

投資保障協定과 對北投資保護에 관한 研究

文俊朝*

차 례

- I. 問題의 제기
- II. 條約에 의한 投資保護의 의의와 條約의 類型
- III. 投資保障協定の 意義와 性格
 - 1. 투자보장협정의 意義
 - 2. 투자보장협정의 性格
- IV. 北韓과의 投資保障協定 締結에 대비한 主要條文의 分析
 - 1. 協定の 適用範圍
 - 2. 投資의 待遇標準
 - 3. 國際讓許契約을 위한 雨傘條項
 - 4. 國有化制限條項
 - 5. 投資資本과 果實의 送金
 - 6. 政府代表共同委員會
 - 7. 紛爭의 解決條項
- V. 結 論

* 한국법제연구원 수석연구원, 법학박사

I. 問題의 제기

北韓의 外國人投資法은 “외국인투자기업의 재산, 합법적 권리와 이익 또는 투자자본과 소득을 법적으로 보장한다”라고 규정하고 있는 바, 여기에서 법적 보호라 함은 북한이 國內法과 國際法에 의한 보호를 말한다. 보다 구체적으로 말해서 북한의 國內法에 의한 保護라 함은 憲法, 民法을 포함하는 實體法上으로는 물론이고 民事訴訟法이나, 仲裁法 등 節次法上으로도 보호하는 것이다. 그리고 국제법에 의한 보호라 함은 조약과 국제관습법에 의한 보호를 말한다. 조약이 체결되어 있지 아니한 경우에는 이러한 재산, 합법적 권리와 이익 또는 투자자본과 소득을 국제관습법에 의해 보호를 받는다고 할 수 있다.

문제는 북한이 주장하는 國際慣習法의 내용이 자유민주국가들보다 외국 투자자에게 불리하다는 사실이다. 또한 이러한 財産, 合法的 權利 등은 투자보장협정이나 이중과세방지협정 등이 체결되면, 그러한 조약에 규율한 바에 따라, 보호된다는 의미로 해석하여야 한다. 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」(이하 “기본합의서”라 한다)의 「제3장 남북교류·협력」의 이행과 준수를 위한 부속합의서(이하 “부속합의서”라 함) 제1조 (12)는 “남과 북은 경제교류와 협력을 원활히 추진하기 위하여 필요한 투자보장, 이중과세방지, 분쟁조정절차 등에 대해서는 쌍방이 합의하여 정한다.”라고 규정하고 있다. 남북간의 경제교류·협력은 ‘기본합의서’와 그 부속합의서의 틀 속에서 이루어진다는 점에서 투자보장에 관한 남북간의 협정도 기본합의서의 부속합의서의 형식으로 채택되어야 할 것이다. 남북한간의 협정도 하나의 틀(framework)로 통일성을 기하고 통일원으로 창구를 일원화하는 것이 대북투자관리에도 훨씬 효율적일 것이기 때문이다.

本稿는 이러한 기본적인 시각하에 향후 남북이 체결하게 될 투자보장협정의 각종 규정에 대하여 검토하고자 하였다. 북한은 지금까지 어떠한 국가와도 투자보장협정을 체결한 바 없기 때문에 그들의 입장을 파악하기가 어렵다. 이러한 점 때문에 중국의 협정체결관행을 중심으로 그 실현가능성을

타진할 수 밖에 없을 것이다. 물론 여기에서 남북합의서의 성격에 대해 우선적으로 논의하여야 하겠지만, 이에 관하여는 이미 여러 논문들이 발표되어 조약이 아닌 신사협정으로서 법적 구속력을 기대할 수는 없는 합의라는 것이 통설적인 견해라는 것만을 지적하기로 한다. 그러나, 합의서를 비롯한 투자보장협정이 법적 구속력을 갖느냐의 여부는 분쟁해결조항 특히 남한과 북한 당국간의 분쟁을 어떻게 해결하기로 규정하느냐도 중요한 기준이 된다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 또한 협정을 둘러싼 분쟁은 법률적 분쟁이 된다고 보아야 할 것이다. 따라서, 확실히 남과 북간의 모든 합의서는 구속력이 없다는 접근방식은 지양되어야 한다.

Ⅱ. 條約에 의한 投資保護의 의의와 條約의 類型

앞서 지적한 바와 같이 북한의 국내법이나 국제관습법에 의한 우리 주민의 對北投資 保護는 여러가지 제약이 따르며 일반국제법상의 외교적 보호의 법리를 그대로 적용할 수도 없다. 북한은 사회주의국가이자 개발도상국으로서 신국제경제질서라는 이름하에 전통국제법의 개편에 동조하기 때문이다.¹⁾ 투자보장협정은 독일이 1959年 파키스탄과 체결한 것이 최초였으며, 그 후 다른 서구제국도 이러한 선례를 따르기 시작하였다.²⁾ 한편 미국은 80年代에 들어와서야 투자보증협정 이외에 해외투자의 보호를 위하여 투자보장협정을 교섭·체결하여 왔다.³⁾ 투자보호에 관한 또 다른 조약 형태로

1) 1962年의 「國家의 天然資源에 대한 永久主權 決議」에서 형성된 原則은 資本導入國과 資本輸出國간의 紛爭에 대하여는 적용되지 아니한다는 것이 중국을 비롯한 개도국들의 입장이다. Patrick J. O'Keefe, "the United Nations and Permanent Sovereignty over Natural Resources," *Journal of World Trade Law*, Vol. 8(1974), pp.239, 282; Ronald E. Muller, "Compensation for Nationalization: A North-South Dialogue," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 19(1981), p.351.

2) 스위스는 1961年 튀니시아(Tunisia), 프랑스는 1972年 튀니시아, 英國은 1975年 이집트와 각각 최초의 投資保障協定을 체결하였다. United Nations Center on Transnational Corporation, *Bilateral Investment Treaties*, (London: Graham & Trotman, 1988), pp.8~9.

「通商과 投資의 保護 및 技術協力에 관한 協定(accords de commerce, de protection des investissements et de cooperation technique)을 지적하는 학자도 있고,⁴⁾ 우리나라도 이와 유사한 조약을 체결하기도 하지만⁵⁾ 구체적인 투자 보호보다는 경제협력의 장려 및 타방당사국의 투자에 대한 대우 등에 관한 원칙적인 규정을 들 뿐이다.

美國과 캐나다는 海外投資의 일정한 非商業的 리스크에 대한 保險業務의 一環으로 投資保證協定을 체결하여 왔다. 이러한 協定은 締約國 國民의 投資의 待遇나 保護를 직접적인 목적으로 하는 것은 아니기 때문에, 投資의 待遇에 관한 實質的 基準을 포함하고 있지 않다. 補償金을 지급받은 自國人의 權利와 請求에 대한 國內保險公社의 求償代位權에 관한 條項 및 投資로부터 國際法과 관련된 문제가 발생하였다고 판단되는 경우의 協定의 解釋에 관한 締約國間의 紛爭解決節次條項을 들 뿐이다.

Ⅲ. 投資保障協定の 意義와 性格

1. 투자보장협정의 意義

투자보장협정은 투자의 발생부터 소멸에 이르기까지 그 보호와 보증에 관한 일련의 규칙을 정함으로써, 자본도입국의 부당한 주권적 행위를 억제

3) 美國은 現在 방글라데시 등 30餘個國과 投資保護協定の 체결을 교섭하고 있고 이집트 및 파나마間的 協定은 발효하였으며, 西獨 등 다른 先進國의 投資保障協定과는 다른 다음과 같은 특색을 가지고 있다. 첫째, 外國人이 소유하고 실질적으로 지배하는 現地法人에 대하여는 外國人의 高級經營職員(top managerial personnel) 任命權을 규정하고자 한다. 둘째, 現地合資會社에 대한 現地化要件이다. 캐나다는 投資保障協定의 一部 規定이 州의 權限과 관련되어 있는 것이라는 이유로, 이를 체결하고 있지 않다. 櫻井雅夫, “投資保護協定,” 國際商事法務, Vol.16(1988), p.964.

4) Le Rsseau, “Suisse d’Accords Bilatéraux d’Encouragement et de Protection des Investissements,” *Revue Generale de Droit Internationale Public*, Vol.92, (1988), p.582.

5) 예컨대, 1985年 5月 9日 파키스탄과의 經濟·技術·科學協力 및 貿易增進에 관한 協定 및 1986年 8月 8日 코트디부와르共和國과의 經濟 및 技術協力協定.

하여 계약조건과 계약이행의 법적 환경을 안정화하는 것이다.⁶⁾ 투자보장협정과 통상의 투자계약과의 관계는 前者가 後者の 틀을 정한다는 점에서 밀접한 관계가 있지만 그 법적 성질은 다르다. 투자보장협정은 투자계약 또는 국제양허계약에 선행하여 체결하는 것이 일반적이며, 국가가 준수하여야 할 投資의 待遇, 보호 및 보증에 관한 규칙을 정하는 것이다. 이러한 관점에서 投資保障協定을 규범적 행위(acte regle)로 또한 투자계약을 주관적 행위(acte subjectif)로 구분하여, 前者는 법규범에 수정을 가하려는 의사에 입각한 행위이며 後者는 條件的 行爲(acte condition)로서 일정한 주체에 특정규범을 적용하는 행위로 그 성격을 규정짓기도 한다.⁷⁾

2. 투자보장협정의 性格

투자보장협정은 投資家の 本國인 先進國이 對外投資의 효과적인 保護를 목적으로 投資導入國인 開發途上國과 체결하는 條約이라는 定義는 지금까지 별다른 이의없이 받아들여지고 있다.⁸⁾ 예컨대, 프랑스에서도 개발도상국과 체결한 투자보장협정은 당해 개발도상국에서의 프랑스인의 투자를 보호하는 목적을 가질 뿐이며 따라서 편무적 효과를 갖는 것으로 보고 있다.⁹⁾ 그러나 최근 한국 등 일부 新興産業國(NICs)도 자본수출국의 입장에

6) 保護(protection)라 함은 投資에 대한 각종 危害, 즉 投資의 安定性을 위태롭게 하는 不法的 行爲의 豫防·防止를 말하며, 保證(guarantee)이라 함은 일정한 행위로 인해 投資家에 발생한 損害, 즉 財政負擔의 第三者에의 移轉을 말한다. 安藤勝美, “經濟開發協定の不安定要因と安定化政策,” 安藤勝美(編), 經濟開發協定の法的諸問題, (東京: アジア經濟研究所, 1985), p.187.

7) Patric Julliard, “Les conventions bilaterales d’investissement conclues par la France,” *Journal du droit international*, No.1(1979), p.275.

8) J. E. S. Fawcett, (榮田卓弘, 安藤勝美, 落合淳隆(譯)), 國際經濟紛爭と法, (東京:三省堂, 1984), p.78; Jurgen Voss는 “投資保障協定은 自國人 및 그 投資에 대한 最大限의 保護基準을 요구하는 先進國과 國家主權의 존중을 주장하는 開發途上國間의 교섭의 결과이므로 投資保障協定은 一方的으로 또는 最小限 압도적으로 資本輸出國인 先進國의 利益을 위한 것이다”라고 지적하고 있다. Jurgen Voss, “The Multilateral Investment Guarantee Agency: Status, Mandate, Concept, Features, Implication,” *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.4(1987), p.21.

9) Patric Julliard, *supra* note 7, p.248; 이러한 입장은 프랑스의 條約締結에 관한

서 다른 개발도상국 및 사회주의국가와 투자보장협정을 체결하고 있고 中國·태국투자보장협정과 같이 개발도상국간에 체결되는 경우¹⁰⁾도 있음을 감안해 볼 때, 투자보장협정을 선진국과 개발도상국간의 條約이라는 劃一的인 圖式化는 타당하지 않다고 본다.

보다 구체적으로 설명한다면 投資保障協定은 資本輸出國에 일방적으로 유리한 잠재적 불균형성이 존재하며 恒久的 制度(durable regime)의 근거가 될 수 없다는 주장도 있지만, 그 본질상 다음과 같은 양면성을 지니고 있다고 할 수 있다. 첫째, 대부분의 투자보장협정이 당사자들에게 동일한 권리의무를 정하고 있는 상호주의 形式을 취하고 있기는 하지만 실제로는 계약국간의 자본이동은 일방성을 갖는 것이 일반적이다. 그런데 투자보장협정은 투자의 일정한 대우와 보호를 주된 내용으로 하고 있기 때문에 협정상의 惠澤이 資本輸出國에게만 부여되는 것임을 의미하지만, 이익의 균형이 존재하고 있다. 즉, 開發途上國은 부족한 자본을 도입하고자 하고 이러한 목적을 위하여 일정한 待遇와 保護를 保障하는 것이다.

둘째, 개발도상국은 투자보장협정이 외국투자자에게 일정한 대우를 부여하도록 자본도입국에 의무를 지우고 있으나, 통상적으로 자본수출국에는 개발도상국에의 투자를 장려하기 위한 의무를 부과하지 않는다는 점에서 一方的 性格을 가진다고 주장한다. 그러나 자본수출국은 실제로는 조세경감, 신용대출, 정치적 리스크에 대한 보험 등 국내법상의 제도를 통하여 장려조치를 취하고 있다.

