



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

[Disclaimer](#)

博 士 學 位 論 文

# 국제투자법상 간접수용에 관한 연구

-한·중 FTA에의 시사점을 중심으로-

濟州大學校 大學院

法學科

田 柯

2010年 8月

# 국제투자법상 간접수용에 관한 연구

-한·중 FTA에의 시사점을 중심으로-

指導教授 金 汝 善

田 柯

이 論文을 法學 博士學位 論文으로 提出함

2010年 8月

田柯의 法學 博士學位 論文을 認准함

審査委員長 \_\_\_\_\_ (인)

委 員 \_\_\_\_\_ (인)

委 員 \_\_\_\_\_ (인)

委 員 \_\_\_\_\_ (인)

委 員 \_\_\_\_\_ (인)

濟州大學校 大學院

2010年 8月

**A Study on Indirect Expropriation in  
International Investment Law**

**-Focusing on Implications for the Korea-China FTA-**

**Tian-Ke**

**(Supervised by Professor Yeu-Sun Kim)**

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

**2010. 8.**

**This thesis has been examined and approved.**

**Department of Law**

**GRADUATE SCHOOL**

**JEJU NATIONAL UNIVERSITY**

## 국문초록

투자자의 재산에 대한 수용은 외국인 투자자에 대하여 가장 큰 위험요소 중의 하나로 인식되어 왔다. 제2차 세계 대전 이후, 1950년대 내지 1970년대 시간 동안 새로이 독립한 식민지 국가들이 경제적 자립을 위하여 외국인 재산에 대한 국유화를 빈번하게 시행하게 되었다. 이 시기에는 국가의 혁명·반란, 정부변경, 사회개혁, 경제구조의 재정비와 적대행위 등으로 인하여 국제적 측면에서는 외국인투자에 대한 수용과 국유화의 문제가 제기되었다. 이러한 시기의 수용은 현지국 정부가 외국인투자자의 재산소유권을 직접적으로 박탈한 것으로 나타나고 있기 때문에 수용의 성립여부가 문제가 되지 않았다. 다만 수용의 보상에 대하여 논쟁이 많이 벌어났다.

최근 국제투자에서 투자유치국이 외국인투자 자산을 직접적으로 수용 또는 국유화를 하는 사례가 적어지고 있는데, 재산권을 과도하게 침해하여 수용과 유사한 효과를 유발하는 간접수용의 문제가 대두되고 있다. 개발도상국뿐 아니라 선진국에서도 경제적 자유화를 추진함에 있어, 현지국 정부가 정치적 압력으로 국내의 산업·환경·건강·노동 등 분야에 대한 보호를 필요로 각종의 사법·행정 조치를 시행함에 따라서 간접수용과 관련한 분쟁을 초래할 수 있다. 예컨대, 2001년 아르헨티나 금융위기 시기에 아르헨티나 정부의 많은 비상조치가 간접수용을 구성하는지 여부와 관련 분쟁이 발생하였다. 또한 1994년부터 북미자유무역협정의 분쟁해결제도에 따라 미국, 멕시코와 캐나다 등 3개 체약국 정부에서 취하는 환경조치로 인한 간접수용 관련 분쟁사례를 들 수 있다.

법적 측면에서는 양자간 투자협정과 자유무역협정 등 국제투자협정에서 간접수용 규정을 두고 있으나, 규정의 모호성, 간접수용 정의·범위·한계의 불확정성, 그리고 간접수용의 판정기준의 불명확성 등의 문제점이 존재하기 때문에 간접수용과 관련된 분쟁이 발생할 가능성을 증대시킬 수 있다. 특히 국제법상 현지국이 국민의 건강·안전·도덕 및 복지를 위한 규제적 권한을 가지고, 규제권의 범위에서 합법적 규제조치를 취하는 경우에 정부가 관련 보상

의 의무를 부담하지 않을 것이 통설이다. 그러나 현재 국제법상 간접수용 조치와 규제적 조치 간의 한계에 대하여 분명하지 않으며, 양자의 구분은 중재판정부의 자유재량에 따라 국가 합법적 규제조치가 수용조치로 판정될 가능성도 있다.

현재 국제투자협정상 간접수용 규정의 유형은 넓은 적용범위의 규정유형 및 제한적 규정유형 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 첫째, 넓은 적용범위의 규정유형은 간접수용의 정의와 구체적 적용범위와 기준을 명시하지 않으며, 간접수용을 수용 및 국유화와 ‘동등한 효과’ 또는 ‘유사한 효과’를 가지는 경우로 규정하고 있다. 둘째, 제한적 규정유형은 일반적으로 공공복지 목적을 위한 보건, 안전, 그리고 환경 등 예외를 예시적으로 열거함으로써 이들을 국가의 규제권한으로 인정하고 간접수용의 적용범위로부터 배제한다. 이 밖에 간접수용의 판정요건을 명문화하고 있다.

간접수용의 판정요건을 심사함에 있어 사안별로 사실에 기초한 심사가 요구되고 있으며, 중재판정부가 첫째, 재산권에 대한 정부행위 영향정도, 둘째, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해정도, 셋째, 정부행위의 성격 등 세 가지 요건을 심사한다. 또한 간접수용의 판정기준이란 판정요건 간에 어떠한 관계가 되는지, 혹은 어떤 접근방법에 따라 판정할 것인지를 말한다. 이에 따라 첫째, 여타의 요건이 있음에도 불구하고, 정부행위의 효과를 유일한 판정요건으로 보고 간접수용의 존재여부를 판정하는 효과기준이론, 둘째, 정부행위의 효과에 근거하여 판정하는 동시에, 정부행위의 목적이 국가의 규제권의 범위에 포함되면 그 정부행위가 수용을 구성하지 않으며 보상을 할 필요가 없다는 효과기준이론, 셋째, 정부행위의 효과를 중요한 요건으로 심사할 뿐만 아니라, 아울러 정부행위의 목적을 판정요건으로 심사하여야 하며, 비례원칙에 따라 효과와 목적간의 형평을 추구하는 효과·목적 기준이론 등 세 가지 판정기준이 나타나고 있다. 최근 국제중재판정의 동향에 의하면 세 가지 판정요건을 종합적으로 심사하고 비례원칙을 위반하는지 여부에 근거한 효과·목적 기준의 접근방법을 사용하고 있다. 그러나 국제투자협정에서 이러한 접근방법을 명문화하지 않고 있는 것이 보통이다.

한편 간접수용에 대한 보상과 배상과 관련하여 수용의 적법요건의 충족여부

에 따라 불법적 간접수용과 합법적 간접수용으로 나눌 수 있다. 현지국의 행위가 불법적 간접수용에 해당하면 투자자가 원상회복과 손해배상 등 국제법적 구제방법을 이용할 수 있으며, 현지국의 행위가 합법적 간접수용에 해당하면 투자자가 투자협정상의 수용 및 보상 조항에 따른 규정에 의해 보상을 받을 수 있다. 그러나 국제법상 외국인자산의 수용에 대한 보상의무는 확립되었으나, 구체적인 보상의 범위에 대해서는 국제법에서 확립된 보상기준과 통일적으로 적용될 수용자산의 평가방법이 없다. 특히 충분한 보상기준에 따르면 합법적 수용에 대해서도 투자자의 유형적 자산의 손실뿐만 아니라 투자자 미래의 기대이익을 보상의 범위에 포함하게 된다. 이에 따라서 불법적 수용이나 합법적 수용과 관계없이 투자자가 직접적 손실을 받을 뿐만 아니라, 미래의 기대이익을 얻을 수 있다. 그래서 경제적 효과의 측면에서 보면 양자에 대한 구별이 없는 것으로 보인다.

현재 한국과 중국은 투자보장협정을 체결하였으며, 한층 높은 수준의 투자자 보호 및 투자 활성화를 목표로 한·중 자유무역협정을 적극적으로 추진하고 있다. 간접수용과 관련하여 한·중 투자보장협정에서 간접수용에 대하여 단지 ‘수용과 국유화에 상당하는 조치’로 규정하여 향후 논란의 소지를 안고 있다고 할 것이다. 그래서 한·중 자유무역협정의 간접수용 규정에 대한 시사점을 제시하고자 한다. 첫째, 규정의 불명확성으로 인하여 투자자의 남소와 중재판정부의 자유재량을 제한하기 위하여 간접수용 규정을 명확할 필요성이 있다. 둘째, 간접수용의 범위를 제한적으로 규정하는 것이 적당하다. 셋째, 간접수용의 정의와 범위를 한정하여 민감한 분야에서의 정부조치를 간접수용의 범위로부터 배제함으로써 공공정책과 제도의 무력화를 방지할 수 있다. 넷째, 최근 중재판례에서 나타나는 판정요건을 활용하고, 그 요건들을 심사할 때에 비례원칙의 도입을 고려할 수 있다. 다섯째, 투자개념의 확장을 대응하기 위하여 간접수용의 보호범위와 국내법상 재산권 보장범위에 합치하도록 설정할 수 있다. 여섯째, 중재판정부가 투자자에만 유리한 방향으로 해석하는 것을 방지하기 위하여 조약의 전문에서 경제발전과 공공건강·환경 등 제약목적을 명시할 수 있다.

한편 한·중 국내법상 수용 법리와 간접수용 조항의 적용에 관한 논란에 대

하여 국제법적 시각에서 국제투자협정은 국제조약의 일종에 해당하기 때문에 협정상외의 간접수용은 한국의 경우에는 국내법과 동등한 효력을 지니고, 중국의 경우에는 직접적으로 적용된다고 할 수 있다. 그러나 간접수용 조항과 관련한 국내법규에 대한 보완이 필요로 본다. 특히 보상 규정이 없는 법규를 정비할 필요가 있다.

주제어: 국제투자협정, 양자간 투자협정, 자유무역협정, 직접수용, 간접수용, 규제권, 규제적 조치, 공공이익, 보상, 배상, 투자자-국가 소송제도, 국제투자분쟁 해결센터



< 목 차 >

제1장 서론 .....	1
제1절 문제의 제기 .....	1
제2절 연구의 목적 .....	3
제3절 연구의 범위와 방법 .....	7
제2장 국제투자협정과 수용 .....	10
제1절 국제투자의 의의 .....	10
제2절 국제투자협정의 의의 .....	11
1. 국제투자협정의 개념 .....	11
2. 국제투자협정의 유형 .....	12
1) 양자적 투자협정 .....	13
2) 지역적 투자협정 .....	14
3) 다자적 투자협정 .....	16
3. 투자협정의 주요 내용 .....	16
제3절 수용의 의의와 주요내용 .....	22
1. 수용의 의의 .....	22
1) 수용의 연혁 .....	22
2) 수용의 개념 .....	25
2. 수용의 유형 .....	26
1) 직접수용 .....	27
2) 간접수용 .....	28
3. 수용의 요건 .....	46

<b>제3장 간접수용의 판정</b> .....	50
<b>제1절 국가의 규제권과 간접수용</b> .....	51
1. 국가 규제권의 의의 .....	52
2. 국제법상 국가 규제권의 연원 .....	53
3. 규제적 조치의 범위와 간접수용 .....	57
<b>제2절 간접수용의 판정요건</b> .....	59
1. 재산권에 대한 정부조치의 간여정도 .....	59
1) 경제영향의 심각성 .....	60
2) 침해의 지속성 .....	64
3) 재산권에 대한 부분적 침해 또는 영향 .....	68
2. 분명하고 합리적인 기대이익 .....	74
3. 정부조치의 성격 .....	79
1) 조치의 의도 .....	80
2) 규제적 조치의 예외 .....	84
4. 간접수용의 판정요건에 대한 검토 .....	88
<b>제3절 간접수용의 판정기준</b> .....	88
1. 간접수용의 판정기준의 유형 .....	88
2. 간접수용의 판정기준 .....	90
1) 효과기준이론 .....	90
2) 목적기준 이론 .....	93
3) 효과·목적기준 이론 .....	96
3. 간접수용의 판정기준에 대한 검토와 평가 .....	105
1) 효과기준 이론의 절대성 .....	106
2) 목적기준 이론의 한계성 .....	107
3) 효과·목적 기준이론의 형평성 .....	108

<b>제4장 간접수용에 대한 보상과 배상</b> .....	110
<b>제1절 수용의 보상기준</b> .....	111
1. 충분한 보상기준 .....	111
1) 충분한 보상기준의 개념 .....	111
2) 충분한 보상기준에 대한 비판적 견해 .....	112
3) 충분한 보상기준을 규정한 투자조약 .....	112
2. 적절한 보상기준 .....	114
1) 적절한 보상기준의 개념 .....	114
2) 적절한 보상기준을 규정한 투자조약 .....	115
<b>제2절 수용자산의 가치평가</b> .....	116
1. 수용자산의 가치평가의 의의 .....	116
2. 수용자산의 가치평가 방법 .....	118
1) 가치평가방법의 유형 .....	118
2) 가치평가방법의 적용에 대한 검토 .....	121
<b>제3절 간접수용에 대한 보상과 배상</b> .....	122
1. 불법적 수용과 배상 .....	122
2. 합법적 수용과 보상 .....	125
3. 간접수용의 보상에 대한 검토 .....	129
1) 배상과 보상의 문제 .....	129
2) 보상을 요하는지 여부의 문제 .....	129
3) 간접수용의 보상에 대한 검토 .....	130
<b>제5장 한·중 FTA에 대한 시사점</b> .....	133
<b>제1절 한·중 BIT와 수용조항</b> .....	133

1. 한·중 BIT의 개관 .....	134
2. 한·중 BIT상의 수용조항 .....	135
<b>제2절 한·중에서 간접수용의 규정동향 .....</b>	<b>136</b>
1. 한국의 규정동향 .....	137
1) ‘특별한 희생’ 법리의 도입 .....	139
2) ‘부동산 가격안정화’의 삽입 .....	140
2. 중국의 규정동향 .....	140
1) BIT상의 간접수용 규정 .....	140
2) FTA상의 간접수용 규정 .....	142
3. 기타 국가와의 투자조약상 간접수용 규정의 비교 .....	143
<b>제3절 한·중 FTA에 대한 시사점 .....</b>	<b>145</b>
1. 한·중 FTA의 추진현황 .....	145
2. 한·중 FTA 간접수용 규정에 대한 시사점 .....	147
1) 간접수용 규정의 필요성 .....	147
2) 제한적으로 규정하는 이유 .....	147
3) 간접수용 예외규정 명확성의 제고 .....	148
4) 간접수용 판정의 요건과 기준의 활용 .....	149
5) 투자개념의 확장에 대한 대응 .....	150
6) 경제발전과 공공건강·환경 등 제약목적의 추가 .....	151
<b>제6장 간접수용의 변화와 국내법의 적용 .....</b>	<b>153</b>
<b>제1절 간접수용의 발전 동향과 향후과제 .....</b>	<b>153</b>
1. 간접수용의 발전 동향과 주요 내용 .....	153
1) 간접수용의 정의 .....	154
2) 간접수용의 판정요건 .....	155
3) 간접수용에 관한 원칙적 예외 .....	156

2. 간접수용의 발전에 대한 평가 .....	157
3. 간접수용의 향후 과제 .....	158
1) 판정요건 간의 상호관계 .....	158
2) 수용조치와 규제적 조치의 구분 .....	159
3) 판정요건의 구체화 .....	160
4) 간접수용의 보상에 대한 검토 .....	160
<b>제2절 한·중 국내법상 간접수용조항의 적용 .....</b>	<b>161</b>
1. 국내법과의 관계 .....	161
1) 한국의 경우 .....	162
2) 중국의 경우 .....	163
2. 한국 국내법상 수용 법리의 내용 .....	164
1) 헌법에 근거한 수용의 개념 .....	164
2) 법률에 근거한 수용 법리의 내용 .....	174
3. 간접수용 조항의 한국 국내법적 적용 .....	175
4. 중국 국내법상 수용 법리의 내용 .....	178
1) 헌법에 근거한 수용의 개념 .....	178
2) 법률에 근거한 수용 법리의 내용 .....	183
5. 간접수용 조항의 중국 국내법적 적용 .....	185
<b>제7장 결 론 .....</b>	<b>188</b>
<b>參考文獻 .....</b>	<b>194</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>208</b>

<표 차례>

<표3-1> 간접수용의 판정요건 ..... 109  
<표4-2> 간접수용과 보상 ..... 131  
<표5-3> 한·중과 타국간 투자조약상의 간접수용 규정 ..... 143  
<표5-4> 한·중 FTA의 추진현황 ..... 145  
<표6-5> 중국의 수용 보상기준 및 입법 ..... 186



## 약 어 표

AALCC	: Asian-African Legal Consultative Committee (아시아·아프리카 법률자문위원회)
ACIA	: ASEAN Comprehensive Investment Agreement (아세안 포괄적 투자협정)
ASEAN	: The Association of Southeast Asian Nations (동남아 국가연합)
BIT	: Bilateral Investment Treaty(양자간 투자협정)
BOT	: Build-Operate-Transfer(건설·운영·양도)
CEPA	: Comprehensive Economic Partnership Agreement (포괄적 경제동반자협정)
CIME	: Committee on International Investment and Multilateral Enterprises(유엔 다국적기업위원회)
DCF	: Discounted Cash Flow(할인된 현금유통)
DTT	: Double Taxation Treaties(투자이중과세방지협정)
DRC	: Development Research Center of the State Council (국무원발전연구센터)
ECHR	: European Court of Human Rights(유럽인권재판소)
ECJ	: European Court of Justice(유럽사법재판소)

ECPHRFF	: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽 협약)
ECT	: Energy Charter Treaty(에너지헌장조약)
FCN	: Friendship, Commerce and Navigation Treaty (우호통상항해조약)
FET	: Fair and Equitable Treatment(공정 · 공평한 대우)
FIPA	: Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (외국인투자 촉진 및 보호 협정)
FTA	: Free Trade Agreement(자유무역협정)
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade (관세 및 무역에 관한 일반 협정)
ICJ	: International Court of Justice(국제사법재판소)
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Dispute (국제투자분쟁해결센터)
IGA	: Investment Guaranty Agreement(투자보증협정)
IIA	: International Investment Agreement(국제투자협정)
IMF	: International Monetary Fund(국제통화기금)
ISD	: Investor-State Dispute(투자자-국가 소송제도)
IUSCT	: Iran-United States Claims Tribunal(이란-미국 청구재판소)

MAI	: Multilateral Agreement on Investment(다자간 투자협정)
MFNT	: Most Favored Nation Treatment(최혜국대우)
M&A	: Mergers & Acquisitions(인수 · 합병)
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency (국제투자보증기구)
NAFTA	: North American Free Trade Agreement(북미자유무역협정)
NT	: National Treatment(내국민대우)
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development (경제협력개발기구)
PCIJ	: Permanent Court of International Justice (상설국제사법재판소)
RTA	: Regional Trade Agreement(지역무역협정)
TPA	: Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002 (무역촉진권한법)
TRIMs	: Agreement on Trade-Related Investment Measures (무역관련투자조치협정)
UNCTRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (유엔 국제무역법위원회)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (유엔무역개발위원회)

UNESCO : United Nations Educational, Scientific and Cultural  
Organization(유네스코)

WTO : World Trade Organization(세계무역기구)



# 제1장 서론

## 제1절 문제의 제기

국제투자에서 수용위험(risk of expropriation), 환위험(currency risk), 정치적 분쟁위험(risk of political violence) 그리고 계약위반위험(risk of breach of contract)은 가장 중요하게 취급되어지는 위험이라고 할 수 있다. 그 중에 수용위험은 외국인투자자의 이익뿐만 아니라 국가의 주권과 관련되어 있기 때문에 이는 국제투자법상의 초점이 되어 왔다. 특히 과거에 자본수입국 및 자본수출국 또는 투자자간에 수용의 합법성, 보상의 기준 등을 비롯한 법적 문제에 대하여 큰 논쟁이 있어 왔다. 현재에는 대부분의 국제투자조약에서 수용조항을 규정하고 있다. 수용 또는 국유화는 주권국가의 고유한 권리로서 인정되고 있으나, 공공이익, 무차별, 보상과 적법절차 등의 합법적인 요건이 충족되어야 한다는 제한이 있다. 또한 보상기준 있어서도 개발도상국들은 점점 선진국에서 주장한 충분한 보상기준을 받아들이고, 투자조약에서 보상의 기준, 절차와 방법을 구체적으로 규정하고 있다.

최근 국제투자에서 현지국(host country)이 외국인투자 자산을 직접적으로 수용 또는 국유화를 하는 사례가 적어지고 있는데, 이에 반하여 재산권을 과도하게 침해하여 수용과 유사한 효과를 유발하는 간접수용의 문제가 대두되고 있다. 왜냐하면 개발도상국의 시장 시스템에 대하여 정부가 간여조치를 함에 따라 수용 및 국유화와 유사한 효과가 발생하기 때문이다. 따라서 정부의 조치가 간접수용을 구성하는지 여부가 쟁점이 되고 있다. 또한 개발도상국뿐 아니라 선진국에서도 경제적 자유화를 추진함에 있어, 현지국 정부가 정치적 압력으로 국내의 산업·환경·건강·노동 등 분야의 보호를 필요로 각종의 사법·행정 조치를 행함으로써 간접수용의 분쟁을 초래할 수 있다.<sup>1)</sup>

1) Rudolf Dolzer & Felix Bloch, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?", *International Law Forum*(Vol.5. No.3), 2003, p.155.

한편 법적 측면에서는 ‘양자간 투자협정’(이하 ‘BIT’라고 함)과 ‘자유무역협정’(이하 ‘FTA’라고 함) 등의 국제투자법에서 간접수용 규정을 두고 있으나, 규정의 모호성, 간접수용 정의·범위·한계의 불확정성, 그리고 간접수용의 판정기준의 불명확성 등 문제점이 존재하기 때문에 간접수용 관련 분쟁사건이 발생할 가능성이 높다.

종전에 간접수용과 관련된 사례를 보면 피청구 국가의 행위는 대부분 특정한 외국인투자자를 대상으로 투자의 활동이나 수익활동에 영향을 미친 것에 해당한다.<sup>2)</sup> 그러나 90년대부터 출범된 「북미자유무역협정」(이하 ‘NAFTA’라고 함)<sup>3)</sup>의 사례에서 청구인들은 국가의 사회적·경제적 관리조치가 간접수용을 구성한다는 이유로 제소한 경우가 많았다. 이는 NAFTA 수용조항의 모호성과 밀접한 관계가 있다고 할 것이다.

NAFTA 제1110조는 “어떤 계약당사국들이 다른 계약국 투자자의 투자에 대해 … 직접·간접적으로 수용·국유화 또는 수용·국유화와 동등한 조치를 취하여서는 안 된다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 투자에 대하여 수용 또는 국유화와 동등한 효과를 갖는 현지국의 조치가 수용을 구성할 가능성이 발생한다. 이는 NAFTA의 투자와 정부조치의 정의를 매우 광범위하게 규정하고 있기 때문이다. NAFTA 제1139조는 투자의 범위는 거의 모든 유형·무형적 자산의 투자를 포함하여, 화물판매와 서비스 계약으로부터 나타나는 권리와 이익이 그 범위에서 제외될 뿐이다. NAFTA 제201조에 의하여 정부조치는 각종의 법률, 규정, 절차, 요구 또는 관행을 포함한다. 상기한 규정에 따르면 투자재산의 소유권에 대한 직접 박탈이 당연히 금지되어, 국가의 조치로 인하여 투자 재산을 과도하게 침해하여 수용 또는 국유화와 유사한 효과를 유발하는 국가행위는 간접수용에 해당될 수 있으며, 국가가 이에 대한 보상 의무를 이행하여야 한다. 이로 인하여 현지국 정

2) 이란-미국 청구재판소는 간접수용과 관련한 판례를 많이 하였다. 판정부의 판정에서는 다양한 정부행위가 간접수용으로 구성한다고 판정하였다. 이는 국제투자법상 간접수용의 판정에 있어 중요한 시사점을 제시하였다. 그 사례들에서 정부는 투자기업의 관리자·경영자를 임명하거나, 투자자가 재산을 해외로 이전하는 것을 저지하는 행위를 간접수용으로 구성한다고 판정되었으나, 이러한 정부행위는 보통 특정한 투자자 또는 투자를 대상으로 수행되는 것이다.(<http://www.iusct.com/>)(2010.5.28. 최종 방문일)

3) NAFTA는 미국, 캐나다, 멕시코 등 북미 3국간에 1994년 1월 1일부터 발효되었다. NAFTA가 지니는 가장 큰 특징은 선진국인 미국·캐나다와 개발도상국인 멕시코 간에 체결된 최초의 자유무역협정이라는 점에서 시사하는 바가 크다.

부가 특정한 투자자의 투자에 대하여 어떤 규제조치를 취하는 것이 아닌 경우를 막론하고, 심지어 조치가 일반적이고 무차별적인 것으로서 투자를 간섭하거나 수용하기 위한 목적·의도가 아니더라도, 정부행위는 투자의 경제적 이익에 불리한 영향을 미치게 된 경우에 조약상의 간접수용에 해당될 수 있는 가능성도 있다. 그러므로 현지국의 주권 또는 사회·경제적 규제에 제한을 과한다고 할 수 있다.

투자자들은 투자조약상의 간접수용 규정에 근거하여 투자가 현지국의 사회·경제적 규제, 특히 노동자보호, 공중건강, 환경과 '분배정의'(distributive justice) 등 정책의 실행으로 인하여 영향·피해를 받는 경우에 간접수용을 주장하며, 국제중재에 청구를 제기하는 것이 가능하게 되었다.<sup>4)</sup> 그러나 그 반면에 현지국이 조약상 의무규정의 위반에 대한 우려가 존재하므로 외국인투자에 대한 관리능력을 제한받게 되며, 특히 공공건강과 환경보호와 관련된 정책목적의 실현을 위한 경제적 부담이 가중되어 결국 정부가 공공이익을 위하여 사회와 경제를 관리할 수 없게 될 수도 있다. 따라서 국제투자법상의 과제로서, 한편으로는 국제투자협정을 통하여 현지국이 고의적으로 정부조치를 이용하여 외국인투자채산을 간접적으로 수용하는 불법행위를 억제함으로써 투자자를 실제로 보호하는 문제와 다른 한편으로는 투자자의 남소를 방지하기 위하여 현지국 정부가 공공이익을 목적으로 정당한 조치를 취할 수 있도록 투자협정에서는 간접수용을 어떻게 규정하는지의 문제가 제기된다.

## 제2절 연구의 목적

한국 정부는 이미 많은 국가들과 BIT와 FTA를 체결하였으며, 2009년 9월 기

4) NAFTA 발효 이후 이를 배경으로 투자자가 현지국 정부를 상대로 국제중재를 제기한 분쟁에서 수용조항이 많이 거론된 것은 사실이다. 즉 40여건의 분쟁 중 30여건의 분쟁에서 투자자는 수용조항의 위반을 주장하였다. 물론 수용조항의 위반만을 이유로 중재를 제기한 것은 아니며, 내국민대우, 공정·공평대우 등 여타 조항의 위반과 함께 이 규정의 위반으로 중재청구를 제기한 것이다. 수용조항 위반만을 이유로 중재를 제기한 사안은 단 한 건에 불과하다.

준으로 총 94개에 달하였다.<sup>5)</sup> 한국은 종래의 BIT와 FTA에서는 간접수용의 개념을 규정하고 있으나, 세계 기타 국가의 투자협정과 마찬가지로 간접수용의 규정은 비교적 모호하고 명확하지 않다. 이는 그 동안 간접수용과 관련된 투자분쟁이 발생되지 않았고, 정부와 학자의 관심도 끌지 않는 때문인 것으로 보인다.

2007년 6월 「한·미 자유무역협정」(이하 ‘한·미 FTA’라고 함)은 워싱턴에서 서명되었고, 2010년 2월 현재 양국의 의회의 비준을 기다리고 있다. 한·미 FTA 투자분야의 내용에 대하여 한국 국내에서 관심의 대상이 되고 있는 대표적인 사항 중에 절차법적 측면에서는 이른바 ‘투자자-국가 소송제도’(이하 ‘ISD’라고 함)가 문제가 되고 있고, 실체법적 측면에서는 협정문 제11장 투자의 제11.6조에서 규정하고 있는 ‘수용 및 보상’에 관한 부분이 문제가 된다. 특히 NAFTA와 달리 미국은 자국이 근년 칠레, 싱가포르, 중남미국가들과 체결한 FTA와 2004년 BIT 모델에서 제시하고 있는 간접수용에 대한 규정내용을 요구하였고, 한·미 FTA의 부속서 11-나에서 직접수용과 간접수용, 간접수용의 판정 및 예외 등에 대하여 규정하였다. 이 밖에 수용 및 보상을 포함한 투자분쟁의 해결 방법인 ISD에 대해서는 제11장 제2절에서 절차·방법 및 준거법 등을 규정하고 있다.<sup>6)</sup> 이후 2010년 발효된 「한국과 인도 간의 포괄적 경제동반자 협정」(이하 ‘한·인 CEPA’라고 함) 부속서 10-가에서도 간접수용에 대하여서 한·미 FTA와 같은 내용으로 규정하고 있다.

미국 측에서 제시한 간접수용 규정은 국내 판례법과 국제 중재의 판례로부터 도출된 판정 법리와 기준을 참조로 제정된 것이다. 그 특징 중의 하나가 간접수용의 개념, 판정 및 한계를 종래 투자협정상의 규정보다는 명료화된 점이라고 할 수 있다. 구체적으로 말하면 조약에서 간접수용을 “공식적인 소유권의 이전 또는 명백한 몰수의 경우를 제외하고, 직접수용에 상당하는 효과를 유발하는 조치 또는 일련의 조치”로 정의하고, 그의 판정을 위하여서는 사안별로 사실에 근거한

5) <http://www.mofat.go.kr/economic/cooperationagreement/datathread/index.jsp>(2010.2.29. 최종 방문일)

6) 이러한 간접수용의 개념과 법리에 대하여 한국 국내헌법 학자들은 그 도입가능성과 합헌성 여부에 대한 논의가 존재하고, 도입가능하다는 견해와 비판적 견해가 나누어져 있다. 국제법학자와 한국 정부는 간접수용은 국제조약에 규정된 만큼 국내법과 같은 효력을 지니고 있는 만큼 간접수용은 바로 국내법적 효력을 지닌다고 보고 있다.(김태현, “국제투자분쟁해결제도와 한미FTA의 수용태도에 관한 연구”, 『비교법학』(제19집), 2008, pp.27-35.)

검토가 요구되며, 검토과정에서 심사하여야 할 요건으로 첫째, 정부조치의 경제적 간여정도, 둘째, 정부조치가 명백하고 합리적인 투자 기대이익을 침해한 정도, 셋째, 정부조치의 성격 등 세 가지를 명시하고 있다. 또한 ‘드문 상황’(rare circumstances)을 제외하고는 공공의 건강·안전·환경 등과 같은 정당한 공공복리 목적을 위하여 고안되거나 적용된 무차별적인 규제적 조치가 간접수용을 구성하지 않는다고 하고, 간접수용 적용의 예외를 규정하고 있다.

한국 정부가 이러한 명료화 규정을 받아들인 목적은 다음과 같다. 첫째, 드문 상황을 제외하고는, 현지국 정부의 공익적 차원에서 취하여진 무차별적 규제조치는 간접수용의 범위에서 배제시키고 있다. 둘째, 간접수용의 판정과정에서 정부조치로 인한 투자의 경제적 피해의 심각성, 투자자의 기대이익에 대한 침해정도, 그리고 정부조치의 성격 등과 같은 판정요건을 통하여 간접수용 여부를 판정하여야 할 필요가 있었다. 셋째, 간접수용 개념의 불명확으로 인하여 분쟁이 남발될 수 있다는 점을 감안하여, 이를 억제하기 위하여 간접수용의 개념을 명확할 필요가 있었다.<sup>7)</sup>

한국의 최대 교역대상국이면서 해외투자 대상국인 중국은 외국인투자를 유치하기 위하여 외국인투자 보호와 촉진 법제의 도입을 적극적으로 추진하고 있다. 2008년 말 기준으로 중국은 독일 다음으로 124개 BIT를 체결하였고,<sup>8)</sup> 한중간 투자협정(이하 ‘한·중 BIT’라고 함)은 1992년 체결되어, 2007년 개정되었다. 한편 2000년에 들어서면서부터 중국은 ‘지역무역협정’(이하 ‘RTA’라고 함)에 적극적으로 참여하기 시작했으며, 2007년 10월에는 FTA를 중요한 대외경제 전략으로 삼을 것임을 선언하였다.<sup>9)</sup> 중국의 FTA전략에서 중요한 일환으로 취급되고 있는 한중간 자유무역협정(이하 ‘한·중 FTA’라고 함)은 2004년부터 관련 민간공동연구와 산관학 공동연구를 개시하고 추진 중인 상태이다. 현재까지 한·중 간의 투자분쟁에 대하여서는 개정 한·중 BIT상의 규정을 적용하고 있으며, 향후 한·중 FTA가 체결되어 발효되면 동 협정상의 투자분쟁규정의 적용을 받게 될 것이

7) 이성봉 외, 『한미FTA 투자분야 주요 쟁점이슈와 평가』, 대외경제정책연구원, 2006, p.37.

8) UNCTAD, “Recent Developments in International Investment Agreements(2008-June 2009)”, IIA Monitor No.3, UN Publication, 2009, p.3.

9) 2007년 10월 15일에 후진타오 국가주석은 중국이 FTA 전략을 이행하고 양자 및 다자간 경제협력을 강화할 것을 선언하였다.

다.

현재 중국은 외국인투자 유치로 인한 환경·노동·시장독점 등과 같은 문제가 유발되어 분쟁이 증가하고 있다.<sup>10)</sup> 아울러 중국은 자국기업의 해외투자를 적극 장려하는 ‘해외진출’(走出去; going global) 전략을 통하여 해외투자국으로 등장하고 있다. 이러한 차원에서 중국은 자국의 해외투자자를 보호하도록 국제적 수준에 부합하는 투자협정의 체결을 요구하고 있다. 개정 한·중 BIT 수용조항에서는 “직접·간접적으로 수용 또는 국유화하거나”라는 문구를 통하여 간접수용을 수용의 범위에 포함시킨다는 의도를 명시하고 있으나, 간접수용의 정의나 판정 법리에 대하여는 상세한 규정을 두지 않았다. 따라서 관련 분쟁이 발생할 경우에 중재판정부의 자유재량에 따르게 될 것이다. 최근 중국은 체결한 BIT와 FTA에서 수용의 부속서를 통하여 간접수용의 정의, 판정, 예외 등 법리와 규정을 도입하고 간접수용의 문제에 적극적으로 대응하고 있다. 그러므로 현재 한·중 양국 간에 적용되고 있는 개정 한·중 BIT의 수용조항의 규정 및 기준의 불명확성이 존재하고 있는 점을 감안하면, 양국간 간접수용과 관련한 분쟁이 나타나는 경우에 중재판정부의 판정에서 체약국의 정당한 규제조치가 간접수용으로 판정될 가능성이 존재한다. 이는 현지국 정부가 공공관리 정책을 제정할 때 일정한 제약을 받게 되며, 분쟁이 발생하게 되면 소송으로 인한 거대한 비용을 부담하여야 하는 것이 우려된다. 그래서 이를 해소하기 위하여 한·중 FTA에서는 간접수용의 규정을 명료화할 필요가 있다.

본 논문에서는 국제투자법상 간접수용의 개념을 검토하고, 근래 국제 중재의 판례에서 발전되어 도출된 간접수용의 판정요건과 기준 등을 고찰하고, 그러한 법리와 기준을 바탕으로 주요 국가의 투자조약상 간접수용 관련 규정의 유형과

10) 1992년 미국적 화교인 사호(史浩)가 합자회사인 양명부동산회사(陽明房地產)를 설립하고 상해정부와 시중 십지인 상해인민 공원내에 테마파크(世界白樂園)를 조성하기로 합의하고 계약을 체결하였다. 하지만 상해 정부의 도시계획의 변경으로 계약을 이행할 수 없게 되어 분쟁이 발생한 사례가 있었다. 이는 현지국 정부의 계약불이행에 대한 투자자와 정부간 투자분쟁이라고 할 수 있다. 또한 최근 중국 길림성 정부가 백두산을 유네스코(UNESCO)에 세계 자연유산을 등재하기 위하여 상업적 숙박시설을 모두 철거하는 것을 내용으로 하는 조례를 제정하였다. 대부분이 한국 투자자가 투자한 호텔 등에 대하여 철거명령을 통보한 일련의 사례는 향후 양국간 투자분쟁의 대폭 증가가 예상된다. 한편 2007년 중국 투자자(Tzp Yap Shum)는 자기가 페루에 투자하여 설립한 회사(TSG Peru SAC)가 페루 정부로부터 수용을 당하였고 페루정부가 BIT 수용의무의 위반을 이유로 ICSID에 중재청구를 제기하였다.

특징을 검토하였다. 또한 이러한 국제관습법상의 변화가 한·중 FTA에 대하여 몇 가지 시사점을 제시하고자 하였다. 본 연구는 투자자에 대한 보호 장치로서의 간접수용 규정을 부정하는 것이 아니다. 그러나 기존의 대부분 투자조약상 간접수용 규정의 모호성과 불합리성을 감안하여, 투자자가 이를 남용할 수 있으며, 중재판정부들이 자기의 재량으로 현지국에 불리한 판정을 내릴 수 있다. 이렇게 하면 공공복리 목적을 위한 국가의 규제권이 제한되게 되며 현지국의 사회적·경제적 질서가 훼손하게 되는 결과가 발생할 수 있다는 점을 주목하고 있다. 따라서 본 연구는 한·중 FTA상 간접수용 규정의 설정원칙 및 기준을 제시함으로써 그 모호성과 법적 불안정성을 해소하고 투자자와 현지국 간에 이익형평을 실현할 수 있는 대안을 모색하는 것을 목적으로 한다.

### 제3절 연구의 범위와 방법

국제투자법상 외국인투자재산에 대한 수용의 유형은 직접수용과 간접수용으로 구분될 수 있으며, 본 논문에서는 연구의 범위를 간접수용으로 한정하여 진행하였다. 그래서 한·중 FTA 협상에서 가장 문제가 될 것으로 예상되는 간접수용 문제에 대하여 그 이론적 기초를 검토하고, 국제중재 관련 판례와 주요 국가의 입장을 통하여 한·중 FTA 간접수용 규정의 제정방향과 양국 국내법의 적용을 검토하는 것을 주된 내용으로 하였다.

제1장에서는 본 논문 연구의 목적·범위·방법을 제시하였다.

제2장에서는 간접수용과 관련된 다양한 기본개념에 대한 검토를 하였다. 제1절에서는 국제투자법과 관련한 개념을 살펴보았다. 제2절에서는 국제투자협정의 개념, 유형과 주요 규정내용에 대한 검토를 하였다. 제3절에서는 국제투자법상 수용의 의의를 고찰하고, 수용의 한 가지 유형으로서의 간접수용의 개념, 유형과 발생원인 등을 주요 내용으로 분석하였다. 또한 유형별로 국제투자협정에서 규정되는 간접수용을 분석하고 간접수용의 합법요건에 대한 일반적인 고찰을 시도하

였다.

제3장에서는 국제법상의 법리와 중재판정 유형별 검토와 평가를 통하여 국제투자 분쟁에 있어 국제 중재에서 적용하고 있는 다양한 간접수용의 판정과 관련한 내용, 근거, 판례와 문제점 등을 분석하고자 하였다. 제1절에서는 간접수용과 국가의 규제조치를 구분하기 위하여 국제법상 국가의 규제권의 의의와 법리의 연원을 소개하여 국가의 규제조치의 범위를 검토하였다. 다음으로 제2절에서는 국제중재의 판정을 통하여 실제 운용되고 있는 간접수용의 판정요건들의 유형과 의미를 분석하였으며, 제3절에서는 국제중재 판례를 통하여 제2절에서 살펴본 여러 간접수용의 판정요건의 적용에 있어 그들의 상호 관계에 대하여 중재 판례에서 나타나는 접근방법과 이론을 검토하였다.

제4장에서는 수용과 밀접한 관계를 맺는 보상과 배상의 문제를 검토하였다. 제1절에서는 국제법상 외국인 수용자산에 관한 보상기준의 유형별 검토를 수행하여 국제투자협정상의 규정을 중심으로 분석하였다. 제2절에서는 수용 보상에 있어 수용자산의 가치평가의 의미와 방법을 검토하여 수용 보상에 관한 국제중재 판례를 분석하였다. 제3절에서는 간접수용에 대한 보상 및 배상과 관련된 국제투자분쟁 사례분석을 실시하였으며, 이를 바탕으로 간접수용 보상 문제의 검토를 하였다.

제5장에서는 앞에서 검토한 국제투자법상 간접수용의 개념과 판정법리를 토대로 한·중 FTA 간접수용 규정에 대한 시사점을 제시하였다. 제1절에서는 현행 한국과 중국 투자협정상의 간접수용 규정의 입법동향 및 비교를 실시하였다. 제2절에서는 최근 국제투자법상 간접수용 규정의 반전동향과 향후과제를 분석하였으며, 한·중 FTA에 대한 시사점을 제시하였다. 제3절에서는 한국과 중국 국내법상의 수용 법리의 내용 및 간접수용 조항의 적용가능성을 검토하였다.

제6장에서는 이전 국제투자협정상 간접수용 규정과 비교하여 최근 새롭게 나타나는 간접수용의 규정내용을 검토하였다. 새로운 규정은 명확성을 대폭적으로 제고했음에도 불구하고 여전히 몇 가지 문제점이 나타나고 있다. 이에 따라 간접수용 규정을 보완하기 위하여 그 문제점을 대비하는 제안을 제시하였다.

본 연구는 국제투자법상의 간접수용에 대한 문헌연구의 방법과 간접수용 관련 투자분쟁에 관한 판례분석 방법을 병행하였다. 본 연구를 수행함에 있어서는 국

제투자협정에 관한 내용은 '유엔무역개발위원회'(이하 'UNCTAD'라고 함) 등 기구의 보고서, 통계자료와 선행연구가 이루어진 문헌을 중심으로 검토하였다. 국제투자분쟁에 관한 중재사례는 '국제투자분쟁해결센터'(이하 'ICSID'라고 함)를 비롯한 중재기구들의 웹사이트에서 관련사안의 판정문을 검색하여 분석하였다. 아울러 국제투자법의 여러 전문가들의 발표와 논문자료를 수집하여 연구를 진행하였다.



## 제2장 국제투자협정과 수용

국제투자의 활성화를 추진하기 위하여 각국들이 국제투자협정을 체결함으로써 국제투자활동 또는 투자자에 대하여 투자협정에 의한 보호를 하고 있다. 특히 대부분의 국제투자협정에서 투자자와 국가간 분쟁해결 절차를 규정하고 있어, 이에 의하여 ICSID를 비롯한 국제중재의 관할권이 인정되어 외국인투자 또는 투자자에 대한 보호가 대폭적으로 강화되고 있다. 한편으로 국제투자협정에서 규정되는 수용 및 국유화조항은 전통적 직접수용뿐만 아니라 간접수용의 개념을 도입하여, 수용의 범위를 확대하게 된 것이다. 이것은 투자자에 대한 보호를 강화하는 결과가 되는 반면에, 현지국 특히 개발도상국에 대하여 국가 경제정책의 제정과 공공관리조치의 실행에 부정적 영향을 미치고 있다. 간접수용에 대한 연구의 선행으로 이 장에서는 간접수용 규정을 두고 있는 국제투자협정과 수용 조항의 개념을 파악하고 나서, 간접수용의 의미와 유형을 검토하였다.

### 제1절 국제투자의 의의

‘국제투자’(international investment)는 투자의 초국경적 이전이라고 해석할 수 있다. 투자와 관련하여 국가는 일반적으로 자본이전의 방향에 따라 자본수출국과 자본수입국으로 나눌 수 있으며, 자본수입국은 ‘현지국’(host country) 혹은 투자유치국이라고도 한다. 현지국의 입장에서 국제투자는 자국 국민의 ‘해외투자’(overseas investment)와 ‘외국인투자’(foreign investment) 등 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 한편 투자는 투자자의 경영참여 여부에 따라 ‘직접투자’(direct investment)와 ‘간접투자’(indirect investment)로 나누어진다. 투자대상 사업에 대한 경영지배나 경영참여를 목적으로 하는 것을 직접투자라 하고, 경영참여가 목적이 아니라 이자나 이익배당 등 자본소득을 목적으로 하는 거래를 간접투자 또는 ‘포트폴리오’(portfolio)투자라고 한다.<sup>11)</sup>

국제투자의 개념과 방법은 통일적·고정적 개념과 함의가 존재하지 않으며, 국제경제 관계의 변화에 따라서 지속적으로 변화되고 있는 것이다.<sup>12)</sup> 전통적인 국제투자는 외국인투자자가 공장을 설립하거나 기업을 '인수·합병'(이하 'M&A'라고 함)하여 현지국에 진출하는 것을 의미하며, 이는 직접투자라고 하기도 한다. 최근 국제투자의 형태를 보면 직접투자뿐만 아니라 주식, 채권, 금융파생상품 등의 증권투자 또는 간접투자를 재산권에 포함하게 된다. 따라서 현재 국제투자라 함은 현지기업의 수익활동에 대한 직접적·간접적 참여에 대한 대가로 사용되는 무형 또는 유형의 자산이 한 국가로부터 다른 국가로 이전되는 것을 의미한다고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

국제투자를 진행하는 동시에 경제이익이 필연적으로 수반되고 있다. 그러나 이에 대하여 자본수출국과 자본수입국의 입장은 항상 일치하는 것이 아니다.<sup>14)</sup> 자본수출국의 입장에서는 자국의 해외투자자의 경제이익의 실현과 사업활동의 안전을 확보하는 도모한다. 투자수입국의 입장에서는 외국인투자가 자국 국민경제의 발전에 필요한 자금을 제공할 수 있으며, 선진기술 또는 경영기법의 이전, 고용의 창출 등의 효과를 얻을 수 있다. 그러나 자본수입국은 외국인투자활동이 자국의 주권과 경제에 위협할 우려가 있기 때문에 자국의 실정에 맞추어 외국인투자를 규제하기도 한다. 어떤 의미에서 국제투자협정은 이러한 자본수출국과 자본수입국 각자의 목적을 실현하기 위한 산물이라고 할 수도 있다.

## 제2절 국제투자협정의 의의

### 1. 국제투자협정의 개념

11) 경영참여 여부에 따른 구분의 이외에, 법적 기준에 따라 직접투자와 간접투자를 구분하는 방법도 있다. 즉 금전투자, 실물투자 또는 증권투자의 상관없이 법에서 규정된 비례이상으로 투자한 경우 법률상 직접투자는 인정되는 것이다.(서헌제, 『국제경제법』(제2판), 율곡출판사, 1998, p.614)

12) UNCTAD, "Scope and Definition", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 1999, p.7.

13) 최승환, 『국제경제법』, 법영사, 1998. p.637.

14) 최승환, 상계서, p.638.

국제투자의 개념을 바탕으로 '국제투자협정'(이하 'IIA'라고 함) 또는 '국제투자조약'(international investment treaty)이라고 함은 국제투자를 대상으로 체결되는 국제조약을 말한다. IIA는 대부분의 국가 특히 개발도상국들이 외국인투자를 유치하기 위한 정책이나 전략에서 출발하여 중요한 역할을 하고 있는 방식으로 많이 활용되고 있다. IIA는 국제투자 특히 외국인직접투자와 관련한 내용을 규정하고 있으며, 이를 통하여 현지국이 외국인투자를 유치하도록 하고, 투자의 촉진을 위하여 안전하고 투명한 투자 보호체계를 구축하고 있다. 한편으로 투자자들이 외국에 투자를 함에 있어 IIA에 의거하여 보호를 받는 것이 일반적이다. 그러므로 IIA는 국제투자법의 중요한 법원으로 인식되고 있다.

현지국들이 IIA를 추진함으로써 외국인투자를 유치하는 반면에 IIA에서 규정된 투자유치국의 의무를 이행하여야만 한다. 이는 현지국이 내국인의 이익을 보호하거나 발전하기 위하여 사법적·행정적 행위를 취하는 능력 즉 국가의 주권을 제한한다.<sup>15)</sup> 그래서 계약당사국들은 협정에서 어떠한 조항을 규정함으로써 국제투자를 촉진하고 보호하며, 아울러 현지국의 입장에서 국내 사회적·경제적 발전효과를 얻을 수 있는가의 과제가 있다.

근년 IIA의 발전에 따른 특징을 다음과 같이 볼 수 있다. 첫째, 양자적 투자협정과 이중과세방지협정의 체결은 지속적으로 증가되고 있다. 둘째, 자유무역협정 등 국제조약에서도 국제무역 규범뿐만 아니라 국제투자 규범까지 규정하게 된다. 셋째, IIA의 조항은 계속 보완됨으로써 규정의 내용과 문구가 점차 명확해지고 있다. 넷째, 국제투자환경의 변화로 새로운 관련 조항이 추가하여 규정되거나 기존 조항을 수정하게 되는 경우가 많다. 다섯째, IIA가 지속적으로 증가하는 반면에 투자자와 국가간의 투자분쟁도 급증하는 추세가 나타나고 있다.<sup>16)</sup>

## 2. 국제투자협정의 유형

15) UNCTAD, "The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries", UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UN Publication, 2009, p.15.

16) 盧進勇 外, 『國際投資條約與協定新論』, 人民出版社, 2007, p.31.

IIA는 계약의 주체에 따라 양자적 투자협정, 지역적 투자협정, 그리고 다자적 투자협정으로 구분될 수 있다. 양자적 투자협정은 두 개의 국가 즉 자본수출국과 자본수입국이 투자에 관련한 과세와 투자 보호·증진 또는 자유화 등을 목적으로 체결되는 것이며, 계약당사국들이 양국간의 특정 관계를 감안하여 달성한 의사의 합치를 반영한다는 점에서 보면 두 당사국간에만 적용되는 쌍무협정에 불과하다. 지역적 투자협정은 특정 지역내의 국가들이 경제통합을 위하여 자유무역지대 등을 창설하고 투자관련 규정내용을 담고 있는 것이다. 다자적 투자협정은 투자규범을 국제 사회에서 통일적으로 규정하고 적용할 수 있다는 점에서 보편적인 특징을 가지고 있다.

또한 협정의 주요내용에 따르면 첫째, 투자의 촉진·보호 또는 자유화 등을 목적으로 체결되는 투자협정, 둘째, 투자보험과 대위변제 등의 내용을 담고 있는 '투자보증협정'(investment guaranty agreement), 셋째, 투자조세의 이중부담과 조세분쟁 등을 규정하고 있는 '투자이중과세방지협정'(이하 'DTT'라고 함), 넷째, 분쟁해결을 위한 다자적 국제협약, 즉 1965년 「국가간 그리고 다른 국가의 국민간의 투자분쟁의 해결에 대한 협약」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; 이하 'ICSID협약'이라고 함), 다섯째, 세계무역기구(이하 'WTO'라고 함) 체계에서 직접적인 무역제한 또는 왜곡효과를 초래하는 투자조치만을 대상으로 규정하는 「무역관련투자조치협정」(이하 'TRIMs협정'라고 함) 등으로 분류될 수 있다.

### 1) 양자적 투자협정

광의의 양자적 투자협정은 자본수출국과 자본수입국간에 직접투자와 관련하여 체결되는 조약을 모두 포함한다. 그 중에 대표적인 조약은 투자보장협정과 이중과세방지협정이다.

투자의 보호 및 보장을 위한 양자적 국제투자규범은 조약(treaty)과 협정(agreement) 등 형태를 취하고 있으며, 그 명칭을 보면 '투자촉진협

정'(investment incentive agreement), '투자 촉진 및 보장 조약'(investment promotion and protection agreement), '투자보호협정'(investment protection agreement) 등으로 다양하게 체결되고 있다. 이러한 투자규범의 명칭은 다양하나, 그 체결내용을 보면 대동소이하다.<sup>17)</sup> 또한 투자보장협정과 미국식 양자적 투자 조약을 구분하여, 전자는 체약국의 현존하는 투자관련 법제와 투자허용수준의 틀 내에서 투자자의 보호와 투자의 증진에 관한 사항을 중심으로 보통 현지국의 국내법에 따라 허용된 투자에 대한 사후적 보호만을 규정하는 반면에 후자는 기존의 투자관련 법률 체계를 전제로 하지 않고 투자자유화(investment liberalization)와 투자자 보호수준을 강화하는 새로운 방안을 도입하고, 이를 협정문에 명문화하는 것으로 이해된다.<sup>18)</sup> 그러나 실무의 협상과정에서 양자의 개념차이를 구별하기 어렵고, 후자는 투자자유화에 관한 유보예외를 부속서(annex)의 형태로 반영하는 것이 일반적이라고 한다.<sup>19)</sup> 이러한 차이에 불구하고 양자는 구조와 내용에 공통적인 점을 가지고 있기 때문에 본 논문에서 양자를 통칭하여 BIT라고 한다.

2009년 6월까지 세계적으로 총 2,701개 BIT가 체결되었다.<sup>20)</sup> 현재 세계적·포괄적·다자적 IIA는 존재하지 않고 있기 때문에 BIT는 국제투자 관계를 규제하는 국제규범으로서 중요한 역할을 수행하고 있다고 할 수 있다.

## 2) 지역적 투자협정

지역경제통합은 특정 지역내의 국가들이 상호간에 관세 및 비관세장벽을 철폐하여 재화 및 서비스와 생산요소가 자유롭게 이동하도록 보장하는 것이므로 이를 통하여 많은 투자활동이 필연적으로 수반된다. 따라서 지역경제통합협정에서는 항상 투자규범을 포함하고 있기 때문에 이러한 협정도 IIA의 범주에 속하게 되며, 흔히 지역적 투자협정이라고 한다. 세계적·포괄적 IIA는 존재하지 않는

17) 법무부, 『양자간 투자협정 연구』, 2001, pp.7-8.

18) 문준조, 『우리나라의 FTA 체결을 위한 체계적 연구』, 한국법제연구원, 2005, pp.38-39.

19) 김창규, "양자간 투자협정 구조에 대한 고찰", 『무역구제』(창간호), KDI경제정보센터, 2001, pp.217-218.

20) UNCTAD, *supra note 8*, p.2.

상황에서 지역적 투자협정은 양자적 투자협정 이외에 국제투자를 규제하는 역할도 수행하고 있다.

지역적 투자협정은 그 내용의 규정형식에 따라 두 가지 형태로 구분될 수 있다. 하나는 전체적으로 투자규범 내용만을 규정하는 것이며, 다른 하나는 투자규범의 내용을 지역통합협정의 한 장(chapter)으로 포함시키는 것이다. 전자에 관한 대표적인 예는 1998년 동남아 국가연합(이하 'ASEAN'라고 함) 회원국간의 「포괄적 투자협정」(comprehensive investment agreement) 등이 있으며, 후자에 관한 전형적인 예는 1992년의 미국·캐나다·멕시코가 체결한 NAFTA 등이 있다. 특히 1990년대부터 RTA의 유형으로 체결되기 시작한 FTA는 다자적 무역체계의 중요한 특징으로 부각되고 있다.<sup>21)</sup> 2008년 말까지 WTO에 통고한 FTA는 약 400 여개가 있었다.<sup>22)</sup>

FTA는 당사국 사이의 상품 및 서비스 무역 등에 관한 관세와 기타 무역장벽의 제거를 목적으로 체결되는 협정 또는 조약을 의미하는 좁은 의미에서 더 나아가 투자보장협정, 조세조약, 상호인증협정, 경제협력협정을 포함하거나 무역촉진·원활화를 위한 여러 조치를 첨가하는 넓은 의미로 FTA가 체결되고 있다.<sup>23)</sup> FTA의 규제대상은 분야별로 상품무역, 서비스, 투자, 정부조달과 지적재산권 등 분야를 포함하는 이외에 계약 당사국의 합의에 따라 노동, 환경, 전자상거래와 경쟁정책 등을 포함시킬 수 있다. 또한 일부 FTA는 농산물, 섬유·의류, 에너지와 자동차 등 특정품목에 대하여 단독적으로 체결되기도 한다.<sup>24)</sup>

21) 1990년대부터 세계무역기구에 의하여 주도된 다자주의(multilateralism) 규범과 대비하여, 세계 각국들이 자국의 경제이익의 극대화를 추구하기 위하여 FTA를 포함한 지역무역협정으로 대표되는 지역주의(regionalism)가 급속히 증가하고 있는 실정이다. RTA의 지역주의와 WTO의 다자주의는 도모하는 범위는 다르지만, 관세와 수출입제한 등의 무역장벽을 제거함으로써 같은 목적인 무역자유화를 촉진하고 있다. 물론 RTA는 자유무역지대 내에 속하지 않은 국가나 지역에 영향을 미칠 수 있으나, 전체적으로 말하면 세계경제근거규정은 「관세 및 무역에 관한 일반 협정」(GATT) 제24조, 도교라운드에서 협의된 허용조항(Enabling Clause), WTO 설립협정 부속서 1A 중 GATT 제24조의 해석에 관한 양해에 따르면 관세동맹, 자유무역협정 및 관세동맹이나 자유무역지대의 형성에 이르는 잠정협정 등이 있다.

22) [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/region\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm)(2010.2.25. 최종 방문일)

23) 김동훈 외, 「BRICs의 FTA에 대한 법적 분석(1)」, 한국법제연구원, 2007, pp.38-40.

24) 고준성, 「자유무역협정(FTA)의 조문별 유형 분석」, 산업연구원, 2003, pp.13-15.

### 3) 다자적 투자협정

현재 발효 중인 「ICSID협약」, 「국제투자 보증기구 협약」(Convention on Multilateral Investment Guarantee Agency; 이하 'MIGA협약'이라고 함), 그리고 「TRIMs협정」은 다자적 투자협정의 범위에 속한다고 할 수 있으나, 이러한 협약은 투자분쟁, 투자의 보험·보증, 그리고 상품무역에 직접 영향을 미치는 투자조치 등 특정한 문제·분야를 규율하는 것으로서 국제투자의 보호 및 자유화를 목적으로 하는 본래의 의미의 다자적 투자협정이라고 하기는 힘들다. 한편으로 1995년 5월부터 '경제협력개발기구'(이하 'OECD'라고 함)는 투자자유화를 실질적으로 달성하기 위한 투자제도를 마련하는 것을 주된 목적으로 '다자간 투자협정'(이하 'MAI'라고 함)의 제정을 시도하였다. 1998년 MAI 초안이 제출되었으나, 각국의 의견대립으로 인하여 협상은 무기한 연기되었다.<sup>25)</sup> 그래서 현재 세계적·포괄적 다자간투자규범은 존재하지 않으므로 국제투자분야에서 일부 특정문제에 대하여 앞에서 언급한 ICSID협약, MIGA협약 그리고 TRIMs협정을 적용할 수 있으나, 투자의 보호·촉진 등 중심문제에 주로 양자적·지역적 투자협정의 규정에 의하여 해결하고 있다.

#### 3. 투자협정의 주요 내용

이상 언급한 것과 같이 IIA는 범위가 매우 넓고, 다양한 유형의 조약 형태를 포함하고 있다. 모든 IIA에서는 수용 또는 간접수용의 내용에 관한 규정이 포함되는 것을 아니다. 이는 주로 양자적·지역적 투자협정에서 나타나고 있는 반면에, 세계적·다자적 투자협정의 측면에서 보면 비록 MAI 초안에는 포함되고 있으나, 이는 아직 합의가 이루지 못하고 있기 때문에 간접수용 내용을 규정하는

25) MAI는 투자보호 및 투자자유화에 관한 높은 수준의 기준을 설정하고, 법적 구속력을 갖추고 강력한 집행 절차를 마련하고, 투자자유화, 투자보호, 분쟁해결, 조세 등 국제투자와 관련된 모든 분야를 포함시켜 구체적이고 포괄적인 다자간 규범을 제정하고, 독립된 조약의 형태로 채택되어 OECD 회원국뿐만 아니라 비회원국에 대하여도 개방된다는 특징들이 요약될 수 있다. 반면에 MAI는 OECD에서 제출된 것으로서 선진국 또는 자본수출국의 입장을 나타낼 뿐이며 개발도상국은 협상을 참여하지 않았고 자본수입국의 입장을 반영할 수 없는 구한성이 있다.(최승환, 전제서, p.667.)

세계적 투자협정은 존재하지 않는다고 할 수 있다. 즉 간접수용의 내용은 일반적으로 BIT 및 일부 RTA에서 규정되고 있는 것이다. 따라서 이하에서 간접수용 규정을 담고 있는 RTA에 포함되는 FTA 및 BIT를 중심으로 그 내용을 살펴보기로 한다.

간접수용 규정내용을 두고 있는 투자조약은 보통 투자의 촉진·보호 혹은 자유화를 목적으로 체결되는 것이며, 그 주요내용은 일반적으로 조약전문, 정의조항, 실제적 조항과 절차적 조항을 포함한다.

첫째, 조약의 전문은 조약체결의 의도·목적, 안정적인 투자환경 창설 및 조약효과의 전망을 표명하는 것이며, 경제·정치·문화와 관련하여 계약당사국의 고려사항과 조약의 기준을 표명하는 것이다. 전문은 조약의 일부로서 간주되는데, 보통 구속력이 인정되지 않아 법적 의미가 없다.<sup>26)</sup> 그러나 조약의 본문에 규정내용이 불명확하거나 누락되는 경우에 전문에 의거하여 조약을 해석하는 역할을 수행할 수 있다.

FTA와 BIT의 전문을 보면 투자자의 보호와 투자여건의 개선 등을 내용으로 하는 것이 대부분이며, 현지국의 경제발전 목표 또는 투자자의 의무를 언급하는지의 여부에 따라 두 종류로 나눌 수 있다. 하나는 전문에서 투자의 촉진 및 보호만을 강조하는 것이며,<sup>27)</sup> 또 하나는 투자의 촉진 및 보호뿐만 아니라 현지국의 국내법, 경제발전, 공공안전·건강·환경 등의 내용을 포함하는 것이다.<sup>28)</sup>

26) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.20.

27) 2008년 독일 모델 BIT의 전문은 “...양국간의 경제협력의 증진을 요망하여, 일방당사국의 영역에서의 상대방사국의 투자자의 투자를 위한 유리한 여건의 조성을 희망하여, 그러한 투자에 대한 격려와 계약상의 보호를 인정함으로써 사적 사업의 창의력을 촉진하고 양국의 번영을 증진시킬 것임을 인식하며...”라고 한다. 또한 2005년 일본·멕시코 FTA 전문은 “...증가되고 있는 무역·투자와 호혜적 협력을 통하여 양당사국간의 오래 계속된 우호와 경제·정치 관계가 발전되는 것임을 인식하여, ...양국간의 무역·투자를 조절하기 위하여 호혜적 기준을 통하여 확립하고 안전한 무역·투자 체계를 창설함으로써 당사국의 경제경쟁을 강화시키고, 그들의 시장이 더 효율적이고 활성화하게 되며, 향후 양국간의 무역·투자의 확장을 위한 통상환경을 확실히 확보하는 것임을 인식하여, ...양국의 경제관계를 확보함으로써 태평양 지역의 무역·투자 흐름의 증대에 기여하는 것임을 인식하여, 이 협정은 양국우호의 신시대를 여는 것임을 확신하여, 양국간의 경제협력의 강화를 위한 법체계를 설립하는 것임을 동의하며...”라고 서술하고 있다.

28) 2004년 미국 모델 BIT 전문은 “...일방 계약국 국민 및 기업의 타방 계약국 내 투자에 관하여 상호간에 경제협력의 증진을 희망하여, 그러한 투자에 대한 대우에 관한 협정이 양 계약국의 민간자본의 흐름과 경제발전을 촉진할 것임을 인식하여, 안정적인 투자제도가 경제적 자원의 효과적인 사용을 극대화하고 생활수준의 향상을 가져올 것임을 인식하여, 국내법 또는 국제중재에 의한 투자에 관련된 발의권·집행권의

이러한 전문은 법적 구속력이 없으나, 실무를 보면 투자조약에 규정내용이 없거나 판정에 있어 기준이 명문화되지 않은 경우에 중재판정부들이 조약전문에서 서술된 계약목적에 의거하여 조약을 해석하고 판정을 내리는 것이 일반적이다. 그래서 조약 전문이 계약목적으로 투자자 보호 또는 투자환경의 안전 창설만을 강조하고, 현지국의 사회·경제 발전 등의 목표를 언급하지 않으면 투자자에 유리한 판정이 내려질 가능성이 매우 높다. 따라서 최근 투자유치국은 투자조약의 전문에서 투자의 촉진과 보호뿐만 아니라, 경제발전, 안전, 공공건강과 환경 등에 대한 고려를 계약목적으로 강조하고 있다.<sup>29)</sup>

둘째, 투자의 정의와 적용범위는 관련문제가 투자조약의 적용대상이 될 수 있는지 여부의 결정요소로서 중요한 의미를 가지고 있다. 즉 협정의 적용대상이 되어야 협정에서 부여된 대우와 보호를 받을 수 있으며, 분쟁해결절차에 의한 구제대상이 될 수 있다. 계약당사국들은 보통 자국의 국내법 또는 특정한 목적·수요에 근거하여 투자조약에서 투자의 정의와 적용범위를 합의·규정한다.

일반적으로 투자조약에서 투자는 자산기준(asset based), 기업기준(enterprise based), 그리고 거래기준(transaction based) 등 세 가지 유형으로 정의되고 있다.<sup>30)</sup> 그러나 기업과 거래기준으로 정의하는 방식은 극소수에 불과하므로 투자는 주로 자산기준으로 정의하는 방식이 활용되고 있다. 자산은 금융자산과 경제개념상의 자분을 포함하고 창조적 생산 능력을 갖춘 모든 유·무형 자산을 포함하는 것이다. 따라서 자산기준에 의하면 투자는 직접투자뿐만 아니라 포트폴리오투자까지 각종의 재산과 재산권을 포함하는 매우 광범위한 개념으로 정의될 수 있다.

현재 대부분의 투자조약은 자산기준으로 투자를 정의하는 방식을 취하고 있는

---

효과적 수단을 제공하는 중요성을 인식하여, 건강·안전·환경의 보호와 국제적으로 인정된 노동권의 추진을 포함하는 이러한 목표를 달성하는 것임을 희망하여, 투자의 촉진과 상호보호에 관한 조약을 체결할 것을 경의하여...”라고 한다. 또한 2004년 한·칠레 FTA 전문은 “...양국간의 특별한 우호와 협력의 유대를 강화할 것을 약속하고, ...명확하고 호혜적인 무역규범을 확립하고, 무역·투자 장벽을 피함으로써 상호 무역 및 투자를 증진시킬 것을 경의하며, 이 협정이 생활수준을 향상시키고, 새로운 일자리를 창출하며, 환경보호 및 보전에 합치하는 방식으로 지속가능한 발전을 증진시키도록 이행되어야 함을 인식하고, 그들 국가에서의 공공복리를 증진시킬 것을 약속하며, 그리고 그들 국가에서의 시장경제와 민주주의의 병행 발전을 강화하여 나가기를 희망하여...”라고 서술하고 있다.

29) 그러나 이로 인하여 경제발전에 이바지하는 투자만이 그 투자조약의 적용대상이 될 것인가 하는 문제가 있다. 이에 관하여 논의가 존재하며 해결방법은 제시되지 않고 있다.(M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*(second edition), Cambridge University Press, 2004, pp.219-210.)

30) UNCTAD, *supra note 12*, pp.18-32.

데, 그의 기술방식에 따라 개방식(illustrative List), 폐쇄식(exhaustive List) 그리고 혼합식(hybrid List)으로 나누어진다. 개방식의 투자개념은 자산의 유형을 열거하나, 그에 한정하지 아니하고, 모든 종류의 자산으로 정의하는 광범위적인 방식이며, 현재 대부분의 BIT는 이러한 투자개념의 정의방식을 택하고 있다.<sup>31)</sup> 폐쇄식의 투자개념은 자산의 유형을 망라적으로 열거하여, 열거된 범위에 한정하는 방식이지만, 보통 열거된 자산의 유형은 상당히 넓어, 개방식과 마찬가지로 거의 모든 종류의 자산을 포함한다.<sup>32)</sup> 혼합식의 투자개념 정의는 투자를 구성하는 자산의 유형을 비한정적으로 열거하는데, 이러한 자산들은 투자특징을 갖추어야 하는 제한요건이 충족되어야 한다.<sup>33)</sup> 개방식과 폐쇄식 투자개념에 비하여 혼합식 투자개념의 범위는 상대적으로 좁다. 왜냐하면 혼합식의 투자개념은 투자를 구성하는 자산을 투자의 특징이 있는 것으로 한정하여, 투자특징을 갖추지 않는 자산을 투자의 범위로부터 배제하게 되기 때문이다.

