

투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)에서의 국가책임 발생범위 확장 가능성에 대한 연구 - ‘엘리엇 사건’을 중심으로 -

정 하 늘*

◀ 목 차 ▶	
I. 문제의 소재	III. 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위
II. ISD 중재사건에서 일반적으로 인정되는 국가책임 발생범위	1. 국가책임의 발생범위와 관련한 한미 FTA 제11장의 구조적 효과
1. 개관	2. 사례연구 - 엘리엇 사건
2. 국가책임 발생범위에 대한 ISD 중재판정부의 태도	3. 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위 제한을 위한 제언
3. 국가책임과 ‘주권적 행위’의 법률적 관계에 관한 검토	IV. 맺음말
4. 소결	

I. 문제의 소재

국제공법(public international law)은 국가 간의 관계를 규율하는 법이다. 따라서 국제공법을 준거법으로 하여 진행되는 분쟁해결절차에서는 원칙적으로 국가만이 당사자적격(standing)을 인정받을 수 있다. 사인(私人)의 당사자적격을 인정하는 투자자-국가 분쟁해결제도(investor-state

• 투고일(2016.02.10.), 심사일(2016.03.04.), 게재확정일(2016.03.07.)

* 법무법인 세종 선임외국변호사.

dispute settlement, 이하 “ISD”)는 국제공법분쟁의 당사자적격 원칙에 대한 대표적인 예외에 해당한다.

ISD 중재사건에서 투자자는 투자자의 국적국과 투자유치국 간에 체결된 조약을 통해 투자유치국을 상대로 분쟁해결절차를 개시하기 위한 당사자적격을 부여받는다. 이와 관련해 *KT Asia v. Kazakhstan* 사건의 중재판정부는 ISD 중재사건에서는 투자자, 투자자의 국적국, 투자유치국 간에 국제관습법상의 외교적 보호권(diplomatic protection)과 구별되는 고유의 국제법적 ‘삼각관계(triangular relationship)’가 존재한다고 판시하였다.¹⁾ 즉, 원칙적으로 국가만이 가질 수 있는 국제공법상의 당사자적격이 ISD 중재사건에서는 투자자의 국적국과 투자유치국 간에 체결된 조약인 투자보호협정을 통해 투자자에게 부여되는 것이고, 투자자는 오로지 이러한 삼각관계를 통해서만 투자유치국을 상대로 ISD 중재를 제기하기 위한 당사자적격을 가질 수 있는바,²⁾ ISD 중재사건에서 투자자가 갖는 청구권은 투자자의 국적국과 투자유치국 간의 관계에 적용되는 국제공법에 의해 규율될 수밖에 없다.

투자유치국을 상대로 한 국제법상의 청구권이 인정되기 위해서는 투자유치국의 국가책임(state responsibility)이 인정되어야 한다.³⁾ 또한 투자유치국의 국가책임이 인정되기 위해서는 투자유치국에게 귀속(attribution)되는 행위를 통한 국제의무의 위반(breach of international obligation)이 존재해야 한다.⁴⁾ 달리 말하면 투자유치국의 행위로 인해 투자자에게 손해가 발생하였다고 해도 동 행위가 투자유치국에게 귀속되고 또 투자유치국의 국제의무를 위반하는 행위가 아니라면 국제법상 투자유치국의 국가책임은 발생하지 않은 것이므로, 국제법에 따른 구제를 다투는 ISD 중재에서의 청구권은 인정되지 않는다. 특정행위가 투자유치국의 국가책임을 발생시키는 행위인지 여부는 곧 동 행위가 ISD 중재대상이 될 수 있는지에 대한 문제인바, 투자자적격이나 투자적격에 관한 문제와 마찬가지로 관할권에 관한 문제로 취급하는 것이 타당하다.⁵⁾

1) *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, para. 143 (“There is no doubt that it is the investor which asserts its claim in investment arbitration, which distinguishes the latter from diplomatic protection. Yet, that does not mean that there is no bond of nationality in investor-state arbitration. There is a bond defined by the investment treaty. But for that bond, the investor would have no right to bring a claim against the other state. In that sense, there is a triangular relationship in investment treaty arbitration that is different from the one which exists in matters of diplomatic protection under customary international law.”)

2) *Ibid.*

3) 법무부 『투자자국가소송(ISD) 최신 판정분석』, 2014, 135면.

4) *Ibid.*

5) 투자유치국의 국가책임 발생여부와 관련된 쟁점은 주로 대인관할(*ratione personae*)에 관한 문제로 취급되고 있다. 다만 쟁점이 되는 행위의 국가귀속 및 국제의무위반 여부를 규명하기 위해서는 행위 자체에 대한 심도 있는 검토를 요하는 경우가 많아 실무적으로는 본안(*merit*)에 대한 심사에서 많이 다뤄지고 있다. See *Tulip*

투자보호협정에 따른 투자유치국의 국가책임 발생범위는 통상 국제관습법에 의해 규율되나, '대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(The Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America)'(이하 "한미 FTA")이나 '환태평양경제동반자협정'(Trans-Pacific Partnership, 이하 "TPP")과 같이 국가책임의 발생범위를 명시한 '적용대상(scope and coverage) 조항'을 따로 두고 있는 투자보호협정들도 존재한다. 이러한 투자보호협정을 근거로 ISD 중재가 제기될 경우 투자유치국의 국가책임 발생범위가 국제관습법에서 인정되는 국가책임 발생범위에 비해 변경될 수 있으므로 유의할 필요가 있다. 예컨대 2015년 7월 17일 제일모직 주식회사와 삼성물산 주식회사의 주주총회에서 각각 승인된 두 회사 간의 흡수합병과 관련해, 국민연금공단이 동 합병에 찬성하였음을 이유로 당시 삼성물산의 주주였던 미국계 펀드 Elliott Associates, L.P. (이하 "엘리엇")가 ISD 중재를 제기할 가능성이 있다는 의혹이 현재 제기되고 있다. 만일 이러한 의혹이 사실이라면 엘리엇은 한미 FTA, 그 중에서도 대한민국과 미국 간에 상호 투자보호에 관한 사항을 규정한 제11장을 ISD 제소의 근거로 삼을 가능성이 상당하다.⁶⁾ 2015년 9월 14일 국회에서 열린 정부위원회 금융위원회 국정감사에서 국민연금공단 측이 확인한 바에 따르면 2015년 8월 10일 경 엘리엇이 ISD와 관련된 공문을 발송하였다고 하는데,⁷⁾ 만약 해당 공문이 '중재의향서'라면 2016년 중 엘리엇이 한미 FTA 제11장을 근거로 한 ISD 중재를 제기할 가능성을 배제할 수 없을 것이다. 따라서 한미 FTA 제11장에 따른 대한민국의 국가책임 발생범위에 관한 사전적 연구가 필요하다. 물론 국가책임 발생범위와 관련된 한미 FTA 제11장 특유의 쟁점은 엘리엇에 의한 ISD 중재제기 의혹과는 상관없이 일반적인 연구의 가치가 있을 것이다.

Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, paras. 276-278 ("...The question of 'attribution' does not, itself, dictate whether there has been a violation of international law. Rather, it is only a means to ascertain whether the State is involved. As such, the question of attribution looks more like a jurisdictional question. But in many instances, questions of attribution and questions of legality are closely intermingled, and it is then difficult to deal with the question of attribution without a full enquiry into the merits ... as a practical matter, this question is usually best dealt with at the merit stage, in order to allow for an in-depth analysis of all the parameters of the complex relationship between certain acts and the State.").

- 6) 다만 대한민국이 체결한 대부분의 투자보호협정에 비할 때 한미 FTA 제11장은 투자유치국에게 상당히 유리한 내용으로 구성되어 있어 엘리엇이 조약편승(treaty shopping)을 통해 투자자에게 보다 유리한 투자보호협정의 적용을 피할 가능성도 있을 것이다. 한편 본고의 작성 시점인 2016년 2월 현재 금융당국은 엘리엇이 불법적인 수단을 통해 삼성물산의 지분을 대량 취득하였다는 결론을 내린 것으로 보이는데, 이것이 사실이라면 엘리엇의 삼성물산 주식 취득, 즉 대한민국에서의 투자가 불법행위를 통해 이루어진 것으로 간주되어 '투자 적격'이 원천적으로 부인될 가능성도 배제할 수 없을 것이다. 엘리엇의 삼성물산 주식 불법취득 가능성에 관하여는 정다운, "엘리엇, 삼성물산 주식 파킹거래로 '5% 룰' 위반 결론", 『이투데이』 (2016. 1. 11) 참조.
- 7) 김지나, "[2015 국감] 국민연금 홍완선 '엘리엇, 8월 10일 공문 ... ISD 제소 가능성'", 『아주경제』 (2015. 9. 14).

본고에서는 먼저 국제공법, 특히 ISD 중재사건에서 전통적으로 인정되어 온 ‘국가책임’의 발생 범위에 대해 살펴본 뒤, 한미 FTA 제11장이 그 특유의 구조로 인해 투자유치국이 국제관습법상 부담해온 국가책임의 발생범위를 확장하는 것으로 해석될 수 있는지에 대해 고찰하고자 한다.

