

국제투자계약의 안정화 조항에 관한 고찰

제주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 김 여 선

*논문접수: 2017. 5. 20. *심사개시: 2017. 5. 25. *게재확정: 2017. 6. 16.

〈 목 차 〉

I. 서설	2. 제협상/조정과 발동요건
II. 안정화 조항의 의의	3. 제협상/조정조항의 무용론
III. 전통적 동결조항	V. 안정화조항과 ISD중재
1. 불가변/일치조항	1. 안정화조항과 우산조항
2. 동결조항과 적용범위	2. 안정화조항과 F&ET조항
3. 동결조항과 입법주권 제한	3. 안정화조항 위반과 보상/배상
IV. 경제균형조항	VI. 결론
1. 의의	

I. 서설

자원개발이나 경제개발과 관련하여 체결하는 장기적 투자계약을 국가계약(state contract)이라고 한다.¹⁾ 정부나 공기업 등이 계약주체가 되므로 국가계약이라 하고, 계약목적물에 대한 독점적 인·허가를 부여하여서 양허계약(concession contract)이라고도 한다. 국가계약은 투자수용국(host coun-

try, '수용국')의 정치적 목적이나 공공정책에 따라 수용 등의 위험에 노출된다. 예를 들어 수용국은 계약체결 당시의 법률을 변경하여 투자에 영향을 미치거나 계약의 파기와 같은 영향을 미칠 수 있다. 따라서 투자자는 국가규제와 같은 비상업적 위험의 회피를 위하여 계약에 안정화조항(Stabilization Clauses)을 규정한다.²⁾ 안정화조항은 수용국의 불안정한 법제도를 대체

* 이 논문은 2016학년도 제주대학교 교원성과 지원사업에 의하여 연구되었음.

1) 실제로 양허계약, 투자계약 그리고 국가계약은 같은 것으로 본고의 제목은 국제투자계약으로 표현하고 본문에서는 국가계약이라고 표현한다.

2) Andrea Shemberg, "Stabilization Clauses and Human Rights", IFC/SRSG Research Paper (2008), p. 4.

하고자 하는 의도가 크다.³⁾ 수용국은 투자 유치를 위하여 안정화조항의 규정을 허용 혹은 장려하는 경우도 있다.⁴⁾ 최근의 안정화조항은 투자 리스크 회피보다 ‘좋은 투자 환경’(welcoming investment environment) 제공의 의미도 있다.⁵⁾

본고는 안정화조항에 대한 국제투자규범에서 법적문제를 고찰하는 것을 목적으로 하며 다음과 같은 쟁점들을 검토한다.

첫째, 안정화조항은 수용국의 일방적인 수용과 국유화에 대한 방지의 목적이 있었다. 동시에 관련 법률변경에 대하여 투자자의 동의라는 내용으로 규정된다. 수용국의 국내법 안정을 약속하는 법적 안정화조항이 대표적이다.⁶⁾ 최근의 안정화조항은 과세와 환경 등 국가규제의 안정을 포함하는 폭넓은 내용을 규정한다. 안정화조항은

전통적 동결조항(freezing)에서 경제균형조항(economic equilibrium clause)등으로 발전되어 오고 있다. 안정화조항의 종류와 특징 등을 살펴본다. 둘째, 안정화조항은 국내법 안정을 통한 투자보호와 수용국의 입법주권 제한이 대립한다. 계약자체의 안정화조항의 적법성 여부에 대한 ISD중재 사례와 학설을 중심으로 살펴본다. 셋째, 경제균형조항은 전통적 동결조항과 달리 당사자간 경제적 불균형이 발생되면 재협상/조정의 과정을 거쳐 균형을 유지하고자 한다. 이와 관련하여 재협상/조정의 요건에 대하여 살펴본다. 넷째, 국가계약분쟁이 IIA(International Investment Agreement, ‘IIA’)의 국가와 투자자간 분쟁해결제도(Investor-State Dispute, ‘ISD’)의 대상이 되고 있다.⁷⁾ ISD사례에서 수용국의 안정화조항 위반에 대하여 IIA의 근거조항은 우산조항(umbrella

3) Thomas Waelde & George Ndi, “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation,” Texas International Law Journal, Vol. 31, Issue 2 (1996), pp. 216, 218-219; Abdullah Al Faruque, “Efficacy and Political Economy of Stabilization Clauses: A Critical Appraisal,” Oil, Gas & Energy Law, Vol. 4 (2007), pp. 31-33.

4) Abdullah Al Faruque, pp. 31-33.

5) Katja Gehne / Romulo Brillo, “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment,” NCCR TRADE REGULATION, Working Paper No 2013/46 (2014), p. 4.

6) UN-IFC(International Finance Corporation), Stabilization Clauses and Human Rights (2009), pp. 12-15.

7) 국가계약분쟁의 ISD관할권은 일부 기각 사례가 있지만 대부분 인정되고 있다. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on jurisdiction, July 23, 2001, (42 I.L.M. (2003)) p.609; SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on objections to jurisdiction, Aug 6, 2003, 18 ICSID REV.-FINVLJ(2003), p. 307; SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on objections to jurisdiction, Jan. 29, 2004; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?,” Annulment of ICSID Awards : a Joint IAI-ASIL Conference. Bern : Stämpfli (2004) pp. 189-221 참조.

clause)과 공정·공평대우조항(fair & equitable treatment, 'F&ET')으로 선례가 확립되고 있다. 예에 대하여 ISD중재사례를 중심으로 검토한다. 마지막으로 결론에서는 국가계약상 안정화조항의 본질에 대하여 상술한 쟁점들을 중심으로 정리하고자 한다.

II. 안정화 조항의 의의

법적인 관점에서 국가계약은 사적계약보다는 일방 당사자가 국가라는 점에서 공법적 요소가 강하다. 국가는 인·허가에 관한 공법상 계약(행정계약)이고, 공공정책에 따라 일방적으로 파기 가능한 것으로 생각할 수 있다. 투자자는 민법상 계약과 같이 당사자의 합의없이 파기 불가능한 것으로 이해하고자 한다. 과거에는 국가계약에 대하여 단순 사인계약과 달리 국제협정 혹은 준국제협정(quasi)으로 파악하고자 하였다. 여하튼 국가계약은 공·사법적 특성을 가지고 규제를 받는다. 그러나 국가계약의 법적성격에 대한 논쟁은 과거 분쟁해결에서 외교적보호권 행사하는 경우에 의미가 있었다. 준거법 적용에 따라 수용국

에게 국제 혹은 국내책임으로 귀결지을 수 있었기 때문이다.⁸⁾

ISD대상으로 국가계약이 명시됨으로 최소한 IIA의 ISD에서는 상술한 논쟁은 의미가 없게 되었다. 미국 2012년 Model BIT에서 ISD대상으로 투자계약(investment agreement)을 포함하여 보호대상으로 하고 있다. 모델BIT에서는 “투자계약은 계약 일방 국가와 투자자간에 서면계약, 투자와 투자자에 대해 일정한 권리를 부여, 계약국이 통제하는 천연자원에 관한 투자의 권리, SOC에 관한 사업의 수행권리, 계약국을 대신하여 서비스를 공급하는 권리를 포함하는 것”으로 정의하고 있다.⁹⁾ 안정화조항에 대하여 “수용국과 투자자간 사적계약으로 투자활동 과정에서 법 적용의 예외를 허용하는 것”이라는 정의가 있다.¹⁰⁾ 국가계약에서 일방당사자인 국가를 상인으로서의 지위를 인정하는 것으로 보인다.

안정화조항은 첫째, 수용국의 법률의 전부 혹은 부분적으로 동결하는 동결조항이 있다. 동결조항은 수용국의 IIA상 권리를 제한하는 것처럼 보이지만 국가가 주권을

8) 김부찬, “국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도”, 『국제법학회논총』 Vol. 44 No. 2 (1999), pp 139-164; 최승환, “해외투자의 계약적 보호방안과 국제법적 보호방안”, 『국제법무연구』 Vol.1 No.1 (1998), 경희대학교 국제법무대학원, pp. 151-173에서 안정화조항과 준거법에 대하여 자세하게 설명하고 있음.

9) Article 24 of the 2012 Model BIT: Submission of a Claim to Arbitration.

10) Shernberg, Andrea (2008), Stabilization Clauses and Human Rights, IFC/SRSG Research Paper. 11 March 2008. http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_LOE_Stabilization, p. 4.

행사할 경우에는 보장이 안된다는 유력한 견해도 있다.¹¹⁾ 둘째, 신법 적용으로 인한 재정적 피해를 보전하는 경제균형조항과 동결조항과 경제균형조항의 조합으로 ‘계약의 안정성을 보호하기 위한 추가보호’를 위한 복합형 조항 등이 있다.¹²⁾

III. 전통적 동결조항

1. 불가변/일치조항

동결조항의 초기형태는 수용국이 국가 계약을 일방적으로 파기하여 투자를 수용/국유화하는 것을 금지하는 불가변조항(intangibility/inviolability)이 대표적이었다.

