

# 국제투자협정의 예외조항에 관한 연구

연세대학교 일반대학원

법학과

이 서 연

# 국제투자협정의 예외조항에 관한 연구

지도교수 박덕영

이 논문을 석사 학위논문으로 제출함

2012 년 6 월 일

연세대학교 일반대학원

법학과

이 서 연

이서연의 석사 학위논문으로 인준함

심사위원\_\_\_\_\_인

심사위원\_\_\_\_\_인

심사위원\_\_\_\_\_인

연세대학교 대학원

2012 년 6 월 일

# 목 차

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구범위 및 연구방법 .....	2
 <b>제2장 예외조항과 국가의 규제권한</b> .....	<b>5</b>
제1절 예외조항의 정의 .....	5
제2절 구체적인 IIA상의 의무와 예외조항의 비교: 국가의 규제권한을 중심으로 .....	6
I. 내국민대우·최혜국대우와 국가의 규제권한 .....	6
II. 공정·공평한 대우와 국가의 규제권한 .....	7
III. 수용과 국가의 규제권한 .....	9
IV. 예외조항과 국가의 규제권한 .....	10
제3절 소결 .....	11
 <b>제3장 예외조항과 긴급피난의 관계</b> .....	<b>12</b>
제1절 긴급피난의 개관 .....	12
제2절 예외조항과 긴급피난의 관계 .....	12

I. 예외조항과 긴급피난의 요건 비교 .....	12
II. 아르헨티나 경제위기 관련 사건을 통해 살펴본 양 조항의 관계 .....	16
<b>제4장 예외조항의 유형 .....</b>	<b>25</b>
제1절 국가의 규제권한을 보장하는 유형 .....	26
제2절 GATT 제XX조 유형 .....	27
제3절 절차적 요건이 있는 유형 .....	28
제4절 자기관단적 유형 .....	30
I. 자기관단성이 명시된 경우 .....	30
II. 자기관단성이 명시되지 않은 경우 .....	31
III. 자기관단조항과 사법심사의 가능성 .....	33
제5절 특정 의무 위반에 한정된 유형 .....	33
제6절 분쟁의 대상으로부터 배제하는 유형 .....	34
제7절 그 외 논란이 되는 유형 .....	34
<b>제5장 예외조항의 일반적 요건 .....</b>	<b>38</b>
제1절 예외사유의 종류 .....	38
I. 필수적 안보이익 .....	38
II. 환경 .....	54

III. 공중보건 .....	57
IV. 국제평화·안보의 유지 .....	61
V. 공공질서 .....	63
제2절 예외조항상의 조치의 관계요건에 관한 논의 .....	65
I. ‘관계요건’의 의미 .....	65
II. 아르헨티나 경제위기 사건들과 필요성 요건 .....	66
제3절 조치발동국의 기여: 새로운 요건의 도입인가? .....	71
제4절 예외조항에 대한 입증책임 부담 .....	72

## 제6장 한국의 국제투자협정상의 예외조항 분석 ..... 74

제1절 BIT상의 예외조항 현황 .....	74
I. 한-독 BIT 제12조 .....	75
II. 한-일 BIT 제16조 .....	76
제2절 FTA상의 예외조항 현황 .....	81
I. 한-칠레 FTA 제20.2조 .....	81
II. 한-싱가포르 FTA 제21.2조 및 제21.3조 .....	83
III. 한-EFTA FTA 투자협정 제20조 .....	86
IV. 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 및 제21조 .....	89
V. 한-인도 CEPA 제10.18조·부속서10-나·부속서 10-다 .....	92

VI. 한-EU FTA 제7.50조 .....	97
VII. 한-페루 FTA 제24.1조 및 제24.2조 .....	99
VIII. 한-미 FTA 제23.2조 .....	101
제3절 한국의 국제투자협정의 예외조항에 대한 전반적인 평가 .....	102
I. 예외조항의 유형 측면 .....	102
II. 예외사유 측면 .....	103
III. 평가 .....	104
<b>제7장 결론 .....</b>	<b>106</b>
참고문헌 .....	109
<b>부록 .....</b>	<b>122</b>
부록 A. 각종 국제투자협정 내의 예외조항 .....	122
I. 국가별 모델 BIT에서의 예외조항 .....	122
II. 선별된 국제투자협정의 예외조항 .....	123
III. 그 외 참조조항 .....	128
부록 B. 발효 중인 한국의 국제투자협정상의 예외조항 .....	133
I. 한-독 BIT .....	133
II. 한-일 BIT .....	133

III. 한-칠레 FTA .....	135
IV. 한-싱가포르 FTA .....	136
V. 한-EFTA FTA 투자협정 .....	138
VI. 한-ASEAN FTA 투자협정 .....	138
VII. 한-인도 CEPA .....	141
VIII. 한-EU FTA .....	144
IX. 한-페루 FTA .....	146
X. 한-미 FTA .....	147

<표 차례>

[표 1] 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 문언 비교 .....	12
[표 2] 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 관계에 관한 중재판정부의 입장 .....	17
[표 3] 아르헨티나 경제위기 관련 사건의 시간적 순서 .....	23
[표 4] 발효된 한국의 BIT 현황 .....	74
[표 5] 한국의 발효된 FTA 현황과 예외조항 유무 .....	81
[표 6] 한국 국제투자협정 예외조항의 유형별 현황 .....	103
[표 7] 한국 국제투자협정 예외조항상의 예외사유 현황 .....	103

## 국 문 요 약

### 국제투자협정의 예외조항에 관한 연구

국제적 평면에서 국제투자중재, 특히 투자자-국가 투자중재의 활용도가 높아져 가는 가운데, 국제투자중재를 청구하는 법적 근거 중 하나인 국제투자협정에 대한 관심 또한 늘고 있다. 특히 2012년 3월 15일에 한-미 FTA가 발효되면서 정치권 일각에서 한-미 FTA의 유효성에 대하여 의문을 표한 것을 시작으로 투자자-국가간 분쟁해결에 관해서 문제가 제기되고 있다.

위와 같은 갈등에는 해외투자를 보호하고 증진하고자 하는 가치와 국가들이 자신의 규제권한을 강화하고자 하는 가치 간의 충돌이 내재되어 있고, 이러한 가치의 충돌을 해결하기 위해 사용될 수 있는 수단으로 국제투자협정상의 투자유치국 의무 해석 외에도 예외조항이라는 것이 있는바, 본 논문은 예외조항이 투자의 보호·증진과 국가의 규제권한 간의 갈등을 원만하게 해결할 수 있는 기제에 해당한다는 것을 그 전제로 하고 있다.

예외조항은 국제투자협정의 당사국이 일정한 경우에 있어서 협정상의 의무에도 불구하고 이에 반하는 조치를 취할 수 있다는 것을 규정한 조항을 말한다. 그런데 이러한 예외조항이 국제관습법상의 긴급피난과 유사한 면이 있어 이들의 관계가 문제되고 있는데, 아르헨티나가 자국의 경제위기를 타개하기 위해 취하였던 일련의 경제조치 때문에 해외투자자가 투자중재를 청구한 여러 사건에서 아르헨티나가 이 두 조항을 항변으로 원용하여 여러 중재판정부에서 이에 대한 결정을 내린 바 있다. 다소 차이가 있긴 하지만 대체적으로 이들 중재판정부는 국제투자협정의 예외조항과 국제관습법상의 긴급피난과 동일하지 않다는 것에 그 의견이 일치하는 것으로 보인다.

다양한 모습으로 국제투자협정에 나타나고 있는 예외조항을 일관된 하나의 기준으로 분류하기보다 중첩되더라도 여러 기준을 사용하여 분류하는 것이

더 타당해 보인다. 본 논문에서는 예외조항의 유형을 국가의 규제권한을 보장하는 유형, GATT 제XX조 유형, 조치 발동 요건이 있는 유형, 자기판단적 조항 유형, 특정 의무 위반에 한정되는 유형, 분쟁 대상으로부터 배제하는 유형 등이 있다. 이 유형 중에서 특히 예외조항에 자기판단적 문언이 없더라도 예외조항의 요건이 충족되었는지를 결정하는 주체가 여전히 조치를 발동하는 국가인지 여부가 아르헨티나 경제위기 관련 사건에서 문제가 되었다. 또한, 비록 예외조항의 유형은 다양할지라도 이들 예외조항들이 일반적으로 가지고 있는 요건을 추출할 수 있는데, 예외사유와 관계요건이 그것이다. 주로 거론되는 예외사유로는 필수적 안보이익, 환경, 공중보건, 공공질서, 공중도덕, 국제평화·안보의 유지 등이 있는데, 아르헨티나 경제위기 관련 사건에서 필수적 안보이익이 국가안보에 한정되는지, 아니면 경제적 이익까지 확대해서 해석할 수 있는지가 문제되었다. 그리고 마지막으로 관계요건으로는 ‘필요성 요건,’ ‘관련성 요건’ 등이 있는데, 본 논문에서는 아르헨티나 경제위기 관련 사건에서 문제가 되었던 필요성 요건을 중심으로 검토하였다.

이러한 예외조항에 대한 전반적인 분류작업 및 요건에 대한 해석의 검토를 바탕으로 한국의 여러 국제투자협정이 두고 있는 예외조항에 대한 분석이 행해졌는데, 분석 결과 대부분의 예외조항이 GATT 제XX조 등의 형식을 따르고 있었고 필수적 안보이익에 관해서는 자기판단적 문언을 두고 있는 경우가 많았으며 일부 예외조항은 통보의무라는 절차적 요건을 두고 있다는 것을 알 수 있었다. 하지만 예외조항들이 어떠한 일관된 모습을 보이고 있지 않다는 점에서 보통 예외조항이 상대 협정당사국의 요청으로 삽입되었다는 것을 알 수 있고, 일부 예외조항의 경우 예외조치를 국제투자중재의 대상에서 배제하고 있어 남용될 여지가 크다는 점이 문제된다. 한국 내에서 해외투자를 보호하고 증진하면서 국민의 공익을 실현하기 위해서는 적절한 예외조항의 설계와 이에 대한 폭넓은 이해가 필요하다고 하겠다.

---

핵심되는 말 : 국제투자협정, 양자간 투자협정, 예외조항, 일반적 예외, 안보상 예외, 투자중재, GATT 제XX조, 자기판단적 조항, 필수적 안보이익

## 제1장 서론

### 제1절 연구의 목적

국제투자협정은 “협정당사국 내의 외국인투자를 증진하고 보호할 목적으로 체결되는 양자 또는 다자간 조약”을 말한다.<sup>1)</sup> 국제투자협정들은 일반적으로 투자 및 투자자에 대한 정의, 내국민대우(national treatment), 최혜국대우(most-favored-nation treatment), 공정·공평한 대우(fair and equitable treatment), 수용(expropriation) 등에 관한 조항을 담고 있는데, 이들은 모두 협정국이 상대 당사국에 대해 그 국가의 투자자에 대해 상기한 대우를 하겠다고 약속을 하는 국제법상의 의무이다.

본래 투자자는 국제투자협정을 체결한 당사자가 아닐뿐더러 국제법상의 주체에 해당하지 않기 때문에, 상기 국제투자협정상의 조항들은 협정당사국들이 투자의 증진과 보호를 위해 투자자에게 부여하는 혜택에 불과해야 한다. 그리고 이러한 논리에 따라 투자자는 본래 상기 조항의 위반을 협정당사국에게 주장을 하지 못하고 협정의 상대국만이 주장을 할 수 있다. 하지만 이러한 상황은 ISD 조항으로 인해 뒤집어지게 된다. 즉, ISD 조항의 삽입으로 인하여 투자자는 자신의 국적국을 거치지 않고 곧바로 협정당사국인 투자유치국에게 국제투자협정의 위반을 물을 수 있게 된 것이다. ISD는 국제적 평면에서 개인이 국가의 조약상 위반을 다룰 수 있고, 그 결과에 국가가 승복할 수 있게 만들 수 있다는 점에서 분명 획기적인 제도이다.

하지만 최근 국가들이 환경, 노동, 공중보건, 경제안정, 국가안보 등 공익을 위해서 정책적 재량을 펼치고 있는 영역이 점점 커지고 있고, 이러한 공익의 보전을 위해 국가들이 취하는 조치의 형태 또한 다양화되고 있는 상황 속에서 ISD가 국가의 정당한 규제권한을 제한하고 있다는 비판이 일고 있다. 이러한 비판은 여러 가지 사유를 그 근거로 삼고 있다. 첫째, 투자중재는 제기될

---

1) 박덕영 외, 『국제투자법』, 박영사 (2012), 6면.

때마다 새로 중재판정부를 구성하게 되므로 이들 중재판정부간의 판정이 일관적일 것이라는 보장이 없어 불확실성이 증대된다.<sup>2)</sup> 둘째, 투자중재에서 패한 결과 해외투자자에게 지불해야 하는 손해배상금 때문에 특히 개발도상국들은 자국 공익 보호에 꼭 필요하지만 해외투자자를 해하는 조치를 취하는 것에 부담을 느껴 그러한 조치를 자제하게 되는 ‘규제적 냉각(regulatory chill)’ 효과가 발생할 수 있다.<sup>3)</sup> 셋째, 해외투자자들은 투자유치국이 투자중재에 대해 느끼는 부담감을 전략적으로 이용할 수 있다.<sup>4)</sup>

이렇듯 해외투자의 적극적인 유치를 위하여 국제투자협정이 활발하게 체결되고 있고, 이러한 국제투자협정의 준수를 확보하는 수단인 ISD의 이용 또한 활발하지만, 이러한 결과 국가들의 정당한 규제권한이 제약을 받게 되는 결과가 야기되고 있다. 그리고 이러한 갈등관계의 해소에 중요한 역할을 하고 있는 것으로 예외조항(exception clause)이 새롭게 각광을 받고 있다. 특히 최근 아르헨티나를 상대로 제기되었던 여러 투자중재에서 아르헨티나가 예외조항을 항변으로써 성공적으로 주장하여 더욱 그러하다.

## 제2절 연구범위 및 연구방법

예외조항이 국제투자법 분야에서 구체적으로 어떻게 구현되고 있는지를 보기에 앞서, 본 논문은 국제투자협정에 삽입된 예외조항을 그 대상으로 삼는다는 것을 밝힌다. 국제투자협정(international investment agreement: IIA)이란 국가들이 상대방 국가의 투자자 또는 투자에게 부여할 대우에 관한 약속을 하고 이러한 약속의 이행을 위한 제도 마련에 동의를 하는 국제법상의 문서를 말한다.<sup>5)</sup> 이러한 국제투자협정에는 크게 양자간 투자협정(bilateral investment treaty: BIT), 투자챕터를 포함하는 양자간 경제협정, 그리고 다자간 투자 관련 조약

---

2) 그러한 예로 환경과 관련된 투자중재사건들인 *Metalclad v MexcioI* 사건과 *Methanex* 사건이 NAFTA 제1110조를 달리 해석한 결과 서로 다른 결론에 도달한 경우도 있다(H. Mann, “Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exception Clauses Create a Safe Haven for Governments?,” *Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum* (2007), at 5.)

3) *Ibid.*

4) *Ibid.*

5) J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press (2009), at 1.

등이 있다. 2011년 말 시점을 기준으로 BIT의 수는 2,833개, BIT 외의 협정의 수는 331개로, 총 국제투자협정의 수는 3,164개에 이른다.<sup>6)</sup> 본 논문의 자료조사의 가장 이상적인 방법은 3,164개 조약 모두를 검토하여 예외조항의 유무 확인 및 분류 작업하는 것이겠지만, 한정된 시간 안에 1인만으로 이러한 작업을 하기에는 어려움이 많아, 예외조항을 그 주제로 하는 기존의 보고서에 제시되어 있는 국제투자협정 조문을 참조하여 제4장을 작성하였다. 또한 본 논문의 작성에 있어서 여러 데이터베이스를 적극적으로 활용하였는데, BIT의 경우에는 UNCTAD의 온라인 투자문서 데이터베이스(*Investment Instruments Online*),<sup>7)</sup> FTA의 경우에는 WTO의 지역적 무역협정 정보 시스템(*Regional Trade Agreements Information System*),<sup>8)</sup> 한국의 국제투자협정의 경우에는 외교통상부의 ‘조약정보’ 데이터베이스,<sup>9)</sup> ICSID 투자중재사건의 경우에는 ICSID의 사건 데이터베이스,<sup>10)</sup> 그리고 그 외에 앤드류 뉴콤(*Andrew Newcombe*) 교수가 운영하는 투자협정중재(*Investment Treaty Arbitration*) 사이트<sup>11)</sup>를 참조하였다.

본 논문은 총 7개의 장으로 구성되어 있는 바, 제2장 ‘예외조항과 국가의 규제권한’에서는 예외조항이란 것이 무엇이고 국제투자협정을 이루고 있는 여러 요소 중에 왜 예외조항이 국가의 규제권한의 보호에 가장 바람직한지를 살펴본다.

다음으로 제3장 ‘예외조항과 긴급피난의 관계’에서는 예외조항과 흔히 비교되고 있는 국제관습법상의 긴급피난이 예외조항과 가지는 유사점 및 차이점을 살펴보고 실제 아르헨티나 경제위기 관련 사건들을 통하여 이 두 조항의 관계 설정이 어떻게 변하고 있는지를 살펴본다.

제4장 ‘예외조항의 유형’에서는 국제투자협정에 다양한 형태로 존재하는

6) UNCTAD, *World Investment Report 2012: Toward a New Generation of Investment Policies*, United Nations Publications (2012), at 84.

7) 그 주소는 다음과 같다. <<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>>

8) 그 주소는 다음과 같다. <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>>

9) 그 주소는 다음과 같다. <[http://www.mofat.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/bilateral/index.jsp?mofat=001&menu=m\\_30\\_50\\_40](http://www.mofat.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/bilateral/index.jsp?mofat=001&menu=m_30_50_40)>

10) 그 주소는 다음과 같다. <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home)>

11) 그 주소는 다음과 같다. <<http://italaw.com>>

예외조항에 대한 분류를 시도한다.

제5장 ‘예외조항의 일반적 요건’에서는 예외조항의 요건으로 거론되는 예외사유, 관계요건 및 기타 논점에 대해 설명한다.

제6장 ‘한국의 국제투자협정상의 예외조항 분석’에서는 한국의 국제투자협정 내의 예외조항 현황을 알아보고, 이러한 예외조항을 예외조항 유형 및 제 24.2조 나호예외사유의 종류에 따라 분석 및 평가를 한다.

마지막 제7장 ‘결론’에서는 제6장에서 이루어진 한국의 국제투자협정의 예외조항에 대한 분석 및 평가를 바탕으로 앞으로 한국 정부가 체결 또는 개정하는 국제투자협정에서 어떠한 방식으로 예외조항을 활용하는 것이 바람직한지에 대해 살펴본다.

## 제2장 예외조항과 국가의 규제권한

### 제1절 예외조항의 정의

예외조항(exception clause)은 국제투자협정상의 투자자 보호가 적용되는 범위를 예외적인 상황에 제한을 가하는 국제투자협정상의 조항을 말한다.<sup>12)</sup> 예외조항을 연구하는 데에 있어서 이렇게 광범위한 정의를 택하는 이유는 아래 제3장에서 후술하는 바대로 예외조항이 국제투자협정에서 규정될 시 어떤 정형화된 모습을 가지고 있지 않기 때문이다.

예외조항이 국제투자협정에서 다양한 모습으로 구현되고 있음에 따라 그 명칭 또한 다양하다. 일부 학자는 많은 예외조항이 “Nothing in this Treaty shall be precluded from”이라는 문언을 두고 있다는 점에 착안하여 ‘비배제조치조항(non-precluded measures clause)’이라는 명칭을 사용한다.<sup>13)</sup> 또한 예외조항이 발동될 수 있는 예외적적인 상황이 대부분 비상상황이라는 점을 염두에 두고 이를 ‘비상조항(emergency clause)’이라고 부르기도 한다.<sup>14)</sup> 그리고 간혹 예외조항을 금융법에서 유래된 표현인 ‘제외(carve out)’ 조항이라는 명칭이 사용되기도 한다.<sup>15)</sup>

하지만 투자유치국이 국제투자협정상의 의무를 위반하였다고 하더라도, 이

---

12) W.W. Burke-White and A. von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *Virginia Journal of International Law* vol.48 no.2 (2007), at 311.

13) 이러한 명칭을 사용하는 학자로는 W. W. Burke-White and A. von Staden, G. Bottini(Gabriel Bottini, Protection of Essential Interests in the BIT Era, in T.J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, 2008), R. Luzi(Roberto Aguirre Luzi, “BITs & Economic Crises: Do States have carte blanche?”, in T.J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, 2008) 등이 있다.

14) Michael D. Nolan and Frederic G. Sourgens, “The limits of discretion? Self-judging emergency clauses in international investment agreements,” in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, Oxford University Press (2011).

15) M. Ewing-Chow and G.R. Fischer, “ASEAN IIAs: Conserving Regulatory Sovereignty while Promoting the Rule of Law?,” *Transnational Dispute Management* vol.8, no.5 (December 2011).

러한 의무를 위반하는 투자유치국의 조치가 당해 조항의 요건을 충족하는 경우에 있어서 ‘예외적으로’ 그러한 의무 위반이 정당화된다는 측면에서 ‘예외조항’이라는 표현이 적절한 것으로 보이고,<sup>16)</sup> 본 논문에서는 이 명칭을 사용한다.

## 제2절 구체적인 IIA상의 의무와 예외조항의 비교: 국가의 규제권한을 중심으로

앞에서 살펴본 바대로 IIA는 협정당사국의 의무로 투자 및 투자자에 대한 정의, 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평한 대우, 수용에 관한 조항을 두고 있다. 또한 이러한 의무에 대한 예외로 예외조항을 두고 있는 경우도 있다.<sup>17)</sup> 국제투자중재에서의 중재판정부는 투자 및 투자자에 대한 정의조항을 관할권(jurisdiction)에서 다루고 있기 때문에,<sup>18)</sup> 국가의 규제권한과는 직접적인 관련성은 없다. 따라서 아래에서는 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평한 대우, 수용과 예외조항을 중심으로 이러한 의무와 예외들이 어떻게 국가의 규제권한에 영향을 미치는지를 살펴본다.

### I. 내국민대우·최혜국대우와 국가의 규제권한

내국민대우는 투자유치국이 외국인 투자자 또는 투자를 국내투자자 또는 투자에 비해 불리하지 않게 대우하는 것을 말하고,<sup>19)</sup> 최혜국대우는 한 국가가 제3국의 투자자 또는 투자에 대해 부여하는 특혜를 상대국의 투자자 또는 투자에도 부여하는 것을 말한다.<sup>20)</sup> 이러한 원칙들은 다른 비교대상을 필요로 하는 상대적 기준(relative standard)에 해당한다.<sup>21)</sup>

*Methanex* 사건에서 청구인인 Methanex은 메탄올을 개질휘발유(reformulated

---

16) A. Newcombe and L. Paradell, *op. cit.*, at 483-483.

17) 이러한 국제투자협정으로는 미국 모델 BIT, 캐나다 모델 BIT, 한-일 BIT 등이 있다.

18) 박덕영 외, 『국제투자법』, *op. cit.*, 6면.

19) *Ibid.*, at 121.

20) *Ibid.*, at 89.

21) J. Salacuse, *op. cit.*, at 206.

gasoline)의 성분으로 사용할 수 없도록 한 캘리포니아의 법령이 미국 내의 제조업자와 해외 제조업자를 차별하고 있어 내국민대우 위반을 주장하였는데, 이러한 주장은 중재판정부에 의해 배척되었다.<sup>22)</sup> *Methanex* 사건에서 보는 것처럼 투자유치국이 공익 관련 규제를 취하는 경우에 있어서 중재의 청구인이 내국민대우 위반이 있다는 것을 증명하기는 어렵다. 왜냐하면 국가들은 WTO 법상의 내국민대우에 의한 학습효과에 의해서인지 몰라도 규제를 내국인과 외국인에 대해 달리 적용하고 있지 않기 때문이다.

아직 국가의 공익상 규제가 협정상대국의 투자자와 제3국의 투자자를 달리 대우하고 있다는 것을 다룬 사례가 없기는 하지만, 가상적으로 투자유치국이 개발도상국의 투자자에게 경과규정과 같은 특혜를 부여하고 있는 경우, 이러한 특혜가 최혜국대우의 원칙에 따라 협정상대국의 투자자에게도 부여되어야 하는지가 문제될 수 있다. 일반적으로 IIA상의 최혜국대우 조항들이 특혜에 해당할 수 있는 대상을 한정하고 있지 않아 최혜국대우의 적용이 관할권 관련 사항까지 확대되고 있는 점으로 미루어 보면,<sup>23)</sup> 장차 최혜국대우의 원칙이 국가의 규제권한에 관한 투자중재에서 문제가 될 수 있다.

## II. 공정·공평한 대우와 국가의 규제권한

사실 국가 규제권한 관련 투자중재에서 상기 내국민대우와 최혜국대우보다 공정·공평한 대우의 원칙과 수용이 더 문제가 되고 있다. 특히 수용과는 달리 공정·공평한 대우의 원칙은 IIA에서 모호하게 규정되는 경향이 있기 때문에 널리 청구인에 의해 투자중재에서 원용되고 있다.<sup>24)</sup> 이러한 공정·공평한 대우를 해석하는 데에 있어서 두 가지 입장이 있는데, 국제최소기준(International Minimum Standard: IMS)과 동일한 것으로 보는 입장과 별개의 것으로 보는 입장이 그것이다.<sup>25)</sup> 투자유치국이 공익상의 규제를 하는 경우에 이러한 입장의 대립은 투자유치국이 국내투자자를 대하는 수준이 국제최소기준보다 높을 시

---

22) *Methanex Corporation v. United States of America, In the Matter of An Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005, para. 19.*

23) 이에 관한 자세한 논의는 박덕영 외, 『국제투자법』, *op. cit.*, 101-117면 참조.

24) J. Salacuse, *op. cit.*, at 218.

25) *Ibid.*, at 222.

에 의미가 있는데, 이 경우 먼저 해당 조약에 국제최소기준과 공정·공평한 대우를 동일한 것으로 규정하고 있는지 여부를 파악할 필요가 있다. 또한 공정·공평한 대우의 내용으로 중재판정부에서 언급하는 것으로 i) 주의 및 물리적 보호(vigilance and protection), ii) 절차적 정당성(due process and procedural fairness), iii) 투명성(transparency), iv) 정당한 기대(legitimate expectations), v) 강제와 협박(coercion and harassment), vi) 신의성실(good faith), vii) 자의성과 차별성(arbitrary and discriminatory), viii) 예측가능성(predictability)가 있는데,<sup>26)</sup> 이 중에서 국가의 공식상 규제권한과 가장 밀접한 관련성을 가지고 있는 것이 정당한 기대와 예측가능성이다.

정당한 기대의 보호 또는 예측가능성은 “투자를 할 당시에 해외 투자자가 가지고 있던 기본적인 기대에 영향을 미치지 않는 국제투자상의 대우를 협정 당사국들이 제공할 의무”를 말한다.<sup>27)</sup> *CMS* 사건에서 중재판정부는 “안정성과 예측가능성이 공정·공평한 대우로부터 분리될 수 없다”고 보면서,<sup>28)</sup> 아르헨티나가 자국의 경제위기를 타개하기 위해 도입한 일련의 경제조치들이 “투자자 결정되고 이루어진 법적·경영상의 환경을 완전히 변형시켰다”고 하여,<sup>29)</sup> 아르헨티나가 공정·공평한 대우를 위반하였다고 판단하였다. 이러한 중재판정부의 태도에 따르면, 해외투자자가 투자를 한 시점 이후 투자유치국이 공익상의 필요에 의해 그 투자와 관련된 법적 틀을 변경하여 해외투자자의 예측가능성을 해하게 될 경우 공정·공평한 대우 위반을 선언하게 될 가능성이 높다.

그런데 *Saluka v Czech* 사건의 판정부는 해외투자자의 기대를 좌절시킨 행위가 정당하고 합리적인지를 판단하기 위해서는 공익을 위해 국내사항을 규율할 수 있는 투자유치국의 정당한 권리에 대한 고려도 있어야 한다고 본 바가 있어,<sup>30)</sup> 중재판정부가 투자유치국의 편을 들어줄 가능성도 여전히 있다.

26) 강승관, “국제투자법상 공정·공평한 대우 원칙에 관한 연구,” 연세대학교 대학원 법학과 석사학위논문 (2011), 70면.

27) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154.

28) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005, para. 276.

29) *Ibid.*, para. 275.

30) *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, The Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Partial Award, 17 March 2006, para. 305.

### III. 수용과 국가의 규제권한

상기한 바와 같이, 수용은 공정·공평한 대우의 원칙과는 달리 IIA 상에 구체적인 요건을 두고 있는 경우가 대부분이다. 그런데 과거에는 수용에 관하여 국가들이 강제적인 방법으로 직접 해외투자자들의 재산을 취득하였을 경우 이에 대한 보상의 수준이 문제가 되었다면, 최근에는 다양한 투자유치국의 조치로 인해 그 국가가 해외투자자의 재산에 관한 권원을 취득한 것은 아니지만 간접적으로 그러한 효과가 나타난 경우(간접수용, *indirect expropriation*)도 수용으로 볼 수 있는지 여부가 쟁점이다.<sup>31)</sup> 투자중재에서 청구인이 수용을 주장할 경우 수용의 요건은 적용되는 IIA의 규정을 구체적으로 살펴보아야겠지만, 일반적으로 거론되는 수용의 요건으로는 공공목적, 비차별적인 방법, 적법절차의 준수, 신속·적절·효과적인 공정한 시장가격 보상이 있다.<sup>32)</sup>

투자유치국이 공익상 규제의 목적으로 취할 수 있는 조치는 다양한데, 어떠한 경우에 있어서 이러한 조치들을 간접수용으로 볼 수 있는지 여부가 국가 규제권한 관련 투자중재에서 문제가 될 수 있다. 이것은 또한 투자유치국이 본래 가지고 있는 해외투자자 및 투자에 대한 규제권한과의 연관관상에서 보아야 한다.<sup>33)</sup><sup>34)</sup> 만약 국가가 행한 규제행위가 정당한 규제권한의 행사에 해당하게 된다면, 이는 수용에 해당하지 않아 해외투자자에게 보상을 할 필요가 없게 된다.<sup>35)</sup> 그렇다면 문제의 핵심은 간접수용과 정당한 규제권한의 행사를 어떻게 구분하느냐에 있다. 일반적으로 간접수용인지 여부를 판단하는 데에 있어서 중재판정부들의 여러 판정문에서 투자자의 재산권에 대한 침해의 정도와 그 지속기간, 투자자의 정당한 기대가 좌절되었는지 여부, 비례성의 결여이라는 기준을 추출하는 것이 가능한데,<sup>36)</sup> 이러한 기준만이 있는 것은 아니다.

31) C. McLachlan, L. Shore and M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press (2007), at 266.

32) 박덕영 외, 『국제투자법』, *op. cit.*, 249-253면.

33) J. Salacuse, *op. cit.*, at 297.

34) ‘수용할 권리(right to expropriate)’ 개념을 언급하면서, 투자유치국이 보상을 한다는 전제하에 해외투자자의 착취적 영업행태, 국내환경에 대한 침해, 투자국과 투자유치국 간의 외교적 단절 등의 이유로 해외투자자의 투자를 수용할 권리가 있다고 보는 학자도 있다(S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing (2008), at 121-122).

35) *Ibid.*, at 298.

일례로 *Methanex* 사건에서 중재판정부는 캘리포니아의 메탄올 금지법령이 “공익을 목적으로 입법되었고, 비차별적이며, 적법절차에 따라 형성”되었다고 하여 간접수용이 아닌 정당한 규제에 해당한다고 보았다.<sup>37)</sup> 또한 투자자가 여전히 간접적으로 수용되었다고 주장되는 재산을 지배하고 있다면, 간접수용을 주장하기 힘들 것이다.<sup>38)</sup>

#### IV. 예외조항과 국가의 규제권한

IIA의 구조상 예외조항은 투자자가 주장하는 IIA 위반에 대하여 투자유치국이 취할 수 있는 마지막 항변수단에 해당한다. 예외조항이란 협정당사국이 일정한 사유가 있을 경우 자국이 필요하다고 판단되는 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있는 조항이다. IIA에서 예외조항에 나열된 예외사유는 다양한데, 그 중에서 흔히 나타나고 있는 것으로 필수적 안보(essential security), 공중보건(public health), 환경, 국제조약상의 의무 준수 등이 있다.

예외조항은 불과 얼마 전까지만 해도 IIA상의 다른 원칙에 비해 별 관심을 받아오지 못하고 있다가, 최근 아르헨티나의 경제위기로 촉발된 일련의 투자중재 사건들로 인해 관심이 집중되고 있다. 특히 *Enron* 사건과 *Sempra* 사건에서 해당 취소위원회(Annulment Committee)가 원판정부가 행한 예외조항의 적용이 잘못되었다는 이유로 원판정을 취소한 것<sup>39)40)</sup>은 IIA상의 예외조항이 해외투자자의 투자보호와 국가의 정당한 규제권한 사이의 줄다리기에서 기여하는 바가 클 수 있다는 것을 보여주고 있다.

구체적인 예외조항의 요건은 각 조약의 문언에 따라 다르겠지만, 일반적으로 예외조항을 발동하기 위해서는 예외사유와 이러한 예외사유와 국가의 예외조치간의 관련성이 있어야 한다.<sup>41)</sup> 또한 예외조항과 관련된 쟁점으로는 예외

36) 한지희·박덕영, “기후변화정책과 간접수용문제,” 『국제경제법연구』 제10권 제1호, (2012.05), 40-41면.

37) *Methanex*, *op. cit.*, para. 15.

38) *Nycomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia*, Award, December 16, 2003, para. 33.

39) *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentina*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Application for Annulment, 30 July 2010

40) *Sempra Energy International v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/16, Annulment of the Award, 10 June 2010

조항이 자기판단적 조항(self-judging clause)인지 여부인데, 이는 예외사유가 발생했고 이러한 예외사유에 대처하기 위해서 예외조치가 필요한지 여부를 투자유치국이 판단하는지, 아니면 중재판정부가 판단하는지에 관한 문제이다.<sup>42)</sup> 그리고 예외조항의 적용이 인정된다고 하더라도, 여전히 투자유치국이 해외투자자에게 보상을 해야 하는지의 문제가 남아 있는데, *LG&E v Argentina* 사건의 중재판정부는 예외조항의 적용을 인정하면서 경제위기 동안에 아르헨티나가 행한 조치 때문에 청구인가 받은 손해를 보상할 의무가 없다고 보았다.<sup>43)</sup>

### 제3절 소결

위에서 살펴본 바와 같이, 투자유치국이 공익상의 이유로 규제권한을 행사하여 해외투자자에게 손해를 입혀 해외투자자가 ISD를 제기하였다 하더라도, 해외투자자가 무조건 중재를 이기는 것은 아니다. 해외투자자는 투자유치국의 조치가 IIA상의 의무를 위반하였다는 것을 증명하여야 하는데, 위에서 살펴본 여러 의무 중 그나마 그 위반을 증명하기에 가장 용이한 것은 공정·공평한 대우 원칙 중 정당한 기대에 대한 것이다. 그런데 설사 투자유치국이 공정·공평한 대우 원칙을 위반하였다고 하더라도, 투자유치국은 자국의 조치가 예외조항상의 예외조치에 해당하였다는 것을 증명함으로써 그 위반 때문에 발생한 책임으로부터 벗어날 수가 있다. 따라서 ISD는 투자자에게 유리한 구조만을 가지고 있다고 말하기 어렵다고 본다.

---

41) W.W. Burke-White and A. von Staden, *op. cit.*, at 329.

42) *Ibid.*, at 368.

43) *LG&E Energy Corp and ors v Argentina*, ICSID Case No ARB 02/1, Decision on Liability, October 3 2006, para. 267. 더 자세한 사항은 김대순, “국제법상 긴급피난과 보상의무 :미국-아르헨티나간 ICSID 사건을 중심으로,” 『국제법학회논총』 제55권 제3호 통권 제118호 (2010.09) 참조.

## 제3장 예외조항과 긴급피난의 관계

### 제1절 긴급피난의 개관

‘국가책임에 관한 규정 초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 이하 국가책임초안)’ 제25조에 규정되어 있는 긴급피난(necessity)은 국가가 자신의 국제적 의무를 위반하는 행위(작위 또는 부작위)에 대한 국가책임(state responsibility)의 위법성을 조각할 수 있는 사유 중 하나로서, 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)에 의해 국제관습법으로서의 지위를 인정받은 바 있다.<sup>44)</sup>

### 제2절 예외조항과 긴급피난의 관계

#### I. 예외조항과 긴급피난의 요건 비교

##### 1. 양 조문의 문언상 비교

‘III. 예외조항의 형태’에서 더 자세하게 살펴보겠지만, 예외조항은 국제투자협정 당사국들의 특수한 사정을 반영하여 그 형태가 매우 다양하게 나타난다. 따라서 성급하게 일반화하기는 힘든 면이 없지 않아 있지만, 여기서는 국제투자중재포럼에서 유일하게 해석의 과정을 거쳤던 미국-아르헨티나 BIT 제 XI조와 국가책임초안 제25조를 비교하고자 한다.

---

44) *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, 25 September 1997, paras. 51-52; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, p. 136.

[표 1] 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 문언 비교

	미국-아르헨티나 BIT 제XI조	국가책임초안 제25조
대상조치	This Treaty shall not preclude the application [...] of <i>measures</i>	an <i>act</i> not in conformity with an international obligation
법적 효과	shall not preclude	may not be invoked [...] as a ground for precluding the wrongfulness [...] unless
관련성요건	necessary for	is the only way
예외사유 의 종류	<ul style="list-style-type: none"> <li>• maintenance of public order</li> <li>• fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security</li> <li>• protection of its own essential security interests</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• safeguard an essential interest against a grave and imminent peril</li> </ul>
적용배제 사유		<ul style="list-style-type: none"> <li>• does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole</li> <li>• may not be invoked [...] if the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity</li> </ul>
조치발동국 의 기여		the State has contributed to the situation of necessity

※강조 및 생략은 필자가 추가한 것임.

위 표가 보여주는 것과 같이, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 문언은 서로 일치하지 않을 뿐 아니라 국가책임초안 제25조가 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 비교하여 보았을 때 추가적인 요건을 두고 있어 그 요건이 더 엄격함을 알 수 있다. 다음에서 구체적으로 요건을 하나씩 비교하고자 한다.

첫째, 대상조치와 관련해서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 ‘조치(measure)’를 규정하고 있는 것과 달리, 국가책임초안 제25조는 ‘행위(act)’를 규정하고 있다. 국가책임초안상의 ‘행위’는 당해 초안에서 작위(action)과 부작위(omission) 모두를 아우르는 개념으로 사용되고 있다.<sup>45)</sup> 반면 ‘조치’는 그 사전

적 의미가 “특정한 목적을 달성하기 위해 취한 계획 또는 방책”<sup>45)</sup>으로써, 개념상 작위에 해당한다. 그런데 국가책임초안 제25조는 대상조치가 작위·부작위를 불문하지만, 이러한 행위는 ‘국제적 의무에 부합하지 않아야’ 한다. 반면 미국-아르헨티나 BIT 제XI조상의 조치는 당해 BIT를 위반하였는지 여부와 상관없이 당해 BIT의 대상조치가 될 수 있다.

둘째, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 그 적용이 인정될 경우 당해 BIT를 이유로 문제의 조치의 적용을 배제하지 못한다(*shall not preclude*)고 규정하고 있다. 반면, 국가책임초안 제25조는 동 조가 정하는 요건을 충족시키지 못한다면 긴급피난으로 위법성을 조각하는 근거로 원용되지 못한다고 규정하고 있다.

셋째, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 필수적 안보 이익의 보호 등에 ‘필요한(*necessary*)’ 조치를 취할 수 있는 국가의 권한을 인정하는 것이라면, 국가책임초안 제25조는 긴급피난 조치가 국가의 필수적 이익을 보호할 수 있는 ‘유일한 수단(*the only way*)’이어야 한다는 점에서 문언상으로 보면 국가책임초안 제25조가 더 엄격한 관련성을 요구하고 있다는 것을 알 수 있다. 그런데 아래에서 볼 것과 같이, 아르헨티나 경제위기 사건을 다루었던 일부 중재판정부들은 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조상의 긴급피난을 동일시하여 [필요한 = 유일한 수단]이라는 공식을 마련하고 있고, 이러한 경향에서 벗어나 *Continental Casualty* 사건에서는 ‘필요한’을 GATT 제XX조에 빗대어 판단하였다.

넷째, 예외사유의 종류를 보면, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 공공질서의 유지(*maintenance of public order*), 국제적 평화 또는 안보의 유지 또는 복원에 관한 자국의 의무 완수(*fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security*), 자국의 필수적 안보

45) 국제위법행위에 대한 국가책임 초안(Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 이하 국가책임초안) 제2조; UN International Law Commission, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries,” *Yearbook of the International Law Commission* vol. II, Part Two (2001), at 32.

46) “measure”. Oxford Dictionaries. April 2010. Oxford University Press. 12 June 2012 <<http://oxforddictionaries.com/definition/measure>>.

