

국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성*

인천대학교 법학부 교수 김 석 호

*논문접수: 2017. 5. 4. *심사개시: 2017. 5. 25. *게재확정: 2017. 6. 16.

〈 목 차 〉

- | | |
|---|---|
| I. 서론 | 3. 기준 법령의 시간적 제약 |
| II. ‘국내법 부합규정’의 상이한 위치 | IV. ‘국내법 부합규정’에의 위반성 문제의 소송 절차상 지위 |
| 1. 투자 도입(admission) 조항에 포함된 경우 | 1. 동 문제의 소송절차상 차지하는 지위의 다양성 |
| 2. 투자 정의(definition) 조항에 포함된 경우 | 2. 본안(merit)前 단계 對 본안 단계 |
| 3. 투자 대우(treatment) 조항에 포함된 경우 | 3. 관할(jurisdiction) 문제 對 심리적격성 (admissibility) 문제 |
| III. 관할(jurisdiction)거부를 위한 ‘국내법 부합 조항’에의 위반성 | V. 결 론 |
| 1. 국내법의 의미 및 위반 정도 | |
| 2. 투자도입국의 역할 및 지위 | |

I. 서론

국제투자협정에서 국내법이 언급되거나 관련되는 경우는 생각보다 많다. 우선, 협정의 적용대상인 투자를 정의(definition)함에 있어 국내법에 부합되는 투자만으로 한정하고자 하는 경우도 있거니와 통상적으로 외자는 도입(admit)될 때 도입국의 법에 의해 통제를 받도록 하는 것이 원칙이다. 그 뿐만 아니라 정상적인 수용(expropriation)

을 위해서는 적법절차(due process)를 준수하도록 규정하는데, 이 경우엔 해당 국내법이 수용의 적법성 판단기준이 될 수 있는 것이며, 투자협정의 적용상의 예외를 정함에 있어서도 협정과 상치되는 기존의 국내법이나 환경법 등 특정한 법이 흔히 거론되기도 한다. 그밖에, 국제투자의 경우엔 도입국의 법 환경이 중요하므로, 그것이 보다 안정되고 공정한 지위를 갖도록 하기 위해 투자관련 국내법의 공개나 이에

* 이 논문은 인천대학교 2016년도 자체연구비 지원에 의하여 연구되었음.

대한 이의제도를 둠으로서 국내법의 내용에 관여할 수 있도록 하는 조항을 두기도 하고, 나아가 투자협정상의 분쟁해결의 준거법으로서 당사국의 국내법이 지정되는 경우엔 그것이 투자분쟁 해결의 준칙이 될 수도 있다.

그러나 그 중 외자에 대한 당사국의 규제권을 확보하기 위해 투자협정에 도입되는 전형적인 규정은 ‘국내법 부합규정’의 형태를 띤다. 이는 ‘도입국의 법령에 따라 (in accordance with host state law)’ 도입되거나 투자될 것을 요구하는 규정이다. 동 규정은 도입국에 의해 요청되는 것으로서 그 원래 취지는 도입국의 규제권을 협정상 공인시키는데 있는 것이다.¹⁾ 상처된 의사 함치라는 관점에서 투자협정을 파악하자면, 한편으로는 외자를 조장하고 보호해주되, 다른 한편으로는 도입국의 주권보호 및 기본정책의 수행을 위한 최소한의 규제권을 보장해주는 구조라 할 수 있다.²⁾

그러나 국제투자중재의 관행은 이와 다른 새로운 용도를 발전시켰다. 즉 합법성의 요구보다는 외국투자가가 국제법정에 제소하는 것을 저지할 목적으로 동 규정의 위반성을 원용하는 경우가 빈번하였기 때문이다. 따라서 국내법 위반의 당사자는 외국투자가일 수도 있고 도입국의 공공기관일 수도 있겠으나, 통상적으로 국제투자협정상의 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 법정에서 거론되는 경우라면 이는 도입국 당국이 국내법을 위반하는 경우가 아니라 전적으로 외국투자나 외국투자가가 투자 도입국의 국내법을 위반한 경우라 할 수 있다.³⁾ 왜냐하면 일단 도입국 당국이 자신의 국내법을 위반하는 경우는 그 경우도 드물거니와 그로 인해 외국투자가가 피해를 본 경우라면 당연히 투자협정이 규정한 국제중재에의 제소대상이 되는 것이어서 특별한 고찰이 요구되는 경우가 없기 때문이다. 이에 반해 외국 투자나 투자가가 투자 도입국의 국내법을 위반할 가능성은 상

1) UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2011, p.38.

2) Cf. 캐나다-EU간 포괄적경제통상협정(CETA) Article 8.9 Investment and regulatory measures

1. For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.

3) 한-미 FTA의 경우, ‘투자허가(investment authorization)’를 위반한 경우를 정해진 중재법정에 제소할 수 있는 대상으로 거론하고 있는데. (Art.11.16, 1, (a), (i) (B); (b)(i)(B).) 이 경우 문언상으로는 당국도 이를 위반한 외국투자가를 국제중재에 제소할 여지가 인정되는 것이지만, 이런 경우는 일어날 가능성이 거의 없다. 왜냐하면 그런 경우엔 국내법을 통한 제재가 가능하고 그것을 선호할 것이기 때문이다. 따라서 해당 규정의 경우에도 당국이 위반한 경우에 외국투자가가 제소하는 경우에 국한될 것으로 보인다.

대적으로 고, 이는 대개 국내적으로 조치 되는 것이어서 그 자체로 국제중재의 제소 대상이 되는 것은 아니지만, 그 대신 만약 투자자가 국제중재에 제소한 경우라면, 이의 관할을 부인하기 위한 항변사유로 투자 도입국이 이를 거론하기 때문에 문제가 되는 까닭이다.

따라서 관할거부사유로 국내법 위반이 거론되는 경우엔, 일단 해당 위법성을 판단하는 기준이 무엇이어야 하며, 어느 정도 위반한 경우에 이를 인용하여야 할 것인지 등을 둘러싸고 많은 논란이 있게 되는 것이며, 그 다음, 해당 항변을 다루는 법정은 해당 문제를 관할(jurisdiction)의 근거로 봐야 되는 것인지 아니면 심리적격성(admissibility) 요건으로 봐야 하는 것인지 아니면 본안(merit)에서 다루어야 하는 것인지 등 소송절차상의 문제에 대한 판단부터가 역시 쉽지 않은 문제를 제기하게 됨으로써 이러한 문제의 합리적 해결을 위한 특별한 고찰이 요구된다 할 것이다.

이러한 고찰은 우선, ‘국내법 부합규정’이 어느 조항에 어떠한 형태로 규정되고 있는지 그리고 그것이 어떠한 의미를 가질 수 있는 것인지에 대해서 살펴볼 필요가 있으며(II), 그 다음, 해당 조항에의 위반성

을 판정하는 기준이 무엇이어야 하는지, 그리고 그것이 인정되기 위한 위반의 정도는 어느 정도로 할 것이며, 이는 어떻게 파악되는지 등을 살펴보아야 할 것이다(III). 끝으로 이 문제가 차지하는 위상이나 그것이 야기하는 문제 등을 고려할 때, 그것은 소송절차상 어떠한 지위를 가져야 하는 것이며, 어느 단계에서 다루어지는 것이 실무상 그리고 논리상 바람직 한 것인지에 대해 생각해 볼 필요가 있게 한다(IV).

II. ‘국내법 부합규정’의 상이한 위치

‘국내법 부합규정’은 도입국의 외자에 대한 규제권을 확립할 목적으로 대부분의 국제투자협정에서 등장하지만 그것이 규정되는 양상은 동일하지가 않으며 다양한 형태로 나타난다. 어떤 경우엔 정의(definition) 조항에서 등장하는가 하면, 또 어떤 경우엔 도입(admission)조항에 포함되기도 하고, 더 나아가 대우(treatment)조항에서 나타나기도 하며, 상당한 경우 이러한 조항들에 중복적으로 규정되기도 한다.⁴⁾

따라서 동 조항의 규정형태와 더불어 살펴보아야 할 것은 이러한 상이한 규정형태

4) 협정 발효 이전의 투자에 대해서도 적용한다는 규정을 두는 경우, 이에 포함되기도 하는데 이 경우는 어느 시기의 법이 기준이 되는 것인가가 별도로 문제되는 것을 제외하곤 정의 조항에 포함된 경우와 동일한 지위를 갖는다고 볼 수 있다. 이전 투자에 대한 적용 법의 문제는 이후에 별도로 언급하기로 한다.

는 각기 다른 효과를 의도한 것인지 그리고 그러한 의도된 효과가 부여되는 것인지 아니면 상이한 형태라 할지라도 동일한 결과나 동일한 효과를 갖게 되는데 불과한 것인지의 문제가 될 것이다.

1. 투자 ‘도입(admission)’ 조항에 포함된 경우

동 조항이 ‘투자 도입(admission)조항’에 포함된 경우란 동 조항이 투자도입(admission) 조항 또는 투자 도입 및 조장(admission & promotion)에 관한 조항 등에서 당사국이 외국투자를 도입함에 있어 “국내법에 따라(‘in accordance with host state law’) 도입한다”는 규정을 두는 경우이다.⁵⁾ 그러나 경우에 따라서는 외자를 도입함에 있어 국내법에 의거한 동의(approval)를 받도록 하거나,⁶⁾ 나아가 외자를 도입함에 있어 “국내법에 따른 권한을

유보”한다는 식의 노골적인 규정을 두는 경우도 있다.

국내법 부합 규정을 두는 당사국의 근본 목적이 투자도입 과정에서 도입국의 외자에 관한 규제권을 보장받고자 하는 취지임을 고려한다면, 해당 규정은 원래 투자 도입 조항에 두는 경우가 일반적이라 할 수 있다. 즉 정의 조항이나 대우 조항에선 등장함이 없이 오로지 투자 도입 조항에서만 규정되는 경우가 보다 일반적이라 할 수 있으며, 그것을 포함한 다른 조항이 등장하게 된 것은 이를 보충하기 위해서이거나 관할거부의 근거를 보다 공고히 하기 위한 취지인 것으로 보아야 할 것이다.

가. ‘국내법 부합 규정’의 의미

투자도입 조항에서의 국내법 부합조항의 가장 일반적인 유형은 “당사국의 국내 법령에 따라 도입한다 (admit in accordance

5) “Each Contracting Party shall admit in its territory investments by nationals or legal persons of the other Contracting Party in accordance with its legislation and shall encourage such investments.” (한-벨기에·룩셈부르크 경제연합 BIT, 제2조 1항)

“1. Each Contracting Party shall encourage investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and admit such investments in accordance with its laws and regulations. (2007년 한-중 BIT, 제2조 1항)

6) “--This has the effect of making the protection of the investment under the BIT subject to the obtaining of any required approvals under the national laws of the host Contracting State party (Wenhua Shan and Norah Gallagher, *Chinese Investment Treaties : Policies and Practice*, Oxford International Arbitration Series, 2009, p. 56).

7) 2. Each Party shall, subject to its rights to exercise powers in accordance with the applicable laws and regulations, including those with regard to foreign ownership and control, admit investment of investors of the other Party. (한-중 FTA 12장 2조 2항).

with the laws and regulations (legislation)”라는 규정의 형태이다. 즉 외자가 투자대상인 국가로 도입될 때, 도입국의 법령의 규제를 받도록 하겠다는 의미이므로 도입국의 규제권의 확보가 그 목적이라 할 수 있다. 즉 국내법에 부합하지 않은 경우는 합법적으로 도입된 투자로 볼 수 없다는 이유로 해당 투자협정의 적용에서 배제할 수 있게 함으로서 당사국의 정책에 부합하는 투자를 선별할 수 있는 권리를 확보하는 것이다.⁸⁾

그러나 이 규정이 실제 법정에서 원용되면서 문제되는 경우란 정책에 부합하는 투자의 선별의 경우가 아니라 불법적인 투자에 대해 국제법정에서의 제소를 저지할 목적으로 원용되는 경우이다. 특히 이러한 경우가 잦고, 그 효과가 큼으로써 그 의미가 새롭게 부각되었다.

도입조항에 포함된 국내법 부합규정의

효력은 무한한 것이 아니라 시간적 또는 기능적인 한계를 갖는다. 먼저, 도입 조항에 소재하는 까닭에 그 규제권은 도입시에 국한되는 것이며, 일단 도입된 이후에 대해서는 동 규정의 적용대상에서 벗어나게 된다. 그 다음, 도입 조항의 기능상, 선별이라는 역할에 국한되는 관계로 선별이외의 분야에 대해선 적용되지 않는다는 것이다. 또한 이 규정에 위반하였다고 하여 모두가 관할거부 대상이 되는 것도 아니라는 점이다. 따라서 관할거부의 가능성에 집착하는 경우, 이러한 한계들을 극복하기 위해 투자도입 조항이외에 협정의 여러 다른 부분에서 동시에 국내법 부합규정을 언급하게 된다.⁹⁾ 그 대표적인 경우가 투자 정의(definition) 조항에서도 언급하는 경우이지만, 그 이외에 혼하진 않지만 투자 대우(treatment) 조항에서 등장하기도 하며,¹⁰⁾ 그 보다 더 드문 경우이긴 하지만 협정 서문(preamble)에서 이와 유사한 문구가 등장

- 8) 동 규정의 목적은 이를 통해 자국의 정책에 부합하는 외자를 선별하거나 외자를 그러한 방향으로 유도하고자 하는데 있는 것이며, 그 정책은 국가에 따라 다양할 수 있다. 개도국의 경우엔 우선적 관심이 개발 일 것이며 이외 동시에 외자의 지나친 지배로 인한 주권침해의 방지에 관심이 주어질 것이다. 그러나 외자의 자유화를 추구하는 국가라 할지라도 안보나 보건, 환경 등의 정책을 위해 외자에 대한 규제를 완전히 포기하긴 어려운 것이 현실이다. 이러한 정책은 각국의 외자도입법에서 구현되고 있다(예: <외국인투자촉진법> 제4조 외국인투자의 자유화).
- 9) 그러나 당사국의 경제적 지위가 상승되는 경우엔 국내법 부합조항에 대한 집착은 줄어들 수 있고, 이로 인해 이를 언급하는 조항이 축소될 수도 있다. 한-중간 투자협정의 경우가 그 대표적인 경우이다. 즉 2007년도 한-중간 BIT의 경우엔 투자 정의(definition) 조항에서 투자 당시의 ‘법령에 따라’ 투자된 자산으로 규정하고 있었으나, (동 협정 제1조 1항) 2014년도 한-중 FTA의 투자 부문에선 ‘국내법령에 따라’란 규정이 투자 정의(definition) 조항에서 삭제되었다(동 협정 제 12.1조).
- 10) 대우(treatment) 조항의 대표적인 경우로는 내국민대우 조항이나 최혜국대우 규정 등에 국내법 부합규정을 포함시키는 경우라 할 수 있다.

하는 경우도 있다.¹¹⁾ 그럼에도 그 중에도 가장 잦은 경우라고 한다면, 투자 정의(definition) 조항과 투자 도입(admission)조항에서 이를 동시에 규정하는 경우라 할 수 있다.¹²⁾

나. 국내법 부합규정이 요구하는 양태

먼저, 투자 도입조항에 소재하는 국내법 부합규정의 목적이 외자에 대한 규제권을 확보하고자 하는 것이라면, 어떠한 의미를 갖는 것이든, 동 규정의 실현, 특히 이의 위반을 거론하기 위해서는 반드시 구체적인 국내법이 확립되어 있어야만 가능할 수 있다.¹³⁾

외자규제법상 외자 도입시 실시되는 도입국의 규제 및 관리 관행을 보면, 단순한 신고(declaration, notification)를 요구하는

경우에서부터 당국의 인·허가를 요구하는 경우까지 그 엄격성의 정도에 있어서는 다양하다. 인·허가를 요구하는 경우에는 투자와 관련된 특정 계약의 체결 시에 허가를 받도록 하거나 외국투자가 제한되는 분야를 두거나 특정 국내기업에 대한 외국인 주식소유에 제한을 두는 경우에 적용되는 경우가 많다. 또 외자도입의 경우 투자가가 따라야 하는 특별한 외자도입절차를 설정하고 있는 경우가 많으며, 이 경우에도 그 절차가 요구하는 부담의 정도는 다양할 수 있고, 경우에 따라서는 개별 건당심의 절차의 엄격성이 상이할 수도 있다.¹⁴⁾ 이러한 관행을 고려할 때, 투자 도입시 국내법에 위반되었다고 주장될 수 있는 투자의 양상을 보자면, 우선 정해진 절차를 이행하지 않았거나, 신고나 인·허가를

11) 협정 서문(preamble)에서 이와 유사한 문구가 등장하는 대표적인 경우로는 Yemen-Oman BIT를 거론할 수 있다: “...Acknowledging that offering mutual promotion and protection of such investments, on the basis of investment laws and regulations in force in both countries and on the basis of this Agreement, will contribute in stimulating investment ventures which will foster the prosperity of both Contracting Parties. ...”

그러나 서문에서 국내법령이 언급되는 경우는 언급 그 자체의 구속력이 인정되기도 어려운 경우임과 동시에 그 구체적 언급의 의미도 위법성을 문제 삼는 제약(impediment)의 기능이 아니라 외자 축진을 지원(support)하는 의미를 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다(同旨, Desert Line 판정문, para.101).

12) 정의(definition)조항에는 없이 도입(admission) 조항에서만 등장하는 경우가 사실 더 많지만, 정의(definition)조항에 포함된 경우엔 거의 도입(admission) 조항에도 포함되는 경향을 갖는다.

13) 외자증명서가 없으므로 보호대상이 아니라는 피제소국 측 주장에 대해, 그러한 주장을 하려면 증명서 발급이 필요하다거나 증명서 발급 요건 및 절차 등이 규정되어 있어야 하는데, 그러한 규정이 없는 경우라면 피제소국의 주장이 타당할 수 없다고 판정된 바 있다(Desert Line 판정 para.109).

14) 이러한 특별절차가 외국 투자자에 대해서만 적용되게 되어 있는 까닭에 이의 적용이 ‘내국민대우’에 반한다는 이의가 제기될 수 있으므로 이러한 문제를 사전에 예방하기 위해 이러한 절차 적용 등이 내국민대우에 반하지 않는다는 규정을 세심하게 투자협정에 규정하는 경우도 있다(한-중 FTA Art.12.13, (1), 한-미 FTA, Art.11.13, (1) 등).

받지 못한 경우가 될 수 있을 것이며, 또한 이러한 절차나 인·허가 등을 필한 경우라 할지라도 이를 위해 제출된 필요 서류에 오류나 허위의 사실이 있는 등의 흠이 있는 경우도 포함될 수 있을 것이다. 그 다음, 외자제한 분야에 투자한 경우이거나 외국인의 주식소유에 제한이 있음에도 이러한 규정을 무시한 경우도 주요한 양상이 될 수 있을 것이다. 그밖에, 이러한 도입절차 과정에서 부과된 조건이 있는 경우엔 투자자가 이러한 요건을 충족하지 못한 경우도 거론될 수 있을 것으로 보인다.

그 다음, 동 규정의 가장 일반적인 형태라고 한다면, 위에서 언급한 것처럼, 투자협정에서는 단순히 '국내법에 따라 도입한다'고 규정하고, 구체적인 절차 및 여건

등은 국내법에 일임하는 형태이지만, 경우에 따라서는 국내법에서 언급될 사항들이 투자협정에서 직접 언급되는 경우도 없지 않다. 예를 들자면, 법이 요청하는 경우엔 서면 '동의(written approval)'를 받아야 한다거나,¹⁵⁾ 당국에 '등록(register)'할 것을 요구하거나,¹⁶⁾ 투자 도입을 위한 특정 '조건(condition)'을 이행하도록 요구한다거나¹⁷⁾ 투자 관련 특정 계약의 체결 시엔 당국의 '허가(authorize)'를 받도록 하는 내용이 협정에 직접 규정되는 경우도 있고,¹⁸⁾ 외국인의 주식 소유분에 대한 '상한이나 통제(foreign ownership and control)'의 가능성 등을 협정에서 직접 언급하는 경우도 있다.¹⁹⁾ 이러한 경우엔 해당 조치의 가능성이 국제협정상 인정되는 것이어서 투자

15) 1990년 UK-Nigeria BIT의 경우, 이러한 형태의 규정을 두고 있다: "(I) -- This Agreement shall, to the extent that a written approval is required for an investment, only extend to investment, whether made before or after the coming into force of this Agreement, which is specifically approved in writing by the Contracting Party in whose territory the investment has been made or is subject to the laws in force in the territory of the Contracting Party concerned and to the conditions, if any, upon which such approval shall have been granted. (동 협정 제2조 1항) ASEAN 국가들(인도네시아, 브루나이, 말레이시아, 필리핀, 싱가포르, 태국)이 체결한 대부분의 BIT의 경우에도 이러한 규정이 포함되어 있다.

