

조약의 불소급 원칙의 불완전성 - 국제투자중재 (ISDS) 사건의 시적 관할을 중심으로

안정혜

법무법인(유) 율촌 변호사
(jhahn@yulchon.com)

불소급 원칙은 국제법의 일반 원칙으로 널리 인정되고 있으며 다수의 ISDS 사건에서도 이견 없이 이를 적용하고 있다. 그럼에도 불구하고 불소급 원칙을 실제 분쟁에 적용할 때에는 여러 가지 문제가 야기된다. 불소급 원칙 자체가 그 자체로 한계가 포함된 불완전한 원칙이기 때문이다. ISDS 사건에서 투자유치국은 종종 불소급 원칙을 들어 중재판정부가 시적 관할을 가지지 않는다고 주장한다. 그러나 ICSID 조약은 시적 관할에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않기 때문에, 이러한 경우 관할의 존부에 관한 판단은 중재판정부의 사실 및 법리 판단, 개별 투자협정에 대한 해석에 맡겨진다.

실무상 투자협정 발효 전의 투자에 대해서는 대체로 투자협정 적용 대상에서 제외되지 않는 것으로 인정된다. 한편 투자협정 발효 전의 투자유치국의 행위에 대해서는 원칙적으로 투자협정이 적용되지 않는다. 다만 일정 기간 계속되며 계속하여 국제적인 의무 위반이 발생하는 행위, 즉 계속적 행위나 전체로서 위법한 일련의 작위 또는 부작위, 즉 복합적 행위의 경우에는 투자협정 발효 이전의 행위에 대해서도 중재판정부의 시적 관할이 미친다. 문제는 특정 행위가 계속적 행위나 복합적 행위에 해당되는지 여부를 판단하는 것인데, 실제 사건에서 이를 판단하는 것은 여러 가지 복잡한 문제를 초래한다.

투자협정 서명 후 발효 전의 투자유치국의 행위도 원칙적으로는 투자협정의 적용 범위에 포함되지 않는다. 그러나 비엔나 협약은 조약의 잠정적 적용에 대해 규정하고 있으며, 조약 발효 전에 조약의 대상과 목적을 저해하지 아니할 의무를 부과하고 있다. 그러나 조약이 명시적 규정을 두지 않는 때에는 어떤 경우 잠정적 적용의 효력이 발생하는지, 조약의 대상과 목적이 무엇을 가리키며 이를 저해하는 것은 어떤 의미인지 여부는 명확하지 않다. 투자 협정 발효 전에 발생한 분쟁에 대해서는 대체로 투자 협정이 적용되지 않는 것으로 받아들여지나, 이 경우 분쟁의 범위가 어디까지이며 조약 발효 이전의 분쟁과 이후의 분쟁을 어떤 경우 동일한 분쟁으로 보아야 하고 어떤 경우에 그렇지 않은지를 판단하는 것은 쉽지 않은 문제이다.

이러한 문제들에 대한 ISDS 사건의 판정례는 통일되어 있지 않은 바, 보다 간명하고 합리적이며 다양한 사건에 통용될 수 있는 기준을 정립함으로써 가급적 판정의 통일성을 도모하고 당사자들의 판정 결과에 대한 예측 가능성을 제고할 것이 요구된다.

핵심용어 불소급 원칙, 투자자-국가 중재, 국제투자중재, 시적 관할, 국제투자분쟁해결기구

목차

- I. 들어가며 - 불소급 원칙과 ISDS
- II. 투자협정 발효 전의 투자
- III. 투자협정 발효 전 투자유치국의 행위
 - 1. 투자협정 발효 전 행위의 검토 가능성
 - 2. 계속적 행위에 대한 투자협정의 소급 적용
 - 3. 복합적 행위에 대한 투자협정의 소급 적용
- IV. 투자협정 서명 후 발효 전 투자유치국의 행위
 - 1. 조약의 잠정적 적용
 - 2. 조약의 대상과 목적을 저해하지 아니할 의무
 - 3. 금반언의 원칙
- V. 조약 발효 전의 분쟁
 - 1. 불소급 원칙과 조약 발효 전의 분쟁
 - 2. 조약에 명문의 규정이 있는 경우
 - 3. 조약에 명문의 규정이 없는 경우
 - 4. 조약 발효 전에 발생한 “분쟁”의 범위
- VI. 마치며

I. 들어가며

법률적 사실은 그 발생 당시의 현행법에 비추어 판단하여야 하며, 관련 분쟁이 발생하거나 분쟁 해결이 실패한 시점의 법에 따라 소급하여 판단해서는 안 된다는 불소급 원칙은 국제법의 일반 원칙으로 널리 인정되고 있다.¹⁾ 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 “비엔나 협약”) 제28조나 국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 국제연합 국제법위원회 초안(Draft Articles of on

State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, 이하 “국가책임초안”) 제13조 등도 당사국의 행위 또는 국가의 불법행위에 대하여 소급 적용은 불가하다는 원칙을 명시하고 있다.

비엔나 협약 제28조 조약의 불소급

별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 그 조약 규정은 그 발효 이전에 당사국에 관련하여 발생한 행위나 사실 또는 없어진 사태에 관하여 그 당사국을 구속하지 아니한다.²⁾

1) Bungenberg, Griebel, Hobe and Reinisch, *International Investment Law* (Bloomsbury, 2015), p. 482; *Island of Palmas case* (Netherlands v. USA), 4 April 1928, UN Report of International Arbitral Awards, Vol. 2, (2006, UN), pp. 829, 845.

2) Article 28 Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

국가책임초안 제13조 국가에게 구속력 있는 국제의무

국가의 행위는 행위의 발생시 국가가 당해 의무에 구속되지 아니하면, 국제의무 위반에 해당하지 아니한다.³⁾

다수의 투자자-국가 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 “ISDS”) 사건 판정문은 위 국가책임초안 제13조 및 비엔나 협약 제28조를 인용하며 국제조약법에서 불소급 원칙은 일반 원칙으로서 확립되었다고 판시하였고, 심지어 투자 협정에서 명시적으로 불소급 원칙을 규정한 경우에도 이는 특별법(*lex specialis*)이 아니라 단순히 당사자들이 이미 적용된다고 이해하고 있는 일반 원칙, 즉 비엔나 협약 제28조를 사실상 동일한 형태로 기재한 것에 불과하다고 판단한 사례도 있다.⁴⁾ 투자협정상의 불소급 원칙의 지위를 어떻게 보건, 불소급 원칙 자체를 부정한 판정은 없었으며, 관련 협정에 명시적으로 반대되는 규정이 없는 한 국가는 행위시 그 국가에 대하여 효력이 있는 조약에 규정된 의무 위반에 대해

서만 국제적인 책임을 부담한다는 점에 중재 판정부들의 견해가 일치하고 있다.⁵⁾

그러나 이와 같이 불소급 원칙이 확고하게 확립되었음에도 불구하고, 이를 실제 분쟁에 적용할 때에는 종종 복잡한 문제가 야기된다. 불소급 원칙 자체가 절대적으로 적용되는 원칙이 아닌 그 자체로 한계가 포함된 원칙이기 때문이다. 가령 비엔나 협약 제28조는 이미 불소급 원칙의 두 가지 한계를 내포하고 있다. 즉, ① 계속적인 행위 내지 없어지지 않은 상황과 ② 조약에 나타나거나 달리 확정된 다른 의도가 그것이다.⁶⁾

ISDS 사건에서 피신청인인 투자유치국은 종종 불소급 원칙을 들어 중재판정부가 해당 사건에 대한 시적 관할(*jurisdiction ratione temporis*)을 가지지 않는다고 주장하여 왔다. 그러나 국가와 타방 국가 국민 간의 투자분쟁 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 이하 “ICSID 협약”) 제25조 제1항은, 관할이 발생하기 위해서는 투자에서 직접 비

3) Article 13. International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

4) The Renco Group Inc. v. Republic of Peru II, PCA Case No. 2019-46, Decision on Expedited Preliminary Objections, 30 June 2020, para. 140.

5) *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 68; *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 11.2; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, 31 January 2006, paras. 170, 175, 177; *Victor Pey Casado and Foundation Presidente Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, para. 581-584, 610; *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este SA v. The Dominican Republic*, LCIA Case No. 7927 (UNCITRAL), Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, paras. 78-84; *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.103.

6) Veijo Heiskanen, “Entretemps: Is There a Distinction Between Jurisdiction Ratione Temporis and Substantive Protection Ratione Temporis?”, *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8 (2018), pp. 304-306.

롯된 법적 분쟁의 존재, 계약국 국민인 투자자, 또다른 계약국인 투자유치국, ICSID 중재를 분쟁해결방법으로 한다는 서면 동의⁷⁾가 필요하다고 규정⁸⁾하고 있을 뿐, 시적 관할에 대해서는 침묵하고 있다.

비엔나 협약이나 국가책임초안 등에 포함된 불소급 원칙은 국제 공법 분야를 비롯하여 여러 분야에 널리 적용될 수 있는 대원칙일 뿐이므로 그 자체만으로는 ISDS 사건에서 명확한 결론을 도출하기 어려운 경우가 많다. 더구나 불소급 원칙의 적용 내지 시적 관할의 범위에 대한 ISDS 사건 선례들의 입장은 통일되어 있지 않다. 이 때문에 실제 사건에서 당사자들이 불소급 원칙에 기초한 관할 항변이 인정될 것인지 여부를 예측하기는 대단히 어렵다. 그럼에도 불구하고 이 문제는 그 중요성에 비추어 볼 때 충분한 주목을 받지 못하고 있는 것으로 보인다.

따라서 불소급 원칙과 관련하여 시적 관할이 문제되었던 종전의 ISDS 사건을 연구하여 쟁점을 파악하고 결론 및 그에 이르기까지의 논거를 분석함으로써 현재까지의 판단 기준을 확인할 필요가 있다. 나아가 기준이 명확하지 않거나 논의의 여지가 있는 부분을 미리 정

리해 둔다면 향후 ISDS 사건 대응에 도움이 될은 물론, 우리나라가 신규로 투자협정을 체결하거나 기존 협정을 개정하는 경우에도 분쟁이 발생하지 않도록 명료한 문언을 작성하는데 기여할 수 있을 것이다. 이하 본 연구에서는 ICSID 중재 사건 판정례를 중심으로 검토한다.

II. 투자협정 발효 전의 투자

비엔나 협약 및 국가책임초안에서 정한 불소급 원칙은 국가의 “행위”를 기준으로 하고 있다. 즉, 조약 발효 전의 “행위”에 대해 조약을 소급적으로 적용할 수 없음을 밝히고 있다. 따라서 투자협정 발효 전에 이루어진 “투자”에 대해서도 투자협정이 적용될 수 있을 것인지 여부는 불소급 원칙만으로 판단하기 어렵다.

이 문제는 철학적, 정책적인 면에서는 탐구의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 대부분의 투자협정은 발효 전후를 막론하고 어느 시기에 이루어진 투자든 모두 협정의 적용 대상이 된다는 규정을 두고 있다. 가령 한-미 FTA⁹⁾ 제 1.4조는 다음과 같이 명시하고 있다.

7) 단순히 투자유치국과 투자자의 국적국이 ICSID 협약의 계약국이라는 사실만으로 바로 투자자가 제기한 구체적인 ISDS 사건의 관할이 발생하는 것은 아니다. 해당 국가가 특정 분쟁 또는 특정 종류의 분쟁을 ICSID 중재로 해결하기로 하는 구체적인 합의가 요구되기 때문이다. 따라서 ICSID 중재 사건의 관할을 판단하기 위해서는 ICSID 협약과 당해 사건에 적용되는 투자협정의 ISDS 조항을 조화롭게 해석해야 할 필요가 있다. Georges R. Delaume, “ICSID Arbitration: Practical Considerations”, *Journal of International Arbitration* Vol.1 (1984) p. 101; Stanimir A. Alexandrov, “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction Ratione Temporis”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4 (2005), p.22.

8) Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

9) 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America) (2007. 6. 30.서명, 2012. 3. 15. 발효).

적용대상투자라 함은, 어느 한 쪽 당사국에 대하여, 이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된 그 당사국 영역 내에서의 다른 쪽 당사국 투자자의 투자로서 제11.28 조(정의)에서 정의된 것을 말한다.¹⁰⁾

이와 같이 투자협정상 발효 전후에 행해진 모든 투자가 적용 대상이 됨을 명시하고 있는 경우¹¹⁾ 당사자들이 이 문제를 다룰 가능성은 높지 않아 보인다.

그렇다면 위와 같이 적용대상 투자의 범위를 명시하는 규정을 두고 있지 않은 협정의 위반 여부가 문제된 경우에는 과연 다른 결론이 내려질 것인지도 생각해 볼 필요가 있다. 이 문제에 대해 명시적으로 다른 판정례는 없으나, 다음과 같은 이유에서 투자협정 발효 이전의 투자 역시 협정 적용 대상이 된다고 봄이 타당하다.

첫째, 국제법상 일반 법리인 ‘불소급의 원칙’에 대한 규정 문언들을 살펴보면, ‘국가의 행위’ 발생시 국가가 당해 의무에 구속되지 아니하면, 국제의무 위반에 해당하지 아니한다(국가책임초안 제13조)거나, 조약 규정은 그 발효 이전에 당사국에 관련하여 발생한 행위나 사실 또는 없어진 사태에 관하여 그 당사국을 구속하지 아니한다(비엔나 협약 제28조)고 명시하고 있다. 즉 이들은 행위시 즉, 조약 발효 전에는 적법했던 행위가 이후 조약 발효로 인하여

여 소급적으로 위법하게 취급되는 것을 제한하는 데 초점을 맞추고 있다. 그런데 조약 발효 전에 이루어진 투자는 당사자인 ‘국가’의 ‘행위’라고 보기도 어렵다. 또한 ‘사실’이나 ‘상황’ 역시 적용대상으로 삼고 있는 비엔나 협약을 보더라도, 발생 당시 적법했던 사실이 이후 소급적으로 위법하다는 평가를 받아 평가가 바뀌거나, 조약 발효시 이미 사라진 사태에 대해서 굳이 조약 발효 후에 적용하는 것을 금하고 있다. 그러나 투자협정 발효 전의 투자는 협정 발효로 인하여 그에 대한 평가가 바뀌는 것은 아니며, 조약 발효시 사라지는 것도 아니다. 따라서 투자협정 발효 전 행해진 투자에 투자 협정이 적용된다 하더라도 불소급의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

둘째, 발효 전의 투자를 적용 대상으로 명시하는 규정을 차치하더라도, 대부분의 투자협정은 “투자”를 정의함에 있어 “투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산”, “일방체약당사자의 투자자에 의하여 타방체약당사자의 영역 안에서 타방체약당사자의 법령에 의하여 투자된 모든 종류의 자산”, “일방 체약당사자의 투자자가 타방 체약당사자의 영역 안에서 투자한 모든 종류의 자산”과 같이 광범위하게 포괄적인 규정을 두고 있다. 따라서 그 문언의 평이한 의미를 해석한다 하더라도 투자협정 발효 전의 투자를 배제하는 의미로 이해되기 어렵다.

