형의 재산권 또는 재산상의 이익을 침해하지 아니하는 한, 수용에 해당하지 아니 한다.
3. 제6조(수용 및 보상) 제1항은 두 가지 상황을 다룬다. 첫 번째는 직접수용으로서, 권원의 공식적 이전 또는 명백한 물수를 통하여 투자가 국유화되거나 다른 직접적인 방식으로 수용되는 경우이다.
4. 제6조(수용 및 보상) 제1항에서 다루어진 두 번째 상황은 간접수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 권원의 공식적 이전 또는 명백한 물수 없이 직접수용과 동등한 효과를 갖는 경우이다.
 - (a) 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정한 사실 상황에서 간접수용을 구성하는지 여부의 결정은 특히 다음을 포함하여, 사안별 및 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.
 - (i) 정부 행위의 경제적 영향, 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하지 못한다.
 - (ii) 정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도; 그리고
 - (iii) 정부의 행위의 성격.

3. 투자자-국가 간 분쟁해결절차

국제경제거래에 따른 분쟁해결에 있어서는 사법적 해결보다 국제중재에 대한 선호도가 더 높다. 국제중재의 방식에는 '臨時的 仲裁'와 '制度的 仲裁'의 두 유형이 있다. 본질적으로 중재는 임시적인 것으로서 이 경우, 중재는 당해 사건의 처리만을 위하여 분쟁당사자(국)의 합의, 즉 *compromis*에 의하여 중재판정부가 구성되고 중재절차와 準據法이 지정되는 방식을 말하며 제도적 중재는 '상설중재재판소'(Permanent Court of Arbitration, 이하 "PCA")의 경우와 같이 분쟁당사자들이 언제라도 바로 중재에 회부할 수 있도록 재판관 명단 등 중재절차에 필요한 요소들을 사전에 준비해 놓고 있는 방식을 말한다.⁵⁶⁾

경우에 따라 중재는 현지국에서의 전쟁, 혁명, 또는 다른 형태의 질서의 혼란으로 인한 외국인 재산피해에 관한 대량의 청구 사태를 해결하기 위한 목적으로 당사국간의 조약에 의하여 특별한 국제중재기구가 설치되고, 일방 당사국의 국민이 타방 당사국인 상대국가에 직접적인 국제청구를 제기할 수 있는 청구권을 부여하는 방식으로도 활용되고 있다. 이들은 그 분쟁의 원인이 국제경제거래에 있지는 않았으나 발생한 분쟁이 결과적으로 국제성과 상사성을 띠게 되는 경우가 많다.⁵⁷⁾ 이와 같이 국가 간 조약에 의거하여 국제청구재

(b) 아주 예외적인 상황을 제외하고, 공공보전·안전, 환경과 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 계획되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”

- 56) 장효상, 전제서, 173~175면 참조. PCA는 1899년 헤이그 「국제분쟁의 평화적 해결을 위한 협약」에 의거하여 창설되어 이 협약의 당사국들이 외교에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁을 회부 받아 해결하는 것을 임무로 삼고 있었는데, 1962년의 「일방만이 국가인 두 당사자 간의 국제분쟁의 해결을 위한 중재 및 조정 규칙」 및 1993년 이를 대체한 「일방만이 국가인 두 당사자 간의 분쟁의 중재를 위한 상설중재재판소의 선택규칙」(Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of which Only One is a State)에 의하여 1899년이나 1907년 헤이그 협약의 당사국이 당사자로 되어 있는 분쟁만이 아니라 모든 국가와 그 기관 및 기업도 선택적으로 활용할 수 있게 되었다(상계서, 174~175면 참조.)
- 57) 이와 관련하여 1979년 이란의 인질사태 및 그에 따른 미국 내 및 미국 관할권 내 이란 자산의 동결 및 경제제재에 따른 대규모의 청구 사건들을 해결하기 위하여 1981년 미국과 이란간의 「알제이 협정」(Algiers Accord)에 따라 설치·운영한 '이란·미국배상청구중재재판소'(Iran-United States Claims Tribunal)가 전형적인 예이다(Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001, p.219).

판소가 설치되는 것은 국제법적 효력을 갖게 되며, 이를 통하여 개인에 대한 보호 문제를 효과적으로 해결하는 방안을 제도화 할 수 있게 되었다.

근래 들어, 특히 1990년대에 들어와서 세계적인 경제자유화의 추세에 따라서 투자자유화의 추세가 나타나기 시작하였으며, 특히 국가 간에 '외국인직접 투자'가 활성화되고 있다. 이에 세계 각국들은 BIT를 비롯한 여러 가지 형식의 '투자조약'을 체결함으로써 투자자에 대한 법적 보호를 강화하고자 하였다. 이와 관련하여 투자자의 보호를 목적으로 하는 많은 실체적 규정들과 함께, 절차적 규정 즉, 분쟁해결제도와 관련하여 '투자자-국가간 분쟁해결절차'(Investor-State Dispute Settlement Procedures; 이하 "ISD")의 도입이 가장 주목할 만한 것이라고 할 수 있다. ISD는 외국인 투자자가 현지국을 상대로 직접적으로 국제중재절차에 분쟁해결을 부탁할 수 있는 것으로서, 개인 투자자를 보호하기 위하여 국제투자법의 측면에서 발전되고 있는 가장 획기적인 구제제도라고 할 수 있다.

