

양자투자협정의 활성화와 다자간 투자협정의 필요성

조 희 문*

1. 최근 양자조약의 활성화

90년대 이후 국제화와 세계화의 조류를 타고 상품, 자본, 인력, 투자의 자유화가 급격히 신장되고 각국에 민주주의, 자본주의, 경쟁원칙, 인권보호가 늘어나면서 투자자본의 국제적 이동이 활발해지고 있다. 국제투자자본은 비교적 자유롭게 투자조건이 유리한 곳으로 흘러 다닐 수 있게 되었고 각국은 경제발전을 위해 이들 투자자본을 유치하기 위한 치열한 경쟁을 하고 있다. 그래서 국내적으로는 외국인투자제도를 개선하고 각종 투자인센티브를 제시하고 있으며, 국외적으로는 투자협정이나 이중과 세면제협정 등 양자협정의 체결을 통해 관련국가간에 투자환경을 개선하고 있다.

국제사회에서 외국인투자가 지금처럼 대우를 받은 적은 없었다. 그리고 국가 간에 지금처럼 외국인투자유치를 위해 치열한 경쟁을 벌인 적도 없었다. 양자투자협정의 양산은 이러한 국가 간 경쟁의 결과이기도 하다. 양자투자협정이 체결되는 또 다른 이유는 이에 상응하는 다자간 투자협정이 없다는 사실과 비록 다자간 협정이 체결된다고 하더라도 양

* 상프란시스코 대학교 법대 교수 (상파울로), 변호사 (상파울로), 상사중재인 (대한 상사중재원), 법학박사 (상파울로 대학교).

국 간의 특수한 투자이해관계를 모두 포괄할 수는 없다는 현실적인 이유가 내재되어 있다.

실제로 지역경제통합이 활발하게 추진되면서 EU, MERCOSUR, NAFTA등에서는 다양한 지역투자규범을 수립했고 OECD내에서 다자간 투자협정 (MAI)에 관한 논의가 구체적으로 진행되기도 했다. 그럼에도 불구하고 각국은 양자투자협정에 대한 미련을 털어 내지 못하고 있다. 우리가 WTO의 경험에서 보듯이 국가들은 다자간 협정에 한계가 있다고 보고 있다. 즉, 다자간 협정은 무임승차를 용인해줄 뿐더러 각국의 특수한 이해관계를 해결해 줄 수 없다는 점이다. 물론, 국가들은 양자협정의 폭발적인 증가가 결국은 무역자유화의 결과이고 양자협정의 지속적인 체결이 결국은 투자에 관한 국제규범 및 국제사회에서 투자법률문화를 형성하는데 도움이 될 것이라는 생각을 할 수 있다. 이러한 생각은 확실히 근거 있는 주장이다. 다자 협정이 모든 필요성을 만족시킬 수는 없기 때문이다. 일반법이 있으면 특별법도 필요한 것이며, 큰 회사가 있으면 작은 회사도 필요하기 때문이다.

그런데 이러한 양자투자협정이 국제사회가 추구하는 법률사회로 발전하는데 도움이 되려면 이 외에도 또 다른 면도 고려해야 한다. 양자투자 협정은 대부분의 경우 자본수출국과 자본 수입국, 좀 더 구체적으로 말하면 선진국과 개도국간에 체결된다. 이러한 투자협정의 체결은 체약국의 필요성에 의해 이루어지는 것인데, 어느 쪽이 더 어렵고 필요하며 협상력이 더 있느냐에 따라 협상의 내용이 달라질 수 있다. 전반적인 사실에 근거한다면 자본 수입국인 개도국이 역시 아쉬운 쪽일 것이다. 그래서 비록, 양자투자협정이 양국의 합의에 의해 체결되었다 하더라도 그것이 균형 있고 정의로운 양자규범이라고 단정할 수 없으며, 이러한 국가들의 국제관행이 투자에 관한 정의로운 국제관습법 및 국제규범을 형성해줄 것이라고 단정적인 기대를 할 수 없다. 현재 체결되는 대부분의 양자협정은 유럽OECD 모델 아니면 미국모델을 쓰고 있다. 일단, 자본수출국에서 제시된 모델들이기 때문에 개도국의 이익도 충분히 보장한다는

단정을 내리기가 쉽지 않다.

본 논문은 최근 세계화의 물결을 타고 왕성하게 추진되고 있는 양자 투자협정을 보면서 앞으로 국제사회에서 국제투자에 관한 정의로운 법률질서를 형성하기 위해서는 어떠한 조치가 필요한 가를 살펴보려는 목적을 갖고있다. 필자는 이를 위해서는 최소한 두 가지 방향에서 국제투자규범의 발전방향과 방식을 지켜봐야 한다고 생각한다. 첫째는 현재 양자협정 또는 지역협정에 산재되어 있는 다양한 투자규범을 조화시킬 수 있는 최소한의 국제규범을 설정하는 다자간 투자협약의 체결을 위한 협상이 있어야 된다고 본다. 둘째는 국제적으로 투자분쟁해결을 위한 국제사법법원의 설립을 구상해야 한다고 본다. 현재의 양자협정이나 지역규범 또는 국제규범은 분쟁해결 방식으로 중재해결을 선호하고 있다. 그런데 국제투자법률질서의 확립을 위해서는 관련규범의 일관성 있는 해석과 적용을 할 수 있는 투자전문 국제사법관할기관이 필요하다고 본다. 현재, 국제법의 발달로 개인투자가나 법인투자가에 대한 국제법인격과 국제소송능력을 인정하는데 무리가 없다는 점을 감안한다면 법 이론적인 문제는 없다고 본다. 이상에서 말한 2가지 문제는 상호 연관된 문제인데 그 절차적인 면에서 규범의 수립이 먼저 논의되기 때문에 이하에서는 우선 투자에 관한 다자간 협상의 문제를 살펴보기로 하고 국제투자분쟁의 해결에 관한 사법법원의 설립에 관한 문제는 다음기회에 다루기로 하겠다.

2. 외국인투자에 관한 국제규범의 변화

국제투자에 대한 국제적인 법률규제의 필요성은 이미 1차 대전 이전에도 논의되었으나 별다른 성과는 없었다. 여러 이유가 있지만 그 중 국제법상 개인이나 기업에 대한 국제법인격이나 국제소송능력을 부여하는 것을 국가가 꺼려왔다는 사실과 투자규제는 국가발전과 긴밀한 관계가

있는 국내 정책적인 성격이 강하기 때문에 국가가 이에 대한 관할권을 제한 받는 것을 매우 주저했었다는 이유가 컸었다¹⁾. 그러나 개인투자자나 기업들의 국제적인 투자활동은 더 이상 방치할 수 없는 현실이고, 기업들에게 일정한 한도에서 국제법상 권리를 부여하고 그 만큼의 의무를 지우는 것이 국제사회로서는 더 나은 선택이 되는 단계에 들어선 것이다.

불과 1차 세계대전 이전만 하더라도 외국인투자에 관한 법률문제는 양국간의 경제·문화·정치협력이라는 광범위한 범위 내에서 우호통상 항해조약 (Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, FCN treaties)의 내에서 단순히 취급되어 왔었다. 이 때만 하더라도 외국인투자는 그 규모에서 국가들의 관심을 끌만한 정도는 되지 않았고 국가들 간의 국제협력도 크지 않았기 때문에 외국인투자가 국가 간에 별도의 협상분야가 되지는 않았다. 그런데 2차 대전이후 상황이 변했다. 이때부터 체결된 FCN조약은 그 전의 FCN조약과 비교할 때 질적인 변화가 있었다. 기업들의 해외진출이 늘어나면서 FCN의 내용 중 투자에 관련된 규정이 증가하기 시작한 것이다. 그런데 국제거래가 증가하면서 FCN의 규정은 과학기술협력, 투자협정, 조세협정 등 다양한 종류의 협정으로 세분화되기 시작했고 그래서 60년대 이후 FCN의 이름으로 체결되는 양자협약은 국제무대에서 사라졌다²⁾.