이 밖에 장소적 적용범위(geographical coverage)와 시간적 적용범위(temporal application)에 따라 투자조약의 적용범위가 달라질 수 있다. 조약의 장소적 적용범위는 체결국의 영토에 한정된다. 이에 관련되어 중국의 경우에는 홍콩·마카오가 중국의 투자조약의 적용범위에 포함되는지 여부가 문제되며, 한국의 경우에는 북한이 그 적용범위에 포함될 수 있을지 문제가 된다. 조약의 시간적 적용범위는 투자조약의 발효·지속·종료 및 개정과 관련하여, 어떠한 시간적 범위에서 투자를 보호할 수 있는지 여부를 다루는 것이다.

31) 2006년 「한·가이아나 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 지당권·유치권·리스·질권 등 그 밖의 재산권, … 투자 또는 채투자된 자산의 형태에 어떠한 변경이 있다고 하더라도 이는 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

32) 1994년 NAFTA 제1139조는 “투자라고 함은 (가) 기업, (나) 회사의 지분 또는 주식, … 그러나 투자는 (자) 한 당사국 영역내의 국민 또는 기업과 상대 당사국 영역내의 국민 또는 기업간의 화물판매 또는 서비스의 상업계약으로부터 발생한 금전청구권, … 의미하지 아니한다.”라고 규정한다. NAFTA상의 투자는 유·무형 재산과 재산권을 포함하며, 지적재산권과 무역으로 인한 금전청구권을 포함시키지 아니할 뿐이다.

33) 2007년 「한·미 FTA」 제11.28조는 “투자라 함은 투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것을 말한다. 투자가 취할 수 있는 형태는 다음을 포함한다. (가) 기업, …”라고 규정한다.

셋째, 협정의 실제적 조항에서는 주로 투자의 대우기준과 보호의무 등을 규정하고 있다. 외국인투자 또는 투자자에 대한 대우기준은 크게 절대적 대우기준과 상대적 대우기준으로 구분될 수 있다. 절대적 대우기준은 ‘공정·공평한 대우’(이하 ‘FET’라고 함)를 가리키며, 상대적 대우기준은 ‘내국민대우’(이하 ‘NT’라고 함)와 ‘최혜국대우’(이하 ‘MFNT’라고 함)를 말한다. FET는 일반적으로 인정받고 있는 넓은 목적을 가지며, 현지국의 국내법으로부터 분리된 기본적·일반적 기준을 바탕으로 규정되고 있다.<sup>34)</sup> NT와 MFNT는 외국인투자 또는 투자자에 대하여 현지국의 내국민 또는 제3국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다. FET의 구체적인 내용과 의미는 NT와 MFNT 기준과 달리, 전자에 대해서는 아직 일반적인 합의가 형성되지 않고, 중재판정에서 인정한 내용을 유형별로 크게 5 가지로 분류하여 보면 첫째, 안전보장 및 보호의무, 둘째, 사업거부와 적법절차, 셋째, 투명성, 넷째, 정당한 기대, 다섯째, 공정성, 합리성, 자의성, 차별성 등으로 분류할 수 있다.<sup>35)</sup> 후자에 대해서는 현지국에서 다른 투자자에게 부여하는 대우에 의하여 정의된다.<sup>36)</sup>

투자자의 입장에서는 수용·국유화가 투자에 가장 큰 위협을 주는 것으로서 수용 조항을 투자보호의 중요장치로 본다. 송금(transfer of payments)은 투자자의 투자목적이 달성될 수 있는 중요한 요소로 투자자의 입장에서는 신속하고 자유로운 송금보장이 요구되는 반면에, 현지국은 국내적 재정·경제 상황을 우려하여 이를 규제하고자 하는 경향이 있다. 그 이외에 투자자 보호를 위하여 이행의무의 금지, 전쟁 등으로 인한 피해에 대한 보상, 투명성의 보장, 계약의 이행 등의 조항도 두고 있다.

넷째, 절차적 부분에서 분쟁해결과 관련한 조항을 두고 있다. 분쟁당사자에 따라 세 가지 투자분쟁의 유형을 분류할 수 있다. 즉 사인간의 분쟁, 일방 계약국과 타방 계약국 투자자간의 분쟁, 그리고, 계약당사국간의 분쟁이다.<sup>37)</sup> 여기서 사인간의 분쟁은 그 분쟁당사자가 투자조약의 직접 당사자가 아니기 때문에 투자

34) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *op. cit.*, p.58.

35) [http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab\\_kor/monitoring/moni\\_03\\_04.jsp?sNum=2](http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_kor/monitoring/moni_03_04.jsp?sNum=2)(2010.6.25. 최종 방문일)

36) Catherine Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *International Investment Law: A Changing Landscape*, OECD, 2005, p.74.

37) UNCTAD, "Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s", UN Publication, 1998, p.87.

조약의 분쟁해결제도가 직접 적용될 수 없으나, 사적 당사자로서 투자자와 현지국 정부 간에 체결한 국가계약의 위반에 따른 분쟁의 경우 투자조약의 분쟁해결 제도를 원용할 수 있는가의 문제가 제기되며, 이는 현지국 국내 법원이나 중재판정부에 의하여 해결되는 것이 일반적이다.<sup>38)</sup> 현지국이 투자조약에서 규정된 투자의 대우기준 또는 보호의무를 위반한 경우에 투자자는 협정에서 제공하는 분쟁 해결절차를 통하여 권리의 구제를 받을 수 있다.

국제법상의 일반적인 분쟁해결 수단은 크게 두 범주로 나눌 수 있다. 첫째, 당사자들이 분쟁을 종결시키는 결정을 스스로 내릴 수 있는 수단과, 둘째, 분쟁을 종결시키는 결정을 권한있는 제3자에게 위임하는 수단이 그것이다. 첫째 범주에는 당사자들의 직접교섭(direct negotiation), 주선(good offices), 중개(mediation), 조정(conciliation), 사실심사(fact-finding, inquiry) 등이 있으며, 둘째 범주에는 법적 구속력이 있는 해결을 목표로 하는 중재(arbitration)와 사법적 해결(judicial settlement) 제도가 있다. 투자분쟁을 원활히 해결하기 위하여 국가와 투자자 사이의 직접교섭을 통하여 해결하는 것이 우선 고려될 것이다. 직접교섭이 실패하거나 불가능한 경우에 주선, 중개, 사실심사 또는 조정의 방법을 통하여 제3자의 도움을 받음으로 당사자의 합의에 의하여 분쟁을 해결할 수 있다. 그러나 이러한 방법들의 특징은 법적 구속력이 없으며, 당사자들 사이에 합의하지 못한 경우에 분쟁을 종국적으로 해결되지 못할 가능성이 있다. 따라서 분쟁의 종국적 해결을 위하여서 중재 또는 사법적 해결방법이 선택되게 된다.<sup>39)</sup>

사법적 해결방법으로는 국내적 재판소에 의한 구제와 국제적 재판소에 의한 구제가 있다. 국내적 재판소에 의한 구제는 현지국 국내적 재산소의 재판에 의한 분쟁해결이 이루어지는 것이다. 국제적 재판소에 의한 구제는 '국내적 구제완료'(exhaustion of local remedies)의 원칙<sup>40)</sup>을 전제로 현지국의 국내적 재판소에

38) 김여선, "한·중 투자보장협정의 투자자와 정부간 분쟁해결 제도", 『통상법률』 (통권 제87호), 2009, p.81.

39) 김부찬, "국제투자분쟁해결제도: 수용국과 국제기업간의 투자분쟁을 중심으로", 『제주대학교 논문집』 (제 26집), 1988, pp.330-331.

40) 일반적으로 사적 당사자가 국가를 상대로 국제분쟁해결기관에 제소를 하기 위해서는 그 국가 내에서 가능한 국내적 재판소의 구제수단을 모두 사용하였어야 한다는 이른바 '국내적 구제완료'(exhaustion of local remedies)가 국제관습법으로 받아들여지고 있다. 그러나 국제관습법이 존재한다고 하여도 당사국간에 명문의 규정으로 국내적 재판소의 구제절차와 국제중재절차와의 관계를 규정하는 경우에는 당연히 위 국제관습법을 배제할 수 있다. 실제로 각국의 투자협정들은 국내적 재판소의 구제절차와 국제중재절차간의 관계에 대하여 명문의 규정을 두고 있는 것이 대부분이다.(장승화, "국제투자분쟁의 해결", 『법학』 (제42권 제

서 행해진 재판의 결과가 투자자로 하여금 실효적인 구제를 받지 못하게 하는 판결이 이루어지는 경우를 포함하여 재판의 거절(denial of justice)이 있게 되면, 투자자 모국의 외교적 보호권(right of diplomatic protection)이 행사될 수 있고, 투자자와 현지국간의 분쟁은 투자자 모국과 현지국의 국가간 분쟁으로 전환되는 것이다. 이렇게 되면 양국은 합의에 의하여 국제사법재판소에 재판을 부탁할 수도 있을 것이다.<sup>41)</sup> 중재의 방법은 당사자간의 중재합의에 의하여 선출된 중재인의 중재판정에 따라 분쟁을 해결하는 절차로서 국제분쟁에 가장 보편화된 방법으로서 최근의 FTA 또는 BIT에서는 법적 구속력이 있는 분쟁해결절차로서 ISD 조항과 국가간 분쟁해결조항을 동시에 규정하고 있는 것이 일반적이다.<sup>42)</sup>

한편 대부분 투자조약에는 대위변제(subrogation)에 관한 규정이 담겨 있다. 대위변제는 투자자와 그 모국의 이해 합치에 따라 그 모국 정부는 직접 또는 정부 기관이나 직접투자기관을 설립하여 그 기관으로 하여금 보험자가 되어 투자자와의 사이에 보험계약 또는 보증계약을 체결하고 일정한 수수료를 납부하도록 하되, 만약 합의된 위험이 발생한 경우에 투자자는 모국 정부 기관으로부터 보험금 형식으로 손실을 보상받을 수 있고, 모국 정부는 그 투자자를 대위하여 투자자가 투자조약상 현지국을 상대로 청구할 수 있는 권리를 행사할 수 있는 것이다.<sup>43)</sup>

### 제3절 수용의 의의와 주요내용

#### 1. 수용의 의의

##### 1) 수용의 연혁

외국인투자의 수용은 자본수입국, 개인투자자 그리고 자본수출국 간에 복잡한 관계와 연결되어 있으므로 국제투자 분야에서 항상 문제가 되고 있다. 이와 관련

3호), 2001, pp.89-90.)

41) 김부찬, 전제논문, pp.331-332.

42) 최대관, "FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구", 『중재연구』(제17권 제2호), 2007, p.149.

43) 장승화, 전제논문, p.132.

하여 외국인투자의 수용 혹은 국유화의 합법성, 수용의 범위와 그 보상의 기준 등 문제를 둘러싸고 자본수출국과 자본수입국 혹은 선진국과 개발도상국이 오래 동안 논쟁해 왔다. 논쟁을 제대로 파악하기 위하여서는 연혁의 시대배경을 감안 하여야 하며, 선진국과 개발도상국의 각자의 목적과 의도 등의 측면에서 이해하여야 한다.

오랜 기간 동안 외국인에게는 아무런 권리도 인정하지 않은 시기가 있었으나, 점차 조약의 규정에 따라 외국인에게도 현지국에서 그 재산권의 보장이 인정되게 되었으며, 일부 국가는 국내법적으로 외국인의 권익보장을 규정하기도 하였다. 1215년 영국 대헌장(Magna Carta) 제41조<sup>44)</sup>는 이와 관련한 전형적인 예라고 할 수 있다.<sup>45)</sup> 18세기 중엽에 들어와서 외국인의 입국을 허용시키는 국가가 외국인의 신체, 안전 및 재산을 보장하여야 하는 의무가 있다는 견해가 제시되기도 하였으나, 당시에는 외국인이 당연히 내국민과 동등한 보호를 받을 수 있느냐가 분명치 않았다.<sup>46)</sup>

19세기에 와서 일부 조약은 외국인의 재산권이 내국민처럼 보호받도록 하는 규정을 두었으며, 1945년부터 세계 각국의 압도적 지지를 받았으므로 외국인의 재산권 보호는 국제법상 한 가지 원칙으로 확립되었다. 이후 현대적 투자보장협정으로 대체된 우호통상항해조약(이하 'FCNT'라고 함)에서는 외국인 투자재산에 대한 수용 금지조항이 명시되었고, 외국인투자에 대한 보호는 조약상 중요한 내용으로 삽입하게 되었다. 그러나 그 시기에는 외국인투자에 대한 수용 규모가 크지 않으며, 현지국들이 보통 충분한 보상을 하였으므로, 수용문제는 국제투자법상 많이 논의되지 않았다.<sup>47)</sup>

제2차 세계 대전 이후 50년대 내지 70년대 동안에 새로이 독립한 식민지 국가들이 경제적 자립을 위하여 외국인재산에 대한 국유화를 빈번하게 시행하게 되었다. 이 시기에는 국가의 혁명·반란, 정부변경, 사회개혁, 경제구조의 재정비와

---

44) 1215년 영국 대헌장 제41조는 "To any man whom we have deprived or dispossessed of lands, castles, liberties, or rights, without the lawful judgement of his equals, we will at once restore these."라고 규정하고 있다.

45) Rudolf Dolzer, "Expropriation and Nationalization", *Encyclopedia of Public International Law*(Vol.8), 1995, p.214.

46) 장효상, 『국제경제법』, 법영사, 1996, pp.616-618.

47) 홍성화, "국유화와 국제법", 『법경논의』(No.8), 1973, pp.77-78.

적대행위 등으로 인하여 국제법적 측면에서 외국인투자의 수용 및 국유화의 문제가 제기되었다.

80년대부터 국제적 정치·경제 환경의 변화에 따라서 국민경제의 발전은 개발도상국의 주요 관심으로 부상되었다. 특히 다국적기업(multinational enterprise)이 국가경제발전에 주요 원동력으로 역할을 하고 있기 때문에 다국적기업을 통한 외국인투자 유치와 개발도상국의 국민경제발전에 무시될 수 없는 것으로 되었다. 그러므로 대부분의 개발도상국들은 외국인투자에 대한 태도를 변화하여 관련된 국내법과 정책을 외국인투자의 촉진 및 보호의 방향으로 바꾸고, 세계적으로 수용과 국유화의 사례가 줄어들게 되었다. 특히 1970년대 세계적으로 항상 나타났던 개발도상국의 대규모적 외국인 재산에 대한 직접 국유화의 사례가 80년대 이후에는 거의 나타나지 않았다.<sup>48)</sup>

그러나 이것이 수용 및 국유화 문제가 이미 해결된 것을 의미하지는 아니한다. 또한 국제법상 수용이론의 발전에 따라서 직접수용뿐만 아니라 간접수용의 개념이 제기되고, 1980년대부터 ‘이란-미국 청구재판소’(Iran-United States claims tribunal)<sup>49)</sup>에서 간접수용에 관련된 판례가 많이 나타났다. 특히 간접수용과 관련하여 1990년대 NAFTA 분쟁해결절차에 의하여 투자자가 미국을 포함한 투자유치국에 제소한 사례도 빈번하게 발생하였다. 따라서 국제법 학자들의 간접수용에 대한 관심이 크게 높아졌다. 투자자, 자본수입국, 그리고 자본수출국 간에 전통적인 직접수용에 관한 논의는 간접수용의 문제로 대체되었고, 간접수용의 문제는 자본수출입국간 혹은 남북문제(the North-South issue)에서 분쟁을 야기할 수 있는 중요한 요인으로 대두되어 왔으며, 오늘날 국제투자법상의 주요한 쟁점이 부각되고 있다.<sup>50)</sup>

48) Michael G Parisi, "Moving Toward Transparency? An Examination of Regulatory Taking", *Emory International Law Review*(Vol.19), 2005, p.388.

49) 이란-미국청구재판소는 이란의 미국인 인질역류사건에서 발단된 두 나라 관계의 악화와 경제관계의 단절에 따른 실로 수많은 손해배상청구사건의 처리를 위하여 1981년 알제리의 중재로 두 개의 선언, 일반선언(general declaration)과 청구권해결선언(claims settlement declaration)이 채택되었고, 이란-미국 청구중재판정소를 설치하게 되었다. 폭도 및 특정 집단에 의한 재산의 접수와 파괴는 이란-미국청구재판소에서 많이 다루어졌거나 핵심적 쟁점은 정부당국과의 연계 여부가 될 것이다. 이란-미국청구재판소는 간접수용에 관한 풍부한 판례를 하였는데, 이러한 사건은 이란혁명의 배경에서 발생한 것으로 이와 현재의 국제투자협정에 의한 투자분쟁과 비하여 일정한 구한성이 있다.(장효상, 전제서, pp.173, 757.)

50) Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments?", *Environmental Law Journal*(Vol.11),

사실 국제투자법상의 수용·국유화 문제는 자본수출국과 자본수입국간에 ‘경제적 주권’(economic sovereignty)에 대한 쟁탈을 중심으로 전개되어 온 것이라 할 수 있다. 즉 개발도상국 혹은 자본수입국의 입장에서는 자국의 경제적 주권을 지키기 위하여 경제적 주권을 양보하지 않고 있으며, 선진국 혹은 자본수출국의 입장에서는 개인투자자에 대한 보호강화와 충분한 보상을 추구하며, 자본수입국의 경제적 주권을 약화시키도록 하고 있는 것으로 보인다.<sup>51)</sup>

외국인투자자 재산에 대한 수용 혹은 국유화의 문제가 국제법상의 초점이 된 이후, 외국인투자자 재산에 대한 수용 및 국유화는 대규모의 극단적인 국유화에서 비롯되어 외국인투자를 촉진·보호하기 위한 수용 및 국유화에 대한 신중한 접근을 거쳐 현재의 간접수용 중심의 단계에 이르기까지 성격이 아주 분명한 몇 가지 진행단계를 볼 수 있다. 이는 각각 시기에 사회적·경제적 배경과 연결되어 있으며 국제법상 이에 관한 법리와 규범도 이러한 연혁의 배경을 벗어날 수 없는 것이다.

## 2) 수용의 개념

국제투자법상 수용(expropriation)에 대하여 명확하고 통일된 정의가 없으며, 투자조약에서도 수용에 대하여 정의하지 않는 것이 보통이다. 국제법 학자들은 수용뿐만 아니라 그 이외에 탈취(taking), 강탈(dispossession), 박탈(deprivation; privation) 등의 용어도 사용하고 있다.<sup>52)</sup> 그리고 수용과 몰수(confiscations)의 개념은 보상이 있는지 여부에 따라 구분되고 있다. 몰수는 국가의 법규에 의해 불법행위와 관계있는 개인재산을 압수하여 국고에 귀속시키는 처분을 말한다. 국제법상 초기의 수용 법리는 현지국이 외국인 투자재산을 직접적으로 취득한다는 것이며, 수용대상인 재산적 권리 및 침해 형식의 측면에서 보면 다양한 정부행위가 수용으로 파악할 수 있게 되었다. 재산의 범위는 유형적 자산뿐만 아니라, 계

New York University, 2002, p.64.

51) 陳安 編, 『國際投資法的新發展與中國雙邊投資條約的新實踐』, 復旦大學出版社, 2007, p.72.

52) Katia Yannaca-Small, "Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment law", *International Investment law: A Changing Landscape*, OECD, 2005, pp.45-46.

약상의 권리 등 무형적 자산도 대상이 되고 있다. 또한 전통적으로 현지국은 명시·직접적 수용을 시행해 왔는데, 현재 간접수용의 개념이 수용의 범위에 삽입됨으로써 현지국의 특정 또는 일련의 정부조치가 투자에 직접수용 또는 국유화와 동등한 효과를 가지면 이를 수용으로 간주하기에 이르렀다.

수용에 비하여 국유화(nationalization)는 사회적·경제적 체제변혁의 일환으로서 사유자산을 일반적으로 비개성적인 방법으로 국가 또는 공공자산으로 전환하는 것이 특징이다.<sup>53)</sup> 또한 제2차 세계대전 이후에 일부 학자들은 ‘소규모 탈취’(small scale taking)와 ‘대규모 탈취’(large scale taking)의 두 가지 상황을 구별하여 전자에 해당되는 상황을 수용으로 보고 후자의 경우에는 국유화로 간주하고 있다.<sup>54)</sup> 즉, 일반적으로 수용은 공공목적을 위하여 특정한 개인이나 투자기업에 적용하며, 국유화는 재산 또는 이익을 공공영역으로 이전하기(transferring) 위하여 행정적·법률적 조치로써 대규모적인 탈취를 수반하는 것으로 이해된다. 그러나 국제법상 수용과 국유화는 동일한 개념으로 간주되고 있으며, 대부분의 국제투자조약에서 수용 및 국유화간의 차이를 특별하게 구분하지 않고 있다.

## 2. 수용의 유형

수용은 현지국이 명시적으로 수용조치를 취한다고 선포하는지 여부에 따라 직접수용(direct expropriation)과 간접수용(indirect expropriation)으로 구분될 수 있다. 직접수용은 보통 재산권과 실제 지배권의 이전이 그 주요한 특징이다. 간접수용은 현지국의 조치가 투자자의 재산소유권에 영향을 주지 않으나, 사실상 투자자의 권리행사를 방해하여 투자자가 제대로 영업을 하거나 수익활동에 제한을 받게 된다. 현지국이 투자자에 보상을 제공하지 않기 위하여, 사실상의 수용 행위에 대하여 직접수용 행위가 아니라는 점을 내세우는 것이 간접수용의 특징이라고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

53) 최승환, 전거서, p.689.

54) Ignaz Seidl Hohenfeldem, *International Economic Law*(2nd revised edition), Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp.138-139.

55) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University

한편 수용은 그 대상범위에 따라 여러 가지 유형으로 분류될 수 있는데, 대표적인 유형은 다음과 같다. 첫째, 모든 경제 부문에 대한 직접국유화라는 유형이다. 이는 보통 정책에 의하여 국가경제를 완전히 지배하기 위하여 외국인투자를 포함한 모든 개인소유의 생산수단을 직접적으로 국유화하는 것이다. 둘째, 특정 산업에 대한 직접국유화라는 유형이다. 이는 현지국이 특정산업에 대한 구조를 조정하거나 국가독점을 구축하기 위하여 그 특정산업의 모든 기업을 직접적으로 국유화하는 것이다. 셋째, 대규모의 토지수용을 들 수 있다. 이는 토지의 재분배를 목적으로 토지수용을 하는 것이다. 넷째, 특정한 대상에 대한 수용을 들 수 있다. 이는 특히 특정한 시장지배력이 있는 외국기업 또는 공공목적에 위한 특정적 토지를 수용하는 것이다.<sup>56)</sup>

### 1) 직접수용

직접수용은 모든 경제적 분야 혹은 특정 산업분야의 투자자산에 대한 수용·국유화 혹은 특정기업에 대한 투자자산의 수용·국유화를 의미한다. 1950년대부터 1970년대까지 현지국의 정부가 투자자의 자산을 강제 탈취하는 것이 직접수용의 형태였다. 직접수용은 현지국이 명시적·직접적으로 투자자의 재산권을 수용하는 행위이며, 그 특징은 현지국이 주권권리를 이용하여 투자자의 재산권을 강제적으로 국가정부로 이전시키는 것이다. 직접수용과 관련하여 국제투자법상 주로 수용의 합법성과 그 보상의 두 가지 문제를 둘러싸고 논의가 진행되어 왔다. 보통 직접수용에 대하여 첫째, 침해된 권리가 명확하고, 둘째, 정부행위도 직접적인 침해행위이기 때문에, 수용여부에 대해서 논의가 발생할 가능성은 거의 없다. 반면에 간접수용의 경우는 첫째, 침해된 권리가 명확한 것이 아니고, 둘째, 정부행위도 직접적인 침해행위가 아니고, 공공 안전이나 환경 등 다른 목적을 위한 경우가 많다. 셋째, 대부분 정부의 규제적 행위는 개인의 재산에 대하여 직접적 침해가 아니라, 일정한 정도로 제한을 부과함으로써 경제적 이익을 침해할 가능성이 있다는데 문제가 있는 것이다. 따라서 직접수용과 달리 간접수용의 존재

Press, 2008, p.92.

56) UNCTAD, "Taking of Property", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 1999, p.11.

여부에 대한 판정이 항상 주요한 문제가 되고 있다.

## 2) 간접수용

### (1) 간접수용의 개념

국제투자법상 전통적인 수용 및 국유화는 직접수용을 의미하는 것이 보통이다. 간접수용에 대하여는 일부 투자조약에서 정의하고 있으나,<sup>57)</sup> 그 정의는 국제법상 보편적으로 인정되는 것이 아니고, 그 규정 자체에도 모호성과 불명확성이 존재하기 때문에 사실상 통설이 없는 상태이다. 그러나 국제법학자 또는 중재재판부는 간접수용의 의미에 대하여 비슷한 견해를 갖고 있다. 즉, 간접수용은 직접수용과는 달리 소유권의 이전 없이 재산권의 감손 또는 재산이익에 대한 간여의 형식으로 이루어지는 것이다.<sup>58)</sup> 현지국은 비록 직접적으로 외국인투자 재산의 소유권을 강탈하지 않았더라도, 간접적으로 '보상의 대상이 되지 아니하는'(incompensable) 국가조치(state measures)를 통하여 수용 및 국유화와 동등한 또는 비슷한 효과를 얻도록 행하는 것으로 이해될 수 있다.

최근 일부 투자조약, 특히 미국이 주도한 FTA 또는 BIT에서는 간접수용에 대하여 "당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 상응하는 효과를 가지는 경우를 말한다."라고 정의하고 있다.<sup>59)</sup> 이와 달리 대부분의 투자조약에서는 간접적으로(indirectly) 수용하는 조치, 수용 효과와 동등한(tantamount) 조치, 수용에 상응하는 조치, 수용과 유사한(similar) 효과를 갖는 조치 그리고 동일한(same) 효과를 갖는 조치라는 문구를 통하여 직접적인 수용형태뿐만 아니라 간접적인 수용형태를 수용조항의 적용대상으로 규정하고 있다.

57) 2007년 「한·미 FTA」 부속서 제11-나 및 2006년 「중국·인도 BIT」 부속서 제3조 등을 들 수 있다.

58) Burns H. Weston, "Constructive Takings' under International Law: A Modest Foray Into the Problem of 'Creeping Expropriation'", *Virginia Journal of International Law*(Vol.16), 1975, p.103.

59) 2004년 미국 모델 BIT 부속서 B 제4항에서 간접수용에 대하여 "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.

이러한 투자조약에서 규정되어 있는 문구와 용어 이외에, 학자와 중재판례에서는 간접수용에 대하여 수용방식의 관점에서 이를 ‘잠행적 수용’(creeping expropriation), ‘규제적 수용’(regulatory expropriation)과 ‘부분적 수용’(partial expropriation),<sup>60)</sup> 혹은 수용효과의 관점에서 ‘사실상의 수용’(de facto expropriation), ‘결과적 수용’(consequential expropriation)과 ‘위장된 수용’(disguised expropriation) 등의 문구와 용어를 혼용하고 있다. 이러한 용어는 명확한 정의가 없으나, 일반적으로 국가가 재산 또는 재산권을 박탈하는 목적을 명시적으로 나타내지 않은 조치를 시행함으로써 인하여 사실상 수용 및 국유화와 동등한 결과가 나타나게 된 것으로 이해된다. 따라서 간접수용은 넓은 의미를 갖는 개념으로서 이상 언급한 개념을 포함하고 있다고 할 수 있다.

직접수용과 간접수용을 비교해 보면 전자는 현지국이 공개적으로 수용 및 국유화를 시행하는 반면에, 후자는 현지국의 법규 또는 정부조치가 합법적 절차에 따름에도 불구하고, 이러한 법령의 실제 목적은 외국인투자 자산을 수용하는 결과를 의도하는 것이다. 그러므로 간접수용은 직접수용보다 은폐성이라는 특징을 갖고 있다. 현지국이 취하는 간접수용 조치의 전형적인 예는 투자자가 영업에 필요한 설비나 자원을 획득하지 못하도록 하거나, 이익금 회수 및 송금을 차단하거나, 헐값에 운영 회사를 매각하도록 압박하거나, 강제로 회사경영자를 출국시키는 경우 등이다.<sup>61)</sup>

## (2) 간접수용의 형태

### 가. 잠행적 수용

잠행적 수용은 간접수용의 하나의 형태로서 국가가 수용의 목적을 위하여 일련의 조치를 통하여 외국인투자에 대하여 점차적으로 침해하거나 방해하여 최종적으로 투자자가 투자를 이용할 수 없는 상황을 야기함으로써 매우 낮은 가격으

60) 부분적 수용은 간접수용에 해당하는지는 학계의 견해와 국제중재의 관정에 따라 의견이 다르다. 일반적으로 수용은 정부조치가 투자자의 소유권, 사용권 또는 관리권 등을 무효하게 하여, 투자자의 경제적 권리에 실질적으로 해치는 정도로 하면 성립된다. 만약 투자자의 실질적 권리가 오로지 손해를 받아 상실하지 않은 경우에, 수용을 구성하지 않는다.(Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.55.)

61) 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제 권한”, 『통상법률』 (통권 제76호), 2006, p.16.

로 이를 매수시키는 것이다. 외국인투자자가 재산의 소유권을 보유하고 있으나, 정부조치의 시행으로 인하여 그 재산권의 행사가 약화되거나 제한을 받게 된다.<sup>62)</sup> 즉, 국가가 외국인투자에 대하여 계획적으로 간접하거나 압력을 가함으로써 투자의 수익성에 불리한 영향을 미치고, 투자자에게 투자기업을 매우 낮은 가격으로 국가나 다른 개인·기업으로 매도하도록 강요하는 결과를 가져오는 것이다. Tecmed v. Mexican 사건의 중재판정부는 잠행적 수용은 간접수용의 한 가지 형식으로 반드시 점차적으로 또는 은밀히 발생하는 것이 아니라, 일정한 기간 안에 하나 또는 일련의 조치나 동시에 작용되는 조치를 통하여 이루어질 수 있는 형태를 취할 수도 있다고 해석하였다.<sup>63)</sup>

#### 나. 규제적 수용

규제적 수용이란 투자자의 재산권이 현지국의 규제권(regulatory power; powers to regulate)의 대상에 포함됨으로써 환경·건강·도덕·문화·경제와 관련된 국가의 규제에 의한 수용을 말한다.<sup>64)</sup> 다시 말하면 재산권에 대한 규제 또는 제한이 수용의 범리에 의한 보상을 요하는 정도로 개인의 재산적 이익을 침해한 경우를 말한다. 즉, 규제적 수용은 행정청의 일반적 규제권에 근거한 공적 규제의 정도를 벗어나서 수용의 범리에 따른 보상이 요구되는 재산권의 침해라고 이해된다. 이는 공공필요에 의하여 사인의 재산권을 강제 취득하는 이른바 공용수용과는 구별되는 개념이다.<sup>65)</sup> 이와 관련하여 문제된 정부조치가 현지국의 규제권에 속하는지 아니면 투자조약에 의한 의무를 위반하는 조치인지, 양자간의 한계를 확정하고 그 구분기준을 정하여야 하는 과제가 있다. 한편 보상을 요하는지 여부에 따른 간접수용의 대상인 재산권의 성격과 범위 등을 확인할 필요가 있다.

#### 다. 허가에 대한 취소·거부

62) UNCTAD, *supra note 56*, pp.11-12.

63) Tecmed v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29, para.114.

64) UNCTAD, *supra note 56*, p.12.

65) 김민호, “외국과의 투자협정에 있어 간접수용 규정의 합헌성 검토”, 『경성법학』 (제15집 제2호), 2006, pp.2-3.

현지국이 외국인투자자에 부여한 인·허가를 사후에 취소 또는 철회하거나 제한하는 처분을 하였을 경우에 간접수용에 해당될 수 있다는 데에는 이문이 없는 것 같다.<sup>66)</sup> 현지국이 외국인투자자 권리의 취소·제한을 위하여 입법적 목적 또는 근거가 없는 법률·행정조치를 자의적으로 취함으로써 외국인투자자에 부여한 인·허가를 취소하거나 제한하는 경우는 간접수용의 하나의 형태로 볼 수 있다. 이와 관련하여 멕시코의 Metalclad 사건<sup>67)</sup>과 같이 멕시코 연방정부의 허가에 반하여, 지방정부가 투자기업에 면허를 수여하지 않은 경우에, 멕시코정부의 행위가 간접수용을 구성한다고 판정한 점을 고려하면, 환경보호를 이유로 조치를 취함에도 불구하고 인·허가를 거부하는 것은 간접수용으로 인정될 가능성이 있다.

#### 라. 경영·지배권의 박탈

현지국이 강제로 회사의 경영자 또는 관리자를 출국시키거나, 새로운 경영자 또는 관리자를 임명함으로써 회사에 대한 실제적 지배를 취득하는 것은 간접수용의 하나의 형태다. 이러한 경우에 현지국이 외국인투자자의 주주권을 직접적으로 수용하지 않았으나, 외국인주주가 회사의 주식을 실제적으로 지배하는 권리를 박탈한 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 이란-미국 청구재판소의 사례에서는 이란정부가 이란의 법령에 의하여 일시적으로 관리자 또는 감독자를 임명함으로써 투자자의 기업을 지배하는 것은 투자재산의 탈취로 판정되고 있다. 그 이유는 중재판정부에 의하면 법에 따른 이란정부의 행위가 진실한 관리로 볼 수 없다는 것이다. 즉, 임명된 관리자가 재산권 소유자에 대하여 책임을 지지 않고, 투자자가 그 관리로 인한 손실에 대하여 정부로부터 그 보상을 받을 수 없으므로 투자자의 권리에 대한 보호를 받을 수 없다는 것이다.<sup>68)</sup>

#### (3) 간접수용 발생의 정치적·경제적 원인

66) 김원보, “한미FTA와 수용 및 보상”, 『법제』 (Vol.601), 법제처, 2008, p.40.

67) Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

68) George H. Aldrich, “What Constitutes a Compensable Taking of Property? the Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal Journal”, *The American Journal of International Law*(Vol.88), 1994, pp.587-588.

1990년대 들어 간접수용은 국제투자법상의 핫이슈로 많은 관심을 끌고 있다. 특히 NAFTA의 수용조항을 둘러싸고 국제 중재판정부의 해석에 대하여 논의가 이루어졌다. NAFTA 제11장에 관하여서는 47개의 국제중재 사건 중 37개의 사건이 정부의 규제가 수용조치에 해당한다고 보아 NAFTA 제1110조의 위반을 이유로 제소되었다.<sup>69)</sup> 그 중에 대부분은 간접수용과 관련되고 있으며, 그 발생의 원인은 정치적·경제적 측면에서 찾아볼 수 있다.

첫째, 세계화 시대에는 민간의 경제활동과 자유화의 발전에 따라서 탈식민화(decolonization) 및 자연자원에 대한 국가 영구주권(permanent sovereignty over natural resources)에 대한 논의가 점차 적어지고 있는 반면에 경제적 구조조정, 선량한 관리(good governance), 수출주도형 성장(export-led growth), 그리고 투자자유치의 경쟁은 국가의 주요한 고려사항으로 부상되었다.<sup>70)</sup> 이에 따라 현지국이 국가의 경제구조를 조정하기 위하여 필요한 조치를 실행함에 있어, 외국인투자의 이익에 부정적 영향을 미치는 경우에 투자자와 현지국 간에 그러한 조정조치가 간접수용에 해당하는지 여부에 대한 분쟁이 나타난다. 이에 관한 전형적 예는 아르헨티나 정부가 외국인투자자유치 정책을 실행함으로써 외국인투자가 지속적으로 증가하였으나, 2001년부터 금융위기의 충격으로 일련의 경제조정조치를 취한 후에, 외국인투자자가 이러한 조치가 간접수용을 구성한다는 이유로 아르헨티나 정부에 대한 국제중재 제기가 폭발적으로 증가한 사실을 들 수 있다.

둘째, 이전에는 개발도상국뿐만 아니라 선진국을 포함한 대부분 국가들이 경제성장을 중시하는 반면에, 환경 등 비경제적 요소를 경시하기 때문에 지속가능한 발전(sustainable development)에 불리한 영향이 초래되었다. 그러나 오늘날 선진국들은 물론 개발도상국들도 경제성장정책에 있어서 지속가능한 발전을 위한 환경보호 조치를 취하고 있다. 이러한 조치가 외국인투자자의 이익에 부정적 영향을 미친 경우에 간접수용의 이유로 국제중재에 제기된 예도 많았다. *Ethyl v. Canada* 사건은 이에 관한 전형적 예이다.

셋째, 현재 국제법상 외국인인의 재산권보호가 보편적으로 인정된 법원칙으로서 현지국이 외국인투자자의 재산 또는 재산권을 불법적으로 탈취하는 행위는 국가

69) 법무부, 『한미FTA 투자분야 연구』, 2008, p.133.

70) Rudolf Dolzer, *supra* note 50, p.65.

책임을 야기하는 행위로 간주되고 있다. 그래서 개발도상국들은 국민경제발전에 중요한 요소인 안정적 투자환경을 조성하는 차원에서, 직접적 수용을 함으로써 투자환경에 불리한 영향을 초래하는 것은 바람직하지 않다고 보았다. 그래서 현 지국이 외국인투자의 유형적 재산 또는 무형적 재산을 직접적으로 수용하지 않고, 재산권을 제한하거나 그 행사를 방해함으로써 수용의 목적이 이루어질 수 있다고 보아,<sup>71)</sup> 현지국의 수용은 종전의 직접수용에서 간접수용의 형태로 변화되었다.

넷째, 투자조약상 투자자산은 유·무형 재산을 포함한 개념으로 정의되고 있으며, 유형적 자산보다 무형적 자산은 현지국의 규제조치에 의하여 영향을 받기가 용이하다. 또한 현지국과 투자자가 무형적 재산권에 대한 인식이 일치하지 않고 있기 때문에 이로 인한 분쟁도 빈번하게 나타나고 있다. 이에 관하여 Pope & Talbot v. Canada 사건의 중재판정부는 미국시장에 대한 ‘투자진입권’(investment’s access)을 제1110조에 의한 보호대상인 ‘재산상의 이익’(property interest)으로 판정하였다.<sup>72)</sup> 또한 S.D. Myers v. Canada 사건의 중재판정부는 캐나다에서의 청구인의 시장점유율(market share)이 투자에 해당한다고 판정하였다.<sup>73)</sup> 그러나 투자진입권과 시장점유율이 투자로 간주될 수 있는지에 대해서는 논란이 있다.<sup>74)</sup>

#### (4) 투자조약상의 간접수용과 관련규정

##### 가. 투자조약상 간접수용규정의 유형

FCNT는 흔히 양자간 투자협정의 모태가 된 것으로 평가되고 있다.<sup>75)</sup> 초기의 FCNT는 투자보다는 항해, 군사, 무역에 중심을 두었으나, 제2차 세계대전 후에 체결된 FCNT에서는 MFNT, NT, 수용 그리고 자유송금 등 투자 관련 조항을

71) M. Sornarajah, *op. cit.*, pp.367-368.

72) Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL, *Interim Award*, 2000.6.26, para.96.

73) S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL, *First Partial Award*, 2000.11.13, para.232.

74) Aaron Cosbey, “Investment and sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements”, International Institute for Sustainable Development(IISD), 2004. p.9. ([http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_invest\\_and\\_sd.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd.pdf))(2009.11.30. 최종 방문일)

75) 김관호, 『미국의 양자간 투자협정-한·미 투자협정의 의의 및 전망』, 대외경제정책연구원, 1998, p.12.

규정하였다.<sup>76)</sup> 1959년 독일과 파키스탄이 최초의 BIT를 체결한 이래 BIT의 체결은 비약적으로 증가되고 있다. 초기의 BIT는 수용조항에서 수용과 국유화를 중심으로 규정한 반면에 간접수용은 당시 계약당사국의 주요 관심사가 아니었기 때문에 협정조항에 포함되는 경우가 많지 않았다.<sup>77)</sup> 그러나 1970년대부터 투자보호를 강화하기 위하여 대부분의 BIT에서는 간접수용과 관련된 조항을 규정하기 시작하였다. 1990년대 NAFTA체계에서 간접수용에 관한 분쟁이 급증됨에 따라서 미국을 비롯한 국가들이 FTA 또는 BIT에서 간접수용의 정의와 해석의 첨부를 시도하였으며, 이를 통하여 국제투자법상 간접수용의 이론을 발전시켰다.

#### ① 넓은 적용범위의 규정유형

넓은 적용범위의 간접수용규정은 투자조약에서 간접수용의 개념 또는 함의를 언급하지 않고 그의 일반적 의미를 서술할 뿐이다. 이러한 규정의 문구·용어와 서술방식이 다양하나, 그들의 의미는 보통 동일한 것으로 이해되고 있다. 투자조약에서 간접수용을 서술하는 용어와 문구는 대체로 다음과 같다.

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.

2000년 「이집트·잠비아 BIT」 제5조는 “일방 당사국의 권력기관은 자국의 영역 내에서 투자에 대하여 국유화와 수용 또는 이와 유사한 성격이나 효과를 가지는 어떠한 다른 조치라도(any other measure of similar characteristics or effects) 취하지 아니한다...”라고 규정하고 있다.

2005년 「네덜란드·아르메니아 BIT」 제6조는 “한 계약당사국은 상대 계약당사국의 투자자의 투자에 대하여 모든 박탈조치를 직접·간접적으로(measures depriving directly or indirectly) 취하지 아니한다...”라고 규정하고 있다.

2003년 「한·일 BIT」 제10조 제2항은 “어떠한 계약당사국도 타방 계약당사

76) 법무부, 각주 17, pp.3-4.

77) 예컨대, 1959년 「독일·파키스탄 BIT」 제3조 제2항은 “각 당사국의 국민 또는 회사의 투자가 상대 당사국의 영역 내에서 수용되지 아니한다. 다만...”라고 규정하고, 또한 1964년 「한국·독일 BIT」 제3조 제2항은 동일한 규정을 두었으며, 간접수용을 언급하지 않았다.

국의 투자자의 자국 영역 내에서의 투자에 대하여 수용과 국유화하거나 수용과 국유화에 동등하는 조치(any measure tantamount to expropriation or nationalization)를 취하여서는 아니된다...”라고 규정하고 있다.

2006년 프랑스 모델 BIT 제5조 제2항은 “어떠한 계약당사국도 자국의 영토와 관할의 해역 내에서 상대 계약당사국의 국민 또는 회사에 대하여 모든 수용과 국유화의 조치 또는 기타 직접 또는 간접적으로 몰수의 효과가 있는 조치를(any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect,) 취하지 아니한다...”라고 규정하고 있다.

2009년 「아세안·오스트레일리아·뉴질랜드 FTA」 제9조 제1항은 “당사국은 투자에 대하여 직접적으로 또는 수용과 국유화에 상당한 조치(either directly or through measures equivalent to expropriation or nationalization)를 통하여 수용과 국유화를 하지 아니한다...”라고 규정하고 있다.

이러한 규정들은 단지 간단한 용어와 문구를 통하여 간접수용의 의미를 규정함으로써 간접수용이 수용·국유화와 ‘동등(상당)한 효과’ 또는 ‘유사한 효과’를 가지는 경우로 규정하고 있다. 그러나 협정조문에서는 간접수용의 정의와 구체적인 적용범위·기준을 명시하지 않고 있기 때문에 실무에서는 중재판정부가 스스로 간접수용에 대한 판정기준을 투자조약상의 전문과 조문에 근거하여 해석하고 있다. 따라서 중재판정부는 보통 조문에서 언급하고 있는 ‘효과’를 주요 판정요건으로 판정의 기준을 정하고 판정을 내리고 있다. 국제법의 측면에서 보면 중재판정부가 이러한 넓은 적용범위의 규정유형에 대한 조약해석을 통하여 간접수용의 판정요건을 도출하는 것이 투자조약 및 간접수용 법리의 발전에 시사하는 바가 크다.

## ② 제한적 규정유형

간접수용에 대한 넓은 적용범위의 규정유형의 불확정성 및 모호성이 존재하기 때문에 이로 인하여 간접수용의 적용범위는 중재판정부의 자유재량으로 해석되고 있다. 그러나 이러한 중재판정부의 해석은 외국인투자자에 유리한 것이 대부분이며, 선진국이 포함된 현지국의 공익사업, 환경보호와 경제구조 조정 등에 관한 정부조치가 간접수용을 구성한다고 판정될 가능성이 있기 때문에 현지국의

공공정책에 불리한 영향을 미치게 된다. 또한 국제투자분쟁을 해결함에 있어, 통일적·국제적 사법기구가 없으며, ICSID를 비롯한 국제분쟁해결기구는 그 제도적 특성 때문에 국내적 사법기관에 비하여 안정적·일관적 판례도 형성되지 않고 있다.<sup>78)</sup> 그러므로 현지국의 입장에서는 투자조약에서 간접수용 규정을 명확히 정립하여 계약당사국 간의 진정한 합의내용을 규정할 필요가 있다. 즉, 간접수용의 범위를 명시하고 외국인투자에 대한 국가의 합법적 규제권간의 한계를 명확히 확인할 수 있도록 규정할 필요가 있는 것이다. 그러나 대부분 투자조약에서는 이러한 한계를 명시하는 규정을 두지 않고 있기 때문에 간접수용 문제는 앞으로 계속하게 국제투자법상의 난제가 될 것이다.

최근 일부 FTA 또는 BIT 특히 미국과 캐나다가 타국과 체결한 FTA 또는 BIT에서는 간접수용의 정의와 판정요건에 관한 조항이 포함되어 있다. 미국은 오스트레일리아, 칠레, 중앙아메리카-도미니카, 모로코, 싱가포르 그리고 한국과 체결한 FTA, 그리고 2004년 제출한 모델 BIT에서 간접수용에 관한 규정을 두었다. 이들을 보면 간접수용에 관한 규정의 문구와 용어가 유사하고, 미국 정부가 이미 투자조약상의 간접수용에 대하여 새로운 입장을 가지고 있음을 보여주고 있다고 할 수 있다. 이러한 태도변화는 미국 국내법인 2002년 「무역촉진권한법」(이하 'TPA'라고 함)을 반영한 것으로서 국제투자법상 간접수용의 범리에 큰 영향을 미치고 있다.

미국의 TPA상 수용과 관련한 분야에서는 함축적으로 국제투자법상 간접수용 규정의 불명확성을 인정하고, 미국의 새로운 투자보호정책을 정하고, 외국인 투자자가 미국 국민보다 '더 넓은 범위의 실체적 권리'(greater substantive rights)를 부여받지 않도록 규정하였다.<sup>79)</sup> 미국은 이 법을 통하여 향후 타국과 맺는 BIT와 FTA에서 외국 투자자 보호 조항을 채택함에 있어 정당한 규제권을 행사할 수 있는 국가의 권한을 침해하지 않도록 명시하였다. 특히 수용 조항에 있어 미국법의 체제와 현실에 부합하도록 하는 내용을 협상목적의 하나로서 명시하여, 실제적으로 미국의 간접수용 개념, 즉 규제적 수용의 법리를 투자조약의 협정문

78) Bjørn Kunoy, "Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.6, No.3), 2005, p.491.

79) 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.

에 반영하도록 하였다.<sup>80)</sup>

이에 따라 미국은 투자조약에서 간접수용의 정의, 판정법리, 공공복지목적 규제에 대한 원칙적 적용 배제 등 간접수용의 법리를 담고 있다.<sup>81)</sup> 그러나 간접수용조항으로 인하여 투자자에 대한 보호의 약화가 우려되므로 미국은 이러한 규정을 투자조약의 실체적 조항으로 규정하지 아니하고, 간접수용에 관한 법리를 담은 수용의 부속서를 통하여 규정하는 방식을 취하고 있다.<sup>82)</sup>

미국의 입장과 유사한 것으로서 2004년 캐나다는 제출한 「외국인투자 촉진 및 보호 협정」(이하 'FIPA'라고 함) 모델에서 간접수용의 판정요건을 규정하고 있다. 캐나다 모델 FIPA 부속서(B) 13(1)에서는 “조치 또는 일련의 조치가 그 목적에 비추어 극히 심할 때와 같은 드문 상황을 제외하고, 보건·안전·환경과 같은 합법적 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 선의·무차별적인 당사국의 조치는 간접수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.<sup>83)</sup>

간접수용을 제한적으로 규정한 미국·캐나다의 BIT·FTA는 일반적으로 공공복지 목적을 위한 보건, 안전 그리고 환경 등의 예외를 예시적으로 열거함으로써

80) 김민호·김지엽, “한미FTA의 간접수용과 한국 손실보상 법리의 비교 연구”, 『토지공법연구』(제39집), 2008, p.12.

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

“양 당사국은 다음에 대한 공유된 양해를 확인한다.

1. 제6조(수용 및 보상) 제1항은 국제관습법상 수용에 관한 국가의 의무를 반영하는 것으로 한다.
2. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는, 그것이 자국 영역 내에서 형성된 투자의 유형 또는 무형의 재산권 또는 재산상의 이익을 침해하지 아니하는 한, 수용을 구성할 수 없다.
3. 제6조 제1항은 두 가지 상황을 다룬다. 첫 번째는 직접수용으로서, 명의의 공식적 이전 또는 명백한 물수를 통하여 투자가 국영화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우이다.
4. 제6조 1항(수용과 보상)에 다루어진 두 번째 상황은 간접수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 공식적 이전 또는 명백한 물수 없이 직접수용에 동등한 효과를 갖는 경우이다.
  - (a) 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정한 사실 상황에서 간접수용을 구성하는 여부의 결정은 다음을 포함하여, 사안별(case by case) 및 사실에 기초한 조사가 고려되는 것이 필요하다.
    - (i) 정부 행위의 경제적 영향. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.
    - (ii) 정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 기대를 합리적인 침해하는 정도, 그리고
    - (iii) 정부의 행위의 성격.
  - (b) 드문 상황을 제외하며, 공공보건·안전, 환경과 같은 합법적인 공공복지 목적을 보호하기 위하여 설계되고 적용되는 당사국의 무차별적인 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”

82) Gilbert Gagné & Jean-Frédéric Morin, “The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent Ftas and the 2004 Model BIT”, *Journal of International Economic Law*(Vol.9, No.2), 2006, pp. 371-372.

83) <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>(2009.12.10 최종 방문일)

이와 관련한 규제조치를 국가의 규제권리로 인정하고 간접수용의 적용범위로부터 배제한다. 그 이외에 간접수용의 판정에 대하여 사안별, 사실에 기초한 조사를 요구하고 있다. 특히 심사과정에서 첫째, 투자에 대한 경제적 영향정도, 둘째, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 영향정도, 셋째, 정부행위의 성격 등 세 가지 요건을 심사하도록 하고 있다.

#### 나. 투자조약상 간접수용의 예외조항

현재 일부 투자조약의 수용조항은 간접수용의 정의와 판정법리를 규정하는 이외에, 타의 조항에 의하여 간접수용의 적용범위로부터 배제되는 사항을 규정하고도 한다. 이러한 예외조항은 계약당사국이 투자보호와 국가의 기본적 고려사항간의 형평을 유지하기 위한 방법으로서 보통 국제평화, 국가안보, 공공 건강·질서 또는 문화의 내용을 포함하고, 국내법에 의하여 무차별 또는 임시적으로 이러한 기본적 가치사항을 보호하게 되는 것이 보통이다.<sup>84)</sup> 물론 각 투자조약은 이러한 조항의 유무, 내용과 방식에 있어서 다양한 차이를 보이고 있다. 간접수용과 관련된 예외 조항은 일반적으로 공공질서·안보·건강, 조세, 문화, 환경, 금융, 지적재산권 그리고 토지 등과 관련하여 규정되고 있다. 또한 이러한 조항의 내용과 형식은 동일하지 않으며, 본문에 규정된 경우도 있고 부속서에 규정되기도 한다.

사실 투자조약의 발전흐름에 따라서 계약당사국들은 외국인투자로 인한 국가의 공공관리에 대한 저해 또는 국내법의 위반 등을 우려하기 때문에 투자조약에서의 그 예외조항을 통하여 NT, MFNT, FET, 수용 및 보상에 대한 논란을 차단하고 있다. 다시 말하면 수용 및 보상과 관련하여 예외조항은 투자자보호의 범위와 국가의 규제적 조치간의 한계를 명확하도록 하는 역할을 하고 있다. 따라서 이러한 규정들은 간접수용 조치와 국가의 규제적 조치의 구분에 중요한 시사점을 주고 있다.

84) UNCTAD, "Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking", United Nations Publication, 2007, p.80.

① 공공의 질서·안보·건강

공공질서(public order), 공공건강(public health) 또는 필수적인 안보이익(essential security interests) 등의 사유에 해당하는 경우, 국가가 필요한 조치를 취할 수 있다. 이러한 경우 국가는 투자조약상의 모든 의무로부터 면제되며, 해당조치는 투자조약상의 의무위반으로 간주될 수 없다. 필수적인 안보이익은 주로 국제적·국내적 전쟁, 무력 충돌, 반란 그리고 여타의 긴급 상황에서 국가의 이익을 보호하기 위한 것이며,<sup>85)</sup> 공공질서의 유지는 주로 국가의 안전을 위협받는 경우에 국내적 평화와 법적 질서를 확보하기 위한 것이다. 공공건강은 국가가 인간, 동식물의 건강 또는 자연적 자원을 보호하기 위하여 협정의무에 합치하는 조치를 취할 수 있는 근거가 되는 것이다.<sup>86)</sup> 그래서 현지국이 이러한 사유로 투자자의 투자재산에 영향을 준 경우에 수용 또는 간접수용으로 해석될 수 없고 국가의 적법한 규제조치에 해당한다고 할 수 있다.<sup>87)</sup>

1992년 「미국·러시아 BIT」 제10조 제1항은 “본 조약은 공공질서의 유지, 국제평화 및 안전의 유지와 회복을 위한 자국의 의무의 충족 그리고 자국의 중요한 안보이익의 보호에 당사국의 필수적인 조치들을 취하는 것을 방해하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

2003년 「핀란드·키르기스스탄 BIT」 제14조 제1항과 제2항은 “본 협정의 어떤 조항이라도 계약당사국이 전쟁, 무력 충돌 또는 다른 국제관계의 긴급 상황에서 중요한 안보이익의 보호를 위하여 필수적인 행위를 취하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다. 계약당사국들이 자의적·불합리적 차별, 또는 偽裝의 투자제한의 방식으로 조치를 취하는 경우를 제외하고, 그러한 조치는 수용을 구성되지 아니하며, 본 협정의 어떤 조항이라도 계약당사국이 공공질서의 유지에 필수적인 조치를 취하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다...”라고 규정하고 있다.

2003년 「한·일 BIT」 제16조는 제1항은 “제11조(긴급상황에 대한 보상)의

85) 일반적으로 양국간 우호·통상·항해조약과 투자조약 또한 중대한 국가안보를 보호하기 위한 통상규제조치를 예외적으로 인정하고 있다.(최승환, 전게서, p.495.)

86) UNCTAD, *supra note 84*, pp.84-87.

87) 그러나 실무에서 국가안보나 공공질서의 유지 등에 조치가 발동될 수 있는 필요성의 판정은 매우 어렵다.(법무부, 각주 17, pp.159-160.)

규정을 제외한 이 협정의 어떠한 다른 규정에 불구하고 각 계약당사국은 다음 각목의 조치를 취할 수 있다. 가. 다음의 경우에 자국의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 인정되는 조치, (1) 전쟁 또는 무력충돌이나 그 밖에 당해 계약당사국 안에서 또는 국제관계상 긴급 상황이 발생하는 경우, (2) 무기의 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약의 이행과 관련되는 경우, 나. 국제평화 및 국제안보의 유지를 위한 국제연합헌장상의 의무이행을 위하여 필수적인 조치, 다. 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필수적인 조치, 라. 공공질서의 유지를 위하여 필수적인 조치. 다만 공공질서의 유지를 위한 예외조치는 사회의 기본적인 이익이 진실로 그리고 충분히 중대하게 위협받는 경우에만 원용될 수 있다.”라고 규정하고 있다.

## ② 조세조치 조항

국제법은 주권국가가 관할의 영역 내에서 조세를 부과할 수 있는 권리를 인정한다.<sup>88)</sup> 즉, 현지국이 자국의 영역 내에서 투자자를 포함한 통제대상에 조세부과의 조치를 취할 수 있다. 그러나 현지국이 조세부과조치를 남용하여 투자자의 투자재산을 간접적으로 수용한다는 견해도 있다.<sup>89)</sup> 투자조약상 조세조치 예외조항은 수용규정에 적용되는 방식에 따라 적용배제, 제한적 적용 및 무제한적 적용 등 세 가지 유형으로 대체로 나눌 수 있다.

첫째, 적용배제의 유형은 수용조항이 조세부과조치에 적용되지 아니한다는 것이다. 즉 투자자는 현지국의 조세부과조치가 간접수용을 구성된다고 주장할 수 없는 것이다. 「벨기에·우간다 BIT」 제5조 제4항은 “이 협정의 규정들은 계약당사국의 영역 내에 조세 문제에 적용되지 아니한다. 이 문제는 양 계약당사국간의 이중과세방지협정과 각 계약당사국의 국내법에 의하여 적용된다.”라고 규정하고 있다.

88) Khrushchev Ekwueme, *Protection of Foreign Investment in Context: Nigeria's Investment Laws, Treaties And Petroleum Agreements*, Nomos Universitatsschriften, 2007, p.77.

89) 한·일 BIT의 협상과정에서 한국 측은 조세조치에 대해서 포괄적으로 동 협정의 적용이 배제되어야 한다고 주장한 반면에, 일본 측은 조세조치에 대해 투자협정상의 내국민대우, 최혜국대우 등의 적용은 배제되더라도 불합리한 조세조치, 조세조치를 빙자한 수용조치 등에 대해서 투자자의 권리를 보호해야 한다고 주장하였다.(법무부, 『한일투자협정 해설』, 산업연구원, 2003, pp.267-268.)

둘째, 제한적 적용의 유형은 수용조항이 조세조치에 적용되나, 수용을 이유로 중재청구를 하기 위하여서는 사전에 계약당사국의 조세 주관기관의 검토와 동의의 특별한 절차가 필요하다. 2007년 한·미 FTA 부속서 11-바(과세 및 수용)에서 “과세조치가 특정의 사실 상황에서 수용을 구성하는지 여부의 결정은 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 하며, 그러한 조사는 부속서 11-나에 열거된 요소들과 다음의 고려사항들을 포함하여 그 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려한다. (가) 조세부과는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다. 새로운 과세조치의 단순한 도입이나 하나의 투자에 대하여 둘 이상의 관할권에서 과세조치의 부과는 일반적으로 그 자체로는 수용을 구성하지 아니한다. (나) 국제적으로 인정된 조세 정책·원칙 및 관행에 합치하는 과세조치는 수용을 구성하지 아니하여야 할 것이다. 특히, 과세조치의 방지 또는 회피를 막기 위한 과세조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다. (다) 특정 국적의 투자자 또는 특정 납세자를 겨냥한 과세조치와는 반대로 무차별적으로 적용되는 과세조치는 수용을 구성할 가능성이 적다. 그리고 (라) 투자가 이루어진 때에 과세조치가 이미 발효 중이었고 그 조치에 대한 정보가 공개적으로 이용 가능하였다면, 그 과세조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 또한 제23.3조 제6항은 “제11.16조(중재의 청구 제기)는 수용 또는 투자 계약이나 투자 승인의 위반이라고 주장되는 과세조치에 적용된다. 제11.6조(수용 및 보상)는 과세조치에 적용된다. 그러나 이 호에 따라 그 조치가 수용이 아니라고 판정된 경우에는 어떠한 투자자도 제11.6조를 청구의 근거로 원용할 수 없다. 과세조치에 대하여 제11.6조를 원용하려고 하는 투자자는, 제11.16조 제2항(중재의 청구 제기)에 따른 의사 통보를 할 때에 그 과세조치가 수용이 아닌지 여부에 대한 문제를 권한 있는 당국에 우선 회부하여야 한다. 권한이 있는 당국이 그 문제를 검토하는 데에 동의하지 아니하거나, 검토에 동의하였으나 그러한 회부로부터 180일의 기간 이내에 그 조치가 수용이 아니라고 하는 데에 동의하지 못한 경우, 투자자는 제11.16조 제3항에 따른 중재에 청구를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

셋째, 무제한적 적용의 유형은 수용조항이 조세조치에 적용된다고 규정하고 있으며, 투자자가 국가 조세 주관기관의 검토와 동의 등 특별한 절차를 거치지 않고, 조세조치가 수용을 구성한다고 직접적으로 중재청구를 제기할 수 있다. 2003

년 일본·베트남 BIT 제19조는 “① 이 협정의 어떠한 규정도 제2항 내지 제4항에서 명시적으로 규정된 경우를 제외하고는 조세조치에 적용되지 아니한다. ② 제1조(정의), 제3조(재판 등의 청구권), 제7조(투명성 조항), 제9조(수용 및 보상), 제22조(지방정부 등의 예외) 및 제23조(최종 조항)는 조세조치에 적용된다. ③ 제13조 및 제14조는 제2항의 적용에 따른 분쟁에 적용된다. ④ 제20조는 제2항에 규정된 사항에 관한 조세조치에 적용된다.”라고 규정하고 있다.

### ③ 환경 조항

국제사회에 해양오염과 비행기소음 등의 특정분야를 제외하고,<sup>90)</sup> 1945년 「유엔헌장」(Charter of the United Nations)과 1947년 「관세 및 무역에 관한 일반협정」(이하 ‘GATT’라고 함)에서 환경과 관련된 문구가 없었다. 1950년대부터 비정부간 국제기구와 시민단체 등의 노력으로 환경보호는 국제사회의 중요 이슈로 부상되어 왔으며, 환경보호 관련 법규는 국내적·국제적 규범으로 확립되었다.<sup>91)</sup> 국제환경법은 환경오염의 규제에 관한 국제법이며, 그 규제의 대상 가운데 하나는 越境環境汚染(transfrontier environmental pollution)이다.<sup>92)</sup>

국제투자분야에서는 외국인 직접투자가 환경비용이 낮은 지역으로 몰리는 경향이 있다.<sup>93)</sup> 왜냐하면 외국인투자자 특히 다국적기업은 환경에 악영향을 미치는 사업을 함에 있어 모국의 환경조치를 회피하고 생산원가를 줄이기 위하여 그러한 환경규제가 없는 현지국 특히 개발도상국에 투자하려고 하기 때문이다.<sup>94)</sup> 따라서 환경보호의 권리가 더 높은 가치를 위한 인간의 권리와 규범으로 지속적으로 발전됨에 따라서 국가는 환경보호를 중요한 국가정책으로 추진하고, 이를 위하여 실행하는 정부조치가 수용 또는 간접수용이 아닌 국가의 규제적 조치로 평가될 수 있게 되었다. 그러나 환경조치는 예외로 규제적 수용으로부터 배제되거

90) 이와 관련한 국제조약은 1954년 「기름에 의한 해양오염 예방을 위한 국제협약」(International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil)과 1944년의 「국제민간항공협약」(Convention on International Civil Aviation) 등이다.

91) Andreas F. Lowenfeld, *International Economic law*, Oxford University press, 2003, pp.298-300.

92) 강희갑, “환경법의 세계화와 국제환경법”, 『리서치 아카데미 논총』(Vol.1), 1998, p.73.

93) 이재협, “국제환경법 측면에서 본 다자간투자규범의 전개와 발전방향에 관한 연구”, 『경희법학』(Vol.37, No.1), 2002, pp.159-160.

94) M. Somarajah, *op. cit.*, p.124.

나 완화되어야 하는 주장이 있는 반면에, 이는 국가가 정치적·경제적 목적을 위하여 환경조치를 이용하여 승낙한 의무를 이행하지 않는다는 점에서 남용될 우려가 있다는 주장도 있다.<sup>95)</sup>

투자조약에서 환경과 관련된 내용을 언급하지 않은 경우도 많다.<sup>96)</sup> 또한 투자조약의 본문에서 환경과 관련된 조항을 규정하지 않고 조약 전문을 통하여 구속력이 없는 방식으로 환경 관련 문제를 언급하는 방식도 채택되고 있다. 이와 같이 환경 관련 예외조항을 두지 않고 있는 경우에는 현지국은 환경조치로 인한 간접수용에 대하여 수용에 따른 배상이나 보상을 하여야 한다고 본다. 즉 중재판정부는 현지국이 환경조치를 취함으로 인하여 투자자가 수용에 상당한 손실을 입었을 경우에 이러한 환경조치가 수용을 구성한다고 해석할 가능성이 있다.

반면에 환경조치의 중요성과 민감성이 고려되어, 일부 투자조약에서는 일정한 요건의 충족을 전제로, 현지국 정부가 환경조치를 취할 수 있으며 이러한 환경조치가 수용 또는 간접수용을 구성하지 않아 보상의 필요가 없다는 규정을 두고 있다. 예컨대, 2009년 「오스트레일리아·칠레 FTA」 제11장 부속서 10-B 제3조 제2항은 “드문 상황을 제외하고는, 공공의 건강·안전·환경 등의 법적 공공복리목적을 보호하기 위하여 기획되거나 실행되는 당사국의 무차별적 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

#### ④ 통화규제 조항

투자 개념의 확장으로 인하여 간접수용의 보호대상은 직접투자뿐만 아니라 간접투자를 포함하고 있다. 직접투자나 간접투자에도 불구하고, 투자자는 투자기업을 운영하거나 투자목적 달성을 위하여 투자자본 또는 수익을 국제시장에서 유통성이 있는 통화로 환전하여 모국으로 송금하여 원료를 구입하거나 부채를 상환할 필요가 있다. 그러나 현지국 특히 개발도상국의 입장에서는 급격하고 막대한 외환거래로 인하여 국가의 경제·재정에 엄청난 충격을 받게 되는 위험이

95) Justin R. Mariles, “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.

96) UNCTAD, “Environment”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 2001, p.14.

있기 때문에 외환거래를 제한하기 위한 합리적 규제조치를 취할 필요가 있다고 주장한다.

일반적으로 주권국가는 국내통화와 외환거래와 관련한 조치를 취할 수 있는 권리를 가지며, 이러한 규제조치로 인한 경제적 손실에 대하여 배상하지 않아도 되는 것이다. 그러나 외국인투자와 관련하여 현지국이 국내통화 또는 외환거래에 규제적 조치를 취함으로써 인하여 투자자의 투자, 특히 투자 설립전 단계의 투자가 수용과 동등한 손실 또는 피해를 입을 가능성이 높다. 따라서 이러한 경우에 그 조치가 간접수용을 구성하는지 여부의 문제가 제기된다. 이에 관하여서는 만약 외환거래 규제 조치가 국내의 통화가치나 국가의 외환거래 자원에 대한 통제에 대하여 합리적이고 필요한 것이라면 국제법의 위반이 아니라는 입장이 있다.<sup>97)</sup> 즉, 국제수지나 거시경제의 위기 때에는 현지국이 재정·금융의 규제적 조치를 취하는 경우에 일시적으로 외환거래를 포함하는 국경간의 자본적 이동을 중단하게 할 수 있으며, 이러한 규제적 조치는 국가의 규제권에 속한 것으로 보는 것이다.

그럼에도 불구하고 이전에는 대부분의 투자조약에서 통화·외환 등의 규제적 조치를 수용의 예외로 규정하지 않고 있다. 단지 최근에는 일본이 체결한 BIT 또는 FTA에서 외환거래 관련 규제적 조치를 세이프가드 조항에 삽입하고 있는 것은 주목을 받고 있다.

2005년 「일본·멕시코 FTA」 제7장 제72조(일시적 세이프가드 조치) 제1항은 “일방체약당사국은 ① 중대한 국제수지 및 대외적 금융상의 어려움에 처하거나 처할 우려가 있는 경우, 또는 ② 특별한 상황에 자본이동이 거시경제의 운영, 특히 통화·환율정책에 중대한 어려움을 초래하거나 초래할 우려가 있는 경우, ‘국경간 자본거래’(cross-border capital transactions)와 관련하여 제58조(내국민 대우)와 제63조(송금)에 따른 자국의 의무에 부합하지 아니하는 조치를 채택하거나 유지할 수 있다.”라고 규정하고 있다.<sup>98)</sup>

97) L. Henkin, et al, *International Law: Cases and Materials*(3rd edition), Miinesota, 1993, p.719(cited by Khrushchev Ekwueme, *op. cit*, p.78.)

98) 이러한 세이프 가드조항을 규정한 일본의 FTA 또는 BIT상의 유형은 2002년 「일본·싱가포르 FTA」 제84조, 2003년 「한·일 BIT」 제17조, 2008년 「일본·브루나이 FTA」 제68조, 2008 「일본·페루 BIT」 제20조 등을 들 수 있다.