10) covered investment means, with respect to a Party, an investment, as defined in Article 11.28 (Definitions), in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter

11) 한-칠레 FTA(2003. 2. 15. 서명, 2004. 4. 1. 발효) 제10.2조 제2항; 한-싱가포르 FTA(2005. 8. 4. 서명, 2006. 3. 2. 발효) 제10.2조 제2항; 한-중 FTA(2015. 6. 1. 서명, 2015. 12. 20. 발효) 제12.1조; 한-호주 FTA(2014. 4. 8. 서명, 2014. 12. 12. 발효) 제1.4조; 한-벨로루시 동맹 BIT(2006. 12. 12. 서명, 2011. 3. 27. 발효) 제11조; 한-이란 BIT(1998. 10. 31. 서명, 2006. 3. 31. 발효) 제11조 제2항; 한-짐바브웨 BIT(2010. 5. 24. 서명, 2021. 4. 7. 발효) 제13조 제1항 등.

셋째, 만일 투자협정 발효 전후에 행해진 투자를 다르게 취급한다면 협정 발효일 전 투자를 마친 투자자들은 자신의 투자를 자회사에 매각하는 등의 방법으로 기존 투자를 협정 발효일 이후에 행해진 새로운 투자로 전환시키려고 할 것이다.¹²⁾ 이 경우 누구에게도 편익을 주지 않는 불필요한 사회적 비용이 발생할 뿐 아니라, 단순히 협정의 적용을 받기 위한 자산 매각의 경우 이를 ‘새로운’ 투자로 인정할 수 있을 것인지 또는 이러한 자산 매각 행위를 forum shopping으로 볼 여지는 없는지 등의 복잡한 문제가 제기될 수 있다.

이와 관련하여, Tecmed 사건에서는 신청인이 투자협정 발효 전의 투자에 협정이 적용된다고 주장한 데 대하여 중재판정부가 이를 받아들이지 않은 예가 있다. 그러나 이는 중재판정부가 협정 발효 전의 투자에 협정이 적용되지 않는다고 판단했기 때문이 아니라, 신청인이 투자협정 발효 전의 투자에도 협정이 적용된다는 법리를 더욱 확장하여 협정 발효 전의 투자와 관련된 모든 행동이나 사건까지도 협정의 적용대상이 된다고 주장하면서 투자협정 발효 전에 행해진 피신청인의 행위에 대해 협정을 적용하려고 시도하였기 때문이다.¹³⁾ 따라서 실무상 투자협정 발효 이전의 투자가 협정 적용 대상에서 제외될 가능성은 없을 것으로 보인다.

III. 투자협정 발효 전 투자유치국의 행위

1. 투자협정 발효 전 행위의 검토 가능성

ISDS 사건에서 원론적으로 불소급 원칙이 확립되어 있음은 위에서 상술한 바와 같다. 그러나 실무상 ISDS 사건의 중재판정부가 투자협정 발효 이전의 행위나 사건을 검토 또는 고려해서는 안 되는지, 투자협정 발효 전의 행위나 사건이 투자협정 발효 후의 위반 여부를 판단하는 데 영향을 미칠 수 있는지, 있다면 어느 정도인지는 종종 문제가 되어 왔으며 이를 정립할 필요가 있다.

ISDS 사건의 중재판정들을 살펴보면, 중재판정부들의 견해가 일치하지 않으며, 대체로 ① 협정 발효 전의 행위나 사건은 이후의 위반 행위를 판단하는 데 고려할 수 없다는 입장, ② 협정 발효 전의 행위 자체의 위법성을 판단하는 시적 관할은 발생하지 않지만, 협정 발효 이후의 위반을 판단하는 데에 발효 전의 행위를 고려하는 것은 가능하다는 입장, ③ 협정 발효 전의 행위라 하더라도 협정 위반의 구성 부분, 공존 요인 또는 가중 내지 경감하는 요소가 되면 중재판정부의 관할 범위 내에 들어온다는 입장으로 나뉜다.

우선 첫 번째 입장에 근거한 대표적인 예는 Feldman 사건이다. 이 사건의 중재판정부는 NAFTA 발효일인 1994. 1. 1. 이후에만 시적 관할이 발생하므로 그 이전의 작위 또는 부작위에 대해서 판단할 권한이 없음을 명확히

12) Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), pp. 340-341.

13) *Tecnicas Medioambientales, Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 53, 55.

하였다. 그리고 피신청인의 영속적인 행동 방침이 1994. 1. 1. 이전에 시작하여 그 이후까지 지속되고 그 결과 NAFTA 위반이 된다면, 1994. 1. 1. 이후의 행위 부분은 중재판정부의 관할 하에 있으며, 그 외의 부분에 대해서는 관할이 발생하지 않는다고 판시하였다. 이를 토대로 중재판정부는 1994. 1. 1. 이후의 행위만이 신청인의 청구를 뒷받침하는 데 관련이 있다는 결론을 내렸다.¹⁴⁾

그러나 ISDS 사건에서 투자협정 발효 전의 투자유치국 행위를 전혀 고려해서는 안 된다는 주장은 별다른 호응을 얻지 못하고 있는 것으로 보인다.¹⁵⁾ 다수의 ISDS 사건에서는 두 번째 입장, 즉 투자협정 발효 전 행위 자체의 협정 위반 여부를 판단할 수는 없음을 명백히 하면서, 투자유치국의 협정 발효 후 행위가 협정 위반인지 여부를 판단하기 위하여 협정 발효 전의 행위를 고려하는 것은 가능하다는 입장이 지지받고 있다.

가령 Bercowitz 사건의 중재판정부는 협정 발효 전의 행위가 청구원인이 될 수는 없으나 협정 발효 후의 '위반' 여부에 대한 정황 증거가 될 수는 있으며, 협정 발효 전의 사실은 손해 금액을 산정하는 데 고려될 수 있다고 판시하였다.¹⁶⁾ Mondev 사건 판정문에도 피신청

인의 의무 발효일 이전의 사건이나 행동은 피신청인이 발효일 이후에 의무를 위반하였는지 여부를 판단하는 데 관련이 있을 수도 있으나, 다만 발효일 이후에 행해진 그 자체로 위반인 행위가 반드시 있어야만 한다는 취지가 실시되어 있다.¹⁷⁾ Pac Rim 사건의 중재판정부 역시 Mondev 사건 판정문을 인용하면서 투자협정 발효일 전의 사항도 당사자들간 분쟁의 실질적 배경으로서 증거가 될 수 있다고 명시하였다.¹⁸⁾ Casado 사건에서도 중재판정부는 투자협정 발효일 이전의 사건은 투자협정 위반의 배경, 원인 또는 범위를 이해하기 위한 목적으로만 고려할 수 있으며, 다만 협정 위반 여부를 판단하는 대상은 협정 발효 이후의 행위뿐이라고 판시하였다.¹⁹⁾

이와는 달리 Tecmed 사건의 중재판정부는 세 번째 입장을 지지하고 있다. 피신청인의 작위 또는 부작위가 협정 발효 전에 행하여졌다 하더라도 피신청인의 조약 발효 후의 작위 또는 부작위를 구성하는 부분, 공존 요소 또는 가중 또는 경감 요인이라고 간주되는 행위는 중재판정부의 관할 하에 있다고 본 것이다. 나아가 동 판정부는 그러한 행위 또는 작위가 협정 발효 후 완성되는 즉시 협정 위반을 구성한다면, 그리고 특히 협정 발효일 이전의 행위,

14) Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000, paras. 62-63.

15) Bungenberg, Griebel, Hobe and Reinisch, International Investment Law (Bloomsbury, 2015), p. 483.

16) Aaron C. Berkowitz et al (formerly Spence International Investments et al) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (Corrected), 30 May 2017, paras. 217-218.

17) Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 70.

18) Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 2.105.

19) Victor Pey Casado and Presidente Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, para. 611.

작위 또는 부작위가 그 발생시에 신청인에 의해 충분히 평가될 수 없다면 더욱 그러하다고 판단하였다.²⁰⁾

Tecmed 사건의 중재판정부의 입장은 불소급 원칙을 지나치게 경시하고 있는 것으로 보인다. 특히 ‘구성하는 부분’, ‘공존 요소’ 또는 ‘가중 또는 경감 요인’을 투자협정상의 의무 위반을 구성하는 요소와 동일시하는 것은 타당하지 않다.²¹⁾ 투자협정 발효 후의 행위와 조금이라도 관련이 있는 행위는 모두 이 범주에 포함되는 것으로 보아 시적 관할이 발생한다는 결론이 도출될 수 있기 때문이다.

더구나 ISDS 사건의 신청인이 투자협정 발효 전의 행위를 문제 삼는 경우, 이러한 발효 전 행위만을 단독으로 위반 행위라 주장하거나 협정 발효 후의 행위와 무관하다고 주장하는 경우는 찾아보기 힘들다는 점에서 더욱 그러하다. Tecmed 사건의 경우를 살펴보더라도 역시 마찬가지이다. 신청인은 1996. 2. 멕시코 당국으로부터 기한 제한이 없는 매립장 운영 허가를 받았는데, 이를 신청인이 소유한 멕시코 회사 Cytrar의 명의로 이전해 줄 것을 요청하자 멕시코 당국은 1996. 11. Cytrar에게 1년 단위로 갱신되는 면허를 부여하였다. 이후 1996. 12. 18. 스페인-멕시코 투자협정이 발효하였으며, 1998. 11. 멕시코 당국은 면허 갱신 거절의 의사를 통보하였다. 신청인은 협정 발효 전 멕시코 당국이 무기한 면허가 아닌 1년 기간의 면허를 Cytrar에 부여한 것이 단독으로 협정 위반을 구성한다는 주장

은 하지 않았으나, 협정 발효 전의 이러한 행위가 협정 발효 후의 면허 갱신 거절과 합하여 하나의 과정을 구성하는 것이라고 주장하였으며 중재판정부는 이러한 주장을 인정하였다.²²⁾ Tecmed 사건의 논리를 대입한다면 ISDS 사건에서 신청인이 문제 삼는 대부분의 협정 발효 전 행위는 협정 발효 후의 위반 행위를 구성한다거나 하나의 과정을 형성한다고 손쉽게 주장할 수 있을 것이다.

더구나 이 사건에서는 신청인이 협정 발효 전의 멕시코 당국의 행위, 즉 1년 기한의 면허를 Cytrar에게 부여한 행위가 협정 발효 후의 위반, 즉 면허 갱신 거절 행위를 구성한다거나 가중한다고 주장하는 대신 멕시코 당국의 단기 면허 부여가 이후 위법한 면허 갱신 거절 행위의 사실적 배경이라거나, 멕시코 당국이 아무런 근거도 없이 신청인의 자회사에게 단기 면허를 부여한 것이 이후 갱신 거절 행위가 위법 행위라는 정황 증거가 된다고 주장하였더라도 비슷한 결론에 도달할 가능성이 높다. 이러한 점을 감안할 때 신청인의 주장 및 이를 인용한 판정부의 결정의 구체적 타당성은 더욱 인정하기 어렵다. 불소급 원칙을 잠탈할 길을 쉽게 열어주는 이러한 위험한 이론에 굳이 의지하여야만 신청인의 권리를 구제할 수 있는 사안이라 보기도 어렵기 때문이다.

한편 첫 번째 입장에 근거한 Feldman 사건의 판정문 역시 지나친 형식 논리에 치우쳐 있다는 비판을 면하기 어렵다. 물론 중재판정부의 관할은 NAFTA 발효일 이후에만 발생하

20) *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 68.

21) Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), p. 342.

22) *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 67-68.

로 그 이전의 작위 또는 부작위의 NAFTA 위반 여부에 대해 판단할 권한이 없다거나, 피신청인의 영속적인 행동 방침이 NAFTA 발효 이전에 시작하여 그 이후까지 지속되고 그 결과 NAFTA 위반이 되는 경우 발효일 이후의 행위에 대해서만 관할이 발생한다는 지적은 정확하다. 그러나 협정 발효 전 행위의 위법성을 직접 판단할 권한이 없다는 점을 근거로 협정 발효 전 행위를 발효 후의 행위의 위법성을 판단하는 데까지 참고할 수 없다는 결론을 내리는 것은 다소 논리의 비약인 것으로 보인다.

불소급 원칙을 규정하고 있는 국가책임초안 제13조나 비엔나 협약 제28조를 보더라도, 전자는 조약 발효 전의 국가 행위가 의무 위반에 해당하지 아니한다는 점을 명시하고 있고, 후자는 조약 발효 전의 행위나 사실, 상황이 원칙적으로 투자유치국을 구속하지 아니한다고 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 조항들 어디에도 조약 발효 전의 행위를 발효 후 행위에 대해 판단하는 데 활용하는 것을 금지하는 내용은 포함되어 있지 않다. 또한 NAFTA 역시 이러한 내용의 제한을 전혀 두고 있지 않다. 따라서 중재판정부가 조약상 근거 없이 스스로의 권한을 제한할 이유는 없다. Mavrommatis 사건의 중재판정부가 관할에 의문이 있는 경우 중재판정부는 그 구성 이후 제기된 모든 분쟁을

받아들여야 한다고 적극적으로 판단하는 것에 비하면 Feldman 사건의 중재판정부는 다소 지나치게 소극적으로 판단 범위를 판단²³⁾한 것으로 보인다.

