

## 국제계약에서 투자가보호를 위한 최소보호요건에 관한 연구

김 재 성\*

- 
- I. 서 론
  - II. 투자가 보호를 위한 국제계약의 성질과 요건
  - III. 국제계약의 보호에 관한 공통적 계약조항
  - IV. 결 론

---

주제어 : 국제투자계약, 국제투자보호중재, 자유무역협정, 해외투자, 주권면제

### I. 서 론

오는 5월 1일 한국과 터키 간 자유무역협정(FTA) 기본협정과 상품무역협정이 발효될 예정이다. 2013년 현재 우리나라와 FTA를 체결한 국가는 칠레, 싱가포르

---

\* 성균관대학교 경영대학 경영연구소 연구원, 경제학박사

포르, EFTA(4개국), ASEAN(10개국), 포르, EFTA(4개국), ASEAN(10개국), 인도, 미국, EU(27개국), 페루 등이며 곧 발효될 터키를 포함하면 총 46개국에 이르게 된다.

터키는 8% 이상의 경제성장을 보이고 있으며, 유럽 인구 수 기준 2위, 유럽과 중동, 아프리카 지역을 연결하는 지정학적 위치를 차지하고 있다. 또한 터키는 EU와 관세동맹, 요르단·모로코 등 16개국과 FTA를 체결하고 있다.

이처럼 세계는 직간접적으로 연결되는 네트워크 효과가 점점 커지고 있으며 이에 따라 자연스럽게 물적교류에 이어 인적교류가 진행되고 이에 따라 국제투자계약은 자연스러운 일상으로 느껴질 만큼 흔한 일이 되었다.

국제적으로는 이처럼 눈부신 교류가 팔목상대한 성장을 보이고 있지만, 우리나라의 내부적 사정으로는 개성공단은 투자를 시작한지 10년 만에 그 동안 투자했던 모든 노력이 붕괴될 위기를 맞고 있다. 처음 개성공단을 시작할 때는 2011년까지 총 2000만평의 부지 위에 800만평의 공단과 1200만평의 배후 도시를 건설하고, 70만 여명의 북한 근로자를 고용하는 것을 목표로 하였으나, 남북한의 정치적 특수성은 금강산 관광중단에 이어 또 다른 심각한 위기 상황에 이르게 되었다.

해외투자를 포함하는 국제계약은 FTA의 확대로 시장이 무한 확대할 것으로 기대하는 장미빛 환상을 기대할 수도 있고, 다른 한편으로는 한 순간에 모든 투자가 사라질 수도 있는 절대적 기회와 리스크를 함께 지니게 된다. 이러한 상황에서 해외투자가는 자신의 이익과 사업을 보호할 수 있는 최대한의 노력과 방법을 모색하는 것이 당연하고, 현지투자국에서는 이러한 해외투자의 안전을 보장하고 그 투자를 자국 경제의 발전으로 연계시켜야 한다. 그러나 가깝게는 개성공단의 위기와 베네주엘라의 석유공단 국유화 사례에서 볼 수 있듯이 현지투자국의 정치적 상황에 따라 일방적으로 투자가의 해외투자 자산을 국유화할 수 있는 리스크도 있음을 염두에 두어야 한다.

국제계약에서 해외투자가와 피투자자의 상황이 언제나 아름다운 결과로 이어질 수 있으면 좋겠지만 투자가는 그 속성상 늘 최대한의 안전장치를 요구하기 마련이다. 그리고 피투자자는 경제와 기술이 예측되지 않는 범위 내에서 꾸준히 선진 기술과 자본의 투자를 이끌어 내기 위해서는 투자가의 보호 요구를 어느 수준까지 수용할 것인지의 문제가 가장 쟁점사항이 될 것이다.

그렇지만 가장 안전한 투자는 투자하지 않는 것임을 고려하면 최대한 안전

을 기대하는 것은 현실적이지 않으므로 간략하지만 최소한의 수준에서 해외투자계약의 보호에 관한 문제를 살펴보는 것이 보다 합리적일 것을 생각한다.