16) "-- and which are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such conditions as it deems fit for the purposes of this Agreement." (1987년 ASEAN 투자협정, Art. II (1))

17) "(i) in Malaysia, is invested in a project classified by the appropriate Ministry in Malaysia in accordance with its legislation and administrative practice as an 'approved project'.

The classification as an 'approved project' may, on application, be accorded to investments made prior to the date of the entry into force of this Agreement on conditions to be stipulated for each individual case; and ..."

(Sweden-Malaysia BIT (1979) art. 1. (i)).

18) "(2) In particular, each Contracting Party shall authorize the conclusion and execution of licencing contracts and of contracts relating to commercial, administrative or technical assistance, in so far those activities are connected with investments as mentioned in paragraph 1." (Korea-Belgo-Luxemburg Economic Union BIT, Art. 2 (2)).

도입국의 규제권은 보다 확실하고 강화될 수 있을 것이다.²⁰⁾ 하지만 이러한 조치의 구체적 실시 역시 공포된 국내법의 존재를 전제로 하는 것이지 비공개 된 것이거나 예측할 수 없는 수시적 조치의 가능성이 인정되는 것은 아님이 지적될 필요가 있다.

다. 투명성(transparency) 조항과의 관계

‘투명성(transparency) 조항’이란 별개의 독립된 조항으로 존재하며, 통상적으로 외자 관련 입법에 대해선 가능한 한 사전에 공개하도록 하며, 투자자가 요청하는 경우엔 해당 법령에 대한 정보제공의 의무를 규정하고, 그 내용이 불공정한 경우엔 이에 대해 당사국 또는 해당 투자자가 이의를 제기할 수 있는 장치를 두도록 하는 등의 내용을 규정하고 있다.²¹⁾

이는 투자도입국의 법령이나 제도의 공정한 운용을 요구하는 것이 목적이지만, 이는 ‘국내법 부합규정’에 대응하는 규정으로 볼 수 있는 조항이기도 하다. ‘국내법

부합규정’이 법령에 따르도록 요구할 수 있는 투자도입국의 권리를 규정한 것이라고 한다면, ‘투명성 조항’은 이러한 도입국의 재량권의 남용을 막기 위한 장치인 것으로 파악될 수도 있기 때문이다. 즉 정해진 법에 따르되, 도입국 당국의 예측할 수 없는 수시적이고 자의적인 조치를 막을 수 있도록 한다는 의미로 파악될 수 있는 것이다.²²⁾

2. 투자 정의(definition) 조항에 포함된 경우

이는 ‘in accordance with host state law’란 규정이 투자 정의(definition)조항에 포함되어 있는 경우로, 자국의 국내법에 따라 투자된 또는 도입된 자산이 협정의 적용대상이 된다는 취지로 규정되는 경우를 말한다.²³⁾ 투자 정의 조항에 ‘국내법 부합규정’이 등장하게 된 주요 이유는 위에서 언급한 것처럼 도입조항의 규정만으로는 관할이 배제될 수 없는 경우가 존재할 수 있는

19) 한-중 FTA 12장 제12.2조 2항이 대표적인 경우이다(cf. supra note 14).

20) 때에 따라서는 국내법은 ‘국제적 효력(international legal effect)’이 없다는 항변이 제기되기도 하는데, 이러한 협정상 규정이 있는 경우엔 이러한 항변은 불가능하게 될 것이다(cf. *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para. 391).

21) 미국의 2004년 Model BIT, Art.10 (Publication of Laws and Decisions Respecting Investment), Art. 11 (Transparency); 한-중 FTA, Article 12.8 (Transparency) 등 참조..

22) Cf. *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.402.

23) 중국이 체결한 대부분의 양자투자협정(Bilateral Investment treaty)은 이에 해당되는 다음과 같은 규정을 두고 있다: “[t]he term ‘investment’ means every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party in the territory of the latter

기능적 한계를 커버할 필요가 있기 때문인 것으로 보인다. 즉 정의조항에 국내법 부합 요건이 포함된 경우엔 국내법을 위반한 투자는 협정의 대상인 투자 자체가 되지 못할 것이기 때문에 도입조항상의 규정의 한계를 극복함으로써 협정의 적용대상에서 배제시킬 수 있는 가능성을 보다 확실히 할 수 있다고 보는 까닭이다. 그러나 양자의 기능이 상이할 수 있는 관계로 투자 정의조항에 국내법 부합규정이 포함된 경우라도 투자도입조항에 동시에 포함되는 것이 일반적이다.

가. 투자 정의 조항상의 국내법 부합규정의 효과 : Salini 판정상의 의미

우선, 투자 정의조항에 포함된 국내법 부합요건의 정확한 의미 및 효과가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있는데, 이를 위해

ICSID 중재법정이 투자 정의조항에 소제하는 ‘국내법 부합규정’의 의미를 보다 상세히 그리고 최초로 다룬 2001년 *Salini v. Morocco* 사건²⁴⁾에 대한 분석이 필요하다. 동 법정은 동 조항이 갖는 의미에 대해 나름대로의 선구적인 해석을 시도하였으나 이에 대한 오해의 소지도 없지 않아 이에 대한 명확한 정리가 필요해 보인다.

동 사건은 이태리 회사인 *Salini*사가 모로코 정부와 체결한 계약의 위반이 문제된 건이다. 이의 해당 부분을 요약하자면, 피고인 Morocco 정부는 일단 ICSID의 관할을 부정할 목적으로 항변을 제기하게 되며,²⁵⁾ 그 주요한 이유 중의 하나로 해당 투자가 국내법에 의할 경우 ‘투자’가 아니라고 주장한 것이다. 즉 이태리-모로코간 양자투자보호협정(Bilateral Investment Treaty: 이하 BIT라 함)은 협정의 적용대상인 투자

...”(UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2011, p.36.) 태국이 체결한 BIT의 경우도 국내법 부합규정이 투자 정의 조항에 등장하는 경우가 많다(cf. Thai-Peru BIT).

24) *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case ARB/00/4, July 16, 2001.

25) 이 사건에서는 2가지 관할권에 대한 항변이 제기되었다. 첫째, 건설계약은 본 건 BIT상의 투자범위에 포함되지 않는다는 것이었다. 둘째, 건설계약은 본 건 BIT외에 ICSID 협약에서 규정한 투자의 범위에도 포함되지 않는다는 것이었다. 이에 대해 ICSID 법정은 우선 투자유치국인 모로코의 국내법에 근거하여 항변을 기각하였다. 그 다음, 분쟁의 대상인 건설계약이 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않는다는 피신청인의 주장에 대하여 중재판정부는 투자 여부를 판단하는 기준으로 1) 자본의 투입(contribution), 2) 특정 기간(duration), 3) 위험부담(risk assumption) 등의 요소를 고려해야 한다고 하면서, 본 건 건설공사는 7년 여 간에 걸쳐 진행되었으므로 자본투입과 특정 기간이라는 요건에 부합되며, 공사비용을 초기에 정확히 산출할 수 없는 상황이었으므로 투자자에게는 일정한 위험부담 요소가 있었다고 하면서 투자로서의 요건을 모두 갖추었다고 하였다. 또한 이탈리아-모로코간 BIT 분쟁해결조항에서 그 대상이 되는 분쟁을 ‘모든 분쟁(all dispute)’라고 규정하고 있으므로, 모로코 정부가 계약상 의무를 위반하는 경우에도 투자분쟁해결조항을 원용할 수 있다고 보았다.

를 정의함에 있어, 투자를 ‘투자유치국 법규정에 따라 … 투자된 모든 종류의 자산 (the categories of invested assets … in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party)’으로 정의하였고(제1조 제1항), 이에 모로코 법(Decree n°2-98-482 of December 30, 1998)에 의할 경우, 문제의 계약은 당사계약(service contract)이므로 투자에 해당할 수 없다고 주장한 것이다.²⁶⁾ 이에 대해 법정은 해당 BIT에서 ‘투자유치국 법과 규정에 따라’ 투자된 자산을 그 적용대상으로 규정하고 있는 경우라 할지라도, 이는 어디까지나 투자국 법은 투자의 유효성(validity)에 관여한다는 것이지, 투자의 정의(definition)에 관여한다는 의미는 아니라고 판단하며, 모로코 법에 의할 때 해당 건은 단순한 상거래일 뿐 투자로 볼 수 없다는 모로코 정부의 주장을 배척하였다. 그리고 ‘유효성’ 문제란 불법성 여부에 관한 문제로서, 국내법을 위반한 투자는 해당 협정의 보호대상에서 배제하도록 하는 것이라고 실시하였다.²⁷⁾

나. 사후의 관행을 통해 본 정확한 의미

국제투자협정의 투자 정의 조항내의 국내법 부합조항의 지위에 대한 Salini 법정의 취지는 이를 추종하는 입장이 많지만 그렇지 않은 입장도 있었다. 왜냐하면 이는 ‘국내법에의 부합성’은 투자의 정의(definition)에 관여하지 않는다고 한 까닭이다. 이에 대한 사후의 관행을 보자면, 먼저, 국내법 부합성의 문제가 투자협정의 보호대상인지 여부를 판단하는 기준이 된다는 점에 대해서는 일단 대체적으로 일치되는 것 같다. UNCTAD의 입장도 그러하다. UNCTAD는 대표적인 세계기구인 UN에 소속된 기관이라는 점과 국제기구 중에서도 드물게 개도국의 입장이 주로 반영되는 기구라는 점에서 그 의미가 적지 않다 할 것이다. 동 기구의 대표적인 간행물에서 국제투자협정상 투자 정의조항에 포함된 국내법 부합규정은 국내법에의 부합여부가 투자협정의 보호대상 여부를 판단하는 기준이라고 함으로서 그것이 유효성에 관여하는 것임을 인정하고 있다.²⁸⁾ 그 다음, Salini 판정 이후의 모든 판정들도 투자 정의 조항에 국내법 부합규정이 포함된 경우, 국내법을 위반한 외국투자는 해당 투

26) supra note 24, para.38.

27) “...this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal. ...” (Ibid, para.46)

28) In agreements that apply this limitation, investment that is not established in accordance with the host country’s laws and regulations will not be considered protected investment (UNCTAD, supra note 1, op. cit., p.37).

자협정의 보호대상에서 배제될 수 있다는 취지에 동조하고 있으며, 이 경우 관할에서 배제되는 것으로 판단하였다.²⁹⁾

반면, 국내법 부합규정이 협정상의 투자 정의(definition)에 관여하는 것은 아니라는 Salini의 취지에 대해서는 일치되지 않는 경우가 많은 것 같다. 그 대표적인 경우로 2007년 Fraport 사건에 대한 관할판정의 경우를 들 수 있다. 동 판정의 경우엔 투자정의 규정에 국내법 부합조항이 포함되어 있는 경우,³⁰⁾ 국내법을 위반한 투자는 협정상 투자의 지위를 갖지 못하게 되는 것이므로, 이로 인해 관할로부터 배제된다고 판단하였다.³¹⁾ 이는 국내법에의 부합 여부가 당사자간의 투자 정의의 요건이 되는 것으로 파악한 것이어서, 그것이 투자 정의와는 무관하다고 본 Salini 법정의 취지와 일견 상치되는 것처럼 보일 수 있다.³²⁾

만약 하나의 문제를 두고 명백히 상반된 것 같은 입장이 존재한다면, 이러한 입장이 제시된 배경, 그 영향 및 결과 등을 고려하여, 가능하다면 보다 바람직한 입장으로 통일시킬 필요가 있을 것이다.

이를 위해 먼저, Salini 판정의 입장이 제시되게 된 상황 및 그 결과를 살펴 볼 필요가 있다. 첫째, 동 법정이 굳이 국내법이 투자의 정의에 관여하는 것이 아니라고 언급한 이유는 무엇이였을까? 이는 국내법의 위반 문제가 투자 정의의 구성요건이 될 수 없다는 의미라기보다는 모로코 법상 해당 거래는 투자가 아니라는 주장을 거부하기 위한 목적이었던 것으로 볼 필요가 있다. 즉 ‘국내법에 따라 도입된’이라는 규정을 갖고 해당 국내법이 위법성의 문제를 넘어서서 협정의 적용대상인 투자의 구체적 종류 및 범위까지 규정하는 것을 용

29) 이의 대표적인 경우 2004년 Tokios Tokelés v. Ukraine 사건판정을 들 수 있다(Tokios Tokelés v. Ukraine Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, para. 84).

30) 해당 협정의 경우는 다음과 같이 규정하고 있었다: “1. The term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively: …”

31) “... Fraport’s ostensible purchase of shares in the Terminal 3 project, which concealed a different type of unlawful investment, is not an “investment” which is covered by the BIT. As the BIT is the basis of Jurisdiction of this Tribunal, Fraport’s claim must be rejected for lack of Jurisdiction *ratione materiae*. (Fraport, Award, para.404.); 2010년 Anderson v. Costa Rica 사건판정에서도 투자정의 조항에 포함된 국내법 부합규정에 위반된 투자에 대해 해당 투자협정상의 투자가 아니라고 함으로서 관할을 부인하였다(Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, paras.59-61).

32) Inceysa Vallisoletana v. El Salvador 사건판정의 경우엔 국내법에의 부합성을 투자의 정의에 관계된다고 직접적으로 언급하진 않았지만, 그것이 ‘합의관할’의 구성요건이 되는 것으로 파악함으로서 간접적으로 그것이 당사자간 합의된 투자의 개념의 구성요소가 되는 것임을 인정한 바 있다(cf. Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.145).

인할 수 없다는 취지로 언급한 것이다. 둘째, 국내법 위반 문제를 두고 그것은 정의의 문제가 아니라 유효성의 문제라고 한 이유는 무엇일까? 이미 당사국 국내법이 투자의 범위를 정할 수 없다고 하기 위해 국내법이 투자의 정의와는 무관하다고 한 상황이어서, 이와 구분하기 위하여 유효성의 문제임을 강조한 것으로 볼 수 있다. 따라서 국내법에의 부합 요건이 당사자간 합의된 통상적인 투자 정의의 구성요건이 되는 것임을 부정하고자 한 의도는 아니라고 볼 수 있을 것이다.

반면, Fraport 사건의 경우엔 -Salini 사건의 경우와는 달리- 처음부터 국내법 위반의 문제만이 제기되었다. 이에 국내법은 투자 종류 등과 관련된 투자 정의에 관여하지 않는다는 언급을 강조해야 할 필요가 없게 된 것이고, 따라서 이를 굳이 유효성의 문제라고 구별하여 지적할 필요도 없었다고 할 수 있다. 즉 당사자간의 합의관할(jurisdiction *ratione voluntatis*)이 인정되는 한, - 최소의 한계는 있다 할지라도- 투자 협정에서 당사자간에 그 적용대상인 투자

의 개념 및 종류를 규정할 수 있는 것임은 원칙적으로 공인되는 것인 만큼, 그 요건으로서 국내법 부합 요건을 거론할 수 있음을 인정한 것이라 할 수 있다.³³⁾

따라서 일견 상처된 것같이 보이는 입장이 기실은 전혀 상반되지 않음을 파악할 수 있는 것이다. 즉, 양자 간에는 상황의 차이로 인해 달리 표현되게 된 것일 뿐 근본적인 차이는 없기 때문이다. 따라서 우리가 가져야 할 유일한 주의 사항은 Salini 판정의 선구적 지위로 인해 그 영향이 적지 않았던 관계로 이에 맹목적으로 집착한 나머지 국내법 위반 여부는 무조건 투자 정의(definition)와는 전혀 무관하다는 입장을 견지하지 않도록 주의해야 한다는 점일 것이다.

그러나 문제는 오히려 다른 곳에서 나타날 수 있다. Salini 법정이나 사후 이를 추종한 판정들에 의하면, 국내법에 위반되지 않은 투자 즉 유효한 투자는 해당 협정의 보호대상이 된다는 것이며, 그렇지 못한 경우엔 협정의 보호대상에서 배제된다는 의미로 파악하고 있다. 그렇다면 해당 협

33) 이러한 취지는 2006년 Inceysa Vallisoletana v. El Salvador 사건판정에서 잘 나타나고 있다; “... the dispute on the competence of the Tribunal, based on the alleged violations of the Agreement, has been focused on determining whether or not the investment was made by the Claimant in the territory of the Respondent is protected by the Agreement, i.e., determining whether the consent given by El Salvador includes the investment made by the Respondent [sic], or, on the contrary, leaves it outside its scope and therefore excludes it from the scope of application of the Agreement and, consequently, from the jurisdiction of the Centre” (ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.145)

정의 보호대상이 된다는 것은 또 무슨 의미일까? 34) 국제투자협정은 비록 긴 내용을 갖는 것은 아니지만 그 성격상 '실체적 규정'과 '절차적 규정'으로 확연히 구분되는 구조를 갖고 있다. 실체적 보호규정은 내국민 대우, 최혜국 대우, 몰수 금지, 송금보장 등의 규정이 포함될 것이고, 절차적 보호규정은 '對국가소송' 즉 해당 투자에 대한 분쟁 당사자인 외국투자가가 투자도입 국가를 상대로 국제중재에 회부할 수 있도록 한다는 것이다. 투자 정의 조항에 국내법 부합규정이 있는 경우, 동 규정에서의 위반성이 인정되는 경우엔 투자협정의 보호대상에서 배제되는 것이라는 점에 대해서는 큰 이론이 없음은 이미 언급한 바와 같지만, 문제는 투자협정의 보호대상에서 배제된다는 의미가 모든 경우에 반드시 협정상의 관할에서 배제되는 것으로 귀결되지 않을 수도 있다는 점이다. 즉 관할은 인정하되 실체적 보호 규정만이 적용되지 않는 것도 가능할 것이기 때문이다. 이 문제는 소송절차상 지위에 관한 문제로서, 확고히 정해질 수 있는 문제라기보다는 필요와 결과가 고려되어야 하는 정책적인 측면이 있는 것이라 할 것이다.³⁵⁾

3. 투자 보호(protection) 조항에 포함된 경우

당사국이 외자유제권의 확보에 집착하는 경우라 하더라도, 위에서 언급한 바처럼, 투자도입(admission)조항의 국내법 부합규정은 투자가 최초로 도입되는 당시의 합법성만을 문제 삼을 수 있으며, 투자 정의(definition) 조항상의 해당 조항 역시 협정의 적용대상인 투자를 정한다는 점에서 상이할 뿐, -별도의 언급이 없는 한- 이 역시 도입 당시의 합법성만이 문제될 수 있다는 한계를 갖는다. 따라서 이를 시정하거나 보충할 수 있는 별도의 장치가 필요할 수 있는데, 흔하진 않지만, 이러한 문제점을 처리하기 위한 방편으로 투자 대우(treatment) 또는 보호(protection)를 규정한 조항 속에 국내법 부합규정을 포함시키는 경우가 있다. 왜냐하면 투자 보호 또는 대우에 관한 조항들은 합법적으로 도입된 이후의 경우에 대해서만 적용되는 부분이기 때문이다. 따라서 이러한 규정을 두는 경우는 위법성의 시기를 고려하여, 투자 당시를 위해서는 투자 도입(admission)조항에 그리고 투자도입 이후를 위해서는 투자 보호(protection) 규정에 해당 규정을 동시에

34) Salini 사건의 경우엔 모로코 법에 따라 당국과 투자계약이 정상적으로 체결되었던 만큼 국내법에 위반된 바가 없다고 판단되어 관할이 인정된 경우이고, 이후 본안에 들어가서 실체적 보호 규정이 적용된 사례라 이에 대한 정확한 언급은 없었다.

35) 이에 대해서는 후술하는 <IV. 국내법 부합규정의 위반성 문제의 소송절차상 지위> 부분에서 논하게 됨.

두는 경우가 일반적이다.³⁶⁾

불법성을 문제 삼을 수 있는 시기의 한계는 보호(protection) 조항에 해당 규정을 함으로써 일단 해결할 수 있다고 하고, 그것이 동 규정의 목적이라고 하자. 그러나 이는 전혀 예상치 못한 곳에서 새로운 문제를 유발하게 된다. 즉 당사국의 의도와는 별도로, 법기술상 동 규정의 구체적 결과가 무엇인가의 문제가 발생하는 때문이다. 만약 투자 정의에서 배제되거나 정해진 도입절차를 제대로 지키지 않은 경우라면, 당연히 해당 투자협정의 보호대상에서 배제되는 것일 뿐만 아니라 이는 협정이 설정한 관할의 대상도 되지 않을 가능성이 큼은 이미 지적인 바와 같다. 따라서 동 조항에서의 위법성이 문제되는 경우, 피소된 도입국은 소정의 법정에 대해 해당 사건에 대한 관할이 없음을 주장할 수 있게 될 것이다. 그렇다면 ‘보호(protection)’조항에 포함된 국내법 부합규정의 위반이 문제되는 경우에도 도입국이 그것을 근거로 관할

부존재를 주장할 수 있을까? ‘보호 조항’이란 이미 합법성이 확보된 소정의 투자에 대해서만 적용되는 것이란 점을 고려하게 되면 이에 대해서는 상이한 견해가 존재할 수 있다.