이익의 보호(Protection of its own essential security interests) 등 세 가지를 규정하고 있는 것에 반하여, 국가책임초안 제25조는 심각하고 급박한 위협으로부터 자국의 필수적 이익의 보호(safeguard an essential interest against a grave and imminent peril)만을 규정하고 있는데, 여기서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 ‘필수적 안보 이익’과 국가책임초안 제25조의 ‘필수적 이익’이 서로 유사한 개념인지가 문제된다. 국가책임초안의 해설서에 따르면, ‘필수적 이익’의 개념은 주어진 상황에 따라 달라지고 특히 국가 및 그 국민, 그리고 국제사회 전반에 관한 이익으로까지 확대될 수 있고,<sup>47)</sup> 그러한 이익의 예로 환경,<sup>48)</sup> 국민에 대한 테러 위협<sup>49)</sup> 등이 있다. 아르헨티나 경제위기 관련 투자중재사건에서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국제관습법상의 긴급피난을 동일시하는지 여부와 상관없이 ‘필수적 안보이익’ 개념이 국가안보 외에 경제안보까지 포함하는지에 대해서 논하고 있다. 생각건대 ‘필수적 안보이익’과 ‘필수적 이익’의 차이는 ‘안보’라는 개념의 포함 여부에 달려 있는 것이 아니라, 해당 조문에 명시되어 있는 예외사유가 하나인지, 아니면 여러 개인지에 따라 달라진다. 아래에서 살펴볼 바와 같이, ‘안보’라는 개념은 더 이상 ‘국가안보’에 한정되지 않는기 때문에 ‘필수적 안보이익’과 ‘필수적 이익’간의 개념상 차이는 ‘안보’의 유무에 따라 달라지지 않는다. 오히려 ‘필수적 안보이익’은 미국-아르헨티나 BIT 제XI조에 규정된 그 외의 예외사유인 공공질서의 유지와 국제적 평화와 관련된 의무의 준수와의 관계 속에서 개념적 범위가 결정된다. 반면, 국가책임초안 제25조는 ‘필수적 이익’에 관한 더 포괄적인 개념정의를 할 수 있는 여지가 있고, 이러한 사실을 이미 지적한 바와 같이 국가책임초안 해설 및 ICJ가 확인하였다.

다섯째, 국가책임초안 제25조는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와는 달리 몇 가지 소극적 요건을 규정하고 있다. 동 조가 규정하고 있는 소극적 요건은 i) 당해 의무의 상대방인 국가(들), 또는 국제사회 전반의 필수적 이익을 심각하게 침해하지 않을 것, ii) 문제의 국제의무가 긴급피난이 원용될 가능성을 배제하지 않을 것, iii) 긴급피난을 원용하는 국가가 긴급피난 상황에 기여하지

47) UN International Law Commission, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries,” *op. cit.*, at 83.

48) *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *op. cit.*, para. 53.

49) *Legal Consequences of a Wall*, *op. cit.*, para. 141.

않았을 것이다. 이러한 추가적인 소극적 요건은 엄격한 해석을 요하는 국가책임초안 제25조의 적용을 더 어렵게 하는 면이 있다. 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와의 관계에서 특히 의미를 가지고 있는 소극적 요건은 긴급피난 원용 국가의 상황에 대한 기여인데, 이는 이러한 요건이 미국-아르헨티나 BIT 제XI조에 규정되어 있지 않음에도 불구하고 일부 아르헨티나 경제위기 관련 투자중재사건의 판정부에서 이러한 요건이 해석상 인정된다는 입장에 있기 때문이다.

여섯째, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조 모두 그러한 용어를 채택하고 있지는 않지만, 이들 조항들이 자기판단적 조항(*self-judging clause*)인지 여부가 관련 사건에서 상세히 논의된 바가 있다. 이에 관한 상세한 논의는 후술한다.

## 2. 비교에 대한 분석

위에서 행한 분석을 통해서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조 간의 문언상 차이가 크다는 것을 알 수 있다. *Sempra* 사건의 취소위원회는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조간의 문언상의 차이가 크기 때문에 후자가 전자의 용어해석에 대한 지침이 될 수 없다는 의견을 표명하였다.<sup>50)</sup> 그렇다고 *Sempra* 사건의 취소위원회의 입장은 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조이 ‘필수적 (안보)이익’과 같이 유사한 개념을 사용하고 있는 경우에 있어서도 국가책임초안 제25조의 축적된 해석을 참조할 수 없다는 것을 뜻하는 것은 아닐 것이다. 어쨌든 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 문언상 요건의 차이가 큰 만큼, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 곧 국가책임초안 제25조상의 긴급피난을 의미한다거나 이의 특별법(*lex specialis*)이라는 주장은 재고의 여지가 있다고 할 것이고 이에 대해서는 아래에서 논한다.

## II. 아르헨티나 경제위기 관련 사건을 통해 살펴본 양 조항의 관계

위에서 살펴본 바와 같이 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제

---

50) *Sempra Annulment*, *op. cit.*, para. 198.

25조간에 상당한 문언상의 차이가 있음에도 불구하고, 아르헨티나 경제위기 관련해서 ICSID에 청구된 사건들의 중재판정부 또는 취소위원회는 이들 조항들의 관계에 대해 표명한 입장이 제각각이다. <표 2>는 아르헨티나를 상대로 청구된 ICSID 투자중재 중 미국-아르헨티나 BIT에 기해 청구된 사건들의 중재판정부 또는 취소위원회의 입장을 크게 i) 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조를 동일시하는 입장, ii) 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조를 동일시하지 않는 입장, iii) 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 국가책임초안 제25조의 특별법이라는 입장으로 나누어 분류한 표이다. 아래에서는 구체적으로 각 사건에서 이들 조항의 관계를 어떻게 다루었는지를 살펴본다.

[표 2] 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조의 관계에 관한 중재판정부의 입장

사건명	원중재판정부	취소위원회
<i>CMS</i> 사건	=	≠
<i>LG&amp;E</i> 사건	=	(현재 진행 중)
<i>Enron</i> 사건	=	△
<i>Sempra</i> 사건	=	≠
<i>Continental Casualty</i> 사건	≠	△
<i>El Paso Energy</i> 사건	⊂	(현재 진행 중)

※ = : 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조를 동일시하는 입장  
 ≠ : 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조를 동일시하지 않는 입장  
 ⊂ : 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 국가책임초안 제25조의 특별법이라는 입장  
 △ : 판단보류

## 1. 각 사건에서의 해석

### 가. *CMS* 사건

비록 *CMS* 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조를 동일시하는 표현을 사용하고 있지 않지만, 동 사건의 취소위원회가 지

적한 바와 같이 미국-아르헨티나 BIT 제XI조를 적용함에 있어서 일부 국가책임초안 제25조상의 요건을 그대로 적용하고 있다. 예를 들어 중재판정부는 아르헨티나가 행한 일련의 긴급조치들이 “당해 의무의 상대방인 국가(들)의 필수적 이익을 심각하게 침해하지 않”았는지를 검토하였다.<sup>51)</sup> 또한 미국-아르헨티나 BIT 제XI조상의 ‘필수적 안보이익’에 경제적 비상사태도 포함되는지에 관하여, ”위에서 논의한 바와 같이,“ 즉 긴급피난에서 논의한 바와 같이 필수적 안보이익에 해당하기 위해서 경제위기가 어느 정도로 심각해야 하는지를 설정해야 하는지가 관건이라고 하여 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 해석에 국가책임초안 제25조의 해석을 그대로 도입하였다.<sup>52)</sup>

후에 아르헨티나가 *CMS* 사건 원판정에 대해 취소청구를 하면서 중재판정부가 긴급피난 및 제XI조에 관련된 주장을 하나로 융합하면서 이에 대한 이유를 제시하지 않았다고 주장하였다. 이에 대하여 취소위원회는 중재재판소가 제XI조를 긴급피난을 둘러싼 국제관습법에 비추어 해석을 하였고, 이는 애당초 아르헨티나가 이 두 조항을 하나로 융합하여 주장한 점에서 기인한다고 지적하였다.<sup>53)</sup> 그렇다고 취소위원회는 제XI조와 긴급피난을 동일한 것으로 본 것은 아니다. 취소위원회는 원중재판정부가 긴급피난과 제XI조를 해석함에 있어서 명백하게 권한을 이탈하였는지 여부를 검토함에 있어서, 원중재판정부가 실질적으로 다른 제XI조와 제25조를 동일시함으로써 명백한 법률상의 오류(*manifest error of law*)를 범하였다고 지적을 하였던 것이다.<sup>54)</sup> 취소위원회는 더 나아가 제25조의 긴급피난의 성격과 관련하여, 원중재판정부가 제25조의 긴급피난을 1차규칙(*primary rule*)이라고 보았다면 제XI조는 제25조 긴급피난의 특별법이 될 것이고, 이러한 경우에 있어서 원중재판정부는 제25조 긴급피난이 아닌 제XI조를 사건에 적용했어야 한다고 하고 있다.<sup>55)</sup> 반면 원중재판정부가 제25조의 긴급피난을 2차규칙(*secondary rule*)이라고 보았다면, 원중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 상의 위반이 있고, 그러한 위반을 제XI조가 배제를

---

51) *CMS, op. cit.*, para. 357.

52) *Ibid.*, paras. 359-361.

53) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Application for Annulment, 21 August 2007 para. 124.

54) *Ibid.*, para. 130.

55) *Ibid.*, para. 133.

하는지를 살펴본 후에, 배제를 하지 못하는 경우에만 제25조 긴급피난의 적용을 검토했어야 한다고 하고 있고,<sup>56)</sup> 이러한 방식으로 검토하지 않아 원중재판 정부는 또 다른 법률상의 오류를 범했다고 결정하였다.<sup>57)</sup>

#### 나. LG&E 사건

LG&E 중재판정부는 판정문의 “긴급피난의 상태(State of Necessity)”라는 장에서 제XI조와 제25조상의 긴급피난을 검토하였는데, 본격적인 검토에 들어가기 앞서 당해 사건의 청구와 항변들은 당해 BIT를 근거로 해야 하고, 일반 국제법은 BIT의 조문을 해석하고 적용하는 데에 필요한 한도 내에서 적용된다고 하였다.<sup>58)</sup> 따라서 중재판정부는 먼저 제XI조의 검토에 들어갔고, 제25조상의 긴급피난에 대한 검토는 당해 조문을 이 사건에 적용하기 위한 목적이 아닌 제XI조상의 요건이 이 사건에 있어서 성립이 된다는 검토 결과를 뒷받침하기 위한 목적으로 적용하였다.<sup>59)</sup> 그리고 마지막으로 중재판정부는 제XI조에 따라 국가의 행위의 위법성을 배제하는 근거로서의 ‘긴급피난의 상태’가 성립되고 이에 따라 당해 국가는 책임으로부터 면제된다고 하고 있다.<sup>60)</sup>

#### 다. Enron 사건

Enron 사건의 중재판정부는 CMS 사건의 중재판정부와 달리, 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임조항 제25조가 동일하다는 입장을 취하고 있음을 판정문에 분명하게 밝히고 있다.<sup>61)</sup> 판정문을 더 자세하게 살펴보면, Enron 중재판정부는 제XI조의 자기판단성을 부정한 후, 판정문에서 이미 검토하여 부정한 제25조상의 긴급피난과 제XI조의 요건과 같은 이상, 제XI조에 대한 별도의 사법심사를 할 필요가 없다고 중재판정부는 결정하였다.<sup>62)</sup>

56) *Ibid.*, para. 134.

57) *Ibid.*, para. 132. 그렇다고 취소위원회는 이러한 법률상의 오류로 CMS 원판정을 취소한 것은 아니다. 오히려 취소위원회는 자신이 항소법원(court of appeal)이 아니고 ICSID협약 제52조상의 제한된 관할권만을 가지고 있기 때문에, 원중재판정부가 제XI조를 적용하기는 한 현 상황에서 명백한 권한의 유월이 있다고 볼 수 없다고 하였다(*Ibid.*, paras. 135-136).

58) *LG&E, op. cit.*, para. 206.

59) *Ibid.*, paras. 245, 258.

60) *Ibid.*, paras. 257, 261.

61) *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 339.

이러한 긴급피난 및 제XI조에 대한 *Enron* 중재판정부의 결정에 대하여 *Enron* 사건의 취소위원회는 원중재판정부가 제25조상의 긴급피난의 요건과 관련하여 내린 판단에는 취소할 수 있을 정도로 오류를 가지고 있고,<sup>63)</sup> 아울러 원중재판정부가 제25조상의 긴급피난의 요건과 같은 이유로 제XI조상의 요건도 성립되지 않는다고 하여 제XI조의 적용을 부정하였으므로 판정문의 해당 부분 역시 취소한다고 하였다.<sup>64)</sup> 이어 *Enron* 취소위원회는 제XI조와 긴급피난이 동일하지 않다는 *CMS* 취소위원회의 판정에 대해, 취소위원회의 역할은 중재판정부가 명백한 권한의 유월이나 판정이유의 불비가 있었는지를 판단하는 것이지 관련 쟁점에 대한 자신의 견해를 밝히는 것은 아니라고 비판하면서, 본 취소위원회는 제XI조와 제25조의 실질적인 운용이나 내용, 상호관계에 대한 견해를 밝히지 않겠다고 하여,<sup>65)</sup> 제XI조와 제25조 긴급피난의 관계에 대한 판단을 보류하였다.

그리고 *Enron* 취소위원회는 취소판정문의 결론 부분에서 아르헨티나가 제XI조나 긴급피난에 따라 조치를 취한 것으로 중재판정부가 인정했다라면, 아르헨티나가 BIT상의 위반에 대한 책임이 없다고(not liable for) 판정 내려질 가능성이 있기 때문에, 아르헨티나가 공정·공평 대우 조항 및 포괄적 보호조항을 위반하였다는 중재판정부의 판정 부분도 취소한다고 하고 있다.<sup>66)</sup>

#### 라. *Sempra* 사건

*Sempra* 사건에서 피청구인 아르헨티나 측의 전문가로 참여한 Anne-Marie Slaughter와 William Burke-White가 *CMS* 판정이 제XI조를 국제관습법상의 긴급피난과 연관 지었다는 점에서 잘못되었다는 주장에 대해 *Sempra* 중재판정부는 이러한 주장을 받아들이지 않았다.<sup>67)</sup> 이 주장을 받아들이지 않은 것에 대해 *Sempra* 중재판정부가 든 이유로는, 구체적인 요건을 규정하고 있지 않은 제XI

62) *Ibid.*

63) *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Application for Annulment, 30 July 2010, para. 395.

64) *Ibid.*, paras. 404-405.

65) *Ibid.*, para. 405.

66) *Ibid.*, para. 407.

67) *Sempra*, *op. cit.*, para. 376.

조와는 달리 제25조상의 긴급피난은 세세한 요건을 두고 있어 제XI조를 적용하기 위해서는 제25조의 요건을 유추적용 할 수밖에 없다는 것이었다.<sup>68)</sup> 이어, *Sempra* 중재판정부는 제XI조가 당해 사건에 적용되는지 여부와 관련하여 *CMS* 중재판정부와 마찬가지로, 아르헨티나의 경제위기가 제25조상의 긴급피난의 요건을 충족하지 못하였기 때문에 별도로 제XI조에 따른 사법심사를 할 필요가 없다고 결정하였다.<sup>69)</sup>

*Sempra* 중재판정부가 제XI조를 적용하지 않은 점에 관하여 *Sempra* 사건의 취소위원회는 여러 이유 중 특히 다음과 같은 이유를 들어 이러한 결정이 명백한 권한의 유월에 해당한다고 하고 있다.<sup>70)</sup> 첫째, BIT상의 용어를 해석할 때에 국제관습법인 제25조를 지침으로 삼는다고 하여 동 조문이 곧 긴급피난에 대한 절대적인 정의가 되는 것은 아니다.<sup>71)</sup> 둘째, 양 조문의 문언이 다르다.<sup>72)</sup> 셋째, 원중재판정부처럼 기본적인 원칙에 관해서만큼은 국제법의 파편화가 이루어지지 않았다고 보더라도, 긴급피난이 이러한 기본적인 원칙에 해당하여 모든 상황에 있어서 동일하게 해석·적용되고, 국가들이 달리 합의한다고 하여 국제법이 파편화된다는 논리가 성립되지 않는다.<sup>73)</sup> 넷째, 제XI조는 긴급피난과 달리 국제적 의무의 위반을 그 전제로 하지 않고, 이 조문이 적용됨으로써 BIT상의 의무 위반이 없는 것이 된다.<sup>74)</sup>

#### 마. *Continental Casualty* 사건

*Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 제XI조가 적용되면 제25조 긴급피난의 적용이 불필요하게 된다는 이유로 제XI조 의 검토에 들어가기에 앞서 이들 조문의 차이점에 관해서 논하였다.<sup>75)</sup> 즉, 제XI조는 당사국들이 BIT에 따라 가지는 의무들이 제XI조의 정해진 사유를 추구하기 위해 ‘필요한 조치’의

68) *Ibid.*, para. 375.

69) *Ibid.*, para. 388.

70) *Sempra Annulment, op. cit.*, para. 159.

71) *Ibid.*, para. 197.

72) *Ibid.*, paras. 198-200.

73) *Ibid.*, para. 202.

74) *Ibid.*, paras. 203-204.

75) *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 162.

적용을 배제하지 못한다고 규정하고 있어,<sup>76)</sup> 제XI조상의 요건이 충족될 시 BIT상의 의무를 위반한 것이 아니게 되고 이에 따라 청구인인 투자자는 손해 배상을 청구할 수 없게 된다.<sup>77)</sup> 반면 제25조 긴급피난은 엄격한 특정 요건 하에서 국제적 의무에 합치되지 않는 행위의 위법성을 조각하는 근거이고, 그 요건이 충족되면 위법한 행위에 수반되는 2차적 의무가 없게 된다.<sup>78)</sup>

그렇다고 *Continental Casualty* 중재판정부가 이들 조문간에는 아무런 관련성이 없다고 본 것은 아니다. 이들 조문은 국제적 의무의 적용에 있어서 유연성을 부여할 목적을 지니고 있고, 예외조항인 제XI조를 적용하면 실질적으로 제25조와 동일한 결과를 가져온다는 것이다.<sup>79)</sup> 이러한 연유로 *Continental Casualty* 중재판정부는 제XI조를 해석함에 있어서 제25조의 해석을 참조할 뿐이고,<sup>80)</sup> 별도로 제25조가 이 사건에 적용될 수 있는지 여부를 보지 않았다.<sup>81)</sup>

#### 바. *El Paso Energy* 사건

*El Paso Energy* 사건의 중재판정부 역시 아르헨티나의 항변이 성립하는지의 논의에 앞서 제XI조와 제25조의 다른 점을 실시하였다. *El Paso Energy* 중재판정부는 *Continental Casualty* 사건을 인용하면서 당해 사건에 제XI조가 적용되면 제25조의 적용이 불필요하게 된다고 언급한 후에, 이들 조문의 관계는 특별법·일반법 관계라고 부연설명하고 있다.<sup>82)</sup> 또한 본 중재판정부는 제XI조에 따른 조치들은 해당 BIT에 위배되지 않게 되기 때문에 그러한 조치를 필요로 하는 상황이 존재했는지부터 보는 것이 적절하고, 제25조는 국제적 의무에 부합되지 않는 행위의 위법성을 조각하는 근거에 관한 것이므로 문제의 행위에 대한 분석이 먼저 행해져야 한다고 보고 있다.<sup>83)</sup>

---

76) *Ibid.*, para. 163.

77) *Ibid.*, para. 164.

78) *Ibid.*, para. 166.

79) *Ibid.*, para. 168.

80) *Ibid.*

81) *Ibid.*, footnote 247..

82) *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 552.

83) *Ibid.*, para. 553.

그런데 *El Paso Energy* 중재판정부는 상기한 바와 같이 제XI조와 제25조가 다르다는 것을 명시하였음에도 불구하고, 제XI조의 명시적 요건이 성립되었는지를 보기에 앞서, 제XI조에도 명시되어 있지 않은 “자국의 공공질서 또는 필수적 안보이익에 대한 위협에 기여하였는지 여부”라는 요건을 검토하였다.<sup>84)</sup> 그리고 이러한 요건을 검토하는 근거로 국가책임초안 제25조 2항 (b)호상의 조치 발동국의 기여가 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 3항상의 “당사국의 관계에 적용가능한 국제법상의 관련규칙”에 해당한다고 제시하였고,<sup>85)</sup> 아울러 *LG&E* 사건 및 *Continental Casualty* 사건의 판정문도 인용하였다<sup>86)</sup>

## 2. 총괄적 평가

초기 사건들(즉, *CMS* 사건 원판정, *LG&E* 사건, *Enron* 사건 원판정, *Sempra* 사건 원판정)<sup>87)</sup>은 국가책임초안 제25조상의 긴급피난과 미국-아르헨티나 BIT 제XI조를 동일시하는 경향을 보이고 있다는 것을 상기 [표 2]에서 확인할 수 있다. 또한 이들 초기 사건들은 *LG&E* 사건을 제외하고 사건에 제25조를 먼저 검토하는 모습을 보여주고 있다. 그런데 *CMS* 사건의 취소판정이 이루어진 시점을 기점으로 그 이후에 이루어진 중재판정 및 취소판정(*Sempra* 사건 원판정 제외)들은 대체적으로 제25조와 제XI조를 다른 것으로 보거나 후자를 전자의 특별법으로 여기고 있고, 제XI조를 먼저 검토하고 있다. 하지만 제25조를 먼저 적용한 결과 제XI조를 해당 사건에 적용하지 않았던 *Enron* 사

84) *Ibid.*, para. 555.

85) *Ibid.*, paras. 616-617.

86) *Ibid.*, para. 619.

87) 아르헨티나 경제위기 관련 사건들의 판정이 내려진 시점을 기준으로 한 사건들의 시간적 순서는 다음 표와 같다.

[표 3] 아르헨티나 경제위기 관련 사건의 시간적 순서

사건명	선고일자	사건명	선고일자
<i>CMS</i> 사건(원)	2005.5.12	<i>Continental Casualty</i> 사건(원)	2008.9.5
<i>LG&amp;E</i> 사건(원)	2006.10.3	<i>Sempra</i> 사건(취소)	2010.6.29
<i>Enron</i> 사건(원)	2007.5.22	<i>Enron</i> 사건(취소)	2010.7.30
<i>CMS</i> 사건(취소)	2007.9.25	<i>Continental Casualty</i> 사건(취소)	2011.9.16
<i>Sempra</i> 사건(원)	2007.9.28	<i>El Paso Energy</i> 사건(원)	2011.10.31

건 과 *Sempra* 사건이 취소판정을 받고(*CMS* 사건은 취소판정이 이루어지지 않았음) ICSID에 재청구된 상태에 있으므로 추후 이들 판정의 결과를 눈여겨 볼 필요가 있다고 하겠다.

## 제4장 예외조항의 유형

예외조항은 국제투자협정 체제 내에서 실로 다양한 유형으로 존재한다.<sup>88)</sup> 그도 그럴 수밖에 없는 것이 예외조항을 두고 있는 양자간 투자협정과 FTA 투자챕터들은 그 체결국의 특수한 상황에 비추어서 그 내용이 결정되기 때문이다. 예외조항의 다양한 유형을 하나의 기준으로 분류하는 것이 불가능하기 때문에, 아래에서는 특히 눈에 띄는 특성별로 국제투자협정들의 예외조항을 나누는 작업을 하고자 한다.<sup>89)90)</sup>

예외조항의 다양성은 각 조항이 사용하고 있는 문언의 차이에서 엿볼 수도 있지만, 어떤 제목(heading) 아래에 있는지에 의한 영향도 받는다. 제목의 예로는 ‘일반적 예외(General Exceptions),’ ‘적용법(Applicable Laws),’ ‘필수적 안보(Essential Security),’ ‘금지 및 제한(Prohibitions and Restrictions),’ ‘권리의

---

88) J. Salacuse, *op. cit.*, at 342.

89) 본래 필자가 현존하는 모든 양자간 투자협정 및 FTA 투자챕터를 조사하여 여기서 예외조항의 유형을 일반화하고자 했으니, 시간관계상 일단 필수적 안보 조항(essential security clause)에 관해 철저하게 연구가 수행된 Katia Yannaca-Small, "Essential Security Interests under International Investment Law" in OECD, *International Investment Perspectives 2007: Freedom of Investment in a Changing World*, OECD Publishing, 2008, at 93 - 134의 Annex 5.A2를 참조하여 이 절을 작성하였다.

90) 참고로 J Salacuse은 자신의 저서에서 투자협정의 예외의 대표적인 유형로 ‘필수적 안보 이익 및 공공질서 유지를 보호하기 위한 예외(Exceptions to protect essential security interests and the maintenance of public order)’와 ‘명시된 국내입법을 위한 예외(Exceptions for specified national legislation)’을 제시하면서 예외조항에 대한 이론을 전자를 위주로 전개하고 있다(J Salacuse, *op. cit.*, at 342-349). 또한 A. Newcombe and L. Paradell은 예외조항을 ‘필수적 안보상의 예외(Essential security exceptions),’ ‘기타 일반예외(Other general exceptions),’ ‘특정 분야 또는 특정 종류의 조치를 위한 예외 또는 유보(Exceptions or reservations for specific sectors or types of measures),’ ‘기존의 비합치 조치 및 개정을 위한 예외 또는 유보(Exceptions or reservations for existing non-conforming measures and amendments),’ 그리고 ‘미래의 조치를 위한 예외 또는 유보(Exceptions or reservations for future measures)’으로 나누어 검토하고 있다(A. Newcombe and L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International (2009), at 484). 그리고 Ranjan은 예외조항을 ‘모델 예외조항(model-NPM),’ ‘수정된 모델 예외조항(modified-model-NPM),’ ‘제XX조 유형의 예외조항(Article-XX types)’으로 나누고 있다(P. Ranjan, "Non-Precluded Measures in Indian International Investment Agreements and India's Regulatory Power as a Host Nation," *Asian Journal of International Law* vol.2 (2012), at 32).

유보(Reservation of Rights), ‘제외(Exclusions)’ 등이 있다. 이러한 제목에 따라 예외조항의 문언도 미묘한 차이를 보이고 있는데, 이에 관해서는 아래에서 더 자세하게 다룰 것이다.

## 제1절 국가의 규제권한을 보장하는 유형

국제투자협정에서 예외조항이 가지고 있는 가장 큰 의미는 아마도 국제투자협정의 주된 목적이 해외 투자의 보호 및 증진에 있는 것임에도 불구하고, 이 조항은 투자유치국이 국익을 위해 해외 투자의 보호 및 증진에 반하는 조치를 취할 여지를 남겨놓고 있다는 것에 있다. 따라서 예외조항의 취지를 비추어 봤을 때, 예외조항의 기본적인 유형은 국가의 규제권한을 보장하는 유형의 것일 것이다. 2012년 미국 모델 BIT<sup>91)</sup>을 비롯한 미국이 체결한 대부분의 BIT<sup>92)</sup>가 이러한 유형의 예외조항을 두고 있다.

2012년 미국 모델 BIT 제18조<sup>93)</sup>의 문언을 확인하면, 해당 양자간 투자협정의 그 무엇도 당사국이 일정한 경우에 있어서 자국이 필요하다고 여기는 조치를 취하는 것을 배제(preclude from)하지 못한다. 미국이 체결하는 양자간 투자협정과 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)<sup>94)</sup>을 필두로 예외조항에서 ‘preclude’이라는 단어가 흔하게 사용하고 있는 관계로, 예외조항을 ‘비배제조치(non-precluded measures: NPM) 조항’이라고 부르기도 한다는 것을 이미 설명한 바 있다.

또한 이 조문은 ‘배제하다(preclude)’라는 단어를 사용하여 국가는 이러한 국제평화 또는 안보의 유지·복구, 자국의 필수적 안보 이익의 보호 등을 위한

---

91) 최근 2012년 4월에 미국 모델 BIT가 개정되었다.<<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/april/united-states-concludes-review-model-bilateral-investor-treaty>>.

92) 이러한 예로 Latvia-US BIT, Czech Republic-US BIT, Estonia-US BIT, Poland-US BIT, Slovak Republic-US BIT, Turkey-US BIT, US-Australia FTA 등이 있다.

93) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

94) 에너지헌장조약 제24조 2항은 “The provisions of this Treaty other than [...] shall not preclude any Contracting Party from [...]”이라고 규정하고 있다. 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

조치를 취할 수 있는 권한을 본래 가지고 있다는 것을 내재하고 있다. 그리고 미국의 개별 BIT에서는 문언의 변형이 있기는 하지만, 적어도 2004년 미국 모델 BIT는 “Nothing in this Treaty shall be construed”이라고 하여 국제평화 또는 안보의 유지·복구, 자국의 필수적 안보 이익의 보호 등이 본래 국가의 주권사항임을 강조하고 있다.

## 제2절 GATT 제XX조 유형

미국의 양자간 투자협정들과는 달리, 일부 국제투자협정들은 GATT 제XX조<sup>95)</sup> 및 제XXI조,<sup>96)</sup> GATS 제XIV조,<sup>97)</sup> 또는 TRIPs 제73조<sup>98)</sup>를 연상시키는 예외조항을 두고 있다. 이러한 예외조항을 두고 있는 대표적인 국가로는 캐나다가 있다.<sup>99)</sup>

2003년 캐나다 모델 BIT 제10조 1항<sup>100)</sup>을 GATT 제XX조와 비교해 보면, 조항의 구성이 유사하다는 것을 알 수 있다. 첫째, GATT 제XX조와 마찬가지로 캐나다 모델 BIT 제10조도 두문을 두고 있고, 이 두문에는 문제가 되는 국가의 조치가 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별(arbitrary or unjustifiable discrimination)’이거나 ‘위장된 제한(disguised restriction)’을 구성해서는 아니 될 것을 규정하고 있다. 단지 다른 점이 있다면, 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별은 투자 또는 투자자를 대상으로 이루어져서는 안 되고, 위장된 제한은 국제무역 뿐 아니라 국제투자를 대상으로 이루어져서는 안 된다. 이러한 차이는 GATT가 상품무역을 규율하고 있는 조약임에 반해, 2003년 캐나다 모델 BIT는 자국에서 이루어지는 해외투자의 보호 및 증진을 규율하고 있는 조약

95) GATT(General Agreement on Tariffs and Trade, 관세와 무역에 관한 일반협정) 제XX조의 조문은 본 논문의 부록 A 참조.

96) GATT 제XXI조의 조문은 본 논문의 부록 A 참조.

97) GATS(General Agreement on Trade in Services, 서비스무역 관한 일반협정) 제XIV조의 조문은 본 논문의 부록 A 참조.

98) TRIPs(Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, 무역관련지적재산권 협정) 제73조는 GATS 제XXI조와 동일하다.

99) A. Newcombe and L. Paradell, *op. cit.*, at 500.

100) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

이라는 점에서 기인할 것이다.

둘째, 2003년 캐나다 모델 BIT 제10조는 예외조치를 취할 수 있는 사유로 세 가지를 적시하고 있는데, 이러한 사유는 모두 GATT 제XX조에도 찾을 수 있는 사유들이다. 즉, 캐나다 모델 BIT 제10조 1항 (a)호는 GATT 제XX조 (b)호에, 제10조 1항 (b)호는 제XX조 (d)호에, 제10조 1항 (c)호는 GATT 제XX조 (g)호에 상응한다. 차이가 있다면, 그것은 GATT 제XX조 (g)호가 ‘관련성 요건 (relating to test)’을 예정하고 있는 것과 달리, 제10조 1항 (c)호는 동항 두문의 ‘필요한(necessary)’이라는 단어 때문에 관련성 요건이 아닌 필요성 요건을 거치게 된다.

이러한 조문상의 유사성 때문에 GATT 제XX조를 둘러싼 WTO 패널과 상소기관의 해석이 그대로 적용될 수 있을 여지가 있기는 하지만, 아직 캐나다가 체결한 양자간 투자협정에 기한 국제투자중재가 제기된 바가 없으므로<sup>101)</sup> 이는 두고 볼 일이다.<sup>102)</sup>

캐나다와 같이 GATT 제XX조와 유사한 조항을 일반예외조항으로 두는 것에서 한 발 더 나아가, 일부 양자간 투자협정들은 GATT 제XX조, GATS 제XIV조 또는 이들 조항 모두를 조약의 일부분으로써 포함시키고 있다. 이러한 예로 Panama-Taiwan FTA와 China-New Zealand FTA가 있다.<sup>103)</sup>

### 제3절 절차적 요건이 있는 유형

다음으로 불 유형은 국제투자협정의 당사국이 예외조항에 기한 조치를 취하기 위해 해당 조치가 예외조항상의 사유에 해당하는 것 외에 별도의 요건을

101) 2012년 4월 18일 현재, 캐나다를 상대로 제기되었던 국제투자중재들은 모두 NAFTA 관련 사건들이었다.

102) Newcombe and Paradell은 내국민대우와 같은 원칙을 해석함에 있어서 WTO법상의 법리를 도입하는 데에 국제투자중재 판정부들이 주저하는 모습을 보이고 있지만, GATT 제XX조상의 일반예외와 유사한 규정을 두고 있는 국제투자협정의 경우에는 GATT 제XX조의 법리를 적용할 수 있을 여지가 훨씬 크다고 주장한다. A. Newcombe and L. Paradell, *op. cit.*, at 504-505.

103) 대만-파나마 FTA, 제20.02(2)조, 뉴질랜드-중국 FTA 제200조.

부과하고 있는 경우이다. 위에서 살펴본 GATT 제XX조의 유형에 따르는 예외 조항들도 예외사유 외에도 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별 등에 해당하지 않아야 한다는 요건을 두고 있기 때문에 이 유형에도 해당한다고 볼 수 있다.

2003년 인도 모델 BIT 제12조<sup>104)</sup>는 이러한 유형의 좋은 예를 보여주고 있다. ‘준적용법’이라는 제목 아래에 위치한 인도 모델 BIT의 예외조항은 투자유치국인 당사국이 “비차별적인 방식으로 정상적이고 합리적으로 적용된 (normally and reasonably applied on a non discriminatory basis)” “자국의 법에 따라(in accordance with its laws)” 자국의 필수적 안보 이익의 보호 또는 극도의 비상사태의 상황에 조치를 취할 수 있다는 것을 명시하고 있다. 이러한 조항에 따라 투자유치국은 예외조치를 취함에 있어서 ‘자국의 법에 따라’하되, 그러한 자국의 법이 ‘비차별적인 방식으로 정상적이고 합리적으로 적용된’ 법일 것을 규정하고 있다.

2003년 인도 모델 BIT 예외조항과 같은 실질적인 요건을 두고 있는 경우가 있다면, 일본이 체결한 양자간 투자협정들<sup>105)</sup>과 같이 통보의무와 같은 절차적인 요건을 두고 있는 경우가 있다.

일본-페루 BIT 제19조<sup>106)</sup> 조문의 내용을 확인하면, 계약당사국은 예외조치의 발효 이전 또는 그 직후에 그 예외조치에 관해서 상대국에게 분야·하위분야 또는 대상, 당해 예외조치가 취하여진 분야나 대상에 대한 의무 또는 조문, 당해 예외조치의 법적 근거 또는 권원, 당해 예외조치에 대한 간략한 설명, 당해 예외조치의 동기 또는 목적을 통보하여야 한다. 이러한 절차적 요건은 예외조치를 발동하는 데에 있어서의 투명성을 증진시켜 이러한 조치가 해외투자를 방해하기 위한 목적이 아닌 예외조항상의 사유에 해당하는 이유로 발동되었다는 계약당사국 간의 신뢰 형성에도 도움을 줄 수 있을 것으로 보인다.

---

104) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

105) 아래에 인용한 Korea-Japan BIT 외에도 일본이 최근에 체결한 양자간 투자협정들인 Japan-Peru BIT, Japan-Columbia BIT, Japan-Laos BIT, Japan-Uzbekistan BIT 등이 있다. 단, Japan-Columbia BIT은 나머지 양자간 투자협정들처럼 통보의 구체적인 내용까지를 규정하고 있지 않다.

106) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

## 제4절 자기판단적 유형

예외조항이 자기판단조항(self-judging clause)인지 여부에 대해서는 특히 아르헨티나의 경제위기 때문에 그 국가를 상대로 제기되었던 여러 건의 ICSID 사건들에 의해서 그 논의가 더 활발하게 일어난 바 있다. ‘자기판단조항’은 “특정 국제의무 혹은 조약의 이행이 자신의 “주권 혹은 주권 혹은 (주권의 분신이라고 볼 수 있는) 안보, 공공정책, 본질적 혹은 최고의 이익(essential or supreme interests)”을 해칠 것이라고 “(스스로) 생각, 결정 혹은 판단”하는 경우에는 국가가 조약상의 일정 의무의 이행으로부터 물러날 수 있다고 규정”<sup>107)</sup>한 조항이라고 말할 수 있다. 이러한 자기판단조항의 예로는 국제투자협정상의 예외조항 뿐 아니라, 핵무기의 비확산에 관한 조약(Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons) 제10조 1항, GATT 제XXI조, 국제형사재판소 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court) 제72조 등이 있다.<sup>108)</sup> 그런데 자기판단조항이 여러 국제조약에 등장하고 있음에도 불구하고, 이를 국제재판소가 해석하는 예는 드물기는 하지만 있다.<sup>109)</sup> 아래에서는 예외조항의 자기판단성에 대해 조문에서 이를 명시하고 있는 경우와 명시하고 있지 않은 경우로 나누어서 논의하고자 한다.

### I. 자기판단성이 명시된 경우

국제투자협정에서의 전형적인 자기판단조항은 이미 인용한 바 있는 미국 모델 BIT를 비롯한 미국의 투자협정의 필수적 안보 조항과 같은 유형을 가지고 있는데, 미국 이외의 국가간의 국제투자협정에서도 활용되고 있다. 여기서 당사국은 “자국이 필요하다고 생각할(it considers necessary)” 경우에 예외조항을 발동할 수 있는데, 그렇다면 조항에서 명시하고 있는 예외사유가 실제로

107) 김대순, “조약상의 자기판단조항의 사법심사가능성에 관한 연구,” *op. cit.*, 57면; Susan Rose-Ackerman and Benjamin Billa, "Treaties and National Security," *New York University Journal of International Law and Politics* vol.40 (2008), at 437.

108) 김대순, “조약상의 자기판단조항의 사법심사가능성에 관한 연구,” *op. cit.*, 55-56면;

109) 자기판단적조항이 직접적으로 문제가 된 사건으로는 ICJ 사건인 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* 사건(*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports 2008, 4 June 2008)이 있다. 이 사건에 관한 자세한 사항은 김대순, “조약상의 자기판단조항의 사법심사가능성에 관한 연구,” *op. cit.*, 65-77면 참조.

발생하고 있고 이러한 예외사유를 멈추기 위한 자국의 조치가 정당하다고 판단하는 주체가 바로 예외조치를 발동하는 국가가 되기 때문에 남용에 대한 우려가 제기되고 있는 실정이다.<sup>110)</sup>

이에 관해서 Schill and Brieese은 이러한 남용의 방지수단으로 국제조약에서 가장 흔하게 사용하고 있는 것으로 통보의무의 명시가 있다고 지적하고 있는데,<sup>111)</sup> 국제투자협정에서 예외조항이 명시적인 자기판단조항이면서 통보의무를 두고 있는 경우는 극히 드물다.<sup>112)</sup> 따라서 국제투자협정에서의 예외조항에 대해서는 예외조치를 발동하는 국가의 재량을 통제할 필요성이 더욱 절실하다고 볼 수 있을 것이고, 이에 관한 논의는 후술할 명시적 자기판단조항에 대한 사법심사의 가능성과 궤를 같이 한다.

## II. 자기판단성이 명시되지 않은 경우

앞에서도 잠깐 언급한 바와 같이, 예외조항에서 자기판단성을 명시하고 있지 않은 예외조항에도 자기판단적 성격을 인정할 수 있는지 여부가 아르헨티나의 경제위기로 인하여 촉발된 여러 건의 아르헨티나 ICSID 사건에서 문제가 되었다. 이들 ICSID 사건들의 청구인의 국적국은 주로 미국이었는데, 미국-아르헨티나 BIT에서의 예외조항인 제X조는 본 논문의 부록 A에서 확인 가능하다.

이 조항은 ‘자국이 필요하다고 생각하는(it considers necessary)’이라는 문구를 넣고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 흥미로운 것은, 미국-아르헨티나 BIT와 동일한 예외조항을 두고 있는 미국-볼리비아 BIT에서는 USTR이 미 대통령에게 보낸 미국-볼리비아 BIT의 해설에 따르면 “당사국의 필수적 안보 이익을 보호하는 조치는 성격상 자기판단적이지만, 당사국들은 상대국이 이 조항들을 성의성실하게(in good faith) 적용할 것을 기대한다.”<sup>113)</sup> 그런데 USTR은 자기판

110) S. Schill and R. Brieese, "Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice," *Melbourne Journal of International Law* vol.10 no.1 (2009), at 93.

111) Schill and Brieese, *op. cit.*, at 94.

112) 이러한 예외조항은 Japan-Uzbekistan BIT, Japan-Colombia BIT 등 몇몇 양자간 투자협정에서만 발견되고 있다.

113) "Measures to protect a Party's essential security interests are self-judging in nature, although each Party would expect the provisions to be applied by the other in good faith."

단성을 명시하고 있는 NAFTA상의 예외조항에 대해서도 동일한 설명을 하고 있다. 이를 취합하여 보았을 때 적어도 미국은, 예외조항이 자기판단적 문구를 가지고 있는지 여부와 상관없이 예외조항은 본래 자기판단적 성격을 내재하고 있다고 생각하는 것으로 판단된다.

