

FTA투자규정에 있어서 최혜국대우 조항의 적용범위에 관한 중재판정 사례연구

A Study on the Application Scope of Most-Favored Nation Treatment
in the FTA Investment Provisions Based on the Arbitral Award Cases

김 경 배*
Kyung-Bae Kim

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 최혜국대우(MFN)원칙의 개념과 해석
- III. 최혜국대우 원칙의 적용범위 : 사례분석
- IV. 최혜국대우 원칙의 국제동향 및 시사점
- V. 결 론

주제어 : 최혜국대우, 투자자보호원칙, 국제법위원회, 서비스무역일반협정, 지적재산권일
반협정, 동종제한의 해석원칙

* 대한상사중재원, 경영학박사

I. 서론

세계 많은 나라들이 투자협정, 자유무역협정(Free Trade Agreement : FTA) 등 양자투자협정(Bilateral Investment Treaty : BIT) 및 다자투자협정(Multilateral Investment Treaty : MIT)에 관심을 가지고 체결하고 있는 것이 현재의 일반적인 추세이다. 최근에 양자투자협정(BIT)은 독립된 투자협정 형식으로 체결되어지고 있고, 또한 무역과 투자의 융합 경향에 따라 FTA 체결의 투자협정을 그 일부로 포함시키는 현상이 나타나고 있어 이를 “FTA 내의 투자규범”이라고도 한다. 그 예로서 NAFTA 제11장, 한-칠레 FTA 제10장, 한-싱가포르 FTA 제10장, 한-미 FTA 제11장 등이 있다.

오늘날 무역뿐만 아니라 국제투자협정에서 중요시 되고 있는 최혜국대우(Most-Favored-Nation Treatment : MFN) 조항은 국제통상관계의 기본적인 원칙으로서, 제3국의 외국인 투자자와 비교하여 불리하지 아니한 대우를 하여야 한다는 원칙이다. 이러한 최혜국대우는 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade : GATT) 이후 중요성이 부각되어 왔지만 MFN에 대한 규정에서 문구나 적용범위는 투자협정마다 규정하는 방식이나 내용이 통일되어 있지 못하고 상당한 차이가 있었다. 이러한 규정의 다양성으로 인하여 MFN에 관한 중재판정이 통일되지 못하는 원인 중의 하나가 되고 있다.¹⁾

최근 중재판정에서는 최혜국대우 조항을 통해 절차적 보호조항을 원용할 수 있는지에 대해 논란이 일고 있다. 일부 중재판정부는 최혜국대우 조항이 절차적 보호조항에 확장되는 데에는 제한이 있다는 의견을 제시하기도 하였다.²⁾ 대부분의 국제투자분쟁 해결절차에서는 최혜국대우를 실체적 권리와 관련하여 적용하여 왔으나 최근 중재판정 사례에서 최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용될 수 있다고 인정함으로써 논란이 대두되고 있다.

본 논문에서는 MFN조항의 적용범위에 대하여 광범위하게 사례를 통하여 살펴보았다. 즉, MFN 조항을 통해 다른 협정이 적용되는 범위가 다른 협정의 실체적 권리·의무 규정에 국한되는지, 아니면 분쟁해결 등 절차규정에도 적용되는지, 모든 실체규정에 대해 제한 없이 적용되는지 아니면 일정한 제한이 있는지 여부 등의 실체규정과 더 나아가 분쟁해결절차 등의 적용에 관한 분석을 사례중심으로 고찰하였다.

따라서 본 논문은 MFN조항의 적용해석을 확장하여 해석하려는 견해와 이와 반대로 제한적으로 해석하려는 견해가 대립되는 상황에서 국제투자분쟁의 중재판정사례를 통해 MFN의 실체적 규정이나 절차적 규정의 원용여부를 정립하였다. 뿐만 아니라 무역이나

1) 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.

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

투자협정에서 MFN 조항이 확립된 원칙이나 이론이 존재하지 아니하므로 적용범위로 한정하여 ICSID의 중재판정사례를 분석 및 검토하였고 이를 바탕으로 향후 우리나라가 FTA이나 BIT 체결 시에 반영할 시사점 등을 제시하였다.