먼저, 보호조항상의 국내법 부합규정의 위반 문제가 있을 때도 정의 조항이나 도입조항의 경우처럼 관할 부존재를 주장할 수 있다고 보는 입장이 있을 수 있다. 이러한 입장은 -그것이 놓인 위치가 어디이든- 국내법 부합규정을 두는데 합의한 당사국들의 의도는 국내법을 위반한 투자나 투자가를 해당 협정의 보호에서 배제하고자 한 것이므로, 그 결과 해당 협정상 주요한 보호수단인 국제중재에 대한 제소를 인정하여서는 안된다는 취지라 할 수 있다.³⁷⁾ 특히 이러한 입장은 관할(jurisdiction)의 문제와 심리적격성(admissibility)의 문제를 엄격히 구분하지 않는 경우에 타당한 것으로 보이며, 현재 상당수의 ICISD 판정의 입장이 그러한 것으로 보인다.

36) Spain-El Salvador BIT (1995)의 경우가 대표적인 경우이다. 동 협정 제2조 (promotion & admission) 1항과 3조 (protection)의 1항에서 국내법 부합 규정을 동시에 언급하고 있다. 1996년 독일과 우크라이나간 BIT의 경우엔 도입조항(2조 (1))과 최혜국 대우 및 내국민 대우 조항(3조 (1))에 동시에 규정하고 있다.

37) 관할은 당사자에 의해 합의되는 것이지만 이것의 존부를 최종적으로 결정하는 것은 법정임을 인정한 다음, 관할 존부를 판단하는 세 기준으로서, 1) 관할 존부에 대한 추정 금지(Absence of presumptions in favor or against jurisdiction), 2) 당사자의 의사의 파악(Identification of the will of the Contracting States) 3) 신의성실의 원칙에 따른 해석(Interpretation according to the principle of good faith)을 거론하였고, 당사자의 의사를 고려한 신의성실한 해석에 의할 때, 국내법 부합규정은 관할을 배제하고자 하는 것이라고 해석하였다 (cf. Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2/8/2006, Award, para.176 이하).

그 다음, 대우 또는 보호 조항은 이미 적법하다고 인정된 적용대상 투자에 대해서만 적용되는 부분임을 고려함으로써, 논란의 여지가 있는 정의 조항이나 도입 조항의 것과는 확실히 구분될 수 있는 것으로 보는 입장이다. 이에 의하면, 보호 조항상의 국내법 부합 규정예의 위반이 문제되는 경우라면 이는 이미 관할이 확립된 이후에 야기된 문제가 되는 것이므로, 따라서 동조항을 근거로 위법성을 문제 삼을 순 있 다할지라도 적어도 그것을 근거로 관할의 부존재를 주장하긴 어렵다고 보는 것이다. 이러한 입장은 해당 규정상의 불법성의 문제가 범기술상 엄밀한 의미에서의 관할(jurisdiction) 배제의 요건은 될 수 없으니, 이를 문제 삼더라도 심리의 대상이 될 수 없도록 하거나 본안(merit)에서 심리하도록 해야 한다는 입장으로 귀결된다. 우선, 심리대상이 될 수 없도록 해야 한다는 전자의 경우는 관할의 개념을 jurisdiction의 문제와 admissibility의 문제로 엄격히 구분함으로써 협의의 관할은 성립되었다 할지라도 심리의 대상이 될 순 없는 것으로 보아야 한다는 것이므로, 이를 admissibility의 문제로 보아야 한다는 것이고, 후자의 경

우는 jurisdiction의 문제와 admissibility의 문제를 엄격히 구분하는 것과 무관하게 해당 문제는 관할의 문제가 아니라 이는 본안(merit)에서 다루어져야 할 문제로 보는 것이다.³⁸⁾

그런데 동일한 국내법 부합규정을 두고 이의 위반에 대해 관할의 문제로 볼 수도 있고 본안의 문제로도 볼 수 있다는 가능성이 존재할 때 이는 부가적으로 또 다른 중대한 문제를 야기하게 된다. 왜냐하면 관할의 요건일 때는 중재를 받아들이느냐 마느냐의 문제가 되는데 반하여, 본안의 경우엔 책임의 감경이나 손해배상의 인정 여부 및 그 액수를 정하는 것이어서, 같은 위법성 문제가 논란이 되는 경우라도 위법성 판단 기준이 같을 수 없게 되기 때문이다. 예를 들자면, 손해배상이 문제되는 경우엔 선의의 위반이든 또는 사소한 위반이든 모두가 고려의 대상이 될 수 있겠지만, 관할 존부의 기준이 되는 경우엔 사소한 위반만으로 관할을 거부하기엔 문제가 있는 등 위법이 있다는 것만으로 무조건 관할을 거부하긴 어렵게 될 것이기 때문이다.

38) “127. The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment ... Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor’s conduct during the life of the investment is a merits issue ...” (Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 June 2010, para.127)

III. 관할(Jurisdiction)거부를 위한 ‘국내법 부합조항’에의 위반성

1. ‘국내법’의 의미 및 위반 정도

통상적으로 ‘도입국의 법령에 따라 (according to host state law)’ 투자되어야 한 다거나 도입될 것을 요구하는 ‘국내법 부합규정’의 의미는 일견 간단할 것 같지만 구체적인 경우에 들어가면 그리 간단하지가 않으며, 이에 대한 견해 또한 다양하게 갈리고 있음을 알 수 있다. 특히 이는 이미 지적한 바처럼 관할의 문제로 제기될 때와 본안의 문제로 제기될 때에 그 위법성이 인정되는 기준이 다를 수 있기에 더욱 그러하다. 그런데 관행상 동 규정예의 위반성이 거론되어 문제되는 경우는 주로 피제소국이 관할을 부인하기 위해 당사국 법에 대한 위법성을 주장하는 경우이다. 이러한 경우엔 동 규정예의 위반성은 관할 거부라는 중대한 결과를 가져오는 것이어서 이에 대한 인정은 제한적일 수밖에 없을 것이며,³⁹⁾ 또한 이에 대한 판단은 보다 신중할 수밖에 없을 것이다.

이러한 위반성을 판단하기 위해 우선적으로 해결해야 할 문제를 주요 단계별로 살펴보자면, 무엇보다도 먼저, 위반을 판단

하기 위해선 그 기준이 되는, 즉 위반이 주장되는 법의 실체가 무엇인가의 문제와 만약 그것이 도입국의 실정법이라면 적용되어야 하는 법의 범위는 도입국 법의 전체인가 아니면 그 일부인가, 또 만약 그 일부라면 어느 범위까지로 하여야 하는가를 결정하여야 할 필요가 있다(가). 일단 기준이 되는 법이 정해졌다면, 그 다음 단계로는, 기준이 되는 법을 어느 정도까지 위반하였을 때라야 그 위법성을 인정하여야 할지 즉 위법성 정도에 대한 기준이 결정되어야 할 것이다(나).

가. ‘국내법’의 의미

‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단하려면, 무엇보다 먼저, 위반의 기준이 되는 ‘국내법’이란 무엇을 가리키는 것이며 그 적용범위는 어디까지인가를 확정할 필요가 있다. 그러나 이 문제의 해결을 위해 이에 대한 판정이나 학설을 살펴보게 되면, 이 문제에 대한 입장이 일치되지 않고 있음을 알게 되며, 이를 통합하기 또한 쉽지가 않음을 깨닫게 된다. 그 주요한 이유를 들자면, 이는 단순한 견해 차이에 국한되는 것이 아니라 위반성을 다루어야 하는 각각의 필요나 그 상황에 따라 달라질 수밖에 없는데다가, 대부분의 경우엔 전체적

39) Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 290.

이고 통합적인 관점을 도외시하고 오로지 해당 문제만을 해결하는데 국한하거나 특정 판정만을 평석하는데 그치기 때문인 것으로 보인다.

우선, 이에 관한 입장들을 대략적으로 정리하자면 크게 양분해 볼 수 있는데. 하나는 당사국의 법을 당사국의 '실정법'으로 파악하고자 하는 입장이고, 다른 하나는 이를 실정법으로 보는 것이 아니라 '기본적인 법원칙'을 가리키는 것이라고 보는 입장이다. 그 다음, 세부적인 차원에서도 견해가 나뉘고 있는데, 실정법을 기준으로 보는 입장에서도 이를 '법 전체'를 커버하는 것으로 보아야 한다고 주장하는 경우가 있는가 하면, 다른 한편에서는 그 전체가 될 수는 없고 그 중 '투자와 관련된 특정한 법'에 국한되는 것으로 보아야 한다고 주장하는 입장도 있다. 또한 이를 실정법 규정이 아니라 법의 기본원칙으로 파악하는 입장에서도 법원칙의 해당 여부를 판단함에 있어서, 그것을 도입국 법령의 기본원칙으로 보는 입장이 있는가 하면, 국제적으로 통용되는 법원칙으로 파악하는 입장도 있다.

(1) 위반성의 기준의 제한 필요성

당사국의 국내법이란 무엇을 가리키는 가라고 했을 때, 가장 쉽게 거론할 수 있는 입장으로는 그것은 당사국의 실정법 전체라고 하는 입장일 것이다. 이는 대체적으로 피제소국이 취하는 입장이며, 그 근거로는 일견 문언상 그렇게 보이기 때문이다. 그러나 제소자인 투자가의 입장에서 볼 때, 이러한 입장은 당사국의 일방적 행위에 의해 국제중재에의 제소자체를 부인할 수 있게 하는 것이어서 국제투자를 보호·조장하기 위해 체결된 투자협정의 기본 목적과 상치되는 것으로 보일 수도 있다. 따라서 동 문제가 제기되고 이에 대한 당사자의 견해가 상충되면, 해당 법정은 이에 대한 법해석을 하지 않을 수 없게 되며, 해석은 국제관습법을 반영하고 있는 '조약법에 관한 비엔나협약'상의 조약해석 원칙에 의하게 될 것이다. 비엔나 협정에 의하자면, 문맥상의 통상적인 의미와 동시에 그 목적(object and purpose)도 함께 고려하도록 요구하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 해당 경우 역시 문언뿐만 아니라 투자의 목적을 고려하는 관점에서 위법성의 기준을 재차 파악해 볼 필요가 제기되게 된다.

우선, 투자협정의 목적은 외자 도입의 촉진이며 이를 위해 외자의 보호 장치를

40) "1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." (Vienna Convention on the law of treaties, Art.31 (1))

마련하는 것이라는 데에는 이의가 없다. 그 다음, ‘국내법 부합규정’이 도입된 취지를 보자면, 도입국으로선 외자의 도입이 요청되지만 때에 따라서는 그것이 도입국의 주권 자체를 침해할 소지도 없지 않는 것이어서 이러한 부작용을 방지할 최소한의 장치로 도입되었다고 할 수 있다. 그리고 ‘협정’이 당사자들의 상치된 의사간의 균형잡힌 합의임을 전제한다면, 투자협정이란 원칙적으로 외국투자를 보호·조장하고자 하는 목적이지만, 이를 일방적으로 인정하는 경우엔 도입국의 주권침해의 우려가 있기 때문에 도입국의 법에의 부합규정을 도입함으로써 균형을 이룬 것으로 볼 수 있다. 그런데 만약 ‘국내법 부합규정’을 적용함에 있어 문언 그대로 해당 국가의 실정법 전체를 기준으로 삼고, 이에 대한 모든 위반의 경우를 문제 삼을 수 있다면, 이는 협정상 투자 보호의 핵심 요소인 국제중재에의 제소 가능성 자체가 당사국의 의도에 의해 일방적으로 부정될 수 있게 되는 것이고, 이는 필요 이상으로 외국투자를 희생시키는 결과가 되는 것이어서, 투자협정의 또 다른 주요 목적인 외국투자의 보호·조장이라는 목적이 과도하게 침해될 우려가 없지 않다.

대부분의 경우, ‘국내법 부합규정’에 대한 위반의 결과는 손해배상액의 결정요인이 아니라 협정에서 설정한 국제중재에 대한 제소권을 부인할 수 있는 즉 관할권 성립의 요건으로 해석되고 있다.⁴¹⁾ 이러한 경우엔 위법성의 기준이 되는 법의 범위는 더욱 좁아질 수밖에 없으며, 그 위반 정도도 중대한 위반에 국한될 필요가 있다. 왜냐하면 도입국의 자의적 조치를 규제하고 이의 적절성 여부를 국내법정이 아니라 국제법정에서 판단 받을 수 있도록 하고자 하는 것이 투자협정의 요체인데, 이를 위해선 국내법 내용 및 이의 적용에 있어서의 부적절성 여부가 가능한 한 국제법정에서 심리될 것이 필히 요청되는 것이므로, 국내법 위반을 이유로 관할 자체를 부정할 수 있는 경우란 극히 제한적으로 인정되어야 할 것이기 때문이다. 더군다나 도입국은 자국 내의 외국투자에 불법이 인정된다고 판단하는 경우, 이에 대해 아무런 조치도 취할 수 없는 지위에 있는 것이 아니라 협정과 관계없이 지체없이 상응하는 조치를 취할 수 있는 지위에 있다. 그럼에도 도입국의 일방적인 대응조치의 과소나 타당성 여부를 다투는 게 아니라 이를 문제 삼을 기회조차 투자가로부터 박탈하는 경우

41) 이의 최초의 근거로 Salini 판례(Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para. 46)를 언급하는 경향이 많다. 그러나 이에 대한 반론도 만만치 않다. 이에 대한 문제점은 이후에 언급하기로 한다.

라고 한다면, 논리상 그 위법으로 인한 주권침해의 정도는 명확해야 할뿐만 아니라 외자의 조장 및 보호라는 목적을 희생시킬 만큼 그 정도에 있어서도 중대해야 할 것이기 때문이다.

기준이 되는 법의 제한에는 두 요인이 작용할 수 있는데, 하나는 적용 법의 범위를 줄이는 방법이며, 다른 하나는 그 위반의 정도를 높이는 방법이다. 예를 들자면, 기준이 될 수 있는 법을 전체의 법이 아닌 특정한 법으로 제한하는 방법이 있을 수 있는 반면에, 모든 국내법을 기준으로 인정하는 경우라 하더라도 관할을 거부할 정도로 위반의 정도가 중한 것에 제한하는 방법이 있을 수 있을 것이다. 현재의 관행은 불분명하게 이 양자를 혼용하고 있으며, 딱히 말하자면, 전자의 경우엔 주로 ‘그 자체 불법’의 기준으로, 후자의 경우엔 ‘법의 일반원칙’이 주요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

(2) 기준이 되는 법의 제한 기준

먼저, 국내법 부합성의 기준으로 인정할 수 있는 법은 어느 범위까지를 인정해야 할 것이며 어느 법은 배제되어야 할 것인지의 문제에 대한 해결방안으로서는 크게

두 입장이 제시될 수 있는 것 같다. 하나는 기준이 되는 법을 특정한 법 특히 투자협정의 경우엔 외자도입과정이 문제되는 만큼 투자관련 실정법으로 국한하고자 하는 입장이며, 다른 하나는 외자가 국가의 기본질서의 유지와 관계될 수 있는 한 실정법 전체가 기준이 되어야 하겠지만, 그럴 경우엔 관할 거부원인으로 삼기에는 문제가 있으므로, 실정법 위반 그 자체를 넘어서서 실정법상의 기본원칙이 침해되는 정도가 기준이 되어야 한다는 입장이다.

1) 투자관련 실정법으로 보는 입장

첫째, 국내법의 의미를 일단 해당 국가의 모든 실정법임을 전제로 하되, 투자협정의 ‘국내법 부합규정’의 존재이유를 감안하고, 이 경우 위법성의 결과가 투자협정의 보호대상에서의 제외라는 중대한 것임을 고려한다면, 해당국가의 실정법 위반 모두가 해당될 순 없다고 판단한 다음, 이러한 결과를 수반하는 위법성의 기준이란 결국 외국투자와 관련된 법규에 한정되어야 한다고 보는 입장이다. 이는 특히 ‘국내법 부합규정’이 투자 도입 시에만 적용되도록 규정된 경우엔 당연히 외자 도입과 관련된 법규만이 해당 기준이 될 수 있다고 보게 된다.⁴²⁾

42) “... However, unless specifically stated in the investment treaty under consideration, a host State should not be in a position to rely on its domestic legislation beyond the sphere of investment regime to escape its international undertakings vis-à-vis investments made in its territory ... it is the Tribunal’s view that the legality re-

그러나 이러한 입장의 경우, 주로 투자 관련법이 관련되는 것이라고 하는 점에선 타당성이 있을 수 있으나, 그러한 법 이외 것은 배제된다고 한다면 이는 타당하지 않을 수 있다. 왜냐하면 투자협정상의 국내법 부합규정의 목적은 도입국의 최소한의 질서를 유지하는데 있는 것이므로, 투자협정에서 특정한 투자법만을 지칭한 경우가 아닌 이상, 이는 특정한 법에 국한될 수 있는 것이라기보다는 그 결과가 어떠한 것인지가 중요할 것이기 때문이다. 따라서 도입국의 기본질서에 명백히 영향을 주는 경우라면 그 위반된 법이 무엇인지는 그리 중요하지 않을 것이라는 점에서 문제가 있다고 할 수 있다.

그 다음, 그것을 인정할지 여부를 두고도 논란이 있겠지만, 이를 인정한다 할지라도 거론될 수 있는 첫 번째 문제로는, 어떤 법이 투자 관련법이며 어떤 법은 그것에서 배제되는 것인지가 불분명한 경우가 많다. 후자의 경우엔 특히 ‘경쟁법’의 포함 여부가 문제된 경우가 많은데, 이는 그것

이 투자 관련법인가도 문제되거나와 상당 부분은 도입 당시 보다는 그 이후의 활동에 대해 적용될 소지가 많기 때문이기도 하다. 이러한 문제점을 고려하여, 특정 투자협정의 경우엔, 적극적인 방법으로, 국내법 부합성 여부에 원용될 구체적인 국내법으로 외자관련 특정 법령을 제한적으로 적시하는 경우도 있으며,⁴³⁾ 또 다른 투자협정의 경우엔, 소극적인 방법으로, 경쟁법 등을 투자협정의 적용대상에서 배제하는 명시적 규정을 두기도 한다.⁴⁴⁾ 그러나 적용대상이 되는지 여부를 두고 구체적으로 문제된 것으로는 경쟁법에 그치지 않고, 이외에 통신법, 형법 등도 거론될 수 있다. 이러한 입장이 갖는 두 번째 문제로는 이러한 입장을 취하는 경우, 적용되어야 하는 법의 범위에 덧붙여, 어느 시기의 법이 적용되어야 하는 것이며, 어느 정도의 위반이 있는 경우에 그 위반성이 인정될 수 있는지에 대한 추가 기준이 또한 필요하게 되는데, 이에 대한 분명한 기준 또한 없다는 점이다.

quirement contained therein concerns the question of the compliance with the host State's domestic laws governing the admission of investments in the host State ...” (Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14/7/2010, para.119)

43) 인도네시아가 영국(1977년), 호주(1993년) 칠레(1999년)등과 체결한 BIT에선 “in accordance with the Law No 1 of 1967 concerning foreign investment and any law amending or replacing it.”라는 규정을 두어 구체적으로 ‘외자도입법’만이 그 적용대상임을 명시하고 있다.

44) “For the purposes of this Chapter: activities carried out in the exercise of authority means activities carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators; ...” (EU-Canada간 CETA, Article 8.1 Definitions)

2) ‘법의 기본원칙(fundamental legal principle)’으로 보는 입장

둘째, 동 규정상 불법성의 인정은 관할의 부인이라는 중대한 결과를 초래하는 점을 고려한다면, 우선 모든 실정법 규정을 대상으로 하여 이를 위반한 모든 경우를 ‘국내법 부합규정’의 위반으로 인정하긴 어렵다는 점, 그리고 투자협정의 궁극적인 목적이 외자 촉진 및 보호라는 점을 고려한다면, 이 협정 속에 ‘국내법 부합규정’이 도입된 취지는 도입국의 주권침해를 막고자 하는 범위 내에 국한되어야 함과 동시에 이는 또한 외자 촉진을 지나치게 저해하지 않는 범위 내이어야 한다는 한계를 갖는다는 점 등을 감안해야 하는 것이므로, 이 경우의 위법성은 단순한 실정법의 위반에 그치는 것이 아니라 그것이 법의 기본원칙(fundamental legal principle) 또는 국제공서(international public order)를 침해하는 정도의 것이라야 함을 주장하는 입장이 제기된다.

