

양자간 투자협정의 발전과 국제관습법의 형성가능성

김채형

고려대 강사

오늘날 개발도상국은 제3세계의 부채위기에 의해 외국의 상업적 차관이 줄어들고 국내저축의 부족으로 외국투자의 형태로 외국자본을 유치할 필요성이 증가함에 따라 자본자유화정책을 추진하여 왔다. 이러한 자유화정책의 표출로서 선진국과 개도국간의 양자간 투자협정의 체결을 들 수 있다. 양자간 투자협정은 자본수입국내에서 외국투자자의 투자를 보호하여 주는 제도적 장치이다. 현재 160여 개 국가가 적어도 1개 이상의 투자협정을 체결하여 1,300여 개의 투자협정이 발효중이다. 전세계의 대다수 국가가 이러한 협정에 관련되어 있고 이 협정들은 유사한 규정을 갖고 있는데, 이 협정이 외국투자에 적용되는 국제법의 원칙과 개념을 형성하고 명확히 하는가에 관해서는 의문이 제기될 수 있다. 이 글에서는 외국투자의 보호분야에서 양자간 투자협정이 어떻게 발전되었는가를 살펴보고 이러한 협정이 국제관습법의 형성에 끼친 영향을 조사해 본다. 이러한 협정의 활발한 체결은 국제무대에 개도국이 다수를 점하고 난 이후 국제투자법의 규칙이 불확실하게 되었고 외국 직접투자 분야에서 지난 30년간에 일어난 발전에 국제법이 보조를 맞추지 못하였기 때문이다. 그렇지만 각각의 투자협정은 투자보호의 상호간 체계를 규율하는 당사국간의 특별법이며 이러한 협정의 확산은 국제투자에 관한 법규칙의 현재의 모습과 향후 추세를 나타내 준다.

I. 서론

오늘날 외국직접투자는 경제성장과 개발에 있어 중요한 역할을 하며 개도국으로서는 외국의 자본을 도입하는 주요한 원천이 된다. 1970년대와 1980년대에 아시아 국가는 외국의 자본을 대량 유치하여 놀랄만한 경제발전을 이루었다. 90년대에 들어서면서 세계은행이나 국제통화기금 등에 의해 차관제공의 조건으로서 개도국에 가해진 구조조정정책에 의해 개도국은 어쩔 수 없이 자유경제정책을 채택하게 되었으며, 또한 개도국은 대외 부채위기에 의해 외국으로부터 상업적 차관이 줄어들고 국내저축의 부족으로 인해 외국 직접투자의 형태로 외국자본을 유치할 필요성에 의해 경제정책의 자유화를 계속적으로 추진하게 되었다.¹⁾ 그 예로 경제정책의 자유화를 위한 방향에서 선진국과 개도국간의 양

1) Kenneth J. Vandeveld. 1998. "Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties." *Columbia Journal of Transnational Law* 36(3): 502.

자간 투자협정의 체결을 들 수 있다. 양자간 투자협정은 자본수입국의 영토내에서 자본수출국의 투자를 보호한다. 90년대에 양자간 투자협정의 수는 급격히 증가하였는데 1996년까지 1,332개의 양자간 투자협정이 체결되었으며, 이 중에서 824개가 선진국과 타국간에 체결되었다.²⁾ 이러한 숫자는 80년대 말까지 선진국에 의해 체결된 양자간 투자협정의 수가 322개인데 비하면 괄목할 만한 증가를 나타낸다. 이러한 협정은 대부분 선진국과 개도국간에 체결되었으며, 일부는 개도국간에 체결되었다.

양자간 투자협정의 급격한 증가는 국제무대에서 개도국이 수적으로 우위를 점하고 나서 국제투자의 보호에 대한 불확실성이 나타남으로써 야기되었으며 국제법이 지난 30년간 외국직접투자에서 나타난 발전에 보조를 맞추어 나가지 못하였기 때문이다. 국제상황이 이러하기 때문에 양국간에 체결되는 투자협정은 투자보호의 상호체제를 확립하는 당사국간의 특별법으로 볼 수 있다. 그러한 특별법은 투자보호에 관한 법의 불확실성 때문에 필요하지만 양자간 투자협정이 확고한 국제법의 원칙을 만들어 내는 것이 아니기 때문에 투자보호에 관한 법의 불확실성이 이러한 협정에 의해 보편적 차원에서 소멸되기는 어렵다. 그러나 양자간 투자협정의 증가는 국제투자법의 향후 추세를 제시하여 준다. 본고에서는 양자간 투자협정의 체결연혁과 양적인 발전을 개관하고, 이러한 투자협정에 나타나는 규칙이 외국투자보호에 관한 국제관습법으로 발전될 수 있는가를 살펴본다.

II. 양자간 투자협정의 체결과 발전

1. 투자보장협정의 연혁

18세기 후반부터 미국과 서유럽국가는 우호통상항해조약(Friendship, Commerce and Navigation Treaties; 이하에서는 FCN이라 함)³⁾이나 우호통상조약(Treaties of Amity and Commerce)조약을 체결하였는데, 통상문제만 관한 것이 아니라 내해를 통한 항구에 대한 접근 및 항해 같은 군사문제를 포함하였다. 이러한 조약은 통상이 상인에 의한 무역으로 제한되어 있던 시대에 체결되었는데 회사에 의한 직접투자 문제는 고려하지 않았으며, 외국인의 대우에 관한 다양한 문제를 포함하여 외국인의 보호에 중점을 두었다.⁴⁾ 제2차 세계대전이 종료한 후 외국직접투자의 물량은 폭발적으로 증가하였고, 특히 50년대와 60년대에 개도국은 수입을 대체하기 위하여 제조산업을 발전시키는데 도움이 되는 외국직접투자의 유치를 희망하였다. 외국직접투자가 증가하게 되자 자본수출국의 투자위험도 증가하였으며, 이에 따라 국제투자체제가 나타나게 되었다. 국제투자체제는 다자간 협정인 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)에 의한 국제무역체제와는 달리 양

2) UNCTAD/ITE/IIT/7. 1998. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*: 10.

3) 1778년 미국과 프랑스간에 최초로 FCN조약이 체결되었음.

4) M. Somarajah. 1994. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press: 229-230.

자간 조약으로 형성되었다.

미국은 이러한 체제를 발전시키는데 주도적 역할을 하였으며, 제2차 세계대전 전후에 새로운 FCN조약을 각국과 체결하여 나갔는데, 이러한 조약은 외국에 있는 미국인의 재산을 보호하려는 목적을 가졌는데, 무역, 해운, 투자뿐만 아니라 개인의 출입국 자유, 부당한 조사와 체포로부터의 자유, 재산권 같은 개인적 권리의 보호에 관한 것도 포함하였다. 새로운 FCN조약은 외국투자에 관한 규정을 포함하고 있지만 기본적으로 외국투자의 보호보다는 무역을 용이하게 하려는 것이다.⁵⁾ 그런데 FCN조약은 현재는 국가들이 받아들일 수 없는 여러 가지 면을 포함하였는데, 자본수입국이 자국의 경제적 목적에 불리한 것으로 간주되는 외국투자를 배척하려는 상황에서는 받아들일 수 없는 출입국과 회사설립의 무제한한 권리를 규정하였다. 따라서 미국이 체결하는 새로운 FCN조약은 개도국과 이러한 조약을 체결하는데 어려움이 나타났다. 즉 미국이 요구하는 보호의 형태에 개도국이 주저하게 되어 미국은 1966년 토고 및 태국과 FCN조약을 체결하고 더 이상 이런 형태의 조약을 체결하지 못하였다. 유럽이 전쟁으로 피폐된 경제를 회복하고 외국에 투자를 시작하면서 유럽국가도 해외투자를 보호하기 위하여 투자협정을 협상하기 시작하였는데, 서독은 1959년 최초로 양자간 투자협정을 파키스탄과 체결하였으며⁶⁾, 다른 유럽국가도 60년대에 이러한 투자협정을 체결하기 시작하였다.

또한 미국은 제2차 세계대전 후 유럽 재건원조를 위한 마샬플랜의 일부분으로서 해외투자에 따른 정치적 위험에 대한 투자보증프로그램을 시작하였다. 다른 선진국들도 개도국에 대한 자국민의 해외투자를 보증하는 목적의 유사한 프로그램을 발전시켰다.⁷⁾ 이 프로그램에 따르면 자본수출국은 자국민의 해외투자에 대한 비상업적 위험, 즉 자본수입국의 수용조치나 외환이전 규제조치 등을 보증한다. 특히 미국은 정치적 위험에 대한 보증프로그램의 이행을 용이하게 하기 위하여 투자보증협정을 체결하여 나갔다. 자본수출국과 자본수입국간에 체결된 투자보증협정은 두 가지 방식으로 수용조치에 관련된 문제를 예방한다. 첫째, 자본수입국에 의해 승인된 투자에만 보증하기 때문에 수용조치의 가능성을 감소시키고, 둘째, 수용조치가 발생한 경우에 투자자가 자국의 보증기관으로부터

5) Rudolf Dolzer and Margrete Stevens. 1995. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers: 10.

6) 서독과 파키스탄간의 양자간 투자협정은 1959년 11월 25일 체결되어 1962년 4월 28일 발효되었음. 그런데 최초로 발효된 양자간 투자협정은 실제 서독과 도미니카간의 협정인데, 1959년 12월 16일 체결되어 1960년 6월 3일 발효되었음.

7) 선진국은 자국민의 해외투자에 대한 비상업적 위험을 보증하는 정부기관을 설립하여 운영하고 있는데, 미국은 Overseas Private Investment Corporation, 호주는 Export, Finance and Insurance Corporation, 덴마크는 Danish International Development Agency, 캐나다는 Export Development Corporation, 프랑스는 Banque Française du Commerce Extérieur와 Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur, 일본은 Export Insurance Division, Ministry of International Trade and Industry 등이 담당하고 있음. Adeoye Akinsanya. 1987. "International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World". *International Comparative Law Quarterly* (1): 67-68.

신속한 보상을 받게 되고 투자자의 권리를 승계한 보증기관이 보증협정에 합의된 분쟁 해결 절차를 추구한다. 그러나 투자보증협정은 외국투자에 대한 보호를 제공하지는 못하였다.⁸⁾

제2차 세계대전 후에는 국제정치적, 경제적 상황이 변화를 나타내게 되었는데, 식민지에서 독립한 많은 신생독립국은 자유로운 시장경제질서에 회의를 품고 민족주의적 성격을 띠어 기존의 국제법률체제에 대항하였으며, 소련을 위시한 사회주의국가들은 사유재산의 개념과 시장자유경제를 거부하여 자유경제체제에 참여하지 않았다. 1960년대 후반에는 자유로운 국제 경제체제를 확립하려는 시장경제 선진국은 국제무대에서 소수가 되어 버렸고, 사회주의국가와 제3세계의 개도국은 그들의 정치적 영향력을 확대하고 경제개발을 촉진하기 위하여 국제 경제질서를 개편하려고 하였다.