이러한 점들을 종합적으로 고려할 때 다수의 ISDS 사건 중재판정부가 판시한 것과 같이, 투자협정 발효 전의 행위는 그 자체로 협정 위반 여부 판단 대상은 되지 못하지만, 투자협정 발효 이후의 협정 위반 여부나 손해액 등을 검토하기 위하여 활용하는 것은 가능하고도 바람직할 것이다. 특히 투자협정 발효 이전의 행위가 투자협정 발효 이후의 위반을 강하게 뒷받침할수록, 그밖에 다른 증거가 부족하거나 신빙성이 떨어질수록 더더욱 그러하다.

2. 계속적 행위에 대한 투자협정의 소급 적용

계속적 행위란 일정 기간 이상 계속되면서 그 기간 동안 계속하여 국제적인 의무 위반이 발생하는 한 개의 행위를 일컫는다.²⁴⁾ 계속적 행위(continuous act) 또는 계속적 위반(continuing breach)은 불소급 원칙의 대표적인 예외로 꼽히고 있다.²⁵⁾ 국가책임초안 제14조는 계속적 성격을 가지는 국가 행위로 인한 의무 위반에 대하여 아래와 같이 규정하고 있다.

23) Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment (Objection to the Jurisdiction of the Court), 30 August 1924, P.C.I.J. Series A, No.2, p. 35.

24) James Crawford, State Responsibility: The General Part (Cambridge University Press, 2013), p. 259.

25) 이에 대해서는, 엄밀히 말해 계속 존재하는 것은 '상황'이며, 이러한 상황이 협정 발효 이후에 협정 위반으로 평가되는 것이므로 불소급 원칙의 예외를 계속적 '행위' 내지 계속적 '위반'이라 지칭하는 것은 부적절하다는 반론이 있다. Veijo Heiskanen, "Entretempus: Is There a Distinction Between Jurisdiction Ratione Temporis and Substantive Protection Ratione Temporis?", Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 8 (2018), p. 305.

제14조 국제의무위반의 시간적 연장

1. 계속적 성격을 갖지 않는 국가행위로 인한 국제의무의 위반은, 그 효과가 지속된다 할지라도 그 행위가 수행된 시점에 발생한다.
2. 계속적 성격을 갖는 국가행위로 인한 국제의무의 위반은, 그 행위가 계속되고 국제의무와 합치하지 않는 상태로 남아있는 전 기간 동안에 걸쳐 연장된다.
3. 국가에게 일정한 사건을 방지할 것을 요구하는 국제의무의 위반은 그러한 사건이 발생하는 때에 발생하며, 그러한 사건이 계속되어 그 의무와 불합치하는 상태로 남아있는 전 기간 동안에 걸쳐 연장된다.²⁶⁾

또한 위에서 언급한 바와 같이 비엔나 협약 제28조는 불소급 원칙을 천명하면서 “발효 이전에 당사국에 관련하여 발생한 행위”에 조약이 적용되지 않는다고 함으로써 반대로 발효 이후에까지 계속되는 행위에 대해서는 조약이 적용될 수 있음을 밝히고 있다.

제28조 조약의 불소급

별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 그 조약 규정은 그 발효 이전에 당사국에 관련하여 발생

한 행위나 사실 또는 없어진 사태에 관하여 그 당사국을 구속하지 아니한다.

국제법 위원회의 비엔나 협약 제24조(현 제 28조)에 대한 주석은 “만일 조약 발효 전에 발생한 어떤 행동, 사실 또는 상황이 조약 발효 후에도 계속 일어나거나 존재한다면, 조약이 적용된다. 조약 발효 전에 처음 시작된 문제가 조약 발효시에도 존재한다면 조약을 적용하더라도 불소급 원칙에 위반되지 않는다.”²⁷⁾ 라고 하여 계속적 행위가 불소급 원칙의 예외라는 해석을 뒷받침하고 있다. 여러 ISDS 사건의 중재판정부들 역시 조약 발효 전의 행위가 조약 발효 이후에도 계속된다면 조약 위반이 될 수 있다고 인정해 왔다. 가령 SGS v. Philippines 사건의 중재판정부는 “(투자협정이) 조약 발효 후에까지 계속되는 위반 행위에 적용되는 것은 명백하다” 라고 판시하였다.²⁸⁾

이렇듯 계속적 행위가 불소급 원칙의 예외라는 사실에 대해서는 이렇다 할 이견이 없으나, 문제는 특정 행위가 계속적인 행위를 구성하는지 여부를 판단하는 것이 쉽지만은 않다는 데 있다. Mondev 사건의 중재판정부가 적확하게 지적하였듯이, ‘계속적 성격을 가진 행위’와 ‘이미 완료되었지만 그 손해나 피해가 계속되고

26) Article 14 Extension in time of the breach of an international obligation

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.
2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.
3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

27) International Law Commission, “Reports of the Commission to the General Assembly”, Yearbook of the International Law Commission., Vol. II (1966), p. 212, para. 3.

28) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para. 167.

있는 사건'은 구별되어야 한다. 따라서 구체적인 사건에서 실제로 위반 행위가 "계속"되었는지 여부는 사실관계 및 위반하였다고 하는 의무의 내용에 비추어 판단할 필요가 있다.²⁹⁾

ISDS 사건에서 이미 행위가 완료되었으나 손해가 지속되고 있을 뿐이라고 하여 계속적 행위로 인정되지 않은 예로는 수용 행위나 계약상 금전지급 의무 불인정 및 불이행 등이 있다.

Mondev 사건에서 신청인은 수용 및 NAFTA 상의 대우 기준 위반을 주장하였는데, 피신청인은 특히 불소급 원칙을 들어 관할이 존재하지 않는다고 주장하였다. 이에 대하여 중재판정부는 만일 문제된 행위가 조약 발효 전에 발생하고 그 이후에 계속되고 있다면 NAFTA 위반이 될 수 있다고 하면서 다만 이 사건에서 신청인의 Hayward 주차장 부지 구매 옵션에 대한 수용은 수용 당시 1회적으로 완결되는 행위이므로 계속적 성격을 가진 것은 아니라고 판단하였다.³⁰⁾

수용 행위가 계속적 성질을 가지지 않는다고 본 또다른 사례로는 Casado 사건이 있다. 칠레 군부는 1975. 2. 10. 시행령 165호를 발동하여 Victor Pey Casado가 소유했던 출판사(이후 Casado가 지분 90%를 Allende 재단에 양도함)와 신문사를 몰수하였는데, 1995. 10. Casado는 산티아고 민사 법원에 소를 제기하여 신문사 자산 반환을 청구하였고, 신청

인들은 1994. 3. 28. 발효된 칠레-스페인 투자협정에 근거하여 1997. 11. 3. ICSID 중재를 신청하였다. 중재판정부는 1975. 2. 10. 시행령 165호가 발효되면서 수용 절차가 종료되었으며 이러한 수용은 즉각적인 행위일 뿐 계속되는 위반이 아니라고 판단하였다.³¹⁾

이밖에 Impregilo v. Pakistan 사건에서는 계약상 금전지급 의무 불인정 및 불이행 역시 계속적 행위에 해당하지 않는다고 평가되었다. Impregilo는 파키스탄에 합작투자회사를 설립하고 1995년 발주처인 파키스탄 당국과 2개의 건설계약을 체결하였으나 파키스탄 당국은 적시에 필요한 지침을 주지 않거나 장비 및 건설 부지를 인도하지 아니하는 등 계약상 의무를 이행하지 아니하였다. 2001. 3. 신청인은 발주처와의 합의를 시도하였으나 협상이 결렬되었고 2001. 12. 발주처는 지체상금을 청구하였다. 이후 2003. 1. Impregilo는 2001. 6. 22. 발효한 이탈리아-파키스탄 투자협정을 근거로 ICSID 중재를 신청하였다. 중재판정부는 신청인이 주장하는 협정 위반 행위가 국가책임초안 제14조에서 정하는 계속적 행위가 아니며 2001. 6. 22. 이전에 완료되었다고 판단하였다. 신청인은 SGS v. Philippines 사건을 인용하며 이 사건에서도 계속적 위반이 인정된다고 주장하였으나, 중재판정부는 SGS 사건의 경우 피신청인이 계약상 의무 자체는 인정하면서 금액만을 다툰 반면, 이 사건에서는 파

29) Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 58.

30) Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, paras. 57-59.

31) Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, para. 608.

키스탄 당국의 행위 자체가 수용 행위와 같이 특정 시점에 이루어지므로 협정 위반 여부도 그 시점을 기준으로 판단하여야 한다고 보았다.³²⁾

반대로, 국제투자중재 사건에서 계속적인 위반 행위로 인정된 사례로는 계약상의 금전 지급 의무 불이행, 조약 발효 이후까지 계속되는 법원의 부당한 절차 지연 및 판결 거부, 외국인 투자자에 대한 보중에 위반되는 입법, 투자 활동을 계속 진행하는 데 필요한 허가의 계속적 지연 등이 있다.

SGS v. Philippines 사건에서 필리핀 관세국은 1992. 3. 검사기관인 SGS와 검사용역계약을 체결하였는데, 1998. 9. 이후 대금을 지급하지 못하였고 2000. 3. 위 계약이 종료되었다. 잔여 대금의 금액에 대하여 다툼이 발생하자 SGS와 관세국이 공동으로 지급 금액을 확정하기 위한 보고서를 작성하여 2001. 10. 25. 완료하였다. 이 보고서는 2001. 10. 29. 관세국에 송부되었으며, 위 보고서는 재무부에도 전달되었다. 2001. 12. 10. 필리핀 재무장관은 신청인 측에 서신을 발송하여 예산처에 대금 일부에 대한 예산을 편성하도록 권고했다고 하면서 대금 공제와 분할 납부를 요청하였다. 이에 SGS는 2002. 4. 26. ICSID 중재를 신청하였고, 필리핀은 필리핀-스위스 투자협정 발효일인 1999. 4. 23. 이전의 행위에 대해 동 협정이 적용될 수 없다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 계약에 따른 금전지급 의

무를 이행하지 않는 것이 계속적인 위반의 예라고 판시하면서, 피신청인의 이러한 위반 행위는 관세국이 재무부에 2001. 12. 용역계약에 따른 지급액에 관하여 권고를 한 때 비로소 발생한 것이라고 판시하였다.³³⁾

Chevron 사건에서는 법원 절차의 부당한 지연이 문제되었다. 1991년부터 1993년 사이의 기간 동안 Texaco Petroleum Company (“TexPet”)는 에콰도르 정부를 상대로 계약 위반을 주장하며 에콰도르 법원에 7건의 소송을 제기하였다. 그러나 소송절차는 계속하여 지연되었고 이에 신청인들은 2006. 12. 사법 부인 등을 주장하며 이 건 중재를 신청하였다. 피신청인은 미국-에콰도르 투자협정이 1997. 5. 11. 발효되었으며 이 사건의 분쟁은 그보다 훨씬 전에 발생한 것이므로 시적 관할이 존재하지 않는다고 항변하였다. 그러나 중재판정부는 에콰도르 법원의 재판절차 지연 및 판결 거부가 계속적인 행위라고 보았으며, 투자협정 제12조 제1항이 동 협정은 “발효 당시 존재하였던 투자”에 영향을 주는 행위 또는 상황에 적용된다고 명시한 점을 들어 시적 관할을 인정하였다.³⁴⁾

LG&E 사건에서 피신청인인 아르헨티나는 1989년부터 가스 공급의 민영화를 진행하여 가스 공급 시설 및 면허를 신설 가스 회사들에 부여하였으며 이들에 대한 투자를 유지하기 위하여 가스 공급 가격을 달러로 정하여 시장 환율에 따라 납부받을 수 있고 6개월마다

32) Impregilo S.p.A. v. Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/30, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, paras. 312-313.

33) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para. 167.

34) Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 34811 (UNCITRAL), Interim Award, 1 December 2008, para. 298.

생산자 물가 지수(PPI)를 적용하여 조정할 수 있음을 보증하였다. 신청인들은 이러한 조건으로 3개 신설 가스 회사의 지분을 취득하는 투자를 하였다. 그런데 아르헨티나는 경제난에 봉착하자 1999년부터 PPI에 따른 가스 공급 가격 조정을 중단하였고, 2002. 1. 긴급 법률(Emergency Law)로 가스 공급 가격을 달러화로 환산하여 계산하는 제도 및 PPI 환산도 폐지하였다. 이로 인하여 수익이 대폭 하락하자 신청인들은 2001. 12. 21. 중재신청서를 제출하였다. 중재판정부는 아르헨티나가 미국과의 투자협정을 위반하여 신청인들이 손해를 입었음을 인정하고, 손해 산정 방법과 관련하여 가스 요금에 대한 보장의 폐기는 계속적 위반(continuous breach)으로서 그러한 폐기가 계속되고 투자협정에 합치되지 않는 상태로 남아있는 전 기간(안보상 예외가 적용되는 기간은 제외)으로 확장된다고 판단하였다.³⁵⁾

Pac Rim 사건에서 신청인은 2002. 4. 엘살바도르 현지 광산 회사 Dayton을 인수하였고 이로 인하여 Dayton이 소유한 El Dorado 지역 채굴 면허 두 건을 포함한 광업권을 취득하였다. 이 과정에서 엘살바도르 정부는 신청인이 광업권을 취득할 수 있다고 확인하였다. 그러나 2004. 3. 신청인이 광산업 영위에 필수적인 환경 허가를 신청하자 엘살바도르 정부는 이를 지연시켰다. 또한 2004. 9. 채굴권 신청을 제출하였는데, 2004. 12.까지 답변을 받지 못했고 그 무렵 위 채굴권이 종료되었다. 이후 2005. 2.부터 2008. 12.까지 계속하여

이런저런 이유를 들어 신청인에게 채굴 면허를 부여하지 않았다. 이에 신청인은 2009. 4. CAFTA³⁶⁾에 기초하여 이 사건 중재를 신청하였다. 엘살바도르는 CAFTA가 2006. 3. 1. 발효되었는데 신청인은 2007. 12. 13. 미국 국적을 취득하였으므로 CAFTA가 적용될 수 없거나 2007. 12. 13. 이후의 행위에만 적용될 수 있다거나, 신청인이 CAFTA에서 정한 3년의 제척기간을 준수하지 못했다고 하며 시적 관할이 존재하지 않는다고 주장하였다. 이와 관련하여 중재판정부는 이 사건에서 문제된 조치는 투자자의 권리를 특정 시점에 종료시키는 구체적이고 식별 가능한 정부 조치(즉, 허가 또는 면허의 종료, 신청 거부 등)가 아니라 광산업 투자에 대한 수용을 촉진하기 위하여 허가 및 양허 부여를 거부하는 계속적인 관행이라고 판단하고 엘살바도르의 주장을 모두 기각하여 시적 관할을 인정하였다.³⁷⁾

계속적 행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 '계속적 성격을 가진 행위'와 '이미 완료되었지만 그 손해나 피해가 계속되고 있는 사건'을 구별하는 접근법에 따르면, Impregilo v. Pakistan 사건 및 LG&E 사건은 엄밀히 말해서 기준에 위반된다.