셋째, 주로 투자가의 보호에 대하여 규정할 뿐, 자본도입국에서의 그들의 의무에 대하여는 침묵하고 있음을 지적한다. 그러한 규칙을 포함시키는데 반대하는 주장은 협정이 국가간의 합의이므로 개인은 그 당사자가 될 수 없다는 데 근거하고 있다. 실제로도 대부분의 投資保障協定은 資本導入國이 國內法에 따라 外國人投資를 承認하는 權能을 갖는다는 점을 摘示하고 있을

國內節次를 보아도 알 수 있다. 投資保護協定이 1968년 憲法에 규정된 條約(trait)이 아니라 단순한 協定(accord)이며, 따라서 國會의 同意를 요하지 아니한다. 그 이유는 投資保障協定이 相互性을 갖는 協定이 아니기 때문이다.

10) 개발도상국간에 체결된 투자보장협정은 1987년 중반을 기준으로 12件인 바, 그 일방당사자는 대부분 자본수출국인 신흥공업국이다. UN Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.13.

뿐이다. 그러므로, 투자가의 본국은 「국내법에 의거하여 국가목표와 우선순위에 따라 자국관할내의 외국인투자에 대하여 규제하고 권한을 행사할 수 있는 자본도입국의 권능」을 묵시적으로 승인하고 있다고 할 수 있다.

또한 투자보장협정에 외국투자가의 행동과 의무에 관한 원칙을 포함시킨다면, 투자보장협정의 수적 증가와 더불어 초국가적 투자관계에 관한 국제관습법의 발전에 기여하게 될 것이다. 요컨대, 투자보장협정의 주된 목적으로는 계약국간의 투자의 자유로운 이동을 위한 법적 기반의 조성, 자본도입국의 국내법상의 흠결의 보완 및 자본도입국의 국내법의 일방적 변경으로부터 投資의 保護를 지적할 수 있다.¹¹⁾

한편 개발도상국은 「국가의 경제적 권리의무헌장」 第2條에 명기된 투자관련규정을 개발도상국의 공통된 원칙이라고 주장하여 왔는 바, 第2條는 영구주권에 따른 국내법에 의한 외국투자 규제의 권리, 국내관할권하에 있는 다국적 기업 규제의 권리, 국유화의 권리, 國內法에 의한 보상기준의 설정과 분쟁해결을 정하고 있다. 그러나 많은 投資保障協定을 분석해 보면 전통 국제법상의 국유화 요건과 보상기준 또는 ICSID부탁조항 등이 포함된 경우가 의외로 많다.¹²⁾

「국가의 경제적 권리의무헌장」 第2條와 투자보장협정과의 모순에 대하여 S. R. Chowdhury는 투자보호협정은 보다 밀접한 경제협력을 위하여 특별한 制度를 創設하는 것이며, 투자보장협정의 (憲章에 비해) 보다 광범한

11) Klaus Peter Berger, "The New Multilateral Investment Guarantee Agency Globalizing the Investment Insurance Approach Toward Development," *Syr. J. Int'l & Com.*, Vol.15(1988), p.46.

12) 1982年 7月 20日을 기준으로 投資保障條約은 署名된 것은 213件, 그 중 發效한 것은 171件(80%)이며, 1974年 12月 12日의 「國家의 經濟的 權利義務憲章」決議以後에 서명된 것은 213件 中 76件(36%)이고 발효한 것은 48件(76件에 대하여는 63%)이었다. 171件에 대하여 經濟憲章決議以後의 48件의 비율은 28%에 불과하다. 地域別로는 南美10(1)件, 아시아 45(20)件, 아프리카 80(23)件, 東歐 및 유럽 15(11)件, 中東 21(3)件이다(括弧안의 數字는 ICSID條項을 둔 條約의 數). *International legal Materials*, Vol.22(1982), pp.1208~1209.; 1988年 現在, 라틴아메리카諸國 中에는 파라과이와 엘살바도르만이 ICSID協定の 會員國이며 코스타리카는 아직 批准을 하고 있지 않다. 그러나, 이들 세 國家는 英國 또는 프랑스와의 投資保障條約에서 ICSID紛爭解決條項을 두고 있다.

재산권보호조항은 개도국이 상업적 협상(commercial bargain)의 문제로서 자신의 입장을 조정한 것일 뿐이며, 어떠한 법적 의무에 반응한 것은 아니라고 보고 있다.¹³⁾ 투자보장협정과 관련하여 국제관습법 형성효과를 부인하는 見解는 첫째, 양자간 투자보장협정의 수가 현재 초국가적투자에 원칙적으로 관심을 갖고 있는 국가간에 체결될 수 있는 수에 훨씬 못미치고 있다거나,¹⁴⁾ 둘째, 예컨대, 대우의 표준의 정의, 조약체결전투자의 대우문제, 승인절차의 요건 또는 보상에 적용될 기준 등에 관하여 상당한 정도의 유사성은 있으나 그들간에는 차이점이 있음을¹⁵⁾ 그 논거로 하고 있다. 이와 관련하여 Oscar Schater는 일반적으로 많은 투자보장협정에서 발견할 수 있는 동일한 규정이 국제관습법을 표현한 것으로 추론될 수 없다고 주장한다. 그는 犯罪人引渡條約과 領空通過條約에서 발견되는 공통적인 내용이 제삼국을 구속하는 國際慣習法을 宣言한 것이거나 창설하는 것은 아니라고 지적하고 있다.¹⁶⁾ 중국의 黃炳坤은 경제관계의 양자조약은 계약적인 성격을 지닌다고 지적하고 있는 바,¹⁷⁾ 이는 체약국 쌍방이 호혜의 목적을 달성하기 위하여 강행규범에 위배되지 아니하는 범위내에서 특별한 권리의무를 정하는 것이라는 의미로 해석된다.

13) Subarta Roy Chowdhury, "Permanent Sovereignty of Natural Resources," in Kamal Hossain and Subarta Roy Chowdhury (eds.), *Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law, Principle and Practice*, (New York: St. Martin's Press, 1984), p.39.

14) 地理的 分布의 制約性을 근거로 投資保障協定이 國際慣習法을 現實的으로 形成하지는 못한다는 주장도 있다. Patric Julliard, "Le reseau francais des conventions bilaterales d'investissement: a la recherche d'un droit oerdu?," *Droit des Pratique du Commerce International*, Vol.13(1987), p.49.

15) 이 문제에 대하여는 M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.2(1986), pp.79~98 參照.

16) Oscar Schater, "Compensation for Expropriation", *AJIL*, Vol.78(1984), p.121.

17) 黃炳坤, "國際經濟合作與國際法," 當代國際法, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1988), pp.255~256.

Ⅳ. 北韓과의 投資保障協定 締結에 대비한 主要條文의 分析

1. 協定の 適用範圍

(1) 物的 適用範圍

投資保障協定은 일반적으로 “投資”, “國民”과 “會社” 및 “領域”의 定義 및 協정의 존속기간 등과 관련하여 그 적용범위를 정하는 조항을 두고 있다. 이들 조항은 체약국이 부담하는 의무의 범위를 정하게 되며, 자본도입국이 일정한 한도내에서 협정의 적용범위를 일정한 유형의 투자 및 경제분야에 한정하는 등의 방법으로 자국의 개발목표 및 우선적 정책과 協定內容間의 調和·均衡을 이룰 수 있도록 하는 기능을 갖는다.

국제법상으로 “投資”에 대한 확립된 定義가 없고 각국은 국내법으로 외국 인투자를 규율하고 있기 때문에 투자보장협정에서는 투자의 정의에 관한 條項을 두고 있다.¹⁸⁾ 최근에는 구체적이고 광범위하게 투자를 정의하는 정교한 例示的 條項을 채택하여 動産과 不動産, 모든 종류의 財産權, 持分, 債務, 著作權, 工業所有權, 노우하우, 등과 利權(concession)을 투자의 개념에 포함시키는 경향이 있다. 뿐만 아니라 흔히 經營契約·賣買契約·던키 계약 등을 통한 비지분투자인 새로운 형태의 직접투자까지도 포함하는 정의 규정을 두는 경우가 많은 바, 가능한 한 협정의 적용범위를 확대하고자 하는 자본수출국의 입장이 반영된 것이라고 할 수 있다.¹⁹⁾

18) 投資의 定義에 대한 규정은 例示的인 것이 아니라 列舉的인 것이라는 지적도 있다. 陳大剛, “論解決投資爭議的仲裁,” 中國國際法年刊, (1988), p.139.

19) 그러나 일부 投資保障協定은 直接投資만을 保護對象으로 함을 명시하고 있다. 예컨대, 1976년 체결된 獨逸과 이스라엘간의 協定은 “投資”를 “(i) investment in an enterprise involving active participation therein and the acquisition of assets ancillary thereto, or (ii) the enterprise or assets acquired as a result of such investment”라고 定義 내리고 있다. United Nations on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.21.

또한 투자의 定義條項에서 일반적으로 利益, 利子, 資本所得, 配當, 로열티 또는 手數料 等 投資收益까지도 협정상의 보호대상에 포함시키는 경우가 일반적이며,²⁰⁾ 일부 투자보장협정에서는 投資資產의 사후형태변경이 투자당시에 자본도입국이 부과한 승인조건에 부합되는 한, 투자의 성격에 영향을 미치지 아니한다고 규정하기도 한다.²¹⁾ 그러나 상품매매의 경우에는 그 목적에 따라 協定의 적용여부를 가리는 것이 일반적이다. 즉, 석유, 식량 等 消費財의 경우에는 투자로 취급되지 아니하지만, 고가의 기계, 설비 또는 선박의 경우에는 투자에 해당한다.²²⁾ 그러나 대부분의 경우, 투자보장협정의 적용범위내에 있는 투자는 자본도입국의 국내법에 의하여 등록될 자격이 있거나 정당하게 등록된 투자에 한정된다는 규정을 둠으로써, 적용범위의 한계를 설정하게 된다.

북한의 관련 법령에서도 외국인의 재산권을 인정하고 있으므로 북한이 투자외국인의 재산권을 침해하는 경우 이를 근거로 보상을 요구할 수 있으나, 이러한 재산권은 북한의 국내법상의 것에 불과하다. 또한 북한의 국내법도 그러한 외국인의 구체적인 재산권의 개념과 범위에 대하여 거의 규정하고 있지 않다. 그러나 우리나라의 남북경제협력사업관리규정(안) 제3조에서 “경제분야 협력사업”에 대한 정의를 내리고 있는 바, 투자와 관련하여서도 대단히 광범위하게 규정하고 있으며, 부속합의서 제1조 2항은 『남과 북은 자원의 공동개발, 합영, 합작 등 경제협력사업의 대상과 형식……를 경제교류·협력공동위원회에서 협의하여 정한다』라고 규정하고 있다. 그러므로 남북한간의 투자보장협정에서는 이를 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다.

20) 投資保障協定의 絶對多數가 상실된 將來의 利益 또는 事業運營價値(going-concern value)에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 지금까지 이와 같은 抽象的 概念을 적용하여 締約國들이 事業運營價値 또는 將來 利益(lucrum cessans)의 損失을 근거로 한 補償請求事件을 해결한 證據도 없다.

21) 獨逸 및 美國이 체결하는 協定이 그 대표적인 경우이며 스위스, 英國이 체결하는 協定 및 아시아아프리카法律諮問會議 모델協定 B형은 그러한 條項이 없다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.22.

22) F. A. Mann, *Further Studies in International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1990), p.237.

(2) 人的 適用範圍

투자보장협정은 체약국 영역내에서 타방 체약국의 국민 또는 회사에 의한 投資를 保護한다. 그러므로 각체약국은 자국의 국민과 회사를 정의할 필요가 있는 바, 兩締約國에 공통된 定義를 두는 경우는 드물다. 회사의 정의 문제는 자연인의 경우와는 달리, 판단에 어려움이 많다. 自然人的 경우, 國籍의 要件이 締約國 領域內的 居住要件 또는 住所要件 等과 연결되어 있기도 하다. 社會主義國家들이 체결하는 投資保障協定은 당해 국가의 특별한 관심을 반영하여 “投資家”를 정의한 바 있었다. 예컨대, 루마니아가 체결한 協定은 타방 체약국에서의 루마니아의 자연인의 투자를 장려한다는 인상을 주지 않기 위하여 루마니아 “경제단위”로 제한하고 있으며, 반면에 中國은 “중화인민공화국의 국적을 가진 自然人”을 포함하고 있다.²³⁾

투자보장협정에서 책임의 성격·범위 또는 소유권의 성격에 관계없이 보호대상 회사의 범위를 확대하여 정의하는 것이 일반적인 경향이다. 會社(company)에는 국내법상 법인으로 볼 수 없는 실체, 예컨대 組合도 그 범위에 속하게 된다. 회사의 정의는 협정의 적용, 협정에 의한 외교적 보호와 관련하여 대단히 중요한 意味를 가진다. 회사의 국적 결정에는 일반적으로 다음 3가지의 基準이 적용되고 있다. 즉, 첫째, 회사의 설립지/등록사무소의 住所地 들째, 설립지 또는 정관작성지 셋째, 회사에 대한 지배관계 또는 실질적인 이해관계 等이다. 이러한 기준들은 각각 투자보장협정에서 단독으로 또는 다른 기준과 결합하여 규정되고 있다.

