

투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 대상이 된 투자자 보호원칙에 관한 연구

A Study on the Investor Protection Principle as a Legal Basis of
Investor - State Dispute Settlement(ISDS)

김 경 배*
Kyung-Bae Kim

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 개요
- III. 투자자 보호원칙과 연계된 ICSID 중재판정사례 분석
- IV. 시사점
- V. 결 론

주제어 : 투자자-국가분쟁해결제도(ISDS), 투자, 투자자, 자유무역협정(FTA), 국제투자분쟁
해결센터(ICSID), 내국민대우원칙, 최혜국대우원칙, 공평하고 공정한 대우원칙, 수용

* 대한상사중재원 중재사업본부장, 경영학박사

I. 서론

세계통상환경을 보면 일정한 국가들 간의 무역자유화는 극대화 하면서 그 외의 국가들에게는 배타적인 지역주의(regionalism)가 가속화 되고 있는 상황이다. 또한 자유무역협정(FTA: Free Trade Agreement)을 중심으로 하는 지역주의는 1995년 WTO 체제 출범 이후 오히려 확산되고 있으며 이러한 추세는 2000년대에 들어서 더욱 활발히 진행되고 있다. 우리나라는 세계의 FTA 확산속도에 비해 늦게 출발한 감은 있으나 짧은 기간 동안에 여러 나라와 FTA를 추진하고 있어¹⁾ 자본선진국과의 FTA, 특히 미국과의 FTA 체결로 인해 발생할 수 있는 투자분쟁을 간과할 수가 없다. 우리나라가 FTA를 통해 얻을 수 있는 이익만큼이나 우리가 감수해야 할 의무도 적지 않다. 즉, 자유무역협정에는 체결국의 정부의 영역 내에서 상대방 체결국 투자자의 투자에 대해 지켜야 할 의무들을 담고 있으며 또한 체결국이 그 의무들을 위반하여 투자자에게 손해를 입혔을 경우 그 손해를 보전하고 투자 및 투자자를 보호해 줄 법적 안전장치가 마련되어 있다.

이번 한·미 FTA 체결과정에서 큰 이슈화를 불러 일으켰던 사안 중의 하나가 바로 투자자-국가간 분쟁해결제도(ISDS: Investor-State Dispute Settlement)이다. 외국투자자가 투자유치국 정부를 상대로 소송을 제기할 수 있는가 하는 점에서 다시 말하면, 정부의 외교보호권이 제한된다는 점에서 국민들과 언론의 큰 관심을 끌었던 것 같다. 특히, 우리나라는 정책적으로 BIT(BIT :Bilateral Investment Treaty)나 FTA 등 지역협정을 많이 체결해야 되는 상황 하에서 ISDS와 그 대상이 된 투자자 보호원칙의 연구는 큰 의미가 있다고 할 수 있다. 아울러 국제투자 관련 선행연구논문들은 ISDS 및 투자자 보호원칙 보다는 대부분의 국제투자분쟁해결에 관한 연구들이었다.

그러므로 본 논문에서는 전통적 정부의 외교보호권이 배제되고 투자분야에 한정하여 정부를 상대로 제소할 수 있는 절차인 ISDS에 관한 개념과 우리나라가 외국과 체결한 자유무역협정 상의 ISDS를 이론적으로 고찰하고 또한 ISDS의 대상이 되고 국제통상 및 투자협정 상에 중요한 투자자 보호규정인 내국민대우원칙, 최혜국대우원칙, 공정하고 공평한 대우원칙, 수용 등과 관련된 ICSID 중재판정사례의 법리를 분석하고 이에 대한 시사점 등을 제시하여 관련 정부당국이나 지자체, 공기업 등의 관계자에게 향후 FTA 체결이나 투자협정체결에 많은 도움이 되었으면 좋겠다.

1) 우리나라는 2004. 4. 1. 한·칠레 FTA 발효, 2005. 4. 16. 한·싱가포르 FTA협정문안 확정 및 가서명, 2005. 9. 13. 한·유럽자유무역연합인 EFTA와 협정문안 확정 및 가서명, 한·미 FTA는 국회 비준중이고 한·유럽연합 FTA는 협상 진행 중임.

II. 투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)의 개요

1. 투자자-국가 분쟁해결제도의 의의 및 특징

투자자-국가 분쟁해결제도는 외국인 투자자가 투자유치국 정부의 조치로 인하여 피해를 입은 경우 투자유치국 정부를 상대로 중재절차를 통하여 손해배상청구를 할 수 있는 제도이다.²⁾ 일반적으로 국제투자협정에는 외국인투자자라는 민간영역과 투자유치국간에 투자로 인하여 발생하는 분쟁을 해결하는 독특한 제도가 발전되어 왔다. 즉, 대부분의 투자협정(BITs) 및 지역무역협정(RTAs)은 투자자와 정부간 분쟁에서는 우선 양자간 우호적인 협상을 시도하고 그 협상이 실패할 경우 중재로 회부할 수 있도록 하는 조항을 규정하고 있다.³⁾

투자자-국가 분쟁해결제도의 큰 특징을 살펴보면, 첫째, 외국의 투자자의 본국정부가 아닌 외국인 투자자 개인이 직접 투자유치국 정부를 상대로 중재절차의 개시를 요구 할 수 있다는 점이다. 과거 정부간 조약에서 정부의 조약위반으로 인하여 피해를 입은 외국인 개인이 직접 상대국 정부를 상대로 권리를 주장할 수 없었다. 그러나 양자간투자협정(BITs)에서부터 외국인 투자자 개인이 직접 투자유치국 정부를 상대로 권리주장을 할 수 있는 장치를 마련하고 있다.⁴⁾ 둘째, 분쟁해결은 중재절차에 의한다는 것이다. 셋째, 중재절차의 개시에 있어서 중재합의가 있는 것으로 간주된다는 점이다. 일반적으로 중재절차의 개시에 있어서는 중재합의가 있어야 하지만 투자자-국가 분쟁해결제도에 있어서는 조약에 의하여 중재합의가 있는 것으로 간주되고 별도의 중재합의가 필요 없다. 넷째, 투자유치국 정부의 잘못이 인정되는 경우 손해배상책임이 부과될 수 있다는 점이다.

2. 중재판정사례로 본 투자와 투자자의 개념

국제투자(international investment)란 현지기업의 수익활동에 대한 직·간접적 참여의 대가로 사용되는 유형 또는 무형의 자산이 한 국가로부터 투자유치국으로 이전되는 것을 의미하며⁵⁾ 외국인의 국내투자와 내국인의 해외투자라는 양면성을 가지고 있다.⁶⁾ 이러한 국제

2) 김태병, "투자자-국가 분쟁해결제도와 사법부의 행위", 「국제규범의 현황과 전망」, 법원행정처, 2008, p.526.
 3) 산업자원부, 투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점, 2007, p.4.
 4) Won-Mog Choi, "The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm", Journal of International Economic Law, 2007. 9, p.3.
 5) Sornarajah, M, The International Law on Foreign Investment, Cambridge Univ. Press, 1994, p.4.
 6) 최승환, 「국제경제법」, 법영사, 2001, p.754.

투자를 통하여 투자자와 투자유치국은 각자의 이익을 추구하는데, 투자자의 입장에서는 생산비 절감, 선진기술의 습득, 해외시장의 개척, 안정적인 자원 확보라는 경제적 이익을 실현할 수 있고⁷⁾ 투자유치국의 입장에서는 기술이전 및 선진경영기법의 전수, 자본의 국내 유입, 국내의 고용창출 및 생산성의 제고 등을 통해 자국의 경제발전을 꾀할 수 있다.⁸⁾

이러한 투자의 범위와 개념은 ICSID협약의 관할권 요건에도 중요한 요소가 되고 있다. 즉, ICSID 협약은 체약국과 다른 체약국 국민 간에 투자로부터 직접 발생한 법률상 분쟁의 해결을 규정하고 있는데 그 관할요건의 기본 요소인 투자가 존재하지 않는 경우에는 중재신청 자체를 각하하고 있다. 중재판정부는 투자에 대한 개념의 해석을 대체적으로 투자의 범위를 넓게 해석하는 경향이다.

국제투자의 주체로서 투자자는 자연인과 법인으로 분류한다. 투자자의 국적은 당해 투자자가 투자협정의 적용을 받는 대상이 되는지 여부를 판단하는 중요한 기준이 된다. 따라서 자연인의 국적으로 중재판정부가 투자자의 국적을 결정하는데 기준으로 삼는 것은 일반적으로 자신의 국적국가라고 주장되는 해당국가의 법률이다. 한편 BIT에서는 양 체약국의 국적을 이중으로 보유한 자도 대상 투자자로 인정하는 경우가 있는데 ICSID 협약 제25조 제2항 b호에서 언급한 이중 국적자를 협약의 관할 대상에서 배제한다는 규정을 근거로 ICSID의 중재판정부는 당사자적격이 없다는 이유로 각하를 하고 있어 BIT와 ICSID 협약 간에 충돌이 발생하는 경우가 있다.

법인투자자의 국적판단에 있어서도 주로 문제가 되는 것은 당해 법인과 투자유치국간의 관련성이다. ICSID 중재판정부는 법인의 국적을 판단할 때 소유자의 국적보다는 설립지를 고려하여 판단하는 경향을 보여 왔다.

3. 자유무역협정(FTA) 상에서 언급한 ISDS

(1) 한-미 FTA¹⁰⁾

한-미 FTA는 일방당사국이 투자자 또는 투자에 대하여 취한 조치를 정의하면서 (a) 중앙·지방 또는 지방 정부와 권력기관이 채택하거나 유지하는 조치 그리고 (b) 중앙·지방 또는 지방 정부와 권력기관으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부기관이 채택하거나 유지하는 조치라고만 규정하고 있고 내국민대우, 최혜국대우 외의 최소대우기준(minimum standard of treatment)에 대하여 규정하면서 국제관습법에 따른 공정하고 공평한 대우(fair

7) John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of Economic Relations*, St., Paul, Minn., 1995, p.85.