안전을 전제로 하는 국제계약의 최소보호 기준을 논하고자 한다면 먼저 국제계약의 기본적 성격에 대하여 살펴보아야 할 것이다. 비록 이 논문에서는 국제계약이라고 명칭하였지만 투자의 속성에는 사실상 자본투자는 물론 서비스와 기술투자의 성격을 모두 포함하고 있음을 고려하여야 할 것이다. 따라서 국제투자의 성격과 보호의 근거가 되는 선행 연구자료를 살펴 보면 현염려(2010), 오원석(2008), 서정두(2006), 장복희(2000), 장승화(2001), 최승환(1998) 등의 논문이 있다.<sup>1)</sup>

국제계약은 상품무역의 범위를 벗어나서 서비스, 자본, 기술 등 다양한 유형과 규모로 그 계약의 내용을 다룰 수 있을 것이지만 최소한의 보호 수준을 다루고자하며 여기에서는 대부분의 해외투자계약 유형에서 공통적인 당사자의 계약약관으로 포함해야할 주요 내용을 중심으로 살펴보기로 한다.

## II. 투자가 보호를 위한 국제계약의 성질과 요건

### 1. 국제계약의 법적성질

국제계약이라고 하는 것은 처음부터 국제계약만을 위하여 별도로 만들어서 활용하는 것이 있는 것은 아니므로 영미법, 우리나라법, 그리고 국제무역법규에서 다루는 계약에 관한 일반원칙을 먼저 살펴보면 다음과 같다.

영미법에서 계약은 약인(consideration)에 근거한다. 청약에 대하여 이에 대한 완전한 동의로서 승낙과 약인을 제시하여야 기본적으로 계약이 성립한다.<sup>2)</sup>

---

1) 현염려(2010) 국가계약에 관한 연구 : 국제투자협정의 관련조항을 중심으로, 제주대학교 일반대학원 박사학위 청구논문, 오원석(2008), 국제투자계약상의 중재조항의 구성요소에 관한 연구, 무역상무연구, 제38권, 무역상무학회, 장복희(2000) 국제투자분쟁해결본부 ICSID의 중재제도, 연세법학연구, 제7권 제2호, 장승화(2001), 국제투자분쟁의 해결, 서울대학교 법학, 제42권 제3호, 서울대학교, 서정두(1999), 국제기술이전계약상의 불공정 조항에 관한 연구, 무역상무연구, Vol.12, 최승환(1998) 해외투자의 계약적 보호방안과 국제법적 보호방안, 국제법무연구 제1권 제1호, 장효상(1977), 국가계약에 관한 연구 : 국제양허계약을 중심으로, 명지대학교 대학원 1977.

영국물품매매법(Sale of Goods Act)에서는 국제물품매매계약이란 매도인이 대금의 금전을 대가로 매수인에게 물품의 소유권을 이전하거나 이전하기로 합의하는 계약을 의미한다.<sup>3)</sup>

미국통일상법전(Uniform Commercial Code)에서는 국제물품매매계약이란 대가를 받고 매도인으로부터 매수인에게 권리를 이전하는 것<sup>4)</sup>이라고 규정하였는데, 이는 영국물품매매법에 비하여 국제계약을 보다 포괄적으로 볼 수 있는 근거가 될 수 있는 것으로 보인다.

한국 민법에서는 매매는 당사자 일방의 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다고 규정하고 있다.<sup>5)</sup> 반면에 청약은 법률사실로 보고, 청약은 계약이 성립하는 확정적 의사표시로서 상대방은 특정인과 불특정 다수인에게도 유효한 것으로서 계약내용을 결정할 수 있는 정도의 사항이 포함되는 것으로 보는 견해도 있다.<sup>6)</sup>

한편으로 비엔나협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods : 이하 CISG라고 한다.)에서는 1인 이상의 특정한 자에 대하여 계약체결의 제의는 충분히 확정적이고, 승낙이 있는 경우에는 구속된다는 청약자의 의사가 표시된 때는 청약으로 본다.<sup>7)</sup> 이에 대하여 승낙은 무조건 절대적인 것이어야 하며 청약에 대한 조건적 승낙 또는 청약의 조건을 변경시킨 승낙은 본질적으로 청약을 거절한 것으로 본다.<sup>8)</sup>

## 2. 국제계약의 유형

국제계약은 유형과 기간, 계약의 성격 등에 따라 다양한 방법으로 그 유형

---

2) A.G. Guest, Anson's Law of contract, 26<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 1984, p.25.

3) SGA 1979, Art. 2-2(1).

4) UCC, Art. 2-106(1).

5) 한국민법 제563조.

6) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1982. p.46.