獨逸의 모델투자보장협정의 “회사”에 대한 정의조항은²⁴⁾ 소재지주의만을

23) 예컨대, 中國이 오스트리아와 체결한 投資保障協定 第1條; 또한 1978年 유고슬라비아와 이집트間的 協定에서 유고슬라비아는 “國民”과 “經濟組織”(economic organizations)을 구별하고 後者를 “團體勞動組織”(organizations of organized labour)을 의미한다고 규정하고 있다. United Nations on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.22.

24) “any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality having its seat in the German area of application of the present Treaty and lawfully existing consistent

채택하고 있기 때문에 외국인이 실질적 이해관계를 갖는 독일영역내에 소재하는 會社에 대하여도 협정의 적용대상이 되지만, 독일국민의 지배하에 있는 제3국에 소재하는 회사는 제외된다.²⁵⁾ 반면에 스위스의 모델投資保障協定の 회사의 정의조항은 支配 基準만을 채택하고 있기 때문에, 스위스의 國民이 직접 또는 간접으로 실질적 이해관계를 가지는 법인 또는 一 法人格을 가지는지의 여부에 관계없이 一 회사가 제3국에 소재하는 경우에도 투자보장협정의 보호를 받지만 스위스에 소재하는 외국인지배의 법인 또는 회사는 보호대상이 될 수 없다.²⁶⁾ 미국의 경우에는 설립지주의와 지배주의를 모두 채용함으로써 그 保護對象會社의 범위를 가장 광범위하게 규정하고자 한다. 네덜란드모델투자보장협정은 「일방 계약국의 國民이 직접 또는 간접으로 지배하고 타방 계약국(즉 資本導入國)의 法에 따라 설립된 法人도 協定上の 보호대상이 된다」(第1條 第3號)라고 규정함으로써, 독일 및 미국의 모델協定과는 달리 법인격없는 실체는 “회사”의 개념에 포함시키지 아니하고 있다.²⁷⁾

with legal provisions, irrespective of whether the liability of its partners, associates or members is limited or unlimited and whether or not its activities are directed at profit.”라고 定義하고 있다. *ibid.*

25) 獨逸과 싱가포르間的 投資保障協定은 第三國에 소재하거나 또는 第三國의 法에 의하여 설립된 會社는 協定の 適用對象이 되지 않는다고 규정하고 있다.

26) 예컨대, 우리나라가 스위스와의 投資保障協定 第7條 a.1) 및 2)는 “會社”라 함은 締約國의 國民이 直接 또는 間接으로 지배적인 이익을 가지는 法人格있는 會社, 團體, 社團과 法人格없는 合資會社 또는 有限合資會社와 기타 協會를 말한다”라고 규정하고 있다. 外務部條約集 - 兩者條約 - 第10卷(1984-1985), (서울: 外務部 國際機構條約課, 1986), p.342; 또한 스위스가 싱가포르, 스리랑카 및 이집트와 체결한 投資保障協定은 “實質的 利害關係”의 의미를 명시한 交換覺書를 포함하고 있다. 즉, “어떠한 것이 스위스會社에 대한 支配的 利害關係를 가지는가를 평가하기 위해서는, 스위스의 國民이 보유하는 資本持分 및 스위스의 國民이 당해 會社에 대한 결정적인 영향력을 행사한다는 것을 명확하게 하는 다른 요소를 고려하여야 한다”라고 규정하고 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.16.

27) 美國이 체결한 協定에서의 “一方當事國의 會社”를 “a company duly incorporated, constituted or otherwise duly organized under the applicable laws and regulations of a Party or political sub-division thereof in which

그런데 “支配 또는 領土要件”을 충족시키지 아니하는 會社를 條約上의 保護對象에서 排除하거나 排除할 수 있는 裁量權을 當事者에게 부여하는 경향이 있다. 美國의 모델投資保障協定도 第三國의 國民이 지배하는 會社, 타방 條約國의 領域內에서 실질적인 營業利益을 갖지 아니한 會社 또는 締約國인 資本導入國이 정상적인 去來關係를 修行하지 아니하는 國家의 國民이 지배하는 會社 等에 대하여는, 투자보장협정에 의하여 발생한 權利를 부인할 수 있는 권리를 인정하고 있다.²⁸⁾ 다만 이러한 資本導入國의 權利를 制限하기 위한 별도의 규정을 두는 것이 일반적인 경향이다. 예컨대, 美國의 모델투자보장협정도 지배의 존재유무에 관한 분쟁은 條約國간에 협정상의 분쟁 해결조항에 따라 해결하도록 규정하고 있다.²⁹⁾

이러한 會社의 國籍決定條項은 보호대상의 범위와 관련하여 대단히 중요한 의미를 가짐에도 불구하고, 지금까지 우리나라가 체결한 투자보장협정은 과거 資本導入國의 立場에서 체결한 것이건 최근 자본수출국의 입장에서 체결한 것이건간에 타방 條約國의 주장만을 受容하는 경향이 있었다. 최근에 헝가리(1988年 12月 28日 체결)을 필두로 폴란드, 루마니아 및 소련 등 사회주의국가들과 체결한 일련의 투자보장협정에서도 모두 설립지주의만을 채택하고 있을 뿐, 지배요건이나 이해관계요건과의 결합을 도모하지 않고

(1) natural persons who are nationals of such party, or (2) such Party or a political sub-division thereof or their agencies or instrumentalities have a substantial interest as determined by such Party” 라고 定義하고 있다(예컨대, 파나마와 체결한 協定 第1條). 美國이 이집트와 체결한 投資保障協定の 議定書는 “control”을 “to have a substantial share of ownership rights and the ability to exercise decisive influence”라고 定義하고 있다.

28) 英國과 필리핀間的 協定은 締約國의 相互合意에 따라 公共秩序의 유지, 중요한 安全保障上의 利益의 保護 또는 國際平和와 安全에 관한 公約의 성취를 위하여 어떠한 會社를 協定適用對象에서 제외시킬 수 있음을 규정하고 있다. F. A. Mann, *supra* note 22, p.225.

29) J. H. Jackson & W. T. Davey, *International Economic Relations*, (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1986), p.1031; 스위스의 모델投資保障協定도 資本導入國이 스위스國民이 어떠한 會社에서 지배적인 利害關係를 가지지 아니한다고 규정함으로써 발생한 紛爭은 仲裁에 의하여 해결하도록 하고 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.27.

있다. 향후, 북한과의 투자보장협정에는 기본합의서에서와 마찬가지로 국민이라는 용어가 아닌 남과 북의 주민이라는 용어를 채택하게 될 것으로 예상되며, 여기에는 법인도 포함된다. 문제는 제3국에 설립한 현지법인도 포함될 것인가이다. 그런데, 부속합의서 제1조 4항은 「남과 북사이의 경제협력……의 당사자는 법인으로 등록된 상사, 회사, 기업체 및 경제기관이 되며 경우에 따라 개인도 될 수 있다」라고 규정하고 있다. 여기에서……경제협력……의 당사자는 법인으로 등록된 ……」이라는 귀절이 있는데 여기에서 법인은 제3국의 현지법인까지도 포함하는 개념인지 명확히 규정하지 않았으나, 부정적으로 해석하여야 할 것이다.³⁰⁾

그러나, 「남북교류협력에 관한 법률」 제2조 4호에서 “협력사업”이라 함은 「남한과 북한의 주민(법인·단체를 포함)이 공동으로 수행하는 제반활동」으로 규정하고 있으며 제3국의 현지법인에 대하여는 전혀 언급되어 있지 않다. 그러나, 남북경제협력사업관리규정(안)에 의하면 제15조에서 해외현지법인을 통한 협력사업의 수행을 예정하고 있다. 그러므로, 현지법인을 통한 대북투자의 경우에도 일정한 기준요건을 구비한 투자에 대하여는 남북경제교류·협력위원회에서 남북경협사업에 해당됨을 확인하여야 하며, 북한과의 투자보장협정에서 支配要件 또는 利害關係要件을 규정하여야 할 것이다.³¹⁾ 한편, 제3국현지법인을 통한 대북투자에 대해 우리 정부 당국이 통제

30) 현지법인이란 외국법인에 대비되는 말이며 현지국의 법규정에 의하여 그 현지국에서의 활동에 관한 법인격을 인정받고 있는 실체이다. 법인의 국적을 결정하는 기준은 설립준거법주의, 소재지주의(여기에는 다시 영업중심지주의와 주된 사무소주소지주의로 나누어진다. 특히 주된 사무소주소지주의가 다수국가의 관할에 의하여 지지를 받고 있다.) 등이 있다. 대체적으로 설립준거법주의는 영미법계에서 채용되고 있고, 소재지주의는 대륙법계국가에서 채용되고 있다. 이상의 어떠한 경우에도 현지법인은 제1차적으로 현지국의 관할하에 있기 때문에 비록 자본의 원천과 투자자의 국적이 한국이라고 할지라도 현지법인 그 자체에 대한 직접적인 통제는 불가능하며 현지법인의 경제행동을 제약하는 주주의 국적국의 행위는 사실상 현지국의 주권을 침해하는 것이다.

31) 中國은 종전의 投資保障協定에서는 支配要件 또는 利害關係要件을 인정하지 않았으나, 中日投資保障協定 第12條는 一方締約國과 投資保障協定을 체결하지 아니한 第三國에서 설립된 會社에 대해 他方締約國 國民이 實質的인 利害關係를 가진 경우의 當該 會社의 投資保護에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 규정에 의하여 投資保障協定の

할 수 있어야 하지만, 직접적인 통제는 주권침해에 해당하므로 간접적으로 통제할 수 밖에 없다. 대북투자는 현행 법규정상 500만불이상은 허가 그 이하는 신고하도록 되어 있는 17개 북방국가에 대한 투자에 해당되지 아니한다. 그러나, 현지법인이 북한에 투자하는 경우에는 자회사의 설립에 해당하는 것이다. 즉 해외직접투자사업 내용변경에 해당하므로 한국은행 총재의 해외직접투자 내용변경허가(신고수리)를 받아야 하며, 이에 대한 한국은행 등의 심사절차를 통해 통제할 수 밖에 없다. 그러므로, 해외현지법인 설립을 위한 투자승인신청시, 사업범위와 목적에 북한과의 거래시에는 통일원의 승인을 얻도록 하는 조건을 부과하고, 제3국에 합작기업을 설립하는 경우에는 계약서에서 그러한 조항을 두도록 유도하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

(3) 時間的 適用範圍

투자보장협정 발효전에 행하여진 사전투자에 대하여도 협정이 적용된다는 규정을 두는 것이 일반적이지만, 협정의 시행전후에 불구하고 투자는 投資地國인 체결국의 국내법에 따라 행하여져야 한다는 규정만을 두거나,³²⁾ 자본도입국이 협정의 적용을 위한 事前投資家의 특별신청을 개별적으로 審査하여 협정상의 보호를 부여할 수 있다는 규정을 두고 있는 협정도 있다.³³⁾ 투자보장협정의 적용은 그 발효와 더불어 개시되는 것이 일반적이지만, 締約國間에 暫定適用에 대한 合意에 의하여 協定이 終了될 때도 一部 條項은 계속하여 效力을 가지도록 할 수 있다. 이러한 규정은 흔히 終結條

保護範圍는 中國과 投資保障協定을 체결하고 있지 아니한 國家에 등록된 日本人支配 會社가 中國에 投資한 경우에까지 확대되었다.

- 32) 社會主義國家가 체결한 協定으로서는 예컨대, 스웨덴과 유고, 프랑스와 루마니아간의 協定.
- 33) 예컨대, 獨逸이 이집트, 인도네시아, 말레이시아, 말타, 모로코 및 자이레와 체결한 投資保障協定: 資本導入國인 締約國의 外國人投資法 發效後의 事前投資에 대한 協定의 遡及適用을 규정하고 있는 경우도 있다. 예컨대, 인도네시아가 네덜란드, 스위스 및 英國과 체결한 投資保障協定은 인도네시아의 外國人投資法이 발효된 1967年 1月 10日 以後에 행하여진 投資에 대하여 協定이 적용됨을 규정하고 있다.