II. ISD 중재사건에서 일반적으로 인정되는 국가책임 발생범위

1. 개관

국가책임의 발생범위 및 요건, 성격, 한계 등에 관한 가장 권위 있는 문헌은 ‘국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 국제법위원회 초안(ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)’(이하 “국가책임초안”)⁸⁾일 것이다. 국가책임초안은 독자적인 법적 구속력을 갖진 못하지만 국가책임에 관한 국제관습법을 성문화한 자료로서 널리 인정받고 있으며,⁹⁾ 특히 ISD 중재사건에서 투자유치국의 책임유무를 가림에 있어서는 보편적인 권위를 인정받고 있다고 보아도 좋다.¹⁰⁾ 본고에서도 국가책임에 대한 국제관습법을 성문화한 자료로서의 국가

8) Report of the International Law Commission, 53 UN GAOR Supplement (No. 10) at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

9) Hober, in Muchlinski, Ortino and Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008) 549, 553 (“There is a general consensus that the [ILC Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts] accurately reflect customary international law on state responsibility”). 국제사법재판소도 *Bosnian Genocide* 사건의 판결에서 국가책임초안을 인용하는 등 국가책임초안이 국가책임에 관한 국제관습법을 반영한 권위 있는 문헌이라는 점에 대해서는 이견의 여지가 없어 보인다. See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007 p. 43, 209 (“The rules for attributing allegedly internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis*. Genocide will be considered as attributable to a State if and to the extent that the physical acts constitutive of genocide that have been committed by organs or persons other than the State’s own agents were carried out, wholly or in part, on the instructions or directions of the State, or under its effective control. This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility”).

10) See J. Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press, 2013), p. 43. 국가책임초안의 권위를 인정한 ISD 판례의 대표적 예시로는 다음 사건의 중재판정들을 꼽을 수 있다. *EDF (Services) Ltd v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 187; *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICISD Case No. ARB/01/11, para. 69 (“While [ILC Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts] are not binding, they are widely regarded as a codification of customary international law”); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, para. 156 (“The ILC ARTicles ... is considered as a statement of customary international law on the

책임초안의 권위를 인정하고 논의를 전개해나가기로 한다.

국가행위(state action)란 사전적 정의¹¹⁾나 국가책임초안에서의 정의¹²⁾ 중 어느 것에 의해도 국가에 의해 이루어진, 작위와 부작위를 포함한 ‘모든 행위’를 의미하는 광의의 개념이다. 그러나 국가책임초안 제1조 및 제2조에 따르면 모든 국가행위가 국가책임으로 귀결되지는 않고, 오로지 (i) 국제법에 따라 국가에 귀속될 수 있고 (ii) 국제의무위반을 구성하는 행위만이 ‘국제위법행위(internationally wrongful act)’로서 국가책임을 발생시킬 수 있다.¹³⁾ 국가행위의 국제위법성은 오로지 국제법에 의하여 결정되고 국내법에 따른 적법성 여부에는 영향 받지 않는다.¹⁴⁾

국가기관(state organ)의 행위는 행위의 종류와 상관없이 해당 국가에게 귀속된다.¹⁵⁾ 또한 국가기관에 해당하지 않더라도 해당 국가의 법에 따라 ‘정부권한의 구성요소(element of governmental authority)’를 행사할 권한을 부여받은 개인 또는 단체가 동 권한을 행사함으로써 구현한 행위는 국가기관의 행위로 보아 국가에 귀속된다.¹⁶⁾ 마지막으로 특정 개인이나 단체가 국가의 지시, 명령, 통제에 따라 또는 그러한 지시, 명령, 통제 하에서 취한 행동도 국가에게 귀속되게 된다.¹⁷⁾ 요컨대 국가기관의 행위, 국가기관의 지시 등에 따라 이루어진 행위, 그리고 국가기관으로부터 ‘정부권한’을 위임받아 그 권한의 행사를 통해 이루어진 행위가 국가에 귀속되는 행위에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁸⁾

그러나 특정행위가 국가책임을 발생시키기 위해서는 단순히 동 행위가 국가에 귀속되는 것만으로는 부족하고, 국가가 부담하는 국제의무의 위반이 존재하여야만 한다. 국제관습법이 거의 존

question of attribution for purposes of asserting the responsibility of a State towards another State, which is applicable by analogy to the responsibility of States towards private parties”); *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, para. 281 (“The Tribunal agrees with the Parties and accepts that the ILC Articles constitute a codification of customary international law with respect to the issue of attribution of conduct to the State and apply to the present dispute”).

11) Black's Law Dictionary (8th Ed.)(2004) p. 1444 s.v. state action: “Anything done by a government”.

12) 국가책임초안 제2조 참조. 국가책임초안 제2조는 국제위법행위를 구성하는 2가지 요건을 제시하고 있는데, 동 요건의 적용대상이 되는 국가의 ‘작위 또는 부작위(an action or omission)’에 대해서는 별도 요건을 부과하지 않고 일반 명사를 사용하여 단순히 규정하고 있다. 물론 국가의 모든 작위 또는 부작위가 국가에게 귀속되는 것은 아니다.

13) 국가책임초안 제1조 및 제2조.

14) 국가책임초안 제3조 참조. 따라서 국가는 자국법을 이유로 자신의 국제책임으로부터 면제될 수 없다. 국가책임초안 제3조에 대한 주해(commentary) 제1항 참조.

15) 국가책임초안 제4조.

16) 국가책임초안 제5조.

17) 국가책임초안 제8조.

18) 국가책임초안 제9조는 예외적으로 권한 없는 자에 의한 정부권한 행사로 인한 행위의 국가귀속에 대해서도 다루고 있지만, 그러한 예외적인 내용은 본고의 목적상 취급하지 않기로 한다.

재하지 않은 국제투자법의 영역에서¹⁹⁾ 국제의무위반은 주로 조약, 즉 투자보호협정상의 의무를 위반하는 경우에 발생하게 될 것이다.

2. 국가책임 발생범위에 대한 ISD 중재판정부의 태도

ISD 중재판정부들은 투자유치국에 '귀속'될 수 없는 행위를 통해서는 투자자의 청구권이 발생할 수 없다고 판정해왔다. *Vivendi v. Argentina* 사건의 중재판정부는 국가를 상대로 한 모든 국제적 청구는 국가책임초안 제2조 및 제4조에 따라 국가귀속원칙에 근거해야 한다고 실시하였고,²⁰⁾ *Bosh v. Ukraine* 사건의 중재판정부는 국가책임초안 제5조를 인용하여 비국가기관에 의한 행위는 '정부활동(governmental activity)'의 일환으로서 취해진 경우에만 국가에 귀속될 수 있으며, 민사(民事) 또는 상사(商事)와 관련된 활동은 국가에게 귀속될 수 없다는 취지로 판시한바 있다.²¹⁾

또한 '국제의무위반'의 발생여부와 관련하여 대부분의 ISD 중재판정부는 투자유치국이 투자보호협정에 명시된 의무를 일견 위반한 것처럼 보이는 경우에도 그러한 위반이 사인(私人) 또는 상인(商人)의 지위에서 취한 행위(*acta iure gestionis*)로 인한 경우 ISD 청구권이 발생하지 않고,²²⁾ 오로지 주권적 권한(*sovereign power*) 또는 정부권한(*governmental authority*)의 행사를 통해 취한 행위(*acta iure imperii*)에 대해서만 ISD 청구권이 발생할 수 있다고 보아왔다.²³⁾ 투자보호협정의

19) 경제와 관련된 국제관습법 자체가 그다지 발달하지 않은 것이 현실이지만, 투자와 관련된 국제관습법은 특히 박약한 편이다. See generally, P. Dumberry, "Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, Vol. 28, No. 4 pp. 675-701; J. D'Aspremont, "International Customary Investment Law: Story of a Paradox", *Amsterdam Law School Research Paper* No. 2011-19 (2001).

20) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, footnote 17 ("All international claims against a state are based on attribution, whether the conduct in question is that of a central or provincial government or other subdivision").

21) *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, para. 176 ("In accordance with the ILC's commentary to Article 5, the Tribunal considers that it is only the 'governmental activity' of the University which is attributable to Ukraine under Article 5, and not the University's 'private or commercial activity.' In other words, the question that falls for determination is whether the University's conduct in entering into and terminating the 2003 Contract with B&P can be understood or characterized as a form of 'governmental activity', or as a form of 'commercial activity'").

22) 물론 국내재판절차 또는 상사중재 등을 통해 민사적 구제를 구할 권리는 별개의 것이다.

23) 따라서 투자유치국들은 자국의 행위가 투자협정위반을 구성할 수 없는 민사 또는 상사적 행위에 해당한다는 주장을 빈번히 제기하곤 한다. See generally, *Nordzucker AG v. Republic of Poland*, UNCITRAL, Partial Award (Jurisdiction), paras. 129-132.

위반을 구성할 수 있는 주권적 행위(sovereign act)의 대표적인 예에는 공권력(*puissance publique*)의 행사가 있고, 반대로 투자보호협정의 위반을 구성할 수 없는 행위의 대표적인 예에는 계약의 해석, 이행, 위반과 같은 상사적 행위(commercial act)가 있다.

Impregilo v. Pakistan 사건의 중재판정부는 투자유치국은 계약당사자로서의 지위에서가 아니라 오직 ‘공권력’으로 대표되는 주권적 권한의 행사를 통해서만 투자보호협정상 의무를 위반할 수 있다고 보았다.²⁴⁾ 또한 *Bayindir v. Pakistan* 사건의 중재판정부는 조약위반에 따른 청구권과 계약위반에 따른 청구권은 설사 양자가 동일한 사실관계로부터 파생되었다고 해도 법적으로 구별되어야 하며, 전자가 국제법에 규율되는데 비해 후자는 계약법과 같은 국내법에 따라 결정될 사건이라고 판시하였다.²⁵⁾ 동 중재판정부는 한 발 더 나아가 투자유치국의 행위가 일견 공권력행사의 외형을 갖추고 있을 경우에도 동 행위가 정당한 계약적 근거를 바탕으로 취해졌다면(예컨대 계약위반에 따른 후속구제를 위한 이행강제 등) 단순히 공권력이 동원되었다는 사실만으로는 주권적 권한의 행사(exercise of sovereign power)가 이루어졌다고 단정할 수 없다고 판단하였다.²⁶⁾ 요컨대 *Impregilo v. Pakistan* 및 *Bayindir v. Pakistan* 사건의 중재판정부들은 국제위법행위의 구성요건인 ‘국제의무위반’은 오로지 주권적 행위를 통해서만 발생할 수 있다고 본 것이다.