1974년 5월 1일 UN총회는 새로운 국제경제 질서 수립에 관한 선언인 결의(Resolution) 3201⁹⁾을 채택하였는데, 이 선언에는 국제경제 질서가 국가의 천연자원과 모든 경제적 활동에 대하여 모든 국가의 완전한 영구적인 주권을 포함하는 원칙에 근거해야 한다는 주장이 표명되었다.¹⁰⁾ 그리고 이러한 영구적인 주권은 국유화에 대한 권리를 포함하였는데¹¹⁾, 이 선언은 수용조치에 대하여 보상이 지불되어야 하느냐와 그러한 보상 총액에 대해서는 구체적으로 언급하지 않았다. 보상문제는 이 선언이 채택된 수개월 뒤 1974년 12월 12일 UN총회에서 채택된 국가의 경제적 권리와 의무헌장에서 언급되었으며, 이 헌장은 120대 6의 찬성과 기권 10표로 채택되었다.¹²⁾ 헌장의 제2조 2항 c는 104대 16의 찬성과 기권 6으로 별도로 채택되었는데¹³⁾, 이 조항에 의하면 각국이 적절하다고 판단하는 관련법과 규칙과 모든 상황을 고려하여, 국유화, 수용이나 외국재산의 소유권 이전에 관한 조치를 취하는 국가에 의해 적절한 보상이 지불되는 경우에 각국은 이러한 조치를 취할 권리를 갖는다. 따라서 이 헌장은 보상지불시 보상기준은 국제법이 아니라 자본수입국의 국내법에 따른다고 표명하였다.

1970년대 말까지 국제사회는 국제투자에 있어서 가장 중요한 문제인 수용조치에 대한 보상문제에 대하여 입장이 서로 달랐다. 선진국은 수용조치시에 신속하고 적합하며 효과적인 보상이 요구된다고 주장하였고, 사회주의국가는 수용조치로 피해를 입은 외국 투자자에 의한 분쟁의 해결시에 보상을 지불할 것을 동의하였음에도 불구하고 보상이

8) UNCTAD, 1998: 8.

9) Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. U.N.G.A. Resolution 3201(S-VI).

10) Ibid. paragraph 4(e).

11) Ibid.

12) Charter of Economic Rights and Duties of States. U.N.G.A. Resolution 3281(XXIX), 반대투표한 6개국은 벨기에, 덴마크, 서독, 룩셈부르크, 영국, 미국이며, 기권한 10개국은 오스트리아, 캐나다, 프랑스, 아일랜드, 이스라엘, 이태리, 일본, 네덜란드, 노르웨이, 스페인

13) 반대투표한 16개국은 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 서독, 프랑스, 아일랜드, 이태리, 룩셈부르크, 일본, 네덜란드, 노르웨이, 스페인, 스웨덴, 영국, 미국이며, 기권한 6개국은 호주, 바르바도스, 핀란드, 이스라엘, 뉴질랜드, 포르투갈

요구되지 않는다고 주장하였고, 개도국은 보상의 산정은 여러 요소에 달려 있다는 입장을 취하여 신속하고 적합하며 효과적인 기준을 거부하였다.¹⁴⁾

따라서 선진국은 FCN조약이 외국투자를 보호하는 적절한 수단이 될 수 없음에 따라 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaties: 이하에서는 BITs라 함)¹⁵⁾을 통하여 자국의 해외투자에 대한 보호를 확보하는데 중점을 두었으며, 60년대에 BITs의 협상을 시작하여 70년대에 이런 관행은 확대되었다.

2. 양자간 투자협정의 목적

지난 40년간 각국은 외국투자를 촉진하고 보호하기 위하여 BITs를 체결하여 왔는데 전통적으로 선진국은 개도국내에서 자국투자를 보호하기 위한 제도로서 BITs에 의존하고 있고 개도국은 외국직접투자를 유치하기 위한 전략으로서 BITs를 체결하였다. 그런데 일부 개도국이 자본수출국의 지위에 도달함에 따라 이런 국가는 BITs를 협상함에 있어서 투자촉진과 투자보호의 이중적 목적을 추구하게 되었다. BITs는 선진국간에는 일반적으로 체결되지 않는다.

(1) 국제법상 외국투자의 보호

BITs는 국제법상 외국투자의 법적 보호를 제공하여 자본수출국의 투자자가 직면하는 비상업적 위험을 가능한 한 감소시키는 정책수단의 하나가 된다. 이런 점에서 국제법의 주요 연원인 관습법과 국제협정을 살펴볼 필요가 있는데, 국제관습법상 자본수입국에 투자한 외국인은 자본수입국의 영토관할권에 따르게 되며, 국제법에 따라 국가는 자국영토내에 유입된 자본이동과 외국인의 출입국 및 활동에 대하여 규제할 권한을 갖는다.

자본수입국내에서의 외국투자의 대우문제에 관하여 국제관습법은 국가들간에 논란이 되고 있는데, 외교보호권 행사를 포함하는 1970년 Barcelona Traction사건에 대한 국제사법재판소의 판결은 다음과 같다. “지난 반세기의 발전 및 외국투자의 증가와 다국적 기업의 국제적 활동의 확대를 고려하고 국가의 경제적 이익이 확산되는 방식을 고려해보면, 법의 발전이 더 이상 진전되지 않았고 이러한 문제에 있어서 일반적으로 승인된 규칙이 국제사회에서 정립되지 않았다는 것은 일견 놀라운 것으로 나타난다.”¹⁶⁾ 이 판결

14) Kenneth J. Vandeveld. 1998. "Sustainable Liberalism and the International Investment Regime." *Michigan Journal of International Law*. (2): 381-386.

15) BITs는 투자보증협정에 비하여 투자보호에 관한 실질적 규정을 포함하였다. 그리고 FCN조약과 BITs는 두가지 측면에서 다른 점이 나타나는데, 첫째, FCN조약은 투자문제 보다는 무역, 해상관계, 영사관계 등을 다루고 있고, 둘째, BITs는 선진국과 개도국간에 주로 체결되는데 비하여 FCN조약은 선진국간에 대다수 체결되었다(UNCTAD, 1998: 8).

16) Case Concerning Barcelona Traction. Light and Power Co. (Belg. v. Spain). 1970. *I.C.J. Report*: 47.

은 외국투자의 대우에 관한 국제관습법의 원칙에 관한 내용을 다루고 있지 않다.

외국인과 그 재산에 대한 침해의 국가책임이론에 의하면 한 국가는 타국에 의해 국제법에 위반되는 행위에 의해 침해받은 자국민에 대하여 자국민이 국내구제수단에 의하여 만족을 얻을 수 없을 때 외교보호권을 행사할 권한이 있다. 선진국의 입장에 따르면 한 국가가 외국투자자의 대우에 관한 국제관습법에 의한 보호의 최소기준을 준수하지 않을 경우 국제법의 위반이 발생한다고 주장한다.

그러나 이러한 견해에 모든 국가가 지지하는 것은 아니다. 19세기 말 라틴아메리카국가는 국제법에 의하면 국가는 자국법에 따라 내국인에게 부여하는 동일한 대우를 외국인에게 부여하도록 요구된다는 입장을 취하였다. 외국인과 내국인간에 차별하지 않는 국가의 행위에 의하여 외국인이나 외국회사가 피해를 받았을 경우에는 국제법의 위반이 존재하지 않는다는 것이다. 그래서 동일한 원칙에 의해 외국회사는 특혜대우를 받을 자격이 없고, 자본수입국에 대한 외국인의 소송은 중재재판이나 국제법원이 아니라 자본수입국의 국내법원에서 결정되어야 하며, 외국인의 국적국가에 의한 외교보호권의 행사는 국제법의 직접적 위반의 경우에만 행사될 수 있다. 이런 입장은 라틴아메리카국가가 외국투자자와 체결한 계약에 반영되어 있다.

게다가 제2차 세계대전 후에 개도국은 국제무대에서 경제적 주권과 독립을 주장하여 그 결실로서 1974년 UN총회에서 국가의 경제적 권리와 의무현장에 관한 결의를 채택하여 천연자원에 대한 영구적이고 불가양의 주권을 확인하게 되었다. 그 당시 외국투자자에 대한 국제관습법에 관한 대다수 개도국의 입장은 이 현장의 제2조에 나타난다. 그러나 국가의 경제적 권리와 의무현장 및 특히 제2조는 대다수 선진국에 의해 받아들여지지 않았다.

외국투자자에 대한 국제관습법의 내용에 대한 논란이 있기 때문에 국제협정이 이에 대한 분명한 규칙을 제공해 줄 수 있다. 따라서 보편적인 다자간 투자협정이 존재하지 않기 때문에 BITs가 이런 문제에 대한 차선책을 제공해 준다. 그 결과 BITs는 외국직접투자의 국제적 보호를 위하여 실질적이고 절차적인 규칙의 주요한 연원이 된다.

(2) 외국투자의 촉진

BITs는 외국직접투자의 보호를 통하여 관련 당사국간의 직접투자를 촉진시키고 자본수입국측으로서는 외국직접투자를 유인하는 목적을 갖는다.¹⁷⁾ 즉 외국투자를 보호하는 분명한 규칙을 내포한 BITs는 투자환경을 개선시켜 투자자의 신뢰를 증가시킨다. 특히 투자자가 직면할 수 있는 정치적 위험을 감소시키고 이에 따라 외국투자를 촉진한다. 그

17) BITs의 주요한 목적이 외국의 새로운 투자에 대한 유인책을 만들어 내지만 이것이 유일한 기능이라고 가정하는 것은 부정확할 수 있다. 전형적으로 BITs는 광범위한 경제협력관계에서 체결되는데, 대다수 협정에 의하면 협정이 협정의 발효 후에 실시된 새로운 투자에 적용될 뿐만 아니라 기존의 투자에도 확대된다고 표명하고 있다. 미국은 BITs협상에서 기존의 투자보호가 중요한 문제라고 주장하였다(Rudolf Dolzer and Margrette Stevens, 1995: 12).