7) CISG 1980, Art.14(1).

8) CISG 1980, Art.19(1).

을 분류할 수 있다. 먼저 일반적으로 가장 익숙한 계약으로는 상품매매를 포함하는 물품매매계약이 있다. 국제계약의 의무기한을 이행기에 따라 물품매매계약을 단기매매계약, 장기매매계약, 플랜트수출계약으로 구분할 수 있다. 국제매도인과 매수인 사이의 거래에 제3자가 개입하는 형태에 따라 대리점계약, 판매점계약, 위탁계약 등으로 구분할 수 있다.

둘째, 국제용역, 기술관련 계약, 도급계약이 있다. 국제기술계약은 특허, 상표, 노하우 등 광의의 지식재산권(intellectual property rights)의 거래이다. 지식재산권을 대상으로 하는 국제계약은 라이선스계약(license agreement) 또는 국제기술원조계약이라고도 부른다. 국제기술계약이란 국제적인 실시권 허여의 계약으로 재산적 가치가 있는 기술에 관한 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권, 저작권 등의 산업재산권의 실시 또는 사용을 허락하고 이에 대하여 대가가 지급되는 계약이다.

라이선스계약은 기본적으로 Licensor와 Licensee 사이의 국제매매계약이라 볼 수 있다.

도급계약은 계약에 따라 어느 일을 완성할 것을 약정하고, 이에 대한 결과로 보수를 지급할 것을 약정함으로 성립하는 계약이다. 도급은 일의 완성을 목적으로 하며 일반적으로 해외건설공사계약, 국제위탁가공계약이 이에 해당한다.

셋째, 국제자본거래에 관한 계약으로는 매우 다양한 유형의 계약이 존재하는 데 특히 영미법의 영향을 많이 받는 것이 특징이다.<sup>9)</sup> 세계적으로 활성화되어 있는 자본거래계약의 명칭을 살펴보면 국제정기대출계약(international term loan agreement), 국제 신디게이트론계약(international syndicated loan agreement), 국제증권관련계약(international bond related agreement), 국제금융리스계약(international financial leasing agreement), 국제팩토링계약(international factoring agreement), 국제프로젝트파이낸싱(international project financing agreement), 국제선물거래계약(international futures agreement), 국제옵션계약(international option agreement), 국제스왑계약(international swap agreement), 국제투자계약(international investment contract), 국제합작투자계약(international joint venture agreement), 국제기업

9) 이춘삼, 국제계약론, 대왕사, 2003, pp.24-35.

매수합병계약(international M&A agreement) 등이 대표적인 계약이다.

### 3. 국제계약의 국제법적 보호

#### (1) 국제계약의 보호를 위한 WTO 기준

상품무역을 중심으로 전개되던 국제무역시장은 WTO 체제의 성립으로 그 범위가 매우 확대되어 상품무역은 물론 농산물과 서비스 시장의 개방을 포함하는 전방위적 무역규범의 틀로서 확대 재생산되었다.

보호무역의 틀에서 벗어나 자유무역을 확산하기 위해서는 현지국에서 해외 자국민이나 자국 기업이 국제법상 부당하거나 불법적인 대우를 받지 않도록 하는 것이 가장 중요한 사항이 된다. 위와 같은 불평 부당한 경우에는 적절한 구제조치를 취하도록 외교절차를 통하여 현지정부에게 요구할 수 있는 국제법상의 권리를 가진다.

국가의 외교적 요구권은 일반적인 국제관습법상의 권리이므로 양국간 투자협정에 관한 규정이 없는 경우에도 이를 적용할 수 있다.<sup>10)</sup> 그러나 다국적기업의 경우에는 국적판정 기준이 언제나 일정하지 않으므로 특정 정부가 회사의 국적 구성을 근거로 보호권을 행사하는 데 어려움이 있을 수 있다.<sup>11)</sup>

국제무역을 활성화하고 국제계약의 안정성을 확보하기 위해서는 객관적으로 투명하고 예측 가능한 보호기준을 마련하였다.

그 첫 번째 요건으로서 외국인투자 보호에 관한 일반적 기준으로 공정하고 형평한 대우를 약속하고, 투자의 항시적 보호와 안전, 투자의 관리, 사용, 향유, 처분 등과 관련하여 현지국의 법규에 따라 내국민 대우와 최혜국대우 중 유리한 대우를 적용할 것을 보장하는 것이다.