예를들어 *Aminoil v. Kuwait* 사례의 석유 생산협정 제17조는 “일반 또는 특별입법, 행정조치 혹은 기타행위에 의해 본 협정을 무효로 해서는 안 된다. 정부 및 회사가 본 협정의 일부변경, 삭제 혹은 추가를 할 경우 양자이익을 위해 바람직하다고 합의하

는 경우를 제외하고, 정부나 회사는 본 협정조항을 변경해서는 안 된다”고 규정한다.¹³⁾ 최근에는 IIA에서 수용과 보상의 조항이 정형화되어 있고 그 기준도 명확하여서 이 조항이 국가계약에 규정되는 경우는 거의 없다.

일치조항(consistency)은 국내법과 일치되는 계약규정만 프로젝트에 적용되는 것을 말한다. 계약과 불일치한 국내법 제정을 금지하는 의도가 크다. *Dublin Petroleum International (Syria) Ltd v. Syria* 사례의 생산물분배계약(Production Sharing Agreement, ‘PSA’) 제18(1)조는 “계약당사자와 운영회사는 현행 시리아에서 발효된 모든 법률과 행정법규를 준수하여야 한다. 단 계약발효일 부터 유효한 것이라도 계약 조항에 위배되거나 혹은 어떤 법률 및 행정규칙과 불일치하거나 혹은 개정을 진행하는 것에 대하여서는 당사자와 운영자에게 구속력이 없다”고 규정한다.¹⁴⁾

일치조항은 ‘선의’에 따라 계약을 이행

11) Maniruzzaman, A.F.M., “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.1, No.2, (Oxford Academic 2008), p.126.

12) Maniruzzaman, A.F.M., p. 127.

13) *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, 24 May 1982, 21 ILM 976; Martin Hunter & Anthony C Sinclair, “Aminoil Revisited Reflections on a Story of Changing Circumstances,” *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler(ed), (Cameron 2005), pp. 347-381.

14) Maniruzzaman, A. F. M. p. 124 (2008); *Cameroon Oil Transportation Company - S.A. (COTCO)* 제24(3)조

하고 수용국의 일방적 계약수정 및 파기는 조항 위반이 된다.¹⁵⁾ 일치조항은 국내법상 일종의 특별법(Lex Specialis)으로 보고 국가계약과 불일치한 법률에 영향을 받지 않게 된다.¹⁶⁾ 예를 들어 1999년 아제르바이잔 석유개발계약 제24(1)조 규정은 “이 계약은 아제르바이잔 국회의동의 후에 아제르바이잔 법률이 되며, 계약상 특별약정을 제외하고 이 계약과 불일치 혹은 충돌하는 현재 혹은 미래의 어떠한 법률, 법령 그리고 행정명령 보다 우선한다”고 규정한다.¹⁷⁾ 이 조항은 일종의 역외영토지위(Enclave Status)를 창설하는 것과 유사한 의미를 가진다.¹⁸⁾

2. 동결조항과 적용범위

동결조항은 수용국의 법률, 법규, 행정 명령 그리고 정책구조(조세/재정 등)의 일

방적인 변경으로 계약내용에 부정적 영향을 미치는 경우를 대비하는 조항이다. 동결조항은 당사자 합의가 없는 한 일방적으로 계약을 변경하거나 파기할 수 없도록 하고 있다. 계약의 준거법을 고정하여 법령개정을 통한 계약변경도 불허한다.¹⁹⁾ 동결조항은 엄격 동결조항과 제한적 동결조항으로 나눈다.

엄격동결조항은 계약목적물과 관련된 모든 입법을 계약유효 기간내 동결하는 것으로 한다. 라틴아메리카 SOC모델협정 제13조는 “투자프로젝트와 관련된 모든 상황에서 이 투자계약은 현행법률 구조에서 절대적으로 법률 안정성을 향유할 수 있다”고 규정한다.²⁰⁾ Libyan American(LIAMCO) v. Libya 사례의 석유개발협정 제38조는 “리비아정부, 위원회와 지자체는 본 협정과 관련하여 필요한 일체의 절차를 취하고,

“COTCO의 사전 동의없이 계약조항과 위배되는 어떠한 입법, 행정명령과 정책이 상술한 이 계약과 유관한 회사, 주주, 자회사, 대리상 그리고 지점 등에 적용할 수 없다. COTCO는 카메룬 현행 입법 및 행정법규와 관련된 조치에 대하여 선택하여 적용할 권리가 있다. 이러한 입법과 행정법규 그리고 행정조치가 상술한 인원에 대하여 부정적 영향을 주는 경우에는 이 프로젝트의 실시 및 활동을 고려하여 부적용을 요구할 권리가 있다”라고 규정한다. Lorenzo Cotula, “Reconciling Regulatory Stability and Education of Environment Standards In Investment Contract: Towards A Rethink of Stabilization Clauses,” Journal of World Energy Law & Business, Vol. 2(2008), p. 160.

15) Christopher T. Curtis, “The Legal Security of Economic Development Agreements,” Harvard International Law Journal, Vol. 29. No.2 (1988), pp. 317-318.

16) Maniruzzaman, A. F. M., p. 122.

17) State Oil Company of Azerbaijan Republic (SOCAR) v. UGE Lanser PTI LTD.

18) Shemberg, Andrea, p. 17.

19) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 6.

20) Shemberg, Andrea, p. 17.

회사가 본 협정에 의하여 수여되는 일체 권리의 향유를 보증한다. 당사자 동의를 제외하고 본 협정에 규정된 권리를 수정하여서는 안 된다. 효력발생기한내 본 협정은 석유법과 본 협정이 포함하는 개정협정에 근거하여 실시일 이전 발효한 행정법규로 해석을 진행한다. 회사의 동의가 없으면 행정법규의 개정과 폐지는 회사의 계약 권리에 영향을 미쳐서는 안 된다”고 규정한다.²¹⁾

제한적 동결조항은 조세나 사용료 등의 안정성을 위하여 법률동결을 요구하는 것이다.²²⁾ Bolivia의 1997년 상품분배 모델계약 제12조는 “석유법(Hydrocarbon Law) 제52조의 규정에 의하여 적용되는 생산품분배협정의 광구토지 사용비 및 허가체계는 계약 유효기한 내 고정적이다”고 규정한다. Cameroon-COTCO 간 협정((1998) 제24조는 “카메룬은 Chad-카메룬 간 석유발전과 운송관 프로젝트 중 법률, 조세, 관세, 외환관리의 안정성을 보장한다. 이 협정하에서 실시되는 활동을 고려하여, 법률 개정, 조세, 관세, 외환관리는 협정과 관련된 회사, 주주, 자회사, 시행사, 도급사, 운

송인 그리고 위임받은 자의 권리의무에 대하여 부정적 영향을 받는 경우에는 시행하지 않는다”고 규정한다.

Duke Energy v. Peru 사례에서 문제가 된 계약(DEI Bermuda LSA) 제5조는 “이 법적 안정화 계약은 발효일로 부터 10년 유효기간을 가진다. 결과적으로 페루법이 개정되어도 개정이 본 계약에 명시된 것보다 일방 당사자에게 더 유리하거나 해로운 경우가 기간 동안 당사자 일방에 의하여 개정할 수 없다”고 규정하고 있다. 이 사례에서 안정화조항의 적용범위가 쟁점이었다. 중재판정부는 “안정화조항을 규정했다면 기존의 법 규칙의 적용과 일관된 해석이 되면 이것은 안정화에 포함된다. 광의적 안정화는 LSA가 체결된 때에 유효한 법규칙에 대하여 일관된 해석을 하여야 한다. LSA발효시에 존재한 법규칙의 안정적 해석의 유지는 ‘기존규칙의 연속성’(a particular, consistent and stable interpretation)의 일부라고 하였다.²³⁾ 중재판정부는 “LSA 발효시에 조세제도를 구성하는 법률이나 규칙은 투자자에게 불리하게 개정되거나 해석 또는 적용되지 않아야 한다. 이것에

21) Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic (1997) 62 I.L.R. 140; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic, Award of 12 April 1997, ILC.

22) Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, (Oxford University Press 2010), p. 74.

23) Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008, para. 219.

도 불구하고 기본적으로 안정화조항에 의하면 법 규칙은 분명히 불합리 또는 자의적인 방법으로 해석·적용되지 않아야 한다”고 하였다.²⁴⁾ 따라서 안정화의 범위가 법률개정 뿐만 아니라 해석과 적용에까지 미치고 있다.