리나 BITs는 자본수출국에게 자국민이 타국에 투자를 장려할 구체적 조치를 취할 의무를 부과하지는 않는다. BITs에 의하면 외국의 투자와 기술을 유인하는 목표는 다음의 전략에 의하여 실시된다.¹⁸⁾

- 자본수입국내에 자본수출국의 국민과 기업에 의한 직접투자를 용이하게 하고 촉진함.
- 외국투자자에게 정당하고 형평적인 대우, 비차별적 대우, 최혜국대우와 내국민대우를 보증함.
- 자금의 이전과 수용조치에 대하여 국제법에 따른 법적 보호와 투자에 대한 보장을 제공하고 자의적인 국유화의 가능성을 감소시킴.
- 투자에 대한 분쟁이 발생할 경우에 국제적 분쟁 해결수단에 대한 접근을 보장함.
- 투자자에게 신뢰할 수 있고 투명한 국내법 규정을 제공하여 규제조치의 안정성과 예측 가능성을 고양시킴.
- 각국의 투자보증기관이나 다자간 보증기구에 규정되어 있는 정치적 위험에 대한 보증규정의 전제조건을 충족시켜 투자자가 보증제도에 가입하는 것을 용이하게 하고 보험료를 감소시킴.
- 직접투자의 형태로서 지적재산권을 보호함.

BITs는 자본수입국의 투자환경을 개선하는데 사용될 수 있는 신뢰구축 조치 중의 하나의 수단이 된다. 따라서 BITs를 체결함으로써 외국기업이 투자를 고려하도록 유인하는 방법이 될 수 있다. 그런데 각국은 BITs를 체결하기 전에 이러한 협정의 이익과 불이익을 주의깊게 고려할 필요가 있는데, BITs에 의하면 자본수입국은 자국영토내에서 외국투자를 규제할 광범위한 재량권을 갖는 것은 사실이나 BITs를 체결함에 따라 BITs상의 의무에 의해 자본수입국은 향후 자국의 경제정책을 변화시키거나 새로운 정책을 발전시킬 권한에 장애를 받을 수 있다.¹⁹⁾

3. 양자간 투자협정의 확산

1959년 최초로 독일과 파키스탄간에 BIT가 체결되었으며, 독일은 그 이후 90여 개의 협정을 체결하였다. 다른 유럽국가인 스위스²⁰⁾, 프랑스²¹⁾, 네덜란드, 이태리 등도 그 뒤

18) UNCTAD, 1998: 5-6.

19) UNCTAD, 1998: 7.

20) 스위스가 체결한 최초의 양자간 투자협정은 1961년 12월 2일 튀니지와 자본투자의 보호에 관한 협정임. 스위스가 체결한 양자간 투자협정에 관하여는 Nguyen Huu-Tru. 1988. "Le Réseau Suisse d'Accords Bilatéraux d'Encouragement et de Protection des Investissement". *Revue Générale de Droit International Public*. (3): 577-671 참조.

를 따라 BITs를 체결하기 시작하였다. 초기의 대다수 BITs는 서부유럽국가와 아프리카 국가간에 체결되었다. 60년대에 26개 아프리카국가가 BITs를 체결한데 비하여 아시아국가는 같은 시기에 10개국만이 BITs를 체결하였다.²²⁾ 70년대 이후부터 BITs체결이 상당히 증가하기 시작하였는데, 스위스와 영국은 60여개의 협정을 체결하였고, 프랑스는 48개, 네덜란드는 44개, 이태리는 30개, 오스트리아는 16개를 체결하였다. OECD국가중 호주, 캐나다, 뉴질랜드는 각각 11, 6, 1개를 체결하였다. 일본은 전통적으로 외국투자보다는 무역에 중점을 두고 있어 4개의 협정만을 체결하였다.²³⁾

미국의 FCN프로그램이 소멸할 시기에 유럽은 BITs를 협상하는데 많은 성과를 거두었으며, 유럽의 성공적 경험에 자극받아 미국도 1977년 8월 BITs프로그램을 시작하려 하였으나 BITs의 내용에 대한 국내적 합의가 늦어져 1981년 12월부터 개도국과 BITs협상을 개시하였다.²⁴⁾ 미국은 BITs프로그램을 시작한 80년대에는 10여개의 협정만을 체결하였으나 90년대에 협정체결이 증가하여 총 39개의 BITs를 체결하였다.

80년대 초반까지 개도국은 자국의 개발필요성에 의해 해외금융에 주로 의존하였는데 개도국의 대외 부채위기와 외국은행의 상업차관 축소에 따라 외국투자의 계속적 유지 및 유치는 개발금융에 있어서 중요한 수단이 되었다. 따라서 과거에 BITs를 체결하지 않은 개도국들도 외국직접투자의 유치를 위하여 BITs체결에 적극적으로 되었다. 개도국중에는 90개 이상의 국가가 BITs를 체결하였는데, 카리브지역에서는 11개 국가가 적어도 1개의 협정을 체결하였다. 아프리카에서는 40개국이 BITs를 체결하였는데, 카메룬 코트디부아르, 마다가스칼, 세네갈, 수단, 자이레가 협정체결에 가장 적극적이다. 중동에서는 이집트, 요르단, 쿠웨이트가 다수의 협정을 체결하였고, 다른 7개국도 적어도 1개의 협정을 체결하였다. 아시아에서는 19개국이 BITs를 체결하였으며, 중국이 55개로 가장 많이 체결하였다. 다른 아시아국가로서 인도네시아, 한국²⁵⁾, 말레이시아, 스리랑카, 베트남이

21) 프랑스는 튀니지와 1963년 투자에 관한 각서교환을 하였고, 1972년 10월 25일 처음으로 튀니지와 양자간 투자협정을 체결하였음. 프랑스가 체결한 양자간 투자협정에 대하여는 Patrick Juillard. 1979. "Les Conventions Bilaterales d'Investissement Conclues par la France". *Journal du Droit International*. (2): 274-325 참조.

22) UNCTAD, 1998: 8.

23) 각국이 체결한 BITs의 현황에 대해서는 Rudolf Dolzer and Margrete Stevens. 1995: 286-325 참조.

24) Kenneth J. Vandeveld. 1992. "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal". in *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties*. *American Society of International Law Proceeding*: 536.

25) 한국이 체결한 BITs는 49개. 그 대다수가 80년대 이후 체결되었고, 90년대에 체결한 BITs가 그 절반에 달함. 70년대에는 선진국과 협정을 체결하였고 80년대에 들어서는 선진국뿐만 아니라 방글라데시, 파키스탄 등 저개발국과 협정을 체결하기 시작하였는데, 이런 현상은 그 동안의 경제개발을 통해 축적한 자본 및 기술을 수출하는 입장에서 BITs를 체결한 것으로 볼 수 있음. 80년대 후반 이후에는 헝가리, 러시아, 우즈베키스탄 등 구사회주의국가들과 수교하면서 이러한 국가에 한국기업의 직접투자를 위해 BITs를 체결하였음. 그런데 한국과 밀접한 경제관계를 갖고 있는 미국이나 일본과는 BITs가 체결되어 있지 않음.

활발하게 BITs를 체결하고 있는데, 이러한 국가는 10여개 이상의 협정을 체결하였다. 아시아에서 인도가 BITs를 체결하지 않고 있는데²⁶⁾, 최근 인도정부는 BITs를 체결할 의향을 표명하였다.

라틴아메리카국가는 외국투자에 관한 국제규칙에 오래 전부터 반대하였다. 1896년 아르헨티나의 법학자인 카를로스 칼보(Carlos Calvo)는 외국투자에 관한 규칙은 내국민대우에 근거해야 하고 국내법의 관련규칙은 국제법의 규범에 의해 수정되지 않아야 한다고 주장하였다.²⁷⁾ 대다수 라틴아메리카국가는 20세기에 와서도 칼보(Calvo)이론을 지지하였는데, 이러한 입장은 볼리비아, 칠레, 콜롬비아, 에쿠아도르, 페루간에 안데안공동시장(Andean Common Market : ANCOM)을 설립하는 1969년 카르타헤나(Cartagena)협정²⁸⁾에 따른 안데안 외국투자법(Andean Foreign Investment Code)에 분명히 나타났다. 동 법(Code)의 제27조는 계약국이 외국투자의 대우에 관한 공동제도를 채택할 것을 약속하고, 이 규정에 따라 안데안위원회(Andean Commission)는 1970년 외국투자에 대한 통일된 제한적 규칙인 결정(Decision) 24²⁹⁾를 채택하였다. Decision 24의 기본적 내용은 외국투자자에게 내국민 투자자보다 호의적인 대우를 부여하지 않아야 한다는 것이고, 외국투자자가 자본수입국 관할권밖에서 분쟁해결을 추구할 수 있는 입법을 회원국이 제정하지 않도록 하였다. 그러나 이러한 결정(Decision)은 그 이후 여러 번 개정되어 외국투자에 대한 제한이 완화되었으며³⁰⁾, 몇 개국은 실제로 외국투자를 유치하려는 목적을 가진 입법을 제정하였다³¹⁾. 80년대 말 이후에는 라틴아메리카 국가도 BITs협상에 적극적으로 참여하기 시작하여 최근에 몇 개국은 BITs를 체결하기 시작하였는데, 아르헨티나

26) 인도는 1964년 독일과 투자협정을 체결하였지만 이 협정은 각서교환의 형태로 되어 있고 상호적 의무를 규정하는 BIT와는 다름. 독일과 인도간의 협정은 독일투자에 대한 인도가 부담하는 의무를 기본적으로 규정하고 있음. Raj Krishna. 1965. "Exchange Control under West German Treaties for the Protection of Private Foreign Investment". *Australian Year Book of International Law*: 71 이하 참조.

27) Calvo이론을 실체적 측면과 절차적 측면에서 살펴보면, 실체적인 면은 자본수입국에 의한 외국인의 대우에 특별국제법규범이 적용된다는 점을 거부한 것이고, 절차적 측면은 자본수출국이 외국에 있는 자국민의 외교보호권을 행사할 권리를 거부한 것임. Kenneth J. Vandeveld. 1998. "Sustainable Liberalism and the International Investment Regime": 379.

28) Agreement on Andean Subregional Integration, opened for signature May 26. 1969. *International Legal Materials*: 910 이하 참조.

29) 이 Decision 24는 1970년 12월 31일 채택되었음. Murphy. 1990. "Andean Decisions on Foreign Investment". *International Lawyer*. 24: 644-645 참조.

30) Decision 220 (1988년) and Decision 291 (1991년) on the Andean Code on the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licences and Royalties.

31) Mexico, Foreign Investment Law of December 23, 1993; Argentina, Executive Order 1853 of September 8, 1993 codifying the Foreign Investment Act of September 8. 1993; Peru, Foreign Investment Promotion Law. Decree No.662. 1991; Peter and Schrijver. 1992. "Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions". *Netherlands International Law Review*: 355 이하 참조.

는 26개, 볼리비아 10개, 칠레 15개, 우루과이는 11개의 협정을 체결하였다.