하지만 ICSID의 여러 중재판정부들<sup>114)</sup>은 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 자기판단성을 가진다는 아르헨티나의 주장을 배척하고 당해 조항의 자기판단성을 부정하였다. 이들 중재판정부들은 자기판단적 문구의 삽입 여부에 따라 자기판단성이 결정된다는 입장이었는데, 더 구체적으로 말하자면, “필수적 안보 이익을 보호하기 위한 조치”와 “필수적 안보 이익을 보호하기 위하여 자국이 필요하다고 생각하는 조치” 간에는 엄연한 차이가 있다는 것이다.<sup>115)</sup>

*Continental Casualty* 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 같은 예외조항은 예외조치를 발동하는 국가의 재량(*margin of appreciation*)을 당연히 내포하지만, 이 조항에 자기판단성을 인정하게 될 경우 이 예외조항에 기해 발동된 예외조치는 사법심사로부터 배제된다는 결론에 이르렀는데,<sup>116)</sup> 이는 잘못된 판단이다. 아래에서 보는 것처럼 예외조항의 자기판단성을 인정하더라도, 중재판정부는 여전히 문제의 조치가 신의성실하게 이루어졌는지를 검토(*good faith review*)할 수 있기 때문에 자기판단성이 곧 사법심사를 배제한다는 공식은 성립하지 않고 이러한 논리를 *LG&E* 중재판정부가 채택한 바 있다.<sup>117)</sup>

그런데 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 자기판단조항이 아닌 것으로 보는 중재판정부들의 주류적인 입장과는 달리, *Sempra* 취소위원회는 이와 다른 입장을 취하였다. *Sempra* 중재판정부는 *Sempra v. Argentina* 판정에 대한 취소결정에서, 명백한 권한의 유월(*manifest excess of powers*)을 인정한 근거 중 하나로 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 자기판단성에 대한 판단오류를 들고 있다. 즉, 취소위원회는 동 조를 적용하기 위해서는 동 조의 자기판단성을 인정하는

114) *CMS, op. cit.*; *LG&E op. cit.*; *Sempra op. cit.*; *Enron op. cit.*; *Continental Casualty op. cit.*; S. Schill and R. Breise, *op. cit.*, notes 24, 25.

115) S. Schill and R. Briebe, *op. cit.* at 73.

116) *Continental Casualty, op. cit.*, para. 187.

117) *LG&E, op. cit.*, para. 214. 여기서 *LG&E* 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 자기판단성을 부인하였지만, 실사 인정할 수 있다 하더라도, 신의성실성의 검토를 하여야 한다고 판정 내렸다.

것이 전제되어야 하는데, 중재판정부는 동 조를 적용하면서도 동 조의 자기판단성을 부정하였고, 설사 동 조가 자기판단적이지 않다 하더라도 아르헨티나가 동 조의 요건을 충족하면서 예외조치를 발동하였는지에 대한 실질심사(substantive review)가 있어야 하는데 중재판정부는 이러한 심사를 하지 않았다는 것이다.<sup>118)</sup> 그런데 이러한 *Sempra* 취소위원회의 판단은 문제가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 취소위원회는 왜 다른 여러 중재판정부들과는 달리 미국-아르헨티나 BIT 제XI조를 자기판단조항으로 판단하는지에 대한 아무런 부가설명을 하고 있지 않기 때문이다.

### III. 자기판단조항과 사법심사의 가능성

국제투자협정상의 예외조항이 자기판단적 문구를 포함하고 있지 않음에도 불구하고 동 조가 자기판단적 성격을 가지고 있는지 여부를 따지는 실익은 명시적 자기판단조항의 경우에는 사법심사기관이 반드시 조치를 발동한 국가의 재량을 인정하여야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 이러한 재량을 인정할지는 사법심사기관이 얼마큼의 사법자제를 보여줄 것인지에 달려 있다는 데에 있다.<sup>119)</sup> 또 한 가지 생각해 볼 수 있는 것으로는 명시적 자기판단조항은 예외조항임에도 불구하고 사법심사의 정도는 신의성실성 검토에 그치지만, 그 외의 예외조항에 대해서는 엄격한 실질심사를 거쳐야 한다는 것에 있다.

### 제5절 특정 의무 위반에 한정된 유형

국제투자협정상의 특정 의무 위반에 한정해서 예외를 인정하는 예외조항의 유형들이 존재하는데, 이러한 예외조항들은 대표적으로 독일이 체결한 국제투자협정<sup>120)</sup>에 담겨져 있다.

118) *Sempra Annulment*, *op. cit.*, paras. 126-127.

119) 김대순, “조약상의 자기판단조항의 사법심사가가능성에 관한 연구,” *op. cit.*, 63-64면; S. Schill and R. Briebe, *op. cit.*, at 80-81.

120) 예로 들고 있는 독일 모델 BIT 2008의 이전 판인 독일 모델 BIT는 협정의 불가분의 일부를 이루는 의정서(protocol)에 내국민대우 및 최혜국대우상의 “활동(activity)”를 정의하면서 공공안보와 공공질서를 이유로 취해진 조치에 대해서는 불리한 대우(treatment less favorable)로 여겨지지 않는다고 규정하고 있고, Germany-Israel BIT, Germany-Afghanistan BIT,

독일 모델 BIT 제3조<sup>121)</sup>를 살펴보면, “공공안보 및 공공질서를 이유로 취해진 조치,” 즉 예외조치는 내국민대우와 최혜국대우에 반하는 “불리한 대우”에 해당하지 않는다. 이는 반대해석상 투자유치국의 조치가 공공안보 및 공공질서를 이유로 취해졌다 하더라도 내국민대우와 최혜국대우 이외의 조항의 위반을 정당화하지 않는다는 것을 의미하기도 한다. 따라서 이러한 유형의 예외조항은 전체 투자협정을 그 대상으로 하지 못하고 조문에서 명시하고 있는 일부 조항만을 그 대상으로 하게 된다.

## 제6절 분쟁의 대상으로부터 배제하는 유형

마지막으로 살펴볼 예외조항의 유형은 투자유치국의 예외조치가 투자자-국가간 투자중재의 대상으로부터 배제하는 유형이다. 이러한 예외조항은 멕시코가 체결한 여러 양자간 투자협정에서 발견된다.<sup>122)</sup>

스웨덴-멕시코 BIT 제18조<sup>123)</sup> 예외조항의 발동요건을 살펴보면, 첫째 예외조치의 유형을 규정(resolution)으로 한정하고 있고, 둘째 이러한 규정은 국내입법에 따라 국내안보상의 이유로 공표되어야 하며, 셋째 이러한 규정은 투자유치국 국민이 소유나 지배하고 있는 투자(재산)을 투자국의 투자자가 취득하는 것을 금지 또는 제한하는 내용을 가지고 있어야 한다. 특히 세 번째 발동요건을 보건대, 이 조항은 멕시코의 국부유출에 대한 우려를 반영한 것으로 보인다.

## 제7절 그 외 논란이 되는 유형

최근 아르헨티나의 경제위기와 관련해서 ICSID에서 판정이 된 사건인 *Total* 사건<sup>124)</sup>에서 피청구국인 아르헨티나가 유사사건에서 행한 항변전략과는

---

Germany-Bahrain BIT, Germany-Chile BIT 등이 이러한 양식을 따르고 있다.

121) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

122) 아래에 인용한 Mexico-Sweden BIT 외에도, Mexico-Austria BIT, Mexico-Finland BIT, Mexico-Netherlands BIT 등이 이러한 예외조항을 포함하고 있다.

123) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

다른 전략을 사용한 바 있다. 이 사건에서 적용된 양자간 투자협정은 다른 아르헨티나 경제위기 관련 사건과는 달리 프랑스-아르헨티나 BIT인데, 이 협정은 예외조항을 가지고 있지 않다. 이에 따라 아르헨티나는 이 사건에서 공여지책으로 프랑스-아르헨티나 BIT 제5조 3항<sup>125)</sup>을 원용하고 있다.

이 사건에서 아르헨티나는 위 조문이 전체 양자간 투자협정에 대한 도피조항(escape clause)으로의 역할을 담당하고 있다고 주장하였는데,<sup>126)</sup> 이에 대한 근거로 위 조문이 상대 계약국의 투자에 손해를 야기할 수 있는 계약국의 긴급조치의 채택이 가능하다는 것을 명시하고 있을 뿐 아니라, 그러한 조치를 정당화하고 있다고 제시하고 있다.<sup>127)</sup> 이에 대해 청구인인 Total은 위 조문의 목적은 국제법의 일반원칙상의 보상에 대한 권원이 없을 경우, 이러한 권원을 마련하기 위한 것이라고 주장하였다.<sup>128)</sup>

이 사건의 중재판정부는 아르헨티나의 주장을 배척하면서, VCLT 제31조의 해석의 원칙에 따라 프랑스-아르헨티나 BIT 제5조 3항을 해석하면 이 조문은 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 같은 예외조항(중재판정부는 “non-precluded measures”으로 표현)으로 볼 수 없다고 판정 내렸다. 더 나아가 중재판정부는 경제적 비상사태(economic emergency)와 국가적 비상사태(national emergency)를 구분하면서, 제5조 3항은 전쟁·소요(騷擾) 등에 의한 손실에 대해 적용될 수 있고, 경제적 비상사태의 결과 국가적 비상사태가 일어난 경우에만 경제적 비상사태에도 적용될 여지가 있다고 보았다. 또한 중재판정부는 청구인인 Total의 손실은 “국가적 비상사태의...결과”물이 아니라 아르헨티나가 취한 일련의 규제적 조치의 결과물이고 제5조 3항은 이러한 조치를 정당화하고 있지 않다고 보았다. 마지막으로 중재판정부는 이 조항은 투자유치국이 자국 또는 제3국의 투자자에게 어떠한 유형의 보상이 이루어져서 청구인과의 차별이 문제된 상황 하에서 적용되는 것이라고 지적하였다.<sup>129)</sup>

---

124) *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010.

125) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

126) *Ibid.*, para. 226.

127) *Ibid.*

128) *Ibid.*, para. 227.

129) *Ibid.*, para. 228.

*Total* 사건 판정이 내려지고 1년 후, *Impregilo* 사건<sup>130)</sup>의 판정이 공개되었다. *Impregilo* 사건에 적용되는 양자간 투자협정인 이탈리아-아르헨티나 BIT 역시 프랑스-아르헨티나 BIT와 마찬가지로 예외조항을 두고 있지 않고 있고, 아르헨티나는 예외조항을 원용하는 대신에 프랑스-아르헨티나 BIT 제5조 3항과 유사한 조문인 이탈리아-아르헨티나 BIT 제4조를 원용하고 있다. 이에 대해 *Impregilo* 사건의 중재판정부는 *Total* 사건의 중재판정부와는 달리 아르헨티나의 경제위기가 국가적 비상사태에 버금가는 정치·경제적 현상이므로 동 협정 제4조가 적용될 수 있다고 보았지만, *Total* 사건의 중재판정부와 마찬가지로 이 조항이 예외조항에 해당하지 않는다고 결론 내렸다.<sup>131)</sup> 특히 *Impregilo* 사건의 중재판정부는 한 걸음 더 나아가, 이탈리아-아르헨티나 BIT의 당사국들은 조약을 체결할 때 국가적 비상사태 및 이와 유사한 사태를 염두에 두고 있었지만, 여기에 관하여 이러한 사태가 해외투자자에게 야기한 손실에 대한 보상규정 외에 별 다른 특별한 규정을 둘 필요가 없다는 것이 당사국들의 의도라고 해석하였다.<sup>132)</sup>

그런데 아르헨티나가 비단 위에서 언급한 사건들에서만 이 소위 말하는 ‘전쟁 및 소요(war and civil disturbance)’ 조항 또는 ‘전쟁으로 인한 손실(losses due to war)’ 조항을 원용한 것은 아니다.<sup>133)</sup> 아르헨티나는 *Total* 사건 및 *Impregilo* 사건 이전에 다투어진 사건들인 *BG Group Plc* 사건<sup>134)</sup>, *CMS* 사건, *Enron* 사건, *LG&E* 사건 그리고 *Sempra* 사건에서도 이 ‘전쟁 및 소요’ 조항을 예외조항이라고 주장하였던 것이다. 그런데 여기서 눈여겨 볼 것은 *BG Group Plc* 사건만 예외조항이 없는 영국-아르헨티나 BIT를 근거로 제기되었고, 그 나머지 사건들은 예외조항이 있는 미국-아르헨티나 BIT를 근거로 제기되었다는 점이다. 즉, 아르헨티나는 자신의 입장을 조금이라고 강화하기 위해 예외조항이 원용가능하더라도 ‘전쟁 및 소요’ 조항도 주장하였던 것을 알 수 있다.

130) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/07/17, 21 June 2011.

131) *Ibid.*, para. 339.

132) *Ibid.*, para. 340.

133) Newcombe and Paradell, *op. cit.*, at 499.

134) *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, In proceedings pursuant to the Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments, and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 24 December 2007.

그렇다고 아르헨티나가 적용되는 BIT에 예외조항이 없는 경우에만 ‘전쟁 및 소요’ 조항의 적용을 항상 주장했던 것도 아니다. 위에서 언급한 사건들과 같은 경제적 위기를 배경으로 하고 있는 *Metalpar* 사건<sup>135)</sup>에서 칠레-아르헨티나 BIT가 예외조항이 없음에도 불구하고 이 조약에서의 ‘전쟁 및 소요’ 조항인 제4조 3항의 적용을 주장하지 않고 단지 긴급피난만을 주장하였다.

어찌되었든 간에, *Total* 사건을 필두로,<sup>136)</sup> 모든 중재판정부들은 ‘전쟁 및 소요’ 조항이 예외조항과 반대의 의미를 가지고 있는 것으로 보고 있다.<sup>137)</sup> 즉, 예외조항은 중재사건의 피청구인이 청구인의 주장을 항변하기 위한 수단인 것과 달리, ‘전쟁 및 소요’ 조항은 국가적 비상사태 때문에 생긴 해외투자자의 손실에 대한 보전을 강화하는 목적을 가지고 있다.<sup>138)</sup> 아르헨티나는 *Total* 사건과 *Impregilo* 사건에서 항변책으로 긴급피난을 원용한 후에 문제의 조문들을 원용하고 있는데, 그 이유는 프랑스-아르헨티나 BIT와 이탈리아-아르헨티나 BIT가 예외조항을 가지고 있지 않아 긴급피난의 원용만으로는 부족한 감이 있기 때문에 역지로 프랑스-아르헨티나BIT 제5조 3항을 끌어들인 것으로 보인다. 아르헨티나가 *Total* 사건에서 취한 이와 같은 입장은 국제투자협정 관련 투자중재 사건에서 예외조항이 피청구국의 항변에 차지하는 비중을 반증하는 하나의 사례로 여겨진다.<sup>139)</sup>

---

135) *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6 June 2008

136) *Total Award*, *op. cit.*, para. 230.

137) *BG Group Plc.*, *op. cit.*

138) *BG Group Plc.*, *op. cit.*, para. 382; *CMS*, *op. cit.*, para. 375; *Sempra*, *op. cit.*, paras. 362-363; *Enron*, *op. cit.*, para. 397.

139) 이러한 맥락에서 자국의 거의 모든 양자간 투자협정에서 예외조항을 두고 있지 않은 호주가 앞으로 체결할 투자협정에 ISD 조항을 삽입하지 않겠다고 공표한 이유에 관해 후술.

## 제5장 예외조항의 일반적 요건

### 제1절 예외사유의 종류

#### I. 필수적 안보이익

국제투자협정상의 예외조항들이 예외조치를 발동할 수 있는 것으로 예정하고 있는 예외사유는 통일되어 있지 않다. 그럴 수밖에 없는 것이 예외조항에서 명시하고 있는 예외사유는 협정 당사국들이 특히 중요하다고 생각하는 가치의 보존을 반영하는 것이기 때문에 모든 협정에서 동일할 수는 없다. 하지만 각양각색의 예외사유 중에서도 거의 모든 예외조항에서 반복적으로 나타나고 있는 예외사유가 있는데, 그것이 바로 ‘필수적 안보이익(essential security interests)’이다. 특히 이러한 필수적 안보 사유를 필수적 안보 조항(essential security clause)으로 빠지지 않고 국제투자협정에 적시하고 있는 국가로 미국이 있다.<sup>140)</sup>

##### 1. 필수적 안보이익의 의미

그런데 이 ‘필수적 안보’란 정확하게 무엇을 의미하는지에 대해서는 아직 국제적인 합의가 이루어지지 않은 상황이다. 옥스퍼드 영어 사전에 따르면, ‘security(안보)’란 “위험 또는 위협으로부터 자유로운 상태(the state of being free from danger or threat)”를 뜻한다.<sup>141)</sup> 종래에는 안보는 곧 국가안보(national security)로 보아 이러한 위험 또는 위협의 원인을 물리적 공격에 의한 것에 한정해서 보았으나,<sup>142)</sup> 최근 아르헨티나를 상대로 제기된 ICSID 중재에서 경제

140) 상기 인용한 미국-아르헨티나 BIT, 2012년 미국 모델 BIT 참조.

141) "security". Oxford Dictionaries. April 2010. Oxford University Press. 05 June 2012 <<http://oxforddictionaries.com/definition/security>>.

142) 여전히 필수적 안보 이익은 국가안보만을 의미한다는 입장을 취하고 있는 것으로 William J. Moon, "Essential Security Interests in International Investment Agreements," *Journal of International Economic Law* vol.15 no.1 (2012), at 3; 이재민, “국가안보와 외국인 투자규제 : 외국인 투자촉진법 시행령 제5조를 중심으로,” *고려법학* 제57호 (2010).

위기도 필수적 안보를 위협하는 원인으로 보는 판정을 내린 바 있어서 이에 대한 해석에 혼란이 가중되고 있다. 아래에서는 필수적 안보의 해석에 관한 여러 입장들을 소개하고자 한다.

## 2. 필수적 안보이익의 범위

### (1) 필수적 안보 이익을 보호하는 조치를 열거하는 경우

일부 투자협정은 필수적 안보 조항에 필수적 안보를 언급하면서 이의 보호에 필요한 조치를 나열하고 있는데, 대표적인 경우가 중국-ASEAN 투자협정이다. 이러한 조항을 두고 있는 투자협정들은 GATT 제XXI조의 ‘안보상 예외 (Security Exceptions)’<sup>143)</sup>을 참조한 것으로 보인다.

중국-ASEAN 투자협정 제17조<sup>144)</sup>는 필수적 안보 이익을 보호하기 위해 필요한 조치의 예를 들고 있는데, 핵무기의 원료물질과 관련된 조치(제17조 (b)항 (i)호), 군사무기 및 군사시설 공급용 물품의 거래(동조 동항 (ii)호), 대단히 중요한 공공기반시설에 대한 의도적인 공격으로부터 보호하기 위한 조치(동조 동항 (iii)호), 그리고 국내외 관계 속에서 일어나는 전쟁 기타 비상사태 시 취해진 조치(동조 동항 (iv)호)가 그것이다. 중국-ASEAN 투자협정에서 예로 들고 있는 조치들은 주로 국가에 가해질 수 있는 물리적 공격을 항변할 수 있는 수단임을 알 수 있고, 이러한 물리적 공격에 대한 항변 조치들은 전통적으로 국가안보와 직결된 것으로 여겨지고 있다.

그런데 국가안보를 위협할 수 있는 수단은 물리적 공격만이 있는 것은 아닐 것이다. 최근 러시아가 감행한 것으로 추정되는 에스토니아 및 그루지아에 있었던 사이버공격 사례에서와 같이 현대국가들이 인터넷에 의존하는 정도가 높다는 점을 악용하여 주요 정부사이트이나 은행 사이트의 서버를 마비시키는 등의 가상공격(virtual attack)도 이루어지고 있는 실정이다. 예를 들어 투자유치국의 은행사이트에 대대적인 사이버공격이 감행되고 있는 상황에서 투자유치국 정부가 사이버공격에 대항하기 위해 일시적으로 자국 내의 모든 은행사이

---

143) GATT Article XXI의 조문은 본 논문의 부록 A 참조.

144) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능

트의 운영을 정지시킨 결과 해외투자자들의 투자국으로 자금이전이 차단되었다면, 투자유치국의 이러한 조치는 동조 동항 (iii)호에 해당할 수 있을 것이라고 보인다.

그런데 위 조문에서 예를 들고 있는 조치들만이 필수적 안보 조치에 해당하는 것은 아니다. 그 외에 이 조항에 의해 정당화될 수 있는 조치들은 중국-ASEAN 투자협정 제17조 (b)항에서 예를 들고 있는 조치들과 맥락을 같이하는 것들이어야 한다고 해석된다. 특히 중국-ASEAN 투자협정은 제16조에 ‘일반적 예외(General Exception)’을 따로 두고 있는 점을 감안하면 더욱 그러하다.<sup>145)</sup>

## (2) 필수적 안보 이익을 보호하는 조치를 열거하지 않는 경우

중국-ASEAN 투자협정과 같이 필수적 안보 이익을 보호하는 데 필요한 조치에 대한 예를 들고 있는 경우는 비교적 수월하게 [필수적 안보 = 국가안보]라는 해석이 성립될 수 있다. 해당 협정에서 예를 들고 있는 경우들이 국가안보의 보호와 직결되는 조치들이기 때문이다. 하지만 앞에서 예로 든 2012년 미국 모델 BIT 제18조이나 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 같이 예외조항 내에 필수적 안보를 언급하고 있지만 이에 대한 예를 들고 있지 않은 경우에는 ‘필수적 안보’가 포함할 수 있는 개념의 범위가 문제된다. 이 문제는 특히 경제위기로 인해 국가의 경제가 위태로운 경우에 취해진 경제적 긴급조치들도 필수적 안보에 기한 조치로 볼 수 있는지와 결부되어 있다. 즉, 필수적 안보는 국가의 존립 자체를 위태롭게 하는 것으로부터의 보호를 의미하는 것이 분명하고, 여기에 국가에 대한 무력공격을 항변하는 것도 포함되어 있다는 점도 분명하지만, 그 외에 국가의 존립을 위태롭게 하는 사유들도 포함될 수 있는지에 관해서는 의견이 분분하다.

## 가. 미국의 우호통상항해조약 관련 ICJ 사건을 통해 바라본 필수적 안보 개념

---

145) 일반적 예외조항과 안보상 예외조항을 하나의 협정 안에 두고 있다는 점은 GATT과 동일하다.

양자간 투자협정의 전신(前身)이라고 할 수 있는 우호통상항해조약(treaty of friendship, commerce and navigation)의 해석을 둘러싼 사건 두 건이 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)에 제기된 바가 있는데, *Military and Paramilitary Activities in and around Nicaragua* 사건(이하 *Nicaragua* 사건)<sup>146)</sup>과 *Oil Platforms* 사건<sup>147)</sup>이 그것이다.

*Nicaragua* 사건에서 제소국인 니카라과는 미국이 자국에 대해 행한 여러 행위들이 ‘미국과 니카라과간의 우호통상항해조약(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua, 이하 미국-니카라과 FCN Treaty)’<sup>148)</sup>에 반한다고 주장하였는데, ICJ는 미국이 니카라과의 항구에 지뢰를 설치한 행위 및 니카라과에 대해 행한 무역금지조치들이 동 조약 제XIX조 1항상의 항해·통상의 자유를 위반하였다고 인정하였다.<sup>149)</sup> 그런 다음 ICJ는 이러한 미국의 위반행위들이 미국-니카라과 FCN Treaty의 예외조항인 제XXI조<sup>150)</sup>에 의해 정당화될 여지가 있는지를 검토하였다.

미국-니카라과 FCN Treaty 제XXI조는 현대 BIT들의 예외조항과 매우 흡사한 모습을 하고 있다. ICJ는 “자국의 필수적 안보 이익을 보호하기 위해 필요한...조치”에 개별적 또는 집단적 자위권이 해당할 수 있다고 보면서, 필수적 안보 이익의 개념이 무력공격의 개념보다 넓은 개념임은 분명하고 과거에 광범위한 해석의 대상이 되어 왔다는 것을 인정하였다.<sup>151)</sup> 흥미로운 것은 한 국가의 필수적 안보 이익을 위협하는 요인으로 전쟁 관련 행위를 규정하고 있는 현대의 BIT과는 달리 미국-니카라과 FCN Treaty 제XXI조는 필수적 안보와 전

---

146) *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment on Merits. ICJ Reports 1986, 27 June 1986, at 14.

147) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003, 6 November 2003, at 161.

148) Signed at Managua, on 21 January 1956, entered into force on 24 May 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 367, I-5224, p. 3 (1960), <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280139d26>>.

149) *Military and Paramilitary*, *op. cit.* paras. 253, 278-279.

150) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

151) *Ibid.*, para. 224. 하지만 그러한 광범위한 해석을 한 과거의 선례를 ICJ는 인용하고 있지 않다.

쟁 관련 행위의 규제를 각각 다른 호에 규정하고 있다는 것인데, 어찌면 미국-니카라과 FCN Treaty 제XXI조의 이러한 구성 때문에 ICJ가 상기한 바와 같은 해석을 내릴 수 있었던 것일 수도 있다.

이후 *Oil Platforms* 사건에서 예외조항에서 문제된 부분이 미국-니카라과 FCN Treaty와 일치하는 ‘1995년도 미국과 이란 간의 우호·경제적 관계·영사적 권리에 관한 조약(1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran, 이하 미국-이란 FCN Treaty)’<sup>152)</sup>의 제 XX조 예외조항<sup>153)</sup>에 관하여 ICJ는 *Nicaragua* 사건을 인용하면서, 자국의 필수적 안보 조치에 *Nicaragua* 사건과 마찬가지로 자위권이 포함이 된다고 보았고, 필수적 안보 개념이 무력공격 개념보다 광범위한 것에 동조하였다.<sup>154)</sup> Burke-White and Staden은 이 판결에서 페르시아 만(Persian Gulf) 내 해양교역이 방해 없이 이루어지는 것은 미국의 합리적인 안보상 이익(reasonable security interests)에 해당한다고 ICJ가 판단했다는 것은 결국 ICJ가 해양교역과 같은 경제적 이익을 필수적 안보 이익에 포함시킨 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 순수한 군사상의 위협 이외의 것도 국가의 안보에 영향을 미칠 수 있다는 입장에 있다.<sup>155)</sup> 하지만 과연 ICJ가 *Oil Platforms* 사건에서 합리적인 안보상 이익을 필수적 안보 이익과 동의어로서 언급하였는지에 대해서는 의문이다.

본래 미국이 이란의 석유 굴착용 플랫폼을 공격한 행위가 무력사용에 관한 국제법에 비추어 보았을 때 정당한지가 당사국들이 의도한 분쟁이었기 때문에 조약상의 위반이 있는지를 먼저 검토하지 않고 예외조항부터 검토하게 되었다.<sup>156)</sup> 그리고 검토한 결과, ICJ는 미국의 공격행위가 자위권의 요건을 갖추고 있지 않아 미국-이란 FCN Treaty 제XX조에 의해 정당화될 수 없다고 결정하였다.<sup>157)</sup>

152) <[http://www.parstimes.com/law/iran\\_us\\_treaty.html](http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html)>에서 다운로드 가능>.

153) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

154) *Oil Platforms*, *op. cit.*, para. 40.

155) W. W. Burke-White and A. Staden, *op. cit.*, at 350-351.

156) *Ibid.*, paras. 37, 41-42. 이는 예외조항상의 조치와 긴급피난을 별개의 것으로 본 CMS 취소 위원회의 판정과는 다르다.

157) *Ibid.*, para.78.

나. 아르헨티나 경제위기 중재사건을 통해 바라본 필수적 안보 개념

상기 ICJ 판결에서 살펴보았듯이, 예외조항의 예외사유로서의 필수적 안보 개념은 국가안보보다 넓은 ‘그 무엇’에 해당한다고 보는 것이 현재의 추세이다. 하지만 과연 어디까지를 한 국가의 필수적 안보 이익으로 인정해야 할지에 대해서는 아직 논란이 많다. 그리고 이러한 논란은 특히 1999년부터 2002년까지의 경제위기<sup>158)</sup> 때문에 아르헨티나가 발한 긴급조치<sup>159)</sup>가 여러 산업 분야에 영향을 미친 결과 피해를 받았다고 주장하는 해외투자자들의 잇따른 국제투자중재 사건 때문에 더욱 격화되었다. 이들 사건 모두에서 당사자들은 경제위기의 존재는 인정하였지만, 과연 이 경제위기가 아르헨티나의 필수적 안보 이익을 위협하였는지에 관해서는 중재판정부들마다 입장을 달리하고 있다.<sup>160)</sup>

#### ① CMS 사건

CMS 사건은 2001년에 ICSID 투자중재에 회부되어, 2005년 5월 12일에 내려진 원판정<sup>161)</sup>과 2007년 9월 25일에 내려진 취소판정<sup>162)</sup>으로 구성되어 있다. CMS 사건은 LG&E 사건과 Sempra 사건과 더불어 아르헨티나의 경제위기

158) 아르헨티나는 자국의 경제불안을 종식시키기 위해 1990년대 초 ‘1페소=1달러’라는 대환정책(convertibility policy)을 채택하였다. 이러한 정책은 1990년대 말까지는 아르헨티나 경제의 건인차 역할을 하였고 아르헨티나 정부는 인위적으로 환율을 고정시키기 위해 다량의 달러를 필요로 하여 공공분야를 민간화 하는 등의 방식으로 적극적으로 해외투자자본을 유치하였다. 하지만 1998년부터 아르헨티나는 러시아의 외환위기·브라질 레알화의 가치 폭락·달러의 강세 등의 부정적 외부충격, 그리고 고정환율제를 유지하기 위해 경제에 축적된 피로와 표를 의식한 과도한 복지정책에 따른 재정적자의 확대라는 내부요인으로 인하여 심각한 경제위기를 겪게 되었다(이 내용은 IMF Independent Evaluation Office, *The IMF and Argentina 1991-2001* (2004) at 8-16을 정리한 것임).

159) 아르헨티나는 최후의 방안으로 2002년 1월 6일에 긴급경제법(Public Emergency and Foreign Exchange System Reform Law)을 입법하여 10여 년 동안 유지하여 왔던 고정환율제를 폐지하고, 달러로 표시되어 있는 공공분야의 채무를 페소로 바꾸었으며, 새로운 환율제도에 맞게 공적·사적 계약이 재협상될 수 있는 기회를 제공하였다(LG&E, *op. cit.*, para. 64).

160) 이렇듯 유사한 사실관계를 바탕으로 하고 있는 사건들임에도 불구하고 중재판정부들의 입장이 다른 이유는, 각 ICSID 중재에 새로운 중재판정부가 구성되기 때문이다. 당사자들이 직접 중재인을 선택한다는 것이 중재의 가장 큰 특징 중 하나이기는 하지만, 이러한 점 때문에 아르헨티나 경제위기 사건들에서와 같이 법적 예측성이 떨어지는 결과가 발생할 수 있다. 법적 예측성이 떨어지면 아울러 중재제도에 대한 신뢰도 또한 떨어진다.

161) CMS, *op. cit.*

162) CMS Annulment, *op. cit.*

사건 중 가장 많이 언급되고 있는 사건이다.<sup>163)</sup>

CMS 사건의 원판정을 내린 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조 자체가 경제위기를 언급하고 있지 않더라도, 국제관습법의 맥락이나 당해 조약의 대상과 목적을 보았을 때 중대한 경제위기를 당해 조항의 범위로부터 배제할 이유는 없다고 판정하였다.<sup>164)</sup> 더 구체적으로 말하자면, 필수적 안보 이익이 급박한 정치적인 국가안보상의 우려에 한정되고 ‘심각한’ 경제적 비상사태를 제외하는 것으로 이해된다면, 이는 제XI조에 대한 불균형적인 이해를 초래한다는 것이라고 중재판정부는 보았다.<sup>165)</sup> 중재판정부는 비록 아르헨티나 정부가 자국 의회에 당해 BIT를 제출할 때 동봉한 서한 및 관련 의회 위원회의 보고서가 전쟁, 무력충돌 및 소요만을 언급하고 있다 하더라도, 이러한 사정만으로는 그 이외에 있을 수 있는 상황을 배제하는 것은 아니라고 보았다.<sup>166)</sup>

이어 중재판정부는 그렇다면 제XI조의 발동에 있어서 중요한 것은, 당해 경제위기가 얼마나 ‘심각한지’에 달려 있다고 보면서,<sup>167)</sup> 이 ‘심각성’이라는 기준과 관련하여 *grave, severe* 등의 표현을 사용하고 있다. 그리고 중재판정부는 제XI조를 본 사건에 적용하면서, “심각한 위기(*severe crisis*)는 반드시 완전한 붕괴(*total collapse*) 상태와 동일”할 수 없고, “이러한 극심하게 심각한 요건(즉, 완전한 붕괴)이 없다면 당해 BIT가 긴급피난보다 우선적용 된다”고 보아, 비상사태(*emergency*)와 긴급피난을 구분하고 있다.<sup>168)</sup> 하지만 중재판정부는 제XI조와 관련해서 ‘심각한 위기’라는 표현을 사용하면서 여기서의 ‘심각성’은 국가책임초안 제25조상의 긴급피난의 요건 중 하나인 ‘심각하고 임박한 위기(*grave and imminent peril*)’과는 다르다고 말하는 것은 일관적이지 못하다고 생각된다. 또한 ‘심각한 위기’와 ‘완전한 붕괴’를 달리 보면서, 긴급피난이 발동되기 위해서는 ‘완전한 붕괴’에 버금가는 상황이 있어야 한다고 보는 중재판

---

163) 예를 들어 D. Desierto, “Necessity And “Supplementary Means Of Interpretation” for Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties,” *University of Pennsylvania Journal of International Law* vol.31 no.3 (2010), at 827.

164) *Ibid.*, para. 360.

165) *Ibid.*, para. 361.

166) *Ibid.*, para. 362.

167) *Ibid.*, paras. 354, 361.

168) *Ibid.*, para. 354

정부의 태도는 국가책임초안 제25조상의 문언을 무시하는 처사로 보인다.

아르헨티나는 원중재판정에 대한 취소청구를 하면서 중재판정부가 제XI조상의 필수적 안보 이익을 잘못 해석하였다고 주장을 하지 않아 취소위원회가 이를 검토하지 않았다. 또한 취소위원회가 중재판정부의 명백한 권한의 유월(manifest excess of powers) 여부를 검토하면서 중재판정부가 제XI조와 긴급피난은 상이한 요건을 두고 있는 실질적으로 다른 조문임에도 불구하고 이를 동일한 것으로 본 점은 명백한 법률상의 오류(manifest error of law)에 해당한다고 보면서,<sup>169)</sup> 중재판정부가 제XI조의 요건을 별도로 검토하지 않은 것은 잘못되었다고 비판한다.<sup>170)</sup> 하지만 취소위원회는 필수적 안보 이익의 의미 등 제XI조의 요건에 관해 더 자세한 해석을 제시하고 있지는 않다.

CMS 사건의 원중재판정문 자체가 매우 모호하고 일관적이지 않게 작성되기는 하지만, 적어도 본 사건의 원중재판정문에서 필수적 안보 이익을 광범위하게 해석하여 경제위기도 포함하고 있다는 점이 주목 받을만하다.<sup>171)</sup>

## ② LG&E 사건

아직 취소판정이 계속 중<sup>172)</sup>에 있는 LG&E 사건에서 원중재판정의 중재판정부는 여러 가지 점에서 예외조항의 해석과 관련해서 의미 있는 판정을 내렸다.

이 사건에서의 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 2단계를 거쳐

169) CMS Annulment, *op. cit.*, para. 130.

170) *Ibid.*, para. 135. 그렇다고 취소위원회는 원중재판정의 제XI조 및 긴급피난 부분을 취소한 것은 아니다. 취소위원회는 자신이 “상소법원이었다면, 이러한 점에 관하여 중재판정을 다시 고려”했겠지만, “비록 애매하고 불완전하긴 하지만 제XI조를 적용”하였기 때문에 명백한 권한이 유월이 없었다고 판정하였다(*Ibid.*, paras. 135-136).

171) Sarah Hill Rogerson, “The ‘Necessity Defense’ and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty,” *Law and Business Review of the Americas*, vol.13, no.3 (2007), at 559.

172) LG&E 사건의 취소청구는 원중재판정의 청구인 및 피청구인 모두에 의해 원판정문의 일부 취소 형태로 제기되었는데, 청구인은 2008년 9월 19일에, 그리고 피청구인은 2008년 12월 24일에 제기하였다. 2012년 5월 3일 현재 양 당사자의 동의로 절차가 중지된 상태에 있다 (<http://icsid.worldbank.org>에 접속하여 LG&E 사건을 검색하면 사건의 진행상황을 확인할 수 있음).

서 적용된다고 보면서 제XI조를 발동할 수 있는 사유가 존재하는지를 검토한 후에 그러한 조치를 발동할 필요가 있는지를 검토하겠다고 밝혔다.<sup>173)</sup> 이어 중재판정부는 제XI조가 군사적 행동 및 전쟁에 버금가는 상황하에서만 적용이 가능하다는 입장을 배척한다고 하면서,<sup>174)</sup> 아르헨티나가 공공질서를 유지하고 자국의 필수적 안보 이익을 보호하는 데에 필요한 조치를 취하였다고 결정하였다.<sup>175)</sup> 즉, *LG&E* 중재판정부는 *CMS* 중재판정부와 마찬가지로 광의의 필수적 안보 이익 개념을 인정한 것이다.

그런데 여기서 눈여겨볼 것은 *LG&E* 중재판정부가 아르헨티나에 있었던 위기의 기간을 특정<sup>176)</sup>하면서, 이 기간 동안의 위기는 단순한 ‘경제’위기를 넘어선 경제·정치·사회 전 분야에 걸쳐서 일어난 극도로 심각한 위기로 아르헨티나 정부를 비롯한 국가의 완전한 붕괴를 가져올 수 있는 위협적인 것으로 판단하였다는 것이다.<sup>177)</sup> 또한 이러한 판단을 함에 있어서 *LG&E* 중재판정부는 아르헨티나의 경제위기의 진행과정을 살펴보면, 이 경제위기가 왜 국가의 존립 자체를 위협하는 위기가 되었는지를 구체적으로 실시하고 있다.<sup>178)</sup>

*LG&E* 중재판정부의 이러한 판단은 타당한 것으로 보인다. 예외조항이란 것은 결국 상충하는 해외투자자와 투자유치국의 이익간의 균형을 찾아가는 작업인데, 아르헨티나가 처했던 위기와 같은 상황에서 투자유치국에게 예외조치를 취할 수 있는 권한을 박탈한다는 것은 일반인의 법감정에 반하는 처사일 것이다. 그렇다고 투자유치국에게 예외조치를 취할 수 있는 권한을 무한정 인정하게 된다면 그것은 예외조항의 남용을 가져올 것이기 때문에, 위기가 일어난 기간을 특정함으로써 투자유치국과 해외투자자의 이익의 조화를 도모할 수 있을 것이다.

---

173) *LG&E, op. cit.*, para. 205.

174) *Ibid.*, para. 238.

175) *Ibid.*, para. 226.

176) *LG&E* 중재판정부는 이 기간이 2001년 12월 1일부터 2003년 4월 26일까지로 특정하고 있다(*Ibid.*).

177) *Ibid.*, paras. 231, 237.

178) *Ibid.*, paras., 231-237.

### ③ *Enron* 사건

본 사건에서의 중재판정부는 투자협정의 대상과 목적(object and purpose)은 투자유치국이 경제적으로 어려운 상황에 처해 있을 때에도 조약상 보장되는 해외투자자의 권리를 보호하는 것에 있다고 지적하면서, 이에 따라 투자유치국이 조약상의 의무로부터 벗어날 수 있는 길을 마련하는 해석은 상기 대상·목적과 조화되기 힘든 면이 있어 예외에 대해서는 제한적인 해석이 이루어져야 한다는 입장에 있음을 밝혔다.<sup>179)</sup>

이어 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT가 필수적 안보 이익에 대한 정의를 마련하고 있지 않다는 점<sup>180)</sup>을 들어 국제관습법상의 긴급피난의 요건에 따라 판단이 이루어져야 한다고 보고 있다.<sup>181)</sup> 또한 중재판정부는 제XI조가 국가책임초안 제25조의 특별법(*lex specialis*)에 해당한다는 아르헨티나의 주장을 배척하면서, 제XI조는 특정한 요건을 두고 있지 않기 때문에 국제관습법상 인정되는 긴급피난의 요건에 따라 제XI조는 적용된다고 하여,<sup>182)</sup> 제XI조와 국제관습법상 긴급피난을 동일시하는 입장을 취하고 있다. 따라서 *Enron* 중재판정부의 이러한 입장에 따르면 ‘필수적 안보 이익’은 긴급피난상의 ‘필수적 이익(essential interest)’과 같게 된다.

*Enron* 중재판정부는 앞서서 아르헨티나의 위기가 심각한 것으로 판단한 CMS 중재판정부나 LG&E 중재판정부와는 달리, 긴급피난 청구의 검토에서 아르헨티나가 겪은 위기가 자국의 필수적 이익에 영향을 미치지 않은 것으로 보았다. 더 구체적으로 말하자면 *Enron* 중재판정부는 아르헨티나의 위기가 심각하고 그 상황에서 평상시 정도의 사업을 할 수 없었을 테지만, 이 위기가 아르헨티나 자체의 존립을 위협하여 자국의 필수적 이익과 관련이 있다고 보지 않는다고 판단하였다.<sup>183)</sup> 또한 중재판정부는 이러한 상황의 악화를 방지할 의무를 아르헨티나 정부가 가지고 있기는 하지만, 그렇다고 위기상황 자체가 통

179) *Enron*, op. cit., para. 331.