그러나 사실 국제투자분야에서 ISD와 관련하여 가장 중요한 제도적 발전은 1965년 체결된 'ICSID 협약'에 의한 '국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes; 이하, "ICSID")의 설립이라고 할 수 있다. 오늘날 ICSID는 국제연합의 '전문기구'(Specialized Agency)의 하나로 모든 관계 당사자들의 투자관련 보호와 규제 필요성 간의 균형과, 특히 투자분쟁해결의 '탈정치화'(de-politicization)를 위하여 설립된 것이다.⁵⁸⁾ ICSID는 종합적이고 상세한 절차 규정을 바탕으로 IIA 상의 투자보호와 관련된 실체적·절차적 조항과 결합하여 조정(conciliation) 및 중재(arbitration) 기관으로서 국제투자분쟁 해결을 위하여 매우 중요한 역할을 수행하고 있다. 다만 ICSID는 그 자신이 직접 조정이나 중재자로 활동하는 것이 아니라 '일방 계약국'과 '타방 계약국의 국민인 사적 투자자' 사이의 분쟁을 해결할 수 있는 능력을 갖춘 두 개의 패널, 즉 '조정인 패널'(Panel for Conciliators)와 '중재인

58) Ibrahim F. I. Shihata. "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA". in A.A. Fatouros(ed.), *Transnational Corporations: The International Legal Framework*. London and New York, published for and on behalf of the UNCTAD Programme on Transnational Corporations, 1994. p.463(장효상, 전제서, 125면에서 재인용).

패널'(Panel for Arbitrators)을 설치하여 운영하고 있다.

이처럼 ISD는 전통적인 '국가-국가간 분쟁해결절차'(State-to-State Procedures)와 구별되는, 예를 들어 ICSID와 같은 새로운 국제투자 분쟁해결절차의 유용한 통로를 제공할 수 있게 되었다. ISD는 관련 투자조약 및 투자계약에 의거하여 투자자-국가 간의 분쟁을 바로 국제중재 절차에 회부할 수 있기 때문에, 어쩔 수 없이 현지국의 국내법원의 배타적 관할에 따르게 되거나, 아니면 외교적 보호제도에 따른 국내구제완료의 원칙 때문에 우선적으로 일단 현지국의 국내법원의 관할에 따르게 되는 문제를 피해 나갈 수 있게 된다.⁵⁹⁾ ISD에 의한 분쟁사건에 적용될 준거법에 대하여 ICSID 협약 제 42조 제1항은 "재판소는 당사자들이 합의하는 법 규칙에 따라 분쟁을 해결하여야 한다. 이러한 합의가 없으면 분쟁과 관련된 계약당사국의 국내법(법의 충돌에 관한 그 국가의 규칙을 포함)과 적용 가능한 국제법의 규칙을 적용하여야 한다."⁶⁰⁾고 규정하고 있다. 따라서 이 때 적용되어지는 국내법은 적용 가능한 국제법과 함께 적용되는 것이기 때문에 당사국의 국내법 자체가 국제법의 기준을 충족하는 경우에 한하여 적용될 수 있다고 보아야 함으로 투자자인 개인을 국제적 수준에서 보호할 수 있는 매우 중요한 근거가 되는 것이다.⁶¹⁾

4. 지멘스사 사례

1) 사실관계

59) ICSID의 절차를 이용하는 분쟁당사자들이 협약 하의 중재재판에 동의하면, 이는 달리 규정된 바가 없는 한 "일체의 다른 구제수단을 배제하는"(to the exclusion of any other remedy) 것으로 간주된다. 따라서 일단 ICSID 중재재판이 선택되면 국내재판소는 더 이상 투자분쟁을 심리할 권한이 없게 된다. 뿐만 아니라 투자자의 본국 정부는 국제청구를 제기하는 등 외교보호권을 행사할 수 없다. 나아가서 투자자의 본국 정부가 투자유치국을 상대로 ICJ에 제소하는 것도 허용되지 아니한다(김대순, 전계서, 760면).

60) Article 42: "1. The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed 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."

61) 김대순, 전계서, 759면.

1996년 독일회사 '지멘스'(Siemens)는 아르헨티나 정부의 출입국관리, 개인신분증명서, 그리고 전자정보기술 시스템과 관련된 용역의 제공에 관한 입찰에 성공하였다. 1998년 지멘스의 아르헨티나 子會社인 SITS와 아르헨티나 정부는 향후 3년씩 두 번 갱신 가능한 조건으로 6년간 위의 용역을 제공하기 위한 계약을 체결하였다. 계약조건에 따라 美貨 2,000만 달러가 계약이행보증금(performance bond)으로 아르헨티나 정부에 지급되었다. 1999년 아르헨티나 선거에 임박하여 정부의 요청으로 계약 상 일부 용역 제공이 중단되었으며, 나아가서 신 정부의 요청으로 다른 용역도 2000년에 가서 모두 중단되기에 이르렀다. 2000년 아르헨티나 정부는 재협상을 시도하였으며, 거의 협상이 타결 단계에 이르렀으나, 지멘스사의 노력에도 불구하고 협상 내용이 명문화되지는 못하였다.