8) Brewer, Thoma L., *The Global Race for Foreign Direct Investment, Prospects for the Future*, Stockholm: Springer-Verlag, 1993, p.181.

9) *Champion Trading v. egypt* 사건, *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates* 사건.

10) 한-미 FTA 제11장(투자) 제1절 제11.1조 제3항, 제11.3조, 제11.4조, 제11.5조, 제11.6조, 제11.7조.

and equitable treatment)와 충분한 보호와 안전의무(full protection and security)를 포함시키고 있으며 공정하고 공평한 대우를 제공하는 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법 절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무¹¹⁾를 포함한다고 규정하고 있다.

(2) 한-칠레 FTA

정부 조치와 관련하여 일방당사국이 투자자 또는 투자에 대하여 채택하거나 유지하는 조치라고만 언급하고 있고(제10.2조 제1항) 한-미 FTA와 같이 최소대우기준에 대하여 세계의 주요 법률체계에 구현된 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다는 규정은 없다.

(3) 한-싱가포르 FTA

한-미 FTA와 마찬가지로 정부의 조치와 관련하여 당사국이 투자자 또는 투자에 대하여 채택하거나 유지하는 조치라고만 언급하고 있고(제10.2조 제1항) 최소대우기준에 대하여 공정하고 공평한 대우를 제공할 의무는 형사적·민사적 또는 행정적 심판절차상의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다는 규정을 두고 있다. 또한 각 당사국은 투자자의 권리를 추구하고 방어함에 있어서 법원 및 행정법원 그리고 모든 수준의 관할권 안에 있는 기관에의 접근에 대하여 같은 상황에서 자국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 자국 영역 안에서 타방 당사국의 투자자에게 부여한다고 규정하여 사법에의 접근에 있어서 외국인 투자자에게 내국민대우의 요건을 특별히 규정하고 있다.

4. 국제투자분쟁의 해결절차

(1) 국제투자분쟁과 해결기관

외국투자자와 투자유치국간의 투자분쟁을 특정 국가의 국내법원을 통해 해결하는 것은 많은 한계점¹²⁾이 존재하기 때문에 국제중재의 효용성이 부각되었고¹³⁾ 국가와 사인간의 분쟁의 비중이 점차 커짐에 따라 당사자의 일방을 국가로 하는 중재제도가 출현하게 되었다.

국제상업회의소(ICC)가 일찍이 1922년에 사인간의 국제상사분쟁을 처리하기 위해 설립

11) 정의를 부인하지 아니할 의무라 함은 국제법상 사법부가 외국인에게 차별적인 행위를 하지 아니할 의무를 의미한다.

12) 국내법원을 통한 분쟁해결의 한계점으로 첫째, 투자유치국의 국내법을 통한 투자보장은 투자유치국의 일방적인 법률개폐가 가능함으로 외국투자자가 이를 신뢰하기 어렵고 둘째, 분쟁발생시 투자유치국 국내법원에 제소하는 경우 a) 분쟁의 일방당사자인 국가의 국내법원에서는 공정한 재판을 받을 수 있다는 보장이 없으므로 적법한 분쟁해결기관이 되기 어려우며, b) 설사 분쟁당사자인 자연인이나 법인의 국내법원이라 하더라도 주권면제나 판결집행의 문제점 등을 지적되고 있다.

13) Schultz J.C, Van Den Berg, *The Art of Arbitration*, Dordrecht: Kluwer Law International, 1984, p.175.

한 국제중재법원(International Court of Arbitration)이 1965년 비엔나 총회에서 채택된 특별결의를 통해 국가와 개인간의 분쟁까지 관할하게 되었다.

1965년 3월 18일에 작성되고 1966. 10. 14.에 발효된 국가와 다른 국가 국민간의 투자 분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States)에 의해 체약국과 다른 체약국 국민간의 투자로부터 발생한 법적 분쟁을 조정 또는 중재에 의하여 해결하는 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)가 설립됨으로써 동 협약 체약국간의 개인 및 기업이 다른 체약국을 상대로 ICSID에 분쟁을 회부할 수 있게 되어 민간해외 투자의 보호를 위한 투자분쟁해결제도로서의 기능을 수행하게 되었다.¹⁴⁾

오늘날 대부분의 BIT에서는 ICSID 협약에 따라 ICSID 중재로 해결할 것을 규정하고 있다. 또한 특정 중재기관을 결정하지 않고 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재 또는 각국 중재기관의 중재로 해결할 것을 규정한 경우도 있다.

(2) ICSID의 중재

1) 관할요건

ICSID 관할요건은 ICSID 협약 제25조 제1항 제1호에 규정되어 있다. 즉, ICSID에 중재를 신청하기 위해서는 협약 제25조 상의 관할요건인 첫째, 분쟁당사자들이 당해 분쟁을 ICSID에 회부하기로 서면 동의하고 둘째, 투자에서 직접적으로 발생한 법률상의 분쟁이어야 하며 셋째, 일방당사자가 협약의 체약국이어야 하고 상대방은 다른 체약국의 국민이어야 한다는 등의 요건을 모두 충족되어야 한다. 위 3가지 요건이 흠결되는 경우에는 ICSID 사무국은 당해 사건에 대한 관할권이 없다는 이유로 중재신청을 거절한다. 예컨대, 분쟁당사자가 모두 체약국이거나 모두 투자자인 경우에는 ICSID 관할이 미치지 않아 중재신청이 거부된다. ICSID에 회부할 수 있는 중재의 대상은 법률상의 분쟁에 국한하고 있다. 그러나 계약의 전부 또는 일부의 재교섭과 같은 이해관계의 충돌에 관한 분쟁은 일반적으로 ICSID 협약의 적용범위에 속하지 아니한다. 즉, 상업상 및 경제상의 이익과 같은 단순한 이익의 충돌과 관련된 분쟁은 대상이 아니다.

2) 중재절차

ICSID 중재를 이용하고자 하는 당사자는 사무국장에게 중재합의의 사본과 합의의 증거, 당사자적격을 판단할 수 있는 자료, 청구취지를 기재한 중재신청서를 제출하여야 한다.¹⁵⁾ 사무국장은 접수된 사건에 대한 심사권을 가지며 중재합의, 당사자적격 및 분쟁의 성질에

14) 유병화, 「국제법I」, 법문사, 2000, p.633.

15) 협약 제1조, 제2조.

관한 심사를 통해 당해 분쟁이 ICSID의 관할권을 갖는지 여부를 판단한다.

당사자 일방이 중재인 선정에 협력을 거부하거나 양당사자가 일정한 기간¹⁶⁾ 내에 합의에 도달하지 못한 경우, ICSID 운영이사회의 의장은 물론 당사자 일방의 요청에 따라 아직 선정되지 못한 중재인을 선정하여야 한다.¹⁷⁾ 아울러 재직 중 사망하거나 사임한 중재인을 교체하는 경우에도 동일한 권한을 행사하게 된다.¹⁸⁾

중재판정이 내려지기 전에 화해에 의한 분쟁해결에 당사자들이 합의한 경우 중재판정부는 중재절차의 종결을 명하거나 당사자 쌍방의 요청에 따라 합의된 조건에 의거하여 중재판정 형식으로 화해조서를 작성하게 된다.¹⁹⁾

ICSID에서 내려진 중재판정에 관한 승인 및 집행에 있어서는 중재판정은 협약에 규정된 경우를 제외하고는 어떠한 불복신청 또는 구제수단의 대상이 되지 않는다고 하여 그 종국성을 확인하고 있으며²⁰⁾ 각 체약국이 판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 그 판정에 의해 부과된 금전상의 의무를 자국 법원의 종국판정과 같이 집행하여야 한다고 규정하고 있다.²¹⁾

3) 중재판정의 취소

ICSID 협약 제52조에는 중재판정부에 의해 내려진 중재판정의 취소절차에 대해 규정하고 있다. 중재판정의 취소사유는 첫째, 중재판정부가 적절히 구성되지 않았다는 점 둘째, 중재판정부가 자신의 권한을 명백히 벗어났다는 점 셋째, 중재인에게 명백한 부정이 있었다는 점 넷째, 기본적인 절차규칙을 중대하게 위반하였다는 점 다섯째, 중재판정에 판정이유를 명시하지 않은 점 등이다.²²⁾

중재판정취소신청서가 접수되면 ICSID 운영이사회의 의장은 중재인단 중에서 3인의 중재인을 선정하여 특별위원회를 구성한다. 중재판정을 내린 중재인은 특별위원회에서 제외되며 분쟁당사국이나 분쟁당사자의 소속 국가 국민이어도 안 된다.

중재판정이 취소되면 협약 제52조 제6항에 의해 구성될 새로운 중재판정부에 의해 다른 중재판정이 내려질 때까지 집행될 수 없으며 해당 중재판정이 효력을 상실한다. 당해 분쟁은 일방 당사자의 요청에 따라 새로운 중재판정부에 다시 중재를 신청할 수 있다.²³⁾ 즉, 중재판정의 전부가 취소된 경우, 당사자들은 중재절차를 다시 시작해야 하고 일부만 취소된 경우에는 취소된 부분에만 국한하여 새로이 중재절차를 재개할 수 있다.

16) 협약 제38조(중재판정부의 구성) 사무국장이 신청의 등록을 통지한 날로부터 90일이다.

17) 협약 제30조, 제38조.

18) 고준성, “국제투자분쟁해결센터의 제도에 관한 연구”, 「법학박사학위논문」, 고려대학교, 1991,12, p.119.

19) 강주연, “ICSID에 의한 국제투자분쟁해결”, 「법학박사학위논문」, 이화여자대학교, 2001, p.23.

20) 협약 제53조 제1항.

21) 협약 제54조 제1항.

22) 협약 제52조 제1항.

23) 협약 제56조 제6항.