#### ⑤ 토지수용에 관한 규정

토지는 인간생활의 기본적 구성요소로 인간과 가장 밀착되어 있는 자원이다. 토지는 개인이 그 사용·수익·처분 등의 토지재산권을 향유하는 사적 권리의 성격을 갖고 있는 동시에 국가의 국토의 일부분이므로 공공적·사회적 공적 권리의 성격도 보유하고 있다. 이 특수성으로 인하여 양면적 성격을 갖는 토지를 둘러싼 공익과 사익의 대립·충돌의 문제가 야기되고 있다.<sup>99)</sup> 대부분의 국가에서 재산권이 헌법상 보장되고 있음에도 재산권보장에 대한 예외조치로서의 토지수용제도도 인정되고 있다.<sup>100)</sup> 그러나 대부분 국가의 국내법은 토지수용에 엄격한 제약을 가하고 있다.

토지재산권은 투자의 정의에 따라 당연히 투자조약의 보호범위에 포함되어 투자조약에 따른 보호를 받는다. 따라서 수용조항에 의하여 현지국이 자국의 영역 내에서 외국인투자자가 취득한 토지재산권에 대하여 합법적 수용요건을 충족하는 경우에만 수용을 행할 수 있다. 그러나 일부 국가가 자국의 사회적·경제적 상황을 감안하여 토지수용과 관련한 내용을 투자조약의 적용범위로부터 배제하도록 규정하는 경우도 있다. 특히 최근 싱가포르가 체결한 BIT 또는 FTA의 수용조항에서는 토지수용(land expropriation)의 목적과 보상에 대하여 국내적 법규를 기준으로 시행한다고 규정하고 있다. 즉, 외국인투자자에 대한 토지수용의 경우에 투자조약에 따르지 아니하고, 현지국의 국내법에 따라 판정한다는 것이다.

2003년 「싱가포르·오스트레일리아 FTA」 제9조(수용과 국유화) 제3항은 “제9.1항과 제9.2항에 불구하고, 토지와 관련된 모든 수용조치는 조약이 발효한 날로부터 각 당사국의 현행의 국내적 법규에 따라 정의되며, 수용의 목적과 보상의 지불은 앞에 언급한 법규 및 이후의 토지시장가치의 일반적 추세에 따른 개정법규에 따라 결정된다.”라고 규정하고 있다. 2009년 「한·ASEAN 포괄적 경제협력에 관한 기본협정하의 투자에 관한 협정」 제12조(수용 및 보상) 제4항은 “제1항, 제2항과 제3항에 불구하고, 싱가포르공화국과 베트남 사회주의공화국의 경우, 토지와 관련한 모든 수용 조치는 싱가포르공화국과 베트남 사회주의공화국의 국

99) 김상용·정우형, 『토지법』(중보판), 법원사, 2004, pp.3-7.

100) 김동복, “토지수용에 있어서의 손실보상에 관한 연구”, 『법학논의』, 1997, p.481.

내적 법규 및 관련 개정법규에서 정의되고 있는 바와 같다. 수용의 목적 및 보상의 지불은 앞에서 언급한 법과 규정에 따른다.”라고 규정하고 있다.

### 3. 수용의 요건

국제관습법은 현지국이 외국인투자 자산을 수용할 수 있는 권리를 인정하는 동시에, 공공목적(public purpose), 무차별(non-discrimination), 적법절차(due process), 그리고 보상(compensation) 등의 요건을 요구하는 것이 일반적이다. 예컨대 NAFTA 제1110조는 현지국이 외국인투자자산을 수용할 때 “① 공공목적에 위할 것, ② 무차별적인 방식에 의할 것, ③ 적법 절차에 의할 것, ④ 신속하고, 충분하며, 효과적인 보상을 하여야 할 것” 등의 요건을 규정하고 있다.

원래 식민주의 시대에 강대국들의 무력간여 등의 원인으로 약소국들이 외국인자산을 수용하는 것은 국제적 불법행위로 보고, 외국인자산에 대하여 보호하는 의무를 질뿐이다. 제2차 세계대전 후에 경제적 자립을 희망하는 新興諸國이 수용 및 국유화를 하면서 배타적 영역주권에 의하여 수용의 권리를 제도적으로 보장할 것을 요구하였다.<sup>101)</sup> 1962년 유엔에서 「천연자원에 대한 영구주권선언」(Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources)이 통과되었고, 국가가 그 국가 내에 존재하는 천연자원에 대하여 그것을 소유, 이용 및 처분할 수 있는 배타적인 권한을 갖는다는 것으로, 국가가 외국인자산에 대한 수용권을 고유의 권리로 정당화하고자 하였다. 또한 1974년 유엔에서 통과된 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」(Charter of Economic Rights and Duties of States)에 의하여 국가가 외국인자산에 대한 수용·국유화를 행사하는 권리를 명기하고 있어 외국인자산에 대한 수용은 국제관습법상 국가의 영구주권하의 권리로 확립되었다.

이와 대립하였던 선진국들은 처음으로 현지국의 외국인투자 자산에 대한 수용 및 국유화가 국제적 불법행위에 해당한다는 주장을 하였다. 개발도상국의 반대로 미국을 비롯한 주요 자본수출국들은 원래의 입장을 전환하고, 현지국이 외국인투

101) 이한기, 『국제법강의』, 박영사, 2006, p.431-432.

자 자산을 수용할 수 있는 권리가 있다고 인정하였다. 그러나 그 대신에 일정한 제한을 부과하여야 한다고 주장하고 있다. 즉 공공목적, 무차별, 보상 등의 요건을 충족하지 아니하면 수용 및 국유화 등 권리의 행사가 국제적 불법행위로 간주되고 현지국이 국가책임을 지게 된다고 한다.<sup>102)</sup> 특히 보상기준과 관련하여 1938년 당시의 미국 국무장관이었던 코델 헬(Cordell Hull)은 주권국가가 공공목적을 위하여 외국인자산에 대한 수용에는 ‘신속하고, 충분하며 효과적인 보상’(prompt, adequate and effective compensation)을 제공하여야 한다고 주장하였다.

그러나 이러한 요건과 보상기준은 「국가의 경제적 권리·의무에 관한 헌장」에서 규정된 적절한 보상, 국내법에 의한 해결 등의 원칙과 일치하지 않는다. 이와 관련하여 특히 아르헨티나의 국제법학자인 칼보에 의한 이른바 ‘칼보주의’(calvo doctrine)가 주목을 받기가 시작하였다. 이 주의에 의하면 현지국에서 투자를 하는 외국인은 내국인과 동일한 보호를 받을 권리는 누리나, 보다 높은 수준의 보호는 주장할 수 없다고 한다.<sup>103)</sup> 그러므로 외국인투자자에 대한 보상기준은 국내법에 의거하여야 하고, 외국인투자자에 대하여는 내국인보다 높은 보상기준으로 보상을 해주지 않는다고 주장한다. 그러나 현재 대부분의 투자조약에서는 수용 및 국유화와 관련하여 공공목적, 적법절차, 무차별과 보상 등의 요건을 규정하는 것이 사실이다. 이를 자세히 설명하면 다음과 같다.

첫째, 거의 모든 투자조약은 수용의 적법요건 중에 공공목적을 규정하나, 그 정의와 판정기준을 언급하지 않는다. 공공목적으로 기한 수용에 해당하는지 여부가 현지국이 결정하는 것이 일반적이다. 그러나 국가정부가 이러한 권한을 이용하여 공공목적이 아닌, 개인재산을 취득하기 위한 수단으로 수용을 할 가능성도 있다. 그래서 이러한 공공목적의 요구는 실질적으로는 국가의 수용권을 제한하지 못한다는 지적이 있다.<sup>104)</sup> 실무에서 현지국이 공공목적을 위한 수용을 행한다고

102) 최승환, 전제서, p.694.

103) 그 이외에 칼보주의의 주요내용은 다음과 요약할 수 있다. 첫째, 국제법상 현지국은 외국인에게 내국인 대우의 의무를 질 뿐이다. 둘째, 외국인의 권리 및 특권은 국내법에서 규율한다. 셋째, 국내법원이 외국인이 관련된 분쟁에 대한 전속적 재판 관할권을 행사하게 되므로, 외국인은 외교적 보호에 호소하여 구제를 구할 수 없다. 넷째, 외국인과의 분쟁해결을 위한 국제재판은 용인될 수 없다는 것 등이었다.(장효상, 전제서, p.720.)

104) 법무부, 각주 17, p.100; UNCTAD, *supra note 37*, p.67.

주장한다면 투자자 또는 자본수출국이 이에 대해 이의를 제시하거나 그를 거부하는 경우가 거의 없다.<sup>105)</sup> 그러나 투자조약에서 이 요건은 계속 규정되고 있다.

둘째, NT와 MFNT는 투자자 대우의 측면에서 차별금지의 의무를 요구하는데, 수용의 무차별은 수용의 관점에서 국적 또는 다른 자의적 이유로 투자자에 대한 차별대우를 금지하는 것이다. 즉, 현지국이 외국인투자자의 투자에 대한 수용조치를 제3국의 투자자 또는 자국의 투자자의 투자에 대한 수용조치보다 차별적으로 취하면 안 된다는 뜻이다. 그러나 실무에서 수용의 대상이 특정 산업 또는 사업을 종사하는 투자자에만 한정하면 비교대상인 국내 또는 제3국의 경쟁자가 없다는 점에서 문제가 될 수도 있다.

셋째, 수용조치는 보상을 조건으로 시행되어야 한다. 그러나 보상의 기준에 대해서는 국제법상 많은 논란이 있다. 일반적으로 자본수출국 특히 선진국의 입장에서는 소위 '신속하고, 충분하며 효과적인 보상'으로 완전한 보상기준(full compensation)을 주장하는 반면에 현지국 특히 개발도상국의 입장에서는 적절한 보상기준(appropriate compensation)을 주장해 왔다. 오늘날 보상가치는 보통 수용되는 투자자산의 시장가치로 이해되며, 투자자산의 시장가치가 어떤 방법으로 평가되는 문제와 간접수용과 관련된 보상 등 문제가 새로운 초점이 되고 있다.

넷째, 적법절차는 사실 미국 국내법상의 용어인데, 그는 미국이 체결한 투자조약에서 유래되어 그에 대한 명확한 개념의 설정이 현재 아직 이루어지지 않은 상태이다.<sup>106)</sup> 투자조약에서 일반적으로 적법절차에 대한 구체적인 적용법을 명확하게 규정하지 않고 있기 때문에, 적법절차의 내용에 대해서는 현지국의 국내법, 아니면 국제관습법 가운데 어느 법을 적용하는지에 대한 논의가 있다.<sup>107)</sup>

---

105) 그러나 일부 국제중재사례에서 공공목적을 거부하거나 제한하는 예도 있다. ADC v. Hungary 사건에서 헝가리정부는 국내의 어떤 개정법령에 의해 청구인의 공항공사투자에 대한 수용은 필수적이고 헝가리정부의 수송전략과 EU법의 규범에 중요한 조화회의가 있다고 주장하였는데, 중재판정부는 그 주장이 사실설득력과 법적 근거에 대한 입증 부족하고, 조약에서 규정된 '공공이익'(public interest) 요건에 의하면 진실한 공공이익을 요구하는 목적이 있어, 단지 이 요건을 충족하도록 마법처럼(magically) 그러한 이익을 지어내면 그 요건이 무의의하게 될 것이라고 판정하였다.(ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2006.10.2, paras.429-433.)

106) 법무부, 각주 17, p.113; UNCTAD, *supra note 37*, p.72.

107) 모든 투자조약은 적법절차요건과 관련된 적용법을 규정하지 않는 것이 아니라, 일부 투자조약에서 이를 명확히 규정하는 경우도 있다. 예컨대, 1988년 「중·오스트레일리아 BIT」 제8조 제1항은 수용이 현지국의 국내법에서 규정된 절차에 따라야 한다고 규정한다.

실무에서 적법절차요건은 항상 보상가치의 평가와 관련된다. 과거에 국유화가 많이 발생되었을 때 현지국이 보상에 대한 사법적 재심사를 거부하는 것이 일반적이었다. 그러나 현재 많은 투자조약에서는 사법기관에서 위임된 적당기관이 보상자산의 가치평가와 관련된 수용에 대하여 재심사를 하여야 하는 규정을 찾을 수 있다. 한편 투자조약의 분쟁해결절차에서 적법절차의 요구를 언급하지 않는 경우, 그 이유는 투자자가 현지국의 국내공법의 문제에 속한 조치의 정당성에 대한 이의를 제시하는 기회를 차단하기 위한 것이다.<sup>108)</sup>

---

108) UNCTAD, *supra note 56*, pp.31-32.

### 제3장 간접수용의 판정

2003년 이전에 체약국들은 투자조약에서 간접수용의 판정문제를 규정하지 않은 것이 대부분이었다. 기존의 투자조약에서는 대부분 간접수용의 정의와 판정요건이 명확히 규정되지 않고 있기 때문에 실무에서는 간접수용의 판정은 중재판정부의 자유재량에 따라 이루어지고 있는 상태이다. 왜냐하면 간접수용 여부가 문제되는 행위는 국가의 정부조치와 밀접히 관련되어 있으며, 사안별로 다양하고 복잡한 사실관계가 있기 때문이다. 따라서 단순하고 명백한 규칙을 통하여 간접수용의 판정기준을 명확히 규정하기가 어렵고, 이 때문에 학계에서도 논쟁이 많다.

실무에서는 간접수용과 관련한 투자분쟁이 발생하면 중재판정부들이 국제법에 의거하여 개별 사건에 대한 나름의 해석을 제시하는 사안별(case by case) 접근 방법을 통하여 판정하고 있다. 판정과정에서 투자조약상 간접수용의 판단규정이 없기 때문에 중재판정부들이 보통 「조약법에 관한 비엔나협약」(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 해석의 일반규칙<sup>109)</sup>에 의하여 투자조약의 전문과 수용조항의 규정을 해석하고 있다. 그러나 많은 투자조약에서 간접수용을 “수용 및 국유화와 동등한 효과가 있는 경우”라는 문구로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 체약목적은 투자의 촉진·보호를 위한 것으로 표현하고 있는 점에서, 중재판정부는 항상 현지국 정부행위의 효과를 토대로 간접수용을 판정한다. 즉 정부의 행위로 인하여 투자자의 투자가 수용에 상당한 경제적 손실 또는 피해를 입었을 때에 정부행위의 효과를 기준으로 판정하는 것이다.

109) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제31조 “제1항은 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다. 제2항은 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다. (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 협의, (b) 조약의 체결에 관련하여 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약이 관련되는 문서로서 수락한 문서, 제3항은 문맥과 함께 다음의 것이 참조되어야 한다. (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의, (b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행, (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙, 제4항은 당사국이 그렇게 의도한다고 확정되는 경우 특별한 의미가 특정용어에 부여된다.”라고 규정하고 있다.(박용용, 『국제조약』, 법문사, 2006, p.73.)

그러나 현지국이 조세, 공익사업, 환경보호와 금융 등 분야에서 전통적인 규제 권리를 행사하기 위하여 관련 조치를 취함에도 불구하고, 일부 중재판정부는 그러한 조치가 투자자의 투자에 심각한 영향을 미친 것을 확인한다면 그 조치가 간접수용을 구성한다는 판정을 내린다. 따라서 이에 대하여는 정부, 학계와 민간 단체에서 비판적 견해도 많았다.

이밖에 일부 중재판정 사례에서는 정부행위의 영향뿐만 아니라, 정부조치의 성격 및 투자의 합리적 기대이익에 대한 침해 정도 등을 간접수용의 판정요건으로 간주하여야 한다고 주장한다. 따라서 이와 같은 중재판정 사례들을 통하여 간접수용의 판정과 관련한 요건과 기준에 관한 법리가 전개되고 있다고 할 수 있다. 최근 일부 투자조약에서는 이러한 간접수용의 판정요건과 기준을 명문화하고 있기는 하지만 아직 간접수용에 관한 국제법 규칙이 확립되었다고 하기는 어려우며, 그 내재적 함의와 기준이 성숙하고 완벽한 것이 아니기 때문에 향후 지속적 검토를 필요로 한다.

### 제1절 국가의 규제권과 간접수용

국제투자법상 간접수용과 관련하여 많은 논의 중의 하나는, 현지국의 정부조치로 인하여 결과적으로 국가책임(state responsibility)이 발생하는지 여부에 따라 조치가 간접수용을 구성하는 경우와 간접수용을 구성하지 않는 경우가 있어, 어떤 방식 또는 기준으로 두 가지 경우를 구분하는가의 문제이다.<sup>110)</sup> 이 논의는 주로 NAFTA에 의한 중재사례로부터 유래되었다. 즉 간접수용은 공공 안전·건강·환경 등 공공복리 목적을 위한 국가의 규제조치에 적용될 수 있는지 여부의 문제에 해당한다. 현지국의 정부조치가 합법적으로 규제권을 행사하는 경우가 인

110) Jan Paulsson & Zachary Douglas, "Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations", Norbert Horn, ed, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, p.148.

정되면 투자자가 이를 간접수용으로 구성한다고 주장할 수 없으며, 배상이나 보상을 요구할 수 없다. 이러한 정부조치를 규제적 조치라고 부른다. 이에 반대로 정부조치가 간접수용에 해당한다고 판정되면 국가가 투자자에게 배상이나 보상을 하여야 하고 그 조치는 간접수용 조치가 된다.

규제적 조치와 간접수용 조치를 구분하는 것은 투자자뿐만 아니라 현지국에 대하여도 중요한 의미가 있다. 투자자에 대하여는 자기의 투자가 현지국의 적법한 규제적 조치로부터 영향을 받더라도 보상을 받을 수 없기 때문에 투자의 위험이 매우 크다. 따라서 현지국은 국가의 규제권의 행사범위와 이로 인한 보상의 범위에 근거하여 관련된 법규를 제정할 필요가 있다. 보통 투자조약상 규정되는 간접수용은 계약당사국의 공공관리의 범위에 다소의 제한을 부과하고 있다. 그러나 이러한 제한이 과도하게 설정됨으로써 현지국이 공공목적을 위한 조치를 제정하거나 실행할 수 없게 되는 상황이 야기되면 계약당사국간에 투자조약상 그러한 조항을 재검토할 필요가 있다. 또한 이러한 문제는 개발도상국뿐만 아니라 선진국도 직면하고 있다.

### 1. 국가 규제권의 의의

모든 국가들은 법으로 재산권을 보장하고 있으며, 이는 외국인 대하여도 예외가 아니다. 따라서 외국인 투자자가 현지국에서 투자를 하는 경우에 현지국의 국내법에 따른 보호와 규제를 받는 것이 당연하다. 현지국의 조치가 투자자의 재산 또는 재산권에 간여하여 투자자가 손실 또는 피해를 입었을 경우에, 투자자가 투자조약에 의하여 그 조치가 간접수용을 구성한다고 주장할 수 있으나, 국가가 규제권을 행사하기 위한 조치는 국제법에 따라 간접수용의 적용범위에서 배제된다. 즉, 국가의 적법한 규제권에 속한 조치에 해당되는 경우에는 투자자가 경제적 손실 또는 피해가 입었는지 여부와는 상관없이 국가가 투자자에 대한 보상의무를 부담하지 않는 것이다.

국가의 규제권의 존재에 대하여는 학계의 견해가 일치하며, 외국인투자자의 투자에 불리한 영향을 주는 모든 정부조치가 간접수용을 구성하는 것은 아니라고

보는 것이다. Brownlie는 “국가의 규제조치는 주로 합법적인 정부권력을 행사하는 것으로서 외국인의 이익에 영향을 현저히 미치는 경우에도 수용을 구성하지 않는다. 외국인투자자산과 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 규제조치 및 간접적 또는 집행적 수용의 형식 간의 한계를 구분하는 것이다.”라고 주장하였다. 또한 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 있기에 중요하기 때문이다.<sup>111)</sup>

국가의 규제권에 따른 정부조치를 ‘규제적 조치’(regulatory measures)라고 한다. 규제적 조치는 국가의 권력기관이 공공목적 수행함에 있어, 외국인투자자가 포함되는 개인의 재산 또는 재산권에 불리한 영향을 미치는 것이 일반적이다.<sup>112)</sup> 규제적 조치는 항상 토지사용계획, 통화제한, 환경, 공공의 건강·안전 그리고 도덕 등과 관련되고 있다. 그러나 만약 규제적 조치가 공공목적 수행을 위한 것이 아니고 외국인투자자의 투자자산에 대한 수용, 혹은 정치적 박탈 또는 보복의 경우에 해당하면 이러한 정부조치는 불법적이며, 국가가 국가책임을 부담하게 된다.<sup>113)</sup> 한편 보상을 요하는지 여부에 따라 규제적 조치는 보상을 요하지 않은 조치가 되며, 보상을 요하는 조치는 수용조치에 해당한다.

## 2. 국제법상 국가 규제권의 연원

111) Ian Brownlie, *Public International Law(6th Edition)*, Oxford University Press, 2003, p.509; M. Sornarajah, *The International law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, p.283.(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, pp.47-48.)

112) Christoph Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*(vol.2), 2005, para.78.  
(<http://www.fdimoot.org/iip/Reading6.pdf>)(2009.12.13. 최종 방문일)

113) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*(Seventh Edition), Oxford University Press, 2008, p.441.

국가의 규제권 또는 규제적 조치를 수용 또는 간접수용의 예외조항으로 상세히 규정한 BIT 또는 FTA는 아직 없다. 최근 미국이 주도한 일부 FTA 또는 BIT에서 간접수용과 관련하여 간접수용과 국가의 규제권간의 구분기준을 규정할 바가 있으나, 이러한 구분기준은 아직 불명확하고 모호성이 있어, 단지 원칙적으로 규정하고 있을 뿐이다.

이 밖에 일부 국제조약 또는 조약초안에서는 국가가 개인재산과 관련된 활동에 대한 규제권을 행사할 수 있다고 명시하고, 국가의 규제권의 행사로 인하여 투자자의 손실 또는 피해가 발생하더라도, 그 조치가 수용을 구성하지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 국제법적 발전에 중요한 영향을 미치고 있는 국제법학자의 연구와 일부 국제중재사례에서 이와 관련한 내용을 찾을 수 있다.

첫째, 1954년 발효한 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」(이하 'ECPHRFF'라고 함) 제1의정서(protocol) 제1조는 “모든 자연인이 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여 그리고 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 아니한다. 단 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제한다거나, 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금을 확보하기 위하여 필요한 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 아니한다.”라고 규정하였다.<sup>114)</sup>

1967년 OECD의 「외국인재산보호에 관한 협약초안」(Draft Convention on Protection of Foreign Property) 제3조는 “한 당사국은 조치를 어떻게 취함에도 불구하고 다른 당사국 국민의 재산을 직접 또는 간접적으로 박탈하지 아니한다.”라고 규정하였다. 또한 당사국 의무의 성격·범위와 관련한 첨부노트(accompanying note)에서는 보상의무에 대하여 설명한 바가 있다. “국제법에 의하여 정치, 사회 또는 경제적 목적을 실현하기 위하여 국가가 자국의 영역 내에서 외국인을 포함하는 소유권자의 재산을 박탈하는 주권적 권리를 갖는 것을 제3조는 묵시적으로 인정한다. 이 권리에 대한 부정은 국제법에서 확인된 국가의 독립과 자치로부터 유래된 국가의 규제권(powers to regulate) 및 국가의 정치·사회의 존재에 대하여 간여하는 것으로 본다. 이 권리의 행사는 외국인의 재산을

114) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.50.

탈취하는 경우 보상의 지불이 요구된다는 외국인재산에 대한 존중 및 국가 보호 의무와 함께 조화된다.” 그러나 ‘탈취’(taking)의 개념에 대한 주해에서는 재산권의 직접탈취가 아닌 정상적·합법적(normal and lawful) 규제적 조치가 적용되지 아니하고, 소유권자가 가지고 있는 권리 중의 실체적 권리를 박탈하기 위하여, 합법적인 규제적 조치를 남용하는 것이 적용된다고 하였다.<sup>115)</sup>

1969년 「미주인권협약」(American Convention on Human Rights) 제21조는 제1항과 제2항은 “모든 사람은 자신의 재산을 사용하고 향유할 권리를 가진다. 법률은 그러한 사용과 향유를 사회의 이익에 종속시킬 수 있다. 공공의 이용 또는 사회적 이익을 이유로 하여 법률에 규정되어 있고 법률로 정한 형식에 따라 정당한 보상이 지급되지 아니하면, 어느 누구도 자신의 재산을 박탈당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.<sup>116)</sup>

MAI 초안 본문의 규정은 NAFTA와 기본적으로 동일하다. 그러나 MAI의 주석은 ‘수용과 동등한 효과를 갖는 조치’를 수용보호의 조항으로 삼아, 초안 본문은 ‘잠행적 수용’을 포함시키는 의지를 나타내고 있다. MAI 협상팀이 간접수용 조치와 일반적 규제조치 간의 구분을 설명하는 ‘협상팀 의장 리포트’(chairman’s report)에서는 부속서의 제3조(규제적 권리) 및 제5조의 해석주석(수용 및 보상)을 규정하고 있다. 제3조는 “일방 계약 당사국은 건강·안전·환경 등을 배려함으로써 투자활동의 진행의 확보에 대한 어떤 조치라도 적절히 보는 경우에 협정에 합치하는 조치의 채택·유지·집행을 할 수 있다.”라고 규정한다. 제5조의 해석주석은 “본조는 기존의 국제규범을 MAI에 편입하고자 한다. … 수용과 국유화 및 ‘수용과 국유화와 동등한 효과를 가지는 조치’에 관하여 언급한 바와 같이 다음의 사실을 반영한다. 어떤 이유에도 불구하고, 재산의 소유권이 탈취되지 않더라도 국제법은 ‘수용적 탈취’(an expropriatory taking)에 대한 보상을 요구한다.

115) OECD, OECD Draft Convention on Protection of Foreign Property, 1967.10.12, pp.23-25.(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, pp.51-52.)

116) 「미주인권조약」은 1969년 11월 22일 코스타리카 산호세에서 체결되었다. 조약 제21조에서 재산권에 대하여 규정하고 있다. 영어원문은 다음과 같다. 1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.

([http://www.hrcr.org/docs/American\\_Convention/oashr5.html](http://www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr5.html))(2009.11.27. 최종 방문일)

당사국이 공공이익에 기한 국가의 규제, 조세 그리고 기타의 정상적 행위로 인한 투자자 또는 투자의 손실에 대한 보상을 지급하는 새로운 요구가 성립되지 않는다.”라고 규정하였다.<sup>117)</sup> 이 밖에 1998년 4월 28일 OECD 부장이사회에서 입장을 밝히고, “MAI는 다자간의 호혜적 국제규범을 수립할 것이다. 이러한 규범은 정부가 무차별적 규제적 권리를 정상적으로 행사하는 것을 억제하지 아니할 것이며, 이러한 규제권의 행사는 수용을 구성되지 아니할 것이다.”라고 하였다.<sup>118)</sup>

1961년 「국가의 외국인에 대한 손해의 국제책임에 관한 하버드협약초안」(Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens) 제10조 제3항(a)은 “재산의 사용, 수익 또는 처분에 대한 비합리적인 간여로 인하여 재산의 소유권자가 그 간여가 발생한 날부터 합리적 기간 동안 내에 그 재산의 사용·수익·처분을 할 수 없게 되면, 이것은 탈취(taking)를 구성한다.”라고 규정하였다. 동 초안 제10조 제5항은 보상을 요하지 않은 탈취의 존재를 인정하여, “조세법의 집행, 통화가치의 일반적 변화, 공공의 질서·건강·도덕을 유지하기 위한 국가권력기관의 행위, 교전국권리의 정당한 행사 그리고 국가 법률의 정상적 시행(normal operation) 등으로 인한 외국인재산 또는 재산의 사용 또는 수익에 대한 박탈(deprivation)은 불법적이지 아니한다.”라고 규정하였다.<sup>119)</sup>

둘째, 미국법학연구소(American Law Institute)에서 발표된 「미국의 대외관계법 제3회 법재록」(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 책임

117) OECD, The Multilateral Agreement on Investment(Report by the Chairman to the Negotiating Group), DAF/MAI(98)17, 1998.5.4, pp.13-15.(<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf>) (2009.11.25. 최종 방문일)(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, pp.52-53.)

118) OECD document C/MIN(98)16/FINAL.(cited by 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.)

119) Louis B. Sohn & Richard Baxter, "Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", *The American Journal of International Law*(Vol.55), 1961, p.548.(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, pp.50-51.)

을 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.”<sup>120)</sup>

셋째, 일부 국제적 중재판정 사례를 보면 규제권을 행사하기 위한 정부조치는 간접수용으로 볼 수 없다는 입장이 제시되고 있다. 그러나 어느 범위까지가 보상을 요하지 않는 규제적 조치인지, 어느 범위까지가 보상을 요하는 간접수용 조치인지에 대하여 중재판정부의 판정에서는 그 한계와 구분기준을 상세히 설명하지 않았다. 왜냐하면 사안별로 구체적 상황과 적용될 조약에 차이가 존재하고, 또한 중재판정부들이 사실관계에 대한 접근방법이 다르기 때문이다. 이와 같이 간접수용과 적법한 규제권의 범위 및 구분기준을 도출하기가 어렵다는 사실을 부인할 수 없다.

### 3. 규제적 조치의 범위와 간접수용

국제법적 이론, 국제조약, 그리고 관련된 국제중재의 사례가 모두 국가의 규제권에 대하여 긍정적인 태도를 명확히 나타내고 있으나, 현재 국제법상 국가의 규제권의 범위에 대하여 통일적·확정적 기준과 해석원칙은 없다는 사실이 중요하다. 특히 국가가 공공의 필요, 이익 또는 목적의 차원에서 규제적 조치를 취하는 경우에, 여기서 공공필요 또는 공공 이익의 개념이 과연 무엇인가의 문제가 제기되고 있다.

첫째, 국내법의 측면에서는 공공의 필요·목적·이익을 사적 재산권 제한의 공적인 정당성사유로 규정하고 있는 것이 대부분이다. 이러한 사적 재산권에 대한 제한을 정당화시키는 공공필요의 요건이 존재하는지의 여부를 판정하는 데 있어서는 과잉금지의 원칙(anti-overrestriction principle)이 그 기준이 된다.<sup>121)</sup> 즉, 공공목적과 공공이익을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서 사적 재산

120) American Law Institute, *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations Law of the United States*, 1987, Section 712.(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.52.)

121) 허영, 『헌법이론과 헌법』(신정 제8판). 박영사, 2003, pp.608-609.

권에 대한 최소한 침해를 가하는 것을 원칙으로 존중하여야 한다.

둘째, 국제법의 측면에서는 공공목적에 대한 통일적 개념이 없으며, 공공의 필요·목적·이익의 개념에 대한 판정이 각국의 정부에게 위임되고 있는 것이 일반적이다.<sup>122)</sup> 이에 따라 정부는 국가의 적법한 규제적 조치와 수용조치를 구분하는 데 우선권(priority)을 부여받고 있다.<sup>123)</sup> 즉, 정부는 공공의 필요·목적·이익의 개념과 범위에 대한 충분한 자유재량을 가지므로 정부조치가 공공이익의 범위에서 포함되는지를 결정할 수 있다.

규제적 조치와 수용조치 간의 구분은 투자자의 사적 이익과 현지국의 공공이익 간의 이익충돌을 해결하도록 하며, 양자간의 형평을 기하는 데 그 의미가 있다. 투자자의 입장에서는 현지국의 규제조치로 인한 투자의 손실이 발생하더라도, 투자조약 수용조항에 근거한 보호범위에서 이러한 경우가 배제되기 때문에 현지국이 이러한 규제적 조치를 남용할 가능성에 대하여 우려가 많다. 반대로 현지국의 입장에서 보면 투자자가 간접수용 규정을 이용하여 국제중재 절차를 남용함으로써 공공이익의 보호와 공공정책의 수행을 위한 규제적 조치를 취할 수 있는 정부기능이 약화될 가능성을 우려하고 있다.<sup>124)</sup> 한편으로 비용부담의 시각에서 이에 대한 견해가 제시되기도 한다. 즉, 누가 공공이익에 필요한 경제적 비용을 부담할 것인가의 문제가 제기될 수 있다는 것이다. 즉, 재산소유권자인 투자자가 부담하는지, 아니면 사회의 대표인 국가가 부담하는지의 문제가 발생하게 된다.<sup>125)</sup>

그리하여 국제법에서는 현지국이 조세부과 등의 조치를 취함에 있어, 이로 인하여 투자자의 재산손실에 보상의무를 부담하지 않는 것을 원칙으로 한다. 이외에, 환경, 통화관리, 그리고 지속가능한 발전 등에 관한 공공이익을 위한 국가의 관리행위도 국가의 규제권의 범위에 포함되는지가 쟁점이 된다. 현재 국제법상 국가의 규제적 조치와 간접수용 조치의 한계에 관하여서는 통설이 없는 상황에

---

122) 최승환, 전제서, p.694.

123) Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, p.93.

124) S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL, *First Partial Award*, 2000.11.13, para.282.

125) R. Higgins, "The taking of property by the state: recent developments in international law", *Recueil des Cours-Académie de droit international*(Vol.176), 1982, pp.276-277.(cited by Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.48.)

서 양자의 한계를 명확히 구분하려는 것은 매우 어려운 과제로 보인다.<sup>126)</sup> 왜냐하면 이 문제와 관련한 범위가 매우 넓고, 실무에 사실관계도 상당히 복잡해서 이러한 관계 하에 양자의 한계를 뚜렷하게 구분하거나 요약하기가 어렵기 때문이다. 또한 각국의 문화, 경제, 법률 등에 차이가 있음에도 불구하고, 투자조약상의 규정 혹은 중재판정부의 시각에 따른 판례에도 차이가 존재하기 때문이다. 따라서 이러한 복잡한 상황에서 국가의 규제적 조치와 간접수용조치 간의 한계를 명확히 구분하거나 정확한 정의를 내리는 것보다 오히려 사안별로 분석하는 방법이 더 실질적·효과적인 것이라고 할 수 있다.<sup>127)</sup> 아울러 미국의 국내법상 규제적 수용에 대한 발전을 보면, 고정적·단일적 기준을 채택하지 않고 사안별로 구체적 상황에 근거하여 판정해 온 것이 사실이다.<sup>128)</sup> 그래서 양자의 범위와 한계에 대해서는 지금의 시점에서 그 통일적 기준을 명확히 설정하지 않고, 향후 지속적으로 투자조약상의 규정과 중재판례를 통하여 발전적·탄력적으로 관련 법리와 기준을 연구하고 보완할 필요가 있다.

## 제2절 간접수용의 판정요건

### 1. 재산권에 대한 정부조치의 간여정도

정부조치가 간접수용에 해당하는지 여부를 판정하기 위해서는 국제중재의 판례를 통하여 여러 판정요건을 도출할 수 있으며, 일부 투자조약에서는 이들을 간접수용의 판정요건으로 명문화하고 있다. 그 중의 하나는 투자자의 재산권에 대

126) 1962년 Christie는 “국제법에 의해 어떤 성격의 간여조치(비공식적 수용)가 탈취를 구성하는가의 문제는 관습법의 방법으로서의 사안별로 발전되는 방법이 법적 발전에 가장 좋은 것이 증명된다. 사실상 법적 발전의 유일한 방식이라고 해도 가능하다.”라고 주장하였다.(G. C. Christie, “What Constitutes a Taking of Property under International Law?”, *British Yearbook of International Law*(Vol.38), 1962, pp.307-338.)

127) Zeyad A. AlQurashi, “Indirect Expropriation in the Field of Petroleum”, *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.5, No.6), 2004, pp.904-905.

128) Rudolf Dolzer, *supra note 50*, pp.68-69.

한 정부조치의 간여정도(degree of interference) 또는 경제적 영향(economic impact)이라고 한다. 이것은 투자자의 투자가 정부의 행위로부터 경제적 영향을 받아, 이로 인하여 투자자의 사업이 폐지되거나 투자자산에 대한 실질적 박탈이 이루어짐으로써 투자자가 얼마나 심각한 손실 또는 피해를 입었는가 하는 것이다. 또한 간여정도를 심사함에 있어 투자에 불리한 영향을 미치는 정부조치의 존속기간(duration)도 하나의 요소로 고려될 것이다.

### 1) 경제영향의 심각성

대부분의 중재판례는 정부조치로 인한 심각한 경제영향의 심각성(severity of economic impact)을 간접수용의 판정에 가장 중요한 요건의 하나로 심사하고 있다. 경제적 영향의 심각성이란 정부조치로 인하여 투자자의 전부 또는 대부분의 투자가 경제적 손실을 입었을 경우뿐만 아니라, 투자자의 재산권에 대한 실질적 박탈로 인하여 최종적으로 투자기업이 운영될 수 없게 되는 정도를 뜻한다. 이를 파악하기 위하여 관련 중재판례를 검토할 필요가 있다.

첫째, Starrett 사건<sup>129)</sup>은 현지국이 투자기업의 관리자를 임명한 사건이다. 이 사건에서 주택 프로젝트에 종사하는 청구인인 미국 Starrett Housing 회사는 이란의 자회사를 통하여 거주단지의 건설계획에 동의하였다. 청구인은 이란정부가 그 자회사의 임시관리자(temporary manager)를 임명함으로써 자기의 프로젝트의 재산권에 간여하여 그 권리를 무용하게(useless) 하였으며, 이란정부의 행위가 수용을 구성한다고 주장하였다.<sup>130)</sup>

중재판정부는 이란정부가 법률에 의하여 투자자의 회사의 관리자를 임명하는 것은 투자자가 자신의 회사를 관리하는 권리를 분명히 박탈하였으며, 관리자가 임명된 날로부터 수용이 발생되었다고 주장하였다.<sup>131)</sup> 이에 대하여 중재판정부는 “재산권의 탈취는 회사가 소유하는 실체적 재산뿐만 아니라 회사의 건설프로젝

129) Starret Housing Corporation, et al v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 32-24-1, 1983.12.19, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.4), 1983.

130) *Ibid*, p.155.

131) *Ibid*, p.156.

트의 지속운영과 완성을 위한 관리권을 포함한다. 국제법상 국가가 투자자의 재산권을 명시적으로 수용을 주장하지 않거나, 투자자가 재산에 대한 법률상의 소유권을 보유하더라도, 국가의 조치로 인한 재산권에 대한 간여는 그 재산권이 무효가 될 정도에 도달하면 그 조치는 수용을 구성한다.”라고 판정하였다.<sup>132)</sup>

둘째, Metalclad v. Mexico 사건<sup>133)</sup>은 NAFTA 체제하에서 수용을 인정한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국기업 Metalclad는 멕시코에서 폐기물매립시설을 건설하기 위하여 관련 허가를 취득한 멕시코 COTERIN 회사와 인수에 관한 옵션계약을 체결하였다. 그 후에 COTERIN 회사가 주정부와 연방환경부로부터 매립지운영허가를 받고, 청구인은 COTERIN 회사를 인수하여 매립지 공장의 건설을 시작하였다. 그러나 매립장의 현지 시정부가 청구인에게 공사의 중지를 명령하고 건축허가의 신청을 요구하였다. 청구인은 시정부의 허가를 신청한 후에, 연방정부와 지방정부는 주기적으로 현장실사를 하였으나 허가를 주지 않았다. 매립장이 완공된 후에 그 주변에 반대집회가 개최되었으며, 교통문제로 사업운영이 불가능하게 되었다. 청구인은 연방정부와 협상하고, 지역특생 생물보호를 위한 완충지역을 설치하고 지방주민에게 무료 의료 등을 제공하는 대가로 폐기장을 운영할 수 있도록 합의하였으나, 시정부는 그 허가발급을 거부하였다. 1997년 1월 2일 청구인은 중재를 청구하였으며, 1997년 9월 23일 주정부는 매립장 소재 지대를 희귀선인장 보호를 위한 생태구역으로 지정하고 그 지대에서의 사업운영을 영구적으로 금지하였다.<sup>134)</sup>

중재판정부는 “NAFTA에 의거하여 수용은 직접적·정식적으로 투자자 재산을 탈취하거나 현지국으로 이전하는 공식적·의도적 재산탈취를 포함할 뿐만 아니라, 현지국이 분명히 이익을 받을 필요가 없더라도, 투자자의 재산권의 사용 또는 합리적으로 예상할 수 있는 경제적 이익의 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 ‘은밀한 혹은 부수적 간여’(covert or incidental interference)를 포함한다고 주장하였다.<sup>135)</sup> 중재판정부는 “지방정부는 환경보호를 이유로 건설허가를 거부하는

132) Starret Housing Corporation, et al v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 32-24-1, 1983.12.19, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.4), 1983, pp.156-157.

133) Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Award*, 2000.8.30.

134) *Ibid*, paras.30-59.

135) *Ibid*, para.103.

것은 월권행위에 해당하고, 지방정부는 자기의 행정·사법적 행위로 청구인의 매립장의 운영을 불법적으로 방해하였다. 이러한 조치는 종합적으로 보면 그 건설허가의 거부에 대한 시간적·절차적·실체적 근거가 부족하기 때문에 간접수용에 해당한다. 또한 주지사가 생태보호를 지정함으로써 청구인이 매립장을 영구적으로 사용할 수 없게 시키며, 이 행위는 수용을 구성한다.”라고 판정하였다.<sup>136)</sup>

셋째, Lauder 사건<sup>137)</sup> 및 CME 사건<sup>138)</sup>은 동일한 사실관계에 대하여 중재판정부의 수용에 대하여 반대한 판정을 한 사건이다. 1991년 체코와 슬로바키아 연방정부는 라디오와 TV방송에 관한 「미디어법」(media law)을 채택하였으며, 이 법에 의하여 미디어위원회(media council)는 라디오방송과 TV 프로그램의 면허를 통제하고 있었다. TV방송국 설립허가를 받은 체코 CET21 회사는 CME를 설립한 미국인 Lauder와 1993년 합작하여 체코에서 CNTS 회사를 설립하여 Nova TV방송국을 운영하였다. CME는 CNTS의 93%지분을 소유하고, CET21과 체코 은행은 나머지 지분을 보유하고 있었다. 그 후 Nova TV방송국의 방송허가권을 보유하는 CET21과 CNTS는 다른 체코회사를 신설하고 그 회사에 방송허가의 배타적 사용권을 이전하기로 계약을 체결하였다. 그러나 체코 미디어위원회의 개입으로 그 계약이 수정되어 신설회사가 방송허가의 노하우의 사용권(use of the know-how of the license)을 보유하게 되었다. 그 후에 CET21은 CNTS와의 관계를 단절하여, CNTS는 방송권을 상실하게 되고 방송시장에 진입할 수 없게 되었다. 체코 미디어위원회의 행위가 수용을 구성한다는 이유로 Lauder가 자기의 명의로 미국·체코 BIT에 의하여 중재를 청구하였고, CME는 네덜란드·체코 BIT에 의하여 중재를 청구하였다.<sup>139)</sup>

Lauder 사건의 중재판정부는 정부조치와 관련하여 “계약당사국은 인정된 국가의 경찰력(police power)<sup>140)</sup>의 범위 내에 있는 진실한 규제의 결과인 경제적 피

136) Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Award*, 2000.8.30, paras.106-107, 111.

137) Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, *Final Award*, 2001.9.3.

138) CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, *Partial Award*, 2001.9.13.

139) Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, *Final Award*, 2001.9.3, paras.43-143.

140) 미국의 법률이론은 주정부들이 경찰력이라는 권력을 가지고 있음을 견지하고 있다. 미국의 경찰력은 보통 주정부의 권력이 법에 의하여 시민의 건강, 안전, 도덕과 보편적 복리를 보호하는 것으로 정의되고 있으며, 각 주들은 그들의 헌법이나 입법기관을 통하여서 지방정부들에게 경찰력을 위임할 수 있다.(Ellen Frankel Paul, *Property Rights and Eminent Domain*, New Brunswick Transaction Publishers, 2008,

해에 대하여 책임을 부담하지 아니한다.”라고 주장하였으며,<sup>141)</sup> “체코가 청구인인 Lauder의 재산권의 사용 또는 그의 이익향수에 직접·간접적인 간여를 하지 않았으며, CNTS과 CET21의 분리를 체코의 책임으로 볼 수 없으며, 체코 미디어 위원회의 조치로 현지국이 이익을 받은 것이 아니기 때문에 청구인의 수용주장을 기각한다.”라고 판정하였다.<sup>142)</sup>

이에 반대로 CME 사건의 중재판정부는 “계약변경과정에서 미디어위원회의 행위는 외국인투자자의 투자가치의 주요한 권리가 상실된 결과를 초래하고, 특히 미디어위원회의 개입으로 인하여 방송면허의 배타적 사용권이 노하우사용권으로 변경되어 투자자의 사업이 체코 시장에 진입하는 권리와 방송면허 사용권이 상실하게 되었다. 국가가 명시적 수용조치를 취하지 않았고 국가가 그 조치로부터 실질적 이익을 받지 않았으나, 미디어위원회의 행위(actions)와 부작위(inactions)는 투자자의 이익을 무효화하게 하였으므로 수용에 해당한다.”라고 판정하였다.<sup>143)</sup>

넷째, PSEG v. Turkey 사건<sup>144)</sup>은 간여정도의 심각성을 부정하고 청구인의 수용주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 터키정부가 전체경제의 발전을 확보하는 점에서 에너지산업을 확장해 왔다. 이에 따라 터키의 1984년 제3096호와 1994년 제3966호 법령에 의하여 민영기업은 발전소의 ‘건설·운영·양도’(이하 ‘BOT’라고 함)의 방식으로 전력을 터키 국유 전력실체에 매도할 수 있다고 하며, 이는 사법(private law)에 의하여 운영된다고 규정하였다. PSEG 회사는 터키정부와 협상을 하고, 타당성 조사(feasibility study)를 시작하였다. 1996년 터키헌법법원은 BOT 에너지 공사를 양허(concession) 계약으로 판결하고 터키 국가위원회의 허락을 필요적으로 명시하였다. 이행계약(implementation contract)의 협상과정에서 터키정부는 계획변경과 조직구조의 제안 등의 행정행위를 함으로써 이행계약이 체결되지 못하였다. 이에 따라 청구인은 계획을 위하여 준비한 환경영향평가, 건설계약, 水文的 연구, 채광면허 그리고 금융기구의 대부승낙 등의 손실을 이윽

p.103.)

141) Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, *Final Award*, 2001.9.3, para.198.

142) *Ibid*, paras.201-204.

143) CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, *Partial Award*, 2001.9.13, paras.603-604.

144) 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*, 2004.6.4.

로 터키정부의 행위가 수용을 구성한다고 하여 중재를 청구하였다.<sup>145)</sup>

중재판정부는 Pope & Talbot 중재판정부의 판정을 인용하여 “국가가 다양한 행태로 간접수용을 발동할 수 있다. 다만 행정의 간여, 이익배당의 방해, 임직원·경영진의 임명, 그리고 투자자의 재산의 전부 또는 일부의 박탈 등의 박탈형식이 있어야 한다고 주장하며, 이 사건에서는 그러한 극단적 간여형식(extreme forms of interference)이 없었다. 터키정부가 여러 측면에서 잘못을 행하였으나, 이를 규제적 수용으로 볼 수 없다. 합리적 기대를 포함한 투자자의 권리는 영향을 받았으나, 수용 또는 간접수용의 주요 내용으로서, 재산에 대한 탈취조치는 채택되지 않았다. 수용과 동등한 효과를 가지는 정부조치는 재산 소유권과 관련성이 없는 경우도 있으나, 그럼에도 불구하고 강력한 간여(strong interference)가 있어야 된다.”라고 판정하였다.<sup>146)</sup>

## 2) 침해의 지속성

정부조치의 간여 정도 또는 재산권에 대한 경제적 영향의 심각성을 판정함에 있어, 조치의 존속기간(duration)도 하나의 요건으로 심사되어야 한다.<sup>147)</sup> 즉, 정부의 조치가 투자자의 재산권에 영향을 미치는 간접수용을 구성한다고 판정하기 위해서는 그 정부조치가 반드시 비일시적인(non-ephemeral) 것이어야 된다.<sup>148)</sup> 조치의 존속기간이 짧거나, 혹은 정부조치가 오로지 일시적이라면, 문제된 정부조치가 간접수용에 해당한다고 할 수 없으며, 국가가 배상 또는 보상 의무를 부담하지 않는다. 다시 말하면 외국인투자자는 투자 재산권에 간여하거나 영향을 미치는 정부조치의 존속기간이 비일시적인 것을 입증할 수 없으면, 비록 그 정부

145) 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*, 2004.6.4, paras.18-47, 53, 122.

146) 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, *Award*, 2007.1.19, paras.278-279.

147) J. Martin Wagner, “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate University Law Review*(Vol.29. No.3), 1999, p.515.

148) 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.

조치가 투자자의 재산권에 불리한 영향을 미치더라도 이것이 간접수용에 해당한다고 주장할 수 없다.

첫째, *Harza Engineering Company v. Iran* 사건<sup>149)</sup>은 조치의 존속기간과 관련한 설명을 한 사건이다. 이 사건에서 공사자문과 전자자원발전에 종사하는 청구인은 활동의 편리를 위하여 이란의 은행에 두 개의 계좌를 개설하였다. 청구인은 이란의 은행이 사인카드 등을 이유로 1979년 내지 1980년 동안에 자기의 어음의 사용을 거부하는 행위가 직접적·반복적으로 자기의 재산권의 사용과 향유에 간여함으로써 1955년 미국·이란간의 우호(amity) 조약과 국제법적 원칙을 위반하고, 그 은행의 행위를 보면 청구인의 계좌를 동결(block)시키는 정부정책이 증명될 수 있으며, 이는 수용을 구성한다고 주장하였다.<sup>150)</sup>

중재판정부는 “독립적 1회의 또는 2회의 간여는 ... 보상을 요하는 수용을 구성하지 않는다. 그러한 동결행위가 더 포괄적인 성격을 가지는 증거가 필요한 것으로 보인다.”라고 판정하였다. 이 사건에서 한 명의 중재판은 “국가조치가 외국인재산에 대하여 ‘잠정적·임시적’(provisional or temporary) 규제로 인하여 재산의 박탈 또는 손실이 단순히 일시적인(merely ephemeral) 수준이 아니라면 책임이 발생한다. ‘일시적’인 것인가에 대한 판단기준과 관련하여 첫째, 그러한 규제가 다시 반복되리라는 합리적 전망이 존재하지 않은 경우, 둘째, 규제의 기간 내에 그 규제로 인한 소유권자의 재산의 손실에 보상을 요하는 것이 아닌 경우, 셋째, 규제가 상당한 기간 내에 지속되었으나, 소유권자의 수용청구에 일치하는 방식으로 분명히 행하지 않은 경우”로 해석하였다.<sup>151)</sup>

둘째, 유럽사법재판소(이하 ‘ECJ’라고 함)<sup>152)</sup>의 판례 중에 1979년 *Hauer v.*

149) *Harza Engineering Co. v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 19-98-2, 1982.12.30, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.1), 1982.

150) *Ibid*, p.499.

151) J. Martin Wagner, *op. cit*, p.515.

152) 유럽사법재판소는 사법재판소(Court of Justice)와 제1심 재판소(Court of First Instance, CFI)로 구성되어, EC제221-225a조에 의한 유럽연합의 사법적 기구를 말한다. 사법재판소의 기능은 조약의 해석과 적용에 관한 최종적인 판정을 통해 조약과 공동체 회원국들의 국내법 통일적으로 조화시키고 조약 및 공동체 차원의 제2차적인 법률들, 즉 각종 규정이나 지시문이 제대로 준수되도록 하는 데 있다. 1989년에는 사법재판소의 가중된 업무를 경감하기 위하여 제1심 재판소가 도입되었다. 제1심 재판소의 관할은 당사자 소송 및 특정분야의 전심절차에 국한되는데 제1심 재판소의 판정에 대하여는 사법재판소에 상고할 수 있다. (이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006, p.54; Paul Craig & Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*(Fourth Edition), Oxford University Express, 2008, p.66.)

Land Rheinland-Pfalz 사건<sup>153)</sup>은 규제의 존속기간이 일시적인 것을 이유로 원고의 주장을 거부하는 판결을 한 사건이다. 이 사건에서 당시 포도를 재배하는 대부분의 유럽국가에서는 포도나무의 종류와 재배방식 등의 규제를 내용으로 하는 법률이 시행되고 있었다. 독일 포도재배업자인 Liselotte Hauer는 새로운 품종의 포도나무를 심기 위하여 정부허가를 신청하였는데, 시청은 거부되었다. 1974년 생산과잉으로 초래된 시장상황을 조절하기 위하여 3년간 포도나무의 추가 파종의 허가를 금지하는 내용의 이사회 규칙(council regulation) 1162/1176 및 이를 개정하는 이사회규칙 2776/2778<sup>154)</sup>이 채택되었다.

Hauer는 이 이사회 규칙이 자기의 재산권을 침해하였다고 주장하였으나, 재판소는 동 이사회 규칙이 일시적인 성격(temporary nature)을 가지는 것이고, 재산의 사용에 가해지는 제한이 한정된 기간(limited period) 동안 이루어지는 것이므로 재산권의 침해가 성립하지 않다고 판결하였다. 재판소는 한정된 기간 동안에 재산사용에 대한 제한은 유럽공동체가 추구하는 ‘일반적인 이익’(general interest)의 목적에 의하여 정당화된다고 판결하였다.<sup>155)</sup>

셋째, Wena Hotels Ltd. v. Egypt 사건<sup>156)</sup>은 시간적 요소를 간접수용 판정에 대한 중요한 것으로 언급한 사건이다. 이 사건에서 1989년 Wena는 이집트의 관광을 관할하는 공공부문 산하의 ‘이집트 호텔 회사’(Egyptian Hotels Company)와 임대·개발 계약(lease and development agreement)을 체결하였다. 계약에서 청구인은 이집트의 Luxor와 Nile 호텔을 임대받고 호텔을 발전시킬 의무를 지는 반면에 이집트 호텔 회사는 호텔의 관리와 경영에 대한 간여금지 의무를 지는 것으로 규정하였다. 그 후에 Wena와 이집트 호텔 회사는 각자의 의무에 대한 분쟁이 발생하고, 1991년 3월 말 이집트 호텔 회사는 임대계약을 종결하여 호텔과

153) Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, European Court of Justice Case 44/79, *Judgement of 13/12/1979*, 1979.

154) 이사회 규칙 1161/1176은 동 규칙이 시행되는 날부터의 신청에 대한 허가를 금지하도록 규정하고 있었다. 그러나 이규정을 개정한 이사회규칙 2776/2778은 신청시기와 무관하게 허가를 금지하도록 하는 것을 내용으로 규정하였다.

155) Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, European Court of Justice Case 44/79, *Judgement of 13/12/1979*, 1979, p.3727.(cited by 김태현, “국제투자분쟁해결제도의 발전방향과 한미FTA의 수용태도에 관한 연구”, 한국해양대학교 박사학위논문, 2008, p.199.)

156) Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, *Award on Merits*, 2000.12.8.

그의 경영을 탈취(seizure)하였다. 1992년 4월 21일 이집트 검사장(chief prosecutor)은 이집트 호텔 회사의 탈취행위가 불법적인 것으로 보아 호텔을 Wena에게 반환한다고 명하였다. 1992년 4월 28일 Wena는 호텔을 접수하고, 동년 11월 배상을 추구하기 위하여 중재를 청구하였다.<sup>157)</sup>

중재판정부는 “이집트는 이집트 호텔 회사가 호텔을 탈취하는 행위를 승인하고 청구인의 기본적 권리를 박탈함으로써 실질적 탈취를 실행하거나 참여하였고, 불법적으로 1년 동안 호텔을 점유하였다. 이러한 박탈이 오로지 일시적인(ephemeral) 것이므로 수용을 구성하지 않는다는 이집트 정부의 주장에 대하여는 중재판정부가 동의하지 않는다. 각종의 적당하지 않은 정부행위를 막론하고, 이집트는 유권기관이 호텔을 1년 동안에 불법적으로 탈취하고 점유하는 행위를 허가하는 것은 투자자 재산권의 사용 또는 그의 수익의 향유에 대하여 ‘일시적인 간여 이상의 것’(more than a ephemeral interference)이다.”라고 판정하였다.<sup>158)</sup>

넷째, Middle East v. Egypt 사건<sup>159)</sup>은 일정한 기간 내에 투자자의 수입면허의 취소로 인한 분쟁사건이다. 청구인인 그리스 투자자는 이집트의 조치로 인하여 수입면허를 상실하게 되었다. 이집트는 그 면허의 취소가 영구적인 것이 아니고, 그 면허를 다시 취득한 후에 투자자가 수입을 정상적으로 행할 수 있었다고 주장하였다. 이집트는 조치의 임시적 성격을 언급하지 않고, 대신에 정부 조치가 오로지 비영구적인 성격을 가진다는 점을 강조하였다.<sup>160)</sup>

중재판정부는 조사를 통하여 이집트 조치의 지속기간이 3년임을 확인하고, 이집트 정부의 주장을 기각하였다. 중재판정부는 “면허는 투자 활동과 중요한 관련성을 갖는다. 투자자는 그 면허가 앞으로 3년 지나서 취소될 수 있다는 정보를 알게 된 이후에, 보통 투자활동을 계속하지 않을 것이다. 투자 활동과 관련한 면허가 다시 부여될 수 있을 때에 한하여, 투자자는 관련 투자를 할 것인지 여부를 결정하는 것이 보통이다.”라고 해석하였다.<sup>161)</sup> 즉, 이집트 정부가 그 면허의 취소

157) Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, *Award on Merits*, 2000.12.8, paras.16-64.

158) *Ibid.*, para.99.

159) Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, *Award*, 2002.4.12.

160) *Ibid.*, paras.97-108.

161) *Ibid.*, para.169.

조치를 상당한 기간 동안에 실행하였기 때문에 투자자의 투자활동에 이미 심각한 영향을 미쳤다는 뜻이다.

다섯째, S.D. Myers v. Canada 사건<sup>162)</sup>은 시간 요소와 관련하여 정부조치를 일시적인 것으로 판정한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국회사 S.D. Myers(SDMI)는 폴리염화비닐(PCB)의 폐기물을 캐나다로부터 미국으로 수입하여 처리하는 사업을 하기 위하여 미국 환경청으로부터 PCB 폐기물을 수입 면허를 취득하였다. 캐나다 환경부는 환경과 보건을 이유로 비상명령을 발동하여 1995년 11월 PCB 폐기물의 수출을 금지하였다. 수출금지조치는 약 16개월 동안 실행되어, 1997년 2월에야 수출이 다시 가능하게 되었다. 청구인은 수용 및 보상 등 조항의 위반을 이유로 중재청구를 제기하였다.<sup>163)</sup>

중재판정부는 “수용은 일반적으로 경제적 권리를 사용할 수 있는 소유권자의 능력을 영구적으로 제거하는(lasting removal) 것이다. 박탈이 부분적이고 일시적이라 할지라도 어떠한 맥락(contexts)과 상황에 따라 그 박탈이 수용으로 취급될 수 있다.<sup>164)</sup> 본 사건에서 캐나다의 국경봉쇄는 일시적인 것이었다. 투자자의 투자가 대략 18개월 동안 캐나다 시장으로의 진입이 지연된 것으로 인하여 투자자의 경쟁 우위가 상실되는 영향을 받았다. 이는 NAFTA 제1102조(내국민대우)와 제1105조(최소기준대우)의 위반 등 측면에서 보상금액을 고려할 수 있으나, 그 조치가 제1110조(수용 및 보상)가 의미하는 수용에 해당한다는 주장을 뒷받침할 수는 없다.”라고 판정하였다.<sup>165)</sup> 즉, 캐나다의 조치는 일시적인 것으로서 단지 투자자의 기회를 지연시킨 것에 불과하기 때문에 그 국경봉쇄 조치가 간접수용을 구성하지 않은 것으로 보았다.

### 3) 재산권에 대한 부분적 침해 또는 영향

투자자의 재산권에 대한 영향의 측면에서, 진적으로 영향을 받는 것이 아니라

162) S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL, *First Partial Award*, 2000.11.13.

163) *Ibid*, para.127.

164) *Ibid*, para.283.

165) *Ibid*, para.284.

일부의 재산권이 불리한 영향을 받는 경우에, 이것이 간접수용에 해당하는지 여부에 대한 논의가 되고 있다. 이에 따라 간접수용은 부분적 수용을 포함하는지에 대한 문제가 제기되고 있다. 부분적 수용은 일반적으로 투자자 전부 투자의 일부만을 수용하는 것을 말하며, 그의 전형적 예는 다음과 같다. 첫째, 외국인투자자가 단일한 분야에서 여러 사업을 하거나 다양한 분야에서 사업을 종사할 때, 그 사업 중의 일부만 수용된 경우에, 수용된 사업이 단독적 투자로 간주되는지, 아니면 한 투자자의 투자 중 일부로 간주되는지에 대한 논의가 있다. 둘째, 외국인투자자가 투자와 관련된 모든 권리를 가지고 있으며, 전부의 권리가 아니고 그 중의 일부가 수용된 경우에 이는 수용에 해당되는지의 문제이다.<sup>166)</sup> 현재 투자자 재산권의 일부만을 제한하거나 박탈하는 것이 간접수용을 구성하는지의 문제에 대하여 학계와 중재사례에는 통일된 견해가 없다.<sup>167)</sup>

첫째, Telenor v. Hungary 사건<sup>168)</sup>은 부분적 수용의 개념을 명시적으로 부정한 사건이다. 이 사건에서 1990년 헝가리 정부는 전자통신 서비스의 발전을 위해 공공 모바일 무선전환 서비스의 민영화를 추진하였다. 청구인은 입찰을 통해 헝가리정부와 양허협정(concession agreement)을 체결하였다. 유럽연합에서 규정된 기준에 부합하기 위해 헝가리 정부는 일련의 조치를 통하여 전자통신과 관련된 서비스, 수리와 가격 등의 시스템을 전환하였고, 이는 청구인의 전자통신제도와 일치하지 않았다. 청구인은 헝가리의 정부조치가 투자에 대한 보상없이 부분적 수용을 실행하고 노르웨이·헝가리 BIT 제6조를 위반한다고 주장하여 중재청구를 제기하였다.<sup>169)</sup>

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

167) 부분적 수용의 범리를 논하지 않고 명시적으로 부분적 수용을 부정하는 중재사례는 Pope & Talbot v. Canada 사건, CMS Gas Transmission Company v. Argentina 사건, Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia 사건, Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador 사건 등이 있다. 반대로 부분적 수용의 개념을 명시적으로 인정하는 중재사례는 S.D. Myers v. Canada 사건, Waste Management, Inc. v. Mexican 사건, GAMI v. Mexico 사건 등이 있으며, 부분적 수용의 개념을 암시적으로 인정하는 중재사례는 Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt 사건, Eureko B.V. v. Republic of Poland 사건 등이 있다.

168) Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 2006.9.13.

169) *Ibid*, paras.17, 22-24.

중재판정부는 “수용은 경제적 가치에 대한 실질적 박탈이 있어야 성립한다. 투자자의 사용 또는 향수는 통일적 전체(whole)로 본다. 본 사건에서 투자는 하나의 전체로 간주되어야 하며, 중재판정부는 투자가치가 실질적 감소(substantial erosion)를 받았는지 여부를 하나의 전체로 보고, 이를 기준으로 판정할 것이다.” 라고 제시하였으며, 청구인의 투자가 전체적으로 박탈되지 않았으므로 청구인의 수용주장을 기각하였다.<sup>170)</sup>

둘째, Pope & Talbot v. Canada 사건<sup>171)</sup>은 정부의 행위가 투자에 부분적 영향을 미치는 사례에 대해 간접수용의 성립을 부정한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국회사는 캐나다에서 미국으로 연목재를 수출하는 사업을 주로 운영해 왔다. 1996년 체결된 캐나다와 미국의 「연목재협정」(softwood lumber agreement)에 따라 캐나다는 미국으로 수출하는 무관세 연목재에 제한의무를 이행하여야 하였다. 캐나다정부는 캐나다의 사업체에 일정 쿼터까지 무관세 수출을 허용하고 그 쿼터를 넘는 부분에 대해서 관세를 부과하기로 하였다.<sup>172)</sup> 청구인은 캐나다의 조치가 자기에 대한 쿼터를 감소시켜 미국 시장에 진입할 수 있는 ‘보통의 능력’(ordinary ability)을 박탈하는 경우에 해당하여 NAFTA 제1110조(수용)를 위반한다고 주장하며 중재를 청구하였다.<sup>173)</sup> 캐나다정부는 그러한 시장진입능력을 재산권으로 볼 수 없다고 하며, 정부의 쿼터조치가 실행된 후에도 투자자의 투자가 지속가능하게 운영되고 있다고 변호하였다. 캐나다는 NAFTA에서 수용을 정의하지 않았고 국제법상 소유권자의 기본적 재산권에 대한 실질적 간여 즉 소유권자의 기본적 재산권에 대한 심각한 정도의 박탈이 요구된다고 주장하였다.<sup>174)</sup>

중재판정부는 시장진입이 투자의 개념에 포함되는 것으로 인정하고, 이에 따라 투자자가 캐나다정부의 조치로부터 영향을 받은 것을 확인할 수 있으나,<sup>175)</sup> 국제법상 수용은 투자에 대한 ‘실질적 박탈’(substantial deprivation)을 의미하는 것

170) Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 2006.9.13, para.67.

171) Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL, *Interim Award*, 2000.6.26.

172) *Ibid*, paras.28-30.

173) *Ibid*, para.81.

174) *Ibid*, paras.87-88.

175) *Ibid*, para.98.

으로서, 캐나다정부의 조치는 투자자의 직원의 업무를 감독하거나 임직원을 억류하지 않았으며, 과세의 경우를 제외하고 투자자의 수익을 탈취하지도 않았고, 회사경영 또는 주주의 활동·이익배분 등에 간여하지 않았기 때문에, 투자자가 투자를 지속가능하게 통제하고 기업을 운영할 수 있었다는 점에서 수용과 동등한 정도에 이르렀다고 볼 수 없다고 판정하였다.<sup>176)</sup>

셋째, CMS v. Argentina 사건<sup>177)</sup>은 청구인의 수용 주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 1990년대 아르헨티나의 공기업 민영화를 위해 CMS는 어느 아르헨티나 공기업의 지분을 매입하였고, 당시 아르헨티나 정부는 가스산업 민영화와 외국인투자 촉진을 위한 인센티브 조치로서 요금을 달러화로 산정한 후 소비자에 대한 요금청구는 청구시점의 환율로 전환된 폐소화로 이루어지고, 요금은 6개월마다 미국의 생산자물가지수(U.S. price index)에 따라 조정되도록 하였다. 1999년부터의 경제·금융위기에 따라서 아르헨티나 정부는 미국의 생산자물가지수에 따라 가스요금을 조정하는 법규와 면허를 폐지하고 요금을 폐소화로 표기하도록 전환하였다. 또한 아르헨티나는 변동환율제를 도입한 후에 폐소화의 가치가 70% 하락하게 되었으며, 정부의 요금동결조치로 인해 청구인은 막대한 손실을 입었다.<sup>178)</sup>

중재판정부는 투자자가 투자의 소유권을 계속 완전하게 보유하고 있고 투자를 통제하고 있으므로 정부조치가 수용에 해당한다는 것을 부정하였고, “실질적 박탈(substantial deprivation)에 대해서는 투자자가 투자를 계속 지배하고 있고, 정부가 회사 일상의 경영을 통제하지 않는다는 아르헨티나 정부의 주장을 받아들인다. 따라서 청구인의 투자자산 가치가 정부조치로 인하여 막대한 손실을 입었으나, 투자자가 투자지분에 대한 소유·관리·통제의 권리를 여전히 보유하고 있으므로 정부의 수용행위가 인정될 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>179)</sup>

넷째, Nykomb v. Latvia 사건<sup>180)</sup>은 계약상 요금지급 규정의 위반에 대하여 간접수용으로 볼 수 없다는 사건이다. 이 사건에서 투자자는 라트비아에서의

176) Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL, *Interim Award*, 2000.6.26, para.100.

177) CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, *Award*, 2005.5.12.

178) *Ibid*, paras.57-69.

179) *Ibid*, paras.262-264.

180) Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Award*, 2003.12.16.