項(final clause)에 포함시킨다. 조약법에 관한 비엔나협정(the Convention on the Law of Treaties) 第24條에 의하면, 조약은 당해 조약에 규정한 또는 교섭당사국들이 합의한 方法과 日字에 따라 시행되므로 투자보장협정이 비준 또는 承認을 요하는지의 여부는 체약국의 헌법규정에 좌우된다. 또한 協定の 발효일까지의 잠정적용에 관한 규정을 두기도 한다. 예컨대, 獨逸은 一部 투자보장협정에서 자국민의 타방 체약국에의 투자에 대한 非商業的 리스크보험과 관련된 문제를 해결하기 위하여 他方 締約國에 의한 잠정적용을 교환공문에서 합의하기도 하였다.³⁴⁾ 대부분의 협정은 협정의 종료전에 행하여진 투자에 관한 효력지속조항(continuing-effect clause)을 두고 있다. 네덜란드의 모델협정은 15年, 독일과 영국은 20年 또한 미국과 스위스는 10年을 효력지속조항에 규정하는 경향이 있다. 또한 우리나라가 프랑스와 체결한 協定은 효력지속기간을 무기한으로 하고 있다.³⁵⁾

2. 投資의 待遇標準

(1) 무차별대우

국제관습법은 외국인에 대한 자의적인 차별은 금지하고 있지만 외국인에게 자국민 및 다른 외국인과 완전하고 무조건적인 무차별을 요구하고 있지는 않다. 뿐만 아니라, 무차별원칙은 서구선진국들도 충실하게 고수하는 것은 아니다. 무차별원칙을 엄격하게 적용한다면, 자본도입국으로서의 취약한 국내산업의 육성을 저해할 뿐만 아니라, 특별한 외국인투자유인이나 외국기업의 과실송금에 관한 특별한 合意까지도 불가능하게 된다. 그러한 완전한 무차별은 외국회사의 초국가성, 자산 및 힘이나 자본도입국의 안보와 발전목표를 고려하지 않는 것이며, 외국회사의 자국민대우 또는 무차별대우는 기본적으로 사회주의국가의 정치사회질서와는 兩立될 수 없다는 이유

34) 예컨대, 獨逸이 이집트, 말리, 이스라엘 등과 체결한 協定. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.213.

35) 外務部條約集 - 兩者條約 - 第6卷(1974-1976), (서울: 外務部 國際機構條約課, 1978), p.175.

에서,³⁶⁾ 중국은 투자보장협정에서 무차별대우를 규정하고 있지 않다. 그러나 中國의 학자들도 일반국제법상 외국인에게 중국인 이상의 대우와 보호를 부여하는 국제표준주의는 허용되지 않지만, 조약에 근거하여 호혜평등원칙에 입각하여 특정한 외국인 또는 법인에게 특혜를 부여할 수 있음을 인정한다.³⁷⁾

그러나, 우리의 경우는 GATT회원국으로서 남북한간의 경제교류를 민족 내부적 거래로 보고자 하기 때문에 북한이 외국인에 비해 남한 주민에 불리한 대우를 한다는 것은 이러한 입장에 역행하는 것이다. 사실 현재의 상황으로서는 북한이 GATT에 가입할 예정도 가능성도 없기 때문에 GATT에 가입하기 전까지는 외국인보다 우대하는 조치를 얻어 내야 한다고 본다. 이러한 점은 중국의 대만투자우대조치를 원용하여 설득하여야 한다고 본다.

(2) 投資의 承認(admission)

투자보장협정은 대부분 일방 계약국이 타방국민의 투자를 자국의 법과 정책에 따라 승인한다는 규정을 들 뿐이고, 투자의 승인에 관한 內國人待遇 또는 최혜국대우를 규정하지 않는다. 이는 OECD국가들의 慣行³⁸⁾과도 일치하는 것이지만, 미국은 투자보장협정을 시장접근(market access)의 改善을 위한 수단으로 이용하려는 방침에 따라 내국민대우와³⁹⁾ 최혜국대우를

36) 中國의 學者들은 國際社會에서 衡平의 개념은 形式的 衡平이 아니라 實質的 衡平이어야 한다고 주장하고 있다. 周曉林, “國際經濟新秩序與國際法,” 中國國際法年刊, (1983), p.84; 또한, 開發途上國에 대한 優待(preferential treatment)는 새로운 國際法 原則이며 無差別의 原則은 이를 부인하는 것이라고 주장하는 學者도 있다.

37) 예컨대, 姚梅鎮, “國際投資的法律保護,” 中國法學文集, 第1輯 (北京: 法律出版社, 1984), p.534.

38) 先進國이라 할지라도 資本市場의 完全開放은 어렵다. 오스트레일리아는 OECD Codes for Liberalization of Capital Movement and for the Liberalization of Invisible Operations의 當事國이 되면서 對內投資條項에 대하여 外國人の 對內投資는 오스트레일리아의 法과 政策에 따라 허용한다는 留保를 붙였다.

39) 美國도 投資保障協定 第1條 및 第2條 第1項: 그러나 附屬議定書에서는 條約의 適用對象에서 방대한 經濟分野를 除外시키고 있다. 뿐만 아니라, 일정한 類型의 會社에

규정하고자 한다.

중국은 외국인의 투자는 중국의 국내법에 따라 승인될 뿐이라는 입장을 한동안 고수하였으나,⁴⁰⁾ 중일투자보장협정부터는 “적용되는 法과 規則에 의거한”이라는 단서가 붙기는 하지만 투자의 승인에 대한 최혜국 대우개념을 導入하고 있다. 또한 投資의 承認과 관련하여 안정화조항을 두고 있는 協定도 있다. 즉, 투자의 승인 당시의 국내법이 추후에 변경됨으로 인하여 타방 계약국의 國民이 불리한 待遇를 받지 아니하도록 하기 위한 것이다.⁴¹⁾

북한과의 투자보장협정에서는 투자의 승인과 관련하여 비록 북한으로부터 내국인대우를 요구하기는 어렵겠지만, 최혜국 대우이상의 우대조치를 규정하여야 한다. 북한이 남한 주민에 대하여 이러한 우대조치를 부여하는 것이 우리측이 GATT 또는 다른 무역상대국과의 협상에서 남북거래를 민족내부거래로 인정받을 수 있도록 측면 지원하는 효과를 가져올 수도 있을 것이다.

(3) 承認된 投資에 대한 待遇

투자의 승인에 대하여는 최혜국대우를 인정하지 아니하는 반면에, 일단 승인된 투자에 대하여는 최혜국대우는 인정하되⁴²⁾ 내국인대우는 부여하지 않는다는 것이 일반적인 경향이지만,⁴³⁾ 선진국들은 내국인대우와 최혜국대우중 유리한 대우를 요구하여 왔다.⁴⁴⁾ 한편, 公正하고 公平한 待遇를 규정

의한 投資를 許可하지 아니할 資本導入國의 裁量權을 인정하고 있다. J. H. Jackson & W. J. Davey, *supra* note 29, pp.1030~1035.

40) 예컨대, 오스트레일리아와의 投資保障協定에서는 “개개의 투자가 행하여질 당시의 自國의 法과 投資政策에 따라” 他方締約國의 投資를 승인할 것을 약속하고 있을 뿐이다.

41) 예컨대, 프랑스와 유고슬라비아간의 投資保障協定 第4條. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.36.

42) 最惠國待遇條項은 兩者間에 부여되는 保護의 水準이 完滿하게 多者間의 次元으로 轉移하여 定着된다는 面에서 가장 큰 意義를 찾을 수 있다. Klaus Peter Berger, *supra* note 11, p.47.

43) 中國이 日本 等과 체결한 投資保障協定 以外에는 投資에 대한 內國人待遇를 인정한 유일한 例外가 1986年미국-카메룬投資保障條約이다.

한다면 최혜국대우조항과 내국인대우조항보다 훨씬 광범위한 보호가 부여된다. 즉, 공정하고 공평한 대우라 함은 단순히 國際法上의 合法性만으로 그 要件이 구비되는 것은 아니기 때문이다.⁴⁵⁾ 우리나라가 美國, 獨逸, 프랑스 등 先進國과 체결한 投資保障協定은 모두 이러한 기준을 채택하고 있다. 中國은 投資의 待遇와 관련하여 대부분의 투자보장협정에서⁴⁶⁾ 社會主義體制의 特性上 外國人에 대한 최혜국대우는 인정하되, “內國人待遇” 또는 “公正하고 공평한 待遇”(fair and equitable treatment)⁴⁷⁾ 아니라 國內法標準인 “公平하고 合理的인 待遇”를 채택하여 왔다.⁴⁸⁾

中國은 “내국인대우” 또는 “公正하고 공평한 待遇”는 中國의 상황 및 개발도상국의 이익과 부합되지 않으며, “公正한” 待遇에는 國際法標準을 내포한 서방국가의 표준이며 자본도입국의 法律管轄을 否認하는 것이라는 이유로 받아 들이지 않는다.⁴⁹⁾ 中國의 學者들이 外國企業이 資本導入國인 中

- 44) 예컨대, 美國모델投資保障協定은 外國人投資의 待遇를 絶對的인 基準과 相對的인 基準으로 구분하고, 公正하고 공평한 待遇 및 充分한 保護와 安全의 附與 및 國際最小標準을 絶對的인 基準으로, 또한 內國人待遇와 最惠國待遇中 유리한 待遇의 부여를 相對的인 基準으로 하는 內國人待遇 以上을 要求하고 있다.
- 45) F. A. Mann, *supra* note 22, p.237; F. A. Mann은 英國國民이 他方締約國인 필리핀에 시멘트공장을 건설하였고 필리핀政府가 시멘트 最高價格制度를 도입한다고 할지라도 그러한 價格이 公正하고 公評한 것임이 입증되어야 投資保障協定의 違反이 되지 아니함을 지적하고 있다. *ibid.*, pp.237~238.
- 46) 中國은 오스트레일리아 및 日本과의 投資保障協定 以前에는 外國人投資에 內國人待遇를 부여하지 않았다.
- 47) 1984年 美國모델投資保障協定 第2條 第2項 및 OECD 모델協定 第1條.
- 48) 예컨대, 中國과 西獨間의 投資保障協定 第2條는 “締約國 一方은 他方の 投資家の 締約國 領域內에서의 投資를 촉진하고 자신의 法律에 따라 이러한 投資를 承認하고 어떠한 경우에도 公平하고 合理的인 待遇를 부여하여야 한다”, 또한 덴마크와 체결한 投資保障協定 第3條 第1項은 “締約國 一方의 國民 또는 會社의 投資는 他方 領域內에서 公平하고 合理的인 待遇를 받는다”라고 규정하고 있다.
- 49) 王友金, “中華人民共和國法律對外資的保護,” 中國經濟法論輯, 第2輯 (香港: 大學出版印務公司, 1987), pp.106~107; 公正하고 공평한 待遇에 대하여는 많은 開發途上國들은 古典的인 國際法標準이라 하여 그 적용을 거부하여 왔으나 최근에는 投資保障協定에서 이러한 待遇를 규정하고 있다. “公正하고 공평한 待遇”는 概念的 抽象性으로 명확한 정의를 내리기 어렵지만 개개의 구체적인 경우 協定上의 特정한 規定에 대한 解釋 基準이 될 뿐 아니라 當該 協定 또는 相關 國內法이나 國家契約의 欠缺을

國의 企業과 동일한 條件下에서 경쟁할 수 있는 內國人待遇의 附與를 인정하지 아니하는 근거로 제시하는 것은 다음과 같다. 첫째, 中國의 기업과 외국의 企業間에는 기술조건도 다르고 적용법률이 相異하며, 내국인대우는 中國의 경제발전에 불리하다. 둘째, 資本導入國과 資本輸出國間의 兩者條約의 形式에 의하여 雙方의 投資에 대하여 最惠國待遇를 부여하는 것이 현재의 일반적인 國家의 慣行이다. 셋째, 外國投資에 완전한 內國人待遇를 인정하지 아니하며 부분적으로 또는 완전히 제한하는 것이 오늘날의 國家의 慣行이다. 넷째, 中國의 법률이 아직 내국인대우를 부여할 정도로 정비되지 아니하였다.⁵⁰⁾ 다섯째, 중국의 기업은 국가에 대하여 특별한 의무를 지고 있다.⁵¹⁾

한편 중국의 학자들은 외국인은 공평하고 합리적인 대우에 의하여서도 중국국영기업에 비하여 소득세의 감면, 상품의 국내판매 등 몇가지 방면에서 우대조치를 받으므로 외국인은 결코 불리한 대우를 받는 것은 아님을 지적한다.⁵²⁾ 그러나 내국인대우는⁵³⁾ 자본도입국이 자국의 선언된 발전목표

보완하는 기능을 가진다. 이러한 待遇는 無差別과 最小限의 待遇를 그 內包로 한다. 이러한 無差別의 原則은 最惠國待遇條項이 없는 한 모든 締約國이 援引할 수 있는 것은 아니다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.142.

50) 夏國平, “我國引進外資和涉外經濟合同中法律問題--首屆全國青年國際法學者研討會,” 中國國際法年刊, (1986), p.407.

51) 예컨대, 중국의 국영기업은 국가비상사태시에 특별한 기여를 하도록 요구되고 있다. 중국은 다국적기업에 대하여 중국의 국내법과 공공이익에 반하지 아니하는 한 부분적으로 內國人待遇를 부여하는데 반대하지는 않지만, 사회주의국가이자 개발도상국인 중국은 중앙계획상품경제체제를 운영하고 있기 때문에 획일적인 내국인대우는 여러가지 문제점을 안고 있다는 중국학자의 지적도 있다. 즉, 中國의 전반적인 국가 경제발전조건, 기업이 국가에 부담하는 의무 및 중국의 경제에의 기여도에 따라 기업의 待遇는 다른 바, 外資系企業을 中國의 企業과 동등한 待遇를 부여하고 동등한 義務를 부과한다면 사실상 그 활동이 불가능하게 될 것이라고 한다. Tang Yufeng and Zhan Xiaoning, “Some Outstanding Issues on the Relations Between TNCs and Host Country - From a developing host government’s perspective -,” *저스티스*, 第23卷 第1號(1990), p.170.