II. 최혜국대우(MFN)원칙의 개념과 해석

1. 최혜국대우의 역사적 배경과 개념

최혜국대우의 원시적 개념은 11세기로 거슬러 올라가지만 국가 간에 최혜국대우가 출현하기 시작한 것은 12세기경이다. 15세기에 이르러 정교한 유형의 양자간 최혜국대우 조항이 등장한다. 즉, 1417년 8월 17일 영국 헨리 5세와 플랑데르(Flanders) 백작 및 부르군디(Burgundy) 공작 간의 조약에 최초로 나타난다.³⁾ 그리고 15세기 말이 되면서 수혜국에 부여되던 특혜가 일부 거명된 국가들에게만 제한되지 않고 모든 외국으로 확대하게 된다. 1486년 영국과 Brittany 간의 조약과 1490년 영국과 덴마크 사이의 조약이 그 예이다.⁴⁾

조약의 양당사국이 서로 최혜국대우를 부여하는 쌍방적 최혜국대우 조항은 15세기에 사용되었으며 이것이 일반화되기 시작한 것은 17세기 말로서 1679년 네덜란드-스웨덴 간의 조약과 1692년 영국-포르투갈 간의 조약을 예로 들 수 있다. 따라서 오늘날과 비슷한 형태의 최혜국대우 원칙이 형성되기 시작한 것은 대체로 17-18세기라고 할 수 있다.⁵⁾ 이 시기 상사조약에 최혜국대우 조항이 첫 등장하게 된 조약은 1786년 영국과 프랑스 간에 체결된 Eden 조약이다.

18세기가 되면서 최혜국대우라는 용어가 상사조약에 사용되게 되고 현대적 유형으로 자리 잡게 된다.⁶⁾ 아울러 조건부(conditional) 최혜국대우가 1778년 프랑스와 미국 간의 조약⁷⁾에서 처음으로 등장한다.⁸⁾ 그리고 나폴레옹 시대 이후의 유럽에도 조건부 최혜국대우

3) Schwarzenberger G., "The Most-Favoured Nation Treatment in British State Practice", B.Y.I.L Vol. XXII, 1945, p.97.

4) 이성덕, "최혜국대우 -역사적 발전 과정과 그 개념-", 「서울국제법연구」 11권 1호, 2004, p.85.

5) 조영정, "WTO 다자간 무역협정에서의 최혜국대우원칙", 한국국제통상학회 「국제통상연구」Vol.3. No.1. 2004, p.215.

6) Ustor E., "Most-Favoured-Nation Clause", in R. Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8, 1985, p.412.

7) 1778.1. 1. 미국-프랑스 조약 제2조 : 프랑스 국왕과 미국은 통상과 항해에 있어 다른 국가에게 특별한 혜택을 인정하지 않기로 상호 서약한다. 제3국에게도 즉시 적용되지 않으며 만약 양허가 아무 조건없이 이루어지면 그 제3국은 똑같은 혜택을 누리나 만약 그 양허가 조건부일 경우는 그 대등한 보상을 지불한 연후에 그 혜택을 누릴 수 있다. 송상훈, "최혜국대우조항에 관한 연구 -국제법위원회 1978년 최혜국대우조항에 관한 협약초안을 중심으로-", 고려대학교 대학원, 석사학위논문, 1989.6., p.6.

8) 미국은 1923. 무조건부 최혜국대우로 정책을 바꾸기 전까지는 비록 체결된 조약에 조건부라는 문언이 없더라도 최혜국대우를 조건부로 해석하여 왔다.

가 지배적이었다. 1830년에서 1860년대까지 체결된 조약의 90%가 조건부 최혜국대우를 규정하고 있다고 한다. 그러나 이러한 조건부 방식은 1860년 영국과 프랑스 간에 체결된 소위 Cobden 조약⁹⁾에 의해 폐기되었다. 이 조약은 이후에 체결되는 상사조약들이 무조건부 방식을 채택하게 되는 시발점이 되었다. 이러한 경향은 1860년대부터 1차 세계대전까지 지속되었으며 이는 결국 자유무역주의를 크게 확산시킬 수 있었다.