그러나 이러한 입장도 세밀히 보면 다시 세 입장으로 세분될 수 있다. 첫째는 ‘도입국 법령의 기본원칙’을 기준으로 제시하는 경우이다.⁴⁵⁾ 이는 해당 법령을 도입국의 실정법을 의미하는 것으로 보되, 그 위반의 결과가 관할의 거부라는 중대한 결과라면, 모든 법의 위반이 이에 해당될 수는 없는 것이므로 이의 위반이 인정되기 위해선 규정 위반자체가 아니라 그 법령에 반영된 기본이념이나 가치에 반하는 정도이어야 한다고 보는 입장이다. 즉 ‘국내법의 기본원칙’이 기준이 된다는 것이고, 국내법 부합성이 주요한 이유는 도입국의 공공복지(public welfare)나 경제적 안녕(economic well-being)에 관련이 있기 때문이며,⁴⁶⁾ 이를 고려하자면 도입국 관련법의 취지나 도입 동기 및 목적 등이 필히 고려될 필요가 있을 것으로 본다.

둘째는 ‘국제적 법원칙’으로 보는 입장이 있다. 즉 협정에서 구체적 법명이 아니라 막연히 ‘당사국의 법령’으로 규정한 경

45) “Indeed, in order to receive the protection of a bilateral investment treaty, the disputed investments have to be in conformity with the host State laws and regulations. On the other hand, as was determined by the arbitral tribunal in the Lesi case, investments in the host State will only be excluded from the protection of the treaty if they have been made in breach of fundamental legal principles of the host country ...” (Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, 29/7/2008, Award, para.319); 그밖에 2008년 Desert Line 판정도 유사한 입장을 보였다(Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/OS/17, 6/2/2008, Award, para. 104).

46) “② 외국인인 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.
1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
(<외국인투자촉진법> 제4조 2항)

우이고, 그것이 무엇을 의미하는지를 둘러싸고 당사자간 견해의 충돌이 있으며, 이로 인해 이것의 의미 확정을 위한 법해석이 필요한 경우라면, 조약 규정의 의미를 일방에 의해 결정되도록 할 수는 없는 것이고, 만약 쌍방이 동의할 수 있는 의미여야 한다면, 이는 당사국의 법령 자체라기 보다는 전 세계 국내법의 기본원칙 즉 ‘국제적 법원칙’ 또는 ‘일반적인 법원칙’을 의미하는 것으로 보아야 한다는 입장이다.⁴⁷⁾ 이러한 입장의 대표적인 경우로 2006년도 LESI v. Algeria 사건 판정⁴⁸⁾을 언급할 수 있다. 2009년 Phoenix Action v. Czech Republic 사건 판정도 이에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

셋째, 이러한 입장은 일반적 법원칙이나 국제적 법원칙이라는 용어 대신 ‘국제공서(international public policy; ordre public in-

ternational)’를 거론하는 쪽으로 나아갈 수도 있다. 그 대표적인 경우로 2006년 Inceysa 판정을 거론할 수 있는데, 동 법정은 투자협정에서의 국내법 부합규정의 도입취지가 국제공서의 구현(a clear manifestation of said international public policy)에 있다고 보았다.⁵⁰⁾

국내법 부합규정에의 위반 여부의 기준으로 법의 기본원칙을 거론하는 입장의 장점으로는, 우선, 투자협정상상의 ‘국내법 부합규정’의 존재이유 및 그로 인해 부과되는 한계 등을 고려함으로써, 사소한 위반으로 관할이 거부되는 문제점을 완화하고 해당 규정의 남용을 막을 수 있다는 점 그리고 국제적 법의 원칙이나 일반적 법의 원칙으로 보는 입장의 경우엔 해당법의 제정이나 그 일차적 적용자가 도입국이라는 점을 고려하여 도입국의 일방적 남용 가능

47) 이러한 입장을 취하는 경우, 해당 규정이 국내 실정법을 의미하는 것으로 인정되기 위해선 조약상에 구체적으로 특정한 범명을 언급해야할 필요가 있게 될 것이다. 이런 입장에 의할 경우, 구체적인 투자범명을 언급한 투자협정의 경우 이의 의미가 부각될 수 있을 것으로 보인다.

48) 동 법정이 ‘법의 기본원칙’이 기준이 되어야 하는 이유로는, 첫째, 조약상 규정의 의미는 쌍방이 수용할 수 있는 의미이어야 하는 것이지 일방에 의한 좁은 의미일 수 없다고 함으로서 당사국의 실정법자체가 기준이 될 수 없음을 확인한다. 둘째, 그 대안으로서 고전적이고도 전반적으로 정당화될 수 있는 방법을 찾게 되며, 이에 의할 때, 협정의 보호가 박탈되려면 법의 기본원칙 (principes fondamentaux)을 위반한 경우이어야 한다고 판단하였다(L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3, 관할판정(decision), 12/7/2006, para.83 (iii)).

49) “The Tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 113)

50) Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para. 246.

성을 완화할 수 있다는 점 등이 지적될 수 있을 것이다. 또한 부수적으로는 이러한 위반성을 최종 판단하여야 하는 자가 국제 법정이라는 점을 고려할 때,⁵¹⁾ 이러한 입장을 취하는 경우엔 위반된 구체적인 국내 법령을 거론할 필요가 없을 것이므로, 구체적인 국내 법령보다는 법의 기본원칙에 더 익숙할 국제법정의 상황에 보다 부합할 것으로도 보인다.

그러나 결정적인 단점으로는 우선 대부분의 투자협정상 ‘국내법 부합규정’과 관련하여 ‘법의 기본원칙’이란 용어 자체가 등장하지 않는다는 점이다.⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 이를 기준으로 원용할 경우엔 조약 규정도 없이 일방적으로 도입국의 이익을

지나치게 침해하는 것으로 판단될 소지도 없지 않다.⁵³⁾ 특히 투자협정의 ‘국내법 부합규정’의 도입취지가 일반적인 이익의 보호가 아니라 도입국의 개별적인 기본질서를 지키고자 하는 것이란 점에서 본다면 특히 그러하다. 그리고 만약 국내법과는 무관하게 법의 기본원칙이나 국제공서를 원용하는 경우라면⁵⁴⁾ 굳이 국내법 부합규정에 근거할 필요가 없을 수 있다는 점도 문제로 지적될 수 있다.

그 다음, 이를 인정한다 할지라도, 법의 기본원칙의 구체적 내용을 확정함에서나 그 위법성을 인정함에 있어서의 판단 기준이 모호하여 국제법정의 재량이 지나치게 커진다는 문제점을 거론할 수도 있을 것이다.⁵⁵⁾

51) “... as the legality of the investment is a premise for this Tribunal’s jurisdiction, the determination of such legality can only be made by the tribunal hearing the case, i.e. by this Arbitral Tribunal...” (Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.209).

52) 이러한 문제를 의식하여 2014년 EU와 Canada간에 체결된 CEPA의 경우엔 아래와 같이 특정한 법 원칙에 위반된 경우엔 제소할 수 없다는 명문의 규정을 두고 있다: “3. For greater certainty, an investor may not submit a claim under this Section if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process(CEPA, Article 8.18, (3)).

53) “... The Claimants’ interpretation goes beyond the terms of the BIT, in an attempt to further the investor’s protection without due regard for the State’s interests...” (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, para.263) 따라서 동 법정은 법의 기본원칙을 기준으로 삼아야 한다는 판례를 거부한 경우라 할 수 있다.

54) World Duty Free Company 사건 판정에선 국제공서에 위반한 경우엔 국내법 부합규정과 무관하게 관할이 부인될 수 있음이 인정되었다. 동 법정은 부패행위(corruption)를 통해 취득한 투자에 대해 국내법 위반이라고 하기보다는 “국제사회에 공통된 국제공서(an international public policy common to the community of nations)”에 위반된다는 이유로 관할을 부인하였는데, 이 경우 ‘국내법 부합규정’에 위반 여부에 대해선 어떠한 언급도 하지 않았다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006, para. 148, para. 157).

55) 이는 결국 법의 예측가능 기능을 침해하게 될 것이며 실무적으로는 중재판정의 일관성을 해하는 결과를 초래하게 될 것이다.

나. 위법의 정도

관할 거부의 근거로서의 국내법 부합규정의 위반성이 인정되기 위해서는 판단기준이 되는 법이 무엇인가와 더불어 위법의 정도 즉 어느 정도의 위법이 있는 경우 동규정의 위반성이 인정될 수 있는지도 역시 중요한 문제가 됨은 지적인 바와 같다. 따라서 이제 이러한 정도에 이르기 위해선 어떠한 불법성이 이에 해당될 수 있는 것인지, 그리고 위반의 정도를 강화하기 위해 도입된 법의 기본원칙은 이 경우 어떻게 사용되고 있는지를 판례를 중심으로 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 지금까지의 국제중재판례의 입장을 살펴보면, 이 문제의 해결을 위한 기준이 단순하지도 또한 쉽지도 않은 관계로 이론적이기 보다는 실용적으로 해결하고자 하는 것 같으며, 그 결과 국내법 위반만으로 국내법 부합규정의 위반성이 확실히 인정될 수 있는 경우인 ‘그 자체 불법’인 경우 그리고 그 이외의 경우에 적용되는 ‘법의 기본원칙에 위반’되는 경우로 나누어 취급하고 있는 것

으로 보인다.

(1) 국내 법령에의 명백한 위반

1) ‘그 자체 불법(illegal per se)’인 투자

ICSID를 비롯한 국제투자중재 판례에 의거하면, 국내법 위반만으로 국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 인정될 수 있는 가장 중요한 기준으로 ‘투자 그 자체가 불법(illegal per se)’인 경우이어야 함을 일관되게 요구하고 있다.⁵⁶⁾ 여기서의 ‘그 자체가 불법인 투자’란 투자 목적으로 사용된 자산(asset)이 불법인 경우이거나 자산의 사용 즉 사업 활동(business activity) 그 자체가 불법인 경우를 의미하는 것으로서,⁵⁷⁾ 이러한 경우는 별도로 법의 기본원칙에 반하는 것인지를 더 이상 살펴볼 필요 없이 그 자체로서 국내법 부합규정에의 위반성이 인정될 수 있는 경우로 보게 된다. 그 대표적인 경우로는 투자계약 자체가 무효인 경우를 들 수 있을 것이며, 투자 업종 자체가 불법인 경우도 이에 해당할 수 있을 것이다. 또한 토지나 주

56) Cf. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29/4//2004, paras. 86, 97.; Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para. ; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8/3/2010, para.145 등. 이 경우의 대부분은 국내법 부합규정에의 위반성을 관할의 존부의 요건으로 파악하였다는 특징을 갖는다.

57) Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29/4//2004, para. 86 (리투아니아-우크라이나간 BIT에는 국내법 부합규정이 투자 정의 조항인 제1조 1항에 포함되어 있었다); Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration,” The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Volume 11, Issue 2, 2012, 288.

식 등에 있어 제한된 소유분 이상을 취득한 경우도 포함될 수 있을 것이다. 이는 주로 도입국의 투자관련 법령의 주요 규정에 대한 명백한 위반을 의미하는 것으로 보인다. 따라서 투자관련 법령 이외의 위반의 경우(예: 형법의 위반 등)는 그 자체 불법으로 취급하기 보다는 국제적 기본원칙이나 국제공서의 위반으로 취급되는 경향이 있다.⁵⁸⁾

‘그 자체 불법’이 되기 위해서는 해당 도입국 법령의 주요 규정을 명백히 위반한 경우여야 하겠지만, 관련 법령 위반의 구체적 효과가 무엇인지에 따라 그 인정 여부를 두고 논란이 야기될 수도 있다. 예를 들자면, 국내법령이 효력법규인지 단속법규인지에 따라 ‘그 자체 불법’인지의 여부에 대한 견해의 대립이 있을 수 있는 것이다.⁵⁹⁾ 즉, 외국인이 구매할 수 있는 법적

상한을 넘어 주식을 취득한 경우, 해당 법령이 상한 이상의 주식 소유 그 자체를 불법화하거나 무효화하는 것이 아니라 그러한 거래를 행한 당사자를 처벌하는데 그치는 경우, 이러한 경우도 그 자체 불법으로 보아야 하는지에 대해서는 상이한 견해가 존재한다. 긍정설의 경우엔 입법취지를 고려함으로써 이를 그 자체 불법인 경우에 해당할 수 있다고 보는 입장이다.⁶⁰⁾ 반면 부정설의 입장은 투자 그자체가 불법인 것은 아니고 단지 취득행위만이 불법인 경우이고, 또한 이러한 불법에 대해서는 행위자가 국내법상의 처벌을 받음으로서 일단락되는 것이므로, 이러한 상황에 대해 ‘국내법 부합규정’을 거론하며 국제중재 관할까지 거부하고자 하는 것은 지나치거나 부적절하다고 보는 것이다.⁶¹⁾ 그러나 이러한 입장도 불법을 협정상 전혀 문제 삼지 말자는 것은 아니고, 단지 이를 관할 거부의

58) 이에 대해서는 ‘(2) 법의 기본원칙에의 위반’ 부분 참조. 따라서 경쟁법의 경우엔 모든 국가가 갖추고 있는 법이 아니므로 국제적 기본원칙이나 국제공서로 보기에 문제가 있게 된다.

59) 효력법규인지 단속법규인지 여부는 법규정 자체에 의해 정해질 수도 있지만, 법원의 판례에 의해 정해질 수도 있다. 우리나라의 경우 <외국환거래법>의 경우, 판례가 동법에 위반된 외환거래를 무효로 하는 것이 아니라 당사자를 처벌하는데 국한하는 단속법규로 해석하고 있다.

60) 이를 인정한 대표적인 판정으로 Fraport 판정을 들 수 있다. 필리핀 헌법과 법률(Dummy law)에 의해 특정 기업에 대한 외국투자자의 지분소유분에 대한 제한이 있었는데, 이를 위반한 것은 합법적인 자산을 불법적으로 사용한 경우라기보다는 그 자체 불법으로 본 경우라 할 것이다(Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007).

이후 동 판정은 취소위원회(Annulment Committee)에 회부되어 취소되었지만, 이는 절차상의 흠 때문이었을 뿐, 위의 논지는 그대로 유지되었다고 할 수 있다(Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23/12/2010).

61) Fraport 판정상의 Cremades 중재인의 반대의견의 논지가 이러한 취지인 것으로 보인다. “Investor illegality

사유가 될 수 없다는 것이지 본안에서 책임의 감경사유나 손해액의 증감을 고려하는데 까지도 고려대상으로 삼지 말자는 것은 아니며, 그러한 경우는 관할문제보다는 오히려 본안에서 다루는 것이 협정의 기본 목적에 더 부합할 것으로 보는 입장인 것이다.

2) ‘그 자체 불법’으로 인정되지 않는 경우

‘그 자체 불법’이라는 개념은 절대적인 개념이라기보다는 상대적으로 제시된 개념이다.⁶²⁾ 즉, 이는 그 자체는 합법이지만 부수적인 또는 형식적인 측면만이 불법인 경우를 전제로 제시된 개념이라 할 수 있으며, 따라서 이러한 경우는 ‘그 자체 불법’이 될 수 없는 경우로서, 국제법정의 관행에 의하면, 이를 그 자체 불법이 아닌 경우라고 칭하는 대신, ‘사소한 위반(minor breaches)’이라는 개념을 사용하고 있다.⁶³⁾ 이에 판례를 중심으로 어떠한 경우를 사소한 위반으로 판단하였는지를 살펴볼 필요

가 있다.

① 형식이나 절차상의 흠이 인정되는 경우

통상적으로 투자분쟁 당사자중 원고인 투자자는 기준이 되는 법의 범위를 가능한 축소하고자 할 뿐만 아니라 그 위반 정도도 위증해야 함을 주장하는 반면, 피고가 되는 도입국의 입장에서선 모든 자국법을 기준으로 하고자 할 뿐만 아니라 위반 여부만 문제될 뿐 위반의 정도와는 무관한 것임을 주장하게 된다. 따라서 이러한 현격한 입장 차이의 존재는 이에 대한 해당 규정의 해석을 요하게 되며, 투자협정의 목적 및 당사자 간의 균형 등을 함께 고려하는 객관적인 입장에 의하자면, 당사국법의 사소한 위반까지 국내법 부합규정에 반하는 것으로 보기엔 문제가 있는 것으로 판단하게 된다. 왜냐하면, 관행상 국내법 부합규정은 위법한 투자를 투자협정의 보호대상에서 배제할 목적으로 원용된다는 점이고,⁶⁴⁾ 이로 인해 사소한 정도의 위반

is serious, and there are many means to address it. However, in my opinion, it is an artificial, decontextualised interpretation of Article 1(1) of the BIT that excludes the jurisdiction of this Arbitral Tribunal for an alleged breach of the Philippine Anti-Dummy Law, and an interpretation that does violence to the object and purpose of promoting and protecting investment in the Philippines...” (Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, para.14).

62) 그 자체 불법이란 용어를 최초로 거론한 Tokio 판정도 사소한 절차상의 위반과 구별 짓는 개념으로서 이를 언급한 것이다.

63) Cf. Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para. 297.

64) Cf. Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para. 46.

까지 이 규정의 위반으로 인정할 경우, 투자자는 사소한 위반 하나로 당사국의 부당한 조치에 대해 다툼 기회마저 박탈당하게 되는 부당하고도 불합리한 결과를 초래할 뿐만 아니라 이는 궁극적으로는 외자 보호라는 투자협정의 목적이 지나치게 침해되는 결과를 가져올 것이기 때문이다.

이러한 사소한 위반의 대표적인 유형으로는 등록서류상 사소한 오류나 규정된 행정절차상의 흠이 인정되는 경우 즉 ‘형식상의 불법’의 경우가 거론된다. 이를 인정한 선구적인 경우로는 2004년 Tokios Tokelés v. Ukraine 사건 판정을 들 수 있다. 이 경우 도입국 당국이 지속적으로 해당 투자를 외자로 등록해 왔음에도 불구하고, 사소한 실수(minor errors)로 야기된 등록 서류상의 흠(defects)을 이유로 투자협정의 적용대상에서 배제하고자 한데 대해, 국내법상의 행정절차상의 양식에 부합하지 않았다는 것은 ‘그 자체 불법’인 경우와 구분되는 것으로 그것이 투자로서의 성격을 바꿀 수 없는 것이라는 점,⁶⁵⁾ 그리고

형식적인 흠을 관할거부의 사유로 인정하는 경우, 이는 ‘투자협정의 목적(the object and purpose of the Treaty)’에 반하게 된다는 점을 지적함으로써, 그러한 사소한 불법이 국내법 부합규정의 적용대상에서 배제되어야 하는 주요한 근거가 투자협정의 ‘목적’에 있는 것임을 밝혔다.⁶⁶⁾

그 다음, 2008년 Desert 판정은 이에 나아가 사소한 위반에 해당할 수 있는 경우를 보다 일반화하였다. 즉 동 법정은 위법성 여부를 판단함에 있어 기준이 되어야 하는 것은 ‘단순한 형식(mere formalism)’이 아니라 ‘실체적 목적(material objective)’이어야 함을 지적하였으며, 만약 그렇게 하지 않을 경우, 국내법 부합 의무는 투자자로 부터 국제법정예의 제소권을 박탈하기 위한 인위적 함정(artificial trap)이 될 수 있음을 지적하였다. 동 사건의 경우, BIT는 그 적용대상인 투자를 정의함에 있어 당사국의 법령에 따라 수락(accepted)되고 투자증명서(investment certificate)를 발급받은 투자에 국한하였음에도 불구하고,⁶⁷⁾ 투자

65) Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 97.

66) Ibid., para. 86.; 그 외에 2010년 Alpha Projektholding v. Ukraine 사건판정에서는 형식상의 사소한 위반은 ‘국내법 부합규정과는 무관한 것이라고 판단하였다. (Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, 297)

그밖에, 2010년 Alpha 사건 판정에서는 -Tokios 판정취지를 그대로 추종하며 - 해당 자산이 협정에 규정된 투자(investment)의 범주에 드는 한- 행정절차상 흠이 있다고 하여 그것의 성격이 바뀌진 않는 것임을 재확인하였다(Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para.297).

67) “The term “Investment” shall mean every kind of assets owned and invested by an investor of one Contracting Party, in the territory of the other Contracting Party, and that is accepted, by the host Party, as an investment

협정의 목적을 고려할 경우 국내법에의 부합성은 제한적으로 해석되어야 하는 것이며, 이러한 국내법상 절차나 형식적 요건을 갖추지 않았다고 하여 당연히 대상 투자에서 배제되는 것이 아님을 밝힌 것이라는 점에서 의의가 있다.⁶⁸⁾

② 국내법 위반의 결과로 특혜나 보증이 박탈되는 경우

그 자체 불법이라는 개념은 또한 법 위반의 결과가 국내법상 부여된 특정한 권리나 특권을 박탈당하는 경우와는 구분되는 개념으로 인정된다.