52) 王友金, *supra* note 49, p.107.

53) 內國人待遇는 대단히 많은 投資保障協定에 규정되어 있지만, 社會主義國家가 체결한

(development objectives)에 관한 국내법에 명시된 조치를 손상함이 없이 외국투자자에게 共同所有(joint ownership), 지분참여의 제한(limited equity participation), 공동경영(joint management) 등을 요구할 수 있고, 외국인투자를 일정한 분야에 국한하여 허용하는 등 다소의 제약은 따르지만 외국인에게는 대단히 유리한 조항이다. 중국과 영국의 투자보장협정 第3條는 “가능한 범위내에서”(to the extent possible) 內國人待遇를 부여한다고 규정하고 있으나, 오스트레일리아와 체결한 투자보장협정의 내국인대우조항(第3條)은 그러한 단서를 붙이지 않았다.

그런데, 중일투자보장협정 第3條 및 의정서 第3項 내지 第6項 및 合意議事錄(Agreed Minutes)은 최혜국대우와 내국인대우를 결합하여 상세한 규정을 두고 있다. 일본과의 조약체결에서 중국이 가장 반대한 것은 사업활동에 대한 내국인대우의 문제였다.⁵⁴⁾ 중일투자보장협정 의정서 第2號는 ① 내국인대우보장은 원료 또는 부자재, 동력 또는 연료, 또는 생산 또는 다른 종류의 운영수단의 구입, ②당해 국가내외에서의 제품의 판매, ③당해 국가내외에서의 차관의 획득, ④기술의 도입, ⑤당해 국가밖에서의 지점 또는 상주대표사무소의 설치에 관한 활동을 포함하고 있다. 뿐만 아니라, 협정 第3條 第3項은 승인된 투자의 최혜국대우 및 내국인대우와 관련하여 同協定은 많은 특수한 사업활동에 대해서도 적용됨을 규정하고 있다. 즉, ①지점, 대리점, 사무소, 공장 및 사업활동의 수행에 적합한 기타 기구의 유지, ②그들이 설치 또는 획득한 회사의 관리 및 운영, ③기술전문가, 집행요원 및 변호사를 포함한 전문가 및 기타 직원의 고용 및 해고, ④계약의 체결 및 이행 등이다. 협정 第3條 第1項에 규정한 최혜국대우는 무제약적인 반면에 第3條 第2項의 내국인대우는 의정서 第3項에 資本導入國의 포괄적인 권한에 잠재적으로 구속받는다.⁵⁵⁾ 외국인투자의 내국인대우가 인정된다고 할지

協定에서는 前例가 없었으며 中國이 처음으로 受容하고 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.123.

54) 內國人待遇는 中日投資保障協定에서는 無制約한 것처럼 보이지만 그러한 基準은 他方締約國 國民의 投資의 承認에 대하여 적용된다는 明示의 規定이 없는 한, 國內法으로 제한하지 아니한 事項에만 인정될 뿐이다. 그러나 이와 같이 協定에 明示된 特정한 分野에서의 內國人待遇를 인정하는 경우에는, 國內法에 의하여 이를 제한할 수 없다.

라도 모든 분야에 적용될 수는 없을 것이다.⁵⁶⁾

남북간의 투자보장협정에서는 우리 주민에 대하여 모든 면에서 북한 주민에 준하는 대우를 규정할 수는 없겠지만, 원자재의 공급, 전기, 수도, 가스, 용수 등의 사용과 관련하여서는 그러한 대우를 관철하여야 할 것이다. 북한의 외국인투자관련법들을 보면, 결코 외국인투자가들에게 내국인대우를 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 사실, 지적인 바와 같이 우리 주민의 대북투자에 대하여 북한은 최혜국 대우를 뛰어 넘는 대우를 부여하여야 할 것이지만, 이는 북한의 국내법에 의하기 보다는 남북간의 각종 합의서에 의하여 구체적으로 정하는 방식을 택하여야 할 것이다.

3. 國際讓許契約을 위한 雨傘條項

국제양허협정 등 국가계약(state contract)은 자본도입국의 국내법이 준거법이 되는 것이 일반적 관행이며 따라서 외국인에게 부여되는 계약상의 권리의무의 법적 성질 및 범위, 효과는 그 국내법에 의하여 규율된다. 그러나 이와 같이 국내법에 의한 자본도입국의 외국인투자에 대한 대우에⁵⁷⁾ 관한 약속 또는 국제양허계약상의 국가의 의무 및 외국인 당사자의 권리의 보호에 관한 조항을 투자보장협정에 두는 경우가 있는 바, 이를 雨傘條項(umbrella clause)이라 한다.⁵⁸⁾ 자본도입국과 타방 계약국 국민간의 투자

55) Palitha T. B. Kohona, "Investment Protection Agreements: An Australian Perspective," *JWTL*, Vol.21(1987), p.83.

56) 예컨대, 美國의 1984년 모델投資保障協定 第2條 (3)(a)도 대단히 광범위한 분야에 서 內國人待遇의 적용을 배제하고 있다. 뿐만 아니라 실지로 체결되는 兩者條約에서 는 適用排除範圍가 더욱 확대될 것이다. 美國의 모델投資保障協定이 附屬書 (Annex)에 포함된 最惠國待遇 및 內國人待遇와 관련하여 장래의 부문별 例外等 광 범한 例外를 인정하고 있다는 점을 비난하는 견해도 있다. H. Golsong, "Proceedings, Seventy-Seventh Annual Meeting," *Proceedings of the American Society of International Law*, (1983), p.306.

57) 여기에는 資本導入國의 一方的 約束이 포함되며 投資收益의 移轉 및 課稅, 一定期間의 國有化禁止 등이 주된 내용일 것이다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.57.

58) 예컨대, 1981年 영국·필리핀投資保護協定 第3條第3項은 各締約國은 他方 締約國의

협정(국제양허계약)상의 대우나 국내법에 규정되는 보다 유리한 대우는 투자보장협정의 규정에 의하여 대체되지 아니함을 보장하는 것도 우선조항의 목적의 하나가 된다.⁵⁹⁾ 예컨대, 投資保障協定の 국제양허계약의 보호에 대한 雨傘條項의 效果와 관련하여 投資保障協定이 기존의 國際讓許契約보다 광범위한 保護를 부여하고 있는 경우, 자본도입국은 投資保障協定上의 保護를 부여하여야 하며 이와 같이 투자보장협정상 보호를 부여하지 않는다면, 국제양허계약의 위반은 아니지만 투자보장협정의 違反이 된다. 기존의 국제양허계약이 투자보장협정보다 더 큰 대우를 부여하고 있는 경우, 국제양허계약상의 보호가 투자보장협정상 보호보다 우선한다. 이 경우 國際讓許契約上의 보호를 부여하지 않는다면, 국제양허계약의 위반이 될 뿐 아니라 투자보장협정의 관련규정을 위반한 것이라고 주장하는 학자도 있다.⁶⁰⁾

그러나, 국제양허계약의 당사자의 권리의무의 성질이 투자보호협정의 우선조항에 의하여 직접적으로 국내법적인 것으로부터 국제법상의 것으로 轉化되는 것은 아니라고 본다. 자본도입국과 최혜국대우조항을 둔 투자보장협정을 체결한 第3國과의 관계를 고려해 볼 때, 이와 같은 雨傘條項의 法的 效果에 대한 설명은 다소 무리가 있다. 즉, 雨傘協定은 資本導入國과 타방 條約국국민간의 국제양허계약에 대한 이행을 조약상의 의무로 擔保할 뿐이

國民 또는 會社의 特정한 投資에 부여된 特별한 약속에 근거한 義務를 준수하도록 하고 있다. 이러한 約束遵守의 규정은 포괄적인 것이므로 外國人의 契約上의 權利의 侵害는 이것이 단순히 契約違反의 결과인가, 아니면 立法 및 行政行爲의 結果인가 또는 그것이 國有化에 해당되는 것인가의 與否를 불문한다. 이러한 포괄적인 約束遵守에 관한 규정은 유럽經濟協力機構의 1963年 外國資產國有化에 관한 條約案 第2條를 기초로 한 것이다. F. A. Mann, *supra* note 22, p.247.

59) 1984年 美國모델投資保障協定 第9條 第(C)項은 그밖에도 一方締約國이 投資協定(國家契約) 또는 投資許可時에 동의한 義務까지 포함하고 있다.

60) 특히 「投資保障協定에 의하여 보호되는 國家契約의 규정에 위반하여 國有化를 행하는 資本導入國은 「國際化된」 契約上의 責任을 부담하여야 한다」는 지적도 있다. Prosper Weil, "Problemes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier," *Recueil des Cours*, (1969-III), p.182; 그 밖에도 이와 같이 雨傘條項이 契約上의 義務를 條約上의 義務로 轉化시킨다는 주장에 대하여는 Klaus Peter Berger, *supra* note 11, p.47.

며,⁶¹⁾ 상호양보를 통하여 그러한 국제양허계약 당사자간의 권리의무가 적절한 균형을 유지하도록 하는 기능을 갖는다는 견해가⁶²⁾ 타당하다고 본다. 그러므로 자본도입국에 의한 국제양허계약의 일방적 파기 등의 위반행위는 투자보장협정의 위반에 근거한 국가간의 법률분쟁으로서 국제책임을 발생 시키게 되는 것이며, 따라서 국제양허계약의 당사자인 외국인과 자본도입국간의 직접적인 분쟁해결절차가 진행되지 아니하는 경우에 한하여 외국인의 본국이 외교적 보호권을 행사할 수 있다. 이와 같이 투자보장협정의 雨傘條項은 국제양허계약의 安定化條項을 보완하는 기능을 하게 된다. 자국의 계약당사자가 독립된 법인격을 갖는 국영기업인 경우에는 종래의 국제양허계약의 유형에 속하는 계약도 국내계약으로 보고 있는 북한과의 투자보장협정에 이러한 우산조항을 삽입한다면 투자보호효과는 대단히 클 것이다.

4. 國有化制限條項

개발도상국들은 수용과 국유화문제는 屬地主義의 원칙에 의하여 자본도입국이 국내법에 따라 국내법원에서 판단할 수 있는 배타적 관할권을 가진다고 주장한다. 따라서 자본수출국의 입장에서는 다른 해결절차를 조약에서 정하지 않을 수 없다. 선진국들은 전통국제관습법의 잠식방지를 투자보장협정의 第1次의인 목적으로 생각하고 있다.⁶³⁾ 一般國際法上 국유화는 國

61) United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p. 135.

62) Patrick Julliard, *supra* note 7, p.275.

63) Colin Warbrick, "Investment Promotion and Protection Agreements," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.36(1987), p.30: OECD協定草案 (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) 第3條는 收用時의 正當한(just) 補償이 지불되어야 하고 또한 財産의 眞正한 價値가 지체없이 自國民과 동일한 수준에서 필요한 限度까지 이전가능하여야 한다고 규정하고 있다. Asante는 "不當하게 지체됨이 없이" (without undue delay) 補償金を 지불하여야 한다는 규정 및 "유효한 것이 되도록 하는데 필요한 한도내에서" (to the extent necessary to make it effective) 補償金を 送金할 수 있다는 규정은 開發途上國의 保有外貨의 制約性과 일정한 경우에는 投資家의 특수한 事情에 의하여 現地通貨

家の 주권적 행위로서, 일정한 요건을 구비하면 합법적이지만 국제조약에서 명시적으로 禁止되고 있거나 제한되는 경우, 그러한 조약상의 규정을 위반하는 행위는 일반국제법상의 국유화의 합법성 요건을 구비하였다고 할지라도 국유화국은 직접 국제책임을 지게 된다.⁶⁴⁾ 이 경우 보상의 지불의 거부와 같은 국유화과정에서 발생하는 의무의 불이행과는 그 성격을 달리한다.

투자보장협정은 통상적으로 締約國의 國民 및 회사의 투자자산에 대한 수용, 국유화 기타 이에 準하는 직접·간접의 조치에 대하여 엄격한 조건을 부과하고 있다. 예컨대 투자가에 대한 신속·충분·유효한 보상이 지불되어야 하고 기타 요건으로 공익의 목적, 무차별, 적법절차 및 투자가에 대한 약속의 이행 등이 있으며,⁶⁵⁾ 開發途上國들도 傳統的 補償基準을 투자보장협정에 규정하는 것을 반대하지 않는다.⁶⁶⁾ 또한 다소 표현의 차이는 있으나,⁶⁷⁾ 間接收用 또는 蠶食的 收用に 대한 규정을 두고 있다. 中國의 國內法

로 補償金を 지급할 수 있다는 사실을 감안한 것으로, “迅速, 充分 및 有效한” 補償이라는 전통적인 기준으로부터 후퇴한 것이라고 擴大解釋하고 있다.