180) 반면 국제적 평화 및 안보의 유지에 관해서는 미국-아르헨티나 BIT 의정서 제6문단에서 구체화하고 있다.

181) *Ibid.*, para. 333.

182) *Ibid.*, para. 334.

183) *Ibid.*, para. 306.

제불가능한 상태였다는 설득력 있는 증거를 피청구인이 제시하지 못했다고 판단하였다.<sup>184)</sup> 이러한 내용을 종합해 보면, 긴급피난을 인정하기 위해서 *Enron* 중재판정부는 국가의 존립 자체에 대한 위협을 요하여 *CMS* 중재판정부나 *LG&E* 중재판정부보다 더 높은 수위의 위기를 요구하고 있다는 것을 알 수 있고, 본 판정에 대한 아르헨티나의 취소청구 중의 취소사유 중의 하나이다.<sup>185)</sup> 즉, *Enron* 취소위원회의 말을 빌리면, *Enron* 중재판정부는 “아르헨티나 정부가 계속 존속하면서 자신의 기능을 수행하면서 위기를 다루었기 때문에 국가의 존립 자체가 위협 받았다는 주장을 받아들이지 않았다”는 것이다.<sup>186)</sup>

이후에 이루어졌던 *Enron* 중재의 취소판정에서 본 사건의 취소위원회는 제XI조와 관련해서 여러 가지 판단을 내렸다. 첫째, *Enron* 취소위원회는 본 사건의 중재판정부가 긴급피난을 인정함에 있어서 필수적 이익을 국가의 존립에 한정해서 보았다는 아르헨티나의 주장에 동조하지는 않았다. 오히려 *Enron* 취소위원회는 중재판정문에 내재된 의미로 판단컨대 경제위기로 인하여 아르헨티나의 필수적 이익이 영향 받았는지에 대하여 *Enron* 중재판정부가 결정을 보류(*leave open*)하였다면서 중재판정부가 이러한 입장을 취한 것은 아르헨티나의 조치가 긴급피난의 다른 요건들을 충족하지 않았다는 판단 하에서 그런 것으로 보인다고 설명한다.<sup>187)</sup>

둘째, *Enron* 중재판정부는 판정문 33문단에서 제XI조상의 “자국의 필수적인 안보 이익의 보호를 위해 ... 필요한 조치”와 국가책임초안 제25조상의 “국가가 심각하고 급박한 위기에 대하여 필수적 이익을 보호할 수 있는 유일한 방법”을 유사 또는 동일하게 보고 있는 것으로 판단된다고 하였다.<sup>188)</sup> 이후 이러한 해석이 옳은지를 판단하는 권한을 취소위원회가 가지고 있지 않다면서 이에 대한 평가를 자제하였다.<sup>189)</sup>

셋째, 국제관습법상의 긴급피난 요건이 그대로 제XI조에 적용되어 제XI조

---

184) *Ibid.*, para. 307.

185) *Enron Annulment*, *op. cit.*, para. 353, subpara. (k).

186) *Enron Annulment*, *op. cit.*, para. 358.

187) *Enron Annulment*, *op. cit.*, para. 360.

188) *Ibid.*, para. 403.

189) *Ibid.*

를 별도로 적용할 필요가 없다는 *Enron* 중재판정부의 판단에 대해서, 취소위원회가 미리 검토하여 취소한 긴급피난의 요건이 충족되지 않았다는 판정부의 판단 부분으로 인하여 제XI조에 관한 중재판정부의 판정 부분을 취소한다고 결정하였다.<sup>190)</sup> 그러면서 *Enron* 취소위원회는 제XI조와 긴급피난이 동일하지 않다는 *CMS* 취소위원회의 견해에 관해서, 취소위원회의 역할은 중재판정부가 명백한 권한 이탈이나 판정이유의 불비를 하였는지를 판단하는 것이지 관련 쟁점에 대한 자신의 견해를 밝히는 것은 아니라고 비판하였다.<sup>191)</sup>

무엇보다 *Enron* 취소위원회는 취소판정문의 결론 부분에서 아르헨티나가 제XI조나 긴급피난에 따라 조치를 취한 것으로 중재판정부가 인정했다라면, 아르헨티나는 BIT상의 위반에 대한 책임을 지지 않으므로, 아르헨티나가 공정·공평 대우 조항 및 포괄적 보호조항을 위반하였다는 중재판정부의 판정도 취소한다고 하고 있다.<sup>192)</sup>

#### ④ *Sempra* 사건

*Sempra* 중재판정부가 *CMS* 중재판정부 및 *Enron* 중재판정부와 의장중재인이 Francisco Orrego-Vicuña 교수로 동일한데, 판정문의 구성 및 내용이 매우 유사하고 심지어 판정문의 일부분은 그 문언이 동일하기까지 하다.<sup>193)</sup> 첫째, *Sempra* 중재판정부는 *Enron* 중재판정부와 마찬가지로 투자협정의 대상과 목적은 투자유치국이 경제적으로 어려운 상황에 처해 있을 때에도 조약상 보장되는 해외투자자의 권리를 보호하는 것에 있다고 지적하면서, 이에 따라 투자유치국이 조약상의 의무로부터 벗어날 수 있는 길을 마련하는 해석은 상기 대상과 목적과 조화되기 힘든 면이 있어 예외에 대해서는 제한적인 해석이 이루어져야 한다는 입장에 있음을 밝혔다. 둘째, *Sempra* 중재판정부는 *Enron* 중재판정부와 마찬가지로 제XI조상 광의의 필수적 안보 이익 개념을 인정하고 있

190) *Ibid.*, paras. 404-405.

191) *Ibid.*, para. 405.

192) *Ibid.*, para. 407.

193) *LG&E* 중재판정부의 중재인들은 Tatiana B de Maekelt 교수(의장), Francisco Rezek 판사, Albert Jan van den Berg 교수였는데, 이 중에서 Francisco Rezek 판사는 *CMS* 중재판정부, 그리고 Albert Jan van den Berg 교수는 *Enron* 중재판정부의 중재인이었다. 그럼에도 불구하고 *LG&E* 사건의 판정문은 *CMS* 사건, *Enron* 사건, *Sempra* 사건의 것과는 그 구성 및 내용이 사뭇 다르다.

다.<sup>194)</sup> 셋째, *Sempra* 중재판정부는 *Enron* 중재판정부와 마찬가지로 미국-아르헨티나 BIT가 필수적 안보 이익이 무엇인지를 정의하고 있지 않기 때문에 국제관습법상의 긴급피난의 요건에 따라 제XI조의 충족 여부를 판단하여야 한다고 보았다.<sup>195)</sup> 넷째, *CMS* 중재판정부와 *Enron* 중재판정부와 마찬가지로 *Sempra* 중재판정부는 아르헨티나의 조치는 긴급피난이 인정되지 않은 것과 같은 사유로 제XI조가 인정되지 않는다고 판정 내렸다.<sup>196)</sup>

이러한 원판정에 대하여 취소위원회는 원중재판정부인 *Sempra* 중재판정부가 긴급피난을 적용하고 제XI조의 검토에서 긴급피난의 논리를 대체한 것에 관해 그 이유를 제시하였고,<sup>197)</sup> 제XI조의 자기판단적 성격을 부정한 것은 취소가능한 오류로 보지 않았지만,<sup>198)</sup> 제XI조를 적용하지 않은 명백한 권한의 유월을 이유로 원판정 전부를 취소하였다.<sup>199)</sup>

취소위원회는 *Sempra* 중재판정부가 제XI조를 적용하지 않은 것이 i) 권한의 이탈인지, ii) 권한의 이탈이라면 명백한지의 두 단계에 걸쳐서 매우 소상하게 검토하고 있다. 권한의 이탈 여부와 관련해서 일단 취소위원회는 당해 중재의 동의가 미국-아르헨티나 BIT를 그 법적 근거로 하고 있는 만큼, 어떠한 경우에 있어서 본 BIT가 투자자에 대한 보호를 배제하고 있다면 취소위원회는 배제를 하고 있는 그 조문의 해석과 원중재판정부가 그 조문을 적용하는데 있어서 취한 접근<sup>200)</sup>을 고려할 필요성이 있다고 하였다. 그런데 취소위원회는 필수적 안보의 의미에 관해서는 원중재판정부가 경제적 비상사태를 제XI조의 대상에 포함시키고 있는 등 광의의 필수적 안보 개념을 채택하고 있다는 것만 지적하고 있다.<sup>201)</sup> 이는 취소위원회가 이 점에서는 원중재판정부의 의견에 동의하고 있기 때문인 것으로 보인다.

---

194) *Sempra*, *op. cit.*, para. 374.

195) *Ibid.*, para. 375.

196) *Ibid.*, para. 378.

197) *Sempra Annulment*, *op. cit.*, paras. 166-168.

198) *Ibid.*, paras. 169-172.

199) *Ibid.*, paras. 159, 229.

200) *Ibid.*, paras. 186-191.

201) *Ibid.*, para. 194.

### ⑤ *Continental Casualty* 사건

*Continental Casualty* 사건은 여타의 아르헨티나 경제위기 관련사건 중에서 ‘필요성’의 해석과 관하여 GATT 제XX조의 ‘필요성’ 요건을 유추적용하고 있다는 점에서 특히 의미를 가지고 있지만, 그 외의 면에서도 의미를 가진다. 이 사건의 중재판정부는 본안에서의 논의를 제XI조와 관습법상의 긴급피난의 적용가능성을 살펴본 후에 구체적인 BIT상의 의무 위반을 검토하는 것으로 구성하였다.<sup>202)</sup> *Continental Casualty* 중재판정부는 제XI조와 관습법상의 긴급피난의 적용가능성에 관해서 이들 간의 차이를 논하는 것을 시작으로, 제XI조가 적용될 경우 관습법상의 긴급피난은 적용되지 않을 수 있다고 하고 있다.<sup>203)</sup> 그렇다고 *Continental Casualty* 중재판정부가 제XI조와 관습법상의 긴급피난 간에 아무런 관련성이 없다고 한 것은 아니고, 관습법상의 긴급피난이 제XI조의 해석에 이용될 여지가 있다고 보았다.<sup>204)</sup> 그런 후에 중재판정부는 제XI조의 요건 검토에 들어가 필수적 안보 이익을 포함한 예외사유의 해석에 들어갔다.

*Continental Casualty* 중재판정부는 필수적 안보 이익의 의미에 대해 이전의 중재판정부들보다 심도 있는 분석을 세 가지 차원에서 감행하였다. 첫째, *Continental Casualty* 중재판정부는 필수적 안보 이익에는 경제적 이익이 포함된다는 것에 국제적인 합의가 이루어져 있는 상태에 있다고 보고 있다. 이러한 사실은 중재판정부는 국가들이 자국의 안보 및 평화로운 국내질서에 대한 국·내외의 위협에 대해 주권을 행사할 수 있다는 것을 국제법이 인정을 하고 있고, 제2차 세계대전 이후의 국제질서 내의 국가들의 국제적인 안보 개념은

---

202) *Continental Casualty* 중재판정부는 특이하게도 BIT상의 의무 위반이 있는지를 본 후에 의무 위반이 있다면 이를 정당화할 수 있는 제XI조나 관습법상의 긴급피난의 적용가능성을 검토하는 일반적인 순서로 본 사건을 검토하지 않았다. 중재판정부는 오히려 제XI조의 적용가능성을 먼저 검토하여 이 조항이 (LETE 구조조정 조치를 제외하고) 본 사건에 적용될 수 있음을 확인한 후(*Ibid.*, para. 233), BIT상의 의무 위반을 제XI조가 적용된다는 전제하에 검토하였고, 그 결과 (LETE 구조조정 조치에 관한 청구를 제외하고) 청구인의 모든 청구를 배척하였다. *Continental Casualty* 중재판정부는 이러한 논의순서를 채택한 이유로 제XI조나 관습법상의 긴급피난이 아르헨티나를 의무위반과 손해배상책임으로부터 면할 수 있어 사건 전반에 관여하는 성격을 가지고 있기 때문에 먼저 고려한다고 하고 있다(*Ibid.*, para. 161). 이와 같은 논의순서의 채택은 전례를 찾기 힘들 정도로 매우 특이할 뿐 아니라, 사건진행의 경제성(economy)을 간과하는 처사로 보인다.

203) *Ibid.*, para. 162.

204) *Ibid.*, para. 168.

정치적·군사적 안보 뿐 아니라 경제적 안보를 포함하는 것으로 의도하고 있다고 하면서 이를 뒷받침하는 근거로 모든 국가들의 개인을 위한 인간다운 생활 수준(decent standard of living)을 제시한 미국의 프랭클린 D. 루즈벨트의 1944년 1월 11일 연설 등을 들고 있다는 점에서 확인할 수 있다.<sup>205)</sup> 둘째, 중재판정부는 판정문에서 미리 예고한 바대로 긴급피난에 관한 기존의 해석을 제XI조의 해석에 이용하고 있다. 더 구체적으로 보자면, 필수적 안보 이익을 해석함에 있어서 국가책임초안에 대한 국제법위원회(International Law Commission: ILC)의 해설서(commentary) 중 제25조에 관한 부분을 참조하여 국가들이 환경 보호, 공공비상사태시 국가 및 그 국가의 국민의 존립 자체의 보존, 민간인구의 보호 보장 등을 포함한 여러 다양한 이익의 보호를 위해 긴급피난을 원용한 바 있다고 지적하고 있다.<sup>206)</sup> 셋째, 중재판정부는 제XI조의 역사적인 맥락을 통해 필수적 안보 개념의 해석을 시도하기도 한다. 즉, 제XI조가 미국의 모델 BIT를 거쳐 미국의 표준화된 우호통상항해조약(FCN treaty)에서 유래하고 있는데, 미국-아르헨티나 BIT 체결 당시 양 당사자 모두 이러한 역사적인 맥락을 숙지하고 이를 당해 조약에 반영한 것으로 추정되므로,<sup>207)</sup> 수년간 미국 BIT의 작성에 참여하여온 Vandevelde 교수의 해설서에서 볼 수 있는 것처럼 미국 BIT상의 예외조항은 미국 국외에서 이루어지는 투자가 국가안보 및 미국 국민의 건강·안전·후생을 주축으로 하는 국익에 종속될 수 있다는 것을 내정하고 있고 국가의 이러한 권리는 상호주의에 따라 미국 뿐 만 아니라 협정의 상대국에게도 인정이 되어,<sup>208)</sup> 필수적 안보 이익의 광범위한 인정을 지지한다.

위의 논리에 이어서, *Continental Casualty* 중재판정부는 필수적 안보 이익에 심각한 경제위기가 영향을 미칠 수 있다고 하면서, *CMS* 사건, *LG&E* 사건, *Enron* 사건이 비록 아르헨티나의 경제위기가 어느 정도로 심각했는지에 대해서는 의견을 달리하였을지라도 모두 광의의 필수적 안보 이익 개념을 인정하였다고 언급한다.<sup>209)</sup> 그리고 어느 시점에서부터 필수적 안보 이익의 보호가

---

205) *Ibid.*, para. 175.

206) *Ibid.*

207) *Ibid.*, para. 176.

208) *Ibid.*, para. 177.

209) *Ibid.*, para. 180.

필요한지에 관해 *Continental Casualty* 중재판정부는 *CMS* 중재판정부와 같이 국가의 완전한 붕괴 또는 관할 관공서의 개입 이전에 이미 재앙적인 사태가 발생할 것을 제XI조가 요구하고 있지 않다는 것을 지적하면서 *CMS* 중재판정부를 비판한다.<sup>210)</sup>

마지막으로 *Continental Casualty* 중재판정부가 지적한 것으로 제XI조상의 조치를 취하는 데에 있어서 투자유치국에게 필요한 조치를 선택할 수 있는 상당한 재량(*margin of appreciation*)이 인정되고,<sup>211)</sup> 이는 “자국의 안보 이익(*its own security interests*)”이라는 제XI조의 문언에서 확인할 수 있다고 한다.<sup>212)</sup> 이러한 재량에 따른 조치가 정말 필요하였는지 여부는 조치를 취할 당시 그 투자유치국의 입장에서 판단되어야 한다고 보고 있다.<sup>213)</sup>

*Continental Casualty* 사건의 판정문에 대하여 청구인 *Continental Casualty*은 판정의 전체 취소를, 피청구인 아르헨티나는 판정의 부분 취소를 취소위원회에 청구하였는데,<sup>214)</sup> 양 당사자 모두 필수적 이익 개념에 지대한 경제위기에 따른 영향을 포함하는 것에 대해 이의를 제기하지 않았다.

#### ⑥ *El Paso Energy* 사건

*El Paso Energy* 사건은 아르헨티나 경제위기 관련사건 중 가장 최근에 내려진 판정이다. 이 사건은 특히 투자유치국인 아르헨티나가 비상사태에 기여하였는지 여부가 쟁점이 되었다.

필수적 안보 이익의 범위와 관련해서 *El Paso Energy* 중재판정부는 간단하게 비상사태는 다른 아르헨티나 관련 ICSID 사건에서 언급한 것처럼 경제적인 성격의 것도 포함된다고 말하고 있다.<sup>215)</sup> 이러한 *El Paso Energy* 중재판정부의 태도는 이제 광의의 필수적 안보 개념이 확립된 것을 반영하고 있는

---

210) *Ibid.*

211) *Ibid.*, para. 181.

212) *Ibid.*, note 266. 예외조치를 취할 수 있는 투자유치국의 재량은 제XI조가 자기판단적인지 여부와 상관없이 인정된다(*Ibid.*).

213) *Ibid.*, para. 181.

214) *Continental Casualty Annulment.*, *op. cit.*...

215) *El Paso Energy*, *op. cit.*, para. 611.

것으로 보인다. 또한 *El Paso Energy* 중재판정부가 판정문에서 아르헨티나가 자국의 경제위기에 기여하였는지 여부를 중점적으로 다루고 있다는 것은 아르헨티나 경제위기가 충분히 중하여 필수적 안보를 위협하는 것을 그 전제로 하고 있다.<sup>216)</sup>

## II. 환경

### 1. 환경예외조항과 환경 관련 투자중재사건

대부분의 환경 관련 국제투자중재사건들은 NAFTA 관련 사건들인데, 안타깝게도 NAFTA는 환경 관련 조문을 여럿 두고 있음에도 불구하고 예외조항에는 필수적 안보만을 그 예외사유로 명시하고 있다.<sup>217)</sup> NAFTA의 투자챕터인 제11장은 환경 관련 조문인 제1104조<sup>218)</sup>를 마련하고 있긴 하지만, 이 조문은 *Metalclad* 사건에서만 잠깐 언급이 되고,<sup>219)</sup> 그 외의 환경 관련사건(*Methanex* 사건, *Chemtura* 사건, *Glamis* 사건, *S.D. Myers* 사건,<sup>220)</sup> *Waste Management* 사건<sup>221)</sup> 등)에는 언급조차 되고 있지 않다.<sup>222)</sup> 제1114조가 잘 활용되지 못하고 있는 이유는, ISD에서 문제 되는 것은 투자협정에 반하는 국가의 조치인데, 이 조문은 NAFTA 제11장에 합치되는 국가의 조치를 그 대상으로 하고 있기 때문이다.<sup>223)</sup>

따라서 환경을 예외사유로 두고 있는 예외조항에 대한 연구는 결국 여러

---

216) *Ibid.*, para. 665 참조.

217) NAFTA 제2102조 (b)항.

218) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

219) *Metalclad*, *op. cit.*, para. 98.

220) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, In a NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 November 2000.

221) *Waste Management Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

222) 이에 관한 더 자세한 논의는 Allan Ingelson, Lincoln Mitchell and Christine Viney, "NAFTA takings update the *Glamis* decision," *Journal of World Energy Law and Business*, 2012, vol.5, no.1, at 41-47.

223) Sanford E. Gaines, "Environmental Policy Implications of Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11," *Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade Research Paper*, February 2006 at 5; *Ibid.* at 42. 이와 다른 관점에서 이 조문이 환경에 대한 고려가 때로 투자보호보다 우선될 수 있다는 것을 내재하고 있다는 의견도 있다 (Madeline Stone, "NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe?," *George Washington International Law Review* vol.15 (2002) at 767).

국제투자협정에 규정되어 있는 조문에 대한 연구로 한정될 수밖에 없는데, 환경을 예외사유로 규정하고 있는 예외조항은 그리 많지 않은 실정이다.<sup>224)</sup>

하나의 예로 헝가리-러시아 BIT상의 예외조항<sup>225)</sup>을 보면, 이 조항은 여러 예외사유 중에 환경의 보호(Protection of the environment)를 규정하고 있다. 해석주체에 따라서 ‘환경’이라는 단어가 포괄하고 있는 범위를 다르게 볼 수 있지만, 어쨌든 예외조항에 이러한 광범위한 의미를 함축하고 있는 단어가 규정되어 있을 경우 환경 관련 예외조치를 취하고자 하는 국가에게 유리한 것만은 분명하다.

또한 국제투자협정에서 예외조항이 GATT 제XX조의 형태를 갖추고 있거나 GATT 제XX조를 준용하고 있는 경우에도 환경보호를 예외사유로 포섭하게 된다. 이러한 경우의 조문들은 인간·동식물의 생명 또는 건강의 보호와 유한천연자원의 보존을 환경보호상의 예외사유로 포함하게 되는데,<sup>226)</sup> 여기서 생각해 볼 수 있는 것은 이 예외사유들이 투자유치국에 의해 ISD에 원용되었을 경우 기존에 WTO 패널이나 상소기구(Appellate Body)가 이들 예외사유에 관해 내렸던 결정들<sup>227)</sup>이 중재판정부의 해석의 지침이 될 수 있는지 이다. 이미 *Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 ‘필요성 요건’을 WTO법상의 판정례를 참조하여 해석을 한 바가 있으므로 그러한 가능성이 충분히 있다고 본다. 캐나다 모델 BIT 제10조 일반적 예외조항에서 제(c)호가 GATT 제XX조와는 달리 “살아있는 또는 살아있지 않은 유한천연자원의 보존(for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources)”이라면서 ‘살아있는 또는 살아있지 않은’이라는 수식어를 명시하고 있는 것은 WTO 상소기

224) 국제투자협정 내의 환경 관련내용 포함 여부를 조사한 한 연구에 따르면, 조사대상이었던 1,623개의 국제투자협정 중 환경규정을 둘 수 있는 국가의 권한을 내재하고 있는 조항을 두고 있는 조약은 82개로 전체 조사대상의 5.2%에 불과하다(Kathryn Gordon, and Joachim Pohl, “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2011/1, OECD Investment Division, 2011 at 8).

225) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

226) 하지만 본 논문은 인간·동식물의 생명 또는 건강의 보호를 공중보건에 해당하는 것으로 보는 입장이다.

227) *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline(US-Gasoline)*, DS2/R(29 January 1996), DS2/AB/R(29 April 1996); *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products(US-Shrimp)*, DS58/R(15 May 1998), DS58/AB/R(12 October 1998).

구가 살아있는 생물인 바다거북도 유한천연자원으로 보았던 것<sup>228)</sup>을 염두에 두어 생물도 제(c)호의 보호대상이라는 것을 분명하게 하기 위함인 것으로 보인다.

## 2. 예외조항 부재 시 환경조치의 정당화를 위한 국가의 수단

대부분의 국제환경협정은 그 성격상 아직 그 회원국에게 구체적인 의무보다 일반적인 의무를 부과하는 경향이 있는데,<sup>229)</sup> UN 기후변화기본협약(UNFCCC) 체제는 그에 부속하는 교토의정서를 통하여 온실가스 배출 감축 의무를 (적어도 부속서 I) 국가들에게 부여하고 있고 EU를 필두로 한 회원국들도 이러한 의무를 준수하고자 하는 강력한 의지를 표명하고 있다. 따라서 투자유치국이 온실가스 배출 감축을 위해 어떠한 조치를 취하였는데, 이러한 조치가 투자자의 정당한 기대(*legitimate expectations*) 등을 위반하였거나 위법한 수용이었다는 등의 이유로 UNFCCC와 국제투자협정이 충돌할 수 있는 여지가 있고 실제 그런 사건도 발생하였다.<sup>230)</sup>

이러한 경우에 있어서 해당 국제투자협정의 예외조항에 환경의 보호가 예외사유로 규정되어 있다면 위와 같은 조치가 정당화될 수 있는 여지가 커지겠지만, 위에서 언급한 것처럼 환경보호를 예외사유로 두고 있는 예외조항은 드물다. 이러한 어려움 때문에 일각에서는 필수적 안보예외를 국가의 기후변화 관련 조치가 정당화될 수 있다고 주장되고 있는데,<sup>231)</sup> 이러한 주장은 받아들이기 힘들다. 위에서 아르헨티나의 경제위기 관련 사건들에서 살펴본 것처럼 필수적 안보라는 개념은 국가에 대한 물리적 위협 뿐 아니라 경제적 위협도 포함할 수 있지만, 이들 위협들은 국가의 존립 자체를 위태롭게 하여야 하는데 기후변화조치를 취하지 않았다는 이유로 투자유치국의 존립 자체가 위태로

228) *US-Shrimp*, DS58/AB/R, *Ibid.*, para. 128.

229) Alexandre Kiss and Dinah Sheldon, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff (2007) at 78.

230) *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6. 이 사건은 당사자들의 화해로 종결이 되었고 그러한 취지를 중재판정부가 판정문에 밝히고 있다.

231) Lise Johnson, "International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor-State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It," *Environmental Law Reporter* vol.39 no.11147 (2009).

워진다고는 보기 힘들다. 또한 장기적으로 본다면 기후변화가 결국 국가의 존립을 위태롭게 할 것이라고 보더라도, 필수적 안보는 긴급피난에서와 같이 ‘급박한’ 위협을 그 전제로 하고 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 기후변화 관련 조치를 취하였을 때 이러한 조치의 파급효과의 범위와 국가비상사태 시 취해지는 비상조치의 파급효과의 범위가 다르기 때문에 이러한 점에서도 필수적 안보 예외의 적용을 부정하여야 할 것이다. 오히려 기후변화 또는 환경보호를 예외사유로 두고 있는 예외조항을 국제투자협정에 삽입하는 것이 더 합리적인 것으로 보인다. 이러한 맥락에서 현재 여러 국가들이 자국의 국제투자협정에 기후변화를 포함한 환경적 요소를 포함할 수 있도록 재정비하고 있는 상황이다.<sup>232)</sup>

### III. 공중보건

#### 1. 공중보건 예외조항

환경 예외조항과 마찬가지로, 국제투자협정에서 공중보건 예외조항을 찾기란 쉽지 않지만, 그럼에도 불구하고 국가가 자국 국민의 건강을 유해한 외부요인으로부터 지키기 위해서 공중보건을 취할 수 있는 권한을 조약에 명문으로 보장하는 것은 중요하다. 따라서 에너지헌장조약과 같은 다자간투자협정에서 공중보건을 보호하기 위한 국가의 규제권한을 그 예외조항에서 규정하고 있는 것은 그 의미가 깊은데, 그것은 에너지헌장조약의 여러 회원국들이 모두 공중보건의 보호의 필요성에 동의하고 있다는 것을 뜻하고 있기 때문이다.

에너지헌장조약의 예외조항<sup>233)</sup> 중 중공중보건과 관련된 부분은 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호에 필요한(necessary to protect human, animal or plant life or health)’으로 명시되어 있는데, 이러한 문구는 GATT 제XX조 (b)호와 GATS 제XIV조 (b)호(그리고 이들 조항과 유사한 예외조항을 두고 있거나 이들 조항을 준용하고 있는 국제투자협정)에서도 발견되고 있다. 그렇다면 환경 예외조항에서와 마찬가지로 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호에 필요한’이

232) Daniel M. Firger and Michael B. Gerrard, “Harmonizing climate change policy and international investment law,” in Karl P. Sauvant(ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-11*, Oxford University Press (2011) at 42-43.

233) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

라는 문구를 해석함에 있어 GATT 제XX조 (b)호를 해석한 기존의 WTO 판정례를 적용하는 것이 가능한지에 대한 논의가 있을 수 있다. 생각건대, 비록 국제투자협정의 궁극적 목적과 WTO규정의 궁극적 목적이 상이하더라도, 이들 조약들이 추구하는 목적 때문에 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호’의 의미가 달라지지 않는 것으로 보인다. 따라서 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호’의 의미에 관해서만큼은 WTO 판정례의 참조가 가능할 것으로 보인다. 그렇다면 이러한 논리의 연장선상에서 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호에 필요한 조치’를 해석하는 데에 있어서 GATT 제XX조 (b)호를 구체회하고 있는 위생 및 식물위생 조치의 적용에 관한 협정(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS협정) 부속서 A상의 정의를 이용하는 것이 가능한지가 논란이 될 수 있다.<sup>234)</sup>

일부 국제투자협정은 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호’라는 문구 대신에 좀 더 추상적인 용어인 ‘공중보건(public health)’을 사용하거나, 좀 더 한정적인 용어인 ‘전염병 또는 병충해의 예방(prevention of diseases or pests)’을 사용하고 있다.

스위스-모리셔스 BIT의 경우<sup>235)</sup>에는 이 두 가지 용어 모두를 예외사유로 조문에 포섭하고 있는데, 이러한 조문을 해석하는 데에 있어서 공중보건과 전염병 또는 병충해의 예방이라는 용어 간에 어떠한 의미상의 차이가 있는지가 문제가 될 수 있다.

## 2. 최근 공중보건 관련 투자중재사건

최근 담배가 폐암을 유발하는 등 인간의 건강에 미치는 악영향에 대한 우려가 증대하고 있는 가운데, 일부 국가들은 담배의 소비를 줄일 목적으로 국내에서 유통되는 담배의 포장을 통일시키는 담배 단순포장정책을 도입하거나

234) 그런데 건강상의 이유로 석면이 포함된 건축자재의 수입금지와 같이 SPS협정 부속서 A상의 SPS조치에 해당하지 않으면서 GATT 제XX조 (b)호상의 ‘인간·동식물의 생명 및 건강의 보호에 필요한 조치’에 해당하는 경우(박노형 외, 『新국제경제법』, 박영사 (2012), 217면)가 있기 때문에, 이러한 해석의 도입은 피청구인인 투자유치국에게 불리하게 작용될 가능성이 있다.

235) 조문은 본 논문의 부록 A에서 확인 가능.

도입 예정에 있다. 담배에 대한 단순포장(plain packaging) 정책은 담배제조업자들이 담배의 포장에 담배의 브랜드명을 정해진 크기, 폰트 및 위치에만 인쇄하고 담배포장의 색을 통일하여 담배제품의 포장으로부터 모든 브랜드 표시를 제거하는 것을 말한다.<sup>236)</sup> 현재 프랑스, 뉴질랜드, 터키, 영국이 도입을 고려하고 있고 EU 차원에서도 논의가 이루어지고 있는 상황인데, 실제 이 제도를 시행하고 있는 국가는 호주뿐이다. 호주는 2011년 12월에 2011 담배단순포장법(Tobacco Plain Packaging Act 2011, TPP Act)<sup>237)</sup>을 호주 총리가 서명함으로써 발효되었다. 2011년 담배단순포장법은 담배 브랜드와 담배회사 명칭의 표기 방식을 규제하고 있고 이를 위반할 경우에 대한 벌칙규정을 마련하고 있는데, 이에 대해 필립모리스<sup>238)</sup>는 상표권 침해를 주장하면서 호주를 투자중재에 회부를 한 상태이고,<sup>239)</sup> 그 외 2011년 담배단순포장법에 대한 법률위헌심사가 호주 국내에서 진행 중이며 우크라이나와 온두라스도 호주를 이 법률을 이유로 WTO의 분쟁해결기구에 제소를 한 상황이다<sup>240)</sup>.

현재 *ad hoc* arbitration에서 진행 중인 *Philip Morris* 사건에서 피청구인인 호주가 청구인인 필립모리스 아시아에게 보낸 ‘중재통보에 대한 답변(Response to the Notice of Arbitration)’에서 자국이 행한 단순포장(plain packaging) 제도가 호주 국민들의 공중보건을 보호하기 위한 조치이고<sup>241)</sup> 이러한 제도를 시행한 결과 있을 담배 가격의 인하와 이에 따른 담배 소비의 증가를 억제할 수 있는 재량을 자국이 가지고 있다고 밝히고 있는데,<sup>242)</sup> 이러한 주장들은 홍콩-호주

236) World Health Organization, *WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for implementation of article 5.3, article 8, article 11, and article 13*, World Health Organization, (2010), at 55.

237) 법률 원문은 [http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148/Html/Text#\\_Toc309642382](http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00148/Html/Text#_Toc309642382)에서 확인 가능.

238) 필립 모리스(Philip Morris)은 본래 미국을 기반으로 하는 다국적 기업인데, 여기서 ISD를 제기하고 있는 주체는 미국 필립 모리스의 자회사인 필립 모리스 아시아(Philip Morris Asia)이다. 필립 모리스 아시아는 호주 내 현지법인인 필립 모리스 오스트레일리아에서 자신이 보유하고 있는 주식이 투자인 것을 근거로 ISD를 제기하고 있다.

239) 호주정부는 필립 모리스가 제기한 ISD에 관한 정보를 <http://www.ag.gov.au/Internationallaw/Pages/Investor-State-Arbitration---Tobacco-Plain-Packaging.aspx>에서 공개하고 있다.

240) WTO, “Ukraine files dispute against Australia,” 13 March 2012([http://www.wto.org/english/news\\_e/news12\\_e/ds434rfc\\_13mar12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news12_e/ds434rfc_13mar12_e.htm)); WTO, “Honduras files dispute against Australia,” 4 April 2012([http://www.wto.org/english/news\\_e/news12\\_e/ds435rfc\\_04apr12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news12_e/ds435rfc_04apr12_e.htm)). 이에 따라 각각 DS434, DS435이라는 사건번호가 부여되었다.

241) Australian Government, *Response to the Notice of Arbitration*, 21 December 2011, para. 38.

BIT가 예외조항을 가지고 있지 않은 현 상황 하에서는 명확한 법적인 의미를 가지지 못하게 된다.<sup>243)</sup> 또한 여기서 눈여겨볼 것은, 인도와 체결한 BIT를 제외한 모든 호주의 BIT들은 예외조항을 규정하고 있지 않다는 것이다. 아무리 호주가 공중보건이라는 정당한 공익상의 목적 하에 담배의 단순포장 제도를 이행하고 있다 하더라도, 예외조항이 없는 상황이라면 법정에서 투자자인 필립 모리스 아시아의 공격을 충실하게 항변할 수 있는 수단이 다른 공익 관련 투자중재사건과 비교하였을 때 부족하게 된다.

어찌하였든 간에, 호주의 ISD조항 폐기 선언이 포함된 “길러드 정부 무역정책 선언”<sup>244)</sup>이 필립 모리스가 호주정부에 청구통고를 하기 얼마 전에 이루어졌고, 이 선언의 문언에도 호주정부는 “담배제품에 대해 건강 관련 경고 또는 단순포장 요건을 부여할 수 있는 권한을 제한하는 조문을 지금까지, 또는 앞으로도 받아들이지 않겠다”고 밝히고 있어<sup>245)</sup> 호주정부가 ISD조항을 폐기하겠다는 결정에 자국의 담배정책이 큰 부분을 차지하고 있다는 알 수 있다.

그런데 상기한 담배단순포장제도와 관련된 투자중재사건으로는 필립 모리스 아시아가 호주를 상대로 제기한 것 외에도 필립 모리스 인터내셔널이 우루과이를 상대로 제기한 사건<sup>246)</sup>이 현재 ICSID 중재에 계류 중에 있다. 이렇듯 담배단순포장제도를 도입한 국가들을 상대로 줄줄이 국제투자중재가 제기되고 있는 상황에도 불구하고, 담배단순포장제도의 도입에 강력한 의지를 표명하고 있는 국가가 여럿 있기 때문에 이 제도를 이유로 한 투자중재가 추가적으로

242) *Ibid.*, para. 40.

243) 그런데 다행히도 호주가 공평·공정한 대우, 완전한 보호 및 안보, 포괄적 보호조항 등을 위반하였다는 필립 모리스 아시아의 주장은 약한 것으로 평가 받고 있고, 수용에 관해서도 호주가 더 유리한 고지를 점하고 있는 것으로 평가 받고 있다(Tania Voon and Andrew Mitchell, “Time to Quit? Assessing International Investment Claims Against Plain Tobacco Packaging in Australia,” *Journal of International Economic Law* vol.14 no.3 (2011), at 35).

244) Australian Department of Foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, April 2011.

245) *Ibid.*, p. 14.

246) *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (2012.06.15. 현재 계속 중). 이 사건 역시 피청구인인 우루과이가 이길 가능성이 높을 것으로 평가 받고 있다(Todd Weiler, “Philip Morris vs. Uruguay, An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law,” *Report #1 for Physicians for a Smoke Free Canada*, 28 July 2010 at 37).

제기될 가능성이 농후하기 때문에 추후 사건에서 예외조항이 삽입되어 있는 국제투자협정이 이러한 투자중재에서 논해질 수 있는지는 두고 볼 일이다.

#### IV. 국제평화·안보의 유지

##### 1. 국제평화·안보 유지의 의미

국제평화·안보의 유지라는 예외사유는 20세기 초에 유행하였던 우호통상항해조약에서부터 등장하고 있다. 그러한 예로 1956년에 체결되었던 미국-니카라과 우호통상항해조약은 제XXI조 1항 (d)호에서 “국제평화 및 안보의 유지 또는 회복을 위한 당사국의 의무”를 충족하기 위한 조치를 허용하고 있다. 또한 이와 비슷한 시기에 잠정적용되기 시작했던 GATT은 제XXI조 (c)호에 “국제평화 및 안보의 유지를 위해 유엔헌장상의 의무이행”을 위한 조치를 허용하고 있다. 이러한 GATT 제XXI조 (c)호와 관련해서 이 조항이 유엔헌장이 GATT보다 우위에 있다는 것을 확인하는 의미를 가지고 있다고 보기도 한다.<sup>247)</sup> 아직 국제법에서는 아직 국내법에서와 같은 명확한 법의 우위관계가 인정되고 있지는 않지만, 이러한 해석은 국제평화·안보의 유지를 유엔의 목적임을 명시하고 있는 유엔헌장 제1조 1항과 유엔헌장상의 의무가 다른 조약이나 협정상의 의무에 우선한다는 유엔헌장 제103조와는 조화를 이루고 있다.

이러한 국제평화·안보 유지라는 예외사유는 필수적 안보이익을 군사적 활동과 관련해서 열거하고 있는 예외조항에 두고 있는 경우가 대부분이다.<sup>248)</sup> 이러한 조항들은 GATT 제XXI조 (c)호와 거의 유사한 문언을 두고 있는데, GATT 제XXI조와 마찬가지로 국제평화·안보 유지가 필수적 안보이익과 각각 다른 호에 규정되어 있으면서 병렬적 위치에 있는 경우 필수적 안보이익의 자기판단적 문언이 국제평화·안보 유지에 영향을 미치지 않는다.<sup>249)</sup> 하지만 국제평화·안보 유지가 필수적 안보이익의 한가지로 열거되어 있는 경우, 필수적 안

247) 이재민, “대량살상무기확산방지조치의 국제통상법적 함의에 관한 고찰,” 『서울국제법연구』 제14권 제1호 통권26호 (2007.06), 36면; 박노형 외, 『新국제경제법』, 박영사 (2012), 179면.

248) 그러한 예로 중국-ASEAN 투자협정 제17조, 캄보디아-체코 BIT 제12조, 한-일 BIT 제16조 등이 있다.

249) 그러한 예로 중국-ASEAN 투자협정 제17조, 한-일 BIT 제16조이 있다.

보이익을 규정하고 있는 호의 두문이 국제평화·안보 유지에도 적용이 되어 자기판단적 성격을 지니게 된다.<sup>250)</sup> 또한 2012년 미국 모델 BIT 및 미국의 모델 BIT를 바탕으로 체결된 여러 미국의 국제투자협정들은 예외조항에서의 예외 사유를 하나의 문장 안에 병렬적으로 배치하면서 자기판단적 문구가 국제평화·안보 유지 및 필수적 안보이익 모두에 적용되게 하고 있다. 필수적 안보이익은 결국 자국의 이익이기 때문에 이러한 이익을 보호할 필요성이 있는지에 관하여 자국이 판단하는 것이 타당하지만, 국제평화·안보의 유지는 전 세계 국가의 이익과 직결되므로 이를 보호할 필요성에 따라 취해진 조치인지 여부에 대한 판단권한을 명문으로 자국에게 맡기는 것은 부당한 것으로 보인다.