주권적 행위가 아니고서는 국제의무위반을 발생시킬 수 없다는 ISD 중재판정부의 태도는 흔히 ‘우산조항(umbrella clause)’²⁷⁾이라고 일컬어지는, 투자유치국이 타방당사국의 투자에 대해 부담하는 모든 의무를 준수할 것을 투자보호협정을 통해 명시적으로 보장하는 조항²⁸⁾이 존재하는 경

24) *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, para. 83 (“...only the State in the exercise of its sovereign authority (*‘puissance publique’*) and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT”).

25) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, para. 148 (“As a preliminary matter, the Tribunal notes that Pakistan accepts that ‘treaty claims are juridically distinct from claims for breach of contract, even where they arise out of the same facts’. The tribunal considers that this principle is now well established. The ad hoc committee in *Vivendi v. Argentina* described this ‘conceptual separation’ as follows: ‘A particular investment dispute may at the same time involve issues of the interpretation and application of the BIT’s standards and questions of contract. Whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law in the case of the BIT, by international law, in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract’”).

26) *Ibid.*, para. 461 (“...governmental involvement is not necessarily equivalent to the exercise of sovereign power when it is grounded on legitimate contractual considerations”).

27) 우산조항의 정의와 기원, 각국의 제정관행, 주요 쟁점, 기능, 범위, 효과, 한계 등에 대해서는 박덕영 외, 『국제투자법』, (서울: 박영사, 2012), 151-193면을 일반적으로 참조.

28) Jarrod Wong, “Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, *George*

우에서조차 유지되는 경우가 많다.²⁹⁾ 우산조항에 대한 일관되거나 통일된 해석 태도는 아직 존재하지 않지만,³⁰⁾ 일반적으로 인정되는 우산조항의 목적은 투자유치국과 투자자 간에 체결되는 계약의 이행을 투자보호협정을 통해 보장하는 것이다.³¹⁾ 그럼에도 불구하고 우산조항이 단순 계약위반을 '국제의무위반'으로 승화될 수 있는지에 대한 ISD 중재판정부들의 입장은 엇갈리고 있다. 이와 관련한 ISD 판례의 태도는 크게 4가지로 정리될 수 있을 것으로 보인다.³²⁾ 첫 번째는 *SGS v. Pakistan* 사건의 중재판정부로 대표되는, 투자보호협정에 달리 명시적으로 규정된 경우를 제외하면 우산조항은 계약위반을 통해 발생한 청구권을 조약위반에 따른 청구권으로 승화시킬 수 없다는 입장이다.³³⁾ 이는 소위 '민사행위로 인한 국가책임발생불가론'을 가장 엄격하게 지지하는 입장이라고 할 수 있다. 두 번째는 *El Paso v. Argentina* 사건의 중재판정부로 대표되는, 우산조항은 가장 포괄적으로 규정된 경우에조차 투자유치국이 공권력 행사와 같은 주권적 행위를 통해서 계약을 위반한 경우 등에 한해서만 동 계약위반을 조약위반으로 승화시킬 수 있다는 입장이다.³⁴⁾ 이는 곧 계약위반을 통한 ISD 청구권의 발생은 인정하되, 계약위반이 주권적 행위의 결과물일 것

Mason Law Review, Vol. 14, No. 1 (2006), p. 142 ("...the umbrella clause is a treaty provision found in many BITs that requires each Contracting State to observe all investment obligations it has assumed with respect to investors from the other Contracting State").

29) 우산조항의 구체적인 기능과 범위, 그리고 효과에 대한 보편적인 합의는 존재하지 않지만 일부 중재판정부들은 우산조항을 구성하는 세부 문구 및 표현에 집중해 우산조항의 효과를 판단하기도 하였다. 예컨대 *Noble Venture v. Romania* 사건의 중재판정부는 "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of other Contracting Party"라고 규정되어 있었던 해당 우산조항의 문구 가운데 'entered into'란 표현에 주목, 동 우산조항은 입법행위와 같은 일반적인 약속이 아닌 계약과 같은 구체적인 약속에 대해서만 적용되는 것이라고 보았다. See *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, paras. 46-62. 반면 *Noble Energy v. Ecuador* 사건의 중재판정부는 유사한 내용의 우산조항을 해석함에 있어 'entered into'가 아닌 'any obligation'이라는 문구에 집중하여 동 우산조항이 계약 뿐 아니라 법률적 의무까지 포괄한다고 해석한바 있다. See *Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, paras. 154-157. 그러나 대다수 ISD 중재판정부들은 우산조항의 범위와 한계를 심사함에 있어 국가책임에 관한 국제법 규칙에 근거한 일응의 예단을 갖고 검토에 임하는 것으로 보인다.

30) 공수진, "한·중·일 3국의 양자 및 3자 투자협정간의 관계", 『국제법학회논총』 제60권 제2호 (2015. 6.), p. 55.

31) *Ibid.* 또한 김석호, "투자보호조약상 우산조항의 효력", 『통상법률』 통권 93호 (2010.6), pp. 10-51 참조.

32) See generally, *Toto Construzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, paras. 196-201.

33) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, para. 165 ("These clauses, which must be interpreted in accordance with the objectives sought by the parties in line with the customary rules of interpretation of treaties in public international law, have been interpreted in different ways. One interpretation held that such clauses are operative only when the parties have clearly expressed their intent to consider breaches of contract as breaches of the Treaty").

34) *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction.

을 요구하는 것이다. 세 번째는 *Noble Ventures v. Romania* 사건의 중재판정부로 대표되는, 적절한 우산조항은 동 조항의 적용대상이 되는 모든 계약위반을 조약위반으로 승화시킬 수 있다는 입장이다.³⁵⁾ 이에 따르면 우산조항이 적용되는 경우 계약위반과 같은 민사행위를 통해서도 ISD 청구권이 발생될 수 있다. 마지막은 *Toto v. Lebanon* 사건의 중재판정부로 대표되는, 우산조항은 원칙적으로 투자자에게 청구권이 발생할 수 없는 조약의무위반에 대해서도 조약상의 청구권을 제공하는 조항일 뿐, 순수한 계약위반을 조약위반으로 승화시키기 위한 조항이 아니라는 입장이다.³⁶⁾ *Toto v. Lebanon* 사건의 중재판정부가 채택한 4번째 입장은 동 판정부가 인정한바와 같이 유엔 국제법위원회(International Law Commission of the United Nations)에 의한 국가책임초안 작성과정에서 핵심적 역할을 담당한 James Crawford 교수의 이론을 사실상 그대로 채택한 것이다.³⁷⁾ 결론적으로 적지 않은 숫자의 ISD 중재판정부들이 우산조항이 존재하는 경우에조차 단순 계약위반에서 파생되는 순수 민사분쟁을 조약분쟁으로 취급하는데 있어 주저함을 가졌던 것으로 보인다.

3. 국가책임과 ‘주권적 행위’의 법률적 관계에 관한 검토

국가책임초안 제1조는 국가책임이 발생하기 위해서는 국제위법행위가 필요하다고 규정하고 있고, 국가책임초안 제2조는 국제위법행위가 성립하기 위해서는 문제의 행위가 국가에 귀속되는 행위일 뿐 아니라 동 국가에 의한 국제의무위반을 구성해야 한다고 규정하고 있다.

(1) 국가귀속행위

‘국가귀속행위’와 관련된 ISD 중재판정부의 판단들은 대체로 합리적인 것으로 보인다. 다만 몇몇 사건의 중재판정부는 주권적 권한의 행사로 이루어진 행위가 아니면 국가에 귀속될 수 없다는 태도를 취하기도 하였는데,³⁸⁾ 오직 ‘주권적 행위’만이 국가에 귀속될 수 있다는 주장은 성립하기

35) *Noble Venture v. Romania*, *supra* note 29, paras. 46-62.

36) *Toto v. Lebanon*, *supra* note 32, paras. 200-201.

37) J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 24, No. 3 (2008), pp. 351-374 ("Finally, there is the view that an umbrella clause is operative and may form the basis for a substantive treaty claim, but that it does not convert a contractual claim into a treaty claim. On the one hand it provides, or at least may provide, a basis for a treaty claim even if the BIT in question contains not generic claims clause; on the other hand, the umbrella clause does not change the proper law of the contract or its legal incidents, including provisions for dispute settlement").

38) See generally, *Vivendi v. Argentina*, *supra* note 20; *Bosh v. Ukraine*, *supra* note 21.

어려울 것으로 판단된다.