Ⅲ. 투자자 보호원칙과 연계된 ICSID 중재판정사례 분석

1. 투자자 보호원칙의 개관

투자협정에서는 투자자 보호를 위한 다양한 실체적 보호조항을 규정하고 있다. 이러한 조항들 중에 내국민대우, 최혜국대우, 공정하고 공평한 대우, 보상 없는 수용금지, 포괄적 보호조항에 관한 사항들이 대부분 중재판정사례로서 다루어지고 있다.

내국민대우(national treatment)와 최혜국대우(most-favored-nation treatment)는 모두 외국인 투자자를 차별적으로 대우하는 것을 방지하기 위한 보호규범들이다. 내국민대우는 내국인과의 차별을 금지하는 것으로 GATT나 WTO에서 언급한 동일한 상품에 대한 차별을 금지하는 것이 아니라 국내에 투자하여 사업을 영위하는 외국인 투자자 보호함을 목적으로 경쟁적 위치에 있는 내국인 투자자에 대한 대우와 비교한 차별금지가 주된 내용이다.

한편, 최혜국대우는 외국인 투자자에 대한 제3국 투자자가 받는 대우보다 차별적인 대우를 하지 않을 것을 내용으로 한다. 보통 차별적 대우는 제3국 투자자와 비교한 차별보다 내국인과 비교한 차별이 주로 문제되었고 따라서 최혜국대우는 내국민대우에 비해 그 다지 주목을 받지 못했다.

공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)는 종래에는 국제관습법 상 최소기준 대우의 일부로서 인정되어 왔고 그 내용도 주로 사법거부와 관련하여 검토하여 왔다. 그러나 최근 투자분쟁에서 중재판정부는 공정하고 공평한 대우에 대해 그 내용과 범위를 확대하여 해석, 적용하고 있으며 이를 통해 투자유치국의 의무위반을 인정하는 사례가 증가하고 있다. 공정하고 공평한 대우는 최근 들어 문제가 되기 시작하여 그 내용과 범위가 명확하게 정립되지는 않았다.

수용(expropriation)²⁴⁾은 직접수용(direct expropriation)과 간접수용(indirect expropriation)으로 구분할 수 있다. 직접수용에 관한 중재판정의 경우에는 비교적 사실관계 명확하여 중재판정부의 역할이 보상액 결정에 국한되는 경향이 있다. 이에 반해 간접수용의 경우에는 투자유치국의 규제권한과 경계가 모호하기 때문에 많은 우려를 낳았던 분야이다. 그 동안 중재판정사례를 보면, 중재판정부는 대체로 국가의 규제권한을 인정하면서 간접수용에 해당하기 위한 기준을 다소 엄격하게 해석, 적용하고 있다.

24) 수용은 국가가 사인의 재산에 소유권을 박탈하거나 이전하는 것으로 국가가 외국인 투자자와 자산을 수용하는 경우에는 정당한 보상을 하여야 한다는 원칙이 국제법상 인정되고 있다.

2. 내국민대우 원칙

(1) 중재판정사례²⁵⁾²⁶⁾

1) Marvin Roy Feldman v. 멕시코 사건²⁷⁾

신청인은 미국에서 담배를 수입하여 멕시코에서 판매하는 무역회사이다. 멕시코에서 담배사업에 종사하고 있던 신청인이 투자한 회사는 일정기간 동안 세금환급을 받아 왔으나 이후 세금환급이 거절되었고 혹독한 감시도 받아 왔다. 반면 국내 경쟁자들은 세금환급을 계속하여 받고 있다며 이를 내국민대우 원칙을 위반한 조치라고 주장하였다.

중재판정부는 신청인과 멕시코 업체인 Pablano사가 담배판매 사업 등에 있어 동일한 사정에 있다고 인정한 후 두 업체에 대한 차별이 있는지 검토하였다. 중재판정부는 신청인은 1997년 10월, 11월 두 달 동안 세금환급을 못 받았고 나아가 1996. 6.부터 1997. 9까지 환급받은 세금을 다시 반환하라는 지시를 받았으나 Pablano사는 위 기간동안 세금을 모두 환급받았다는 사실을 인정하였고 또한 신청인에 대해 1998년 감사를 벌인 후 수출업 등록을 취소하였으나 Pablano사에게는 형식적인 감사만 하였고 등록을 허가 해 준 사실도 인정하였다. 따라서 중재판정부는 이러한 사실에 비추어 멕시코 정부는 국내 동종 경쟁업체인 Pablano사와 신청인 회사를 차별대우 했으며 이는 NAFTA 제11조²⁸⁾상의 의무를 위반하였다고 판정하였다.

25) S.D. Myers v. 캐나다 사건: 신청인은 PCB 폐기물을 캐나다로부터 미국 오하이오의 자신의 공장으로 수입하여 처리해 왔다. 캐나다 정부가 PCB 폐기물의 대미 수출을 금지하자, 신청인은 신청인과 경쟁관계에 있는 캐나다 업체를 보호하기 위한 것으로 NAFTA 제1102조의 내국민대우 의무를 위반하였다고 주장하였다. 캐나다 정부는 PCB 폐기물의 대미수출 금지에 대해서도 적용되는 것으로 차별이 아니며 신청인의 주장은 보건이나 환경이라는 공공측면에서 정당화될 수 없으며 자신의 시장점유율을 보호하기 위한 것이라고 항변하였다. 중재판정부는 캐나다에서 PCB 폐기물 처리사업을 운영하고 있는 캐나다 업체인 Chemsecurity와 Cintec이라는 업체를 비교대상으로 보았고, 신청인이 이들 회사와 캐나다에서 경쟁관계에 있었으며 또한 이들 업체가 환경부 장관을 상대로 신청인의 수출금지조치를 취하도록 로비하였다고 믿고 있었다. 따라서 중재판정부는 캐나다 정부의 PCB 폐기물의 대미수출금지조치는 캐나다 업체를 보호하기 위한 의도를 가진 것으로 보았고 따라서 내국민대우 의무를 위반하였다고 판정하였다.

26) International Thunderbird Gaming v. 멕시코 사건: 신청인은 게임산업에 종사하는 캐나다 회사로, 멕시코에서 게임산업을 운영하기 위하여 자신의 영업이 현재의 멕시코 법에 의해서 허용되는지 멕시코 내무부에 문의하였고 멕시코 정부는 긍정적인 답변을 하였다. 신청인은 2개 도시에서 게임영업장을 운영하였는데 이후 멕시코 정부는 신청인이 사용하는 기계가 멕시코 법을 위반한 것이므로 즉시 2개 도시에 있는 시설의 영업을 중지하라는 명령을 하였다. 신청인은 멕시코 정부의 영업중지명령을 다투면서 신청인과 동일한 상황 하에서 영업하던 멕시코 투자자들은 영업을 계속하고 있다면서 내국민대우 위반을 주장하였다. 중재판정부는 신청인에 대한 조치를 취할 당시 멕시코 정부는 멕시코 업체를 포함한 다른 업체에 대해서도 동일한 조치를 취하였고 국내 사업자에 대한 영업폐쇄 처분을 위한 절차가 진행 중이거나 진행이 완료되었다고 인정하면서 신청인에게만 특별한 부당한 조치를 취한 것은 아니라고 보고 신청인의 내국민대우 위반 주장을 인정하지 않았다.

27) Marvin Roy Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 2002. 12. 16.

28) NAFTA 제1102조(내국민대우) 제1항 : Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than it accords, in like circumstances, to its own investors, with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investment.

2) Pope & Talbot v. 캐나다 사건²⁹⁾

신청인은 캐나다에서 제재소를 운영하는 미국기업으로 캐나다산 연목재를 자신의 미국 공장으로 수입하여 가공을 한 후 판매하고 있었다. 그런데 캐나다와 미국정부는 연목재 교역과 관련하여 협약을 체결하였다. 이 협약에 따라 캐나다는 미국으로 수출하는 연목재에 대해 일정 쿼터를 초과하는 물량에 대해서 수출세를 부과하였다. 신청인은 이러한 쿼터 및 수출체제는 쿼터 적용 예외 지역인 캐나다의 다른 4개주의 동종업체에 실질적인 특혜를 준 것으로 이는 미국에 주로 수출하는 자사에 대한 차별조치에 해당하고 NAFTA 제1102조의 내국민대우를 위반한 것이라고 주장하였다.

이에 대한 중재판정부는 비교대상자를 확정하면서 신청인과 비교 가능한 내국인 사업자는 4개 지역의 캐나다 업체가 아니라 세금부과 대상이 되고 있는 500개 이상의 캐나다 업체가 비교대상이라고 결정하고 이들 업체와 비교하면 신청인은 차별적 대우를 받고 있지 않다고 판단하면서 신청인의 주장을 인정하지 않았다.

(2) 사례분석

외국인 투자자의 투자를 유치할 때, 투자유치국이 투자협정에서 외국인 투자자에 대한 차별을 방지하기 위한 방안으로 내국민대우 원칙을 규정하고 있다. 내국민대우란 외국인 투자자와 투자에 대하여 내국인에 비해 차별적인 대우를 하지 않아야 한다는 원칙을 말한 것으로 이 원칙에서의 핵심적인 개념은 내국민대우 원칙의 위반을 판단하는 기준과 투자자 및 투자에 대한 비교대상이라고 할 수 있다.

중재판정부는 내국민대우에 관하여 판단하는 기준으로 대부분 NAFTA 제1102조의 해석과 관련하고 있다. 즉, 중재판정부는 3단계 검토과정을 거쳐 내국민대우 위반을 판단하고 있다. 첫 번째 단계는 비교대상을 확정하는 것으로 외국인 투자자 또는 투자의 비교대상이 되는 내국민 투자자 또는 투자가 구체적으로 누구 또는 무엇인지를 결정하는 것이다. 두 번째는 비교대상이 된 외국인 투자자 또는 투자와 내국민 투자자 또는 투자 간에 차별이 존재하는지를 검토하며 세 번째로는 차별적 대우가 인정된다면 대상자간에 동일한 사정이 있는지 다시 말하면, 그런 차별적 대우를 정당화할 만한 다른 사정이 있는지를 검토하였다.