- 64) 中國의 學者들도 天然資源에 대한 永久主權의 體現인 國有化의 權利는 國際法上の 強行規範에 해당하기는 하지만 外國人投資의 國有化에 대하여 兩者條約으로 필요한 제한을 할 수 있다고 한다. 黃丹涵, “國有化及其補償問題,” 當代國際法, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1988), p.154.
- 65) 美國모델投資保障協定뿐만 아니라 다른 先進國들의 모델協定에서도 이러한 기준을 사용하고 있다. 뿐만 아니라 AALCC모델協定 A型 第7條도 그러한 補償基準을 선택하고 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.204.
- 66) 예컨대, 스리랑카는 韓國(第7條), 싱가포르(第6條), 루마니아(第6條)와의 協定에서 그러한 기준을 채택하고 있다. 또한 1981年 이슬람會議機構(the Organization of Islamic Conference) 會員國間의 投資의 促進, 保護 및 保證에 관한 協定 草案 第10條 第1項은 投資家의 資本 또는 投資의 所有權을 보장하고 同條 第2項은 國內法과 公益에 따라 「無差別的으로 또한 充分하고 有效한 補償을 지체없이 지불하여 投資를 收用할 수 있다. 다만 당해 投資家가 資本導入國의 管轄法院에서 收用措置에 대하여 다툴 수 있는 권리를 가진다」라고 규정하고 있다. 여기에서 迅速·充分·有效한 補償이라는 전통적 補償基準을 사용하고 있지만, 資本導入國의 國內法과 司法機關에 의한 救濟만을 언급하고 있어 전통적인 기준으로부터 크게 이탈한 것이라는 지적도 있다.
- 67) 1978年 이집트와 유고間의 投資保障協定에서는 “國有化 또는 收用に 해당하는 기타 政府措置”, 1979년 루마니아와 가봉間의 投資保障協定에서는 “유사한 효과를 가지는

과 투자보장협정에서의 “...국유화, 수용, 기타 이와 類似한 措置...”에서의 유사한 조치가 그러한 경우에 해당된다.

中國이 체결한 투자보장협정들을 보면 사회적 공공이익의 목적에 따라 법률상의 절차를 이행하고 또한 상응하는 補償을 하는 경우가 아니면 국유화, 수용 또는 몰수할 수 없다는 규정을 두고 있다. 이러한 의무중에서 쟁점이 되는 것은 보상의 원칙에 관한 문제이다. 中國은 일관하여 “prompt, adequate and efficient”(신속·충분·유효)보상기준에 대하여는 유보적인 입장을 보여 왔으나, 그들의 투자보장협정에서는 그러한 基準에 상당히 접근하고 있다고 지적되고 있다.⁶⁸⁾ 예컨대, 中日投資保障協定은 第5條에서 전통적인 국제표준에 부합되는 보상원칙을 규정하고 있다. 보상금액과 관련하여 合意議定書 第3號는 그러한 보상은 수용당시의 투자 및 보수의 가치에 상당하여야 하고,⁶⁹⁾ 수용은 공개적으로 발표되어야 하며 투자보상액에 관한 분쟁의 경우에는 외국인투자자가 국제중재에 부탁하는 것을 허용하고 있다.⁷⁰⁾

기타 措置”, 1980年 獨逸과 루마니아間的 投資保障協定에서는 “財産權 또는 資本投資 또는 그 一部를 구성하는 기타 權利의 剝奪 또는 制限 및 投資에 대한 效果가 收用에 상당하는 其他 措置”라고 규정하고 있다. 그 밖에 1981年 이슬람會議機構의 投資保障協定 第10條는 대단히 포괄적인 규정을 두고 있는 바, “投資家의 所有權에 直接·間接으로 영향을 미치는 措置”라고 규정하고 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.143.

68) 國際聯合總會의 1962年 天然資源에 대한 永久主權決議에서 適當한 補償이라는 새로운 基準을 규정하고 있으나 開發途上國이 당사국인 投資保障協定에서 그러한 基準을 사용한 경우가 극히 드문 원인은 適當한 補償이라는 基準 그 자체가 하나의 原則에 불과한 것이기 때문이라는 지적을 하기도 한다. 黃丹涵, *supra* note 64, p.162; 다만, 投資保障協定에서 그러한 用語에 대한 明示의 定義가 없다면 “迅速·充分·有效한”에 대한 해석문제가 수반되지 않을 수 없다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.134.

69) 그러나, 그 기준이 장부가액인지 아니면 국제시가인지에 대하여는 침묵을 지키고 있다. OPEC의 數個國과 국제석유회사들간의 1972年 뉴욕석유생산참여협정에서 채택하고 있는 現時勢(updated)帳簿價額을 의미한다면 전통적인 공정한 시장가액 기준에는 훨씬 못미치는 것이다.

70) 이러한 中國의 입장은 칼보(calvo)條項을 고수하려는 라틴아메리카諸國과는 다르다는 점을 지적하는 學者도 있다. 君鐵駒, “中國における外商の法律と實務,” 中國法

북한의 외국인투자법 제19조는 “외국인투자기업과 외국투자가가 투자한 재산은 국유화하거나 국가가 거두어 들이지 않는다. 불가피한 사정으로 국유화하거나 거두어들일 경우에는 해당한 보상을 한다.”라고 규정하고 있다.

국유화시의 “해당한 보상”의 개념은 적당한 보상을 의미한다고 보아야 한다. 중국의 공식적인 입장이나 학설에서는 “충분한 보상”의 가능성을 완전히 배제하고 있으며,⁷¹⁾ 상당수의 서구 학자들간에도 충분한 보상이 국제법상 확립된 원칙이 아니라는 주장이 제기되고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 또한 북한의 법령에서도 몇군데 “해당한”이라는 용어가 나오는데 면밀히 분석해 보면, 역시 “상당한”이라고 해석될 수 밖에 없다. 예컨대, 외화관리법 제30조에서 「외화관리질서를 어겨 외화적 소멸을 준 경우에는 해당한 손해를 외화로 보상시킬 수 있다」라고 규정하고 있는데 여기에서 해당한 손해라 함은 그에 상당한 손해라고 해석되어야 한다.

이상의 여러 가지 면을 검토하여 보아 해당한 보상이란 상당한 보상 즉 적당한 보상이고 보다 구체적으로 설명하면, 직접 국유화 또는 수용으로부터 입은 피해인 직접손해에 대해서만 보상하고 국유화 등이 없었다면 얻을 수 있었던 이익에 대한 간접적 손해에 대해서는 보상하지 아니한다는 것을 의미한다. 남북간의 투자보장협정에서 신속·충분·유효한 보상을 규정하도록 요구한다고 할지라도 받아 들여질 가능성은 없고, 보상에 따른 분쟁이 발생한 경우, 객관적인 제3자에 의한 중재를 규정하지 않는다면 그러한 규정의 실효성을 기대하기도 어렵다.

또한 국유화를 정당화하는 사유로서의 “불가피한 사정”을 규정하고 있는 바, 이것은 북한의 독특한 입법례가 아니다. 중국의 국유화사유로서의 “사회공공의 필요”는 공공정책 수행상의 필요를 의미하는 것이고 사회주의국가에서 공공정책이란 자유민주주의 국가에서의 공공정책보다는 훨씬 광범

學會, 澳門東亞大學研究院 編, (佐々木靜子 譯) 中國ビジネス法大系, (東京: 學生社, 1988), p.132.

71) 1993년 4월 대만의 해기회에서 중국측에 신속·충분·유효한 보상을 규정한 투자보장협정의 체결을 제의하였으나, 중국측에서는 현행 국제법상 충분한 보상이 아닌 적당한 보상이 확립된 원칙이기 때문에 대만측의 주장은 과도한 요구라는 반대논리를 전개한 바 있다.

한 의미를 가지기 때문에 외국인투자자들이 중국투자시에도 우려를 하였던 적이 있다. 북한의 “불가피한 사정” 요건이 중국의 “사회공공의 필요” 요건보다 북한의 자의적 해석의 여지가 있다는 점은 두말할 여지가 없다. 물론 경제개혁에 대한 의욕의 정도나 정치·경제적 상황이 북한이 중국보다 외국인 투자자에 불리하게 작용할 가능성이 훨씬 높은 것도 사실이다.

5. 投資資本과 果實의 送金

개발도상국들은 外換管理法를 통해 利潤의 海外送金 또는 投資元本의 회수를 제한할 뿐만 아니라 複數의 外換루트를 설정하기도 한다.⁷²⁾ 북한의 경우도 경제발전에 대한 커다란 장애의 하나가 외환의 부족이며, 이에 따라 외환의 송금을 규제하는 立法과 政策을 택하지 않을 수 없다. 자유로운 송금의 여부는 자본도입국의 투자환경의 평가시에 送金可能性의 문제는 대단히 중요한 고려사항이 되지만 국제관습법은 주권의 속성으로 자국통화에 대한 관리권을 인정하고 있다. 따라서 國家는 條約上의 제한이 없으면 公共利益을 위하여 외국인투자자에게 자유롭게 송금하도록 허용하여야 할 의무를 지고 있지 않다.⁷³⁾ 이로 인하여 外國人을 해할 목적의 差別待遇 또는 교묘한 조작 등을 통하여 濫用될 가능성은 충분히 있다.⁷⁴⁾

북한은 현재 IMF와 GATT에 가입하지 않고 있기 때문에 어떠한 국제조

72) 1957年 11月 18日의 아프가니스탄外換法은 年間利潤의 15%이내에서만 送金を 인정하였으며 브라질에서는 公正外換루트에 의한 利益送金은 年間 8%까지만 인정하고 그 超過分은 자유루트 또는 暗市場에 의해서 送金하도록 한 바 있다. E. I. Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, (London: Manchester Univ. Press, 1967), p.157.

73) 다만, 資金의 海外移轉에 대한 과중한 제한은 收用에 해당한다. Majorie M. Whiteman, *Digest of Internatioanl Law*, Vol.8(Washington. D.C.: USGPO, 1968), pp.981~982.

74) 1932年 美國務省이 당시 칠레에서 施行中이던 外換管理法에 의한 送金制限에 대한 自國民의 抗議要請과 관련하여 「칠레의 外換管理法은 그 영향을 받는 投資外國人의 國籍에 관계없이 對外去來에 적용되는 立法機關의 制定法이다. 이러한 法律은 外國에 대하여 差別待遇를 하는 것이 아닌한 外國政府에 의한 抗議의 事由가 되지 못한다」라는 見解를 밝힌 바 있다. *Ibid*.

약에 의해서도 일정한 외환관리정책의 제한을 받고 있지 않다. 外換管理法는 産業化에 필요한 物資 및 設備를 輸入하는 外貨를 維持하기 위하여 開發途上國으로서는 必須不可缺한 것이지만 外國企業의 利益·投資元本の 送金을 保障하는 등 합리적인 規定을 두어야 한다. 사실 이러한 점만을 본다면 사회주의국가로서의 특성을 제외하고는 북한의 외화관리법은 아무런 문제도 없다.

벨파트-웨이그會社事件에서 英國法院은 「실제로 諸國의 慣行에 따르지 아니한 별도의 목적으로 제정된 惡意의 外國의 外換法을 承認하지 아니한다」라고 判示한 바 있으나,⁷⁵⁾ 북한의 외화관리법이 악의의 것이라고 단정할 만한 아무런 근거도 없다. 북한의 외화관리법 제27조는 “외국투자가는 공화국 영역 밖으로 기업운영에서 얻은 리윤과 기타 소득금을 세금없이 전부 송금하거나 자기 자본을 제한없이 이전할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제28조는 “외국투자기업에서 일하는 외국인은 로임과 기타 합법적으로 얻은 외화의 60%까지를 공화국 영역밖으로 송금하거나 가지고 나갈 수 있다.”라고 규정하고 있다.

투자보장협정은 외국인에게 투자수익을 자유롭게 送金할 수 있어야 함을 원칙적으로 인정하되, 자본도입국의 이익을 고려하여 일정한 제한을 부과하는 경우가 많다. 일반적으로 送金과 관련하여 ①지체없이, ②硬貨로 ③送金當時 公定換率의 적용을 보장한다. 일부 투자보장협정에서 이러한 送金の 권리는 일반적으로 제약받지 아니함을 규정하거나 예외적인 財政的·경제적 상황에서 제한을 부과할 수 있음을 규정하기도 한다. 그러나 대부분의 투자보장협정에서는 자유로운 送金を 보호하기 위하여 國內法上의 권한을 公平하고 성실하게 행사할 의무를 진다는 규정을 하고 있다.⁷⁶⁾

送金の 보장을 위한 조항은 대단히 다양하다. 송금에 관한 最惠國待遇條項⁷⁷⁾ 또는 適用換率에 대한 最惠國待遇條項을⁷⁸⁾ 두기도 하고 송금은 協定發

75) *Ibid.*

76) F. A. Mann, *supra* note 22, p.240.

77) 예컨대, 우리나라와 벨기에間的 投資保障協定 第4條, 우리나라와 프랑스와의 投資保障協定 第4條 第3項. 外務部條約集 -兩者條約-, (1974-1976), 第6卷, (서울: 外務部 國際機構條約課, 1978), p.33, 168; 또한 社會主義國家가 체결한 例로는 유고슬라비아와 스웨덴間的 投資保障協定 第5條.