Windau 자회사를 통하여 발전소를 건설하고 계속 운영하고 있었다. 투자자는 투자 당시에 에너지 인센티브 조치로 8년 동안 전력가격 두 배의 요금을 받을 수 있다는 내용으로 국가전력회사와 계약을 체결하였다. 청구인은 라트비아 정부가 계약에서 규정된 두 배의 요금지급을 거부하고, 그 일부요금만을 지급하는 행위가 수용과 동등한 조치에 해당하므로 간접수용 또는 잠행적 수용을 구성한다고 주장하였다. 라트비아는 “투자자의 자산과 기업이 탈취되지 않고, 일부의 요금지급이 투자를 무익한(worthless) 것으로 만들지 않았기 때문에 간접수용에 해당하지 않는다.”라고 주장하였다.<sup>181)</sup>

중재판정부는 “규제적 탈취는 수용에 상당한 효과가 있는 경우에 간접수용으로 인정될 수 있다. 수용을 판정하기 위한 결정적인 요건은 문제된 조치로 인하여 재산권에 대한 침해정도 또는 기업에 대한 지배의 간여정도에 근거하여야 한다. 본 사건에서 생산계약상의 규제규정을 제외하고, Windau의 재산권과 자산에 대한 탈취가 존재하지 않았으며, 주주의 권리 또는 기업의 경영권에 대한 간여가 없었다. 그래서 요금지급에 대한 불이행은 조약에 따른 수용 또는 간접수용을 구성하지 않는다.”라고 판정하였다.<sup>182)</sup>

다섯째, Waste Management v. Mexican 사건<sup>183)</sup>은 부분적 수용의 개념을 인정한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국의 쓰레기처리 회사인 Waste Management 회사는 멕시코의 Guerrerown와 Acapulco시가 회사의 멕시코 자회사인 Acaverde에게 15년간 거리청소, 매립 쓰레기처리 등 쓰레기관리 서비스를 제공할 수 있는 면허를 허가하였으나, Acaverde가 면허계약의 이행조건을 충실히 이행했음에도 불구하고 멕시코정부는 약속했던 대금지급 및 기타 계약상의 의무사항을 이행하지 않았다고 주장하였다. 또한 청구인은 조건이 없는 지급보증을 하였던 멕시코 은행인 Banobras가 지급보증의무를 일방적으로 거절하였다고 주장하여 중재청구를 제기하였다.<sup>184)</sup>

중재판정부는 “수용행위의 존재를 판정함에 있어, 수용은 어떤 자산만을 수용

181) Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Award*, 2003.12.16, pp.11-13, 33.

182) *Ibid*, p.33.

183) Waste Management, Inc. v. United Mexican States(No.2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, *Final Award*, 2004.4.30.

184) *Ibid*, paras.40-72.

하는 것이 아니라, 기업의 전체를 수용하는지 여부에 근거하여야 한다. 중재판정부는 정부행위가 기업의 전체를 수용하는 것인지, 아니면 부분적 수용인지와 관련하여 우선 NAFTA 제1110조의 규정의 의미, 즉 정부행위가 ‘수용과 동등한 행위’(conduct tantamount to an expropriation)에 해당하는지 여부를 고려하여야 할 것이다.”라고 주장하였다.<sup>185)</sup> 중재판정부는 “멕시코의 행위가 청구인의 기업 전체나 실질적 부분에 대해 수용과 동등한 효과가 있는 영향을 미치는지 여부를 결정하기 전에, Acaverda에 대한 정부조치와 양허계약에 의한 특정한 계약상의 권리에 대한 침해를 구분할 필요가 있다. 양허계약상 대금 지급의무의 불이행이 투자의 전체에 대한 조치가 아니라, 계약상의 권리에 대한 조치로 보아야 한다.”라고 제시하였다.<sup>186)</sup> 결국 중재판정부는 대금 불지급이 정부의 행위와 관련되지 않으므로 간접수용 또는 수용과 동등한 조치로 볼 수 없다고 판정하였다.<sup>187)</sup>

여섯째, GAMI v. Mexico 사건<sup>188)</sup>에서 청구인이 멕시코 회사 GAM의 지분에 투자를 하였으며, 멕시코 정부가 설당정책을 시행함에 있어, 청구인이 투자한 회사의 지분을 직접 수용하지 않았으나, GAM의 실제생산 시설인 5개 설당공장 중에 2개를 일시적으로 수용하였다. 이에 대하여 청구인은 자기의 투자가 피해를 받았다고 주장하여 중재청구를 제기하였다.<sup>189)</sup>

중재판정부는 정부조치가 투자자 재산의 전체에 대하여 영향을 미치는 경우에만 수용을 구성하는가의 문제를 제기하였다. 중재판정부는 이 사건에서 청구인 하나의 공장만을 수용하게 되면 투자자의 재산권이 박탈되었다(taken)고 주장하였다. 또한 중재판정부는 Pope & Talbot 사건의 중재판정부가 재산가치의 감소(impairment)의 기준을 제시하고 있음에도 불구하고, 만약 ‘긍정적인 가치’(positive value)를 가지고 있는 유일한 공장이 박탈된다면 이러한 재산권 가치의 감소는 재산의 전체(total)의 감소으로 볼 수 있는지에 대해 토론하였다.<sup>190)</sup>

185) Waste Management, Inc. v. United Mexican States(No.2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, *Final Award*, 2004.4.30, para.141.

186) *Ibid*, paras.155, 159, 162-163.

187) *Ibid*, para.175.

188) GAMI v. Mexico, UNCITRAL, *Final Award*, 2004.11.15.

189) *Ibid*, para.28.

190) *Ibid*, paras.126-128.

결론적으로 중재판정부는 현지국이 투자자의 경제적 기대이익의 전부 또는 일부 재산을 박탈하는 행위가 수용을 구성한다는 Santa Elena 사건과 Metalclad 사건 판정부의 판정을 인용하여 찬성하였다.<sup>191)</sup>

## 2. 분명하고 합리적인 기대이익

분명하고 합리적인 기대(distinct or reasonable expectations)에 대한 침해 정도는 간접수용의 존재여부를 판정하는 하나의 요건이다. 즉, 간접수용 존재여부를 판정함에 있어, 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익이 정부행위로 인하여 박탈되거나 실현될 수 없게 되면 그 정부행위는 수용에 해당할 가능성이 있다. 여기서 투자자의 기대이익은 분명하고 합리적인 기대이익에 한정되어 투자자의 모든 기대이익을 의미하지는 아니한다.

분명하고 합리적인 기대이익이 침해를 받는다고 주장하는 투자자는 그 기대이익에 대한 침해가 국가의 규제권의 범위에 포함되지 않다는 객관사실을 입증하여야 하며, 이 경우 기대이익에 대한 주장은 객관적이고 합리적이어야 하고, 투자자의 주관적인 기대이익에 근거하는 것을 의미하지 않는다.<sup>192)</sup> 분명하고 합리적인 기대이익은 현지국의 보증(undertaking) 뿐만 아니라, 현지국과 투자자간의 약속(contracts)을 통하여 확인될 수 있다. 특히 현지국의 법적 규정은 투자자의 기대이익에 대하여 중요한 근거로 본다.<sup>193)</sup> 따라서 분명하고 합리적인 기대이익은 합법적 기대(legitimate expectations)라고 하기도 한다. 국제직접투자는 장기적인 경제활동이므로 외국인투자자가 투자하는 기간 동안에 현지국의 정책변화로 인한 손실이 발생할 우려가 있다. 일반적으로 현지국 특히 개발도상국은 외국인투자자에게 법령을 변경하지 않는다는 약속을 한다. 그러나 현재 이러한 보증과 약속은 드물다.<sup>194)</sup>

191) GAMI v. Mexico, UNCITRAL, *Final Award*, 2004.11.15, para.131.

192) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.68.

193) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op. cit.*, pp.104-105.

194) 黃輝, 『WTO与國際投資法律實務』, 吉林人民出版社, 2001, p.198.

미국의 국내법은 ‘분명하고 합리적 기대이익’의 요소를 원칙적으로 인정하고, 이를 통하여 ‘도덕적 해이문제’(moral hazard problem)를 방지하기 위한 역할을 하도록 한다. 투자자는 정부가 엄격히 규제하고 있는 영역에서 고의적으로 투자를 하고, 정부의 규제에 의한 기대이익의 감소를 이유로 정부로부터 수용보상을 요구하는 것이다. 이러한 경우에는 투자자가 정부로부터 보상을 받게 되면 ‘바람에 떨어진 과실’(windfall)이라고 할 수 있다. 따라서 법원은 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 분석을 통하여 그 투자를 수익 불가능한 것으로 인정하게 되면 그 투자의 손실에 대하여 보상을 할 필요가 없으며, 이러한 조치는 수용의 적용 범위로 부터 배제된다.<sup>195)</sup>

첫째, Oscar Chinn 사건<sup>196)</sup>은 분명하고 합리적인 기대이익과 관련한 상설국제사법재판소(이하 ‘PCIJ’라고 함)<sup>197)</sup>의 사건이다. 영국의 Chinn 회사는 벨기에의 콩고 강(Congo river)에서의 운송 및 조선회사이다. 그 밖에도 Unatra 회사가 있다. 1930년과 1931년의 전세계적인 불황으로 인하여 콩고 강에서의 운송업이 심각한 영향을 받았다. 벨기에 정부가 콩고 강에서의 운송 사업이 지속적으로 운영할 수 있도록 시키기 위하여 Unatra 회사에게 가격인하를 명령하면서 적절한 보조금을 주었으나, Chinn 회사에게는 주지 않았다. 이에 따라 콩고의 운송료가 종전 가격에서 상당한 정도로 삭감되었다. 이러한 경쟁결과는 Chinn 회사는 수익성을 잃게 되어 폐업하게 되었다. Chinn 회사는 자기의 사업을 수익성 있게 운영할 모든 가능성이 간접적으로 박탈되었으므로 국제법 일반원칙의 위반을 이유

195) Ethan Shenkman, “Could principles of Fifth Amendment takings jurisprudence be helpful in analyzing regulatory expropriation claims under international law?”, *New York University Environmental Law Journal*(Vol.11), 2002, pp.192-193.

196) The Oscar Chinn Case, PCIJ, 1932.12.12: *Judgment No.23* (PCIJ, Ser. A/B., No. 63, 1934).

197) 상설국제사법재판소는 1921년부터 명목상 1946년까지 존속하였고, 1899년에 창설된 ‘상설중재재판소’(Permanent Court of Arbitration, PCA)와 1945년에 설립된 ‘국제사법재판소’(International Court of Justice, ICJ)를 국제재판소라고 이해하고 있다. 상설국제사법재판소는 “연맹이사회는 한 개의 상설국제사법재판소의 수립하여, 그 채택을 위하여 연맹회원국들에게 제출한다.”라고 규정한 국제연맹규약 제14조 2차 문장에 의거하여 설치된 세계재판소로서, 그 재판관들도 서로 독립하여 소집되는 국제연맹의 두 정치기관, 즉 큰 국가들이 상임의석을 갖고 있는 이사회(council)와 연맹의 모든 회원국들로 구성되는 총회(assembly)에서 절대 다수표를 얻어 선출되었으며, 규약 제14조 2차 문장 및 세 번째 문장에 의하면 “분쟁 당사국들이 부탁하는 국제적 성격의 일체의 분쟁을 심리하고 결정하며,” 또한 “연맹의 이사회 또는 총회가 부탁하는 일체의 분쟁 또는 문제에 관하여 권고적 의견(advisory opinion)을 부여할 수 있는” 관할권을 부여받고 있었다.(김대순, 『국제법론』 (제14판), 삼영사, 2009., p.1181.)

로 벨기에의 조치가 수용을 구성한다고 주장하였다.<sup>198)</sup>

PCIJ 재판부는 벨기에 정부의 조치가 수용을 구성하지 아니한다고 하며, “Chinn으로 하여금 그의 운송 및 조선 사업을 포기할 수밖에 없도록 한 변화가 고객의 확보와 수익창출의 가능성이 기대되었던 애초의 상황에서는 예견할 수 없었던 성격의 것임을 인식하고 있다. 그러나 유리한 사업 조건과 신용은 일시적인 상황이며, 필연적 변화가 불가피하다.”라고 하였으며, “... 어떠한 기업도 일반적인 경제 상황에서 기인하는 좋은 기회와 위험으로부터 자유로울 수 없다. 사업은 전반적인 호황에 힘입거나 통상조약의 체결 또는 관세율의 변화에 힘입어 많은 이윤을 낼 수 있다. 그러나 상황이 바뀌면 폐업의 위험에 노출될 수도 있다. 이 상황에 해당한다면 국가에 의한 권리의 침해는 없는 것이다.”라고 판결하였다.<sup>199)</sup>

둘째, *Metaclad v. Mexican* 사건<sup>200)</sup>은 수용의 판정에 있어 분명하고 합리적인 기대이익을 중요한 요건으로 심사한 사건이다. 이 사건에서 투자자는 멕시코 연방정부와 환경부에서 허가와 면허를 받고 투자를 시작하여 폐기물 매립장을 완성하였으나, 지방정부의 운영면허 부여가 거부되었으므로 투자가 손해를 받게 되었다.

중재판정부는 “NAFTA에 의하면 수용은 재산에 대한 명시적·고의적·인정된 (open, deliberate and acknowledged) 탈취뿐만 아니라, 현지국에 대한 분명한 이익이 없더라도, 재산의 사용 또는 합리적으로 기대되는 재산의 경제적 이익의 전부 또는 상당한 부분을 그 소유권자로부터 박탈하는 효과를 가지는 ‘은밀한 혹은 부수적 간여’(covert or incidental interference)를 포함한다.”라고 언급하였다.<sup>201)</sup> 즉, 투자자는 멕시코 연방정부와 환경부에서 허가와 면허를 받고 투자에 대한 이익을 합리적으로 기대하는데, 지방정부의 행위로 인하여 투자자의 기대이익이 박탈되었고, 특히 지방정부가 생태보호를 이유로 명령을 실행함으로써 투자

198) Rudolf Dolzer & Felix Bloch, *op. cit.*, p.159.

199) The Oscar Chinn Case, PCIJ, 1932.12.12: *Judgment No.23* (PCIJ, Ser. A/B., No. 63, 1934), p.25; ([http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12\\_oscar\\_chinn/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn/))(2009.12.4. 최종 방문일)(cited by Rudolf Dolzer & Felix Bloch, *op. cit.*, p.159; 류희진, “투자협정상 간접수용에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2007, pp.61-62.)

200) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Award*, 2000.8.30.

201) *Ibid.*, para.103.

활동의 지속적 가능성이 완전히 배제되었다. 그래서 중재판정부는 정부행위가 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해 및 재산권에 대한 영향을 준 사실을 확인하여, 그 행위는 수용에 해당한다고 판정하였다.

셋째, *Olguín v. Paraguay* 사건<sup>202)</sup>은 중재판정부가 청구인의 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 주장을 부정한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 페루에서 은행을 소유하던 페루 투자자이었는데 고이윤을 위하여 파라과이의 금융회사에 자금을 전송하였다. 파라과이 금융당국의 조치로 인하여 그 금융회사가 파산에 이르렀으며, 청구인은 그 금융회사로부터 이익을 받을 수 없게 되었다. 청구인은 파라과이 정부의 조치가 수용조항을 위반하였다는 이유로 중재청구를 제기하였다.<sup>203)</sup>

중재판정부는 “청구인은 사업에 풍부한 경험이 있는 자로서 파라과이의 행정적 상황을 충분히 인식할 수 있어, 파라과이에서 위험하고 투기적인 투자를 하는 것은 나름대로 이유가 있다고 보인다. 그러나 청구인은 이것으로 인한 손실보상을 추구하는 것이 비합리적이다. 지역적 위험성에 대한 인식으로 위험을 감수하여야만 하는 정도에 비하여 그 이상으로 파라과이의 조치가 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 침해한 간접수용으로 볼 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>204)</sup>

넷째, *Feldman v. Mexican* 사건<sup>205)</sup>은 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 하나의 요건으로 수용여부를 판정한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 멕시코의 담배 도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔다. 멕시코 정부의 관련법의 개정으로 인하여 청구인은 관세환급을 받을 수 없게 되었다. 청구인은 멕시코정부의 행위가 수용에 해당한다는 이유로 중재를 청구하였다.<sup>206)</sup>

중재판정부는 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익의 근거가 있는지 여부를 판정함에 있어, “정부는 규제적 권한을 행사함에 있어, 경제상황의 변동 혹은 정치적·경제적·사회적 상황에 근거하여 자국의 법률과 규제를 개정하거나 제정할 수 있다. 이러한 변경으로 인하여 어떤 사업 활동의 수익성이 떨어지게 될 수

202) *Olguín v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, *Final Award*, 2001.7.26.

203) *Ibid*, paras.45-59, 64.

204) *Ibid*, para.65.

205) *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. Mexican*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award on Merits*, 2002.12.16.

206) *Ibid*, para.91.

있으며, 심지어 그 사업 활동이 지속 운영할 수 없게 될 수 있다.<sup>207)</sup> 대부분의 국가의 조세당국은 항상 일관되고 예측 가능한 방식으로 행하지 않는다. ... 조세의 대부분 영역에서 조세법이 공공정책 또는 재정정책의 수단으로 사용되고 있음으로, 일부 납세자는 혜택을 받고, 기타의 납세자는 혜택을 받을 수 없거나, 심지어 손실을 입을 수 있는 것이 불가피하다.<sup>208)</sup> 본 사건에서 청구인은 주장한 보증(assurances)이 상당히 모호하고(ambiguous) 비공식적인(informal) 것이므로 멕시코정부로부터 관세환급을 받을 수 있는 것을 분명하고 합리적인 기대이익으로 볼 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>209)</sup>

다섯째, Thunderbird v. Mexico 사건<sup>210)</sup>은 분명하고 합리적인 기대이익에 대해 일반적 정의를 내린 사건이다. 이 사건에서 청구인은 멕시코에서 게임장을 운영하기 위해 영업허가 여부에 대하여 멕시코 정부로부터 긍정적 답변을 받고, 2개 도시에서 게임장 운영을 시작하였다. 그 후에 멕시코 정부가 청구인의 게임기계가 도박 기계에 해당한다고 해서 게임장의 운영을 금지하여, 영업정지 명령을 내렸다. 청구인은 멕시코 정부의 조치가 수용에 해당한다고 주장하여 중재청구를 제기하였다.<sup>211)</sup>

중재판정부는 분명하고 합리적인 기대이익의 개념에 대하여 “최근의 중재판례와 국제관습법상의 선의(good faith) 원칙에 의하여, NAFTA 문맥에서의 분명하고 합법적인 기대이익은 다음의 상황에 해당한다. 즉, 한 계약 당사국의 행위로 합리적이고 정당한 기대이익이 생겨나고, 투자자가 그 행위를 신뢰하고 투자를 하였는데, 현지국이 그러한 기대에 대하여 부응하지 않았으므로 투자자 또는 투자자의 손실 또는 피해를 초래할 수 있는 것이다.”라고 주장하였고,<sup>212)</sup> 이러한 정의에 근거하여 중재판정부는 “청구인이 허가 신청 당시에는 도박용 게임기계를 언급하지 않았고, 사실은 돈을 걸고 하는 게임이며, 게임의 승자에게 지급되는 티켓은 현금으로 환전가능한 점 등 멕시코 국내법에 금지된 것이기 때문에 청구인

207) Marvin Roy Feldman Karpas (CEMSA) v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award on Merits*, 2002.12.16. para.112.

208) *Ibid*, para.113.

209) *Ibid*, para.149.

210) International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL, *Arbitral Award*, 2006.1.26.

211) *Ibid*, paras.41-84.

212) *Ibid*, para.147.

이 투자에 대해 합법적 기대에 의거하여 게임장을 운영한 것으로 볼 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>213)</sup>

여섯째, *Azurix v. Argentine* 사건<sup>214)</sup>은 분명하고 합리적인 기대이익에 대해 상세히 검토한 사건이다. 이 사건에서 아르헨티나의 상수도 서비스 민영화를 위한 법에 의해 투자자에게 그 서비스의 운영면허를 부여할 수 있다고 규정하였다. 청구인은 1999년 물 서비스의 경매에 응찰하여 지방정부와 체결한 면허합의에 의해 30년의 사업운영의 면허(concession)를 받았다. 2000년 청구인 회사가 공급하는 물에 조류(algae)가 발견되었고, 지방보건당국은 청구인의 회사관리를 지적하며 주민에게 물을 끓여먹을 것 등을 경고하였다. 이에 대해 청구인은 “지방당국이 조류제거에 필요한 설비와 시스템 설치에 실패하였고, 정부의 부작위로 인하여 회사가 주민들로부터 이용료를 받을 수 없게 되었다.”라고 주장하고 중재청구를 제기하였다.<sup>215)</sup>

중재판정부는 “... 국가가 종전의 보증(assurances)을 거절하거나 그 보증에 합치하는 자기의 의무를 거부하는 것은 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익의 전부 또는 중요한 부분을 박탈하는 것에 해당한다. 이는 투자자의 합법적 기대를 좌절시킨다.”라고 주장하였으며,<sup>216)</sup> 아르헨티나 정부가 제시한 합법적 기대이익이 이루어지지 않았다고 판정하였다. 중재판정부는 “기대이익은 계약뿐만 아니라 명시적·묵시적 보증 또는 투자자의 투자결정에 필요한 국가의 표시(representations)에 의거한다.”라고 주장하였으나,<sup>217)</sup> “투자자가 투자를 지속적으로 지배하고 있으므로 간접수용이 존재하지 않았다.”라고 판정하였다.<sup>218)</sup>

### 3. 정부조치의 성격

213) *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL, *Arbitral Award*, 2006.1.26, paras.202-208.

214) *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, *Award*, 2006.7.14.

215) *Ibid*, paras.38-43.

216) *Ibid*, para.316.

217) *Ibid*, para.318.

218) *Ibid*, para.222.

정부조치의 성격(character of the government action)은 간접수용의 판정과 관련된 하나의 요건으로서 조치의 목적(objective)과 맥락(context)을 의미한다. 정부조치의 성격을 판정하는 것은 그 조치가 사회적 목적 또는 일반적 복지(general welfare)를 증진시키는지 여부를 요소로 심사하여,<sup>219)</sup> 일반적으로 공공복지의 증진을 위한 무차별적 정부조치는 수용을 구성하지 아니할 것이다.<sup>220)</sup> 특히 유럽인권재판소(이하 'ECHR'라고 함)<sup>221)</sup>의 판례에 근거하여 국가가 일정한 제한을 부과함으로써 개인의 활동에 영향을 미칠 수 있다는 것이 인정되고 있다. 이러한 제한은 통제의 계획(planning controls), 환경명령, 조세규제, 수출입법규, 특정적 경제규제, 그리고, 재산수용으로 인한 법적 소송 또는 상속법 등의 형식을 포함한다. ECHR는 수용여부를 판결함에 있어, 관련된 조치가 반드시 비례원칙에 합치하여야 된다고 판시하고 있다. 즉, 문제된 조치의 간여가 있어, 공동체(community)의 보편적 이익과 박탈행위의 피해자가 주장하는 개인이익 사이에 합리적 형평성에 부합하는지 여부를 심사하여야 한다. 아울러 재판소는 사실에 근거하여 사안별로 심사하는 방식도 지속적으로 채택하고 있다.<sup>222)</sup>

### 1) 조치의 의도

조치의 의도(intent)는 현지국이 외국인투자를 수용하고자 하는 의도가 있는지 여부를 말한다. 이는 현지국이 외국인투자에 대한 수용을 목적으로 고의적으로 조치를 취하는 것인지, 아니면, 공공정책을 수행하기 위하여 정상적으로 취하는 것인지에 대하여 판정하는 것이다. 간접수용을 판정함에 있어 조치의 의도는 하

219) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.64.

220) 법무부, 각주 69, p.122.

221) ECHR는 프랑스 Stasbourg에 소재하며, 이는 1950년 11월 4일 열린 유럽회의에서 ECPHRFF에 의하여 설립되었는데, 이 협약은 1950년 11월 4일 로마에서 서명되었고, 1953년 9월 3일자로 발효하였다. 이것은 1948년 유엔의 「국제인권규약」(International Covenants on Civil and Political Rights)에 따른 권리를 강화하기 위한 것이었다. 원래의 체계에 의하면 협약당사국과 유럽인권위원회만이 비상근재판관(part-time judges)으로 구성되는 ECHR에 소를 제기할 수 있었고, 사람, 비정부기구 혹은 개인의 집단은 단지 유럽인권위원회에 청원(petition)을 제기할 수 있는데 지나지 않았다. 이것을 개선하기 위해 1990년 11월 6일 로마에서 제9의정서(protocol No.9)가 채택되어 제9의정서에 의하여 위 사적 주체들도 유럽인권위원회에 청원을 제기한 뒤 ECHR에 제소할 수 있게 되었다.(김정진, 「국제법」, 박영사, 2004, p.93.)

222) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.65.

나의 결정요소에 해당하는지 여부에 따라 긍정적·부정적 견해가 대립되고 있다.

긍정적 견해에 따르면 간접수용에 대한 판정에 있어, 국가가 수용의 의도를 가지면서 보통 그 의도를 명시하지 않는 경우도 있다는 점을 부인할 수 없으나, 사실상 국가가 수용의 의도를 전혀 가지지 않은 경우도 있다. 즉, 정부조치가 투자에 불리한 영향을 미치나, 국가가 간접적으로 투자를 수용하려는 의도가 존재하지 않는 경우도 있다. 또한 정부조치의 의도가 어떤 정도 중재판정부에게 유용한 한계(useful demarcation)를 제공하게 된다. 즉, 중재판정부는 조치의 의도에 근거하여 수용의 발생여부를 확실히 판정할 수 있을 뿐만 아니라, 비교적 객관적 증거에 의거하여 정부행위로 인한 투자자산 가치 감소의 시점을 확인할 수 있다.<sup>223)</sup>

부정적 견해에 따르면 국가의 의도는 주관적인 것이기 때문에 간접수용의 판정과정에서 결정적인 요소가 아니다.<sup>224)</sup> 이에 대하여서는 국제중재 사례 판정에도 의견차이가 나타나고 있다.

첫째, Chorzów Factory 사건<sup>225)</sup>은 간접수용을 구성하는지 여부의 판정에서 조치의 의도가 필요한지 여부를 논한 사건이다. 이 사건에서 폴란드가 Oberschlesische Stickstoffwerke 공장에 대한 국유화 조치가 간접수용에 해당하는지의 문제가 쟁점이었다. 피신청국인 폴란드는 조치가 수용을 의도한 행위가 아니므로 이에 관한 책임이 발생하지 않는다고 주장하였으나, PCIJ는 이를 받아들이지 않았다.

PCIJ 재판부는 “폴란드가 공장을 국유화함으로써 공장 이용에 대한 청구인의 권리, 그리고 공장 경영 및 그 특허, 면허, 실험 등 계약에 정해진 보상에 대한 청구인의 권리가 직접적으로 침해(prejudice)되었음이 분명하다.”라고 판결하였다.<sup>226)</sup> PCIJ는 침해의 개념을 토대로 간접수용을 인정하였다. 이는 국가의 행위, 조치의 성격 또는 의도에는 법적 의미를 두지 않는 입장으로 보인다.

---

223) W. Michael. Reisman & Robert D. Sloane, “Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation”, *British Year Book of International Law*(Vol. 74), 2004, pp.130-131.

224) Bjørn Kunoy, *supra* note 78, p.469.

225) Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, PCIJ, 1926.5.25: *Judgment No.7*, PCIJ, Ser. A., No.7, 1926, ([http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25\\_silesia/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia/))(2009.12.9. 최종 방문일);

226) *Ibid*, p.44.(cited by 류희진, 전제논문, p.58.)

둘째, 이란-미국 청구재판소의 중재사례 중에 Sea-Land v. Iran 사건<sup>227)</sup>은 정부행위의 목적과 의도를 언급한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 국제 해양 컨테이너 운송에 종사하는 미국회사이다. 청구인은 이란 항구 시설을 관리하는 이란 정부의 항구선박기구의 부작위로 인하여 자기의 Bandar Abbas 항구의 컨테이너 시설의 사용권이 박탈되어 손실을 입었다고 주장하였다.

중재판정부는 이란정부의 부작위는 청구인의 피해를 초래하는 사실을 인정하나, 그러한 행위는 수용조치를 구성하지 아니한다고 하며, 청구인의 보상청구를 기각하였다. 중재판정부는 “간접수용의 성립여부를 판정함에 있어, 정부행위의 효과를 고려할 뿐만 아니라, 국가가 그러한 수용효과의 행위를 행하는 목적 또는 의도가 증명되어야 한다. 수용은 적어도 청구인에 대한 정부의 고의적인 간여 (deliberate governmental interference) 행위가 요구된다. 그러나 청구인에 대하여 의도적인 행위가 없었다. 청구인이 주장한 항구선박기구의 관리저하로 인한 Bandar Abbas 항구의 기능혼란이 피청구인의 과실 또는 부작위를 증명할 수 있으나, 이를 이유로 수용에 해당한다고 할 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>228)</sup>

셋째, Agrotexim v. Greece 사건<sup>229)</sup>은 정부조치의 의도가 간접수용을 구성한다고 판정한 사건이다. 이 사건에서 아테네 Karolos Fix Brewery S.A. 회사의 주주인 청구인은 아테네 시정부 당국이 도시계획을 진행하기 위하여 1981년 청구인 회사의 공장주변의 일부 지역의 도로표지에 ‘수용지역’(area to be expropriated)이라는 문구를 적어놓았으므로, 자기가 재정의 어려움을 해결하기 위해 당해 지역에 있는 공장과 재산을 양도할 수 없게 되었다고 주장하였다.

ECHR는 그 도로표지가 약 10년 장기의 기간에 설치되고, 아테네 시정부 당국이 법원의 명령을 이행하지 않고 도로표지를 제거하지 않은 사실을 파악하였고, 사실상 도로표지가 설치되지 않는 대신에 아테네 시정부 당국이 법원을 통하여 문제된 재산의 양도와 도시계획법령에 합치하지 않은 행위를 규제할 수 있으므로 도시계획에 필요한 토지와 재산을 수용하는 목적을 실현할 수 있다고 주장하였다. 그래서 동 재판소는 정부가 ‘수용지역’의 도로표지를 설치하는 행위가 청구

227) Sea-Land Services, Inc v. Iran, Award No. 135-33-1, 1984.6.22, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.6), 1984.

228) *Ibid.*, p.166.

229) Agrotexim Hellas S.A. and Others v. Greece, *Judgment(Merits)*, Application No.14807/89, 1995.10.24.

인의 재산에 대한 간접수용을 구성한다고 판결하였다.<sup>230)</sup>

넷째, *Olguín v. Paraguay* 사건<sup>231)</sup>은 정부조치의 의도를 하나의 요소로 판정한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 페루에서 은행을 소유하던 페루투자자였는데 고이윤을 위하여 파라과이의 금융회사에 자금을 보냈다. 파라과이 금융당국의 조치로 인하여 그 금융회사가 파산에 이르렀으며, 청구인은 그 금융회사로부터 이익을 받을 수 없게 되었다. 청구인은 파라과이 정부의 관리상의 태만(omissions)으로 그 금융회사의 파산을 초래하고, 차별적 조치가 수용조항을 위반하였다는 것을 이유로 중재청구를 제기하였다.<sup>232)</sup>

중재판정부는 은행업을 감독하는 정부기구가 자기의 의무를 해태하였다고 할지라도 그러한 부작위에 기해서 수용에 해당한다고 할 수 없다.”라고 주장하였으며,<sup>233)</sup> “수용의 성립은 국가가 반드시 투자자의 재산에 대한 박탈효과를 발생시키는 행위가 있어야 한다. 이렇게 함으로써 누구나 그러한 행위를 행함으로써 전부의 수용재산 또는 그 과실을 직접 또는 간접적으로 취득하거나 지배하는 것이 가능하다. 따라서 수용의 발생여부는 ‘목적적 지배행위’(teleologically driven action)가 필요하다. 부작위는 수용의 발생을 충분히 증명할 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>234)</sup> 이에 따르면 목적적 지배행위는 정부의 조치가 반드시 고의적인 것이라는 뜻을 함축한다. 즉 정부조치는 반드시 투자자의 재산 또는 재산권의 수용을 목표로 지향하여 실행되는 것이어야 되며, 기타 원인이 투자자의 손실을 초래하는 경우를 배제하게 된다.<sup>235)</sup>

다섯째, *Siemens v. Argentina* 사건<sup>236)</sup>은 아르헨티나 정부조치의 의도가 투자자와의 계약변경으로 판정된 사건이다. 이 사건에서 독일회사 Siemens는 1998년 아르헨티나 정부와 주민신분증명카드 및 출입국통제시스템에 관한 제작계약을 체결하였다. 2000년 아르헨티나 의회는 재정적자를 해결하기 위하여 대통령이 공공부문에 관한 계약을 재협상하도록 하는 것을 위임하는 내용 등이 포함된 「경

230) 徐崇利, “利益平衡與對外資間接征收的認定及補償”, 『環球法律評論』(No.6), 2008, p.34.

231) *Olguín v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, *Final Award*, 2001.7.26.

232) *Ibid*, paras.45-59, 64.

233) *Ibid*, para.70.

234) *Ibid*, para.84.

235) Simon Baughen, *op. cit.*, p.211.

236) *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, *Award*, 2007.2.6.

「제금융비상법」(the economic-financial emergency law)을 제정하였다. 2001년 신임 내무장관(the minister of the interior)은 위 비상법에 따라 새로운 계약조건을 제출한 바, Siemens는 그 조건을 수락하지 않았다. 따라서 내무부장관은 협상이 불가능하고 비상법에 따른 669/01호 명령으로 기존 계약을 취소하였다. Siemens는 아르헨티나 정부의 행위가 수용에 해당한다고 하며 중재청구를 제기하였다.<sup>237)</sup>

중재판정부는 “아르헨티나의 일련의 조치는 계약에 근거하여 계약을 취소하는 것이 아니라, 국가의 공공권력을 통하여 시행하는 것이므로 강제적인 성격을 갖는다. 또한 이러한 조치들의 목적은 계약을 취소하기 위한 것이다. 한편 계약취소는 금융위기 극복을 위한 것이기보다는 신 정권은 종전 정권 임기 중에 체결된 이 계약의 조건을 변경함으로써 공개경쟁의 방식을 도입하고자 하는 의도를 가지고 있다. 공공목적을 위한 수용의 적법요건을 결여하기 때문에 아르헨티나의 정부조치가 수용에 해당한다.”라고 판정하였다.<sup>238)</sup>

## 2) 규제적 조치의 예외

규제적 조치의 예외는 현지국이 공공 보건, 안전, 환경 등과 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 현지국이 무차별적인 규제적 조치를 채택하는 것을 간접수용으로 볼 수 없다고 하는 것이다. 이러한 정부조치의 성격은 일반적으로 국제법상 보편적 인정을 받고 있는 국가의 규제권을 행사하기 위하여 취하는 조치를 말한다. 한편 2004년 미국 BIT 모델에 의하면 이러한 규제적 조치를 간접수용의 범위에서 배제하더라도 정부조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우에는 간접수용을 구성할 수도 있다. 즉, 공공복리 목적을 위하여 무차별적으로 채택되어진 현지국의 규제적 조치가 그 목적과 효과간의 비례성이 극단적으로 위배되는 사실을 입증하게 되면 그 조치가 간접수용을 구성한다고 주장할 수 있는 여지가 투자자에게 남겨주고 있다.

237) Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, *Award*, 2007.2.6, paras.96-97.

238) *Ibid*, paras.271-273.

첫째, Too v. Greater Modesto Insurance Associates 사건<sup>239)</sup>은 규제권을 이유로 청구인의 탈취주장을 거부하는 이란-미국 청구재판소의 판례 중에 유일한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 자기의 주류 판매 면허증을 박탈한 미국국내세무서(United States internal revenue service)의 행위가 수용을 구성한다고 중재청구를 제기하였다.

중재판정부는 “주류 면허증에 관하여 피청구인은 청구인의 미불의 원천과세(withholding tax)를 징수하기 위하여 청구인의 면허증을 박탈한 사실을 인정하였다. 그럼에도 불구하고, 국가의 행위가 진실한(bona fide) 일반조세의 부과 또는 보편적으로 인정된 규제권의 범위에 포함된다. 또한 그 행위는 무차별적으로 수행되거나 투자자가 자기의 재산을 포기시키고 매우 낮은 가격으로 국가에게 판매시키는 의도가 없으면, 그 행위로 인하여 투자자의 재산의 손실 또는 불리한 경제적 영향에 대하여 국가는 책임을 부담하지 아니한다. ... 청구인은 자기가 이란 국민 때문에 이 조세부과를 당하게 되었다고 주장하였으나, 청구인은 피청구인이 청구인에게 재산을 포기시키고 매우 낮은 가격으로 국가에게 매도시키는 의도를 입증하지 않았다.”라고 판정하였다.<sup>240)</sup>

둘째, Saluka v. Czech 사건<sup>241)</sup>은 정부조치가 국가의 합리적 규제권 범위에서 포함된 것으로 판정되어 청구인의 수용주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 Saluka는 체코은행인 IPB의 지분을 인수하여 IPB 최대의 외국인주주가 되었다. 체코의 「은행법」(banking act)에 의하여 IPB은행을 포함한 은행들이 최소한 ‘유동성 쿠션’(liquidity cushion)의 지불능력을 보존하여야 한다고 규정하였다. 2000년 체코은행규제기관은 IPB이 그러한 지불능력을 지속 보유하지 않은 것을 발견하고 은행법에 의하여 IPB에 대하여 강제청산절차를 집행하였다.<sup>242)</sup>

중재판정부는 “현재까지 확립된 국제법에 의하여 국가는 평상의 규제권을 행

---

239) Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates, Award No. 460-880-2, 1989.12.29, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.23), 1989.

240) *Ibid*, p.378.(cited by George H. Aldrich, "What Constitutes a Compensable Taking of Property? the Decisions of the Iran- United States Claims Tribunal Journal", *The American Journal of International Law*(Vol.88), 1994, p.585.)

241) Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, *Partial Award*, 2006.3.17.

242) *Ibid*, paras.270, 391.

사함에 있어, 무차별적인 방식으로 일반적 복리를 도모하기 위하여 진실한 규제 조치를 취하는 경우에 외국인투자자에 대한 보상의무가 없다.<sup>243)</sup> 즉, 국가가 현재 국제법상 일반적으로(commonly) 인정된 국가 규제권의 범위에 포함되어 있는 일반적 규제조치를 취하는 경우에, 국가의 행위가 수용을 구성하지 아니하며, 이로 인한 손실 또는 피해를 당한 외국인투자자에 대하여 보상할 의무가 없다.<sup>244)</sup> 조사결과에 근거하여 체코정부의 조치가 체코법에 의하여 행정적 관리권을 행사하는 것으로서 정당적기기 때문에<sup>245)</sup> 투자자의 투자에 불리한 영향을 미친 것이 사실이지만, 그 조치는 유효하고 국가의 규제권의 범위에 속하여 허용되는 것이다.<sup>246)</sup>”라고 판정하였다.

셋째, ADC Affiliate Limited v. Hungary 사건<sup>247)</sup>은 헝가리의 정부조치가 규제적 조치로부터 배제된 사건이다. 이 사건에서 청구인은 1994년 헝가리에서 Budapest-Ferihegy 국제공항 두 개의 터미널의 건설과 운영에 입찰하였고, 이와 관련한 건설 회사를 설립하였다. 1998년 말 청구인은 터미널을 건설하였고 이를 2001년까지 운영하였다. 청구인은 헝가리 정부가 모든 항공부문을 포함한 ‘국가 항공전략’(national aviation strategy)을 추진하기 위하여 일련의 개혁과 조치를 통하여 2002년 1월 1일부터 청구인의 터미널 운영권 및 관련한 미래의 상업기회를 박탈하여, 정부조치가 수용에 해당한다고 주장하여 중재청구를 제기하였다.<sup>248)</sup> 헝가리는 정부의 조치가 합법적이고 국가의 규제적 권리를 수행한 것이므로 청구인의 투자를 박탈하지 않았다고 주장하였다.<sup>249)</sup>

중재판정부는 그 조치의 수행이 국가의 규제적 권리에 해당한다는 헝가리정부의 주장을 거부하고, “기본적 국제법원칙에 의하여 주권국가가 자국의 사무를 규제하는 고유적 권리(inherent right)를 보유한다. 이러한 권리의 행사는 무제한적인 것이 아니고 그 한계가 있어야 한다. 청구인이 주장한 법적 규칙과 같이, 조

243) Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, *Partial Award*, 2006.3.17. para.255.

244) *Ibid*, para.262.

245) *Ibid*, para.271.

246) *Ibid*, para.272.

247) ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, *Award*, 2006.10.2.

248) *Ibid*, paras.214-222.

249) *Ibid*, paras.223-240.

약의 의무가 그 한계에 포함되고 있다. 그래서 본 사건에서도 체약국간에 체결되는 BIT에 의하여 국가가 투자보호의 의무를 이행하되, 다만 규제적 권리를 이유로 이러한 의무를 무시하는 것보다 오히려 존중하여야 한다.”라고 주장하였으며,<sup>250)</sup> 중재판정부는 헝가리정부가 이른바 국가의 규제적 영역과 관련하여 투자의 위험(risk)이 당연히 있다는 주장을 받아들이지 않고, 이를 해석하기 위하여서는 “한편으로 투자자가 현지국의 국내법규에 따라 사업을 운영하며, 다른 한편으로 투자자가 현지국의 모든 결정을 받아들이는 것을 사전에 준비하여야 한다. 본 사건에서 청구인은 수용조치의 가능성을 파악하고, 그 위험에 수반하는 합리적 기대이익을 가지고 있으며, 공정한 대우·보상을 받을 수 있다는 믿음이 있다. 그러므로 헝가리의 국가의 규제적 영역 내에 투자 위험이 있다는 주장을 거부하였다.”라고 판정하였다.<sup>251)</sup>

넷째, Pinnacle Meat Processors Co. v. United Kingdom 사건<sup>252)</sup>은 공공건강을 이유로 청구인의 수용 주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 청구인의 회사는 뼈를 제거한 소머리의 고기를 가공하고 판매하고 있었다. 1996년 ‘광우병 자문위원회’(BSE advisory committee)의 보고서에 의하여 어떠한 기계를 사용함에도 불구하고 소머리의 고기의 식용이 불안정하다고 경고하였다. 따라서 영국은 인간과 동물의 식용을 위한 소머리 고기의 생산, 가공과 판매를 금지하는 법을 통과함에 따라 청구인의 사업이 불법한 것으로 되고, 가공설비를 사용할 수 없게 되었다. 청구인은 자기의 재산의 향유가 박탈된다는 이유로 청구를 제기하였다.<sup>253)</sup>

ECHR는 청구인의 손실이 있었으나, 정부행위가 공식적 수용이나 사실상의 수용으로 볼 수 없다. 정부조치가 청구인의 재산을 전부 박탈하는 것인지, 아니면 청구인의 설비의 사용을 금지하는 것인지에 대하여는 본 사건의 중심문제가 아니라고 주장하였다. 오히려 공익과 사익간의 공정한 형평을 평가함에 있어, 위원회는 가능한 치명적인 질병의 위해가 있으면 정부가 인간을 보호하는 것이 제일 중요한(the first importance) 것이라고 하였으며, 청구인의 지나친 부담

250) ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, *Award*, 2006.10.2, para.423.

251) *Ibid*, paras.424-425.

252) Pinnacle Meat Processors Co. v. United Kingdom, *Decision*, Application No.33298/96, 1998.10.21.

253) *Ibid*, pp.2-3.

(excessive burden)이 있다는 주장을 거부하였다.<sup>254)</sup>

#### 4. 간접수용의 판정요건에 대한 검토

앞에서 고찰한 바와 같이 기존의 국제중재 판례를 통하여 중재판정부가 특정 사건의 사실관계에 따라 간접수용을 판정함에 있어 몇 가지 판정요건을 제시해 왔다. 즉, 정부조치의 간여정도, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해정도, 그리고 정부조치의 성격을 들 수 있다.

기존의 중재판례가 그 이후의 중재판정에 구속력이 없는 것은 중재의 하나의 특징이다. 이에 따라 관련 조약상 명문적인 규정이 있는 경우를 제외하고, 모든 중재사례에서 이러한 요건들을 모두 심사하여야 하는 것이 아니고 각각 중재판정부의 자유재량에 따라 판정되는 것이다. 그래서 이러한 판정요건들은 아직 관습법으로 간주될 수 없으며, 일반적 원칙이 아니다. 그러나 중재판정부는 자주 기존의 유사한 중재판정을 참조하고, 심지어 기존 판례에서의 판정부의 해석과 판정을 인용하고 있는 점에서 이러한 판정요건들은 국제투자법상 간접수용의 판정에 대하여 시사하는 의의를 가지고 있다고 할 것이다.

### 제3절 간접수용의 판정기준

#### 1. 간접수용의 판정기준의 유형

국제투자법상의 간접수용과 관련하여 그 판정기준에 대하여 이론적 통설이 없다. 즉, 간접수용의 판정에 있어 사안별로 사실관계에 따라 어떤 요건들을 심사하여야 할 것인지, 그 판정요건들 간에 어떠한 상호관계가 있으며, 그 적용순위

254) Pinnacle Meat Processors Co. v. United Kingdom, *Decision*, Application No.33298/96, 1998.10.21, p.10.

는 어떤 기준에 따라야 할 것인지를 문제이다.

이와 관련하여 국제투자분쟁의 중재판례를 통하여 현지국 정부행위의 ‘효과’(effect)와 ‘목적’(purpose)에 근거하여 간접수용의 판정기준에 관한 이론과 접근방법이 도출되고 있다. 정부행위의 효과란 현지국의 정부조치가 외국인투자자의 투자에 미치는 영향의 정도를 말한다. 즉, 정부조치로 인한 투자자의 손실이 수용과 동등한 효과에 상당하는지 여부이다. 정부행위의 목적이란 현지국의 조치의 성격과 목적을 말한다. 즉, 정부조치가 공공관리에 필요한 규제적 목적을 위하여 수행되는 것인가, 아니면 투자자의 투자의 수용을 목적으로 또는 고의적으로 수행되는 것인가에 따른 것이다. 정부행위의 효과는 객관적인 것이며, 정부행위의 효과는 주관적인 것이라는 특징을 가진다.

정부행위의 효과와 목적을 바탕으로 정부행위의 효과와 목적 중에 어느 것을 적용하는지에 따라 이른바 ‘효과기준’(sole effect test), ‘목적기준’(purpose test) 그리고 ‘효과·목적기준’(effect and purpose doctrine) 세 가지의 이론과 접근방법이 제기되고 있다.<sup>255)</sup> 효과기준이론은 여타의 요건이 있음에도 불구하고, 정부행위의 효과를 유일한 판정요건으로 보고 간접수용의 존재여부를 판정하는 접근방법이다. 목적기준이론은 정부행위의 효과에 근거하여 판정하는 동시에, 정부행위의 목적이 국가 적법한 규제권의 범위에 포함되면 그 행위가 수용을 구성하지 않으며 보상을 할 필요가 없다는 접근방법이다. 효과·목적 기준이론은 정부행위의 효과를 중요한 요건으로 심사할 뿐만 아니라, 아울러 정부행위의 목적을 판정요건으로 심사하여야 하며, 양자간의 형평을 추구하는 접근방법이다.

따라서 효과기준이론은 정부행위의 효과를 유일적·절대적 판정기준으로 간주하는 것이며, 목적기준이론은 국가의 규제적 조치를 효과기준에 대한 제한적 예외로 간접수용을 판정하는 것이다. 효과·목적 기준이론은 정부행위의 효과와 목적을 간접수용 판정에 대하여 모두 중요한 판정요건으로 간주하여 정부행위의 효과와 목적 간의 형평을 달성하도록 하는 것이다.

---

255) L.Y. Fortier & S.L. Drymer, “Indirect Expropriation in the Law of International. Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*(Vol.19. No.2), 2004, p.300.(cited by 蔡從燕, “效果標準与目的標準之爭:間接征收認定的新發展”, 『西南政法大學學報』(Vol.8. No.6), 2006, p.85.)

## 2. 간접수용의 판정기준

### 1) 효과기준이론

#### (1) 효과기준이론의 찬성견해

효과기준이론에 따르면 규제적 조치와 수용조치를 구분함에 있어, 정부의 모든 조치 또는 간여가 반드시 간접수용을 구성하는 것이 아니라고 부인할 수 없으나, 정부행위의 목적이 아니고 정부행위의 효과 특히 투자에 대한 간여정도가 가장 중요한 결정요소로 간주되어야 한다고 주장하고 있다. 그 이유에 대하여 Kunoy는 국가의 규제권은 합법적 규범에 의하여 조치를 수행하는 것이기 때문에 사적 재산권에 대하여 완전히 제한하는 것이 불가능하다고 주장하였다.<sup>256)</sup> 즉, 투자자의 재산권에 제한적 효과가 있으면 정부행위의 목적을 불문하고 그 정부조치가 간접수용을 구성한다. 정부행위의 효과는 간접수용을 판정하기 위한 유일한 기준이며, 정부행위의 목적은 효과에 기초한 판정을 혼란스럽게 만들 수 있다. Gudofsky는 간접수용의 판정에 있어, 정부행위의 목적을 기준으로 채택하게 되면 현지국이 자국의 공공복리를 이유로 하여, 사실상 간접수용조치에 해당하는 행위와 관련한 의무·책임을 용이하게 회피할 수 있는 권력남용을 일으킬 수 있다고 주장하였다.<sup>257)</sup> 또한 Friedman은 정부행위의 목적에 대한 조사는 국가책임 이론상의 객관적 책임원칙(principle of objective responsibility)<sup>258)</sup>을 위반하고

256) Bjørn Kunoy, *supra note 78*, pp.470-472.

257) J.L.Gudofsky, "Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study", *Northwestern Journal of International Law & Business*(Vol.21), 2000, pp.266-269.(cited by 徐崇利, "間接征收之界分:東道國對外資管理的限度", 『福建法學』(Vol.94), 2008, p.4.)

258) 전통적으로 국제법상 국가책임을 말함에 있어서, 과실책임 원칙에 의하여 국가의 고의·과실을 문제 삼아 온 것이 사실이다. 국가가 국제법상 책임을 지기 위해서는 국가의 고의 또는 과실이 있어야 한다는 것이다. 오늘날 소위 개관적 책임 이론에 의하여 과실책임론은 일반적으로 배척되기에 이르렀으며, 이 문제에 대해서는 국제법위원회도 아예 언급조차 하지 않을 정도이다. 객관적 책임론으로 불리는 이 이론은 과실책임이론과 비교할 때 두 가지의 의미에서 대조된다. 우선 국가는 '국제법상의 의무 위반'에 의하여 책임지는 것이며, 그 과정에서 고의 또는 과실의 존재여부를 묻지 않는다는 것이다. 다음으로 국가는 오로지 자신의 행위에 대하여 책임진다는 것이다. 즉 국가는 행위의 주체 역할을 막론하고 본질적으로 국가

있다고 주장하였다.<sup>259)</sup>

## (2) 효과기준이론과 관련한 중재사례

많은 중재판정부는 정부행위의 효과에 근거하여 효과기준이론으로 간접수용의 성립여부를 판정하고 있다. 특히 간접수용을 이유로 제소된 이란-미국 청구재판소의 사례에서는 대부분의 중재판정부들은 효과기준이론을 채택하였다.<sup>260)</sup> 최근의 ICSID의 중재사례에서도 효과기준이론을 주요의 판정기준으로 채택하고 있다.<sup>261)</sup> 특히 이러한 판례에서 일부 중재판정부들이 해석·설명을 통하여 명시적으로 효과기준이론을 사용하는 입장을 나타내고 있다.

첫째, 이란-미국 청구재판소의 Tippetts 사건<sup>262)</sup>은 효과기준이론을 채택한 전형적 사건이다. 이 사건에서 청구인은 이란의 건설회사와 조합회사를 설립하였다. 1978년 이란 혁명 후에, 이란 정부가 그 조합회사에 새로운 경영자를 임명하였다. 청구인은 이란정부의 행위가 수용과 동등한 조치에 해당한다고 주장하고 중재를 제기하였다.<sup>263)</sup>

중재판정부는 “청구인은 국제법과 법적 일반원칙에 의하여 박탈된 재산의 전부가치에 보상을 요구할 수 있다. 박탈(deprivation)과 탈취(taking)의 의미가 유사하나, 중재판정부가 ‘박탈’이라는 용어를 사용하기로 하였다. 왜냐하면 탈취는 정부가 어떤 불필요한 가치를 취득하는 뜻으로 이해될 수 있기 때문이다. 국제법에 의하여 재산의 박탈 또는 탈취는 국가가 재산의 사용 또는 그의 이익의 향유

---

의 기능행사를 구성하는 행위에 대해서만 책임지며, 그 외의 행위가 문제되는 경우 국가는 그와 관련된 스스로의 의무위반에 대해서만 책임진다는 것이다.(김석현, 『국제법상 국가책임』, 삼영사, 2007, pp.293-294, 303-304.)

259) Friedman은 국가의 의도 또는 목적이 아니라, 국가의 행위가 국가책임을 일으키는 것이라고 주장하였다.(S. Friedman, *Expropriation in International law*, Stevens, 1953, p.142.(cited by Katharina A. Byrne, "Regulatory Expropriation and State Intent", *The Canadian Yearbook of International Law*(Vol.38), University of British Columbia Press, 2000, pp.90-91.)

260) Veijo Heiskanen, "The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation", *International Law Forum*(Vol.5. No.3), 2003, p.181.

261) Bjørn Kunoy, *supra note 78*, p.472.

262) Tippetts, Abnett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA. Consulting Engineers of Iran, Award No. 141-7-2, 1984.4.29, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.6), 1984.

263) *Ibid*, pp.221-225.

에 대하여 간여함으로, 심지어 투자자의 재산소유권이 영향을 받지 않은 경우에도, 이루어질 수 있다. … 언제나 소유권자의 기본적 재산권이 박탈되고, 이러한 박탈이 일시적인 아닌 사실은 증명되면 국제법에 의하여 보상의 요구가 정당화된다. 정부의 목적은 소유권자에 대한 조치의 효과보다 덜 중요하며, 조치의 통제형식 또는 간여형식은 영향의 실제적 효과보다 덜 중요하다.”라고 판정하였다.<sup>264)</sup>

둘째, 이란-미국 청구재판소의 Phelps Dodge 사건<sup>265)</sup>도 효과기준이론을 찬성한 사건이다. 이 사건의 중재판정부는 “이란 정부는 공장휴업의 방지, 채권자의 보호 그리고 노동자 수입의 확보를 위하여 조치를 취하였다는 사실이다. 그러나 이러한 이란정부의 조치는 국내법 또는 국내의 재정·경제·사회의 목적에 의하여 유효함에도 불구하고, 결과는 이란정부가 보상의무를 이행하여야 한다.”라고 판정하였다.<sup>266)</sup>

셋째, Santa Elena v. Costa Rica 사건<sup>267)</sup>은 정부행위 목적의 적용을 직접 거부한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 1970년 코스타리카에서 관광 및 거주를 용도로 Santa Elena라는 해변을 구입하였다. 1978년 코스타리카 정부는 Santa Elena를 국가공원에 포함시키고, 국내의 법령(1978 decree)에 의하여 Santa Elena를 직접적으로 수용하였다.<sup>268)</sup> 코스타리카 정부는 수용조치가 합리적인 공공목적 특히 유일한 생태지 보존의 국제적 환경의무를 이행하기 위하여 실행하는 것이라고 주장하였다.

중재판정부는 “환경을 이유로 주장하는 수용 또는 탈취는 공공목적을 위한 수용으로 볼 수 있기 때문에 이는 합법적이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 이유로 청구인의 재산이 탈취된 사실은 수용으로 인한 보상의 본질 또는 보상조치에 영향을 미치지 아니한다. 다시 말하면 환경보호의 목적은 적절한 보상이 반드시 지

---

264) Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA. Consulting Engineers of Iran, Award No. 141-7-2, 1984.4.29, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.6), 1984, pp.225-226.

265) Phelps Dodge International Corp. v The Islamic Republic of. Iran, Award No. 217-99-2, 1986.3.19, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.10), 1986,

266) *Ibid*, p.130.

267) Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, *Final Award*, 2000.2.17.

268) *Ibid*, paras.15-21.

급되어야 하는 수용의 법적 성격을 변경시킬 수 없다. 환경보호를 목적으로 국제 의무를 이행하더라도 마찬가지이다.<sup>269)</sup> 국가가 정책의 이행을 위하여 어떠한 수용조치를 취할 수 있는 것과 유사하고, 수용적 환경조치는 전체 사회에 아무리 유익하고 칭찬할 만한 것이라고 해도, 투자자의 재산을 수용을 하게 되면 국내적이나 국제적 환경목적을 불문하고, 국가의 보상의무가 여전히 존재한다.”라고 판정하였다.<sup>270)</sup>

넷째, Metalclad 사건<sup>271)</sup>은 효과기준이론을 명확히 찬성하고 정부행위의 목적을 부정한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국 Metalclad회사는 멕시코에서 폐기물 매립장을 건설하고, 지방정부는 지역특색 생물의 보호 등 환경보호를 이유로 생태법령(ecological decree)에 의하여 이 폐기장의 운영허가를 거부하였다.<sup>272)</sup> 중재판정부는 “그 생태법령 채택의 동기 또는 목적을 고려하거나 결정할 필요가 없다. 사실 생태법령은 수용 또는 NAFTA 제1110조의 위반 여부에 필수적인 판정기초가 아니다.”라고 판정하였다.<sup>273)</sup>

다섯째, Siemens v. Argentina 사건<sup>274)</sup>에서 중재판정부는 독일·아르헨티나 BIT에 의하여 수용의 판정이 정부조치의 목적이 아니라 조치의 효과에 달려있다고 주장하였다. 왜냐하면 독일·아르헨티나 BIT에서는 대부분의 BIT의 규정과 마찬가지로 간접수용을 ‘수용과 동등한 효과를 갖는 조치’로 규정하고 있기 때문이다. 따라서 중재판정부는 “조약에서 규정되는 간접수용은 수용효과를 갖는 조치를 가리키며, 국가의 목적을 언급하지 않았다.”라고 판정하였다.<sup>275)</sup>

## 2) 목적기준 이론

### (1) 목적기준 이론의 찬성견해

269) *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, *Final Award*, 2000.2.17, para.71.

270) *Ibid*, para.72.

271) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Award*, 2000.8.30.

272) *Ibid*, para.50.

273) *Ibid*, para.111.

274) *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, *Award*, 2007.2.6.

275) *Ibid*, para.270.

효과기준이론과 대비하여 목적기준이론은 현지국의 정부조치로 인한 투자손실의 효과가 수용에 상당한 정도에 해당하더라도, 그 정부조치는 국가의 규제권을 행사하기 위하여 취하는 조치에 해당하면 그 조치가 간접수용을 구성하지 아니한다. 다시 말하면 목적기준이론은 국가의 규제권의 예외를 설치하고 있는 것이다. 이와 관련하여 Brownlie와 Sornarajah는 국가의 규제적 조치를 간접수용으로 부터 배제하여야 한다는 견해를 찬성하며, Heiskanen은 간접수용의 판정과 관련한 이론은 효과이론과 규제권 이론으로 나누어, 규제권 이론에 의하여 만약 규제적 조치가 합법적 공공목적을 위한 것이고 차별적이지 아니라면, 이 조치는 국제법에 의하여 합법적이고 보상의 의무가 발생하지 아니한다고 주장하였다. 즉, 규제적 조치는 차별적인 성격을 가지고 있는 경우에만, 명백히(prima facie) 보이는 합법적 공공목적을 위한 규제적 조치는 보상을 요하는 수용으로 볼 수 있다.<sup>276)</sup> Dolzer은 간접수용의 규칙에 따른 현지국의 일반적 규제적 조치의 기능은 현지국이나 외국인투자자에 매우 중요하다. 현지국의 주권을 강조하는 점에서 투자자가 일반적 규제적 조치의 실행으로 인한 손실에 대하여 보상을 요구할 수 없다. 수용이 확인하기 위해서는 정부의 권력으로서의 그러한 조치가 일반적 복리를 규제하는 기능을 수행하는지 여부를 뚜렷하게 확실할 필요가 있다.<sup>277)</sup>

## (2) 목적기준이론과 관련한 중재사례

목적기준 이론에 따른 중재판정부는 정부행위의 효과를 무시하거나 부인하는 것이 아니라, 단지 현지국이 규제권을 행사하기 위한 정부조치를 간접수용의 범위에서 배제하는 것이다.

첫째, 이란-미국 청구재판소의 Too 사건<sup>278)</sup>은 국가의 규제권 이론을 원용하는 사건이다.<sup>279)</sup> 이 사건에서 청구인은 자기의 주류 판매 면허증을 박탈한 미국국내

276) Veijo Heiskanen, *op. cit.*, pp.176-178.

277) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op. cit.*, p.109.

278) Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company, Interlocutory Award No. IITL 55-129-3, 1985.10.28, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.9), 1985.

279) 이란-미국 청구재판소의 사례 중에 Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co. 사건은 수용의 성립이 판정되었으나, 국가의 경찰력의 예외를 인정하였다. 이 사건의 중재판정부는 “국가는 일반적으로 인정된 국가

세무서(United States internal revenue service)의 행위가 수용에 해당한다고 중재를 청구하였다. 중재판정부는 “만약에 국가의 행위가 무차별적인 것이고, 외국인에게 자기의 재산을 포기시키고 매우 낮은 가격으로 국가에게 매도시키는 의도가 아닌 것을 증명하면, 국가는 진실한(bona fide) 일반조세 또는 일반적으로 인정받은 국가의 규제권의 행위로 인한 재산의 손실 또는 기타의 경제적 불리에 대하여 책임을 부담하지 아니한다.”라고 판정하였다.<sup>280)</sup>

둘째, Methanex v. United States 사건<sup>281)</sup>은 정부의 조치가 공공목적을 위하여 실행되는 것이고, 또한 차별적 조치가 아니기 때문에 청구인의 수용주장이 기각된 사건이다. 이 사건에서 캐나다 회사인 청구인은 메탄올 판매에 종사하고 있다. 청구인은 미국 캘리포니아주에서 지사를 설립하였다. 그러나 캘리포니아주 정부는 청구인 회사의 MTBE 제품이 발암성 휘발유 첨가제에 해당하여 지하수를 오염시킬 수 있기 때문에 동 주지사의 명령과 캘리포니아주의 관련 법규에 따라 MTBE의 사용 및 판매를 금지하였다. 이에 따라 청구인은 캘리포니아주의 관련 법령이 NAFTA상 제1110조(수용), 1105조(공정·공평한 대우), 제1102조(내국민대우)를 위반한다고 주장하였다.

중재판정부는 “외국인 투자자에 대한 의도적·차별적(intentional and discriminatory) 규제가 수용을 구성하기에 중요한 요건이라는 청구인의 주장은 옳다. 그러나 일반적 국제법에 따라 공공목적을 위한 무차별적 규제는 적법적 절차에 의하여 수행되어 투자 또는 투자자와 기타의 사람에게 영향을 미칠 수 있으나, 동 규제조치는 수용을 구성하지 않으며 보상을 요하지 아니한다. 다만 투자자가 투자하고자 하는 투자(contemplating investment)에 대하여 정부와의 약속이 있는 경우에는 정부가 그러한 규제조치를 자제하여야 한다.”라고 판정하였다.<sup>282)</sup>

셋째, Lauder v. Czech 사건<sup>283)</sup>에서 미국의 TV 사업자인 Lauder는 다수의 지

---

의 경찰력의 범위 내에서 관리행위를 행사함으로써 인한 경제적 손실에 대하여 책임을 부담하지 아니한다.”라고 주장하였다.(*Ibid*, p.248; cited by George H. Aldrich, *op. cit*, p.585.)

280) Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates, Award No. 460-880-2, 1989.12.29, reprinted in *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*(Vol.23), 1989, p.378.(cited by George H. Aldrich, *op. cit*, p.585.)

281) Methanex v. United States, UNCITRAL, *Final Award*, 2005.8.3.

282) *Ibid*, Part IV, Chapter D, p.4, para.7.

283) Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, *Final Award*, 2001.9.3.

분을 소유하고 있는 독일과 네덜란드 회사인 CME와 CEDC를 통하여 Zelezny라고 하는 체코 사업자와 함께 체코 텔레비전 방송권에 투자를 했다. 텔레비전 방송권의 제공에 따른 방송 운영은 어느 정도 자립되었다고 볼 수 있는 규제기관인 체코미디어위원회의 달려 있었다. Lauder와 Zelezny가 투자한 텔레비전 방송이 성공하면서 양자간에 분쟁이 발생하였다. 체코방송위원회는 텔레비전 방송과 관련된 규제를 변경하였고, 이로 인해 투자자인 Lauder에게 불리하게 되었다. 개정된 규제는 Zelezny에게 유리한 결과를 가져왔고 Lauder는 격국 텔레비전 방송 운영에서 배제되고 말았다. 청구인은 체코의 정부행위로 인하여 투자에 관련한 중요한 권리를 상실하게 되었으므로 수용을 이유로 중재청구를 제기하였다.<sup>284)</sup>

중재판정부는 정부조치와 관련하여 “체약당사국은 인정된 국가의 규제권의 범위 내에 있는 진실한 규제의 결과인 경제적 피해에 대하여 책임을 부담하지 아니한다.”라고 판정하였다.<sup>285)</sup> 그래서 중재판정부는 “체코정부가 청구인인 Lauder의 재산권의 사용 또는 그 이익향수에 직접·간접적인 간여를 하지 않았으며, 체코 미디어위원회의 조치의 실행으로부터 현지국이 이익을 받은 사실이 없었기 때문에 청구인의 수용 주장을 기각한다.”라고 판정하였다.<sup>286)</sup>

### 3) 효과·목적기준 이론

#### (1) 효과·목적기준 이론의 찬성견해

효과기준이론과 대비하여 효과·목적기준 이론은 정부행위의 효과뿐만 아니라 정부행위의 목적을 간접수용 판정에 하나의 중요한 요소로 고려함으로써 정부행위의 효과와 목적이 각각 반영하는 투자자의 사적 이익 및 현지국의 공적 이익 간에 이익형평을 실현하도록 간접수용을 판정하여야 하는 입장이다. 이와 관련하여 Christie는 만약 정부행위의 목적이 합법적 것으로 인정되면 그 행위가 재산권에 대한 영향의 이유로 정당화될 수 있다고 주장하였으며,<sup>287)</sup> Weston은 간접

284) Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, *Final Award*, 2001.9.3, paras.43-143.

285) *Ibid*, para.198.

286) *Ibid*, paras.201-204.

수용의 성립여부가 있어, 정부당국이 그러한 행위를 행하는 최초의 목적을 고려하여야 한다고 주장하였다.<sup>288)</sup> 또한 효과·목적기준 이론에 따른 주요 이유는 효과기준이론에 의하여 외국인투자 재산권에 손실을 일으키는 모든 현지국 정부조치를 간접수용으로 포괄적으로 인정하게 될 수 있기 때문에 이는 현지국의 주권을 침해하는 결과를 초래한다. 오히려 정부행위의 효과와 목적을 함께 고려하는 효과·목적기준 이론은 투자자의 사익 및 국가의 공공이익 간의 형평성을 추구하는 것이 타당하다.<sup>289)</sup> Dolzer는 정부조치로 인하여 투자자의 재산권에 대한 실질적 영향정도 또는 효과를 간접수용의 판정과 관련한 핵심적 요소로 강조하는 동시에, 심각한 영향의 경우를 제외하고, 언제나 정부조치는 소유권자의 합리적 재산의 사용·향수(enjoyment)를 방해하지 아니하고, 다만 어떤 상황에 형평성이 있고 보상을 요하지 않은 규제적 조치가 인정될 수 있다고 주장하였다.<sup>290)</sup> 즉, 정부행위의 효과를 가장 중요한 요소로 보아야 하고, 효과기준이론과 달리 정부조치의 목적 등 측면에서 이해할 필요가 있다는 견해이다. Byrne은 정부행위의 목적은 국제적 불법조치를 평가하는 중요한 기준으로서 현지국이 자국 영역에 있는 외국인투자자와 자국의 시민에 대한 의무형평을 가능하게 할 수 있다고 하였다.<sup>291)</sup> Weiner은 효과기준이론은 공공복리목적에 규제하는 국가권력에 대하여 적절한 측정(weight)을 이루지 아니한다고 주장하였다.<sup>292)</sup>

## (2) 효과·목적기준 이론과 관련한 중재사례

국제투자분쟁 중재에서 대부분의 중재사례는 효과기준이론을 기준으로 판정하는 사실을 부인할 수 없으나, 최근 현지국의 공공이익과 투자자권익의 보호 간의 형평을 추구하는 판례가 많아지는 추세가 있다. 특히 ECHR의 판례에서는 간접수용에 대하여 정부행위의 효과뿐만 아니라 항상 정부행위의 목적을 하나의 요

287) G .C. Christie, *op. cit.*, p.307.

288) Burns H. Weston, *op. cit.*, p.103.

289) 徐崇利, “間接征收之界分:東道國對外資管理的限度”, 前揭論文, p.5.

290) Rudolf Dolzer, *supra note 50*, p.92.

291) Katharina A. Byrne, *op. cit.*, p.119.

292) 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.

건으로 활용하고 있다.