공정하고 형평한 대우라는 의미는 성문화된 규정의 의미가 아니라 일반적으로 외국인 투자자에 대한 비차별적 대우는 공정하고 형평한 대우를 제공한 것으로 간주한다. 그러나 개발도상국과 같이 경제성장단계의 형편에 따라 일정한 혜택을 위해서는 국내거소요건을 요구하거나 국내투자비율 등의 요건을 설정

---

10) 최승환, 전계논문, p.161.

11) *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain)*, 1970, I.C.J. Rep. 3 (Judgement of Feb. 5)

하여 결과적으로 부당한 대우가 될 소지도 있다.

둘째, 일반적으로 양국간 통상, 투자 조약은 외국인 재산 및 투자의 보호에 관한 내국민대우(National Treatment) 조항으로 배려하고 있다. 내국민대우 원칙이란 자국의 영역에서 타국의 기업과 국민에게 자국민에게 부여하는 동일한 권리를 보장하는 것을 말한다. 특히 외국인 투자와 관련된 내국민 대우는 영업소의 설치, 법인의 설립, 투자활동의 결과에 대한 처리 등에서 동등한 수준의 대우를 보장하는 것이다.

셋째, 관세동맹 또는 FTA와 같은 지역경제공동체 회원국간의 특별한 대우로서 보장되는 최혜국대우(Most Favored National Treatment)는 WTO의 예외적 원칙으로 허용한다. 최혜국대우는 자국영역에 있는 타국의 기업과 국민에 대하여 가장 좋은 대우를 받고 있는 제3국의 기업과 국민에게 부여하는 동일한 수준의 대우를 자동으로 제공하는 것을 의미한다.

내국민대우가 내외국민의 무차별 대우를 목적으로 하는 것인 반면에 최혜국대우는 자국내에 있는 외국인들간의 무차별 대우를 의미한다. 최혜국대우는 국가간 차별을 배제하고 경제활동에서 자유경쟁을 확보할 수 있게 한다.

최혜국대우는 무조건 최혜국대우와 조건부 최혜국 대우로 구분한다. 기본 원칙은 무조건 최혜국 대우를 적용하는 것이지만, 조건부 최혜국 대우는 상대국이 자국 기업에 제공하는 동등한 대우를 보장하는 경우에 한해 상호주의적 관점에서 최혜국 대우를 부여하는 것을 의미한다.<sup>12)</sup>

## (2) 국제계약의 보호를 투자협정 기준

양국의 투자협정은 양국의 투자증진과 투자보호를 목적으로 체결한다. 양국의 투자협정에서 기본적인 원칙은 첫째, 공정하고 형평한 대우, 둘째, 내국민 대우, 셋째, 최혜국대우의 요건이 보장되어야 한다. 이러한 기준은 투자협정의 흔들릴 수 없는 원칙인 동시에 국제무역의 다자간 협정인 WTO에서도 기본 원칙으로 적용된다.

국제계약의 투자협정 보호의 규정을 가장 모범적인 모형을 찾는다면 미국의 국가간 투자협정(US Model Bilateral Investment Treaty(2004): 이하 US

12) 최승환, 전계논문, p.164.

Model BIT이라고 한다)이 될 것이다. US Model BIT은 1994년 NAFTA 체결 이후 공백을 보완하기 위하여 제정된 투자에 관한 모델 규정을 담고 있다.<sup>13)</sup>

US Model BIT의 기본적인 보호 체계는 실체적 요소와 절차적 요소로 구성된다. 실체적 요소의 주된 내용으로는 투자가 보호의 최소기준, 수용 및 보상의 내용이 있고, 절차적 요소로는 중재인과 중재장소 선정, 투명성, 비분쟁 당사국 의견 제출권, 제3자 의견제출권, 본안 전 항변, 중재 결정 사전검토, 상소 메커니즘, 부속서 등의 해석의 문제를 다루고 있다.

이와 같이 미국의 US Model BIT에서 중재에 관한 절차적인 요건과 해결방법을 비교적 구체적으로 규정한 것은 대체로 미국은 투자가의 입장에서 활동하는 경우가 더 많을 것으로 예상되므로 전반적으로 투자가의 권리침해가 발생하였을 경우 최대한 구제조치를 실현하기 위하여 정치적 판단에 따라 일방적으로 결정이 전개될 수도 있는 현지 투자국의 관할권에서 벗어나기 위한 적극적인 방법을 확보한 것으로 판단된다.