## 2. 국제평화·안보의 침해가 문제되는 경우

유엔안전보장이사회가 국제평화·안보의 유지를 위해서 평화를 위협하는 것으로 여겨지는 국가에 대해 그 국가의 경제를 압박하는 경제적 제재를 취하여 그 정부의 태도 변화를 유도하여 평화에 대한 위협을 제거하고자 하는 경우가 있다.<sup>251)</sup> 안전보장이사회는 이러한 경제제재(economical sanction)을 취함에 있어서 문제의 국가의 경제 전반을 표적으로 하는 포괄적 경제제재를 이용하였는데, 이러한 포괄적 경제제재가 소기의 목적을 달성하지 못한 채 문제의 국가의 국민만을 비인도적 고통에 몰아넣는 결과를 야기하자, 이제는 지목된 사람 또는 경제 분야만을 표적으로 삼는 표적제재(targeted sanction, smart sanction)를 취하는 경향을 보이고 있다.<sup>252)</sup> 이러한 표적제재에 따른 조치는 문제가 되는 국가의 국외에 있는 자산의 동결을 포함할 수 있는데, 이러한 자산 동결(assets freeze)은 지목을 받은 사람이 지목을 받고 있는 한에서는 그 어떠한 자금, 금융자산 등에 대한 접근을 차단하여 테러리즘에 대한 지원을 근절시키는 것이 목적이다.<sup>253)</sup> 경우에 따라서는 문제의 자산을 동결하라는 안전보

250) 그러한 예로 캄보디아-체코 BIT 제12조이 있다.

251) 이세련, “(The)UN's smart sanctions regime and its human rights implications,” 『국제법학회논총』 제56권 제3호 통권 제122호 (2011.0), 136면.

252) 이러한 안전보장이사회의 경제제재의 변화과정에 관한 자세한 설명은 *Ibid.*, 137-143면 참조.

253) UN Security Council Sanctions Committee, *Assets Freeze: Explanation of Terms*, 30 December 2011<<http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/EoT%20assets%20freeze%20-%20%20English.pdf>, 2012년 6월 15일 최종방문>, para. 2.

장이사회의 결의에 따른 국가에 대해 표적제재의 블랙리스트에 있는 사람이 국제투자협정의 권리 침해를 이유로 국제투자중재를 청구할 수 있고, 이러한 경우에 있어서 당해 예외사유의 원용 여부가 문제 될 수 있다.

## V. 공공질서

### 1. 공공질서의 의미

옥스퍼드 영어사전에 따르면 ‘order(질서)’이란 “공공의 행동을 규율하는 법률 및 규칙이 준수되고 권한에 복종하고 있는 상태(a state in which the laws and rules regulating public behaviour are observed and authority is obeyed)”를 뜻한다.<sup>254)</sup> Order에 대한 옥스퍼드 영어사전의 정의 속에는 이미 ‘공공적(public)’ 성격이 포함되어 있지만, 법률상으로는 공공질서(public order)이라는 용어가 더 널리 쓰인다. UNCTAD가 발간한 자료에 따르면 공공질서가 비차별원칙의 예외사유로 BIT에 널리 규정되어 있다.<sup>255)</sup>

공공질서라는 개념이 필수적 안보·국가안보 개념과 가지는 연관성에 대해 OECD는 이들 개념이 안보(security)라는 상위개념에 속하는 하위개념으로 보고 있다.<sup>256)</sup> 그런데 기본권제한규정인 대한민국헌법 제37조 2항은 기본권을 제한할 수 있는 사유 중 국가안전보장과 질서유지를 규정하고 있고, 이들 개념들은 각각 국가안보와 공공질서 개념에 대응된다.<sup>257)</sup> 여기서의 국가안전보장은 “국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등”을 의미한다고 헌법재판소는 판결을 내린 바가 있다.<sup>258)</sup> 반면 질서유지는 “공동체가 존속하고 유지하며, 그 공동체 속에서 구성원들이 평화롭고 안

254) "order". Oxford Dictionaries. April 2010. Oxford University Press. 05 June 2012 <<http://oxforddictionaries.com/definition/order>>.

255) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations publication (1999), at 15.

256) OECD, *Security-related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, Report (May 2009), at 5, 15<<http://www.oecd.org/dataoecd/50/33/42701587.pdf>>.

257) 이러한 사실은 대한민국헌법의 영문번역<<http://www.law.go.kr/engLsSc.do?menuId=0&subMenu=5&query=%ED%97%8C%EB%B2%95#liBgcolor0>>을 통해서 확인 가능하다.

258) 헌재결 1992.2.25, 89헌가104.

전하게 살 수 있도록 하는 질서를 유지하는 것”을 의미한다고 해석되고 있다.<sup>259)</sup> 국가를 집에 비유하자면, 국가안보는 집이 폭풍 등의 이유로 쓰러져 그 형태를 잃는 것을 방지하는 것을 뜻한다면, 질서유지는 집안 내부의 구성원들이 순탄하게 본업에 종사할 수 있는 기반을 유지하는 것을 뜻한다고 볼 수 있다. 따라서 이들 개념은 서로 어느 정도의 연관성을 가지고 있다고는 볼 수 있지만 동일한 개념으로 볼 수는 없고, 이러한 연유로 여러 국제투자협정에서 이들 개념을 병렬적으로 명시하고 있다고 볼 수 있다.<sup>260)</sup>

## 2. *Continental Casualty* 사건에서의 공공질서의 해석

투자중재사건에서 공공질서를 이유로 한 예외조항의 원용은 *Continental Casualty* 사건에서 이루어진 바가 있다. 이 사건에서 청구인은 필수적 안보 이익이란 “국가를 외부 위협으로부터 보호하는데 필수부가결한 이익”을 뜻하고,<sup>261)</sup> 공공질서이란 “국가의 사회를 정의하는 공공정책·법률 및 도덕을 유지하는 데에 필요한 조치”를 뜻한다<sup>262)</sup>고 주장하였다. 에 대해 피청구인인 아르헨티나는 공공질서의 유지를 위해 필요한 조치에는 “폭력적인 국내격변, 소요, 약탈, 범죄, 장기간의 사회적 긴장, 기본적인 질서가 무너지고 정부가 국가 영토의 실질적인 통제를 상실할 가능성과 같은 사태에 직면하여 국내 안보의 보장이 목적인 조치”를 포함한다고 반박하였다.<sup>263)</sup>

*Continental Casualty* 중재판정부는 이러한 청구인과 피청구인의 주장에 대해 청구인의 해석이 지나치게 협소하여, 이러한 해석을 채택할 경우 경제위기는 그 아무리 심각하더라도 실질적으로 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 적용으로부터 배제된다고 지적한다.<sup>264)</sup> 즉, 중재판정부는 공공질서가 넓은 의미에서 공공평화와 동의어이고, 이는 *ordre public*에 해당하는 당해 BIT의 스페인본의

259) 정종섭, 『헌법과 기본권』, 박영사 (2010), 94면.

260) 그런데 GATS 제XIV조는 각주 5에서 공공질서상의 예외가 사회의 기본적인 이익 중 하나에 대해서 진정하고 충분히 심각한 위협이 취해졌을 경우에만 원용될 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 유의할 것은 여타의 예외조항과는 달리 GATS 제XIV조는 필수적 안보 이익이나 국가안보를 예외사유로 규정하고 있지 않다는 점이다.

261) *Continental Casualty, op. cit.*, para. 170

262) *Ibid.*, para. 171.

263) *Ibid.*, para. 172.

264) *Ibid.*, para. 174.

*orden público*를 통해 확인할 수 있고, 따라서 사회적인 평화를 침해하고 잠재적으로 법적 질서를 위협할 수 있는 불법적인 행위 또는 위험요인을 방지하고 억제하는데 알맞게 필요한 조치들이 제XI조에 해당한다고 하였다.<sup>265)</sup>

하지만 물론 공공질서와 공공질서가 지키고자 하는 가치들이 추상적이기 때문에 이를 정확하게 해석하는 것은 매우 어려운 작업임에는 틀림없다. 그런데 청구인이 주장하는 공공질서의 의미와 중재판정부가 말하는 공공질서의 의미 간에는 별 다른 차이가 있어 보이지 않는다. 생각건대 청구인은 공공질서를 지나치게 협소하게 정의 내렸다가보다 아르헨티나가 취한 일련의 긴급조치들이 공공질서의 유지와 관련 없다고 잘못 결론 내렸다고 보는 것이 더 타당해 보인다.

## 제2절 예외조항상의 조치의 관계요건에 관한 논의

### I. ‘관계요건’의 의미

‘관계요건(nexus requirement)’은 William W. Burke-White와 Andreas von Staden이 예외조항에 관해 논의하고 있는 논문에서 사용하고 있는 용어로, 조약을 위반하는 국가의 조치가 예외조항에서 규정하고 있는 예외사유와 충분한 관련성을 가지고 있어야 한다는 것을 지칭한다.<sup>266)</sup> 미국을 일방당사자로 하고 있는 국제투자협정을 필두로 많은 국제투자협정들은 국가의 예외조치와 예외조항의 예외사유 간의 연결고리로 ‘필요한(necessary)’이라는 용어를 두고 있고, 그 외에 ‘요구된(required),’ ‘지향하는(directed to),’ ‘~을 이유로 취해진 조치(measures taken for the reasons of),’ ‘~을 위하여(in the interests of)’ 등의 용어도 사용되고 있다.<sup>267)</sup> 이렇듯 다양한 표현이 쓰이고 있는 이유는 예외조치가 예외사유와 가지는 연관성이 얼마 정도로 긴밀해야 할지에 관해 국제투자협정마다 달리 보고 있기 때문이다.<sup>268)</sup> 아래에서는 관계요건이 어떻게 사건에서 구현이 될 수 있는지를 아르헨티나 경제위기 사건들에서 해당 중재판정부 또

265) *Ibid.*.

266) W. W. Burke-White and A. von Staden, *op. cit.*, at 330.

267) *Ibid.* 이렇듯 다양한 용어가 사용되고 있는 사례는 II.에서 확인 가능.

268) *Ibid.*

는 취소위원회가 미국-아르헨티나 BIT 제XI조상의 ‘필요한(necessary for)’을 어떻게 해석하였는지를 통하여 살펴보고자 한다.

## II. 아르헨티나 경제위기 사건들과 필요성 요건

아르헨티나를 상대로 제기된 일련의 투자중재 사건 중에서 제XI조의 적용을 인정한 사건으로는 *LG&E* 사건과 *Continental Casualty* 사건이 있고, 나머지 *CMS* 사건, *Enron* 사건, *Sempra* 사건은 중재판정부의 제XI조 미적용으로 인하여 취소판정이 내려졌다. 그리고 가장 최근에 판정 내려진 *El Paso* 사건에서는 해석상 새롭게 도입한 예외상황의 발생에 투자유치국이 기여하였는지 여부를 제외한 제XI조상의 요건들이 만족되었음을 인정하였다. 이들 사건 중에서 제XI조상의 ‘필요성’ 요건을 검토하고 있는 사건은 애초부터 제XI조의 적용을 인정한 사건인 *LG&E* 사건과 *Continental Casualty* 사건이고, 특히 *Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 GATT 제XX조상의 ‘필요성’ 요건에 관한 WTO 판정례를 바탕으로 심도 있는 분석을 행하였다.

### 1. *LG&E* 사건

*LG&E* 중재판정부는 제XI조의 검토에 들어가기에 앞서, 제XI조의 검토는 두 단계로 이루어져야 한다고 언급하고 있다. 즉, 첫 번째 단계에서 중재판정부는 아르헨티나의 상황이 제XI조상의 보호를 원용할 수 있는 상황에 해당하는지를 결정하여야 하고, 이어 두 번째 단계에서 중재판정부는 아르헨티나가 취한 조치들이 BIT를 위반하고 있음에도 불구하고 공공질서의 유지 또는 필수적 안보 이익의 보호에 필요한 조치였는지를 결정하여야 한다고 하였다.<sup>269)</sup>

하지만 아직 *LG&E* 중재판정부까지도 제XI조와 긴급피난을 서로 대체가능한 개념 내지는 제XI조를 긴급피난의 특별법(*lex specialis*)로 보고 있으면서도, 고정환율제 의 정지 등은 아르헨티나가 자국의 공공질서를 유지하고 필수적 안보 이익을 보호할 수 있는 여러 가지 합당한 방법 중 하나라고 인정하였다.<sup>270)</sup> 이러한 *LG&E* 중재판정부의 결정은 첫째 이러한 중재판정부의 결정은

---

269) *LG&E*, *op. cit.*, para 205.

270) *Ibid.*, paras. 239-242

‘필요성’이 국가책임초안 제25조에 비추어 당해 위기상황을 타개할 수 있는 유일한 방법(the only way)이어야 한다는 것을 뜻한다는 청구인의 주장을 배척하였다는 점, 둘째 아르헨티나가 당면한 위기를 타개하는 방법을 선택할 수 있는 재량을 가지고 있음을 인정하였다는 점에서 관련성 요건과 관련해서 의미를 가진다. 특히 중재판정부는 아르헨티나가 필요하다고 여겨 취한 조치들이 왜 경제위기에 대한 즉각적인 구제가 될 수 없는지에 대해 청구인들이 아무런 근거를 제시하지 못하였다고 지적함으로써 ‘필요성’에 대한 증명책임을 청구인에게 부여하는 듯한 인상을 남기고 있다.<sup>271)</sup>

## 2. *Continental Casualty* 사건과 그에 대한 비판

### (1) *Continental Casualty* 사건의 GATT 제XX조 ‘필요성’ 요건의 해석 도입

*Continental Casualty* 사건은 다른 아르헨티나 관련 경제위기 사건들과는 달리 ‘필요성’ 요건의 검토에 판정문의 상당 부분을 할애하고 있다. 특히 이러한 ‘필요성’ 요건의 검토는 GATT 제XX조 ‘필요성’ 요건의 해석 위주로 이루어지고 있는데, 여기에는 *Continental Casualty* 중재판정부의 의장이었던 Giorgio Sacerdoti가 두 번이나 항소기구 멤버를 역임한 바 있는 인물<sup>272)</sup>이었다는 점이 크게 작용한 듯하다.

GATT 제XX조 각 호 중에서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 특히 연관성이 깊은 조항은 제(b)호와 제(d)호이다. 이들 조항은 “necessary to”라는 문구를 규정하고 있을 뿐 아니라, “necessary to”라는 문구에 관한 해석은 GATT 시절 사건인 *US-Section 337* 사건<sup>273)</sup>에서부터 이에 관한 가장 최근 사건인 *Brazil-Retreaded Tyres* 사건<sup>274)</sup>에 이르기까지 판정례가 풍부하게 축적되어 있는 상태이다.<sup>275)</sup>

271) Ibid., para.242.

272) Giorgio Sacerdoti 교수는 2001년-2005년, 2005년-2009년에 항소기구 멤버이었다 <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/ab\\_members\\_descrp\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm) 참조>.

273) *United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, Report of the Panel, 7 November 1989.

274) *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 12 June 2007; WT/DS332/AB/R, 17 December 2007

275) *Thailand-Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes*, BISD 37S/200, Report

*Continental Casualty* 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조 상의 ‘필요성’ 요건 검토에 들어가기에 앞서 당해 판정에 적용하고자 하는 GATT 제XX 조상의 ‘필요성’ 요건을 정리하는 작업을 수행하였다. 중재판정부는 *Korea-Beef* 사건을 인용하면서 ‘필요성’은 한쪽에는 ‘불가결한(indispensable)’, 그리고 다른 쪽에는 ‘기여를 하는(making a contribution to)’을 두고 있는 연속선상에서 ‘불가결’에 좀 더 가까이 위치해 있는 것으로 설명하고 있다.<sup>276)</sup> 이어 중재판정부는 불가결한 조치는 아니지만 여전히 필요한 조치를 판별하는 방법으로 ‘비교형량(weighing and balancing)’의 과정이 필요하고, 이 과정에서는 문제의 조치가 진전시키고자 하는 이익 또는 가치의 상대적 중요성, 추구하는 목적에 문제의 조치가 기여하는 정도, 그리고 문제의 조치가 국제통상에 미치는 제한적 영향이라는 요소들의 평가가 행해진다고 하고 있다.<sup>277)</sup> 마지막으로 중재판정부는 예외조치 발동국가가 취할 수 있다고 합리적으로 예상가능하면서 조약에 합치되거나, 덜 위배하는 또 다른 조치가 존재한다면, 문제의 조치는 필요하지 않다고 하고 있다.<sup>278)</sup> 이때, ‘합리적으로 존재하는(reasonable available)’ 대안조치란 예외조치 발동국가가 추구하는 예외사유의 보호수준을 달성할 수 있는 권한을 보전하는 것이어야 한다고 하고 있는데,<sup>279)</sup> 이는 예외조치 발동국가에게 보호수준을 결정할 수 있는 재량을 부여한다는 것을 의미한다.<sup>280)</sup>

위와 같은 분석을 바탕으로 *Continental Casualty* 중재판정부는 무리 없이 아르헨티나가 경제위기 타개를 위해 취한 일련의 조치들이 자국의 필수적 안보 이익의 보호를 위해 필요한 조치였다고 결정하였는데,<sup>281)</sup> ‘합리적인 대안조치의 존재’에 대해서는 두 단계로, 즉 첫째 BIT를 위반하지 않으면서 동등한

---

of the Panel adopted on 7 November 1990; *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2; *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135; *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161; *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58 등. GATS 제XIV조에 관한 사건으로는 *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285이 있다.

276) *Continental Casualty*, op. cit., para. 193.

277) *Ibid.*, para. 194.

278) *Ibid.*, para. 195.

279) *Ibid.*; *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, para. 308.

280) *Continental Casualty* 중재판정부는 판정문 paras. 199, 224에서 이런 취지를 밝힘.

281) *Ibid.*, paras. 196-197.

결과를 가져왔을 대안조치가 문제의 조치가 취해졌을 당시 존재하였는지와 둘째 아르헨티나가 문제의 조치를 취했던 시점보다 이른 시점에 다른 정책을 취하여 문제의 조치를 취하게 만들었던 그 상황을 피하거나 방지할 수 있었던 다른 정책을 취할 수 있었는지에 관해 좀 더 세부적인 검토를 하였다.

첫째에 관해서 청구인은 아르헨티나가 i) 2001년 12월에 취했던 은행예금 동결(bank freeze), ii) 폐소화의 평가절하, iii) 미화 달러로 표시된 계약과 계좌를 폐소로 표시하는 폐소화(폐소화, pesification), iv) 청구인의 자회사가 보유한 지불금의 불이행 및 정부금융상품의 재조정을 한 것에 당시 대안이 있었다고 주장을 했지만, 청구인의 네 가지 주장 중에서 마지막 주장 중에서도 채무성증권(treasury bill, Letra del Tesoro, 약칭 LETE)에 관한 부분만이 중재판정부에 의해 받아들여졌다. 중재판정부가 LETE에 대해서만 제XI조의 적용을 부정한 이유는, 아르헨티나가 기존의 증권을 새로운 증권으로 교체해 주겠다고 제안한 시기는 아르헨티나의 경제위기가 거의 종식되었을 때였다는 점, 아르헨티나가 일방적으로 인정하겠다는 채무의 가치가 본래의 가치보다 현저히 낮다는 점, 그리고 BIT상의 보호를 포함한 다른 권리를 포기한다는 조건이 부과되어 있었다는 점 때문이었다.<sup>282)</sup> 그런데 사실상 위와 같은 분석들은 합리적인 대안조치의 존재와는 관련성이 없고, 오히려 원론적으로 LETE의 교체가 예외조치에 해당할 수 있는지 여부와 관련성이 있는 것으로 보인다.

둘째에 관해서 청구인은 아르헨티나가 애초에 다른 정책을 선택했더라면 평가절하와 폐소화 정책을 시행하지 않아도 되었을 것이라고 주장하는데, 이러한 주장이 아르헨티나가 위기에 기여하였다는 것을 청구인이 지적한 것이기도 한다고 중재판정부가 언급하고 있다.<sup>283)</sup> 이어 중재판정부는 아르헨티나가 행한 경제적 비상조치들은 관련된 아르헨티나의 국제적 의무와 아르헨티나 정부가 자국 국민에 대해 지는 책임 사이에 적절한 균형을 이루고 있고, 청구인이 주장하는 대안들은 아르헨티나가 취한 조치들에 대한 적절한 대안이 되지 못한다고 결정하였다.<sup>284)</sup>

---

282) *Ibid.*, para. 221.

283) *Ibid.*, para. 223.

284) *Ibid.*,

(2) *Continental Casualty* 사건의 GATT 제XX조 ‘필요성’ 요건의 해석  
도입에 대한 비판

일부 문헌에서 예외조항, 내국민대우, 최혜국대우 등의 해석과 관련하여 비교차원에서 WTO법리를 단편적으로 언급하고 있기도 하지만, *Continental Casualty* 사건에서처럼 WTO법리를 전폭적으로 도입하고 있는 사례는 흔하지 않다. 그런데 José Alvarez와 Tegan Brink은 그들의 논문에서 *Continental Casualty* 중재판정부가 양자간 투자협정의 목적은 투자의 증진·보호인 반면, WTO법, 그 중에서 특히 GATT의 목적은 무역의 자유화에 있는 것을 간과한 채 국제투자법 내로 WTO법리를 무분별하게 도입하고 있다는 주장을 제기하고 있다.<sup>285)</sup>

José Alvarez와 Tegan Brink은 그들의 논문에서 다섯 가지 점을 근거로 *Continental Casualty* 중재판정부의 GATT 제XX조 해석 도입을 비판하고 있다. 첫째, *Continental Casualty* 중재판정부는 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항 (c)호에 기해 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 해석에 GATT 제XX조를 고려하였을 터인데 GATT 제XX조가 관습상의 원칙이 아닐 뿐 아니라, 중재판정부가 GATT 제XX조를 미국-아르헨티나 BIT의 해석에 고려하게 된 논리적 비약에 대한 이유부기가 누락되어 있다.<sup>286)</sup> 둘째, *Continental Casualty* 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조가 미국 우호통상항해조약상의 예외조항으로부터, 그리고 미국 우호통상항해조약상의 예외조항은 GATT 제XX조로부터 차례로 유래한다고 하였는데,<sup>287)</sup> 이는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 GATT 제XX조이 상이한 예외사유를 그 대상으로 한다는 점(미국-아르헨티나 BIT 제XI조상의 필수적 안보이익은 오히려 GATT 제XXI조에 규정되어 있음)과 같은 차이를 간과한 것이다.<sup>288)</sup> 셋째, *Continental Casualty* 중재판정부는 패널 및 항소 기구가 행한 ‘필요성’ 요건 해석을 도입하는 데에 있어서 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 GATT 제XX조가 두문(chapeau) 유무와 같은 문언상의 차이로

285) José Alvarez and T. Brink; "Revisiting the Necessity Defense: *Continental Casualty v. Argentina*" *Transnational Dispute Management* no.2012/3 (2012). 특히 José Alvarez 교수는 CMS 사건, *Sempra* 사건 등에서 청구인측의 전문가로 참여한 바가 있다.

286) *Ibid.*, *op. cit.*, at 18-21.

287) *Continental Casualty*, *op. cit.*, para. 192.

288) José Alvarez and Tegan Brink,, *op. cit.*, at 21-30.

인해 초래되는 해석상의 차이점을 감안하지 않았다.<sup>289)</sup> 넷째, 중재판정부는 그 해석과정에서 서로 다른 양자간 투자협정의 목적(투자의 증진·보호)와 GATT의 목적(무역의 자유화)을 감안하지 않았다.<sup>290)</sup> 다섯째, 양자간 투자협정에서는 그 혜택(권리)을 사인(私人)인 제3자가 누리고 구제책으로 손해배상이 인정되는 것과 달리, WTO에서는 국가중심적(state-centric)이고 구제책이 위반조치의 제거·대응조치 등과 같이 장래효를 가지고 있다는 차이를 중재판정부는 간과하고 있다.<sup>291)</sup> 그렇다고 José Alvarez와 Tegan Brink은 국제투자협정의 예외조항을 검토하는 과정에서 비교형량 절차를 배제하자고 주장하는 것은 아니다.<sup>292)</sup>

### 제3절 조치발동국의 기여: 새로운 요건의 도입인가?

미국-아르헨티나 BIT 제XI조는 국가책임초안 제25조 2항 (b)호와 같이 예외조치 발동국이 “긴급피난의 상황 조성에 기여한 경우(contributed to the situation of necessity)” 당해 국가가 긴급피난을 원용할 수 없다는 것과 같은 요건을 명시하고 있지 않다. 그렇다고 하더라도 이러한 요건을 해석상 인정할 수 있는지가 문제될 수 있는데, 이에 대해서는 *Continental Casualty* 사건의 중재판정부와 *El Paso Energy* 사건의 중재판정부가 서로 다른 입장에 있다.

*Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 국가책임초안 제25조상의 긴급피난의 요건은 엄연히 다르다는 것을 강조하면서,<sup>293)</sup> 국가책임초안 제25조 2항 (b)호가 미국-아르헨티나 BIT 제XI조의 해석의 지침이 될 수 없다고 판단하고 있다.<sup>294)</sup> 그러면서 당해 중재판정부는 두 가지 가상적 사례를 들고 있다. 첫 번째는 A국과 B국이 BIT를 체결하고 있는 상황에서 A국이 B국에 대해 비우호적인 태도를 보인 결과 B국이 A국의 필수

289) *Ibid.*, at 30-32.

290) *Ibid.*, at 32-33.

291) *Ibid.*, at 34-38.

292) *Ibid.*, at 38.

293) *Continental Casualty*, *op. cit.*, para. 167.

294) *Ibid.*, para. 234.

적 안보이익을 위협한다고 생각되는 방식으로 반응할 경우라고 하더라도, A국은 여전히 제XI조를 원용할 수 있다.<sup>295)</sup> 두 번째는 BIT의 협정당사국이 자국의 필수적 안보이익에 위협을 가하는데 기여를 하였고 필수적 안보이익을 보호하기 위해서 문제의 조치를 취하였다면, 협정당사국은 이러한 조치를 불필요하게 만들었을 다른 정책을 취할 수 있었기 때문에 제XI조의 ‘필요성 요건’을 충족하지 못한다.<sup>296)</sup>

반면 *El Paso Energy* 사건의 중재판정부는 여러 사건을 인용하면서,<sup>297)</sup> 미국-아르헨티나 BIT의 의미를 명확하게 하기 위해서 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항에 따라 다음과 같은 관습법이 사용될 수 있다고 보았다.<sup>298)</sup> 첫째, 조치발동국 자신이 긴급피난 상황을 창설하는데에 중대하게 기여를 하였을 경우 긴급피난을 위법성조각유로 주장할 수 없다는 것이 국제법상의 원칙이고 둘째, 계약의 일방 당사자가 긴급피난에 기여하였을 경우 긴급피난이 인정될 수 없음은 문명국들이 인정한 법의 일반원칙이다.<sup>299)</sup> 이에 따라 긴급피난 상황을 조성하거나 거기에 실질적으로 기여한 국가에 의해 긴급피난이 원용될 수 없다는 것으로 제XI조를 해석할 수 있다고 보면서 *El Paso Energy* 사건의 중재판정부는 아르헨티나가 경제위기에 일조한 면이 있다고 하였다.

#### 제4절 예외조항에 대한 입증책임 부담

*El Paso Energy* 사건에서 중재판정부는 예외조항에 관한 입증책임을 다음과 같이 분배하였다. 첫째, 청구인은 예외조치가 필요하게 된 것에 피청구인이

---

295) *Ibid.*, note 352.

296) *Ibid.*, para. 234.

297) *El Paso Energy* 사건의 중재판정부가 판정문에서 인용하고 있는 사건 중 상기한 *Continental Casualty* 사건의 중재판정부가 제시한 두 번째 가상적 사례를 제XI조에 기여도 요건을 해석상 인정할 수 있다는 근거로 들고 있다. 이것은 두 번째 가상적 사례가 “자국의 필수적 안보이익에 위협을 가하는데 기여를 하였고”라는 표현을 사용하고 있기 때문인 것으로 보이는데, 사실 이 가상적 사례에서의 핵심은 대안의 존재하기 때문에 제XI조가 적용될 수 없다는 것이다.

298) *El Paso Energy, op. cit.*, para. 624.

299) *Ibid.*

기여하였는지 여부에 대해 입증책임을 진다.<sup>300)</sup> 둘째, 공공질서 또는 필수적 안보 이익의 관련성 여부, 공공질서 유지 또는 필수적 안보 이익 보호를 위해 예외조치가 필요한지 여부에 관해서는 피청구인이 입증책임을 진다.<sup>301)</sup>

---

300) LG&G 사건의 중재판정부도 이러한 입장을 취한 바 있다(*LG&E, op. cit.*, para. 256).

301) *Ibid.*, para. 626.

## 제6장 한국의 국제투자협정상의 예외조항 분석

### 제1절 BIT상의 예외조항 현황

한국은 2012년 5월 30일 현재 85개의 BIT를 체결하고 있다.<sup>302)</sup> 이 숫자는 세계에서 10위에 해당할 뿐 아니라, 아시아에서는 2위에 해당한다.<sup>303)</sup> 그런데 한국이 체결하고 있는 이 많은 수의 BIT 중에서 한-일 BIT가 유일하고 예외조항을 가지고 있는 조약은 효력을 유지하고 있는 가장 오래된 BIT인 한-독 BIT의 경우에는 논란의 여지가 있다.

302) 아래 표는 박덕영 외, 『국제투자법』, 23면 각주 1의 표를 2012.06.15. 현재에 맞춰 일부 보완하였음.

[표 4] 발효된 한국의 BIT 현황

	발효 계약당사국 (85개국)	비 고
구주지역 (33개국)	독일('67), 영국('86), 프랑스('79), 덴마크('88), 헝가리('89), 폴란드('90), 러시아('91), 오스트리아('91), 이탈리아('92), 우즈베키스탄('92), 리투아니아('93), 터키('94), 스페인('94), 체코('95), 그리스('95), 타지키스탄('95), 핀란드('96), 포르투갈('96), 카자흐스탄('96), 라트비아('97), 우크라이나('97), 스웨덴('97), 벨라루스('97), 네덜란드('05), 슬로바키아('06), 알바니아('06), 크로아티아('06), 불가리아('06), 아제르바이잔('08), 루마니아('08), 스위스('06), 키르기즈('08), 벨기에·룩셈부르크('11)	영국 ('76 발효, '83 및 '86 개정 각서) 네덜란드 ('75 발효, '05 개정) 벨기에·룩셈부르크 ('76 발효, '11 개정) 루마니아 ('94 발효, '97 개정, '08 의정서 발효) 스위스 ('06 한-EFTA FTA 부속서로 발효)
아시아 지역 (16개국)	스리랑카('80), 방글라데시('88), 말레이시아('89), 태국('89), 파키스탄('90), 몽골('91), 인도네시아('94), 인도('96), 라오스('96), 필리핀('96), 캄보디아('97), 홍콩('97), 일본('03), 브루나이('03), 베트남('04), 중국('07)	베트남 ('93 발효, '04 개정) 중국 ('92 발효, '07 개정)
중동 지역 (9개국)	이집트('97), 카타르('99), 사우디아라비아('03), 이스라엘('03), 오만('04), 아랍에미리트('04), 요르단('04), 이란('06 개정), 레바논('06)	이란 ('98 서명-'06 발효, '06 개정협정 '06 발효)
아프리카 지역 (12개국)	튀니지('75), 세네갈('85), 남아공('97), 나이지리아('99), 모로코('01), 알제리('01), 모리타니아('06), 리비아('07), 모리셔스('08), 가봉('09), 부르키나파소('10), 콩고('11)	
미주 지역 (15개국)	파라과이('93), 아르헨티나('96), 볼리비아('97), 니카라과('01), 온두라스('01), 파나마('02), 엘살바도르('02), 멕시코('02), 과테말라('02), 코스타리카('02), 트리니다드토바고('03), 가이아나('06), 자메이카('07), 도미니카('08), 우루과이('11)	한-미FTA ('12, 투자챕터 포함) 한-칠레FTA ('04, 투자챕터 포함) 한-페루 FTA ('11, 투자챕터 포함)

303) 박덕영 외, 『국제투자법』, *op. cit.*, 23면.

## I. 한-독 BIT 제12조

1964년에 서명되고 1967년에 발효한 한-독 BIT는 매우 독특한 형태의 조항을 가지고 있다. 한-독 BIT 제12조<sup>304)</sup>는 당해 조약이 양 체약국간에 충돌(conflict)이 발생하는 경우에 있어서도 여전히 효력을 유지한다는 것을 규정하면서, 그 단서에 그럼에도 불구하고 국제법상의 일반규범(general rules of international law)에 따라 허용되는 임시조치가 적용될 수 있는 여지를 남겨놓고 있다. 이 조항, 특히 이 조항의 단서가 예외조항에 해당하는지에 관해 논란의 여지가 있다.

첫 번째, 여기서의 충돌에 대한 정의를 조약에서 제시하고 있지는 않지만, 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 1항에 따라 당해 조항을 해석해 보면, 이 조항은 어떠한 사정에 의해 한국과 독일 간에 관계가 단절되더라도 당해 조약의 효력이 정지(suspended)되는 것을 방지하기 위한 것임을 알 수 있다. 그리고 이러한 사정을 당해 조항에서는 ‘충돌’이라고 표현을 하고 있는 것이다. ‘충돌’이라는 개념은 여러 가지 법적 의미를 가질 수 있지만, 당해 조항 제2문에서 “외교관계가 다시 수립되건, 안되건의 여부에 관계없이, 충돌이 사실상 종결된 후”라고 규정하고 있다는 점에 비추어 보았을 때 외교관계의 단절은 충돌에 해당하지 않는다는 것을 알 수 있다. 그리고 그 의미는 무기를 동원하여 양 국가가 충돌하는 무력충돌(armed conflict)에 국한되는 것으로 해석해야 할 것이다.

다음으로 단서에서 말하는 ‘국제법상의 일반규범에 따른 임시조치’가 구체적으로 무엇을 말하는지를 살펴볼 필요가 있다. ‘국제법상의 일반규범’은 조약법에 관한 비엔나협약이나 국제사법재판소규정 그 어디에서도 사용되고 있지는 않지만, 학계에서는 일반 국제관습법(general customary international law)의 의미로 쓰이는 것으로 보인다.<sup>305)</sup> 그렇다면 만약에 한국과 독일의 (무력) 충돌

304) 구체적 조문은 부록 B의 한-독 BIT 참조.

305) 그러한 예로 Anthony D'Amato, "Treaties as a Source of General Rules of International Law," *Harvard International Law Journal* vol.3 no.1 (1962); A.V. Lowe, "Do general rules of international law exist?," *Review of International Studies* vol.9 no.3 (July 1983), at 207-213. 또한 국제법위원회는 조약법에 관한 비엔나협약이 아직 초안 단계에 있을 때 발행한 주석서에서 “강행규범의 성격을 가지고 있는 국제법상의 일반규범을 구별할 수 있는 간단한 기준은 없

때문에 한국의 필수적 이익이 위협받게 되었고, 이를 보호할 수 있는 방법은 오직 독일 투자자의 이익을 해하는 것뿐이라면, 한국은 국제관습법으로 인정 받는 긴급피난을 원용할 수 있을 것이다.

현대의 전형적인 예외조항과 한-독 BIT 제12조의 구조를 비교하면 후자를 예외조항으로 보기 힘들다는 것을 알 수 있다. 전형적인 예외조항은 일정한 예외사유가 있을 경우 해외투자자의 권리를 해하는 조치를 취할 수 있는 국가의 권한을 규정하고 있는 구조라면, 한-독 BIT 제12조는 국가간의 충돌시 조약의 법적 효력이 지속되더라도 당해 국가들이 국제관습법상의 긴급피난 등을 원용할 수 있는 권한을 여전히 보유하고 있음을 확인시켜주고 있는 구조이다. 즉, 한-독 BIT는 한국과 독일에 이미 국제관습법상 인정되는 긴급피난을 원용할 수 있는 권리를 확인하고 있을 뿐이지, 전형적인 예외조항처럼 긴급피난 이외의 새로운 항변을 창설하고 있는 것은 아니다. 따라서 이 조항은 비록 흔하지 않은 조항임에는 분명하지만, 예외조항으로 보기는 힘들어 보인다.

## II. 한-일 BIT 제16조<sup>306)</sup>

한-일 BIT는 제16조에 매우 구체적이고 장황한 예외조항을 두고 있다. 이 조항은 예외사유에 따라 자기판단성을 달리하고 있을 뿐 아니라, 관계요건이 다른 것도 있다. 또한 예외조항으로는 드물게 예외조항의 절차적 요건도 마련하고 있다. 아래에서 이 조항을 좀 더 자세히 살펴본다.

### 1. 실체적 요건

한-일 BIT 제16조는 제1항에 예외조치를 취할 수 있는 실체적 요건을 규정하고 있다. 이 조항에는 필수적 안보이익, 국제적 평화·안보 유지, 인간 및 동·식물의 생명·건강 보호, 공공질서의 유지, 총 네 가지 예외사유가 규정되어 있다.

---

다”고 지적하면서 국제관습법의 일종인 강행규범을 국제법상의 일반규범으로 보고 있다 (International Law Commission, *Commentaries to the Draft Proposal on the Law of Treaties* [reproduced in *Yearbook of the International Law Commission* vol.II, 1966], at 247-248).  
306) 구체적 조문은 부록 B의 한-일 BIT 참조.

#### (1) 해당하는 예외조항의 유형

한-일 BIT 제16조 1항은 여러 예외사유를 한정적으로 열거하고 있음에도 불구하고, 캐나다 모델 BIT처럼 일관적으로 하나의 예외조항 유형을 취하기보다 각 호마다 서로 다른 유형을 취하고 있는 모습을 보이고 있다.

##### 가. 자기판단적 조항 유형

한-일 BIT 제16조 1항 가호는 필수적 안보이익을 보호하기 위한 예외조치에 관해 규정하면서, 이러한 예외조치는 자국이 필요하다고 인정(which it considers necessary)할 경우에 있어서 발동할 수 있다고 하고 있다. 그런데 동조 동항 가호와 달리, 나호 내지 라호는 이러한 자기판단적 문구를 사용하고 있지 않다. 이러한 자기판단적 문구의 선별적 삽입은 의도된 것으로 보이며, 중재판정부가 이 조문을 해석할 때에 이를 고려할 필요가 있는 것으로 보인다. 따라서 중재판정부는 자기판단적 문구가 있는 가호를 적용함에 있어서 예외조치발동국가가 이 조치를 신의정실하게 발동하였는지를 심사하게 되고, 나머지 호에 대해서는 좀 더 엄격한 실질심사를 행하게 된다.

##### 나. GATT 제XX조 유형

한-일 BIT 제16조는 GATT 제XX조과 제XXI조, 그리고 GATS 제XIV조가 혼재되어 있는 모습을 보이고 있다. 첫째, 동조는 GATT 제XX조에서 규정하고 있는 예외사유인 인간 및 동·식물의 생명·건강의 보호와 GATT 제XXI조에서 규정하고 있는 예외사유인 국제평화·안보의 유지, 그리고 GATT 제XX조에서 규정하고 있는 예외사유인 공공질서를 예외사유로 두고 있다. 그런데 동조는 상기 조문을 도입할 경우 아울러 규정하게 되는 이들 조문의 두문(chapeau)상의 요건인 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별’이나 ‘위장된 제한’을 그 두문에 규정하고 있지 않다. 오히려 동조는 제2항에서 예외조치가 당해 조약의 “의무를 회피하기 위한 수단”으로 이용되어서는 아니된다고 규정하고 있다. 비록 한-일 BIT 제16조가 GATT 제XX조 두문과 같은 용어를 사용하고 있지 않고 구조도 다르다고 하더라도, 동조 2항이 GATT 제XX조와 같은 역할을 수행하고 있다고 보인다. 즉, 당사국이 제16조상의 조치를 원용할 때에 가지게

되는 재량을 합리적인 범위 내에서 제한하는 역할을 하고 있는 것이다.

다. 절차적 요건을 두고 있는 유형

이에 관해서는 후술한다.

## (2) 규정된 예외사유

가. 필수적 안보이익의 보호

한-일 BIT 제16조의 예외사유 중 필수적 안보이익<sup>307)</sup>에 관해서 당해 조항은 전쟁, 무력충돌 또는 그 밖에 당해 계약당사국 안에서 또는 국제관계상에 발생한 긴급상황(동조 동항 가호 1목)과 무기의 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약의 이행과 관련되는 경우(동조 동항 가호 2목)을 한정적으로 열거하고 있다.<sup>308)</sup> 이러한 내용으로부터 한-일 BIT상의 필수적 안보이익은 국가안보를 뜻하는 것으로 의도되었음을 알 수 있다. 그런데 비록 한-일 BIT가 광의의 필수적 안보이익 개념을 채택하고 있지 않더라도, 후술하는 공공질서가 경제이익이나 환경이익 등의 필수적인 이익을 포함하고 있기 때문에 법의 공백이 생기지는 않는다.

나. 국제평화·안보의 유지

한-일 BIT 제16조 나호는 당사국들이 국제평화·안보 유지를 위해 유엔헌장상 가지는 의무의 준수를 위해 조치를 취할 수 있다는 것을 규정하고 있다. 상기한 바대로 이 예외사유는 GATT 제XXI조 (c)호의 일부 문언을 수정하여 도입하고 있다.

다. 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강 보호

한-일 BIT는 제16조 다호에서 GATT 제XX조 (b)호와 동일하게 “인간·동물

307) 한-일 BIT의 국문본에는 *essential security interests*가 “본질적인 안보이익”으로 번역되어 있다. 본 논문에서의 일관적 용어 사용을 위해 필자는 논문 본문에서 “필수적 안보이익”으로 용어를 통일한다.

308) 동조 동항 가호에서 예시적 목록을 뜻하는 “다음에 포함한다”라는 문구가 아닌, “다음의 경우에”라는 문구를 사용하고 있다는 점에서 제1목과 제2목은 한정적 열거임을 알 수 있다.