내국민대우는 먼저 외국 투자자 및 투자에 대한 비교대상이 되는 내국민 투자자 및 투자 즉, 국내의 비교대상자를 결정하는 문제가 투자분쟁에 있어서의 쟁점이 되고 있는 사항 중의 하나이다. Pope & Talbot v. 캐나다 사건³⁰⁾에서 중재판정부는 내국민대우 위반 여부를 검토하기 위해서는 외국인 투자자 또는 투자와 동일한 사업 또는 경제적 영역에서

29) Pope & Talbot Inc. v. Canada, UNCITRAL, 2000. 6. 26.

30) Pope & Talbot, Co. v. Canada 사건, UNCITRAL 2000. 6. 26. 본안에 관한 중간판정, 2001. 4. 10. 본안에 관한 판정, 2002. 5. 31. 손해액에 관한 판정, 2002. 11. 26. 비용에 관한 판정.

운영되고 있는 다른 내국인 투자자 또는 투자와의 비교가 필요하다고 설명하였다. 즉, 비교대상자는 동일한 사업 또는 경제적 영역에서 활동하고 있는 내국인 투자자와 투자가 된다는 것이다. 본 중재판정부는 비교대상자를 확정하면서 신청인과 비교 가능한 내국인 사업자를 4개 지역의 캐나다 업체가 아니라 다른 지역의 500개 이상의 캐나다 업체가 비교대상이라고 결정하면서 신청인은 내국인대우에 관한 차별적 대우를 받고 있지 않다고 결정하고 신청인 주장을 기각하였다.

그러나 *Feldman v. 멕시코 사건*³¹⁾에서 중재판정부는 신청인과 비교대상으로 담배의 구입과 판매에 관련된 멕시코 기업들을 확정하고 멕시코 정부가 신청인 회사를 차별대우했다면 내국인대우 위반을 인정하였다. 위 두 사례에서 내국인대우 원칙의 판단기준으로 중요한 것은 외국인 투자자에 대한 비교대상으로 동일한 사업 또는 경제적 영역에 있는 특정한 내국인 투자자를 확정하는 것임을 알 수 있다.

3. 최혜국대우 원칙

(1) 중재판정 사례

1) ADF Group Inc. v. USA 사건³²⁾

미국에서는 주정부가 연방자금을 지원받아 고속도로 건설공사를 할 경우 미국산 철강을 사용하도록 하는 의무구매조항(Buy America Provision)을 두고 있었다. 신청인은 캐나다 회사로 미국에 자회사를 두고 있었고 이 회사는 버지니아 주에서 발주한 건설공사에서 하도급업자로 참여하였다. 신청인은 미국산 재료를 의무적으로 사용하도록 한 규정을 다투면서 NAFTA 제1103조 최혜국대우조항을 원용하였다. 즉, 신청인은 미국-알바니아 양자투자협정 제2조 제3항(a), (b)³³⁾와 미국-에스토니아 양자투자협정 제2조 제3항 (b)³⁴⁾을 원용하면서 신청인에게 공평한 대우 및 완전한 보호 및 안전보장 의무가 부여되고 이러한 보장 의무는 NAFTA 제1105조의 최소기준대우와 구별되는 독립된 대우 원칙이라고 주장하였다.

중재판정부는 최혜국대우 조항을 통한 다른 투자협정의 보호조항을 원용하는 것이 가능하다고 인정하였다. 그러나 NAFTA 제1103조 최혜국대우에 따른 보장은 NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항에서 정부조달의 경우에는 적용이 배제된다고 규정하고 있어 이

31) *Marvin Roy Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 2002. 12. 16. 본안에 관한 판정.

32) *ADF Group Inc. v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, 2003. 1. 9. 최종판정

33) 미국-알바니아 양자투자협정 제2조 제3항 (a) 각 계약국은 모든 경우에 있어 공정하고 공평한 대우와 완전한 보호 및 안전을 부여하여야 하고, 어떤 경우에도 국제법상 요구되는 수준보다도 불리한 대우를 부여하여서는 아니된다. (b) 각 계약국은 어떠한 경우에도 투자에 대한 영입, 운영, 판매와 처분에 관하여 불합리하고 차별적인 방법으로 이를 훼손하여서는 아니된다.

34) 미국-에스토니아 양자투자협정 제2조 제3항 (b) 각 계약국은 어떠한 경우에도 투자에 대한 경영, 운영, 유지, 이용이나 향유, 취득, 확장 또는 처분에 관하여 불합리하고 차별적인 방법으로 이를 훼손하여서는 아니된다.

사건은 이러한 정부조달에 해당되어 신청인의 최혜국대우 위반 주장을 받아들이지 않았다. 위 사건은 최혜국대우 조항에 의한 원용을 인정하기 하였으나 조달계약에 관하여는 최혜국대우가 적용되지 않으므로 실제 최혜국대우 위반을 판단하지 않았다.

2) Emilio Agustin Maffezini v. Spain 사건³⁵⁾

아르헨티나 업체인 신청인 Maffezini는 스페인의 갈리시아 지역에 화학제품의 생산 및 판매를 위한 기업을 설립하려고 하는데 분쟁이 발생하였다. 그런데 아르헨티나와 스페인 간의 양자투자협정 제10조에는 국제중재를 신청하기 위해서는 먼저 국내법원에 제소하여 18개월이 경과한 후에도 해결되지 않은 경우에만 중재신청이 가능하다고 규정하고 있다. Maffezini는 이러한 장애를 극복하기 위하여 아르헨티나-스페인 간 양자투자협정 제4조에 규정된 최혜국 조항에 따라 국내법원에 제소할 필요 없이 바로 국제중재신청이 가능하도록 규정한 칠레-스페인 간 양자투자협정에 포함된 분쟁해결조항을 근거하여 국제중재신청을 하였다.

중재판정부는 이 사건과 같은 특이한 경우에 있어서 Maffezini에게는 스페인-칠레 간 양자투자협정의 분쟁해결조항을 원용할 수 있고 ICSID에 사건을 제기하기에 앞서 스페인 법원에 분쟁을 제기할 필요가 없다고 판정하였다.³⁶⁾

(2) 사례분석

최혜국대우의 원칙은 외국인 투자자나 투자에 대해 제3국의 투자자나 투자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여한다는 것으로 GATT 이후 최혜국대우 조항의 중요성이 부각되었다. 최혜국대우 조항에 대한 규정에서 문구나 적용범위는 투자협정마다 규정하는 방식이나 내용이 통일되어 있지 못하고 상당한 차이가 있다. 이러한 규정의 다양성으로 인하여 최혜국대우에 관한 중재판정이 통일되지 못하는 원인 중의 하나가 되고 있다.³⁷⁾

최근 중재판정에서는 최혜국대우 조항을 통해 절차적 보호조항을 원용할 수 있는지에 대해 논란이 있었다. 일부 중재판정부는 최혜국대우 조항이 절차적 보호조항에 확장되는 데에는 제한이 있다는 의견을 제시하기도 하였다.³⁸⁾ 대부분의 국제투자분쟁 해결절차에서

35) Emilio Agustin Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 2000. 1. 25. 판정.

36) 본 사건의 중재판정부는 최혜국 조항을 넓게 해석하면서도 최혜국대우 조항이 제한 없이 확장 해석될 수 있다는 점을 우려하면서 최혜국대우 조항을 적용하는데 고려하여야 할 주의사항으로 첫째, 최혜국대우의 범위는 협약 문언에 근거하여야 하고 둘째, 최혜국대우 조항은 동 조항과 관련된 동일한 대상문제나 동일한 범주의 대상에 속하는 문제에만 적용된다는 동종제한의 원칙(*ejusdem generis principle*)에서만 적용되고 셋째, 최혜국대우의 기준은 협약조건인 핵심조건으로서의 고려사항인 공공정책을 무효화 하면서까지 적용되어서는 안 된다 등을 제시하였다.

37) Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Thirtieth Session, (1978) Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1(Part 2) and Most-Favoured-Nation Clause, Yearbook of the International Law Commission, 1970, Vol. II, pp.201-213.

는 최혜국대우를 실제적 권리와 관련하여 적용하여 왔으나 최근 중재판정 사례에서 최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용될 수 있다고 인정함으로써 논란이 발생하였다. 따라서 최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용될 수 있는지와 관련하여 광범위하게 해석한 사례와 제한하는 사례로 나누어 살펴보고자 한다.

위 *Maffezini* 사건에서는 최혜국대우 조항에 대한 확장 해석을 하였고 *Simens v. 아르헨티나 사건*³⁹⁾에도 영향을 미쳤다.⁴⁰⁾ 위 *Maffezini*와 *Simens* 두 사건에서 중재판정의 결과는 일부 국가에서 논란이 되었고 이들 국가는 최혜국대우를 분쟁해결절차에까지 적용하는 것으로 보아서는 안 된다고 주장하였다. 이후 최혜국대우 기준의 해석경향은 다른 중재판정에서 상당한 수준의 변화가 일어났고 이들 중재판정에서는 보다 제한적인 접근방법을 취하였다. 이 제한적 접근방법을 취한 사건들 중 하나로 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan* 사건⁴¹⁾을 들 수 있다.

이 사건의 중재판정부는 최혜국대우조항이 분쟁해결을 위한 목적으로도 인용될 수 있는지 검토하였다. 본 사건의 중재판정부는 *Maffezini* 사건의 중재판정부가 제시한 주의사항에도 불구하고 실제 최혜국대우를 그렇게 넓게 해석할 경우 투자분쟁에서 법정선택의 위험에 대한 불확실성을 더할 수 있다고 우려 의사를 표시하였다. 따라서 중재판정부는 본 사건의 분쟁은 *Maffezini* 사건과는 다르다는 근거 하에 최혜국대우 조항을 분쟁해결절차에 적용한다는 것을 제한하였다.