1930년대 대공황 이후 세계경제가 위축되고 차별적인 관세제도, 수량제한에 의한 무역규제, 지나친 보호무역주의 등장으로 최혜국대우의 결정적인 후퇴를 가져왔다. 그러나 2차 대전이 종료한 이후 국제연합은 실물국제무역을 다루기 위해 ITO현장과 GATT협정에서 국제무역상의 기본원칙인 최혜국대우의 원칙을 명시하게 되었고 1978년 국제연합 국제법위원회(International Law Commission : ILC)는 최혜국대우 규정 초안을 채택하고 국제연합 총회에 제출하였다. 오늘날 대부분의 투자 및 무역협정에는 최혜국대우를 기본원칙으로 포함하고 있다.

일반적으로 최혜국대우는 부여국이 수혜국에게 부여하는 동일한 관세에 있어서 제3국 자체, 제3국의 사람(persons) 또는 물체(things)에 제공하는 대우보다 못하지 않은 대우를 의미한다. 이러한 최혜국대우(MFN)는 국제통상 및 국제투자에 있어서 일반화된 기본원칙으로서 통상조약이나 투자협정 그리고 FTA 투자조항¹⁰⁾에서 거의 예외 없이 들어가는 조항이다. 다시 말하면, 최혜국대우란 당사국이 제3국에 부여한 동일한 권리와 이익을 상대국에 부여한다는 것으로 국제통상관계에서 물품의 수출입을 비롯한 통상 상의 혜택과 관련하여 어떤 체약국이 부여한 최고의 우대조치를 다른 체약국에도 부여해야 한다는 원칙이다.¹¹⁾ 그리고 외국인 투자자나 투자에 대해 제3국의 투자자나 투자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여한다는 것이다. GATT 이후에 최혜국대우의 조항의 중요성이 부각되고 있으며 대부분의 투자협정에 포함되고 있다. 그러나 일부협약에서는 이 조항의 적용범위가 협약의 전체내용에 확장되는 것으로 규정하기도 하고 일부 협약에서는 그 협약에서 규정한 한도 내에서만 적용되는 것으로 규정하기도 하였다.¹²⁾

최혜국대우를 약속하는 규정은 양자조약에서 많이 나타나지만 다자조약에도 발견되는 경우도 있다. 그 효과 면에서 가장 영향력 있는 최혜국대우 조항은 일반적이고 무조건부

9) 이 조약은 자유무역의 이상을 신봉하던 Cobden과 Chevalier의 협상에 의한 것으로 영불간에 관세를 상당한 수준으로 감세하였고 수입금지조치를 폐지하였으며 무조건부의 최혜국대우를 부여하는 것을 주요 내용으로 하고 있다.

10) 한·미 FTA 협정 제11.4조(최혜국대우): 1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립,인수,확장,경영,영업,운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다. 2. 각 당사국은 투자의 설립,인수,확장,경영,영업,운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국의 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자자에 부여한다.

11) 조영정, 전계논문. 2004, p.214.

12) 김경배, “투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 대상이 된 투자자 보호원칙에 관한 연구”, 한국중재학회, 「중재연구」 제19권 제1호, 2009.3., pp.139-140.

적인 GATT 제1조이다.¹³⁾

아울러 최혜국대우는 투자영역의 개방과 자유화를 달성하는데 중요한 수단일 뿐만 아니라 양자 간의 특혜적 선별적 개방으로 인한 경제적 왜곡 현상을 피할 수 있는 수단으로서의 기능도 발휘하고 있다.¹⁴⁾

최혜국대우 조항은 많은 투자협정에서 자주 규정되고 있음에도 불구하고, 외국인 투자자 입장에서는 투자유치국 내에서 내국민과의 차별대우 방지가 주된 관심사였기 때문에 최혜국대우는 그 동안 많은 주목을 받지 못하였다. 최근에 국제투자분쟁이 급속도로 증가함에 따라 최혜국대우 조항도 개별 투자협정중재를 통해 비로소 주목받기 시작하였다.

최혜국대우 의무의 발생근원은 어디에 근거를 두고 있을까? 다시 말하면, 수혜국 등이 최혜국대우를 받을 권리는 최혜국조항으로부터 발생하는가? 아니면 부여국이 제3국에게 부여하는 최혜국대우의 근거인 부여국과 제3국간의 조약에 의하여 발생하는가? 하는 점이다. 이러한 것은 최혜국조항이 조약의 제3국에 대한 효력을 발생시키는 근거가 되는가 하는 점과도 결부되어 있다.