첫째, S.D. Myers v. Canada 사건<sup>293)</sup>은 효과·목적기준 이론을 채택하고 청구인의 수용주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 청구인인 미국회사 S.D. Myers(SDMI)는 폴리염화비닐(PCB) 폐기물을 캐나다로부터 미국으로 수입하여 처리하는 사업을 하는데, 캐나다 정부는 환경과 보건을 이유로 PCB 수출금지의 조치를 취함으로써 수용의 중재청구를 제기하였다.<sup>294)</sup>

중재판정부는 매립지 공장이 인간의 건강과 환경에 유해하다는 증거가 부족하며, 조치의 영향이 정부의 목적에 비례하지 않는다고 판정하였다.<sup>295)</sup> 중재판정부는 “국제법에 의하여 정부조치의 효과뿐만 아니라 목적에 대해서도 중재판정부가 조사를 하여야 하는 것이 적당하며, … 중재판정부가 NAFTA 제1110조 제1항에서의 ‘수용과 동등한 조치’의 의미에 따라 정부조치로 인한 효과가 판정요건으로 요구되지만, 중재판정부는 단지 기술적·표면적 고려를 통하여 수용 또는 수용과 동등한 행위가 성립한다는 결론을 도출하면 안 된다. 사실과 관련된 진정한 이익 및 정부조치의 목적·효과를 반드시 동시에 고려하여야 한다.”라고 판정하였다.<sup>296)</sup>

둘째, Tecmed v. Mexican 사건<sup>297)</sup>은 효과·목적 기준이론의 발전에 중요한 의의를 가지고 있는 사건이다. 이 사건에서 스페인 회사인 Tecmed는 멕시코의 국립생태연구소가 환경의 이유로 폐기물 매립시설의 운영허가권을 갱신하지 않으므로 해서 스페인·멕시코 BIT에서 규정하고 있는 수용과 동등한 조치를 취했다고 주장하였다. 청구인은 멕시코의 정부조치로 인해 투자가 계속되리라는 정당한 기대가 좌절되었으며 투자액 및 기대되었던 이윤의 회수가 침해되었다고 주장하였다.<sup>298)</sup>

중재판정부는 “정부조치가 수용에 해당하는지 여부를 판정함에 있어, 멕시코의 조치의 영향뿐만 아니라, 그 조치의 성격을 고려하여야 하는 것은 적절하다. 규제권의 범위 내에서 국가의 주권 행사는 국가 행정관할하의 사람들에게 경제적

293) S.D. Myers v. Canada, UNCITRAL, *First Partial Award*, 2000.11.13.

294) *Ibid*, paras.88-128.

295) *Ibid*, para.147.

296) *Ibid*, paras.281, 285.

297) Tecmed v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29.

298) *Ibid*, paras.41-42.

손해를 야기할 수 있다. 그러나 그 사람들에게 어떤 방식을 통하여도 배상을 요구하는 권리를 부여하지 아니한다. 이는 논쟁의 여지가 없는 원칙이다. 또 하나 논쟁의 여지가 없는 것은 규제권의 범위 내에 또는 그 국가의 국내법의 관점에서 그러한 권력의 집행이 합법적인지 여부가 국내법과 국내법원의 판결에 의하여 결정되는 것이다.”라고 판정하였다.<sup>299)</sup>

중재판정부는 조치의 영향과 성격을 검토함에 있어 비례성을 고려하였다. 중재판정부는 매립지의 환경문제에 대해서는 수용조치라고 볼 수 있는 환경규제가 아무리 칭찬할 만한 것이고 그리고 사회 전체에 이득이 된다고 하더라도, 국가가 정책을 수행하기 위해 취하는 다른 수용조치들과 다를 바가 없기 때문에, 비록 국제 또는 국내 환경을 목적으로 수용을 시행하였다 하더라도 국가는 이에 대해 보상을 하여야 할 의무가 있다고 하였다. 또한 면허갱신의 거부는 공공보건 또는 환경에 대한 심각한 위협 있다는 우려에 근거하여 이를 취소하는 것이 아니라, 자신들이 거주하고 있는 곳에 유해한 폐기물을 처리하는 공장이 들어서는 것을 원하지 않는 주민들의 정치적이고 사회적인 압력 때문에 취소한 것이므로 매립지가 공공건강과 환경에 유해하다는 증거를 찾을 수 없으며, 조치의 영향이 정부 조치의 목적에 비례하지 않는다는 결론을 내렸다.<sup>300)</sup>

셋째, *Feldman v. Mexican* 사건<sup>301)</sup>은 담배수출업자인 청구인에 대한 세금 불환급의 사건이다. 이 사건에서 청구인은 멕시코의 담배도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔다. 멕시코 정부는 1991년 담배의 생산과 소비에 대해 특별세 또는 소비세를 부과하는 법인 「IESP법」의 수출환급 관련 규정을 개정하고, 담배를 직접 생산하여 수출하는 자에게만 관세환급을 부여하고 청구인과 같은 구입·수출자(re-seller/exporter)에 대한 관세환급은 폐지되었다.<sup>302)</sup> 청구인은 “멕시코정부가 관세 환급의 약정을 위반하고, 멕시코정부 당국이 환급받은 금액의 환불을 이자 및 벌금과 함께 청구인에게 요구하였다. 또한 멕시코 당국의 「IESP법」의 적용으로 인하여 청구인이 관세환급을 받을 수 없게 되

299) *Tecmed v. Mexican*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29, paras.118-119.

300) *Ibid*, paras.146-147.

301) *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. Mexican*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award on Merits*, 2002.12.16.

302) *Ibid*, para.109.

었으며, 이 행위는 효과적으로 청구인을 담배 수출업자로부터 배제하게 되었다. 그래서 이러한 사실은 전통적·간접적·잠행적 수용의 정의에 합치하며, 멕시코의 의도는 IESP의 법적 요구를 통하여 청구인에게 담배 수출산업으로부터 배제하였다.”라고 주장하였다.<sup>303)</sup>

중재판정부는 “과거에는 심한 조세, 기본시설 또는 원재료의 진입금지, 그리고 불합리한 규제적 영역에서의 세금부과 등을 수용행위로 보았다. 아울러 정부가 반드시 환경보호, 조세조정, 보조금의 지급과 취소, 관세기준의 감소와 증가, 그리고 제한적 지역에서의 세금부과 등을 통하여 광범위한 공공이익을 위한 자유로운 조치를 실행하여야 한다. 만약에 불리한 영향을 받은 모든 기업들이 전부다 보상을 요구하게 되면 이러한 유형의 정부규제는 실현될 수 없는 것이다. 또한 국제관습법은 이러한 국가의 규제조치를 인정하는 것을 긍정하고 있다.<sup>304)</sup> 그러나 미국의 대외관계법 제3회 주석서에 의하여 수용과 보상을 요하지 않은 규제조치의 구분이 반드시 모든 사실상황(all the circumstances)을 고려하여야 한다.<sup>305)</sup> 그래서 중재판정부가 사건과 관련한 네 가지 요소를 확인하였다.<sup>306)</sup> 조치의 성격과 관련한 두 가지 요소는 조세조치의 성격이 합리적 공공목적에 해당하는 사실을 증명하였다.<sup>307)</sup> 조치의 효과와 관련한 두 가지 요소는 관세불환급이 청구인의 법적권리를 박탈하지 않으며, 투자자의 투자에 대한 지배를 제한하지 않은 사실을 증명하였다.<sup>308)</sup> 그러나 단지 하나의 요소가 결정적인 것은 아니고, 네 가지 요소를 함께 고려함으로써 수용조치나 규제적 조치에 해당하는지의 형평을 파악할 수 있다.”라고 판정하였다.<sup>309)</sup>

넷째, LG&E v. Argentina 사건<sup>310)</sup>은 가스 판매사업과 관련한 아르헨티나의 긴급조치를 대상으로 수용청구를 제기한 사건이다. 청구인은 아르헨티나 천연가스 사업을 운영하고 있었는데, 아르헨티나 정부가 금융위기를 이유로 천연가스 이용

303) Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award on Merits*, 2002.12.16, para.91.

304) *Ibid*, para.103.

305) *Ibid*, para.106.

306) *Ibid*, para.111.

307) *Ibid*, paras.112-116, 136-137.

308) *Ibid*, paras.111, 117-134.

309) *Ibid*, para.111.

310) LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability*, 2006.10.3.

료를 미국 물가지수에 연동시키기로 한 제도를 폐기하고 수수료를 아르헨티나 페소로 강제함으로 인하여 피해를 받았으며, 정부조치가 간접수용을 구성한다고 중재청구를 제기하였다.<sup>311)</sup>

중재판정부는 “정부조치가 BIT 제4조 제1항에서 규정된 수용을 구성하는지 여부를 판정하기 위하여 소유자의 권리에 대한 조치의 영향정도와 국가의 정책실행권한 간에 이익형평을 잡아야 한다.<sup>312)</sup> 국가가 정책을 채택하는 권한에 관하여서는 일반적으로 국가가 사회적·일반적 공공복리 목적을 위한 조치를 채택하는 권리를 보유하고 있다. 국가행위의 필요성이 있어, 분명히 불균형한 (disproportionate) 경우를 제외하고, 본 사건에서는 문제된 조치가 수용과 관련한 책임이 없는 성격을 가지고 있다는 것은 인정된다.”라고 판정하고,<sup>313)</sup> 간접수용의 판정에서 효과·목적기준 이론을 접근방법으로 사용하였다.

### (3) 비례원칙의 도입

비례원칙은 국가권력의 행사를 통제하는 작용을 하는 공법상의 개념으로서 특히 ECHR에서 이를 활용하고 있다. ECHR에서는 간접수용 존재여부를 판결함에 있어서 명시적으로 비례의 원칙을 적용하여 재산의 박탈·사용 및 정부의 조치 간에 합리적 형평을 유지하여야 하며, 청구인에 대해 과도한 부담을 부과하였는지 여부를 심리하여야 한다고 판정해 오고 있다.

비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip, principle of proportionality)은 국가권력의 행사를 통하여 이루고자 하는 목적과 그 목적을 이루기 위하여 선택하는 수단 사이의 합목적성을 뜻한다. 이 원칙은 적합성의 원칙,<sup>314)</sup> 필요성의 원칙,<sup>315)</sup> 협의의 비례성의 원칙<sup>316)</sup>을 포함한다.<sup>317)</sup> 비례원칙은 ECJ와 ECHR의 판례뿐만

311) LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability*, 2006.10.3, paras.65-67, 72.

312) *Ibid*, para.189.

313) *Ibid*, para.195.

314) 적합성의 원칙은 법률에 규정된 처분이 법률에서 추구하는 목적을 달성하는 데 유효한 수단, 곧 목적의 실현을 가능한 한 최대로 실현하는 수단이어야 할 것을 요구한다.

315) 필요성의 원칙은 추구하는 목적을 위하여 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 가지의 수단 중에서 기본권을 가장 적게 침해하는 수단으로 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.

아니라, 이탈리아나, 프랑스, 오스트리아, 스위스, 미국 등의 헌법재판에서도 그 적용을 찾아 볼 수 있다.<sup>318)</sup>

첫째, *Fredin v. Sweden* 사건<sup>319)</sup>은 비례원칙에 의하여 청구인의 수용주장을 기각한 사건이다. 이 사건에서 어떤 자갈 채취장을 소유하는 Fredin 부부는 1963년 11월 자갈 채취에 필요한 면허를 취득하였다. 1973년 스웨덴이 10년을 초과한 면허를 취소할 수 있다는 입법이 통과되었다. 1983년 채취장이 소재한 지방당국은 Fredin 부부의 채취면허가 1984년까지 허용하기로 하는 의사를 전달하였다. 몇 번의 협상을 거쳐 지방당국은 채취면허가 1987년까지 허용될 것으로 결정하였다. Fredin 부부는 스웨덴정부가 사실상 자기의 토지를 박탈하였으므로 ECPHRFF 제1의정서의 제1조를 위반한다는 이유로 ECHR에 제소하였다.<sup>320)</sup>

재판소는 그 토지가 스웨덴정부에 중요한 용도가 없으며, 스웨덴정부가 면허를 취소한 것이 오로지 채취장의 이용을 규제하기 위한 것이므로 사실상의 수용이 아니라고 판결하였다.<sup>321)</sup> 재판소는 정부간여의 비례성을 판결함에 있어, 간여는 공동체의 보편적 이익의 수용 및 개인의 기본적 권리보호의 요구 사이에 ‘공정한 형평’(fair balance)을 취하여야 한다고 주장하였다. 또한 채취에 대한 법의 규제에 따라 청구인은 10년의 채취면허권을 향유하고, 청구인은 토지를 다른 용도로 전환하여 계속 사용할 수 있도록 스웨덴정부로부터 3년의 ‘종결기간’(closing-down period)을 받았다. 그래서 재판소는 스웨덴정부의 조치가 토지의 사용에 제한을 부과할 뿐이며, 모든 생산적 사용을 박탈하지 않았으므로, 비례원칙에 위반하지 않는다고 판결하였다.<sup>322)</sup>

둘째, *Pine Valley v. Ireland* 사건<sup>323)</sup>은 토지사용 면허와 관련된 사건이다. 이

---

316) 협의의 비례성의 원칙은 수단과 목적이 서로 적절한 비례관계에 있을 것, 곧 법률에 의하여 제한을 받는 기본권의 주체에게 예상 밖의 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 요구한다.

317) 홍성방, 『헌법학』(개정6판), 현암사, 2009, pp.161, 351-352.

318) 우성기, “공법상의 비례원칙: 프랑스 공법을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 1994, p.19.

319) *Fredin v. Sweden*(No.1), *Judgment(Merits and Just Satisfaction)*, Application No.12033/86, 1991.2.18.

320) *Ibid*, paras.8-31.

321) *Ibid*, paras.43-45.

322) *Ibid*, paras.51-55.

323) *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland*, *Judgment(Merits)*, Application No.12742/87, 1991.11.29.

사건에서 청구인은 아일랜드 정부의 ‘허가계획개요’(outline planning permission)에 근거하여 Dublin County에 약 22 에이커의 토지를 매입하였다. 그러나 계획기관인 Dublin County 위원회는 미래의 농업발전을 위해 그 토지에 그린벨트를 유지하여야 하므로 청구인의 개발허가신청을 거부하였다.<sup>324)</sup> 아일랜드 대법원(supreme court)은 아일랜드 국내법에 의해 위원회가 그 허가를 부여하는 권한을 가지지 않으므로 위원회의 행위가 무효이나, 이후의 법(1982 Act)에 따라 위원회가 그 허가를 부여할 수 있는 권한이 인정되므로 청구인의 요구를 기각하였다.<sup>325)</sup>

ECHR는 “청구인은 아일랜드 정부가 개발허가를 거부함으로써 재산권의 박탈을 구성하므로 ECPHRFF 제1의정서 제1조를 위반한다고 주장하고 있으나, 사실상 공식적 수용과 사실상의 수용이 없다. 문제된 조치는 관련된 토지계획법에 따른 토지이용을 확보하기 위해 채택된 것이다. 또한 물론 토지의 가치가 실제로 감소되었으나, 토지는 임대와 농지 등 다른 용도로 사용될 수 있으며, 공시적 시장가격으로 매도될 수 있으므로 이익이 없는 것으로 되지 않았다.”라고 주장하였으며,<sup>326)</sup> “청구인은 ‘위험의 요소’(element of risk)가 포함된 상업상의 모험을 하고 있기 때문에, 그러한 위험의 본질을 잘 인식하고, 토지사용을 제한하는 정부조치가 청구인에 과도한(disproportionate) 부담을 부과하지 않았다.”라고 판결하였다.<sup>327)</sup>

셋째, Tecmed v. Mexico 사건<sup>328)</sup>은 조치의 영향정도와 조치의 성격에 대하여 비례의 원칙을 운용하여 판정을 한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 스페인의 기업으로서, 1996년 멕시코 Sonora주의 Hermosillo시에 위치한 유해폐기물 매립장의 운영을 위하여 경매로 멕시코 연방정부로부터 위험폐기물 처리시설의 운영권을 받았다. 청구인은 지방정부로부터 면허갱신이 가능한 조건으로 폐기물처리 1년의 운영허가를 받았다. 그 후에 시민단체의 반대로 청구인은 시정부와 시설이전 문제를 협상하고 다른 지역으로 이전하기로 합의하였다. 1998년 멕시코정부는

324) Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland, *Judgment(Merits)*, Application No.12742/87, 1991.11.29, paras.8-10.

325) *Ibid*, paras.22-27.

326) *Ibid*, para.56.

327) *Ibid*, para.59.

328) Tecmed v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29.

청구인의 사업장 내에 규정을 위반하는 폐기물을 보관하는 등 환경법을 위반하였다는 이유로 면허갱신을 거부하고 시설폐쇄를 명령하였다. 청구인은 시설폐쇄 명령시까지 처리시설을 약 2년 반 운영하였다. 청구인은 멕시코의 결정(resolution)에 의하여 폐기물 처리시설의 운영허가의 갱신이 거부되고 투자가 계속되리라는 정당한 기대가 좌절되었으며 투자액 및 기대되었던 이윤의 회수가 침해되었다고 주장하여 멕시코의 행위가 수용에 해당하며, 중재청구를 제기하였다.<sup>329)</sup>

중재판정부는 멕시코 정부가 청구인의 면허갱신을 거부한 후에 청구인의 위험 폐기물 처리를 완전히 금지함으로써 청구인의 시설의 경제적·상업적 운영을 완전히 불가능하게 만들었고, 그 매립장 부지는 이미 오염으로 인해 다른 용도로도 사용될 수 없기 때문에 청구인의 투자에 대한 경제적 영향이 스페인·멕시코 BIT 제5조 1항에서 규정된 수용에 해당할 정도에 상당하다고 판정하였다.<sup>330)</sup> 중재판정부는 “규제권의 범위 내에서 국가의 주권권력의 행사는 국가의 행정관할 하의 사람들에게 경제적 손해를 야기할 수 있다. 그러나 그 사람들에게 어떤 방식이라도 배상 또는 배상을 요구하는 권리를 부여하지 아니한다. 이는 논쟁의 여지가 없는 원칙이다.”라고 주장하였으며, “멕시코의 행위는 멕시코의 국내법의 견지(standpoint)에서 합법적 것이나, 투자조약 또는 국제법에 합치하는 것을 의미하지 않는다고 판정하였다.<sup>331)</sup>

중재판정부는 멕시코 정부조치의 영향과 성격에 대해 비례성 원칙을 위반하는지 여부를 고려하였다. 중재판정부는 “정부가 추구하는 공공이익 및 법에 의한 투자에 대한 보호 사이에, 정부의 행위 또는 조치는 비례적인지 여부를 고려하였다. 비례성을 판정함에 있어, 그러한 영향이 주요한 역할을 하고 있는 중요성을 심사하여야 한다. 또한 외국인투자자에 대해 부과하는 부담 및 수용적 조치를 통해 추구하는 목적 사이에는 합리적 비례관계가 있어야 한다.”라고 판정하였다.<sup>332)</sup> 그래서 청구인의 매립장이 보건과 환경에 유해하다는 증거가 없으며, 조치의 영향 및 정부가 추구하는 목적 사이에 비례원칙을 위반한다고 판정하였다. 또한 중

329) *Tecmed v. Mexican*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29, paras.41-42, 95.

330) *Ibid*, para.117.

331) *Ibid*, paras.118-120.

332) *Ibid*, para.122.

재판정부는 “정부조치의 목적은 정당한 것이라고 하여도, 스페인·멕시코 BIT와 국제법의 견지에서 투자자의 투자를 박탈하고 보상을 요하지 않은 근거로 볼 수 없다.”라고 판정하였다.<sup>333)</sup>

넷째, LG&E v. Argentina 사건<sup>334)</sup>은 비례원칙을 채택한 사건이다. 이 사건에서 청구인은 아르헨티나 천연가스 사업을 운용하고 있었는데, 아르헨티나 정부가 금융위기를 이유로 천연가스 이용료를 미국 물가지수에 연동시키기로 한 제도를 폐기하고 수수료를 아르헨티나 페소로 강제함으로 인하여 피해를 받았으며, 정부조치가 간접수용을 구성한다고 중재청구를 제기하였다.<sup>335)</sup>

결국 중재판정부는 “아르헨티나는 청구인의 투자에 일정한 영향을 미치는 조치를 채택하였으나, 그러한 조치는 투자자가 투자를 향수하는 권리를 박탈하지 않았으며, 경제위기 동안 투자자가 자기의 투자를 운영할 수 있었다. 그래서 아르헨티나 정부행위가 청구인의 투자에 영구적인 영향을 미치지 않았으므로 청구인의 수용주장을 기각하였다.”라고 판정하였다.<sup>336)</sup>

### 3. 간접수용의 판정기준에 대한 검토와 평가

간접수용의 판정요건과 마찬가지로 중재판례에서는 몇 가지 간접수용의 판정기준을 제시하였으나, 이러한 판정기준들은 국제투자법상 확립된 원칙으로 볼 수 없는 것이다. 현재 일부 투자조약에서는 간접수용의 판정요건들을 도입하였으나, 이러한 판정요건간의 상호관계를 명시하는 기준을 언급하지 않고 있다. 즉, 판정요건간의 상호관계와 이에 대한 판정기준이 결여되는 것이다. 따라서 어떠한 기준에 따르는지가 중재판정부의 해석과 재량에 달려 있다. 최근 간접수용의 판정과정에서 효과·목적기준 이론을 채택하는 사례가 많아지는 추세가 보이나, 그 실효성과 합리성에 대하여 향후 판례를 통하여 지속적으로 검토할 필요가 있다.

333) *Tecmed v. Mexican*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, *Award*, 2003.5.29, para.147

334) *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability*, 2006.10.3.

335) *Ibid*, paras.65-67, 72.

336) *Ibid*, paras.198-200.

## 1) 효과기준 이론의 절대성

근대 투자조약의 체결목적과 그 규정에 의거하여 중재판정부는 항상 투자자 보호의 입장에서 판정을 내려 왔다. 일반적으로 투자조약의 전문에서는 투자자의 보호와 촉진, 투자자유화 등을 주요 목적으로 서술하고 있으며, 본문에서는 투자자의 대우와 보호 등의 권리조항을 규정하는 반면에 국가이익을 지향하는 관련 조항을 규정하지 않고 있다. 수용조항의 경우에 간접수용을 '수용과 동등한 효과'라는 문구와 용어로 표현하고, 구체적이고 명확한 판정기준을 언급하지 않는다. 따라서 분쟁이 발생할 때에 중재판정부는 항상 「조약법에 관한 비엔나협약」 제31조 해석의 일반규칙을 통하여 그러한 투자협정의 전문과 조문에 근거하여 외국인투자의 권리보호와 촉진을 계약목적으로 해석한다. 이에 따라 저절로 정부행위의 효과를 판정기준으로 도출할 것이다. 한편 정부행위의 효과는 정부행위의 성격 또는 의도보다 객관적 사실에 근거하여 용이하게 확인될 수 있다. 그래서 중재사례에서 정부행위의 효과는 중요한 요소로서 간접수용을 판정하고 있는 과정에서 보편적으로 인정받고 있다.

정부행위의 효과의 중요성을 부인할 수 없으나, 효과기준 이론은 정부행위의 효과를 유일한 판정요건으로 심사하기 때문에 투자자의 이익에 대한 보호를 최대화한다고 할 수 있다. 즉, 현지국이 국제적 의무를 이행하거나, 국내적 공공복리 목적을 추구하거나, 정책목적을 실현하기 위한 목적을 불문하고, 정부의 행위가 투자자의 투자이익에 영향을 미치는 사실이 확정되면 그 조치가 간접수용을 구성하되, 현지국이 투자자에 보상의무를 부담하여야 한다. 이러한 절대적 판정기준은 단지 투자자의 이익을 강조할 뿐이고, 현지국의 공적 이익을 무시하여 현지국의 주권과 공공관리를 제한하고 있는 것이 명백하다. 계약당사국은 투자조약에서 외국인 투자의 보호와 합법적 수용의 의무를 인정하나, 그러한 정도는 개발도상국을 막론하고 선진국도 신중하게 접근하여야 한다. 이와 관련하여 전형적 예는 최근 미국이 타구과 체결한 FTA 또는 BIT 부속서에서 정부조치로 인하여 손실이 발생하였다는 사실만을 근거로 간접수용의 성립을 판정한다는 접근방법

을 방지하기 위하여, “정부행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용의 발생을 입증할 수 없다.”라고 명시하고 있다. 이렇게 함으로써 효과기준 이론의 적용여지를 차단하게 된다.

## 2) 목적기준 이론의 한계성

목적기준 이론은 국가 규제권의 예외원칙을 원용하여 이 범위에서 포함된 규제적 조치를 간접수용으로부터 배제하는 것이다. 중재사례에서 목적기준 이론을 사용하는 것이 보통 미국 판례법상의 경찰력이론에 근거하여 원용하는 것이다. 미국에서는 토지이용 규제수단을 경찰력의 행사와 수용권(the eminent domain)의 행사로 구분하고 있다. 경찰력의 행사는 공공에 대한 위해(public harm)를 중지시키거나 예방하기 위하여 토지에 대한 특정한 사용권을 제한하는 것으로서 보상을 요하지 않으나, 수용권의 행사는 공익에 사용하기 위하여 특정한 재산권을 강제로 박탈하는 것으로 반드시 보상을 요한다.<sup>337)</sup> 국제법상 간접수용과 관련된 국가의 규제권 문제는 미국의 수용에 관한 판례법으로부터 영향을 받고 있다. 재산의 가치에 영향을 미치는 규제조치에 대하여 그 보상의무가 발생하는지 여부를 판정하는 중재재정부의 판례보다는 미국 법원은 이 문제에 대해 상세하게 다루어 왔다. 그래서 미국 판례법은 국제법상 수용문제에 큰 영향을 미칠 잠재성을 가지고 있다. 왜냐하면 미국은 주요 자본수출국이자 자국법상의 재산보호체제를 국제적 차원에 반영시키고자 할 것이며, 한편 미국 국내법은 국제법의 연원 중의 하나인 법의 일반원칙으로서, 간접수용을 파악하기 위한 중요한 수단이기 때문이다.<sup>338)</sup>

그러나 미국 국내법상의 이론을 국제중재에서 사용하는 것은 투자조약상의 수용조항에 따른 기준을 대체할 뿐만 아니라, 계약당사국의 국내적 수용법규에 대한 충격을 일으킬 수 있다. 또한 미국 국내법에서 경찰력과 수용권에 대한 구분 기준은 물리적 침해(physical invasion)기준, 유해한 이용(noxious use)기준, 가치

337) 김원보, 전제논문, p.37.

338) J. Martin Wagner, *op. cit.*, pp.501-502.

감소(diminution in value)기준, 비교형량기준(balancing test) 등이 제시되고 있으나, 명확하게 확립되지 않고 있다.<sup>339)</sup> 그러므로 이러한 성숙하지 않고 지속적으로 변화하고 있는 이론을 도입하게 되면 국제투자법에 불확실한 영향을 초래할 수 있다.

### 3) 효과·목적 기준이론의 형평성

효과기준이론에 따른 절대성은 오로지 외국인투자 보호를 강조함으로써 현지국의 공공이익을 제약하고, 투자자의 사적 이익에 유리하게 편향하고 있다. 이에 대비로 목적기준 이론에 따라 현지국이 공공정책 목적을 이유로 진정한 수용목적 달성을 위하여 규제권의 남용에 대한 투자자의 우려가 유발된다. 보상의무의 측면에서 보면 효과기준 이론은 수용과 동등한 효과의 정부행위를 간접수용으로 판정하고 국가가 보상의무를 이행하여야 하는 반면에 목적기준 이론은 국가의 공공복리 이익을 실현하기 위한 규제권의 행사가 수용을 구성하지 않기 때문에 그로 인한 투자자의 손실에 대하여 국가가 보상의무를 이행할 필요가 없다. 이들은 보상을 요하는지 여부에 따른 양극단이라고 할 수 있다.

효과기준 이론 및 목적기준 이론에 비교하여 효과·목적 기준이론은 그러한 양극단이론을 조화시켜 발전된 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면 효과·목적 기준이론은 정부행위의 효과와 목적 등 두 가지 시각에서 간접수용의 존재여부를 심사하는 것을 요구하고, 이론적으로 공익과 사익간의 형평을 추구하는 법적 공정성을 반영하고 있기 때문이다. 전통적으로 정부조치가 공공이익을 위한 목적인지 여부가 현지국의 재량에 의거하여 결정되고 있으나, 오늘날 대부분의 투자조약에서 투자자와 국가간의 분쟁해결절차를 도입하고 있어서, 최종에 중재판정부는 결정자로서 정부행위의 목적을 판정할 수 있기 때문에, 현지국이 공공이익 등을 이유로 사실상 간접수용을 실행하는 행위를 제한하거나 금지할 수 있다. 또한 실무에서는 중재판정부가 정부조치의 성격 또는 목적을 고려함에 있어서 그 조치가

339) 김영조, “미국에 있어서의 규제적 수용에 관한 판례의 동향”, 『토지보상법연구』 (제2집), 한국토지보상법연구회, 2002, pp.212-213.

공공이익에 합치하는지 여부를 판정하는 것이 아니라,<sup>340)</sup> 특정한 원칙과 기준에 의거하여 정부행위의 효과를 결합하여 정부행위의 목적을 판정하는 것이다. 이는 수용의 적법요건 중의 하나인 공공이익 요건과 모순되지 않는다.

사실상 효과·목적 기준이론은 중재사례에서 원용되는 추세가 나타나고 있을 뿐만 아니라, 최근 미국이 주도한 투자조약의 조문에서 효과·목적 기준이론을 반영한 규정이 많아지고 있다. 이는 개발도상국뿐만 아니라 선진국을 포함한 계약당사국이 간접수용의 판정에 관한 문제를 대비함에 있어, 투자자보호와 현지국 간의 형평을 추구하는 효과·목적 기준의 접근방법을 인정하는 태도를 나타내는 것이다. 다만 이 이론은 오로지 간접수용의 판정기준에 대한 발전방향을 제시하는 것 뿐이며, 확정된 원칙이나 정립된 기준으로 형성되지 않아, 향후 중재사례를 통하여 지속적 발전과 검토가 필요한 것은 물론이다.

#### <표3-1> 간접수용의 판정요건

구분		함의와 내용
조치의 간여정도	경제적 영향의 심각성	— 정부조치로 인하여 투자자의 투자가 거의 모두 경제적 가치가 박탈되는가? — 정부조치가 직접수용 및 국유화와 동등한 효과를 갖는가?
	침해의 지속성	— 투자에 대한 정부조치의 간여가 어느 정도의 기간 동안 존속되는가?
조치의 성격	조치의 의도	— 특정한 투자자나 투자를 대상으로 고의적으로 조치를 취하는 것인가?
	규제적 조치 해당 여부	— 공공보건·안전·도덕 및 복지와 같은 공공목적보다 침해되는 사익을 보호할 필요가 있는가?
투자의 기대이익에 대한 침해정도		— 정부조치가 없는 상황에서 투자가 이루어졌는가? — 국가가 투자자에게 행한 승낙·허가를 위반하였는가?

(자료: 본문 제3장 제2절 내용을 요약하여 작성함)

340) 왜냐하면 공공이익에 합치하는지 여부는 수용의 적법요건으로 수용의 성립여부를 판정하는 점에서 정부조치가 공공이익에 합치하지 않는다고 판정되면 그러한 정부행위를 불법적 수용으로 직접 결정할 수 있다.

## 제4장 간접수용에 대한 보상과 배상

현지국의 행위가 수용의 적법요건을 충족하지 않은 경우에 불법적 수용을 구성하여 투자자의 손해에 대해 배상하는 국가책임을 지는 것이며, 합법적 수용의 경우에는 현지국이 보상의무를 이행하는 것이 국제법상 확립된 원칙이다. 간접수용의 경우에는 수용의 적법요건의 충족여부에 따라 불법적 간접수용과 합법적 간접수용으로 나눌 수 있어, 현지국의 행위가 불법적 간접수용에 해당하면 투자자가 원상회복과 손해배상 등 국제법적 구제방법을 이용할 수 있으며,<sup>341)</sup> 현지국의 행위가 합법적 간접수용에 해당하면 투자자가 투자조약상의 수용 및 보상 조항에 따른 규정에 의해 보상을 받을 수 있다. 그러나 국제법상 외국인자산의 수용에 대한 보상의무가 확립되었으나, 구체적인 보상의 범위에 대해서는 국제법에서 확립된 보상기준과 통일적으로 적용될 수용자산의 평가방법(method of valuation)이 없다.

미국을 비롯한 주요 자본수출국들은 전통적으로 ‘충분하고, 신속하며 효과적인’ 소위 헬 기준인 ‘충분한 보상’(full compensation) 기준을 주장해 온 반면에 자본수입국 특히 개발도상국들은 ‘적절한 보상’(appropriate compensation) 또는 ‘부분적 보상’(partial compensation) 기준을 주장해 왔다. 실무에서 중재판정부는 ‘공평한 보상’(equitable compensation), ‘공정한 보상’(fair compensation), ‘정당한 보상’(just compensation)과 ‘충분한 가치’(full value) 등의 다양한 기준을 제시한 바가 있다. 수용의 보상기준과 마찬가지로 수용자산의 평가방법에 관해서는 자본수출국과 자본수입국간에 견해가 대립되고 있어, 통일된 규칙이 없다. 수용에 대한 보상에 있어, 보상기준은 주요한 쟁점이 되고 있으며, 평가방법은 보상기준에 따른 부수적·기술적 문제로 간주될 수 있다. 즉, 보상기준을 확정하게 되면 평가방법은 중재판정부나 분쟁당사자에 의하여 선임된 전문가에 의해 해결될 수 있다.<sup>342)</sup>

341) 장효상, 전게서, pp.762-764.

342) 최승환, 전게서, pp.696-699.

## 제1절 수용의 보상기준

국제법상 수용의 요건은, 공공 목적, 비차별, 적법절차, 그리고 보상 등 네 가지가 있다. 한편, 국내법과 국제법에서 수용보상 관련 규정에 큰 차이가 있으며, ICSID협약 제42조 제1항은 적용 법규를 현지국의 국내법과 국제법으로 지정하고 있으나, 양자의 적용 순위를 마련하지 않았다. 다만 수용보상에 관한 국내법기준이 국제법 기준 보다 낮은 경우에는, 후자의 기준이 적용된다고 생각되고 있다.

### 1. 충분한 보상기준

#### 1) 충분한 보상기준의 개념

충분한 보상기준은 자본수출국의 입장을 반영한 것으로서 주로 선진국들은 자국 국민의 해외투자를 보호하기 위하여 수용을 하기 위해서는 공공목적, 적법절차, 무차별 등과 같은 요건을 마련하였다. 이와 관련하여 1938년 당시의 미국 국무장관이었던 코텔 헬은 멕시코가 미국의 석유회사를 국유화한 것에 대하여 주권국가가 공공목적을 위하여 외국인투자 자산에 대한 수용에는 ‘신속하고, 충분하며 효과적인 보상’(prompt, adequate and effective compensation)을 제공하여야 한다는 이른바 헬 기준(Hull formula)이 있었다. 여기서 ‘충분한’이란 보상금이 수용자산의 ‘공정한 시장가치’(fair market value)와 보상금지급 이전의 연체이자 합산금액과 대등하여야 하며, 특정한 경우에 공정한 시장가격에서 수용을 당한 기업의 미래예상수익이 포함된다고 의미한다. ‘신속한’이란 수용에 대한 보상에 있어 보상지급이 지연 없이 되어야 하며, 할부지급의 경우에는 연체이자 산입되어야 한다. ‘효과적인’이란 외국인투자자에 대한 보상은 ‘이익이 있는 재투자’(profitable reinvestment)를 할 수 있는 방식으로 지급되어야 하며, 통화는 송금제한이 없는 또는 피지급자 자국의 법정통화로 지급되어야 하는 것을 말한다.

## 2) 충분한 보상기준에 대한 비판적 견해

미국과 주요 자본수출국들은 전통적으로 충분한 보상을 국제적 기준으로 주장하여 왔는데, 특히 미국은 ‘신속하고, 충분하며 효과적인 보상’, 즉 충분한 보상기준이 국제상의 유효한 보상원칙이라고 일관하게 주장하고 있다. 그러나 이에 대해서는 국제적 사법재판 또는 중재판정에서는 ‘신속하고, 충분하며 효과적인 보상’ 기준 혹은 충분한 보상기준을 국제법으로 인정한다는 단언이 없었으며, 체결된 투자조약의 측면에서도 보면 모든 국가가 충분한 보상기준을 받아들이는 것이 아니라는 반대견해가 있다.<sup>343)</sup>

충분한 보상기준은 국제법으로 간주될 수 없다는 이외에, 다른 비판적 견해의 내용은 주로 다음과 같다. 첫째, 충분한 보상기준은 기득권(vested rights) 존중과 부당이득(unjust enrichment)의 원칙에 의거하여 제기되는 것이며, 이에 따르면 현지국이 고유적 권리를 행사하기 위한 합법적 외국인자산의 수용행위를 불법적 행위로 간주하게 된다. 왜냐하면 한편으로 기득권 존중 및 부당이득의 원칙이 법적 근거가 없는 행위에 적용되는 것이 일반적이며, 한편으로 국제법에서 국가의 수용 또는 국유화를 합법적인 행위로 이미 인정하였기 때문이다.<sup>344)</sup> 둘째, 충분한 보상기준은 자본수입국에게 부당한 법률의무를 부담시키며, 자본수입국이 조치를 통하여 경제적 구조를 조정하는 능력을 약화시킨다. 셋째, 충분한 보상의 의미에서 포함된 ‘공정한 시장가격’은 전통적 상업과 재산 개념의 범주에 속하며, 국가의 대규모 토지개혁 또는 전략적 국유화의 非商業的 상황에 사용되는 것이 분명히 부당하다. 넷째, ‘신속하며 효과적인’ 보상기준은 국제통화기금(이하 ‘IMF’라고 함) 기구에서 확립된 자금이전에 관한 국가의 규제권리에 합치하지 않으며, 현지국 특히 개발도상국의 외환형평에 불리한 영향을 미칠 수 있다.<sup>345)</sup>

## 3) 충분한 보상기준을 규정한 투자조약

343) Oscar Schachter, *International law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p.322.

344) 余勁松, “論國際投資法中國有化補償的根據”, 『中國社會科學』(No.2), 1986, pp.56-59.

345) 陳安 編, 前揭書, pp.84-85.

90년대 이래 국제적 정치와 경제의 발전에 따라서 개발도상국들은 채무위기와 외국인투자 유치 등을 목적으로 투자조약에서 충분한 보상기준을 받아들인 경우가 많아지고 있다.<sup>346)</sup> 특히 중·동유럽 지역에 과거의 공산주의 국가, 중·남미 지역의 칼보주의를 지지했던 국가들이 자국의 경제발전에 필요한 외국인투자를 유치하기 위해 선진국과 적극적으로 투자조약을 체결하고 있다. 이러한 투자조약의 수용조항에서 충분한 보상기준을 규정하거나 약간 변형을 통하여 투자를 보호하기 위한 장치를 마련하고 있다.

1992년 세계은행발전위원회가 「해외 직접투자의 대우에 관한 지침」(guidelines on the treatment of foreign direct investment) 제4조에서 “외국인투자자에 대한 현지국의 보상이 충분하고, 신속하며 효과적이라면 적절하다.”라고 규정한다는 것과, 1994년 ECT 제13조에서 ‘충분한 보상기준’을 채택한 것은 대표적인 예이다.<sup>347)</sup> 또한 충분한 보상기준을 명확하기 위하여 근년의 투자조약은 ‘신속하고, 충분하며 효과적인 보상’과 관련된 내용을 상세히 규정하고 있다.

2000년 「한국·코스타리카 BIT」 제5조는 “일방 계약당사자의 투자자가 행한 투자는 타방 계약당사자의 영역 내에서 공공의 목적을 위하여 신속하고 충분하며 유효적인 보상을 하는 경우를 제외하고는 국유화 또는 수용을 당하거나 다른 방법으로 이에 상응하는 효과를 가지는 기타의 조치를 당하지 아니한다. ... 그러한 보상은 수용이 일어나기 직전 또는 수용이 임박하였음이 공공연하게 알려지기 직전중 보다 이른 시기의 수용된 투자의 공정한 시장가치에 상당하여야 한다. 그 보상은 수용된 재산의 탈권일부터 지급일까지 적용 가능한 시중금리에 기초한 이자를 포함하여야 하며, 부당한 지체없이 지급되고 유효하게 이루어지며 자유롭게 송금될 수 있어야 한다. 수용 및 보상시 그 계약당사자가 자국 또는 제3국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우가 부여된다. 수용에 의하여 영향을 받은 일방계약당사자의 투자자는 이 조에 언급된 원칙에 따라 자신

346) 曾華群, “外資征收及其補償標準: 歷史的分野與現實的挑戰”, 『國際經濟法學刊』(Vol.13. No.1), 北京大學出版社, 2006, p.59.

347) 1994년 「에너지헌장조약」(Energy Charter Treaty; ECT) 제13조는 “충분하고, 신속하며 효과적이 보상에 수반하는 경우를 제외하며, 계약당사국이 투자에 대해 수용 또는 국유화를 할 수 없으며, 그러한 보상은 투자에 대한 수용이 발생되기 직전 시점의 공정한 시장가격에 상응하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

의 사안 및 투자의 가치산정에 관하여 투자가 이루어진 타방계약당사자의 사법 당국 또는 기타 독립된 당국에 의한 신속한 심사를 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

2004년 캐나다 모델 BIT 제13조 제1항은 신속하고, 충분하며 효과적인 보상기준을 규정하고, 제2항 내지 제4항은 “보상은 수용된 투자가 수용되기 직전 시점의 공정한 시장가격에 상응하여야 한다. 공정한 시장가격은 수용사실이 공공연히 미리 알려짐에 따라 발생하는 가치의 변화를 반영하지 아니한다. 가치평가 기준은 계속가치, 선고된 유형재산의 조세가치를 포함한 재산가치 그리고 여타의 기준을 포함하여 적당하게 공정한 시장가치를 결정한다. 보상은 지체없이 지급되며 완전히 실현할 수 있고 자유롭게 송금될 수 있다. 보상은 환전이 가능한 통화로 지급되며 수용 날로부터 지급될 때까지의 기간을 고려한 적절한 상업이자를 포함한다. 수용에 의하여 영향을 받은 투자자는 자신의 사안 및 보상금액에 대하여 이 조에서 규정된 원칙에 따른 신속한 검토를 위하여 수용을 행한 계약당사국의 법원이나 행정재판소 또는 행정기관을 이용할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.

## 2. 적절한 보상기준

### 1) 적절한 보상기준의 개념

적절한 보상기준 또는 부분적 보상 기준은 유엔총회에서 채택된 1962년 「천연자원에 대한 영구주권선언」과 1974년 「국가의 경제적 권리와 의무헌장」에 의하여 제시된 것이다. 이 조약들은 외국인투자자산에 대한 수용을 규정함에 있어, 현지국이 국내법에 따라 적절한 보상을 한다고 규정하고 있다.<sup>348)</sup> 이에 따라 적절한 보상기준은 국제법상 확립된 원칙으로 긍정되었다. 적절한 보상기준에 의

348) 1962년 「천연자원에 대한 영구주권선언」에서는 국내법과 국제법에 따른 적절한 보상을 규정하였는데, 1974년 「국가의 경제적 권리와 의무헌장」에서는 ‘국제법에 따른’ 문구를 삭제하고 ‘관련 국내법규와 관련된 모든 상황’을 고려한 적절한 보상을 규정하고 있다. 미국을 비롯한 선진국들은 1974년 헌장의 채택을 반대하였다.(최승환, 전게서, p.698.)

하면 외국인투자에 대한 수용에 있어 현지국은 사회·경제적 개혁의 필요와 재정의 지급능력에 근거하여 외국인투자자의 손실에 적당한 보상을 한다. 외국인투자자는 투자자산의 손실에 대해 손실보상을 요구할 수 있으나, 미래의 기대수익 또는 간접적 손실을 주장할 수 없다고 한다.

대부분의 개발도상국은 적절한 보상기준에 찬성하는 입장을 가지고 있다. 1991년 51개 개발도상국 국내법상 수용의 보상기준에 대한 조사에 의하면 24개 국가가 ‘일반적 규정’(general provision)을 두지 않으며, 14개 국가가 ‘공정·공평한’(fair and equitable), ‘공정·적정한’(fair and adequate), ‘공정한’(fair), ‘공평한’(equitable) 기준을 규정하며, 5개 국가가 시장가치 기준을 규정하며, 3개 국가가 ‘실질적 가치’(actual value) 기준을 규정하며, 5개 국가가 오로지 ‘사전 보상’(prior compensation)의 방식을 규정하고 구체적 보상기준을 규정하지 않는다.<sup>349)</sup> 상기한 보상기준은 동일한 용어로 표현되지 않고 있으나, 사용하지 않으나, 일반적으로 적절한 보상기준에 의한 부분적 보상을 의미한다.

## 2) 적절한 보상기준을 규정한 투자조약

일부 BIT에서 ‘공정한’, ‘정당한’, ‘정당하고 공평한’ 등 다양한 기준을 규정하고 있는데, 이런 기준은 명확한 정의가 없으며, 구체적인 보상범위와 평가방법이 협상이나 국가의 입장에 따라서 고정되지 않으나, 일반적으로 적절한 보상기준에 따른 부분보상으로 보고 있다.<sup>350)</sup>

1985년 「중국·쿠웨이트 BIT」 제5조 제1항은 계약당사국의 자연인 또는 법인의 투자에 대해서는 상대 계약당사국의 영토와 영해 내에서 국유화와 수용 또는 국유화와 수용의 효과에 상당한 조치를 취할 수 없다. 다만 계약당사국의 국내적 공공목적을 위하여, 공정·합리적 보상(fair and reasonable compensation)

349) Antonio R. Parra, "Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes", Ibrahim F. I. Shihata(ed.), *Legal treatment of foreign investment: the World Bank guidelines*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp.325-327.

350) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, pp.405-407.(cited by 최승환, 전게서, p.698.)

의 지급, 무차별적으로 국내법의 일반적용에 의해 수용 또는 수용조치를 취할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

1993년 「스페인·헝가리」 BIT제4조는 “... (수용)조치는 공정한 보상의 지급규정과 수반한다. 이유가 없는 경우에 지연 없이 환전 가능한 통화로 그 보상은 지급되어야 한다.”라고 규정하고 있다.

1999년 「스위스·이란 BIT」 제6조 제1항은 “일방 당사국은 상대 계약당사국의 투자자의 투자에 대해 직접 또는 간접적으로 수용 또는 국유화 조치나 투자자의 투자를 박탈하는 다른 조치를 취할 수 없다. 다만 공공이익을 위하여, 무차별적 목적으로, 적법절차에 따라 효과적·적절한 보상을 제공하는 경우를 제외한다. 보상금은 지연 없이 유권자에게 지급해 주어야 한다.”라고 규정하고 있다.

1999년 「필리핀·파키스탄」 BIT 제4조는 제1항은 정당한 보상(just compensation) 기준을 규정하고, 동조 제2항은 “그 보상은 수용사실이 공공연히 미리 알려짐에 따라 발생하는 수용된 투자의 시장가치와 상응하여야 한다. 이유가 없는 경우에 지연 없이 자유롭게 환전 가능한 통화로 보상은 지급되어야 한다.”라고 규정하고 있다.

## 제2절 수용자산의 가치평가

### 1. 수용자산의 가치평가의 의의

‘수용자산의 가치평가’(valuation of nationalised property)란 실제상 수용·국유화된 외국인투자 자산에 대하여 특정한 가치평가 방법을 통하여 그 실제적인 가치를 평가하는 것을 말한다. 현재 국제법상 수용자산의 평가방법은 수용의 보상기준과 마찬가지로 일관되고 통일된 규칙이 존재하지 않는다. 이에 대해서는 보통 자본수출국과 자본수입국 간에 견해가 대립하고 있으며, 실무에서는 중재판정부가 일관되고 통일된 평가방법을 채택하지 않고 있다.

최근 개발도상국은 투자조약을 체결함에 있어서 충분한 보상기준을 받아들이는 추세가 나타나고 있으나, 수용자산의 가치평가는 주의할 만한 문제로 부상되었다. 왜냐하면 수용자산의 평가방법이 여러 가지 있어서, 충분한 보상기준이나 적절한 보상기준을 명확히 규정하고 있음에도 불구하고, 채택된 가치평가방법에 따라 보상금액이 달라지기도 하기 때문이다. 즉, 보상기준의 확정은 이론의 측면에서 기준을 확립하는 것일 뿐이고, 보상금액을 실제적으로 결정할 수 없으며, 평가방법에 따라 동일하지 않은 보상금액을 산출할 수 있는 것이다.

수용자산의 가치평가의 중요성에 대해서는 두 가지 견해가 있다. 즉, 수용 보상기준과 수용자산의 가치평가방법을 포함한 문제는 국제투자법상 가장 중요한 과제로 볼 수 있다는 견해<sup>351)</sup>이며, 반면에 외국인자산의 수용에 대한 보상에 있어서 요구된 보상기준은 '제1의 이슈'(primary issue)이고, 수용자산의 가치평가는 순수한 기술문제로 제2의(secondary) 것이므로 수용자산의 가치평가의 중요성에 의문을 제기하는 것이다.<sup>352)</sup> 물론 확정된 보상기준에 의하여 전문가들이 수용자산의 가치를 평가하는 점에서 보면 이는 기술적 문제로 해결될 수 있으나, 평가방법을 채택함에 있어 보상기준에 따른 효과가 실현될 수 없을 경우도 있기 때문에 적극적 연구가 필요하다고 생각한다.

그 이유는 법리상 충분한 보상기준과 적절한 보상기준 간에는 구별이 분명히 존재한다. 그러나 실무에서 보상기준이 적용되는 과정 중에 중재판정부가 시장가치, 공정한 시장가치, 실질적 가치, 진실한 가치 혹은 공평한 가치에 의거하여 보상금액을 확정하고 있다.<sup>353)</sup> 이러한 시장가치는 매도자와 매수자가 모두 올바른 정보를 알려주고, 종종 위험을 고려하지 않는 상황에서 이익의 극대화를 할 수 있도록 매수자가 매도자에게 지불할 금액을 말한다. 그러나 이와 관련하여 어떠한 시장을 기준으로 이 거래를 할 것인가의 문제가 되며, 모든 매수자가 반드시 동일한 평가기준을 주장하는 것이 아니라는 점에 대하여 비판이 제기되고 있다.<sup>354)</sup> 그래서 확정된 보상기준에 대한 예상효과를 확보하기 위하여 타당한 가치

351) A. Asgarkhani, "Compromise and Cooperation at the Iran-United States Claims Tribunal", *Arbitration International*(Vol.19), 2003, p.171.

352) M. Sornarajah, *op. cit.* pp.485-486.

353) M. Ball, "Assessing Damages in Claims by Investors against States", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*(Vol.16), 2001, p.414.

354) 법무부, 각주 17, p.109.

평가방법의 채택은 중요한 것으로 보인다.

## 2. 수용자산의 가치평가 방법

### 1) 가치평가방법의 유형

수용된 투자자산의 시장가치에 대한 확정이 구체적인 사안과 사실관계에 따라서 다양한 평가방법이 채택되고 있어서, 그 결과가 달라질 수 있을 것이다. 국제법상 어느 수용자산 평가방법을 반드시 적용하여야 한다는 규정은 없으며, 계약 당사국 간의 합의에 따라 상이한 평가방법이 적용되어 왔다. 실무에서 중재판정부나 수용자산의 가치평가 방법을 고정적으로 채택하는 것이 아니라, 일반적으로 보상기준을 확정하고 전문가의 의견을 받고 평가방법을 채택한다. 여러 가지 평가방법 중에 대표적인 평가방법은 대체 장부가치 평가방법, 시장가치 평가방법, 청산가치 평가방법, 할인된 현금유통 평가방법, 비교가치 평가방법 그리고 대체가치 평가방법 등을 들 수 있다.

#### (1) 장부가치 평가방법

장부가치(book value)란 일반적으로 합법적 수용과 관련되는 경우, 혹은 기대이익손실(lucrum cessans)이 인가되지 않은 경우에, 예상 기대이익을 고려하지 않고, 인정된 회계원칙에 따라 감가상각비를 공제한 후의 비용을 나타내는 재무제표에 기재된 자산과 부채간의 차액이나 대차대조표에 표기된 유형적 수용자산의 총액을 말한다.<sup>355)</sup> 이 평가방법의 장점은 회계원칙과 재무제표를 근거로 산출되는 수용자산의 가치가 비교적 객관적이다. 단점은 투자자산이 오래되거나 중요한 기술혁신이 이루어진 경우에 장부가치가 실제적 투자가치를 반영하기가 어렵다. 유엔 다국적기업위원회(이하 'CIME'라고 함)의 조사에 의하면 1970년대에 실시된 174건의 국유화 사건에서 관련기업들이 시장가격, 사업운영가격, 대체가격

355) 최승환, 전게서, pp.699-700.

등을 평가방식으로 주장하였음에도 불구하고 대부분의 사건에서는 장부가격 평가방법을 채택하게 되었다고 하였다.<sup>356)</sup>

## (2) 대체가치 평가방법

장부가치 평가방법이 실제적 투자가치를 반영할 수 없는 경우에 대체가치(replacement value) 평가방법을 채택할 수 있다. 대체가치는 수용 당시의 상태에서 일정한 감가상각비를 공제하고 수용된 투자자산을 대체할 수 있는 개별자산을 구매하는 현금비용을 말한다. 대체가치 평가방법은 공정한 시장가치를 전제로 하므로 기업의 장부가치보다 높게 평가되는 것이 일반적이며, 각 자산별로 내용과 사용기간에 따라 감가상각 등의 방법으로 조정절차를 거쳐야 한다.

## (3) 시장가치 평가방법

시장가치(market value) 평가방법은 충분한 보상을 요구하는 자본수출국이 주장하는 평가방법으로서 투자기업의 미래 예상이익을 자산평가에 반영하는 것이다. 이 평가방법은 수용기업 미래의 예상이익을 보상금액 안으로 산입하고, 시장가치에서 기업을 인수하는 매수인이 받게 될 '계속운영가치'(going concern value)를 포함한다. 계속운영가치는 유형적 재산 이외에, 기업의 영업권 및 기타 경제적 가치가 있는 무형적 자산의 가치를 포함하는 것이다. 그러므로 일반적으로 외국인투자자와 자본수출국은 이 평가방법을 선호한다. 중재판정에 있어 '실제손실'(damnum emergens)과 기대이익손실을 모두 허용하는 경우에 이 평가방법은 채택될 수 있다. 또한 이 평가방법은 일반적으로 외국인자산을 불법적으로 수용할 경우에 채택될 평가방법인데, 외국인자산 수용시 충분한 보상기준을 규정된 관련조약이 있는 경우에도 원용될 수 있다.<sup>357)</sup>

356) R. B. Sunshine, *Terms of Compensation in Developing Countries' Nationalisation Settlements*, UNCTC, 1981.(cited by 최승환, 전제서, p.700.)

357) 최승환, 전제서, p.701.

#### (4) 청산가치 평가방법

청산가치(liquidation value)는 기업의 부채이하로 자발적 매수자에게 청산조건으로 매도될 수 있는 기업의 개별자산 또는 전부 자산총액을 말한다. 이 평가방법은 투자기업의 수익성(profitability)이 결여한 사실이 증명되고, 경매 등을 통하여 매도되는 금액으로부터 그 기업의 부채와 청산비용이 공제된 후에 기업의 잔여재산가액을 평가하는 것이다. 청산을 전제로 기업을 매각할 때에는 정상적인 시장가격을 받을 수 없으므로 청산가치 평가방법에 의하여 평가된 기업의 가치는 ‘수지가 맞는 사업’(going concern)<sup>358)</sup>의 가치보다는 적은 것이 일반적이다.

#### (5) 할인된 현금유통 평가방법

할인된 현금유통(이하 ‘DCF’라고 함) 평가방법은 기업의 예측 가능한 미래 순수입을 이자율과 물가상승률 등을 감안하여 ‘현재가치’(present value)로 평가하는 방법이다. 즉 수용되는 자산에 관한 미래의 현금흐름을 산정한 후, 할인율을 반영하여 현재가치로 환산하는 방식으로서 수익성에 대하여 입증된 기록을 보유한 ‘수지가 맞는 사업’에 적용하는 것이 합리적으로 평가된다.<sup>359)</sup> DCF 평가방법은 기업의 미래 예상수익에 대한 주관적 평가를 요하는데, 「해외직접투자의 대우에 관한 세계은행지침」(world bank guidelines) 제4조 제6항에 의하여 수용기업이 ‘수지가 맞는 사업’을 투자하는 경우에 적용된다고 규정하고 있다. 특히 DCF 평가방법은 수용자산에 대한 시장가격이 존재하지 않는 경우에 유용한 것이라고 할 수 있다.<sup>360)</sup>

#### (6)비교가치 평가방법

---

358) ‘(호황)사업운영’ 또는 ‘수지가 맞는 사업/기업’이라 번역되는 ‘going concern’라 함은, 미래수익을 산정하는데 필요한 자료를 제공하기에 충분한 기간동안 활동을 해 왔으므로 수용되지 않았더라면 앞으로도 계속 해서 정당한 사업이익을 산출해 낼 것으로 합리적으로 확실히 기대될 수 있는, 수지를 내는 자산들로 구성된 사업 또는 기업을 뜻한다.(최승환, 전게서, p.700.)

359) 법무부, 각주 69, p.109.

360) 최승환, 전게서, p.701.

비교가치(comparable value) 평가방법은 비교가능기업과 비교가능거래를 기준으로 가치평가를 하는 방법이다. 전자는 수용기업과 유사한 기업의 실제자료를 통하여 가치의 측정치를 도출하여 이것을 수용기업에 적용함으로써 가치평가의 결과를 얻는 방법이다. 후자는 M&A 시장에서 거래가 성사된 기업 중에 수용기업과 같은 산업에 속하거나 유사한 산업에 속한 기업을 선택하여 사업의 위험성, 매출규모, 보유자산 등이 수용기업과 유사한 기업의 총 거래가격을 기준으로 하여 수용기업의 가치를 평가하는 방법이다. 일반적으로 주식시장에서 거래되고 있는 주식이 있어, 수용기업과 유사한 기업의 주식가치를 선정한 후에 서로 비교 가능한 재무적 변수들을 비교하여 수용기업의 주식가치, 즉 기업 가치를 측정하는 것이다. 그러나 비교 가능한 기업 또는 거래를 선정함에 있어 비교 가능한 기업의 존재와 당시의 거래 등 요소에 고려하여야 하므로 이 평가방법에 일정한 제한을 받고 있다.

## 2) 가치평가방법의 적용에 대한 검토

외국인투자자산의 가치평가에 있어 투자기업이 ‘수지가 맞지 않은 사업’(non going concern)에 해당하는 경우에는<sup>361)</sup> 그 기업이 지속적으로 이윤을 얻을 수 없기 때문에 유형적 자산 가치에 대해서만 평가하는 것이 충분하고, 이에 대한 논의가 없는 반면에, 투자기업이 수지가 맞는 사업에 해당하는 경우에는 기존의 투자조약에서는 보통 보상을 ‘시장가치’로 한다고 규정하고 있다. 그러나 시장가치의 의미에 대해서 외국인투자자 또는 자본수출국 및 현지국이 대립한 입장을 가지고 있다.

일반적으로 현지국 특히 개발도상국은 미래의 기대수익을 고려하지 않는 장부가치의 평가방법을 선호하는 반면에, 자본수출국과 투자자는 시장가치와 DCF 등

361) 외국인투자기업이 ‘수지가 맞는 사업’에 해당하는지 여부를 판정함에 있어, 일반적으로 첫째, 수지가 맞는 사업은 이른바 지속적 수익이 합리적으로 기대될 수 있다. 즉 투자기업은 수익을 창출할 수 있는 자산을 가지며, 그 자산은 상당한 기간 내에 이미 수익을 창출하고 합리적 안정성을 가져야 한다. 둘째, 가설 수용이 발생되지 않으면 通常의 상황에서 투자기업은 수익을 얻을 수 없거나 불법적 수익을 받을 경우에 수지가 맞는 사업에 해당하지 않는다.

평가방법을 주장한다. 그 이유는 자본수출국이 수지가 맞는 사업의 시장가치에서 기업의 유형적 자산 가치뿐만 아니라 미래의 기대이익을 포함하여야 한다고 주장한다는 것이다. 이에 반하여 현지국의 이유는 첫째, 외국인투자기업이 수지가 맞는 사업에 해당하는 경우에 현지국에서 일정한 기간 기업을 경영하였으므로 이미 상당한 수익을 얻었고, 현지국의 공공이익을 목적으로의 수용이 있어, 투자자의 투자자산에 대해서만 보상을 하는 것이 충분하며, 이는 공익과 사익간의 형평성을 이룰 수 있다. 둘째, 일반적으로 불법적 수용의 경우에는 투자자는 투자자본의 손실과 미래의 기대이익을 요구할 수 있으며, 합법적 수용의 경우에는 투자자가 미래의 기대이익을 요구하는 권리가 없다. 셋째, 불확정한 손해는 국제법상 국가책임을 구성하지 않는다. 그러나 미래의 기대이익에 대한 가치평가가 보통 불확정하고 강한 투기적 성격을 가지고 있다.<sup>362)</sup>

### 제3절 간접수용에 대한 보상과 배상

#### 1. 불법적 수용과 배상

전통적으로 보상(compensation)과 배상(satisfaction)은 법적 성질상 구별되어 왔다. 보상은 합법적 수용 요건이며, 배상은 국제적 불법행위 책임으로 기인한다. 그 결과로 양자의 적용대상이 다르게 된다. 배상의 대상은 보상의 대상 보다 상대적으로 넓다. 즉, 보상의 대상은 직접적 손실로 한정되는 반면에, 배상의 경우는 원칙으로 원상회복이 요구되어 직접적 손해뿐만 아니라 간접적 손해를 포함하고 있다. 따라서 불법적 간접수용에 대한 배상이 있어서, 원상회복이나 손해배상 등을 통한 완전배상의 원칙이 적용되어, 국제투자과 관련하여 현지국이 투자자의 실제손해와 미래의 기대이익의 손해에 대하여 배상하여야 하는 것이 논의가 없다.

불법적 수용은 국제법상의 불법행위이므로 이에 대하여 현지국이 원상회복

362) 韓立余, 『國際經濟法學原理與案例教程』, 中國人民大學出版社, 2006, p.409.

(restitution)과 금전배상의 국제책임을 부담하여야 한다. 원상회복은 국제 불법행위에 대한 제1차의 구제방법이고 금전배상은 부차적인 것으로 원상회복의 청구가 없거나 그 것이 불가능할 경우를 말한다. 그러나 사실은 주권국가에게 원상회복의 형식을 취하는 특정이행을 명령하는 것은 수용조치의 철회를 의미하는 주권간여를 초래한다는 점과 재산파괴와 같이 원상회복은 법적으로 불가능할 경우가 많다는 점 등의 원인으로 금전의 배상이 항시 이용되는 경향이 있다.<sup>363)</sup>

불법적 수용은 국제법상 수용의 적법요건을 충족하지 않거나 투자조약상의 의무를 위반하는 것이며, 합법적 수용은 보통 투자조약에 따른 보상을 요하는 것이며, 양자는 분명히 구별되고 있다. 불법적 수용에 대한 배상은 피해자의 진실한 손해가치를 반영하여야 한다. 손해를 평가함에 있어 손해가치는 보통 피해자의 실제적 손해 및 그 불법행위로 인한 부차적 이익을 모두 포함한다. 현지국 정부의 불법행위로 인하여 외국인투자자의 수입(income)이 박탈된 경우에 손해배상에서는 일실이익(lost profits)까지도 포함하여야 한다.<sup>364)</sup> 그래서 불법적 수용에 해당하는 경우에 수용조치의 철회를 요구하는 원상회복은 실제로는 현지국이 이를 준수하지 못할 가능성이 높기 때문에 피해자에 대한 손해 배상은 손해가치에 대한 완전배상으로 확립되고 있다.

첫째, Chorzów Factory 사건<sup>365)</sup>은 제1차 대전 후에 상부 실레지아 일부가 주민투표에 의해 독일로부터 할양되자, 폴란드는 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고는 독일인 및 그 회사의 재산, 권리와 수익을 수용하지 못한다는 1922년의 「상부 실레지아에 관한 제네바협약」(Geneva Convention Concerning Upper Silesia)상의 규정을 위반하여 독일민간인 재산이었던 문제의 공장을 몰수하였다. 이에 대해 독일이 그 취소 및 배상을 위해 PCIJ에 제소하였다.

PCIJ는 폴란드가 협약 회원국인 독일에 대한 의무를 위반하였음을 인정하고, 불법수용의 경우에는 일종의 원상회복이 일차적 의무이나, 만일 그것이 불가능하면 원상회복이 갖게 될 가치에 상응한 금액과 함께, 필요에 따라서는 원상회복 또는 그 대신 행하는 지급으로는 補填되지 아니할 손실에 대한 배상을 해야 한

363) 박남수, "간접수용 판정기준에 관한 국제법적 고찰", 고려대학교 석사학위논문, 2007, p.14.

364) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op. cit.*, pp.272-273.

365) Case concerning the Factory at Chorzów, *Merits*, 1928, PCIJ, ser. A, No.17.

다고 판결하였다.<sup>366)</sup>

둘째, ADC Affiliate Limited v. Hungary 사건<sup>367)</sup>에서 ADC는 Budapest-Ferihegy 국제공항에 터미널을 건설할 수 있는 허가를 헝가리 정부로부터 부여받았다. ADC와 헝가리 정부 간의 양허계약에 따라 ADC는 터미널에서 민간 투자자가 운영하는 가게를 열 수 있고, 수하물을 취급할 수 있고, 또한 별도의 약정에 따라 ADC는 직원들을 관리하고 교육할 수 있도록 하였다. 이러한 별도 약정에 따라 헝가리정부는 ADC가 공항의 직원들을 교육하고 관리하는데 대해 매년 일정 보수를 지급하기로 하였다. 그러나 ADC가 터미널을 완공한 후에 헝가리 정부는 ADC가 터미널의 운영을 할 수 없도록 하는 법을 통과시킴으로써 ADC는 사실상 서서히 공항 터미널 운영과 관련하여 손을 떼게 되었다. 그 후에 헝가리 정부는 공항을 영국회사에게 12억 달러에 매각하였다. 이에 대하여 ADC는 수용을 이유로 중재청구를 제기하였다.<sup>368)</sup>

중재판정부는 “투자조약에 따라 국가가 수용을 시행하기 위해서는 진정한 공공이익이 있어야 한다고 규정하고 있기 때문에 국가가 어떤 조치가 공공이익을 위한 것이라고 단순히 선포할 수 있으나, 이러한 이익이 마술적으로 존재하는 것이 아니다.”라고 주장하였으며, 헝가리 정부의 조치가 진정한 공공이익을 위한 것이 아니라고 판정하였다.<sup>369)</sup> 중재판정부는 헝가리 정부의 조치가 투자조약에서 규정하고 있는 합법적 수용의 요건을 충족시키지 못한 불법적 수용에 해당하고, Chorzów Factory 사건에서 제시된 불법적 수용에 대한 국제관습법상의 구제이론을 적용하기로 하였다.<sup>370)</sup> 또한 중재판정부는 양허계약에서 미래의 발전기대에 대한 근거규정을 찾을 수 없기 때문에 청구인의 기대이익의 청구를 거부하였고, 수용 시점이 아니고 중재판정의 시점을 기준으로 총 배상금액 7,200만 달러, 소송비용 762만 달러를 배상하도록 판정하였다.<sup>371)</sup>

셋째, Middle East Cement Shipping v. Egypt 사건<sup>372)</sup>에서 그리스 회사인 투

366) Case concerning the Factory at Chorzów, *Merits*, 1928, PCIJ, ser, A, No.17, p.47.(cited by 장효상, 전게서, p.760.)

367) ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, *Award*, 2006.10.2.

368) *Ibid*, paras.214-222.

369) *Ibid*, paras.432-433.

370) *Ibid*, paras.479-486.

371) *Ibid*, paras.515-516.