국가책임초안 제4조에 따르면 국가기관의 행위는 동 행위가 입법, 행정, 사법기능의 행사를 통해 구현되는 경우 뿐 아니라 '다른 모든 기능(any other function)'을 행사하는 경우에도 국가에 귀속된다.³⁹⁾ 여기서 '다른 모든 기능'의 정확한 의미가 무엇인지는 확실치 않다. 또한 국가책임초안 제5조에 따르면 국가기관에 해당하지 않는 개인 또는 단체가 '정부권한'을 부여받아 행사함으로써 이루어진 행위도 국가에 귀속될 수 있는데, '정부권한'의 의미가 무엇인지도 불분명하다. '정부의 기능' 또는 '정부권한'의 구체적인 의미에 대해서는 다양한 견해가 있지만 보편적 합의는 존재하지 않는다. 국가책임초안에 대한 주해(commentary)도 '정부권한'의 의미는 특정 사회, 역사, 전통에 따라 달라질 수 있음에 주목하며, 권한의 내용뿐 아니라 개별 상황에서 관련 권한이 어떻게 적용되었는지, 예컨대 권한 부여의 방법, 권한행사의 목적 및 그로 인해 동 기관이 국가에 대해 부담하게 되는 책임의 정도 등에 따라 '정부권한' 해당여부에 대한 판단이 달라질 수 있다는 다소 모호한 입장을 취하고 있다.⁴⁰⁾ 이에 따르면 '전통적으로 정부만이 행사해오던 기능 또는 권한'만을 '정부권한'으로 인정하자는 일각의 주장은 다수의 정부권한이 민간에 위임 또는 이양되고 있는 현실을 제대로 반영한 것으로 보기 어렵다.⁴¹⁾ 또한 국가책임초안 제4조 및 제5조에 규정된 '정부기능' 및 '정부권한'이 '사인(私人)'이 행사할 수 없는 기능 및 권한'을 의미하는 것으로 좁게 해석하자는 일각의 주장에 대해서는, 사인과 정부가 모두 행사할 수 있는 권한 가운데 민간에 위임하였을 뿐 본질상 '정부권한'에 해당하는 권한도 다수 존재한다는 반론이 존재한다.⁴²⁾ 반면에 모든 민사행위가 순수하게 사인 또는 상인의 행위에 해당한다는 보장도 없다. 예컨대 에너지 프로젝트 등의 이행을 위해 민간 개발자에게 양허권(concession)을 부여하는 계약은 국가기관과 사인 간에 체결된 법률문서로써, 양허계약의 이행 및 분쟁과 관련된 사안은 원칙적으로 계약법과 같은 민사법에 따라 규율될 수밖에 없다. 그러나 석유나 천연가스와 같은 자원의 탐사, 시추, 생산 등을 위한 양허권(특히 그러한 양허가 영해 또는 배타적경제수역에 적용되는 경우)을 민간에 부여하는 계약을 체결·이행함에 있어 국가가 온전히 사인 또는 상인의 지위에서 행동한다고 단정할 수는 없을 것이다.

이상과 같은 고려를 종합해보면 '정부기능' 또는 '정부권한'의 행사를 통한 행위에 민사적 행위가 포함될 수 없고, 따라서 민사적 행위는 결코 국가에 귀속될 수 없다는 논리는 무리한 주장으로

39) 국가책임초안 제4조에 대한 주해도 이러한 해석을 긍정하고 있다.

40) 국가책임초안 제5조에 대한 주해 제6항.

41) See H. Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict* (Cambridge University Press, 2011) p. 101.

42) See C. Lehnardt, *From Mercenaries to Market* (Oxford University Press, 2008), p. 139.

보인다. *Noble Ventures v. Romania* 사건의 중재판정부도 주권적 행위(*acta iure imperii*)만이 국가에게 귀속되고 상행위(*acta iure gestionis*)는 결코 국가에 귀속될 수 없다는 이분적구분법에는 동의하기 어렵다고 실시하면서 국가책임초안 어디에서도 그러한 해석을 지지하는 내용을 찾아볼 수 없다고 지적한바 있다.⁴³⁾

(2) 국제의무위반

한편 ‘국제의무위반’ 요건과 관련한 ISD 중재판정부의 논리는 더욱 단순해서, ‘공권력과 같은 투자유치국 정부의 주권적 행위가 관여되지 않았다면 조약위반이 발생하였다고 볼 수 없다’, 즉 계약위반과 같은 민사적 행위로는 국제의무위반이 발생될 수 없다는 원론적인 수준을 벗어나지 않고 있다. ISD 중재판정부가 이러한 입장을 고집하는 것은 “국가행위의 국제위법성은 국제법에 의해 결정 된다”고 규정한 국가책임초안 제3조 제1문⁴⁴⁾ 때문인 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 즉, 국제의무위반으로 인한 국가책임이 발생하기 위해서는 동 의무위반이 국제법에 의한 규율대상이 되는 위법 행위여야 한다는 의미이다.⁴⁶⁾ 국가책임초안 제3조 제2문은 국제위법성의 결정은 문제의 행위가 국내법상 적법한지 여부에 의해 영향을 받지 않는다⁴⁷⁾고 규정함으로써 이러한 구분을 보다 명확

43) *Noble Venture v. Romania*, *supra* note 29, para. 82 (“With regard to the argument of the Respondent that a distinction has to be drawn between attribution of governmental and commercial conduct, the latter not being attributable, the following has to be said. The distinction plays an important role in the field of sovereign immunity when one comes to the question of whether a State can claim immunity before the courts of another State. However, in the context of responsibility, it is difficult to see why commercial acts, so called *acta iure gestionis*, should by definition not be attributable while governmental acts, so called *acta iure imperii*, should be attributable. The ILC-Draft does not maintain or support such a distinction. Apart from the fact that there is no reason why one should not regard commercial acts as being in principle also attributable, it is difficult to define whether a particular act is governmental. There is a widespread consensus in international law, as in particular expressed in the discussions in the ILC regarding attribution, that there is no common understanding in international law of what constitutes a governmental or public act. Otherwise there would not be a need for specified rules such as those enunciated by the ILC in its Draft Articles, according to which, in principle, a certain factual link between the State and the actor is required in order to attribute to the State acts of that actor”).

44) 국가책임초안 제3조 제1문.

45) 국가책임초안 제3조는 다수의 국제 판례 및 국가관행을 통해 오랜 세월 인정되어온 국제법 원칙을 성문화한 것으로, 현재까지 국가책임초안 제3조의 내용에 관해 이의를 제기한 국가는 없는 것으로 파악되고 있다. See *supra* note 10, p. 101

46) 국가책임초안 제2조에 대한 주해 제13항에서는 제2조에 적시된 국제 ‘의무(obligation)’란 국제법에 따른 의무 위반을 의미하고, 그에 대한 세부사항은 제3조에 규정되어 있다고 적고 있다 (“The reference to an ‘obligation’ is limited to an obligation under international law, a matter further clarified in article 3”).

47) 국가책임초안 제3조 제2문.

히 하였다. 이에 따라 다수의 ISD 중재판정부들은 국내법의 적용대상이 되는 민사적 행위는 설사 민사법과 같은 국내법상의 위법성이 인정될지언정 국제법상의 위법행위라고는 볼 수 없으므로 국가책임이 발생할 수 없다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이것이 과연 보편타당한 해석인지에 대해서는 의문이 남는다.

우선 ‘국가행위’가 주권행위를 넘어서 광의의 개념으로서 민사나 상사행위를 포함한, 국가의 모든 행위를 포괄한다는 점에 대해서는 상술한 바와 같다. 국가책임초안 제1조 내지 제3조에 따를 때 국제위법행위의 발생여부가 국제법에 따라 판명되어야 한다는 점은 분명하나, 국가책임초안이 결과론적인 국제법위반을 요구하는 것을 넘어 범위반의 수단에 해당하는 ‘행위’까지도 국제법의 직접 규율대상이 되는 국가주권행위일 것을 요구한다고 볼 특별한 근거는 찾아볼 수 없다. 즉, 특정 국가행위가 일단 국제법상의 의무를 위반한 이상 동 행위가 주권적 행위이건 또는 민사적 행위이건 상관없이 국제위법행위는 성립한다고 볼 수 있는 것이다. 이와 관련해 국가책임초안 제12조는 국제의무위반에 대한 구체적인 기준을 제시하면서 “국가의 행위가 국제의무에 의하여 요구되는 바와 합치되지 않는 경우, 그 의무의 연원(origin) 또는 성격(character)과는 관계없이, 그 국가의 국제의무위반이 존재한다”고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 비록 국가책임초안에 대한 주해는 제12조에 규정된 ‘국제의무’가 국제법에 따른 의무임을 분명히 밝히고 있으나, 동시에 국제위법행위는 어떤 종류의 국제의무가 위반되는지와 상관없이 구성될 수 있음도 확인하고 있다.⁴⁹⁾ 조약인 투자보호협정의 위반이 국제법상의 의무위반을 구성하는 것은 분명하다.⁵⁰⁾ 그렇다면 투자유치국의 행위가 투자보호협정을 위반하고 또 동시에 투자유치국에 귀속되는 이상 그 행위가 주권행위인지 아니면 민사행위인지와 상관없이 국가책임을 발생시키는 국제위법행위에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.

4. 소결

생각건대, 투자유치국의 투자보호협정 위반으로 인한 국가책임 발생여부는 사안의 배경, 위반행위의 내용 및 성격, 투자유치국 정부의 역할, 관련 투자보호협정의 내용 등 모든 제반사정을 종합적으로 고려해 판단할 문제이고, 단순히 동 행위가 민사적 행위였는지 아니면 공권력 등의 행사를 통한 주권적 행위였는지에 대한 검토만으로 판단할 수 있는 문제는 아니라고 여겨진다.

48) 국가책임초안 제12조.

49) 국가책임초안 제12조에 대한 주해 제3항.

50) 국가책임초안 제12조에 대한 주해 제3항도 조약에 적시된 조항을 국제의무가 발생하는 대표적인 예시로 사용하고 있다.

그러나 이러한 의문점에도 불구하고 투자보호협정에 저촉되는 투자유치국의 행위가 민사적 행위에 불과한 경우 이는 관련 민사법(국내법)을 통해 해결할 문제일뿐 국제법상의 국가책임을 발생시킬 수는 없다는 것이 ISD 중재판례의 대세적 태도인 것으로 보인다. 특히 여러 ISD 중재판정부들이 우산조항이 존재하는 경우에조차 단순 계약분쟁을 조약분쟁으로 승화시키는 데에 인색한 입장을 취하고 있다는 점을 고려할 때, 우산조항이 존재하지 않거나 달리 적용되지 않는 사안의 경우 투자자의 ISD 청구권은 오로지 투자유치국의 주권적 행위로 인한 투자보호협정 위반이 존재할 경우에만 발생할 수 있다는 것은 확립된 판례(*jurisprudence constante*)에 가까운 것으로 보인다.