먼저, 2010년 *Inmaris* 판정의 경우를 보면, 국내법령을 위반한 결과로 해당 국내법에 의해 주어진 특혜나 권리를 박탈당하는 것이라면, 그러한 위법은 투자협정의 보호에서 제외되는 국내법 위반의 경우로 볼 수 없다고 판단하였다. 즉 이는 ‘그 자체 불법’인 경우로 볼 수 없다고 본 것이

다.⁶⁹⁾ 그 다음, *LESI* 판정의 경우엔 해당 사건에서 위반이 거론된 국내법은 조세상의 특혜를 받기 위한 체계에 불과한 것이므로 이에 대한 위반은 투자협정의 목적과는 무관한 것이라고 판단하였다.⁷⁰⁾

따라서 적어도 관할을 부인하기 위해 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 문제삼는 경우라면, 단지 혜택이 박탈되는 경우와 국내법에 의해 무효가 되거나 처벌의 대상이 되는 경우와는 확연히 구분되어야 할 필요가 있어 보인다.

③ 부수적 투자가 위법인 경우

그 이외에 사소한 위반의 유형으로 거론될 수 있는 경우로서, 해당 투자의 수익성의 핵심 부분이 아닌 부수적인 부분에 있어서의 불법성이 문제되는 경우를 추가해 볼 수 있다. 이는 *Fraport* 사건 판정에서 거론된 바 있다.⁷¹⁾ 즉 투자의 핵심되는 부분에 위법성이 없다면, 설령 해당되는 투자

according to its laws and regulations, and for which an investment certificate is issued.” (Oman-Yemen BIT art.1 (1))

68) *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/OS/17, 6/2/2008, Award, para.106. ASEAN 협정(1987) 제2조 제1항은 ‘투자유치국에 의하여 등록된 투자’라는 문구를 두고 있으며, 인도네시아가 영국, 호주 칠레 등과 체결한 BIT에서는 적용대상 투자의 정의에 대하여 ‘1967년 인도네시아 외국투자법 제1호에 따라 승인된 투자’라고 하는 등 구체적인 문언을 두고 있다. 그러나 이러한 경우에도 인정될 개연성이 있다는 것이지 절차 및 형식상 위반이 당연히 관할거부의 이유로 인정된다는 의미인 것으로 볼 수 없을 것이다. 그 결과를 별도로 또 고려해야 하는 까닭이다.

69) Cf. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8/3/2010, para.145.

70) *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, 관할판정(decision), 12/7/2006, para.83 (iii).

의 지엽적인 부분에서의 위법성이 있다손 치더라도, 더군다나 그러한 위법으로 인해 수익성(profitability)이 증가된 것도 아니라면, 이를 고의로 위반한 것으로 볼 수도 없는 것이어서, 이를 관할 거부의 사유로 인정하지 않을 개연성이 주어진다는 견해를 언급한 것이다. 즉 지엽적인 투자 부분에서 고의가 없는 위반일 것을 요건으로 하는 것이다.

(2) 법의 기본원칙에의 위반

판례가 관할 부인의 근거로서 국내법 부합규정에의 위반성을 확실하게 인정하는 경우로는 투자가 '그 자체 불법'인 경우이다. 이것은 분명 국제 판례에 의해 일관되게 인정되고 있는 것이긴 하지만, '그 자체 불법'인 경우가 위반성이 인정되는 유일한 경우인지에 대해서는 언급이 없다.⁷²⁾ 그러

나 판례를 두루 살펴보자면, 법의 기본 원칙(fundamental principles of law)이나 국제 공서(international public order)에 반하는 경우도 국내법 부합규정에의 위반성이 인정될 수 있는 경우로서 추가 거론할 수 있을 것으로 보인다.⁷³⁾

1) 고의적인 위반의 경우

국내법 부합규정에의 위반성을 다룸에 있어 거론되는 '법의 기본 원칙'이나 '국제 공서'라는 용어는 관행상 본래의 의미로 보다는 '그 자체 불법'인 경우와 대비되는 경우로서, 주로 '합법적인 투자를 불법적으로 취득한 경우'에 대해 거론되고 있는 것이며,⁷⁴⁾ 이는 다른 관점에서 볼 경우엔 고의에 대한 책임을 묻는 기능을 하고 있는 것으로 파악된다.⁷⁵⁾

통상적으로 공서의 적용 경우엔 그 적용

71) *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.396. 동 법정은 이에 더 나아가 선의인지 아닌지가 불분명한 경우엔, 그러한 불법으로 인한 수익성(profitability) 증가 여부를 고려할 필요가 있으며, 불법으로 인해 수익성이 증가하지 않는 경우라고 한다면, 이를 선의로 파악할 수 있을 것이라든 세부적인 견해까지 표명한 바도 있다.

72) Stephan W. Schill, "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration," *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 290.

73) 이러한 경우엔 국내법 부합규정상의 국내법은 투자관련법에 국한되어야 한다고 보는 입장을 보완해 줄 수도 있다. 왜냐하면 투자관련법 이외의 법 위반이 문제되는 경우라 하더라도, 적어도 그것이 해당국의 법의 기본질서나 국제공서에 반하는 것으로 인정된 경우라면, 투자협정의 보호대상에서 배제될 수 있을 것이기 때문이다.

74) Cf. Stephan W. Schill, "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration," *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 293.

이는 대부분 사기 또는 고의적 은폐, 뇌물 등을 통한 투자 취득의 경우가 문제된다.

75) '그 자체 위반'인 경우엔 고의의 여부가 문제되지 않을 가능성이 크다. 이는 고의의 여부를 물을 기회가

의 결과가 중요하기 때문에 과정에서의 고의 유무는 문제 삼지 않는 것이 일반적이지만, 국제투자법정의 입장을 보자면, 고의적인 불법을 용인한다는 것은 ‘신의성실(good faith)의 원칙’을 어긴 것을 방임하는 것이 되며, 나아가 ‘법 준수 의무(respect of law) 원칙’의 위반을 용인하는 결과가 된다고 보아, 이를 기본질서에 반하는 것으로 판단하는 것으로 보인다. 따라서 이 경우엔 ‘법의 기본원칙’이란 용어 보다는 ‘국제적 법원칙’이란 용어를 선호하며, 특히 뇌물을 포함한 부패(corruption)행위의 경우엔 ‘법의 기본원칙’이라는 용어보다는 ‘국제공서’⁷⁶⁾라는 용어를 더욱 선호하는 경향으로 보인다. 이 경우의 ‘국제공서’라는 개념은 국내법 부합규정의 남용을 막기 위한 용도이기 보다는 오히려 국제사회의 질서유지를 위해 당연히 준수되어야 하는 국제

사회의 공서를 의미하는 경향이 짙은 것으로 파악된다.⁷⁷⁾

국제중재법정의 관행을 보면, 일단 고의성이 인정되는 경우엔, ‘그 자체 불법’인 경우라 하더라도 ‘그 자체 불법’의 경우로 취급하지 않고, ‘법의 기본원칙’에 반한다고 하거나 ‘국제공서’에 반하는 경우로 인정하고 있다. 또한 이러한 논지에 의할 것 같으면, ‘그 자체 불법’이 아닌 경우라 하더라도 고의가 인정되는 경우엔 결과에 따라 심각한 위반이 될 가능성이 없지 않다. 국내법과 국제공서의 적용순서를 보면, 국내법 부합규정의 취지를 고려할 경우, 고의적인 불법이 인정되면 국내법의 원칙에 반하는 것이 되고, 나아가 국제공서에 반하는 것으로 판단되는 것이 순리인 것 같지만, 그것보다는 고의적인 불법이 인정되는 경우엔 바로 국제공서 또는 국제적 기

없다는 의미도 된다. 그러나 위반성의 심각성을 파악함에 있어 우선 고려될 수 있는 것은 고의의 여부일 수 있다. 선의의 위반 보다는 고의적인 위반의 경우에 대해 위반성의 강도를 중하게 인정할 것이기 때문이며, 이는 범죄의 경우처럼 고의가 구성요건에 해당되진 않는다 하더라도 위반성의 경중을 판단하는 기준은 될 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 국제중재법정의 관행도 표현방법은 다르다 할지라도 고의를 중요하게 취급하는 것으로 보인다.

76) 국제공서의 개념에 대해선 관점에 따라 다양하게 파악될 수 있겠지만, 적어도 다음과 같은 두 가지 개념으로 파악될 수 있을 것이다. 첫째, 국내법 부합규정에의 위반성은 관할 거부라는 결과를 야기하는 만큼 그 위반성은 제한적으로 해석되어야 한다는 논리 하에 국내공서라는 개념을 국제적으로 통용될 수 있는 개념의 한도 내로 제한하는 의미로 국제공서라는 개념을 사용하는 경우이다. 이 경우 말이 국제공서이지 국제적으로 통용될 수 있는 국내공서를 의미한다. 둘째는 명실 공히 국제공서의 의미로 사용되는 것으로, 국내법과는 무관하게 국제사회에서 공히 준수해야 하는 국제사회의 보편적인 공서(‘transnational public policy’ 또는 ‘truly international public policy’)를 의미하는 경우이다(Cf. World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4/10/2006, paras.138-9).

77) 이러한 경우엔 국내법 규정과는 무관하게 불법성이 문제될 수도 있다(Cf. Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, para. 143-144).

본원칙의 위반으로 판단하며, 이를 통해 자동적으로 국내법 규정에서의 위반성이 추정되는 경우가 오히려 많은 것 같다.⁷⁸⁾ 이러한 상황이 진전되다 보면, 특히 법의 일반원칙이 국제공서로 전환되는 경우엔, 국내법 부합규정에 대한 언급 자체가 생략될 지경에 이를 수도 있음이 지적될 필요가 있다.⁷⁹⁾

먼저, 고의적인 위법에 대해 ‘국내법의 기본원칙’에 반한다고 하여 관할을 거부한 전형적인 경우로는 2008년 Desert 판례를 언급할 수 있다. 이 경우 국내법 부합규정이란 불법적인 투자를 배제함으로써 투자의 합법성을 확보하고자 하는 것이므로, 이 경우 설령 행정절차 서류상의 사소한 흠에 해당할 수 있는 것이라 할지라도 그것이 명백히 고의 (예: 허위표시나 은닉 의

사)에 기인한 경우라면, 이는 ‘도입국 법의 기본원칙(fundamental principles of the host State’s law)’에 반하는 것이어서 관할이 인정될 수 없는 것으로 판정하였다.⁸⁰⁾ 즉 그 자체 불법이 아닌 형식상의 흠의 경우라 할지라도 그것이 명백한 고의에서 비롯된 경우엔 ‘그 자체 불법’인 경우와 동일한 지위에 이를 수 있음을 의미한다.

그 다음, ICISD 중재법정에 의한 2006년 Inceysa 판정은 고의적인 위법(산업경험 및 재정상태에 대한 허위표시)에 대해 국제공서에의 위반 여부를 먼저 판단하였고, 국제공서에 반하는 것은 동시에 국내법에도 반한다는 논리를 전개하였다.⁸¹⁾ 여기서의 국제공서의 구체적 내용은 ‘법의 준수(respect for the law)’의무와 신의성실(good faith)의 원칙이었다.⁸²⁾

78) Inceysa 사건의 경우, BIT에는 국내법 부합규정이 포함되어 있었고, 또한 분쟁해결의 준거법으로 일반적으로 승인된 법규와 국제법 및 국내법의 원칙이 정해져 있었는데, 이에 법정은 국내법에서의 부합여부를 판단하기 이전에 일반원칙을 적용해야 한다고 판단하였다(Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.224).

79) 특히 ICSID 법정의 경우엔 -국내법 부합규정과 무관하게- 신의성실(good faith) 원칙에 반하여 취득된 투자 등에 대해선 동 법정에 제소를 용인할 수 없는 것으로 보고 있다(Cf. Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 106s).

80) Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, para.104.

81) 원고는 그의 산업경험이나 재정능력에 대해 고의적으로 허위표시(fraudulent misrepresentation)를 함으로서 기술검사계약을 취득하였음이 인정되었고, 법정은 이러한 사기(fraud)행위를 통한 투자취득은 국제공서에 반하는 것이고 이는 또한 국내법에도 반하는 것이라고 인정함으로써 관할을 부인하였다(Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, paras. 230s.).

82) Inceysa 사건 담당 ICSID 법정은 Good faith 원칙이 BIT 상의 원칙이면서 또한 El Salvador 국가 헌법(constitution)상의 원칙이라고 지적하였으며, 또한 사기(fraud)에 대해서는 국제공서(international public policy)를 거론하였다. ‘법의 준수(respect for the law)’의무에 대해선 Cf. Ibid., para.248 ; 신의성실의 원칙 부분에 대해선 Cf. Ibid., para.230.

그밖에, 2006년 World Duty Free Company 판정도 언급할 필요가 있다. 동 사건의 경우엔 뇌물(bribe)이 문제된 경우이며, 관련 BIT에는 국내법 부합규정도 있었고 분쟁 해결의 준거법으로 법의 일반원칙과 당사국 국내법이 지정되어 있었다. 이러한 상황에서 동 법정은 특이하게 투자의 불법성을 판단함에 있어선 국내법의 기준보다 국제공서의 기준이 순서상 우선되어야 한다는 견해를 밝혔다.⁸³⁾

끝으로, 고의적인 불법이 신의성실의 원칙이나 법의 준수 의무 원칙 등에 반하는 것으로 인정되는 경우라면, ‘국내법 부합 규정’이 없는 경우에도 관할에서 배제될 수 있음이 지적될 필요가 있다.⁸⁴⁾ 이는 국

제투자중재법정의 일반적인 경향인 것으로 보이며, ICSID의 경우엔 더욱 명확한 것으로 보인다.⁸⁵⁾ 이는 국제투자자가 해당 투자분쟁에 대해 도입국을 상대로 국내법정이 아닌 국제법정에 제소할 수 있도록 함은 투자자가 신의성실히 법을 준수한다는 전제하에서 인정되어야 하는 것으로 보는 때문이며, 또한 ‘누구도 불법으로부터 혜택을 받을 수 없다(nemo auditur propriam turpitudinem allegans)’는 원칙에 의해서라도 이러한 원칙을 위반한 투자자에 대해서는 국제중재 체계를 사용할 권리를 인정하지 말아야 한다고 보는 까닭이다.⁸⁶⁾

이러한 경우엔 관할거부를 위한 도구로서의 ‘국내법 부합규정’의 실익은 상당부

83) 따라서 해당 투자계약은 뇌물(bribe)을 통해 취득된 것이 인정되는 이상, 이는 ‘국제사회에 공통된 국제공서’에 반하는 것으로 판단하였고, 이후 그것과는 별도로 국내법에 반하는 것인지에 대해선 따로 확인하였다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4/10/2006, paras. 148, 157).

84) “States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith.” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 106)

85) “...These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal’s view that this condition - the conformity of the establishment of the investment with the national laws - is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 101.); “These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty.” (Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18/6/2010, para.124)

86) 따라서 Plama 판정의 경우엔 국내법 부합규정이 없음에도 불구하고 위계에 의한 투자 취득은 도입국의 국내법에 반할 뿐만 아니라 국제공서의 기본개념에도 반하는 것이라고 판단하였다. 이 경우에 적용된 구체적인 법의 기본원칙은 ‘신의성실(good faith)의 원칙’이었으며, 신의성실 원칙이란 불가리아 법의 일부이기도 하며 또한 국제공서의 일부이기도 하다고 판단하였다(Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, paras. 143-144).

분 사라지게 되며, 이러한 경우의 ‘국내법 부합규정’이란 ‘그 자체 불법’인 경우에만 적용되거나 아니면 단지 본안에서 책임 감경이나 유리한 손배액 산정을 위한 도구로 전락하는 결과가 될 것이다.

‘그 자체 불법’인 경우엔 불필요하겠지만, 투자를 취득하는 방법상의 불법성이 인정되는 경우 -즉 대체적으로 고의적인 위법성을 제재하는 용도로 국제적 법원칙이나 국제공서가 원용되는 경우- 라면 불법성의 인정이외에 또 하나의 추가적 요건으로서 ‘인과관계(causality)’가 필요하다고 보는 입장이 있다.⁸⁷⁾ 즉 설령 부패행위나 위계 등의 행위가 인정되는 경우라 하더라도 이에 대한 ‘국내법 부합규정’상의 제재 즉 관할거부가 인정되려면, 그러한 불법행위가 없었더라면 투자가 성립되지 않았을 경우에 국한되어야 한다고 보는 것이다. 이는 만약 그러한 불법 행위가 없었다 하더라도 투자가 이루어질 수 있었던 경우라면 이에 대해 국내법 부합규정에 의한 관할 거부는 부당할 수 있다는 입장으로 보인다. 설령 위법행위가 없었다 할지라도 투자가 이루어졌을 경우라고 한다면, 해당 투자의 성립이나 시행 때문에 국가의 기본

원칙이 침해되었다고 볼 순 없는 것이고, 단지 그 취득방법의 불법성만이 문제되는 것인데, 이러한 경우엔 국내법상 제재가 보다 적합한 경우일 수 있고, 또한 중재법정의 경우엔 관할 거부가 아니라 본안에서 그 위법성 문제만을 다루는 것이 보다 타당할 것으로 보이기도 한다.

이와 같은 맥락에서 Fraport 판정상 반대 의견을 낸 Bernardo Cremades 중재인의 견해를 언급할 필요가 있다. 그에 의하면, 원칙상 ‘투자자의 행위(investor’s conduct)’에 관한 것은 본안(merit)의 문제여야 하는 것이며, ‘국내법 부합규정’에 의해 야기되는 관할 문제는 ‘자산의 유형(the type of asset)’이 합법적인 것인지 여부의 판단에 국한되어야 한다고 보았다.⁸⁸⁾

이와 같은 입장들이 일면 수긍가는 점을 갖고 있음이 확실하다면, ‘국내법 부합규정’이 오로지 공서 조항의 성격을 갖는 것이라고 하는 관점이나, 고의적 불법에 관한 한, 국내법 부합규정의 존재와 관계없이 관할을 거부할 수 있다는 투박한 관행은 보다 정교하게 조정될 필요가 있을 것으로 보인다.

87) “...it was not established by the Respondent that Cocobod would not have entered into the JVA if it had known that Hamster was making a pre-profit on its contribution” (Gustav F W Hamseter GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 June 2010, para. 137.)

88) Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, dissenting opinion, para.38.

2) 선의(good faith)의 위반의 경우

‘그 자체 불법’인 경우엔 고의 여부 자체가 문제가 되지 않을 것이므로 논외로 하고, 그 이외의 경우로서 주로 고의가 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 인정되는 주요 요인인 경우라면, 선의의 위반인 경우엔 위반성이 면제될 수 있을까라는 문제가 제기될 수 있다. 물론 선의의 위반이 ‘그 자체 불법’인 경우가 아니라면, 이를 두고 국제공서에 반하는 것으로 판정할 것 같진 않지만, 그러나 이는 국내법 부합규정에의 위반을 오로지 관할(jurisdiction) 문제로 보고, 국내법 부합규정을 일종의 공서(public policy) 조항으로 간주하면서, 불법에 해당하는 근거가 ‘그 자체 불법’인 경우와 ‘국제적 기본원칙이나 국제공서에 반하는 경우’에 국한할 경우, 어떠한 불합리한 결과가 야기될 수 있는지를 지각할 수 있는 계기를 제공할 수 있을 것으로 본다.

먼저, 법에 대한 무지가 사소한 위반으로 인정될 수 있을까? 범죄의 경우엔 통상적으로 고의가 요구되고 있지만, 이는 국민으로서 해당 법을 당연히 알고 있다는 것을 전제로 하는 것이므로 법의 무지를

면죄 사유로 인정하진 않는다. 하지만 외국인의 경우엔 문제가 다를 수 있다. 외국 투자가로선 도입국의 법령에 대해 모르는 경우가 대부분일 수 있기 때문에, 법의 무지를 면죄사유로 거론할 소지가 없지 않는 까닭이다. 더군다나 이 경우는 대부분 범죄도 아니다.