2. 주요 협정상의 최혜국대우 해석

1) 국제법위원회(International Law Commission : ILC) 초안

1964년 제16차 회기에서 국제법위원회의 위원이었던 Jimenez de Arechaga는 조약법 초안에 최혜국조항을 포함시키자는 제안을 하였다. 그러나 위원회는 이에 대한 문제를 향후 적당한 시기에 특별연구 주제로서 다루기로 했다. ILC는 수차례 회기동안 최혜국대우 조항에 대한 연구가 활발히 진행되어 드디어 1978. 7. 20. 회기에서 최혜국대우 조항에 관한 최종 초안을 채택하였다.¹⁵⁾

13) Jackson J.H., "The Puzzle of GATT: Legal Aspects of a Surprising Institution", *J.W.T.L.* 131, 1967. p.145.

14) 법무부, 「한미FTA 투자분야 연구」, 2008. p.59.

15) ILC 초안의 탄생과정: 1964. 제16차 이후 1967. 제19차 회기에서 위원회는 법제관계위원회(제6위원회)의 최혜국조항을 일반조약법적인 측면에서 다루는 것을 요청함에 조약법에 있어서의 최혜국조항이라는 주제를 설정하여 작업 착수하고 특별보고자로서 Endre Ustor를 임명함. 1968. 제20차 회기에서 위원회는 특별보고자에게 작업계획서를 제출토록 하였고 그의 연구범위를 모든 주요 적용분야에 확대시킬 것을 지시. 1969. 제21차 회기에서 특별보고자는 최혜국조항의 역사를 자세히 기록한 첫 번째 보고서를 제출. 1970. 제22차 회기에서 특별보고자는 최혜국조항의 기능과 성격 및 각 국제기구의 최혜국조항의 관한 견해가 담겨져 있는 두 번째 보고서 제출. 1972. 제24차 회기에서 최혜국조항과 최혜국대우의 용어정리, 최혜국조항의 법적 근거, 수혜국의 권원이 담긴 세 번째 보고서 제출. 1973. 제25차 회기에서 최혜국조항의 무조건성에 대한 가정, 동종의 원칙(ejusdem generis rule), 수혜국의 기록권을 담긴 네 번째 보고서 제출. 1974. 제26차 회기에서 무조건부 최혜국조항의 효과, 부여국의 법과 원칙의 준수, 사람과 물건에 대한 최혜국조항의 범위, 내국민대우조항, 내국민대우, 연방국의 내국민대우 등의 내용이 담긴 다섯 번째 보고서 제출. 1975. 제27차 회기에서 앞서 회기에서 제출되었던 조항들에 대한 수정사항 등이 여섯 번째 보고서 제출. 1976. 제28차 회기에서 특별보고자는 앞서 제출된 조항에 대한 수정사항뿐만 아니라 비엔나협약(1969)과 관계 설명 그리고 개도국을 위한 조항과 분쟁해결조항 등이 담긴 일곱 번째 보고서 제출. 1977. 제29차 회기에서는 새로운 특별보고자인 Nikolai A. Ushakov를 임명하고 이어 제30차 회기에서 특별보고자 Ushakov는 몇 개 조항의 재조

ILC 최혜국조항초안(Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses) 제5조는 최혜국대우는 부여국이 수혜국, 수혜국과 정해진 관계에 있는 사람, 물건에 대하여 부여국이 제3국과의 동일한 관계에 있어서 제3국 혹은 사람 혹은 물건에 대하여 제공하는 대우보다 못하지 않게 제공되는 대우를 말한다고 규정하고 있다. 이 초안은 무조건부 최혜국대우와 상호 합의된 보상이나 상호주의적인 대우를 보장하는 방식의 조건부 최혜국대우를 예견하고 있다.