또 다른 *Plama Consortium v. 불가리아 사건*⁴²⁾에서 투자분쟁해결절차에서 최혜국대우

38) *Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003. 5. 29. 판정. 본 사건의 중재판정부는 협약의 소급적용문제와 관련하여 이러한 사항은 협약당사자국들이 반드시 협의를 하여야 할 핵심적인 사항이라고 하면서 최혜국대우 조항을 통한 확대적용에 제한을 인정하였다. 중재판정부는 협약을 체결할지 말지와 관련된 협약의 핵심적인 사항은 반드시 협약당사국간에 협의를 거쳐 최혜국대우 조항이 적용된다는 점을 명시하여야만 하고 이 부분에 관하여 구체적으로 규정하지 않은 것은 협약 당사자국간에 합의가 있지 않은 것으로 추정되어야 한다. 따라서 이러한 범위에 속한 규정들은 최혜국대우의 적용이 배제되는 것으로 보아야 한다고 판정하였다.

39) *Simens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, 2004. 8. 3. 관할에 관한 결정.

40) *Simens* 사건에서도 *Maffezini* 사건과 마찬가지로 아르헨티나-독일 간 양자투자협정에서 중재신청을 하기 앞서 아르헨티나 국내법원에서 18개월의 분쟁해결기간을 갖도록 하고 있다. *Simens*는 이러한 전제조건을 회피하기 위해 최혜국대우 조항을 인용하여 중재신청에 앞서 국내법원에서 제소할 필요가 없도록 규정한 아르헨티나 칠레 간 양자투자협정의 적용을 주장하면서 국제중재신청을 하였다. 중재판정부는 *Maffezini* 사건에서 내려진 중재판정부의 결정과 의견을 같이 하면서 이러한 분쟁해결 매카니즘에 대한 접근은 투자협약에서 제공하고 있는 보호의 일부분이고 외국인 투자자와 투자에 대한 대우의 일부분이며 최혜국대우 조항을 통해 접근할 수 있는 이익의 일부분이다. 이러한 결론은 *Maffezini* 사건에서 중재판정의 결정과 일치한다고 하였다.

41) 이 사건은 신청인인 이탈리아 투자자가 양자투자협정에 따라 중재신청을 하였지만 중재판정부는 최혜국대우 조항을 분쟁해결절차에 적용하는 것을 제한하였다. 다시 말하면, 이탈리아-요르단 양자투자협정에는 본 계약으로부터 발생한 분쟁은 계약에서 규정한 분쟁해결절차에 회부하여야 한다고 명백히 규정하고 있다. 그러나 신청인은 요르단-영국 간 양자투자협정과 요르단-미국간의 양자투자협정 상에 ICSID에 대한 중재신청이 가능함을 확인하고 자신의 ICSID에 대한 중재신청을 정당화하기 위하여 요르단-이탈리아 양자투자협정 중 최혜국대우 조항을 인용하여 중재신청을 하였다. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, 2004. 11. 9. 관할에 관한 결정, 2006. 1. 31. 판정.

42) 이 사건은 에너지현장협정과 사이프러스-불가리아 간 양자투자협정을 동시에 적용할 수 있었다. 그 중 사이

기준의 적용문제가 쟁점화 되었다. 이 사건의 중재판정부는 최혜국대우 기준과 관련하여 두 가지 관점 즉, 첫째, 최혜국대우 조항이 대우의 모든 분야에 적용되는지 둘째, 이러한 대우는 불가리아가 체결한 다른 양자투자협정의 분쟁해결절차에도 적용되는지 관하여 검토하였다. 먼저 중재판정부는 최혜국대우 조항은 사이프러스-불가리아 간 양자투자협정에 따라 ICSID에 분쟁을 제기하는데 대해 동의를 한 것으로 해석할 수 없다고 결정하였다. 즉, 중재판정부는 Maffezini 사건과 Salini 사건에서의 접근방법을 비판하면서 두 가지 관점에서 이유를 제시하였다. 첫째, 중재의 기본적 전제조건은 당사자들의 중재합의라는 점을 강조하면서 “국내법에서나 국제법에서나 이러한 중재합의는 명확하여야 한다는 것을 강조하면서 매우 확립된 원칙이다. 양자투자협정 체계 내에서 중재합의는 국가가 사전에 양자투자협정에 포함되는 투자분쟁에 대한 동의를 청약하고 투자자가 이를 승낙하면 중재합의가 성립된다. 중재합의가 인용에 의해 체화(incorporation by reference)되는 방식으로 성립한다면 당사자 명확한 의도에 대해 의심이 생길 수 있다”고 하면서 최혜국대우 조항을 통한 인용에 대해 부정적 견해를 제시하였다. 둘째, 어떤 분쟁해결절차가 더 우호적인지 결정하기 위한 객관적 검증이 어렵다는 점을 들었다. 즉, 중재판정부는 하나의 양자투자협정에서는 UNCITRAL 중재를 규정하고 다른 양자투자협정에서는 ICSID 중재를 규정하고 있다면 어떤 것이 더 우호적인가라는 반문하면서 “최혜국대우 조항은 계약국 당사자가 기본협약에서 체화를 허용한다는 의도를 명백히 허용하고 있지 않는 한 최혜국대우 조항을 통해 다른 협약에서 규정하고 있는 전부 또는 일부의 분쟁해결절차를 인용함으로써 체화될 수 없다”고 제시하였다.

4. 공정하고 공평한 대우

(1) 중재판정 사례

1) Metalclad Corporation v. Mexico 사건⁴³⁾

신청인은 미국회사로 멕시코에서 폐기물처리사업을 위해 중앙정부의 승인을 받고 멕시코에 코테린이라는 자회사를 설립하여 쓰레기 처리시설에 대해 투자하였다. 그런데 멕시코 주정부가 건설허가를 내 주지 않고 시설부지를 생태보전지구로 지정하면서 시설철거를 명하자 신청인은 주정부가 권한을 행사함에 있어 투명성이 부족하고 NAFTA 제1105조(공

프러스-불가리아 간의 양자투자협정에서는 수용에 관한 분쟁만 중재로 제기할 수 있고 그의 사항에 대해서는 ICSID의 중재관할을 예정하고 있지 않았다. 그리고 최혜국 조항은 각 계약국은 상대방 계약국의 투자자가 한 투자에 대해 제3국 투자자가 한 투자에 대한 대우보다 불리한 대우를 하여서는 아니된다고 규정하고 있었다. 신청인은 이런 최혜국대우 조항에 근거하여 투자와 관련된 모든 분쟁을 ICSID에 제소할 수 있도록 한 핀란드-불가리아 간 양자투자협정을 인용하여 중재신청을 하였다. *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 2005. 2. 8. 관할에 관한 결정.

43) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 2000. 8. 30. 판정.

정하고 공평한 대우)를 위반하였다고 주장하였다.

중재판정부는 제1105조에 따른 의무의 범위와 성격에 대해 NAFTA 서문과 투명성 요건에 관한 제18장을 포함한 NAFTA 규정을 참조하면서 투명성을 보장할 의무는 투자자에게 제1105조에서 보장된 최소기준대우 의무의 일부를 구성한다고 보았다. 이에 따라 중재판정부는 멕시코 정부가 신청인에게 사업계획과 투자에 대한 투명하고 예측가능한 체계를 보장하지 않았다고 하면서 제1105조를 위반하였다고 인정하였다.

2) Methanex v. USA 사건⁴⁴⁾

신청인은 캐나다 기업으로 메탄올을 생산하여 국내외 판매하여 오고 있었다. 캘리포니아 주정부는 가솔린 첨가제인 MTBE의 사용을 금지하는 조치를 취하였다. 이 MTBE의 주원료는 메탄올로서 메탄올을 생산하는 신청인은 사업에 타격을 받았다. 신청인은 캘리포니아 주정부의 조치는 내국인을 보호하고 외국인을 차별하기 위한 조치로 이러한 차별적 조치는 최소기준대우에 위반된다고 주장하였다.

중재판정부는 차별적 대우에 중점을 두면서 인종적, 파벌적 차별과 같은 차별적 대우는 국제관습법 상 최소기준대우 위반으로 인정될 수 있지만 이 사건에서는 국제관습법 상 최소기준대우 위반으로 인정될 만한 차별적 조치가 없었고 내국민대우에 관한 판단에서 미국 내 메탄올 생산업체와 비교하여 차별이 있다고 볼 수 없다고 결정하면서 신청인의 최소기준대우 위반 주장을 인정하지 않았다.

(2) 사례분석

공정하고 공평한 대우는 문자 그대로 외국인 투자자를 공정하고 공평하게 대우할 의무를 나타낸 것으로 많은 협약에서 다양한 방식으로 규정하고 있지만 통일된 해석원칙이 확립되어 있는 것은 아니다.⁴⁵⁾ 특히, 최근 NAFTA 판례와 관련하여 많은 논란이 되었고 그 논란은 공정하고 공평한 대우의 내용을 넓게 해석할 것인가 아니면 국제관습법 상 인정되는 최소기준⁴⁶⁾으로 볼 것인가 하는 것이다.

국제투자분쟁 사건에서 공정하고 공평한 대우에 관한 내용을 Waste Management Inc. v. Mexico 사건⁴⁷⁾과 Tecmed Medioambientales S.A. v. Mexico 사건⁴⁸⁾을 통해서 살펴보면,

44) Methanex v. United States of America, UNCITRAL, 2001. 1. 15. 관할에 관한 결정, 2002.8. 7. 부분판정, 2005. 8. 3. 최종판정(NAFTA).

45) Juillard는 “공정하고 공평한 대우의 기준을 투자협정에서 포함하고 있다는 것은 협약의 다른 규정의 해석과 협약에서의 불일치를 충족하기 위한 보조적 요소로 작용한다. 공정하고 공평한 대우의 원칙의 해석은 중재판정부의 판정을 통해 발전하고 있다. P. Juillard, “L’evolution des sources du droit des investissements”, Recueil des Cours, tome 250, 1994. p.83.

46) 최소기준대우 원칙(minimum standard of treatment)이란 계약국은 외국인 투자자에게 국제법에서 인정된 권리만큼은 최소한 부여하여야 한다는 원칙을 말한다. 즉, 외국인에 대한 대우를 규율하는 국제관습법 상의 개념으로 국가가 국내의 법이나 관행과 상관없이 외국인과 그 재산에 대해 대우할 때 존중하여야 할 최소한의 원칙들을 말한다.