자자는 수에즈 운하의 Adabiyea 항구에서 시멘트의 수입과 보관 시설을 건설하여 시멘트의 포장과 배송 등 업무를 행하고 있었다. 투자자는 이집트 정부로부터 10년간의 운영허가를 받았다. 운영의 허가기간이 약 3년 반 정도 남은 상황에서 1989년 이집트 정부는 포틀랜드 그레이 시멘트의 수입을 금지하는 조치를 취하였고, 이 조치로 인하여 신청인은 이집트에서의 사업이 피해를 받게 되었다. 신청인은 이집트 정부의 포틀랜드 그레이 시멘트에 대한 수입금지 조치가 신청인의 허가를 사실상 취소한 것에 해당하여, 이는 간접수용을 구성한다고 주장하였다. 아울러 신청인 회사의 선박이 1999년 이집트 당국에게 압류되어 경매처리가 되었는데, 경매가격이 9만 달러였다. 이에 대하여 신청인은 이집트 정부의 압류와 경매처리는 부적당한 것으로 수용에 해당하며, 선박의 시장가격은 최소 미화 5백만 달러에 상당하므로 이에 대한 손해를 배상하여야 한다고 주장하였다.<sup>373)</sup>

중재판정부는 이집트 정부의 조치로 인하여 투자자는 비록 명목상으로 재산권을 행사할 수 있다고 하더라도 실제로 투자 재산에 대한 사용·수익의 권리가 박탈되었기 때문에 이집트와 그리스 간에 체결된 투자조약상 수용 또는 수용과 동등한 효과를 가지는 것으로 볼 수 있다고 판정하였다. 중재판정부는 투자자가 체결한 계약에 의하면 신청인이 입증한 금액 중에 일실이익의 금액이 약 170만 달러로 확정되었고,<sup>374)</sup> 이집트 정부가 선박을 경매함에 있어 정당한 통지를 하지 않은 것은 적법절차를 거치지 않은 간접수용에 해당한다고 판정하였고, 배상액이 재량에 따라 약 48만 달러로 확정된다. 따라서 총 약 220만 달러를 배상한다고 판정하였다.<sup>375)</sup>

## 2. 합법적 수용과 보상

합법적 수용의 경우에 현지국의 수용행위가 수용의 요건을 충족하기 때문에

372) Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, *Award*, 2002.4.12.

373) *Ibid*, paras.82-84.

374) *Ibid*, paras.124-125.

375) *Ibid*, paras.151. 172.

그 수용행위가 국제적 불법행위로 볼 수 없고, 대신에 수용 하나의 적법요건인 ‘보상’을 하여야 한다. 따라서 합법적 수용에 대한 보상이 있어서 현지국이 공공이익 등을 목적으로 무차별적 조치를 시행하여야 할 뿐만 아니라, 투자조약의 보상규정에 따라 보상이 요구된다. 실무에서는 투자자산의 공정한 시장가치를 결정하기 위하여 사건의 사실관계를 근거로 고정하지 않은 평가방법을 선택하여 수용자산의 가치를 평가하고 있다.

초기의 ICSID 사례를 보면, 분쟁당사자 간에 보상에 관한 준거법(applicable law)을 명시적으로 선정하지 않으면 중재판정부가 일반적으로 수용국의 국내법을 준거법으로 채택하였으며,<sup>376)</sup> 90년대 이후에는 투자조약상의 분쟁해결조항에 의한 추정재판권이 인정되므로 중재판정부가 투자조약의 규정에 의해 보상기준과 보상금액을 판정해 왔다. 최근 중재판정부는 투자조약에 근거하여 투자보호를 목적으로 충분한 보상을 주장한 사례가 대부분이다.<sup>377)</sup> 즉 청구인이 자기의 투자기업이 수지가 맞는 사업에 해당하는 것을 입증할 수 있으면 DCF 등 평가방법에 의하면 투자자는 미래의 기대이익이 포함된 손실에 대하여 보상을 받을 수 있다는 중재판정부의 견해가 대부분이다.

보상의 기준을 결정함에 있어 원래 충분한 보상기준과 적절한 보상기준에 대한 대립견해가 있었으나, 투자조약상의 규정과 중재판정부의 판정을 보면 보통 합법적 수용에 대해서도 충분한 보상기준을 반영하는 ‘공정한 시장가치’와 유사한 보상이 요구되고 있다. 중재재판부는 항상 ‘상당한’(equivalent), ‘공정한’(fair), ‘정당한’(just), ‘합리적’(reasonable), 그리고 ‘진정한’(genuine)이라는 다양한 문구를 사용하고 있으나, 실제로 선진국에서 주장되고 있는 충분한 보상기준과 유사한 것으로 해석할 수 있다. 특히 중재판정부는 충분한 보상기준과 적절한 보상기준에 대한 이론적인 논쟁을 방치하고 실무적으로 문제해결의 태도를 나타내고 있다. 즉, 투자조약상의 보상 규정은 충분한 보상기준이나 적절한 보상기준에 해당하는지를 토론하지 않고, 사안별로 사실관계에 따라 수용자산의 평가방법을 선정하고 수용자산의 시장가치를 결정하고 있다.

376) AGIP v. Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, *Award*, 1979.11.30; Benvenuti et Bonfant v. Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, *Award*, 1980.8.8.

377) M. Somarajah, *op. cit.*, p.461.

한편 수용자산의 가치평가 방법을 채택함에 있어 중재판정부는 동일한 수용자산 가치평가방법을 채택하는 것이 아니다. 최근 중재사례에서 장부가치 평가방법이 사용되지 않고, 일반적으로 투자자 미래의 기대이익이 산입되는 DCF 평가방법 등을 많이 채택되는 것이 대부분이다. 또한 중재판정부는 청구인의 보상 주장을 전부 받아들이지 않으며, 청구인과 피청구인이 각각 주장한 바의 중간가치를 보상금으로 판정하는 경향이 있다.<sup>378)</sup>

첫째, Santa Elena v. Costa Rica 사건<sup>379)</sup>에서 미국 투자자가 소유한 CDSE회사는 1970년 코스타리카에서 30킬로미터를 넘어 태평양 해안선이 포함된 'Santa Elena'의 소유권을 매입하였다. 1978년 코스타리카 정부가 환경목적을 위하여 CDSE로부터 Santa Elena의 소유권을 수용한다는 내용을 담고 있는 법령을 제정하였으며, 이에 대한 보상은 190만 달러로 CDSE에게 제안을 하였다. CDSE는 그 재산의 가치가 640만 달러이라고 주장하여 제안을 동의하지 않았다. 코스타리카 국내법원의 소송절차에 따라 이 사건은 20년 동안 끝나지 않았다. 1995년 미국의 정치적 압력으로 코스타리카가 이 분쟁에 대한 ICSID 중재관할을 동의하였다.<sup>380)</sup>

보상기준을 판정하는 과정에서 중재판정부는 보상은 재산의 공정한 시장가치에 근거한 충분한 보상원칙에 따라 즉 '매수하고자 하는 사람이 매도하고자 하는 사람에게 지급하는 가격'(a willing buyer would pay to a willing seller)이라고 주장하며,<sup>381)</sup> 또한 수용재산의 '최고·최대의 이용'(highest and best use)을 고려하여 평가하여야 한다는 청구인의 주장을 찬성하였다.<sup>382)</sup> 결국 중재판정부는 수용재산의 가치평가에 대한 시간적 제한이 있으므로 재산의 가치를 수용이 발생한 시점에 합리적·공정한 근사치(approximation)인 415만 달러로 판정하였다.<sup>383)</sup>

둘째, AIG v. Kazakhstan 사건<sup>384)</sup>에서 카자흐스탄에서 설립된 조인트 벤처 회

378) Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*(Second Edition), Oxford University Press, 2007, p.609.

379) Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, *Final Award*, 2000.2.17.

380) *Ibid*, paras.15-21.

381) *Ibid*, para.73.

382) *Ibid*, paras.70, 75.

383) *Ibid*, paras.94-95.

384) AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan, ICSID

사인 Tema Real Estate Company와 LLP Tema가 AIG Silk Road Investment I Ltd를 구성하여, AIG Capital Partners Inc.(AIG)가 이 조인트 벤처 회사를 간접·종국적으로 지배한다. 1999년 5월 'Crystal Air Village'라는 공사를 위하여 조인트 벤처 회사는 10 헥타르의 토지를 매입하였고 AIG는 디자인, 토목공사, 물품조달, 금융 등에 관한 투자를 하였으며 1999년 11월 지방정부 주관기관으로부터 허가를 받았다. 2000년 2월 카자흐스탄 정부는 국가의 식물원을 위하여 그 토지를 필요하기 때문에 조인트 벤처 회사에게 공사를 취소한다는 구두통지를 하였다. 2000년 4월 6일 지방정부가 토지에서의 모든 공사를 중단시키는 명령을 내렸고 2001년 2월 말에 카자흐스탄정부는 토지를 수용하였다. AIG는 카자흐스탄 정부가 투자자산을 수용한다고 주장하여 수용 직전에 투자자산의 가치가 1.35억 달러였고, 미국과 카자흐스탄 BIT의 수용조항에 의하여 카자흐스탄 정부는 AIG에게 수용자산의 가치와 이자를 신속하게 지급하여야 한다고 주장하였다.<sup>385)</sup>

중재판정부는 외국인투자 자산수용에 대한 보상은 국제관습법에서 인정되어, 국제관습법상의 '적절한 보상기준'(the standard of appropriate compensation)에 대하여 통설이 없으며, 확정된 정의가 없으나, 보상금액이 수용자산의 공정한 시장가치에 접근하거나 상당하여야 한다고 주장하였다. 이에 따라 중재판정부는 보상기준에 대한 문구상의 토의보다 시장가치를 판정하는 방식·방법을 찾는 것이 중요하다고 주장하였다.<sup>386)</sup> 결론적으로 중재판정부는 불법적 수용이 발생하지 않았다고 가정하고, 청구인이 투자사업의 수익성을 증명하지 못하였으므로 투자기업이 '수지가 맞는 사업'에 해당하지 않는다고 판정하였다. 그래서 중재판정부는 DCF 평가방법에 의한 보상청구가 부적당하다고 주장하였으며, 청구인이 주장에 근거하여 유형적 자산의 소비비용 150만 달러와 자문, 건설디자인, 기반건설 등을 포함한 무형적 소비비용 2백만 달러, 총 356 만 달러를 투자의 전부손실로 판정하였다.<sup>387)</sup>

Case No. ARB/01/6, *Award*, 2003.10.7, *ICSID Reports(Vol.11)*, Cambridge University Press, 2007.

385) AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, *Award*, 2003.10.7, *ICSID Reports(Vol.11)*, Cambridge University Press, 2007, pp.3-4.

386) *Ibid*, p.85.

387) *Ibid*, p.111.

### 3. 간접수용의 보상에 대한 검토

#### 1) 배상과 보상의 문제

정부행위가 국제법 또는 투자조약상의 수용조항을 위반하는지 여부에 따라 불법적 수용과 합법적 수용으로 나뉜다. 불법적 수용에 대해서는 완전배상은 국제법상의 원칙으로 확립된 것이며, 합법적 수용에 대해서는 적용될 조약상의 보상규정에 따라 보상금액이 결정된다. 이에 대한 구별은 수용의 합법요건에 근거하여 판정할 수 있으므로 국제법상 이에 대한 논의가 없다. 일반적으로 보상은 직접적 손실을 기준으로 이루어지는 것이며, 배상은 직접적 손해뿐만 아니라 간접적 손해를 포함하고 있다.

그러나 충분한 보상기준에 따르면 합법적 수용에 대해서도 투자자의 유형적 자산의 손실뿐만 아니라 투자자 미래의 기대이익을 보상의 범위에 포함시키고 있다. 이에 따라서 불법적 수용이나 합법적 수용과 관계없이 투자자가 직접적 손실을 받을 뿐만 아니라 미래의 기대이익을 얻을 수 있다. 그래서 경제적 효과의 측면에서 보면 양자에 대한 구별이 없는 것으로 한다.

#### 2) 보상을 요하는지 여부의 문제

간접수용과 관련하여 보상을 요하는지 여부에 따라 보상을 요하지 않은 규제적 조치와 보상을 요하는 간접수용 두 가지 경우로 구분되고 있다. 정부조치가 국가의 규제권 행사를 위하여 시행되는 것으로 판정되면 간접수용에 해당하지 않으므로 보상을 요하지 않는다. 즉, 국가가 공공복리 목적을 위하여 규제적 조치를 시행하는 것은 투자조약상 수용조항의 적용으로부터 배제되기 때문에 수용에 대한 보상을 요하지 않은 것이다. 투자조약에서 일반적으로 예외조항 또는 특정한 분야에 대하여 관련 예외조항을 규정하고 있으므로 보상을 요하지 않은 정부의 규제적 조치를 반영한다고 할 수 있다.<sup>388)</sup> 그러나 이론상에는 보상을 요하

는 간접수용 조치와 보상을 요하지 않은 규제적 조치를 구별하는 한계가 있지만, 간접수용 판정의 어려움과 불확정성으로 인하여 그 한계를 명확히 구별하는 문제가 있다.

### 3) 간접수용의 보상에 대한 검토

정부행위가 간접수용을 구성하지 않은 경우에는 투자자가 아무 손실 또는 손해에 대하여 보상 또는 배상을 요구할 수 없는 반면에, 정부행위가 간접수용을 구성하는 경우에는 첫째, 정부조치가 합법적 간접수용에 해당하면 투자자가 투자조약에서 규정되는 보상기준에 따라 보상을 요구할 수 있으며, 둘째, 정부조치가 불법적 간접수용에 해당하면 국제법에 따라 투자자가 완전배상을 받을 수 있다. 따라서 투자자나 국가에 대하여 간접수용이 발생하는지 여부는 수용이 합법한지 여부보다는 더 중요하다고 할 수 있다.

간접수용이 발생하지 않는다고 판정된 경우에는 투자자가 전부의 경제적 손실을 부담하여야 하며, 반대로 수용이 발생한다고 판정된 경우에는 현지국 혹은 남세자가 투자자의 경제적 손실을 전부 보상하여야 한다.<sup>389)</sup> 투자자의 측면에서는

388) 그러나 정부의 규제적 조치로 인하여 개인의 재산손실에 대하여 보상이 필요하다는 소위 비용 내부화이론, 보험이론과 공정성이론이 대표적 반대견해로 제시되고 있다. 첫째, 비용 내부화이론(cost-internalization theory)에 의하면 보상이 필요한 이유는 정부가 전체의 사회복리의 최대화를 하도록 효과적인 규제조치만을 취하는 것을 확보할 수 있다고 주장한다. 즉 투자자의 손실을 초래한 관리조치가 간접수용으로 판정되지 않아 보상을 요하지 않으면 정부는 규제비용에 대하여 충분히 주의하지 않을 것이며 지나친 규제를 취할 수 있다. 다시 말하면 정부는 필요한 비용을 적게 평가하고, 그러한 관리조치를 통하여 이상적인 정책효과를 받을 수 있다고 오해할 것이다. 둘째, 보험이론(insurance theory)에 의하면 정부의 규제조치의 영향 때문에 투자자가 투자의 수익 또는 과실을 상실할 위험에 대항하기 위하여 필요한 보상을 확보하여야 한다고 주장한다. 즉 정부행위로 인한 손실에 대하여 보상을 받을 약속은 투자자의 위험 요소를 제거하도록 자원가치 이용 최대화를 실현할 수 있다. 셋째, 공정성이론(fairness theory)에 의하면 공정성을 확보하기 위하여 보상이 필요로 한다. 즉 공공 혹은 다수자의 이익을 위한 정부의 규제조치를 통하여 개인 또는 소수자에게 부담시키는 것은 공정성과 합치하지 않다. 그러나 이러한 주장은 미국법상 규제적 수용에 대하여 전개되는 것으로 국제법상 확정되고 있는 간접수용의 개념에 대하여 이론적 지지가 될 수 없다.(Vicki Been, "Does an International "Regulatory Taking" Doctrine Make Sense?", *New York University Environmental Law Journal*(Vol.11. No.1), 2002, pp.49-51.)

389) Ursula Kriebaum, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.8. No.5), 2007, pp.719-720.

수용행위로부터 배제되는 현지국의 규제적 조치에 대하여 국제법상 통일된 개념과 범위가 없기 때문에 그러한 조치로 인한 손실에 대하여 보상을 받을 수 없는 투자의 위험이 있다는 점이며, 현지국의 측면에서는 국가의 공공정책의 실현에 경제적 부담이 크다는 점이다.

현재 직접수용이 거의 발생하지 않았으며, 간접수용의 문제는 항상 현지국의 정부조치와 관련되어 있어, 정부가 공공정책을 시행하도록 관련 조치를 취하더라도 투자에 심각한 손실을 초래하거나 비례원칙을 위반하는 경우에 간접수용을 구성한다는 판정이 많다. 그러나 이러한 정부행위에 대해서도 투자 미래 기대이익을 포함하는 충분한 보상을 요구하게 된다. 이렇게 함으로써 불법적 간접수용과 합법적 간접수용에 대한 보상을 유사한 것으로 요구하게 되며, 실제적 효과의 측면에서 불법적 수용과 합법적 수용을 구분하지 않게 된다. 그래서 불법적 수용에 대하여 완전배상을 요구하는 것이며, 적법요건을 충족하는 합법적 수용에 대하여 적절한 보상만을 요하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>390)</sup>

그리하여 간접수용에 대한 보상이 있어서 보상을 요하지 않은 것과 충분한 보상을 요구하는 것을 두개의 극점으로 정하여 투자자와 현지국에 대한 경제적 부담을 비교형량적인 비례로 배분한다고 생각한다. 구체적으로 말하면 첫째, 정부조치는 공공 안전·복리·환경 등을 위하여 적법절차를 거치고 무차별적으로 시행됨으로써 투자에 심각한 피해를 초래하지 않거나 비례원칙을 위반하지 않는 경우에 간접수용을 구성하지 않으므로 보상을 요하지 않은 것이다. 둘째, 적법요건을 충족하는 것을 전제로 투자에 대한 영향의 심각성과 정부조치의 성격을 고려하여 양자의 형평을 추구하도록 적절한 보상 또는 부분적 보상을 하면 된다. 셋째, 적법요건의 위반 또는 기타 이유로 불법적 수용에 대해서는 완전한 보상을 요구할 수 있다.

390) 불법적 수용과 합법적 수용에 대한 보상을 구분한다는 견해가 있어, “보상규정을 규정하지 않은 경우를 제외한 ‘조건부 불법적 수용’(expropriation unlawful sub modo) 및 ‘자체의 불법적 수용’(expropriation unlawful per se) 사이에 구별이 있다. 전자는 직접손실 즉 재산의 가치에 대한 보상의무만을 부담하는 것이며, 후자는 기대이익손실(lucrum cessans)에 대한 배상책임을 부담한다.”(Ian Brownlie, *supra note 113*, p.539.) 또한 “압도적인 관점에 의하여 외국인자산을 불법적으로 수용할 경우에 시장가치 평가방법을 채택할 수 있다.”(M. Sornarajah, *op. cit.* p.487.)

<표4-2> 간접수용과 보상

구분	규제적 조치	합법적 간접수용	불법적 간접수용
간접수용에 해당하는지 여부	×	○	○
보상 또는 배상에 요하는지 여부	×	○	○
보상 또는 배상의 기준	×	계약당사국간 체결된 조약에 따라 충분한 보상기준이나 적절한 보상기준이 적용됨	원상회복과 완전배상
수용자산에 대한 보상 또는 배상의 가치평가	×	중재판정부가 사안의 사실관계와 보상기준에 따라 평가방법을 결정함	시장가치 평가방법 등

(자료: 본문 제4장 내용을 요약하여 작성함)

## 제5장 한·중 FTA에 대한 시사점

세계적으로 FTA의 확산 추세에 대응하기 위하여 한국과 중국 양국은 한·중 FTA를 적극적으로 추진하려는 사전연구를 진행하는 중인 상태이다.<sup>391)</sup> 따라서 앞으로 시작할 한·중 FTA의 협상에 있어서 국제투자법상 불명확한 개념으로 자리를 잡고 있는 간접수용과 그 보상과 관련하여 그 정의와 기준을 정립하는 과제를 지니고 있다. 즉, 어떠한 규정을 통하여 투자자 보호의 목적을 실현할 수 있으며, 한편으로 규정의 불명확성으로 인한 투자자의 남소와 국가의 규제권에 대한 영향을 최소화시킬 수 있는가의 문제가 된다. 이를 해결하기 위해서는 국제 중재 판례에서 들고 있는 간접수용의 사례들을 통합하여 시사점을 얻도록 하고, 양국의 BIT 또는 FTA상 간접수용 규정에서 각국의 입장을 파악하고 비교할 필요가 있다.

### 제1절 한·중 BIT와 수용조항

한·중 BIT 또는 투자보장협정은 1992년에 체결되었고, 2003년부터 BIT의 개정협상을 개시하여 2007년에는 한·중 개정BIT(이하 '개정투자협정'이라고 함)을 발효하게 되었다. 중국이 한국의 최대의 해외투자대상국이라는 점에서 보면 한·중BIT는 양국 간의 투자 촉진과 보호의 역할을 하고 있으며, 특히 개정투자협정은 중국에서의 한국 투자자와 투자에 대한 보호수준을 제고시켰다는 중요한 의

391) 한국은 FTA를 적극 추진한 결과로 칠레, 싱가포르, 유럽 자유 무역 연합(European Free Trade Association), ASEAN 등 15개국과의 FTA가 발효되었고, 2007년 6월 및 2009년 8월에는 미국 및 인도와의 FTA에 각각 서명하였으며, EU와의 FTA 협상은 2009년 7월 종결하였으며, 현재 캐나다, 멕시코, 걸프 협력회의(Gulf Cooperation Council), 호주, 뉴질랜드, 페루 등 11개국과 협상을 진행하고 있다. 중국은 FTA를 추진한 결과로 홍콩과 마카오와의 포괄적 경제동반자 협정(Comprehensive Economic Partnership Agreement)을 포함하여 파키스탄, ASEAN, 칠레, 뉴질랜드, 싱가포르, 페루 등 국가와의 FTA가 체결되었고, 걸프 협력회의, 호주, 아이슬란드, 노르웨이, 남아프리카 관세동맹(South African Customs Union)과 코스타리카 등 국가와 협상을 진행하고 있다.

미를 갖는다. 개정투자협정은 1992년 한·중 투자보장협정(이하 ‘1992년 투자협정’이라고 함)보다는 투자보호를 대폭 강화하여 규정하고 있다. 이는 중국은 종래의 투자유치국에서 해외투자국으로서 변화되고 있기 때문에 높은 투자자 보호기준을 삼고 있는 투자조약 체결에 나서고 있는 실정이다.

## 1. 한·중 BIT의 개관

한·중 BIT는 투자보호의 강화, 투자자유화 요소의 도입과 지방 정부에 대한 협정적용 등을 포함하여 2007년에 투자협정을 개정하였다. 개정투자협정은 1992년 투자협정과의 차이점 및 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 투자의 정의를 기존의 투자, 투자자 그리고 수익만을 규정하였던 것을 자산기준으로 전환하고, 개방식 투자정의 방식을 채택함으로써 폭넓은 투자정의 규정을 두고 있다. 둘째, 1992년 투자협정은 상대방 국가 투자자에 대한 항시적인 보호와 안전만을 규정하고, FET를 언급하지 않았음에 반하여 개정투자협정은 FET의 부여를 명시적으로 규정하고 있다.<sup>392)</sup> 셋째, 투자의 확대, 운영, 관리, 유지, 사용, 매도와 처분 등을 규정함으로써 NT의 적용범위를 명확히 하였으며, 내국민대우에 대한 예외를 현재 유지되는 ‘비합치조치’(non-conforming measures)로 국한하여 최소화로 규정하되, 중국 측은 향후 점진적으로 감축할 의무가 있으며, 사후 더욱 규제하는 방향으로 개정할 수 없도록 단서 조항을 포함하고 있다.

392) 공정하고 공평한 대우는 투자협정의 가장 고전적인 규정이지만, 이러한 대우가 구체적으로 무엇을 의미 하는지에 대해서 정의는 없으며, 사안에 따라 중재판정부가 협정의 취지, 관련 국제규범의 내용 그리고 그 동안의 판례 등을 근거로 판정을 내리게 된다. 최근의 판례에서는 일관성, 투명성, 합리성이라는 기준을 공정하고 공평한 대우의 해석에서 강조하는 경향을 보이고 있다. 즉 투자협정은 투자자에게 투명하고 예측 가능한 환경을 조성함으로써 투자의 촉진을 추구함을 취지로 하며, 이러한 취지에 반하여 현지국 정부가 투자자의 신뢰에 대한 기대를 저버리고 임의의, 예측하지 못한 처사를 통하여 투자자에게 피해를 야기 하는 경우, 공정하고 공평한 대우를 했다고 볼 수 없다는 것이다. 그러나 이러한 해석에 따라 최근에 NAFTA의 투자분쟁에서 이 규정이 제소 사유로 빈번히 등장하면서, 2004년에 개정된 미국의 모델BIT는 이 규정이 외국인에 대한 국제관습법상의 최소 대우를 부여하는 것 이상의 의미를 지니지 않음을 명시하였다. 중국정부는 이에 대해서는 공정하고 공평한 대우 규정은 최근의 투자분쟁에서 투자자가 제소 사유로서 자주 인용하고 있는 규정으로서, 중국 정부의 비합리적인 부당한 처사로부터 국내 투자자가 보호 받을 수 있는 근거 규정이 될 수 있을 것이다.(김관호, “중국의 투자정책의 변화와 한·중투자협정의 고찰”, 『동북아경제연구』 (제20권 제1호), 2008, pp.228-229.)

넷째, 현지국 정부는 투자에 영향을 미칠 수 있는 법률과 행정규정, 사법적 판결 등과 관련한 정보를 투자자에게 제공하도록 투명성의 규정을 도입하고 있다. 다섯째, 국내의 부품조달, 기술이전, 수출 성과 요건과 관련하여 투자자에게 비합리적이고 차별적인 조치를 취하면 안 된다는 이행요건의 금지조항을 신설하고 있다. 여섯째, 개정투자협정은 계약당사국의 중앙정부뿐만 아니라 지방정부가 이 협정의 준수를 보장하기 위하여 이용 가능한 합리적인 조치를 취하도록 규정하고 있다. 일곱째, 개정투자협정은 종래 1992년 투자협정의 의정서에서 규정되고 있었던 예외를 삭제하고, 예외사유를 명확화하고, 예외의 경우에도 형평하고 무차별, 신의성실 원칙에 의하여 대우하여야 하도록 자유송금을 규정하였다. 또한 국제수지불균형, 심각한 금융위기, 금융정책으로 인하여 거시경제를 위협하는 경우에는 차별적 조치가 가능하도록 하며, 국내절차에 의한 송금지연 가능기간을 2개월로 단축하고 동 국내절차를 협정 위반의 수단으로 사용하면 안 되며, 투자가 이루어진 시점보다 투자자에게 더욱 불리하게 변경되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 여덟째, 1992년 투자협정은 사실상 수용에 따른 보상 관련 분쟁만 중재신청이 가능하도록 되어 있었으며, 사전 동의(gives its consent)를 구하는 내용이 명문화되어 그 실효성에 의문이 있었다. 개정투자협정은 협정의 의무위반에 의한 투자관련 분쟁의 경우, 모두 국제중재를 통하여 해결할 수 있도록 하였고, 사전 동의 조항도 자동적으로 부여되도록 투자자와 국가 간의 분쟁해결조항을 대폭 보강하였다.<sup>393)</sup>

## 2. 한·중 BIT상의 수용조항

개정투자협정 제4조 제1항은 수용의 정의와 적법요건에 대하여 “어떠한 계약 당사자도 다른 한쪽 계약당사자 투자자의 자국 영역 안에서의 투자에 대하여 직접 또는 간접적으로 수용과 국유화하거나 수용과 국유화에 상당하는 조치를 취하지 아니한다. 다만 다음의 조건이 충족되는 경우는 해당되지 아니한다. ① 공공이익을 위하여, ② 국내법 및 국제 표준에 따른 적법절차에 의하여, ③ 무차별

393) 김여선, 전제논문, pp.78-79.

적으로, ④ 제2항에 따라 보상하는 경우”라고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 수용자산의 보상액의 산정방법에 대하여 “보상은 수용되기 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가치에 상응하여야 한다. 공정한 시장가치는 수용이 공공연히 미리 알려짐에 따라 발생하는 가치의 변화를 반영하지 아니한다. 보상은 지체 없이 지급되고, 수용일부터 보상 지불일까지의 기간에 해당되는 적정한 이자를 포함한다. 보상은 유효하게 현금화되고, 자유롭게 송금될 수 있으며, 수용일에 적용되는 시장 환율에 따라 투자자의 국적통화 및 국제통화기금협정의 조항에 규정되어 있는 자유롭게 사용가능한 통화로 자유롭게 태환되어야 한다.”고 규정하고 있다.

개정투자협정은 1992년 투자협정과 비교해 보면 주로 수용의 하나의 적법요건인 적법절차를 신설하였고, 종래의 ‘국내법에 따른’ 규정을 ‘국내법 및 국제 표준에 따른 적법절차에 의한’ 것으로 개정하였고, 공식 환율을 취소하여 시장 환율로 적용하게 되었다. 간접수용에 대해서는 ‘투자에 대해 간접적으로 수용과 국유화에 상당하는 조치’라는 문구로 표현할 뿐이며, 구체적인 보상기준을 명확히 언급하지 않았다. 즉 실제적 규정으로서의 보상기준 즉 충분한 보상기준이나 적절한 보상기준을 명백히 규정하지 않고, 수용자산의 공정한 시장가치에 따라 보상을 할 것을 정하고 수용일부터 보상일까지의 정상적인 이치지급을 규정함으로써 발생가능한 분쟁에 대하여 사법기관 또는 국제중재의 재량에 따라 해결하는 방식을 취하고 있다.

## 제2절 한·중에서 간접수용의 규정동향

국제투자법상 간접수용과 관련하여 많은 논의가 존재하고 있으므로 과거에 한·중 양국은 제3국과 체결한 투자조약에서 일반적으로 간접수용의 존재를 인정하고 있으나, 그 구체적 정의와 판정 법리를 실제로 규정하지 않고 있다. 그러나 최근 간접수용을 사유로 중재청구를 제기한 국제투자 중재사례가 빈번히 나타나고 있으며, 계약당사국 정부의 주목을 받고 있다. 특히 간접수용에 대한 판정에 있어 중재판정부의 재량과 해석에 따라 간접수용의 판정요건 및 판정기

준을 도출하고 있으며, 이는 한·중 양국에 대하여 BIT 또는 FTA상 간접수용 규정을 활용하도록 함에 중요한 시사점을 제시하고 있다.

간접수용에 대한 중재판정부의 판정 법리를 반영한 것으로서, 미국은 오스트레일리아, 칠레, 중앙아메리카-도미니카, 모로코, 싱가포르 그리고 한국과 체결한 FTA, 그리고 2004년 BIT 모델에서 간접수용과 관련하여 새로운 입법구조를 취하고, 간접수용 판정의 명확성을 제고시키기 위하여 적극적으로 보완하고 있다. 한국과 중국은 미국의 입법모델을 바탕으로 자국의 사회적·경제적 상황을 결합하여 간접수용의 판정 법리를 발전시키고 있으며, 최근 타국과 체결한 BIT 또는 FTA에서도 이를 반영하고 있다.

### 1. 한국의 규정동향

2007년 한·미 FTA상의 간접수용 규정은 최근 미국이 타국과 체결한 BIT 또는 FTA상의 규정을 바탕으로 설정되었으나, 한국 헌법상 ‘특별한 희생’(special sacrifice)의 법리를 삽입함으로써 간접수용의 판정법리를 보완하며, 부동산 가격 안정화 등 예시규정을 통하여 간접수용의 예외범위를 확대하는 방향으로 변형을 거쳐 체결되고 있다.

한·미 FTA 부속서 11-나(수용) 제1항은 간접수용의 정의에 대하여 “당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자 내에서의 유형적·무형적 재산권을 침해하지 않는 한 수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘일련의 행위’(a series of action)는 잠행적 수용을 의미하는 것으로서 일련의 조치의 누적적 효과로 수용과 상당한 결과를 야기하는 경우에 간접수용으로 볼 수 있다고 한다. 또한 재산권의 개념은 유형적·무형적 재산권을 한정하여, 구체적 권리가 아닌 단순한 기대이익, 반사적 이익, 경제적 기회 등을 재산권의 범위로부터 배제함으로써 한국 국내법상의 재산권 보장범위와 합치하지 않게 되는 문제를 차단하였다.<sup>394)</sup>

394) 이에 비하여 미국 모델BIT상 유형적·무형적 재산권뿐만 아니라 ‘재산상의 이익’(property interest)이라는 개념을 규정하고 있다.

당사국의 정부행위가 간접수용에 해당하는지 여부에 대한 판정 법리는 첫째, 정부행위의 경제적 영향정도, 둘째, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해정도, 셋째, 정부행위의 성격 등을 포함하여 투자에 관한 모든 관련요소를 심사하여 ‘사안별’ 및 ‘사실에 기초한 조사’를 통하여 결정한다고 규정하고 있다. 이 세 가지 판정요건은 미국 판례법으로부터 도출된 법리일 뿐만 아니라 국제 투자분쟁 사례에서도 이미 강조되어 온 것으로서 일정한 물론 합리성을 가지고 있다. 보상을 요하지 않는 정부의 합법적 규제조치와 보상을 요하는 간접수용조치를 구분하는 기준에 관하여서는 중재판정부에서 일치하지 않은 판정을 하고 있으나, 중재판정 사례를 면밀히 검토해 보면 중재판정부들이 판정과정에서 위 세 가지 판정요건을 심사하고 있다는 것은 분석된다.<sup>395)</sup>

또한 공공복리 목적의 조치를 간접수용의 적용범위로부터 원칙적으로 배제한다는 규정을 두고 있다. 협정문은 공공 보건, 안전, 환경과 부동산가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 위한 당사국의 무차별적인 규제행위는 ‘드문 상황’을 제외하고는 간접수용을 구성하지 않는다고 규정하고 있다. 이로써 공공복지 목적의 무차별적 조치는 간접수용을 구성하지 않는 것으로 법적 근거를 제시하고, 투자자는 간접수용에 당한 것을 주장하기 위하여 예외조항인 ‘드문 상황’(rare circumstances)을 입증하여야 한다. 협정문에서는 드문 상황의 요건을 구체화하기 위하여 “행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때”라고 드문 상황의 예시로 규정하고 있다. 따라서 드문 상황은 조치의 목적과 효과 간에 비례성이 극단적으로 훼손된 경우일 정도가 되어야 함을 의미한다고 할 수 있다.<sup>396)</sup>

한·미 FTA 이후에 2009년 한·인도 CEPA에서는 한·미 FTA상의 간접수용 규정의 대부분을 받아들이고, 투자조약상 간접수용의 정의와 판정법리와 관련하여 한국정부의 의지와 입장을 반영하고 있다.<sup>397)</sup>

395) Catherine Yannaca-Small, *op. cit.*, pp.53-70.

396) 법무부, 각주 69, pp.124-125.

397) 2009년 한·인도 CEPA 부속서 10-가는 다음과 같이 규정하고 있다.

“양 당사국은 다음에 대한 공유된 양해를 확인한다.

1. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는, 그것이 자국 영역 내에서 형성된 투자의 유형 또는 무형의 재산권을 침해하지 아니하는 한, 수용을 구성할 수 없다.
2. 제10.12조 제1항은 두 가지 상황을 다룬다. 첫 번째는 직접수용으로서, 명의를 공식적 이전 또는 명백한 물

## 1) '특별한 희생' 법리의 도입

한·미 FTA와 한·인도 CEPA이 간접수용 규정에서 정부조치의 성격과 관련하여 '특별한 희생'(special sacrifice)의 법리를 삽입하였다. 계약당사국은 협정문에서 "관련 고려사항은 정부행위가 공공이익을 위하여 투자자 또는 투자에 감수하여야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 강요하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다."라고 예시적으로 규정함으로써 실제 중재의 판정과정에서 정부조치의 성격을 충분히 심사하여야 한다는 의도를 나타내고 있다. 즉, 공공이익을 위한 정부조치로 인하여 투자자가 수인하여야 할 정도를 넘어서 특정한 투자자나 투자에 대하여 특별한 희생을 초월하는 경우에는 그 정부조치가 간접수용을 구성한다고 할 수 있다.

특별한 희생이론은 평등권의 시각에서 재산권의 사회기속성의 한계를 판정하려는 것으로서, 재산권제한의 효과가 개별적인 성질을 가져서 사회전체에 미치는 경우에는 재산권의 단순한 사회적 제약에 해당하지만, 재산권 제한의 효과가 개별적인 성질을 가져서 일종의 특별한 희생을 뜻하게 경우에는 보상이 따르는 재

수를 통하여 투자가 국유화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우이다.

3. 제10.12조 제1항에 다루어진 두 번째 상황은 간접수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우이다.
- 가. 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정의 사실 상황 하에서 간접수용을 구성하는지 여부의 결정은 다음을 포함하여 그 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하는 사안별로 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.
  - ① 정부 행위의 경제적 영향. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.
  - ② 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대(보다 명확히 위하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜 한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적인 가능성이 더욱 낮다.)를 침해하는 정도, 그리고
  - ③ 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격. 관련 고려사항은 정부행위가 공공이익을 위하여 투자자 또는 투자에 감수하여야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 강요하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.
- 나. 조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건·안전·환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 무차별적인 규제조치는 간접수용을 구성하지 아니한다."

산권의 제한에 해당한다고 한다.<sup>398)</sup> 특별한 희생은 한국 헌법에서 명시되지 않으나, 헌법재판소와 법원은 재산권에 대한 제약과 보상을 요하는 수용을 구별하기 위하여 기준으로 이를 적용하고 있다. 다만, 특별한 희생의 개념 자체가 불명확하기 때문에 이에 대하여 헌법재판소가 사안별로 판결하고 있다.<sup>399)</sup> 또한 특별한 희생의 개념은 정부조치의 성격과 관련하여, 협정문에는 규정되어 있는 여러 가지 판정요건 중의 하나에 불과하므로 실제 분쟁이 발생한 경우에 이를 활용할 수 있는지가 주목을 받고 있다.

## 2) '부동산 가격안정화'의 삽입

2004년 미국 BIT 모델에서는 간접수용의 예외로 공공 보건, 안전과 환경 등을 규정하고 있으나, 한국은 부동산 분야와 관련하여 각종의 규제가 간접수용에 해당하게 될 가능성이 있기 때문에 이와 관련한 정부의 규제권을 확보하도록 부동산 가격안정화 정책을 간접수용의 예외범위에 삽입하였다. 또한 부동산 가격안정화를 위한 정부의 부동산정책의 범위가 너무 포괄적이고 공공복지 목적이라는 상위 개념과 부합하지 않을 우려도 있기 때문에 이를 예시한 것으로서 '저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한'이라고 명시하고 있다. 즉, 한국의 부동산 시장의 특수성과 현실을 감안하여 정부의 부동산 가격안정화 조치는 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 제외하고는 간접수용으로 볼 수 없다는 것이다.

## 2. 중국의 규정동향

### 1) BIT상의 간접수용 규정

398) 허영, 각주 121, p.606.

399) 헌재 1998.12.24, 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 전원재판부, 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 등이다.

중국은 2006년 중국·인도 BIT의 의정서 제3조에서 간접수용의 정의와 판정법리를 처음으로 규정하였다.<sup>400)</sup> 그 규정은 최근 미국의 모델 BIT 또는 FTA상 간접수용의 규정을 바탕으로 대부분의 규정을 나뉘대로 두었고, 단지 약간의 변형을 하게 되었다. 미국 투자조약상 간접수용의 규정과 비교해 보면, 중국·인도 BIT상 간접수용의 규정내용은 구체화되고, 간접수용의 대상범위는 비교적 협소하고, 판정요건은 신중하게 설치되고 있다.

간접수용에 해당하는 조치는 “일방 계약당사국이 투자자의 투자를 실질상의 수익이 없고 또는 이익이 취득될 수 없는 것으로 만들어, 정식적인 소유권이전 또는 직접적 몰수의 경우를 제외하며, ‘고의적으로’(intentionally) 취하는 하나 또는 일련의 조치”로 한정하고 있다. 한편으로 간접수용의 판정법리에 대하여 ‘조치의 차별적 정도’(제2항의②)를 간접수용의 판정요건으로 제시하며, 정부조치의 성격뿐만 아니라 ‘정부조치의 의도’(제2항의④)를 판정요건으로 명확히 규정하였다. 따라서 중·인도 BIT는 미국식의 간접수용규정보다 현지국의 정부조치의 ‘목적’을 더욱 강조하고, 간접수용의 대상범위를 축소시키는 것으로 설정하였다. 또한 간접수용의 범위에 대해서는 중국·인도 BIT에서도 ‘사법기관의 보편적인 적용효력을 가지는 재판에 근거한’이라는 문구를 통하여 간접수용의 범위를 한정함

400) 2006년 중국·인도 BIT 의정서 제3조는 간접수용에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“협정 제5조 수용의 해석에 대하여 계약쌍방은 다음과 같이 공유된 인식을 확인한다.

1. 정식적인 소유권이전 또는 직접몰수의 형식을 통하여 행해진 직접수용 또는 국유화를 제외하며, 수용조치는 일방 계약당사국이 투자자의 투자를 실질상의 수익이 없고 또는 이익이 취득될 수 없는 것으로 만들어 (whereby the investment of an investor may be rendered substantially unproductive and incapable of yielding a return), 정식적인 소유권이전 또는 직접적 몰수의 경우를 제외하며, 고의적으로 취하는 하나 또는 일련의 조치를 포함한다.
2. 특정한 경우에는 일방계약당사국의 하나 또는 일련의 조치가 상기된 1항에서 가리키는 조치에 구성되는 여부를 확정할 때, 사실에 기초에 사안별로 심사를 필요로 하며, 또한 다음과 같이 모든 요소를 고려한다.
  - ① 당해 조치 또는 일련의 조치의 경제적 영향. 그러나 당사국의 조치 또는 일련의 조치가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니한다.
  - ② 당해 조치의 범위 또는 적용에는 어느 특정 일방 또는 투자자 또는 투자기업에 대한 차별적 정도.
  - ③ 당해 조치 또는 일련의 조치가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 간여(interfere)하는 정도.
  - ④ 당해 조치 또는 일련의 조치의 목적(intent) 및 성격(character), 선의의 공공이익을 목표로 취하는 여부 및 당해 조치와 수용의 목적 간에 합리적인 관계(nexus)가 존재하는 여부.
3. 드문 상황을 제외하며, 일방 당사국은 공공이익의 보호를 목적으로 또는 무차별적인, 예컨대 사법기관의 보편적인 적용효력을 가지는 재판에 근거하여 취한 조치를 포함한 규제조치가 간접적 수용 또는 국유화를 구성하지 아니한다.”

으로써 현지국의 국내사법에 대한 충격을 최소화하도록 하고 있다.

## 2) FTA상의 간접수용 규정

중국이 타국과 체결한 FTA 중에는 2008년 중·뉴질랜드 FTA<sup>401)</sup>와 2009년 중·페루 FTA는 투자분야의 규범을 포함하여 간접수용도 비교적 상세히 규정하고 있다.<sup>402)</sup> 양 FTA상의 간접수용 규정은 중국·인도 BIT와 비교해 보면 문구와 구조에는 새로운 용어를 사용하고 규정의 구조를 변환하였으며, 간접수용의 판정과 관련한 내용에는 간접수용의 판정법리를 더욱 명확히 규정하였다.

중국 FTA상 간접수용 규정의 특징은 다음과 같다. 첫째, 정부의 행위 또는 일련의 행위가 투자자의 유형·무형의 재산뿐만 아니라 재산상 이익을 침해하는

401) 2008년 중·뉴질랜드 FTA 부속서(13)는 간접수용에 관련하여 규정하고 있으며, 2009년 중·페루 FTA와 비교해 보면 거의 동일한 문구와 구조를 채택하였으나, 다만 2009년 중·페루 FTA 부속서(9)의 제4조를 포함하지 않고 있는 차이점이 있다.

402) 2009년 중·페루 FTA 부속서(9)는 간접수용에 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

- “1. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는 투자의 유형·무형의 재산권 또는 재산상의 이익에 대하여 간여하지 아니하는 한, 수용을 구성할 수 없다.
2. 수용은 직접적이나 간접적인 것이다.
  - ① 직접수용은 정부가 국유화와 법적 강제취득 또는 몰수 등 수단을 통하여 투자자재산을 완전히 취득한 경우에 발생하는 것이다.
  - ② 간접수용은 정부의 행위 또는 일련의 행위가 제①항에서 열거되는 상황에 속하지 않음에도 불구하고 정부가 실질적으로 투자자의 재산 사용권을 박탈함으로써 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우에 발생하는 것이다.
3. 간접수용을 구성하기 위해서는 정부의 행위 또는 일련의 행위가 ① 심각하거나 확실한 기한이 없는(severe or for an indefinite period) 것이며, ② 공공이익에 비례하지 않은(disproportionate) 것이어야 한다.
4. 제3항에 불구하고, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정한 사실 상황에서 간접수용을 구성하는지 여부의 결정은 사안별로 사실에 기초한 조사와 정부행위의 경제적 영향에 대한 고려를 필요로 한다. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.
5. 다음과 같은 재산권의 박탈은 특히 간접수용을 구성한다고 할 것이다.
  - ① 특정한 투자자나 투자자가 일부로 포함된 어느 분야에 지향하고 효과상 차별적인 것이다. 또는
  - ② 사전에 국가가 투자자에 대하여 계약, 면허 또는 기타의 법률문서로 작성하는 것과 상관없이 구속력이 있는 서면허가를 위반하는 것이다.
6. 제5항에 적용되는 드문 상황을 제외하고는, 공중보건·안전·환경과 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고, 국가의 규제권을 합리적으로 행사하기 위한 것으로 적용되는 조치는 간접수용을 구성하지 아니한다.”

경우에도 간접수용의 대상범위에 포함시키고 있다. 둘째, 투자자의 재산권을 실제로 박탈하는 경우에 정부의 행위 또는 일련의 행위는 간접수용을 구성할 수 있다. 그 의미는 현지국의 정부행위로 인하여 투자자가 투자를 실제로 이용할 수 없거나 심각한 영향을 받는 경우에 간접수용을 구성한다. 셋째, 정부행위의 성격에 대한 판정에 있어서 영향의 심각성을 심사하는 동시에 영향의 기간이 불확정하거나, 공공이익에 비례하지 않은 경우에는 간접수용을 구성한다. 또한 정부행위의 목적은 차별적인 것이라면 간접수용을 구성한다. 넷째, 투자자의 기대이익을 판정하기 위해서는 현지국 정부가 계약, 면허 또는 기타 법적 효력이 있는 문서로 나타내는 서면약속을 위반하는 것을 기준으로 명시하고 있다.

### 3. 기타 국가와의 투자조약상 간접수용 규정의 비교

이상과 같이 최근 한·중 양국은 타국과 체결한 BIT 또는 FTA상 수용조항과 관련한 부속서에서 간접수용의 정의와 판정법리 등의 내용을 명확히 규정하고 있다. 이러한 규정은 주로 최근 미국의 BIT 또는 FTA상의 규정을 바탕으로 작성하고 있으나, 양국은 자국의 국내법과 현실상황을 감안하여 이를 일정한 변형을 통하여 간접수용의 판정 법리를 보완하고 있다. 따라서 각각 투자조약상 간접수용의 규정에는 다소의 차이점이 있으나, 판정요건과 간접수용의 예외 등 내용에 공통점이 다음과 같다. 즉, 간접수용의 판정에 있어서 정부행위의 경제적 영향, 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대에 대한 침해정도, 그리고 정부행위의 성격 등 세 가지 판정요건을 확립하고 있으며, 사안별로 사실에 근거한 조사를 요구하고 있다. 또한 공공복리 목적을 위한 무차별적 정부행위를 간접수용의 예외로 명시하고 있다.

<표5-3> 한·중과 타국간 투자조약상의 간접수용 규정

구분	한·인도 CEPA	중국·인도 BIT	중·페루 FTA
수용의 대상범위	투자와 관련하여 유형 또는 무형의 재산침해로 한정하고 있다.	투자자의 투자와 수익을 규정하고 있다.	유형 또는 무형의 재산뿐만 아니라 재산상의 이익에 대한 침해를 포함하고 있다.
간접수용의 정의	직접수용에 동등한 효과를 가지는 정부조치로 정의하고 있다.	간접수용을 비교적 제한적으로 정의하고 있으며, 간접수용을 구성하기 위해서 정부행위로 인해 투자에 대한 심각한 영향과 정부행위의 고의성을 요구하고 있다.	투자자의 재산 사용권에 대한 실질적 박탈을 강조하고 직접수용에 동등한 효과를 가지는 정부조치로 정의하고 있다.
정부행위의 경제적 영향	정부행위의 경제적 영향을 규정하고 있으며, 단지 정부행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용으로 볼 수 없다.	간접수용의 정의에서 투자자의 투자가 실질상의 수익이 없게 되거나 이익을 취득할 수 없는 경우에 간접수용을 구성한다고 규정함으로써 정부행위의 영향의 정도를 명시하고 있다.	정부행위의 경제적 영향을 규정하고 있으며, 단지 정부행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용으로 판정할 수 없다.
분명하고 합리적인 기대	투자자 기대의 합리성은 관련 규제분야의 속성과 정도에 따라 다를 수 있다고 명시하고 있다.	정부행위 또는 일련의 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 간여하는 정도도 규정하고 있다.	투자자의 분명하고 합리적인 기대를 판정함에 있어 판정방식과 예시를 명시하고 있다.
정부행위의 성격	한국수용법제상의 핵심요소인 특별한 희생의 법리를 규정하고 있다.	정부행위의 성격에 대한 판정에 있어 정부행위의 성격뿐만 아니라, 정부행위의 의도를 요소로 명시하기도 하고, 정부행위의 차별성 및 정도를 삽입하고 있다.	정부행위의 지속기간, 공공이익과의 비례성 그리고 투자자에 대한 지향성을 규정하고 있다.
간접수용의 예외	원칙적으로 간접수용이 되지 않는 공공복지 정책 예시에 부동산 가격 안정화를 명시하고 공공복지정책의 열거가 한정적이지 않음을 확인하고 있다.	공공복리 목적으로서의 무차별적 정부행위를 간접수용의 예외로 명시하고 있다.	공공복리 목적으로서의 무차별적 정부행위를 간접수용의 예외로 명시하고 있다.

(자료: 본문 제5장 제2절 내용을 요약하여 작성함)

### 제3절 한·중 FTA에 대한 시사점

#### 1. 한·중 FTA의 추진현황

한국과 중국은 2004년 ASEAN+3 경제장관회의를 계기로 한·중 FTA에 관한 민간공동연구의 추진을 합의하였으며, 2005년부터 중국의 ‘국무원발전연구센터’(이하 ‘DRC’라고 함)와 한국의 ‘대외경제정책연구원’(이하 ‘KIEP’라고 함)간 공동연구, 2006년 민간공동연구, 그리고 2007년 내지 2008년 ‘산관학 공동연구’를 거쳐, 정부는 향후 산관학 공동연구 결과를 면밀히 검토하고, 국내 업계·학계 등 이해관계자와 계속 협의하는 등 충분히 여론을 수렴하면서 한·중 FTA 협상 추진 문제를 신중히 검토할 것이라고 생각된다.

투자분야와 관련하여 현재 한국의 대중국 투자는 중소기업에 의한 섬유·의류, 식품, 조립금속 등 노동집약적 업종의 투자의 비중이 높으나, 최근에는 자본집약적 업종에 대한 대기업의 투자가 꾸준히 증가하고 있다. 반면에 중국의 대한국 투자규모는 적으나, 최근 중국기업의 글로벌화 전략에 따라 중국의 대한국 투자도 증가하고 있다. 또 세계적으로 중국기업의 경쟁력이 강화되고 있을 뿐만 아니라 한국과 정치적·경제적·법적 환경이 점차 유사해지고 있어 중국기업의 한국으로의 투자증가가 예상되고 있다. 이에 따라 한·중간 투자 하나의 장애요인으로 법적 문제를 제거하기 위하여 한·중 BIT를 체결하였으며 한층 높은 투자활성화를 목표로 한·중 FTA의 협상을 진행하고 있다.

<표5-4> 한·중 FTA의 추진현황

연 도	주 요 내 용
2004. 9	· ASEAN+3 경제장관회의 계기 한·중 통상장관회담에서 민간공동연구 개시 추진 합의
2005	· 2005년부터 중국의 DRC과 한국의 KIEP간 공동연구 개시, 1년차 연구수행
2006	· 민간공동연구 2년차 연구수행 후 11월 연구종료 · 한·중 FTA에 대한 보다 심층적이고 체계적인 연구를 위해 산관학 공동연구 필요성을 정책제안에서 제시
2006. 11. 17.	· APEC 각료회의 계기 한·중 통상장관회담에서 한·중 FTA 산관학 공동연구를 2007년부터 개시하기로 합의
2007. 3. 22-23.	· 한·중 FTA 산관학 공동연구 제1차 회의 개최(북경) · 공동연구 운영계획, 향후 작성할 산관학 연구보고서의 목차 및 체계 등을 확정
2007. 7. 3-4.	· 한·중 산관학 공동연구 제 2차 회의 개최 (서울): · 상품, 서비스, 투자, 협력 등 4개 분야 중 상품 분야에 대해 양국이 사전 교환한 보고서 초안을 검토 · 양국의 민감분야(한국:농림수산업, 중국:제조업)에 미치는 파급효과를 최대한 객관적이고 균형 있게 기술하기로 합의
2007. 10. 23-25.	· 한·중 FTA 산관학 공동연구 제3차 회의 개최(위해) · 상품(제조업, 농업), 서비스, 투자 분야에 있어서의 한·중 FTA 효과에 대한 보다 심층적이고 체계적인 연구가 진행되며, 정부와 학계, 업계가 모두 참여하는 토론의 장이 될 것으로 예상 · 특히, 한국 측은 그간 다양한 경로를 통해 입장을 밝혀온 농수산물 등의 고도의 민감성과 이에 대한 보호 필요성을 제기할 예정이며, 중국 측도 일부 제조업 등 자국의 민감부분의 문제를 제기할 것으로 전망 · 서비스 및 투자 분야에 있어서는, 양국의 관련 국내 법령 등 규제 현황 및 FTA를 통한 자유화의 효과에 대해서도 논의 예정
2008. 2. 18-20.	· 한·중 FTA 산관학 공동연구 제4차 회의 개최(제주) · 상품(제조업, 농림수산업) 및 여타 이슈에 대해 논의를 진행, 제조업, 원산지, 통관, 지적권, 경쟁, 경제협력, SPS 8개 소분야의 문안에 대해 합의를 도출 · 공동연구 보고서는 총 7개 분야 18개 소분야로 구성되어 있는 바, 회의 결과는 3개 소분야(농림수산업, 정부조달, 결론 및 권고)를 제외한 여타 15개 소분야에서 최종 합의를 도출 · 양측은 제5차 회의를 5-6월 중 북경에서 개최하여, 공동연구를 종료하기로 하였음
2008. 6. 11-13.	· 한·중 FTA 산관학 공동연구 제5차 회의 개최(북경) · 최근 양국간 교역 현황 평가 등을 토대로 산관학 공동연구 보고서 중 농림수산업, 결론 및 권고 등 분야에 대해 논의를 진행한 바, 한국 측은 농수산업 분야의 민감성에 비추어 이에 대한 적절한 보호 방안 마련 필요성을 강조

(자료: 외교통상부)

## 2. 한·중 FTA 간접수용 규정에 대한 시사점

### 1) 간접수용 규정의 필요성

현재 투자분야에 있어 한국과 중국은 BIT를 체결하였고, 한층 높은 수준의 투자자 보호 및 투자 활성화를 목표로 한·중 FTA를 적극적으로 추진하고 있다. 한·중 FTA는 중국의 적극적인 FTA추진으로 2004년 경제장관회의를 계기로 민간공동연구를 추진하여, 사전연구가 진행되고 있다. 간접수용과 관련하여 2007년 개정 한·중 BIT는 수용과 보상제도의 투명성을 제고하였으나, 간접수용에 대하여서는 단지 '수용과 국유화에 상당하는 조치'로 규정하여 향후 논란의 소지를 안고 있다고 할 것이다.

중국은 한국의 가장 큰 해외투자 대상국이지만 현재 양국 간에는 아직까지 크게 BIT에 의한 보호를 필요로 하는 투자분쟁이 발생한 적이 없다.<sup>403)</sup> 그러나 최근 중국 길림성 정부가 백두산을 유네스코 세계자연문화유산에 등재하기 위하여 상업적 숙박시설을 모두 철거하는 것을 내용으로 하는 조례를 제정하였다. 대부분이 한국 투자자가 투자한 호텔 등에 대하여 철거명령을 통보한 일련의 사례는 향후 양국 BIT 투자분쟁의 대폭 증가를 알리는 서막이라고 할 수 있다.<sup>404)</sup> 따라서 국제법상 간접수용과 관련된 판정법리가 성숙하지 않고, 그 적용범위가 확정되지 않고 있는 상황에서 이와 관련한 투자분쟁이 중재판정부의 자유재량으로 해결됨으로 인하여 투자자나 국가에 불리한 영향을 초래할 가능성이 있다. 이에 대비하기 위하여 투자조약에서 계약당사국의 의지를 진실하게 나타내는 간접수용의 판정법리를 명확히 규정함으로써 향후 발생 가능한 논란의 소지를 차단하는 방법이 가장 효과적이라고 할 수 있다.

### 2) 제한적으로 규정하는 이유

403) 2007년에 중국투자자(Tza Yap Shum)가 페루에 투자하여 설립한 회사(TSG Peru SAC)가 페루 정부로부터 BIT 수용의무 위반을 당하였다는 이유로 ICSID에 중재청구를 제기하였다. 이는 중국의 처음으로 ICSID의 중재청구를 제기한 것으로서 한국에 대해서도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

404) 김여선, 전제논문, pp.79, 100-101.

투자조약에서 간접수용을 어떻게 규정할 것인지는 세계적으로 존재하는 과제로서, 이로 인하여 국가의 공공정책과 제도의 무력화 등의 문제점<sup>405)</sup>에 대비하기 위하여 한·중 FTA에서 간접수용의 범위를 제한적으로 규정하여야 한다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 국제법상 간접수용과 관련된 정의, 범위와 판정법리가 아직 성숙하지 않은 상황에서 한·중 FTA 또는 타국과의 투자조약에서 간접수용의 대상범위를 넓고 모호하게 규정함으로써 중재판정부의 자유재량으로 인하여 국가의 주권과 공공관리 능력에 예측할 수 없는 결과를 초래할 수 있다. 둘째, 당사국의 국내법 체계에 있어 간접수용의 도입가능성과 합헌성 여부에 대한 논의가 존재하며,<sup>406)</sup> 간접수용의 도입은 가능하다고 할지라도 국내법체와의 정합성을 높이기 위하여 헌법 등과 합치하도록 규정하여야 한다. 셋째, 한·중 FTA의 체결목적은 안정적이고 투명한 규정을 통하여 계약상대국의 투자를 유치하도록 하는 것이다. 그러나 사실상 투자조약의 체결과 외국인투자의 유치간의 인과관계 및 효과에 대해서는 논의가 존재하며,<sup>407)</sup> 사실상 외국인투자를 유치하는 것은 현지국의 자연자원, 정치, 경제 그리고 보호시설 등 다양한 요소와 관련되고 있다.<sup>408)</sup> 그래서 만약 투자조약의 체결은 외국인투자 유치를 효과적으로 확보할 수 없는 점을 감안하면 간접수용을 제한적 범위에서 적용시키는 것은 타당하다고 생각된다.

### 3) 간접수용 예외규정 명확성의 제고

405) 김원보, 전계논문, pp.41-42; 한상희, “한미FTA와 국가책임: ISD에서의 간접수용과 그 헌법 문제를 중심으로”, 『서강법학』 (제9권), 2007, pp.80-86.

406) 한국 국내 학자들은 간접수용의 도입가능성과 합헌성 여부에 대해 의견 차이를 보이고 있다. 국내 헌법 학자들은 도입가능하다는 입장과 불가능하다는 입장이 나누어져 있다. 국제법학과와 한국 정부는 간접수용은 국제조약에 규정된 만큼 국내법과 같은 효력을 지니고 있는 만큼 간접수용은 바로 국내법적 효력을 지닌다고 보고 있다.(김태현, 각주 6, pp.26-35.)

407) 예컨대 브라질은 BIT와 ICSID협약을 비준하지 않은 반면에 2005년 남미 최대의 외국인직접투자 유치국으로서 되었다.

408) Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp.62-63.

간접수용과 관련한 조항의 불명확과 중재판정부의 자유재량으로 인하여 경제적 사정뿐만 아니라, 환경, 조세와 노동 등 분야에서 현지국의 규제권에 영향을 미치고 있는 것이 분명하다.<sup>409)</sup> 국제법상 국가가 환경, 공공 보건, 소비자 보호, 유해물질 규제 등과 같은 영역에서 규제적 조치를 취할 수 있는 합법적 규제권을 보유하는 것은 전통적으로 인정되어 왔으나, NAFTA의 규정에 의하면 이러한 규제적 조치가 수용조치로 판정될 수 있는 가능성이 존재한다. 또한 외국인투자자가 국가의 조치가 간접수용에 해당한다고 스스로 주장하여 ISD에 의하여 국제중재를 제소할 수 있다는 점에서 보면 정부의 공공정책과 기존 제도가 무력화될 것이라는 우려가 있다.<sup>410)</sup> 즉, 국가의 공공정책 목적을 실현하기 위하여 조세, 부동산, 금융 등 규제조치가 간접수용에 해당하게 되면 국가의 경제발전 계획에 필요한 자금부담이 가중되어, 토지이용 계획과 인·허가 관리 등과 관련된 기존 제도가 간접수용에 해당될 수 있어 충격을 받을 우려가 있다.

이에 대비하기 위하여 간접수용의 정의와 범위를 한정하여 민감한 분야에서의 정부조치를 간접수용의 범위로부터 배제함으로써 공공정책과 제도의 무력화를 방지할 수 있다. 이렇게 함으로써 무차별적 규제조치를 간접수용의 대상범위로부터 제외할 수 있다. 구체적으로 말하면 공공의 건강, 안전, 환경 및 부동산 가격 안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 정부조치를 간접수용을 구성하지 않는다고 원칙적으로 규정할 수 있을 뿐만 아니라, 조세, 금융과 산업 구조 조정 등 비교적 민감한 분야에 있어 정부가 경제발전과 사회개혁 등을 위한 공공정책과 규제조치를 취할 수 있다는 예시규정을 추가할 수 있다. 혹은 민감한 분야를 감안하여 예외조항 등을 통하여 이러한 분야에서 시행하는 조치를 간접수용의 대상범위로부터 배제하는 방식도 채택될 수 있다.

#### 4) 간접수용 판정의 요건과 기준의 활용

국제법상 간접수용의 판정법리가 성숙하지 않아 정부행위가 간접수용에 해당

409) Rudolf Dolzer, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics*(Vol.37), 2006, p.960.

410) 김원보, 전제논문, p.41.

하는지 여부가 상당한 정도로 중재판정부의 자유재량에 의하여 판정되고 있다. 법적 확정성과 안정성의 측면에서 보면 중재판정부의 자유재량을 제한하도록 간접수용의 판정요건과 판정기준을 명시할 필요가 있다. 따라서 한·중 FTA는 최근 국제중재의 판례와 투자조약에서 제시된 정부행위의 경제적 영향정도, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해정도, 그리고 정부행위의 성격 등 세 가지 판정요건을 규정할 수 있을 뿐만 아니라, 판정요건 상호간의 관계에 대한 판정기준을 도입할 수 있다. 즉, 세 가지 판정요건이 종합적으로 심사되어야 하며, 정부조치의 영향과 성격을 검토함에 있어 비례성을 심사한다는 형량이론을 명시하는 것이다. 왜냐하면 이 이론의 융통성으로 중재판정부가 사건의 사실관계에 근거하여 판정요건 상호간의 관계를 조정할 수 있으며, 비례원칙에 의한 분석을 통하여 투자자의 요구와 국가의 조치가 합리적인지 여부, 아니면 자의적이나 부당한 것인지 여부를 판정할 수 있기 때문이다.<sup>411)</sup>

한편 중재판정부가 최근 간접수용과 관련한 투자분쟁 사례에서 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 자의적으로 해석하고 있는 경향으로 인하여 현지국의 법제가 영향을 초래할 우려가 있다.<sup>412)</sup> 따라서 2009년 중국·페루 FTA 부속서(9) 제5항은 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 명시하지 않고, 대신에 국가가 투자자와의 계약, 면허 또는 기타의 법률문서로 작성하는지에 상관없이 구속력이 있는 서면허가를 위반한다고 규정하고 있다. 그러므로 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익이 구속력이 있는 국가의 서면허가를 통하여 판정될 수 있으며, 중재판정부의 자유재량이 효과적으로 제한되어 간접수용 판정의 예측성과 투명성을 제고할 수 있다는 점에서 보면 한·중 FTA에 시사하는 의미가 있다.

## 5) 투자개념의 확장에 대한 대응

411) Alec Stone Sweet, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", *Law and Legal Ethics of Human Rights*, 2009, p.13. ([http://works.bepress.com/alec\\_stone\\_sweet/31/](http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/31/))(2010.1.14. 최종 방문일)

412) Cai Congyan, "China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications", *Journal of International Economic Law*(Vol.12. No.2), 2009, p.479.

투자 개념의 확장으로 인하여 간접수용의 대상범위가 확대되고 있다. 2004년 미국 모델 BIT는 유형적·무형적 재산권뿐만 아니라 재산상의 이익을 간접수용의 대상범위로 삼고 있다. 이에 대하여 최근 한·중 양국은 타국과 체결한 FTA 또는 BIT에서 재산상의 이익을 간접수용의 대상범위로부터 배제하고 있는 입장을 가지고 있다. 한편 한·중 BIT상의 투자개념은 광범위한 자산에 기초하고, 개방식으로 정의되고, 투자의 구체적 내용은 현지국의 국내법에 의하여 결정되도록 하고 있다.<sup>413)</sup> 이러한 투자개념은 투자유치국이나 투자자 모국 모두에 보다 유리하다는 인식에 기초로 두고 있다. 따라서 한·중 FTA에서는 당사국의 정책방향을 반영하는 국내법의 규정을 투자의 범위로 설정함으로써 간접수용의 대상범위와 국내법상 재산권 보장범위에 합치하도록 설정하여야 한다고 생각한다.

#### 6) 경제발전과 공공건강·환경 등 제약목적의 추가

투자조약은 조약 전문에서 투자보호와 촉진 등 내용으로 제약 목적을 선포하는 반면에 국가의 경제발전과 공공건강·환경 등에 관련한 내용을 언급되지 않고 있는 것이 대부분이다. 이에 따라 투자분쟁에서 중재판정부는 투자조약을 해석할 때에는 현지국의 공익보다 투자자의 개인이익에 유리한 경향을 나타내고 있다.<sup>414)</sup> 그러므로 한·중 FTA는 전문에서 투자의 범위를 ‘현지국의 경제발전에 유리한 외국인투자’로 한정할 수 있으며,<sup>415)</sup> 공공 건강·환경 등을 제약 목적으로

413) 한·중 BIT 제1조는 “투자라 함은 어느 한쪽 계약당사국의 투자자가 투자 시점에 적용 가능한 다른 쪽 계약당사국의 법령에 따라 다른 쪽 계약당사국의 영역 안에서 투자하는 데 사용한 모든 종류의 자산을 말하며 특히 다음을 포함하나 이에 한정되지 아니한다. 가. 동산·부동산 및 지당권·유치권·질권·용익권 등 물질적 재산권 및 이와 유사한 권리, 나. 지분·주식·채권·회사채 또는 그 밖의 형태의 회사·기업·합작 사업에의 참여, 다. 금전청구권이나 투자와 관련하여 경제적 가치가 있는 이행청구권, 라. 저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·영업비밀·상호권을 포함하는 지적재산권과 영업신용, 마. 천연자원의 탐사·추출·개간 또는 개발을 위한 권리를 포함하여 법률 또는 계약에 의하여 부여되는 모든 권리 및 법률에 따른 면허와 허가, 투자된 자산 형태의 어떠한 변경도 그 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

414) Bjørn Kunoy, *supra note 78*, p.470.

415) ICSID 협약의 전문에서는 ‘경제발전을 위한 국제적 협력’(international cooperation for economic development)이라는 목적을 명시하고 있다. 따라서 ICSID 관할권에 있어 외국인투자는 현지국의 경제발전 에 유리한 것이어야 한다는 견해가 있다.(Omar E. García-Bolívar, “The Teleology of international

명시할 수 있다.<sup>416)</sup> 즉, 현지국은 외국인투자가 현지국의 경제발전을 저해하거나 공공건강 위협 또는 환경오염을 초래하는 경우에 그 투자활동을 금지하거나 제한하는 조치를 취할 수 있다는 것을 의미한다. 이에 따라 투자분쟁에서 중재판정부에게 국가의 공익과 투자자의 사익을 함께 고려하고 조약을 해석시키는 역할을 할 수 있다.



---

Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements”, *The Journal of world Investment & Trade*(Vol.6. No.5), 2005, p.758.)

416) 한·싱가포르 FTA 제10.18조에서 “이 장의 어떠한 규정도 당사국이 자국 영역에서의 투자활동이 환경 문제를 민감하게 고려하는 방식으로 행하여지도록 보장하기 위하여 적절하다고 판정하고, 다른 면에서는 이 장과 합치되는 조치를 채택·유지 또는 시행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.”라고 규정하고 있어, 환경문제에 관한 조치에 대해서 투자 관련 규정이 적용되지 않도록 하였다.