3. 동결조항과 입법주권 제한

가. 무효의 근거

첫째, 국제법 규칙의 강행규범을 근거로 한 무효의 주장이 있다. 안정화조항의 적용범위를 국유화/수용의 금지로 한정한다면 「국가의 천연자원에 대한 영구주권의 원칙」(UN General Assembly Resolution 1803 on the Permanent Sovereignty of States over Natural Resources, ‘영구주권원칙’)과 같은 국제법상 강행법규(*jus cogens*) 때문에 계약으로 입법주권을 배제할 수 없다고 한다.²⁵⁾ ‘영구주권의 원칙’은 국제법상 창설된 헌법적 제한으로 입법주권과 관련한

근거가 된다고 한다.²⁶⁾

둘째, 국내법상 입법권 제한은 원천 무효의 입장이다. 안정화조항은 국내법(헌법)상 월권(*ultra vires*)으로 입법기관으로부터 사전수권 혹은 사후추인이 없다면 동결조항이 포함된 국가계약은 원천무효라고 한다.²⁷⁾ 따라서 안정화조항이 포함된 계약은 국내법상 무효이고 국제법의 보호대상도 아니라고 한다.²⁸⁾

셋째, 안정화조항을 사법원칙의 연장선에서 무효로 보고 있다. ‘사정변경 원칙’(*rebus sic stantibus*)은 ‘계약신성원칙’(*sanc-tity of contract*)과 ‘계약준수원칙’(*pact sunt servanda*)과 같은 법 원칙과 조화의 기능이 있다. 당사자는 계약체결 당시 예견불가능한 객관적 사정이 발생하면 계약은 변경될 수 있다. 내용에 중대한 변화가 있으면 조정/재협상 혹은 해지/해제할 수 있을 것이다. 따라서 안정화조항이 입법권 행사를 제한할 수 없다고 한다.²⁹⁾ 다국적기업이 개도국과 계약에서 우월적 지위를 이용하

24) 2000년 집권한 신정부는 구 정부의 민영화 정책을 재검토 하였다. 신청인에 대하여 현지투자회사의 기업 결합은 가장거래(*sham transaction*)이고 조세감면은 페루 국유기업(*Electroperu*)자산의 민영화를 초래했다고 주장했다(*para. 130*). 신청인은 이는 선의(*good faith/estoppel*)에 위배된다고 주장했다(*paras. 233-236*).

25) *Texaco v. Libya*, 17 ILM 3 (1978), *para. 88*; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford 2012), p. 86.

26) M. Somarajan, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, (Kluwer Law International 2000), p. 210.

27) *Ibid.*, p.211.

28) Thomas Waelde & George Ndi, p. 242.

29) Amaechi David Nwokolo, “Is There a Legal and Functional Value for the Stabilisation Clause in International

여 안정화조항을 규정하는 것은 강박에 의한 의사표시로서 무효에 해당된다고 한다.³⁰⁾ ISD중재사례에서 안정화조항을 무효라는 입장을 나타낸 경우는 드물다. Amoco International Finance v. Iran 사례에서 중재판정부는 “수용국이 자발적으로 양허에 관한 권리를 포기하는 안정화조항을 이해할 수 없다”고 하여 무효의 입장에 있다.³¹⁾

나. 유효의 근거

첫째, ‘영구주권원칙’의 국제 강행법규 지위를 부정하면서 유효성을 주장한다. ‘계약자유 원칙’도 국가주권의 구성부분으로 ‘영구주권원칙’이 ‘계약자유 원칙’보다 우월한 법적효력을 향유하는 것은 아니

라고 한다.³²⁾ AIOil사례에서 “국유화 권리를 제한하는 국제법 규칙은 존재하지 않는다”고 하였다. 그리고 ‘영구주권원칙’은 강행법규가 아니어서 안정화조항은 유효하다고 하였다.³³⁾ 국가계약의 상업적 성격을 가지고 있어 국제법 규칙은 적용근거가 될 수 없다는 견해도 있다.³⁴⁾ Revere Copper v. OPIC사례는 조세인상과 관련한 법률개정을 안정화조항 위반이라고 하여 제기된 중재이다.³⁵⁾ 자메이카 대법원의 안정화조항은 ‘원천무효’(void ab initio)라는 판결에 대하여 중재판정부는 “수용국이 외국인대우에 관하여 국제법 원리의 적용을 부인해서는 안 된다”고 하였다. 특히 “국가가 선행적으로 외자유치 정책을 제시하고 국내법 집행으로 투자자의 경제적 이익에 중대

Petroleum Agreements?”, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, Annual Review, Vol. 8 (2005), p. 187 (dndee.ac.uk).

30) Thomas Waelde, “Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation,” Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy (CPMLP) professional NO. PP13(1994), p. 52.

31) Amoco International Finance v. Iran, Award, 14 July 1987; Dolzer & Schreuer, p. 84.

32) T. Hansen, “The Legal Effect Given Stabilization Clause in Economic Development Agreement,” Virginia Journal of Investment Law, Vol. 28(1998), p. 1015.

33) American Independent Oil Company v. Kuwait(1982), p. 977.

34) Thomas Walde & George Ndi, p. 254.

35) Revere v. OPIC사례에서 안정화조항 위반은 간접수용에 해당한다고 다투어졌다. 투자자(Revere Copper and Brass Inc., ‘Revere’)와 미국해외민간투자회사(Overseas Private Investment Corporation, ‘OPIC’)간의 분쟁으로 미국내 중재기관에서 판정되었다. Revere는 자메이카 정부와 현지자회사(RJA)에 25년간 조세면제와 독점채굴권(보크사이트)에 관한 안정화조항이 포함된 국가계약을 체결했다. 당사자간 분쟁으로 RJA는 1975년에 영업을 중지했다. RJA공장은 OPIC에 보험을 가입했다. 보험약정에서 OPIC는 국제법 원칙에 반하는 수용으로 피해를 받는 경우 보상을 규정하였다. OPIC에는 Revere에 보상할 의무가 있다고 하였다. Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIC, AAA Award, 17 ILM (1978), p. 1321.

한 영향을 준 경우”가 그러하다고 하였다. 또한 국가계약의 특성상 국제성은 당연하며 계약보장(contractual guarantees)의 필요성이 있다고 하였다.³⁶⁾ 또한 “수용국은 일정기간 주권을 제한할 수 있는데 자메이카 헌법에서 명확하게 규정하고 있다. 양허계약의 조세 안정화조항은 유효하다”고 판정하였다.³⁷⁾

둘째, 안정화조항은 주권의 자주적 제한으로 유효하다고 한다. 현대경제에서 국가 주권 관념은 포기할 수 있으며, 천연자원에 대한 권리포기도 국제경제질서에서 가능하다고 한다.³⁸⁾ ‘계약신성’ 혹은 ‘조약준수’는 투자자의 기득권 존중의 측면에서 유효하다. 안정화조항은 ‘당사자자치’이고 법제도의 안정은 국가계약에 근거한 의무 준수라고 한다.³⁹⁾ *Texaco v. Libiya* 사례에서 중재판정부는 “수용국은 주권행사를 할 수 있다. 안정화조항은 투자자에게 회수할 수 없는(irretraceable)권리를 약속하는 것이

라고 한다. 정부의 국가계약 체결은 주권 포기가 아니고 행사이므로 국가가 소(중재)를 제기하지 않는 것이 의무”라고 하였다.⁴⁰⁾

셋째, 계약준수라는 사법원칙에 근거하여 유효를 주장한다. *LETICO v Liberia* 사례의 중재판정부는 “수용국의 일방적 법집행 방지의 목적으로 안정화조항을 규정한다. 이 조항은 당연히 존중되고 준수되어야 한다. 그렇지 않으면 수용국은 입법을 통하여 쉽게 그 계약의무를 위반할 수 있다”고 하였다.⁴¹⁾ *Parkerings-Campaniet AS v. Lithuania* 사례에서 안정화조항을 통한 국내법 변경의 제동은 투자자가 계약에 의하여 향유하는 권리이고, 이것은 기득권 성질로서 철회할 수 없는 것이라고 하였다.⁴²⁾

넷째, 국내법을 근거로 유효를 주장한다. *Liamco v. Lybian* 사례에서 ‘계약신성원

36) Ibid., p. 1334.

37) Ibid., p. 1342.

38) 법률동결조항은 국제법상 무효이고 경제평형조항은 국제법상 유효하다는 견해도 있다. Laura Henry, “Investment Agreement Claims under the 2004 Model US BIT: A Challenge for State Police Power?”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 3 (2010), p. 939.

39) Dolzer & Schreuer, p. 87.

40) *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Lybian Arab Republic*, 1977, 53 ILR 389, pp. 476-477.

41) *MINE v. Guinea*, Decision on Annulment, 22 December 1989, para.6.33, 6.36. *CMS v. Argentine*, Award, 12 May 2005, para.151; Dolzer&Schreuer, p. 84.

42) *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 Sep 2007, paras. 119-126.

칙'은 국내법과 국제법에서 인정되고, 리베리아 국내법에서도 효력이 있다고 하였다.⁴³⁾

IV. 경제균형조항

1. 의의

경제균형조항은 수용국에게 계약내용의 변경을 허용하지만 투자자의 경제적 지위를 유지하기 위하여 계약내용의 재협상/조정을 통하여 손실 보상을 내용으로 한다. 경제균형조항은 동결조항과 비교하여 재협상/조정을 통한 보상의 확실한 구제수단이 담보되므로 입법권을 제한하지 않는 새로운 접근이다.⁴⁴⁾

전형적으로 아제르바이잔의 관련 모델 계약 제42조는 “당사자가 본 계약과 그 부속계약에 의하여 향유하는 권리와 이익은 사전에 당사자 동의 없이 수정, 개정 혹은 감소되어서는 안 된다. 만약 정부가 현행 혹은 장래의 법률, 조약, 정부간 협정, 법령 혹은 행정명령이 본 계약의 규정을 위

반하거나 혹은 당사자에 대하여 불리하거나 혹은 소극적인 영향을 조성하는 경우, 즉 조세법규의 모든 개정, 조례, 행정관행, 계약관할의 수정을 포함하지만 이에 한정하지 않고, 본 계약의 조항은 당사자 경제균형을 재확립할 수 있도록 조정될 것이고, 게다가 이미 계약자의 권리와 이익에 대하여 불리한 영향이 조성되었다면, 국가는 경제상황의 불리 혹은 악화로 인하여 조성된 손실과 피해에 대하여 보전하여야 한다. 국가는 당연히 그 직권 범위내에서 계약운용의 법률수단을 확보하고, 정부는 전술한 원칙 즉, 조약 정부간협정, 법률 법령 혹은 행정명령과 본 계약과 충돌 혹은 부합하지 않는 상황을 해결하기 위한 합리적이고 의문이 없는 조치를 취하여야 한다”고 규정한다.⁴⁵⁾

경제균형조항은 입법이나 법령개정으로 계약의 특별한(조세) 혹은 일반적 조건에 영향을 미치는 경우에 적용된다. 그리고 사정변경으로 계약 당시의 경제적균형을 달성하지 못하는 경우에 조정/재협상을 하도록 한다. 특별한 사정은 국내상황의 근본적

43) Lybian America Oil Co. v. Lybian Arab Republic, 17 ILM, 3(1978), p. 56.