그러나 이에 대해 부정적인 입장을 개진한 국제중재판정도 있음에 유의할 필요가 있다. 동 법정의 판정취지에 의하면, 외국 투자가가 도입국의 법령에 대해 잘 모를 수 있다는 점은 인정될 수 있으나, 투자를 위해 상당한 자본을 투입하는 것이라면, 해당 투자의 안전을 위해서라도 당연히 도입국의 투자환경에 대해 파악하게 될 것이며, 따라서 도입국의 법령에 부합하는지 여부에 대해 살펴볼 ‘상당한 주의(due diligence) 의무’를 인정한다고 하여 이를 지나치다거나 불합리한 것으로 볼 수 없다고 판단하였기 때문이다.⁸⁹⁾ 이러한 논지는 ‘국내법 부합규정’을 고의 여부와는 무관하게 그 결과만 중시하는 일종의 공서 조항으로 보는 경우엔 더욱 부합할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 투자의 불법성이

89) “...prudent investment practice requires that any investor exercise due diligence before committing funds to any particular investment proposal. An important element of such due diligence is for investors to assure themselves that their investments comply with the law. Such due diligence obligation is neither overly onerous nor unreasonable. ...” (Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, para.58)

투자가 자신의 무지에 의해 직접적으로 결 과한 것이 아니라,⁹⁰⁾ 공공기관인 도입국 내의 투자 파트너가 불법인 사업임에도 불구하고 외자를 유치하였고, 이를 믿고 불법성을 모른 채 동참함으로써 간접적인 불법이 문제되는 경우에는, 도입국의 주의·관리 의무도 연관될 수 있는 것이어서 그리 간단하지 않을 수 있다. 특히 도입국의 불법은 본안(merit)의 대상이며, 투자가의 불법은 관할(jurisdiction)문제로 보는 현재의 여건을 고려할 경우,⁹¹⁾ 투자가의 불법만을 문제 삼게 되고, 관할이 부인되는 경우엔 투자가가 지적하는 도입국의 불법성은 따질 기회마저 없어질 수 있는 것이어서, 이를 과연 지나치지도 불합리하지도 않다고 할 수 있을지에 대해서는 단언하기 어려울 것이다.⁹²⁾ ‘국내법 부합규정’이 없는 경우엔 더욱 말할 필요도 없을 것으로 보인다.

그 다음, 자신의 잘못 없이 법을 오인한

경우는 면책될 수 있을까? 외국투자가는 일반적으로 외국 법령에 대해 정통하지 않을 뿐만 아니라 법률전문가도 아닌 까닭에 해당 투자가 도입국의 법령상 문제가 없는지를 파악하기 위해선 대부분 도입국 법률전문가의 조력을 받게 된다. 이러한 경우, 동 법률전문가의 잘못된 의견으로 인해 야기된 불법성에 대해서도 외국투자가의 제소권을 부인하는 결과를 부여할 수 있는 것인지 여부가 문제될 수 있다. 특정한 법령의 경우, 이러한 경우를 선의(good faith)의 위반의 경우로 분류하고, 이에 대해선 투자가에 유리하게끔 관할이 성립되도록 해석하고자 하는 상당한 주장(considerable arguments)이 있을 수 있음을 지적한 경우도 있다.⁹³⁾

(3) 공서(public policy; l'ordre public)가
원용될 수 없는 이유

국가의 기본질서를 보호하기 위한 제도로는 공서(公序)의 규정이 널리 인정되고

90) 이 경우에도 도입국 법제도의 투명성에 문제가 있는 경우라면 간단하지 않을 수 있다.

91) “... If the legality of the Claimant’s conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent’s conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State...” (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, dissenting opinion, para.37)

92) 이는 외국투자자에게 도입국의 모든 법에 대해 잘 알아야 할 것을 요구하는 것이어서 지나치다는 견해가 있을 수 있다(同旨, Cf. Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration,” The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Volume 11, Issue 2, 2012, 298).

93) Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.396. 그럼에도 해당 사건의 경우엔 그러한 개연성도 없다고 판단하였다.

있고, 이의 인정을 위해서는 단순한 법규의 위반을 넘어서서 그 위반의 결과가 사회의 기본질서에 명백히 반하는 정도에 이르러야 한다. 보는 관점에 따라 투자협정상 국내법 부합규정도 이와 유사한 기능이 있음도 사실이고,⁹⁴⁾ 이 경우에 기존의 공서 체계를 준용하게 되면, 위반정도를 판단하기 위한 별도의 기준을 고민할 필요 없이 모든 것이 일시에 해결될 가능성도 있어 보인다.⁹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 이 경우 공서라는 통상적인 방법을 사용하기 어려운 이유는 무엇일까? 물론 투자협상의 ‘국내법 부합규정’을 일종의 공서 규정으로 본다면, 고의나 선의에 대한 특별한 고려는 어려울 수밖에 없다. 공서의 침해 여부는 고의 여부나 불법의 정도가 직접적인 고려대상이 아니며, 원칙상 그 위반의 결과만이 문제될 것이기 때문이다.⁹⁶⁾ 그러나 국내법 부합규정의 적용상 공서가 원용될 수 없는 근본적인 이유는 다음에 있다 : 첫째, ‘국내법 부합규정’이 관할의 거부만을 위해 그 용도가 국한되는 것이 아

니기 때문이다. 물론 그중 가장 중요한 결과가 관할의 거부이지만, 그밖에 본안에서의 책임의 경감이나 손해액의 증감에도 실질적인 영향을 줄 수 있는 것이고, 이 경우엔 공서의 개념이 부적절하기 때문이다. 둘째, 만약 공서의 제도를 준용하게 되면, 이는 오로지 국내 질서의 보호에만 국한되게 되는데, 이러할 경우 국내공서의 판단은 국가의 재량사항이 되는 것이어서, 이의 판단권이 국제법정에 있는 상황과 부합하지 않을 뿐만 아니라, 이를 인정하는 경우 국내법 부합규정의 위반성을 도입국이 남용할 수 있고, 이러할 경우 이를 저지할 가능성이 없어지게 되는 까닭이다. 즉, 도입국은 투자자의 제소를 피하기 위해 자국의 공서를 핑계 삼아 관할회피 사유로 남용할 가능성이 많고, 이를 저지하기 위해선 공서를 인정한다할지라도 국내공서가 아니라 국제공동체의 공서의 경지에 이르도록 요구할 필요가 있게 된다. 이는 단순한 법규위반으로 위반성이 필히 인정되지 않는 경우에도 그 위반성이 공서에 반

94) “It is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country...” (Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para. 248)

95) ‘그 자체 위반’의 경우엔 그로 인해 공서의 침해 결과가 당연히 추정되는 경우로 볼 수 있을 것이다.

96) “In interpreting the phrases “owned or controlled” and “in accordance with the ...laws...,” ... Each Claimant must meet this requirement, regardless of his or her knowledge of the law or his or her intention to follow the law. Thus, the Claimants’ statements that they intended to follow the law or that they did not know the law are irrelevant to a determination of whether they actually owned or controlled their investments in accordance with the laws of Costa Rica.” (Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, para.52)

할 것을 요구하는 것을 꺼리며, 또한 국내법의 기본원칙이라는 용어 대신에 법의 국제적 원칙 또는 국제공서로까지 거론하게 되는 주요 이유인 것으로도 판단된다.

2. 투자도입국의 원용 지위 및 역할

가. 투자도입국의 원용 지위

체계상 국제투자분쟁을 국제법정에 제소하는 자가 전적으로 외국 투자가임을 고려한다면, ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 근거로 관할을 부인하고자 하는 자는 전적으로 피제소자인 도입국일 수밖에 없다. 그런데 불법이란 양 당사자 모두가 관련될 수 있는 것임에도 불구하고, 원칙상 투자가의 불법은 관할(jurisdiction) 문제로, 도입국의 불법은 본안(merit)의 문제로 취급하게 되는 현재의 관행을 고려하자면, 도입국의 국내법 위반성에 대한 주장을 저지하기 위한 항변이 매우 중요할 것으로 보이며, 이의 한 방편으로서 도입국의 불법성을 어느 정도 원용할 수 있을지가 문

제될 수 있다. 투자가가 거론하는 도입국의 모든 불법을 관할 부인에 대한 항변사유로 인정할 순 없겠지만, 국제중재판례에 의할 경우, 특정한 상황의 경우엔 도입국이 투자가의 불법성을 원용할 자격을 상실케 할 수 있음을 인정하고 있다. 그럼 어떠한 상황일 경우, 도입국은 투자가의 불법성을 원용할 수 없게 될까?

첫째, ‘clean hand의 논리’가 적용되는 경우이다. 이는 관할 문제에 적용되는 원칙으로서, 법정에 등장하기 위해선 깨끗한 손으로 등장하여야 한다는 것이다.⁹⁷⁾ 이를 인정한 대표적인 경우로 2007년 Ioannis 사건 판정을 거론할 수 있다. 동 사건은 자국의 공기업이 법에 위반된 원권행위(*ultra vires*)를 통해 외국투자가와 concession 계약을 체결한 상황에서, 도입국은 관할을 부인하기 위해 해당 계약이 불법으로 체결되어 무효라고 주장하였다. 그러나 법정은 자신의 기관의 불법행위를 문제 삼아 투자협정의 적용을 거부할 수 없는 것임을 밝혔다.⁹⁸⁾ 이는 원칙상 이익을 보기 위해 자

97) clean hand doctrine에 대해서는 다음을 참고할 것: Moloo, “A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law”, 2010, file:///C:/Users/1/Downloads/SSRN-id2358229.pdf; Gerald Fitzmaurice, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law,” in *Recueil Des Cours, Collected Courses, Volume 92* (2007), p.119s; Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006), p.156s.

98) “... It does not allow a State to preclude an investor from seeking protection under the BIT on the ground that its own actions are illegal under its own laws. In other words, a host State cannot avoid jurisdiction under the BIT by invoking its own failure to comply with its domestic law.” (Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007, para. 182)

신의 불법을 스스로 원용할 수 없다는 의미이기도 하거니와 구체적으로는 공기업의 불법이 도입국인 Georgia에게 귀속되는 것인 상황에서는⁹⁹⁾ 도입국은 투자자의 불법성이 인정되는 경우라 할지라도 관할을 부인하기 위해 이를 원용할 자격을 상실하게 된다고 볼 수도 있는 것이다.

둘째, ‘금반언(estoppel)의 원칙’이 거론되는 경우이다. 이는 ‘공정성의 원칙(Principles of fairness)’에 해당하는 것으로, 투자자의 불법이 설령 인정되는 경우라 할지라도, 이를 알면서도 묵인 또는 승인한 상황이라면, 이후 도입국은 관할을 부인하기 위해 이 투자자의 불법을 원용할 수 없게 된다는 것이다.¹⁰⁰⁾ 이 원칙은 위의 Ioannis 사건에서 역시 확인되었다. 동 사건의 경우, 투자자의 투자 계약 체결과정에는 Georgia의 두 명의 대통령과 두 명의 수상이 협상에 개입하였으며, 또한 해당

국가의 주무기관에 의해 정상적으로 비준되었고 또한 이행되고 있는 상황이었다. 이러한 상황이라면, 투자자는 동 계약이 Georgia의 국내법상 문제가 없다고 확신하였을 것이며, 그 결과 이 계약에 의한 정당한 기대이익을 갖게 되는 상황이라 할 것이므로, 이에 대한 투자협정의 보호를 받을 지위를 갖게 된다고 보았다. 따라서 이러한 상황임에도 불구하고, 이후 도입국이 동 계약의 불법성을 원용하는 경우라면, 이는 금반언의 원칙에 어긋나게 되어 관할 부인의 근거로 인정될 수 없게 된다고 본 것이다.¹⁰¹⁾ 그러나 금반언의 원칙이 적용되려면, 도입국이 불법을 알고 있었어야 하는 것이므로, 설령 불법이 있었다 하더라도 투자자가 이를 의도적으로 숨긴 경우엔 도입국이 알고 있었다고 볼 수 없는 것이므로, 이 경우엔 적용될 수 없을 것이다.¹⁰²⁾

99) 국가기관의 행위는 월권행위라 하더라도 국가에 책임이 귀속 된다: “The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.” (ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, UN, 2008.)

100) “Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law.” (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.346)

101) Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007, paras. 191-2.

102) Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, paras. 346-8.

셋째, 도입국에 의한 ‘신의성실(good faith) 원칙’의 위반이 인정되는 경우이다. 이는 Desert line 사건에서 언급된 바 있다. 즉 도입국 국가원수에 의해 조장되고 동의된 투자라고 한다면, 설령 해당 투자가 절차상 흠이 있다 할지라도 이를 근거로 관할을 부인하고자 하는 것은 가장 기본적인 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 판단하였다.¹⁰³⁾ 신의성실 원칙은 국제투자법상 두 단계에서 원용될 수 있는데, 하나는 투자를 시행하는 단계에서 원용되는 경우이고, 다른 하나는 소송절차 단계에서 원용되는 경우이다. 이 경우는 후자에 해당하는 것으로, 전자를 ‘실체적 신의성실(material good faith) 원칙’이라고 한다면, 후자는 ‘절차적 신의성실(procedural good faith) 원칙’이라 할 수 있을 것이다.¹⁰⁴⁾

나. 투자도입국 판결의 지위

‘국내법 부합규정’에의 위반성이 관할의 문제일 경우, 이에 대한 최종 판정권자는

해당 사건을 맡은 국제중재법정이 될 것이다.¹⁰⁵⁾ 그러나 이러한 위반성의 근거가 법의 일반원칙이나 국제공서에의 위반이 아니라 도입국의 실정법예의 위반이 문제되는 경우, 중재인이 국내법 전문가가 아니라는 점을 고려한다면, 해당 실정법예의 위반 여부에 대한 투자도입국의 유권해석이 무시할 수 없는 역할을 할 가능성이 있다. 이는 특히 해당 국가의 법원 판결의 경우가 그러하다. 따라서 어떠한 경우에 이를 고려하게 되는 것인지, 그리고 고려하게 될 경우, 국제법정은 국내법원의 판결에 구속되는 것인지 아니면 고려할 수 있는 재량이 있는 것인지를 둘러싸고 논란의 여지가 있을 수 있다.

먼저, 국제법정이 국내법원의 판결 등을 고려할 필요가 있는 경우는 투자도입국이 제기한 투자가의 실정법예의 위반 여부에 대한 판단이 쉽지 않은 경우이다. 이러한 어려움은 사실에 대한 입증이 부족한 경우에도 발생할 수 있을 것이고, 법이 명확하

103) “... when they welcomed and approved the Claimant’s investment, they did so with all that it entailed. It would offend the most elementary notions of good faith, and insulting to the Head of State, to imagine that he offered his assurances and acceptance with his fingers crossed, as it were, making a reservation to the effect “that we welcome you, but will not extend to you the benefits of our BIT with your country.” (Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6/2/2008, para.119)

104) 신의성실 원칙은 도입국에게만 적용되는 것이 아니라 투자자에 대해서도 적용된다. 투자자의 신의성실(good faith) 의무의 위반으로 관할이 거부된 대표적인 경우로는 Plama 사건의 경우를 들 수 있을 것이다 (Cf. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008).

105) Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.209.

지 않은 경우에도 그럴 수 있을 것이다. 이러한 경우에 이미 관련된 법원 판결 등이 있다면, 이는 위반 여부 판단에 중요한 고려사항이 될 수 있으리라 본다. 이는 <Generation Ukraine 사건>에서 확인된 바 있다. 동 사건의 경우, 투자도입국은 관할을 부인하기 위해 외국 투자가가 자국 내에 투자를 위해 설립한 회사가 자신의 국내법에 부합하게 등록되지 않았음을 거론하였다. 그러나 절차상 위법을 명확히 인정하는 행정 결정이나 판결 등은 제시되지 않았다. 이에 법정은 국내법상 위반임을 확인하기 위해 조사가 필요하나 그러한 조사를 시행할 권한이 법정에게는 없으니, 현재의 상태 즉 회사의 존재를 그대로 인정할 수밖에 없다는 취지를 밝혔다.¹⁰⁶⁾ 이 판정취지에서 두 가지 함의를 발견할 수 있다: 한편으로는 ‘국내법 부합규정’에의 위반성에 대한 입증책임은 원용하는 자인 투자도입국에 있음을 간접적으로 시사한 것으로도 볼 수 있을 것이다. 또 다른 한편으로는, 위법성 여부가 모호한 경우, 투자도입국의 유권기관에 의한 결정이 중요한 영향을 미칠 수 있음을 또한 간접적으로

시사한 것이라 할 수도 있다. 이는 비록 판결을 적극적으로 고려한 경우는 아니지만, 제시했더라면 고려했을 것이란 의미로 볼 수 있기 때문이다.

투자도입국 법원의 판결 등이 위법성의 인정에 있어서 무시할 수 없는 역할을 할 수 있음을 인정한다면, 그 다음으로는 투자도입국 법원의 위법성에 관련된 결정이 국제중재법정에서 어떠한 지위를 갖는 것인지가 문제될 수 있다. 이는 국제법정이 이를 의무적으로 고려해야 하는 것인지 아니면 고려 여부를 재량껏 결정할 수 있는지의 문제이기도 하며, 그것이 법으로서의 지위를 갖는 것인지 아니면 하나의 사실로서의 지위를 갖는지의 문제이기도 하다.

이 문제와 관련하여, **Fraport** 판정의 관련 부분을 언급할 필요가 있을 것 같다. 동 사건에서 도입국이 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 거론하며 관할권이 없음을 주장하자, 이에 대해 투자가는 국내법 부합성은 단지 국내법에 의해 결정되는 것이므로 이에 대해 국제적 효력이 인정될 수 없는 것이라고 항변하였다. 이에 대해 법정은,

106) “Respondent has not produced any decision of a competent Ukrainian court on the validity of the state registration... In these circumstances, the tribunal must accept the status quo of [the corporation’s] effective existence as a Ukrainian legal entity because this Tribunal has no jurisdiction to investigate and rule upon the alleged formal defect raised by Respondent.” (Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16/9/2003, para.9.3) 이러한 취지는 이후 2010년 Alpha 판정에서 그대로 원용되었다(Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para.295).

조약이 국내법으로 반정(反定: renvoi)하는 경우는 결코 드물지 않으며, 해당 ‘국내법 부합규정’은 조약인 투자협정이 국내법으로 반정한 경우로 볼 수 있고, 이러한 국내법으로의 반정이 있는 경우, 해당 국내법에의 위반은 국제적 효력을 갖는다는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁰⁷⁾ 동 법정의 취지를 고려하면, 일견 국내법 위반여부에 대한 국내법원의 판결이 있는 경우, 그것의 국제적 효력이 인정된다고 보는 주장도 불가능하진 않을 것 같다. 그러나 위법성 여부에 대한 국내결정이 국제적 효력을 가질 수 있는 것이긴 하지만, 이러한 최종결정권자는 국제중재법정이자 국내법원은 아니므로 법원 판결의 고려 여부는 국제법정의 재량사항으로 보아야 한다는 주장도 가능할 것이다. 전자의 경우엔 국내 판례가 법의 지위를 갖는 경우가 될 것이고, 후자의 경우에 있어서의 국내 판례는 하나의 사실로서의 지위를 갖게 될 것이다. 이에 관해서 명백히 밝힌 중재판례는 아직 없는 것으로 보인다. 그러나 이러한 상황에서 최근 EU의 관행이 관심을 끌 수 있다. 최근 EU는 나름대로의 새로운 국제투자법의 내용을 담은 국제투자협정들을 일관되게 체결하고 있는데, 그 중 이 문제에 관련된 규

정을 보면 다음과 같다: 우선, 법원 및 국내 유권기관이 국내법에 부여한 압도적 해석(prevaling interpretation)에 대해선 국제법정이 이를 의무적으로 따르도록 규정하고 있다. 반면 국제법정이 국내법에 대해 부여한 의미에 대해서는 국내 법원이 이에 구속되지 않음을 명시하고 있다.¹⁰⁸⁾ 물론 이는 당사자간에만 구속력이 있는 것이지만, 이에 관한 명확한 국제적 관행이 없는 상황에서 앞으로 미칠 영향이 없진 않을 것으로 보인다.

3. 기준 법령의 시간적 제약

국내법 부합규정에의 위반성을 판단함에 있어서 마지막으로 문제되는 것은 그 기준이 되는 법은 어느 시기의 법이 되어야 하는 것인가이다. 투자란 한 순간에 끝난다기보다는 일련의 과정을 갖는 것이므로 그 위반의 시기도 다양할 수 있다. 또한 법령이라는 것도 항상 고정되어 있는 것이 아니라 상황에 따라 개폐되기도 한다. 이러한 상황에서 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단할 기준이 되는 법령은 어느 순간의 법령이어야 할 것이며, 그 이후의 법에 위반된 경우는 아무런 의미도 없는

107) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.394.

108) 캐나다-EU간 CETA, Article 8.31, 2.

것일까?

초기의 판례에서는 국내법에의 위법성을 심리함에 있어 도입 당시의 경우와 도입 이후의 경우를 구별함이 없이 검토한 때도 있었던 것으로 보인다.¹⁰⁹⁾ 그러나 그 이후 점차 이 문제에 대한 보다 정확한 입장이 정리되게 되었으며, 그 결과 투자도입 당시의 위법과 도입 이후의 위법의 경우를 명확하게 구분하는 입장을 확립하게 되었다.