그런데 개도국이 남남협력의 차원에서 개도국간에 BITs를 체결하기 시작하면서 BITs의 중요성은 부각되었다. 동남아시아의 신흥공업국과 아랍의 산유국이 타 개도국에 대한 자본과 기술의 투자를 용이하게 하기 위하여 BITs를 체결하고 있으며, 최근에는 중부 및 동부유럽과 동아시아에서 투자를 용이하게 하기 위한 지역협력으로서 자본수입국간에 BITs가 체결되고 있다.³²⁾ 개도국간에 체결된 협정은 그 내용에 있어서 자본수출국에 의해 체결된 것과 비슷하다.³³⁾

동유럽국가는 전통적으로 사회주의 정책을 채택하여 외국의 민간투자를 선호하지 않았으나 1980년대 후반 시장경제가 도입되면서 상황이 바뀌었다. 시장경제의 도입 전부터 루마니아와 유고슬라비아는 BITs를 체결하였으며, 시장경제로 전환된 후 다른 동유럽국가도 BITs를 체결하기 시작하였다. 따라서 불가리아 19개, 헝가리 29개, 폴란드는 30개의 협정을 체결하였다. 구소련의 독립국가연합에도 정치적 경제적 변화가 일어남에 따라 이러한 국가들도 BITs를 체결하기 시작하였는데, 우크라이나 7개, 아르메니아 6개, 카자흐스탄, 5개, 키르기스스탄은 3개의 협정을 체결하였다.

앞에서 서술한 바와 같이 초기에 체결된 BITs는 주로 선진국과 개도국간에 체결되었으며 선진국은 개도국과의 협상에 제안하기 위한 모델(Model)협정문을 마련하였다. 이러한 모델(Model)협정문은 타 선진국이 사용하는 모델(Model)협정문의 내용을 많이 따르고 있다. 이러한 모델(Model)협정문은 1967년 OECD에 의해 마련된 외국투자보호에 관한 협정 초안³⁴⁾에 근거를 두고 있다. 따라서 선진국이 활용하는 모델(Model) 협정문은 여러 가지 측면에서 비슷하고 동일한 내용이 많다. 그러나 미국과 유럽국가의 모델(Model) 협정문에는 상당한 차이가 있다.

32) Chinese 1992 BITs with Kazakhstan, Kyrgyzstan, Turkmenistan and Uzbekistan, and with Tadjikistan(1993); Albania-Croatia BIT(1993); Czech Republic-Hungary BIT(1993); Chinese BITs with Laos(1993) and Korea and Viet Nam(1992), and Turkey-Uzbekistan BIT(1992).

33) Rudolf Dolzer and Magrette Stevens, 1995: 9-10.

34) 1967년 OECD는 외국재산보호에 관한 협약초안을 만들었으나 회원국으로부터 충분한 지지를 받지 못하였는데, 이 협약초안의 채택이 실패한 이유는 OECD회원국에만 적용되는 것이 아니라 모든 국가에게 적용되는 다자협약을 의도하였기 때문이다. 협약초안에 대한 1967년 OECD이 사회의 결의에 의하면 외국재산의 보호에 관한 승인된 원칙을 구체화한다고 표명하였음. 그 당시 국제적 상황은 외국투자법의 분야에서 승인된 원칙이 무엇이나에 대한 논란이 많았음. 이런 상황에서 협약초안은 BITs의 Model로서 OECD회원국에게 권고되었으며, 비록 협약초안이 공식적 지위를 갖지는 못했지만 OECD회원국이 협상하는 BITs의 발전과 형성에 중요한 역할을 하였음. 그후 OECD는 다자간 투자협정을 체결하기 위한 협상을 1995년 시작하였으나 협정초안만을 작성한 상태로 유럽과 미국의 입장차이로 인하여 타협안이 쉽게 마련되고 있지는 않음. OECD의 다자간 투자협정에 대해서는 W. H. Witherell. 1996. "Un Accord Multilateral sur l'Investissement". *L'Observateur de l'OCDE*. No.202. Oct-Nov: 6 이하 참조.

III. 양자간 투자협정의 내용과 국제관습법 형성의 가능성

양자간 투자협정의 체결이 급격히 증가하고는 있지만 그 내용은 각국의 협상력에 따라 다양한 기준을 채택하게 된다. 때로는 동일한 국가가 타국들과 체결하는 협정에서 수용에 대한 보상, 수익의 송금, 분쟁에 대한 중재규정에서 다양한 기준을 받아들인다. 선진국은 자국투자자를 위하여 가능한 많은 보호를 확보하려 하고 가능할 수 없는 내용은 양보한다. 따라서 BITs는 외국투자자에게 수익을 송금할 권리를 인정하고 외환부족 같은 예외적 상황에서는 자본수입국이 수익의 일정비율로 송금을 제한할 수 있는 규정을 둔다. 개도국은 가능한 적게 양보하려고 하는데, BITs가 자국의 외국투자법 및 자국이익과 일치하도록 협상에서 노력한다. 개도국은 항상 외국투자에 대한 규제의 주권적 권리를 가능한 적게 포기하는 것이 이익이 된다. 이러한 서로 상반되는 목적의 조정에 의해 협정에 모호한 표현이 사용되는 경우가 있으며, 이런 이유로 BITs에 나타나는 규정이 상당히 다르게 표현된다.

BITs의 당사국간에 상반되는 목표가 존재하고 이러한 협정에 포함된 규정이 다양하여 이러한 협정이 국제관습법의 형성과정에서 근거가 되기에는 어려움이 많을 것이다. 그러나 이러한 협정이 관습규칙을 형성하는 잠재력을 가진다는 중요성과 주장으로 인하여, BITs가 기존의 관습법을 확인하고 새로운 관습법을 형성하는가의 문제와 BITs가 당사국간의 특별법으로 한정되는가의 문제는 BITs의 내용을 분석해 보아야 판단할 수 있다. BITs의 구조는 기본적인 동질성을 갖고 있다. BITs는 협정의 목적을 나타내는 전문(前文)으로 시작되며 양국간의 투자호흡의 상호촉진과 보호를 규정한다. 그리고 보호대상이 되는 투자의 형태를 확인하고 외국투자자가 이 협정의 보호를 받을 수 있는 당사국과의 국제관계의 성격을 규정한다. 또한 외국투자자에게 인정되는 대우의 기준이 표명되고 수익송금의 권리가 확인한다. 전쟁이나 내란 발생시 외국투자자가 입는 손해에 대한 보상의 성격을 규정하고 외국투자자의 재산수용시 보상기준을 확인하며 투자에서 발생하는 분쟁해결 절차에 대하여 규정한다. 이러한 협정의 내용은 방대하기 때문에 일부 중요한 내용만을 선정하여 살펴보면 이러한 협정이 국제투자에 관한 국제관습법의 형성에 이바지하였는가를 분석해 본다.

1. 투자의 정의

대다수의 BITs는 투자의 정의에 대한 조문을 두고 있는데, 투자의 정의를 비슷한 방식으로 규정하였다. 초기에 체결된 BITs는 투자의 용어를 권리와 이익의 모든 범주를 포함하여 자산의 모든 범주를 포괄하는 방식으로 규정하였다. 최근의 BITs는 좀더 상세한 방식을 채택하여 크게 5가지 그룹으로 분류하여 규정하고 있는데, 전통적인 재산권, 회사의 권리, 금전적 청구권, 사업면허권, 저작권이나 산업재산권을 포함한다.³⁵⁾ 이러한

35) Rudolf Dolzer and Magrette Stevens, 1995: 26.

열거는 완전한 것은 아니다.

영국과 싱가포르간의 투자협정³⁶⁾ 제1조는 협정에 의해 보호되는 투자의 형태를 열거하고 있는데, 협정에서 투자는 다음과 같이 정의되어 있다. 즉, 1) 동산과 부동산, 저당권, 유치권, 담보물권 같은 재산권, 2) 회사의 주식, 재고품, 사채권과 회사의 기타 이권, 3) 재정적 가치를 갖는 계약에 의한 자금청구권, 4) 지적재산권과 신용, 5) 천연자원에 관한 사업허가를 포함하는 사업면허로 되어 있다.

미국의 모델 BIT는 상기의 5가지 외에도 법에 의한 라이선스와 상품의 제조와 판매를 위한 라이선스, 법이나 계약에 의해 부여된 권리와 천연자원의 탐사와 이용에 관한 권리도 포함하며, 상품의 제조와 판매에 대한 권리를 포함하고 있다.

BITs는 지적재산권을 투자에 포함하고 있기 때문에 국제법상 투자 개념의 확대에 이바지하였다. 과거에는 외국인 재산의 외교적 보호대상은 외국인의 유형자산에 대한 것이었다. 국가책임에 관한 협약조안도 특허권, 저작권, 노우하우 같은 무형자산의 보호에 대해서는 언급하지 않았다. 그러나 중재판정에서는 국제법상의 재산의 개념에 무형자산과 지적재산권을 포함하는 것으로 판결하였다.³⁷⁾ 라이선스계약이나 컨설턴트계약 같은 새로운 투자계약은 무형의 권리의 이전을 포함하고 있다. 점차적으로 외국투자의 보호는 투자자의 유형자산의 보호 뿐만 아니라 무형자산의 보호를 의미하고 있다. BITs는 이러한 추세를 확인하여 보호되는 투자의 범위에 대한 명백한 규정을 하였다.³⁸⁾ BITs가 국제법상 보호되는 투자의 범위의 발전에 이바지하였다는 것은 의심의 여지가 없으며, 무형자산의 다양한 형태를 BITs에 삽입하고 확인한 것은 국제법상 투자범위의 개념 형성에 대한 중요한 단계이다.

2. 승인된 투자

BITs에 의한 투자보호는 보통 계약국에 의해 승인된 투자에 대하여 부여하도록 규정되어 있다. 이것은 외국인의 재산을 두 종류로 나누어, 투자협정에 의해 보호되는 투자와 외국인의 재산보호에 관한 국제법의 일반적 규칙에 의해 보호되는 투자로 구별하는 것이다. 외국인의 재산을 두 가지로 분류한 것은 명백히 BITs의 특별법적 성격을 나타낸다.³⁹⁾ 승인된 투자와 승인되지 않은 투자로 구별하는 것은 자본수입국이 자국의 경제나 안보에 대한 외국투자의 효과를 평가하여 외국투자의 도입을 규제하려는 결과로서

36) Agreement for the Promotion and Protection of Investments. July 22, 1975. Singapore-United Kingdom.

37) *Le Courturier v. Rey in France*, 1910; *Carl Zeiss Stiftung Cases in England*, 1967.

38) M. Sornarajah. 1986. "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties". *Journal of World Trade Law*. 20(1): 84-85.

39) Bernard Kishoyian. 1994. "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law". *Norhtwestern Journal of International Law and Business*. Winter: 343-345.