반면에 US Model BIT에서 선택하는 실체적 보호요건으로 가장 적극적이고 현실적인 대안으로는 ICSID 협약(Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States; 일명 워싱턴협약(1965), 이하 ICSID라고 한다)에 준용하여 투자가-국가 분쟁해결 절차(ISD: Investor-State Dispute Settlement 이하 ISD라고 한다)에 따라 투자를 보호하는 방법을 선택한 것으로 보인다. ISD 제도는 국제투자계약에서 분쟁이 원만히 합의되지 않는 경우 계약에서 최초 계약에서 당사자가 중재조항을 명기하는 것이 상황변경과 관계 없이 분쟁을 중재로 해결할 수 있는 보장 방법을 확보하기 위한 것에서 시작된 것이다.<sup>14)</sup>

US Model BIT에서 제시하는 최소한의 보호기준의 요건으로는 첫째, 현지 투자국은 외국 투자자에 대하여 국제법상 공평하고 형평성의 원칙에 어긋나지 않는 수준으로서의 모든 보호를 보장할 것을 요구하고 있다.<sup>15)</sup> 여기에서 보호

---

13) 김재성 홍선의, 한미 FTA 협정에서 분쟁해결을 위한 ISD제도에 관한 연구 한미 FTA 협정에서 분쟁해결을 위한 ISD제도에 관한 연구, 관세학회지, Vol.13 No.1, 2012. p.148.

14) ICSID Convention Art. 25(1).

란 투자에 대한 최소한의 보호수준을 완전히 보호하고 담보(full protection and security)하는 것을 의미한다.

둘째, 현지투자국에서 투자자를 보호하는 국제법상 공평하고 형평성의 최소 기준은 일반적으로 인정되는 법체계의 이념과 실현을 존중하며 이를 부인하지 않는 것이어야 한다.

셋째, 투자자의 투자에 대하여 합리적 근거 없이 직접적으로 또는 간접적으로 투자를 일방적으로 수용하거나 국유화할 수 없다. 다만 투자자와 현지투자국 정부의 합의에 따라 공공의 이익을 목적으로 비차별적인 방법에 의하여 수용을 실시한 후 효과적인 즉시보상을 보장하는 경우에는 예외적으로 투자자는 피정부국의 수용을 인정할 수 있다.

### Ⅲ. 국제계약의 보호에 관한 공통적 계약조항

국제계약에의 종류로는 투자계약의 목적과 방법에 따라 매우 다양한 종류가 있음을 앞 장에서 살펴 보았다. 그렇게 많은 유형의 계약에도 불구하고 본질적인 계약의 핵심은 투자를 통한 이익의 극대화, 그리고 리스크의 상황에서 최대한 보호방법을 실현할 수 있는 당사자의 합의를 명시적으로 확정하는 것이다.

투자자와 현지투자국 정부 사이의 합의에 따라서 그 내용의 범위와 수준은 각각 다를 수밖에 없겠지만 여기에서는 대부분의 계약에 공통적으로 적용될 수 있는 최소한의 보호조항을 열거하고 그 내용에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 1. 안정화조항

국제계약은 상당한 규모의 자금과 기간이 소요되는 장기간의 사업이 일반적이므로 투자가 실시되는 동안 객관적인 투자상황이 외부의 요건에 따라 변경될 경우 당사자의 권리를 보호하는 데 심각한 사정변경을 가져올 수도 있다.

---

15) US Model BIT (2004) Art. 5.

이와 같이 객관적인 사정의 변경으로 현지투자국의 국내법이 변경되어 투자가의 지위에 현실적인 변화를 예방하기 위하여 투자가와 현지투자국은 국내법의 규정을 확정하고 동결하여 계약체결 이후 개정될 수도 있는 국내법상의 제제조치를 면제시키는 것을 현실적인 방법을 모색하게 된다. 이러한 조치를 확정하여 투자협정에 명시적으로 담보하는 것을 안정화조항(stabilization)이라고 한다.

투자국정부는 자국에 소재하는 조세, 자원과 자산에 영향을 미치는 법률을 개정하거나 제정할 수 있으므로 안정화조항의 설정은 투자가의 이익을 최소한으로 보호하기 위한 가장 중요한 시작이다.