첫째, 도입(admission) 조항의 경우엔 그 성격상 도입 당시에 유효한 법령만이 관할 거부를 위한 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단하는 기준이 될 것이다.¹¹⁰⁾ 따라서 그 이후에 변경된 법에의 위반은 본안(merit)에서 문제가 될 순 있겠으나,¹¹¹⁾ 관할(jurisdiction) 거부를 위한 ‘국내법 부합

규정’의 위반성을 판단하는 기준이 될 수는 없을 것으로 보인다.

그 다음, 투자 정의(definition)조항의 경우에도 관할 거부를 위한 불법성은 대부분 도입 당시의 유효한 법에의 위반이어야 할 것으로 보이지만,¹¹²⁾ 규정하기에 따라 투자활동 전반에 대해 위법성을 고려할 수 있도록 만들 수도 있을 것으로 보인다. 그러나 이는 당사자간의 합의에 근거해야 하는 만큼 도입국의 일방적 의사만으로 반영되긴 어려울 것이다.

끝으로, 보호(protection) 조항에 포함된 경우엔 도입 당시가 아니라 그 위반 당시의 법령이 기준이 될 것으로 본다. 따라서 이 경우에 중요해 지는 것은 법의 자의적 개정에 관한 것이다. 법의 공개 및 운영의 공정성에 대해서는 소위 ‘투명성(transparency)

109) 초기의 판례에 해당하는 Salini 판정에서는 국내법에의 위법성을 심리함에 있어 도입 당시의 경우와 도입 이후의 경우를 동시에 검토한 것으로 보인다. 다행히 모든 경우에 불법이 인정되지 않았기에 별 다른 문제는 없었던 것으로 보인다(Cf. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para.46).

110) “Of course, the analysis of the conformity of the investment with the host State’s laws has to be performed taking into account the laws in force at the moment of the establishment of the investment...” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 103)

111) 특히 Fraport 사건에서 피제소국인 필리핀은 투자의 전 과정에서의 불법성이 고려되어야 함을 주장하였으나, 법정은 관할거부를 위한 국내법 위반의 주장은 투자를 시행하는 당시의 위법성에 국한되는 것이며, 그 이후의 불법성은 본안(merit)에서 다루어야 할 문제라고 판단하였다(Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para. 345).

112) BIT에서 ‘국내법령에 따라 협정 이전에 행해진 투자에 대해서도 적용된다’고 규정한 경우에, 법정은 투자 당시의 위법(legality as at the initiation of the investment)과 그 이후 투자의 수행과정에서의 위법(legality during the performance of the investment)을 구분하여야 하며, 관할을 문제 삼는 위법성은 투자 당시의 위법성에 국한되어야 하는 것으로 보았다(Gustav F W Hamseter GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 18/6/2010, para.127).

조항’에서 규정하게 되지만, 외국투자관련 법령의 자의적 개정 문제는 이에 속하지 않고 있어, 이를 별도로 규정할 필요가 있을 수 있다. 이의 대표적인 예로 EU의 국제투자법에 대한 혁신적 개념이 포함된 ‘캐나다-EU간의 포괄적 경제통상 협정 (CETA)’을 거론할 수 있다. 이 경우엔 투자에 부정적(negatively) 영향을 주거나 투자자의 기대이익(investor’s expectations)을 침해하는 방식으로 개정된 법령은 국내법 부합규정의 위반성을 판단하는 기준으로 사용될 수 없음을 명시하고 있다.¹¹³⁾ 따라서 이러한 규정이 있는 경우엔 관할 거부 사유로서 뿐만 아니라 본안에서도 그 위반 문제를 거론하기 어려울 것으로 보인다.

법령의 시간적 제약과 관련한 두 번째 문제로는 협정체결 이전에 시행된 투자의 위법성에 대한 문제이다. 협정체결 이후의 투자에 대해서만 적용되는 것으로 명문화

하는 경우도 없진 않겠지만,¹¹⁴⁾ 원칙상 특별한 언급이 없는 이상, 협정은 발효 이후에 대해서만 적용되는 것이므로, 그 이전의 투자는 협정의 대상 자체가 아닐 것이다. 따라서 만약 협정 체결이전의 투자에 대해서도 투자협정의 보호대상에 포함시키고자 한다면, 이를 위한 별도의 규정을 둘 필요가 있다. 그러나 이 규정 역시 양당사자간의 이익이 동시에 반영되어야 하는 관계로, 이를 협정의 대상에 포함시킬 때는 동시에 이를 위한 요건으로 국내법에의 부합성을 요구하는 경우가 대부분이다. 예를 들자면, ‘국내법령에 따라 도입된 협정 이전의 투자에 대해서도 해당 협정이 적용된다’는 식의 특별규정을 두는 것이다.¹¹⁵⁾ 이러한 규정의 취지가 투자의 범위를 확대하는 것임을 감안하면 그 효과는 투자 정의 규정상의 ‘국내법 부합규정’과 유사하다고 할 수 있다. 이러한 규정의 경우에도 관할 거부 사유로 국내법 부합의무를 거론

113) CETA Article 8.9 Investment and regulatory measures

2. For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.

114) 이를 명확히 하기 위하여 협정 이후의 투자에만 적용되는 것으로 규정하는 경우도 있다: (예) “1) Le terme “investissement” designe toutes les categories de biens investis apres l’entree en vigueur du present Accord par une personne physique ou morale, y compris le Gouvernement d’une Partie Contractante, dans le territoire de l’autre Partie Contractante, conformément aux lois et reglements de ladite Partie.” (Italy-Maroc간 BIT, art.1.1).)

115) “[t]his Treaty shall also apply to investments made prior to [the Treaty’s] entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party consistent with the latter’s legislation.” (독일-가나간 BIT 제10조)

할 수 있는 것은 도입 당시의 법령에 의한 불법성일 것이며, 그 이후의 불법성은 단지 본안의 심리대상이 될 가능성이 크다. 그러나 특별 규정을 두면서도 국내법 부합 규정을 포함하지 않는 경우도 있을 수 있는데,¹¹⁶⁾ 이 경우에도 국내법 부합의무는 인정될 수 있음에 유의할 필요가 있다. 왜냐하면, 해당 조항에 의해 일단은 이전의 투자가 투자협정의 적용대상에 포함되는데 그치겠지만, 만약 투자협정의 정의 조항이나 도입조항에 ‘국내법 부합규정’이 존재한다면, 그것은 모든 대상에게 적용되게 될 것이므로 협정 발효 이전의 투자 역시 투자 당시의 불법성이 문제될 수 있을 것이며, 이 또한 관할의 문제가 될 수도 있을 것이기 때문이다.

IV. 국내법 부합규정에서의 위반성 문제의 소송절차상 지위

1. 동 문제의 소송절차상 차지하는 지위의 다양성

국내법 위반이 소송법상 차지하는 지위는 간단하지가 않다. 먼저, 극히 단순한 유형만을 고려하는 경우라 할지라도 다음의

경우들로 나누어질 수 있다 : 첫째, 국내법을 위반함으로써 협정 대상인 투자 자체가 존재하지 않게 되는 경우라면 관할자체가 성립하지 않을 수 있다. 둘째, 현재의 관행에 의하자면, 국내법 위반이 ‘그 자체 불법’으로 인정되는 경우엔 ‘국내법 부합규정’에의 위반이 인정됨으로서, 관할거부의 원인이 될 수 있을 것이다. 셋째, 국내법 위반이 거론되는 사유가 ‘국제적 기본원칙’이나 ‘국제공서’에 반하는 것으로 인정되는 경우라면, 국내법 부합규정이 있는 경우에는 물론이고, 관례상 그러한 규정이 없는 경우일지라도, 국제법정은 관할을 거부할 가능성이 있다. 넷째, 이러한 상황에 미치지 못한 국내법 위반사항 (예: 절차적 흠, 사소한 위반 등)은 본안에서 당사자의 책임의 유무나 경감 또는 손해액의 증감 등에 영향을 줄 수 있을 것이다.¹¹⁷⁾

그 다음, 국내법 위반이 복합적인 요소를 갖고 있는 경우엔 더욱 복잡한 문제를 야기할 수 있다: 첫째, 위법의 당사자가 일방만의 문제가 아니라 쌍방이 동시에 관련되었을 경우의 문제이다. 이 경우, 투자가의 불법 문제는 관할의 문제로 다루어 질 것임에 반해, 도입국의 불법 문제는 본안의 대상이 되도록 하는 현재의 관행에 의

116) Cf. 캐나다-EU간 CETA, art.8.1, d).

117) Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18/6/2010, para.138.

하면, 동일한 불법의 문제가 상이한 지위를 갖게 될 수 있으며, 이는 어느 일방에게 지극히 불리한 위치에 처하게 할 수 있어 문제가 될 수 있다. 이러한 불법이 별개가 아니라 서로 연관되어 있는 경우엔 특히 그러하다. 따라서 이러한 경우엔 둘 모두를 관할 단계에서 다루게 하든지 아니면 둘 다를 본안에서 다룰 수 있도록 하는 방법을 강구할 필요가 있을 수 있다.

둘째, 하나의 불법행위가 있었다 하더라도 그 결과 투자 그 자체의 합법성에는 문제가 없는 반면, 오로지 당사자의 처벌만이 문제되는 경우도 간단하게 처리할 수 있는 경우는 아니다. 이 경우엔 단순히 관할 준부의 문제로 처리하기 보다는 법리상 관할의 존재는 인정하되 심리대상이 아니라고 하는 것이 오히려 무리가 없을 것으로 보인다.

셋째, 위법성이 인정되는 경우이지만, 그러한 위법이 없었다 할지라도 투자는 이루어졌을 경우라면, 이 역시 단순히 관할의 문제로 처리하기엔 법리상 문제를 야기할 수 있다.

2. 본안(merit)前 단계 對 본안 단계

국내법 위반의 문제를 다룸에 있어서 소송절차상 어느 단계가 더 적절할 지의 문제는 단순히 법리상의 문제인 것만은 아니고, 당사자의 의사나 소송절차를 보다 공정하고 원활하게 진행할 책임을 가진 법정의 재량이 관련되는 문제이기도 하다.

먼저, 모든 국내법 부합 문제가 자동적으로 관할의 문제가 되는 것은 아니고, 그것이 관할 문제가 되려면, 일단 관할을 부인하고자 하는 당사자가 이를 그 근거중 하나로 제기하였을 때에야 비로소 관할 문제로 다루어 질 가능성이 있는 것이다. 만약 그렇지 않은 경우라면, 본안의 문제가 될 가능성이 크다.¹¹⁸⁾ 그 다음, 당사자가 국내법 위반 문제를 관할 문제로 제기하였다 할지라도, 당연히 관할 단계에서 다루어지는 것은 아니고, 위법의 경중이나 본안과의 관련성 등을 고려하여 법정이 본안에서 다루는 것이 보다 더 적절하다고 판단할 가능성도 없지 않다.¹¹⁹⁾ Pheonix 사건이 이의 대표적인 경우에 해당한다.¹²⁰⁾ 그밖에, 위의 경우와 반대로, 관례상 본안

118) 그러나 관할 부존재의 결정이 본안 단계에서 결정 난 경우도 없지 않다. 이의 대표적인 경우로 World Duty Free Company 사건을 거론할 수 있다. 동 사건의 경우, 도입국은 관할 단계에서 국내법 부합규정에의 위반을 주장하지 않았으므로 본안으로 나아갔고, 본안에서 투자의 불법성이 인정됨으로서 법정은 원고가 소송을 유지할 자격이 없음을 선언한 것이다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006, para.188).

119) Rahim Moloo & Alex Khachaturian, The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, Fordham International Law Journal, Vol. 34, 2011, pp.1500.

에서 다루어질 경우임에도 불구하고, 소송 경제(judicial economy)상 본안전 단계에서 다루어질 가능성도 없지 않다.¹²¹⁾ 실제로 본안의 문제라 할 수 있는 우산조항(umbrella clause)의 적용 가능성 문제를 본안전 단계에서 다룬 경우와 같다고 할 수 있다.¹²²⁾

3. 관할(jurisdiction) 문제 對 심리 적격성(admissibility) 문제

투자협정상 ‘국내법 부합규정’의 위반의 결과가 투자협정의 보호대상에서 배제시키고자 한 것임에 대해서는 이론이 없어 보인다. 그러나 투자협정은 크게 두 부분으로 나뉘어질 수 있는데 하나는 실체적 보호규정의 부분이고 다른 하나는 절차적 보호규정이다. 후자의 경우엔 관할 거부의 문제로 인식될 수 있는 반면 전자의 경우엔 본안에서 다루어질 수 있는 문제이다.

그러나 국내법 부합규정이 많은 논란을 야기하는 주된 이유는, 국내법 위반 문제가 본안에서도 다루어질 수 있음에도 불구

하고, 도입국은 이를 관할 거부를 위한 주요 수단으로 사용하고자하기 때문이다.

그러나 관할의 문제도 하나가 아니라 다시 둘로 나누어 질 수 있는데, 하나는 ‘법정’이 해당 분쟁을 다룰 자격이 있느냐(법정의 자격성)의 문제로서, 이는 협의의 관할(jurisdiction)의 문제에 해당하는 것이며, 다른 하나는 ‘사건’이 제소될 자격이 있느냐(사건의 자격성)의 문제로서, 이는 심리적격성(admissibility)의 문제에 해당된다. 현재까지 이와 관련된 대부분의 투자분쟁 판정의 경우엔 투자의 불법성 문제를 관할 존부의 문제로 파악해 왔으나, 혼치는 않았지만 이에 대해 이의를 제기한 경우도 없지 않았다. 특히 위법성 판단과 관련하여 야기되는 문제가 단순하지 않은 관계로 이를 오로지 관할 존부의 판단으로만 해결하기엔 문제가 많기 때문에 이를 투박한 ‘관할’의 문제로 다루기보다는 보다 유연하고 세심한 ‘심리적격성’의 문제로 다루는 것이 바람직하다는 견해가 대두되고 있다.¹²³⁾

120) *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, paras.126-130.

121) “... This access can be denied through a decision on the merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction.” (*Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15/4/2009, para.104)

122) Cf. *El Paso Energy Int’l Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/15, decision on jurisdiction, 27/4/2006. paras. 42-44.

123) Cf. Newcombe Andrew, ‘Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?’, Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 187-200.

관할의 문제로 다루기보다는 심리적격성 문제로 다루는 것이 보다 바람직하다는 견해가 제기되는 이유는 다음과 같으며, 일견 타당성이 없지 않아 보인다:

첫째, 이미 살펴본 것처럼, 국내법 위반이 문제되는 상황이나 그 기준 등이 결코 단순하지 않은 문제에 대해 오로지 존부라는 양단간의 결정방법밖에 없는 관할의 문제만으로 이를 일괄처리하기엔 부적절하다는 것이다. 물론 확실하게 관할의 문제가 되는 경우도 없진 않지만, 그렇지 않은 경우가 훨씬 많은 상황이라면, 이를 대상으로 관할 유무의 결정만으론 적절한 처리가 어려울 것은 명확한 것 같다.

둘째, 설령 본안이 아니라 그 전단계에서 처리해야 할 상황이라 할지라도, 법리상 이를 협의의 관할 문제로 다루기가 어려운 경우가 상당수 존재한다. 관할의 존부는 그 기준이 명확하게 정해져 있는 것이고, 그것이 충족되는 경우엔 일단 본안으로 나아가야 하는 것이지만, 실제적으로는 관할이 인정됨에도 불구하고 심리에 나아갈 수 없거나 그러지 않는 것이 바람직한

경우가 드물지 않다. 예를 들자면, Plama 사건의 경우처럼, '국내법 부합규정'도 없었고, 규정된 관할의 요건은 충족된 상황임에도 불구하고, 불법이라는 이유로 이에 대한 심리를 거부하고자 하는 상황이라면, 이는 더 이상 협의의 관할 문제는 아닌 것이다. 또한 구체적 국내법 위반의 거론 없이 법의 기본원칙이나 국제공서 등에 반하는 것으로 판단되는 경우라면, 이 역시 관할의 문제로 보긴 어려운 것이다. 따라서 통상 이는 협의의 관할의 문제가 아니라 이와 다른 '심리적격성'의 문제로 다루게 된다.¹²⁴⁾

국내법 부합성 여부의 문제는 '심리적격성'의 문제로 다루는 것이 적당함을 시인하는 경우라 할지라도, 이 경우엔 '심리적격성'이라는 제도가 국제투자중재법정의 경우에도 인정될 수 있는 것인지가 문제될 수 있다. 중재가 당사자간의 합의에 의해 성립되는 것인 한, 당사자간에 합의된 명문의 규정에 의해 관할이 인정되는 경우라면, 본안 심리에 들어가야 하는 것이지, 심리 부적격이란 이유로 이를 거부할 수 없다는 견해가 있기 때문이다.¹²⁵⁾ 그러나 ju-

124) 따라서 Phoenix 사건의 경우에도 관할이 인정되는 경우라면, 심리적격성으로 다루었어야 할 것이다.

125) "... There is here no express power to dismiss a claim on the grounds of 'inadmissibility', as invoked by the USA; and where the UNCITRAL Arbitration Rules are silent, it would be still more inappropriate to imply any such power from Chapter 11." (Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Partial Award, 7/Aug./2002, para. 124.); "... This Tribunal has no express or implied power to reject claims based on inadmissibility. Accordingly, we reject the USA's admissibility challenges generally." (Ibid., para. 126)

isdiction의 요건이 충족된 경우라 하더라도, 그 이외의 다른 이유에 의해서도 심리를 거부해야할 필요가 생길 수 있는 것이어서,¹²⁶⁾ 설령 admissibility에 관한 명문의 규정이 없다고 하여 무조건 본안 심리에 들어가야 하는 것은 타당하지 않다고 보는 입장도 있다.¹²⁷⁾ 이러한 대립된 입장은 나름대로 근거가 없는 건 아니지만, 적어도 ICSID중재 및 투자조약분쟁의 경우엔 후자의 입장이 보다 타당할 것으로 보인다. 왜냐하면, 첫째, 구조상 ICSID를 비롯한 국제투자분쟁 관할 중재법정의 경우엔, 다른 중재의 경우와는 달리- 분쟁당사자 간의 합의에 의해 법정이 성립되는 것이 아니라 국가들만의 합의에 의해 관할 법정은 이미 창설되어 있는 것이고, 분쟁당사자는 이미 창설되어 있는 법정에 제소할지

여부만을 결정하게 되는 것이다. 이러한 명확한 이중적 구조는 단계상 jurisdiction의 단계와 admissibility 단계가 분명하게 구분될 수 있도록 해준다. 즉, 당사자가 법정에 소를 제기할 수 있다는 문제와 그 사건이 법정에 의해 심리될 수 있다는 문제가 분명히 구분될 수 있는 상황이기 때문이다. 그리고 이미 당사자의 의사와 무관하게 설립된 법정은 명문의 규정과 무관하게 심리여부에 대한 독자적인 판단권을 갖게 된다. 둘째, ICSID의 경우엔 비록 ‘admissibility’란 용어는 언급하고 있진 않지만, 이에 갈음할 수 있는 ‘competence’란 용어를 사용하고 있는데,¹²⁸⁾ 이 경우의 competence란 용어는 jurisdiction이란 용어에 대비적으로 사용되며, 사실상 admissibility의 개념으로 사용되고 있다.¹²⁹⁾

ICSID의 경우엔 CMS 법정이 이와 유사한 입장을 표시한 바 있다; “41. ... The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence.” (CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Case No. ARB/01/8, 17/july/2003, para.41)

126) 예를 들자면, 투자협정상 ‘denial of benefit’조항에 해당되는 경우엔 해당 사건에 동 협정이 적용되지 않게 되므로 관할 요건이 충족되는 경우라 하더라도 청구원인(cause of action)이 없게 된다.

127) Cf. Bureaux Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v. Republic of Paraguay, Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 132-33; Tecnicas Medioambientales TECMED SA v. United Mexican States, Case No. ARB (AF)/00/2, 29/May/2003, para.73-74; Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, para. 15.7; Ioan Micula Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 24 September 2008, para.63-64.

128) <ICSID convention> art. 41; <ICSID Arbitration Rules> art. 41.