2000년 말, 아르헨티나 의회는 적자를 해결하기 위하여 대통령이 공공부문에 관한 계약을 재협상하도록 하는 것을 위임하는 내용 등이 포함된 「경제금융비상법」(the economic-financial emergency law, 이하 "비상법")을 제정하였다. 2001년에 '새로운 제안'(new draft proposal)이 정부로부터 지멘스에 통보되었으나, 이 제안의 내용은 2000년 거의 타결되었던 협상안과 많은 차이가 있었다. '제안'의 내용이 협상 불가한 것임을 알고 지멘스사는 제안을 수락하지 않았으며, 2001년 5월 계약은 비상법에 따른 669/01호 행정명령(decree)에 의하여 종료되기에 이르렀다. 2002년 지멘스사는 아르헨티나-독일 간 BIT에 의거하여 아르헨티나 정부의 조치를 ICSID 중재절차에 회부하였다. 지멘스사는 아르헨티나 정부의 행위는 '우산조항'의 위반과 '투자에 대한 수용', 그리고 '공정·공평한 대우'(fair and equitable treatment) 및 충분한 보호와 법적 안전을 제공하도록 되어 있는 의무위반을 구성하며, 자의적이며 차별적인 행위라고 주장하였다.⁶²⁾

2) 판정의 요약

중재재판부는 아르헨티나 정부가 지멘스사의 투자를 불법적으로 수용했으

62) Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 2007.2.6, paras. 96~97.

며, 투자와 관련하여 공평·공정한 대우 및 충분한 보호와 법적 안전을 제공할 의무를 이행하지 않았으며, 또한 자의적인 조치를 취했다고 판단하였다.⁶³⁾ 중재재판부는 "아르헨티나 정부의 일련의 조치는 계약에 근거하여 계약을 취소하는 것이 아니라, 국가의 공공권력을 행사하는 것이므로 강제적인 성격을 갖는다. 왜냐하면 이 조치는 영구적이며, 계약을 종료하는 효과를 가졌기 때문이다. 669/01호 명령이 없었거나 수정 제안된 계약안으로 합의되었다면 그 일련의 조치를 수용으로 간주되는 효과와 영구성이 인정되지는 않을 것이다. 그러나 합의도 달성되지 않았고 그 일련의 조치들이 점진적으로 실행됨으로써 결국 669/01호 명령에 따라 지멘스회사의 투자가 수용되기에 이르렀다. 또한 이러한 조치들의 목적은 계약상 부담하는 아르헨티나 정부의 비용을 절감하기 위한 것이다. 한편 계약 취소는 금융위기 극복을 위한 것이라기보다는 신 정권이 전 정권 임기 중에 체결된 계약의 조건을 변경함으로써 공개경쟁의 방식을 도입하고자 하는 의도를 가지고 있다. 따라서 아르헨티나 정부의 조치는 공공목적을 위한 것이어야 한다는 수용의 적법성 요건을 결여하기 때문에 수용에 해당한다."라고 판정하였다.⁶⁴⁾

3) 평가

1991년 독일과 아르헨티나는 「독일·아르헨티나 간의 상호투자보호 및 증진을 위한 조약」(the Treaty on the Mutual Protection and Promotion of Investments between the Federal Republic of Germany and the Argentina Republic)을 체결하였다. 따라서 독일회사인 지멘스는 동 조약에 따라 ICSID에 중재재판을 청구할 수 있는 것이 당연하다. 중재재판부는 동 조약에 의거하여 자신의 관할권을 확정하였다.

수용문제와 관련하여 사실상 아르헨티나가 금융위기를 대응하기 위한 법령

63) 다만, 중재재판부는 아르헨티나 정부조치가 '차별금지' 의무를 위반했는지 여부에 대해서는 판단할 필요가 없다고 보았으며, '우산조항'의 위반 여부에 대해서도 지멘스사의 자회사인 SITS가 ICSID 중재절차의 당사자가 아니라는 이유에서 그 판단을 유보하였다(*Ibid.*, paras. 320, 204).

64) *Ibid.* paras. 271~273.

에 의하여 외국인투자자와 체결한 계약을 취소한 정부조치가 보상을 요하지 않은 규제적 조치에 해당하느냐, 아니면 보상을 요하는 수용조치에 해당하느냐 하는 문제가 제기되는 것이다. 이에 대하여 중재재판부는 정부조치의 효과와 목적 두 가지 측면에서 검토하고, 결국 정부조치가 수용과 동등한 효과를 가지며 특히 공공목적이 결여되어 있다고 판정하였다. 따라서 만약 현지국 정부가 계약을 위반하거나 파기함으로써 투자자의 투자에 수용에 상응하는 효과를 초래하면 그 정부행위는 수용을 구성하게 될 가능성이 높다.⁶⁵⁾ 그리고 이때 정부의 행위는 단순히 계약을 위반하는 것이 아니라 국가 간 조약을 위반하는 것으로 보아야 한다는 것이다.