III. 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위

1. 국가책임의 발생범위와 관련한 한미 FTA 제11장의 구조적 효과

대부분의 투자보호협정들은 투자보호의무의 구체적인 적용대상, 즉 국가책임의 발생범위에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 한미 FTA 제11장의 경우 제11.1조에서 투자보호의무의 “적용범위(Scope and Coverage)”에 관한 별도의 조항을 두고 있다. 한미 FTA 제11.1조 제1항은 “이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다(This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to...)”고 하여 한미 FTA 제11장의 구체적인 적용대상을 명시하고 있고,⁵¹⁾ 제11조 제3항은 “이 장의 목적상, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치라 함은 다음을 말한다(For purposes of this Chapter, measures adopted or maintained by a Party means measures adopted or maintained by...)”⁵²⁾라고 하여 한미 FTA 제11장의 적용요건을 규정하고 있다. 구체적으로 한미 FTA 제11.1조 제3항은 제1항의 적용대상이 되는 “당사국이 채택하거나 유지하는 조치”를 “중앙·지역 또는 지방 정부와 당국이 채택하거나 유지하는 조치”⁵³⁾ 및 “중앙·지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부 기관이

51) 한미 FTA 제11.1조 제1항의 각 하위조항들은 제11장의 적용대상이 되는 투자자적격 및 투자적격에 대해 일반적으로 규정하고 있다.

52) 한미 FTA 제11.1조 제3항의 영문본을 직역하자면 “이 장의 목적상, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치라 함은 다음에 의해 채택되거나 유지되는 조치를 말한다”가 될 것이다. 그러나 본고에서는 편의상 공식 국문본의 내용을 사용하기로 한다. 한미 FTA 제24.6조도 국문본과 영문본을 동등한 정보이라고 규정하고 있다.

53) 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(a)호 (“...central, regional, or local governments and authorities”). 한미 FTA 제11.1조에 의해 규정된, 정부기관에 의해 채택된 조치의 경우 국가책임조항 제4조에 규정된 국가기관에 의한

채택하거나 유지하는 조치”⁵⁴⁾라고 규정하고 있다. 다시 말해 한미 FTA 제11장의 적용범위를 규정한 제11.1조 제1항은 동 제11장이 상대국의 투자자 및 투자와 관련해 “당사국이 채택하거나 유지하는 조치”에 일반적으로 적용됨을 명시하고 있고, “당사국이 채택하거나 유지하는 조치”가 무엇을 의미하는지에 대해 제3항에서 구체적으로 규정하고 있는 것이다. 즉, 한미 FTA 제11.1조 제3항의 “당사국이 채택하거나 유지하는 조치”에 해당하는 모든 행위는 국가책임에 관한 국제관습법에 부합하는지 여부를 따져볼 필요도 없이 한미 FTA 제11장의 적용대상이 된다. 따라서 한미 FTA 제11.1조에 따른 적용범위에는 ‘국가귀속요건’과 ‘국제 의무위반요건’이 모두 포함되었다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

한미 FTA 제11.1조는 한미 FTA 제11장 고유의 ‘적용범위’를 규정한 특별조항이기 때문에 국가책임에 관한 일반원칙 등을 원용해 제11.1조를 형해화 할 수 없다. 국가책임초안도 ‘특별법(*Lex specialis*)’과 관련된 예외를 규정한 제55조에서 국제위법행위의 성립요건, 그리고 국가책임의 내용이나 이행과 관련한 국제법상의 특별규정(*special rules*)이 존재하는 경우 국가책임초안의 제반 규정들은 배제된다는 점을 명확히 하고 있다.⁵⁶⁾ *Al Tamimi v. Oman* 사건의 중재판정부도 계약 당사국들은 투자보호협정의 명시적 규정을 통해 국가책임에 관한 조건들을 변경할 수 있음을 확인한바 있다.⁵⁷⁾

행위귀속요건과 큰 차이가 없어 보인다.

54) 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(b)호 (“non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional, or local government authorities”).

55) 한미 FTA는 제11.16조에서 한미 FTA 제11장을 근거로 제기되는 ISD 중재의 적용범위에 투자계약(investment agreement) 위반으로 인해 발생한 손해를 명시적으로 포함하고 있다. 한미 FTA 제11.16조는 매우 제한적인 범위의 ‘투자계약’만을 제소대상범위에 포함하고 있으며(‘투자계약’의 의미에 대해서는 한미 FTA 제11.28조에서 상세하게 정의하고 있음) 오로지 중앙정부와 체결된 계약위반에 대해서만 ISD 제소를 허용하고 있어 전통적 의미에서의 ‘우산조항’에 비해 보호의 포괄성이 떨어진다. 그러나 민사행위에 해당하는 투자계약 위반이 ISD 제소대상이 될 수 있는 이상 애초에 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위가 오직 공공조치만으로 한정되어 있다고는 볼 수 없다. 다만 논지의 일관성을 유지하기 위해 본고에서는 우산조항이나 한미 FTA 제11.16조와 같이 특별조항을 통해 허용되는 예외적이거나 특정적인 쟁점에 대해서는 논의하지 않기로 한다.

56) 국가책임초안 제55조.

57) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, para. 321 (“The Tribunal accepts the Respondent’s submission that contracting parties to a treaty may, by specific provision (*lex specialis*), limit the circumstances under which the acts of an entity will be attributed to the State. To the extent that the parties have elected to do so, any broader principles of State Responsibility under customary international law or as represented in the ILC Articles cannot be directly relevant”). 참고로, *Al Tamimi v. Oman* 사건의 경우 미국-오만 FTA에 규정된 ‘적용범위’로 인해 오만의 국가책임발생범위가 국제관습법상의 국가책임발생범위보다 제한되었다고 볼 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다. 미국-오만 FTA 제 10.1.2조는 일반인은 물론 공기업의 경우에도 규제권한, 행정권한, 또는 정부권한을 행사하는 경우에만 FTA에 따른 투자보호의무가 적용된다고 규정하고 있다. See Article 10.1.2 of the US-Oman Free Trade

2. 사례연구 - 엘리엇 사건

그렇다면 한미 FTA 제11.1조에 따른 한미 FTA 제11장의 적용범위가 투자유치국의 국가책임 발생범위를 국제관습법에 비해 확장시킨 것으로 볼 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 이를 위한 가장 적절한 사례는 서두에서 소개한 엘리엇 사건일 것이다. 만일 엘리엇이 대한민국을 상대로 ISD 중재를 제기하고자 한다면, 엘리엇은 국민연금공단이 제일모직 및 삼성물산의 주주로서 양사 간 합병에 찬성한 행위가 한미 FTA 제11.3조에 따른 ‘내국민대우(national treatment)’ 및 한미 FTA 제11.5조에 규정된 ‘최소기준대우(minimum standard of treatment)’ 의무를 위반하였다고 주장할 가능성이 있다.⁵⁸⁾ 여기서는 본고의 주된 논지와 관계가 없는 본안(merit)에서의 결과예측을 접어

Agreement (“A Party’s obligations under this Section shall apply to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party”).

- 58) 한미 FTA 제11.5조 제1항은 “각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대상투자자에 부여한다(Each Party shall accord to covered investments treatments in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security)”고 규정하고 있다. 그러나 한미 FTA 제11.5조 제2항 및 부속서 11-가에서 확인하고 있는 바와 같이 한미 FTA 제11.5조 제1항의 ‘공정하고 공평한 대우’란 국제관습법상의 ‘최소기준대우’를 의미할 뿐, ISD 중재판례를 통해 독자적으로 발전해온 ‘공정·공평대우의무’와는 구분되어야 한다. 요컨대 한미 FTA 제11.5조 제1항은 국제관습법상 기 존재하는 의무인 ‘최소기준대우’ 의무를 투자보호협정에 규정함으로써 투자자의 국적국 뿐 아니라 사인(私人)인 투자자가 투자유치국의 최소기준대우 위반을 직접 제소하기 위한 근거를 마련하는 것을 기능으로 하며, 국제관습법상 이미 존재하는 것 이상의 의무를 부과하는 것으로 해석될 수 없는 것이다. 최소기준대우에 관한 대표적인 판례인 1926년 *Neer v. Mexico* 사건의 판정부에 따르면 최소기준대우가 위반되기 위해서는 “외국인에 대한 [국가의] 대우가 분노를 살만 하고, 악의로 인한 것이고, 의무의 의도적 해태에 해당하며, 국제기준에 너무도 미달하여 모든 합리적이고 중립적인 사람들이 그 미달함을 쉽사리 인정할 수 있는 수준”에 이르러야 한다. *LFH Neer and Pauline Neer v. United Mexican States*, 4 Reports of International Arbitral Awards (15 October 1926) at 61-62 (“the treatment of an alien ... should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”). 투자보호협정에 편입된 최소기준대우의 위반에 대해서는 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement)의 투자챕터를 근거로 제기된 다수의 ISD 중재사건에서 다루어진바 있다. 동 사건들의 판정부들은 *Neer v. Mexico* 사건의 기준이 현대까지 여전히 적용되는지에 대해서는 통일성 있는 합의에 이르지 못하였으나 일반적으로 1926년 이후 ‘최소기준대우’에 관한 국제관습법에 진보가 이루어졌을 가능성을 인정하였고, 다만 특정하게 진보된 ‘최소기준’의 적용을 주장하기 위해서는 동 기준이 국제관습법의 지위를 기 획득하였다는 점이 입증되어야만 하며, 이에 대한 입증책임은 신청인이 부담한다는 취지로 판단해왔다. *Waste Management Inc. v. United Mexican States [III]*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, paras. 93, 98; *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, para. 272; *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, paras. 180-181; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award, para 194; *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Final Award, para 614; *SD Myers, Inc v. Canada* (NAFTA / UNCITRAL), First Partial Award, para. 263 등 참조. 한편 한미 FTA 제11.5조 및 부속서

두고,⁵⁹⁾ 또 국민연금공단이 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(a)호의 “당국(authorities)”에 해당하는지에 대한 의문도 보류한 채,⁶⁰⁾ 오직 국민연금공단이 제일모직 및 삼성물산의 주주로서 두 회사의 주주총회에서 합병에 관한 의결권을 행사한 행위가 한미 FTA 제11.1조 제3항에 따라 한미 FTA 제11장의 적용대상이 될 수 있는지(즉, 의결권 행사행위에 대해 ISD 중재가 제기될 수 있는지) 여부만을 살펴보기로 한다.