44) Shemberg, Andrea, p. 24.

45) 모델조항은 아제르바이잔 석유국영기업(State Oil Company of Azerbaijan Republic)과 COC(Consortium of Oil Companies)간의 석유생산물 분배계약(Petroleum Production Sharing Agreement of 1995)에 그대로 규정되었다. Petroleum production sharing agreement of 10 November 1995 between the State Oil Company of Azerbaijan and a Consortium of Oil Companies.

변화(fundamental change of circumstance), 상업손실과 계약의무이행의 무의미적 상황(commercial impracticability/frustration of purpose) 혹은 실질적 영향으로 국내법 개정이 필요한 경우이다.⁴⁶⁾ 이 경우에 당사자는 경제균형을 위하여 재협상이나 사정변경으로 인한 손실과 피해에 대해 보상을 보증한다.

경제균형조항은 목적에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다. ① 계약의 경제적 이익에 대한 협상이 가능한 경제균형조항(negotiated economic balancing clause) ② 경제적 이익을 사전에 약정하는 약정경제균형조항(stipulated) ③ 계약이행 과정에서 필요시 당사자 동의에 의하여 재협상/조정을 하는 무제한경제균형조항(non-specified) 등이 있다.⁴⁷⁾ 이외에도 계약에서 경제균형을 이루는 재협상/조정을 내용으로 조항을 다양한 방법으로 설계하기도 한다.

2. 재협상/조정과 발동요건

가. 개설

재협상/조정은 계약이행 과정에서 사정변경이 발생하면 경제균형조항을 근거로 재협상/조정을 하게 된다. 재협상/조정은 계약에서 규정한 절차에 의하고 당사자 일방이 재협상/조정을 거절하면 계약위반을 구성한다.

일반적으로 재협상/조정의 내용은 경제균형조항에 포함하여 규정하지만 별도로 단독조항으로 규정하는 경우도 있다. 그리고 재협상/조정의 내용을 국내법에 포함하는 규정을 두는 계약도 있다.⁴⁸⁾ 베트남의 채광계약서(Lasmo clause) 제17.8조는 “유효일 후, 새로운 법률 및/또는 규정이 베트남에 도입되어 계약자 이익에 영향을 미치는 경우, 또는 기존의 법률 및/또는 규정의 모든 개정은 당사자가 이러한 사실이 없는 상황에서 향유하는 동일한 경제적 상황을 보장하도록 협의하여, 본 계약에 필요한 사항을 변경한다”고 규정한다.⁴⁹⁾

한편 재협상/조정을 단독의 조항으로 국

46) 서아프리카 천연가스수송관 프로젝트 계약에서 실질적인 악영향, 프로젝트 수익 감소 혹은 경제적 이익에 대한 실질적 악영향 등을 언급하고 있다. Piero Bernardini, “Stabilization and adaptation in oil and gas investments,” *Journal of World Energy Law Business*, Vol. 1, No. 1 (2008), pp. 104-106.

47) Shemberg, Andrea, pp. 24-26.

48) 대표적으로 Article 47(b) of the Ghama/Shell Clause; The Petroleum Production Agreement, The Government of Ghana and Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd. 등이 있다. Piero Bernardini, p. 98.

49) The Lasmo Group Production Sharing Contract of 1992 between the “Vietnam National Oil and Gas Corporation of the Socialist Republic of Vietnam, Lasmo Vietnam Ltd. & C. Itoh Energy Development Co., Ltd for Offshore Block 04-2” Art.17.8 (Introduction of New Laws and Regulations).

내법에 그 내용을 명시한 경우도 있다. ‘러시아 생산물분배계약에 관한 연방법률 (1995)’ 제17(1)조는 “계약조건은 계약존속 기간 동안 동일한 효력을 유지한다. 계약 조건은 당사자간 합의에 의해서만 변경될 수 있다. 다만 러시아 연방 민법이 정하는 현저한 사정변경에 해당하는 사유가 발생한 때에는 당사자 일방이 타방 당사자에 대하여 계약의 변경을 요청할 수 있다. 또한 당사자의 합의에 의해 계약조건이 변경된 경우 변경된 계약조건은 원계약과 같은 효력이 있다”고 규정한다.

카타르 모델계약 제34(12)조는 “당사자는 계약 그리고 현행 법률과 법규에 근거하여 계약 발효일로부터 형성된 재무상황에 의하여, 당사자의 동의, 만약 장래의 법률·법령·조례가 당사자의 재무상황에 영향을 준다면, 특별히 관세가 계약에서 규정한 비율을 초과한 경우, 당사들은 신의성실의 원칙에 의하여 협상을 진행하여야 한다. 목적은 계약의 균형을 유지하기 위한 공평한 해결방안을 형성하기 위한 것이다. 만약 공평한 해결방법으로 합의를 달

성하지 못하는 경우, 당사자 일방은 제31조에 의하여 중재를 제기할 수 있다”고 규정한다.⁵⁰⁾

나. 발동요건

재협상/조정의 요건(trigger events)은 첫째, 불공정성 제거 혹은 불공평성 변경(removing the unfairness or adopting an equitable revision)과 같은 주관적 기준, 둘째, 계약상 경제균형회복⁵¹⁾과 같은 당사자 이익보호를 강조하는 객관적 기준, 셋째, 계약내용과 요건에 의하여 취득할 수 있는 합리적 기대이익의 결과⁵²⁾와 같은 일방 당사자 이익보호 요건 등이 있다. 그러나 일방 당사자만의 사정변경 결과를 받아들이는 것은 아니다. 양당사자에게 공통으로 적용되는 사정변경이 존재하여야 한다.⁵³⁾ 사정변경은 당사자 이익에 반하는 피해, 본질적인 피해나 실질적 경제 불균형을 발생시키는 피해의 존재 혹은 경제/재정적 본질에 대한 중대한 영향(materially affect)이 있어야 한다. 그 결과와 영향이 당사자의 계약시점에서 기대이익과 본질적으로 다른 경우

50) Qatar, Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994 (art 34.12 ‘Equilibrium of the Agreement’); Barrows, Middle East, Suppl 124, 1 (1995), reproduced in Annex 1; 유사한 것으로 Model Production Sharing Agreement of 1997 for Petroleum Exploration & Production of Turkmenistan(art. 16-6) 등이 있다.

51) Qatar Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994.

52) Model Production Sharing Agreement for Turkmenistan.

53) UNIDROIT, Principal of International Commercial Contracts (2004), 6.2.2-3.

에 해당된다. 재협상/조정은 계약의 권리·의무관계로서 사정변경을 이유로 일방 당사자가 계약을 종료할 수 없다.⁵⁴⁾

대부분의 계약에서 재협상/조정의 발생요건, 효력과 목적을 추상적으로 규정하여 재협상/조정과정에서 문제가 되고 있다. 어떠한 조항은 사정변경시 적용된다는 것을 규정하지 않고, 일정기간 내(예를 들어 3년마다) 당사자간 재협상/조정하도록 모호하게 규정하기도 한다.⁵⁵⁾ 물론 발생요건은 복잡성, 예견불가능성과 경제적 상황에 대한 본질적 불확실성 때문에 상세한 정의를 할 수는 없을 것이다.⁵⁶⁾

경제균형조항은 당사자가 신의성실원칙에 따라 재협상/조정에 임하고, 경제균형을 회복하면 될 것이다. 그러나 재협상/조정을 통하여 새로운 계약내용에 합의하지 못하더라도 이 조항을 위반하였다고 할 수 없다. 이 조항의 위배는 재협상/조정을 거

절하거나 고의로 재협상/조정을 방해하는 것이다. 이 경우에는 경제균형조항의 배상규정이 적용될 것이다.⁵⁷⁾

3. 재협상/조정조항의 무용론

재협상/조정조항이나 그 내용을 규정하지 않아도 재협상/조정은 당연한 과정이라는 무용론이 있다. 첫째, 국제상공회의소(International Chamber of Commerce)의 한 보고서는 “국제중재에서 조정조항을 채택하는 것보다 ‘약속준수원칙’을 직접 적용하는 것이 논쟁을 희석시킨다고 한다.⁵⁸⁾

둘째, 재협상/조정 조항이 없어도 다른 계약조건이나 관련 법률에 의하여 재협상/조정을 검토하게 된다. 중요한 근거로서 ‘불가항력조항’(force majeure)과 ‘사정변경조항’(hardship)이 있다.⁵⁹⁾ 사정변경과 관련하여 「사법통일국제국제협회」(UNIDROIT)에서는 어떤 사실의 발생으로 이행비용의

54) Piero Bernardini, p. 105.