Ⅳ. 계약상 권리 보호의 법제도적 과제 및 문제

1. 공·사의 간 衡平의 고려

투자수출국과 투자유치국을 막론하고 투자와 관련된 계약상 권리의 수용 및 보호와 관련하여 적용되어 온 무력에 의한 개입, 외교적 보호, 칼보주의 등 전통적인 국가 관행과 법·제도적인 문제들을 살펴보면, 이는 기본적으로 '국익'(national interests) 위주의 접근 방법에 기초하고 있는 것이었음을 알 수 있다. 제국주의 시대에는 자국민의 이익을 앞세운 강대국의 무력적 개입으로 대부분 후진·약소국인 투자유치국이 부당하게 주권을 침해당하는 사례가 많았다고 할 수 있다. 이후 무력 사용이 금지되고 본국의 '외교적 보호'를 통하여 투자자의 투자 보호가 국제적인 차원에서 시도되는 경우에도 투자자 개인이 스스로 자신의 권리 침해에 대하여 국제적인 절차를 이용하거나 청구를 제기할 수 있는 법적 지위는 여전히 제한되고 있었다. 앞에서도 언급한 바와 같이

65) '정부행위'는 투자자의 투자에 수용과 동등한 효과를 초래하면 수용을 반드시 구성하는지에 대하여서는 학계뿐만 아니라 판례에 있어서도 견해가 나뉘고 있다. 최근 국제중재 판례에서 공법상의 '비례원칙'(principle of proportionality)을 원용하는 추세가 나타나고 있다. 즉, 정부조치의 효과, 목적과 '분명하고 합리적인 기대이익'(distinct or reasonable expectations) 등 요소에 대하여 비례원칙을 기준으로 판정되어야 한다는 것이다.

'외교적 보호권'은 개인의 권리가 아니라 국가의 권리이기 때문에 그 행사는 어디까지나 국가의 재량에 달려있는 것이어서 투자자 개인의 보호와 관련하여 충분한 역할을 수행해 왔다고 할 수는 없다.

점차 개인 및 외국인의 법적 지위가 향상되고 특히 외국인 재산에 대한 보호의 필요성이 강조되면서 외국인의 재산 보호와 관련하여 '국제적 최소한의 기준'(international minimum standard)으로서 재산의 수용이나 국유화와 관련된 '합법성'(legality) 요건이 확립되는 단계로 이어지게 되었다. 그러나 수용 또는 국유화의 합법성 요건, 특히 보상 지급과 관련해서는 선진국과 후진·개도국들 간에 그 수준과 방법을 놓고 심각한 대립 양상이 여전히 이어지고 있는 것도 부인할 수 없는 사실이다. 이로 인하여 외국인 투자자와 투자유치국 간, 그리고 투자자 본국과 투자유치국 간의 투자관련 분쟁은 계속하여 제기되고 있으며, '투자분쟁해결제도'는 자체로서 '국제투자법'의 매우 중요한 내용으로 포함되고 있는 것이다.

20세기 말부터 국제사회는 이른바 '세계화'(globalization)의 흐름에 직면하게 되었으며, 자유로운 자본과 상품의 이동은 전 세계를 국경 없는 하나의 시장으로 만들어가고 있다. 자본의 자유로운 이동을 위해서 해외투자 및 투자자에 대한 보다 적극적인 보호가 필요하다는 점은 재론의 여지가 없다. 이러한 의미에서 투자자 개인과 투자유치국 간의 '투자계약'이나 BIT나 FTA 등 국가 간 IIA를 통하여 투자의 수용에 대하여 엄격한 조건을 규정하는 등 해외투자에 대한 보호체제를 강화하는 추세를 보이고 있다. 투자 및 투자자 개인에 대한 보호 차원에서 IIA를 통하여 '안정화조항', '수용조항', '유산조항' 그리고 '분쟁해결조항' 즉 ISD를 규정함으로써 실제적·절차적으로 계약당사국에 대하여 외국인 투자자를 실질적으로 보호하도록 의무를 부과하는 한편 투자자 개인의 법적 지위를 강화함으로써 투자유치국을 상대로 국제적 분쟁해결절차를 이용할 수 있도록 하는 단계에 접어들고 있는 것이다. 이로써 투자유치국의 국가적 이익(공익)과 투자자 개인의 이익(사익) 간의 보다 균형 있는 관계를 설정하게 되었다고 할 수 있으며, 나아가서 어떤 측면에서는 투자자 개인에 대하여 투자관련 분쟁해결절차에 회부할 수 있는 가능성을 너무 넓게 부여하고 있는 것이 아닌가 하는 우려도 나타나고 있는 정도이다.⁶⁶⁾