效當時의 또는 문제의 투자가 행하여질 당시의 國內法만이 적용된다는 제한을 두기도 한다. 현재는 그러한 例가 없지만 “보다 유리한 법령”에 따라 送金을 보장하는 條項도 고려할 수 있을 것이다. 또한 대부분의 투자보장협정이 “자유롭게 換錢할 수 있는 通貨”에 의한 換錢을 보장하고 있으며 자본도입국이 送金에 대하여 國內법에 따라 일정한 제한을 할 수 있다는 규정을 두고 있다. 일부 협정은 통화는 자본도입국의 규정과 규칙에 의한다는 규정만을 두고 있다.⁷⁹⁾ 또한 상당수의 투자보장협정들이 타방 계약국 국민의 소득 또는 임금의 완전한 송금을 허용하지 않고 “임금의 충분한 部分”(adequate portion of the wage) 또는 “소득의 적당한 部分”(moderate portion of the earnings)만을 자본도입국의 허가를 얻어서 송금할 수 있도록 하고 있다. 많은 投資保障協定은 자본도입국이 外換事情으로 인하여 정당화되는 경우에는 외국인으로 하여금 자본을 단계적으로 송금할 수 있음을 규정하고 있다.⁸⁰⁾

6. 政府代表共同委員會

중일투자보장협정 第14條는 협정의 시행 및 양국간의 투자와 관련된 문제를 검토하기 위한 정부대표공동위원회의 설치를 규정하고 있다.⁸¹⁾ 이 쟁

78) 예컨대, 1978年 벨기에·싱가포르投資保障協定. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.136.

79) 예컨대, 우리나라와 네덜란드間的 投資保障協定은 送金에 관한 國內法에 따라 許可한다는 규정을 두고 있다.

80) 예컨대, 獨逸의 모델投資保障協定 第5條 第2項 및 AALCC모델投資保障協定 A型도 그와 같은 규정을 두고 있다. 美國, 네덜란드, 스위스의 모델投資保障協定은 그러한 규정을 두고 있지 않으나, 資本의 段階的인 送金을 금지하는 것으로 볼 수 없다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p. 138.

81) 獨逸과 차드(Chad)間的 投資保障協定, 벨기에와 카메룬間的 投資保障協定도 政府間合同委員會를 설치하여 協定適用으로부터 발생한 문제를 검토하고 그 해결방안을 제출하도록 하고 있다. 이는 締約國間的 協定上的 紛爭을 直接交涉에 의하여 해결하기 위한 것이다. 그러나 中日投資保障協定의 경우는 이와는 달리 委員會가 締約國間的 意見調整이나 紛爭解決을 위한 窓口 이상의 役割을 한다는 점에서 보다 발전된 형태라고 할 것이다.

員會의 임무는 외국인투자에 관한 일방 또는 쌍방의 法制度 및 政策의 發展에 관한 협정의 운영 및 그와 관련된 사항에 관하여 協議하며 필요한 경우에는 양국정부에 적절한 勸告를 하는 것이다. 이러한 규정은 양국정부에게 투자정책과 상호간의 투자를 규율하는 法에 관한 정보교환의무의 근거가 되며, 협정에 動的인 요소를 부여하고, 협정상의 모든 규정은 第14條의 검토 조항의 적용대상이 된다. 이 條項은 協定 解釋이 상반되어 분쟁을 초래할 소지가 많은 협정상의 조항들에 대해서는 특히 중요한 의미를 갖는다.

그러나, 남북한의 경우에는 이미 남북기본합의서 제1조에서 교류협력에 필요한 제반사항을 규정하고 있고, 남북교류·협력공동위원회 구성·운영에 관한 합의서를 체결하였기 때문에 투자보장협정에서 별도의 공동위원회를 설치하는 것보다는 상기의 위원회와 실무협의회를 활성화하기 위한 규정을 두어야 할 것이다.

7. 紛爭의 解決條項

(1) 의 의

투자보장협정에서의 분쟁해결조항은 투자분쟁에 대하여만 적용된다. 즉, 첫째, 일방 체약국과 타방 국민 또는 회사간의 투자계약의 해석·적용 둘째, 타방 체약국의 國民 또는 會社에 대하여 외국인투자 관할기관이 부여하는 投資의 承認에 관한 解釋 및 施行, 셋째, 투자보장협정에 규정된 투자에 관한 權利의 侵害 等이다. 따라서 순수하게 북한의 국내법과 관련된 분쟁 또는 貿易去來代金の 회수분쟁 등 일반적 상업분쟁에는 적용되지 않는다. 또한 투자보장협정은 체약국의 정치적 하부기관에 대하여도 구속력을 가진다.⁸²⁾ 사회주의국가들은 피신청인 소재지국에서 해결한다고 규정하는 것이 통상적이며, 국제중재기관 또는 국제사법기관에서 解決하지 않는다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다. 1979年 미중무역협정에서는 미중분쟁은 중

82) 반면에 ICSID는 政治的 下部機關에 대하여는 당해 下部機關의 同意가 있는 경우에만 管轄權을 갖는다(ICSID協定 第25條 第3項). 이러한 同意가 없으면 外國人은 資本導入國 中央政府를 상대로 하여 紛爭解決條項上의 救濟를 求하여야 한다.

립적인 법정에서 해결한다는 조항을 두고 있다. 즉, 계약국은 契約紛爭 또는 그와 관련하여 발생한 분쟁을 우호적 협의, 조정 또는 국제적인 제3자 중재를 포함하는 상호 수락하는 방법을 통하여 해결한다.⁸³⁾

(2) 한국투자자와 북한 당국간의 분쟁

가. 의 의

투자보장협정의 가장 중요한 기능중의 하나가 타방 당사국의 국민과 자본도입국간의 투자분쟁을 구속력있는 第三者 중재를 통해서 해결하도록 하는 것이다.⁸⁴⁾ 投資保障協定은 당사국에 의하여 집행되는 것이지만, 協定에 규정된 권리가 일방 당사국의 作爲 또는 不作爲에 의하여 侵害된 경우 타방 당사국에게 그 救濟를 요구할 수 있는 權利를 타방 당사국의 國民에게 부여하는 조항을 두는 것이 일반적이다.⁸⁵⁾ 投資紛爭이 발생하면 대부분의 投資

83) 1974年 中日通商協定 第8條는 다음과 같이 규정하고 있다.:

①兩締約國은 中華人民共和國의 對外貿易機構와 日本의 法人 또는 個人間の 貿易契約으로부터 發生한 또는 그와 관련된 紛爭의 當事者에 대하여 紛爭을 우선 友好的 協議에 의하여 解決할 것을 勸告한다.

②紛爭이 協議에 의하여 解決되지 못한 경우, 當事者들은 仲裁條項에 따라 이를 仲裁에 부탁하여야 한다.

84) 우호통상항해조약의 경우에는 그와 비교될 만한 조항은 없고 다만 조약의 해석·적용에서 발생한 계약국간의 분쟁의 第三者에 의한 解決을 규정할 뿐이다. 또한 투자보장협정도 1970년대 이후부터 그러한 경향을 보이기 시작하였다.

85) 이와 같이 條約의 非當事者인 個人의 節次的 權利는 國內法과 國際法에서 모두 발견할 수 있다. 第二次世界大戰 以後의 대표적인 예로서는 Geneva Convention on the High Seas(1958), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights(1966), International Covenant on Civil and Political Rights(1966), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination(1966), European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(1950) 등이 있다. 역사적으로 이와 같이 國家를 상대로 한 個人의 出訴權을 인정하고자 한 試圖는 많았지만 대부분 실패로 돌아 갔으며 1965年の 「國家와 他國의 國民間の 投資紛爭 解決에 관한 協定」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States)에 의한 國際投資紛爭解決센

保障協定은 투자자와 자본도입국은 第1次的으로 直接交渉과 協議를 통하여 解決하고 이 단계에서 해결되지 못한 경우 투자보장협정에 규정된 분쟁해결 절차를 이용하도록 하는 조항을 두고 있다.⁸⁶⁾ 남미제국에서는 일반적으로 投資契約에 자국법원에서 자국의 법률에 따라 분쟁을 해결한다는 조항을 두며 中國을 비롯한 사회주의국가들은 국유화소송은 자국 법원이 배타적 관할권을 갖는다고 주장하여 왔다. 그러나 개발도상국들도 投資保障協定을 체결함에 있어서는 자국 영역밖에서의 분쟁해결에 부분적으로 동의하고 있다.

한국투자자와 북한 당국과의 투자분쟁에 대한 제3자 중재를 규정한 투자보장협정이 체결되어 있지 아니하므로 한국투자자는 북한 당국으로부터 수용을 당하거나 달리 피해를 입은 경우의 구제방법은 제한을 받는다. 즉, 첫째, 북한內의 행정적·사법적 구제절차를 이용하여 북한 당국을 상대로 청구를 提起하는 것이다. 여기에는 북한의 국내법상의 제약이 따를 뿐만 아니라, 북한의 사법기관이 행정기관의 판단에 달리 결정을 내릴 가능성도 없다. 또한, 북한의 국내적 구제절차의 완료후 피해가 구제되지 아니한 경우 한국이 외교적 보호권을 행사한다는 것이 가능하겠느냐의 문제가 있다. 남북간의 특수성과 남북거래의 특수성을 강조하여온 우리의 입장도 그렇지만, 북한이 그러한 사유로 인한 외교적 보호권의 행사를 인정하지도 않을 것이기 때문이다. 한편, 자본도입국인 북한과의 교섭을 통하여 第3國에서의 仲裁에 대해 合意할 수도 있겠으나, 북한이 이에 응하여야 할 국제법상의 의무를 지고 있지 않다. 투자자의 본국정부가 준거법인 國內法 또는 투자보장협정에 의거한 자국민의 청구를 옹호하여 배상을 지급한 경우, 代位辨濟의 原則에 의하여 배상받은 투자자가 가지는 자본도입국에 대한 權利 또는 請求權은 本國에 移轉되게 된다. 자본도입국은 그러한 권리의 移轉을 승인하여야 한다.⁸⁷⁾ 그러나, 이러한 내용을 남북간의 투자보장협정에 규정하는 것을 북한이 동의할 것인가는 의문이다.

터(ICSID)는 비교적 성공적이라고 평가되고 있다.

86) 예컨대, 1984年 美國모델投資保障協定 第12條 第2項.

87) T. Modibo Ocran, "Bilateral Investment Protection Treaties," *N.Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* Vol.8(1987), p.426.

나. ICSID 調停 · 仲裁의 이용가능성

북한은 아직 ICSID협정에 가입하고 있지 않다. 따라서 ICSID에서의 조정이나 중재의 이용가능성은 어디까지나, 현재로서는 실현가능성이 없다. 그러나, 협정이란 그 유효기간이 최소한 10년이상일 것이므로 이에 대비한 규정을 두는 것이 바람직하기 때문에 여기에서는 이에 관한 구체적인 설명을 하고자 한다. ICSID협정(Convention on the Settlement of Disputes Between States and Nationals of Other States)상의 仲裁은 外國投資家에게 몇가지 유리한 점이 있다. 일단 중재하기로 합의한 이상 관할권에 대한 同意를 일방적으로 취소할 수 없고, 本部의 주관하에 仲裁가 분쟁해결의 유일한 방법이므로 仲裁에 동의한 以上 締約國은 다른 해결방법을 제시할 수 없으며(第26條), 모든 締約國이 仲裁判定의 拘束力을 인정하여 자국의 확정판결이나 다름없이 履行하여야 한다(第5條 第1項).

ICSID協定 第26條는 「ICSID仲裁에 대한 동의는 달리 정한 바가 없으면 다른 구제방법의 배제에 대한 동의로 간주된다」라고 규정하고 있다. 따라서 자본도입국이 ICSID협정에 가입하고 있고 ICSID에 의한 분쟁해결을 규정한 투자보장협정의 일방 締約國의 국민이 분쟁을 ICSID에 제출한 후에는 자본도입국인 타방締約國이 자국법원에서 투자분쟁을 해결하려고 하는 경우, ICSID협정 및 투자보장협정의 위반이 된다. 그러나 ICSID협정 第25條 第3項은 국가가 가입조건으로 ICSID관할권의 제한을 허용하고 있기 때문에, 투자보장협정에 의하여 ICSID에의 중재가 가능한 분쟁의 범위는 북한의 가입조건의 여하에 좌우될 것이다. ICSID협정은 당사국으로 하여금 판정을 승인 · 집행하도록 요구하고 있다.