55) 가나/셀 계약 제47(b)조.

56) Piero Bernardini, p. 106.

57) Lorenzo Cotula, Regulatory Takings, Stabilization Clause and Sustainable Development, OECD Global Forum on International Investment, OECD Investment Division (2008), p. 4 (www.oecd.org/investment/gfi-7).

58) ‘Adaptation of Contracts’, ICC Publication No. 326; John. Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003), p. 1464.

59) 1992 between “Vietnam National Oil and Gas Corporation of the Socialist Republic of Vietnam, Lasmo Vietnam Ltd. & C. Itoh Energy Development Co., Ltd for Offshore Block 04-2”에서 ‘불가항력조항’을 규정하고 재협상/조정을 명시하고 있다.

증가 혹은 이행의 가치가 감소하여 계약균형에 중대한 변경이 초래하는 경우에; ① 그러한 사건이 발생하거나 또는 불리한 입장의 당사자가 계약 체결 후 알게 되었을 때, ② 그러한 사실이 불리한 당사자가 계약체결시 합리적으로 보아 고려할 수 있었던 것이 아닌 것 ③ 그러한 사실이 불리한 당사자의 통제의 범위의일 것 ④ 사건의 리스크가 불리한 당사자에게 인수되지 않았을 것의 요건을 필요로 한다. 이 결과 불리한 당사자는 재협상을 요청할 수 있다. 재협상 요청자체가 이행유보를 의미하는 것은 아니다. 합리적 기간내 합의에 도달하지 못하면 당사자는 법원에 계약해제 또는 수정을 구할 수 있다고 규정한다.⁶⁰⁾

셋째, 재협상/조정은 계약에 내재된 고유의 의무라고 한다. 국제계약법은 ‘선의 원칙’(good faith)과 당사자간 ‘협조의무원칙’(duty of the parties to cooperate)을 기본 원칙으로 한다. 『UN다국적기업행동수칙』은 계약규정의 흠결에 대한 재검토/재협상을 위한 규정을 두고 있다. 즉 “국제기업은 강박에 의하거나, 명백한 불평등계약, 계약의 기초를 이루는 근본적인 사정변경이 발생하는 경우에 정부/정부기관과 체결한 계약의 재협상/재검토를 요청받을 때

적극적으로 응하여야 한다. 당사자 관계에서 예견할 수 없는 주요한 왜곡 그리고 이에 의한 당사자의 일방에 대한 억압과 불공정한 계약으로 해석되는 경우이다”라고 규정한다.⁶¹⁾

V. 안정화조항과 ISD중재

안정화조항의 효력은 그 조항 자체를 두고 다투어져왔다. ISD중재에서는 전반적으로 국제법 규칙을 준거로 하여 유효의 입장으로 판정결과가 모아졌다. ISD중재에서 안정화조항의 위반근거를 IIA에서 찾는 문제가 남아있다. IIA의 ‘투자정의’에서 계약을 포함하고 ISD대상으로 계약을 규정하면 ISD의 관할권이 인정된다. ISD중재에서 안정화조항 위반여부를 다투게 되면 IIA상의 근거가 필요하다. ISD중재에서는 IIA상의 ‘우산조항’과 ‘F&ET’가 적용되었다. 그리고 안정화조항을 위반하여 피해가 발생되면 배상 혹은 보상의 문제가 발생된다. 아래에서 상세하게 살펴본다.

1. 안정화조항과 우산조항

가. 우산조항의 의의

60) UNIDROIT Principal of International Commercial Contracts(2004) 6.2.2 6.2.3.

61) UN-ECOSOC 1979 Transnational Corporations: Codes of Conduct, Art. 5.

IIA에서 타방 계약국 국민에 대해 부담 할 의무의 준수를 규정하는 조항이 규정되어 있다. 즉, 계약에 규정된 분쟁해결조항에 관계없이 IIA의 ISD를 이용하는 합의준수조항(*pacta sunt servanda clause*), 거울조항(*mirror effect clause*) 혹은 우산조항(*umbrella clause*) 등으로 표현되는 규정을 두었다. 우산조항은 계약상 의무를 BIT 보호우산 아래 두었다는 의미로 사용되고 있다.

IIA에서 우산조항은 첫째, ‘체결한 모든 의무를 준수’(observe any obligation it may have entered into) 둘째, ‘체결된 약속의 준수를 보장’(constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into) 셋째, ‘부담하여야 할 의무를 준수’(observe any obligation it has assumed)와 같이 수용국이 준수할 의무를 규정한다. 우산조항에서 규정한 의무는 모든 의무(any obligation)와 구체적 승낙(*specific commitments*)등 다양하게 규정한다. 우산조항은 규제에 의한 계약상 권리가 침해되는 것을 방지하는 것에 의미가 있다. 그러나 수용국이 부담할 구체적 승낙을 하면 우산조항

의 효과는 명백하다. 일반적으로 구체적 승낙은 국가계약이나 인·허가 관련 사실에서 발생한다.⁶²⁾

안정화조항의 우산조항에 의한 보호와 관련하여 계약의 일방당사자인 국가와 계약의 성격에 대하여 의미있는 설명이 있다. 국가계약 분쟁에서 적용되는 공법이 사적성격을 가지면서 국가의 공적 주체로서 역할은 축소된다. 반면에 투자자는 사적주체로서 권리와 공익사업의 주체로서 공공성을 가지고 있다. 따라서 투자자와 국가의 사적 계약관계가 IIA의 우산조항에 의한 보호가 가능한 ‘국제적 수준으로 격상’한다고 한다.⁶³⁾

아래에서 논의될 ISD중재 판정사례에서는 「미국-아르헨티나BIT」가 적용되었다. 제2(2)(c)조는 “각 계약국은 투자에 관한 의무를 부담하게 되었을 경우에는 해당 의무를 준수한다”(each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments)고 규정하고 있다. 이 조항의 의무에 계약의무의 포함여부가 쟁점이었다.⁶⁴⁾

62) F. A Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *British Year Book of International Law* (1981), p. 245.

63) Maniruzzaman, A.F.M., p. 146; Hirsch, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, Pierre-Marie Dupuy (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, (2009), pp. 97-114. 120 Faruque, p. 326.

64) Dolzer & Schreuer, p. 176.

나. 우산조항의 의무와 보호범위

CMS v. Argentine 사례에서 신청인은 관세구조가 권리자의 동의없이 변경되었다고 주장하였다.⁶⁵⁾ 중재판정부는 “인·허가와 관련한 안정화조항을 파기하는 것은 BIT우산조항 위반이라고” 하였다.⁶⁶⁾ LG&E v. Argentine 사례에서 중재판정부는 “사전에 안정화조항 변경의 상호동의를 없었고,⁶⁷⁾ 결국 법적 안정화조항을 준수하지 않아 우산조항에 위배된다”고 하였다. 아르헨티나는 안정화조항에 동의하여 투자유치를 하였고 우산조항은 투자자에 적용된다고 하였다.⁶⁸⁾ El Paso v. Argentina 사례에서 중재판정부는 우산조항의 적용범위를 “국가나 공공기관의 일반 상업계약 위반은 포함하지 않고, 수용국이 동의한 추

가적인 투자보호를 포함한다”고 하였다.⁶⁹⁾ 주권자인 국가에 의해서(안정화조항과 같은) 추가적인 투자보호가 계약에 규정된 경우 그 추가적인 보호 위반은 우산조항 위반이라고 하였다.⁷⁰⁾ 결론적으로 우산조항은 어떠한 통상의(주권자인 국가에 의한 추가적인 투자보호가 없는) 계약위반은 BIT위반으로 전환되는 것은 아니라고 했다.⁷¹⁾ Duke Energy v. Peru 사례에서 중재판정부는 안정화조항의 보호범위는 “장래 법률개정과 법률해석의 변화도 포함한다.”⁷²⁾ 기존의 법률해석이나 판례가 없더라도 합리적 기준에 따라 법률해석을 할 수 있다. 수용국의 국내법조항의 해석보다 안정화 조항이 우위에 있다”고 결론내리고 있다.⁷³⁾

65) CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 145-146.

66) Ibid., paras. 151, 296, 302.

67) LG&E Energy Corp and ors v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No ARB/02/1, para. 98.

68) Ibid., para. 175.

69) El Paso Energy International Co v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/15, para. 81.

70) Ibid., paras. 79, 81.

71) Ibid, para. 82. 중재판정부는 IIA우산조항에 의해서 계약위반이 IIA위반이 된다고 하면 IIA의 다른 조항은 무용이 된다(para. 76). 단순한 상업계약은 중재규정을 명시할 수 있어 IIA중재를 신청할 필요는 없다(para. 77). 우산조항의 적용범위 광범위하게 해석하면 사소한 분쟁도 우산조항의 보호를 받게된다(para. 82).

72) Duke Energy International Peru Investments No 1, Ltd v. Peru, Award and Partial Dissenting Opinions; ICSID Case No ARB/03/28, paras. 2-7; Cotula, Lorenzo, “Pushing the Boundaries vs. Striking a Balance: Some Reflections on the Stabilization Issue in Light of Duke Energy International Investments v. Republic of Peru”(http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1571) 참조.