2. 법·제도적 과제 및 문제점

1) 계약 '위반'과 계약상 권리에 대한 '수용'의 구별 문제

해외투자의 법적 보호수단은 투자계약의 법적 성격에 따라 좌우되는 측면도 무시할 수 없다. 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 앞에서 언급한 바 있는, 국가를 일방 당사자로 하는 '국가계약'의 법적 성격이다. 국가계약의 법적 성격과 관련하여 학계의 논의가 활발하다.⁶⁷⁾ 국가계약의 지위와 관련한 논의는 주로 세 가지 입장으로 요약할 수 있다.⁶⁸⁾ 첫째, 국가계약은 사법적 계약이라는 입장이다. 둘째, 국가계약은 국내 공법적 계약이거나, 사법적 계약과 공법적 계약의 혼합적 성격을 가지지만 그 비중은 공법적 성격이 더 크다는 입장이다. 셋째, 국가계약은 조약에 준하는 '準條約'(quasi-treaty)의 지위를 갖고 있다고 하는 입장이다. 이러한 입장은 투자유치국인 현지국이 국가계약을 위반하거나 파기하는 경우 그 효과와 관련하여 그 차이가 두드러지게 된다. 첫째와 둘째의 입장은 투자계약의 일방 당사자인 투자유치국의 일방적인 계약 변경이나 파기권을 인정하거나 혹은 그러한 권리가 부인된다고 하더라도 그 위반으로 인하여 단순히 '계약'이나 '국내법' 위반의 책임을 질 뿐이라는 것이다. 반면에 셋째의 입장은 투자계약은 국제화된 지위를 갖는 것이기 때문에 계약의 일방적 파기는 조약의 일방적 파기와 같이 국제법위반의 효과가 발생하게 되며 결국 투자유치국이 계약 위반으로 인한 국가책임을 부담하게

66) 이와 관련하여 2002년 미국 국내법인 「무역촉진권한법」(TPA)이 통과됨에 따라서 수용과 관련한 분야에서는 함축적으로 국제투자법 상 간접수용 규정의 불명확성을 인정하고, 미국의 새로운 투자보호정책에 입각하여 외국인 투자자가 미국 국민보다 '더 넓은 범위의 실체적 권리'(greater substantive rights)를 부여받지 않도록 규정하였다. 그 후 미국은 2003년부터 오스트레일리아, 칠레, 중앙아메리카-도미니카, 모로코, 싱가포르 그리고 한국과 체결한 FTA, 그리고 2004년 제출한 모델 BIT에서 공공 보건·안전, 환경과 같은 합법적인 공공복지 목적을 보호하기 위하여 당사국의 비차별적인 규제적 조치들을 간접수용의 구성범위로부터 배제한다고 규정하였다(Gonzalo Guzmán-Carrasco, "Indirect Expropriation in U.S. Free Trade Agreement: The U.S. Trade Act of 2002 and Beyond", *Fecha de Recepción*, 2004, pp.290~292).

67) 김부찬, "국제기업의 지위 및 법적문제," 『동아시아 연구논총』 제9권, 1998, 45~47면.

68) 최승환, 전제서, 861~863면.

된다는 것이다.⁶⁹⁾

국제계약으로서의 투자계약은 본질적으로 사적 계약의 요소를 가지고 있음이 분명하다. 그러나 국가의 공공 목적을 달성하기 위하여 체결되어지는 한 공법적 요소를 가지게 되었으며, 오늘날 '준거법조항,' '안정화조항,' '분쟁해결조항' 등 국제성을 띠는 요소들이 부가됨으로써 일용 조약에 준하는 지위를 갖게 되었다고 할 수도 있게 된 것이다. 투자계약이 사법적 계약으로서의 본질을 갖고 있는 한 모든 계약 위반이 국제위법성을 야기하고 그로 인하여 정부가 '간접수용'의 책임을 지는 것은 아니라고 보아야 한다. 예를 들어, 정부의 조치나 행위가 단순한 사법적·상사적 의미를 갖고 있는 데 불과한 것이라고 한다면, 이러한 조치나 행위가 '수용'의 범주에 포함될 수 없다는 것이다. 그러나 예를 들어, 투자유치국의 조치로 인하여 투자계약 상 '안정화조항'이나 '분쟁해결조항' 등이 침해되는 경우 그 행위는 투자유치국 정부의 공권력의 발동에 의거한 것으로 볼 여지가 많게 되며, 그 결과 투자유치국 정부의 조치는 '수용'에 해당함은 물론 그 자체로서 '국제화된 계약'으로서의 투자계약에 대한 책임이나 국가 간 '투자조약' 등 국제법 위반의 책임을 야기할 가능성도 있게 된다.⁷⁰⁾

2) '수용조항'의 요건 보완의 문제

앞에서 언급한 것과 같이 대부분 IIA 상의 수용조항은 모호성과 불확정성이 존재한다. 투자유치국의 어떠한 정부행위가 계약상 권리에 대한 수용을 구성하는지 여부를 판정함에 있어 명확한 기준이 없기 때문에 그 판단이 중재 재판부의 재량에 달려있는 경우가 대부분이다. 예컨대, 기존의 일부 국제중재 판정 사례를 보면 계약 위반이 수용에 해당되려면 현지국 정부의 법령제정 혹은 행정행위를 수반하여야 한다고 판단하였다.⁷¹⁾ 그러나 현지국의 공권력

69) 상계서, p.862-863; 김부찬, 전계논문(주 67), 45~48면.

70) Thomas W. Walde, "The 'Umbrella Clause' on Investment Arbitration: A Comment on Original Intention and Recent Cases", *Journal of World Investment & Trade*, Vol.6, No.2, 2005, pp.183~236.

71) *Waste Management v. Mexico*, *Azurix v. Argentina*, *SGS v. Philippines*(강병근, 전계논문, 127~128면에서 재인용).