2.1. BIT 체결의 증가

양자투자협정 (Bilateral treaties for the promotion and protection of foreign investment 또는 bilateral investment treaties, BITs)은 FCN의

1) 국제인권법이 최근 두드러진 발달을 했으나 아직 개인의 직접적인 소송능력을 인정하는 지역인권법원이나 국제인권법원은 아직 없다. 그리고 지난 1998년 체결되어 발효를 기다라고 있는 국제형사법원 (ICC)도 개인의 피소권만 인정했지 개인의 자신의 권리를 청구하는 직접 고소권은 인정하지 않고 있다.

2) 그러나 아직도 상당한 수의 FCN이 효력을 발휘하고 있는데, 특기할 만한 점은 상당수의 FCN은 선진국간에 체결되었었다는 점이다

후신으로 볼 수 있는데, FCN에서 외국인투자에 관한 부분만 떼어내서 더 전문화시킨 것이다. 그만큼 법으로 규정해야 할 투자에 관한 내용들이 많아진 것이다.

BIT는 1950년대 후반부터 등장했지만 대부분은 투자국이 정말 보호가 필요한 국가에 대해서만 BIT를 체결했고, 그래서 BIT체결은 투자 위험국이라는 것을 의미하는 것이 되어 투자 유치국은 이러한 BIT체결에 소극적일 수 밖에 없었다. 그러나 80년대 중반이후 국제화·세계화가 본격화되고 국제투자자본의 이동이 빨라지고 외자유치 경쟁이 불붙으면서 각국은 BIT체결을 외자유치정책의 관점에서 적극적으로 생각하게 되었다. 그래서 선진국의 시장에 진출하는 개도국들이나 해외투자를 유치하려는 개도국들이 오히려 더 적극적으로 BIT를 추진했으며 개도국들 간에도 BIT협정을 체결하기 시작했다³⁾.

BIT는 주로 선진국간에 체결되었던 FCN과 달리 선진국과 개도국간에 주로 체결되었다. 그러나 최근 개도국간에도 BIT의 체결이 증가하는 현상을 보이고 있다. 이는 개도국들의 기업들도 해외투자를 늘리고 있다는 의미가 된다. 이들은 선진국들과 체결한 BIT를 바탕으로 관련 BIT를 만들고 있다. 즉, BIT가 투자국과 투자 유치국의 양면성을 지니고 있음을 보여준다⁴⁾.

3) UNCTAD의 조사에 따르면 1997.1.1.까지 총 1330개의 BITs가 체결되었으며 162개 국가가 양자투자협정을 체결했다고 하는데, 이는 1990년 초반 대략 400여 개의 BITs가 존재했었다는 것을 감안하면 대단한 성장세이다. (UNCTAD, UNCTAD World Investment Report 1997)

4) 양자투자협정의 체결에 적극적인 국가들을 살펴보면 다음과 같다. Germany (111), the United Kingdom (87), Romania (82), Switzerland (81), China (80), France (74), the Netherlands (58), Poland (58), Italy (53), the Republic of Korea (49), Argentina (44), Egypt (43), Hungary (43), Turkey (42), Belgium-Luxembourg (40), Malaysia (40), the United States (39), Denmark (38), Ukraine (38), Bulgaria (37) Spain (37), Chile (36), Indonesia (35), Sweden (35) and Viet Nam (32). (UNCTAD, UNCTAD World Investment Report 1997). 외무부통계에 따르면 한국은 지난 2000.5.10 현재 61 개국과 투자보장협정을 체결하고 있다. 남미국가 중에는 아르헨티나와 칠레가 양자협정의 체결에 상당히 적극적이

2.2. 실체규범상의 발전

우선 양자투자협정의 발달과 다자간 투자협정의 필요성을 알기 위해 과거 가장 문제가 되었던 투자규범이 최근까지 어떠한 변화를 하고 있는지를 살펴보는 것이 필요하다. 과거 외국인투자와 관련하여 가장 논란이 되었던 부분중의 하나가 국유화의 권리와 국유화시의 보상문제였다. 즉, 국가가 외국인투자를 국유화 또는 수용할 권리가 있는가 하는 문제와 투자가에게 어떠한 정도의 보상을 할 의무가 있는가 하는 문제에 관한 것이었다. 그런데 국가의 국유화권리는 이미 국제법상 인정이 된 상태이기 때문에 문제의 핵심은 국가가 과연 어느 정도까지 보상을 해야 하는가 하는 점에 맞추어져 있다. 국유화문제와 관련하여 초기사건으로 대표적으로 언급되는 것이 1951년의 ANGLO-IRANIAN OIL 사건이다⁵⁾. 동 사건에서 영국은 1937년에 미국이 발표한 헐(HULL) 공식을 주장했고 이란은 국내법에 따른 보상방식을 주장했었다⁶⁾. 그런데 이러한 시장원리에 근거한 완벽한 보상과 차취에 대한 보상심리에 근거한 적절한 보상간의 대립은 이제 과거 식민지시대의 유산으로 남게 되었다. 혼존하는 BIT나 지역협정에서 발견되는 국유화보상공식을 보면 HULL공식과 거의 유사하거나 약간 변형된 원칙이 주로 적용되고 있다. 즉, 시장경제에 근간한 자본주의의 우세가 조약상에 그대로 반영되어 있는 것이다. 물론, 이러한 관행이 개도국들이 헐 공식을 그대로 수긍했기 때문에 가능했을 것이라고 단정할 수는 없다. 그렇지만 보상에 대한 국제규범의 발전이 선진국의 주장에 기초하여 발전되어 왔음을 부인할 수는 없게 되었다⁷⁾.

며, 반면 브라질은 불과 10국과 BIT를 체결했다. 최근 한국과 칠레가 협상중인 FTA는 이러한 양국의 풍부한 BIT체결경험이 큰 도움을 주었다고 볼 수 있다

5) Anglo-Iranian Oil Co. (U.K. v. Iran), 1952년 ICJ 판결.

6) 즉, 실제 보상액은 시장가격보다 훨씬 적어야 한다는 것으로 과거 자본주의차취에 대한 보상적인 심리가 뒷배경이 되었다.

7) 한편, 개도국간에 체결되는 BIT도 원칙적으로 충분한 보상을 해야 하며 그것이

사실, 과거에 국유화에 대한 보상자체가 문제가 되었던 이유는 50-60-70년대에 있었던 식민지의 독립과정에서 과거 식민지착취에 대한 반감적인 보상심리가 크게 작용했었기 때문이다. 그리고 이들 신생 독립 국가들은 사회주의 국가들과 더불어 유럽중심으로 형성된 국제규범에 대한 큰 불신감을 보여왔다. 그래서 투자에 관한 국제규범 중에서 선진국에 관련된 국유화의 경우 제국주의의 착취에 대한 역사적인 보상심리가 상당히 큰 작용을 했었다. 그리고 외국인투자의 상당부분은 자원개발과 관련이 있었기 때문에 이러한 자원에 관한 국가의 항구적인 주권을 주장함으로써 외국인투자에 대한 규제를 근본적으로 행사하려는 노력을 했다. 실제로 개도국이 국제사회에서 힘을 쓸 수 있었던 유일한 장소가 UN과 같은 국제기구였고 다수결이라는 민주적인 방식에 의한 의견표명이 가능했던 곳이었기 때문에 그들의 의견은 주로 총회의 결의를 통해 표출되었다⁸⁾.

여하튼 1962년 천연자원의 영구주권에 관한 총회결의(the resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources)⁹⁾에서는 adequate compensation 대신 appropriate compensation이라는 표현을 사용했다. 총회에서 그런 식으로 채택했기 때문에 그 후 appropriate compensation이 무엇을 의미하는지 총회나 ICJ의 권위 있는 해석은 더 이상 없었다. 그래서 학자들간에 그 법적 해석을 놓고 많은 해석이 있었을 뿐이다. 어

시장가치에 기초해야 한다는 점에는 선진국들의 입장과 큰 차이점이 없다. 즉, 국제사회에서 충분한 보상자체에 대한 점에서는 어느 정도 기본적인 합의가 되어있는 셈이다. 그러나 이러한 충분한 보상원칙이 국제사회의 복지라는 관점에서 보아 국제사회의 공통적인 이익을 충분히 반영하고 있는지에 대해서는 여전히 의문이 남아있다. 왜냐하면 과연 개도국들이 Hull공식이 국제사회의 보편적인 법 가치를 표현한다고 보고 이와 유사한 보상기준을 마련했는지에 대한 의문이 남아있기 때문이다.