안정화조항의 내용을 설정하는 방법은 일반적으로 동결(freezing)하는 방법과 사정의 변경에 따라 합의 내용을 개정(adjustment)하는 두 가지 방법으로 문구가 결정될 수 있다. 따라서 어떠한 형태이던지 정부간 국제계약에서는 당사자의 합의로 확정하는 안정화조항을 필수적으로 포함하는 것이 바람직하다.<sup>16)</sup>

## 2. 불가항력조항

불가항력조항(Force Majeure)은 천재지변, 정부통제 등 당사자가 통제할 수 없는 요건으로 발생하는 이행불능에 가까운 사건이다. 계약당사자의 의무이행을 강요하기에는 당사자의 희생이 너무 크므로 계약의무이행을 면제해주는 것이 일반적이다.

불가항력조항은 국내거래는 물론 대부분의 무역계약에서도 관습적으로 인정

---

16) 예1) “The Government shall not exercise its legislative authority to amend or modify the provisions of the Agreement and will not take or permit any of its political subdivisions, agencies and instrumentalities to take any administrative or other action to prevent or hinder the contractor from enjoying the rights accorded to it hereunder”

예2) “The tax regime, benefits, privileges and exemptions provided in any of the articles hereof, which shall be recorded in the special operation contract, shall remain invariable for the duration thereof”

예3) “This contract shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the law and regulations in force on the date of its execution. Any amendment, change or repeal of such laws or regulations shall not affect the contractual rights of the contractor without its consent.”

하는 대표적인 면책조항이다.

현실적으로는 불가항력으로 인한 피해를 입은 경우에 지금 당장은 면책조항의 근거로 불가항력 조건을 제시할 수 있겠지만, 시장지배력에 따라 장차의 거래를 지속하기 위하여 실질적인 면책을 주장할 수 없는 경우도 사실은 있을 수 있다. 특히 노사분쟁의 요건을 불가항력 사유로 볼 것인지의 문제는 사건에 따라 일률적으로 정의하기 어렵다.

그렇지만 어떠한 경우에도 불가항력은 계약당사자가 예측할 수 없거나 예측하더라도 상당히 불가피한 이유로 발생하는 상태이므로 그 원인과 범위를 명확히 확정하기 어렵다. 그러므로 피해당사자는 최대한 자신의 권리를 보호하기 위하여 불가항력의 요건과 범위를 가능한 자세히 규정하여 대항력을 행사할 수 있는 기초를 확보하는 것이 바람직하다.

### 3. 중재조항

대부분 국제계약에는 분쟁을 원만히 해결하기 위한 방법으로 중재조항을 선택하고 있다. 현지투자국 입장에서는 국내법원을 통하여 문제를 해결하는 방법을 선호하는 것이 일반적이지만, 투자가입장에서는 현지국의 법원에 의하여 공정한 해결이 가능하다고 믿기 어려우므로 제3국의 법원 또는 주권면제를 주장할 수 없는 방법으로 문제를 해결하는 것을 선호한다.

따라서 중재조항은 외국투자자의 이익을 최대한 보호할 있는 실질적인 조항을 담보하여야 지속적인 투자를 유도할 수 있으므로 현지투자국의 입장에서 사소한 이익에 집착하여 큰 이익을 놓치는 일이 없도록 합리적인 수준으로 중재조항을 결정하여야 한다. 만일 현지투자국이 제3국의 중립적 법정에서 중재관할권을 인정하는 중재조항을 합의한다면 사실상 주권면제포기를 선언한 것으로 해석할 수 있다.<sup>17)</sup>

일반적인 중재관행에 따르면 중재조항은 계약의 종료이후에도 유효하므로 계약의 무효 또는 파기를 이유로 중재조항의 무효를 주장할 수 없다. 따라서

---

17) 최승환, 전제논문, p.157. 미국 1976년 주권면제법에 의하면 중재합의는 중재합의의 사법적 집행목적상 주권면제의 포기를 의미한다. *Prima Paint corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.*, 388 U.S. 395 (1967); *Weinrott v. Carp*, 32 N.Y. 2d 190, 344 N.Y.S. 2d 848 (1972).

일방 당사자가 중재합의 무효를 선언한다면 중재재판부가 관할권여부를 판단할 수 있다.