행사로 인한 계약위반 그 자체가 '수용'을 구성하는 결정적인 조건으로는 볼 수 없으며, 이는 여러 조건들 가운데 오로지 '하나'에 불과하다고 생각한다. 왜냐하면 모든 현지국의 공권력 행사로 인한 계약 위반이 모두 수용에 해당한다고 판단하면 국가가 공공보건·안보 혹은 환경보호 등 국가차원의 공공목적을 위한 '규제적 조치'를 취하는 행위도 모두 수용으로 판정될 가능성이 있기 때문이다.

따라서 계약당사국들은 투자조약을 체결함에 있어 수용의 판정기준을 가능한 한 명확하게 규정할 필요가 있다. 즉, 계약상의 권리에 대한 수용 문제와 관련하여 투자유치국의 공익 목적과 투자자의 개인의 사익 보호 간의 관계를 원활히 조정하고 兩者 간 형평성을 담보할 수 있는 판정기준을 설정할 필요가 있는 것이다. 최근 투자조약에 규정되고 있는 수용조항의 사례를 보면, 간접수용의 판정 기준을 분명히 하고,⁷²⁾ 이와 관련하여 별도로 공공질서·안보·건강·조세·문화·환경·금융·지적재산권, 그리고 토지 등에 대한 공권력의 행사의 경우는 간접수용의 적용 범위로부터 배제되는 사항을 규정하는 방법이 사용되고 있다.⁷³⁾

한편 이와 관련하여 최근 ICSID, '유럽인권재판소'(ECHR) 등 국제재판소의 판례를 보면 간접수용과 적법한 규제적 조치의 구별과 관련하여 국내법상 국가권력 행사의 제한에 관한 개념인 '비례의 원칙'(principle of proportionality)을 판단 기준으로 활용하는 사례가 많아지고 있음을 주목할 필요가 있다.⁷⁴⁾ '비례의 원칙'은 공권력에 의한 개인재산의 수용과 공공목적 달성을 위한 정부조치의 판정에 있어서 상호간 합리적인 형평을 유지하도록 하고, 정부조치가 개인에 대하여 그 필요성의 범위를 넘는 과도한 부담을 부과하였는지 여부를 기준으로 그 적법성을 판단하는 방식이다. 이는 특히 정부조치에 대하여 '적합성,' '필요성,' 그리고 '협의의 비례성'에 대한 심사를 포함하여 판단한 결과 그 적법성과 정당성이 인정되지 않으면 '수용'에 해당하는 것으로 판정하여야 한다는 것이다.⁷⁵⁾ 이와 같이 비례의 원칙은 국가가 달성하고자 하는

72) 전가, 전계논문, 50~109면.

73) 상계논문, 38~46면.

74) 상계논문, 101~105면.

공공목적과 그 목적을 실현하기 위하여 취하여진 수단으로서의 정부조치 간의 합목적적 관련성을 요구하고 있기 때문에 현지국의 공권력 행사에는 일정한 제한이 부과되며, 따라서 현지국은 그 한계를 넘어서 일방적·자의적으로 계약상의 권리를 침해하거나 수용할 수 없게 된다.

3) '투자보호' 적용범위의 제한 문제

IIA에서 보호하는 투자 또는 투자계약의 범위를 광범위하게 규정하게 되면 투자자는 '우산조항'에 따라 투자계약상 권리 침해를 이유로 현지국의 조약 위반 책임을 주장할 가능성이 많아지고 국제분쟁해결절차에 회부되는 경우도 많아지게 된다. 이에 대하여 최근 일부 국가들은 투자조약을 통하여 투자계약의 주체를 일정한 '實體'로 한정함으로써 투자조약에 의한 투자보호의 적용 범위를 축소하는 방향을 모색하고 있음을 알 수 있다. 예컨대, 「2004 미국 모델 BIT」 제1조(정의)의 규정을 살펴보면 투자조약과 관련하여 '중앙정부'(central level of government)라 함은 미국의 경우, '연방정부'(the federal level of government)를 의미한다고 규정하고 있으며, '투자계약'에 대해서는 "일방 계약국의 국가기관(national authority of a Party)과 타방 계약국의 협정 적용 대상 투자 또는 투자자 간의 문서에 의한 계약을 의미한다. ..."고 규정하면서, '국가기관'은 미국의 경우 중앙정부, 즉 연방정부의 기관으로 한정하고 있다.⁷⁶⁾ 이러한 개념 규정에 따르면 미국 내에서 체결되는 대부분의 투자

75) '적합성'은 법률에 규정되고 있는 처분이 법률에서 추구하는 목적을 달성하는 데 유효한 수단, 곧 목적의 실현을 가능한 한 최대로 실현하는 수단이어야 할 것을 요구한다. '필요성'은 추구하는 목적을 위하여 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 가지의 수단 중에서 기본권을 가장 적게 침해하는 수단으로 그 목적을 달성하여야 한다는 원칙이다. 필요성의 원칙은 적합성의 원칙을 전제한다. 적합성의 원칙을 충족하는 여러 수단 중에서 가장 최소한의 침해를 하는 수단을 선택하는 것이 필요성의 원칙이기 때문이다. '협정의 비례성'은 수단과 목적이 서로 적절한 비례관계에 있을 것, 곧 법률에 의하여 제한을 받는 기본권의 주체에게 예상 밖의 다른 제한이 가해지지 않을 것을 요구한다. 즉 이 원칙은 목적과 수단 사이의 법익형량을 구체화하는 것이며, 선택된 수단의 사용으로 인한 손실이 효용에 비하여 클 경우에는 고려된 수단을 철회할 것을 요구한다고 한다(홍성방, 「헌법학」, 개정6판(현암사, 2009), 161, 351~352면).