## 제6장 간접수용의 변화와 국내법의 적용

### 제1절 간접수용의 발전 동향과 향후과제

#### 1. 간접수용의 발전 동향과 주요 내용

1962년 Christie의 연구에 의하면 현지국이 외국인의 투자 또는 투자활동에 간여조치를 취한 경우에 당해 정부행위가 간접수용을 구성하는지 또한 이로 인하여 보상을 요하는지 여부의 문제에 대해서는 국제투자법상 사안별로 이를 해결 수 밖에 없다는 관점을 제출하였다.<sup>417)</sup> 2010년 현재 국제법은 간접수용에 대하여 통일적·명확한 정의를 내리지 못하고 있다. Paulsson은 “사례의 내용·중재 재판관의 선입과 관계없이 동일한 사건에 대하여 일치한 방식으로 판정하는 것을 확보하도록 기계적으로 허용될 수 있는 ‘마법의 공식’(magic formula)이 존재하지 않는다. 사실상 비교적으로 완비한 법률체제를 가지고 있는 미국 또는 프랑스에서도 그 동안 정부의 규제조치로 인한 개인재산에 대한 불리한 영향에 대하여 보상을 요하는지 여부를 예측할 수 있는 공식은 이루어지지 못하였다.”라고 주장하였다.<sup>418)</sup> 따라서 간접수용의 판정과 보상 관련 분쟁은 현재 국제법상 통일한 규칙과 해석이 없는 상황에 사안별로의 중재판정의 재량에 따라 판정되고 있다.

사안별로의 방식에 따라 그 동안 유엔 국제무역법위원회(이하 ‘UNCITRAL’라고 함), ICSID, 이란-미국청구재판소, 그리고 ECHR에서 수용과 관련된 판례를 통하여 국제법상의 간접수용 법리가 일정한 발전을 거두었다. 이러한 판례로부터 도출된 이론과 기준은 최근 일부 FTA 또는 BIT를 통하여 반영되었다. 이러한 법리를 조약본문에서 규정하는 것이 아니지만, 협정의 의정서 또는 부속서 등을 통하여 명시되었다. 현재 간접수용에 대한 국제중재의 판례에서 국가의 적법한

417) G. C. Christie, *op. cit.*, pp.307-338.

418) Jan Paulsson, "Indirect Expropriation: is the Right to Regulate at Risk?", Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Making the most of International Investment Agreements: A Common Agenda, 2005, pp.1-2. (<http://www.oecd.org/dataoecd/5/52/36055332.pdf>)(2010.1.7. 최종 방문일)

규제권의 행사를 보장하려는 추세를 보이고 있다는 경향이 있다.<sup>419)</sup> 이에 비하여 종래에는 투자조약상 간접수용을 ‘수용에 상응하는 조치’라는 표현으로 규정하고 있어서, 그 모호성으로 인하여 중재판정부의 재판관에게 많은 재량권을 주게 되어 논란의 대상이 되고 있으며, 국가의 정당한 규제조치가 간접수용에 해당될 가능성도 있다.

### 1) 간접수용의 정의

투자조약에서 간접수용 정의의 정립은 현지국 정부행위의 자율과 투자자보호에 대하여 중요한 역할을 할 수 있다. 2004년 미국 모델 BIT 부속서(B) 제3항은 간접수용에 대하여 “당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 상당한 효과를 가하는 것”이라고 정의하고 있다. 이 정의는 종전 투자조약상 간접수용의 규정과 비교하면 간접수용을 ‘수용 또는 국유화와 동등한 효과’로 표현하는 공통점이 있으며, 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 등을 간접수용의 범위에서 배제하고, 잠행적 수용을 의미하는 일련의 정부행위를 명시하는 차이점이 있다. 간접수용과 관련한 사실관계가 복잡하기 때문에 이 정의는 간접수용을 명확히 총괄할 수 없으나, 어느 정도로 간접수용 규정의 설립취지와 일반적 의미를 구현하고 있다고 할 수 있다.

또한 투자 개념의 확장으로 인하여 간접수용의 판정과정에서의 논란의 여지를 차단하기 위하여 한·미 FTA 제11장 제3절 제11.28조(정의) 투자의 정의와 관련하여 각주13은 “보다 명확히 하기 위하여 시장점유, 시장접근, 기대이득 그리고 이익획득의 기회는 그 자체만으로는 투자가 아니다.”라고 명시하고 있으며, 간접수용의 대상범위를 축소하였다.

---

419) Rachel D. Edsall, "Indirect Expropriation Under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations", *Boston University Law Review*(Vol.86), 2006, p.932.

## 2) 간접수용의 판정요건

국제투자법상 간접수용의 판정은 복잡한 문제로서 사실관계의 다양성과 판정 기준의 불확정성 등 점을 감안하면 역시 사실에 기초에 사안별로 심사가 필요한 것으로 요구되고 있으며, 심지어 이 방식은 향후 지속적으로 사용될 것이다.

간접수용을 판정할 때 사안별로의 심사원칙을 확립하면서 구체적 판정요건을 도입하는 것은 간접수용 판정의 확정성을 제고할 수 있다. 간접수용의 존재여부에 대한 심리과정에서 어떠한 요건을 심사하여야 하는가에 대하여서는 중재판정 사례에서 다양한 요건과 기준을 제시하여 왔다. 그 중에는 주로 첫째, 정부행위의 경제적 영향정도, 둘째, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 침해정도, 셋째, 정부행위의 성격 등 세 가지 판정요건을 들 수 있다. 이 세 가지 요건은 미국 판례법상 Penn Central 사건<sup>420)</sup> 등 미국 대법원의 판례에 의한 ‘세 가지 요소기준’(three factor test)을 반영한 것이며,<sup>421)</sup> 국제투자분쟁과 관련한 다수의 중재판정 사례에서도 이미 이들을 강조해 왔으므로 합리성을 인정받은 판정요건이라고 할 수 있다.<sup>422)</sup> 따라서 이러한 판정요건은 기존 국제법상 존재했던 것이 아니라, 미국 등 국내법에서 국제법으로 발전해 온 것이다.

한편 계약당사국은 자국의 상황과 필요를 감안하여 세 가지 판정요건을 인정하는 동시에 예시규정 또는 각주를 추가함으로써 국내법에 합치하도록 간접수용의 판정 법리를 보완하고 있다. 이와 관련하여 가장 대표적인 예는 한·미 FTA

420) Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 1977.

421) 1977년 Penn Central 사건에서 뉴욕시의 유적지보존법은 사적지를 보존하기 위하여 역사적 가치가 있는 건물이나 장소를 유적으로 지정하고, 그 주변을 유적보호구역으로 지정할 수 있도록 규정하였다. 지정된 유적의 소유자가 유적지의 외관구조를 변경하기 위해서는 유적지보존위원회의 승인을 받아야 하며, 유적지보호구역에서는 건축물의 신축이 제한되었다. 유적으로 지정된 Grand Central Terminal을 소유하는 펜 센트럴 운송회사(Penn Central Transportation Co.)는 터미널이 좁아 건물 뒤편에 고층건물을 지으려고 계획 중이던 UGP회사와 건물임대계약을 체결하였다. 그러나 유적지보존위원회는 그 고층건물이 신축되면 터미널의 역사적·예술적 특징을 훼손한다는 이유로 UGP의 건축허가 신청을 기각하였다. 이에 펜 센트럴과 UGP는 유적의 지정으로 정당한 보상 없이 재산권이 침해되었다고 주장하며 연방대법원에 소송을 제기하였다.(김민호, “미국의 규제적 수용에 있어 공익과 사익의 조정”, 『토지공법연구』 (Vol.16. No.1), 2002, pp.78-79.) 연방대법원은 경찰력의 행사와 규제적 수용을 구별하는 기준으로 세 가지의 요소를 제시하였다. 즉 첫째, 정부의 조치 또는 규제적 성격, 둘째 규제로 인해 재산권 소유자에 대한 경제적 영향, 셋째, 합리적인 투자에 기초한 기대이익의 침해정도 등이었다. 이는 미국에서 규제적 수용에 관한 가장 보편적인 기준인 ‘세 가지 요소기준’을 제시하였다.

422) 법무부, 각주 69, p.119.

에서 간접수용의 판정법리에 대하여 정부조치의 성격에 부연하여 특별한 희생의 개념을 예시규정으로 도입된 것이다.<sup>423)</sup> 이것은 국내법이 국제법상의 간접수용 법리에 영향을 미치는 것이라고 할 수 있으며, 향후 특정 체약당사국 간에 조약 체결을 통하여 이를 지속적으로 발전할 것이다.

### 3) 간접수용에 관한 원칙적 예외

간접수용과 관련하여 국제법상 법리와 판례에서 국가가 공공 목적을 위한 규제권을 행사하는 경우에 투자자의 손실이나 피해를 초래하였음에도 불구하고, 그 규제적 조치를 간접수용으로 볼 수 없다고 인식하고 있다. 이는 미국 국내법상 규제적 수용 법리와 유사한 것으로 최근 투자조약에서 국가의 규제적 조치를 간접수용의 예외로 원칙적으로 인정하는 경향이 나타나고 있다. 이는 투자조약을 통하여 투자자의 사익에 대한 보호 목적을 이루는 반면에 공적 이익의 측면에서 공공복리 정책을 실행하기 위한 현지국의 주권(sov<sup>er</sup>ign power)을 존중하는 것이라고 할 수 있다.<sup>424)</sup>

투자조약은 정부가 공공복리 목적을 위하여 무차별적 행위 또는 규제를 행하는 경우에 간접수용에 해당하지 않는다는 것을 명시하고 있다. 이는 세 가지 판정요건 중의 하나인 정부규제의 성격에 대한 보충설명으로 볼 수 있다.<sup>425)</sup> 즉, 정부행위의 성격을 심사함에 있어 공공복리 목적을 위한 정부의 규제권을 행사함으로 인하여 투자자가 불리한 영향을 받거나 경제적 손실을 입었다고 하더라도 간접수용에 해당하지 않는다고 판정할 수 있다. 그러나 논의는 투자조약에서

423) 이와 관련하여 또한 정부조치의 영향정도, 그리고 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도를 고려할 때에는 일반적 원칙과 구체적 해석이 제시되고 있어 세 가지 판정요건에 보완적 역할을 하고 있다. 예컨대 중국·인도 BIT에서 정부행위의 정도에 관해서는 “체약당사국이 투자자의 투자를 실질상의 수익이 없고 또는 이익이 취득될 수 없는 것으로” 명시하고 있으며, 한·미FTA에서 합리적인 기대에 관해서는 각주로 “보다 명확히 위하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜 한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적일 가능성이 더욱 낮다.”라고 해석하고 있다.

424) J. Martin Wagner, *op. cit.*, p.466.

425) 김민호·기지엽, 전제논문, p.15.

정부행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 불균형적인 경우와 같은 드문 상황에는 간접수용을 적용할 수 있는 예외조항을 두고 있다는 것이다.

## 2. 간접수용의 발전에 대한 평가

투자조약에서 간접수용의 정의, 판정요건과 예외를 규정하는 것은 외국인 투자자가 불명확한 간접수용 규정에 의하여 남소하는 것을 방지할 수 있다. 특히 간접수용의 성립여부를 판정하는 과정에서 판정요건인 정부행위의 성격을 도입하게 되고, 무차별적 국가의 규제조치를 간접수용의 예외로 명시함으로써 현지국의 주권을 존중하고 공공 목적을 위한 규제권의 행사를 확보할 수 있도록 하게 된다. 또한 간접수용 규정 그 자체뿐만 아니라 BIT 또는 FTA에서 국가 안보, 조세, 그리고 환경 등의 예외조항을 통하여 투자자가 간접수용을 이유로 국가의 정당한 규제조치에 대하여 국제중재 청구를 제기하지 못하게 제한하고 있다.

이러한 변화를 주도하고 있는 미국의 입장에 대하여는 비판적 견해가 제기되고 있다. 즉, 이러한 규정을 통하여 투자자의 보호를 약화시킬 수 있으며, 미국정부는 미국 국회, 공중의 지적, 그리고 외국인 투자자가 미국을 상대로 제소할 가능성만을 중시하고, 미국의 해외투자자에 대한 보호보다 그 정도가 넘어서고 있다는 것이다.<sup>426)</sup>

미국의 입장변화는 사실상 국내법의 이론과 판례에 합치하는 방향으로 정부의 합법적 규제조치가 간접수용에 해당하지 않도록 국가의 공공관리 정책의 시행능력을 보호하기 위한 것이다. 2004년 캐나다 BIT 모델에서도 미국과 같은 입장을 가지고, 미국 투자조약상의 간접수용 규정과 비슷하게 규정하고 있다. 이는 전통적인 BIT상 ‘일방통행’(one-way streets) 모델을 ‘양방통행’(two-way streets) 모델로 전환된 것으로서 투자자의 권리를 광범위·확정적으로 보호하는 동시에 특정·구체적 예외를 추가하여 공공이익을 목적으로 시장에 대한 국가의 관리권한을 확보한다는 것이다.<sup>427)</sup> 한편으로 투자조약에서 넓은 범위로 정의되어 있는 투

426) David A. Gantz, "The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States—Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*(Vol.19), 2004, p.764.

427) James McLroy, "Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement—Two

자와 정부조치, NT·MFNT·FET 등을 포함하는 투자대우, 수용에 대한 충분한 보상, 그리고 자유로운 송금 등과 관련된 내용은 높은 수준의 기준으로 규정되고 있기 때문에 투자자에 대한 보호를 심각하게 약화시킨다고 할 수 없다.

현재 국제투자분야에 투자조약들은 국제법의 주요 法源으로 되고 있다.<sup>428)</sup> 일부 투자조약에서 투자자와 현지국간의 이익형평을 추구하는 방향으로 간접수용 규정을 설정하는 것은 국제투자법과 계약당사국의 국내법에 큰 영향을 미칠 것이다.

### 3. 간접수용의 향후 과제

종전에 중재판정부가 분쟁에 적용될 조약상의 규정에 의하여 사안별로 판정해 왔다. 현재에는 국제투자법상의 간접수용은 일반적으로 국유화·수용과 동등한 효과를 가지는 경우를 말한다. 또한 현지국의 조치가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로 간접수용이 발생하였음을 입증할 수 없다. 그러나 신중하기 위하여 이러한 간접수용의 정의와 판정법리가 아직 완벽하지 않으며, 향후 지속적으로 보완할 필요가 있다.<sup>429)</sup>

#### 1) 판정요건 간의 상호관계

간접수용의 구성여부를 판정함에 있어서 최근 국제중재 판례나 투자조약에서 나타난 세 가지 판정요건을 중심으로 심사하여야 한다. 그러나 이러한 판정요건에 대해서 어떠한 관계로 볼 것인지, 또는 어느 기준에 따라 판정할 것인지가 문제가 되고 있다. 물론 단순히 어느 한 요건이 결정적인 것이 아니고, 여러 가지 요건이 종합적으로 심사되어야 한다는 것이 일반적이나,<sup>430)</sup> 종합적으로 심사할

Steps Forward, One Step Back?”, *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.5. No.4), 2004, pp.634-644.

428) Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, “Do bits really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain”, *Harvard International Law Journal*(Vol.46), 2005, p.70.

429) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.72.

때에는 어떠한 원칙이나 기준에 의거하여야 할 것이지가 문제가 된다. 즉, 가설 정부조치의 성격에 대한 심사가 있어 당해 정부조치가 공공복지 목적을 위하여 무차별적으로 시행되는 것에 해당하면, 그 조치는 투자자의 투자에 대한 심각한 경제영향을 초래하거나, 정부의 종전의 허가 또는 승낙이 취소됨으로써 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익이 침해된 경우에, 어떠한 기준으로 이들을 종합적으로 심사하여야 할 것이냐가 문제된다. 이에 대해서는 앞서 언급한 바와 같이 국제중재 사례에서 나타난 효과기준, 목적기준, 그리고 효과·목적 기준 등 세 가지 판정기준과 접근방법이 제기되고 있다. 그러나 최근 국제중재의 판정을 보면 위 세 가지 요건을 종합적으로 심사하여 비례원칙을 위반하는지 여부에 근거한 효과·목적 기준의 접근방법을 사용하는 경향이 있다. 그러나 이는 투자조약에서 명시되고 있는 원칙이나 기준이 아니므로 국제법상 확립된 판정기준이라고 할 수 없다.

## 2) 수용조치와 규제적 조치의 구분

현재까지 보상을 요하는 간접수용 조치와 보상을 요하지 않는 합법적 규제적 조치간의 한계에 대하여서는 통일한·분명한 설명이 없다.<sup>431)</sup> 국제중재 사례와 일부 투자조약에서 제시된 판정요건과 판정기준은 이 구분에 대하여 일정한 도움을 주고 있으나, 이 문제를 완벽히 해결할 수 없다고 할 것이다. 일부 투자조약에서 그 구분을 원칙적으로 규정하고 있으나, 그 규정 자체에는 모호성이 존재함으로써 사실상 중재판정부의 재량에 의하여 판정되고 있는 사실이다. 또한 이 문제에 대해서는 국제법상 명확한 구분기준이 없으며, 계약당사국의 입장에 따라 달라지고 있다. 따라서 양자간의 한계를 어떠한 기준에 따라 구분하는지 또한 투자조약에서 어떠한 방식으로 이를 규정하는지의 과제가 향후 검토될 필요가 있다.

430) 김민호·김지엽, 전제논문, p.12.

431) Katia Yannaca-Small, *op. cit.*, p.71.

### 3) 판정요건의 구체화

간접수용의 성립 여부를 판정함에 있어 중재판정부가 특정 사건의 사실관계에 근거하여 몇 가지 요건을 심사할 필요 있다. 이와 관련하여 투자자의 재산권에 대한 정부조치의 간여정도를 심사할 때에는 정부조치 영향의 심각성과 존속기간 등을 기준으로 구체화되며, 정부조치의 성격을 심사할 때에는 정부조치의 목적과 배경 등을 기준으로 구체화되며, 투자자의 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 간여정도를 심사할 때에는 투자자의 기대이익에 근거한 현지국의 법규와 정부의 승낙을 기준으로 구체화되는 것이 보통이다. 그러나 투자조약에서 간접수용과 관련한 판정요건을 명시하고 있으나, 요건의 의미와 내포적 요인을 언급하지 않고 중재판정부의 재량에 의하여 판정되고 있다. 특히 투자자의 재산권에 대한 정부조치의 간여정도를 심사할 때에는 정부조치로 인하여 투자자가 투자기업을 여전히 지배하고 있으나, 투자와 관련된 중요한 일부 재산권만이 심각한 영향을 받은 이른바 부분적 수용에 해당하는 경우에는 중재판정부의 판정결과가 다르다. 그래서 현재 일부 투자조약에서 판정요건의 의미와 접근방식을 명확하기 위한 예시 규정 등을 통하여 그들을 구체화함으로써 간접수용에 대한 판정의 명확성을 효과적으로 제고할 수 있다. 물론 이러한 판정요건을 구체화하기 위한 판정법리가 아직 성숙하지 않으며, 향후 중재판정을 통하여 이를 지속적으로 보완할 필요가 있다

### 4) 간접수용의 보상에 대한 검토

정부행위가 간접수용을 구성한다고 판정하게 되면 이로 인한 보상은 일반적으로 투자조약의 보상규정에 의하여 요구될 수 있다. 국제법상 수용보상의 기준과 관련하여 충분한 보상기준과 적절한 보상기준에 대한 논쟁이 존재하나, 최근 투자조약의 규정과 중재판례에서의 판정에 의하여 현지국의 행위가 간접수용을 구성한다면 공정한 시장가치에 상응하는 '완전보상'(full compensation)이 요구되는

반면에 간접수용에 해당하지 않은 경우에는 아무 보상을 요구하지 않고 있는 것이다. 그러나 ECHR의 판례에는 완전보상을 적용시키지 않은 예외도 있다. 재판소는 국가가 대규모의 경제적·사회적 개혁을 진행하는 것이 중요하다는 이유로 청구인의 수용보상을 시장가치로 보지 않는다고 주장한다.<sup>432)</sup> 또한 국가의 정치적·경제적 체계가 변화되는 경우에는 재판소가 이 예외를 원용한다.<sup>433)</sup> 이러한 판례들의 공통점은 보통 정부조치가 입법에 의해 시행되는 것에 해당하며, 이에 따라 많은 소유권자가 영향을 받는 것이 당연하다. 그러나 국가가 수많은 사람들에게 완전보상을 지급하게 되면 국가의 과중한 경제적 부담을 초래할 수 있다.<sup>434)</sup> 이러한 점을 감안하여 향후 국제법상 간접수용의 보상에 대하여서는 포괄적으로 완전보상을 적용하는 방식을 전환하고, 간접수용의 판정요건을 종합적으로 심사함에 있어 정부가 공공이익을 위하여 일반적·무차별적 조치를 필요로 취하는 경우에 비록 투자자의 투자에 심각한 영향을 초래하더라도 부분적 보상을 적용할 수 있다고 생각한다.

## 제2절 한·중 국내법상 간접수용조항의 적용

### 1. 국내법과의 관계

투자조약은 국제법상 주체인 국가가 체결한 조약에 해당하기 때문에 일정한 국내적 절차 또는 입법을 거쳐 국내법상의 효력을 갖게 된다. 따라서 투자조약상의 수용 및 보상 조항은 국내법상 관련된 수용 및 보상의 규정과 관계가 있다.

432) James and Others v. United Kingdom, ECHR, *Judgment of 21 February 1986*, Series A, No.98, para.54; Lithgow v. United Kingdom, ECHR, *Judgment of 8 July 1986*, Series A, No.102, para.121.

433) The Former King of Greece and Others v. Greece, ECHR, Application No. 25701/94, *article 41 Judgment of 28 November 2002*, para.78; Senkspiel v. Germany, ECHR, Application No. 77207/01, *decision of 12 January 2006*, p.8; Jahn and Others v. Germany, ECHR, Applications No. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, *Judgment of 30 June 2005*, para.112.

434) Ursula Kriebaum, *supra note 389*, pp.739-740.

국제법과 국내법간의 관계에 관한 이론은 일원론(monism school)과 이원론(dualism school)이 있다. 이원론에 따르면 국제법과 국내법은 서로 다른 별개의 법체계로서 그 결과, 양자는 서로에 대해 우월 또는 종속의 관계에 있지 않으며, 따라서 각 법체계의 유효성은 타법체계에 의존하지 않는다. 이에 반하여 국제법과 국내법은 동일한 법체계에 속한다고 보는 일원론에 따르면 어느 법체계가 우월한지에 따라 국내법 우위론과 국제법 우위론의 학설이 대립하고 있다. 국내법 우위론은 국제법 부인론에 불과하며, 일원론이라고 하면 그것은 국제법 우위론을 지칭한다.<sup>435)</sup> 그러나 국내법이 국제법을 위반한 경우 국제법은 국내법을 무효화시킬 수 있는 제도나 사실이 없기 때문에 국내법의 상대적 우위성 또는 잠정적 우위성을 인정하는 조화의 이론이 타당하다고 본다.<sup>436)</sup> 따라서 국제법과 국내법의 관계에 있어서 투자조약상의 수용 및 보상규정도 마찬가지로 각국의 제도 특히 헌법상 관련 법리에 대한 파악이 필요하며, 양자는 서로 충돌하거나 혹은 조화되지 않을 경우에 국가가 관련 대응방법을 채택하여야 한다.

국내법 체제에서 적용될 국제조약은 별개의 입법을 요하는지 여부에 따라, 국제조약이 특별한 국내적 입법절차를 거쳐서 비로소 국내적 효력을 인정하는 변형(transformation)과, 국제조약이 유효하게 체결되면 이를 국내법의 일부로서 자동적으로 受容하고 국내적 입법절차를 특별히 요하지 않는 두 가지 방식이 있다. 한편 국제법과 국내적 헌법·법률간의 효력순위에 따라 첫째, 헌법보다 상위의 효력을 인정하는 국가, 둘째, 헌법과 동위의 효력을 인정하는 국가, 셋째, 법률보다 상위의 효력을 인정하는 국가, 넷째, 법률과 동위의 효력을 인정하는 국가, 다섯째, 법률보다 하위의 효력을 인정하는 국가의 유형으로 구분할 수 있다.<sup>437)</sup>

### 1) 한국의 경우

한국 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라

435) 김대순, 전거서, pp.195-198.

436) 김명기, 『국제투자법원론』(上), 박영사, 1996, pp.116-117.

437) 김명기, 전거서, pp.117-118.

투자조약상의 수용 및 보상 조항은 우선 한국 헌법에 합치하여야 한다. 즉 투자조약상의 수용 및 보상 조항은 한국헌법상 수용 및 보상과 관련된 규정에 부합되는 합헌성을 요구한다. 한편 투자조약상 수용 및 보상은 기타 관련 법률상의 수용 및 보상 규정과 상충되는 경우에 이에 대한 검토와 개정이 필요하다.

만약 외국인 투자자와의 분쟁이 발생하면 한국 국내법원은 투자조약의 수용 및 보상조항을 준거법으로 재판할 수 있으나, 그에 대한 헌법재판소에의 위헌헌법소원의 제기 또는 위헌법률심판의 제청 등을 통하여 헌법재판소나 법원이 헌법을 근거로 하여 투자조약상의 수용 및 보상 조항의 효력을 부인하거나 제한할 수도 있다.

## 2) 중국의 경우

중국의 헌법은 국내법과 국제법간의 관계·효력에 대하여 명문화하지 않고 있다. 국제조약이 중국의 국내법체제 내에서 어떻게 적용되는지에 대하여 중국 법률상의 규정에 근거하여 추정하면 다음과 같다. 첫째, 중국이 체결한 국제조약은 특별한 국내적 입법조치를 요하지 않고 자동적으로 受容된다.<sup>438)</sup> 둘째, 중국이 체결한 국제조약상의 내용을 국내법으로 규정함으로써 양자가 동시에 적용된다.<sup>439)</sup> 따라서 중국은 투자조약을 체결하고 국내의 동의·비준 절차를 거쳐, 투자조약상의 수용 및 보상조항에 대해서는 중국 국내법의 효력이 직접적으로 인정되거나, 혹은 국내법으로 편입하고 적용시킬 수 있다.

한편 국제조약과 국내법은 서로 충돌하거나 조화되지 않을 경우에 중국 헌법

438) 「민법통칙」(民法通則) 제142조 제2항은 “중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약은 중화인민공화국의 민사적 법률과 동일하지 않은 규정이 있는 경우에 국제조약의 규정을 적용한다. 다만 중화인민공화국의 유보조항을 제외한다.”라고 규정하고 있다. 행정규정인 「해상국제컨테이너수송관리규정」(海上國際集裝箱運輸管理規定) 제12조는 “해상의 수송용 국제컨테이너는 국제표준화기구에서 규정된 기술기준 및 컨테이너에 관한 국제조약에 부합하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 최고인민법원의 「중화인민공화국행정소송법」의 집행의 몇 개의 문제에 관한 의견(最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國行政訴訟法》若干問題的意見) 제112조는 “인민법원은 중화인민공화국의 영역 내에 주소가 없는 당사자에 소송문서의 송달에 대하여, 수송달자의 소재국가와 중화인민공화국이 체결하거나 공동 가입한 국제조약에서 규정된 송달방식에 의거한다.”라고 규정하고 있다.

439) 「영해및접속수역법」(領海及毗連區法), 「조약체결절차법」(締結條約程序法) 등이 있다.

에서 이와 관련한 규정이 없으나, 기타 법률의 규정을 보면 국제법은 국내법의 효력에 우선하다고 할 수 있다.<sup>440)</sup> 따라서 만약 중국은 투자조약을 체결하게 되면 투자조약상의 수용 및 보상 조항이 국내법원의 근거규범으로 직접적으로 인용될 수 있다.

## 2. 한국 국내법상 수용 법리의 내용

### 1) 헌법에 근거한 수용의 개념

#### (1) 헌법 제23조와 광의의 수용개념

한국 헌법 제23조는 재산권의 보장과 제한을 규정하고 있다. 동조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정하고, 제2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하며, 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 제1항에서는 모든 국민의 경제적 권리를 보장하는 것이며, 제1항 제2문 및 제2항은 재산권의 내용과 범위를 법률로 유보하고, 재산권 행사의 사회적 구속성을 규정하고 있고, 제3항에서는 공공필요에 의하여 재산권의 침해와 보상을 법률로 정하도록 하고 있다.<sup>441)</sup>

440) 중국 「민법통칙」 제142조, 「행정소송법」(行政訴訟法) 제72조 그리고 1992년 「해상법」(海商法) 제268조는 “중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약이 본 법과 동일하지 않은 규정이 있는 경우에 국제조약의 규정을 적용한다. 다만, 중화인민공화국의 유보조항을 제외한다.”라고 규정하고 있다.

441) 헌법재판소는 헌법 제23조 재산권조항의 근본취지는 사유재산제도의 보장이라는 기초 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석하고 있다.(헌재 1998. 12. 24. 97헌마87 등) 즉 헌법 제23조 재산권조항에 대해 “제1항은 재산권 보장의 원칙을 천명한 것으로서 그 재산권 보장이란 국민 개개인이 재산권을 향유할 수 있는 법체도로서의 사유재산권제도를 보장함과 동시에 그 기초 위에서 그들이 현재 갖고 있는 구체적 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 이중적 의미를 가지고 있으며, 후자에 따라 모든 국민은 헌법에 함치하는 법률이 정하는 범위 내에서 구체적 재산권을 보유하여 이를 자유롭게 이용·수익·처분할 수 있음을 의미한다. 제2항은 재산권 행사의 공공복리 적합 의무 즉 그 사회적 의무성을 규정한 것이고, 제3항은 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정한 것이다.”라고 판결하고 있다.(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15 등)

이에 따라 한국 헌법에 근거한 수용 개념은 재산권의 제한의 유형으로서 협의의 의미의 공용수용뿐만 아니라 재산권의 사용과 제한을 의미한다.<sup>442)</sup> 이러한 광의의 수용의 개념은 재산권의 수용, 사용과 제한을 모두 포함한다. 즉 공공필요에 의하여 수용은 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 비대체적인 특정 재산권을 법률에 의하여 종국적·강제적으로 취득하는 것이고, 사용은 국가 등이 개인의 토지 기타의 재산권을 법률에 의하여 일시적·강제적으로 사용하는 것이고, 제한은 국가 등이 개인의 특정 재산권에 대해 공용부담의 일종으로서 공법상의 제한을 부과하는 것을 의미한다.<sup>443)</sup>

한편 한국 헌법은 재산권 제한의 유형으로 수용·사용·제한이라는 용어를 사용하고 있으며, 이들을 포괄하는 개념으로서 ‘공용침해’라는 용어가 사용되고 있다.<sup>444)</sup> 헌법 제23조 제3항에서는 공공필요에 의한 재산권의 공용침해 즉, 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하도록 규정하고 있다. 즉 공권력에 의한 재산권의 박탈이나 제약이 제23조 제3항의 요건을 갖추어 동 조항이 의미하는 공용침해에 해당하는 것이다.<sup>445)</sup> 이에 따라 공용침해는 반드시 공공필요에

442) 처음에 수용이라 함은 전형적으로 토지수용을 의미하는 것이므로 그 이외의 것도 포괄적 의미를 갖는 공용징수(公用徵收)라는 용어가 사용되었다. 그러나 조세의 징수 등과 같이 금전 또는 물품의 급부의무 등의 이행을 강제하는 경우에 징수의 용어가 사용되고 있기 때문에 이와 수용을 구별하기 위하여 학문적으로 공용수용이라는 용어로 전환되게 되었다.

443) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009, p.566.

444) 한국의 공용수용의 개념은 독일의 공용수용(Enteignung) 제도에서 유래하여, 독일의 공용수용 제도는 본래 토지소유권을 법률에 근거한 행정행위에 의하여 도로사업·철도사업과 같은 공익사업을 위하여 국가·공공단체 또는 사업주체가 강제적으로 취득하는 것을 의미하였다. 그 후 바이마르시대의 제국법원 판례 및 학설의 발전을 통하여 계속 넓은 의미로 확대되어 왔으며, 최근에는 ‘재산권에 대한 일체의 補償附侵害’(다만 이에 대하여 손실보상은 적법한 행정작용을 배경으로 하는 것이므로 위법한 행정작용을 전제로 하는 ‘침해’라는 용어를 사용하기 어렵다는 이유와 재산권의 수용뿐만 아니라 사용·제한은 모두 당사자의 재산권 행사를 제약하는 것이라는 점에 착안하여 ‘공용침해’라는 용어 대신에 ‘공용제약’이라는 용어를 제안하는 주장도 제기된다.)라는 용어로서 통용하고 있다. 공용수용의 개념을 공용침해로 확장하게 되면 타인의 재산권에 대한 위법·무과실의 침해로 인한 보상인 수용유사침해와 적법한 행정작용의 이형적·비의욕적인 부수적 결과로서의 타인의 재산권에 대한 침해, 즉 수용적 침해의 경우까지 포함하게 된다.(백병재, 『토지수용법연구』, 부연사, 2000, p.50.)

445) 헌법재판소는 염관리법 제15조 제3항 제2호 등에 관한 위헌확인에서 “헌법 제23조 제3항에 의하여 반드시 보상을 해야 하는 공용제한은 국가나 지방자치단체가 공공필요에 따라 특정 재산권을 강제적으로 수용·사용·제한하는 것이다. 경제의 구조 조정 등을 목적으로 사기업에게 지급되는 법이 정한 폐전지원금은 급부행정의 일종인 보조금의 성격을 가지는 것이지 고용수용에 따른 보상이 아니다. 공용수용에 따른 보상이 성립하기 위해서는 이에 선행하는 재산권에 대한 강제적 제한이 전제되어야 한다.”라고 판결하고 있다.(헌재 1997. 11. 27. 96헌마279)

의하여, 보상규정이 마련된 법률에 따라, 정당한 보상을 조건으로만 이루어질 수 있으며, 그 전제조건은 공공필요, 법률의 형식과 보상을 요구하고 있다.

## (2) 재산권 수용과 재산권의 사회적 구속성에 관한 논의

### 가. 경계이론과 분리이론에 대한 검토

#### ① 서설

재산권의 사회적 구속성과 공용침해의 구별문제에 있어서 독일에서 형성된 이론은 ‘경계이론’(Schwellentheorie)과 ‘분리이론’(Trennungstheorie)으로 제시되어 왔다. 즉 독일기본법 제14조 제2항은 재산권의 사회적 구속성을 규정하고, 제3항에서는 공용수용과 그에 대한 보상을 규정하고 있어,<sup>446)</sup> 양자의 관계에 대한 해석과 관련하여 사회적 구속성과 공용수용을 재산권에 대한 제한 정도의 차이로 보는지 아니면 완전히 서로 독립된 제도로 보는지에 따라 경계이론과 분리이론으로 구별되는 것이다.<sup>447)</sup>

#### ② 경계이론

경계이론 또는 전환이론(Umschlagtheorie)은 독일기본법 제14조 제3항의 공용수용과 제14조 제1항 제2문의 내용 및 한계규정 내지 제2항의 사회구속성은 본질에 있어 다르지 않고 재산권자에 대한 효과, 즉 침해의 정도에 따라 구별된다고 보고 재산권의 내용과 한계규정이 특별희생을 주는 경우 수용이 된다고 보는 이론으로 독일 연방일반최고법원의 판례를 통하여 반전한 이론이다.<sup>448)</sup> 경계이론에 의하면 재산권의 사회적 구속성과 공용침해는 별개의 제도가 아니라, 보상을 요

446) 독일 기본법 제14조는 “① 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다. ③ 수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행해진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다. 보상액에 대해서는 일반법원에서 소송을 다룰 수 있다.”라고 규정하고 있다.

447) 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 『저스티스』 (제32권 제2호), 1999, p.29.

448) 김문현, “재산권의 사회적 구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토”, 『공법연구』 (제32집 제4호), 2004, p.3.

하지 않는 사회적 제약은 일정한 정도를 넘게 되면 자동적으로 보상을 요하는 공용침해로 전환된다. 이 이론의 핵심은 보상을 요하는 수용과 보상을 요하지 않는 사회적 구속성 간에는 한계를 구별하는 문제, 즉, 보상의무가 시작되는 경계선을 찾는 데 있다고 한다.<sup>449)</sup>

### ③ 분리이론

1981년 7월 15일 독일 연방헌법재판소의 자갈채취판결<sup>450)</sup>은 경계이론에 따른 법리를 부인하고, 새로운 해석으로 분리이론의 입장을 취하였다. 그 후 연방일반 최고법원은 분리이론에 따르고 있기 때문에 원칙적으로 경계이론은 폐기되었다고 할 수 있다. 분리이론은 재산권의 사회적 구속성과 공용침해는 전혀 다른 기능을 수행하고 서로 독립된 제도로 보고, 재산권자에 대해 과도한 부담을 주는 재산권의 내용 및 한계규정이 수용으로 전환될 수 없고, 이를 위헌적 내용 및 한계규정으로 보는 견해이다.<sup>451)</sup> 즉, 재산권의 내용 및 한계규정인지 아니면 공용침해인지를 입법자의 결정에 따라 형식적으로 결정하는 것이다.

분리이론에 의하면 재산권의 내용 및 한계규정으로 인하여 수용적 효과가 발생한 경우에는 공용침해 또는 수용이 아니고, 보상의무가 있는 재산권 내용 및 한계규정으로 간주된다. 이에 따라 재산권제한의 유형은 보상이 필요 없는 내용 및 한계규정, 보상의무 있는 내용 및 한계규정, 그리고 보상을 요하는 공용침해로 구분된다. 그러나 분리이론에서는 보상이 필요 없는 재산권 내용규정과 보상의무 있는 재산권 내용규정을 구분하는 기준의 문제는 경계이론에 있어 재산권 내용규정과 공용침해의 구별기준과 마찬가지로 제기된다.<sup>452)</sup>

449) 한수용, 전계논문, p.31.

450) BVerfGE 58, 300.

451) 김문현, 전계논문, p.5.

452) 이에 관하여서는 종래의 경계이론에 있어서 재산권의 내용규정과 공용침해를 구분하는데 사용되는 기준은 연방헌법재판소의 분리이론에서는 보상이 필요 없는 재산권의 내용규정과 보상의무 있는 재산권 내용규정을 구분하는 기준으로서 여전히 그 의미와 효용성을 가지고 있다는 견해이며(한수용, 전계논문, pp.34-35.), 보상이 필요 없는 사회계약과 보상을 요하는 공용침해를 구분하는 기준의 각종 공용수용이론들은 분리이론 하에서 침해조치를 구분하기 위한 방법으로는 그 역할을 더 이상 하지 못하게 되었다는 견해도 있다.(최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계 규정”, 『공법학의 현대적 지평』, 박영사, 1995, p.282.)

#### ④ 분리이론에 대한 한국 헌법재판소의 입장 및 평가

한국 헌법재판소는 공익목적에 위한 재산권 제한을 분리이론에 따라 재산권의 내용과 한계를 정하는 문제로 보는 경향이 있다. 또한 수용보상에 대하여는 헌법재판소는 현행헌법 제23조 제3항에서 공용침해에 대한 보상을 지급하도록 규정하고, 이를 법률로써 정하도록 국가의 입법 의무를 명시적으로 부과한다고 보고 있다.<sup>453)</sup> 대법원은 공용침해로 인한 특별한 손실에 대한 보상규정이 없는 경우에<sup>454)</sup> 관련 보상규정을 유추적용하여 보상을 하고자 하는 경향이 있다.<sup>455)</sup>

이러한 재산권보장체계에 관한 이론적 전환은 한국 학계에서 분리이론의 도입을 찬성하는 견해와 반대하는 견해가 있다. 첫째, 찬성하는 견해는 존속보장을 강화하는 분리이론이 재산권의 보장에 기여할 수 있다고 한다. 이 견해에 대하여는 재산권 제한조치에 대한 취소소송을 인정하지 않고, 조정조치의 불이행에 대

453) 1998년 헌법재판소는 “① 이 사건 법률조항은 입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확장하는 규정으로서 법질서 안에서 보호받을 수 있는 권리로서의 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정이기도 한다. ② 이 사건 법률조항에 의한 재산권 제한은 ... 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다. ... 입법자가 ... 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. ③ 보상을 위한 이법의 형태, 보상의 대상과 방법 등도 선택의 여지가 다양하여 과연 어느 것이 가장 바람직하고 합리적인가의 선택은 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 과제로서 입법정책적으로 해결되어야 할 문제이지 헌법재판소가 결정할 성질의 것이 아니다.”라고 판정하였다.(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78(병합)). 이러한 입장은 장기미집행 도시계획시설결정에 관한 구 도시계획법 제6조 위헌소원(헌재 1999. 10. 21. 선고 97헌바26)과 국립공원지정에 관한 자연공원법 제4조 위헌소원(헌재 2003. 4. 24. 선고, 99헌바110, 2000헌바46(병합))에서 유지되고 있다.

454) 이러한 보상규정이 흠결이 있는 경우에 직접효력설, 유추적용설, 위헌무효설 등이 주장되고 있다. 직접효력설은 공용침해를 규정한 법률이 보상규정을 두지 않더라도 헌법 제23조 제3항을 근거로 보상청구를 할 수 있다고 보는 견해이다. 유추적용설은 헌법 제23조 제1항 및 제11조(평등원칙)에 근거하여 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다는 견해이다. 위헌무효설은 공용침해규정을 두면서 보상규정을 두지 않은 경우에 그 법률은 위헌무효가 되므로 그 법률에 의한 공용침해는 불법행위가 되어 손해배상을 청구할 수 있다는 견해이다.

455) 대법원은 “구 수산업법상 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 어민이 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게 된 경우에 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법 제16조, 공용용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 제3조 제1항 및 동법 시행규칙 제25조의2의 규정을 유추적용하여 피해어민들이 손실보상을 하여 줄 의무가 있다.”라고 판정하고 있다.(대판 1999. 11. 23. 98다11529)

한 헌법소원을 제기하거나 재산권제한조치의 근거가 되는 법률의 위헌확인과 조  
정조치에 관한 입법을 기다려 구제를 받아야 한다는 견해를 취하면 분리이론의  
주된 주장근거인 재산권의 존속보장은 실현되지 않으면서 구제조치를 통한 권리  
구제가 지연되는 문제가 있다는 비판이 가능하다. 둘째, 반대하는 견해는 헌법  
제23조 제3항은 독일 헌법 제14조 제3항과 달리 재산권의 수용뿐만 아니라 ‘사용  
및 제한’도 규정하고 있기 때문에 공공필요에 의한 재산권의 제한은 공용제한과  
손실보상의 문제로 보아야 한다고 한다.<sup>456)</sup>

#### 나. 재산권 수용과 재산권의 사회적 구속성의 구별기준

헌법 제23조 제2항에서는 재산권의 행사가 공공복리에 적합하여야 한다고 규  
정하고 있다. 국민의 재산권이 보장되고 있으나, 그 행사가 일정한 제약을 받는  
다. 이것은 재산권의 사회적 구속성 또는 사회적 제약이라고 한다. 즉, 공공복리  
를 위하여 재산권의 주체가 그 재산에 관하여 무보상(無補償)으로 일반적인·적  
절한 그리고 기대 가능한 갖가지 제한을 받게 되고 또 받게 될 수 있음을 의미  
한다.<sup>457)</sup> 그러나 구체적으로 보상이 필요 없는 재산권의 사회적 구속성과 반드시  
보상을 해 주어야 하는 재산권 수용의 한계를 명확히 구별하는 것은 견해차이가  
있으며, 이는 형식적 기준설<sup>458)</sup>과 실질적 기준설<sup>459)</sup>로 대체 대별될 수 있다.<sup>460)</sup>

한국의 통설은 형식적 기준설과 실질적 기준설이 일면의 타당성만을 갖는다고  
보고,<sup>461)</sup> 재산권 수용과 재산권의 사회적 구속성의 한계는 구체적인 경우와 관련  
한 여러 가지 판정요건과 함께 심사하여 종합적으로 평가하여야 한다고 본다.<sup>462)</sup>

456) 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2009, pp.754-755.

457) 권영성, 전계서, p.561.

458) 형식적 기준설은 ‘침해행위가 일반적인 것이냐 개별적인 것이냐’라는 형식적 기준에 의하여 특별한 희생  
과 사회적 제약을 구별한다. 이는 자유권인 재산권의 문제를 평등권의 문제로 전환시켜, 재산권의 침해가  
특정인이나 집단에게 다른 사람이나 집단과 비교하여 불평등하게 특별한 희생을 강제한다면 공용침해가  
발생한다고 보는 이론이다.(오승규, “재산권의 사회구속성과 공용수용”, 『한양법학』 (제13집), 2002, p.353.)

459) 실질적 기준설은 공용침해의 실질적 내용, 즉 침해의 본질 및 강도에 따라 사회적 제약과 공용침해를 구  
분하는 이론이다. 이에 수인한도설, 보호가치성설, 사적효용설, 목적위배설, 사회적 제약설, 상황구속성설,  
사회적 비용설 등이 있다.(오승규, 상계논문, pp.354-355.)

460) 재산권의 사회적 제약과 재산권의 수용 간에는 보상여부를 구별하는 기준논의가 있어 이들은 경계이론  
을 그 출발점으로 하는 것이다.

461) 박균성, 전계서, p.768.

462) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, p.485.

### (3) 재산권의 수용 또는 공용침해의 적법요건

#### 가. 공공필요

##### ① 공공필요의 의의

헌법 제23조 제3항에 따라 공용침해는 오로지 공공필요에 의하여서만 이루어지며, 공공필요는 공용수용의 하나의 적법요건이라고 할 수 있다. 또한 헌법 제37조 제2항 전단에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그래서 공공필요란 공공이익을 위하여 일정한 공익사업을 실현시키거나, 국가안전보장·질서 유지 등의 공익목적 달성을 위하여 재산권에 대한 수용·사용·제한이 불가피한 경우를 말한다.<sup>463)</sup> 그러나 헌법 제23조 제3항의 공공필요와 제37조 제2항의 공공복리와의 관계에 대하여는 공공필요가 공공복리 개념보다 더 넓은 견해<sup>464)</sup>와 그 보다 좁은 것으로 해석하는 견해<sup>465)</sup>가 대립하고 있으나, 재산권을 제한하는 사유로서 공공필요는 헌법 제37조 제2항의 한계 내에서만 인정될 수 있기 때문에 이와 같은 논쟁은 필요하지 않다는 견해<sup>466)</sup>가 있다. 재산권의 제한이 법률의 형식의 요건을 아울러 갖추어야 하면 가능하고, 또한 개별 법률에서 구체적 규정을 두고 있는 점에서 공공필요의 범위에 대한 논쟁이 무의미한 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

사실 공공필요의 개념은 추상적이고 다의적이며, 또한 정치·경제·사회·문화의 배경과 당시의 국가공공정책과 밀접하고 있기 때문에 이에 대한 개념은 일치한 것으로 정립될 수 없다. 그러므로 공공필요의 개념은 그 시대의 입법자가 헌법에 따라 특정 법률에서 공공필요에 의한 사업의 종류를 규정함을 통하여 구체화하게 된다.<sup>467)</sup> 공익사업의 범위에 관해서는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득

463) 류해웅, 『신수용보상법론』, 부연사, 2005, p.84.

464) 권영성, 진계서, p.563; 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2009, p.655.

465) 계획열, 『헌법학(중)』(신정2판), 박영사, 2007, p.567; 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2009, p.563.

466) 허영, 각주 121, p.470.

467) 정연주, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 『토지공법연구』(제43집 제1호), 2009, p.316.

및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’이라고 함) 제4조에서 열거하는 공익사업에 한하도록 규정하고 있으며, 그 밖에 개별법령에서 공공수용에 관한 근거규정을 두고 있다.<sup>468)</sup>

## ② 공공필요

공용침해가 공공필요의 요건을 충족하는지 여부를 판정함에 있어 비례원칙에 따라 침해를 통하여서 얻을 수 있는 공익과 재산권자의 재산권 보유이익이라는 사익과의 이익형량이 요구된다고 할 것이다.<sup>469)</sup> 이에 따라 공공필요는 재산권에 대한 공권적 침해의 구체적 사안에 따라 결정될 것이며, 이 요건이 존재하는지의 여부를 판단함에 있어 과잉금지 원칙이 기준이 된다. 이는 공공필요에 의한 재산권의 제한이 공익목적 달성을 위하여 필요최소의 범위 내에서 행하여야 한다.<sup>470)</sup>

우선 공공수용은 공공이 필요로 하는 공익사업을 위하여 허용되는 것이라고 하더라도 공익사업의 공공성을 바탕으로 판단하여야 할 것이다. 즉, 공공성의 판단에 있어서 공용수용을 요하는 사업이 공익을 위한 것이어야 하며, 공익사업자와 재산권자 사이의 이해관계가 대립될 수 있기 때문에 공용수용을 행할 수 있는 공익사업의 범위가 법률에 규정되어 있어야 한다.<sup>471)</sup> 또한 공용수용을 허용하고 있는 개별법은 대부분 공익사업을 시행하기 위하여 필요한 경우에 토지 등을 수용할 수 있다는 규정을 두고 있다. 따라서 공용수용은 공익사업의 목적을 실현하기 위하여 필요한 최소한 한도에서 허용되어야 할 것이다.

### 나. 법률의 형식

공용침해는 반드시 ‘법률로써’ 하도록 ‘법률의 형식’의 요건을 요구하고 있다. 즉, 공용침해에 관한 근거가 반드시 법률에 규정되어 있어야 하며, 법률은 국회

468) 특히 최근 「택지개발촉진법」 제7조는 공공·민간이 공동으로 사업을 시행할 수 있도록 개정된 바가 있으며, 「기업도시개발특별법」 제14조는 민간기업이 사업·연구·관광·레저 분야 등에 걸쳐 계획적·주도적으로 자족적인 도시를 개발·운영할 수 있도록 낙후지역의 개발이나 지역경제 활성화를 위하여 수용권을 인정하고 있는 등 민간의 사유재산에 대한 수용권의 범위를 확대하고 있다.

469) 김남진, “사인을 위한 공용수용”, 『법학논집』(제24집), 1986, p.19.

470) 류해웅, 전거서, p.84.

471) 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』(제48호), 2007, pp.90-91.

가 입법절차에 따라 제정한 형식적 의미의 법률을 의미한다.<sup>472)</sup> 공용침해는 기본권인 재산권에 대한 제한과 침해에 해당되기 때문에 법치주의원칙 내지 법률유보의 원칙상 이에 대한 근거가 당연히 법률에 마련되어야 하는 것이다.<sup>473)</sup> 공용침해에 관한 법률은 입법자의 재량으로 제정되어 있으나, 국회는 우선 당해 사업의 공공필요를 비교형량을 하고, 충분히 공공성을 갖는다고 판단될 때 입법하여야 하는 반면에 법률에 근거를 갖지 않는 재산권의 침해는 공용침해로 볼 수 없고 위헌이라고 할 수 있다.<sup>474)</sup>

또한 헌법 제23조 제3항은 공용침해의 허용과 그 보상에 관한 규정이 불가분이어야 한다는 것이다. 즉, 공용침해의 근거법률에서 아울러 손실보상의 근거법률을 규정되어 있어야 한다. 이러한 법률에서 공용침해와 그 보상의 기준·방법·범위를 함께 규정하여야 한다는 원칙을 소위 ‘불가분조항’(Junktiv-Klausel)의 원칙이라고 한다.<sup>475)</sup> 이에 반하여 공용침해의 근거법률에서 보상에 관한 조항을 규정하지 않으면 공용침해의 근거법률은 위헌이라고 할 수 있다.

#### 다. 정당한 보상

헌법 제23조 제3항에 따라 재산권에 대한 공용침해의 경우에 ‘정당한 보상’을 지급하여야 한다.<sup>476)</sup> 공용침해는 재산권자에 대한 제한으로 재산권자의 손실이 특별한 희생에 해당되므로 정당한 보상을 지급하여야 한다. 따라서 공공필요를 위하여 적법한 공권력 행사로 인한 개인의 재산권에 대한 보상은 특별한 희생을 조건으로 이루어진다. 특별한 희생에 대한 보상의 근거는 보상을 직접 규정한 헌

472) 대법원은 “군사상의 긴급한 필요에 의하여 국민의 재산권을 수용 또는 사용하게 되어던 것이라 할지라도, 그 수용 또는 사용이 법률의 근거없이 이루어진 경우에는 재산권자에 대한 관계에 있어서는 불법행위가 된다.”라고 판정하고 있다.(대법 판결 1966. 10. 18. 선고 66다1715) 또한 서울고법은 “행정청의 준용하 천지정고시 만으로는 사유토지소유권을 박탈하지 못한다.”라고 판정하고 있다.(서울고법 제6민사부 판결 1988. 1. 18.)

473) 정연주, 전계논문, p.314.

474) 류해웅, 전계서, p.85.

475) 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15; 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12; 헌재 2000. 4. 27. 99헌바58.

476) 헌법 제23조 제3항이 요구하는 보상의 방법과 범위를 정하는 것은 입법자에게 위임되어 있어, 입법자는 헌법이 요구하는 보상의무를 형성하고 구체화시킨다. 그러나 보상의 방법과 정도에 관한 입법자의 입법형성권은 헌법이 요구하는 정당한 보상의 범위 내에서 공공의 이익과 피수용자 및 이해관계인의 이익, 수용의 목적과 공공사업의 특수성 등을 고려하여 타당한 보상의 방법과 정도를 정하여야 하는 것이다.(헌재 2000. 4. 27. 99헌바58)

법 제23조 제3항과 다른 개별법에서 규정하고 있는 보상규정이 그 실정법적 근거이고, 그 밖에 형평과 사회정의에 입각한 공평부담의 원리를 이론적 근거로 하고 있다.<sup>477)</sup>

정당한 보상의 해석에 따른 손실보상의 기준은 첫째, 피수용재산의 객관적인 재산 가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상설,<sup>478)</sup> 둘째, 사회의 관념에서 타당 내지 합리적인 보상이면 족하다는 상당보상설,<sup>479)</sup> 셋째, 원칙적으로 완전보상을 하며 특정한 경우에 상당한 보상도 예외적으로 가능하다는 절충설<sup>480)</sup>이 대립되고 있으나, 피수용재산이 갖는 재산적 가치를 충분하고 완전하게 보상하는 완전보상을 의미하는 것으로 파악하는 것이 일반적이다. 그러나 특별한 희생에 대한 보상은 수용과 같이 재산권을 박탈하는 정도에 이르는 경우와 사회 통념에 비추어 합리적인 이유가 있는 경우가 구별되어, 전자에 대하여는 완전보상을 하여야 하지만, 후자에 대하여는 공익상의 합리적인 사유 또는 공익과 사익을 조정하는 견지에서 완전보상을 하회하는 경우를 부인하는 것은 아니라 할 것이다.<sup>481)</sup>

477) 류해웅, 전계서, p.57.

478) 헌법재판소는 “헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산 가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다.”라고 판결하고 있다.(헌재 1995. 4. 20. 93헌바20·66, 94헌바4·9, 95헌바6(병합); 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13; 1990. 6. 25. 89헌마107; 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20.)

479) 상당보상설에 의하여서는 공용침해에 대하여 피침해자가 입은 현재 손해는 물론, 장차 얻게 될 이득상실 등 모든 추정적 손해까지 변상함으로써 피침해자가 마치 공용침해가 없었다면 있었을 상태에 놓이도록 해주어야 하는 것은 아니고, 오히려 공용침해로 인한 손실보상의 범위와 수준은 공용침해의 대상이 된 물건이나 권리의 객관적 가치에 의해서 결정되어 피침해자에게는 공용침해의 대상이 된 것과 같은 가치의 물건 또는 권리를 확보할 수 있는 정도의 보상을 해 주면 된다고 한다.(계희열, 전계서, p.579.)

480) 절충설에 의하여서는 정당보상의 의미에 대하여 원칙적으로 완전보상을 의미한다고 보아야 하지만, 현대에 와서는 손실보상의 문제를 개인의 재산균보장이라는 시각에서만 아니라, 개인의 생활보장이라는 측면에서도 파악해야 한다는 관점에서 생활보상이 강조되고 있는 점을 감안하고 특별한 경우에는 상당보상도 예외적으로 가능하다고 한다.(권영성, 전계서, pp.627-628.)

481) 헌법재판소는 “헌법이 규정한 정당한 보상이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 ‘객관적인 재산가치’를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니된다는 것을 의미한다.”라고 판결하고 있다. 다만 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제67조 제2항에서는 보상액의 산정에 있어서 당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있는 때에는 이를 고려하지 아니한다고 규정하고 있고, 헌법재판소는 정당한 보상에 개발이익의 포함되는지에 대한 구 토지수용법 제46조 제2항의 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 “개발이익을 배제하고 손실배상액을 산정한다 하여 정당보상의 원리에 어긋나는 것이라고는 판결되지 않는다.”라고 판정하고 있다.(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107)

## 2) 법률에 근거한 수용 법리의 내용

### (1) 서설

한국 현행헌법에 따라 재산권은 절대적인 것이 아니고, 사회적 구속성에 의한 재산권의 제약범위 내에서 보장된다. 그 범위를 넘어선 재산권의 수용·사용·제한 즉 공용침해가 가능하나, 이는 반드시 공공필요에 의하여 법률의 근거가 있어야 되고 아울러 보상이 수반되어야 된다.

일반적으로 공용수용과 공용사용의 경우에는 재산권의 사회적 구속성을 넘어선 침해의 정도가 특별한 희생에 해당하게 되면 이에 대한 보상이 제공되어야 한다는 점에 대하여 논의가 없으나, 공용제한의 경우에는 그 침해가 재산권에 내재하는 일반적인 사회적 구속인지, 보상을 요하는 특별희생인지 불분명한 경우가 많다. 현행 개별 법률들이 공용수용과 공용사용에 대해서는 보상규정을 두고 있는 반면에 공용제한에 대해서는 관련 보상규정을 결여하므로 불명확성이 존재한다고 할 수 있다. 따라서 공용제한으로 인한 특별한 희생과 사회구속성의 구별기준을 어떻게 설정할 것인가가 주로 문제된다고 할 수 있다.<sup>482)</sup>

### (2) 공용수용과 공용사용의 법률의 근거

공용수용과 공용사용의 실정법의 근거는 「토지보상법」과 수많은 개별 법률 등이 있다. 이러한 수용에 관한 실정법은 일반법과 특별법으로 구분된다.

공용수용과 공용사용의 일반법은 「토지보상법」이며, 이 법의 제19조에서는 “사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 필요한 때에는 이 법이 정하는 바에 따라 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다.”라는 근거규정을 두고 있다. 이 법은 공용수용의 목적물을 비롯하여 공익사업, 공용수용의 절차와 효과 등에 관한 일반규정을 두고 있다. 또한 손실보상의 기준과 보상액의 산정에 관한 구체적 규정

482) 석종현·송동수, “공용제한법제의 현황과 손실보상”, 『토지공법연구』(제11집), 2001, p.271.

을 두고 있다. 「토지보상법」 이외에 다양한 공익사업이나 복리행정을 목적으로 수많은 특별법에서 수용과 보상에 대하여 공익사업, 수용대상, 사업인정, 재결신청기간, 잔여지수용, 재결사항의 관할, 현금보상 그리고 환매 등에 관한 특례를 규정하고 있다.

### (3) 공용제한의 법률의 근거

공용제한은 특정한 공익사업이나 복리행정의 수행 또는 일정한 물건의 효용을 확보하기 위하여 재산권자의 재산권을 제한하는 것이며, 그 제한은 국토의 합리적인 이용이나 도시의 건전한 발전을 도모하기 위한 지역·지구제 등에 의한 제한 등이 포함된다. 공용제한으로 인한 손실보상에 대하여 「토지보상법」은 그 근거가 되는 법률이 될 수 없으며, 한국 현행 실정법은 공용제한으로 인한 손실보상규정을 두고 있는 법률은 「군용전기통신법」, 「문화재보호법」과 「하천법」 등을 들 수 있다. 또한 공용제한으로 인한 손실보상규정이 없는 법률도 존재하고, 이를 재산권의 사회적 구속성에 따른 제약으로 보상이 필요하지 않은 것으로 본다.

### 3. 간접수용 조항의 한국 국내법적 적용

간접수용 조치는 재산소유권의 이전 없이 직접수용과 동등한 효과를 갖는 특정 또는 일련의 정부 조치를 의미한다고 할 수 있다. 국내법상 이를 규정한 바가 없으며, 국제법상에도 명확한 기준이 없기 때문에 간접수용과 그 보상에 관한 법리는 국제법적 영역 이외에 국내법적 적용가능성에 대하여 검토할 필요가 있다. 즉, 주로 간접수용과 그 보상이 한국 헌법상 보장되는 재산권 내용과 합치하는지 여부, 평등권 침해 여부에 대하여 검토하는 것이다. 현재 한국에서는 간접수용과 그 보상이 간접수용의 국내법적 적용가능성과 합헌성에 대하여 위헌론, 조화론과 합헌론 등 견해가 제시되고 있다.

첫째, 위헌론에 의하면 간접수용은 현행 법체제에 존재하지 않는 개념으로 현

법상 이의 도입이 불가능하다는 주장을 하고 있다. 즉, 한국 법체제상에는 국가 또는 공공단체가 공공필요에 따라 특정의 재산권을 물리적으로 박탈하거나, 특정의 재산을 일시적으로 강제사용하거나, 특정의 재산권에 대해 규제 또는 제한을 가해 재산권이 본래의 효용을 방해받아 재산적 가치가 감소된 경우 법률이 정하는 바에 따라 손실을 보상하는 것이다. 이에 비하여 간접수용은 공공필요에 따라 투자자의 재산 또는 재산권에 대한 공용침해를 처음부터 의도한 것이 아니라, 정부가 특정 또는 일련의 조치를 발동하다보니 그 반사적 효과로서 외국인 투자자 재산가치의 감소를 초래한 것이다. 따라서 피침해 재산권 자체에 대한 공용침해를 전제로 한 한국 헌법상 해석이 있어, 정부조치의 효과로 인한 간접적 손실에 대한 보상은 헌법의 해석상 도입이 불가능하다는 입장이다.<sup>483)</sup>

또한 헌법이 법률에 따른 보상, 즉 보상 법정주의를 규정하고 있다는 점에서 보면 재산권에 대한 과도한 침해 사안에 있어 국내 법률상의 보상근거 규정이 없음에도 불구하고 투자조약상의 간접수용 규정에 의하여 보상의 의무가 발생하는 것은 위헌의 소지가 있다는 것이다. 뿐만 아니라 간접수용에 대한 보상 의무는 정부의 공공정책 추진을 극히 제약할 것이라는 비판을 제기하기도 한다.<sup>484)</sup>

한편 간접수용과 그 보상법리를 인정한다면 한국의 영역 내에서 외국인 투자자에 대하여는 간접수용을 인정하면서 내국민에 대하여는 이를 인정하지 않는다는 내국민차별의 문제가 발생하게 되어, 헌법 제11조에 의한 평등의 원칙 특히 자의적 차별금지의 원칙이 침해되게 된다는 주장이 있다.<sup>485)</sup> 즉, 국내외 투자자간의 심각한 역차별적 성격에 대해 문제점을 제기한다.

둘째, 조화론은 헌법의 해석 여하에 따라 간접수용의 개념을 포섭할 수 있고, 이와 헌법간의 조화방법을 모색하여야 한다는 입장이다. 이 입장에 의하면 실질적으로 정부의 적극적 규제행위에 의하여 재산권의 가치가 감소되었거나, 반사적으로 재산권의 침해가 발생하였는지 결국에는 간접침해와 직접침해를 구별할 필요가 없이 침해가 발생한 것이며, 그 침해가 ‘분명하고 합리적인 기대이익’과 수인(受忍)가능한 정도를 넘어선 ‘특별한 희생’을 야기하였다면 헌법 제23조 제3항

483) 김민호, “간접수용 법리의 합헌성 연구”, 『저스티스』 (통권 제96호), 2007, pp.93-94.

484) 김관호, “한미FTA와 간접수용-국내 재산권 보호 제도에의 시사점”, 『규제연구』 (Vol.16. No.1), 2007, pp.59-61.

485) 한상희, 전제논문, pp.82-85.

을 확대해석 하여 이를 포섭할 수 있지 않느냐라는 견해를 주장한다. 이 견해는 또 수용의 개념을 확대시키자는 견해와 수용의 개념은 직접수용으로 그대로 두고 간접수용은 사용 및 제한에 포함시켜 이해하여야 한다는 견해로 구분된다. 전자는 직접수용이라는 전통적 견해와 정면으로 배치된다는 단점이 있고, 후자는 간접수용과 사용은 본질적으로 다른 개념이라는 단점이 존재한다. 이에 따라 양자를 절충한 견해로서 헌법상 수용 및 제한의 개념을 포괄하여 간접수용을 이해하는 입장도 존재한다. 그러나 현행 헌법 조항의 확대해석을 통하여 헌법적 조화를 모색하는 입장을 택할 것이라면 보상 법체제와의 충돌을 방지하기 위하여 국회가 새로운 입법의 형태인 간접수용에 관한 특별법을 제정하거나, 기존의 보상 법제에 대한 개정을 하여야 한다는 주장이 있다.<sup>486)</sup>

셋째, 합헌론은 국제법적 시각에서 살펴보고 투자조약이 국내법과 동등한 효력을 가진다고 하며, 간접수용과 그 보상이 적법하고 위헌소지가 없다는 입장이다. 합헌론에 의하면 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약에 정하는 바에 따라 그 지위가 보장된다.”라고 규정하고 있기 때문에 조약으로 외국인의 재산권을 보호하는 것은 보상 법률주의에 저촉되지 않는다. 조약은 국내법과 동등한 효력을 갖는 만큼 간접수용은 국내법적 효력을 당연히 가지고, 위헌성이 없다고 한다. 즉, 내국민의 재산권은 법률을 근거로 보장되며, 외국인도 조약에 근거하여 보호를 받을 수 있다는 것이다. 한편 상호주의에 입각하여 외국인은 현지국에서 내국민보다는 일정한 범위 내에 그의 기본권이 인정되고 있다. 재산권의 영역에서 외국인투자자의 경우에 토지소유, 주식소유제한 등 제한을 받거나 경우에 따라서는 투자를 유치하기 위하여 내국민과는 달리 외국인투자자에게 특혜조치도 취해지고 있다. 즉, 외국인의 재산권 보장과 그 범위는 내국민과 같을 수 없으며 상호주의에 의하여 보장된다. 따라서 외국인투자자에게 보장되는 것은 기본권적 차원에서 보장되는 것이 아니고, 협정의 차원에서 체약당사국의 약속에 의하여 보장되는 것이다. 어떤 장치나 어느 정도로 보장하는 점에 대하여는 체약당사국 간의 신뢰를 바탕으로 자국의 이익과 목적에 따라 정책적으로 결정되는 것이다. 그러나 이와 관련한 내국민투자자의 평등권 침해라는 문제가 제기되는데, 사실

486) 최승필, “한미 자유무역협정(FTA)의 공법적 문제에 관한 소고”, 『공법연구』(제36집 제3호), 2008, p.522.

이는 비교대상을 잘못 선택한 것이다. 왜냐하면 각국은 자국의 이익을 위하여 외  
국자본을 유치하도록 외국인투자자에게 내국민과는 다르게 세제 및 토지이용 등  
과 관련하여 많은 혜택을 주고 있으며, 투자 관련 조항이 평등권에 위반한다고  
주장하기 위하여서는 계약상대국에 투자한 한국 해외투자자와 한국에 투자한 그  
계약상대국의 외국인투자자를 불합리하게 차별하는 경우만이 가능하기 때문이다.  
따라서 협정상의 간접수용과 그 보상은 평등권 위반문제가 되지 않는다고 한  
다.<sup>487)</sup>

위와 살펴본 몇 가지 견해에서 합헌론이 타당하다고 생각한다. 그동안 한국은  
타국과 체결한 투자조약에서 간접수용 규정을 포함하는 것이 대부분이다. 또한  
한국은 중국, 베트남과 아세안 등 국가에서 해외투자를 하는 자본수출국의 입장  
이라는 점을 감안하면 간접수용과 그 보상은 국내법과 같은 효력이 있다는 것을  
수용해야 할 것이다. 아울러 이와 관련된 국내법을 개정하거나 새로이 제정하는  
등 법령정비가 마련되어야 할 것이다.