국민연금공단이 정부나 당국에 해당하지 않는다고 가정하면, 국민연금공단의 행위는 오로지 한미 FTA 제11.1조 제3항에 따라 ‘정부 또는 당국으로부터 위임 받은 권한을 행사하여 채택하거나 유지하는 조치’에 해당할 경우에만 한미 FTA 제11장의 적용대상이 된다. 국민연금공단이 제일모직과 삼성물산의 합병에 찬성한 것은 두 회사의 주주 자격으로 취한 행위로써 일견 ‘정부 또는 당국으로부터 위임 받은 권한 행사’에는 해당하지 않는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 국민연금법 제102조(기금의 관리 및 운용) 제1항은 “기금은 보건복지부장관이 관리·운용한다”고 규정하고 있고, 국민연금공단의 국민연금기금 관리·운용에 관한 권한은 국민연금법 제102조 제6항에 따라 보건복지부장관으로부터 위탁받은 것이다. 그렇다면 국민연금공단이 국민연금기금의 관리·운용의 일환으로 취득한 제일모직 및 삼성물산 주식을 근거로 두 회사의 주주총회에서 행사한 합병찬성의결권은 본질상 국민연금기금의 관리·운용의 연장선상에 있는 것으로 볼 수 있고, 따라서 국민연금기금의 합병찬성의결은 ‘정부로부터 위임 받은 권한을 행사하여 채택한 조치’에 해당한다

11-가와 매우 유사한 내용을 규정한 미국-오만 FTA에 따른 ‘최소대우기준’ 요건을 심사한 최근 판례인 *Al Tamimi v. Oman* 사건의 중재판정부는 “최소기준대우 ... 의 위반을 구성하기 위해서는 신청인은 반드시 오만이 국제관습법에 따라 모든 국가들에게 기대되는 공정함, 일관성, 공평함, 적법절차, 또는 자연사법(natural justice)에 관한 기본 원칙을 중대히, 또는 노골적으로 무시하였음을 입증해야 한다”고 판단하였다. *Supra* note 57 at para. 390 (“In the Tribunal’s view, therefore, to establish a breach of the minimum standard of treatment ... the Claimant must show that Oman has acted with a gross or flagrant disregard for the basic principle of fairness, consistency, even-handedness, due process, or natural justice expected by and of all States under customary international law”). 결론적으로 ‘최소기준대우’는 ISD 중재판정부의 판례를 통해 형성된 이론이 아닌, 국제관습법에 따라 기 존재하는 의무이고, ‘최소기준(minimum standard)’이라는 단어에서도 알 수 있듯이 그야말로 최소한의 기준을 의미하는바, ISD 중재판정부의 판례를 통해 인정되어 온 소위 공정·공평대우에 관한 ‘독자적인 조약기준(autonomous treaty standard)’보다는 훨씬 낮은 수준의 보호 의무만을 발생시킨다고 이해할 수 있다.

59) 제일모직과 삼성물산의 합병찬성의결은 국민연금공단이 주식회사의 주주로서 취한 행동인바, 보유주식의 행사와 처분과 관련해 자신의 재량을 행사하였다는 이유만으로 대한민국이 한미 FTA 제11장에 따라 엘리엇의 투자에 대해 부담하는 보호 의무가 위반되었다는 결론이 도출되기는 쉽지 않다. 왜냐하면 국민연금공단이 사인인 주주의 지위에서 행사한 의결권은 본질상 반드시 공공의 이익에 부합할 필요도 없고, 순전히 자신의 상업적 판단에 따라 행사될 수 있기 때문이다. 예컨대 국민연금공단이 일체의 상업적 고려조차 배제한 채 오로지 엘리엇을 비합리적으로 차별하기 위해 의결권을 행사하였다는 등의 예외적인 사정이 존재하지 않는 한 대한민국이 본안에서 패소할 가능성은 높지 않을 것으로 보인다.

60) 한미 FTA는 ‘당국(authority)’의 의미 내지 범위에 대한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다.

는 주장도 가능할 것이다.

문제는 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(b)호가 한미 FTA 제11장의 적용대상이 되는 조치를 “정부 또는 당국으로부터 위임 받은 ‘권한’을 행사(exercise of powers delegated by ... government or authorities)”하여 채택한 조치라고 일반적으로 규정하고 있다는 점이다. 반면 비국가기관에 의한 행위의 국가귀속에 대해 규정한 국가책임초안 제5조는 비국가기관이 “국내법에 의해 부여받은 ‘정부권한’(empowered by the law of that State to exercise elements of the government authority)”을 행사하여 채택한 행위만이 국가에 귀속될 수 있다고 규정하고 있다. 양자 간의 이러한 차이는 TPP 회원국들의 투자보호의무를 규정한 TPP 제9장과 비교할 때 보다 분명히 알 수 있다. TPP 제9장은 한미 FTA 제11장과 마찬가지로 적용범위에 대한 특별조항을 두고 있는데, 한미 FTA 제11.1조 제3항과 비견될 수 있는 TPP 제9.2조 제2항 제(b)호는 비정부기관에 의한 행위의 국가귀속을 규정하면서 국가책임초안 제5조와 마찬가지로 비정부기관이 투자유치국의 정부 또는 당국으로부터 위임 받은 ‘정부권한(governmental authority)’을 행사하여 채택하거나 유지한 조치에 대해서만 TPP 제9장이 적용된다고 명시하고 있다.⁶¹⁾

정부로부터 위임받은 ‘권한의 행사’가 한미 FTA 제11장의 적용대상이 될 수 있다고 일반적으로 규정한 한미 FTA 제11.1조 제3항은 오로지 ‘정부권한의 행사’만이 국가에 귀속될 수 있다고 규정한 국가책임초안 제5조나 TPP 제9.2조 제2항에 비해 국가책임의 발생범위를 확장한 것으로 볼 수 있다. 만약에 한미 FTA 제11.1조 제3항이 국가책임초안 제5조나 TPP 제9.2조 제2항과 마찬가지로 ‘정부권한의 행사’를 통한 행위만이 한미 FTA 제11장의 적용대상이 될 수 있다고 규정하고 있었다면 주식회사의 주주로서 주식의결권을 행사하는 행위는 순수한 민사행위로서 ‘정부권한의 행사’에 해당하지 않는다는 주장이 가능했을 것이다.

3. 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위 제한을 위한 제언

국가책임초안이나 TPP와 비교할 때 문언적 차이가 존재하는 것은 사실이나 한미 FTA 제11장

61) TPP 제9.2조 제2항 제(b)호 (“A Party’s obligations under this Chapter shall apply to measures adopted or maintained by ... (b) any person, including a state enterprise or any other body, when it exercises any governmental authority delegated to it by central, regional or local governments or authorities of that Party”). 또한 TPP 제9장의 각주 13은 비정부기관에 대한 정부권한의 위임방법과 관련하여서도 위임은 입법 행위, 정부명령, 또는 정부권한의 행사를 승인하거나 이양하는 기타 행위를 통해 이루어진다고 상세하게 규정하고 있다(“For greater certainty, governmental authority is delegated under the Party’s law, including through a legislative grant or a government order, directive or other action transferring or authorizing the exercise of governmental authority”).

을 통한 ISD 중재가 단 1건도 제기된 사례가 없는 현재 한미 FTA 제11장으로 인해 대한민국(투자유치국)의 국가책임범위가 확장될 것이라고 단정할 필요는 없다. 언젠가 한미 FTA를 근거로 ISD 중재가 제기될 경우, 대한민국은 한미 FTA 제11.1조 제3항에 따라 투자유치국이 부담할 수 있는 국가책임범위는 국가책임초안 등에 반영된 전통적인 기준과 차이가 없다는 점을 적극적으로 주장하여야 할 것이다. 여느 국제공법분쟁과 마찬가지로 ISD 중재사건에도 선례구속의 원칙(*stare decisis*)은 적용되지 않지만 기존 판례를 존중하고 가급적 기존 판례에서 제시된 법리와 상충하는 것을 피하는 판례와 실무는 정립되어 있다. 따라서 최초의 사건부터 한미 FTA 제11장하에서 투자유치국이 부담하는 국가책임범위에 대한 보수적인 해석을 이끌어내는데 성공할 경우 일부 문언적인 모호함은 치유될 수 있을 것이다.

(1) '권한'의 의미

한미 FTA 제11장의 적용범위를 제한하기 위한 가장 바람직한 방법은 제11.1조 제3항에 규정된 '권한(power)'이란 국가책임초안 제5조와 마찬가지로 '정부권한'을 의미하는 것이라는 점을 입증하는 것이다.

한미 FTA는 대한민국과 미국 간에 체결된 양자조약으로서 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)(이하 "조약법협약")에 따라 해석되어야 하고,⁶²⁾ 조약법협약 제31조 제1항은 조약해석에 관한 일반원칙을 규정하면서 "조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실히 해석되어야 한다"⁶³⁾고 규정하고 있다. ISD 중재사건이나 WTO 분쟁과 같은 국제공법분쟁에서는 조약문의 '통상적 의미(ordinary meaning)'를 파악하기 위해 Cambridge Dictionary나 Oxford Dictionary와 같은 권위 있는 (영영)사전들을 인용하는 관행이 일반적으로 확립되어 있다.⁶⁴⁾ Cambridge Dictionary에서

62) 대한민국은 1969년 11월 27일 조약법협약에 서명하였고, 1980년 1월 22일에 동 조약의 관보 게재를 경료한 뒤 1980년 1월 27일 발효하였다. 미국은 조약법협약의 체결국이 아니지만 협약 제31조를 포함해 조약법협약에 규정된 다수의 조항들을 성문화된 국제관습법으로 인정하고 있다. 미국 연방국무부(U.S. Department of State) 홈페이지에 게시된 조약법협약에 관한 미국 연방정부 공식입장 참조 (<http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>)(최종 방문일 2016년 2월 3일).