Impregilo 사건의 경우 중재판정부는 금전 지급 의무 불인정 및 채무 불이행이 계속적 행위에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 금전 지급 의무 자체를 인정하지 않는 것과 지급 의무를 인정하면서 금액을 다투는 사건 사이에 차별을 둘 이유가 없다. 어느 쪽이든 핵심은 피

35) LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation, and LG&E International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, para. 85.

36) The Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement.

37) Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 3.43.

신청인이 금전지급 의무를 지급하지 않는 부작위가 계속된다는 점에서 본질적인 차이가 없다. 따라서 이 사건에서 SGS v. Philippines 사건과 다른 결론에 도달한 것은 타당하지 않다. 또한 파키스탄 당국이 필요한 지침을 주지 않거나 장비 및 부지를 인도하지 않는 등의 채무불이행 행위는 전체로서 신청인이 건설계약을 이행하는 것을 방해하는 것이다. 그러므로 Pac Rim 사건에 비추어 볼 때 파키스탄의 행위는 구체적이고 식별 가능한 조치가 아니라 채무 이행을 거부하는 계속적인 관행이라고 보아야 한다. 따라서 ISDS 사건 판정례의 일반적인 기준에 따르면 이 사건 역시 피신청인의 계속적 행위가 있었다고 봄이 타당하다.

LG&E 사건의 경우, 피신청인의 보증 위반은 보증 내용에 반하는 입법 행위 내지 그에 따른 조치 시행으로서 완성된다.³⁸⁾ 그리고 그 이후의 보증상 의무 불이행은 입법 행위의 당연한 귀결이다. 이는 수용의 경우 수용 행위에 의하여 의무 위반 행위가 완성되고 그 이후에는 수용의 효과가 계속되는 것과 유사하다. 그러므로 이 사건 역시 일반적인 기준에 따르면 일시적 행위 이후에 그 효과가 계속되었다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 혼란이 발생하는 근본적인 이유는 ‘계속적 행위’와 ‘효과가 계속되는 일시적 행위’를 구별하는 기준이 불완전하다는 데 있다. 위 일반적인 기준에 의할 때, 피신청인이 특정 시점에 특정한 작위를 행하고 그로 인하여 투자협정 위반 효과가 완전하게 발생하는 경우에는 일시적 행위로 보아야 할 것이다. 반

대로 피신청인이 신청인에 대하여 의무를 부담함에도 이를 이행하지 아니하는 부작위가 계속되는 경우에는 계속적 행위로 인정될 수 있다. 다만, 작위에 의하여 의무를 위반하고 이를 바로잡을 의무를 이행하지 않는 부작위를 계속적 위반으로 볼 수는 없다.

그런데 특정한 작위로 인하여 부당한 결과가 발생하는 것은 그 결과를 바로잡을 피신청인의 의무를 계속하여 위반하는 부작위와 동전의 양면과 같은 관계라고 볼 수 있다. 따라서 부작위가 계속되는 경우와 실질이 다르지 않으므로 이 두 가지 경우를 다르게 해석하는 것은 합리적이지 않다. 첫째, 작위에 의한 손해와 부작위에 의한 손해를 다르게 취급하는 것은 비논리적이다. 가령 투자유치국이 토지를 수용한 경우와 인도하여야 할 토지를 인도하지 않고 있는 행위는 본질적으로 다르지 않다. 이를 다르게 취급한다면, 토지를 투자협정 발효 전에 수용하는 경우 협정의 적용을 받지 않으나, 토지 인도를 투자협정 발효 후까지 계속하여 거부하는 경우 협정이 적용된다. 그런데 토지를 한 번 인도하였다가 투자협정 발효 전에 수용한다면 다시 협정이 적용될 수 없다는 결과가 된다. 이러한 결론이 부당하다는 점은 단언을 요하지 않는다. 둘째, 작위에 의한 행위가 투자협정 위반이 되는 것은 투자협정에서 정한 특정 의무를 위반하였기 때문이다. 그런데 작위에 의한 행위가 완료된 뒤에도 이러한 의무가 이행불능이 되는 등의 사유가 없다면 피신청인이 그 의무를 부담하고 있다는 점에는 차이가 없다. 따라서 해당 의무를 불이행하는

38) 이러한 조치가 투자에 직접 영향을 미치는 것이 아니라 일반적인 공공 정책이라는 반론도 가능하겠으나 다툼의 대상이 되는 투자유치국 정부의 행위는 보다 일반적인 형태를 가질 수도 있다. CMS Gas Transmission v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, para. 109 참조.

부작위가 계속되고 있다고 보는 것이 자연스럽다.

이와 같이 의무를 위반하는 작위를 행하고 이를 바로잡을 의무를 위반하는 부작위가 계속되는 경우와 부작위 행위가 계속되는 경우를 동일하게 취급한다면, 다음으로 양자를 모두 계속적 행위로 볼 것인지, 모두 계속적 행위가 아니라고 볼 것인지가 문제된다. 이 두 가지 취급 중에는 양자를 모두 계속적 행위라고 보는 것이 보다 타당하다고 생각된다.

첫째, 이러한 해석은 국가책임초안 제14조의 문언에 합치한다. 국가책임초안 제14조 제2항은 “계속적 성격을 갖는 국가행위로 인한 국제의무의 위반은, 그 행위가 계속되고 국제의무와 합치하지 않는 상태로 남아있는 전 기간 동안에 걸쳐 연장된다.” 라고 규정하고 있다. 따라서 위법 행위로 인한 결과를 바로잡을 의무를 불이행하는 부작위가 계속되고 의무와 합치하지 않는 상태가 유지되는 기간 동안 행위가 계속된다고 보아야 한다. 물론 이러한 해석이 제14조 제1항의 “계속적 성격을 갖지 않는 국가행위로 인한 국제의무의 위반은, 그 효과가 지속된다 할지라도 그 행위가 수행된 시점에 발생한다.” 라는 규정에 위반된다는 반론이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 제1항은 행위의 효과는 지속되더라도 이를 바로 잡을 국가의 의무는 인정할 수 없는 경우에 그 의의가 있다. 가령 문화재를 반환하기로 하는 협정을 체결하였는데, 이를 반환해야 할 국가가 해당 작품을 파괴하여 멸실되도록 하는 경우가 이에 해당한다. 문화재가 파손되었다는 효과는 계속되지만, 국가가 멸실된 문화재를 재창조하여 반환할 의무가 발생하는 것은 아니므로 문화재 반환 의무는 소멸하고 국가가 어떤 부작위를 계속한다고 볼 수 없다. 투자협정의 경

우 가령 투자유치국이 투자자 보호 의무를 이행하지 않아 투자자가 폭동으로 인하여 사망하였다면, 투자자가 사망했다는 효과는 계속되지만 투자유치국이 투자자를 부활시킬 의무를 부담한다거나 계속하여 투자자를 보호할 의무를 부담한다고 볼 수 없다. 따라서 사망한 투자자에 대한 보호 의무는 소멸하고 투자유치국이 부작위 행위를 계속한다고 볼 수 없다.

둘째, 보호의 필요성의 경중을 따져보더라도 작위에 의한 위반 행위를 바로잡지 않는 부작위를 계속적 행위로 보는 것이 정책적으로 보다 바람직하다. 국가책임초안 제14조 제3항은 “국가에게 일정한 사건을 방지할 것을 요구하는 국제의무의 위반은 그러한 사건이 발생하는 때에 발생하며, 그러한 사건이 계속되어 그 의무와 불합치하는 상태로 남아있는 전 기간 동안에 걸쳐 연장된다.” 라고 규정하고 있다. 만일 제3자가 조약에서 방지하고자 하는 상황을 초래한다면 이러한 ‘사건’이 발생한 때에 국가의 의무 위반이 발생하고 그러한 상태가 계속되는 동안 국가의 의무 위반이 연장된다. 그런데 국가가 조약에서 방지하고자 하는 상황을 초래한다면 이는 제3자가 동일한 행위를 했을 때와 비교하여 보호의 필요성이 더 낮다고 볼 수 없다. 따라서 제3자가 위법한 상황을 초래한 경우에는 국가의 의무가 발생하는 반면 국가가 위법한 행위를 했을 때는 그렇지 않다는 해석은 불합리한 결과를 발생시킨다.

셋째, 이러한 해석은 ISDS 판정례에서 일반적으로 인정되는, 조약 발효 이전의 사실이나 행위를 조약 발효 이후의 행위의 위법성을 판단하는 데 활용할 수 있다는 논리에 부합한다. 조약 발효 전후로 계속되는 투자유치국의 부작위는 조약 발효 이전의 작위에 비추어 판단한다면 당연히 그 위법성이 인정될 수 있

기 때문이다. 이에 대해서는 Bercowitz 사건의 중재판정부와 같이 조약 발효 후의 행위가 그 자체로 위법하지 않고 조약 발효 전의 사실 또는 행위와 결합하여야만 위법하다고 판단될 수 있는 경우, 즉 조약 발효 후의 행위가 조약 발효 전의 행위에 지나치게 깊이 의존하는 경우에는 조약을 적용하지 않는 것이 보다 합리적이라는 반론이 제기될 수 있다.³⁹⁾ 그러나 Renco 사건의 중재판정부가 지적한 바와 같이 이러한 반론은 불소급 원칙의 적용 기준을 수정하거나 보충하려는 시도로서 타당하지 않다.⁴⁰⁾

따라서 ISDS 사건에서 계속적 행위에 해당하는지 여부를 판단하는 기준은 ① 투자유치국의 투자협정에 위반되는 작위 행위가 계속되거나, ② 투자유치국이 자신 혹은 제3자가 초래한 투자협정 위반을 치유할 의무를 이행하지 않는 부작위 행위가 계속되는 경우로 단순화할 필요가 있다.

3. 복합적 행위에 대한 투자협정의 소급 적용

복합적 행위란 '전체로서 위법한 일련의 작위 또는 부작위'를 의미한다.⁴¹⁾ 일련의 작위 또는 부작위로 이루어진 행위가 전체로서 위법

하다면, 개별적인 작위 또는 부작위가 위법한지 여부와 관계없이 조약 위반 행위를 구성할 수 있다. 복합적 행위는 그것이 처음 시작한 때부터 그런 사건이 반복되고 의무 위반이 계속 남아있는 한 계속된다. 복합적 행위의 특징은 행위가 완결되는 시점이 일련의 작위 또는 부작위가 처음 발생한 시점과 다르다는 것이다. 일련의 작위 또는 부작위가 행해지고 완료된 이후에야 비로소 복합적 행위, 즉 단순히 단절적인 행위의 연속이 아니라 총체적으로 위법하다고 정의되는 복합적인 행위임이 드러난다.⁴²⁾ 따라서 처음 행위가 발생한 시점이 투자협정 발효 전이라 하더라도 일련의 행위 완료 시점에 협정이 이미 발효되었다면 이러한 복합적 행위에 대해 협정을 적용하는 것은 불소급의 원칙에 위반되지 않는다.⁴³⁾ 복합적 행위의 의미에 대해서는 국가책임초안 제15조가 명시적으로 규정하고 있다.

제15조 복합적 행위에 의한 위반

1. 총체적으로 위법한 것으로 정의되는 일련의 작위 또는 부작위를 통한 국가의 국제의무 위반은 다른 작위 또는 부작위와 함께 위법 행위를 구성하기에 충분한 작위 또는 부작위가 발생하였을 때 성립한다.

39) Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (corrected), 30 May 2017, paras. 246, 252, 269, 298.

40) The Renco Group v. Republic of Peru [II], PCA Case No. 2019-46, Decision on Expedited Preliminary Objections, para. 145.

41) James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 141.

42) International Law Commission, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part 2 (2001), commentary to Article 15, para. 7.

43) Stanimir A. Alexandrov, "The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction Ratione Temporis", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4 (2005), p.53.

2. 이와 같은 경우, 위반은 일련의 작위 또는 부작위가 처음 발생한 시기부터 그러한 작위 또는 부작위가 반복되고 국제의무에 불합치하는 상태로 남아있는 전 기간 동안 계속된다.⁴⁴⁾

국가책임초안 제15조 주석은 이러한 복합행위의 예시로 집단 학살, 비인도적 범죄, 조직적인 인종차별 행위, 무역협정에서 금하는 조직적인 차별 행위를 들고 있다. 동 주석에 따르면, 국제법상 가장 심각한 위법행위 중 일부는 복합적 행위의 성질을 가지므로 이러한 행위에 대한 규율이 반드시 필요하여 별도의 규정을 두었으며,⁴⁵⁾ 복합적 행위를 구성하는 개별적인 작위 또는 부작위 행위는 반드시 위법행위일 것이 요구되지는 않지만, 그 자체로 위법행위인 경우도 있다.⁴⁶⁾

다수의 ISDS 사건에서도 중재판정부들은 이

러한 복합적 행위의 개념을 인정하며 투자협정 발효 전 시작되었으나 발효 이후까지 계속된 복합적 행위에 협정이 적용될 수 있다고 판시함으로써 투자유치국의 투자협정 발효 전의 행위에 대해 투자협정을 소급 적용함으로써 책임을 인정하는 근거로 사용하였다.⁴⁷⁾

투자유치국 정부들은 협정 발효 전 발생한 일련의 행위에 대한 관할을 부인하기 위하여 복합적 행위를 일련의 행위가 아닌 각각의 독립된 행위라고 하며 이들이 각각 협정을 위반하는 것이라고 주장해왔다. 이러한 주장을 받아들인다면 ISDS 사건의 중재판정부는 조약 발효일 이후에 일어난 개별 사건들로 인한 위반 행위에 대해서만 시적 관할을 가진다는 결과가 초래된다. 그러나 이와 같이 복합적 행위를 분할하여 다수의 개별 행위로 규정하려는 시도는 대체로 ISDS 사건에서 인정되지 않았다.⁴⁸⁾

44) Article 15. Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

45) International Law Commission, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries", Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part 2 (2001), commentary to Article 15, para.2.