8) 고전국제법의 입장에서는 총회결의가 법규범력이 없고 반대국가에 대해서는 효력이 없다는 주장이 가능하지만, 국제민주사회의 발전이라는 관점에서는 국제실증주의에 대한 제어가 필요하다고 본다.

9) G.A. Res. 1803, U.N. GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, at 15, U.N. Doc. A/5217. 1963.

겠든 appropriate compensation 이 HULL공식에 반발해 나온 이상 adequate compensation 보다는 좀 더 느슨한 보상을 의미할 것이라는 추측은 가능할 것이다. 특히, 총회결의 자체가 천연자원에 대해 국가가 주권을 영구적으로 행사할 수 있는 권리에 한정되어 있기 때문에 이것 이 BITs에서 규정하는 외국인투자의 범위보다는 상당히 축소되어 한정적으로 적용되어야 할 것으로 보여진다. 1974년에 총회에서 채택된 국가의 경제적 권리·의무에 관한 협약(Charter of Economic Rights and Duties of States)¹⁰⁾ 도 1962년의 입장을 견지했었다.

사실, 개도국들의 논의의 핵심은 단지 투자뿐만 아니라 국제경제질서 자체를 개편하려는 것이었고 그러한 신국제 경제질서는 개도국의 열악한 상황을 충분히 반영해야 된다는 것이었다. 그래서 외국인투자에 대한 국유화는 모든 외국인투자에 대해 무차별적으로 적용되는 것이 아니라 자원개발 등 국가경제개발과 직접적인 관련이 있는 외국인투자에 대한 차별적인 보상을 원했던 것이다. 물론 여기에는 거대외국자본에 대해 개도국이 감당하지 못하는 좌절감, 이들에 대한 규제방식을 국제적으로 인정받고자 했던 기대감, 시장가치 보다 어느 정도 낮은 보상기준을 국제적으로 인정받고자 했던 노력 등이 있었다. 실제로 초기 국유화의 경우 국유화에 대한 보상은 모두 시장가치보다 훨씬 낮은 선에서 타결이 되었었다.

그러나 바로 이러한 국유화 경험이 그 후 국제사회에서 일반화된 양자투자협정에서 보상에 대해 더 엄격한 법적 기준을 만들도록 하는 압력요인이 되었다. 즉, 60-70년대에 있었던 선진국과 개도국간의 침예한 대립에도 불구하고 국제사회는 근본적인 변화를 겪었다. 우선, 수적으로 국제사회에 국가들이 많이 들어나 국제차관이나 원조 또는 자급자족방식으로는 도저히 국가발전이 어려운 형편이 되었다. 또한, 국유화의 문

10) 1974년 유엔총회채택 G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31, at 50, U.N. Doc. A/9631 1975

제를 야기했던 중동 국가들은 남아도는 석유자금을 갖고 국제금융시장을 뒤흔들면서 개도국들을 괴롭혔다. 결국, 개도국이 경제성장을 하려면 외국인(민간)투자가 필요했으며, 이를 위해서는 신경제 질서 건 국유화에 대한 보상이건 외국인투자를 위축시키는 국제논란을 삼가 해야 했던 것이다.

각국은 천연자원에 대한 항구적 권리나 국유화나 수용에 대한 보상규범에 대한 국제적인 논의가 완전하게 해결되지 않는 상태에서 외국인투자의 유치를 위해 선진국들과 BIT협상을 추진했다. 그리고 대다수의 국가들이 HULL공식을 수용했다. 이러한 국가실행을 통해 국제적으로 확인된 보상기준이 바로 fair compensation은 필요하다는 것이다¹¹⁾. 그 의미에 대한 다양한 논의가 있으나 핵심적인 배경은 국유화에 대한 보상은 시장의 가격기능에 순응한다는 것이다. 국제화에 대한 자연적인 해결방식으로 보여진다. 이는 국제법상 내외국인 차별금지가 인정되고 국내법상으로도 수용에 대한 보상원칙이 주로 시장기능에 기준을 두어 형성되기 때문에 국제적으로도 국유화에 대한 보상에 대한 타당성 및 보상기준이 결국은 시장의 순기능에 기준해야 된다는 것이다. 따라서 국내법 자체가 이를 수용하는 방향이기 때문에 보상원칙에 대한 합의는 과거에 비해 훨씬 쉽게 되었다.

그래서 현재 BITS에서 사용되는 보상용어들을 보면 서로 과거의 충돌을 감안한 탓도 있지만 시장 지향적인 용어를 사용하고 있다. 즉, 대부분의 BITS는 "fair," "just," "effective," "full," "reasonable" 같은 용어를 쓰고 있다. 그런데 이러한 비교적 경제적인 용어는 선진국의 경우에는 HULL공식을 시장 경제적인 용어로 표현하는 것으로 보고 있다. 즉, 보상의 기준이 결국은 빼앗긴 재산에 대한 적절한 시장가치이며 이것이 바로 HULL공식의 내용이라는 말이다. 반면, 개도국들은 이러한 용어는

11) 선진국의 adequate compensation과 개도국의 "appropriate" compensation 간에 절충되는 표현으로 발달되었다.

Hull공식보다는 보다 완화된 표현인 것으로 보고 있다. 그러나 이러한 이론적인 해석은 국가실행에 있어서는 큰 의미가 없다. 특히, BITs가 선진국위주로 체결되었고 그 해석에 관한 연구 또한 거의 선진국 학자들에 의해 발표되었기 때문에 그 반대되는 의견은 그리 많지 않다. 그리고 과거 국유화의 경우와 달리 최근의 투자는 투자가 개인의 결정에 기초하기 때문에 과거 식민지시절의 착취에 대한 적당한 보상이나 시장가치 보다 낮은 보상이라는 주장의 역사적인 근거는 더 이상 남아있지 않다. 이제 국제투자의 경우 국가와 기업을 완전히 분리하여 취급하는 것이 가능하기 때문이다. 그래서 이제는 실질적인 시장가치가 무엇이며 어떠한 기준에 의해 산정해야 하는가 하는 현실적인 문제해결에 더 큰 관심이 집중되어있다.

구체적으로 선진국들은 시장 경제적인 관점에서 수용에 대한 보상이 prompt, adequate, effective 해야 하는 것은 당연하다고 보고 이러한 기준을 시장가치의 기준에서 보다 명확히 하도록 관심을 기울이고 있다. 그래서 예컨대 1994년에 체결된 유럽에너지조약 (the European Energy Charter Treaty) 에서는 투자에 대한 국유화보상에 대한 규정인 제13조 1항에서 Hull 공식을 그대로 적용했으며 그 가치는 바로 공정시장가치 (the fair market value) 가 된다고 명시했다¹²⁾. NAFTA (the North American Free Trade Agreement) 의 경우에도 제1110.2조에서 유사한 의미에서, 공정시장가격의 기준을 도입했다¹³⁾. 이러한 시장의 순기능에 의한 보상액의 결정은 이제 양자투자협정 외에도 지역경제동맹에서 일

- 12) 제13조(1): the nationalization or expropriation of investments of investors of a Contracting Party shall be "accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation." This is defined as "the fair market value" of the investment. 동 조약은 유럽국가간의 다자조약으로서 다수의 국가가 Hull공식의 적용을 공개적으로 채택했다는 점이 중요하다.
- 13) Article 1110.2: Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment . . . Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate to determine fair market value.

반적으로 받아들이는 원칙이 되었다. 그래서 다자간 투자협정이 추진된다고 하여도 보상기준에 대한 협상은 전에 비해 수월하게 진행될 수 있다.