76) "investment agreement" means a written agreement between a national authority of

계약은 투자조약의 보호 대상으로부터 배제되어진다. 왜냐하면 투자유치국 중앙정부 기구가 직접 외국인 투자자와 투자계약을 체결하는 경우는 별로 없으며 그 대신 주로 현지국의 지방정부 또는 기관들과 외국인 투자자 간에 투자계약이 체결되고 있기 때문이다.

그러나 이와 같이 투자조약에 의하여 직접 보호되는 투자계약이 아닌 경우라 할지라도 그 계약상의 권리가 정부 조치에 의하여 침해되거나 부정적 영향을 받는 경우도 그 자체로 '수용'의 범주에 포함되는지 여부와 함께 나아가서 투자조약 위반행위를 구성하는지 여부와 관련하여 이론적·실무적으로 논란이 야기될 가능성도 배제할 수 없다.

V. 결론

오늘날 많은 국가들은 해외투자를 유치하기 위하여 국내법 규정을 통해서만이 아니라 여러 외국들과 FTA나 BIT 등 IIA를 통하여 외국인 투자자 및 투자에 대한 보호장치를 마련하고 있다. 이러한 투자조약에서는 일반적으로 '투자'의 범위가 매우 넓게 규정되어 있으며, '계약상 권리'도 당연히 투자에 포함되는 것으로 이해되고 있다. 이에 따라 투자유치국과 외국인 투자자 간의 투자계약은 당사국간 투자조약의 보호대상이 되고 있으며, 투자계약은 투자조약에 준하여 보호되는 계기가 되고 있다. 이와 관련하여 특히 '수용조항' 및 '분쟁해결조항'에 따르면 투자자는 계약상의 권리가 정부의 행위나 조치에 의하여 침해를 받거나 영향을 받은 경우, 이러한 조치가 '수용'에 해당한다는 근거에서 현지국을 상대로 국제중재 절차에 회부할 수 있는 권한을 갖게 되었다. 이러한 법·제도를 통하여 국제투자는 급속도로 활성화되고 있으며, 국제투

a Party and a covered investment or an investor of the other party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor: (a) ... ; (b) ... ; (c) ..."

"For purposes of this definition, "national authority" means (a) for the United States, an authority at the central level of government; and (b) for [Country], []."

자에 대한 과잉 보호의 문제점도 제기되고 있는 것이다.

IIA를 통하여 투자자 개인에게 실체적·절차적 권리를 광범위하게 부여해주는 것은 투자유치국의 경제발전과 함께 관련 법규 및 정책 수립에 지대한 영향을 미치고 있다. 국제투자법 상 계약상 권리에 대한 수용 여부 판단과 관련하여, 투자유치국이 자신의 공공목적을 위한 정부조치를 취했음에도 불구하고, 그 조치가 투자계약의 심각한 위반이나 파기를 수반하는 경우 투자자는 계약상의 권리에 대한 수용을 근거로 국제중재 등 국제적 분쟁해결절차에 회부할 수 있도록 되어 있다. 따라서 현지국 정부의 입장을 보면 공공목적을 위한 조치나 행정행위의 경우에도 항상 외국인 투자자로부터의 도전이나 이의제기에 직면하게 될 가능성이 있는 것이다.⁷⁷⁾ 그러므로 일부 국가들은 투자조약의 체결과 관련하여 공공목적을 위한 정부의 권한 행사가 과도하게 방해하지 않도록 '투자계약'이나 '투자'의 범위를 적절하게 규정하는 방향으로 정책 방향을 재설정하고 있는 경우도 나타나고 있다.

종합적으로 판단하건대, 계약상의 권리에 대한 수용과 관련하여 투자유치국의 공익적 행위와 외국인 투자자의 사적 이익 사이에 형평을 유지할 수 있는 방향에서 '투자보호'에 관한 국내법 및 국제법 체제가 정립되도록 할 필요가 있다. 국제법의 근본규범인 '약속준수의 원칙'(pacta sunt servanda)을 기초로 투자조약이나 투자계약이 기본적으로 준수될 수 있도록 하는 바탕에서 투자보호가 실현되어야 하지만, 예외적으로 투자유치국의 국내적 사정이나 상황변화에 따른 공공목적 상 정부조치에 대한 재량도 인정하지 않으면 안 되는 경우도 있을 것이다. 이는 투자유치국 정부의 '규제적 조치'에 대한 예외를 허용하는 유력한 근거가 될 수 있으며, 나아가서 예외적인 긴급 상황에서 현지국 정부가 일방적으로 계약을 위반하거나 파기하는 경우에도 투자자에 보상을 지급하면 그 자체로서 조약 위반에 따른 국가책임을 지지 않도록 하는 문제도 진지하게 검토할 필요가 있다고 본다.

77) 2011년 5월을 기준으로 ICSID에서 220개의 사건이 판정되었고, 126개의 사건이 판정되고 있는 상황을 보면 최근 국제투자관련 분쟁사건은 급증되고 있는 것으로 보인다(<http://icsid.worldbank.org> (2011. 5. 3. 최종방문)).