정부 행위가 자의적이고 전적으로 불공정하고 부당한 경우 그리고 차별적이고 투자자에게 파벌적이거나 인종적인 편견을 부과한 경우, 사법적 타당성을 침해할 정도의 결과를 야기할 정도로 적법절차의 부족이 관련된 경우 등으로 인하여 투자자에게 피해를 야기한 때에는 공정하고 공평한 대우가 침해된 것으로 볼 수 있다는 점을 제시하고 있다.

그러나 이 최소기준대우의 인정기준과 관련하여 자주 인용되는 판결 중의 하나가 1926년에 내려진 Neer 사건⁴⁹⁾이다. Neer 사건에서 재판부는 정부조치가 최소기준 대우 위반으로 인정되기 위해서는 정부조치가 터무니없거나 고의적이거나 의무를 의도적으로 무시하거나 모든 객관적인 제3자가 보기에도 결함을 인정할 수 있을 정도로 국제기준에 훨씬 못 미치는 결함이 있는 경우에 인정되는 것으로 해석하였다. 따라서 공정하고 공평한 대우는 외국인과 그 재산에 대해 국제법에 따라 인정된 최소기준의 하나의 요소로 인정되어 왔었다. 그런데 일부 중재판정부가 이 기준을 넓게 해석하는 판정을 내리자 많은 논란을 야기하였고 결국 NAFTA 자유무역위원회가 이를 제한할 의도로 좁게 해석하도록 하는 해석원칙을 발표하기도 했다.⁵⁰⁾

한편, 공정하고 공평한 대우를 넓게 해석하는 입장에서는 국제관습법에 포함되는 최소기준으로 제한 것이 아니라 일반원칙, 다른 협정상의 의무들을 포함하여 모든 범위의 국제법 법원들을 고려하여 넓게 해석하거나 또는 공정하고 공평한 대우를 별도의 자체적 규범으로 인정하고 있다. Mann은 투자에 대한 공정하고 공평한 대우와 완전한 보호 및 안전보장은 최상위 의무를 구성한다고 보았고 특히, 공정하고 공평한 대우는 최소기준대우보다 포괄적이고 과거의 규정형태보다 훨씬 객관적인 기준을 통해 최대한의 보호를 부여하기 때문에 최소기준대우와 동일시하는 것은 잘못된 것이라고 비판하였다.⁵¹⁾ 대다수의 중재판정부는 공정하고 공평한 대우를 넓게 해석하는 경향이 있다.

47) Waste Management Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, 2004. 4. 30. 최종판결.

48) Tecmed Medioambientales S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003. 5. 29. 판결.

49) United Nations, Reports of international Arbitral Awards, 1926, IV, p.60. 이 사건은 미국정부가 Paul Neer 가족을 대신하여 멕시코를 상대로 미국-멕시코청구위원회에 제소하였다. Paul Neer는 멕시코에서 살해되었는데 그 상황이 모호하였다. 미국은 멕시코 정부가 책임자를 기소하는데 있어 성의가 없으므로 가족에게 배상을 하여야 한다고 주장하였다. 위원회는 멕시코 당국이 미국시민을 살해한 자들을 파악하고 처벌하는데 실패한 것이 그 자체로 외국인대우에 관한 국제법상 최소기준을 위반한 것은 아니라 판정하였다.

50) 학자들 간에도 공정하고 공평한 대우를 국제법상 최소기준대우에 준하여 해석하여야 한다는 견해가 다수이다. Mo는 공정하고 공평한 대우는 계약국 당사자에게 국제적 기준에 따라 조치할 의무를 부과한다고 설명하였고, (Mo, Some Aspect of the Australia-China Investment Protection Treaty, Journal of World Trade Law, No. 3, 1991(25), pp.43-80.) Kohona도 호주의 양자투자협정들에서 규정하고 있는 국제법에 따른 정당하고 공평한 대우는 국제법상 최소기준대우에 상응하는 대우를 말한다고 하였으며(Kohona, Investment Protection Agreement: An Australian Perspective, Journal of World Trade Law, 1987(21), pp.79-103.) Sacerdoti는 “정당하게 획득한 재산은 공정하고 공평한 대우와 같은 국제관습법 기준에 따라 보호받는다”고 하였다(G. Sacerdoti, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, Recueil des Cours, Tome 269, 1997, p.347)..

51) F.A. Mann, *British Treaties for the Formation and Protection of Investment*, British Yearbook of International Law 24, 1981, p.244.

5. 수용

(1) 중재판정사례⁵²⁾53)

1) Metalclad corporation v. Mexico 사건

신청인은 미국회사로 폐기물처리사업을 위해 멕시코에 코테린이라는 회사를 인수하고 쓰레기 처리시설을 건립하였으나 멕시코 주정부가 건설허가를 내주지 않고 시설부지를 생태보전지구로 지정하고 시설철거를 명하자 이러한 조치는 수용에 해당한다고 주장하였다.

중재판정부는 NAFTA 상 수용에는 투자유치국이 자신을 위하여 투자자의 권리자격을 압류하거나 공식적으로 이전하는 것과 같이 명백하고 의도적이며 인정된 재산에 대한 몰수뿐만 아니라 투자유치국을 위해서는 명백히 이익이 되는 것은 아닐지라도 소유자로부터 전부 또는 상당한 부분에서 재산에 대해 정당하게 기대된 경제적 이익의 이용을 박탈하는 효과를 야기하는 재산의 이용에 대한 은폐적, 우발적 간섭도 포함된다고 하면서 멕시코 주정부의 건설 불허가와 생태보전지구 지정 및 시설철거 명령조치는 간접수용에 해당한다고 결정하였다.

2) World Duty Free v. 케냐사건⁵⁴⁾

신청인은 영국인 투자자로 케냐 정부와 나이로비 및 몸바사 국제공항에서 면세점을 건설, 운영하는 계약을 체결하였다. 신청인은 계약체결 전에 모이 대통령에게 200만 달러를

52) *Wena Hotels v. 이집트* 사건: 신청인은 영국업체로 이집트 공기업인 이집트 국영호텔과 2개의 호텔에 대해 장기임대계약을 체결하고 이집트에서 호텔사업을 영위하고 있었다. 신청인이 호텔을 경영하던 과정에서 이집트 국영 호텔측과 계약관계에 관하여 분쟁이 발생하였다. 그러던 중 이집트 국영호텔 직원이 관여되어 신청인의 2개 호텔을 공격하고 손님을 강제로 쫓아내고 1년 가까이 호텔을 무단 점거하는 사건이 발생하였다. 신청인은 이집트 공기업인 이집트 국영호텔이 직접 군중을 동원하여 호텔을 불법으로 점거하고 직원들과 손님들을 강제 축출한 것은 이집트 정부가 투자자의 자산을 직접 몰수한 것이라고 주장하였다. 중재판정부는 수용은 정부가 개인의 자산을 몰수하는 경우뿐만 아니라 국가가 개인의 소유권을 제3자에게 이전하는 경우에도 발생한다는 것을 국제법에 의해 일반적으로 받아들여지고 있다고 인정하면서 수용은 국가가 피수용자에 대해 법원의 보호를 철회하는 경우와 국가가 목시적으로 소유자의 재산을 타인의 압류상태에 있도록 방치하는 경우에도 발생할 수 있다고 인정하였다. 따라서 이 사건에서 이집트 정부가 이집트 국영호텔에서 강제로 호텔을 점거하고 1년 가까이 불법적으로 점유하며 호텔가구와 집기를 훼손하도록 방조한 것은 별다른 어려움 없이 수용에 해당한다고 하면서 손해배상금, 이자, 경비 등을 포함하여 2천만 달러를 배상하라고 결정하였다. *Wena Hotel Ltd. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, 1999. 6. 29.* 관할에 관한 결정, 2000. 12. 8. 본안에 관한 판정.

53) *Eudoro Armando Olguin v. 파라과이* 사건: 신청인은 페루 국적자로 파라과이에 투자전문 금융회사에 투자하였다. 그 후 파라과이 정부는 금융시스템 상 문제로 경제위기가 있었고 신청인이 투자한 금융회사는 파산되어 손실을 입었다. 신청인은 ICSID에 중재신청을 하면서 파라과이 정부는 투자금융회사를 감독할 책임이 있고 이를 게을리 하여 자신의 금융손실을 입혔으며 이는 금융손실의 수용에 해당한다고 주장하였다. 중재판정부는 신청인의 수용의무 위반 주장에 대하여 수용이 성립하기 위해서는 정부의 적극적인 행위가 있어야 하는데 관리감독 해태라는 부작위에 대해 수용을 주장하는 것은 부당하다고 하면서 신청인의 주장을 기각하였다. *Eudoro Armando Olguin v. Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, 2000. 8. 8.* 관할에 관한 결정, 2001. 7. 26. 최종판정.

54) *World Duty Free Company Ltd. v. Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7. 2006. 10. 4.* 중재판정.

기부한 적이 있고 신청인이 면세점을 운영하던 중 모이 대통령은 신청인에게 대통령 재선 캠프를 위한 비자금 조성을 협조하였으나 이를 거절하였다. 이후 케냐 정부는 신청인이 운영하던 면세점의 원소유자를 다른 사람이라고 결정하였으며 신청인은 케냐로부터 추방당했다. 신청인은 계약상 분쟁해결 조항에 따라 ICSID에 중재신청을 하면서 케냐정부의 조치는 불법적인 수용에 해당한다고 주장하였다.

중재판정부는 신청인이 모이 대통령에게 지급한 미화 200만 달러의 돈이 뇌물에 해당된다고 인정하고 따라서 신청인에게는 권리를 행사할 권한이 법적으로 보장되지 않는다며 신청인의 주장을 인정하지 않았다.