또는 식물의 생명이나 건강을 보호”하는 데에 있어서 “필요한” 조치를 당사국이 취할 수 있다고 규정하고 있다. 위에서 공중보건이라는 예외사유를 검토하였을 때 언급한 바와 같이, 투자중재사건에서 피청구국이 이 조항을 원용하고자 하는 경우 중재판정부가 WTO의 축적된 판례를 그 사건에서 이 조항을 해석하는 기준으로 삼을 수 있는지가 문제된다.

#### 라. 공공질서의 유지

한-일 BIT는 제16조 라호 공공질서의 유지에 필요한 조치도 당사국이 취할 수 있음을 규정하고 있다. 라호는 특히 제2문에서 공공질서상의 예외조치가 갖추어야 할 요건을 구체화하고 있는데, i) 사회의 근본적인 이익이 ii) 진정하고 충분히 심각한 위협을 받고 있을 경우가 그것이다. 공공질서를 예외조항에 규정하고 있는 한국의 국제투자협정은 한-일 BIT외에도 한-EFTA FTA, 한-ASEAN FTA, 한-인도 CEPA, 한-EU FTA가 있는데, 이 중에서 한-일 FTA와 같이 공공질서 예외가 적용될 수 있는 요건을 구체화하고 있는 경우는 한-ASEAN FTA, 한-EU FTA이다. 공공질서에 대한 이러한 별도의 구체적인 요건은 GATS 제XIV조의 각주 5에서 유래하는 것으로 보인다. 한-일 BIT 제16조가 ‘사회적 근본적인 이익’을 그 요건으로 도입함에 따라 제16조의 공공질서 예외의 의미는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조에서의 필수적 안보이익과 유사해진다. 생각건대 조약에서 사용하고 있는 언어의 의미는 그 전체 조약의 맥락(context)을 고려해야 하는 바, 한-일 BIT는 공공질서라는 예외사유를 별도로 두고 있기 때문에 필수적 안보이익을 좁게 해석하는 것이 가능하지만, 미국-아르헨티나 BIT는 그렇지 않기 때문에 더 넓게 해석할 필요가 있게 된다.

#### (3) 관계요건

관계요건과 관련하여 한-일 BIT는 필수적 안보이익(가호), 인간·동식물의 생명 또는 건강 보호(다호), 공공질서 유지(라호)에 대해서는 당사국이 ‘필요한(necessary)’ 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있는 것과 달리, 국제평화·안보 유지(나호)에 대해서는 별도의 관계요건을 두고 있지 않다.<sup>309)</sup> 이는 UN 안전

보장이사회의 최근 표적제재 경향에 따라 UN 회원국들이 취할 제재조치를 안전보장이사회에서 구체적으로 지정하고 있어 UN 회원국들에게 어떠한 조치를 취할지에 대한 재량이 그다지 없기 때문에 택한 표기방식으로 보인다.

#### (4) 예외의 남용 방지 규정

한-일 BIT 제16조는 제2항에 협정당사국이 당해 협정상의 의무에 합치되지 않는 조치를 취하였을 경우 그러한 조치를 취한 당사국이 그 조치를 자신의 의무를 회피하는 수단으로 이용해서는 아니된다고 규정하고 있다. 이러한 제16조 2항의 역할은 GATT 제XX조 두문과 마찬가지로 협정당사국이 예외조치를 취하는 데에 있어서 가지는 재량을 당해 협정의 목적과 부합하지 않는 방향으로 사용하는 것을 방지하기 위한 것으로 보인다.

#### 2. 절차적 요건

한-일 BIT 제16조 3항에 따르면, 계약당사국은 예외조치 중에서도 당해 협정과 합치되지 않는 예외조치의 발효 이전 또는 그 직후에 그 예외조치에 관해서 상대국에게 분야·하위분야 또는 대상(가호), 당해 예외조치가 취하여진 분야나 대상에 대한 의무 또는 조문(나호), 당해 예외조치의 법적 근거 또는 권원(다호), 당해 예외조치에 대한 간략한 설명(라호), 당해 예외조치의 동기 또는 목적(마호)을 상대 계약당사국에게 통보하여야 한다. 이러한 절차적 요건은 예외조치를 발동하는 데에 있어서의 투명성을 증진시켜 동조 제2항과 마찬가지로 예외조치가 해외투자를 방해하기 위한 목적이 아닌 예외조항상의 사유에 해당하는 정책적 이유로 인하여 발동되었다는 것을 상대국이 신뢰할 수 있도록 해 준다.

---

309) 그런데 한-일 BIT의 국문본은 제16조 1항 나호를 “국제평화 및 국제안보의 유지를 위한 국제연합헌장상의 의무이행을 위하여 필요한 조치”로 규정하고 있어 ‘필요성’을 관계요건으로 두고 있어 본 조약의 영문본과 다르다는 문제점이 발생한다. 하지만 이렇듯 국문본과 영문본이 불일치하는 경우에 있어서 영문본이 우선하게 된다(한-일 BIT 말미)

## 제2절 FTA상의 예외조항 현황

2012년 6월 15일 현재, 한국이 일방당사자로 있는 FTA 중 발효된 것의 현황과 이러한 FTA가 투자 관련 예외조항을 포함하고 있는지 여부가 [표 4]에 나타나 있는데, 모든 FTA가 예외조항을 두고 있다는 것을 알 수 있다.

[표 5] 한국의 발효된 FTA 현황과 예외조항 유무

상태	FTA 명칭	예외조항
발효된 FTA	한-칠레 FTA	제20.2조
	한-싱가포르 FTA	제21.2조, 제21.3조
	한-EFTA FTA	투자협정 제20조
	한-ASEAN FTA	투자협정 제20조
	한-인도 CEPA	제10.18조, 부속서 10-나, 부속서 10-다
	한-EU FTA	제7.50조
	한-페루 FTA	제24.1조, 제24.2조
	한-미 FTA	제23.2조

### I. 한-칠레 FTA 제20.2조<sup>310)</sup>

한-칠레 FTA는 한국이 체결한 첫 FTA로써, 그 이후에 한국이 체결한 FTA의 행보를 결정하는 역할을 하고 있다. 한-칠레 FTA는 제10장에 투자챕터를 두고 있지만, 투자챕터를 비롯한 전반적인 협정에 대한 예외규정은 제20장인 ‘예외’의 장에 두고 있다. 여기에 전형적인 국제투자법상의 예외조항에 해당하는 예외사유를 두고 있는 것으로 제20.1조(일반적 예외)와 제20.2조(국가 안보)가 있다. 이 중에서 GATT 제XX조 및 GATS 제XIV조의 일부 조항을 준용하고 있는 제20.1조는 투자챕터를 그 적용범위에서 배제하고 있다. 따라서 아래에서는 제20.2조만을 살펴본다. 한-칠레 FTA 제20.2조는 한-일 BIT 제16조와 마찬가지로 절차적 요건을 마련하고 있다.

310) 구체적 조문은 부록 B의 한-칠레 FTA 참조.

## 1. 실체적 요건

### (1) 해당되는 예외조항의 유형

#### 가. 자기판단적 조항 유형

한-칠레 FTA 제20.2조는 한-일 BIT 제16조와 유사하게 필수적 안보이익 예외에 대해서는 자기판단적 문언을 두고 있으면서 국제적 평화·안보 유지 예외에 대해서는 자기판단적 문언을 두고 있지 않다. 그 이유는 한-일 BIT 제16조에서의 이유와 동일할 것으로 생각된다.

#### 나. GATT 제XXI조 유형

한-칠레 FTA 제20.2조의 구조는 몇 가지 사소한 차이점을 제외하고는 GATT 제XXI조와 거의 동일하다. 한-칠레 FTA 제16조와 GATT 제XXI조의 차이점으로는 한-칠레 FTA 제20.2조 1항 나호는 무기 등의 거래에 관한 조치((1)목), 전시(戰時) 등에 취해진 조치((2)목), 핵 관련 조치의 순으로 필수적 안보이익의 보호에 관한 조치((3)목)를 규정하고 있는 것과 달리, GATT 제XXI조는 핵 관련 조치, 무기 등의 거래에 관한 조치, 전시 등에 취해진 조치 순으로 규정하고 있다. 또한 한-칠레 FTA 제20.2조 1항 나호 (1)목은 무기 거래가 군사시설에 대한 공급 또는 제공될 목적으로 이루어질 것으로 규정할 때에 제공이라는 표현으로 ‘provisioning’을 쓰고 있는 것과 달리 GATT 제XXI조 (b)호 (ii)목은 군사시설에 대한 공급만을 규정하고 있다. 마지막으로 한-칠레 제20.2조 1항 나호 (3)목은 GATT 제XXI조 (b)호 (i)목과 달리 핵분열(fissionable) 물질 외에도 핵융합(fusionable) 물질도 핵 관련 물질로 보고 있다.

### (2) 규정된 예외사유

#### 가. 필수적 안보이익의 보호

한-칠레 FTA 제20.2조 1항 나호도 한-일 BIT 제16조 1항 가호와 마찬가지로 필수적 안보이익에 해당하는 구체적인 경우를 한정적으로 열거하고 있는데, 한-일 BIT 제16조 1항 가호가 열거하고 있지 않는 핵 관련 조치도 열거하

고 있다. GATT 제XXI조 (b)호와의 필수적 안보이익의 구체적인 예외상황과의 비교는 이미 위에서 하였다.

#### 나. 국제평화·안보의 유지

한-칠레 FTA 제20.2조 1항 다호는 당해 협정이 양자협정이란 점을 감안하여 GATT 제XXI조 (c)호의 문언에 약간의 수정을 가하여 도입하고 있다.

#### (3) 관계요건

한-칠레 FTA 제20.2조는 한-일 BIT 제16조와 유사하게 필수적 안보이익상의 예외에 대해서는 필요한 경우에 있어서 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있으면서 국제평화·안보 유지상의 예외에 대해서는 아무런 관계요건을 두고 있지 않다.

#### 2. 절차적 요건

한-일 BIT 제16조상의 통보의무는 사전적인 의무인 것과는 달리, 한-칠레 FTA 제20.2조 2항상의 통보의무는 사후적이다. 동조 제2항에서는 체약당사국이 “취해진 조치(measures taken)”에 대해 상대 체약당사국에게 통보해야 한다고 규정하고 있다는 점에서 이를 알 수 있다. 예외조치를 발동한 체약당사국은 상대 체약당사국에게 발동한 조치의 내용을 최대한으로 통보해야 하고, 조치를 종료하였을 때에도 이를 알려야 한다.

### II. 한-싱가포르 FTA 제21.2조 및 제21.3조<sup>311)</sup>

한-싱가포르 FTA 역시 한-칠레 FTA와 마찬가지로 제10장 투자챕터와 별개의 장에 일반예외 조항과 국가안보 조항을 두고 있다. 하지만 한-칠레 FTA와는 달리 한-싱가포르 FTA는 일반예외 조항인 제21.2조에서 GATT 제XX조와 GATS 제XIV조를 준용하면서 준용된 GATS 제XIV조의 적용범위에 제10장도 포함되는 것으로 하고 있다(제21.2조 2항 다호). 한-싱가포르 FTA의 국가안보 조항인 제21.3조는 한-칠레 FTA 제20.2조와 동일하다.

---

311) 구체적 조문은 부록 B의 한-싱가포르 FTA 참조.

## 1. 제21.2조 일반예외 조항

### (1) 해당하는 예외조항의 유형: GATS 제XIV조 유형

상기한 바대로 한-싱가포르 FTA 제21.2조는 GATT 제XX조 및 GATS 제XIV조를 준용하고 있는데,<sup>312)</sup> 일반적으로 이러한 방식으로 WTO규범상의 예외조항을 준용하고 있는 경우에 투자챕터는 그 적용범위에서 제외하는 것이 일반적임에도 불구하고 한-싱가포르 FTA 제21.2조는 제2항 다호에서 투자챕터인 제10장을 GATS 제XIV조의 적용범위에 포함하고 있다. 그렇다고 한-싱가포르 FTA 제21.2조는 GATS 제XIV조 전문을 준용하고 있는 것이 아니라, 제(a)호, 제(b)호 및 제(c)호를 준용하고 있다.

그런데 GATS 제XIV조는 예외조치의 남용을 방지하기 위한 방편으로 동조의 두문에 예외조치가 “자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단” 또는 “위장된 제한”이 되어서는 아니된다는 것을 규정하고 있는데, 한-싱가포르 FTA 제21.2조는 명시적으로 GATS 제XIV조의 제(a)호, 제(b)호 및 제(c)호만을 준용하고 있어 GATS 제XIV조의 두문은 준용되고 있지 않아 계약당사국이 당해 조항을 남용할 수 있는 여지가 있게 된다. 특히 *US-Gambling* 사건의 항소기구처럼 문제되는 예외조치가 GATS 제XIV조의 개별적 사유에는 해당이 되지 않지만 두문에 위반이 된다고 보는 경우<sup>313)</sup>에 있어서 한-싱가포르 FTA 제21.2조가 두문을 준용하지 않고 있다는 점이 문제가 될 수 있다.

### (2) 규정된 예외사유

#### 가. 공중도덕의 보호 또는 공공질서의 유지

한-싱가포르 FTA 제21.2조 2항 다호는 GATS 제XIV조 (a)호를 준용하고 있는 바, 동조 동호는 “공중도덕의 보호 또는 공공질서의 유지를 위해 필요한

312) 제21.2조가 사용하고 있는 정확한 표현은 “GATS 제14조[...]는 [...] 이 협정에 통합되어 이 협정의 일부가 된다(Article XIV of GATS [is] incorporated into and made part of this Agreement)”이다.

313) *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, para. 372.

조치”를 예외조치로 규정하고 있다. 본래 GATS 제XIV조 (a)호 중 각주 5가 공공질서상의 예외가 “사회의 근본적인 이익이 진정하고 충분히 심각한 위협을 받을 때에만 발동될 수 있다”고 규정하고 있는데, 각주 5가 제(a)호의 일부를 이루고 있으므로 이 역시 한-싱가포르 FTA 제21.2조가 준용하고 있는 것으로 보인다. GATS 제XIV조 (a)호와 관련해서 *US-Gambling* 사건의 패널 및 항소기구는 안티구아 바부다의 도박 서비스의 국경간 공급을 금하는 미국의 조치가 공중도덕의 보호 또는 공공질서의 유지를 위해 취해진 것으로 보았다.<sup>314)</sup>

#### 나. 인간·동물 또는 식물의 생명·건강의 보호

한-싱가포르 FTA 제21.2조는 GATS 제XIV조 (b)호를 준용하고 있는 바, 동조 동호는 “인간·동물 또는 식물의 생명·건강을 보호하기 위해 필요한 조치”를 예외조치로 규정하고 있다. 이는 GATT 제XX조 (b)호와 동일한 규정으로써, 국제투자분쟁에서 이 조항의 적용에 있어서 WTO의 분쟁사례들이 해석의 기준이 될 수 있는지 여부가 문제가 될 수 있다.

#### 다. 법률 또는 규정의 준수 보장

한-싱가포르 FTA 제21.2조는 GATS 제XIV조 (c)호를 준용하고 있는 바, 동조 동호는 “이 협정의 조문에 불합치하지 않는 법률 또는 규정의 준수를 보장하기 위해 필요한 조치”를 예외조치로 규정하고 있다. 이 조항은 GATT 제XX조 (d)호와 동일한 문구를 사용하고 있는바, GATT 제XX조 (d)호 중 ‘이 협정의 조문에 불합치하지 않는 법률 또는 규정’의 해석에 대해 이미 *Korea-Beef* 사건의 패널과<sup>315)</sup> *US-Gambling* 사건의 패널이<sup>316)</sup> 해석한 바가 있다. GATS 제XIV조는 더 나아가 ‘법률 또는 규정’의 예시를 규정하고 있는데, 기만행위 및 사기행위의 방지 또는 서비스계약의 불이행의 효과의 처리((i)목), 사적인 자료의 처리와 유포와 관련된 개인의 사생활 보호와 개인의 기록 및 구좌의 비밀보호((ii)호), 안전((iii)호)이 그것이다. 이러한 법률 또는 규정의 예는 GATT 제XX조 (d)호의 예와는 다르다.

314) *Ibid.*, para. 6.534.

315) *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 July 2000, para. 6.33.

316) *United States-Gambling*, *op. cit.*, paras. 6.538-6.540.

### (3) 관계요건

GATS 제XIV조 (a)호, (b)호 및 (c)호 모두 관계요건으로 필요성 요건을 요구하고 있다. *US-Gambling* 사건의 항소기구는 GATS 제XIV조의 각 호의 필요성 요건을 해석하는 데에 있어서 *Korea-Beef* 사건의 항소기구가 GATT 제XX 조상의 필요성 요건을 해석하는 데 사용한 기준을 도입하여 판단하였다.<sup>317)</sup>

## 2. 제21.3조 국가안보 조항

한-싱가포르 FTA 제21.3조는 한-칠레 FTA 제20.2조와 일정 부분을 제외하고 거의 동일한 바, 다른 점만을 중심으로 서술하기로 한다.

한-싱가포르 FTA 제21.3조 2항도 한-칠레 FTA 제20.2조 2항과 마찬가지로 예외조치를 취한 국가의 상대 계약당사국에 대한 통보의무를 규정하고 있다. 다른 점이라면 한-칠레 FTA 제20.2조 2항은 통보가 한-칠레 FTA 위원회에게 이루어질 것을 규정하고 있는 것과 달리 한-싱가포르 FTA 제21.3조 2항은 제22.1조의 이행검토회의 중에 통보가 이루어질 것으로 규정하고 있다.

또한, 한국 정부와 싱가포르 정부는 서한으로 “중요한 통신 기반시설을 무력화하거나 훼손하려는 의도의 계획적인 시도로부터 그러한 기반시설을 보호하기 위하여 필요하다고 자국이 판단하는 조치(a Party may take any action it considers necessary to protect critical communications infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure)”<sup>318)</sup>도 제21.3조에 포함되는 것에 대한 양해를 확인하였다. 이것은 사이버공격을 대비하기 위한 것으로 보인다.

## III. 한-EFTA FTA 투자협정 제20조<sup>319)</sup>

EFTA(European Free Trade Association, 유럽자유무역연합)은 당시 EEC(European Economic Community, 유럽경제공동체)였던 EU에 반발하여 체결

317) *United States-Gambling, op. cit.*, para. 323.

318) 한-싱가포르 FTA 제21장에 첨부된 두 개의 서한.

319) 구체적 조문은 부록 B의 한-EFTA FTA 참조.

된 FTA로, 현재 아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스위스로 구성되어 있다.<sup>320)</sup> 한-EFTA FTA에서는 투자 관련 사항을 별도의 투자협정으로 규율하고 있는데, EFTA의 회원국 중 노르웨이를 제외한 아이슬란드, 리히텐슈타인, 스위스만이 이 부속 협정에 가입하고 있다.<sup>321)</sup> 한-EFTA FTA 투자협정은 제20조에 예외조항을 두고 있다.

#### 1. 해당하는 예외조항의 유형: GATS 제XIV조 유형

한-EFTA FTA 투자협정 제20조는 GATS 제XIV조와 유사한 구조를 갖추고 있다. 문언상의 차이는 있긴 하지만, 한-EFTA FTA 투자협정 제20조는 GATS 제XIV조와 마찬가지로 두문과 개별적인 예외사유의 형식으로 되었다.

#### 2. 규정된 예외사유

##### (1) 공중도덕의 보호 또는 공공질서의 유지

한-EFTA FTA 투자협정 제20조 가호의 문언은 GATS 제XIV조 (a)호와 동일한 바, 이에 대한 설명은 한-싱가포르 FTA 제21.2조에서 설명한 바와 같다. 그런데 한-싱가포르 FTA가 명시적으로 GATS 제XIV조를 준용하고 있는 관계로 GATS의 각주 5도 더불어 준용하고 있지만, 한-EFTA FTA는 그렇지 않기 때문에 공공질서에 대한 열린 해석이 가능하다. 이때 한-EFTA FTA는 별도로 필수적 안보이익을 예외사유로 두고 있지 않는 관계로 필수적 안보이익이라는 예외사유를 공공질서로 대체해서 생각할 수 있는 가능성이 있다.

##### (2) 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강

한-EFTA FTA 투자협정 제20조 나호는 엄밀히 말해서 두 가지 예외사유를 같이 규정하고 있는데, 첫 번째 예외사유인 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강에 관한 예외사유의 문언은 GATS 제XIV조 (b)호와 동일한 바, 이에 대한 설명은 한-싱가포르 FTA 제21.2조에서 설명한 바와 같다.

320) 외교통상부·대외경제정책연구원, 『한-EFTA FTA의 주요 내용』 (2005.12), 61면.

321) 한-EFTA FTA 투자협정이 한-EFTA FTA의 일부를 구성하고 있다는 취지는 후자의 제1.4조에 명시되어 있다.

### (3) 환경

한-EFTA FTA 투자협정 제20조 나호는 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 외에 환경이라는 예외사유도 규정하고 있는데, 이는 GATS 제XIV조에 규정되어 있지 않는 예외사유이다. 특히 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 환경을 예외조항에 포함하고 있는 국제투자협정은 극히 드물다는 점을 감안하면 그 의미가 크다고 볼 수 있다.

### (4) 법률 및 규정의 준수 확보

한-EFTA FTA 투자협정 제20조 다호의 문언은 GATS 제XIV조 (a)호와 동일한 바, 이에 대한 설명은 한-싱가포르 FTA 제21.2조에서 설명한 바와 같다. 차이점이라면 한-EFTA FTA 투자협정 제20조는 GATS 제XIV조과 달리 “협정의 조문에 불합치하지 않는 법률 및 규정”의 예시를 들고 있지 않아, 이 역시 열린 개념에 해당하기도 하지만, 한-EFTA FTA 투자협정 제9조 1항에서 규정하고 있는 건강·안전·환경을 포함한 공익상의 조치로 당해 협정과 합치하는 것들은 제20조 다호의 ‘법률 및 규정’에 해당할 것으로 보인다.

## 3. 관계요건

한-EFTA FTA 투자협정 제20조상의 모든 구체적인 예외사유는 GATS 제XIV조와 마찬가지로 관계요건으로 ‘필요성 요건’을 두고 있다. 따라서 이에 대한 해석은 한-싱가포르 FTA 제20.2조에서 살펴본 바와 같다.

## 4. 예외의 남용 방지를 위한 규정: 투자협정 제20조 두문

한-EFTA FTA 투자협정 제20조의 두문은 GATT 제XX조나 GATS 제XIV조의 두문과 마찬가지로 예외조치가 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별’이나 ‘위장된 제한’의 수단이 되어서는 아니된다는 것을 규정하고 있다. 이와 관련해서 당해 조문을 실제 사례에 적용함에 있어서 WTO의 패널 및 항소기구가 그래왔던 것처럼 문제의 예외조치가 예외조항의 개별적인 예외사유에 해당하는지를 살펴본 후에 두문의 해당 여부를 검토하여야 하는지가 문제될 수 있다.

#### IV. 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 및 제21조<sup>322)</sup>

한-ASEAN FTA는 총 5개의 협정으로 구성되어 있는데, 그 중에서 투자협정은 가장 마지막으로 체결되었다.<sup>323)</sup> 한-ASEAN FTA 투자협정은 일반적 예외조항(제20조)과 안보상의 예외조항(제21조)을 두고 있다.

##### 1. 투자협정 제20조

###### (1) 해당하는 예외조항의 유형: GATT 제XX조·GATS 제XIV조 혼합 유형

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조는 GATT 제XX조의 요소와 GATS 제XIV조의 요소가 혼합되어 있는 모습을 보이고 있다. 동조는 GATT 제XX조·GATS 제XIV조와 마찬가지로 두문에 구체적인 예외사유를 제한하는 요건을 두고 있다. 또한 동조 가호 내지 라호는 GATS 제XIV조의 제(a)호 내지 (d)호와 대응되고, 동조 나호, 마호와 바호는 각각 GATT 제XX조 (b)호, (f)호와 (g)호와 대응된다.

###### (2) 규정된 예외사유

###### 가. 공중도덕의 보호 및 공공질서의 유지

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 가호는 GATS 제XIV조 (a)호와 마찬가지로 공중도덕의 보호 및 공공질서의 유지에 필요한 조치를 규정하고 있고, GATS의 각주 5와 같은 내용의 각주 22로 공공질서의 의미를 확정하고 있다.

###### 나. 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 나호는 GATT 제XX조 (b)호와 GATS 제XIV조 (b)호와 그 문언이 동일한 바, 이미 앞서 유사한 조항들에서 살펴본 것처럼 이 조항의 해석에 있어서 GATT 제XX조 (b)호를 해석한 WTO 판례를 그 기준으로 삼아도 될 것인지가 아직은 불명확하다.<sup>324)</sup>

322) 구체적 조문은 부록 B의 한-ASEAN FTA 참조.

323) 한-ASEAN FTA 투자협정이 한-ASEAN FTA의 일부를 구성하고 있다는 취지는 기본협정 제1.4조 1항 (d)호에 명시되어 있다.

#### 다. 법률 및 규정의 준수 보장

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 다호는 GATS 제XIV조 (c)호와 그 문언이 동일하다. 특히 동조 동호의 제(i)목 내지 (iii)목이 GATS 제XIV조 (c)호의 것과 동일하다.

#### 라. 공평·효과적인 직접세의 부과·징수

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 라호는 “상당한 대우가 그 밖의 당사국의 투자자 또는 투자에 대한 공평하거나 효과적인 직접세의 부과 또는 징수를 보장하기 위한 한도 내에서, 제3조(내국민대우)에 합치하지 아니하는 조치”를 예외조치로 규정하고 있는데, 이는 당해 협정에 맞게 GATS 제XIV조 (c)호의 문언을 약간 각색한 것이다. 동조 동호는 GATS의 각주 6도 아울러 준용하고 있다.

#### 마. 국보의 보호

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 마호가 규정하고 있는 예외사유인 “예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 지닌 국보 보호를 위해 취해지는 조치”는 GATT 제XX조 (f)호에도 규정되어 있는 예외사유이긴 하지만, 지금껏 WTO 분쟁해결절차에서 문제가 된 바가 없는 예외사유이다.

#### 바. 유한천연자원의 보전: 환경의 보호

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 바호는 GATT 제XX조의 대표적인 환경 관련 예외사유인 유한천연자원의 보전을 규정하고 있다. WTO 사건인 *US-Shrimp* 사건의 항소기구는 거북이와 같은 생명체도 유한천연자원으로 볼 수 있다고 해석을 하였지만,<sup>325)</sup> 캐나다 모델 BIT 제10조는 이러한 해석을 확

324) 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와는 달리 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조는 문언 자체가 GATT 제XX조와 닮아있고, 협정 당사국들 대부분이 WTO규범을 숙지하고 있는 WTO 회원국이라는 점을 감안하면 WTO 패널 및 항소기구의 해석례를 도입할 수 있다는 의견이 있다 (M. Ewing-Chow and G.R. Fischer, *op. cit.*, at 9)

325) *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS58/AB/R, 6 November 1998, paras. 128-131.

실히 하고자 유한천연자원에 관한 예외조항 규정에 천연자원에 생물자원과 무생물자원 모두가 포함된다는 것을 명시하고 있다. 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조 바호는 GATT 제XX조 (g)호와 문언이 동일하여 캐나다 모델 BIT 제10조처럼 천연자원의 의미를 구체화하고 있지 않다. 하지만 *US-Shrimp* 사건에서의 해석을 도입할 수 있는 여지가 있다고 생각한다.

### (3) 관계요건

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조는 가호·나호·다호 같은 경우에는 필요성을 요건을, 바호는 이보다는 완화된 요건으로 평가 받는 관련성 요건(*relating to*)<sup>326)</sup>을 두고 있다. 그런데 제20조 라호나 마호는 별도의 관계요건을 두고 있지 않다는 특징을 보인다.

### (4) 예외의 남용 방지를 위한 규정: 투자협정 제20조 두문

한-ASEAN FTA 투자협정 제20조의 두문은 투자협정에 맞게 일부 수정된 부분을 제외하고는 GATT 제XX조 및 GATS 제XIV조의 두문과 동일하다. 이러한 경우 다른 유사한 예외조항과 관련해서 상술한 바대로 여러 WTO 사건에서 확인된바 같이 먼저 구체적 예외사유의 적용 여부를 검토한 후에 두문상의 요건을 검토하여야 하는 것인지가 문제된다.

## 2. 투자협정 제21조

한-ASEAN FTA 투자협정 제21조는 한-싱가포르 FTA 제21.3조 및 한-칠레 FTA 제20.2조와 일정 부분을 제외하고 거의 동일한 바, 다른 점만을 중심으로 서술하기로 한다.

첫째, 필수적 안보이익의 열거적 목록 중 전시 중의 조치에 대해서는 국제관계 뿐만 아니라 국내관계에서 취해지는 비상조치도 포함되고 있다(제21조 1항 나호 (ii)목). 또한 한-싱가포르 FTA에서는 서한으로 교환된 양해를 통해 추가되었던 주요 기반시설에 대한 의도적인 무력화로부터의 보호를 필수적 안보이익의 보호에 필요한 조치로 추가하고 있는데, 차이점이라면 통신 기반시설

326) 이에 관해서는 박노형 외, 『新국제경제법』, 박영사 (2012), 162-163면 참조.

외에도 전력·수도 기반시설을 포함하는 공공 기반시설을 보호의 대상에 추가하고 있다(제21조 1항 나호 (iv)목).

둘째, 필수적 안보이익에 관한 예외조치를 취할 경우 조치를 발동한 계약국이 이러한 조치의 통보를 해야 할 상대방으로 한-ASEAN FTA 투자협정 제21조 2항은 한-ASEAN FTA 기본협정 제5.3조에 따라 설립되는 이행위원회를 지정하고 있다.

#### V. 한-인도 CEPA 제10.18조·부속서10-나·부속서 10-다<sup>327)</sup>

‘예외조항의 유형’에서도 살펴본 바가 있지만, 인도는 모델 BIT에도 예외조항을 두고 있어 FTA 뿐만 아니라 대부분의 BIT에도 예외조항을 두고 있다. 한-인도 CEPA(Comprehensive Economic Partnership Agreement, 포괄적 경제동반자협정)<sup>328)</sup>는 하나의 예외조항을 규정하면서 예외조항의 의미를 구체화하는 부속서를 투자챕터에 두고 있다. 한-인도 CEPA는 제10.18조에 예외조항을 두고 있는데, 제3항에 제10.18조는 제1항과 제2항이 그 성격이 상이한 면이 있어 목적차를 달리해서 살펴본다.

그런데 본격적인 검토에 들어가기에 앞서 제20조 4항에 규정되어 있는 절차적 요건인 통보의무를 살펴보면, 이 역시 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA, 한-ASEAN FTA 투자협정과 마찬가지로 사후적 의무로 되어 있고, 상대 협정 당사국에게 통보하는 것으로 되어 있다. 유념해야 할 점은 한-인도 CEPA가 제10.18조 2항 라호에 따른 예외조치를 이러한 통보의무의 대상으로부터 제외하고 있다는 점이다.

##### 1. 제10.18조 1항 예외조항

###### (1) 해당되는 예외조항 유형: GATT 제XX조·GATS 제XIV조 혼합 유형

327) 구체적 조문은 부록 B의 한-인도 CEPA 참조.

328) 포괄적 경제동반자 협정이란 명칭은 한-인도 CEPA가 “상품교역, 서비스교역, 투자, 경제협력 등 경제관계 전반을 포괄하는 내용을 강조하기 위해 채택된 용어”로써, 실질적으로 FTA와 그 성격이 동일하다는 것이 외교통상부의 설명이다. 외교통상부·대외경제정책연구원, 『한-인도 CEPA 주요내용』 (2009.10), 4면.

한-인도 CEPA 제10.18조 1항은 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조와 흡사하게 GATT 제XX조와 GATS 제XIV조의 예외사유를 혼합하고 있는 구조를 취하고 있지만, 몇 가지 중요한 차이점도 가지고 있다. 이에 관해서는 구체적인 예외사유 부분에서 더 자세히 살펴본다.

## (2) 구체적 예외사유

### 가. 공중도덕의 보호 및 공공질서의 유지

한-인도 CEPA 제10.18조 1항 가호는 GATS 제XIV조 (a)호와 동일한 문언으로 공중도덕의 보호 및 공공질서의 유지를 위해 필요한 조치를 허용되는 예외조치의 하나로 규정하고 있고, 일부 다른 예외조항과는 달리 공공질서의 의미를 부가하고 있지 않다.

### 나. 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호

한-인도 CEPA 제10.18조 1항 나호는 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호를 예외사유로 규정하고 있는데, 이에 관해서는 다른 FTA의 예외조항에서 상술한 바와 같다. 한 가지 특이한 점은 한-인도 CEPA 제10.18조 1항 나호가 한-EFTA FTA 투자협정 제20조 나호와 마찬가지로 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호 외에도 환경도 규정하고 있다는 점인데, 이에 관해서는 제10.18조 1항 마호에 관한 부분에서 살펴본다.

### 다. 법률 및 규정의 준수 보장

한-인도 CEPA 제10.18조 1항 다호는 GATS 제XIV조 (c)호와 동일한 문언으로 투자챕터와 불합치하지 않는 법률 및 규정의 준수를 보장하기 위해 필요한 조치를 허용하고 있다. 그런데 한-인도 CEPA 제10.18조 1항 다호는 한-EFTA FTA 투자협정 제20조 다호와 마찬가지로 “협정의 조문에 불합치하지 않는 법률 및 규정”의 예시를 들고 있지 않아, 이 역시 열린 개념에 해당한다. 그런데 한-인도 CEPA는 한-EFTA FTA 투자협정과 마찬가지로 제10.16조 1항에서 규정하고 있는 건강·안전·환경을 포함한 공익상의 조치로 당해 협정과 합치하는 것들이 제10.18조 1항 다호의 ‘법률 및 규정’에 해당할 것으로 보인다.

#### 라. 국보의 보호

한-인도 CEPA 제10.18조 1항 라호가 규정하고 있는 국보의 보호는 GATT 제XX조 (f)호에도 규정되어 있는 예외사유인데, 당해 조항은 GATT 제XX조 (f)호와 달리 필요성 요건을 부가하고 있다.

#### 마. 유한천연자원의 보존과 환경

한-인도 CEPA 제10.18조 1항은 특이하게도 나호에 환경을 예외사유로 규정하고 있음에도 불구하고 별도로 마호에 유한천연자원의 보존에 필요한 조치를 허용하고 있다. 나호의 ‘환경’ 예외는 마호 ‘유한천연자원의 보존’과 중복될 뿐 아니라, 전자가 후자의 일반조항에 해당하는데도 불구하고 별개의 호에 규정하고 있는 것은 문제가 있어 보인다.<sup>329)</sup>

#### (3) 관계요건

한-인도 CEPA 제10.18조 1항은 모든 예외사유에 대해 필요성 요건을 요구하고 있다. 그런데 GATT 제XX조는 국보의 보호에 대해서는 별도의 관계요건을 부여하고 있지 않고 있고, 유한천연자원의 보존에 대해서는 관련성(relating to) 요건을 두고 있다.

#### (4) 예외의 남용 방지를 위한 규정: 제10.18조 1항 두문

한-인도 CEPA 제10.18조 1항은 한-EFTA FTA 투자협정과 한-ASEAN FTA 투자협정과 마찬가지로 GATT 제XX조 및 GATS 제XIV조의 두문과 유사한 두문을 두고 있다.

### 2. 제10.18조 2항 예외조항

#### (1) 해당되는 예외조항 유형

##### 가. GATT 제XXI조 유형

---

329) 물론 GATT 제XX조 (b)호도 환경 관련 예외조항으로 보기도 하지만, 공중보건의 깨끗한 환경을 전제로 하고 있다는 점에서 그러한 것이다.

한-인도 CEPA 제10.18조 2항은 몇 가지 점을 제외하고는 GATT 제XXI조와 동일하다. 차이점에 대해서는 상세히 후술한다.

#### 나. 자기판단적 조항 유형

한-인도 CEPA 제10.18조 2항은 GATT 제XXI조의 구조를 따르고 있는 관세로 필수적 안보이익을 규정하고 있는 제10.18조 2항 나호는 자기판단적 형식을 갖추고 있다. 그 외 제10.18조 2항 라호 역시 자기판단적 문언을 포함하고 있다.

#### (2) 구체적 예외사유

한-인도 CEPA 제10.18조 2항은 한-ASEAN FTA 투자협정 제21조, 한-싱가포르 FTA 제21.3조, 한-칠레 FTA 제20.2조와 일정 부분을 제외하고 거의 동일한 바, 다른 점만을 중심으로 서술하기로 한다.

첫째, 한-ASEAN FTA 제21조 1항 나호 (iv)목과 마찬가지로 한-인도 CEPA 제10.18조 2항 나호 (iv)목은 통신 기반시설 외에도 전력·수도 기반시설을 포함하는 주요 공공 기반시설을 의도적으로 무력화하거나 훼손하기 위한 시도로부터 보호할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 한-ASEAN FTA 제21조 1항 나호 (iv)목과의 차이점은 한-인도 CEPA 제10.18조 2항 나호 (iv)목상의 조치를 취하더라도 이러한 조치는 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별 혹은 위장된 제한을 구성해서는 안 된다는 것을 각주 5에 규정하고 있다.

둘째, 한-인도 CEPA는 제10.18조 2항 라호에 “어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택이 다른 쪽 당사국의 기업 또는 그 투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대하여 위반되거나 손상될 수 있는 필수적 안보 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주되는 자국법상 조치를 채택하거나 유지하는 경우 그 당사국에게 다른 쪽 당사국의 기업인 투자자에 대하여 이 장의 혜택을 부여하도록 요구”하지 못하도록 하는 특이한 예외사유를 두고 있는데, 이는 “제3국 안보 위협에 대비하기 위한 협적 적용의 제한”으로 평가 받고 있다.<sup>330)</sup> 한-인

---

330) 법무부, 『한국의 투자협정 해설서』 (2010.09), 428면.

도 CEPA가 이러한 특이한 안보상의 예외를 두고 있는 것은 파키스탄과 방글라데시가 한국에 기업을 설립하는 방식으로 한-인도 CEPA의 투자챕터상의 특혜를 받는 것을 인도가 방지하기 위한 것이라고 하는데,<sup>331)</sup> 인도 모델 BIT에는 이러한 규정이 없다.

### 3. 부속서 10-나 투자에 대한 안보상 예외

부속서 10-나는 한-인도 CEPA는 제10.18조 2항 라호상의 조치가 그 조치를 발동하는 국가의 필수적 안보이익의 보호를 위해 발동될 것을 재확인하고 있는 것과 동시에 현재 인도만이 이러한 조치를 인도의 외국환관리법(Foreign Exchange Management Act, FEMA)을 근거로 취할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 부속서 10-나의 내용으로 미루어 보아 제10.18조 2항 라호가 인도의 요청으로 도입된 것임을 알 수 있다.

### 4. 부속서 10-다 안보상 예외의 불가쟁성: 분쟁의 대상으로부터 배제하는 유형

부속서 10-다는 가호에서 청구되는 투자중재 중에서 피청구국이 위반이라고 주장되는 조치가 제10.18조 2항에 의하여 규정된 안보상 예외의 범위 내에 있다고 항변하는 경우, 중재판정부는 그 중재의 본안을 심사하지 못한다고 규정하고 있어 안보를 이유로 발동된 조치에 대한 중재판정부의 위법성 판단을 가로막고 있다. 가호를 피청구국이 문제의 조치가 제10.18조 2항을 근거로 한 조치라고 항변하는 것만으로 그 조치가 투자중재의 대상에서 제외되기 때문에 그 효과가 매우 강력하다고 말할 수가 있다. 그것은 제10.18조 2항이 자기판단적 조항의 형식을 갖추고 있어서 중재판정부는 적어도 피청구국의 예외 조치 발동이 신의성실하게 이루어졌는지를 심사할 수 있는 권한을 가지고 있는데, 이러한 권한조차도 박탈하는 것이기 때문이다. 아직 이런 유형의 예외조항이 투자중재에서 원용된 바가 없지만, 남용의 여지가 큰 조항으로 보인다.<sup>332)</sup>

또한 부속서 10-다 나호는 비록 안보상의 예외조치가 한-인도 CEPA에 위

---

331) *Ibid.*

332) Prabhash Ranjan, *op. cit.*, at 42.

반되는지 여부를 중재판정부가 심사하지 못할지라도, 문제의 조치에 대한 손해 및 그 배상을 이유로 한 투자중재의 청구가능성을 열어놓고 있다. 하지만 손해배상이란 것 자체가 문제의 조치가 위법하다는 것을 전제로 하고 있고 부속서 10-다 가호가 조치에 대한 위법성 심사를 불가능하게 만든 상황에서 나호가 실익이 있는지가 의심스럽다.

## VI. 한-EU FTA 제7.50조<sup>333)</sup>

한-EU FTA는 한국이 체결한 다른 FTA들과는 달리 투자 관련 사항을 별도의 챕터 또는 협정에 규정하지 않고 “설립(establishment)”이라는 용어로 서비스챕터인 제7장에 규정하고 있지만,<sup>334)</sup> 제7장에서 정의하고 있는 설립(제7.9조)은 일반적인 직접투자와 유사한 것으로 평가받고 있다.<sup>335)</sup>

### 1. 해당되는 예외조항 유형: GATT 제XX조·GATS 제XIV조 혼합 유형

한-EU FTA 제7.50조는 한-ASEAN FTA 투자협정 제20조와 한-인도 CEPA와 마찬가지로 GATT 제XX조와 GATS 제XIV조가 혼합된 형태를 가지고 있다. 구체적인 내용은 후술한다.