2.3. 절차규범상의 발전

아직 국제사회가 법률사회로 완전히 정착되지 않은 상태에서는 투자관련 국가 간 분쟁의 해결을 국제사법법원ICJ외에서 찾는 것이 바람직하다고 볼 수 없다. 국제법의 해석과 적용 및 판례형성에 도움이 되지 않기 때문이다. 그러나 현실적으로는 ICJ기능 및 전문성에 대한 의구심, 국가가 법률에 구속되지 않으려는 전통적인 성향 등으로 국제사법법원을 통한 해결은 가급적 피하려는 것이 국가들의 실행이다. 기껏해야 중재인을 선임하는데 ICJ의 협력을 필요로 하는 정도에서 그치고 있다. 여기서 논의하려는 국제투자규범의 절차상의 발전은 투자가와 정부간의 분쟁에 관련되는 것이다. 이점에서는 상당한 진전이 있는 것이 사실이다.

대부분의 양자협정은 분쟁해결의 방식으로 국내법원과 국제중재를 선택적으로 이용하도록 규정하고 있다. 국내법원을 이용하는 경우 또 다시 다른 구제수단을 포기하도록 합의하는 경우가 일반적이다. 즉, 외교적 보호나 다른 국제중재의 사용을 포기하도록 하는 것이다. 요즈음 같이 법률조력이 수월한 시대에서는 투자기업이 국내법원의 구제방식의 유효성에 대한 판단이 가능하기 때문에 이러한 취사선택은 타당성이 있다고 본다. 한편, 국제중재는 그 전문성 및 대외신뢰도의 문제 때문에 주로 ICSID와 같은 기관중재를 이용한다.

사실, 국제투자에 관한 규범 중 가장 중요한 변화는 분쟁해결의 방식, 즉 절차규범의 변화에 있다. 분쟁을 해결하는데 실제 당사자가 나서지 못한다면 이처럼 불행한 제도는 없을 것이다. 그런데 전통국제법에서는 개인이나 법인의 국제법주체성을 인정하는데 상당히 인색했었다. PCIJ

가 LOTUS 사건에서도 밝혔듯이 전통 국제법의 시각은 국제사회의 법률문제는 국가 간의 문제이며, 그 외의 것은 국내사회에서 해결할 것, 즉 2분법이 지배적이었다. 투자자들이 외국에서 받는 법률상의 불이익은 국내법정에서 해결 못할 경우 해결할 수 있는 방법이라고는 본국의 외교적 보호권이었다. 그러나 이것도 국가의 권리이지 투자자의 권리은 아니기 때문에 투자자의 참여는 제한되었다.

물론, 국제법의 이러한 전통적인 입장이 무조건 투자자의 국제법주체성을 부인하도록 유도하는 것은 아니다. 국가가 투자자와 합의할 경우 국내사법 외의 방식으로 해결이 가능했고 그 방식으로 주로 국제중재가 이용되어 왔었다. 이러한 국제중재의 이용은 국제투자분쟁의 해결방식의 발달에 획기적인 전환점을 이루한 것이다. 개인이나 기업이 국가에 의존하지 않고 직접 분쟁절차에 참여하여 (국제)법에 의한 해결을 강구할 수 있게 되었기 때문이다. 개인이나 기업의 국제소송능력 (비록 사법외적인 방식에 의한 것이지만) 을 인정받는 것은 전통국제법의 개념을 진보적으로 변화시키는데 정말 중요한 역할을 한 것이다.

분쟁해결 절차상에 진보적인 발전이 있게 된 것은 물론, 과거에 부정적인 경험이 있었기에 가능했던 것이다. 그 대표적인 경우가 이미 언급했던 ANGLO-IRANIAN OIL 사건 (ICJ, 1952) 이었다¹⁴⁾. 분쟁해결절차

14) Anglo-Iranian Oil Co. (U.K. v. Iran), 1952 ICJ 93. 그러한 경험이후로 국제법률가들은 분쟁해결방식의 정형화를 위해 부단한 노력을 했다. 국가를 상대로 소송을 하게 되는 경우 국제투자가들의 입장에서는 가급적 국내법에서 벗어나고 국제적으로 통일되고 정형화된 분쟁예방 및 해결방식을 강구하는 것이 자신들의 이익을 국제적으로 보호하는 첨경이라고 생각했던 것이다. 이러한 맥락에서 발전된 것이 분쟁해결조항이고 또한, 이를 보강하기 위해 succession 조항도 삽입하게 되었다. 물론, 지금에 와서는 정부의 국제분쟁에 임하는 태도가 틀리겠지만 당시만 하더라도 정부는 국제중재를 통한 분쟁해결을 저지하려는 입장이었다. 즉, 투자자와의 분쟁해결에 호의적이지가 않았기 때문에 어떠한 빌미를 마련해서라도 합의된 분쟁해결절차를 무력화하려고 했던 것이다. 지금은 정부가 외국투자를 유치하려고 경쟁을 하고 있고, 분쟁해결절차는 이러한 외자유치의 조건중의 하나로 분석되기 때문에 환경에 차이가 있다고 볼 수 있다. 어쨌든, 이러한 유형의 철통 같은 분쟁해결조항의 작성은 이제 국제투자에서 일반화되

의 발전에서 빠뜨려서는 안 되는 것이 바로 분쟁해결에 적용되는 준거 법의 문제이다. 전통국제법에서는 국제법을 국가 간의 법률문제에 적용되는 법으로 보았기 때문에 국가와 국가이외의 당사자간에 체결되는 계약에 적용되는 법은 국제법이외의 법으로 보았다. 즉, 이론적으로는 국내법이 되며, 아니면 형평이나 선에 의한 판단이 있을 수 있다. 국제판례들을 보더라도 1929년 PCIJ의 *Serbian Loans* 사건에서도 1927년 LOTUS 사건에서도 19세기에 유행했던 실증주의이론에 근거하여 국가 간 관계이외에 것에 대해서는 국내법이 적용되는 것으로 보았다.

이러한 전통적인 시각은 국제사회가 변하면서 더 이상 받아들여지지 않는다는 것을 우리는 알고있다. 이제 개인투자자들도 국제법상 일정한 소송능력을 인정받아 국가와의 계약에서 국내법외에도 당사자가 합의할 경우 국제법이나 법의일반원칙의 적용이 가능해진 것이다. 물론, 이러한 이론적인 발전에도 불구하고 개인이나 기업이 직접 제소할 수 있는 관할권 있는 국제법원이 없다는 실질적인 한계는 아직 존재한다. 그러나 국제법원부재의 실질적인 한계에도 불구하고 국가의 일방적인 행위를 억제하려는 국제계약법상의 노력은 끊임없이 강구되어왔다. 소위, 안정화 조항 (stabilization clauses) 을 삽입하여 국내법의 변화를 평계로 계약을 무효화하려는 노력도 이러한 맥락에서 해석된다. 그러나 이러한 개인·법인의 국제법상 소송능력의 인정이나 국제법의 직접적용도 이미 언급했듯이 이를 인정하는 국제법원이 부재하기 때문에 실질적으로는 일정한 한계에 부딪쳐 있다.

이러한 한계를 극복하는 수단으로 등장되었던 것이 바로 ICSID이었다. ICSID는 비록 국제법원은 아니지만 국제법의 적용을 통해 국제투자 분쟁을 해결하는 국제중재기관이다. ICSID가 국제투자분쟁의 제도적인 해결방안을 제시한 것은 사실이다. 1960년대의 국제경제상황을 고려할

어 있다. 이는 국제적인 과거 경험도 있지만, 이제 국제투자 자체가 국제법률가 들에 의해 과거보다 더 법률화되어 있다는 것을 의미하기도 한다.)

때 ICSID의 성립은 고전국제법의 변화를 의미하는 대단한 성과였다. ICSID는 1966년 국제투자분쟁을 해결하기 위해 IBRD 세계은행의 산하에 설립되었다. 다양한 이유 때문에 IBRD산하로 설립되었지만 IBRD가 선진국의 영향력 하에 놓여있고 ICSID는 분쟁해결기관이라는 사실을 감안한다면 좋은 선택은 아니 이었다고 본다. 어쨌든 ICSID는 기존에 국제투자분야에서 산발적으로 사용되기 시작했던 국제중재를 국가들간의 조약을 통해 그 사용에 대한 제도적인 보장을 한 것이다. 특히, ICSID는 제42조에서 투자중재에서 국제법을 직접 적용할 것이라는 조항을 두어 기존의 다양한 해석에 종지부를 찍었다.