나타난다. 외국투자에 대한 각국의 입법은 생산쿼터의 충족, 생산의 일정비율 수출, 국내 인력의 강제적 고용, 국내기업에 기술이전 같은 요건을 부과한다. 이러한 입법은 외국투자자가 자본수입국의 개발목표에 피해를 줄 수 있는 제한적 거래행위를 하지 못하도록 한다. 투자자가 자본수입국의 규제를 위반하는 경우 투자자는 BIT에 의한 보호를 받지 못한다. 이런 이유로 외국투자의 보호를 위한 BITs의 역할은 제한되어 있다.

그런데 BITs의 초기의 관행에서는 협정이 발효된 이후의 신규투자에 대해서만 보호를 부여하였지만, 최근에 체결되는 대다수 BITs는 협정의 발효 후에 실시된 투자 뿐만 아니라 협정의 발효 전에 실시된 투자에도 보호를 확대하는 경향이 있다. 미국은 80년대 초반부터 BIT프로그램을 시작하였는데, BITs를 통해 기존의 투자를 보호하려는 의도를 가졌기 때문에 BIT의 보호대상에서 자본수입국이 기존의 투자를 배제하려는 시도를 거부하였다.⁴⁰⁾ 이러한 접근방식은 최근에 유럽이 체결하는 협정에서도 따라 가고 있으며⁴¹⁾ 이러한 협정은 기존의 투자와 신규투자를 협정의 보호대상으로 하였다.

대다수 협정이 이 문제에 대하여 비슷한 방식으로 되어 있지만 기존의 투자와 신규투자에 대한 협정의 적용가능성을 결정하는 규정에 대하여 다른 입장이 발견된다. 영국과 바레인간의 협정⁴²⁾에서는 투자는 협정의 발효전과 발효 후에 실시된 모든 투자를 포함한다고 규정하였다. 독일과 가이아나간의 협정⁴³⁾에 의하면 한 체약국의 입법에 따라 이러한 국가의 영토내에 타 체약국의 국민이나 회사에 의해 협정의 발효 전에 실시된 투자에 관하여서는 협정은 발효 후에 발생하는 문제에 적용한다라고 규정하였다. 미국이 체결한 협정⁴⁴⁾은 협정의 시간적 적용을 규정하고 있는데, 일반적으로 협정은 협정의 발효시의 기존의 투자와 그 이후 실시된 투자에 적용한다라고 규정하고 있다.

싱가폴은 일반적으로 외국투자의 유치를 선호하는 국가인데, 싱가포르가 체결한 BITs는 승인된 투자에 대해서만 보호하려는 대다수 개도국의 태도를 나타내고 있다. 예컨대 싱가폴은 미국과의 BIT체결협상이 결렬되었는데 그 이유중의 하나가 협상에서 미국과의 BIT발효 전의 기존의 투자에 대한 소급 적용을 거부하였기 때문이다.⁴⁵⁾ 싱가포르가 스위스와 체결한 BIT에 의하면 투자실시는 승인절차에 따라야 하며, 서면으로 승인된 투자만이 협정의 혜택과 보호를 받는다고 규정하였다.⁴⁶⁾ 싱가포르와 독일간의 협정에서 투자라는 용어는 싱가포르에 의해 승인된 투자만을 언급하는 것으로 규정되어 있다.⁴⁷⁾

40) Kenneth Vandeveld. "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal". 1992: 536.

41) Rudolf Dolzer and Magrette Stevens, 1995: 46.

42) U.K.-Bahrain BIT(1991), Art. 1(a).

43) Germany-Guyana BIT(1989), Art. 9.

44) U.S.-Kyrgyzstan BIT(1993), Art. 13(1).

45) Unofficial Report of the Corporate Consultation. 1980. *American Society of International Law*. July 10.

46) Swiss-Singapore BIT. March 6, 1978. Art. 1(2).

47) Treaty Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Oct. 3, 1973. F.D.R.-Singapore. 동 협정의 제1조 2항에 의하면 싱가포르 영토 내의 투자에 관하여 현 협정의 발효 전과 발효 후에 투자가 실시된 것과는 무관하게 투자는 싱가포르 정부에 의해 서면으로 승

국제투자분쟁해결센터(ICSID)가 조사한 335개의 BITs를 보면 126개의 BITs는 계약국이 자국의 입법에 따라 투자를 승인한다라고 규정하였고 54개의 BITs도 규칙이나 행정적 실행이란 표현을 첨가하여 비슷한 규정을 두었다. 59개의 BITs에서는 외국투자에 대한 승인 의무는 계약국의 입법에 의해 계약국이 행사하는 권한에 의한다라고 규정하였다. 15개의 BITs는 BITs의 규정에도 불구하고 자국의 경제정책을 결정하는 각 당사국의 권리를 인정하고 있다. 14개의 BITs는 투자승인 의무는 내국민대우나 최혜국대우에 따른다고 규정하였다.⁴⁸⁾

이상의 분석에서 보면 외국투자는 BITs가 다르게 규정하지 않는 한 사전승인을 요구하는 자본수입국의 국내법과 규칙에 따른다는 관습규칙을 끌어낼 수 있다. 그런데 많은 BITs에서 보호대상이 되는 외국인 투자를 결정하는데 사용된 기준이 상이하서 BITs가 국제관습법을 나타낸다는 효과에 대해서는 논쟁의 여지가 많다.

3. 회사의 국적과 주주의 보호

외국에 투자한 회사의 외교보호에 관한 일반적 규칙은 Barcelona Traction 사건⁴⁹⁾에 나타나 있는데, 이 판결에 의하면 회사의 설립지 국가만이 외교보호권을 행사할 수 있다. 국제사법재판소(ICJ)는 스페인에 투자한 캐나다회사가 스페인의 사법적 행정적 조치에 의해 피해를 받은데 대하여 동 회사의 뿔기에 주주의 이익을 보호하기 위하여 뿔기에가 스페인에 대하여 소송을 제기하기 위한 제소권을 부인하였다. 국제사법재판소는 판결에서 다국적기업의 증가에 대해 언급하고 다국적기업에 의한 투자의 보호를 확보하기 위한 발전이 거의 없다는 점에 놀라움을 나타내었다.⁵⁰⁾

국제사법재판소는 주주를 보호하기 위한 최선의 방법은 투자보호에 관한 양자간 다자간 협정에 있다고 분명히 지적하였다.⁵¹⁾ 70년대에 BITs체결의 숫적인 증가는 Barcelona Traction 사건의 판결에 대한 직접적 결과일 수가 있는데, 이 판결은 주주이익의 외교적 보호가 국제법상 허용되는가에 대한 의문을 낳았다. BITs는 주주의 보호가 관련되는 경우 그러한 의문을 해소하여 준다. 국제법에서의 입장이 어떠한 간에 BITs에서의 투자의 정의에는 주식을 포함하기 때문에 투자협정의 당사국의 국민인 주주의 외교적 보호는 허용된다는 것이 분명하다. 주주의 보호에 관한 국제법의 입장이 명확하지 않기 때문에 BITs의 효과는 주주보호의 특별체제를 만드는 것이다. BITs가 주주의 보호를 위한 예외적 체제를 만들어 내고 있기 때문에 이러한 협정이 주주의 외교적 보

인된 모든 투자를 의미한다라고 규정되어 있음.

48) Mohamed Khalil. 1992. "Treatment of Foreign Investment in BITs". *ICSID Rev.: Foreign Investment Law Journal* (2): 350.

49) Case Concerning Barcelona Traction. 1970. Light and Power Co. (Belg. v. Spain). *I.C.J. Report*.

50) *Ibid.* p.47.

51) *Ibid.* paragraph 90.

호에 기여한다는 것은 논란의 여지가 없다.

그러나 BITs는 회사의 국적문제에 대해 명확한 기준을 내리지는 못한다. Barcelona Traction 사건의 판결은 제3국에 설립된 회사에 한 국가가 동 회사의 주주의 대다수가 자국민이라는 사실에도 불구하고 자국의 외교보호를 확대하려는 주장을 부인하였다. BITs에는 이러한 Barcelona Traction 사건의 판결에서 나온 규칙을 피하려는 시도가 있다. 영국과 싱가포르간의 협정에서는 투자분쟁에 대하여 국제투자분쟁해결센터(ICSID)에 중재를 부탁할 경우 싱가포르에 설립된 회사를 동 회사의 주식의 대다수를 영국민이 소유하고 있다면 영국회사로 간주한다. 투자분쟁시 국제투자분쟁해결센터의 중재에 관련한 회사국적의 규정은 영국이 당사국으로 되어 있는 BITs에서는 비슷하다. 영국의 실행에 근거하여 회사국적에 관한 일반적 규칙을 추론할 수는 없다.

BITs에서 채택된 회사국적의 이론에는 일관성이 없으며 따라서 BITs가 이 문제에 대한 효율적인 기준을 제시하지는 못한다. 실제 일본과 스리랑카간의 협정⁵²⁾에서 회사국적을 결정하는데 있어서 통제나 결정적 영향을 기준으로 사용한다. 심지어 한 국가가 BITs를 체결함에 있어서 회사국적의 결정에 있어 영미법계통이 선호하는 설립지이론(theory of incorporation)과 대륙법계통이 선호하는 본사이론(siège sociale theory)을 각기 사용한다. 즉, 싱가포르와 영국간의 협정은 영국에 설립된 회사를 영국회사로 규정한 반면에 싱가포르와 독일간의 협정은 독일에 본사를 둔 회사를 독일회사로 규정하였다. 영국의 실행도 이 문제에 관하여 일관되지 못하고 있는데, 영국과 필리핀간의 협정은 회사국적의 결정에서 본사이론을 선택하였다. 결국 BITs는 회사국적의 결정에 관한 국제법적인 명확함을 확정하는 문제에 기여하지 못하였다. 그리고 실제 BITs에 포함된 주주보호에 관한 규정도 이 문제에 관한 관습법규칙의 형성에 이바지하지 못하고 있는데, BITs에 주주보호에 관한 규정을 둔 것은 만약 이러한 규정이 없으면 주주의 외교적 보호가 불가능하다는 것을 나타내는 것이다. 이러한 상황이기 때문에 Barcelona Traction 사건에서 국제사법재판소가 표명한 법적 입장은 주주의 보호와 회사국적에 대한 일반적 원칙으로 되어 있고, 회사국적의 결정에 있어 BITs는 일관된 관행을 나타내지 못하고 있다.⁵³⁾

4. 외국투자에 대한 대우

외국투자의 대우에 대해서는 자본수출국과 수입국간의 의견이 일치되지 않는다. 라틴 아메리카국가와 일부 자본수입국은 외국인의 대우에 대하여 내국민기준을 주장한다. 국가의 경제적 권리와 의무현장은 제2조 2항 c에서 내국민대우를 규정하고 있다. 내국민대우원칙이 받아들여지면 외국투자의 보호는 최소한으로 되며 국적에 관계없이 한 국가내

52) Agreement Concerning the Promotion and Protection of Investment. Mar. 1, 1982. Japan-Sri Lanka Agreement. Art. 12(2).