### 2. 구체적 예외사유

#### (1) GATT 제XX조에서 유래하는 예외사유

GATT 제XX조의 예외사유와 동일한 예외사유로는 제7.50조 가호(인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호), 다호(유한천연자원의 보존), 라호(국보의 보호)가 있다.

#### (2) GATS 제XIV조에서 유래하는 예외사유

GATS 제XIV조의 예외사유와 유사한 예외사유로는 제7.50조 가호(공공안

333) 구체적 조문은 부록 B의 한-EU FTA 참조.

334) 박덕영 외, 『국제투자법』, *op. cit.*, 32-33면.

335) 김인숙, “한국-ASEAN FTA 투자협정의 주요 쟁점과 국내적 시사점,” 『국제경제법연구』 제8권 제1호 (2010.05), 153면.

보·공중도덕 보호 또는 공공질서 유지), 라호(법률 또는 규정의 준수 확보), 바호(직접세 부과·징수의 보장)가 있다. 단, 가호는 몇 가지 유념할 점이 있는데, 첫째 GATS 제XIV조처럼 공공질서의 의미를 각주 43으로 명시하고 있고 둘째, 공공안보(public security)라는 새로운 개념을 도입하고 있다는 것이다.

### (3) ‘공공안보’의 의미

공공안보라는 개념은 EU의 법적 근간을 이루고 있는 조약 중 하나인 TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union, EU기능조약) 제52조<sup>336)</sup>에도 등장하는 외에 독일 국제투자협정의 예외조항 중 대부분이 채택하고 있는 개념이다.<sup>337)</sup> 공공안보가 무엇을 의미하는지에 관해서는 광의의 필수적 안보이익을 의미하는 것으로 보아야 할 것이라는 의견이 있다.<sup>338)</sup>

### 3. 관계요건

한-EU FTA 제7.50조는 가호, 나호, 라호, 마호에 대해서는 필요성 요건을 두고 있고, 다호에 대해서는 관련성(relating to) 요건을 두고 있으며, 바호에 대해서는 관계요건을 두고 있지 않아 그 상응하는 GATT 제XX조 또는 GATS 제XIV조의 예외사유와 동일하다.

### 4. 예외의 남용 방지를 위한 규정: 제7.50조 두문

한-EU FTA 제7.50조는 상기 FTA와 마찬가지로 예외조치를 발동하는 국가의 재량 남용을 방지하고 위해 예외조치가 “자의적이거나 정당화 할 수 없는 차별” 또는 “위장된 제한”이 되어서는 아니된다는 것을 규정하고 있다.

---

336) EU 내에서의 설립의 자유가 공서(公序), 공공안보 또는 공중보건을 이유로 제한될 수 있다고 규정하고 있는 TFEU 제52조 역시 국제투자협정상의 예외조항에 해당한다. UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, United Nations Publications (2009) at 96-97.

337) W.W. Burke-White, and A. von Staden, *op. cit.*, at 352.

338) UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, *op. cit.*, at 98; W.W. Burke-White, and A. von Staden, *op. cit.*, at 353.

## VII. 한-페루 FTA 제24.1조 및 제24.2조<sup>339)</sup>

FTA 역시 한-싱가포르 FTA, 한-칠레 FTA와 마찬가지로 투자챕터인 제9장과 별개의 장에 일반예외 조항과 국가안보 조항을 두고 있다. 그리고 한-싱가포르 FTA와 마찬가지로 일반예외 조항인 제24.1조에서 GATT 제XX조와 GATS 제XIV조를 준용하면서 준용된 GATS 제XIV조의 적용범위에 제9장도 포함되는 것으로 하고 있다(제24.1조 2항). 한-페루 FTA의 국가안보 조항인 제24.2조는 2012년 미국 모델 BIT의 예외조항과 동일하다.

### 1. 제24.1조 일반적 예외

#### (1) 해당하는 예외조항의 유형: GATS 제XIV조 유형

GATS 제XIV조를 준용하고 있긴 하지만 일부 예외조항만을 준용하고 있는 한-싱가포르 FTA와는 달리, 한-페루 FTA 제24.1조 2항은 각주를 포함한 GATS 제XIV조 전문을 준용하고 있다.

#### (2) 구체적인 예외사유

한-페루 FTA 제24.1조 2항은 GATS 제XIV조 전문을 준용하고 있기 때문에 공중도덕의 보호 및 공공질서의 유지, 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호, 법률 또는 규정의 준수 보장, 직접세의 부과·징수의 보장, 이중과세 방지를 그 예외사유로 두게 된다. 또한 공공질서의 의미도 사회의 근본적인 이익에 대한 진정하고 충분히 심각한 위협으로 확정된다.

그 외 한-페루 FTA는 제24.1조 2항 2문에서 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호에 필요한 환경조치가 GATS 제XIV조 (b)호상의 조치에 포함된다고 규정하고 있다. 이에 따라 한-페루 FTA는 제24.1조 2항도 어느 정도의 환경보호적 요소를 포함하게 되긴 하지만, 그 보호범위는 환경 또는 유한천연 자원의 보존을 예외사유로 두고 있는 한-EFTA FTA, 한-ASEAN FTA, 한-인도 CEPA, 한-EU FTA보다 좁다.

---

339) 구체적 조문은 부록 B의 한-페루 FTA 참조.

### (3) 관계요건 및 예외의 남용 방지를 위한 규정

한-페루 FTA 제24.1조 2항은 GATS 제XIV조를 그대로 준용하고 있기 때문에 각 예외사유는 당연히 GATS 제XIV조와 동일한 관계요건을 가지게 되고 GATS 제XIV조의 두문 또한 예외조치의 남용을 방지하는 역할을 하게 된다.

## 2. 제24.2조 필수적 안보 조항

### (1) 해당하는 예외조항의 유형

#### 가. 국가의 규제권한을 보장하는 유형

한-페루 제24.2조는 2012년 미국 모델 BIT 제18조와 한-미 FTA 제23.2조와 동일할 뿐 아니라 제24.2조 나호는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 동일하다. 이들 조항은 예외조항의 가장 기본적인 사항을 규정하고 있는 유형인 국가의 규제권한을 보장하는 유형에 속한다.

#### 나. 자기관단적 조항 유형

한-페루 제24.2조 나호는 자기관단적 문언을 포함하고 있는 관계로 자기관단적 조항의 유형에 속한다. 이전에 살펴본 한국의 국제투자협정들과는 달리 국제적 평화·안보의 유지 또는 회복을 위한 조치에 대해서도 자기관단성이 인정된다.

### (2) 구체적인 예외사유 및 관계요건

한-페루 제24.2조 나호는 협정당사국이 예외조치를 취할 수 있는 경우로 국제적 평화·안보의 유지 또는 회복과 자국의 필수적 안보이익의 보호를 두고 있다. 또한 동조 동호는 예외사유와 예외조치의 연결고리로 필요성 요건을 두고 있다.

## VIII. 한-미 FTA 제23.2조<sup>340)</sup>

한-미 FTA의 투자 관련 예외조항인 제23.2조는 동 협정의 투자챕터인 제11장에 있지 않고 전체 협정에 대한 예외조항들이 집약되어 있는 제23장에 자리 잡고 있다.

### 1. 해당하는 예외조항의 유형

#### (1) 국가의 규제권한을 보장하는 유형

한-미 FTA 제23.2조는 2012년 미국 모델 BIT 제18조와 한-페루 제24.2조와 동일할 뿐 아니라 제24.2조 나호는 미국-아르헨티나 BIT 제XI조와 동일하다.

#### (2) 자기관단적 조항 유형

한-미 FTA 제23.2조는 자기관단적 문언을 포함하고 있는 관계로 자기관단적 조항의 유형에 속한다. 이전에 살펴본 한국의 국제투자협정들과는 달리 국제적 평화·안보의 유지 또는 회복을 위한 조치에 대해서도 자기관단성이 인정된다.

#### (3) 제23장 각주2에 관한 해석 대립

동 조항의 두문에서 확인할 수 있는 것처럼, 제23.2조 나호는 한-미 FTA 전체에 대해 적용될 수 있는 예외조항이긴 하지만 조문 자체는 2004년 미국 모델 BIT와 2012년 모델 BIT의 그것과 동일하다. 다른 점이 있다면, 한-미 FTA 제23.2조 나호는 미국 모델 BIT들과는 달리 나호에 각주 2를 첨부하고 있는데, 각주 2는 “보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조 나호를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다”고 규정하고 있다. 각주 2를 해석하는 데에 있어서 두 가지 입장이 있는데, 외교통상부는 한국이 제23.2조 나호상의 예외를 투자중재에서 원용할 경우 중재판정부에서 이를 “그대로 인정”하는 것을 의미한다는 것으로 보

---

340) 구체적 조문은 부록 B의 한-미 FTA 참조.

고 있고,<sup>341)</sup> 법무부는 각주 2는 제23.2조 나호의 자기판단적 성격을 재확인하는 의미를 가진다고 보고 있다.<sup>342)</sup> 전자의 입장을 따를 경우 중재판정부는 예외조치에 대한 심사권을 가지지 않고, 후자의 입장을 따를 경우 중재판정부는 적어도 신의성실성 심사를 할 수 있게 된다.’

비록 한-미 FTA 제23.2조 나호가 자기판단적 문구인 “it considers necessary”을 포함하고 있어 예외조치를 발동함에 있어서 해당 국가가 재량을 가지고 있더라도 여전히 중재판정부에 의해 이러한 조치의 발동이 신의성실하게(in good faith) 이루어졌는지 여부에 관한 심사가 이루어진다고 보아야 예외조항으로 인해 전체 투자챕터의 취지가 몰각되는 사태를 막을 수 있을 것이다. 그런데 첫 번째 입장을 취하게 될 경우 중재판정부는 신의성실성 심사조차도 못하게 된다. 따라서 첫 번째 입장을 따르게 되면, 이 조항은 결국 한-인도 CEPA 부속서 10-다와 마찬가지로 예외조치를 발동함에 있어서 협정 당사국에게 무제한의 재량을 주는 것과 다름없게 된다는 문제점이 발생한다.

## 2. 구체적인 예외사유 및 관계요건

한-미 FTA 제23.2조는 협정당사국이 예외조치를 취할 수 있는 경우로 국제적 평화·안보의 유지 또는 회복과 자국의 필수적 안보이익의 보호를 두고 있다. 또한 동조 동호는 관계요건으로 필요성 요건을 두고 있다.

## 제3절 한국의 국제투자협정의 예외조항에 대한 전반적인 평가

### I. 예외조항의 유형 측면

한국의 국제투자협정상의 예외조항은 대부분 GATT 제XX조·제XXI조 또는 GATS 제XIV조의 유형을 채택하고 있고, 더 나아가 일부 조항은 GATS 제XIV조의 일부 또는 전부를 준용하고 있다. 또한 자기판단적 문언을 포함하고 있는 예외조항들은 GATT 제XXI조의 유형을 채택하고 있는 조항이거나 미국 모

341) 외교통상부, 『투자자-국가간 분쟁해결절차(ISD), 공정한 글로벌 스탠다드』 (2011.11), 31면.

342) 법무부, 『한미FTA 투자분야 연구』 (2008.04), 352면.

텔 BIT의 예외조항 유형을 채택하고 있는 조항들이다. 그리고 대부분의 예외조항들은 절차적 요건으로서 통보의무를 규정하고 있다. 예외조치를 투자중재의 대상으로부터 배제하고 있는 예외조항은 두 개가 있는데, 이들 중 하나는 논란의 여지가 있다. 위와 같은 내용은 [표 6]에 정리되어 있다.

[표 6] 한국 국제투자협정 예외조항의 유형별 현황

	자기판단 적 조항	GATT 제XX조	GATT 제XXI조	GATS 제XIV조	통보의무	분쟁대상 제외
한-일 BIT	O	O	O	O	O	X
한-칠레 FTA	O	X	O	X	O	X
한-싱가포르 FTA	O	X	O	O*	O	X
한-EFTA FTA	X	X	X	O	X	X
한 - A S E A N FTA	O	O	O	O	O	X
한-인도 CEPA	O	O	O	O	O	O***
한-EU FTA	X	O	X	O	X	X
한-페루 FTA	O	X	X	O**	O	X
한-미 FTA	O	X	X	X	X	△

※ 범례

\* : 일부 준용

\*\* : 전부 준용

\*\*\* : 안보상 예외만 분쟁대상에서 제외

△ : 논란의 여지 있음

## II. 예외사유 측면

[표 7]을 보면, 가장 많은 예외사유를 포함하는 예외조항을 가지고 있는 협정은 한-ASEAN FTA이고, 그 뒤를 한-인도 CEPA와 한-EU FTA가 잇고 있다. 가장 많이 활용되고 있는 예외사유는 필수적 안보이익이고, 가장 적게 활용되고 있는 예외사유는 직접세의 부과·징수와 관련된 예외사유이다.

[표 7] 한국 국제투자협정 예외조항상의 예외사유 현황

	필수적 안보이익		환경	국제 평화· 안보	공중 보건	공공 질서	공중 도덕	국내 법규 준수	직접 세부 과징 수	국보 보호
	한정 열거	열린 개념								
한 - 일 BIT	O	X	X	O	O	O	X	X	X	X
한 - 칠 레 FTA	O	X	X	O	X	X	X	X	X	X
한 - 싱 가 포 르 FTA	O	X	X	O	X	X	X	X	X	X
한-EFTA FTA	X	X	O	X	O	O	O	O	X	X
한 -ASEAN FTA	O	X	O	O	O	O	O	O	O	O
한 - 인 도 CEPA	O	X	O	O	O	O	O	O	X	O
한 - E U FTA	X	O	O	X	O	O	O	O	O	O
한 - 페 루 FTA	X	O	O	O	X	X	X	X	X	X
한 - 미 FTA	X	O	X	O	X	X	X	X	X	X

### III. 평가

예외조항이 해외투자의 보호·증진과 국내공익 실현 간의 갈등을 조화시키는 우수한 도구가 될 수 있기 때문에, 되도록 많은 국제투자협정에서 예외조항을 활용하는 것이 바람직할 것이다. 그런 점에서 비록 예외조항의 활용도가 BIT에서는 매우 저조하더라도, 한국이 체결한 FTA 모두에서 예외조항이 발견되고 있다는 것은 매우 고무적인 일이다. 또한 대부분의 예외조항에서 규정하고 있는 통보의무는 투명성을 증진시켜 협정당사국 간의 신뢰 구축에 일조하고 있다.

한국의 국제투자협정상의 예외조항들은 [표 6]만 보면 일응 GATT 또는 GATS의 예외조항 유형을 일관적으로 따르고 있는 것처럼 보이지만 개별 예

외조항별로 분석을 해 보면, 사실상 한국은 상대 협정당사국의 요구에 따라 예외조항을 도입한 것뿐이고, 위와 같은 일관된 경향은 우연의 일치에 불과한 것을 알 수 있다. 이러한 사실은 또한 [표 6]에 나타나는 것처럼 예외조항이 담고 있는 예외사유의 종류가 예외조항 별로 매우 상이할 뿐 아니라, 비록 표에는 나타나지는 않지만 예외조항의 구조도 매우 다르다는 것에서 알 수 있다. 아르헨티나 경제위기 관련 사건에서 본 바와 같이 예외조항이 피청구국의 항변에 중요한 역할을 하고 있는 만큼, 협정에 상관없이 통일된 모습을 가지고 있는 예외조항으로 항변을 준비하는 것이 유리하다는 것은 분명하다.

또한 문제점으로 지적할 수 있는 것은 분쟁대상 제외 조항이다. 한-인도 CEPA 부속서 10-다와 한-미 FTA 제23장 각주 2에 관한 부분에서 살펴본 것처럼 분쟁대상 제외 조항은 조치발동국이 예외조항을 주장하는 것만으로 문제의 조치를 투자중재의 대상에서 배제시키는 효과를 가져 오기 때문에 결과적으로 투자협정 위반에 대한 면죄부 역할을 하게 되어 부분적으로는 ISD조항을, 전체적으로는 투자협정 자체를 형해화시킬 우려가 있다. 따라서 분쟁대상 제외 조항을 투자협정에 두는 데에 있어서 좀 더 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다.

## 제7장 결론

작년 말에서부터 야권을 중심으로 한-미 FTA의 ISD 조항은 해외투자자가 국내법원 외의 재판정에서 한국을 상대로 소송을 제기할 수 있는 길을 열어 주어 국익에 반하기 때문에 이를 배제해야 한다는 주장이 힘을 얻었고, 이러한 주장은 심지어 사법부까지 영향을 미쳐 몇몇 판사들이 대법원장에게 법원행정처 산하에 한-미 FTA의 ISD 조항을 연구하는 데스크포스를 구성하여야 한다고 청원하게 만든 계기가 되기도 하였다. 이 주장은 특히 자국에게 필요한 공공정책이긴 하지만 해외투자자의 투자를 해하는 결과를 야기한다는 이유로 한국이 수행할 수 있는 공공정책의 범위가 제한을 받게 되어 버린다는 것을 그 근거로 들고 있다. 그리고 결과적으로 호주 또한 이러한 연유로 앞으로의 국제투자협정에 ISD 조항을 삽입하지 않겠다고 선언하게 된 이유이기도 하다.

하지만 해당 부분에서 살펴본 바와 같이, *Philip Morris Asia* 사건은 현재 피청구인에게 유리하게 구성된 사건으로 평가 받고 있다고 하더라도, 만약 홍콩-호주 BIT에 예외조항이 있었다면, 공중보건을 이유로 한 예외조항의 발동의 인정이 가능할 것이기 때문에 호주의 항변을 더욱 강화시켜주는 역할을 했을 것이다.

또한 일련의 아르헨티나 경제위기 사건들의 결말을 살펴보면, 예외조항이 있는 미국-아르헨티나 BIT에 기해 청구된 사건들은 시간이 지날수록 중재판정부에서 아르헨티나의 손을 들어주는 경향을 보이고 있는 반면, 예외조항을 포함하고 있지 않은 영국-아르헨티나 BIT 또는 프랑스-아르헨티나 BIT에 기해 중재청구된 사건들은 중재판정부가 청구인의 손을 들어주는 경향을 보이고 있다. 여기서도 유사한 사실관계를 가지고 있는 사건들에 있어서도 예외조항의 유무가 사건의 결말을 큰 영향을 미칠 수 있다는 것을 알 수 있다.

따라서 현재 한국의 대부분의 BIT들이 예외조항을 포함하고 있지 않은 현

상황에서 앞으로 체결되거나 개정될 BIT에 예외조항을 넣을 필요가 있다고 하겠다. 또한 아직 개정 시한에 다다르지 못한 기존의 BIT들에 대해서도 재협상을 통하여 예외조항의 삽입이 고려되어야 할 것이다. 이때 예외조항은 인권, 공중보건, 핵심적인 노동기준, 환경 등의 보호를 포함하면서 해외투자자의 이익과 투자유치국의 공익간의 균형을 꾀할 수 있도록 설계하여, 투자유치국의 정책재량을 보장하는 것과 동시에 남용가능성을 배제시켜야 할 것이다.<sup>343)</sup>

어떠한 유형의 예외조항을 포함시키는 것이 한국에게 유리한지를 판단하기 위해서는 먼저 한국만의 특수한 상황에는 무엇이 있는지를 생각해 봐야 한다. 한국은 세계 유일의 분단국가일 뿐 아니라, 최근 저탄소녹색성장기본법의 제정으로 환경보호에 적극적으로 나서고 있다. 또한 한국은 국내에서 이루어지는 외국인직접투자(Inward Foreign Direct Investment: IFDI)는 주로 제조업, 부품소재, 서비스업 등 2차·3차 산업을 중심으로 이루어지고,<sup>344)</sup> 국외에서 이루어지는 해외직접투자(Outward Foreign Direct Investment: OFDI)는 제조업, 광업, 도매 및 소매업, 금융 및 보험업, 전문·과학 및 기술 서비스업 등 다양한 산업에 대해 이루어고 있으며,<sup>345)</sup> 현재 FDI 순유출이 흑자이다.<sup>346)</sup>

위와 같은 한국의 직접투자가 가지는 특징들을 살펴보면, 한국은 자본수출적 성향이 더 강하기 때문에, 한국이 투자중재의 피청구국이 되기보다 한국 기업이 투자중재의 청구인이 될 수 있는 가능성이 더 높다. 이러한 경우 피청구국의 항변사유에 해당하는 예외조항을 아예 두지 않거나, 최소한의 규정만을 두는 것이 나아 보일 수도 있다. 하지만 이러한 전략을 따를 경우 막상 한국이 투자중재의 피청구국이 되었을 때 강력한 항변수단을 잃게 된다. 따라서 균형 잡힌 예외조항으로 한국과 상대 협정 당사국 모두가 이익을 얻을 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각되고, 이때 이미 균형을 갖추고 있는 GATT

343) UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, *op. cit.*, at 140.

344) 지식경제부, “2011년 외국인직접투자 동향,” (2012.01), 2-3면.

345) 해외투자진출 정보포털, “업종별 해외투자통계,” <[http://www.ois.go.kr/portal/page?\\_pageid=93\\_721464&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&p\\_deps1=pds&p\\_deps2=&section=business&expression=table](http://www.ois.go.kr/portal/page?_pageid=93_721464&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_deps1=pds&p_deps2=&section=business&expression=table)>, 2012년 6월 15일 검색>

346) 기획재정부, “우리나라의 해외직접투자 순유출 특징 및 시사점,” 보도참고자료 (2012.04.02.), 2면.

제XX조 또는 GATS 제XIV의 유형을 따르는 것이 바람직해 보인다. 특히 한국의 경우에는 분단국가 현실을 감안하여 GATT 제XXI조 유형의 안보상 예외조항을 두는 것이 바람직할 것이고, 한-EFTA FTA에서와 같이 환경을 별도의 예외사유로 두는 것이 좋을 것이다.

## 참고문헌

### ◇ 국내문헌

#### 단행본

- 김대순, 『국제법론』, 16판, 서울: 삼영사 (2010)
- 박노형 외, 『新국제경제법』, 박영사 (2012)
- 박덕영 외, 『국제투자법』, 서울: 박영사 (2012)
- 정중섭, 『헌법과 기본권』, 박영사 (2010)

#### 학술논문

- 강승관, “국제투자법상 공정·공평한 대우 원칙에 관한 연구,” 연세대학교 대학원 법학과 석사학위논문 (2011)
- 김대순, “조약상의 自己判斷條項의 사법심사 가능성에 관한 연구 : 2008년 Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters 판결을 중심으로,” 『국제법학회논총』 제54권 제3호 통권 제115호 (2009.12)
- , “국제법상 긴급피난과 보상의무 :미국-아르헨티나간 ICSID 사건을 중심으로,” 『국제법학회논총』 제55권 제3호 통권 제118호 (2010.09)
- 김인숙, “한국-ASEAN FTA 투자협정의 주요 쟁점과 국내적 시사점,” 『국제경제법연구』 제8권 제1호 (2010.05)
- , “한-EU FTA 투자협상의 주요 법적 쟁점 분석,” 『최신외국법제정보』 제2010- 9호 (2010.12)
- 김준영, “국가 안보 목적의 외국인 투자 규제에 관한 연구: 외국인투자촉진법에 대한 분석을 중심으로,” 서울대학교 석사학위논문 (2009)
- 김채형, “양자간 투자협정에 의한 투자보호와 공익상의 예외조치,” 『통상법률』 통권 제93호 (2010)

서철원, “투자보장협정상 투자자보호와 경제위기에 대응하는 조치와의 관계에 관한 연구,” 『서울국제법연구』 제18권 제1호 (2011)

이세련, “(The)UN's smart sanctions regime and its human rights implications,” 『국제법학회논총』 제56권 제3호 통권 제122호 (2011.09)

이재민, “대량살상무기확산방지조치의 국제통상법적 함의에 관한 고찰,” 『서울국제법연구』 제14권 제1호 통권26호 (2007.06)

\_\_\_\_\_, “국가안보와 외국인 투자규제 :외국인 투자촉진법 시행령 제5조를 중심으로,” 고려법학 제57호 (2010)

한지희·박덕영, “기후변화정책과 간접수용문제,” 『국제경제법연구』 제10권 제1호 (2012.05)

## 정부 보고서

기획재정부, “우리나라의 해외직접투자 순유출 특징 및 시사점,” 보도참고자료 (2012.04.02)

법무부, 『한미FTA 투자분야 연구』 (2008.04)

\_\_\_\_\_, 『한국의 투자 협정 해설서』 (2010.09)

외교통상부, 『투자자-국가간 분쟁해결절차(ISD), 공정한 글로벌 스탠다드』 (2011.11)

외교통상부·대외경제정책연구원, 『한·EFTA FTA의 주요 내용』 (2005.12)

\_\_\_\_\_, 『한·인도 CEPA 주요내용』 (2009.10)

지식경제부, “2011년 외국인직접투자 동향,” (2012.01)

## 국내 법률 및 사건

대한민국헌법 [시행 1988.2.25] [헌법 제10호, 1987.10.29, 전부개정]

헌재결 1992.2.25, 89헌가104

## ◇ 외국문헌

### 단행본

- Kiss, Alexandre and Dinah Sheldon, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff (2007)
- McLachlan, C., L. Shore and M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press (2007)
- Newcombe, A. and L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International (2009)
- OECD, *International Investment Perspectives 2007: Freedom of Investment in a Changing World*, OECD Publishing (2008)
- Salacuse, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press (2009)
- Sauvant, Karl P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-11*, Oxford University Press (2011)
- Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment*, 3 ed., Cambridge University Press (2010)
- Subedi, S., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing (2008)
- Weiler, T.J. Grierson (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet (2008)

### 학술논문

- Alvarez, José E., "The Return of the State," *Minnesota Journal of International Law* vol.20 no.2 (2011)
- Alvarez, José E., and T. Brink; "Revisiting the Necessity Defense: *Continental Casualty v. Argentina*" *Transnational Dispute Management* no.2012/3 (2012)

- Bottini, Gabriel, "Protection of Essential Interests in the BIT Era," in T.J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet (2008)
- Burke-White, W.W. and A. von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties," *Virginia Journal of International Law* vol.48 no.2 (2008)
- D'Amato, Anthony, "Treaties as a Source of General Rules of International Law," *Harvard International Law Journal* vol.3 no.1 (1962)
- Desierto, D., "Necessity And "Supplementary Means Of Interpretation" for Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties," *University of Pennsylvania Journal of International Law* vol.31 no.3 (2010)
- Ewing-Chow, M. and G.R. Fischer, "ASEAN IIAs: Conserving Regulatory Sovereignty while Promoting the Rule of Law?," *Transnational Dispute Management* vol.8, no.5 (December 2011)
- Firger, Daniel M. and Michael B. Gerrard, "Harmonizing climate change policy and international investment law," in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-11*, Oxford University Press (2011)
- Forji, Amin George, "Drawing the Right Lesson from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity," *Arbitration* vol.76 (2010)
- Gaines, Sanford E., "Environmental Policy Implications of Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11," *Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade Research Paper* (February 2006)
- Gallagher, Kevin P., "The New Vulture Culture: Sovereign debt restructuring and trade and investment treaties," *Ideas Working Paper Series Paper* no.02/2011 (2011)
- Gordon, Kathryn and Joachim Pohl, "Environmental Concerns in International Investment Agreements: a survey", *OECD Working Papers on International Investment* no.2011/1, OECD Investment Division (2011)
- Ingelson, Allan, Lincoln Mitchell and Christine Viney, "NAFTA takings update the

- Glamis decision,” *Journal of World Energy Law and Business* vol.5 no.1 (2012)
- Johnson, Lise, “International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor-State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It,” *Environmental Law Reporter* vol.39 no.11147 (2009)
- Lowe, A.V., “Do general rules of international law exist?,” *Review of International Studies* vol.9 no.3 (July 1983)
- Luzi, Roberto Aguirre, “BITs & Economic Crises: Do States have carte blanche?,” in T.J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet (2008)
- Mann, H., “Investment Agreements and the Regulatory State: Can Exception Clauses Create a Safe Haven for Governments?,” *Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum* (2007)
- Moon, William J., “Essential Security Interests in International Investment Agreements,” *Journal of International Economic Law* vol.15 no.1 (2012)
- Nolan, Michael D. and Frederic G. Sourgens, “The limits of discretion? Self-judging emergency clauses in international investment agreements,” in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, Oxford University Press (2011)
- Ranjan, Prabhash, “Non-Precluded Measures in Indian International Investment Agreements and India’s Regulatory Power as a Host Nation,” *Asian Journal of International Law* vol.2 (2012)
- Rogerson, Sarah Hill, “The 'Necessity Defense' and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty,” *Law and Business Review of the Americas* vol.13 no.3 (2007)
- Rose-Ackerman, Susan and Benjamin Billa, "Treaties and National Security," *New York University Journal of International Law and Politics* vol.40 (2008)
- Schill, Stephan and Robyn Biese, "Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice," *Melbourne Journal of International Law* vol.10 no.1 (2009)
- Stone, Madeline “NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe?,” *George*

*Washington International Law Review* vol.15 (2002)

Voon, Tania and Andrew Mitchell, "Time to Quit? Assessing International Investment Claims Against Plain Tobacco Packaging in Australia," *Journal of International Economic Law* vol.14 no.3 (2011)

Weiler, Todd, "Philip Morris vs. Uruguay, An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law," *Report #1 for Physicians for a Smoke Free Canada* (28 July 2010)

Yannaca-Small, Katia, "Essential Security Interests under International Investment Law" in OECD, *International Investment Perspectives 2007: Freedom of Investment in a Changing World*, OECD Publishing (2008)

## 기 타

Australian Department of Foreign Affairs and Trade, *Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, April 2011.

Australian Government, *Response to the Notice of Arbitration*, 21 December 2011

ICSID Secretariat, *The ICSID Caseload - Statistics, Issue 2012-1* (2012) <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>>

IMF Independent Evaluation Office, *The IMF and Argentina 1991-2001* (2004)

OECD, *Security-related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, Report (May 2009)  
<<http://www.oecd.org/dataoecd/50/33/42701587.pdf>>

Oxford Dictionaries, Oxford University Press (April 2010)  
<<http://oxforddictionaries.com>>

UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations Publications (1999)

\_\_\_\_\_, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on

International Investment Policies for Development, United Nations Publications (2009)

\_\_\_\_\_, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, United Nations Publications (2012)

UN International Law Commission, *Commentaries to the Draft Proposal on the Law of Treaties*, reproduced in *Yearbook of the International Law Commission* 1966, Vol. II (1967)

\_\_\_\_\_, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries,” *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, Part Two (February 2008)

UN Security Council Sanctions Committee, *Assets Freeze: Explanation of Terms* (30 December 2011) <<http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/EoT%20assets%20freeze%20-%20English.pdf>>

◇ 판정례 등

국제투자중재 판정례

*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, In proceedings pursuant to the Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments, and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 24 December 2007

*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005; Decision on Application for Annulment, 21 August 2007

*Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008; Decision on the Application for Partial Annulment, 16 September 2011

*El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011

*Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007; Decision on Application for Annulment, 30 July 2010

*Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB 02/1, Decision on Liability, 3 October 2006

*Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000

*Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6 June 2008

*Methanex Corporation v. United States of America*, In the Matter of An Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement

and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005

*Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce in accordance with the Energy Charter Treaty, Award, 16 December 2003

*Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (pending)

*Philip Morris Asia v. Commonwealth of Australia*, Pursuant to Article 10 of the Agreement Between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments and Article 3 of the Arbitration Rules of the United Commission on International Trade Law 2010 (pending)

*Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, The Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Partial Award, 17 March 2006

*S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, In a NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 November 2000

*Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Award, 18 September 2007; Annulment of the Award, 10 June 2010

*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003

*Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010

*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award, 11 March 2011

*Waste Management Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004

## 국제재판소 판례

*Australia-Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, DS434 (Complainant: Ukraine, 2012.07.04. 현재 협의 중)

*Australia-Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, DS435 (Complainant: Honduras, 2012.07.04. 현재 협의 중)

*Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 12 June 2007; WT/DS332/AB/R, 17 December 2007

*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports 2008, 4 June 2008

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, 25 September 1997

*Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 July 2000; WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004

*Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment on Merits. ICJ Reports 1986, 27 June 1986

*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003, 6 November 2003

*United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, 15 May 1998; DS58/AB/R, 6 November 1998

*United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, 10 November 2004; WT/DS285/AB/R, 7 April 2005

*United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, Report of the Panel, 7 November 1989

*United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, DS2/R, 29 January 1996; DS2/AB/R, 29 April 1996

## ◇ 국제조약 등

### 국제투자협정

#### 《국가별 모델 BIT》

독일 모델 BIT (German Model Treaty), 2008 <<http://italaw.com/documents/2008-GermanModelBIT.doc>>

미국 모델 BIT (U.S. Model Bilateral Investment Treaty), 2004 <[www.state.gov/documents/organization/117601.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf)>

미국 모델 BIT (U.S. Model Bilateral Investment Treaty), 2012 <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>

인도 모델 BIT (Indian Model Text of BIPA), 2003, <<http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>>

캐나다 모델 BIT (Canadian Model Bilateral Investment Treaty), 2004 <<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>

#### 《국가별 FTA》

뉴질랜드-중국 FTA (Free Trade Agreement between the Government of New Zealand and the Government of the People's Republic of China), 2008 <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowRTAIDCard.aspx?rtaid=664&lang=1&redirect=1>>

대만-파나마 FTA (Free Trade Agreement between the Republic of China and the Republic of Panama), 2003 <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowRTAIDCard.aspx?rtaid=425&lang=1&redirect=1>>

중국-ASEAN 투자협정 (Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation Between the People's Republic of China and the Association of Southeast Asian Nations), 2009 <<http://tradein.services.mofcom.gov.cn/en/b/2009-08-15/76350.shtml>>

NAFTA (North American Free Trade Agreement), 1992 <<http://rtais.wto.org/UI/PublicShowRTAIDCard.aspx?rtaid=122&lang=1&redirect=1>>

《국가별 BIT》

- 미국-아르헨티나 BIT (Treaty between United States Of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment), 1991 <[http://tcc.export.gov/Trade\\_Agreements/All\\_Trade\\_Agreements/exp\\_000897.asp](http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_000897.asp)>
- 스웨덴-멕시코 BIT (Agreement Between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of the United Mexican States Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), 2001 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico\\_sweden.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico_sweden.pdf)>
- 스위스-모리셔스 BIT (Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Mauritius on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), 1998 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mauritius\\_switzerland.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mauritius_switzerland.pdf)>
- 아르헨티나-칠레 BIT (Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones), 1991 <<http://www.sice.oas.org/BITS/ARGCH-1.ASP>>
- 영국-아르헨티나 BIT (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments), 1990 <[http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG\\_UK\\_1993.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_UK_1993.pdf)>
- 이탈리아-아르헨티나 BIT (Fra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina Sulla Promozione e Protezione Degli Investimenti), 1990 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy\\_argentina\\_it.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_argentina_it.pdf)>
- 일본-페루 BIT (Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Promotion, Protection and Liberalisation of Investment), 2008 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/japan\\_peru.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/japan_peru.pdf)>
- 캄보디아-체코 BIT (Agreement Between the Government of the Czech Republic and the Government of the Kingdom of Cambodia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), 2008 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Czech\\_x\\_Cambodia\\_Agreement.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Czech_x_Cambodia_Agreement.pdf)>
- 헝가리-러시아 BIT (Agreement Between the Government of the Republic of Hungary and the Government of the Russian Federation for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), 1995 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/hungary\\_russia.PDF](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/hungary_russia.PDF)>

프랑스-아르헨티나 BIT (Agreement between the Republic of France and the Argentine Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments), 1991 <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france\\_argentina\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_argentina_fr.pdf)>

에너지헌장조약 (Energy Charter Treaty), 2080 UNTS 95; 34 ILM 360 (1995) <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)>

#### 《세계무역기구 관련 조약》

관세와 무역에 관한 일반협정 (General Agreement on Tariffs and Trade), 55 UNTS 194; 61 Stat. pt. 5; TIAS 1700, 1948 <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>

무역관련지적재산권협정 (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights), 1869 UNTS 299; 33 ILM 1197 (1994) <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm)>

서비스무역 관한 일반협정 (General Agreement on Trade in Services), 1869 UNTS 183; 33 ILM 1167 (1994) <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf)>

#### 《그 외 국제조약》

국제위법행위에 대한 국가책임 초안 (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), Adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, 2001 <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>

미국-니카라과 우호통상항해조약 (Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua), 1956 <<http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280139d26>>

미국-이란 우호통상항해조약 (Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran), 1955 <[http://www.parstimes.com/law/iran\\_us\\_treaty.html](http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html)>

조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties), UN Doc. A/Conf.39/27; 1155 UNTS 331; 8 ILM 679 (1969); 63 AJIL 875 (1969) <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)>

## 부록

### 부록 A. 각종 국제투자협정 내의 예외조항

#### I. 국가별 모델 BIT에서의 예외조항

국가	발표연도	예외조항
캐나다	2003	<p>Article 10 General Exceptions</p> <p>1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:</p> <p>(a) to protect human, animal or plant life or health;</p> <p>(b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or</p> <p>(c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.</p>
인도	2003	<p>Article 12 Applicable Laws</p> <p>[...]</p> <p>(2) Notwithstanding paragraph (1) of this Article nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis.</p>
독일	2008	<p>Article 3 National and most-favoured-nation treatment</p> <p>(1) Neither Contracting State shall in its territory subject investments owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.</p> <p>[...]</p> <p>Measures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article.</p>

미국	2012	<p>Article 18 Essential Security</p> <p>Nothing in this Treaty shall be construed: [...] 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.</p>
----	------	---

## II. 선별된 국제투자협정의 예외조항

조약명	체결일자	예외조항
미국-아르헨티나 BIT	1991.11.14	<p>Article XI</p> <p>This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.</p>
NAFTA	1992.12.17	<p>Article 2102 National Security</p> <p>1. Subject to Articles 607 (Energy - National Security Measures) and 1018 (Government Procurement Exceptions), nothing in this Agreement shall be construed:  (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests;  (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests  (i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment,  (ii) taken in time of war or other emergency in international relations, or  (iii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-pro-</p>

		<p>liferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices; or</p> <p>(c) to prevent any Party from taking action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p>
에너지헌장 조약(Energy C h a r t e r Treaty)	1994.12.1 7	<p>Article 24 Exceptions<sup>37</sup></p> <p>(1) This Article shall not apply to Articles 12, 13 and 29.</p> <p>(2) The provisions of this Treaty other than</p> <p>(a) those referred to in paragraph (1); and</p> <p>(b) with respect to subparagraph (i), Part III of the Treaty shall not preclude any Contracting Party from adopting or enforcing any measure</p> <p>(i) necessary to protect human, animal or plant life or health;</p> <p>(ii) essential to the acquisition or distribution of Energy Materials and Products in conditions of short supply arising from causes outside the control of that Contracting Party, provided that any such measure shall be consistent with the principles that</p> <p>(A) all other Contracting Parties are entitled to an equitable share of the international supply of such Energy Materials and Products; and</p> <p>(B) any such measure that is inconsistent with this Treaty shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to it have ceased to exist; or</p> <p>(iii) designed to benefit Investors who are aboriginal people or socially or economically disadvantaged individuals or groups or their Investments and notified to the Secretariat as such, provided that such measure</p> <p>(A) has no significant impact on that Contracting Party's economy; and</p> <p>(B) does not discriminate between Investors of any other Contracting Party and Investors of that Contracting Party not included among those for whom the measure is intended,</p> <p>provided that no such measure shall constitute a disguised restriction on Economic Activity in the Energy Sector, or arbitrary or unjustifiable discrimination between Contracting Parties or between Investors or other interested persons of Contracting Parties. Such measures shall be duly motivated and shall not nullify or impair any benefit one or more other Contracting Parties may reasonably expect under this Treaty to an extent greater than is strictly necessary to the stated end.</p> <p>(3) The provisions of this Treaty other than those referred to in paragraph (1) shall not be construed to prevent any Contracting Party from taking any measure which it</p>

		<p>considers necessary:</p> <p>(a) for the protection of its essential security interests including those</p> <p>(i) relating to the supply of Energy Materials and Products to a military establishment; or</p> <p>(ii) taken in time of war, armed conflict or other emergency in international relations;</p> <p>(b) relating to the implementation of national policies respecting the nonproliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices or needed to fulfil its obligations under the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, the Nuclear Suppliers Guidelines, and other international nuclear non-proliferation obligations or understandings; or</p> <p>(c) for the maintenance of public order.</p> <p>Such measure shall not constitute a disguised restriction on Transit.</p> <p>(4) The provisions of this Treaty which accord most favoured nation treatment shall not oblige any Contracting Party to extend to the Investors of any other Contracting Party any preferential treatment:</p> <p>(a) resulting from its membership of a free-trade area or customs union 38 or</p> <p>(b) which is accorded by a bilateral or multilateral agreement concerning economic co-operation between states that were constituent parts of the former Union of Soviet Socialist Republics pending the establishment of their mutual economic relations on a definitive basis.</p> <p>37 See Final Act of the European Energy Charter Conference, Understandings, n. 15. with respect to Article 24, p. 28 and note 44, p. 77.</p>
헝가리-러시아 BIT	1995.03.06	<p>Article 2 Promotion and Reciprocal Protection of Investments</p> <p>[...]</p> <p>3. This Agreement shall not preclude the application of either Contracting Party of measures, necessary for the maintenance of defence, national security and public order, protection of the environment, morality and public health.</p>
스위스-모리셔스 BIT	1998.11.26	<p>Article 11 Other Rules and Specific Commitments</p> <p>[...]</p> <p>(3) Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from taking any action necessary [...] for reasons of public health or the prevention of diseases in animals and plants.</p>
스웨덴-멕시코	2001.10.0	Article 18 Exclusions