ICSID의 판정은 ICSID 체약국 간에는 외국사법판결과 같은 효력이 있고 그 승인과 집행이 보장되기 때문에 (1958년 NEW YORK 협약) 투자자들이 반길만한 분쟁해결 제도인 것은 확실하다. 그리고 세계화가 급속히 진행되면서 투자에 관한 분쟁해결기구로 그 절대적인 위치를 굳혀 오고 있다. 실제로, ICSID를 통한 중재해결은 이제 양자투자조약이나 지역조약을 통해 폭넓은 지지를 받고 있다¹⁵⁾. 그러나 비록 ICSID가 전문중재인들을 통해 외국인투자라는 전문분야에 대한 판정을 한다고 하더라도 주요 준거법이 되는 양자협정의 다양성, 중재의 내재적인 한계 등으로 비록, 투자분쟁의 해결은 가능하겠지만 국제투자법률질서의 형성에 필요한 일관성 있는 국제규범의 해석이나 적용, 관련 국제판례의 형성을 기대하기에는 근본적인 한계가 있다¹⁶⁾.

15) 그 대표적인 예가 이미 언급한 the European Energy Charter Treaty 와 the NAFTA 가 된다.

16) 물론, 국제공법상의 중재는 사법상의 중재와는 달리 ICSID에서와 같이 대부분 판정문이 공개되기 때문에 중재판의 국제규법적용 및 해석을 살필 수 있고 그래서 국제법의 발달에 어느 정도 기여를 한 점을 부인할 수 없다. 그러나 적용되는 실체준거법의 선택이 대부분 해당 양자투자협정과 투자계약 및 국내법 등으로 제한되어 이러한 해석이 다자간 국제규범을 형성하는데 큰 도움을 주지 못한다. 조희문, Mercosul과 법률공동체, 이베로아메리카연구, 제1호, 1999, pp.181-183.

3. 양자투자협정과 다자간 투자협정

3.1. 투자수출국의 일반적인 입장

전통적으로 다자간 협정을 선호하던 미국이 최근 80년대 이후 양자투자협정에 큰 관심을 두는 이유는 투자에 관한 다자간 협정의 형성이 큰 가능성이 없다고 보았기 때문이다. 미국무성은 양자투자협정을 미국수출을 증진시키고 미국기업의 국제경쟁력을 제고하려는 미국의 핵심정책목적을 지원하는 프로그램으로 보고 있다. 이러한 맥락에서 보여지는 양자투자협정의 주목표는 (1) 미국의 해외투자를 보호하려는 것, (2) 외국이 민간투자를 공정하게 대우하는 시장 지향적 국내정책을 택하도록 장려하는 것, (3) 이러한 목적에 맞는 국제법률규범의 발달을 도와주는 것이다¹⁷⁾. 즉, 미국의 양자투자협정은 해외투자보호라는 기본적인 목표 외에도 이러한 협정체결로 외국정부의 투자정책에 개입하고 궁극적으로 국제투자규범의 형성에 기여한다는 국제적인 목표도 포함되어 있다.

이러한 목표에서 보여지듯이 미국은 대외투자를 무역정책의 일환으로 꼭 넓게 보고있다. 이러한 생각은 일견 앞으로 MAI와 같은 다자간 투자협정에 대한 협상이 있다면 별도의 협상처보다는 WTO를 선호할 것이라는 것을 암시한다. 또한, 그 준비단계로 양자협상을 통해 국제투자보호의 기준을 먼저 제시하고 이를 국제관습규범으로 만들려는 의도도 엿보인다. 사실, MAI는 NAFTA의 투자조항에 기초하여 작성되었으며 미국이 추진하는 BITs는 NAFTA의 투자조항과 조화를 이루고 있어 이미, 앞으로 있을 다자간 협상에 대한 기준을 미리 제시한 셈이다¹⁸⁾. 특히,

17) FACT SHEET: U.S. BILATERAL INVESTMENT TREATY PROGRAM, (BITs promote U.S. exports, competitiveness) April 16, 1997 in (<http://www.usis-israel.org.il/publish/press/trade/archive/1997/april/et20417.htm>)

18) 실질적으로 미국은 지난 1982년이래 97년까지 벌써 38건의 BIT를 체결했으며 이중 28건이 발효 중에 있다. 나머지는 미국 또는 상대국의 국내입법절차를 기다리고 있는 중이다.

사회주의의 몰락으로 그만큼 영향력이 높아진 기회를 보아 미국은 BIT 체결에 더 많은 노력을 보일 것이다. 이는 거의 같은 투자규범을 갖고 있는 선진국간에는 별 의미가 없고 개도국을 대상으로 하는 것이기 때문에, 과거 BIT가 실제로 투자보호를 위한 것이 주목적이었다고 한다면 최근의 양자협정은 오히려 보편적인 투자규범의 형성을 위한 국제 정책적인 목적이 더 크다고 보여진다. 민주화가 보편화되고 국제투자가 이제는 선택투자를 하게 된 상태에서 과거와 같은 극단적인 외국인투자 차별대우나 국유화가 사실상 불가능하기 때문에 전통적인 의미의 투자자 보호는 전에 비해 그 호소력이 반감되어 있다.

한편, 선진국 중에서 BTI를 먼저 많이 체결해 온 독일 등 유럽의 경우는 BTI를 개도국의 국내체제에 영향을 주거나 국제투자규범의 형성에 기여하려는 정책적인 의도로 사용해 왔다는 특별한 증거는 보이지 않는다. 그러나 이들 국가들이 체결하는 BIT는 거의 청형화되어 있고 MAI 협상을 통해 이미 다자간 투자협상에 대한 기초 틀을 마련했기 때문에 사실상 협상당사국들을 상대로 일정한 수준의 국제규범을 받아들이도록 유도한 것은 사실이다.

특히, 미국의 경우 BIT협상은 주로 상대국의 국내투자정책을 시장 지향적으로 유도하려는, 즉 시장개방에 대한 압력수단으로 사용하고 있다. 그래서, 외국인투자정책의 변화가 가능한 국가를 우선 협상 대상국으로 선정한다. 무역과 투자를 연계하는 이러한 미국의 정책은 지역협력을 추구하는 국가들과 BIT를 체결하면 지역협력협정의 체결 시 BIT의 규범을 기준으로 지역협정의 투자규정을 형성할 것이라는 기대감을 높인다¹⁹⁾. 이러한 의도는 결국 다자간 협상의 틀인 WTO에서 협상을 진행할 경우 우선적인 협상고지를 선점할 수 있다는 장기적인 전략비전에 기하는 것으로 볼 수 있다.

19) 실제로 미국의 협상대상국으로는 APEC (Asia Pacific Economic Cooperation forum) 과 FTAA (the Free Trade Area of the Americas initiative) 국가들이 많이 포함되어 있다.

3.2. 라틴아메리카 국가들의 일반적인 입장

이들 지역은 90년대 말부터 외국인투자가 상당히 증가했던 지역이다. 그 주된 이유는 대내적으로는 정부의 경제통제가 줄어들었다는 점, 대외적으로는 세계화와 지역화 및 선진국의 경기침체를 그 원인으로 들 수 있다. 특히, 민주화와 민영화는 외국인투자를 증대시키는 데 큰 기여를 했다.

동 지역의 국가들은 외국인의 투자유치를 위한 법제도적 수단으로 국내투자제도의 개선 및 양자투자협정의 체결을 서둘렀다. 그리고 이러한 양자투자협정의 내용들은 이들 국가들이 체결하는 지역경제협정에서도 사용되고 있다. 그런데 지역경제협정의 투자규범들, 특히 NAFTA의 규범들은 상당히 높은 수준의 보호규정이고, 지역협정을 체결하는 국가들은 경제협력이나 통합을 추구하기 때문에 또한 채택하는 투자규범들이 상당히 수준이 높다는 점을 감안해야 한다. 브라질은 현재 10개의 BIT를 체결했는데 모두 90년 이후 특히, 94, 95년에 집중적으로 체결되었다.