#### 4. 중국 국내법상 수용 법리의 내용

##### 1) 헌법에 근거한 수용의 개념

###### (1) 헌법 제13조와 수용의 개념

2004년 개정된 중국 「헌법」 즉, 현행 헌법 제13조 제1항과 제2항은 “공민의  
합법적인 사유재산은 침해받지 않는다. 국가는 법률규정에 의하여 공민의 사  
유재산권과 상속권을 보호한다.”라고 규정하고, 동조 제3항은 “국가는 공공이익의  
필요에 따라 법률 규정에 의하여 국민의 사유재산에 대하여 ‘징수’(征收) 또는  
‘징용’(征用)을 할 수 있고 보상을 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 토지수용제도  
에 관련하여 헌법 제10조 제3항은 “국가는 공공이익의 필요를 위하여 법률규정  
에 의하여 토지에 대하여 징수 또는 징용을 할 수 있고 보상을 한다.”라고 규정

487) 이옥한, “한미FTA상의 간접수용에 대한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 (제15권 제1호), 2009, pp.333-345.

하고 있다. 이에 따라 「헌법」 제13조 제1항과 제2항에서는 처음으로 사유재산권의 개념을 도입함으로써<sup>488)</sup> 사유재산권의 보장조항으로서 국가가 국민의 합법적인 사유재산권과 상속권을 보호한다고 규정하고 있다. 동조 제3항에서는 사유재산에 대한 제한을 규정하고 있으며, 이로 인한 손실에 대한 보상을 요구하고 있다. 한편 토지제도의 중요성과 특수성을 감안하여 「헌법」 제10조 제3항에서는 공공이익의 필요를 위하여 법률규정에 근거하여 토지의 징수와 징용을 한다고 규정하고 있다.<sup>489)</sup>

이에 따라 중국 「헌법」에 근거한 수용의 개념은 국가가 공공이익의 필요를 위하여 법률규정에 따라 국민의 사유재산권에 대해 징수와 징용을 할 수 있으며, 이로 인한 손실에 대해 보상을 요구한다고 볼 수 있다. 즉, 수용은 공공이익의 필요, 법률규정의 근거, 그리고 보상 세 가지 요건이 충족되는 것을 전제로 징수와 징용을 시행할 수 있게 된다. 여기서 징수와 징용의 개념이 제시되고 있는데, 양자는 공공이익의 필요를 위하여 법정절차에 근거하여 보상을 하여야 한다는 공통점이 있다. 한편 징수는 주로 소유권의 변경이며, 징용은 주로 사용권의 변경이다.<sup>490)</sup> 즉, 첫째, 징수는 사인의 재산소유권을 국가소유로 영구적으로 변경하는 것이며, 징용은 주로 긴급 상황에서 사인의 재산사용권을 일시적으로 국가로

488) 2004년 중국 헌법 개정 이전, 즉 1982년 헌법 제13조는 “국가는 국민의 합법적인 수입·저축·가옥 및 다른 합법적인 재산소유권을 보호한다. 국가는 법률 규정에 의하여 국민의 사유재산과 상속권을 보호한다.”라고 규정하고 있으며, 공공재산과 사유재산에 대한 보호에 있어 공공재산의 보호는 적극적인 반면에 사유재산의 보호는 소극적이고 미흡한 상태이었다. 특히 재산권보호는 위와 같이 규정된 ‘합법적인 수입·저축·가옥 및 다른 합법적인 재산소유권’에 한정하고 생산자료(생산자료는 생산수단이라고도 하며, 생산력 가운데 물질 요소를 말한다.)에 대한 보호를 배제하였다는 것이 특징이며, 개정 헌법에서는 재산권의 범위를 생활자료의 보호뿐만 아니라 생산자료의 보호까지 확대한 점에 의의가 있다.(정이근, “중국법상 사유재산의 수용과 보상제도에 관한 일고”, 『공법학연구』 (제8권 제2호), 2007, pp.443-444.)

489) 사회주의 시장경제 체계를 채택하고 있는 중국의 토지소유제도는 자본주의 체계의 한국 등 국가의 토지 소유제도와 근본적인 차이가 있기 때문에 중국의 토지수용제도는 자기의 특징을 가지고 있다. 중국 헌법에서는 토지제도를 원칙적으로 다음과 같이 규정하고 있다. 헌법 제10조는 “도시의 토지는 국가소유에 속한다. 농촌과 도시교외의 토지는 법률에 의하여 국가소유에 속한다고 규정한 이외에는 집단소유에 속하며, 택지와 자류지, 자류산도 집단소유에 속한다. 국가는 공공이익의 필요를 위하여 법률규정에 의하여 토지의 징수 또는 징용을 할 수 있다. 어떠한 조직이나 개인도 토지를 침해·매매·임대, 혹은 기타 불법적인 형식으로 양도해서는 안 된다. 토지를 사용하는 모든 조직과 개인은 반드시 합리적으로 토지를 이용하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

490) 2004년 3월 8일 제10회 중국 전국인민대표대회 제2차 회회에서 상무위원회 부 위원장 왕조국(王兆國)이 ‘중화인민공화국헌법개정안(초안)에 관한 설명’을 발표하였고, 헌법에서의 징수와 징용의 공통점과 차이점에 대해 설명하였다.

이전하지만, 소유권의 변경이 발생하지 않으며, 긴급한 상황이 종료되면 이를 반환하여야 한다. 둘째, 징수의 목적은 재산의 지배권을 완전히 취득하기 위한 것이며, 징용의 경우에는 사용자의 수요를 위하여 재산의 사용권을 취득하는 것이다. 셋째, 징수의 목적물은 일반적으로 부동산이며, 징용의 목적물은 부동산, 동산, 그리고 노무를 포함한다. 넷째, 징수와 징용은 모두 공법적 성격을 갖는 행위로서 물권이전의 효과가 발생하고 있기 때문에 이로 인하여 징수의 경우에는 보상비용 청구권이 발생하며, 징용의 경우에는 사용비용 청구권, 재산반환청구권과 손해배상 청구권 등이 발생한다.

## (2) 공공이익

중국 「헌법」 제13조 제3항에 의하여 국가가 국민 재산권의 징수와 징용을 하기 위하여서는 공공이익의 필요를 전제로 행하여야 된다. 그러나 공공이익의 개념은 매우 추상적이고 광범위한 것으로서 정치·경제·문화 사회적 변환에 따라서 변화되고 있고, 확정될 수 없는 특징을 가지고 있다고 할 수 있다. 중국 국내법에서 공공이익이라는 용어를 빈번하게 사용하고 있으나, 법규에 그 개념이나 종류를 명확하게 설정하는 것은 어렵고, 이에 대한 논쟁이 많다. 따라서 중국에서 공공이익에 대하여 주로 법원의 재량으로 판결하고 있다.

중국 헌법은 공공이익을 명확히 한정하지 않는 반면에 현행 법률은 공공이익의 확정과 관련하여 원칙적으로 규정하거나 열거주의에 따라 규정을 두고 있는 경우가 있다.<sup>491)</sup> 한편 중국 학계에서도 두 가지 대표적 견해가 있다. 첫째, 열거주의에 따라 구체적으로 공공이익 기준을 정하여야 한다는 입장으로 공공이익이란 공공도로교통, 공공위생, 재해의 예방·처리, 과학문화 교육사업, 환경보호, 역사유적과 풍경명승지역의 보호, 공공수원보호, 산림보호 그리고 국가의 법규에서

491) 중국 「계약법」(合同法) 제7조는 “당사자가 계약의 체결·이행을 하고 있어 법률과 행정법규를 준수하며, 사회공익을 존중하며, 사회 경제적 질서를 혼란시키거나 공공이익에 피해를 주어서는 안 된다.”라고 규정하고 있다. 이에선 일반적으로 신의성실 및 공공질서 등 사법질서를 원칙적으로 의미하는 것이다. 또한 「신탁법」(信託法) 제60조는 공익신탁의 설립함에 있어 공공이익 목적이 요구되어 이를 구체적인 예로 첫째, 빈곤구제, 둘째, 이재민구조, 셋째, 장애인 부조(扶助), 넷째, 교육·과학기술·문화·예술·체육사업의 발전, 다섯째, 의료위생사업의 발전, 여섯째, 환경보호와 생태환경보호사업의 발전 그리고 일곱째, 기타 사회공익사업의 발전 등을 예시하는 열거주의를 채택하고 있다.

규정된 것을 말한다.<sup>492)</sup> 둘째, 구체적 열거방식을 반대하는 견해로 공공이익에 대하여 다음과 같이 원칙적 규정을 두어야 한다는 주장이 있다. ① 사회 전체 구성원의 직접이익과 관계되는 것으로 전쟁 중 국가 주권보호를 위한 국민재산의 수용, ② 불특정 다수인의 경제문화교육 등 방면의 이익, ③ 기본법률 가치와 서로 관련 있는 개인의 생명, 건강과 자유의 이익, ④ 경제적 질서와 거래안전이 특정한 당사자의 이익을 반영하나 전체사회 경제 운행에 매우 중요한 사항으로 전체사회 구성원의 이익을 반영한다고 할 수 있다.<sup>493)</sup>

공공이익의 개념 자체가 가지는 불확정성으로 인하여 중국 실정법에서는 일반적으로 공공이익의 개념과 범위를 규정하지 않고 있다. 그러나 구체적 사건과 중국 학계에서는 공공이익의 판단에 있어서 준수할 몇 가지 원칙이 제시되고 있다. 첫째, 공공이익을 인정하기 위하여서는 수익주체가 보편성과 불특정성을 갖추어야 한다는 공공성이 요구된다. 둘째, 공공이익은 다른 공공이익이나 사익의 희생을 대가로 하므로, 공공이익으로 확정할 경우 합리적으로 이익형량을 하여야 하고, 공공이익이 최대한 합리적인 이익이 되도록 하여야 한다는 합리성 원칙이 요구된다. 셋째, 공공이익의 확정은 광범위한 국민의사의 기초 위에서 이루어져야 하고, 민주적 방식에 따라 공공이익을 확정하여야 한다는 정당성의 원칙이 요구된다. 넷째, 공공이익은 소수자의 사익의 희생을 대가로 실현되면 합리적인 보상을 통하여 공평성의 원칙이 확보되어야 한다는 것이다.<sup>494)</sup>

### (3) 법률규정의 근거

중국 「헌법」 제13조 제3항은 법률규정에 근거하여 국가가 국민 재산권의 징수와 징용을 할 수 있다고 규정하고 있으며, 징수와 징용에 대하여는 법률유보에 의한 제한을 받고 있다. 즉, 중국의 수용제도는 헌법에서 원칙적으로 규정되고, 개별 법률을 통하여 구체화된다. 징수와 징용을 하기 위하여서는 법률유보의 원칙이 요구된다. 따라서 중국의 경우에는 개별 법률은 국민의 대표기관인 전국인

492) 梁慧星, “物權法草案說明”, 『民商法論義』(4卷), 法律出版社, 1999, pp.66-71.

493) 王利明, 『司法改革』, 法律出版社, 2002, pp.152-155.

494) 정이근, “중국법상 공공이익의 확정과 관련법리: 사유재산의 수용을 중심으로”, 『공법학연구』(제10권 제2호), 2009, p.357.

민대표대회(全國人民代表大會)와 그 상무위원회가 제정한 입법을 말하며, 반드시 이에 근거하여 징수와 징용을 하여야 한다. 중국 「입법법」(立法法) 제8조는 법정주의에 따라 특정사항을 법률로 정하여야 한다고 규정하고 있고, 열거된 사항에서 역시 ‘비국유재산에 대한 징수’ 사항을 포함하여, 이에 따라 반드시 법률규정에 근거하여 수용을 하여야 한다는 것이다. 즉, 정부는 징수와 징용의 집행주체로서 스스로 수용에 관한 권리를 창설할 수 없으며, 입법기관이 제정한 법률을 전제로 수용권한을 행사할 수 있을 뿐이다.<sup>495)</sup>

#### (4) 보상

보상은 재산권 보장의 핵심으로서 중국 「헌법」은 보상요건을 규정하고 있다. 그러나 헌법에서 보상원칙의 구체적 기준에 대하여서는 언급이 없으며, 학계에서 확립된 통설이 없다. 또한 개별 법규에서도 보상의 기준을 일치하지 않게 규정하고 있기 때문에 보상기준에 관한 입법은 미흡한 상태이다. 수용과 관련하여 개별 법규에 규정한 보상의 기준은 통일되어 있지 않다. 보상기준을 몇 가지 유형으로 구분하고 있으며, 그 규정은 주로 <표6-5>와 같다.

이러한 ‘상응한 보상’, ‘적당한 보상’과 ‘합리적 보상’ 기준은 완전보상이라고는 할 수 없고, 보통 제한적·조건부의 보상으로 이해되고 있다.<sup>496)</sup> 한편 이러한 보상기준들은 개별 법규에서 규정된 것일 뿐이며, 수용보상 법제에는 통일적 보상기준이 없고 개별 법규에 의하여 규정되고 있다.

실무에서 보상가치를 결정할 때에 중국은 일반적으로 세 가지 방식을 택하고 있다. 첫째, 행정기관이 보상가치를 결정한다. 예컨대, 「도시부동산관리법」 제20조 제2항에 의하면 공공이익의 필요로 법률절차에 따라 토지사용권을 사전에 회수할 수 있고, 토지사용자의 실제 토지사용의 기간과 토지개발의 실제 상황에 근거하여 상당한 보상을 한다고 규정한다. 이러한 법규에서 보상가치의 평가기준

495) 정이근, 각주 488, p.451.

496) 현재 중국 학계는 일반적으로 국가배상과 국가보상을 구분하여, 전자의 경우에는 국가의 불법행위로 인한 것으로서 그 손실 또는 피해에 동등한 가치가 완전히 배상되어야 하며, 후자의 경우에는 국가의 합법적 행위로 인한 것으로서 그 손실 또는 피해의 가치보다 낮은 것으로 보상되면 충분하다고 주장하고 있다.(姚天冲, 『國家補償法律制度專論』, 東北大學出版社, 2008, p.194.)

을 구체적으로 규정하지 않기 때문에 보상가치의 평가는 보통 행정기관이 일방적으로 정하게 된다. 둘째, 법규에 의하여 보상가치가 결정된다. 예컨대, 「토지관리법」(土地管理法) 제47조에 의하면 농경지를 징수하는 경우에 토지보상비, 이주안주비용 및 토지의 부착물·청묘에 대한 보상비용을 포함하며, 토지보상비는 당해 농경지의 징수 전 3년간의 평균생산액의 6배 내지 10배로 지급되어, 이주안주비는 이전농업인구의 수에 비례하여 결정되고 수용농지의 평균생산량의 4배 내지 6배로 결정된다고 규정한다. 이러한 법규는 보상가치의 평가기준과 방법을 비교적 상세히 규정하고 있으며, 그 명확성을 확보하고 있다. 셋째, 시장평가가격에 의하여 보상가치가 결정된다. 예컨대, 「도시가옥 철거이전관리 조례」(城市房屋拆遷管理條例) 제24조에 의하면 금전보상의 금액은 철거가옥의 위치·용도·건축면적 등에 근거하여 부동산시장 평가가치가 결정된다. 구체적 방법은 성·자치구·직할시 인민정부가 정한다고 규정한다.<sup>497)</sup>

## 2) 법률에 근거한 수용 법리의 내용

중국 「헌법」은 사유재산에 대한 수용을 원칙적으로 규정하고 있으나, 수용 관련 내용을 위주로 규정하는 일반적 법률이 없다. 이와 관련하여 2007년 「물권법」에서는 부동산·동산에 대한 수용과 보상을 원칙적으로 규정함으로써 수용이 발생하는 경우에 적용될 중요한 법원이 된다고 할 수 있다. 「물권법」 제42조 제1항은 “공공이익의 필요를 위하여 법률규정의 권한과 절차에 의하여 집체소유토지(集體所有土地)<sup>498)</sup> 및 단체·개인의 가옥 혹은 기타의 부동산을 수용할 수 있다.”라고 규정하며, 제44조는 “위험·재해 등 긴급한 필요로 법률규정의 권한과 절차에 의하여 단체·개인의 부동산 혹은 동산을 징용할 수 있다. 징용된 부동산 혹은 동산이 사용된 후에 피징용자에게 반환하여야 한다. 단체·개인의

497) 沈開學, 『征收征用与補償』, 法律出版社, 2006, pp.251-253.

498) 중국은 토지공유제를 취한 국가인데, 토지소유의 주체에 따라 국가소유와 집체소유 두 가지 유형으로 구분된다. 이와 관련하여 헌법 제10조는 “도시의 토지는 국가소유에 속하며, 농촌 및 도시 교외의 토지는 법률규정에 따른 국가소유의 경우를 제외하고 집체소유에 속하고 택지 및 자류지·자류산(自留地, 自留山)이 집체소유에 속한다.”라고 규정하고 있다.

부동산 혹은 동산이 징용되거나 징용으로 인하여 毀損·滅失이 된 경우에 보상을 한다.”라고 규정한다. 또한 제121조는 “부동산 또는 동산의 징용 혹은 징용으로 인하여 용익물권이 소멸되었거나 용익물권의 행사에 영향을 미친 경우에 용익물권자는 보상을 받을 권리가 있다.”라고 규정하고 있다. 「물권법」에서는 부동산·동산에 대한 수용과 보상을 원칙적으로 규정하고, 수용이 발생하는 경우에 이에 적용될 중요한 법원이 된다.

이 밖에 수용과 관련된 다른 개별 법규에서는 수용규정을 두고 있으며, 이들은 함께 중국의 수용법체제를 구축하게 된다. 이러한 개별법규들은 수용의 특별법으로서 「토지관리법」(土地管理法), 「도시부동산관리법」(城市房地產管理法), 「도시가옥철거이주조례」(城市房屋拆遷管理條例), 「도로법」(公路法), 「국방법」(國防法), 그리고 「지진재해방지법」(抗震減災法) 등이 있다.

한편 외국인투자자산의 수용에 관한 법적 근거는 「외자기업법」(外資企業法)과 「중외합자경영기업법」(中外合資經營企業法)에 규정되어 있다. 즉, “국가는 외자기업 혹은 합자경영기업에 대하여 국유화 또는 수용을 하지 않는다. 특수한 상황에서 사회 공공이익의 필요에 근거하여 법률절차에 따라 외자기업 혹은 합자경영기업을 수용할 수 있고 상응한 보상을 한다.” 또한 중국이 체결한 BIT 또는 FTA에서는 공공이익 목적, 무차별, 적법절차와 보상 등 요건의 충족으로 국유화나 수용을 할 수 있다고 규정하고 있으며, 수용은 직접수용 뿐만 아니라 간접수용을 포함하고, 수용보상의 경우에 수용 직전 투자의 시장가치를 기초로 계산된다. 보상은 지체 없이 이루어져야 하고, 수용일부부터 지불일까지 적절한 이율의 이자를 포함하여야 하며, 보상금액 결정일에 적용되는 공시 환율로 실질적으로 환급되어, 자유롭게 송금될 수 있어야 한다.

중국은 외국인투자를 유치하기 위하여서는 투자조약에서 외국인투자에 대한 국유화나 수용과 관련하여 합법적 수용 요건을 부과하며, 수용의 개념에 국내법상 존재하지 않는 간접수용의 개념을 포함시키게 규정하고 있다. 특히 보상의 경우에 외국인투자자는 내국민투자자보다 더 높은 보상기준과 대우를 부여받고 있다.

## 5. 간접수용 조항의 중국 국내법적 적용

이상과 같이 중국의 사유재산에 대한 징수·징용과 그 보상제도에 관한 내용을 보면 외국인투자자와 관련하여 중국의 「헌법」과 관련 외국인투자 법규에 의거하여 중국 영역 내에서 외국인투자의 합법적 권리와 권익이 보호되며, 외국인투자자는 중국의 법률을 준수하여야 한다.<sup>499)</sup> 외국인투자자와 관련된 「외자기업법」 등 특별법은 “국가가 외자기업에 대하여 국유화와 수용을 행하지 않는다. 특별한 상황에서 사회 공공이익의 수용에 근거하여 법률절차에 따라 외자기업에 대하여 징수를 할 수 있으며 상응한 보상을 한다.”라고 규정한다. 그러나 이러한 법규에서 간접수용의 개념이 존재하지 않으며, 간접수용과 관련 내용을 규정할 바가 없다.

중국 「헌법」은 조약과 국내법간의 관계와 효력에 명확한 규정을 두지 않고 있다. 단지 일부 법규에서 당해 법규와 조약 간에 상충이 발생하면 조약에 적용한다고 규정할 뿐이다. 이에 따라 법원과 행정기관이 조약상의 규정을 직접 원용할 수 있다. 1995년 중국 최고인민법원(最高人民法院), 최고인민검사원(最高人民檢察院), 외교부(外交部),公安部(公安部), 국가안전부(國家安全部), 그리고 사법부(司法部)에서 「섭외안건 처리 몇 가지 문제에 관한 규정」(關於處理涉外案件若干問題的規定)을 공포하고, 그 규정에서 총칙 제3조는 “유보조항의 경우를 제외하고, 섭외사안을 심리할 때, 평등호혜의 원칙을 바탕으로 국제조약의 의무를 엄격히 이행한다. 국내법 혹은 내부적 규정은 우리나라가 부담할 국제조약의 의무와 상충될 경우에, 국제조약상의 관련 규정에 적용하여야 한다. 각 주관부문이 국내법 혹은 내부적 규정을 이유로 우리나라가 부담하게 된 국제조약에서 규정된 의무이행을 거부하면 안 된다.”라고 규정하고 있다. 이는 국내법에서 조약의 효력문제를 해결하지 않았으나, 조약은 국내적 법규보다 직접적이고 우선적으로 적용되는 원칙이 제시되었다.

---

499) 중국 「헌법」 제18조에 따라 “중화인민공화국은 외국의 기업과 기타 경제조직 혹은 개인이 중화인민공화국의 법률규정에 의하여 중국에서 투자하고 중국의 기업이나 기타 경제조직과 각종 형식의 합작을 허가한다. 중국 영역에서의 외국기업과 기타 외국경제조직 또한 중외합자경영기업은 반드시 중화인민공화국의 법률에 준수하여야 한다. 그들의 합법적 권리와 권익이 중화인민공화국 법률의 보호를 받는다.”라고 규정되고 있다.

BIT와 FTA은 국제조약의 일종에 해당하므로 중국 국내법에서 직접적으로 적용된다. 따라서 투자조약에서 간접수용과 그 보상을 규정하게 되면 이러한 규정은 중국 국내법에서 직접 적용될 수 있다고 한다. 한편 간접수용과 그 보상을 적용하기 위하여서는 국내적 입법에 있어서 두 가지 방식을 통하여 이루어질 수 있다. 첫째, 사전에 간접수용과 관련한 국내적 법령을 새로이 제정하거나 기존의 법령을 개정한다.<sup>500)</sup> 둘째, 간접수용을 인정한 후에 국내적 법령을 정비한다.<sup>501)</sup> 현재 중국이 이미 체결한 대부분 투자조약에서 간접수용과 그 보상 규정을 포함하고 있으므로 사실상 간접수용 법리의 도입과 적용을 인정하였다고 할 수 있다. 다만 국내법적으로 그 충돌과 영향을 최소화할 수 있는 대책은 마련되어야 할 것이다.

한편 현재 중국이 자국기업의 해외투자를 적극적으로 장려하는 ‘해외진출’(走出去)전략을 통하여 해외투자국으로 부상되고 있다. 이에 따라 효과적으로 해외투자를 촉진·보호하기 위하여 투자조약 등을 활용할 필요가 있다. 특히 2007년부터 중국의 ‘평안’(平安) 보험회사가 벨기에 ‘포르티스 그룹’(Fortis Group)의 지분 인수로 투자를 하였고, 벨기에의 정부조치로 인하여 투자손실을 입었으나, 합리적 보상을 받지 못한 사례가 발생하였다. 이로 인하여 중국은 해외투자국의 시각에서 해외투자를 보호하도록 투자조약상의 간접수용과 그 보상을 규정할 필요가 있다.

500) 이 방식과 관련하여 1948년 「항공기권리인정에관한국제협약」(Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft)이 있어, 중국은 1995년 10월 「민용항공법」(民用航空法)을 제정하였고, 그 중에 민간용 항공기 권리에 관한 규정은 동 협약상의 내용과 일치하다. 따라서 1999년 10월 동 협약에 가입한 예가 있다.

501) 중국은 WTO에 가입한 후 국내외 경제적 상황변화를 대응하기 위하여 전국인민대표대회 상무위원회가 「중외합자경영기업법」과 「외자기업법」을 개정하였고, TRIMs협정상의 규정과 합치하지 않는 외환형평 요구, 현지부품 사용요구와 강제수출 요구 등 무역과 관련 투자조치 규정을 삭제하였다.

<표6-5> 중국의 수용 보상기준 및 입법

보상기준	관련 법규	예법
상응한 보상	「도시부동산관리법」(城市房地產管理法)제19조, 「외자경영기업법」(外商投資企業法) 제2조, 「대만교포투자보호법」(外商投資企業法) 제4조, 「외자기업법」(外資企業法) 제5조, 「계엄법」(戒嚴法) 제17조, 「물권법」(物權法) 제121조	중화인민공화국 외자기업법 제5조는 “국가가 외자기업에 국유화와 수용을 행하지 않는다. 특별한 상황에 서 사회 공공이익의 수용에 근거하여 법률절차에 따라 외자기업에 대하여 징수를 할 수 있으며 상응한 보상을 한다.”라고 규정한다.
적당한 보상	「초원법」(草原法) 제7조, 「국방법」(國防法) 제48조, 「지진재해방지법」(防震减灾法) 제38조, 「홍수방지법」(防洪法) 제45조	중화인민공화국 국방법 제48조는 “국가가 동원의 필요로 법에 의해 단체와 개인의 시설·교통도구·재물을 징용할 수 있다. 징용으로 인한 직접 경제적 손실이 있어, 현금 이상 인민정부가 피징용자에 대하여 국가 관련 규정에 따라 적당한 보상을 한다.”라고 규정한다.
합리적 보상	「도시사유가옥관리조례」(城市私有房屋管理條例) 제4조, 「귀국교포및가족권익보호법」(歸僑僑眷權益保護法) 제13조	중화인민공화국 도시사유가옥관리조례 제4조는 “국가 건설의 필요로 도시사유가옥 징용·철거의 경우에 건설단체가 가옥소유자에게 합리적 보상을 급여하며 가옥소재지 인민정부의 규정에 따라 사용자의 적절한 주거를 보장한다.”라고 규정한다.

(자료: 중국법률망 <http://www.isinolaw.com/isinolaw/index.jsp>)

## 제7장 결 론

국제투자 분야에서 외국인투자 수용의 개념과 범위는 국유화 혹은 직접수용뿐 아니라 간접수용의 개념도 포함하고 있다. 본 논문은 국제투자법상의 초점인 간접수용의 내용을 파악하고, 이와 관련하여 최근 일부 투자조약과 국제중재의 판례에서 나타나는 새로운 판정법리를 분석하고, 그 향후과제를 검토하였다. NAFTA 체제하에서 간접수용과 관련한 많은 분쟁이 발생함으로써 인하여 국제법 학자들은 간접수용에 관한 연구를 광범위하게 행하였으나, 간접수용의 정의와 범위, 간접수용과 보상을 요하지 않는 국가의 규제조치간의 구분, 그리고 간접수용의 판정기준 등 문제에 대하여 아직 논란이 있다. 현재까지 실무에서는 국가의 정부조치가 간접수용을 구성한다고 판정된 국제중재의 판례가 많지 않았으나, 간접수용에 대한 지속연구의 의의와 필요가 없다고 말할 수 없다.

사실 외국인투자에 대한 보호를 강화하기 위하여 체약국들이 투자조약에서 간접수용을 행하지 않는다는 합의를 규정하고, 이를 국제의무로 이행하여야 한다. 그러나 현재 국제법상 간접수용의 정의와 판정법리에 모호성이 존재하기 때문에 이로 인하여 현지국의 주권에 영향을 미치고 있다. 즉, 조세부과, 환경보호, 공공보전과 공익사업 등 분야에서 현지국이 정책을 제정하는 경우에 이는 간접수용을 구성하는지 여부를 고려하여야 한다. 이에 따라 그 정책목적을 실현하기 위하여 경제적 부담이 늘어날 것이므로 정부 합법적 규제권의 행사가 제한을 받아 공공 정책의 무력화가 초래될 것이 우려된다. 다시 말하면 현지국은 자국의 공공이익을 목적으로 합법적 규제적 조치를 취함에 있어서 투자조약상 간접수용 규정에 의하여 그 조치가 간접수용에 해당하게 될 가능성도 있다. 그러므로 투자조약에서 간접수용의 내용을 어떻게 명확히 규정함으로써, 한편으로는 외국인투자자의 권익을 보호하며, 다른 한편으로는 공공이익을 위한 국가의 규제권을 존중하고, 공익과 사익간의 형평을 실현할 수 있느냐 하는 것은 국제투자법과 국제투자법의 발전에 중요한 의의를 갖는다.

간접수용의 개념은 국제투자 분야에서만 사용되는 것으로서 각국 기존의 국내법에는 없었다.<sup>502)</sup> 따라서 국제법상의 간접수용은 무엇인지에 대한 파악이 중요

하다. 특히 NAFTA 체제하에서 간접수용과 관련 분쟁에 대응하기 위하여 2004년 미국과 캐나다가 BIT 모델을 제정하고 간접수용 관련 새로운 규정을 두었다. BIT 모델에서는 투자자에 높은 수준의 보호기준을 강조하면서, 아울러 간접수용 대상범위의 확장으로 인하여 국가 공공정책에 대한 영향을 해소시키기 위하여 공공보건·안전·환경 등 민감한 분야에 대하여 예외규정을 신설하였다. 그 후에 한국, 중국, 인도와 싱가포르 등 국가들이 타국과 BIT 또는 FTA의 체결 과정에서 미국 BIT 모델상의 간접수용 규정을 기초로 자국의 사회적·경제적 상황에 근거하여 일정한 변형을 거쳐 간접수용의 규정을 설치하였다. 일반적으로 이러한 새로운 간접수용 규정은 주로 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.

첫째, 간접수용이란 정부가 직접수용처럼 외국인 투자자의 재산 또는 재산권을 수용하는 것이 아니라, 정부 하나의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용과 동등한 효과를 가지는 경우라고 정의되고 있다. 둘째, 당사국 하나의 행위 또는 일련의 행위가 간접수용을 구성하는지 여부에 대한 판정은 사안별로 사실에 기초한 조사를 필요하고, 재산권에 대한 정부행위의 경제적 영향, 분명하고 합리적인 기대에 대한 침해정도, 그리고 정부행위의 성격 등 요건을 심사하여야 한다. 셋째, 드문 상황을 제외하며, 공공보건·안전, 환경과 같은 합법적인 공공복지 목적을 보호하기 위하여 당사국의 무차별적인 규제행위는 간접수용의 범위로부터 배제된다.

이러한 새로운 간접수용 규정은 이전 투자조약상의 간접수용 규정에 비하여 특히 간접수용의 정의, 판정과 예외 등 내용을 규정함으로써 그 의미와 범위에 명확성이 한층 증대된다. 우선 간접수용의 정의를 보면 간접수용을 나름대로 “직접수용과 동등한 효과가 있는 조치”라고 규정하고 있으나, 그 의미를 명확히 하기 위해서는 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 등을 간접수용의 범주에서 배제하며, 잠행적 수용을 의미하는 일련의 정부행위를 명시하고 있다. 또한 간접수용을 판정함에 있어 세 가지 판정요건을 제시하고 있다. 이들을 명문화함으로써

---

502) 간접수용의 개념이 그대로 미국의 법체계에 존재한다고 볼 수가 없으며, 한국과 유사한 수용법체계를 가진 독일에서 도출된 개념인 수용적 침해가 있어, 간접수용은 국가간의 조약에 의한 정치적 결단의 결과물로 조약이 국회의 승인을 거쳐 국내법과 같은 효력을 발휘할 경우 보상규정을 법률화 할 수 있을 뿐 아니라 수용 유사적 침해 또한 직접적인 공권력의 행사에 의해 침해가 이루어진다는 점에서 간접수용과 다르기 때문에 수용 유사적 침해이론에 간접수용을 그대로 적용할 수 없다.(이육한, 전제논문, pp.325-333.)

써 중재판정부의 자유재량을 제한할 수 있으며, 특히 정부행위의 성격을 하나의 판정요건으로 규정함으로써 중재판정부가 재산권에 대한 정부행위의 심각한 영향만을 이유로 간접수용을 구성한다고 판정할 수 없게 된다. 즉, 재산권에 대한 정부행위의 영향정도뿐만 아니라, 정부조치의 목적과 의도도 충분히 고려되어야 한다. 한편 간접수용으로 인한 공공정책의 무력화 등 문제를 해소하기 위하여서는 공공보건·안전·환경과 같은 정당한 공공복지 목적을 위한 정부의 합법적 규제조치가 간접수용에 해당하지 않도록 명시하고 있다.

다만, 이러한 간접수용 규정에 몇 가지 문제점이 있다. 첫째, 간접수용의 세 가지 판정요건을 규정하고 있으나, 이들에 대하여 어떠한 방법 또는 기준으로 접근하는지가 문제가 된다. 즉, 단순히 어느 한 요건이 결정적인 것인지, 아니면 세 가지 요건을 종합적으로 심사하여야 할 것인지가 문제가 되며, 또한 종합적으로 심사하여야 한다면 어떠한 원칙이나 기준에 의거하여야 할지의 문제가 된다. 둘째, 간접수용의 세 가지 판정요건이 규정되고 있으나, 그 함의와 내포적 요인을 언급하지 않고 있다. 따라서 법적 확정성과 예측성을 제고하기 위하여 판정요건을 구체화할 필요가 있다. 셋째, 규정에서 공공 보건·안전·환경과 같은 공공복지 목적을 위한 당사국의 무차별적인 규제조치는 간접수용을 구성하지 아니한다고 명시하고 있으나, 정부조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 ‘드문 상황’의 경우에는 간접수용을 적용할 수 있는 예외를 두고 있다. 이에 따라 이른바 드문 상황에 해당하는 경우에는 위와 같은 합법적 규제조치는 간접수용에 해당할 수 있는 가능성도 있으므로 논의의 소지를 남겨두고 있다. 넷째, 현지국이 공공 보건·안전·환경과 같은 공공복지 목적을 위한 합법적 규제조치를 시행하는 경우에만 외국인 투자자가 보상을 요구할 수 없으며, 합법적 간접수용의 경우에는 보상이 수반되어야 하여, 불법적 간접수용의 경우에는 배상을 하여야 한다. 정부행위가 불법적 간접수용에 해당하면 일반 완전 배상을 하여야 한다는 점에 대한 논의가 없으며, 공공이익을 목적으로 합법적 수용의 경우에도 미래 기대이익을 포함하는 완전한 보상을 한다는 점에 대하여 논란이 있다.

국제투자조약상 간접수용의 규정을 보완하기 위하여서는 위 문제점을 대비하여 다음과 같이 제안을 제시하고자 한다. 첫째, 간접수용의 판정에 있어 세 가지

요건을 종합적으로 심사하여야 한다고 명시하고, 공법상의 비례원칙을 도입할 수 있다고 생각한다. 즉, “당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정의 사실관계에 간접수용을 구성하는지 여부의 판정은 그 투자에 관한 모든 관련 요건을 종합적으로 심사하여야 하고 비례원칙에 의하여 사안별로 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.”라고 규정할 수 있다. 둘째, 간접수용의 판정요건을 심사함에 있어 구체적인 고려사항과 접근방법을 명시할 수 있다고 생각한다. 즉, 정부행위의 간여정도를 심사할 때에는 정부행위 영향의 심각성과 존속기간을 기준으로 하며, 정부행위의 성격을 심사할 때에는 정부행위의 목적과 의도를 기준으로 고려하며, 분명하고 합리적인 기대이익에 대한 간여정도를 심사할 때에는 관련 현지국의 법규와 정부의 승낙을 기준으로 고려한다.<sup>503)</sup> 셋째, 간접수용의 판정 과정에서 비례원칙이 도입된다면 정부조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 의미하는 “드문 상황”이라는 예외는 필요하지 않다고 생각한다. 따라서 문제조치가 국가의 합법적 규제조치에 해당하는지 아니면 드문 상황에 해당하는지에 대한 논의를 차단하기 위하여 이를 삭제할 수 있다고 생각한다. 넷째, 간접수용의 보상과 관련하여 투자조약에서 보상의 기준과 평가방식을 명시하는 것은 가장 효과적인 방법이라고 생각한다. 왜냐하면 각 당사국 국내법상 보상규정이 다르며, 특히 관련 법규에서 보상규정이 결여하는 경우에 분쟁이 발생할 소지가 있기 때문이다. 그러나 보상과 관련하여 채약당사국 간에 항상 입장차이가 존재할 뿐만 아니라, 실무에서 보상가치의 평가도 상당히 복잡하다. 따라서 점진적 접근방법이 타당하다고 생각한다. 즉, 투자조약에서 보상기준을 원칙적으로 정하고, 중재판정부가 사건의 사실관계에 근거하여 평가방식을 채택하는 자유재량을 부여한다. 향후 중재판례를 통하여 지속적 검토를 함

503) 이의 규정방식은 2009년 한·인도 CEPA 부속서 10-가 제3항의 규정을 토대로 설계될 수 있다. 즉 “① 정부 행위의 경제적 영향과 존속기간. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 초래한다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다. ② 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대(보다 명확히 위하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜 한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적일 가능성이 더욱 높다.)를 침해하는 정도, 그리고 ③ 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격. 관련 고려사항은 정부행위가 공공이익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수하여야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 강요하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.”라고 규정할 수 있다고 생각한다.

으로써 보상규정을 보완할 수 있다고 생각한다.

한편으로는 국제투자법상 이러한 새로운 간접수용 규정의 발전 동향은 한국과 중국에 중요한 의미를 시사하고 있다. 중국은 해외투자 추진 전략을 시행함에 따라서 향후 인접국인 한국에서의 투자가 확대될 추세가 예상되는 동시에, 한국은 자국의 최대 해외투자 대상국인 중국으로부터 지속적인 성장 동력을 받을 수 있다는 점에서 보면 양국은 BIT 또는 FTA를 통해 안정적이고 투명한 투자환경 조성이 필요하다고 본다.<sup>504)</sup>

현재 한국과 중국이 타국과 체결한 BIT에서는 협정의무 위반에 따른 모든 투자분쟁에 대하여 국제중재 청구가 가능하도록 규정하였으며, 국제중재에 대한 당사국의 사전 동의도 자동적으로 부여되도록 명문화하고 있다. 그러나 협정문에 단지 “직접 또는 간접적으로 수용 또는 국유화하거나, 수용 또는 국유화와 동등한 효과를 가지는 조치”라는 문구를 통하여 간접수용을 규정하고 있으며, 간접수용의 정의, 판정법리와 예외 규정을 두고 있지 않은 것이 대부분이다. 이에 따라 간접수용 규정의 모호로 인하여 투자자의 남용 가능성이 우려가 되고, 국가의 합법적 규제권의 행사가 도전을 받고 있다. 그래서 양국은 최근 타국과 체결한 BIT 또는 FTA에서 간접수용의 정의, 판정법리와 예외 등 규정을 설정하였다. 그러나 2007년 한·중 개정투자협정에서는 이러한 규정 내용이 없고, 단지 “직접 또는 간접적으로 수용과 국유화하거나 수용과 국유화에 상당하는 조치를 취하지 아니한다.”라고 규정하고 있을 뿐이다. 그러므로 향후 한·중 FTA에는 간접수용 규정의 안정성과 명확성을 제고하도록 간접수용의 정의, 판정법리와 예외규정을 설정할 것은 필요로 본다.

특히 최근 국제투자법상 간접수용 규정의 발전 동향이 한·중 FTA에 시사하는 의미가 크다. 한·중 FTA에서는 간접수용의 정의, 판정법리와 예외 규정을 들으로써 양국 투자의 안정성과 권리보호 강화라는 효과를 누릴 수 있다. 아울러 간접수용 규정의 모호성으로 인한 투자자의 남용과 공공정책의 무력화를 방지할 수 있다. 특히 투자자가 국가 합법적 규제조치를 대상으로 중재를 제기하는 남용을 방지하기 위하여 간접수용의 예외규정에 신중하게 접근할 필요가 있다. 즉,

504) 남영숙, “중국의 최근 투자협정의 변화: 한·중 투자보장협정과 중·뉴질랜드 FTA를 중심으로”, 『통상법률』 (통권 제89호), 2009, p.69.

양국은 각국의 상황과 필요에 근거하여 상호간의 이해관계를 조정함으로써 조세, 공익사업, 공공보건·안전·환경뿐만 아니라, 부동산 가격 안정화 등과 같은 민감한 분야에 대한 검토를 하고, 협상을 통하여 이러한 분야에서의 정부조치를 간접수용의 대상범위로부터 배제할 수 있다.



## 參 考 文 獻

### 韓國語文獻

#### 1. 단행본

- 고준성, 『자유무역협정(FTA)의 조문별 유형 분석』, 산업연구원, 2003,
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2009,
- 계희열, 『헌법학(중)』(신정2판), 박영사, 2007,
- 김관호, 『미국의 양자간 투자협정-한·미 투자협정의 의의 및 전망』, 대외경제  
정책연구원, 1998,
- 김건우, 『투자론』(제5판), 홍문사, 2005,
- 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2009,
- 김대순, 『국제법론』(제14판), 삼영사, 2009,
- 김동훈·김봉철·류창호, 『BRICs의 FTA에 대한 법적 분석(1)』, 한국법제연구  
원, 2007,
- \_\_\_\_\_, 『BRICs의 FTA에 대한 법적 분석(3)』, 한국법제연구원, 2007,
- 김명기, 『국제법원론(上)』, 박영사, 1996,
- 김상용·정우형, 『토지법』(증보판), 법원사, 2004,
- 김석현, 『국제법상 국가책임』, 삼영사, 2007,
- 김정건, 『국제법』, 박영사, 2004,
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2009,
- 류혜웅, 『신수용보상법론』, 부연사, 2005,
- 문준조, 『우리나라의 FTA 체결을 위한 체계적 연구』, 한국법제연구원, 2005,
- 박균성, 『행정법론(상)』, 박영사, 2009,
- 박용용, 『국제조약』, 법문사, 2006,
- 백병재, 『토지수용법연구』, 부연사, 2000,

- 법무부, 『양자간 투자협정 연구』, 2001,  
 ———, 『한미FTA 투자분야 연구』, 2008,  
 ———, 『한일투자협정 해설』, 산업연구원, 2003,  
 서헌제, 『국제경제법』 (제2판), 율곡출판사, 1998,  
 이성봉 외, 『한미FTA 투자분야 주요 쟁점이슈와 평가』, 대외경제정책연구원,  
 2006,  
 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006,  
 이한기, 『국제법강의』, 박영사, 2006,  
 장효상, 『국제경제법』, 법영사, 1996,  
 최승환, 『국제경제법』, 법영사, 1998.  
 홍성방, 『헌법학』 (개정6판), 현암사, 2009,  
 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009,  
 ———, 『헌법이론과 헌법』 (신정 제8판). 박영사, 2003,

## 2. 논문

- 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제 권한”, 『통상법률』 (통권 제76호), 2006,  
 강희갑, “환경법의 세계화와 국제환경법”, 『리서치 아카데미 논총』 (Vol.1), 1998,  
 김관호, “중국의 투자정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 『동북아경제연구』 (제20권 제1호), 2008,  
 ———, “한미FTA와 간접수용-국내 재산권 보호 제도에의 시사점”, 『규제연구』 (Vol.16. No.1), 2007,  
 김남진, “사인을 위한 공용수용”, 『법학논집』 (제24집), 1986,  
 김동복, “토지수용에 있어서의 손실보상에 관한 연구”, 『법학논의』, 1997,  
 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토”, 『공법연구』 (제32집 제4호), 2004,  
 김민호, “간접수용 법리의 합헌성 연구”, 『저스티스』 (통권 제96호), 2007,

- \_\_\_\_\_, “미국의 규제적 수용에 있어 공익과 사익의 조정”, 『토지공법연구』 (Vol.16. No.1), 2002,
- \_\_\_\_\_, “외국과의 투자협정에 있어 간접수용 규정의 합헌성 검토”, 『경성법학』 (제15집 제2호), 2006,
- 김민호·김지엽, “한미FTA의 간접수용과 한국 손실보상 법리의 비교 연구”, 『토지공법연구』 (제39집), 2008,
- 김부찬, “국제투자분쟁해결제도: 수용국과 국제기업간의 투자분쟁을 중심으로”, 『제주대학교 논문집』 (제26집), 1988,
- 김여선, “한·중 투자보장협정의 투자자와 정부간 분쟁해결 제도”, 『통상법률』 (통권 제87호), 2009,
- 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 『고려법학』 (제48호), 2007,
- 김영조, “미국에 있어서의 규제적 수용에 관한 판례의 동향”, 『토지보상법연구』 (제2집), 한국토지보상법연구회, 2002,
- 김원보, “한미FTA와 수용 및 보상”, 『법제』 (Vol.601), 법제처, 2008,
- 김창규, “양자간 투자협정 구조에 대한 고찰”, 『무역구제』 (창간호), KDI경제정보센터, 2001,
- 김태현, “국제투자분쟁해결제도의 발전방향과 한미FTA의 수용태도에 관한 연구”, 한국해양대학교 박사학위논문, 2008,
- \_\_\_\_\_, “국제투자분쟁해결제도와 한미FTA의 수용태도에 관한 연구”, 『비교법학』 (제19집), 2008,
- 남영숙, “중국의 최근 투자협정의 변화: 한·중 투자보장협정과 중·뉴질랜드 FTA를 중심으로”, 『통상법률』 (통권 제89호), 2009,
- 류희진, “국제투자협정상 간접수용에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2007,
- 박남수, “간접수용 판단기준에 관한 국제법적 고찰”, 고려대학교 석사학위논문, 2007,
- 석종현·송동수, “공용제한법제의 현황과 손실보상”, 『토지공법연구』 (제11집), 2001,
- 오승규, “재산권의 사회구속성과 공용수용”, 『한양법학』 (제13집), 2002,
- 우성기, “공법상의 비례원칙: 프랑스 공법을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문,

- 1994,
- 이육한, “한미FTA상의 간접수용에 대한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』(제15권 제1호), 2009,
- 이재협, “국제환경법 측면에서 본 다자간투자규범의 전개와 반전방향에 관한 연구”, 『경희법학』(Vol.37. No.1), 2002,
- 이종근, “미국 헌법상의 규제적 수용의 법리”, 『토지공법연구』(제37집 제1호), 2007,
- 장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 『법학』(제42권 제3호), 2001,
- 정연주, “토지재산권의 범위와 공용침해”, 『토지공법연구』(제43집 제1호), 2009,
- 정이근, “중국법상 공공이익의 확정과 관련법리: 사유재산의 수용을 중심으로”, 『공법학연구』(제10권 제2호), 2009,
- \_\_\_\_\_, “중국법상 사유재산의 수용과 보상제도에 관한 일고”, 『공법학연구』(제8권 제2호), 2007,
- 최갑선, “헌법 제23조 1항 2문에 의거한 재산권의 내용 및 한계 규정”, 『공법학의 현대적 지평』, 박영사, 1995,
- 최대판, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 『중재연구』(제17권 제2호), 2007,
- 최승필, “한미 자유무역협정(FTA)의 공법적 문제에 관한 소고”, 『공법연구』(제36집 제3호), 2008,
- 한상희, “한미FTA와 국가책임: ISD에서의 간접수용과 그 헌법 문제를 중심으로”, 『서강법학』(제9권), 2007,
- 한수용, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 『저스티스』(제32권 제2호), 1999,
- 홍성화, “국유화와 국제법”, 『법경논의』(No.8), 건국대학교, 1973,

## 英語文獻

### 1. Books

- Andreas F. Lowenfeld, *International Economic law*, Oxford University press, 2003,
- Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Kluwer Law International, 2009,
- Barbara Mensah, *European human rights case summaries 1960–2000*, Routledge Cavendish, 2002,
- Ellen Frankel Paul, *Property Rights and Eminent Domain*, New Brunswick Transaction Publishers, 2008,
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law(Seventh Edition)*, Oxford University Press, 2008,
- \_\_\_\_\_, *Public International Law(6th Edition)*, Oxford University Press, 2003,
- Ignaz Seidl Hohenveldern, *International Economic Law(2nd revised edition)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,
- George Schwarzenberger & E.D. Brown, *A Manual of International Law(6th ed.)*, Milton: Professional Books, 1976,
- Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008,
- Khrushchev Ekwueme, *Protection of Foreign Investment in Context: Nigeria's Investment Laws, Treaties And Petroleum Agreements*, Nomos Universitatsschriften, 2007,
- L. Henkin, *International Law: Cases and Materials(3rd edition)*, Miinnesota, 1993,
- Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford: Clarendon, 1961,
- M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment(second edition)*,

- Cambridge University Press, 2004,
- Oscar Schachter, *International law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991,
- Paul Craig & Gráinne De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials(Fourth Edition)*, Oxford University Express, 2008,
- R. B. Sunshine, *Terms of Compensation in Developing Countries' Nationalisation Settlements*, UNCTC, 1981;
- Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford university press, 2008,
- Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995,
- S. Friedman, *Expropriation in International law*, Stevens, 1953,
- T.O. Elias, *The Modern law of Treaties*, Leyden: Sijthoff, 1974,

## 2. Articles

- Aaron Cosbey, "Investment and sustainable Development: A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements", International Institute for Sustainable Development(IISD), 2004.
- A. Asgarkhani, "Compromise and Cooperation at the Iran-United States Claims Tribunal", *Arbitration International(Vol.19)*, 2003,
- Alec Stone Sweet, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", *Law and Legal Ethics of Human Rights*, 2009,
- Allen S. Weiner, "Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes", *International Law Forum(Vol.5. No.3)*, 2003,
- Antonio R. Parra, "Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes", Ibrahim F. I. Shihata(ed.), *Legal treatment of foreign investment: the World Bank guidelines*,

- Martinus Nijhoff Publishers, 1993,
- Barry Appleton, "Regulatory Takings: The International Law Perspective", *New York University Environmental Law Journal*(Vol.11. No.1), 2002,
- Bjørn Kunoy, "Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.6, No.3), 2005,
- \_\_\_\_\_, "The notion of time in ICSID's case law on indirect expropriation", *Journal of International Arbitration*(Vol.23, No.4), 2006,
- Burns H. Weston, "'Constructive Takings' under International Law: A Modest Foray Into the Problem of 'Creeping Expropriation'", *Virginia Journal of International Law*(Vol.16), 1975,
- Cai Congyan, "China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications", *Journal of International Economic Law*(Vol.12. No.2), 2009,
- Catherine Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *International Investment Law: A Changing Landscape*, OECD, 2005,
- Christoph Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*(vol.2), 2005,
- David A. Gantz, "The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States—Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*(Vol.19), 2004,
- Ethan Shenkman, "Could principles of Fifth Amendment takings jurisprudence be helpful in analyzing regulatory expropriation claims under international law?", *New York University Environmental Law Journal*(Vol.11), 2002,

- G. C. Christie, "What Constitutes a Taking of Property under International Law?", *British Yearbook of International Law*(Vol.38), 1962,
- George H. Aldrich, "What Constitutes a Compensable Taking of Property? the Decisions of the Iran- United States Claims Tribunal Journal", *The American Journal of International Law*(Vol.88), 1994,
- Gilbet Gagné & Jean-Frédéric Morin, "The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent Ftas and the 2004 Model BIT", *Journal of International Economic Law*(Vol.9, No.2), 2006,
- Gonzalo Guzmán-Carrasco, "Indirect Expropriation in U.S. Free Trade Agreement: The U.S. Trade Act of 2002 and Beyond", Fecha de recepción, 2004,
- James McIlroy, "Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement – Two Steps Forward, One Step Back?", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.5. No.4), 2004,
- Jan Paulsson, "Indirect Expropriation: is the Right to Regulate at Risk?", Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Making the most of International Investment Agreements: A Common Agenda, 2005,
- Jan Paulsson & Zachary Douglas, "Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations", Norbert Horn, ed, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004,
- Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, "Do bits really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain", *Harvard International Law Journal*(Vol.46), 2005,
- J. L. Gudofsky, "Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study", *Northwestern Journal of International*

- Law & Business*(Vol.21), 2000,
- J. Martin Wagner, "International Investment, Expropriation and Environmental Protection", *Golden Gate University Law Review*(Vol.29. No.3), 1999,
- Justin R. Mariles, "Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law", *Journal of Transnational Law & Policy*(Vol.16. No.2), 2007,
- Katharina A. Byrne, "Regulatory Expropriation and State Intent", *The Canadian Yearbook of International Law*(Vol.38), University of British Columbia Press, 2000,
- Katia Yannaca-Small, "'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law", *International Investment Law: A Changing Landscape*, OECD, 2005,
- Leslie Bender, "The Takings Clause: Principles or Politics?", *Buffalo Law Review*(Vol.34), 1985,
- Louis B. Sohn & Richard Baxter, "Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", *The American Journal of International Law*(vol.55), 1961,
- L.Y. Fortier & S.L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*(Vol.19. No.2), 2004,
- M. Ball, "Assessing Damages in Claims by Investors against States", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*(Vol.16), 2001,
- Michael G Parisi, "Moving Toward Transparency? An Examination of Regulatory Taking", *Emory International Law Review*(Vol.19), 2005,
- Omar E. García-Bolívar, "The Teleology of international Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements", *The Journal of world Investment & Trade*(Vol.6.

- No.5), 2005,
- Rachel D. Edsall, "Indirect Expropriation Under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations", *Boston University Law Review*(Vol.86), 2006,
- 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,
- R. Higgins, "The taking of property by the state: recent developments in international law", *Recueil des Cours-Académie de droit international*(vol.176), 1982,
- Rudolf Dolzer, "Expropriation and Nationalization", *Encyclopedia of Public International Law*(Vol.8), 1995,
- \_\_\_\_\_, "Indirect Expropriations: New Developments?", *Environmental Law Journal*(Vol.11), New York University, 2002,
- \_\_\_\_\_, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", *New York University Journal of International Law and Politics*(Vol.37), 2006,
- Rudolf Dolzer & Felix Bloch, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?", *International Law Forum*(Vol.5. No.3), 2003,
- Simon Baughen, "Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of Nafta Chapter Eleven", *Journal of Environmental Law*(Vol.18. No.2), 2006,
- Stanimir A. Alexandrov "Breaches of Contract and Breaches of Treaty-The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v Pakistan and SGS v Philippines", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.555), 2004,
- T. Wälde & A. Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", *International and*

- Comparative Law Quarterly*(Vol.50), 2001,
- Ursula Kriebaum, "Partial Expropriation", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.8 No.1), 2007,
- \_\_\_\_\_, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.8 No.5), 2007,
- Veijo Heiskanen, "The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation", *International Law Forum*(Vol.5 No.3), 2003,
- Vicki Been, "Does an International "Regulatory Taking" Doctrine Make Sense?", *New York University Environmental Law Journal*(Vol.11 No.1), 2002,
- W. Michael. Reisman & Robert D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *British Year Book of International Law*(Vol. 74), 2004,
- Zeyad A. AlQurashi, "Indirect Expropriation in the Field of Petroleum", *The Journal of World Investment & Trade*(Vol.5, No.6), 2004,

### 3. Reports

- UNCTAD, "Bilateral Investment Treaties 1995 - 2006: Trends in Investment Rulemaking", United Nations Publication, 2007,
- \_\_\_\_\_, "Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s", UN, 1998,
- \_\_\_\_\_, "Environment", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 2001,
- \_\_\_\_\_, "Recent Developments in International Investment Agreements(2008 -June 2009)", IIA Monitor No.3, UN Publication, 2009,
- \_\_\_\_\_, "Scope and Definition", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 1999,

\_\_\_\_\_, “Taking of Property”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN Publication, 1999,

\_\_\_\_\_, “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UN Publication, 2009,

## 中國語文獻

### 1. 著書

陳安 編, 『國際投資法的新發展与中國雙邊投資條約的新實踐』, 復旦大學出版社, 2007,

韓立余, 『國際經濟法學原理与案例教程』, 中國人民大學出版社, 2006,

黃輝, 『WTO与國際投資法律實務』, 吉林人民出版社, 2001,

金成華, 『國際投資立法發展現狀与展望』, 中國法制出版社, 2009,

梁慧星, “物權法草案說明”, 『民商法論義』(4卷), 法律出版社, 1999,

盧進勇·余勁松·齊春生, 『國際投資條約与協定新論』, 人民出版社, 2007,

閔桂芳·楊晚香, 『財產征收研究』, 中國法制出版社, 2006,

沈開舉, 『征收征用与補償』, 法律出版社, 2006,

孫南申, 『國際投資法』, 中國人民大學出版社, 2008,

王利明, 『司法改革』, 法律出版社, 2002,

姚梅鎮 編, 『比較外資法』, 武漢大學出版社, 1995,

姚天冲, 『國家補償法律制度專論』, 東北大學出版社, 2008,

### 2. 論文

蔡從燕, “效果標準与目的標準之爭:間接征收認定的新發展”, 『西南政法大學學報』

- (Vol.8. No.6), 2006,
- 李尊然, “美國判例法中的管制性征收及其認定標準的演變”, 『國際經濟法學刊』(第15  
 卷 第2期), 北京大學出版社, 2008,
- 徐崇利, “間接征收之界分:東道國對外資管理的限度”, 『福建法學』(Vol.94), 2008,  
 \_\_\_\_\_, “利益平衡与對外資間接征收的認定及補償”, 『環球法律評論』(No.6), 2008,
- 余勁松, “論國際投資法中國有化補償的根据”, 『中國社會科學』(No.2), 1986,
- 曾華群, “外資征收及其補償標準: 歷史的分野与現實的挑戰”, 『國際經濟法學刊』  
 (Vol.13. No.1), 北京大學出版社, 2006,

## 웹사이트

- |                 |   |
|-----------------|---|
| 경제산업연구소         | <a href="http://www.rieti.go.jp/cn/">http://www.rieti.go.jp/cn/</a>                                 |
| 국제법협회           | <a href="http://www.ila-hq.org/">http://www.ila-hq.org/</a>   |
| 국제연합무역개발회의      | <a href="http://www.unctad.org">http://www.unctad.org</a>   |
| 국제 지속가능한 발전 연구소 | <a href="http://www.iisd.org/">http://www.iisd.org/</a>   |
| 국제투자분쟁해결센터      | <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp">http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp</a> |
| 대외경제정책연구원       | <a href="http://www.kiep.go.kr/main01.asp">http://www.kiep.go.kr/main01.asp</a>                     |
| 북미자유무역협정소송      | <a href="http://www.naftaclaims.com/">http://www.naftaclaims.com/</a>                               |
| 쌍무조약            | <a href="http://www.bilaterals.org/">http://www.bilaterals.org/</a>                                 |

옥스퍼드 저널	<a href="http://www.oxfordjournals.org/">http://www.oxfordjournals.org/</a>
외교통상부	<a href="http://www.mofat.go.kr/main/index.jsp">http://www.mofat.go.kr/main/index.jsp</a>
외교통상부 자유무역협정	<a href="http://www.fta.go.kr/user/">http://www.fta.go.kr/user/</a>
유럽법	<a href="http://www.ili.co.uk/cgi-bin/login">http://www.ili.co.uk/cgi-bin/login</a>
유럽인권재판소	<a href="http://www.echr.coe.int/echr/">http://www.echr.coe.int/echr/</a>
이란-미국 청구재판소	<a href="http://ita.law.uvic.ca/index.htm">http://ita.law.uvic.ca/index.htm</a>
자유무역협정 국내대책위원회	<a href="http://kfta.pa.go.kr/">http://kfta.pa.go.kr/</a>
중국법률망	<a href="http://www.isinolaw.com/isinolaw/index.jsp">http://www.isinolaw.com/isinolaw/index.jsp</a>
중국 상무부	<a href="http://www.mofcom.gov.cn/">http://www.mofcom.gov.cn/</a>
중국 자유무역지대 서비스망	<a href="http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml">http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml</a>
중국지망	<a href="http://www.cnki.net/">http://www.cnki.net/</a>
중재 데이터베이스	<a href="http://www.arbitration.fr/index.html">http://www.arbitration.fr/index.html</a>
투자조약중재	<a href="http://ita.law.uvic.ca/index.htm">http://ita.law.uvic.ca/index.htm</a>
특혜무역협정 데이터베이스	<a href="http://ptas.mcgill.ca/">http://ptas.mcgill.ca/</a>
한국교육학술정보원	<a href="http://cat2.riss4u.net/index.do">http://cat2.riss4u.net/index.do</a>
한국학술정보	<a href="http://kiss.kstudy.com/">http://kiss.kstudy.com/</a>

\* 상기 사이트는 2010년 3월 13일에 최종 방문함

# ABSTRACT

## A Study on Indirect Expropriation in International Investment Law

-Focusing on Implications for the Korea-China FTA-

Tian Ke

Department of Law,  
the Graduate School of JeJu University  
for the degree of Doctor of Law,  
Supervised by Professor Dr. Yeu-Sun Kim

The issue of expropriation is one of the most contentious issues in the field of protection of the international investment. After the second world war, newly independent colonial countries, in order to get the economic independence, frequently implemented the nationalization of foreign property from the 1950's to 1970's. During this period the expropriation or nationalization to foreign investment in the international investment context occurred largely because of the revolution, armed rebellion, regime change, social reform, transformation of economic structure and hostilities etc. Because the expropriation during this time involved the host country's government taking the property ownership of foreign investment directly, there was no debates as to whether or not the expropriation had occurred. However, there were arguments as to the appropriate amount of compensation to be paid for the expropriated investments.

During the last decades the outright taking of property and the large scale nationalization have become rare and the concept of direct expropriation is

today considered to be a well settled issue of international law. Current debates in the field of international expropriation, however, center on indirect expropriation which is having an effect equivalent to nationalization or expropriation. When developed countries, as well as developing countries, promote economic liberalization, host countries receive political pressure to adopt judicial and administrative measures which lead to disputes about indirect expropriation between foreign investors and host countries for the protection of the nation's industry, environment, health, labor and so on. For example, there have been many disputed cases about whether the emergency measures taken by the Argentine government in the financial crisis of 2001 constituted indirect expropriation. Also, under the NAFTA's dispute settlement mechanism, the environmental measure taken by the United States, Mexican and Canadian governments caused many disputed cases about the indirect expropriation.

On the other hand, from the legal point of view, IIA including BIT and FTA provides the rules for indirect expropriation. However, the provision is vague on the definition and scope of indirect expropriation, and no test or approach is provided to determine whether or not expropriation has occurred. Therefore there will naturally arise disputes related to indirect expropriation. However, the notion that states must be free to exercise their regulatory powers and thus that measures taken within this area of activity should be excluded from the expropriation sphere, has been widely recognized under international law. The detailed meaning of this exception and the type of public purpose activities that are included in the regulatory powers of a state are however matters heavily disputed. In particular, according to the free appreciation of arbitral tribunals, it is possible that a regulatory measure of the host state would be decided to be an expropriatory measure.

Most BIT and FTA include expropriation provisions covering indirect expropriation implicitly with specific clauses to that end. These provisions can

be divided into the unlimited type and the limited type. First, in the unlimited type, the definition and application scope of the indirect expropriation are not provided concretely. It is simply defined as having an effect equivalent to nationalization or expropriation. In the limited type, the indirect expropriation rule provides not only some specific criteria for identification, but also excludes health, safety and environmental measures for public purpose from the scope of indirect expropriation's application.

While tribunals decide whether or not an indirect expropriation has occurred, a case-by-case, fact-based inquiry is required. The tribunal should consider among three factors: 1) the economic impact of the government's action, 2) the extent to which the government's action interferes with distinct, reasonable, investment-backed expectations, and 3) the character of the government action. In addition, the general approach to the expropriation issue discussed herein concerns the relationship among these factors. The severity of the impact on the owner's ability to use and enjoy his property is a central factor in determining whether an indirect expropriation has occurred. However, what is much more controversial, is the issue of whether the effect will be the only and exclusive relevant criterion(sole effect doctrine), or whether the purpose and the context of the government measure may also enter into the expropriation analysis - in other words, whether or not the government has implemented measures with negative effects on property, without offering compensation, in protecting legitimate public welfare, such as public health, safety and environment. But in recent ISD cases, there has been a move toward a balancing doctrine which would entail both the recognition of the investor's property rights and a public interest defense available to the state.

According to whether or not the legal requirements of the expropriation are satisfied in international customary law, there are the satisfaction method and the compensation method to the indirect expropriation. If the host country's

action constitutes an illegal expropriation, the investor has the right to the restitution of the property and to receive damages. If the host country's action is lawful, an act of expropriation requires compensation under the provision of the investment treaty between the state parties. There is a general agreement that, in the illegal instance, the value of the expropriated property must be paid in full by the host country. On the other hand, in the legal instance, there is disagreement as to how partial or total compensation should be measured, and, due to different methods of valuation, there can be a considerable difference between the required amounts of compensation. In most recent international arbitration cases of indirect expropriation, the general tendency has been toward total, complete compensation.

At the present time, Korea and China have already signed the BIT and are actively promoting the Korea-China FTA, which attempts to strengthen the protection of investments. However, because the Korea-China BIT only provides for "measures that are equivalent to nationalization or expropriation" to express the indirect expropriation, it will become a subject of controversy.

This paper proposes some implications for the indirect expropriation clause of the Korea-China FTA. First, it is necessary to appropriately define the indirect expropriation provision to prevent the investor's vexatious suits and to restrict the tribunal's discretion. Second, it is appropriate that the FTA limits the scope of indirect expropriation's application than sets it with unlimited scope. Third, in order to avoid the incapacitation of public policies and institutions, the government measures adopted in some sensitive areas can be excluded from the scope of indirect expropriation's application. Fourth, Korea and China can utilize criteria drawn from recent arbitration cases. When examining the factors to determine whether or not an indirect expropriation has occurred, the proportionality principle should be applied in the decision process. Fifth, in order to cope with the expansion of the investment's concept, Korea and China can discuss the scope of indirect

expropriation's application to be consistent with the treatment of property in domestic law. Sixth, Korea and China can add wording to the preamble, concerning the host country's economic development, public health and environment. This would avoid that the tribunal is ruling the case overly favorable to the investor.

In addition, there is currently theoretical argument about application of the international legal rules of indirect expropriation to Korea's and China's national law. In the case of Korea, from the perspective of international law, because IIA is one kind of the international treaty, the indirect expropriation provision provided in the BIT and the FTA have the same legal force as the domestic legislation. In the case of China, the international legal rules of indirect expropriation can be applied in domestic law systems directly. But, some domestic laws and regulations with respect to indirect expropriation need to be supplemented. In particular, legislation which does not provide for compensation should be amended on an going basis.

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

## 감사의 글

3년 전에 박사과정을 시작하던 때의 봄날의 흥분을 기억하며, 이제 여러분들의 도움 속에 이러한 논문을 내놓을 수 있게 됨을 몇 줄의 글로 감사의 마음을 올립니다.

우선 본 논문의 완성에 대한 학문적 지도와 사랑으로 보살피 주시고 인도해 주신 김여선 지도교수님께 감사드립니다. 아울러 늘 바쁘신 가운데도 논문 심사를 맡아 논문의 주요 맥락을 잡아주시고 논리성을 지적해 주신 서경림 교수님, 서헌제 교수님, 김부찬 교수님과 장동식 교수님께 진심으로 감사와 존경으로 드립니다.

그리고 외국 유학생으로 한국에서 생활과 공부를 하는 동안 어려울 때 힘이 되 주신 법학과 양석완 교수님, 권영호 교수님, 송석언 교수님, 김상찬 교수님, 오승근 교수님, 언론홍보학과 최낙진 교수님, 김경호 교수님, 김희정 교수님, 행정학과 남진열 교수님, 본 논문을 작성하기 위한 자료를 수집하는 과정에서 큰 도움을 주신 제주대학교 법학전문 도서관의 오영기 선생님과 고은숙 선생님, 제주대학교 법과 정책 연구소의 고현환 박사님, 송서순 박사님, 김려은 선생님, 법학과 사무실 이희성 선생님, 제주대학교 일반대학원 법학과의 이영신, 최홍동, 헌염려와 육평 선생님, 토목공학 권혁춘 박사님, 의과 최수길 박사님, 최지강 선생님, 전자공학과 박금룡 선생님, 해양학과 이잉 선생님, 행정학과 윤원수, 부형주 부부, 법학전문 대학원의 이호준씨와 김성진씨, 체육교육학과 홍진남 선생님, 김학재 선생님께서 그 동안의 감사함을 이 글을 통해 전해드리고 싶습니다.

무엇보다도 중요한 것은 오늘이 있기까지 사랑의 그늘과 희생으로 길러주신 부모님, 어려울 때마다 격려해 주신 아내 정해매 씨와 여 동생 원이범 씨에게 깊은 감사를 드립니다.

그리고 앞으로 학문의 길에서 이 보람에 만족하지 않고 예지를 사랑하는 인간이 되도록 지속적으로 힘쓰며 늘 감사하는 마음 잊지 않겠습니다.

2010년 7월  
전 가