73) Ibid., paras. 7-9.

Burlington v. Ecuador 사례에서 중재판정부는 “국가계약에 규정되지 않는 조세문제를 추가 혹은 제거하는 것은 중요한 문제이다. 계약을 수정하여 생산공유비율을 계약에 포함해야 한다”고 하였다.⁷⁴⁾ 안정화조항을 경제균형 측면으로 파악하여 사적계약으로 해석하였다.⁷⁵⁾ 즉, 안정화조항을 사적당사자간 체결된 평범한 계약조항의 하나로 판단하였다. 국가의 지위도 사적당사자로 한정하였다. 안정화조항을 우산조항의 보호범위의 대상이 아닌 것으로 보았다. LG&E v. Argentina 사례에서 중재판정부는 “BIT의 우산조항은 계약에서 파생된 의무 등을 포함한다. 구체적 의무가 우산조항에 의해 포함된다. 가스법(Gas Law) 규정은 일반의무가 아니므로 우산조항 위반”이라고 하였다. 더불어 중재판정부는 우산조항과 안정화조항의 차이점을 설명하였다. 단순한 법률변경은 안정화조항 위반을 구성하지 않는다. 입법 등을 통하여 불리한 법률을 투자에 적용하면 안정화조항 위반이다. 관련 법령의 폐지(abrogation) 혹은 부적용은 계약위반이 되어 우산조항 위반”이라고 하였다.⁷⁶⁾ 다소 모호한 설명

으로 보인다.

2. 안정화조항과 F&ET조항

현재 모든 IIA에서는 “각 당사국은 F&ET와 충분하고 안전한 보호(full protection and security) 등 관습국제법에 의한 대우를 적용대상 투자에 제공해야 한다”라는 F&ET조항을 규정한다. F&ET는 관습국제법하에서 발전되어온 모호한 개념으로 적용요건과 범위에 대한 논쟁은 여전히 존재한다. 일반적으로 ISD중재판정에서 나타난 F&ET의 구성요소로는 ‘자의적 또는 차별적 조치’(arbitrary or discriminatory measures), ‘사법거절’(denial of justice), ‘합법적 기대이익’(legitimate expectations)과 ‘투명성’(transparency)으로 집약되고 있다.⁷⁷⁾

ISD중재에서 안정화조항 위반의 근거로 F&ET조항을 들고 있다. Tecmed v. Mexico 사례에서 중재판정부는 “F&ET조항은 국제법상 ‘선의’에 근거하여 투자설립 당시의 합법적 기대이익의 침해를 포함한다”고 한다.⁷⁸⁾ Thunderbird v. Mexico 사례에서는 ‘선의’에 근거하여 ‘합법적기대’가 발생하

74) Burlington Resources Inc v. Ecuador, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/08/5, para. 24.

75) Ibid., paras. 181-183.

76) LG&E v. Argentina, ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 169.

77) Kenneth J. Vandevelde, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment,” N.Y.U.J. Int’l L. & Pol. Vol. 43 (2011) 참조.

고 투자자가 수용국의 제반 행태를 신뢰하는 것이 합법적 기대이익이라고 한다.⁷⁹⁾ 따라서 합법적 기대이익은 ‘선의’에 기반하고 법해석의 공정성과 유연함의 법리를 제공한다.⁸⁰⁾ 『조약법조약』에서도 조약은 ‘선의’로 해석할 것을 규정한다.⁸¹⁾ 선의는 일반 법원칙이며 국제법 일반원칙이다. 계약의 권리·의무이행에서 당사자 일방의 유리한 법 집행은 비합리적이며 오히려 조약위반의 문제로 될 수 있다.⁸²⁾ *MTD v. Chile* 사례에서 중재판정부는 “합법적 기대이익은 상당한 주의(*due diligence*)와⁸³⁾ 선의라는 의무에 기반하여 발전되고 있다. 합법적 기대이익은 첫째, 비양심적 행위(*unconscionable*)의 금지의무 둘째, 위험에 대한 적절한 지식을 가지고 투자할 의무 셋째, 합리적 방법으로 투자 활동할 의무

라고” 하였다.⁸⁴⁾ 실제로 F&ET는 국제투자법에서 국내법 중 민법에서 “특정 조항간 겹을 메우는 해석상의 선의”와 같은 역할을 하고 있다. 물론 국제법에서 선의는 F&ET와 별개로 그 자체에 내재해 있다고 할 것이다.⁸⁵⁾

합법적 기대이익은 F&ET의 구성요소로서 안정된 법적 및 상업적 틀을 유지할 의무를 의미한다. 그렇다면 투자에 악영향을 주는 어떤 변화도 합리적 기대이익에 반한다는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 수용국 규제권한을 제한하는 것은 정당화될 수 없으므로 합법적 기대는 일정한 요건을 수반한다. *LG&E v. Argentina* 사례에서 합법적 기대는 투자 당시 수용국이 제시한 조건에 기초하여 성립한다고 하였다.⁸⁶⁾ *ISD*

78) 환경법이 환경·건강·생태계 균형의 보호 목적으로 이용된다는 기대에도 불구하고, 정치적 이유로 허가 연장이 거부되어 합법적 기대이익이 침해되었다고 한다. *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 153-154, 157-158.

79) *Thunderbird v. Mexico*, Arbitral Award, 26 January 2006, para. 147. Stephen Fietta, “The Legitimate Expectations, Principle under Article 1105 NAFTA - *International Thunderbird Gaming Cooperation v. The United Mexican States*”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7(3), (2006) p. 147.

80) Brownlie, Ian, *The Rule of Law in International Affairs*, *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers (1998), pp. 15-19.

81) 조약법 조약(*Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969) 제31조(해석의 일반규칙) …선의(*good faith*)에 따라 해석되어야 한다.

82) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 24.

83) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 178.

84) Maniruzzaman, A.F.M., p. 149.

85) Dolzer & Scheurer, p. 122.

86) *LG & E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 127, 130, 133.

중재에서 확인된 합법적 기대이익의 발생 요건은 ① 계약적 약속(contractual arrangements) ② 비공식적 약속(informal presentations) ③ 일반적 규제체계(general regulatory framework) 등이 있다.⁸⁷⁾

투자당시 법령변경으로 피해가 발생되면 합법적 기대이익의 침해가 되어 F&ET 위반 여부가 다투어지고 있다. 수용국이 입법이나 규제를 일방적으로 변경하면 합법적 기대이익을 침해하는지 문제이다.⁸⁸⁾ 특정 약속이 존재하지 않으면 법령개정은 주권범위이므로 합법적 기대이익의 침해는 발생되지 않는다. 그러나 법적 안정성이라는 기대와 법령개정이라는 주권과의 형량 문제는 남는다고 할 것이다. 입법변경이 과도한 경우에는 특정약속이 없어도 합법적 기대이익의 침해 가능성이 존재한다.⁸⁹⁾ Enron v. Argentina 사례에서 투자는 가스업에 대한 규제조건에 근거하였지만, 10년 후 요금제도의 보장은 철회되었다. 중재판정부는 F&ET위반을 인정하였다.⁹⁰⁾

외자유치를 위해 제정된 법령을 개정하여 투자결정의 본질적 내용이 변화되는 것은 합리적 기대이익 침해로서 F&ET위반으로 보고 있다.⁹¹⁾

3. 안정화조항 위반과 보상/배상

Aramco v. Saudi Arabia 사례에서 중재판정부는 “안정화조항은 합법적 국유화 행위에 대한 기업보호 보다 보상근거”라고 하였다.⁹²⁾ AGIP v. Congo 사례에서 중재판정부는 “안정화조항은 당사자가 자주적으로 규정하였고, 정부의 입법권과 규제권에는 영향이 없다. 안정화조항은 당사자 일방이 계약에 관한 일방적 행위에 적용된다. 국제법 규칙에 근거하여도 국내법상 국유화는 정당하고, 안정화조항에 의하여 보상을 진행하여야 한다”고 하였다.⁹³⁾ Aminoil v. Kuwait 사례에서 “국가주권은 제한될 수 있고 안정화조항 자체는 유효하다고 한다. ISD중재에서 실질적으로 원상회복 판정은

87) UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (2012), pp.69-78.

88) Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, para. 99.

89) M. Potestà, p. 115.

90) Enron v. Argentina, paras. 262-266, 268.

91) LG&E v. Argentina; Sempra v. Argentina, paras. 298 303-304; BG v. Argentina, para. 310에서 유사한 결론에 이르고 있다.

92) Maniruzzaman, A. F. M., p. 140; Aramco v. Saudi Arabia, 27 I.L.R., para. 168. AGIP v. Congo, Award, 30 November 1979, 21 ILM 1982, paras. 86-88.

93) AGIP S.p.A. v. Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 Nov 1979.

거의 불가능하므로 안정화조항의 중요한 기능은 보상을 하는데 있다”고 하였다.⁹⁴⁾ *Liamco v. Libya* 사례에서도 입법주권은 보장되어야 하고, 안정화조항을 위반하면 적절한 보상을 하여야 한다고 하였다.⁹⁵⁾ 이 사례들은 안정화조항에 의한 입법주권의 제한에 대하여 유·무효의 입장으로 나누어지고 있다. 다만 중요한 것은 안정화조항을 위반하면 보상하여야 한다는 입장에 서있다는 것이다.