3.3. 양자투자협정과 MAI

현재 대략 1500개 이상으로 추산되고 있는 양자간 투자협정은 그 내용이 서로 유사하기는 하지만 내용에 다양한 차이가 있다. 외국인투자라는 공통의 문제에 대해서 다양한 규범이 제정된다는 것은 달리 말하면 해당규범의 법률적 가치가 그만큼 줄어든다는 말이 된다. 그래서 국제적인 공통규범의 제정도 그만큼 어려울 수 밖에 없다. 비록 힘들기는 하지만 지금이라도 다자규범의 제정을 통해 양자규범의 다양성을 줄이려는 노력이 필요하다. 이러한 국제규범은 다시 양자협상에 가이드라인으로 적용될 수 있을 것이다. 그래서 문제는 국제적으로 어떠한 방식으로 어떠한 규범을 다자간에 합의할 수 있는가 하는 실무적인 면에 집중되어야 할 것이다.

양자협정은 특정국가간의 협정이기 때문에 국가에 의무를 지우기보다는 국가의 기본적인 권리를 인정한 상태에서 그 예외를 규정하는 방식을 택한다. 다자간 협정이 아닌데 굳이 국가가 적극적으로 자신의 의무를 규정하려 하지 않기 때문이다. 그래서 대부분의 양자협정은 외국인투자에 대한 투자 유치국의 주권행사를 폭넓게 인정한다. 예컨대, 투자의 허용범위, 외국인투자에 대한 내국민대우의 범위 등등에 우선적으로 국내법의 적용을 원칙으로 한다. 물론, 타방국가도 같은 원칙에 근거하기 때문에 상호 합의가 가능한 것이다.

반면, MAI는 외국인투자의 모든 측면에서 내국민대우를 적용하고 그 적용을 투자의 일반원칙, 즉 국제 투자 규범상 국가에 대한 절대적인 의무규정으로 하려는 데에 있다. 즉, 현재의 국내법에 따른 내국민대우에서 국제법상 의무규정인 내국민대우로 전환하려는 것이다. 물론, 그 차이는 엄청나게 크다. 비록, GATS의 규정처럼 내국민대우를 각국의 양허사항으로 규정할 수도 있지만, 그렇다 하더라도 국가가 외국인대우에 대한 의무규정을 진다는 점 자체는 대단히 진보적인 구상이다. 그리고 대부분의 양자투자협정은 최혜국대우조항을 두고 있다. 그래서 만일, MAI 참여국이 다른 MAI상의 투자자에 부여하는 권리에 대해 양자협정의 투자자는 그 권리를 향유할 수 있다. 소위, 무임승차에 대한 우려가 나올 수 있다²⁰⁾. 다자간 투자협정은 이러한 무임승차의 우려를 불식할 수 있는 방법이 된다. 특히, 다자간 투자협상은 무역과 연관하여 투자자유화에 대한 논의를 많이하게 될 것이다. 이 경우 서비스 부분에 대한 개방이 WTO의 GATS와 맞물려 좀 더 구체적인 협상이 추진될 것이다. 이 점에서는 확실히 다자간 협상이 개도국들에게 유리하다.

20) 대부분의 양자투자협정은 경제통합기구에 대한 최혜국대우의 예외규정을 두고 있다. 그러나 MAI나 다자간 투자협정은 이러한 경제통합기구의 범주에 포함되지 않는다.

4. 다자간 투자협정의 협상

4.1. 다자간 투자협정의 필요성

세계화가 진행되면서 외국인직접투자에 적용되는 국제규범의 전반적인 형성을 위한 협상을 벌써 시작되었다. 역사적으로 보면 다자협상의 가능성은 이미 오래 전부터 타진되었으나 최근처럼 구체적인 추진을 한 적은 없었다. 그러나 그 추진방식에 있어서는 큰 문제가 있었다. 선진공업국의 경제협력체인 OECD는 이미 1998년 5월 체결을 예정으로 외국인 투자의 자유화를 보장하는 최고수준의 국제규범을 합의하려고 했었다. 비록 현재 국제사회에서 대단한 반대에 밀려 그 협상을 중단하기 했지만 이미 토의된 내용들은 기존 투자관련 국제규범의 한계를 넘어서는 내용들로 구성되어 있다. OECD는 국제사회의 저항으로 협상을 중단했으나 그것은 일시적일 뿐 협상장소는 앞으로 WTO로 옮겨질 가능성이 크다. 사실, WTO는 국제투자분야에 큰 관심을 보이고 있다. 이미 무역관련투자협정 (TRIMs)을 운영하고 있는 WTO는 최근 무역과 투자의 관련성에 관한 연구를 통해 그 정당성을 주장했다. 즉, 현 국제사회에서 투자와 무역이 불가분의 관계에 있음을 증명함으로써 WTO가 무역과 투자를 동시에 규율하겠다는 것이다.

OECD가 추진했던 MAI의 초안을 보면 선진국들이 이미 국제투자규율에 관해 기본적인 합의가 되어 있음을 알 수 있다. 문제는 MAI는 OECD회원국들을 대상으로 하나 개방조약이기 때문에 결국은 전 세계를 상대로 하는 것이고, 협상의 편의를 위해 OECD간에 추진되었다는 점이다.

양자간 투자협정의 장점이자 단점은 협정이 단지 2국간에만 적용된다 는 사실이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 각국은 모델협정을 만들어 양자규범간의 충돌을 방지하려는 노력을 하고 있기는 하나 미흡한 것이 사실이다. 국제법이 기본적으로는 국가들의 동의를 바탕으로 제정

된다는 점을 고려한다면 같은 내용에 대해 다양한 양자·지역규범이 제정되는 것은 바람직하지 않다. 더구나 국제사회는 다수의 의견보다 소수의 절대적 의견이 더 큰 영향력을 미치고 있기 때문에 국제규범의 제정을 통해 적용기준을 마련하고 통일적인 해석과 적용을 하도록 유도하는 것이 바람직하다. 그런데 한번 제정된 국제규범은 개정되기가 어렵기 때문에 협상을 통해 체결되는 국제규범이 약자의 입장도 고려하는 국제복지적인 내용의 법률가치를 담는 규범이 되도록 해야 한다. 이를 위해서는 협상장소가 WTO같은 보편국제기구가 되어야 하며 (물론, 개도국들은 UNCTAD를 선호할 것이지만 과거 NIEO관련 투자협상의 경험을 상기한다면 선진국들의 반발을 쉽게 예상할 수 있을 것이다), 이해가 일치하는 국가 간에 그룹을 형성하여 몇 가지 통합 협상안을 만드는 것이 좋으며, 또한, 투자협정의 효과가 기업 및 민간사회에도 큰 영향을 미친다는 것을 감안하여 일부 NGO들에 대해서도 의견 (국제공공여론) 을 개진할 수 있는 기회를 주어야 할 것이다.

4.2. 협상기구의 선택

OECD나 WTO의 관심이나 추진정도를 고려할 때 투자관련 다자협정의 협상이나 체결은 이제 시간문제가 아닌가 생각된다. 그래서 문제는 이제 어느 국제무대에서 협상하는 것이 좋고 개도국들은 어떠한 대응을 해야 하고, 그리고 어떠한 내용을 토의해야 하는가 하는 정도이다. 가장 좋은 협상기구가 어디인가에 관해서는 학자들간에 상당한 논의가 있어온 것이 사실이다. 그 이유는 협상기구가 어디냐에 따라 협상방향이나 결과에 큰 차이가 나기 때문이다.

MAI협상과 관련하여 국제투자기준에 대한 가시적인 성과를 원하는 미국은 WTO보다 OECD를 선호했었고 반면, 유럽공동체는 WTO를 적절한 협상기구로 생각했었다. 즉, BIT협정에 대한 관점의 차이만큼이나 다자간 투자협정에 대한 국가들의 태도도 차이가 있는 것이다. 쉽게 이

해가 되겠지만 세계화추진이후 가장 큰 영향력을 발휘하고 있는 미국은 신속한 협상을 위해 OECD를 협상기구로 선호했던 것이다.

사실상 OECD는 외국인투자의 연구분야에서는 지난 60년대 초부터 지금까지 상당한 성과를 이루었고 일부 협정도 체결한 경험이 있다. 물론, WTO 도 전세계국가를 상대로 하는 다자협상 기구로서 다양한 다자간 협상경험이 있다. 그러나 투자에 관한 면에서 WTO는 이제 겨우 무역과 투자의 관계를 연구하는 단계에 있기 때문에 OECD에 비해서는 뒤쳐져 있다.