ICSID협정 第25條는 회사는 통상적으로 設立地國(state of incorporation)의 國籍을 갖는 것으로 간주되고 회사는 國籍國을 상대로 ICSID 또는 附加便宜仲裁(Additional Facility)에 訴를 제기할 수 없다고 규정하고 있다. 이 條項에 의하면 북한의 合營企業, 合作企業 및 外國人企業은 북한의 法에 따라 설립되므로, 북한을 상대로 ICSID에 제소할 수 없게 된다. 이러한 장애의 제거를 위하여 투자보장협정에 「ICSID에 분쟁을 부탁함에 있어서 일방의 법에 의하여 조직된 회사가 분쟁 발생전에 타방의 투자가에 의하여 소유 또는 지배되는 것인 경우 타방의 회사로 간주한

다」는 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

상당수의 투자보장협정이 일방 체약국과 타방 체약국 國民間의 投資紛爭을 ICSID에 부탁한다는 규정을 두고 있는 바, 그 유형은 대단히 다양하다. 첫째, 타방 체약국의 국민인 투자가의 요청이 있으면 투자분쟁을 ICSID의 調停 또는 구속력있는 중재에 회부하여야 할 의무를 규정한 協定(네덜란드와 인도, 유고와 이집트, 영국과 방글라데시, 프랑스와 싱가포르 및 미국과 세네갈간의 투자보장협정) 둘째, 투자가의 요청이 있으면 일방 체약국과의 투자계약에 ICSID 부탁조항을 삽입할 수 있다는 규정을 둔 협정(프랑스와 말레이시아간의 투자보장협정), 또는 투자계약에 투자계약 당사자들의 합의에 따라 ICSID에의 분쟁부탁조항을 삽입할 수 있다는 협정(1979年 스웨덴과 말레이시아간의 투자보장협정), 셋째, 외국투자자의 ICSID부탁요청을 동정적으로 고려(sym pathetic consideration)한다고 규정함으로써, 자본도입국에 의한 ICSID부탁에 대한 裁量權을 확인한 것에 불과한 協定(1970年 네덜란드와 케냐간의 투자보장협정), 넷째, ICSID(또는 ICSID의 附加便宜仲裁), ICC의 중재재판정, 또는 UNCITRAL중재규칙에 의한 隨時的 仲裁 中 어느 1을 선택하여 합의할 수 있다는 협정(미국과 파나마, 미국과 세네갈, 영국과 세인트 루시아간의 투자보장협정)⁸⁸⁾ 등이다.

中國은 종전의 투자보장협정에서는 보상금액에 관한 분쟁에 한하여 投資家가 제기한 隨時的(ad hoc) 국제중재를 허용하였으나, 스웨덴, 독일 및 프랑스와 체결된 投資保障協定에서는 중국이 ICSID협정에 가입할 경우의 附屬議定書(additional protocol)에 대한 附屬公翰(side letter)을 첨부하고 있다. 그 후 오스트레일리아 및 일본과 체결한 투자보장협정에서는 그보다 광범위한 분쟁해결방법의 이용가능성을 示唆하는 규정을 두고 있

88) 그 밖에도 ICSID에 부탁할 紛爭의 類型을 制限하거나 一定期間동안의 交渉 및 國內的 救濟完了와 같은 ICSID에의 回附를 위한 先行條件을 규정한 協定이 있다. 예컨대, 1981年 4月 22日 방글라데시와 벨기에·룩셈부르크經濟同盟間에 체결된 投資保障協定 第8條는 “租稅紛爭”을 ICSID에 부탁할 紛爭에서 明示的으로 除外시키고 있고, 美國이 一部 開發途上國과 체결한 投資保障協定에서는 美國의 輸出入銀行의 輸出信用·保證·保險프로그램과 관련하여 발생한 紛爭 또는 기타 公的인 信用·保證·保險制度下에서 발생한 紛爭을 ICSID管轄紛爭으로부터 排除하고 있다.

다.⁸⁹⁾ 중일투자보장협정 第11條 第2項은 기타 문제에 관한 분쟁도 상호합의에 의하여 隨時的 調停 또는 중재에 회부될 수 있다고 규정하고 있다. 第11條는 ICSID協定을 참조하여 설치되는 수시적 중재판정부에서 중재에 회부한다는데 합의하고 있으며, 世界銀行 總裁를 중립적 지명권자로 정하고 있다. 또한 第11條 第5項은 仲裁節次는 ICSID협정에 따라 정하도록 하고 있다. 또 한가지 분쟁해결과 관련한 중요한 발전은 투자가와 자본도입국은 보상금액이의 紛爭의 국제중재회부에 상호 합의한 경우에는 당해 분쟁은 第11條 第8號에 의한 국가간의 청구대상이 되지 아니한다는 것을 규정한 점이다.

(3) 계약국간의 분쟁

계약국간의 분쟁은 협정의 해석·적용과 관련하여 발생하며, 일방이 타방이 協定の 규정을 위반하였다고 판단하는 경우에 발생하게 된다. 예컨대, 當事國 一方이 내국인대우에 부합되지 않는 국내입법 또는 기타의 조치를 취하는 경우 또는 최혜국대우조항을 무시하고 第3國의 투자에 우대조치를 부여하는 경우 등이 이에 해당된다. 그밖에도 당사국 일방이 타방이 투자보장협정에서 합의한 장려(incentive)조치의 불이행에 대하여 이의를 제기함으로써 분쟁이 발생할 수도 있다.

많은 투자보장협정이 자본도입국인 당사국이 타방 국민과 체결한 투자계약의 존중을 협정상 의무로 하는 “雨傘條項”(umbrella clause)을 두고 있으나, 법리적으로 國際讓許契約의 위반으로부터 직접 당사국간의 분쟁이

89) 中國의 國內法院 또는 仲裁機關만이 外國人 財産 收用與否의 紛爭에 대한 管轄權을 가진다(沿岸石油探査·開發條例 第3條). 이러한 國家主權論에 의한 國際仲裁의 이용에 대한 반대로 인하여 美國貿易代表部가 추진하고 있는 美中投資保障條約은 아직까지 체결되어 있지 않다. 美國側은 外國人投資家가 자신의 財産의 收用に 상당하는 國內措置가 있었다고 주장하는 경우, 投資家가 적절한 保護를 받을 수 있도록 中立의 第三國이 收용이 행하여졌는지에 관한 문제를 仲裁하여야 한다고 한 반면, 中國側은 中國國內法院 또는 中國仲裁機關이 收用の 존재를 인정 한 후에는 補償金額以外的 문제에 관한 中國政府와 外國人間의 紛爭을 第三者가 仲裁하는 것은 中國의 主權에 대한 침해라고 주장하였다. H. Frisbe, "The Investment Treaty Impasse," *China Business Review*, Vol.16, No.5(1986), p.41.

발생하는 것은 아니다. 투자보장협정에는 계약당사국이 자신의 이익을 위하여 또는 자국민을 위하여 당사국간의 분쟁해결에 이용할 수 있는 여러가지 방법을 규정하고 있다. 당사국은 분쟁을 第1次的으로 직접교섭에 의하여 해결하되, 이로써 해결되지 못한 경우 國際仲裁 또는 國際司法裁判所 等 國際法廷에서 解決한다는 규정을 두는 것이 일반적이다.⁹⁰⁾

한편, 계약국간의 분쟁에 적용되는 準據法에 관한 명시적 규정을 두고 있는 투자보장협정은 찾아 보기 어렵다.⁹¹⁾ 이러한 경우 紛爭發生後 仲裁合意書에서 준거법에 합의하여야 하지만, 일용 국제법이 준거법이 된다고 할 것이다. 그러나 투자보장협정 자체에서 합의된 일정한 사항에 대해서는 國內法 또는 모델法(model law)의 適用을 규정할 수도 있다.⁹²⁾ 한편 獨逸과 이스라엘間的 협정은 계약국간의 중재와 관련하여 國內的 救濟完了를 규정한 독특한 條項을 두고 있으며, 독일과 에쿠아도르간의 협정은 중재가 자본도입국의 法院의 管轄權에 어떠한 영향도 미치지 아니한다는 규정을 두고 있다.⁹³⁾ 이러한 條項은 외국인의 본국이 제기하는 중재절차와 외국인과 자본도입국간의 분쟁이 상호간에 직접 연결되어 있을 때에 한하여 의미가 있다.

중국은 모든 투자보장협정에서 외교적 채널을 통한 第1次的 분쟁해결방식이 실패한 경우, 일방당사국이 중재회부를 요청할 수 있고 타방은 이를

90) 隋時的 仲裁에 회부하기 위한 仲裁合意書에서 節次規則을 정하는 것이 일반적이지만 美國의 모델投資保障協定 第12條는 當事者間的 合意가 없으면 1958年 國際法委員會가 채택한 모델仲裁規則을 이용하도록 규정하고 있다.

91) 예외적으로 準據法이 지정되어 있는 協定도 있다. 예컨대, 이라크와 쿠웨이트間的 1964年 經濟協力協定の 投資議定書(Protocol on Investment) 第7條 第3項은 國際法の 規定, 規則 및 慣例와 商慣習(lex mercatoria)을 적용하도록 하고 있으며 이집트와 루마니아間的 協定은 國際公法の 原則과 規則 및 當事者間的 條約을 準據法으로 지정하고 있다. 그밖에 法の 一般原則을 國際法과 더불어 準據法으로 지정하고 있는 協定, 國際法과 더불어 資本導入國의 國內法을 고려하도록 규정한 協定이 있다. United Nations Center on Transnational Corporation, *supra* note 2, p.169.

92) 네덜란드가 체결한 상당수의 協定은 準據法을 지정하는 대신에 裁判所로 하여금 衡平과 善에 따라 紛爭을 해결하는 것을 허용할 수 있는 締約國의 權利를 규정하고 있다. *ibid.*

93) T. Mobido Ocran, *supra* note 87, p.430.

수락하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 중재판정부의 구성에서 各當事者가 임명한 중재인들이 제3국의 仲裁人(chair person)의 합의에 실패한 경우에는 국제연합 사무총장에게 선임을 요청하되, 그가 체약국 국민인 경우에는 법률담당사무차장(Under Secretary-General for Legal Affairs)에게 위임하도록 하고 있다. 그러나 중국을 비롯한 사회주의국가들이 국제사법재판소에 대한 편견으로 인하여 지금까지 국제사법재판소에서의 당사국간의 분쟁해결을 규정한 조약을 체결한 적이 없으며 투자보장협정도 예외는 아니다.⁹⁴⁾

북한과의 투자보장협정에서는 과연 당사국인 남한과 북한간의 협정의 해석·적용에 관한 분쟁의 해결에 대하여 규정할 수 있을 것인가가 문제이다. 앞서 언급한 바와 같이 분쟁의 해결에 대하여 규정한 경우에도 협정 자체가 법적 구속력이 있다고 해석되기 때문이다. 예컨대, 분쟁을 중재에 회부한다고 규정하였다면, 중재판정은 법적 구속력을 갖기 때문에 협정 자체가 법적 구속력이 없다고 주장할 수는 없을 것이다. 사실 남북간의 투자보장협정을 비롯한 모든 합의서의 내용은 남북간 분쟁의 해결에 관한 내용이 있는나가 관건이 된다고 할 수 있다

V. 結 論

이상에서 투자보장협정의 주요 내용을 중심으로 대북투자의 보호를 위하여 여러 규정의 의미와 실효성을 검토하여 보았다. 우리나라와 북한의 경제

94) 王鐵崖等 中國의 學者들은 물론이고, 西歐의 國際法學者들중에도 國際司法裁判所의 紛爭解決機關으로서의 役割에 대하여 회의를 갖는 學者들이 있다. 예컨대, South West Africa事件에서 Jessup判事는 反對意見(dissenting opinion)을 통하여 國際司法裁判所를 완전한 無用之物(utter futility)의 紛爭解決機構라고 통박하였다. *I.C.J. Report*, 1966 (Judgement of July 18, 1966), p.382; 國際司法裁判所는 현재의 발전단계로 보아 西歐裁判所의 限界를 벗어 나지 못하고 있다고 批判하는 學者도 있다. Brian Flemming, "South West Africa Cases : Ethiopia v. South Africa ; Liberia v. South Africa Second Phase," *Canadian Yearbook of International Law*, Vol.5(1967), p.251 參照.

교류·협력의 일환으로서 대북투자가 이루어지며, 그러한 경제교류·협력은 남북기본합의서와 그 부속합의서들, 그리고 각각의 국내법에 의하여 법적틀(legal framework)이 이루어져 있다. 따라서, 대북투자의 법적 보호도 이러한 차원에서 검토되어야 하며, 궁극적으로는 남과 북간의 합의서에 의하여 규율하게 될 것이다. 여기에서 합의서의 법적 성격이 문제가 된다. 만약, 완전히 법적 구속력이 없는 문서에 불과하다면, 이는 투자의 보호를 위한 하나의 지침일 뿐이며, 합의서에 의하여 우리 기업의 대북투자가 보호될 수 있다고 기대하기 어렵다. 따라서 협정의 조문이 실효적인 것이 될 수 있도록 협정의 해석·집행에 관한 분쟁해결조항을 두어야 할 것이다. 또한, 현재로서는 북한의 개방이 초보적인 단계에 머물러 있으나, 향후의 개혁속도나 정도에 대하여는 예측할 수 없기 때문에 투자보호를 위한 합의서는 항상, 현재의 상황보다는 먼 장래에 속하는 경우까지도 가정하여 조문화하여야 할 것이다. 중국이 1978년 개혁·개방정책을 추진한 이래 현재 어느 정도까지 자본주의국가들의 요구에 접근하고 있는가도 북한의 미래상에 대한 하나의 판단기준이 될 수 있을 것이다.