코 BIT	3	<p>The dispute settlement provisions of this Section shall not apply to the resolutions adopted by a Contracting Party which, in accordance with its legislation, and for national security reasons, prohibit or restrict the acquisition by investors of the other Contracting Party of an investment in the territory of the former Contracting Party, owned or controlled by its nationals.</p>
체코-캄보디아 BIT	2008.05.12	<p>Article 12 Essential Security Interests</p> <p>1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Contracting Party from taking any actions that it considers necessary for the prevention of its essential security interests,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) relating to criminal or penal offences;</li> <li>(b) relating to traffic in arms, ammunition and implements of war and transactions in other goods, materials, services and technology undertaken directly or indirectly for the purpose of supplying a military or other security establishment;</li> <li>(c) taken in time of war or other emergency in international relations, or</li> <li>(d) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of nuclear weapons or other nuclear explosive devices or</li> <li>(e) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</li> </ul> <p>2. A Contracting Party's essential security interests may include interests deriving from its membership in a customs, economic or monetary union, a common market or a free trade area.</p>
일본 - 페루 BIT	2008.11.21	<p>Article 19 General and Security Exceptions</p> <p>1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Contracting Party, or a disguised restriction on investments of investors of the other Contracting Party in the Area of a Contracting Party, nothing in this Agreement other than Article 14 shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) necessary to protect human, animal or plant life or health;</li> <li>(b) necessary to protect public morals or to maintain public order;</li> </ul> <p>Note: The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed</p>

		<p>to one of the fundamental interests of society.</p> <p>(c) necessary to secure compliance with the laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contract;</li> <li>(ii) the protection of the privacy of the individual in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of personal records and accounts; or</li> <li>(iii) safety;</li> </ul> <p>(d) which it considers necessary for the protection of its essential security interests:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or</li> <li>(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;</li> </ul> <p>(e) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security; or</p> <p>(f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value.</p> <p>2. In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1, that does not conform with the obligations under this Agreement other than Article 14, that Contracting Party shall, prior to the entry into force of the measure or as soon thereafter as possible, notify the other Contracting Party of the following elements of the measure: (a) sector and sub-sector or matter; (b) obligation or article in respect of the measure; (c) legal source of the measure; (d) succinct description of the measure; and (e) purpose of the measure.</p>
중국-ASEAN 투자협정	2009.09.28	<p>Article 17 Security Exceptions</p> <p>Nothing in this Agreement shall be construed:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) to require any Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or</li> <li>(b) to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including but not limited to: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) action relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they derived;</li> <li>(ii) action relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or in-</li> </ul> </li> </ul>

		<p>directly for the purpose of supplying a military establishment;</p> <p>(iii) action taken so as to protect critical public infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure;</p> <p>(iv) action taken in time of war or other emergency in domestic or international relations; or</p> <p>(c) to prevent any Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p>
--	--	--

### III. 그 외 참조조항

조약명	체결일자	조문
미 국 - 이 란 우 호 통 상 항 해 조약	1955.08.15	<p>Article XX</p> <p>1. The present Treaty shall not preclude the application of measures:</p> <p>(a) regulating the importation or exportation of gold or silver;</p> <p>(b) relating to fissionable materials, the radio-active by-products thereof, or the sources thereof;</p> <p>(c) regulating the production of or traffic in arms ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; and</p> <p>(d) necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.</p> <p>[...]</p>
미 국 - 니 카 라 과 우 호 통 상 항 해 조약	1956.01.21	<p>제XXI조</p> <p>The present treaty shall not preclude the application of measures:</p> <p>[...]</p> <p>(c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;</p> <p>(d) necessary to fulfill the obligations of a Party for the</p>

		<p>maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.</p>
프랑스, 아르헨티나 BIT	1991.07.03	<p>Article 5</p> <p>[...]</p> <p>3. Investors of either Contracting Party whose investments have suffered losses as a result of war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency or uprising in the territory or maritime zone of the other Contracting Party shall be accorded by the latter Party treatment which is no less favourable than that accorded to its own investors or to investors of the most-favoured nation.</p>
NAFTA	1992.12.17	<p>Article 1114 Environmental Measures</p> <p>1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.</p> <p>2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.</p>
관세와 무역에 관한 일반협정 (General Agreement on Tariffs and Trade)	1995.01.01 (발효)	<p>Article XX General Exceptions</p> <p>Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) necessary to protect public morals;</li> <li>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;</li> <li>(c) relating to the importations or exportations of gold or silver;</li> <li>(d) necessary to secure compliance with laws or regu-</li> </ul>

		<p>lations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;</p> <p>(e) relating to the products of prison labour;</p> <p>(f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;</p> <p>(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;</p> <p>(h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;[footnote omitted]</p> <p>(i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;</p> <p>(j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.</p>
		<p>Article XXI Security Exceptions</p> <p>Nothing in this Agreement shall be construed</p> <p>(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or</p> <p>(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests</p> <p>(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;</p>

		<p>(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;</p> <p>(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or</p> <p>(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p>
서비스무역에 관한 일반협정 (General Agreement on Trade in Services)	1995.01.01(발효)	<p>Article XIV General Exceptions</p> <p>Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures:</p> <p>(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;<sup>5</sup></p> <p>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;</p> <p>(c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:</p> <p>(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on services contracts;</p> <p>(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;</p> <p>(iii) safety;</p> <p>(d) inconsistent with Article XVII, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective<sup>6</sup> imposition or collection of direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;</p> <p>(e) inconsistent with Article II, provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation or provisions on the avoidance of double taxation in any other international agreement or arrangement by which the Member is bound.</p> <p>5 The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.</p> <p>6. Measures that are aimed at ensuring the equitable or effective</p>

		<p>imposition or collection of direct taxes include measures taken by a Member under its taxation system which:</p> <p>(i) apply to non-resident service suppliers in recognition of the fact that the tax obligation of non-residents is determined with respect to taxable items sourced or located in the Member's territory; or</p> <p>(ii) apply to non-residents in order to ensure the imposition or collection of taxes in the Member's territory; or</p> <p>(iii) apply to non-residents or residents in order to prevent the avoidance or evasion of taxes, including compliance measures; or</p> <p>(iv) apply to consumers of services supplied in or from the territory of another Member in order to ensure the imposition or collection of taxes on such consumers derived from sources in the Member's territory; or</p> <p>(v) distinguish service suppliers subject to tax on worldwide taxable items from other service suppliers, in recognition of the difference in the nature of the tax base between them; or</p> <p>(vi) determine, allocate or apportion income, profit, gain, loss, deduction or credit of resident persons or branches, or between related persons or branches of the same person, in order to safeguard the Member's tax base.</p> <p>Tax terms or concepts in paragraph (d) of Article XIV and in this footnote are determined according to tax definitions and concepts, or equivalent or similar definitions and concepts, under the domestic law of the Member taking the measure.</p>
<p>국제위법행위에 대한 국가책임 초안 (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)</p>	2001.11	<p>Article 25 Necessity</p> <p>1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:</p> <p>(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and</p> <p>(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.</p> <p>2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:</p> <p>(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or</p> <p>(b) The State has contributed to the situation of necessity.</p>

## 부록 B. 발효 중인 한국의 국제투자협정상의 예외조항

### I. 한-독 BIT

- 서명: 1964.2.4, 서울
- 발효: 1967.1.15.

영문	국문
Article 12  The provisions of the present Treaty shall remain in force also in the event a conflict arising between the Contracting Parties, without prejudice to the [taking of] such temporary measures as are permitted under the general rules of international law. Measures of this kind shall be repealed without undue delay after the date of the actual termination of the conflict but not later than one year thereafter, irrespective of whether or not diplomatic relations have been re-established.[필자 수정]	제 12 조  본 조약의 제 규정은 체결국간에 충돌이 발생하는 경우에도 계속 효력을 갖는다. 단 국제법의 일반 규정에 의하여 허용되는 일시적인 조치를 취하는 권리를 방해하지 않는다. 이와같은 종류의 조치는 외교관계가 다시 수립되건, 안되건의 여부에 관계없이 충돌이 사실상 종결된 후, 부당한 지체없이 늦어도 그 종결 후 1년 이내에 철회되어야 한다.

### II. 한-일 BIT

- 서명: 2002년 03월 22일, 서울
- 발효: 2003년 01월 01일

영문	국문
Article 16  1. Notwithstanding any other provisions in this Agreement other than the provisions of Article 11, each Contracting Party may:	제 16 조  1. 제11조의 규정을 제외한 이 협정의 어떠한 다른 규정에 불구하고 각 체결당사국은 다음 각목의 조치를 취할 수 있

<p>(a) take any measure which it considers necessary for the protection of its essential security interests;</p> <p>(i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or</p> <p>(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;</p> <p>(b) take any measure in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security;</p> <p>(c) take any measure necessary to protect human, animal or plant life or health; or</p> <p>(d) take any measure necessary for the maintenance of public order. The public order exceptions may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.</p> <p>2. In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement other than the provisions of Article 11, that Contracting Party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.</p> <p>3. In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement other than the provisions of Article 11, that Contracting Party shall, prior to the entry into force of the measure or as soon thereafter as possible, notify the other Contracting Party of the following elements of the measure:</p> <p>(a) sector and sub-sector or matter;</p> <p>(b) obligation or article in respect of which the measure is taken;</p> <p>(c) legal source or authority of the measure;</p> <p>(d) succinct description of the measure;</p>	<p>다.</p> <p>가. 다음의 경우에 자국의 본질적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 인정되는 조치</p> <p>(1) 전쟁 또는 무력충돌이나 그 밖에 당해 계약당사국안에서 또는 국제관계상 긴급상황이 발생하는 경우</p> <p>(2) 무기의 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약의 이행과 관련되는 경우</p> <p>나. 국제평화 및 국제안보의 유지를 위한 국제연합헌장상의 의무이행을 위하여 필요한 조치</p> <p>다. 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치</p> <p>라. 공공질서의 유지를 위하여 필요한 조치 . 다만, 공공질서의 유지를 위한 예외조치는 사회의 기본적인 이익이 진실로 그리고 충분히 중대하게 위협 받는 경우에만 원용될 수 있다.</p> <p>2. 일방계약당사국이 제1항에 따라 제11조를 제외한 이 협정의 규정에 따른 의무와 부합하지 아니하는 조치를 취하는 경우, 당해 계약당사국은 자국의 의무를 회피하기 위한 수단으로 동 조치를 이용하여서는 아니된다.</p> <p>3. 일방계약당사국이 제1항에 따라 제11조를 제외한 이 협정의 규정에 따른 의무와 부합하지 아니하는 조치를 취하는 경우, 당해 계약당사국은 동 조치의 발효 이전에 또는 발효 이후 가능한 한 신속히 타방 계약당사국에게 동 조치와 관련한 다음 각목의 요소를 통보한다.</p> <p>가. 분야·하위분야 또는 대상</p> <p>나. 당해 예외조치가 취하여진 분야나 대상에 대한 의무 또는 조문</p> <p>다. 당해 예외조치의 법적 근거 또는 권원</p> <p>라. 당해 예외조치에 대한 간략한 설명</p> <p>마. 당해 예외조치의 동기 또는 목적</p> <p>4. 제2조 제1항의 규정에 불구하고, 각 계약당사국은 자국의 영역 안에서 타방 계약당사국의 투자자에 의한 투자 및 영업활동과 관련된 형식요건을 정할 수 있다 . 다만, 그러한 형식요건은 이 협정상 권리의 실질적인 부분을 훼손하지 아니하여야 한다.</p>
--	--

<p>and</p> <p>(e) motivation or purpose of the measure.</p> <p>4. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of Article 2 of this Agreement, each Contracting Party may prescribe formalities in connection with investment and business activities of investors of the other Contracting Party in its territory, provided that such formalities do not impair the substance of the rights under this Agreement.</p>	
---	--

### III. 한-칠레 FTA

- 서명: 2003.2.15, 서울
- 발효: 2004.4.1

영문	국문
<p>Article 20.2 National Security</p> <p>1. Nothing in this Agreement shall be construed:</p> <p>(a) to require a Party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or</p> <p>(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests:</p> <p>(1) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;</p> <p>(2) taken in the time for war of other emergency in international relations; or</p> <p>(3) relating to fissionable and fusion-</p>	<p>제20.2조 국가안보</p> <p>1. 이 협정의 어떠한 규정도 다음과 같이 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 일방 당사국에 대해 그 공개가 자국의 필수적인 안보이익에 반한다고 스스로 판단하는 정보를 제공토록 요구하는 것,</p> <p>나. 일방 당사국에 대해 자국의 필수적인 안보이익의 보호에 필요하다고 스스로 판단하는 다음과 같은 조치를 취하는 것을 금지하는 것,</p> <p>(1) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래, 그리고 군사시설에 공급하거나 제공할 목적상 직·간접적으로 취해지는 그 밖의 상품과 재료의 거래나 서비스의 공급과 관련한 조치,</p> <p>(2) 전시나 그 밖의 국제관계에서의 긴급상황시 취해지는 조치, 또는</p> <p>(3) 핵분열 또는 핵융합 물질이나 이러한 물질이 추출되는 물질에 관련된 조치, 또는</p>

<p>able materials or the materials from which they are derived; or</p> <p>(c) to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p> <p>2. The Commission shall be informed to the fullest extent possible of measures taken under subparagraphs 1(b) and (c) and of their termination.</p>	<p>다. 일방 당사국이 국제 평화와 안보의 유지를 위한 국제연합헌장의 의무에 따른 조치를 취하는 것을 금지하는 것.</p> <p>2. 자유무역위원회는 제1항 나호와 다호에 따라 취해진 조치와 이의 종료에 대해 가능한 한 전체 내용을 통보받아야 한다.</p>
--	--

#### IV. 한-싱가포르 FTA

- 서명: 2005.8.4, 서울
- 발효: 2006.3.2

영문	국문
<p>Article 21.2 General Exceptions</p> <p>1. Article XX of GATT is incorporated into and made part of this Agreement, for the purposes of:</p> <p>(a) Chapters 3 (National Treatment and Market Access for Goods), 4 (Rules of Origin), 5 (Customs Procedures), 6 (Trade Remedies), and 14 (Electric Commerce), except to the extent that a provision of those Chapters applies to services of investment; and</p> <p>(b) Chapter 16 (Government Procurement), except to the extent that any of its provisions applies to services.</p> <p>2. Subparagraphs (a), (b) and (c) of Article XIV of GATS are incorporated into and made part of this Agreement, for the purposes of:</p> <p>(a) Chapters 3 (National Treatment and Market Access for Goods), 4 (Rules of Origin), 5 (Customs Procedures), 6 (Trade Remedies), and 14 (Electric</p>	<p>제21.3조 일반적인 예외</p> <p>1. 1994년도 GATT 제20조는 다음의 목적상 이 협정에 통합되어 이 협정의 일부가 된다.</p> <p>가. 그 장의 규정이 서비스 또는 투자에 적용되는 한도를 제외하고, 제3장(상품에 대한 내국민 대우 및 시장접근), 제4장(원산지규칙), 제5장(통관절차), 제6장(무역구제) 및 제14장(전자상거래), 그리고</p> <p>나. 그 규정이 서비스에 적용되는 한도를 제외하고 제16장(정부조달)</p> <p>2. GATS 제14조 가호·나호 및 다호는 다음의 목적상 이 협정에 통합되어 이 협정의 일부가 된다.</p> <p>가. 그 장의 규정이 서비스에 적용되는 한도 안에서 제3장(상품에 대한 내국민 대우 및 시장접근), 제4장(원산지규칙), 제5장(통관절차), 제6장(무역구제) 및 제14장(전자상거래)</p>

<p>Commerce), to the extent that a provision of those chapters applies to services;</p> <p>(b) Chapter 9 (Cross Border Trade in Services);</p> <p>(c) Chapter 10 (Investment);</p> <p>(d) Chapters 11 (Telecommunications) and 12 (Financial Services); and</p> <p>(e) Chapter 16 (Government Procurement), to the extent that a provision applies to services.</p>	<p>나. 제9장(국경 간 서비스무역)</p> <p>다. 제10장(투자)</p> <p>라. 제11장(통신) 및 제12장(금융 서비스), 그리고</p> <p>마. 그 규정이 서비스에 적용되는 한도 안에서 제16장(정부조달)</p>
<p>Article 21.3 National Security</p> <p>1. Nothing in this Agreement shall be construed:</p> <p>(a) to require a Party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or</p> <p>(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests:</p> <p>(1) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;</p> <p>(2) taken in the time for war or other emergency in international relations; or</p> <p>(3) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived; or</p> <p>(c) to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p> <p>[2. ]A Party shall inform the other Party to the fullest extent possible, of measures taken under subparagraphs 1(b) and (c) and of their termination during the meeting to review the implementation of this Agreement under Article 22.1, if such measures were taken.[필자 추가]</p>	<p>제21.3조 국가안보</p> <p>1. 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공개시 자국의 필수적인 안보이익에 반하는 것으로 당사국이 간주하는 정보를 당사국이 제공하도록 요구하는 것. 또는</p> <p>나. 자국의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 당사국이 간주하는 다음의 조치를 당사국이 취하는 것을 금지하는 것</p> <p>(1) 무기·탄약 및 전쟁장비의 거래에 관련된 조치와 군사시설에 공급하거나 제공할 목적으로 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 상품 및 재료의 그러한 거래 또는 서비스의 공급과 관련된 조치,</p> <p>(2) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 긴급상황시에 취하여지는 조치. 또는</p> <p>(3) 핵분열성 및 핵융합성 물질 또는 그 원료가 되는 물질과 관련된 조치. 또는</p> <p>다. 국제평화 및 안전을 유지하기 위하여 국제연합헌장상의 의무를 준수하기 위하여 당사국이 조치를 취하는 것을 금지하는 것</p> <p>2. 당사국은 제1항나호 및 다호에 따라 조치가 취하여지는 경우 제22.1조에 따라 이 협정의 이행을 검토하기 위한 회의 중에 그러한 조치와 그 종료에 대하여 타방 당사국에게 가능한 한 최대한으로 정보를 제공한다.</p>

## V. 한-EFTA FTA 투자협정

- 서명: 2005.12.15., 홍콩
- 발효: 2006.9.1

영문	국문
Article 20 Exceptions  Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between States where like conditions prevail, or a disguised restriction on investors and investments, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures: (a) necessary to protect public morals or to maintain public order; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or the environment; or (c) necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement.	제20조 예외  1. 다음의 조치가 같은 조건이 우세한 국가 간에 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별 수단을 구성하거나, 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 당사국이 그러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다. 가. 공중도덕을 보호하거나 공공질서를 유지하기 위하여 필요한 조치 나. 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 또는 환경을 보호하기 위하여 필요한 조치. 또는 다. 이 협정의 규정에 불합치하지 아니하는 법률 및 규정 에 대한 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치

## VI. 한-ASEAN FTA 투자협정

- 서명: 2009.6.2.
- 발효: 2009.9.1.

영문	국문
Article 20 General Exceptions  1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties or their investors where like conditions prevail, or a disguised re-	제20조 일반적 예외  1. 유사한 상황에 있는 당사국들간 또는 그들의 투자자간에 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단, 또는 투자자 또는 그 밖의 당사국의 투자자에 의한 투자 에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을

<p>striction on investors or investments made by investors of any other Party, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) necessary to protect public morals or to maintain public order<sup>22</sup>;</li> <li>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;</li> <li>(c) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices to deal with the effects of a default on a contract;</li> <li>(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts; and</li> <li>(iii) safety;</li> </ul> </li> <li>(d) inconsistent with Article 3 (National Treatment), provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective<sup>23</sup> imposition or collection of direct taxes in respect of investments or investors of any other Party;</li> <li>(e) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or</li> <li>(f) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.</li> </ul> <p>2. Insofar as measures affecting the supply of financial services are concerned, paragraph 2 (Domestic Regulation) of the Annex on Financial Services of the GATS shall be incorporated into and form an integral part of this Agreement, <i>mutatis mutandis</i>.</p> <p>22 The public order exception may be invoked by a Party only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to</p>	<p>조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 어떠한 당사국이 다음 조치를 채택하거나 집행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공공윤리의 보호 또는 공공질서<sup>22)</sup> 유지를 위하여 필요한 조치</p> <p>나. 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 위하여 필요한 조치</p> <p>다. 다음에 관한 조치를 포함하여 이 협정의 규정과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) 계약 불이행의 효과를 처리하기 위한 기만 및 사기 관행의 방지</li> <li>2) 사적인 자료의 처리 및 유포와 관련한 개인의 사생활 보호 및 개인의 기록 및 구좌의 비밀 보호</li> <li>3) 안전</li> </ol> <p>라. 상이한 대우가 그 밖의 당사국의 투자자 또는 투자에 대한 공평하거나 효과적인<sup>23)</sup> 직접세의 부과 또는 징수를 보장하기 위한 한도 내에서, 제3조(내국민대우)에 합치하지 아니하는 조치</p> <p>마. 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 지닌 국보 보호를 위하여 부과되는 조치, 또는</p> <p>바. 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호와 관련한 조치</p> <p>2. 금융서비스공급에 영향을 미치는 조치가 관련되는 한, 서비스무역에 관한 일반협정의 금융서비스에 관한 부속서 제2항(국내규제)은 필요한 변경을 가하여 이 협정의 불가분의 일부로 통합되고 불가분의 일부를 구성한다.</p> <p>22) 공공질서를 위한 예외는 사회의 근본적인 이익 중 하나에 대하여 진정하고도 충분히 심각한 위협이 제기되는 경우에만 원용될 수 있다.</p> <p>23) 이 호의 목적상, 서비스무역에 관한 일반협정 제14조의 각주 6은 필요한 변경을 가하여 이 협정의 불가분의 일부로 통합되고 불가분의 일부를 구성한다.</p>
--	--

<p>one of the fundamental interests of society.</p> <p>23 For the purpose of this subparagraph, footnote 6 of Article XIV of the GATS is incorporated into and forms an integral part of this Agreement, <i>mutatis mutandis</i>.</p>	
<p>Article 21 Security Exceptions</p> <p>1. Nothing in this Agreement shall be construed:</p> <p>(a) to require a Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or</p> <p>(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests:</p> <p>(i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;</p> <p>(ii) taken in time of war or other emergency in domestic or international relations;</p> <p>(iii) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived;</p> <p>(iv) taken to protect critical public infrastructures, including communication, power and water infrastructures, from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures; or</p> <p>(c) to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.</p> <p>2. The Implementing Committee shall be informed to the fullest extent possible of measures taken under paragraphs 1(b) and (c) and of their termination.</p>	<p>제21조 안보상 예외</p> <p>1. 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공개될 경우 당사국이 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 간주하는 모든 정보를 제공하도록 당사국에게 요구하는 것</p> <p>나. 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주하는 다음의 조치를 취하는 것을 방해하는 것</p> <p>1) 무기·탄약 및 전쟁장비의 거래와 그 밖의 상품 및 재료의 거래에 관련된 조치, 또는 직접 또는 간접적으로 군대 시설에 공급하거나 조달하는 것을 목적으로 수행되는 서비스 공급과 관련된 조치</p> <p>2) 전시 또는 그 밖의 국내 또는 국제관계에서의 비상사태시에 취한 조치</p> <p>3) 핵분열성 및 융합가능성 물질 또는 그것으로부터 파생된 물질과 관련된 조치</p> <p>4) 통신, 발전, 수도 시설을 포함하는 주요한 공공 기반시설들의 불능화 또는 기능저하를 위한 계획적인 시도로부터 동 시설들을 보호하기 위하여 취해진 조치, 또는</p> <p>다. 당사국이 국제평화 및 안보 유지를 위한 국제연합헌장상 의무에 따라 어떠한 조치를 취하는 것을 방해하는 것</p> <p>2. 이행위원회는 제1항 나호 및 다호에 따라 취해진 조치와 이러한 조치의 종료에 대하여 가능한 한 완전하게 통보를 받는다.</p>

## VII. 한-인도 CEPA

- 서명: 2009.08.07, 서울
- 발효: 2010.01.01

영문	국문
Article 10.18 Exceptions	제10.18조 예외
<p>1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between States where like conditions prevail, or a disguised restriction on investors and investments, nothing in this Chapter shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures:</p> <p>(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;</p> <p>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health, or the environment;</p> <p>(c) necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter;</p> <p>(d) necessary to protect national treasures of artistic, historic or archaeological value; or</p> <p>(e) necessary to conserve exhaustible, natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.</p> <p>2. Nothing in this Chapter shall be construed:</p> <p>(a) to require a Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;</p> <p>(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests;</p> <p>(i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war</p>	<p>1. 유사한 상황에 있는 국가간에 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단, 또는 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 장의 어떠한 규정도 어떠한 당사국의 의하여 다음 조치의 채택하거나 집행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공공윤리의 보호 또는 공공질서 유지를 위하여 필요한 조치</p> <p>나. 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강, 또는 환경 보호를 위하여 필요한 조치</p> <p>다. 이 장의 조항과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치</p> <p>라. 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 가진 국보 보호를 위하여 필요한 조치, 또는</p> <p>마. 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호를 위하여 필요한 조치</p> <p>2. 이 장의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지는 아니한다.</p> <p>가. 공개될 경우 당사국이 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 간주하는 모든 정보를 제공하도록 당사국에게 요구하는 것</p> <p>나. 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주하는 다음의 조치를 취하는 것을 방해하는 것</p> <p>1) 무기·탄약 및 전쟁장비의 거래와 그 밖의 상품 및 재료의 거래에 관련된 조치, 또는 직접 또는 간접적으로 군대 시설에 공급하거나 조달하는 것을 목적으로 수행되는 서비스 공급과 관련된 조치</p>

<p>and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;</p> <p>(ii) taken in time of war or other emergency in international relations;</p> <p>(iii) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived; or</p> <p>(iv) to protect critical public infrastructures for communications, power and water supply from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures<sup>5</sup>;</p> <p>(c) to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security; or</p> <p>(d) to require a Party to accord the benefits of this Chapter to an investor that is an enterprise of the other Party where a Party adopts or maintains measures in any of its laws or regulations which it considers necessary for the protection of its essential security interests with respect to a non-Party or an investor of a non-Party that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to such an enterprise or to its investments.</p> <p>3. Paragraph 2 shall be interpreted in accordance with the understanding of the Parties regarding Security Exceptions for Investment and Non-justiciability of Security Exceptions set out in Annexes 10-B and 10-C respectively, which shall form an integral part of this Agreement.</p> <p>4. A Party shall immediately inform the other Party to the fullest extent possible, of measures taken under paragraphs 1, 2(b) and (c) and of their termination, if such measures were taken.</p> <p>5 Paragraph 2(b)(iv) is subject to the requirement that such measures are not applied in a</p>	<p>2) 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상사태시에 취한 조치</p> <p>3) 핵분열성 및 융합가능성 물질 또는 그것으로부터 파생된 물질과 관련된 조치</p> <p>4) 통신·전력 및 상수도 공급을 위한 중요 공공 기간시설을 무력화하거나 손상시키기 위한 의도된 시도로부터 보호하기 위한 조치<sup>5)</sup></p> <p>다. 당사국이 국제평화 및 안보 유지를 위한 국제연합헌장상 의무에 따라 어떠한 조치를 취하는 것을 방해하는 것, 또는</p> <p>라. 어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택을 다른 쪽 당사국의 기업 또는 그 투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대하여 위반되거나 손상될 수 있는 필수적 안보 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주되는 자국법상 조치를 채택하거나 유지하는 경우 그 당사국에게 다른 쪽 당사국의 기업인 투자자에 대하여 이 장의 혜택을 부여하도록 요구하는 것</p> <p>3. 제2항은 이 협정문의 불가분의 일체를 구성하는 부속서 10-나 및 10-다에 각각 규정된 투자에 대한 안보상 예외와 안보상 예외의 불가쟁성에 관한 양당사국의 양해에 따라 해석되어야 한다.</p> <p>4. 당사국은 그러한 조치가 취하여진 경우, 제1항, 제2항나호 및 다호상 취하여진 조치 및 그 조치의 종결을 최대한 가능한 범위 내에서 다른 쪽 당사국에게 즉시 통보한다.</p> <p>5) 제2항나호4)목은 그러한 조치가 유사한 상황에 있는 국가 간에 자의적인 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단, 또는 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로 한다.</p>
---	--

<p>manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against the other Party, or a disguised restriction on investment.</p>	
<p><b>Annex 10-B Security Exceptions for Investment</b></p> <p>The Parties confirm the following understanding with respect to interpretation and/or implementation of this Chapter:</p> <p>(a) the measures referred to in Article 10.18.2(d) are measures where the intention and objective of the Party imposing the measures is for the protection of its essential security interests. These measures shall be imposed on a non-discriminatory basis and may be found in any of its laws or regulations:</p> <p>(i) In the case of Korea, Korea does not presently adopt or maintain any unilateral measures against a non-Party or investor of a non-Party in its laws or regulations; and</p> <p>(ii) In the case of India, the applicable measures referred to in Article 10.18.2(d) are essentially set out in the regulations framed under the Foreign Exchange Management Act (FEMA). India shall upon request by Korea, provide information on the measures concerned; and</p> <p>(b) the measures which a Party adopts or maintains with respect to a non-Party or investors of a non-Party shall not impinge upon the other Party's sovereign rights to conduct its foreign policy nor shall it prohibit enterprises of foreign enterprises that are subject to such measures from establishing themselves in the other Party.</p>	<p>부속서 10-나 투자에 대한 안보상 예외</p> <p>양 당사국은 이 장의 해석 또는 이행과 관련하여 다음의 양해를 확인한다.</p> <p>가. 이 협정문 제10.18조제2항라호에서 언급된 조치는 필수적 안보이익을 보호하기 위한 의도 및 목적으로 부과하는 조치이다. 그 조치는 비차별을 기초로 부과되어야 하고 다음의 자국 법 또는 규정에서 찾을 수 있다.</p> <p>1) 대한민국의 경우에는, 대한민국은 현재 자국의 법 또는 규정에서 비당사국 또는 비당사국의 투자자에 대하여 어떠한 일방적 조치도 채택하거나 유지하고 있지 아니하다.</p> <p>2) 인도의 경우에는, 제10장제18조제2항라호에서 언급된 적용 가능한 조치는 외국환관리법(FEMA)에 따라 형성된 규정에 본질적으로 명시되어 있다. 한국의 요청에 따라 인도는 해당 조치에 대한 정보를 제공하여야 한다.</p> <p>나. 당사국이 비당사국 또는 비당사국의 투자가와 관련하여 채택하거나 유지하는 조치는 다른 쪽 당사국의 외교정책을 수행하는 주권을 침범해서는 아니 될 뿐만 아니라, 그러한 조치에 대상인 외국기업의 기업이 다른 쪽 당사국에 기업을 설립하는 것을 금지해서는 아니 된다.</p>
<p><b>Annex 10-C Non Justiability of Security Exceptions</b></p> <p>The Parties confirm the following understanding with respect to the interpretation and/or implementation of this Chapter:</p> <p>(a) in respect of disputes submitted to arbitration pursuant to Article 10.21.3,</p>	<p>부속서 10-다 안보상 예외의 불가쟁성</p> <p>양 당사국은 이 장의 해석 또는 이행과 관련하여 다음의 양해를 확인한다.</p> <p>가. 제10.21조제3항에 따라 중재에 회부되는 분쟁과 관련하여, 분쟁 당사국이 위반이라고 주장하는 조치가 제</p>

<p>where the disputing Party asserts as a defence that the measure alleged to be a breach is within the scope of a security exception as set out in Article 10.18.2, any decision of the disputing Party taken on such security considerations shall be non-justiciable in that it shall not be open to any arbitral tribunal to review the merits of any such decision, even where the arbitral proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the tribunal; and</p> <p>(b) for the avoidance of doubt, Article 10.21.3 shall be applicable in the arbitral proceedings for damages and/or compensation due to the measures taken under security exceptions as set out in Article 10.18.2.</p>	<p>10.18조제2항에 의하여 규정된 안보상 예외의 범위 내에 있다고 항변으로서 주장하는 경우, 심지어 중재절차가 손실 또는 보상에 대한 주장 또는 그 범정에 회부된 그 밖의 사안에 대한 판결과 관련된 경우라도 분쟁 당사국이 그러한 안보를 고려하여 채택한 결정은 어떠한 중재법정에 그 시비를 검토하기 위하여 회부되지 아니한다는 점에서 다툼의 대상이 되어서는 아니 된다.</p> <p>나. 불확실성을 배제하기 위하여, 제 10.21조제3항은 제10.18조제2항에 규정된 안보적 예외상 취하는 조치로 인한 손실 또는 보상을 위한 중재절차에 적용될 수 있다.</p>
---	--

### VIII. 한-EU FTA

- 서명: 2010.10.06
- (잠정)발효: 2011.07.01

영문	국문
<p>Article 7.50 Exceptions</p> <p>Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on establishment or cross-border supply of services, nothing in this Chapter shall be construed to prevent the adoption or enforcement by either Party of measures:</p> <p>(a) necessary to protect public security or public morals or to maintain public</p>	<p>제7.50조 예외</p> <p>그러한 조치가 동종의 조건하에 있는 국가 간에 자의적이거나 부당한 차별의 수단을 구성하거나 설립 또는 국경 간 서비스 공급에 대한 위장된 제한을 구성할 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 장의 어떠한 규정도 당사자가 다음의 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공공안보 또는 공중도덕을 보호하거나 공공질서<sup>40)</sup>를 유지하기 위해 필요한 조치</p>

<p>order<sup>[43]</sup>;</p> <p>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;</p> <p>(c) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are applied in conjunction with restrictions on domestic investors or on the domestic supply or consumption of services;</p> <p>(d) necessary for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;</p> <p>(e) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter including those relating to:</p> <p>(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contracts;</p> <p>(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts;</p> <p>(iii) safety;</p> <p>(f) inconsistent with Articles 7.6 and 7.12, provided that the difference in treatment is aimed at ensuring the equitable or effective [footnote omitted] imposition or collection of direct taxes in respect of economic activities, investors or service suppliers of the other Party.</p> <p>[43] The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.</p>	<p>나. 인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위해 필요한 조치다. 고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 투자자 또는 서비스의 국내 공급이나 소비에 대한 제한과 결부되어 적용되는 경우라. 예술적, 역사적 또는 고고학적 가치가 있는 국보의 보호를 위해 필요한 조치</p> <p>마. 다음에 관한 것을 포함하여 이 장의 규정과 불합치하지 아니하는 법 또는 규정의 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치</p> <p>1) 기만적이고 사기적인 관행의 방지 또는 계약 불이행의 효과에 대처하기 위해 필요한 조치</p> <p>2) 개인 자료의 처리 및 유포와 관련된 개인의 사생활 보호와 개인의 기록 및 계좌의 비밀성의 보호</p> <p>3) 안전</p> <p>바. 제7.6조 및 제7.12조에 불합치하는 조치. 다만, 대우에서의 차이가 다른 쪽 당사자의 경제활동, 투자자 또는 서비스 공급자에 대한 직접세의 공평하거나 효과적인 부과 또는 징수[각주 생략]를 보장하기 위한 것일 경우에 한정한다.</p> <p>40) 공공질서를 위한 예외는 사회의 근본적인 이익 중 하나에 대하여 진정하고 충분히 심각한 위협이 제기되는 때에만 원용될 수 있다.</p>
--	---

## IX. 한-페루 FTA

- 서명: 2011.03.21, 서울
- 발효: 2011.08.01.

영문	국문
<p>Article 24.1 General Exceptions</p> <p>1. For purposes of Chapters Two (National Treatment and Market Access for Goods), Three (Rules of Origin), Four (Origin Procedures), Five (Customs Administration and Trade Facilitation), Six (Sanitary and Phytosanitary Measures), Seven (Technical Barriers to Trade), and Eight (Trade Remedies), Article XX of GATT 1994 and its interpretative notes are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis. The Parties understand that the measures referred to in Article XX(b) of GATT 1994 include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health, and that Article XX(g) of GATT 1994 shall apply to measures related to the conservation of living and non-living exhaustible natural resources.</p> <p>2. For purposes of Chapters Nine (Investment), Ten (Cross-border Trade in Services), Eleven (Temporary Entry for Business Persons), Thirteen (Telecommunications), and Fourteen (Electronic Commerce)[footnote omitted], Article XIV of GATS, including its footnotes, is incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis. The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of GATS include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health.</p>	<p>제 24.1 조 일반적 예외</p> <p>1. 제2장(상품에 대한 내국민대우 및 시장 접근), 제3장(원산지 규정), 제4장(원산지 절차), 제5장(관세행정 및 무역원활화), 제6장(위생 및 식물위생 조치), 제7장(무역에 대한 기술장벽) 및 제8장(무역구제)의 목적상, 1994년도 GATT 제20조 및 그 해석 주해는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다. 양 당사국은 1994년도 GATT 제20조나호에 언급된 조치가 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 환경조치를 포함한다는 것과 1994년도 GATT 제20조사호가 고갈될 수 있는 생물 및 무생물 천연자원의 보존에 관한 조치에 적용된다는 것을 양해한다.</p> <p>2. 제9장(투자), 제10장(국경 간 서비스무역), 제11장(기업인의 일시입국), 제13장(통신) 및 제14장(전자상거래)[각주 생략]의 목적상, 그 주석을 포함한 GATS 제14조는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다. 양 당사국은 GATS 제14조나호에 언급된 조치가 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 환경조치를 포함한다는 것을 양해한다.</p>
<p>Article 24.2 Essential Security</p> <p>Nothing in this Agreement shall be construed to:</p> <p>(a) require a Party to furnish, or allow access to, any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or</p>	<p>제 24.2 조 필수적 안보</p> <p>이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 어느 한 쪽 당사국이 결정하는 정보를 그 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것, 또는</p>

(b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.	나. 어느 한 쪽 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복이나 자국의 필수적 안보이익의 보호에 대한 자국의 의무를 이행하기 위해 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것
--	---

## X. 한-미 FTA

- 서명: 2007.06.30., 미국 워싱턴 DC
- 발효: 2012.3.15.

영문	국문
<p>Article 23.2 Essential Security</p> <p>Nothing in this Agreement shall be construed:</p> <p>(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or</p> <p>(b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.<sup>2</sup></p> <p>2 For greater certainty, if a Party invokes Article 23.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Eleven (Investment) or Chapter Twenty-Two (Institutional Provisions and Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.</p>	<p>제23.2조 필수적 안보</p> <p>이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.</p> <p>가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것, 또는</p> <p>나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것<sup>2)</sup></p> <p>2) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다.</p>

## **Abstract**

### **A Study on Exception Clauses in International Investment Agreements**

Lee, Seuyeun

Dept. of Law

The Graduate School

Yonsei University

As the number of international investment arbitration cases, in particular those of investor-state investment arbitration, is on the rise, more and more attention is being focused on international investment agreements(IAs). Especially when the Korea-US FTA entered into force on March 15, 2012, some from the political sector voiced their concern on the validity of the Korea-US FTA and the ISD system. In conflicts like these lies the clash between the interests of foreign investors and the regulation power of states. One of the most effective ways to solve this clash between values is the exception clause, and this thesis is based on that prerequisite.

The exception clause is a provision that allows the contracting party of the IIA to implement a measure which goes against an IIA obligation. As the exception clause is much similar to necessity of customary international law, the relationship between these two provisions is in question. This is much so as ever before, because Argentina invoked the exception clause during the many investment arbitrations cases that investors filed against Argentina. As of now, the various arbitration tribunals agree that the exception clause and necessity of customary international law are not one and the same.

It is difficult to categorize exception clauses under one criterion due to their diversity, therefore this thesis attempts to categorize them by using a number of criteria, regardless of redundancy. Among the various categories, the issue of whether an exception clause is self-judging or not when that exception clause does not include any self-judging wording was raised at the Argentina ICSID cases. Also, the conditions that an exception clause would typically require are permissible objectives and the nexus requirement. In the Argentina ICSID cases, the scope of essential security interests was decided to include economic interests as well.

Based on the classification and identification of requirements of exception clauses, this thesis proceeds to classify and identify the exception clauses included in the IIAs concluded by Korea. Through this analysis, this thesis finds that Korea's exception clauses are not consistent, which will later pose as a problem whenever Korea becomes a respondent to an arbitration case. Also, one of Korea's exception clauses excludes emergency measures from the merits of the arbitration case when the respondent state to an arbitration case invokes the security clause, possibly rendering the whole IIA meaningless.

A well-balanced exception clause will aid Korea in weighing the interests of foreign investors with the public interest of Korea. Therefore, this thesis proposes that Korea actively include exception clauses following the example of GATT and GATS, and include at least the protection of essential security interests, environment as permissible objectives.

---

Key words : international investment agreement, bilateral investment treaty, exception clause, general exception, security exception, investment arbitration, GATT Article XX, self-judging clause, essential security interests