46) International Law Commission, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries", Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part 2 (2001), commentary to Article 15, para. 9.

47) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 172; Victor Pey Casado and Fondation 'Presidente Allende' v. Chile, ICSID case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008, paras. 619-623.; El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 516-519; Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.70-2.71; Swisslion DOO Skipje v. Macedonia, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 6 July 2012, para.275; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 13 September 2016, para. 209; Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, paras.1134-1135.

48) Stanimir A. Alexandrov, "The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction Ratione Temporis", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 4 (2005), p.54.

가령 CMS Gas v. Argentine 사건에서 신청인인 미국 회사 CMS Gas Transmission은 1995년 아르헨티나의 가스 운송 회사 TGN (Transportadora de Gas del Norte)의 지분 30%를 인수하였다. 당시 TGN은 아르헨티나 정부와 35년간의 장기 가스 운송 계약을 체결하였는데, 6개월마다 미 달러화로 가격을 산정하고 해당 기간의 지배적인 환율에 따라 아르헨티나 페소화로 환산하여 대금을 수령하기로 하였다. 그러나 아르헨티나가 경제 위기 상황에 빠져 물가의 극심한 상승, 페소화 환율 급락 등 사태가 발생하자 아르헨티나 정부는 대금을 6개월마다 달러로 산정하는 의무를 이행하지 않았고, 이로 인하여 TGN의 수익은 급격히 감소하였다. 투자자인 CMS는 아르헨티나의 조치가 미국-아르헨티나 투자협정 위반이라고 주장하며 2001년 ICSID 중재를 신청하였다.

이 사건에서 아르헨티나는 CMS의 청구가 두 개의 별개의 분쟁이라고 주장했다. 즉, CMS가 주장한 첫 번째 분쟁은 2000. 8. 아르헨티나 옴부즈만과 사법부가 가스 가격에 대한 계약 적용과 관련하여 취한 조치와 관련된 것이고, 두 번째 분쟁은 아르헨티나의 행정 및 입법 당국이 2001. 12.에서 2002. 1.의 기간 동안 당시의 경제 위기에 대응하기 위하여 취한 조치와 관련 있다고 주장하였다. 특히 두 번째 분쟁은 ICSID 협약 제36조 제3항에 따라 등록되지 않았고 투자협정 제8조 제3항에서 요구하는 6개월의 냉각기간도 거치지 않았다고 주장했다.

그러나 중재판정부는 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 우선 중재신청서 제출 전에 발생

한 일정한 사건들은 중재판정부가 단일한 분쟁을 판단하는지 또는 복수의 분쟁을 판단하는지 결정하는 데 중요한 요소가 아니라고 보았다. 중재판정부가 결정해야 할 사항은, 청구들이 분쟁 대상으로부터 직접 발생한 것인지, 이러한 청구들이 당사자의 합의 범위 안에 있으며 따라서 ICSID 중재판정부의 관할이 발생하는지 여부라고 판단하였다. 나아가 중재판정부는 아르헨티나의 국제적 책임을 판단함에 있어 일부 행위는 행정부, 일부 행위는 사법부에 의해 행해졌다는 것은 문제가 되지 않으며 국가책임초안 제4조가 이를 분명히 하고 있다고 밝혔다. 결론적으로 중재판정부는 투자자의 권리에 직접적으로 영향을 미치는 행위 및 공공 정책과 관련이 있는 다른 행위를 구분하였다. 투자자의 권리에 직접적으로 영향을 미치는 행위는 대체로 가스 산업에 대한 조치이지만 보다 일반적인 조치일 수도 있다. 이러한 논거를 기초로 중재판정부는 “어떠한 조치들이 투자자의 권리에 위배하여 투자자에게 영향을 주고 동일한 적용 대상을 규율하는 한, 그것들이 서로 다른 기관에서 행해졌거나 다른 시기에 발생했다고 하여 각 조치에 기초한 분쟁이 독립적이고 개별적인 것이라고 볼 수는 없다.” 고 하면서, 아르헨티나가 3년의 기간 동안 제정한 법적 조치는 전부 CMS의 투자에 영향을 주는 하나의 분쟁이라고 판단하였다.⁴⁹⁾

다만 신청인이 제척기간을 회피하려는 등의 목적으로 복합적 행위에 대한 주장을 개진하는 경우에는 중재판정부가 투자유치국의 관할 항변을 받아들인 예도 있다. 가령 Bercowitz 사건의 경우, 중재판정부는 복합적 행위가 제

49) CMS Gas Transmission v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 107-109.

척기간을 갱신할 수 없다고 하면서 그 이유로 제척기간의 갱신을 인정한다면 제척기간 제도의 핵심적인 목적, 즉 당사자들을 지나치게 오래된 청구에서 해방시키는 것을 방지하는 것이 무력화되기 때문이라고 판시하였다.⁵⁰⁾

투자자의 권리에 위배하여 투자자에게 영향을 주고 동일한 적용 대상을 규율하는 일련의 조치를 복합적 행위로 폭넓게 인정하고 이에 대하여 시적 관할을 인정하는 이러한 판정례들은 법리적으로나 정책적으로나 타당한 것으로 보인다.

IV. 투자협정 서명 후 발효 전 투자유치국의 행위

불소급 원칙에 따르면, 조약이 발효되기 전에는 당사국이 이에 구속되지 않으며 조약에 서명한 이후라도 마찬가지이다. 그러나 조약에 서명한 후 발효까지의 기간 동안 제약국이 조약에 전혀 구속되지 않는다면 조약에 위반되는 행위를 하는 것이 타당하지 않다는 주장이 계속 제기되어 왔으며, 이를 뒷받침하기 위하여 ① 조약의 잠정적 적용(비엔나 협약 제 25조), ② 조약 발효 전에 그 조약의 대상과 목

적을 저해하지 아니할 의무(비엔나 협약 제18조), ③ 금반언 원칙 등이 근거로 사용되고 있다.

1. 조약의 잠정적 적용

비엔나 협약 제25조는 조약의 전부 또는 일부의 잠정적 적용에 대하여 아래와 같이 규정하고 있다.

제25조 잠정적 적용

1. 다음의 경우에 조약 또는 조약의 일부는 그 발효시까지 잠정적으로 적용된다.
 - (a) 조약자체가 그렇게 규정하는 경우, 또는
 - (b) 교섭국이 다른 방법으로 그렇게 합의한 경우
2. 조약이 달리 규정하지 아니하거나 또는 교섭국이 달리 합의하지 아니한 경우에는, 어느 국가가 조약이 잠정적으로 적용되고 있는 다른 국가에 대하여, 그 조약의 당사국이 되지 아니하고자 하는 의사를 통고한 경우에 그 국가에 대한 그 조약 또는 그 조약의 일부의 잠정적 적용이 종료된다.⁵¹⁾

50) Aaron C. Berkowitz et al (formerly Spence International Investments et al) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (Corrected), 30 May 2017, para. 208. 같은 취지의 사례로는 Ansong Housing Co., Ltd v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 9 March 2017, para. 113; Rusoro Mining Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, paras. 207□208. 이와 반대로 계속적 행위의 경우 제척기간이 갱신될 수 있다는 취지의 판정으로는 United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits, 24 May 2007, para. 28.

51) Article 25 Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

(a) the treaty itself so provides; or

(b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

조약의 잠정적인 적용은 체결국이 서명 이후 입장을 바꾸는 것을 방지함으로써 조약 적용의 공백을 줄이기 위한 것으로서 관습법에 의하여 인정되어 오던 법리를 명문화한 것이다.⁵²⁾ 다만 제25조 제1항이 국제관습법으로 인정받는 것과 달리 제2항이 국제관습법에 해당하는지 여부에 대해서는 논란이 있다. 단순히 조약의 잠정적 적용에 반대하는 의사를 표시하는 것에 그치는 것이 아니라 조약을 종료하는 적극적 조치를 취할 것을 요구하고 있기 때문이다.⁵³⁾ 실제로 잠정적 적용을 규정하고 있는 조약을 보더라도, 제25조 제1항 및 제2항을 모두 규정한 경우도 있으나⁵⁴⁾ 반대로 제25조 제1항에 해당하는 내용만을 규정한 경우⁵⁵⁾도 있어, 제25조 제2항은 제25조 제1항만큼 폭넓게 수용되지는 않고 있는 것으로 보인다.

비엔나 협약 제25조 제1항 (a)호에 해당하는 경우, 즉 조약 자체의 규정에 의하여 잠정적인 적용이 인정된 사건들은 대부분 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty, 이하 “ECT”)을 근거로 제기되었다. ECT는 1994. 12. 17. 서명되고 1998. 4. 16. 발효되었는데, 제45조 제1

항 및 제3(a)항에서 잠정적 적용에 관하여 아래와 같이 규정하고 있다.

- (1) 각 서명국은 조약의 잠정적 적용이 자국의 헌법, 법률 또는 규정에 반하지 않는 한, 제44조에 따라 이 조약이 그러한 서명국에 대한 발효시까지 잠정적으로 적용된다는 데 동의한다.⁵⁶⁾
- (3) (a) 서명국은 기탁국에 당사국이 되지 않겠다는 의도를 서면으로 통지함으로써 잠정적 적용을 종료시킬 수 있다. 잠정적 적용의 종료는 기탁국이 해당 서명국의 서면 통지를 수령한 날로부터 60일이 경과하면 효력이 발생한다.⁵⁷⁾

Yukos v. Russia 사건에서 러시아는 1994. 12. 17. ECT에 서명하였으나 국회의 비준을 받지 못했고, 2009. 8. 20. 기탁국에 ECT의 당사국이 되지 않겠다는 의도를 서면으로 통지하였다. 러시아는 ECT가 러시아 헌법 등에 반하므로 잠정적으로 적용될 수 없다고 주장하였으나, 중재판정부는 종전부터 다수의 조

52) Hober, “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, *Journal of International Dispute Settlement*, (2010), pp. 164-165; Simonsick, “Is Provisional Application on the Rise in International Investment Agreements? The European Union’s Recent Treaty Practice and the Curious Case of Von Pezold”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88 (2019), pp. 184-185.

53) Bartels, “Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU Made a Mistake?”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012), pp. 112-118.

54) 에너지헌장조약(The Energy Charter Treaty) 제45조 제1항 및 제3항.

55) 영국-이집트 투자협정(Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments) 제12조.

56) “Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.”

57) “(3) (a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depository of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory’s written notification is received by the Depository.”

약이 러시아에 잠정적으로 적용되었고 이 사건 진행 당시에도 45개의 조약이 잠정적으로 적용되는 상태였음을 들어, ECT의 잠정적 적용이 러시아의 헌법에 반하지 아니하며 비록 러시아가 ECT를 비준하지는 않았지만 ECT가 러시아에 대해 잠정적으로 적용된다고 판단하였다. 또한 ECT 제45조 제(3)(a)항에 따라 잠정적 적용의 중단을 통지한 국가의 경우, ECT 제3부 및 제5부에 대해서는 잠정적 적용 기간 중의 다른 서명국 투자자에 대한 효력은 잠정적 조약의 종료가 발효한 날로부터 20년간 효력이 존속된다고 규정한 제45조 제(3)(b)항을 들어 2029. 10. 19.까지 ECT 제3부 및 제5부가 러시아에 적용될 수 있다고 보았다.⁵⁸⁾

Kardassopoulos 사건의 중재판정부는 ECT 제45조 제1항의 ‘이 조약이... 잠정적으로 적용된다는 데 동의한다’는 규정은 비엔나 협약 제31조 제1항 및 제3항에 따라 문언에 충실하게, 그리고 일반적인 국제 관습법을 포함하여 관련된 모든 국제법 규범을 고려하여 해석되어야 한다고 전제하면서, ECT의 잠정적 적용은 서명국에 대하여 조약이 “발효”될 때까지이므로 잠정적 적용과 발효가 동일하지 않음은 명백하다고 보았다. 그러나 한편으로 ECT의 위 규정은 서명국들이 잠정적 적용에 “동의”한다고 함으로써 실제로 의무가 발생된다는 점을 명백히 하였고, ECT의 정식 발효 전, 즉 잠정적 적용 기간 중의 투자와 관련되는 사항이 ECT의 범위에서 배제된다면 잠정

적 적용의 근간이 흔들릴 것이라고 보았다. 이런 이유들로 인해 중재판정부는, ECT 제45조 제1항에 따라 각 서명국에 대해 ECT가 공식적으로 발효되기 전이라도 ECT가 전부 적용된다고 판단하였다.⁵⁹⁾ 한편 ECT 제1조 제6항은 “투자”를 투자자의 국가인 계약국에 대한 발효와 투자유치국에 대한 발효 중 더 늦게 도래하는 날(“발효일”)에 존재하고 있거나 그 이후에 행해진 모든 종류의 투자를 의미한다고 정의하고 있는데, 중재판정부는 ECT 제1조 제6항의 “발효”란 ECT가 잠정적으로 적용되기 시작한 날을 의미한다고 명시함으로써 ECT의 잠정적 적용 기간 중 행해진 투자에 대하여 시적 관할이 존재함을 분명히 하였다.⁶⁰⁾

한편, 비엔나 협약 제25조 제1항 (b)호, 즉 교섭국이 달리 잠정적 적용에 관하여 합의한 경우에 해당하는 것으로 인정된 사건은 그 수가 많지 않다. 대표적으로, Von Pezold 사건의 경우 문제된 독일-짐바브웨 투자협정에는 잠정적 적용에 대한 규정이 존재하지 않았으며 1995. 9. 29.에 서명되어 2000. 4. 14.에 발효하였다. 짐바브웨는 분쟁이 2000. 1. 이전에 발생하였다는 점을 들어 시적 관할이 발생하지 않는다고 항변하였다. 그런데 1996. 9. 18. 짐바브웨 재무부 장관은 “짐바브웨는 독일의 권한 당국이 이 협정 발효 전 이미 짐바브웨에 대한 독일의 투자를 장려하기 위한 조치를 취할 수 있음을 고려하여, 이 메모를 작성한 날로부터 이 조약이 공식적으로 발효하는 날

58) Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 337-339.

59) Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, paras. 205-221.

60) Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, paras. 222-223.

까지 잠정적으로 조약의 적용을 받는다.” 라는 취지의 메모를 발송하였고, 독일 대사가 당일 수령을 확인하는 취지의 회신을 발송하였다.⁶¹⁾

Von Pezold 사건의 중재판정부는 비엔나 협약 제25조가 당사자들이 특정한 형태로 합의를 할 것을 요구하고 있지 않으며, 조약의 잠정적 적용에 관한 UN 보고서도 이러한 경우 결정적 요소는 당사자들의 “의도”라고 규정하고 있는 것에 주목하였다. 따라서 중재판정부는 짐바브웨 재무부 장관의 메모가 ① 쌍방이 “투자에 유리한 환경”을 조성하고자 작성된 것이고, ② 짐바브웨를 대리하는 적법한 서명권자인 재무부 장관에 의해 서명되었으며, ③ 메모 작성일로부터 잠정적 적용이 시작된다는 점을 오해의 소지 없이 명시하고 있다는 점을 들어, 위 메모는 비엔나 협약 제25조 제1항 (b) 호의 “명백한 의도 표시(clear expression of Zimbabwe’s intention)”라고 보았으며, 이 사건 분쟁에 시적 관할이 존재함을 인정하였다.⁶²⁾

2. 조약의 대상과 목적을 저해하지 아니할 의무

비엔나 협약 제18조는 조약 발효 전에 조약의 대상과 목적을 저해하지 아니할 의무를 규

정하고 있다. 이러한 법리는 조약의 법적인 안정 및 투명성을 목적으로 한다.⁶³⁾

제18조 조약 발효 전에 그 조약의 대상과 목적을 저해하지 아니할 의무

국가는 다음의 경우에, 조약의 대상과 목적을 저해하게 되는 행위를 삼가해야 하는 의무를 부담한다.

- (a) 비준·수락 또는 승인되어야 하는 조약에 서명하였거나 또는 그 조약을 구성하는 문서를 교환한 경우에는, 그 조약의 당사국이 되지 아니하고자 하는 의사를 명백히 표시할 때까지, 또는
- (b) 그 조약에 대한 그 국가의 기속적 동의를 표시한 경우에는, 그 조약이 발효시까지 그리고 그 발효가 부당하게 지연되지 아니할 것을 조건으로 함.⁶⁴⁾

비엔나 협약 제18조의 문언은 다른 조항에 비하면 다소 모호하다. 조약의 “대상과 목적”은 무엇인지, 이를 “저해”하는 것은 어떤 의미인지 “삼가한다”는 것은 어느 정도의 의무를 국가에 부과하는지 해석할 단서를 찾기가 쉽지 않다. 이로 인하여 이 조항이 ISDS 사건에 적용되는 범위에 대해서는 판정례가 통일되어 있지 않다.

61) Bernhard Von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, paras. 333–334.

62) Bernhard Von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, paras. 340–341.

63) Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, 2011), p. 370.

64) Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force
A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

- (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
- (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

Tecmed 사건의 중재판정부는 비엔나 협약 제18조의 적용 범위를 넓게 해석하였다. 이 사건에서 신청인 Tecmed는 1996. 2. 멕시코의 Hermosillo 시로부터 매립장 시설 무기한 운영 면허를 낙찰 받았는데 이후 이 매립장을 운영할 목적으로 멕시코에 자회사인 Cytrar를 설립하고 운영 면허 발급기관인 INE에 운영 면허를 Cytrar 명의로 발급해줄 것을 요청하였다. Hermosillo 시 역시 1996. 3. INE에 이러한 “명의 변경” 절차에 협조해 달라는 요청을 발송하였다. INE는 1996. 11. 매립장 운영 허가를 Cytrar에 발송하였는데 이는 1년 단위로 갱신해야 하는 면허였다. 이후 이 면허는 매년 갱신되었으나 1998. 11. INE는 면허 갱신을 거절하였다. 신청인 Tecmed는 이러한 면허 갱신 거절이 자신의 투자에 대한 수용에 해당한다고 주장하였다. 이에 대해 멕시코는 스페인-멕시코 투자협정이 1996. 12. 18.에 발효했음을 들어 중재판정부에 시적 관할이 존재하지 않는다고 항변하였다. 중재판정부는 멕시코의 행위가 복합행위를 구성한다고 판단하였기 때문에 비엔나 협약 제18조 위반인지 여부에 대해 실제로 판단을 하지는 않았다. 그러나 비엔나 협약 제18조가 고의적 행위, 신의칙에 반하여 명백하게 손해를 입히거나 사기적인 행위에 대해서만 적용되는 것이 아니라, 단순한 과실, 조약의 조항 또는 그 근거의 법리에 반하거나, 제18조 또는 신의칙에 비추어 볼 때 모순되거나 불합리한 행위이면 적용될 수 있다고 보았다.⁶⁵⁾ 이러한 입장에 따르면 멕시코의 행위에 대해 비엔나 협약 제18조가 적용될 수 있었을 것으로 추측된다.

반면 MCI v. Ecuador 사건에서는 비엔나 협약 제18조를 보다 한정적으로 해석하였다. 이 사건에서는 신청인의 자회사 Seacoast와 에콰도르 전력청 사이에 발전소 설치 및 전력 공급에 관한 계약이 체결되었는데, 당사자들 간의 다툼으로 인하여 Seacoast는 1996. 4. 발전소 가동을 중단하였고 에콰도르 전력청은 1996. 5. 26.에 계약 종료를 선언하였으며 1996. 7. 계약이 최종적으로 종료되어 Seacoast는 1997. 3. 자산을 매각하였다. 이후 1996. 7. Seacoast는 에콰도르 법원에 계약 위반을 근거로 전력청에 대한 소를 제기하였으나 1999. 10. 패소하였다. 그런데 미국-에콰도르 투자협정은 1997. 5. 11.에 발효하였으며, 제XII조에서 발효 당시 존재하거나 그 이후에 취득한 투자에 대해 적용된다고 규정하고 있었다. 에콰도르는 1996. 5.에 이미 계약이 종료되었으므로 투자협정 발효 당시 신청인의 투자가 존재하지 아니하여 시적 관할이 발생하지 않는다고 항변하였다. 이에 대하여 신청인은 Seacoast에 대한 대금 지급을 거절하고 운영 면허를 취소하는 등의 행위는 투자협정의 대상과 목적을 침해하는 행위이므로 비엔나 협약 제18조에 위반한다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 조약의 대상 및 목적을 저해하지 아니할 의무의 범위와 조약 발효 전의 상황에 대한 소급적 적용 조항의 범위 사이에는 명백한 차이가 있으며, 비엔나 협약 제18조는 일반 원칙인 신의칙을 규정한 것이지 조약의 특정 조항을 발효 전에 적용하거나 조약의 소급효를 인정하는 규정은 아니라고 실시하였다. 나아가 이 사건에서 피신청인의 조

65) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 71,

약 발효 전 작위 또는 부작위가 조약의 대상이나 목적을 저해한다고 볼 근거가 없다고 판단하였다.⁶⁶⁾

그러나 비엔나 협약 제18조의 범위에 대한 위 두 판정은 모두 타당하지 않다. 첫째, Tecmed 사건의 판정처럼 비엔나 협약 제18조가 단순한 과실이나 조약의 특정 조항을 위반하였거나 신의칙에 반하는 행위 등에 적용될 수 있다고 본 것은 비엔나 협약 제18조의 문언과 맞지 않는다. 동조는 조약의 목적과 대상을 “저해하는(defeat)” 행위를 “삼가야(refrain from)” 한다고 규정하고 있다. “defeat”라는 단어는 비엔나 협약의 다른 조항에는 전혀 사용되지 않은 강한 표현이다. 반면 “refrain from”은 매우 약한 수준의 금지를 나타내고 있다. 이러한 조합은 비엔나 협약 제18조가 조약에 위반되는 모든 경우에 적용되는 것이 아니라 보다 심각한 행위, 즉 조약의 이행을 무의미하게 만들며 조약과 양립할 수 없는 행위에 적용됨을 시사한다고 보는 것이 타당하다.⁶⁷⁾ 가령 예술품 반환에 관한 조약의 대상과 목적은 조약에 서명한 당사국이 해당 예술품을 파괴할 때 저해된다. 또한 군대를 3분의 1로 감소시키는 군비축소 조약에 서명한 당사국이 비준 전 군대의 규모를 세 배로 증가시켜 실제로 아무런 군비축소가 이루어지지 않

도록 하는 행위 역시 군비축소 조약의 대상과 목적을 저해하는 것이다.⁶⁸⁾ 이러한 예에 비하면 Tecmed 사건이나 MCI Power 사건에서 투자유치국의 행위는 투자협정의 특정 조항에 위반이라고 주장할 수는 있겠지만 투자협정의 이행을 무의미하게 만들고 투자협정과 양립할 수 없는 행위라고까지 보기에는 무리가 있다.

둘째, MCI Power 사건의 판정처럼 비엔나 협약 제18조를 단순히 일반 원칙인 신의칙을 규정한 것이라고 보는 것 역시 타당하지 않다. 신의칙은 비엔나 협약 제18조의 필수불가결한 요소이기는 하지만,⁶⁹⁾ 비엔나 협약 제18조는 신의칙 그 자체는 아니며, 신의칙을 기반으로 하여 당사자들에게 구체적인 법적 의무를 부과하는 조항이기 때문이다.⁷⁰⁾ 위 조항의 문언을 살펴보면, “국가는...의무를 부담한다(A state is obliged to...)” 라고 명시하고 있는 바, 이를 별다른 근거 없이 단순히 일반 원칙을 선언한 것이라고 해석하는 것은, 조약은 그 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다고 규정하고 있는 비엔나 협약 제31조 제1항에 반한다. 원칙적으로 조약은 발효해야만 당사국들에게 구속력을 가지는 것이지만, 특히 다자간 협약의 경우 아직 비준을 하지 않은 서명국에 대해서도 적용이 필요한 예외적인 경우가 있다. 예컨대 특정한 장소의

66) MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, paras. 116-117.

67) Paul Gragl, Malgosia Fitzmaurice, “The Legal Character of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, (2019), p. 711.

68) Paul Gragl, Malgosia Fitzmaurice, “The Legal Character of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, (2019), pp. 711-712.

69) H Waldock, First Report on the Law of Treaties, Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2 (1962), pp. 46-48.

70) M.A. Rogoff, “The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty”, *Maine Law Review*, Vol. 32 (1980), p. 287.

해양 경계를 즉시 확정해야 한다거나, 새로운 국제기구를 창설하기 위한 준비작업을 시작해야 한다거나 하는 경우가 이에 속한다.⁷¹⁾ 따라서 비엔나 협약 제18조를 단순히 일반 원칙의 선언으로 보는 것은 타당하지 않다.

종합하면, 비엔나 협약 제18조는 투자협정을 완전히 무력화하고 그 체결을 무의미하게 만드는 극단적인 행위를 금지하거나 투자협정이 발효한 후에 제대로 작동하기 위해서 반드시 필요한 긴급한 행위를 하도록 하는, 즉 예외적인 경우에 적용되는 것이라고 봄이 타당하다.

3. 금반언의 원칙

몇몇 ISDS 사건의 신청인들은 금반언의 원칙을 주장하여 투자유치국이 투자협정에 서명한 이후 협정이 발효되기 전의 행위에 대하여 투자협정을 적용하려고 시도하였다. 다만 이러한 주장이 인정된 사례는 찾아보기 어렵다.

가령 *Besserglik v. Mozambique* 사건의 경우 신청인은 모잠비크-남아프리카 공화국 투자협정에 기초하여 2014. 3. 24. ICSID 중재를 신청하였는데, 이 투자협정은 1997. 5. 6. 서명되었으나 당시 발효되지 아니한 상태였다. 이에 모잠비크는 위 투자협정이 발효되지

아니한 점을 들어 시적 관할이 존재하지 않는다고 항변하였다. 이에 대해 신청인은 일반적으로 인정되는 국제법 원칙인 신의칙에서 도출되는 금반언의 원칙이 이 사건에 적용될 수 있고 중재판정부는 관할을 명시적으로 동의한 국가는 물론, 언어, 행동 또는 침묵을 통하여 묵시적으로 동의한 국가에 대해서도 관할을 가진다고 주장하였다. 나아가 신청인은 모잠비크의 장기간에 걸친 허위 표시(*fraudulent misrepresentation*)를 신뢰하여 모잠비크에 투자를 한 것이므로 모잠비크가 이와 다른 행위를 하는 것은 금지되어야 한다고 주장했다.⁷²⁾ 중재판정부는 금반언의 원칙에 의해 중재판정부의 관할이 창설될 수 없고, 금반언에 기초한 주장에 의하여 발효되지 않은 조약에 효력을 부여할 수도 없다고 하며 신청인의 주장을 받아들이지 않았다.⁷³⁾

금반언의 원칙에 의하여 조약의 발효 전 서명국이 조약 내용에 구속을 받는다고 하면, 불소급의 원칙은 형해화될 것이다. 그리고 조약의 체결 또는 발효 여부는 공개되는 사실이므로 투자유치국이 이에 대하여 허위의 진술을 한다는 것도 생각하기 어렵다. 따라서 금반언의 원칙에 기초한 관할 창설을 인정하지 아니한 *Besserglik* 사건의 판정은 타당하다.