그런데 OECD가 추진했던 MAI 는 이제 협상중단상태에 있기 때문에 특별한 상황변화가 없는 한 OECD내에서 논의될 가능성은 없다. 가장 큰 이유는 MAI가 원래부터 OECD의 범위를 벗어난 보편조약의 성격을 가지고 있었기 때문이다. OECD가 그 성격상 국제규범의 제정을 주도하는 세력이기는 하지만 세계화 속에 정보공유의 속도가 빨라 블록간의 폐쇄된 밀실외교에 한계가 있음을 보여주는 예가 된다.

사실, OECD의 회원국으로 개도국 중에서는 한국과 멕시코가 유일하게 들어가 있어 MAI협상은 개도국에게는 국제법률테러나 다름없었다. MAI는 개방조약을 지향했던 다자조약이었기 때문에 타결이 되었을 경우 개도국들은 불이익을 받지 않기 위해 상당수가 MAI에 가입했을 가능성이 높았고 그래서 협상 초부터 참여의 길이 놓여져 있었어야 했다. 이는 민주주의의 기본개념에도 위배되는 국제적인 법률테러였던 것이다. OECD가 국제사회를 대표하는 대표권을 위임받은 것으로는 보여지지 않기 때문이다.

또한, 지역협정을 국제 협정화 하는 것은 일종의 국제사회의 약탈행위이다. OECD가 MAI를 결성할 때 그 들간에 적용을 위해 MAI를 준비하는 것과 비회원국들의 자발적인 참여를 염두에 두고 준비하는 것과는 차이가 있다. 국제법은 다자간 협약의 결성방식에 대한 규제를 하지 않기 때문에 OECD의 방식은 일견 합법적이다. 그러나 OECD이외의 국가들이 OECD의 합의를 거부할 만한 현실적인 여건이 조성되어 있는가를

감안한다면 이는 국제사회의 민주주의를 위반하는 법률폭력행위인 것이다. 과거 20세기 초까지 존재했던 유럽중심의 국제법이 이제 OECD중심, 즉 선진국 중심의 국제법으로 전환되는 것이다. 개방화·세계화시대의 기본정신을 역행하는 국제법제정방식인 것이다²¹⁾.

현 국제사회에서 가장 필요한 것은 국제규범의 제정목적의 민주화뿐만 아니라 제정방식과 이행방식 및 판정방식에도 복지주의적인 민주화를 도입해야 한다는 것이다. 어떠한 국내사회보다도 민주화가 안 돼있는 곳이 바로 국제사회인 것이다. 현실적인 면에서 만일, OECD의 비회원국들이 MAI협상에 초기부터 참여하지 않을 경우 발생할 수 있는 불이익을 검토해 보자. 무엇보다, 자신들의 이익을 대변할 수 없다는 것이 가장 큰 문제이고, 그리고 국제 현실상 억지로 해당 협약에 가입해야 할 가능성이 높으며 (외국인투자의 유치관점에서), 그러나 그러한 필요성에도 불구하고 국내적으로 필요한 동의를 얻기가 어려울 것이라는 점이다.

물론, 국제투자는 양방향이기 때문에 어떠한 국가도 투자수입과 수출국의 역할을 하므로 일방적인 투자규범을 협상하지는 않겠지만 법제도 자체가 어느 정도 개방화되어 있고 또 기업들의 국제화가 어느 정도인가에 따라 국가이익에 상당한 차이가 있기 마련이다. 특히, 국제규범은 국제정부가 없다는 점을 인식하여 소외계층을 구제하는 국제정의(복지) 규범의 마련이 필요한 것이다. 사실, GATT의 경험, 즉 초기에는 회원국이 소수였으나 그 후 대부분의 국가가 가입했다는 사실, 을 토대로 초기에는 OECD국가들만이 시작하고 일부 국가들이 옵저버로 참여하는 것이 더 효율적이라는 지적이 있을 수 있다. 그러나 바로 GATT의 경험이 비민주주의적이었고, GATT는 처음부터 국제보편협약을 지향했었고, GATT가 개도국의 처우문제로 끊임없는 진통을 겪었다는 것을 상기하면 다시 GATT의 전철을 밟겠다는 의도자체가 불순스럽다²²⁾. 그래서

21) Hee Moon Jo, *INTRODUÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL*, So Paulo: LTr, 2000, pp.72-4.

22) 이에 대해 SELA의 보고서는 OECD협상에 참여하지 않는다 하더라도 비참여국

OECD주도의 협상의 가장 큰 문제점은 국제적으로 협상의 정당성이 극히 미약했었다는 데 있었다. OECD의 협상내용은 그 성격상 다자적인 성격인데 그 협상을 비다자적인 곳에서 하는 것이 앞으로 국제사회에 어떠한 좋지 않은 선례를 남기지 않을까 하는 걱정이다.

이렇듯 국제사회의 정당성의 관점에서 살펴본다면 OECD주도의 MAI 협상은 부당했었다. 그러면 WTO주도의 협상가능성은 어떠한가. 이러한 가능성을 염두에 두고 또는 OECD협상에 대한 반작용으로 WTO에서의 협상가능성을 타진하고 있다. 향후 투자에 관한 다자간 국제협약의 형성은 개도국에게도 유리하다고 본다²³⁾. 사실, 국제사회에서의 발전 또는 공동번영이라는 것이 무엇인가. 다수를 위한 노력이 아닌가. 만일, 개도국 또는 상대적인 빈곤층에 대한 해결이 동시에 이루어지지 않으면 다자협상의 결과적인 이익의 대부분은 선진국으로 이전되기 때문에 국제사회가 추구하는 국제복지개념에 위배되는 것이다. 그래서 다자협상의 체결이 개도국에게도 바람직하다는 전제하에 협상장소 및 방식에 관한 구체적인 연구와 논의가 있어야 한다.

이러한 관점에서는 WTO나 UNCTAD에서의 협상, 또는 제3의 새로운 투자전담국제기구의 설립을 통한 협상도 고려해야 한다. 그런데 현재 무역·투자의 자유화가 급속도로 진행되고 있기 때문에 협상주체의 선정은 빠른 시일 내에 정해져야 한다. WTO위주의 협상은 OECD에 비교한다면 개도국에게 유리하다고 볼 수 있다. 우선, 협상 초부터 모든 국가의 참여가 가능하기 때문이다. 물론, 처음부터 많은 국가가 참여하면 합

이 받는 영향은 미미하다는 결론을 내리고 있는데 이는 결과위주의 소극적인 접근방식이며, 합의될 규범의 내용을 감안한다면 보다 적극적인 접근방식이 더 바람직하다고 본다. SELA입장에 대해서는 SEE, SELA, International Negotiations on Foreign Investment Elements for the Latin American and Caribbean Position (http://www.lanic.utexas.edu/~sel/a/eng_docs/spdredi18-974.htm, 2000.4.21).

23) WTO가 OECD보다는 더 유리하고 UNCTAD보다는 덜 유리하다는 의미로 생각하자.

의도출이 어렵다는 단점은 있다. 그러나 그것이 민주적인 것이 아닌가. 이를 위해 지역통합기구나 OECD등 단체를 이용한 그룹별 조정방식을 도입하면 될 것이다. 한편, WTO의 이용은 이미 WTO가 다양한 무역규범을 갖고 있기 때문에 투자규범의 제정시 국제규범간에 일관성을 유지할 수 있다는 장점이 있다. 최근 각국이 WTO협상 후 무역과 투자를 같은 맥락에서 취급하려는 경향은 WTO가 비록 투자 경험 면에서 뒤지지만 그 정당성에 대한 의문은 많이 줄일 수 있다는 점이다.

이러한 상황, 즉 조만간 외국인직접투자에 관한 다자간 협상이 시작될 것이라는 것을 염두에 두다면 양자협정이나 지역협정도 이러한 다자협정의 방향에 맞추어 고려되어야 하며, 개도국들은 일찌감치 이에 관한 협상블록을 형성하도록 노력해야 한다. 특히, 논의의 대상이 될, 외국인직접투자의 정의문제, 외국인투자의 제한범위, 국유화시 보상의 기준, 분쟁해결방식의 문제 등에 대해서는 특별한 사전논의가 필요하다.