#### 4. 준거법조항

국제계약의 준거법은 계약당사자가 합의에 따라 지정할 수 있다. 준거법은 계약의 성립과 이행의 기준에 결정적 기준으로 작용하므로 신중하게 합의하여야 한다. 국제계약에서는 국제법이나 국제규칙을 계약의 준거법으로 지정할 수 있다.

특히 장기간의 시간과 비용이 지속적으로 소요되는 국제계약에서는 특히 준거법의 지정이 중요하다. 국제계약 당사자 사이의 이해관계는 물론 객관적인 사정 변경으로 계약성립 당시 장차 예상할 수 없는 상황의 변경으로 당사자 사이에 이견이나 분쟁이 쉽게 해결되지 못한다면 치명적인 손실로 이어질 수 있다.

따라서 현지투자국 정부가 일방적으로 준거법을 변경할 수 없도록 사전에 안정화조항을 확정하거나 제3의 규범을 준거법으로 중재관할권을 지정하는 것이 불필요한 리스크를 회피하는 가장 현실적인 대안이 될 수 있다.

이러한 내용을 우리나라의 현실에 적용한다면 한국은 늘 외국의 자본과 기술 투자를 유도하는 것이 전반적인 경제발전에 도움이 되는 것이 현실적인 방법으로 판단되므로 투자자의 안전을 최대한 보장하는 방법으로 ICSID 협약에 근거한 준거법<sup>18)</sup>을 활용하여 적극적인 주자를 유도하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

#### 5. 주권면제방지조항

투자자와 현지투자국 사이에 분쟁이 발생하고 이를 중재협정에 따라 중재를 실시하고 투자자가 승소하더라도 현지투자국이 주권면제(sovereign immunity)를 선언하면 외국투자자는 자신의 권리를 보호할 수 있는 방법을 상실하게 된다.<sup>19)</sup> 외국의 투자자가 현지투자국을 상대로 강제할 수 있는 방법이 없기 때

---

18) ICSID Convention Art.42(1).

19) 석광현, 외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제, 법조 531, 2000, p.298.

문이다. 이러한 내용은 제3의 관할권에 따라 ICSID 중재판정의 경우에도 결과는 동일하다.

최초 국제계약을 체결하는 시점에서는 주권면제의 의사를 표시하는 것으로 이해를 하고 국제계약을 체결하고, 당사자 계약에 현지투자국이 주권면제 권리를 포기함을 명시하더라도 중재판정의 집행에 대해서도 주권면제포기 조항을 적용할 것으로 기대하기는 사실상 대단히 어렵다.

이와 같이 불확실한 사정에도 불구하고 일단 국제계약을 통하여 해외투자를 결정한 투자가는 일단 투자하기로 결정하였다면 현지투자국 정부와 합의하여 주권면제 조항을 계약조항으로 삽입하는 것이 바람직하다.<sup>20)</sup>

## IV. 결 론

최근 전 세계적으로 확대되고 있는 FTA의 흐름 속에서 우리나라가 예외일 수 없다. 우리나라는 과거 개발도상국에서 현재 명실상부한 OECD 회원국으로 성장하기에 이르기까지 끊임없이 외국 정부와 기업의 투자를 유도하기 위하여 많은 노력을 기울여 왔다. 이러한 과정에서 우리나라는 주로 외국의 투자를 받아야하는 것으로 관념이 어느 정도 굳어져 있기도 하다.

현재 우리나라의 경제규모는 무역달러 1조 달러에 이르게 되었고 과거와 같이 국내에서만 모든 것을 생산, 가공, 조달하여 수출에 집중할 수 있는 시대는 더 이상 존재하지 않는다. 시대의 변화와 함께 우리의 주력상품도 단순한 1, 2차 상품의 생산 가공에 머무르지 않고, 해외건설, 해외투자 등 무역의 양상이 변모하였다.

한국에서 모든 것을 처리할 수 없는 상황에서 우리 정부도 기업도 발전가능

---

20) Each of the Credit Agreement Parties, in respect of itself, its Subsidiaries, its process agents, and its properties and revenues, hereby irrevocably agrees that, to the extent that such Agreement Party, its Subsidiaries or any of its properties has or may hereafter acquire any right of immunity, whether characterized as sovereign immunity or otherwise, from any legal proceedings ... (중략) ... shall have the fullest extent permitted under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 of the United States and are intended to be irrevocable for purposes of such Act.