63) 조약법협약 제31조 제1항.

64) ISD 중재사건 중에는 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award; *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award; *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award 사건을 참조. WTO 사건 중에는 Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R;

는 '권한(power)'의 의미를 (i) '사람이나 사건을 통제하는 능력 또는 권리', (ii) '무언가를 행하기 위한 자연적 기술 또는 능력' 등으로 정의하고 있고,⁶⁵⁾ Oxford Dictionary에서는 '권한'의 의미를 (iii) '무언가를 할 수 있는 능력', (iv) '타인의 행동 또는 사건의 진행방향을 지시하거나 영향을 미칠 수 있는 능력', 그리고 (v) '특히 정부에 의해 행사된 정치적 또는 사회적 권한 또는 통제력'⁶⁶⁾ 이라고 정의하고 있다. 즉, 권한이란 일반적으로 '무언가를 행할 능력'을 의미하는 것으로 보이며, 다만 '정부의 권한'이란 의미도 부수되는 것으로 보인다. '권한'의 주된 사전적 의미들을 살펴볼 때 '정부권한'이야말로 곧 '권한'의 통상적 의미라는 주장이 성립하기는 어려워 보인다.

그러나 조약법협약 제31조 제1항은 조약문은 그 통상적 의미 이외에도 조약문의 문맥(context) 및 그 대상(object)과 목적(purpose)을 고려하여 성실히(in good faith) 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁷⁾ 또한 조약법협약 제31조 제3항에 따르면 조약문의 문맥과 함께 당사국들 간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 모든 관계규칙이 '참작(take into account)'되어야 한다.⁶⁸⁾ 우선 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(b)호의 문맥상 '권한'의 위임주체는 정부 또는 당국인바, 여기서 위임대상이 되는 '권한'은 당연히 위임주체인 정부 등이 갖는 '고유의 권한'을 의미한다고도 해석할 수 있다. 또한 비국가기관의 행위로 인한 국가책임의 발생과 관련하여서는 국가책임초안으로 대표되는 국제법의 관계규칙이 기 존재하고, 오랜 세월 동 규칙을 해석·적용해온 ISD 중재판정부들은 민사적 행위를 통해서는 투자보호협정에 따른 국가책임이 발생할 수 없다는 입장을 고수해왔다. 또한 '권한'의 사전적 정의는 '정부권한'을 배제하지 않을 뿐 아니라 오히려 '권한'이 '정부권한'을 의미할 수도 있음을 묵시하고 있다. 이러한 사정을 종합적으로 고려할 때, 한미 FTA의 체약 당사국인 대한민국과 미국이 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(b)호를 통해 국가책임초안에 반영된 국가책임에 관한 국제법상의 규칙을 배제하고자 의도하였다는 점이 조약문의 문언이나 다른 증거를 통해 입증되거나, 달리 양자 간의 병행적 적용이 불가능한 경우가 아니라면 한미 FTA 제11.1조 제3

Appellate Body Report, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R 사건 등을 참조.

65) Cambridge Dictionaries Online s.v. power ("(1) the ability or right to control people and events, or to influence the way people act or think in important ways; () a natural skill or ability to do something") <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/power> (최종방문일 2016. 2. 4.).

66) Online Oxford Dictionaries s.v. power ("(1) The ability or capacity to do something or act in a particular way; (2) The capacity or ability to direct or influence the behavior of others or the course of event; (2.1) Political or social authority or control, especially that exercised by a government") <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/power> (최종방문일 2016. 2. 4.).

67) 이러한 해석방법에 대해서는 See generally, H. Jung and J. Suh, "Preventing Systematic Circumvention of the SCM Agreement: Beyond the Mandatory/Discretionary Distinction", *World Trade Review*, Available on CJO 2016 doi: 10.1017/S1474745615000774, pp. 1-19, 15.

68) 조약법협약 제31조 제3항 제(c)호.

항 제(b)호와 국가책임초안에 반영된 국제관습법은 마땅히 상호 양립할 수 있는 방향으로 해석되어야 한다는 주장이 가능하다. 이러한 관점에서 한미 FTA 제11.1조 제3항 제(b)호의 '권한'은 바로 '정부권한'을 의미한다고도 주장할 수 있을 것이다.

(2) '조치'의 의미

한미 FTA 제11장의 적용범위를 제한하기 위한 다른 방법은 한미 FTA 제11장의 적용범위의 근간이 되는 "당사국이 채택하거나 유지하는 조치"의 범위를 제한하는 것이다. 한미 FTA 제1.4조는 한미 FTA의 목적상 '조치(measure)'란 "모든 법·규정·절차·요건 또는 관행(measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice)"을 포함하는 행위라고 정의하고 있다. '법'이나 '규정'을 통한 국가행위는 태생적으로 공권력의 성격을 갖게 될 것이다. '절차'를 통한 국가행위에는 민사적 요소가 개입될 가능성을 완전히 배제할 수 없으나 정부조달(government procurement) 등과 관련된 입찰절차 등을 제외하면 기본적으로 행정절차 또는 사법절차와 같이 순수한 공공절차가 주류를 이룰 것으로 사료된다. 정부조달의 경우 특유의 요건과 관행이 존재하는 영역일 뿐 아니라 다양한 변형이 존재할 수 있는바,⁶⁹⁾ 논지의 일관성을 위해 본고에서는 깊이 다루지 않기로 한다. 결국 '조치'의 범위가 어디까지 확장될 수 있는지는 그 마지막 요소이자 가장 포괄적인 요소인 '관행(practice)'의 의미에 따라 주로 결정될 것으로 보인다.

Cambridge Dictionary는 '관행(practice)'의 의미를 (i) '생각이나 구상이 아닌 행동', (ii) '흔히 습관, 관습, 전통으로서 보통 또는 일반적으로 이루어지는 것'이라고 정의하고 있고,⁷⁰⁾ Oxford Dictionary는 (iii) '생각, 믿음, 또는 방법의 실제 적용 또는 사용으로써 그러한 적용 및 사용에 관한 이론과 반대되는 것', 그리고 (iv) '무언가에 대한 관습, 습관 또는 예상된 절차'라고 정의하고 있다.⁷¹⁾ 즉, '관행'의 첫 번째 사전적 정의는 '행위' 그 자체를 의미한다고 볼 수 있고, 두 번째 사전적 정의는 '관례적 행위'를 의미한다. 관행의 의미가 첫 번째 사전적 정의와 같이 '행위 그 자

69) 정부조달과 관련된 절차는 국제통상법이나 국제투자법 체계에서도 특수한 지위를 인정받는 것이 보통이다. 예컨대 한미 FTA 제11장에서도 내국민대우(제11.3조) 및 최혜국대우(제11.4조)에 관한 투자보호의무 일체, 그리고 이행요건(제11.8조)에 관한 요건 중 일부로부터 정부조달을 제외하고 있다. 한미 FTA 제11.8조 제3항 및 제11.12조 제5항 참조.

70) Cambridge Dictionaries Online s.v. practice ("(1) action rather than thought or ideas; (2) something that is usually or regularly done, often as habit, tradition, or custom"). <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/practice> (최종방문일 2016. 2. 4.).

71) Online Oxford Dictionaries s.v. practice ("(1) the actual application or use of an idea, belief, or method as opposed to theories about such application or use; (2) the customary, habitual, or expected procedure or something"). http://www.oxforddictionaries.com/definition/american_english/practice (최종방문일 2016. 2. 4.).

체'라고 본다면 말 그대로 모든 국가행위가 '조치'에 해당하게 될 것이다. 따라서 관행의 범위에 민사적 행위가 아니라 오로지 공권력 행사와 같은 주권적 행위만이 포함될 수 있다고 주장하기 위해서는 한미 FTA 제1.4조의 목적상 관행의 의미에는 그 첫 번째 사전적 정의가 아닌 두 번째 사전적 정의가 적용되어야 한다고 주장할 수 있어야 한다. 여기서 관행의 주체는 원칙적으로 정부 또는 당국일 것이므로 관행의 의미가 두 번째 사전적 정의인 '관례적으로 이루어지는 행위'일 경우 '관행'의 진정한 의미는 국가기관에 의해 관례적으로 이루어지는 행위, 즉 정부권한의 행사를 통한 주권적 행위를 의미한다고도 볼 수 있기 때문이다.

'관행'에 관한 두 번째 사전적 정의가 적용되어야 한다는 주장을 위해서는 조약법협약 제31조의 조약해석원칙에 따라 통상조약으로서의 한미 FTA의 전반적인 대상과 목적, 제1.4조에 규정된 '조치(measure)'라는 용어가 포함된 한미 FTA의 제반 조항들의 개별 문맥 등을 고려하여 '조치'를 형성하는 '관행'이란 국가의 주권적 행위를 의미한다는 논리를 개발하여야 할 것이다. 또한 한미 FTA 제1.4조가 행위(action)나 행동(conduct)과 같이 일반적으로 사용되는 단어 대신 일반명사로 사용하기에는 모호한 의미를 함축한 '관행'이란 용어를 사용하고 있다는 점에 주목하여⁷²⁾ 한미 FTA의 적용대상이 되는 '조치'를 구성하는 요소로서의 '관행'이란 다른 아닌 국가관행(state practice), 즉 법적확신(*opinio juris*)이 수반될 경우 국제관습법으로 발전할 수 있는 국가의 주권적 행위를 의미한다는 주장도 고려해볼만 하다. 또한 일반적으로 통상분쟁의 대상이 되는 '조치'가 국가의 공적행위에 해당한다는 점과, 한미 FTA의 다른 장들에서 사용되고 있는 '조치'가 대부분 공적행위를 의미한다는 점도 '관행'의 두 번째 사전적 정의가 적용되어야 한다는 주장을 뒷받침하기 위해 고려할 수 있을 것이다.