(2) 사례분석

외국인 투자자의 투자에 대한 수용⁵⁵⁾ 또는 재산권의 박탈은 여러 가지 형태를 취할 수 있다. 1970년대와 1980년대에는 직접 수용이 문제 되었지만 최근에는 주로 간접수용이 문제되고 있다. 이러한 간접수용의 문제는 정부의 규제적 권한과 관련하여 어느 정도까지를 간접수용으로 인정할 것인지가 이다.

중재판정부마다 간접수용의 판단기준이 모두 일치하지는 않지만 간접수용을 판단하는데 있어 대체적으로 크게 3가지 범주이다. 첫째, 재산권에 대한 간섭 정도이다. 둘째, 정부조치의 성격 즉, 정부조치의 목적과 내용이다. 셋째, 투자에 이르게 된 정당한 기대에 대한 정부조치의 간섭의 정도 등이다.⁵⁶⁾

먼저 재산권에 대한 간섭의 정도를 살펴보면, 대부분의 중재판정부는 외국인 투자자의 소유권의 본질적인 부분을 박탈하거나 또는 간섭이 상당기간 지속될 경우에 인정된다는 견해이다. 다시 말하면, 정부규제가 투자자의 경제적 권리 즉, 소유, 이용, 향유, 사업영업을 무효로 돌림으로써 실질적으로 훼손하는 경우에는 수용이 될 수 있다고 판정하였고 재산권에 대한 단순한 제한은 몰수가 되지 않는다고 하였다. 그리고 정부조치가 간접수용에 해당되는지와 관련하여 정부조치 성격에서 중요하게 고려되는 요소는 정부조치가 사회적 목적이나 복지를 증진시키기 위한 정부권한에 해당하는지 여부이다. 즉, 정부조치가 공중보건, 안전, 공중도덕 또는 복지와 같이 널리 인정되고 있는 공공목적에 대해 취해졌다는 것은 간접수용에 해당하지 않은 것으로 보고 있다. 또한 반독점, 소비자보호, 환경보호, 토지계획에 관련된 비차별적 조치는 국가기능의 본질적인 요소로 인정되기 때문에 보상이

55) 수용이란 국가가 사인인 재산에 대해 소유권을 박탈하거나 소유권을 이전하는 것으로 이는 일반적으로 국가작용의 일종으로 인정되어 온 개념이다. 외국인의 재산을 국유화하거나 공식적으로 재산권을 타인에게 이전시키거나 명백한 물리적 압류를 통해서 직접적으로 발생시키는 직접수용과 직접 재산권을 박탈하지는 않으나 국가의 규제조치가 소유자의 재산권에 대한 실질적 이익을 박탈하는 것과 같은 동일한 효과를 갖는 간접수용 등으로 나눌 수 있음.

56) OECD Working Papers on International Investment, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, 2004. 9. p.10.

필요하지 않는 정부규제로 인정될 수 있다. 끝으로, 정부조치가 투자자의 정당한 기대에 영향을 미치는 경우에도 간접수용이 될 수 있다. 이 경우 투자자는 문제된 규제체제가 없는 상황에 근거하여 투자하였다는 점을 입증하여야 할 것이다.

IV. 시사점

1. 내국민대우

중재판정부가 내국민대우를 판단하기 위해 중요한 요소가 되는 동일한 사정(*like circumstance*) 등의 기준에 관하여 명확하게 규정하고 있지는 않다. 따라서 내국민대우 위반여부의 결정은 각 중재판정부에 맡겨져 있고 그 중재판정부는 각 사안별로 그 적용을 검토하고 있다. 지금까지 중재판정부의 판정을 보면, 내국민대우에 위반될 수 있는 정부조치에 대해 법률상의 조치뿐만 아니라 외국인에게 차별적인 영향을 미치는 사실상의 조치가 포함될 수 있다는 점을 인정하고 있다. 또한 중재판정부는 내국민대우 위반을 판단하기 위해 비교대상자를 확정하는 문제라든가 또는 차별이 있는 경우에도 정부조치가 정당한 사유가 있는지 검토하고 있다.

이러한 쟁점들에 대해 개별적 사건에 따라 중재판정부별로 일부 차이가 있다. 예를 들면, 비교대상자 확정과 관련하여 *Methanex* 사건에서 중재판정부는 캐나다 메탄올 생산업체와 비교대상자로 미국내 에탄올 업체가 아닌 메탄올 생산업체로 보아 다소 좁게 해석한 반면, *S.D. Myers* 사건에서 중재판정부는 캐나다로부터 PCB 폐기물을 미국으로 수입하는 업체의 비교대상자로 캐나다에서 PCB 폐기물 처리사업에 종사하고 있는 업체로 보아 다소 넓게 해석하였다. 위 사례에서 보았듯이 중재판정부는 일부 차이에도 불구하고 이러한 기준을 적용함에 있어 외국인 투자자에 미치는 경제적 효과를 고려하면서 합리적인 기준을 찾으려고 하고 있으며 정부정책 타당성도 고려하고 있다. 즉, 중재판정부는 외국인 투자자와 내국민 간에 차별이 있는 경우에도 차별에 대한 정당한 정책목표가 인정되는 경우에 내국민대우 위반을 인정하지 않았다.

내국민대우 위반을 판단하는 기준은 어느 정도 정립되어 있으나 구체적인 사안에서 내국민대우 위반여부는 중재판정부가 사안을 검토하면서 제시하고 있다는 점이다.

2. 최혜국대우

최혜국대우는 국제경제관계에서 핵심적인 기준으로 역할을 수행하여 왔다. 이 규정을 통해 교역, 투자, 경제협력 분야에서 외국인은 제3국의 외국인과 동등한 지위를 부여 받

아 왔다. 그러나 최혜국대우 조항이 널리 이용되고 있음에도 불구하고 일반적인 의미에 대한 합의가 부족하고 규정방식도 다양하게 이루어져 왔다는 점이다. 즉, 일부협약에서는 이 조항의 적용범위가 협약의 전체내용에 확장되는 것으로 규정하기도 하고 일부 협약에서는 그 협약에서 규정한 한도 내에서만 적용되는 것으로 규정하기도 하였다. 이와 관련하여 최근 중재판정사례를 통해 나타난 점은 최혜국대우가 규정된 방식과 조항의 문구에 따라 다른 결과가 나올 수 있다는 점이다. *Maffezini* 사건은 정부가 최혜국대우 조항을 분쟁해결조항까지 확장하고 싶지 않은 경우에는 투자협정에 있어 그러한 의사를 명백하게 표시할 필요가 있다는 점을 보여주고 있다. 또한 *ADF* 사건에서 최혜국대우 조항의 적용배제 규정 때문에 최혜국대우 조항이 적용되지 않는었으나 이와 다른 분야에서는 적용이 가능하다는 점을 인정하고 있다.

결론적으로 최혜국대우 조항은 투자협정에서 예정하고 있는 투자자 보호범위를 보다 확장하는 기능을 수행할 수 있기 때문에 적용배제 하는 것이 필요한 경우에는 최혜국대우 조항에서 그러한 점을 분명히 규정하여 둘 필요가 있다.

3. 공정하고 공평한 대우

공정하고 공평한 대우는 규정형식의 차이와 일반적 의미에 대한 통일된 의견이 부재하여 많은 해석상의 문제가 있었는데 이는 주로 중재판정부의 판단에 맡겨져 왔다. 따라서 NAFTA 자유무역위원회는 공정하고 공평한 대우에 대해 국제관습법 상 최소기준대우로 좁혀서 해석하고 있고 이러한 해석원칙을 중재판정부에 의해 받아들여지고 있다. 그러나 중재판정부는 공정하고 공평한 대우의 내용에 대해 최소기준대우로서 인정되었던 안전보호의무, 사법거부를 포함한 적법절차의 보장의무 이외에도 특히 국제관습법과 관련이 없이 규정된 문구를 기준으로 넓은 해석을 시도하여 투명성, 투자에 이르게 된 정당한 기대의 존중, 공정성 등의 요소를 밝혀 왔다. 따라서 우리나라는 공정하고 공평한 대우에 대해 NAFTA와 유사한 규정을 두고 있는 경우에도 바로 NAFTA 자유무역위원회 해석이 적용되지 않는다는 점을 고려하여야 한다.

공정하고 공평한 대우원칙에 관한 중재판정부의 판단을 근거하여 미국을 중심으로 하는 일부 국가에서는 중재판정부의 결정을 참조하여 규정의 내용을 명확하게 하려는 시도가 나타나고 있다. 최근 미국이 칠레, 중앙아메리카, 콜롬비아, 페루와 체결한 FTA에서는 이러한 내용을 반영하고 있다. 즉, 공정하고 공평한 대우와 완전한 보호 및 안전은 국제관습법 상 최소기준대우와 관련이 있다는 점과 협약 상 다른 보호조항의 위반이 바로 공정하고 공평한 대우위반이 되는 것은 아니라는 점을 명확히 하고 있다.⁵⁷⁾

57) 미국이 최근 체결한 FTA 제11.5조(최소기준대우) : 1. 각 계약국은 투자에 대해 공정하고 공평한 대우와 완

4. 수용

수용은 직접수용이나 간접수용이나 보상이 필요하다는 것은 국제관습법에 의해 명확하게 인정되고 있다. 직접수용의 경우에는 상황이 보다 명확하여 보상액 결정에 국한되는 경향이 있으나 간접수용의 경우에는 정부의 보상이 필요하지 않은 규제권한과 관련하여 그 경계가 명확하지 않다. 따라서 중재판정부는 일정한 판단기준 즉, 재산권에 대한 간섭의 정도, 정부조치의 성격, 정당한 투자 당시의 기대에 대한 간섭 등 기준을 적용하고 있지만 대부분의 간접수용을 인정한 사건은 그리 많지 않다.