53) M. Sornarajah. 1986. "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties". 20(1): 89.

에 있는 모든 사람에게 일률적으로 적용되도록 제정된 법규가 국제법상 어떠한 구제책 없이 외국인을 방치하게 된다.

자본수출국은 이런 견해를 거부하고 외국인에게 부여되는 대우의 최소기준을 주장한다. 대우의 최소기준을 인정한다는 것은 자본수입국에 의한 외국투자자의 대우에 관하여 국제적인 통제를 허용하는 것이다. 그러나 그러한 대우가 일부 국가에서는 자본수출국에 의해 주장되는 최소기준보다 못하기 때문에 내국민대우가 거부되던 과거와는 달리 현재에 있어서는 국가가 내국민에게 특권을 부여하고 국가의 특정한 경제부문에 대한 참여를 내국민에게 할당하기 때문에 내국민대우를 장점을 갖게 된다. 내국민대우를 부여하는 것은 내국민이 향유하는 것과 동일한 특권을 외국인에게 주기 때문에 외국인에게 혜택을 주는 것이 된다. 이런 이유로 선진국에서 외국투자자의 대우기준으로서 내국민대우를 지지하는 경향이 있다.⁵⁴⁾

국가들은 BITs의 체결시에 외국투자에 부여하는 대우의 기준에 대하여 합의를 하게 된다. 투자협정의 제도는 이 문제에 관하여 국제관습법상 존재하는 불확실한 측면을 제거하기 위하여 당사국간의 법으로 제정하는데 이바지한다. BITs에서는 3가지 다른 방식이 사용된다. 협정당사국의 국민에게 공정하고 형평적인 대우를 부여하는 BITs가 많이 있는데, 1985년 네덜란드와 필리핀간에 체결된 BIT의 제2조가 전형적인 실례이다. 공정하고 형평적인 대우는 그 의미가 분명히 규정되어 있지 않지만 국제관습법의 고전적 기준이다. 1967년 OECD가 채택한 외국자산의 보호에 관한 협정초안의 제1조는 공정하고 형평적인 대우는 국제관습법의 일부분인 국제최소기준을 가리킨다고 하였다. 이러한 견해를 일부 학자가 지지하는데⁵⁵⁾, 이 기준은 비차별, 외국자산의 보호의무와 국제최소기준을 포함하는 국제법원칙을 포괄한다. 공정하고 형평적인 대우는 다르게 해석할 수 있는데, 어떤 공정함의 기준이 충족된다면 모든 외국투자자를 동등하게 대우함으로써 내국민대우에서 이탈할 수 있다.

BITs에서 내국민대우를 언급하는 경우도 있는데, 이 기준은 자본수입국이 내국민과 외국투자자간에 차별을 하지 않아야 하고 그러한 차별은 국제책임을 발생시킬 수 있다는 것을 의미한다. 1964년 독일과 케냐간에 체결된 BIT 제2조에서 내국민대우기준을 규정하고 있으며, 1987년 영국과 자마이카간에 체결된 BIT 제3조에서도 그 실례를 볼 수 있다. 내국민대우기준이 있게 되면 투자가 실시되고 난 후 외국투자자에 대하여 수출쿼터나 국내물품 구입 요구 같은 이행요건이 부과되지 않아야 한다는 주장의 근거가 될 수 있는데, 그러한 조치는 보통 내국민에게 부과되지 않기 때문이다. 또한 내국민과 외국투자자간의 차별을 위한 이유가 있다고 해서 차별조치를 취하는 것을 정당화하지 못하게 한다. 내국민대우는 외국투자에 대한 행정적 규제가 증가하고 있는 점에 비추어 보아 적절한 대응이 된다. 내국민대우는 국가안보, 공공질서나 자본수입국의 개발목적에 관련된 부분은 적용을 제외하고 있는데, 이러한 목적의 달성을 위해서 일부 자본수입

54) M. Sornarajah. 1994. *The International Law on Foreign Investment*: 250.

55) Nguyen Huu-Tru, 1988: 604-614.

국은 내국민대우원칙의 적용에서 제외되는 활동을 규정한다.

또한 대다수 BITs는 최혜국대우조항을 갖고 있는데, 이 조항은 오래 전부터 무역협정에서 사용되었으며 상호성에 근거하여 적용된다. 이 조항에 의하면 타 당사국의 영토에서 한 당사국의 국민이나 회사가 실시한 투자가 제3국의 국민이나 회사에 의한 투자보다 불리하지 않게 대우하도록 보장하여 준다. 이 조항은 초기에 라틴아메리카국가들이 체결한 투자협정에는 나타나 있지 않는데 이러한 경향은 변화되어 최근에 라틴아메리카국가들이 체결한 대다수 협정에서는 이 조항을 포함하고 있다.⁵⁶⁾ 일부 BITs에서는 내국민대우와 최혜국대우를 함께 규정하고 있으며 이에 따라 각 당사국의 국민은 보다 유리한 대우기준을 요구할 수 있다. 한 국가가 지역경제협정에 가입하여 지역협정의 타 회원국에 특권을 부여하는 경우 BITs의 상대국에게 이런 특권에 대하여 최혜국조항의 적용은 배제한다. 이런 내용은 BITs 자체에 언급되어 있고 특권을 부여하는 지역협정에 의해 취해진 조치는 BITs상의 최혜국조항에 근거하여 외국투자자에게 부여되어야 하는 문제는 논란이 되지 않는다.

5. 수익의 송금

투자자본에서 나오는 수익의 본국송금과 투자청산시 자본의 본국송금을 허용함으로써 외국의 직접투자에 대한 안정적이고 형평적인 투자환경을 만들 수 있다. 그러나 대다수 BITs는 자본수입국의 외환부족시에 자본수입국 국민의 건강과 복지에 필요한 상품과 서비스의 공급에 필요한 외환보유를 확보하기 위하여 필요한 범위내에서 자본수입국이 외환규제를 하는 권리를 인정하고 있다. 실제 이집트와 영국간의 협정은 한 당사국 국민의 투자에서 나오는 수익금의 송금을 보장하고 있지만⁵⁷⁾, 이런 보장은 재정적 경제적으로 예외적인 상황이 발생할 경우 각 당사국의 법률에 의한 권한을 신의성실하게 행사하는 각 당사국의 권리에 의하도록 되어 있다. 필리핀과 영국간의 협정에 의하면 자본의 자유로운 본국송금에 대한 각 당사국의 투자자의 권리는 비슷하다. 그러나 각 당사국은 광범위한 조건에 따라 송금을 연기시킬 수 있다. 송금에 대하여 정부는 자국통화의 보전과 독립, 대외적인 재정적 입장, 국제수지의 방어에 필요한 조치를 신의성실하게 부과하는 권리를 갖는다.⁵⁸⁾ 송금액이 많을 경우 분할하여 송금할 것을 요구할 수 있다.⁵⁹⁾ 송금을 위한 적용환율은 송금시의 환율이 적용된다.⁶⁰⁾

56) Canada-Uruguay BIT (1991), at Art. 3; U.S.-Argentina BIT (1991), at Art. 2; U.K.-Bolivia (1988), at Art. 3; Switzerland-Bolivia BIT (1987), at Art. 3(2). Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, 1995: 65.

57) Agreement for the Promotion and Protection of Investments. June 11, 1975. U.K.-Egypt. Art. 6(1).

58) Agreement for the Promotion and Protection of Investment. Dec. 3, 1980. U.K.-Philippine, Art. 7(1).

59) Ibid. Art. 7(3).

60) Ibid. Art. 7(2).

스리랑카와 스위스간의 협정⁶¹⁾은 송금에 관한 권리를 더 광범위하게 규정하고 있는데, 첫째, 보상액의 송금에 적용되는 규정에서는 보상총액을 자유롭게 송금할 수 있도록 규정하고 있으며⁶²⁾, 둘째, 자본금과 수익금을 송금할 수 있는 일반적 권리를 규정하고 있고⁶³⁾, 셋째, 차입금 상환, 경영비용투자의 유지에 필요한 신규자본금은 자유롭게 송금하도록 규정하였다.⁶⁴⁾ 프랑스와 모로코간의 협정은 투자자의 실질적 수익, 이자와 배당금 같은 투자재산의 송금, 유효하게 체결된 계약의 로얄티와 차입금의 상환, 투자청산자금의 송금을 허용하도록 규정하였다.⁶⁵⁾ 또한 이 협정은 송금시 송금이 실시되는 국가의 공식적 외환시장의 환율로 송금된다고 규정하였다.

국제투자분쟁해결센터의 조사에 의하면 조사대상 335개의 BITs중에서 모든 BITs가 수익금은 지체없이 송금된다고 규정하고 있다. 그런데 60여 개의 BITs는 자본수입국의 국제수지를 고려하여 분할하여 자금이 송금되도록 규정하였고, 22개의 BITs는 연기시킬 경우 이자의 지불을 규정하였다. 195개의 BITs는 연기시킬 경우 환율에 대해 규정하고 있는데, 이중 131개의 BITs는 공식환율이나 시장환율을 규정하고 있으며, 64개의 BITs는 IMF의 환율규제에 대해 언급하였다.⁶⁶⁾

따라서 BITs에 의하면 송금의 권리는 자본수입국이 경제적으로 어려운 시기에는 제한될 수가 있는데, 이 경우 사정변경의 원칙이 적용된다고 볼 수 있다. 결국 BITs는 투자된 자금의 본국송금에 관하여 보편적으로 인정된 국제법의 입장을 재확인하고 있다.

6. 수용조치와 보상문제

외국인 재산의 국유화에 대한 보상문제는 국제법상 많은 논란이 되어 왔다. 개도국은 보상문제가 자국의 법원에 의해 결정되어야 한다고 주장하였으며 이런 입장은 UN총회의 결의에 여러 번 구체화되었다. 이에 반해 선진국은 적절한 보상의 지불을 요구하는 보상기준을 주장하였다. 선진국이 주장하는 보상기준은 신속하고 충분하며 효과적인(prompt, adequate, effective) 보상을 규정하는 헐(Hull)기준⁶⁷⁾에 근거하고 있다. 개도국

61) Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Sept. 29, 1981. Sri Lanka-Switzerland.

62) *Ibid.* Art. 6.

63) *Ibid.* Art. 7(1).

64) *Ibid.* Art. 7(2).

65) Agreement on the Reciprocal Protection, Encouragement and Guarantee of Investments. July 15, 1975. France-Morocco. Art. 6.

66) Mohamed Khalil, 1992: 353-358.