(3) 조약제한해석원칙의 적용

위와 같은 일련의 논리들은 '권한' 또는 '관행'의 '통상적 의미'에 추가적인 의미를 부여하거나 지엽적인 의미를 특별히 부각하기 위한 것이므로 결국은 합목적적 해석에 불과하다는 반박에 직면할 수 있다. 따라서 한미 FTA 제11.1조를 투자유치국에게 유리한 방향으로 해석하기 위해서는

72) 예를 들어 한미 FTA의 부속서 2-가(Annex 2-A)는 '대한민국의 조치(Measures of Korea)' 중 제2.2조 제1항 및 제2항, 그리고 제2.8조의 적용제외대상으로 "WTO의 분쟁해결기구에 의해 승인된 모든 행위(any action authorized by the Dispute Settlement of the WTO)"와 "대한민국이 WTO 협정에 통합된 절차에 따라 시장 교란을 다루기 위하여 적용하는 조치(any measure that Korea applies to address market disruption pursuant to procedures that have been incorporated into WTO Agreement)"를 규정함으로써 '행위(action)'와 '조치(measure)'를 구분, '조치'가 '행위'보다 협소한 개념임을 명시하고 있다. 다만 부속서 2-가의 국문본에서는 양자 모두에 대해 '조치'라는 단어를 사용하고 있다.

해석의 관점을 근본적으로 변경할 필요가 있다.

조약법협약 제31조는 조약해석과 관련해 가장 핵심적인 원칙들을 제공하고 있지만 조약해석과 관련하여 국제적으로 인정되고 있는 모든 원칙을 포함한 것은 아니다. 특히 한미 FTA 제11.1조의 해석과 관련하여서는 ‘조약상 부과되는 의무의 의미가 불명확한 경우 모호한 의무는 국가주권에 대한 존중차원에서 제한적으로 해석되어야 한다’는 조약해석의 원칙(*in dubio mitius*, 이하 “**조약 제한해석원칙**”)을 원용하는 방안을 고려할 수 있다.⁷³⁾ 조약제한해석원칙은 조약법협약에 따른 조약해석원칙의 일부를 구성하지는 않지만⁷⁴⁾ EC - *Hormones* 사건에서 세계무역기구(“WTO”)의 상소기구(Appellate Body)가 동 원칙이 ‘국제법상 널리 인정되는 해석원칙(an interpretative principle ... widely recognized in international law)’이라고 확인한 이래⁷⁵⁾ 다수의 국제판정부에 의해 활용되고 있다. EC - *Hormones* 사건의 WTO 상소기구는 조약제한해석원칙에 따르면 주권국이 조약문의 ‘표면적 의미’보다 더욱 부담이 되는 의무를 스스로에게 부과하고자 의도하였을 것이라고 함부로 확대해석하여서는 아니 된다고 판시하였다.⁷⁶⁾ ISD 중재사건에서도 SGS v. *Pakistan* 사건의 중재판정부가 조약제한해석원칙에 의거할 때 투자보호협정의 의미를 조약문의 명문보다 특별히 확대해석 하여서는 안 된다는 취지로 판시한바 있다.⁷⁷⁾

앞서 살펴본 바와 같이 한미 FTA의 목적 및 대상, 그리고 문맥에 따를 때 한미 FTA의 체약 당사국들이 국가책임발생범위를 국가책임초안에 규정된 것보다 확장하고자 의도하였다거나 ‘권한’ 또는 ‘관행’의 ‘통상적 의미’가 국가책임초안에 반영된 국제관습법의 기본원칙을 배제한다고 단정할 수는 없다. 그렇다면 조약제한해석원칙에 따를 때 한미 FTA 제11.1조 제3항이 당사국들의 국

73) 조약제한해석원칙은 원래 ‘의심이 있을 경우 용의자에게 유리하게 해석’할 의무를 규정한 형사법 원칙(*in dubio pro reo*)에 기원을 두고 있다. 조약제한해석원칙은 미국의 법학자 Francis Wharton이 국제형사법에 동 원칙을 적용함으로써 국제법의 영역에서 사용되기 시작한 이래 조약해석의 원칙으로까지 발전하였다. See generally, J. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial* (Yale University Press, 2008), p. 122; F. Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 1975), p. 113.

74) 이와 관련해 조약제한해석원칙의 무차별적 적용에 대한 비판적 시각에 대해서는 see generally, C. Larouer, “In the Name of Sovereignty? The Battle over *In Dubio Mitius* Inside and Outside the Courts” *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper 22 (2009), pp. 1-49.

75) Appellate Body Report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 165, footnote 154.

76) *Ibid.*

77) *SGS v. Pakistan*, *supra* note 33, para. 171 (“We believe, for the foregoing consideration, that Article 11 of the BIT would have to be considerably more specifically worded before it can reasonably be read in the extraordinarily expansive manner submitted by the Claimant. The appropriate interpretive approach is the prudential one summed up in the literature as *in dubio par mitior est sequenda*, or more tersely, *in dubio mitius*”).

가책임 발생범위를 확장하는 방향으로 해석되어서는 안 된다는 주장이 가능할 것이다.

IV. 맺음말

ISD 중재사건은 국제공법에 의해 준거되는 분쟁해결절차로서 투자보호협정 외에도 국가책임에 관한 국제관습법을 포함한 다양한 국제법 규칙의 적용을 받는다. 국가책임의 발생을 위한 전제조건이 되는 국제위법행위의 구성과 관련해 대다수 ISD 중재판정부들은 국가책임초안 제1조 내지 제12조를 엄격하게 해석·적용해 왔다. 투자유치국에 귀속되는 행위로 인해 투자보호협정이 위반될 경우 행위의 성격과 상관없이 조약위반에 따른 국제위법행위가 발생한 것으로 보는 것이 타당하다고 여겨지나, 공권력 행사와 같은 주권적 행위가 아닌 민사적 행위를 통해서도 국제의무 위반이 발생할 수 없다는 것이 ISD 중재판정부들의 대세적 입장인 것으로 보인다.

한편 한미 FTA 제11장에는 고유의 적용범위를 규정하는 별도의 조항이 포함되어 있는데, 이 조항으로 인해 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위가 국가책임초안에 비해 확장된 것으로 해석될 소지가 있다. 즉, 한미 FTA 제11.1조 제3항에 따르면 본질상 민사행위에 해당하는 정부 조치에 대해서도 ISD 중재를 제기하는 것이 가능할 수 있는 것이다. 물론 대한민국의 투자자가 미국에 진출하는 경우도 있을 수 있으므로 한미 FTA 제11장의 적용범위가 반드시 대한민국에게 불리하게 작용하리라고 단정할 필요는 없다. 그러나 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위를 제한적으로 해석하는 것이 바람직하다고 판단될 경우 다양한 논리개발을 통해 유리한 선택이 형성되도록 노력할 필요가 있을 것이다.

◀ 국문초록 ▶

ISD 중재사건은 국제공법에 의해 준거되는 분쟁해결절차인바, 투자자가 투자유치국에 대해 갖는 청구권의 유무는 투자보호협정 외에도 국가책임에 관한 국제관습법 등 제반 국제법 규칙에 의해 결정되게 된다. 투자유치국에 귀속되는 행위를 통해 투자보호협정이 위반될 경우 그것만으로도 국제위법행위에 따른 국가책임이 발생한 것으로 간주하는 것이 타당하다고 여겨지나, 대다수 ISD 중재판정부들은 공권력 행사와 같은 주권적 행위가 아닌 민사적 행위를 통해서는 국제법상의 국가책임이 발생할 수 없다고 판단해왔다. 그런데 대한민국과 미국 간에 상호 투자자 및 투자에 대해 적용하여야 할 보호 의무를 규정한 한미 FTA 제11장은 민사적 행위를 통해서도 국가책임이 발생할 수 있는 구조를 채택하고 있다. 한미 FTA 제11장의 적용범위가 반드시 대한민국에게 불리하게 작용하리라고 단정할 수는 없으나, 한미 FTA 제11장에 따른 국가책임 발생범위를 제한적으로 해석하는 것이 바람직하다고 판단될 경우 다양한 논리개발을 통해 유리한 선례가 형성되도록 노력할 필요가 있을 것이다.

◀ 주 제 어 ▶

투자자-국가 분쟁, 투자자-국가 소송, ISD, ISDS, 한미 FTA, 국가책임, 국가귀속, 국제의무위반, 국제위법행위, 엘리엇

◀ ABSTRACT ▶

Expansibility of State Responsibility in Investor-State Dispute Settlement: Pre-visiting the “Elliot Case”

JUNG Haneul

Investor-State Dispute Settlement (“ISDS”) is a form of international arbitration governed by the public international law. An ISDS is governed not only by the applicable investment treaty, but also by various rules of general international law such as rules on state responsibility. It appears that a host state should be held responsible for its violation of an investment treaty as long as such action is attributable to the host state, but most tribunals have held that only sovereign acts, as opposed to commercial acts, can constitute breach of international obligations. Meanwhile, Chapter 11 of the Korea-US Free Trade Agreement has a provision specifically devoted to define the scope of its own applicability. Under that provision, a host state would have to assume a relatively expansive scope of state responsibility which may even cover commercial acts. While this paper does not necessarily suggest that the scope of state responsibility under Chapter 11 of the Korea-US Free Trade Agreement would be detrimental to Korea, it may be desirable to devise a set of argument to limit the scope of Chapter 11’s applicability.

◀ Key words ▶

investment arbitration, investor-state dispute, ISD, ISDS, Korea-US FTA, Free Trade Agreement, State Responsibility, Attribution, breach of international obligation, International Wrongful Conduct, Elliot