129) 우선 jurisdiction에 대한 항변은 관할 요건의 충족문제에 관한 것으로 규정하고 있는 반면, competence에 대한 항변은 관할요건 이외의 이유를 근거로 한 심리거부 청구의 경우로 규정하고 있다. 즉 전자는 법정의 관점에서 파악하는 개념으로, 후자는 사건의 관점에서 파악하는 개념으로 사용되고 있는 것인데, 이 경우엔 competence란 용어가 admissibility란 개념과 대용될 수 있는 개념으로 사용되고 있다고 할 수

그밖에, 관할(jurisdiction)이 아닌 심리적격성(admissibility)의 문제로 다를 경우엔 다음과 같은 이점이 있다: 첫째, 관할의 문제는 관할의 법정 요건의 충족 여부만을 따지게 되지만, 심리적격성의 문제는 다양한 이유를 근거로 삼을 수 있다. 따라서 복잡하고 다양한 유형을 갖는 ‘국내법 부합규정’에의 위반성 문제는 심리적격성의 문제로 다루는 게 보다 적합하다. 둘째, ICSID의 경우, 관할 부존재로 판정난 경우엔 취소위원회(Annulment Committee)에 동판정의 취소를 요구할 수 있게 되지만,¹³⁰⁾ 심리부적격으로 판정한 경우엔 취소위원회의 심사대상이 되지 않는다는 이점이 있다. 셋째, 관할 부존재로 판정할 때 보다는 심리부적격으로 판정하는 경우엔 확립된 국제법원칙에 근거한 명백한 근거와 법적 논거를 제시하지 않을 수 없게 되는데, 이로 인해 보다 더 강력한 메시지를 줄 수 있을 뿐만 아니라 관련 법의 발전에 더욱 이바지할 수 있다는 이점 또한 무시할 수 없다.¹³¹⁾

V. 결론

1) 국제투자협정이란 투자본국과 투자도입국간의 타협의 산물이며, 이로 인해 전자의 경우엔 투자의 안전 및 보호의 확보를, 후자의 경우엔 국가정책이나 주권의 보호에 관심을 갖게 되는데, ‘국내법 부합규정’이란 후자에 기여하는 것으로 투자도입국의 외자에 대한 기본정책을 반영하고자 하는데 그 일차적 목적이 있는 것이라 할 수 있다. 그러나 일단 국제투자분쟁이 발생한 경우엔 해당 ‘국내법 부합규정’의 사용용도가 전혀 달라지게 되는데, 피제소국의 경우, 이를 투자가에 의한 국제법정에의 제소를 저지하기 위한 주요 수단으로 원용하고자하기 때문이다. 국내법 부합규정이 국제법정에의 제소를 저지하기 위한 주요수단이 되게 되면서, 이의 보다 완벽한 구현을 위해 도입(admission)조항이외에도 투자 정의(definition) 조항, 보호(protection) 조항 등 여러 조항에 중복적으로 규정되는 결과를 야기하였다.

2) 그러나 국내법 위반이란 다양하고도 복잡한 형태를 띌 수 있는 것이어서, 모든 불법의 경우가 관할의 문제가 되는 것이 아닐 뿐만 아니라 설령 관할거부의 원인으로 인정되지 않았다고 하여 불법성이 전적

있는 것이다. 이러한 관점에서 보자면, 이 competence이란 용어가 admissibility이라는 용어와는 다르다고 한 CMS 법정의 언급은 해당 규정에 대한 피상적 분석에 그쳤던 것으로 보인다(CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Case No. ARB/01/8, 17/july/2003, para. 41 참조).

130) ICSID convention Article 52.

131) Newcombe Andrew, op. cit., 199-200.

으로 면제되는 것도 아니다. 지금까지의 국제중재판정들을 살펴보다도 이 문제를 다루는 방법이나 그 기준이 일관되거나 통일적이지 못하며, 이의 개선을 위한 시도 또한 쉽지 않은 실정이다.

첫째, 관할의 존부를 위한 기준으로서의 불법성의 인정 기준은 그 정도나 중요도에 있어서 상당하여야 할 것이므로 그 이외의 경우의 불법성의 인정기준과 상이할 수밖에 없다. 또한 관할 거부 이유로 국내법 부합성의 요구는 이에 대한 국내조치가 가능함에도 불구하고 재차 이를 원용하는 것이므로 이의 남용을 막기 위해서라도 이러한 요건에의 충족여부의 기준은 상당하고도 엄격할 필요가 있어, 타 경우와 구분될 필요가 있다.

둘째, 관할 거부에 해당할 수 있는 경우의 위법성의 정도가 보다 위중해야 하는 것임을 인정한다 할지라도 국내법 위반에 해당하는 유형이 다양하고 또 복잡한 양상을 가질 수 있는데다 구체적인 경우 어느 정도의 위반이 있어야 하는 것인지에 대한 기준은 일목요연할 수 없어서 논란이 야기될 수밖에 없을 것이며, 그 위법성이 관할 문제 이외에서도 동시에 문제될 수 있는 것이라면, 이 경우의 위법성의 정도 또한 관할의 경우와는 상이할 수 있어서 문제는 더욱 복잡하게 된다. 따라서 ‘국내법 부합

규정’에 대해서 통상의 공서 조항에 준하는 역할이 주어진다면 보다 간단할 것으로 보이나, 그 복잡한 양태와 이를 단순히 관할의 문제만으로 볼 수 없는 특수성 등으로 인해 이의 위상이나 그 위반성의 평가가 복잡다단해지게 된다. 이는 지금까지 이 문제를 다룬 국제중재판정에서 해당 문제에 대한 처리가 일관되지 못하고 있음이 이를 증명하고 있다. 그럼에도 지금까지 합의된 기준이 없진 않은데, 이는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다: 첫째, 관할거부의 이유가 될 만큼의 위반의 중요성이 인정되는 경우로, ‘그 자체 위법’인 경우와 ‘국제적 법의 원칙’이나 ‘국제공서’에 반하는 경우를 들 수 있다. 둘째, 적어도 국내법의 요구에 부합하지 못한다 할지라도, 그것이 절차상 또는 형식적인 흠결인 경우엔 원칙적으로 관할 거부의 이유로는 인정되지 않는다. 셋째, 고의적인 불법은 관할거부의 이유로 인정될 가능성이 높으며, 그것이 비난가능성이 높은 경우라면 국내법부합 규정이 없는 경우라도 심리거부의 이유가 될 수도 있다.

그러나 불법의 형태에 간단하지 않은 관계로 다음과 같은 경우엔 논란이 있으며, 그것이 관할 거부의 이유로 원용된 경우엔 특히 그러하다: 첫째, 투자 그 자체는 불법이 아니나 그 취득과정이나 방법만이 불법인 경우, 둘째, 불법행위 그 자체는 유효

하나 그 행위자만 처벌되는 경우, 셋째, 불법이 없었다 하더라도 투자가 이루어졌을 경우 등, 이의 해결을 위해서는 심도있는 분석이 필요할 것으로 보인다.

3) 끝으로, 국내법 부합규정에의 위반성은 꼭 관할거부의 이유로 사용되어야 하는 것일까의 문제가 제기된다: 첫째, 투자가의 국내법 위반에 대해서 투자도입국은 모든 조치를 취할 수 있는 입장임에도 불구하고 이를 재차 국제법정에서 제소를 저지하기 위한 수단으로 사용하도록 하는 것이 과연 형평스러운가? 둘째, 국가의 불법행위는 본안(merit)의 대상인 반면, 투자가의 불법은 관할(jurisdiction)의 문제로 다룰 수 있도록 하는 것이 형평스러운 것인가? 만약 이 모두를 하나의 단계에서 다룰 수 있도록 하고자 하는 경우, 이를 통일적으로 관할의 문제로 다루는 게 적합할까 아니면 모두를 본안에서 다루도록 하는 것이 보다 더 적합할까?

먼저, 투자가의 이익에 부합하는 게 관할의 인정밖에 없는 경우라고 한다면, 모두를 관할의 문제로 처리하는 게 부당하게 보이므로, 일괄적으로 처리하는 경우라면 본안에서 하는 게 일견 보다 합리적일 것으로 보인다. 더군다나 본안에서 심리하는 경우라 하더라도 청구원인이 없는 경우라면 심리를 거부할 수 있을 것이고, 관할요

건이 충족된 경우라 하더라도 심리의 가치가 없는 경우라면 이 역시 심리거부로 처리할 수 있다고 한다면, 이를 부정해야 할 결정적인 이유는 없을 것으로 보이기 때문이다. 또한 본안에 들어가서야 비로소 배제여부를 판단할 수밖에 없는 문제도 존재한다(denial of benefit 조항, 우산 조항 등의 적용여부).

그럼에도 불구하고 모두를 관할, 보다 정확하게는 본안전 단계에서 다룰 수밖에 없는 경우를 가정하는 경우라면 어떠할까? 이는 국내법 부합규정이란 -그것이 어느 조항에 소재하든- 그 취지가 국내법에 위반인 모든 투자를 투자협정의 적용대상에서 배제하고자 하는 것이라고 보는 투자도입국의 입장에 부합하는 것이긴 하지만, 법적으로 극복하여야 할 중요한 문제를 갖고 있다: 즉, ‘국내법 부합규정’이 있는 경우는 이를 합의관할의 요건으로 보아 이의 위반 문제를 관할 문제로 다루는 것이 불가능한 것은 아니지만, ‘국내법 부합규정’이 존재하지 않는 경우임에도 특정한 불법에 대해 심리를 거부하여야 할 경우가 있다면, 이는 당사자간의 합의 관할이 없는 경우이므로 협의의 관할 문제로 보기가 불가능할 수 있는 까닭이다. 이에 해당 문제를 해결할 수 있도록 하기 위해선, 우선 광의의 관할 개념을 협의의 관할(jurisdiction) 개념과 심리가능성(admissibility) 여부의 문

제로 나누도록 한 다음, 국내법 부합규정에의 위반성 문제는 협의의 관할이 아니라 심리가능성의 문제로 다루도록 한다면, 이러한 문제점을 해결할 수 있을 것이라는 견해가 제기되게 된다. 이는 불법적인 투자를 투자협정 적용대상에서 배제하고자 하는 투자도입국의 의도도 존중하면서도 복잡 다양한 유형의 불법성의 문제를 일괄적

으로 다룰 수 있도록 하는 것이라는 점에서 그 설득력이 있다. 단지 현재의 국제중재법정의 관행은 심리가능성의 문제를 엄격히 구분하지 않고 있는 실정이지만, 그 가능성이 인정되고 그 실익이 적지 않다면, 이를 보다 적극적으로 활용하는 관행의 확립이 바람직할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

〈단행본〉

- Andreas Kulick and Carsten Wengler, A Corrupt Way to Handle Corruption? Thoughts on the Recent ICSID Case Law on Corruption, 37 Legal Issues Econ. Integration, 2010.
- Bottini, Gabriel. "Legality of Investments under ICSID Jurisprudence." edited by Michael Waibel. Wolters Kluwer Law & Business ; Aspen Publishers, 2010.
- Dolzer, Rudolf, and Christoph Schreuer. Principles of international investment law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.
- Dugan, Christopher F, Don Wallace, Noah Rubins, and Borzu Sabahi. Investor-state arbitration. New York: Oxford University Press, 2011.
- Lamm, Carolyn B., and Hansel T. Pham. "Fraud and Corruption in International Arbitration." In Liber amicorum : Bernardo Cremades, edited by Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.
- Monique Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration - The Unsettled Relationship between International and Municipal Law, Wolters Kluwer 2010.
- Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties, 1995.
- Stephan W. Schill, Illegal Investments in International Arbitration, working papers series, Max Planck Institute for International Law, January 4, 2012.

〈논 문〉

- Abdel Raouf, Mohamed. "How should International Arbitrators Tackle Corruption Issues." In Liber amicorum : Bernardo Cremades, edited by Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010.

- Friedrich Rosenfeld, The illegality of Investments in light of Market Access Provisions, Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013, 195-206.
- Gaillard, Emmanuel, and Yas Banifatemi. "The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process." ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 2003, 375-411.
- Hunter, Martin, and Gui Conde E Silva. "Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations." The Journal of World Investment 4, no. 3, 2003, 367-378.
- Hwang, Michael, and Kevin Lim. "Corruption in Arbitration - Law and Reality." Asian International Arbitration Journal 8, no. 1, 2012, 1-119.
- Knahr, Christina. "Investments "in Accordance with Host State Law." Transnational Dispute Management 5, 2007, (<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1070>).
- Kreindler, Richard. "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine." In Between East and West : essays in honour of Ulf Franke. Huntington, N.Y.: Juris, 2010, chap.23.
- Kriebaum, Ursula. "Investment Arbitration - Illegal Investments.", Austrian Yearbook on International Arbitration, 2010, 307-335.
- Laplante, Lisa J. "The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition." American University International Law Review, 2008, 265-277.
- Martin, Timothy A. International Arbitration and Corruption: And Evolving Standard. Transnational Dispute Management, 2004. (www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=88.)
- Mirzayev, Ruslan. "International Investment Protection Regime and Criminal Investigations." Journal of International Arbitration 29, no. 1, 2012, 71-105.
- Moloo, Rahim. "A Comment on the Clear Hands Doctrine in International Law." Transnational Dispute Management 8, no. 1, February 2011. (<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1646>.)

- Newcombe, Andrew. "Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?", *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, (ed.) Chester Brown, Kate Miles, Chester Brown, Kate Miles, Cambridge University Press, 2011, chap.9, 187-200.
- Newcombe, Andrew. "Investor Misconduct and Investment Treaty Arbitration: Mapping the Terrain," *"Kluwer Arbitration Blog."*, January 25, 2010. (<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/01/25/investor-misconduct-and-investment-treaty-arbitration-mapping-the-terrain/>).
- Stephan W. Schill, "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 281-323.
- Rahim Moloo, "A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law", *TDM* 1 (2011): (file:///C:/Users/1/Downloads/SSRN-id2358229.pdf)
- Rahim Moloo & Alex Khachaturian, *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 2011, 1473-1501.
- Jarrod Hepburn 2014, "In accordance with which Host State Law? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 5 Issue 3, November 2014, 531-559.

〈 주요 판례〉

- *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.
- *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007.
- *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, award, 18/6/2010.
- *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007.
- *Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

- Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para.
- World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006.

[국문초록]

국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성

국제투자협정은 투자도입국의 정책 추진을 위한 외자에 대한 규제 필요성과 외자의 조달을 위한 외자에 대한 보호 보장의 필요라는 상반된 이해관계에 대한 타협의 산물이라 할 수 있다. 따라서 국제투자협정은 외자의 보호와 차별대우 금지를 위한 규정을 담고 있으면서도 도입국의 정책 고려의 필요성을 위한 규정을 동시에 갖게 되는데, 후자를 위한 대표적인 규정이 ‘국내법 부합규정’이라 할 수 있다.

이는 형식적으로는 도입국의 법령에 따라 도입되거나 투자되어야 함을 규정하는 것이므로 주로 도입시에 외자의 스크린을 위한 기회를 보장하도록 의도한 것으로 보인다. 그러나 국제투자협정의 핵심의 하나가 국제중재에의 ‘대국가 소송(ISDS)’을 인정하는 것이라는 특이성 때문에 동 조항의 쓰임새가 원래의 취지 이외에 투자자의 대국가소송을 저지하기 위한 수단으로 사용되기에 이르렀으며, 이로 인해 적어도 두 방향으로 큰 변화를 초래하였다.

한편으로는 다양한 조항에 이를 포함하는 시도가 일어났다. 즉 원래 도입조항에 포함되는 해당 규정이 보다 완전한 효과를 위해 투자 정의 조항에도 포함되기 시작했으며, 나아가 투자 보호규정에도 포함되는 경우도 생겼다.

또 다른 한편으로는 예기치 않은 많은 법적 문제를 야기하게 되었다. 첫째, 국내법에의 부합성 여부가 어느 하나의 상황의 기준이 아니라 다양한 상황의 다양한 기준이 되게 됨으로써 이에 따른 기준이 복잡하게 된 것이다. 즉 원래의 취지대로 도입 여부의 기준이 될 수 있을 뿐만 아니라 사후 관행으로 정착된 것처럼 국제중재의 제소를 인정할지 여부의 기준이 될 수도 있는 것이고, 또한 이는 본안 단계에서 책임의 경감이나 배상금의 책정을 위한 고려대상이 될 수도 있는 것인데, 이러한 경우마다 그 기준은 동일할 수 없는 것이어서 문제를 복잡하게 하는 것이다. 둘째, 위의 기준 중 가장 중요한 것은 관할의 인정 여부를 위한 기준으로 사용되는 경우라 할 수 있는데, 이의 결과가 관할의 거부라는 중대한 결과를 가져오는 만큼 이를 인정할 수 있는 기준 역시 가벼울 수 없을 것이므로 이의 위반을 인정할 수 있는 중대한 위법인 경우의 기준을 정하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 현재의

관행에 의하면, ‘그 자체 위반’인 경우와 ‘국제적 법의 원칙’ 또는 ‘국제공서’에 위반되는 경우에 관할이 거부되고 있으나, 그 기준이 일관된다고 볼 수는 없다. 셋째, 관할거부의 이유로의 불법성이 심각성을 요구하는 것이라면, 이러한 경우는 굳이 ‘국내법 부합규정’이 없는 경우라도 문제될 수 있을 것이어서 국내법 부합규정의 존재이유 자체가 문제될 수도 있게 된다는 점 또한 문제로 제기될 수 있다. 넷째, 국내법 위반의 경우가 간단하지 않고 다양한 유형을 갖게 된다는 점에서 이를 근거로 관할을 거부하는 기준을 정하는 것 역시 간단할 수 없어서 문제를 야기하게 된다. 예를 들자면, 위법이 없었다 할지라도 투자가 이루어졌을 경우라든가 투자 자체는 합법이나 그것을 실행하는 행위만이 위법인 경우 또는 그 위법이 선의에 의한 것이었거나 투자활동의 지엽적인 일부만이 위법인 경우 등이 거론될 수 있다. 다섯째, 국내법 위반이 문제되는 경우가 다양하고 그 위반 정도의 상이성이 인정되는 상황이라면, 이를 소송절차상 다양한 단계에서 다룰 수도 있겠지만, 이를 다루는 단계를 가능한 한 단일화하는 것도 바람직 할 수 있다. 특히 본안 전 단계에서 다루어지는 경우라면, 이를 종래처럼 단순히 관할(jurisdiction)의 가부만을 결정하는 문제로 다룰 것이 아니라 보다 다양한 이유를 세심하게 다룰 수 있는 ‘심리적격성(admissibility)의 문제로 다루는 것이 더 적합할 수 있다. 이러한 경우, 엄격한 의미에서의 관할의 문제가 아닌 경우도 포함할 수 있을 것이며, 거부 이유를 제시함에 있어서도 보다 다양한 이유를 보다 확실한 국제법적 근거를 기초로 제시할 가능성이 크므로 실무 차원에서 이를 위한 고려의 필요가 있다고 할 것이다.

끝으로, 소송절차상 국내법 위반을 원용하고자 하는 자는 자신의 불법성이 없어야 하며, 상대의 불법성을 묵인한 사실 또한 없어야 한다는 제약이 있으며, 국내법 위반 여부를 판단하는 권한은 국제법정에 있으나 국제법정이 국내법에 대해 취약한 사실을 고려하면 객관적인 해당 국가의 관련된 판례는 위법성을 판단함에 있어 주요한 고려대상인 사실이 될 수 있는 것으로 보인다.

주제어

국제투자분쟁해결센터, 국제투자협정, 국내법에의 위반, 투자의 불법성, 국내법 부합성, 국내법 부합규정, 조약법에 관한 비엔나 협약, 관할기준, 심리적격성, 국내 투자법, 신의성실 원칙, 법의 일반원칙, 국제공서

[ABSTRACT]

The Violation of the Regulation 'in accordance with host state law' in International Investment Agreement

The right to regulate foreign investment is essential to host states which pursue their development policy. In International Investment protection agreements it is just realized by the regulation 'in accordance with host state law.' But in case foreign investor brings investment disputes to international arbitration, its role is shifted from the realization of its development policy to the ground to rebut jurisdiction of international arbitration. This host states' desire to exclude jurisdiction of international arbitration makes pertinent regulation appear cumulatively in plural clauses: Par example, in admission clause, definition of investment clause and protection clause etc.

This shift of role of the regulation concerned results in many difficult legal problems; Firstly, all kinds of violation of host state's laws can't result in the exclusion of jurisdiction. If so, of which degree the illegality can attain for this end? Secondly, can host state always invoke the illegality of investment whenever he want to do, independent of his own illegality? If not, in which case he can't invoke it ? Thirdly, it is the international arbitral tribunal who decides if the investment concerned is illegal or not. But International tribunal is not usually accustomed to domestic laws. Therefore, which effect the judgements concerned of domestic courts can have in this case?

The type and form of illegality of investment are not simple. This fact raises at least two dimensional problems: one is the substantial problem on if the tribunal shall recognize the difference enter 'the illegality as such' of investment and the illegality of means of investment. the another is the procedural problem on if the questions concerned shall be treated in the phase of jurisdiction or in merit. If illegality is invoked to reject to apply the Investment agreement, is it to be a question of jurisdiction in a narrow meaning or of admissibility ?

Key words

according to domestic laws, clean hand, good faith, international principle of laws, international public policy, Vienna Convention on the law of treaties, jurisdiction *ratione materiae*, admissibility, illegal investment, compliance with the law requirement.