67) Hull기준은 미국인 소유의 토지와 석유재산을 멕시코가 국유화한데 대하여 1938년 미국의 국무장관 Cordell Hull과 멕시코 외무장관간의 각서교환에서 나타났음. Hull장관은 자본수입국이 수용한 외국투자에 대하여 국제법에 따라 신속하고 충분하며 효과적인(prompt, adequate and effective) 보상을 지불할 의무를 갖는다고 주장하였으며, 멕시코 외무장관은 Calvo Doctrine에 따라 외국인에게 특혜를 부여하는 것은 평등의 원칙에 위배되기 때문에 멕시코는 자국법의 규정에 따라 외국투자자에게 보상할 의무를 갖는다고 주장하였음. Green H. Hackworth. 1942.

은 국제무대에서 공동의 입장을 취하고 있지만 선진국과 체결한 대다수 BITs에는 국제연합(UN)총회에서 표명된 개도국의 입장과는 다르게 되어 있다.

이집트와 영국간의 협정에 의하면 외국투자는 자본수입국의 국내적 필요성에 관련된 공공목적 외에는 국유화나 수용되지 않는다고 규정하고⁶⁸⁾, 국유화를 할 경우에 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 하도록 규정하였으며, 이런 보상은 수용조치가 이루어지기 직전의 수용되는 투자의 시장가격에 상당하여야 한다고 규정하였다. 필리핀과 영국간의 협정에 따르면 수용의 근거를 확대하여 공공목적을 넘어서고 있고 국방상의 이유도 포함하고 있으며, 중국과 스웨덴간의 협정에서는 신속하고 충분하며 효과적인 보상이 아니라 정당한(just) 보상을 규정하였다.⁶⁹⁾

스리랑카와 스위스간의 협정에 의하면 국유화는 공공목적으로만 실시될 수 있으며, 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 실시하도록 하고, 보상은 수용조치를 공개적으로 알게되는 직전의 가격에 의해 산정되어야 하며 보상지불시까지 정상적인 시장이율에 따른 이자를 포함하도록 규정하였다. 프랑스와 자이레간의 협정은 외국투자는 단지 공공목적으로만 수용될 수 있다고 규정하고 수용조치나 국유화는 차별적으로 될 수 없고 특별한 약속에 위배되지 않아야 하며⁷⁰⁾, 공정한(fair) 보상이 수용시점의 자산가치에 따라 지불되어야 하며, 소유권이전이 되기 전에 당사국은 지불총액과 방식에 합의하도록 규정하였다. 미국이 체결하는 모델 BIT에서는 수용조치는 적법절차에 따라 비차별적인 방식으로 공공목적으로만 실시되도록 요구하고 있고, 수용시에 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 하도록 규정하였다.⁷¹⁾ 각 국가들이 체결한 BITs를 보면 그 내용상 동일하지 않은 면이 나타난다. 보상기준으로서 신속하고 충분하며 효과적인 Hull기준은 실제로 각국이 체결한 BITs에서 끊임없이 사용되고 있는 것은 아니다. 싱가포르가 체결한 협정이 그 실례가 될 수 있는데, 헐(Hull)기준은 싱가포르가 영국 및 스위스와 체결한 협정에 사용되었으나 싱가포르가 네덜란드 및 독일과 체결한 협정에서는 정당한 보상(just compensation)의 기준이 사용되었다. 선진국들은 정당한 보상의 기준을 단지 헐(Hull)기준에 대한 언급으로 이해하려는 경향이 있는데, 이것은 BITs를 체결하는 개도국이 이해하는 입장과는 다르다. 많은 BITs가 헐(Hull)기준을 채택하고 있다는 것은 사실이지만, 수용에 대한 보상기준에 있어서 BITs의 체결관행상 아직까지 충분한 일관성은 없다.⁷²⁾

수용된 재산에 대한 보상의 국제법적 기준은 논란이 많고 이 문제에 대한 BITs의 내용도 각각 상이하여 논란이 많기 때문에 각 BITs에 규정된 내용의 법적 효용성은

U.S. Department of State. Pub. No. 1708. *Digest of International Law* (3): 656-661.

68) Agreement for the Promotion and Protection of Investments. June 11, 1975. Egypt-U.K. Art. 5.

69) Agreement on the Mutual Protection of Investments. March 29, 1982. P.R.C.-Sweden. Art. 3.

70) Convention on the Protection of Investments. October 5, 1972. France-Zaire. Art. 3.

71) Pamela B. Gann. 1985. "The U.S. Bilateral Investment Treaty Program". *Stanford Journal of International Law* (2): 398-406 참조.

72) M. Sornarajah. 1986. "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties" 20(1): 91.

BITs를 체결한 당사국에만 적용된다. 국제판결을 보면 한 국가가 외국인 재산을 수용하였을 경우 보상을 지불할 국제적 의무의 존재를 인정하고 있다. 그러나 국제판결은 신속하고 충분하며 효과적인 보상기준에 대한 언급을 하지 않고 있다. Chorzow 공장사건에서는 단지 공정한(fair) 보상의 지불의무를 언급하고 있고⁷³⁾, Norwegian Ship Owners 사건에서는 정당한(just) 보상은 모든 상황을 고려하여 정당한 실질적 가치에 의해 결정되어야 한다고 판결하였다.⁷⁴⁾ 국제적으로 받아들일 수 있는 보상의 기준으로는 적절한(appropriate) 보상을 들 수 있는데, 이 기준은 국제연합 총회의 만장일치적 지지를 받은 결의⁷⁵⁾뿐만 아니라 중재판정에 의해서도 확인되었다. Texaco와 Lybia간의 중재판정⁷⁶⁾에서 Dupuy중재관은 적절한(appropriate) 보상의 요구가 이 분야에서 존재하는 관습법의 상태를 반영하는 공통의 법적 확신이라고 선언하였으며, 이런 결론을 위하여 1962년 국제연합 총회의 천연자원의 영구주권에 관한 결의(Resolution) 1803을 언급하였다.

미국은 BITs를 체결함에 있어서 헐(Hull)기준을 삽입하여 수용에 대한 보상기준의 논란에서 미국의 입장을 강화하여 이 분야에 관한 국제관습법의 형성을 의도하려고 하고 있는데⁷⁷⁾, BITs를 통하여 헐(Hull)기준을 옹호하려는 것은 BITs가 국제관습법을 명백히 반영하지 못하고 있다는 것을 나타낸다.⁷⁸⁾ 범인인도협정이나 항공운송협정이 BITs와 같이 많이 체결되었지만 이러한 협정의 규정이 제3국에 대하여 구속력있는 관습법을 선언하거나 형성한다고 주장하는 사람은 없다.

7. 투자분쟁해결을 위한 중재제도

BITs는 외국투자에서 발생하는 분쟁해결의 방법으로서 중립적인 기관에 의한 중재를 규정하여 이 분야에서 중대한 발전을 이루었다. 중재를 규정하고 있는 투자협정은 여러 가지 형태로 되어 있어 계약국이 중재에 부탁해야 하는 의무의 성질에는 차이가 많다. 그리고 BITs에 의해 규정된 중재의무의 성격에 있어서 통일된 형태가 있다고 말하기는 어렵는데, 많은 BITs에서 규정하고 있는 중재제도에 대한 통일된 형태나 약속은 없다.

이집트와 영국간의 협정에 의하면 각 당사국은 법적인 분쟁을 국제투자분쟁해결센터(ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes)에 의한 조정이나 중재에 부탁할 것을 사전에 동의하고 있어서 자연인이나 법인이 국가를 상대로 국제중

73) Factory at Chorzow (Merits). 1928 *P.C.I.J. Series A*. No.17: 46.

74) Norwegian Shipowners' Claim (Norway v. U.S.). 1922. *R.I.A.A.*: 307.

75) U.N. General Assembly Resolution 1803(XVII) on the Permanent Sovereignty over Natural Resources. 1962.

76) Award on the Merits in the Dispute between Texaco Overseas Petroleum/California Asiatic Oil Company and the Government of the Lybian Arab Republic, 1978.

77) Kenneth J. Vandeveld. 1992. "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal" 86: 536-539.

78) Bernard Kishoiyan, 1994: 360-361.

재기관에 직접적으로 소송을 제기할 수 있다.⁷⁹⁾ 분쟁이 발생할 경우 국내 구제수단의 추구에 의해 분쟁을 해결하며, 3개월 내에 합의에 도달하지 않으면 이때에 소송제기회사가 국제투자분쟁해결센터에 분쟁을 부탁할 것을 서면으로 동의할 수 있고 이에 따라 각 당사자는 협정에 규정된 방식에 따라 소송을 제기할 수 있다. 국제투자분쟁해결센터에 의한 조정이나 중재의 선택에 대한 합의가 되지 않으면 피해입은 당사자가 선택을 한다.

스리랑카와 스위스간의 협정에 의하면 분쟁발생시에 국내구제를 완료해야 한다. 분쟁이 12개월 내에 해결되지 않으면 각 당사자는 분쟁을 국제투자분쟁해결센터에 부탁할 수 있다.⁸⁰⁾ 국제투자분쟁해결센터에 분쟁을 부탁하기 위해서는 상호합의가 있어야 하며, 국제투자분쟁해결센터에 의한 조정이나 중재의 선택에 대해 합의가 이루어지지 않으면 이집트와 영국의 협정방식을 따라 피해입은 당사자가 결정하도록 되어 있다.⁸¹⁾ 또한 자본수입국내에 설립된 회사가 계약상대국의 국민이나 회사에 의해 통제된다면 국제투자분쟁해결센터의 절차를 활용하도록 규정하였다.

중국과 스웨덴간의 협정에 의하면 분쟁 해결 절차는 정당하고 형평적이어야 한다고 규정하고 있는데, 이것은 분쟁당사자에게 제3국의 투자자에게 주어지는 것과 동일한 수단이 부여된다는 것을 의미한다. 또한 국제법에 따라 회사에게 발생하는 권리나 이익을 빼앗거나 축소시키지 못하도록 규정하여⁸²⁾, 이러한 회사가 국내법원에 접근할 수 있도록 하였다. 그러나 이 협정은 투자자가 부탁할 수 있는 국제적 소송절차에 대해서는 언급이 없다. 반면에 프랑스와 튀니지간의 협정은 당사자가 특별한 약속을 하고, 그러한 약속은 우호적인 해결이 3개월 내에 도달하지 않는 경우 국제투자분쟁해결센터에 부탁하는 것을 포함한다라고 규정하였다.⁸³⁾ 미국과 아르헨티나간의 협정⁸⁴⁾은 라틴아메리카국가들이 칼보(Calvo)조항에 의하여 분쟁시에 국내법원에 의해 판결할 것을 주장하는 전통에 비추어 보아 획기적인 내용을 담고 있다. 이 협정에 의하면 국내구제 완료를 요구하지 않고 있으며, 여러 방식의 중재절차(ICSID 중재, ICSID의 추가 분쟁 해결 장치, UN국제무역법위원회의 중재규칙에 따른 중재)를 활용할 가능성을 마련하고 있다.