성이 있는 분야를 찾아 적극적인 해외투자과 해외시장 개척에 관심을 돌려야 한다. 과거에 우리나라는 해외투자자의 이익을 최대한 보호하여 지속적인 투자를 유도하여야 하는 상황이었다면 미래에는 우리의 이익을 최대한 보호하면서 시장을 확장할 수 있는 방법을 찾아야 한다.

이러한 목적으로 본 논문에서는 국제계약에서 투자자의 권리를 최소한으로 보호하기 위한 요건을 살펴보았다. 국제계약은 그 계약의 목적과 내용에 따라 소요되는 기간과 재정의 크기가 계약마다 다르고 각각에 적합한 수준으로 보호방법을 확보하여야 한다.

다양한 유형의 국제계약에도 불구하고 투자자의 보호를 위한 공통적인 핵심 사항은 국제규범 또는 투자협정에 따른 일반적인 원칙으로서 투자자를 보호하는 것이다. 그 일반원칙으로는 형평성의 원칙, 내국민대우, 최혜국대우를 보장하여 예측 가능한 환경을 만들 수 있다.

한편 해외투자자와 현지투자국 정부의 양자협정으로는 계약이 지속되는 동안 안정적인 환경을 유지할 수 있도록 안정화조항, 불가항력조항, 중재조항, 준거법조항, 주권면제방지조항 등을 명시하여 투자자의 권리를 보호할 수 있음을 살펴보았다.

본 논문에 제시한 몇 가지 요건만으로 해외투자자를 보호하기 위한 최소한의 요건이 완성되었다고 볼 수 없지만 국제계약을 준비하는 당사자에게 작은 도움이 될 수 있기를 바란다.

## 참 고 문 헌

- 김상호, ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰, 중재연구, 제13권 제2호, 한국중재학회. 2004.
- 김용일, ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구, 무역상무연구, 제37권, 무역상무학회. 2008.
- 김재성 홍선의, 한미 FTA 협정에서 분쟁해결을 위한 ISD 제도에 관한 연구, 관세학회지, 제13권 1호, 2012.
- 석광현, 외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제, 법조 531, 2000
- 오원석, 국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 무역학회지, 제31권, 2004.
- , 국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 무역학회지, 제13권 제4호, 한국무역학회, 2006.
- , 국제투자계약상의 중재조항의 구성요소에 관한 연구, 무역상무연구, 제38권, 무역상무학회, 2008.
- 장복희, 국제투자분쟁해결본부(ICSID)의 중재제도, 연세법학연구, 제7권 제2호, 2000.
- 장승화, 국제투자분쟁의 해결, 서울대학교 법학, 제42권 제3호, 서울대학교, 2001.
- 현염려, 국가계약에 관한 연구 : 국제투자협정의 관련조항을 중심으로, 제주대학교 일반대학원 박사학위 청구논문, 2010.
- 강이수, 박종삼, 국제거래분쟁론, 삼영사, 2004.
- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1982
- 이춘삼, 국제계약론, 대왕사, 2003
- A.G. Guest, Anson's Law of contract, 26<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 1984
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment law, Oxford University Press, 2008.
- 외교통상부(2011), 투자자 국가간 분쟁해결절차 (ISD) 공정한 글로벌스탠더드. 한미 FTA 협정문.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention US Model BIT (2004).

## ABSTRACT

### A Study on the Minimum Protection of Investor in International Contract

Kim, Jae Seong

Today FTA extends over the world and Korea as a main member of international trade is no exception. In the past Korea, as the developing countries, has made endlessly effort to induce foreign investment from foreign enterprise and/or government to be a truly OECD countries today and made it. Korea's trade economy was reached 1 trillion dollars in 2012.

Now we have to find a new way to produce, process, procure goods from foreign investment and also need to protect our profit and/or rights within foreign judicial territory.

There are two method to protect foreign enterprise or government. First they rely on general principles in WTO or Bilateral Investment Treaty that the principle of equality, national treatment, and most-favored-nation treatment, you can create a predictable environment to protect foreign enterprise and/or government.

Second they need to incorporate contractual clauses in their agreement such as stabilization clause, *force majeure*, arbitration, governing law or sovereign immunity.

Of course there are many things left behind to consider I hope it will be helpful to those who prepare foreign investment contract.

Key Words : ICSID, ISD, FTA, Investment Contract, Dispute Settlement, Arbitration,
--