71) M.A. Rogoff, B.E. Gauditz, "The Provisional Application of International Agreements", *Maine Law Review*, Vol. 39 (1987), pp. 35-36.

72) *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Award, 28 October 2019, paras. 242-243.

73) *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Award, 28 October 2019, paras. 422-423. 또한 중재판정부에 의하면, 설사 금반언의 원칙에 의하여 관할이 창설된다 하더라도, 이 사건의 경우 신청인이 모잠비크의 진술을 신뢰하여 투자를 하였음이 입증되지도 않았다.

V. 조약 발효 전의 분쟁

1. 불소급 원칙과 조약 발효 전의 분쟁

비엔나 협약 제28조는 분쟁이 발생한 날짜를 조약의 시적 범위와 관련하여 고려 요소로 언급하지 않고 있으며, 행위를 기준으로 판단하는 입장을 취한다. 조약 발효 전 분쟁에 대해서는 일반적인 원칙은 존재하지 않으며, 문제가 된 개별 투자협정의 문언에 따라 결정하여야 한다.

조약 발효 전 발생한 행위, 사실 또는 상황이 조약 발효 후에도 계속하여 발생하거나 존재하면 조약이 적용된다. 즉, 조약 발효 중에 발생하거나 존재하는 사항에 대하여 조약을 적용한다면 설사 그 사항이 조약 발효 전에 처음 시작된 것이라고 하더라도 불소급 원칙에 반하지 않는다. 또한 “분쟁”을 중재판정으로 해결한다는 취지의 조항에 분쟁 발생 시점에 대한 조건을 부가하지 않더라도 불소급 원칙에 위배되는 것은 아니다. 다시 말해, “분쟁”이라는 용어를 아무런 조건 없이 사용했다는 점에서 당사자들은 분쟁 발생 시점을 불문하고 조약 발효 후에 존재하는 모든 분쟁에 관하여 관할을 승인하는 것으로 이해할 수 있다. 비엔나 협약 제24조(현 제28조)에 대한 국제법 위원회의 주석 또한 이와 유사하게 “조건을 붙이지 않고 분쟁이라는 단어를 사용함으로써, 조약

의 당사자들은 조약 발효 이후에 존재하는 모든 분쟁과 관련한 관할을 용인하는 것으로 이해된다.” 라고 하여 조약 발효 이전부터 계속 존재해 온 분쟁에 조약이 적용된다는 입장을 밝혔다.⁷⁴⁾

이런 견해와 유사한 맥락에서 ICSID 조약의 제25조 제1항이 “모든 법적 분쟁(any legal dispute)”이라고 규정하고 있는 범위에서 같은 결론에 도달한다는 주장도 있다.

제25조

(1) 본부의 관할권은 분쟁 당사자가 본부에 제소할 것을 서면상으로 동의한 분쟁으로서 계약국(또는 당해 계약국에 의하여 본부에 대하여 지정한 동 계약국의 하부조직이나 기관)과 타방 계약국 국민간의 투자로부터 직접적으로 발생하는 모든 법적 분쟁에 미친다. 당사자가 그러한 동의를 한 경우에는 어떠한 당사자도 그 동의를 일방적으로 철회할 수 없다.⁷⁵⁾

반면 협약 자체가 분쟁 시점에 대해서는 시적 관할에 대해 아무런 요구도 하지 않는다는 주장도 있다.⁷⁶⁾ 그러나 실제로 ICSID 협약 제25조가 “모든 분쟁”이라고 한 것이 조약 발효 전의 분쟁에까지 미친다고 하는 것은 지나치게 광범위한 해석이며, 조약 발효 전 분쟁에 조약이 미치는지 여부는 구체적인 투자협정의 문언에 기초하여 판단하여야 할 것이다.

74) International Law Commission, “Reports of the Commission to the General Assembly”, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (1966), p. 212, para. 2.

75) Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

76) Gattini, “Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration”, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 16 (2017), p. 142.

2. 조약에 명문의 규정이 있는 경우

조약의 발효 전에 발생한 분쟁에 조약이 적용되는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 해당 조약의 규정을 살펴보아야 한다. 일부 투자협정은 발효 전에 발생한 분쟁에는 협정이 적용되지 아니함을 명시하고 있다.

가령, 대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Protection of Investments)은 제12조에서 “이 협정은...발효 전에 발생한 분쟁에는 적용되지 않는다(This Agreement shall...not apply to the dispute arose before its entry into force.)”라고 명시하고 있다. 칠레 공화국 정부 및 필리핀 공화국 정부 간의 상호 투자 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of the Philippines on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) 제2조 제2문 역시 “그러나 이 조약은 발효 전에 발생한 분쟁에 대해서는 적용되지 않는다...(It shall, however, not be applicable to disputes which arose prior to its entry into force...)”라고 규정하고 있다.

이와 같이 투자협정이 명시적으로 입장을 밝히는 경우 협정 발효 전에 발생한 분쟁이 적용 대상에서 제외된다는 점 자체에 대해서는 다툼이 발생하기 어렵다.

3. 조약에 명문의 규정이 없는 경우

관련 투자협정에 특별한 규정이 없음에도 불구하고 조약 발효 전에 제기된 분쟁을 시적 범위에서 제외시키는 것은 비엔나 협약 제28조 및 그에 기초한 불소급 원칙에 반한다는 주장이 있다.⁷⁷⁾ 그러나 조약 발효 전의 행위 또는 분쟁에 대해서는 조약이 적용되지 않는 불소급의 원칙이 일반적인 법리이며, 예외적으로 비엔나 협약 제28조 및 국가책임초안 제14조, 제15조에 따라 계속적 행위 내지 복합 행위의 경우만을 달리 규정하고 있다. 따라서 이러한 예외의 범위를 만연히 확대하여서는 안 될 것이다.

조약이 위와 같이 명시적인 규정을 두고 있지 않은 경우에는 ISDS 사건의 중재판정부들은 문제된 투자협정의 문언을 해석하거나, 국제법의 일반 원리를 들어 투자협정 발효 전에 발생한 분쟁에 협정이 적용될 수 있는지를 판단하였다.

먼저 문제된 투자협정 문언을 탐구하여 해석을 도출한 사례로는 Salini v. Jordan 사건을 들 수 있다. 이 사건에서는 이탈리아-요르단 투자협정이 문제되었는데, 동 협정 제9조 제1항은 “보상 금액에 관한 분쟁을 포함하여, 어느 당사국과 다른 당사국의 투자자 사이에 발생한 모든 투자에 관한 분쟁은 가능한 한 우호적으로 해결되어야 한다(Any disputes which may arise between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party on investments, including disputes relating

77) Bungenberg, Griebel, Hobe and Reinisch, International Investment Law (Bloomsbury, 2015), p. 490.

to the amount of compensation, shall be settled amicably, as far as possible.)” 라고 규정하고, 제9조 제3항은 “그러한 분쟁이 합의 신청 문서 제출일로부터 6개월 이내에 우호적으로 해결되지 않으면(In the event that such dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written application for settlement)” 투자자가 소송을 제기하거나 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 피신청인은 이탈리아-요르단 투자협정이 2000. 1. 17.에 발효했으므로 그 이후에 발생한 분쟁에 대해서만 위 협정이 적용된다고 주장하며 시적 관할이 존재하지 않는다는 항변을 하였다.⁷⁸⁾ 이에 대하여 신청인은 위 협정의 문언이 중재판정부의 관할을 발효 후의 분쟁으로 제한하지 않고 있다고 반박하였다.⁷⁹⁾ 그러나 중재판정부는 구체적인 이유를 밝히지 않은 채 위 협정 제9조 제1항 및 제3항에서 “어느 당사국과 다른 당사국의 투자자 사이에 발생한 모든 투자에 관한 분쟁(Any disputes which may arise between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party on investments)”이라고 규정한 것은 문언상 협정 발효일 이전에 발생한 분쟁은 포함시키지 않는 취지라고 판시하였다.⁸⁰⁾

한편 이와는 달리 국제법의 일반 원리를 적용하여 조약 발효 전 발생한 분쟁에 대한 조약 적용 여부를 검토한 사례들도 있다. 가령

Mavrommatis 사건의 경우 조약이 구체적으로 금지하지 않으면 중재판정부는 조약 발효 전의 분쟁에 대해서도 관할을 가진다고 판단하였다. 이 사건에서는 1차 세계대전 발발 전에 그리스 사업가 Mavrommatis와 오토만 제국이 체결한 팔레스타인 지역에서의 양허 계약을 영국이 위임통치결의와 로잔 조약에 따라 준수할 의무가 있는지 여부가 문제되었다. 영국은 로잔 조약 및 제12의정서가 1924. 8. 6.에 발효되었는데 이 사건이 1924. 5. 13.에 제기되었으므로 중재판정부에 시적 관할이 존재하지 않는다고 항변하였다. 그러나 이에 대하여 중재판정부는 제12의정서는 오토만 제국이 의정서 체결 전 부여한 양허의 당사자들에 대한 처우의 조건을 확정하기 위하여 만들어진 것이므로 이 의정서의 본질적 성격은 그 효력이 의정서가 존재하기 전까지 확장되는 데 있으며 그렇지 않으면 이 의정서는 가장 보호가 필요한 때에 무력해질 것이라고 판단하였다. 같은 맥락에서, 동 판정부는 이 사건이 제12의정서 발효 전에 제기되었다고 하여 기각하더라도 어차피 로잔 조약 발효 후에 다시 제기할 수 있으므로 이를 기각하는 것은 적절하지 않다고 명시하였다.⁸¹⁾

Ping An 사건의 경우 신청인은 2007년-2008년 사이의 기간에 벨기에 Fortis 은행의 지분을 인수하였는데, 2008. 9. 서브프라임 사태로 인하여 전세계적 금융 위기가 발생하였으며 Fortis 은행 역시 도산의 위협에 처하

78) Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, para. 167.

79) Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, para. 168.

80) Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, para. 170.

81) Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A, No.2, Judgment, pp. 33-34.

었다. 이에 벨기에 금융 당국은 도산을 막기 위해 공적 자금을 투입하여 Fotis 은행을 국유화하고 추후 프랑스 BNP 은행에 매각하였다. 신청인은 2012. 9. 당시 발효중이었던 2009년 중국-벨기에 투자협정에 근거하여 ICSID 중재를 신청하였는데, 이는 1984년 중국-벨기에 투자협정을 대체한 신규 투자협정이었다. 2009년 협정에는 협정 발효 전후를 불문하고 모든 투자가 적용 대상이라고 규정하였다. 이에 벨기에는 2009년 협정 발효 전에 발생한 분쟁은 적용 대상이 아니라고 하며 관할이 부존재함을 주장하였다. 중재판정부는 2009년 협정 제8조 제1항에서 “가입국의 투자자와 다른 가입국 사이에 분쟁이 발생한 때에는 분쟁 당사자들은 상대방 당사자에게 분쟁에 대하여 서면으로 통지하여야 한다...(When a legal dispute arises between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, either party to the dispute shall notify the other party to the dispute in writing)...” 라고 규정한 점을 들어, 만일 협정 발효 이전의 분쟁까지 적용대상에 포함되었다면 “가입국의 투자자와 다른 가입국 사이에 분쟁이 발생했을 때에는...(When a legal dispute has arisen)...” 라고 규정하였을 것이라고 하며 벨기에의 해석을 지지하였다.⁸²⁾ 이에 대하여 2009년 협정이 발효일 전후를 불문하고 모든 투자에 적용되어야 하고, 발

효 전 이미 사법, 중재 심리하에 있는 분쟁에 대해서는 적용해서는 안 된다고 규정하고 있는 점을 들어, 전자는 원칙이고 후자는 예외이므로 후자의 예외에 해당하지 않는 모든 분쟁에 대해 2009년 협정이 적용되고, 발효일 전에 발생한 분쟁 또한 이에 포함된다고 하며 판정부의 판단이 비합리적이라고 주장하는 견해도 있다.⁸³⁾

투자협정 발효 전의 분쟁에 대하여 해당 투자협정이 적용될 수 있는지 여부에 대한 사건들을 좀 더 살펴보면 아래와 같다.

Lucchetti v. Peru 사건의 중재판정부는 투자협약이 발효 전에 발생한 다툼이나 분쟁에 적용되어서는 안 된다고 명시했다.⁸⁴⁾ 이는 해당 사건에서 문제된 페루-칠레 양자투자협정에 발효 전 발생한 다툼이나 분쟁에 협정이 적용되지 않는다는 규정을 두고 있었기 때문이다.⁸⁵⁾

Impregilo v. Pakistan 사건에서는 이탈리아 공화국 정부와 파키스탄 이슬람 공화국 정부 사이의 투자 촉진 및 보호에 관한 협정 (Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Protection of Investments) 제9.1조에서 적용 범위를 “가입국과 다른 가입국의 투자자 사이에 발생한 모든 분쟁(any dispute arising between a contracting

82) Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015, para. 224.

83) 김승호, 「ICSID 중재판정례 해설」(법무부, 2018), pp. 898-899.

84) Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005, para. 59.

85) 페루 정부와 칠레 공화국 정부 사이의 상호 투자 촉진 및 보호에 관한 협약(Convention between the Government of the Republic of Peru and the Government of the Republic of Chile for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2001. 8. 11. 발효) 제2조.

Party and the investors of the other)”이라고 규정하고 있다고 하면서, 이러한 문언은 투자협정 발효 전에 일어난 분쟁에는 협정이 적용되지 않음을 암시한다고 밝혔다.⁸⁶⁾

MCI Power Group v. Ecuador 사건의 경우, 판정문에서 비엔나 협약 제28조에 의하면 조약 발효 전에 발생한 분쟁에 대해서는 원칙적으로 관할이 존재하지 않으며 투자협정에 소급효에 대한 규정이 없다는 것만으로는 불소급 원칙의 예외가 인정되지 않는다고 명시하였다.⁸⁷⁾ 한편 이에 대한 무효신청 사건의 판정에서는 신청인이 중재판정부가 부당하게 관할을 부정함으로써 분쟁에 적합한 법률을 적용하지 못했다는 주장을 제기하였으나 위원회는 중재판정부가 법 원칙을 인정하고 고의로 그것을 무시하기로 결정한 사건이 아니라고 판단하였다.⁸⁸⁾

이와 같이 투자협정 발효 전에 발생한 분쟁에 대해서는 시적 관할이 발생하지 않으며 해당 투자협정을 적용할 수 없다는 것이 ISDS 사건 판정의 전반적인 추세인 것으로 보인다.