현재, 양자협정이나 지역협정이 논의되는 점을 감안한다면 다자협정은 이들보다 더 높은 수준으로 옮려서는 안될 것으로 본다. 그렇다고 해서 그 수준을 낮출 수도 없는데 그 한계를 설정하는 것이 쉽지 않을 것이다. 그런데 WTO의 회원국이 현재 138개국이라는 점을 감안한다면 MAI는 OECD중심의 선진국들의 안으로 볼 수 있을 것이다. 그래서 다른 그룹군들이 공동안을 준비하는 것이 다자협상의 특성상 바람직하다. 그렇게 되면 MAI의 고수준 투자규범과 개도국 또는 다른 국가그룹의 저수준 또는 중간수준의 투자규범이 협상을 위한 안으로 사용될 수 있을 것이다. 이 때 저수준, 중간수준, 고수준이란 단지 상대적인 의미일 뿐이며 과거의 투자규범에 비한다면 모두 수준이 격상되는 규범들일 것이다. 특히, 이러한 협상안들은 기본적으로는 기존의 양자투자협정과 지역협정을 토대로 작성될 것이기 때문에 다자협정에 대한 충격은 별로 크지 않을 것으로 보인다. 이렇게 본다면 현실적으로 양자투자협정을 체결한 경험이 많은 국가일수록 다자투자협상에서 협상력을 높일 수가 있을 것이다. 또한, 현재 1500개가 넘는 양자투자협정이 있다는 것을 감안

한다면 각국이 협상국가군의 형성과 리더쉽을 선취하는 것도 필요하다. 이 경우 남미에서는 아르헨티나와 칠레가 단연 우세한 협상경험을 축적하고 있다고 볼 수 있다.

어쨌든 다자협정의 기준은 현재 난립되어 있는 양자협정을 어느 정도 까지는 대체하는 수준으로 협상되어야 할 것이다. 대부분의 양자협정은 다자협정이 부재하기 때문에 그 대안으로 체결되는 것이다. 그러나 지역 협정의 경우에는 다자협정에도 불구하고 계속 그 필요성이 존재한다. 지역협정의 성격 자체가 경제협력·통합을 지향하는 것이기 때문이다. 즉, 다자협정의 배경과 그 목적상 차이가 있기 때문이다. 대신, 다자협정은 지역협정의 배타성을 규제하는 국제기준으로 작용될 것이다. 그러나 다자협정은 양자협정이나 지역협정에 비해 좀 더 보편적인 규범의 형성을 목표로 한다. 여러 목표 중에 특히, 국제투자의 자유화, 국제투자의 보호, 효과적인 분쟁해결방식, 국제투자가 국가의 발전에 도움을 줄 것이다. 그리고 국제 사회적으로는 개도국, 빈곤층에 대한 혜택, 즉 단순한 개발 개념 외에도 동 개념에는 개도국에 대한 국제사회복지개념이 같이 포함되어야 한다. 그래서 MAI에서 논의되었듯이 앞으로 진행될 투자에 관한 다자간 협정은 단순한 국제관습의 CODIFICATION이 아니다. 오히려 이러한 규범은 많지 않고 현재, 양자, 지역협정으로 혼용되고 있는 다양한 규범들의 공통점을 찾는 것과 국제발전과 국제복지의 관점에서 새로운 규범을 찾는 다자협정이 될 것이다.

5. 결 론

80년대 중반이후 국제화·세계화가 추진되면서 국가들이 자국의 이익 보호를 극대화하기 위해 전방위적인 노력을 한 것이 사실이다. 무역분야에서 한편으로는 WTO중심의 다자협정을 추진하고 다른 한편으로는 양자협약이나 지역경제동맹을 추구하는 것이 현실이다. 투자분야에서는 이

러한 다자간 협정이 부재했기 때문에 선진국들을 중심으로 주로 양자투자협정을 통해 그 불안감을 해소하고 있다. OECD가 MAI협상을 주도했거나 WTO가 투자관련 협정에 관심을 갖는 것은 아주 자연스러운 현상이기도 하다.

사실, NAFTA, MERCOSUR, EU등과 같은 지역경제협력체는 투자관련 공동규범을 갖는 것이 지극히 당연하며, WTO는 이러한 경제통합의 속성이 없기 때문에 무역과 투자를 같이 엮기에는 아직 국제사회의 성숙도나 법 이론적인 뒷배경이 튼튼하지가 않다. 그러나 그 외에 국제사회가 제시할 수 있는 다른 특별한 대안은 아직 없다. 그리고 투자관련 다자협정에 관한 협상의 물고는 이미 OECD가 튼 상태이고 갈수록 심화되어 가고있는 BIT의 신경망을 국제법에 맞추어 체계적으로 정비하고 지역통합규범과의 조화를 이루기 위해서는 다자간 투자협상은 진행되어야 한다.

문제는 개도국이다. 앞으로의 협상에서 제 몫을 찾기 위해서는 구체적인 전략수립이 필요하다. 이미, 국제협상은 국가의 역량을 총 집중해야 하는 총력전이다. 정부가 독단으로 진행하던 정치외교는 이미 역사의 뒷전으로 밀려가고 있으며 이제는 법률외교가 그 자리를 메워 가고 있다. 국내전문가의 풀제운영, 정보의 공유, 국내여론의 수립과 수렴, 정부기관간에 의견 조화 등 국내적인 전략수립도 필요하며, 대외적으로는 MERCOSUR, ALADI, ASEAN등 지역국가간의 공동 협상 블럭의 사전 형성과 의견정립 및 다른 국가 블럭들과의 유기적인 협력체제를 사전에 수립해야 하는, 현실에 맞는 협상준비를 수립해야 한다²⁴⁾.

24) 문제는 WTO가 출범한 아래 WTO에서 다루는 의제들이 너무 많고 너무 전문화되어 있어 이러한 무역, 투자관련 이슈를 제대로 다루려면 엄청난 전문인력이 필요한데 이를 감당할 수 있는 국가는 미국 등 일부 선진국을 제외하고는 없다는 점이다. 실제로 상당수의 개도국들은 WTO대표부를 운영할 만한 능력도 없는 상태이다. 이러한 상태에서 투자문제를 다른 무역, 환경문제와 같이 취급을 한다면 향후 다자간 협상은 결국 엄청난 수의 국제변호사들을 앞세우는 미국의 협상 독무대가 될 수 밖에 없을 것이다.

사실상 80년대 후반 국제화와 세계화가 가속화되면서 그전에 상상하기 어려웠던 국제법률규범의 개념파괴가 급속도로 이루어져 왔다. 이제 전통국제법의 교과서들은 다시 쓰여져야 할 지경에 달한 것이다. 여기에 우리의 걱정이 있는 것이다. 국제사회의 발달에 비해 국제법 제정 또는 형성의 민주화는 갈수록 어려워지고 있다. 과거 20세기 초까지의 국제규범이 주로 유럽제국에 의해 형성되어 왔다면, 이제 국제법은 경제 또는 군사대국의 주도로 차본주의, 민주주의, 평등경쟁의 원칙하에 진행되고 있다는 점이다. 그만큼 국제사회의 소외그룹의 이익을 보호할 수 있는 제도적 장치가 미비해 진 것이다. 국제법의 폭력이 우려되고 있다. 과거 논의의 대상이 되었던 Hull공식이 양자협정, 지역협정에서 절대적인 지지를 받고 있다고 하여 이것이 바로 국제사회가 원하는 규범이라고 장담할 수 없다. 국제투자의 경제권력의 논리가 그러한 방향으로 틀을 잡았기 때문이다. 그래서 중요한 것은 앞으로 약자도 구제할 수 있는 국제 규범의 형성과 이러한 방향에서 즉, 국제복지의 관점에서 국제법의 정의가 실현되도록 국제법을 해석하고 적용할 수 있고 그러한 국제판례의 형성이 가능한 투자에 관한 국제사법법원의 형성이 필요한 것이다.