수용국이 IIA의 규정을 위반하여 투자에 피해가 발생되면 배상의 문제가 발생될 것이다. 반면에 수용국이 공익목적으로 정당하고 합리적인 입법주권 행사 혹은 규제를 하는 경우에는 보상의 대상이 된다. 이것은 IIA상 ‘수용과 보상’ 조항에 의해서도 명백하다.

안정화조항 위반과 관련하여 보상/배상의 문제는 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, ISD중재에서 순수한 안정화조항 위반을 원인으로 신청된 사례는 없다. IIA상 기타의 의무위반과 동시에 안정화조항 위반이 심리되었다. 안정화조항 위반의 보상/

배상의 요건이나 구체적 근거에 대한 판정 사례는 존재하지 않는다. 둘째, 안정화조항의 위반에 따른 보상과 배상의 명확한 구분이 어렵다. 왜냐하면 안정화조항의 효력 자체를 부정하는 경우에는 보상의 근거에 불과하다는 논리도 성립하기 때문이다. 이에 관한 중요한 논리를 보면 “안정화조항은 공익의 국가규제를 제한하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률변경에 따른 피해를 보전하는 것을 목적으로 한다. 수용국은 법령 변경으로 투자를 규제할 수 있다. 안정화조항 위반은 국제규범 위반이 아니다. 수용국이 단지 보상의무 때문에 법령 변경이나 국가규제를 하지 않을 뿐이다”라는 의견도 있다.⁹⁶⁾

안정화조항 위반에 따른 보상은 수용/국유화와 관련하여 다루어졌다. 수용국이 법률개정과 정책변경으로 투자의 경제적 권리의 ‘실질적 박탈’(Substantial Deprivation)의 결과가 나타나게 되면 간접수용이 된다. 간접수용에 해당하는 극단적인 조치는 안정화조항 위반으로 보상의 대상이다.⁹⁷⁾ 결론적으로 간접수용이 되면 경제균형조

94) *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co (Aminoil)*, Award, 24 March 1982, *International Law Material*, Vol. 21 (1982), p. 976.

95) Dolzer & Schreuer, p. 86.

96) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 21.

97) R. Geiger, “Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment,” *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, No. 1(2002), p.104.

항의 재협상/조정 요건을 위반하는 결과가 된다. 동결조항도 규제변경의 경우에 그 영향이 있으면 보상의무를 부담한다.⁹⁸⁾ 그러나 안정화조항이라는 투자자의 ‘합법적 기대이익’의 침해와 경제균형조항의 경제 회복을 방해하는 것 때문이라면 오히려 배상의 문제가 발생될 것이다.⁹⁹⁾

WAGP and Kashagan Contracts는 중요한 경제균형조항의 배상의 근거를 제공하고 있다. 간접수용이 되어 안정화조항에 위배하는 기준으로 ‘중대영향’(material impact), ‘중대한 부정적 영향’(material adverse affect)과 ‘프로젝트수익 혹은 회사이익의 중대한 감소’(material decrease in project benefits or company value)를 들고 있다.¹⁰⁰⁾

경제균형조항의 목적은 보상이 아니고 계약의 경제균형을 회복하자는데 있다. 경제균형조항에 의하면 당사자는 신의성실 원칙에 따라 재협상/조정을 통하여 경제균형을 회복하면 된다. 그러나 재협상/조정을 통하여 새로운 계약내용을 합의하지 못한다고 경제균형조항을 위반하였다고 할

수 없다. 경제균형조항 위반은 결국 재협상/조정을 거절하거나 고의로 재협상/조정을 방해하는 것을 말한다. 이 경우 경제균형조항에 의하여 배상(보상이 아님)을 하여야 할 것이다.¹⁰¹⁾

VI. 결론

안정화조항의 목적은 투자위험 회피와 관리에 있다. 대부분의 석유개발과 국가 SOC사업 등과 같은 자본집중형 프로젝트 계약에 포함되어 있다. 즉 ‘양허계약’, ‘생산물 공유계약’ 그리고 BOT계약(Build-Operate and Transfer Agreement) 등에서 필수적으로 규정된다. 한 연구기관(SRSG)은 전 세계 인프라 관련기업, 채광기업, 원거리통신기업과 서비스기업 등이 체결한 76개의 투자계약서를 분석하였다.¹⁰²⁾ 연구에 의하면 동결조항은 여전히 아프리카, 동유럽, 중앙아시아와 중동 등의 채광기업 계약서에서 많이 발견되고 있다.¹⁰³⁾ 동결조항은 아직까지 계약체결에 영향을 미치고 있고 최고 계약의 안전한 보장이라고 말한다.

98) Piero Bernardini, p. 110.

99) Ibid., p. 109.

100) John Y. Gotanda, pp. 1466-1467.

101) Piero Bernardini, pp. 107-108.

102) Katja Gehne/Romulo Brillo, p.15.

103) Ibid., pp. 16-17.

최근 OECD국가 계약서에 동결조항은 제한적이고 경제균형조항이 많이 발견되고 있다.

ISD중재에서 다루어진 안정화조항은 대부분 조세(관세)에 한정되었다. 복잡한 인권 등의 문제는 다루어진 바가 없다. 안정화조항이 법적구속력을 가지지만, 보편적 공공정책을 실현하는 것을 방해하지 않는 범위에 한할 것이다. 즉 인권실현을 위한 규제는 안정화조항의 범주에 속하는 것이 아니다.¹⁰⁴⁾ 최근에는 사회와 환경 영역으로 확대되어 가고 있다. 국가주권은 무제한이 아니다. 인권실현과 환경보호에 관한 의무준수는 국제적으로 공인된 하나의 원칙이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 안정화조항은 국제법 준수의 제한을 받는다. 예를 들어 2003년 「BTC의 인권양해각서」에서 안정화조항을 제한한 사례가 있다. 수용국이 추진하는 인권과 환경보호를 안정화조항의 적용 예외로 하고 있다.¹⁰⁶⁾ 투자계약 자체에서 공

공정책에 대한 제한을 가하는 경우는 있다. Gabčíkovo-Nagymaros 사례에서 ICJ는 “국제환경법의 대두는 기존 조약의무에 피해를 주지 않는 법률의 새로운 발전이다. 계약 의무를 이행할 때 고려하여야 한다”고 하였다.¹⁰⁷⁾ 결국 계약의무의 이행에서 국제법의 발전으로 인하여 재협상의 상황이 발생하게 된다.¹⁰⁸⁾

안정화조항의 고유기능은 국유화와 투자자에게 불공정 대우를 방지하는데 있다. 안정화조항의 위반은 ‘불공정한 대우의 보상’이 아니라 ‘규제에 대한 보상’이다. Feldman v. Mexico 사례에서도 이를 확인하고 있다.¹⁰⁹⁾ 다른 한편으로 생각하면 국가의 국제법 의무 준수를 회피하는 것을 동조한다는 의문도 있다. 그러나 법적 관점에서도 안정화조항은 공익을 위한 국가의 규제를 방해하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률 변경에 따른 피해보상을 염두에 두는 것이다.¹¹⁰⁾ 결국 안정화조항 위반

104) Sheldon Leader, “Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment,” 9 J. Int’l Econ. L. (2006), p. 657.

105) Principle 2 of the Rio Declaration on Environment and Development; Article 19 of the 1994 Energy Charter Treaty.

106) BTC Human Rights Undertaking (2003), sections 3(e), 6.

107) Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), [1997] I.C.J. Rep. 92, 37 I.L.M. 162.

108) Abba Kolo & Thomas Walde, “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practices”, Transnat’l Dispute Mgmt Vol. 1 (2004).

109) Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 Dec 2002(ICSID Additional Facility), para. 103.

110) Cotula, p. 173.

은 국제법 미준수가 아니다. 국가의 국제 의무를 고려하지 않는 주권행사를 제한하고자 한다. 즉 국가가 국제의무에 따라 행동하는 것을 허용하지 않았다는 것이 아니라 보상의무 때문에 규제를 하지 않는다는 의미도 된다. 법령의 변경은 일반적 규범에 영향을 미치지 않는 정도의 최소수준으로 하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는 안정화조항에 의하여 보호받을 수 있다. 국제규범을 준수하려는 국가정책이 투자계약 당시에도 존재했다면 안정화조항에 의해 보호받을 수는 없다.

마지막으로 우리나라가 외국투자자와 국가계약을 체결하는 경우 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 적용 받기 때문에 계약상 안정화조항이 규정되는 것은 불가능하다.¹¹¹⁾ 물론 자원개발과 관련하여 안정화조항이 규정된 국가계약이 발견된 것도 없다. 결국 문제가 되는 것은 우리나라의 사업주체의 해외자원개발과 관련한 계약에서 안정화조항은 반드시 규정하여야 한다는 것이다. 상술하였지만 안정화조항은 IIA상 보호에서 결국 보상과 배상의 문제만을 수반하게 되기 때문이다.

111) 제4조(국제입찰에 따른 정부조달계약의 범위)에 의하여 입찰 계약으로 하여야 하고 계약 내용도 엄격하게 제한하기 때문이다.