4. 조약 발효 전에 발생한 “분쟁”의 범위

문제는 분쟁이 조약 발효 전에 발생하였는지 여부를 판단하는 것이 간단하지 않다는 점이다. 이를 판단하기 위해서는 “분쟁”의 범위를 명확히 하는 것이 필요하다. 분쟁의 범위를 확

실히 하는 것은 개별 투자협약에 발효 전 분쟁에 대한 적용 여부를 규정하였는지 여부를 불문하고 투자협약이 적용되는지를 결정하는 데 매우 중요하다. 이에 대해서 몇몇 ISDS 사건의 중재판정부가 기준 또는 정의를 제공하였다.

Lucchetti 사건 판정문에 따르면 분쟁이 투자협정 발효시에 이미 발생하였는지 또는 발효 전 발생한 더 오래 된 분쟁의 계속에 불과한 것인지 여부를 판단하는 기준은 선행 분쟁을 발생시킨 사실관계 및 고려사항이 여전히 후행 분쟁의 중심에 있는지 여부이다. 그리고 이를 판단하기 위해서는 ① 진정한 청구 원인(real cause)이 동일한지, ② 대상(subject matter)이 동일한지를 판단하여야 한다.⁸⁹⁾

Jan de Nul 사건에서도 Lucchetti 사건과 동일한 기준이 적용되었다. 이 사건에서 신청인들은 이집트의 수에즈 운하 관리 공사(Suez Canal Authority, 이하 “SCA”)와 운하 준설 계약을 체결하였는데, SCA는 정보제공 의무를 위반하고 부대비용을 과다하게 공사 대금에서 공제하기로 하였다. 신청인은 과다 공제된 부대비용의 반환을 청구하는 소송을 1995. 12. 행정법원에 처음 제기하였고 2003. 5.에 패소 판결을 받았다. 이후 신청인은 ICSID 중재를 신청하였는데, 이집트는 벨기에-이집트 투자협정이 발효된 것은 2002. 5.이고 동 협정상 발효일 전 이미 발생한 분쟁은 제외되므로 관할이 발생하지 않는다고 주장하였다. 이

86) Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, paras. 299-300.

87) MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para. 61.

88) MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Decision on the Application for Annulment, 19 October 2009, para. 51.

89) Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005, para. 50.

에 대하여 중재판정부는 Lucchetti 사건과 동일하게, 이전 분쟁을 야기한 사실과 고려가 후속 분쟁의 중심적인 요소로서 계속된다면 별개 분쟁이 아니라 동일 분쟁이라고 판시하였으며, 신청인의 청구 근거는 SCA의 위법행위가 아닌 행정법원의 판결이므로 이는 이전 분쟁과 구별되는 새로운 분쟁이라고 보았다.⁹⁰⁾

Micula v. Romania 사건에서 로마니아는 문제된 광천수 판매 가격 인하 조치는 2001년 규정되었는데, 스웨덴-로마니아 투자협정은 2003. 4. 1.에 발효하였으므로 이 투자협정이 적용될 수 없다고 주장하였다.⁹¹⁾ 이에 대하여 신청인들은 투자협정 발효 이후 5회의 가격 변경이 발생하였고 2008년 이후에 발행된 청구서에 기한 청구만을 하는 것이므로 시적 관할이 인정된다고 주장하였다.⁹²⁾ 그러나 중재판정부는 청구서들이 2001년 조례를 근거로 발행되었다는 점에 주목하면서 이러한 조치가 손실을 증가시켰을 수는 있으나 새로운 분쟁은 아니므로 시적 관할이 부인된다고 판단하였다.⁹³⁾ 중재판정부가 명시적인 기준을 밝히지는 않았으나 결국 청구 원인 및 판단 대상이 2001년 조례로 동일하다는 점에 근거하여 새로운 청구가 아니라는 판단을 내린 것이므로 Lucchetti 사건과 같이 궤를 같이 하는 것으로 보인다.

한편, Mavrommatis 사건의 판정부는 분쟁이란 법률 또는 사실 주장의 불일치 즉, 법적인 견해와 이해관계의 충돌(conflict of legal

views and of interests)이라고 판시하였다.⁹⁴⁾

Maffezini 사건의 중재판정부는 Mavrommatis 사건의 판정과 유사하게, “분쟁으로 이어지는 사건의 자연적 연쇄(a natural sequence of events that leads to a dispute)”와 “기술적, 법적 의미에서의 분쟁(a dispute in its technical and legal sense)”을 구별해야 한다고 판시하였다. 즉, 전자는 반대 표시 또는 이견의 진술로 시작하고 이러한 사건들은 법적인 청구의 구성, 당사자 간 논의 및 그 결과 상대방의 거절 또는 무응답을 통해 정확한 법률적 의미를 얻게 된다는 것이다. 또한 이와 같은 사건의 연쇄는 언제 분쟁이 관할 발생에 필요한 동의를 범위에 포함되는 “분쟁”이 되었는지를 정하기 위한 기준일을 정함에 있어 고려되어야 하며, 기준일은 분쟁을 청구와 분리하는 게 아니라 분쟁을 법률적 견해와 이해의 충돌을 수반하지 않는 선행 사건과 분리한다고 보았다. 즉 분쟁이 기준일 이후에 발생하면 청구로 변형될 수 있지만, 반면 기준일 전에 발생하면 투자협정의 규정에 의하여 적용 대상에서 제외된다고 판단하였다.⁹⁵⁾

그러나 Mavrommatis 사건이나 Maffezini 사건의 중재판정부가 제시한 기준은 실제 사건에서 이를 적용하여 분쟁의 범위를 명확하게 구분하기가 쉽지 않다. 당사자의 반대 표시 또는 이견의 진술이 이루어진 시점을 특정하는 것도 어렵거니와 이들이 정확한 법률적 의미를

90) Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 117-128.

91) Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020, paras. 290-291.

92) Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020, paras. 292-293.

93) Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020, para. 299.

94) Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A, No.2, Judgment., p. 11.

95) Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, paras. 96-97.

연계 되는 시점을 밝히기는 더욱 어렵기 때문이다. 따라서 Lucchetti 사건에서 제시하는 기준이 보다 간명하고 유용할 것으로 보인다.

V. 마치며

조약의 불소급 원칙은 기본적인 국제법 원칙으로 비엔나 협약 제28조, 국가책임초안 제14조 및 제15조에서 내포하거나 또는 명시하고 있다. 이 원칙 및 그에 대한 예외는 조약의 적용 가능성을 결정하므로 당사자 및 이해관계인들에게 미치는 영향이 지대하므로 언제 어떤 범위에서 불소급 원칙이 적용되고 그 예외가 인정되는지 깊이 있고 세심한 연구가 요구된다. 한편 ISDS 사건은 대체로 분쟁 규모가 크고 국가와 글로벌 기업 간의 다툼인 경우가 많으므로 그 결과가 미치는 파급효과가 상당히 크다. 따라서 ISDS 사건의 결론을 좌우할 수 있는 불소급 원칙의 적용 여부는 중요한 문제이다.

ISDS 사건의 중재판정부들은 불소급 원칙을 인정하면서도 한편으로 불소급 원칙의 예외를 적극적으로 활용함으로써 시적 관할의 범위를 넓히고 있다. 이러한 예외들이 판정의 구체적 타당성을 높이고 투자자가 보다 충분한 보호를 받는 데 기여한다는 점에서는 환영할 만하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 원칙과 예외를 ISDS 사건에 적용함에 있어 중재판정부들의 입장은 통일되어 있지 않다. 이렇듯 여러 ISDS 판정이 동일한 원칙을 적용함에 있어서도 다양한 기준을 적용하는 등 통일되어 있지 않은 것은 바람직한 상황이 아니다. 단기적으로는 당사자들의 예측가능성이 저하되므로 더 많은 분쟁을 촉발시킬 수 있으며 장기

적으로는 ISDS 제도 자체에 대한 불신감이 팽배하게 될 수 있기 때문이다. 특히 불소급 원칙은 널리 알려진 기본적인 국제법 원칙이며 이에 대한 예외 역시 엄격하게 적용하는 것이 필요하다라는 점에서 더더욱 그러하다.

그러나 ISDS 사건의 중재판정부는 사건마다 임시로 설치되고 원칙적으로 항소 제도도 존재하지 않으므로 상설기구인 국제사법재판소(International Court of Justice)나 최고법원의 판례가 하급심 재판에서 당연히 적용되는 내국 사법기관과 비교할 때 일관성이 떨어지는 것은 놀랍지 않다. 또한 각 사건마다 근거가 되는 투자협정이 상이하고 많은 경우 중재판정부는 투자협정의 내용 및 그에 내포된 당사자들의 의사를 탐구하여 판단을 내리므로 동일한 국제법 원칙이 관련된 사건이라 하더라도 결론이 달라질 수 있다. 그러므로 ISDS 사건에서 단기간 내에 일관성 있는 판정이 내려지기를 기대하기는 어렵다.

따라서 ISDS 사건에서 불소급 원칙이 어떻게 적용되었으며 그 예외는 어떠한 범위에서 인정되었는지를 폭넓게 연구하여 유형화함으로써 추후 발생할 수 있는 ISDS 사건에 대비할 필요가 있다. 단기적으로는 현재 진행 중이거나 조만간 제기될 가능성이 있는 사건에서 모든 경우의 수를 가정하여 대응하여야 할 것이며, 중장기적으로는 우리나라가 이미 체결하였거나 체결할 예정인 투자협정에서 관련 조항을 섬세하게 정비함으로써 불확실성을 줄여나가야 할 것이다. 또한 불소급 원칙과 그 예외의 적용 범위에 대한 깊이 있는 연구 결과를 제시함으로써 ISDS 사건의 중재판정 결과가 장기적으로 점점 일관될 수 있도록 노력할 필요성도 있다. 추후 보다 다양한 판례를 분석하여 발전된 후속 연구로 보완하겠다.

참고문헌

〈국내 문헌〉

김승호, 「ICSID 중재판정례 해설」, 법무부, 2018.

〈외국 문헌〉

서적

Bungenberg, Griebel, Hobe and Reinisch, *International Investment Law*, Bloomsbury, 2015.

James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013.

Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, 2011.

Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.

논문

Bartels, “Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU Made a Mistake?”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012.

Georges R. Delaume, “ICSID Arbitration: Practical Considerations”, *Journal of International Arbitration* Vol.1,

1984.

Gattini, “Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 16, 2017.

Hober, “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

H. Waldock, “First Report on the Law of Treaties”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1962.

International Law Commission, “Reports of the Commission to the General Assembly”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966.

International Law Commission, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 2001.

M.A. Rogoff, “The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty”, *Maine Law Review*, Vol. 32, 1980.

M.A. Rogoff, B.E. Gauditz, “The Provisional Application of International Agreements”, *Maine Law Review*, Vol. 39, 1987.

Paul Gragl, Malgosia Fitzmaurice, “The Legal Character of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, 2019.

Simonsick, “Is Provisional Application on the Rise in International Investment Agreements? The European Union’s Recent Treaty Practice and the Curious Case of Von Pezold”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, 2019.

Stanimir A. Alexandrov, “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction Ratione Temporis”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005.

Veijo Heiskanen, “Entretemps: Is There a Distinction Between Jurisdiction Ratione Temporis and Substantive Protection Ratione Temporis?”, *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8, 2018.

〈ISDS 판정〉

Aaron C. Berkowitz et al (formerly Spence International Investments et al) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (Corrected), 30 May 2017.

Ansung Housing Co., Ltd v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 9 March 2017.

Bernhard Von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of

Ecuador, PCA Case No. 34811 (UNCITRAL), Interim Award, 1 December 2008.

CMS Gas Transmission v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003.

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

Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti Peru S.A. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/30, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

Ioan Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020.

Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007

Island of Palmas case (Netherlands v. USA), 4 April 1928.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation, and LG&E International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000.

Mavrommatis Palestine Concessions, PCA Series A-No.2, Judgment (Objection to the Jurisdiction of the Court), 30 August 1924.

MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007.

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002.

Oded Besserglik v. Republic of Mozambique, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Award, 28 October 2019.

Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012

Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015.

Rusoro Mining Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan,

ICSID Case No. ARB/02/13, Award, 31 January 2006.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este SA v. The Dominican Republic, LCIA Case No. 7927 (UNCITRAL), Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008.

Swisslion DOO Skipje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 6 July 2012.

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

The Renco Group Inc. v. Republic of Peru II, PCA Case No. 2019-46, Decision on Expedited Preliminary Objections, 30 June 2020.

United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, UNCITRAL, Award on the Merits, 24 May 2007.

Victor Pey Casado and Foundation Presidente Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID case No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Imperfection of the Principle of Non-retroactivity of Treaties : Focusing on Jurisdiction Ratione Temporis of ISDS Cases

Jeonghye Sophie Ahn

Yulchon LLC
(jhahn@yulchon.com)

The principle of non-retroactivity of treaties is unarguably recognized as a general principle of international law. Nevertheless, various issues are raised in applying the principle to actual ISDS cases since the principle itself connotes imperfection.

For example, the tribunals have jurisdiction *ratione temporis* over states' acts prior to entry into force of the treaties to the extent that these acts are part of continuous or composite acts. The question is how to determine whether an act is continuous or composite.

Other examples are provisional application of treaties and states' obligation to refrain from defeating the object and purpose of treaties pending entry into force of the treaties. Questions are raised on the scope of provisional application, the meaning of the object and purpose of treaties and defeating thereof, none of which are clearly answered.

The treaty tribunals continue to render inconsistent awards on the aforesaid issues. More concise and reasonable tests should be developed to enhance consistency and predictability of awards in ISDS cases.

Keywords : non-retroactivity, ISDS, treaty arbitration, jurisdiction *ratione temporis*, ICSID