국제투자분쟁해결센터가 조사한 335개의 BITs중 대부분은 중재제도에 대하여 언급하였다. 212개의 BITs는 투자분쟁의 해결을 위한 유일한 방법 혹은 대체수단으로서 국제투자분쟁해결센터의 절차에 의한 중재를 규정하였다. 이러한 분석을 살펴볼 때, 대다수 BITs는 국제투자분쟁해결센터의 중재나 이 센터의 추가분쟁해결장치 및 특별중재제

79) Agreement for the Promotion and Protection of Investments. U.K.-Egypt. op. cit.. Art.8(1).

80) Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Sept. 23, 1981. Sri Lanka-Switzerland. Art. 9.

81) *Ibid.* Art.9(2).

82) Agreement on the Mutual Protection of Investments. March 29, 1982. P.R.C.-Sweden. Art. 7.

83) Convention on the Protection of Investments. June 30, 1972. France-Tunisie. Art. 1.

84) Treaty concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment. Nov. 14, 1991. U.S.-Argentina.

도를 언급하고 있는 것이 사실이다. 그러나 외국투자에서 발생하는 분쟁을 국제투자분쟁 해결센터의 중재에 부탁한다고 BITs에서 단순히 언급하였다는 것만으로 이 센터의 관할권이 발생하는 것은 아니며, 당사자의 동의가 반드시 필요하다.

중재를 통한 분쟁해결의 원칙이 BITs에서 채택되고 있지만 투자협정에서 중재제도를 단순히 언급하였다고 해서 중재제도가 투자분쟁을 해결하는 수단으로 인정되었다거나 투자분쟁을 국제중재에 부탁해야 할 의무가 있는 것으로 평가해서는 아니된다. BITs에 나타난 규정은 다양하며 그러한 과도한 해석을 하여서도 아니된다. BITs에 근거하여 주장할 수 있는 것은 외국투자분쟁에 대하여 국제중재 특히 국제투자분쟁해결센터에 의한 중재를 수락하는 추세를 나타낸다는 것이다.⁸⁵⁾

IV. 맺 음 말

자본수출국과 자본수입국간의 양자간 투자협정의 체결은 급격히 증가하고 있지만 외국투자보호에 관한 전통적 규칙은 개도국인 자본수입국측이 기존의 규칙을 수정하는 새로운 규범을 국제무대에서 옹호함으로써 혼란의 상황을 보이고 있다. 이러한 불확실한 상황으로 인하여 선진국인 자본수출국은 양자협정의 관계에 의하여 자국의 투자자를 보호하려고 한다. 그런데 현재까지 각국이 체결한 BITs의 구체적 내용을 살펴보면 적용되는 법규범이 BITs마다 상이한 측면이 나타나고 협정체결 관행은 각 체약국의 정치적 경제적 편의의 고려에 의하여 영향을 많이 받고 있다. 이러한 BITs에서는 외국투자를 규율하는 관습법 규칙으로서 인정되는 한결같고 끊임없는 관행이 존재한다고 확인하기가 쉽지 않다.

선진국은 국제투자규범이 혼란한 상황에서 양자간 협정을 통하여 자국의 투자자를 보호하려고 노력하는데, BITs의 주된 목적은 외국투자보호에 관한 국제관습법이 충분히 합의되어 있지 못한 상황이기 때문에 이와는 별도로 투자보호에 관한 별개의 법적 체제를 창설하려는 것이다. 실제 각각의 BITs는 각국의 이익의 증진과 보호를 나타내며 BITs에 담겨있는 규정은 협상당사국간의 상호타협의 부산물이다. 따라서 BITs의 각 협정문에는 다양한 차이가 나타나며, BITs는 단지 당사국간의 법적 의무를 창설하고 보편적으로 확립되지 않은 국제투자법의 규칙보다는 투자자에게 좀더 확실한 보호를 제공한다.

BITs가 국제법의 규범에 기여한 측면에 대하여 상반되는 견해가 있다. 어떤 견해는 BITs가 기존의 일반적 규범을 반복하고 확인하고 있다고 평가하여 BITs에 선언적 기능을 부여할 수 있다는 것이다. F. A. Mann은 BITs가 외국투자에 관하여 정당하고 형평적인 대우, 특정한 조건을 제외하고는 수용조치를 취하지 않을 의무, 투자에 관한 특별한 약속에서 나타나는 의무의 준수 등에 관한 국제법상 전통적 개념을 확립하고 수락하고 확대하고 있다고 주장한다.⁸⁶⁾ D. R. Robinson은 많은 개도국이 전통적 규칙을 법규칙

85) M. Sornarajah. 1986. "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties". 20(1): 96-97.

으로 지지하는 것을 확인하여 양자간 협정을 체결하였다는 견해를 나타낸다.⁸⁷⁾ 이러한 주장들은 다음과 같은 기본적 사고에 근거를 둔다. 첫째, 일반적 규범이 BITs가 발전되기 이전에 존재하였다고 평가하고, 둘째, 양자간 협정은 비슷한 규칙의 반복에 의해 일반적 규범을 선언하거나 형성하며, 셋째, BITs를 체결하는 계약국은 일반적 규범을 나타내는 깊은 확신을 갖는다.⁸⁸⁾

그런데 이런 사고는 반대에 부딪힐 수 있는데, 첫째, BITs 이전에 일반적 규범이 실제로 존재하느냐의 문제에 대한 답변은 어려운데, Barcelona Traction 사건에서 ICJ의 판결은 이 분야에서 일반적으로 승인된 규칙이 국제무대에서 확립되어 있지 않았다고 하여 일반적 규범의 존재에 대하여 의문이 있다. 둘째, BITs가 일반적 규범을 선언하거나 형성할 수 있다는 것을 나타내지 못하는데, 많은 학자가 양자간 조약에 이러한 능력을 부인하고 있다. Oscar Schaster는 일반적으로 양자조약에서 공통된 조항의 반복은 이런 조항이 관습법을 나타낸다는 추론을 지지하지 않는다고 주장한다.⁸⁹⁾ 셋째, BITs를 체결하면서 개도국이 일반적 규범을 인정하는 깊은 확신을 가졌다는 것은 증명하기가 쉽지 않다. Roy Chowdhury에 의하면 대다수 BITs는 투자협정의 당사국인 개도국의 법적 의식을 나타내지 않는다고 하였다.⁹⁰⁾

BITs에서 당사국은 상호간에 자국민 투자의 대우에 관한 특별기준에 따르도록 합의 하였으므로 BITs의 규정은 당사국간의 법규칙이 되었다. 따라서 BITs는 투자보호체제를 규정하는 일반적 규범의 선언이나 창설이 아니라 특별법으로 보는 것이 정확하다 할 수 있다. 각각의 BITs에서 당사국간에 확립된 법체제를 당사국이 신의성실하게 이행하여야 한다면 향후 특별관습법이 확립될 수도 있다.

참 고 문 헌

- Akinsanya, Adeoye. 1987. "International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World". *International Comparative Law Quarterly*. 36(1). pp.58-75.
 Denza, Eileen and Brooks, Shelagh. 1987. "Investment Protection Treaties: United Kingdom

86) F. A. Mann. 1981. "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments". *British Year Book of International Law*: 249-250.

87) D. R. Robinson. 1984. "Expropriation in the Restatement(Revised)". *American Journal of International Law*: 177.

88) Mahmoud Salem. 1986. "Le Développement de la Protection Conventionnelle des Investissements Etrangers". *Journal du Droit International* (3): 620-622.

89) Oscar Schaster. 1984. "Compensation for expropriation". *American Journal of International Law*: 126.

90) Roy Chowdhury. 1982. *International Law Association Report*. Montreal Session: 220.

- Experience". *International Comparative Law Quarterly*. 36(4). pp.908-923.
- Dolzer, Rudolf and Stevens, Margaret. 1995. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Gann, Pamela B. 1985. "The U.S. Bilateral Investment Treaty Program". *Stanford Journal of International Law*. 21(2). pp.373-459.
- Huu-Tru, Nguyen. 1988. "Le Réseau Suisse d'Accords Bilatéraux d'Encouragement et de Protection des Investissements". *Revue Générale de Droit International Public*. 3. pp.577-671.
- Juillard, Patrick. 1979. "Les Conventions Bilatérales d'Investissement Conclues par la France". *Journal du Droit International*. 2. pp.274-325.
- Kishoiyian, Bernard. 1994. "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law". *Northwestern Journal of International Law and Business*. Winter. pp.327-375.
- Mann, F. A. 1981. "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments". *British Year Book of International Law*. pp.241-254.
- Salem, Mahmoud. 1986. "Le Développement de la Protection Conventionnelle des Investissements Etrangers". *Journal du Droit International*. 3. pp.579-626.
- Sornarajah, M. 1986. "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties". *Journal of World Trade Law*. 20(1). pp.79-98.
- _____. 1994. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- UNCTAD/ITE/IIT/7. 1998. Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s.
- Vandeveldt, Kenneth J. 1992. "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal". *American Society of International Law Proceedings*. pp.532-540.
- _____. 1998. "Investment Liberalization and Economic Development : The Role of Bilateral Investment Treaties". 36(3). *Columbia Journal of Transnational Law*. pp.501-527.
- _____. 1998. "Sustainable Liberalism and the International Investment Regime". *Michigan Journal of International Law*. 19(2). pp.373-399.

The Development Of Bilateral Investment Treaties And The Possibility Concerning The Formulation Of Customary International Law

Chai-Hyung Kim

Korea University, Lecturer

Developing countries have today been pushed toward liberalization by the need to attract capital in the form of foreign investment, given the reduced availability of commercial loans as a result of the third world debt crisis and the massive flight of domestic savings from developing countries. One component of the move toward liberalization is the conclusion of bilateral investment treaties (BITs) between developing and developed countries. BITs protect investment by investors of one party in the territory of the other party. More than 160 countries have concluded at least one BIT and a total of more than 1300 such treaties have been signed, all involving at least one developing country. To the extent that these treaties have been concluded in large numbers, cover most countries in all regions and have similar provisions, a question that may be raised is whether they have an influence in shaping and clarifying the principles and concepts of international law applying to foreign investment. Some commentators on BITs view them as vehicles that entrench customary principles of international law relating to the protection of foreign investment. In this paper, I will investigate the effects of BITs in the formulation of customary international law in the areas of the protection of foreign investment. I think that the frenetic conclusion of BITs is occasioned by the uncertainty that pervades international investment law since the advent of the developing countries on the international scene, and that international law has not kept pace with the developments that have taken place in the last thirty years in foreign direct investment. To the extent that this is so, I contend that each BIT is nothing but a *lex specialist* between parties designed to create a mutual regime of investment protection, and that the proliferation of BITs will help to confirm the present and indicate the possible future trends in international

foreign investment law.