참고문헌

[국내문헌]

- 김대순, 『국제법론』, 제16판, 삼영사, 2011.
- 변필건, 『한국의 투자협정 해설서 — BIT와 최근 FTA를 중심으로 —』, 법무부, 2010.
- 장승화, 『양자간투자협정 연구』, 법무부, 2001.
- 장 신, 『국제법판례요약집』, 전남대학교 출판부, 2004.
- 장효상, 『국제경제법』, 법영사, 1996.
- 최승환, 『국제경제법』, 제3판, 법영사, 2006.
- 홍성방, 『헌법학』, 개정6판, 현암사, 2009.
- 강병근, “국제투자법에 따른 ‘계약상 권리’의 보호”, 『강원법학』 제28권, 2009.
- 김부찬, “국제기업의 국유화의 법적 문제 — 국제양허계약의 일방적 파기를 중심으로 —”, 『제주대학교 논문집 — 인문·사회과학편 —』 제23집, 1986.
- 김부찬, “국제투자분쟁해결제도”, 『제주대학교논문집 — 인문·사회과학편 —』 제26집, 1988.
- 김부찬, “국제기업의 지위 및 법적 문제”, 『동아시아연구논총』 제9권, 1998.
- 김부찬, “국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도”, 『국제법학회논총』 제44권 제2호, 1999.
- 김부찬, “국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, 『법학연구』 제42권 제1호, 부산대학교, 2001.
- 김용일·이기욱·이경화, “국제투자에 있어서 간접수용에 관한 연구”, 『한국무역상무학회지』 제47권, 2010.
- 오원석·김용일, “국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구”, 『중재연구』 제18권 제2호, 2008.
- 전가, “국제투자법상 간접수용에 관한 연구: 한·중 FTA에의 시사점을 중심으로,” 제주 대학교 박사학위논문, 2010.

[외국문헌]

- Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2001.
- Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004.
- F.V. Garcia-Amador·Louis B. Sohn·R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens*, Martinus Nijhoff Publishers, 1974.
- Gonzalo Guzmán-Carrasco, "Indirect Expropriation in U.S. Free Trade Agreement: The U.S. Trade Act of 2002 and Beyond," *Fecha de Recepción*, 2004.
- Ian Brownlie, *Principles on Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003.
- Ibrahim F. I. Shihata, "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA," in A. A. Fatouros, ed., *Transnational Corporations: The International Legal Framework*, London and New York, published for and on behalf of the UNCTAD Programme on Transnational Corporation, 1994.
- Jeswald W. Salacuse, "Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain," in Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes-Procedure and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004.
- J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Butterworths, 1977.
- M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994.
- Organisation for Economic Co-operation and Development(OECD), *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD Publishing, 2008.
- Oyunchimeg Bordukh, "Choice of Law in State Contracts in Economic Development Sector: Is there Party Autonomy?," Ph.D. Dissertation of Bond University, 2008.

- R. Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers, 1985.
- Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995.
- Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Thomas W. Wälde, "The 'Umbrella Clause' on Investment Arbitration: A Comment on Original Intention and Recent Cases," *Journal of World Investment & Trade*, Vol.6, No.2, 2005.
- UNCTAD, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, UN Publication, 1999.

[Abstract]

The Expropriation and Protection of "Contractual Rights" under International Investment Law

Kim, Boo-Chan

Professor, Jeju National University Law School

TIAN, Ke

Professor, Henan University School of Economics

The subject-matter, whether or not the governmental conduct constitutes the expropriation of contractual rights when the host State violates or abrogates the investment contract which is concluded with foreign investors, is controversially treated in international investment law as to its doctrinal theory and judicial precedents. Powerful countries had protected their national's overseas property or investment by using the force before 20th century. After

Convention respecting the Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts has been passed in 1902, the principle to resolve the international disputes peacefully was established and the disputes between host States and investors were settled mainly by exercising the diplomatic protection rights of investor's home country. Because developing countries, newly-independent countries and communist countries have carried out large-scale nationalizations of foreigners' investments since the latter half of 19th century, lots of disputes about the expropriation of contractual rights also have occurred.

Since 1980s, in order to extract natural resources and get the technology transfer and the market access, many developing countries have propelled the attracting investment policy and signed the BIT with advanced capital-exporting countries, and newly internationalized form of investment contract with foreign investors, from which the foreign investors were given the *locus standi* to the international arbitration procedures, one of which is offered by ICSID. Therefore, investors' investment or contractual rights can be strongly protected by international law, especially according to the FTA, BIT or the multilateral treaty on investment as well as investment contract itself. But, on the other hand, there is an obstructive influence when host State is going to enact the law or policy to regulate the action of alien investors, even though it aims to perform governmental policy for public purposes or objectives.

Consequently, it is necessary to have a further study on the international investment law for the sake of achieving the balance between the private benefit of foreign investors and public purpose or benefit of host States.

Key Words : international investment law, expropriation, indirect expropriation, Bilateral Investment Treaty(BIT), investment contracts, contractual rights, investor-state dispute settlement, International Center for the Settlement of Investment Disputes(ICSID)