참 고 문 헌

- Andrea Shemberg, “Stabilization Clauses and Human Rights”, IFC/SRSG Research Paper (2008).
- Thomas Waelde & George Ndi, “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation”, Texas International Law Journal, Vol. 31 Issue 2(1996).
- Abdullah Al Faruque, “Efficacy and Political Economy of Stabilization Clauses: A Critical Appraisal”, Oil, Gas & Energy Law, Vol. 4(2007)
- Katja Gehne / Romulo Brillo, “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”, NCCR TRADE REGULATION, Working Paper No 2013/46,(2014)
- UN-IFC(International Finance Coporation), Stabilization Clauses and Human Rights, (2009)
- Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?”, Annulment of ICSID Awards : a Joint IAI-ASIL Conference. Bern : Stämpfli(2004)
- Martin Hunter & Anthony C Sinclair, “Ammoil Revisited Reflections on a Story of Changing Circumstances”, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Todd Weiler(ed), (Cameron 2005)
- A. F. M. Maniruzzaman, “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of Emerging Trends”, Journal of World Energy Law & Business, Vol. No.2(2008)
- Lorenzo Cotula, “Reconciling Regulatory Stability and Education of Environment Standards In Investment Contract: Towards A Rethink of Stabilization Clauses”, Journal of World Energy Law & Business, Vol.2(2008)

- Christopher T. Curtis, “The Legal Security of Economic Development Agreements”, Harvard International Law Journal, Vol. 29. No.2(1988)
- Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, (Oxford University Press 2010)
- M. Somarajan, The Settlement of Foreign Investment Dispute, (Kluwer Law International 2000)
- Piero Bernardini, “Stabilization and adaptation in oil and gas investments”, Journal of World Energy Law Business, Vol.1, No.1 (2008)
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, (Oxford 2012)
- Laura Henry, “Investment Agreement Claims under the 2004 Model US BIT: A Challenge for State Police Power?”, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31, Issue 3(2010)
- John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003)
- R. Geiger, “Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment”, New York University Environmental Law Journal, Vol.11, No.1(2002)

[국문초록]

국제투자계약의 안정화 조항에 관한 고찰

자원개발이나 경제개발과 관련된 투자에서 체결하는 장기적 계약은 국가계약이라고 한다. 정부나 공기업 등이 계약주체가 되어 국가계약이라 하고, 투자자에게 계약목적물에 대한 독점적 인·허가를 부여하여 양허계약이라고도 한다. 국제투자는 수용국의 정치적 목적이나 국가 공공정책에 따라 수용 등의 위험에 노출된다. 예를 들어 계약당시 법률의 개정 혹은 신법의 제정을 하는 경우 계약은 영향을 받는다. 이 경우 투자위축과 투자자채 상실을 초래하는 결과에 직면한다. 따라서 당사자는 국가규제와 같은 비상업적 위험회피를 위하여 계약에 안정화조항을 규정한다.

안정화조항은 수용국의 국유화방지 및 수용국의 투자에 영향을 미치는 계약내용의 변경에 대한 투자자 동의를 요하는데 목적이 있다. 국내법상 안정화를 약속하는 법적 안정화조항이 전형적이다. 최근의 안정화조항은 수용국 과세와 환경과 같은 규제변경에 대한 투자보호 형태로 변화되고 있다. 즉 환경과 노동 등과 같은 비재정 문제를 포함하고 있다. 따라서 안정화조항 형식도 전통적 동결조항에서 경제균형조항 등으로 발전되어 오고 있다.

특히 주목할 만한 것은 현대 안정화조항의 대표 유형인 경제균형조항이다. 이는 신법적 용으로 발생하는 손해를 보상하는 것을 내용으로 한다. 경제균형조항은 수용국에게 계약내용의 변경을 허용하지만 투자자의 경제적 지위의 유지를 위하여 계약내용의 재협상/조정을 통한 국가보상을 내용으로 한다. 경제균형조항은 동결조항과 비교하여 보상이라는 확실한 구제수단이 있다. 입법권을 제한하지 않고 재협상을 내포한다는 점에서 새로운 접근이다.

안정화조항은 수용국 국내법의 안정화를 통한 투자보호와 수용국의 입법에 관한 국가주권 문제가 대립이라는 본질적 문제가 있다. 투자보호를 위한 안정화조항이 국내법을 개정하는 국가주권을 제한할 수 있는지 여부의 적법성 문제가 존재한다. 이에 대하여 국내법상 유·무효설의 대립이 있다. 다만 최근에는 안정화조항을 포함하는 국가계약의 분쟁이 IIA의 ISD대상이 되고 있다. 물론 국가계약의 ISD관할권 대상 여부는 일부 기각사례는 있

지만 거의 대부분 인정된다. 경제위기로 인하여 발생한 아르헨티나 ISD사례에서는 안정화 조항의 적법성 문제를 모두 우산조항을 적용하여 판정하였다. ISD중재에서는 우산조항의 보호범위를 축소 해석하여 안정화조항의 적용을 최소화하고자 한다. 그 이유는 첫째, IIA 우산조항에 의해서 계약위반이 IIA위반으로 전화되면 IIA의 다른 규정은 무용이 된다. 둘째, 단순한 상업계약은 투자가가 상사중재 규정을 계약에 규정할 수 있어 IIA중재를 신청할 필요가 없다. 셋째, 우산조항 기능을 광범위하게 해석하는 것은 투자가가 사소한 분쟁에까지 우산조항을 이용하는 결과를 도출하게 된다.

국가주권은 무제한이 아니고 국제법 의무에 근거하여 인권실현과 환경보호에 관한 의무준수는 국제원칙이다. 안정화조항은 국제법 준수라는 제한을 받는다. 안정화조항은 공익을 위한 국가규제들을 제한하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률변경에 따른 손실을 부담하는 것을 목적으로 한다. 수용국은 법률변경을 통하여 투자를 규제할 수 있다. 이는 국제법의 준수이고 국제법이 허용하는 국가주권의 범위이내이다. 결론적으로 안정화조항의 법적문제에서 수용국은 안정화조항을 위반하여 국내법을 개정하는 것이 국제법 위반이라는 것 때문이 아니고 투자자에 대한 보상 의무 때문에 규제를 하지 않는 것이다.

주제어

국가와 투자자간 분쟁해결제도, 안정화조항, 국제투자중재, 국제투자계약, 국제투자협정

[ABSTRACT]

A Study on Stabilization Clauses in International Investment Contract

The State Contract is a long term contract related to investment for resource or economic development. National contract is that One of contract parties becomes a nation or a public enterprise, and concession contract is that one authorizes exclusive permission or authorization for the object of a contract to investors. International Investment can be exposed to expropriation according to political objects or national public interests. For an instance, in case of amending governing law in the time of concluding the contract or enacting the new law, the contract can be influenced. In this case, shrinkage of investment or frustration of one itself may be confronted by the results. Thus, the parties, for the non-commercial risk aversion like national regulations, enact stabilization clauses to ones' contract.

The purposes of stabilization clauses ask the agreement of investors for thee nationalization prevention and the contract adjustment effecting investment of host country. For promising the stabilization in domestic law, Legal stabilization clauses are general. Recently, the stabilization clauses are changing to host country taxation and the form of investment protection by amendments of environmental and other regulations. In other words, financial matters includes non-financial matters like environment and labor. The formality of stabilization clauses develops from conventional freezing clauses to economic equilibrium clauses.

Particularly noteworthy is the economic equilibrium clause of a representative type of the stabilization clauses. This contains the damage compensating by the new law application. The economic equilibrium clause allows a host country to amend provisions of the contract, but, to maintain the economic status of investors, it contains compensations through re-negotiation/adaptation clause of the contract. The economic equilibrium clause, compared to the freezing clause, has firm salvation remedies. This is a new approach in a regard of including re-negotiation not limiting legislative power.

The economic equilibrium clause causes problems between investment protection and realization of profit and sovereignty of state in legislation. Accordingly, The legitimacy of the economic equilibrium clause can be disputable, so that resolution of a dispute settlement body is necessary. The effectiveness of the economic equilibrium clause by ISD Arbitration gets settled in leading precedents. In case of ISD Arbitration resolveing, in national contract, whether it directly is legitimate, the economic equilibrium clause, itself, is on the hearing.

As the economic equilibrium clause becomes IIA Arbitration, the problem is which application ground provisions are. The Argentina ISD precedent caused by economic crisis is adjudicated by applying the Umbrella Clause. The act of a nation is judged by whether it violates the economic equilibrium clause based on Umbrella Clause of IIA. ISD Arbitration tries to minimize the range of applying the economic equilibrium clause by restrictive Interpretation of the protection range of the umbrella clause. This is because, first, when violation of contract by IIA umbrella clause becomes IIA violation, other regulations of IIA come to futility, second, in simple commercial contract, investors can enact commercial arbitration so that there is no need to ask for IIA arbitration, and, third, extensively interpreting the umbrella clause results in investors utilizing the umbrella clause in trivial dispute.

The supremacy of state is not unlimited, and realization of civil rights based on duty of international law and observance duty on environmental protection are international principle. The economic equilibrium clause is restricted as compliance with international law. The economic equilibrium clause does not limit nations of public interests. The purpose of the economic equilibrium clause is to burden the damage by amending governing laws. Host country will regulate to investment of foreign. It is not a violation of international law. The host country act not on international code as the economic equilibrium clause but on not regulating because of indemnification.

Key words

State-Investor Dispute(ISD), Stabilization Clauses, International Investment Arbitration, International Investment Contract, International Investment Agreement(IIA)