간접수용의 국제적 논의되는 경향을 보면, 중재판정부와 국제법학자들이 간접수용 여부의 판단기준을 다양하게 제시하고 있으며 국제적으로 이에 대한 법리가 명확하게 확립되었다고 단정할 수 없다. 대부분의 중재판정부는 국가의 조치가 투자의 전부 또는 사실상의 전부를 박탈하는 결과를 가져왔는지, 투자의 합법적 기대를 침해하였는지, 정부조치의 목적과 효과가 비례성을 갖추고 있는지 등의 요소를 고려하여 구체적 사건별로 간접수용 해당 여부를 판단하고 있다.⁵⁸⁾ 위 *Metalclad v. Mexico* 중재사건에서 간접수용 법리에 관한 확장적 해석론에 의해 간접수용 주장이 인정됨에 따라 간접수용 문제에 대한 비판이 제기되었다. 즉, 간접수용 법리 확대에 의해 내외국인 투자자 보호기준이 상이하게 되어 내국인 역차별이 발생하고 국가규제권이 위축될 수 있다는 비판론도 제기되었다.

따라서 최근 미국은 새로이 체결하는 FTA 상에 이러한 점을 반영하여 간접수용에 대한 명확한 기준을 제시하고 있다. 이 점에 대해서도 우리나라는 FTA를 추진하는 과정에서 간과할 사항이 아니라고 여겨진다.

V. 결 론

투자협정이란 당사국 내의 외국인투자를 보호, 증대할 목적으로 외국인투자 보호규범을 정하는 다자 또는 양자간 조약을 말한다. 이런 투자협정 내용에는 내국민대우, 최혜국대

전한 보호 및 안전을 포함한 외국인에 대해 국제관습법 상 최소기준대우를 부여하여야 한다. 2. 제1항에서 투자에 대하여 부여되는 대우는 최소기준대우로서 외국인에 대한 국제관습법 상 최소기준을 말하는 것이다. 공정하고 공평한 대우 및 완전한 보호와 안전은 국제관습법에서 요구되는 것을 초과하거나 그것에 더하여 추가적인 대우를 요구하는 것이 아니고 다른 실체적인 권리를 생성시키는 것도 아니다. 제1항에서 의무는 다음과 같다. (a) '공정하고 공평한 대우'는 주요한 국제적인 법적 체계인 적법절차의 원칙에 따라 형사, 민사 또는 행정절차에서 사법을 거부하지 아니할 의무를 포함한다. (b) '완전한 보호 및 안전'에 따라 각 계약국은 국제관습법 상 요구되는 경찰에 의한 안전보호 수준의 보호를 하여야 한다. 3. 이 협정 또는 별도의 국제협약의 다른 규정에 대한 위반이 인정되는 경우에도 그것이 바로 이 조항에 대한 위반이 인정되는 것은 아니다.

58) 법무부, "한미FTA 투자분야 연구", 2008, p.113.

우, 공정·공평대우, 수용 및 보상, 송금보장 등 투자유치국의 의무와 투자자 대 국가간 분쟁해결절차 등을 규정하고 있다. 이러한 투자협정은 2007년 말까지 전세계적으로 2,600여 개에 달하고 있고 우리나라는 95개(발효 82개, 미발효 13개) 협정을 체결하여 세계 10위에 랭크되어 있다.⁵⁹⁾ 우리나라의 협정체결 횟수에 비추어 보면 현재까지 투자자 보호원칙을 위반하여 ICSID에 투자중재 제소가 아직까지 없다는 점에서 고무적이지만 그렇다고 마음놓고 안심할 수 있는 안전지대는 아닌 것 같다.

본 논문에서 투자자 보호원칙과 관련된 중재판정사례를 살펴보았지만 UNCTAD 조사⁶⁰⁾에 의하면 투자자와 투자유치국 간의 승소비율은 비슷한 수준을 유지하는 것으로 나타나고 있다. 즉, 2007년까지 판정이 내려진 119건 중 투자유치국이 승소한 사건은 42건, 투자자가 승소한 사건은 40건, 합의로 해결된 것은 37건으로 나타났다. 따라서 투자유치국인 개발도상국 입장에서는 상당한 부담으로 작용하고 투자자-국가 분쟁해결(ISDS)에 대한 부정적인 시각을 가지고 있었던 것이 사실이다. 그러나 위 UNCTAD 보고서와 Franck 교수의 조사결과⁶¹⁾에 비추어 보면 크게 우려할 만한 수준은 아니라고 판단된다. 그러므로 향후 우리나라가 BIT나 FTA를 체결함에 있어 투자자-투자유치국간 분쟁해결의 부정적인 견해로 발목을 잡는 일이 없었으면 한다. 그러나 투자중재는 국내에 미치는 영향이 크고 중재에 많은 비용이 필요하며 제소되는 경우 갑자기 대응하는 것이 어려우므로 정부나 지자체에서는 사전에 적절히 대응할 수 있는 준비가 필요하다고 생각된다. 예컨대 멕시코의 경우 초기 투자중재에 제소되었을 때 서로 중재를 맡기 싫어해서 투자중재 대응에 많은 어려움을 겪었지만 캐나다의 경우, 투자중재에 대응하기 위해 각 단계별 대응조치에 관한 체크리스트를 만들어 활용하고 있다는 것이다. 우리 정부에서도 위 두 사례에서 보았듯이 사전 준비의 필요성을 인식하고 다수의 정부부처뿐만 아니라 지자체, 공기업 등이 포함될 수 있으므로 사전에 상호 연락을 할 수 있는 조직구성이 필요하다.

중재판정에 있어, 투자유치국이 투자자 보호원칙을 위반하였다고 인정한 사안 중 가장 많이 위반을 인정한 보호규범은 공정하고 공평한 대우원칙이다. 이에 반하여 정부의 정당한 규제권한을 제한한다는 이유로 시민단체를 중심으로 우려가 제기되었던 간접수용의 경우, 중재판정의 인정비율이 그리 높지 않음을 알 수 있다.

국제투자중재의 제소현황과 투자협정 체결현황 등에 비추어 보면 우리나라도 투자중재 제소 가능성이 상존한다는 점을 예상할 수 있고 이에 대한 대비가 필요하다. 따라서 정부나 대한상사중재원은 투자협정에 따른 분쟁을 예방하고 전략적 관리차원에서 지속적인 연

59) 김지호, “국제투자중재 최근 동향”, 『국제투자분쟁연구』, 대한상사중재원, 2008, p.31.

60) UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Monitor No.1(2008).

61) Franck 교수는 2006. 6. 30. 까지 투자중재에 제소된 102건의 분석한 결과, 최종 중재판정이 52건(인용 21건, 기각 31건), 52건의 평균신청금액 미화 343,400,000불이고 중재판정에서 인용된 평균금액은 미화 10,400,000불이며 신청금액 대비 인용금액 비율은 3%에 불과함. Franck, *Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration* 86 N. Car. L. Rev.1(2007).

구와 조사·분석이 필요하다고 하겠다.

참 고 문 헌

- 강주연, “ICSID에 의한 국제투자분쟁해결”, 「석사학위논문」, 이화여자대학교, 2001.
- 고준성, “국제투자분쟁해결센터의 제도에 관한 연구”, 「박사학위논문」, 고려대학교, 1991.
- 김지호, “국제투자중재 최근 동향”, 「국제투자분쟁연구」, 대한상사중재원, 2008.
- 김태병, “투자자-국가 분쟁해결제도와 사법부의 행위”, 「국제규범의 현황과 전망」, 법원행정처, 2008.
- 유병화, 「국제법I」, 법문사, 2000.
- 최승환, 「국제경제법」, 법영사, 2001.
- 법무부, “한미FTA 투자분야 연구”, 2008.
- 산업자원부, 투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점, 2007.
- Brewer, Thoma L, *The Global Race for Foreign Direct Investment, Prospects for the Future*, Stockholm: Springer-Verlag, 1993.
- Franck, Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration 86 N. Car. L. Rev.1.
- F.A. Mann, *British Treaties for the Formation and Protection of Investment*, British Yearbook of International Law 24, 1981.
- G. Sacerdoti, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, Recueil des Cours, Tome 269, 1997.
- Kohona, “Investment Protection Agreement: An Australian Perspective”, *Journal of World Trade Law*, 1987(21).
- John H. Jackson, William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of Economic Relations*, St., Paul, Minn, 1995.
- Mo, Some Aspect of the Australia-China Investment Protection Treaty, *Journal of World Trade Law*, No. 3, 1991(25).
- P. Juillard, “L’evolution des sources du droit des investissements”, Recueil des Cours, tome 250, 1994.
- Schultsz J.C, Van Den Berg, *The Art of Arbitration*, Dordrecht: Kluwer Law International, 1984.
- Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ. Press,

1994.

Won-Mog Choi, "The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm", *Journal of International Economic Law*, 2007.

OECD Working Papers on International Investment, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", 2004. 9.

UNCTAD, "Latest Developements in Investor-State Dispute Settlement", IIA Monitor No.1(2008).

ABSTRACT

A Study on the Investor Protection Principle as a Legal Basis of Investor - State Dispute Settlement(ISDS)

Kyung-Bae Kim

South Korea has investment agreements such as FTAs, BITs with several countries. Up to now, no single case has been registered against the Korean government on breach of investment agreements, but it is likely that the number of such cases would increase. Therefore, an investor-state dispute settlement system, an arbitral procedure by which a foreign investor may seek compensation of damage against the host country, is gaining its importance. The provision of the ISDS has been one of the hottest issues in Korea while the Kor-US FTA was being signed.

In this respect, with the growing number of regional agreements such as BITs and FTAs, a careful scrutiny on the ISDS is necessary for Korea. I have therefore studied theoretically subjects including the National Treatment(NT), the Most-Favored Nation(MFN), Fair and Equitable Treatment and Expropriation - those that have been the objects of protection on investors. And I have analyzed ICSID arbitral awards and provided implications.

In the ICSID arbitral awards, the Fair and Equitable Treatment turned out to be the most recognized violation on investors by the host State in terms of investor protection. On the other hand, Indirect Expropriation - a matter of which public anxiety was shown led by civic groups - was not generally recognized in arbitral awards. This study is written for sake of governments, local autonomous entities and public enterprises that are in charge of FTAs and BITs.

Key Words : ISDS, Investment, Investor, FTA, ICSID, national treatment, most-favored-nation treatment, fair and equitable treatment, expropriation