2) GATT

GATT의 가장 기본적인 원칙은 최혜국대우 조항(MFN)이며¹⁶⁾ 이 최혜국대우 원칙은 GATT 제1조 제1항에 명시적으로 규정함과 동시에 다른 여러 개별조항에서도 이에 대한 의무를 명시하고 있다.¹⁷⁾ 위 조항 상에 나타나 있는 최혜국대우 조항은 조항마다 표현상의 차이는 있으나 기본적으로는 계약국 상호간에 평등한 대우보장을 위하여 어떤 계약국도 타국보다 불리한 대우를 받는 일이 없도록 하여야 한다는 것이다. 특히 최혜국대우 원칙은 다자주의를 지향하는 GATT협정의 운영에 있어서 상호주의 발호를 배경하기 위한 핵심적인 수단으로 볼 수 있다. 그러나 GATT는 이러한 최혜국대우의 원칙을 규정함에도 불구하고 기존의 전통적인 특수관계를 인정하고 있는 것에서 알 수 있듯이 이러한 의무가 면제될 수 있는 조항을 많이 포함함으로써 현실적인 예외사항을 용인할 수 있는 근거를 마련하고 있다.¹⁸⁾

3) GATS

서비스무역일반협정(General Agreement on Trade in Services : GATS)¹⁹⁾은 최혜국대우를 다자간 협정 회원국의 기본적인 의무로 규정하고 있으며 회원국의 의무로서 가장 먼저 최혜국대우 원칙을 명시함으로써 최혜국대우가 서비스무역에서의 가장 기초가 되는 원

정, 초안에 근거한 협약의 적용, 해석과 관련된 분쟁, 소송절차의 문제 등을 제출하였고 위원회는 여러 의견을 종합하여 초안을 재검토 하였다. 1978. 7. 20. 회기에서 위원회는 최혜국대우조항에 관한 초안의 최종 문안을 채택하였다. 송상훈, “최혜국대우조항에 관한 연구-국제법위원회의 1978년 최혜국대우조항에 관한 협약 초안을 중심으로-”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1989.6., pp.10-14.

- 16) GATT 제1조 제1항: 수출입 및 수출입 대금의 송금과 관련하여 적용되는 어떠한 형태의 관세 및 과징금, 관세 및 과징금 송금방법, 수출입에 관한 제한규칙 및 절차 그리고 제3조 제2항과 제4항에 규정된 모든 사항과 관련하여 계약국이 타국을 원산지로 하는 상품 또는 타국으로 적송되는 상품에 대하여 허용하는 편의, 특전, 특권 또는 면제는 모든 계약국 영역을 원산지로 하는 동종상품 또는 계약국 영역으로 적송되는 동종상품에 대하여도 즉시, 무조건적으로 부여되어야 한다고 규정하고 있음.
- 17) GATT의 MFN원칙이 명시적으로 규정되어 있는 주요 조항: GATT 제3조 제7항, 제4조 b항, 제5조 제2, 5, 6항, 제9조 제1항, 제13조, 제17조 제1항, 제18조 제20항, 제20조.
- 18) GATT의 MFN원칙에 대한 예외적 조항: GATT 제19조, 제20조, 제21조, 제23조, 제24조, 제25조 제5항, 제35조.
- 19) GATS 제2조 제1항: 이 협정의 대상이 되는 모든 조치에 관하여 각 회원국은 다른 회원국이 서비스 및 서비스 공급자에 대하여 다른 국가의 동종 서비스와 서비스공급자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 즉시 그리고 무조건적으로 부여하여야 한다

책임을 나타내고 있다. 따라서 최혜국대우의 원칙에 따라 특정 서비스 분야를 어느 한 회원국에 대하여 개방한 경우에는 그 분야가 자국의 양허표에 기재되어 있지 않더라도 동일 서비스에 대하여 같은 개방혜택을 다른 모든 회원국에게도 제공하지 않으면 안 된다.

GATS에서도 최혜국대우에 대한 예외를 넓게 인정하고 있다.²⁰⁾ 그 이유는 상품무역에 서와 달리 서비스무역에서는 지금까지 통일적인 국제규범이 없어 당사국 간의 개별협정에 의존하여 무역이 이루어져 왔기 때문에 최혜국대우의 일률적인 도입은 당장 시행하기에 쉽지 않은 점이 있어 예외조치를 인정하게 된 것이다.²¹⁾ 따라서 GATS가 GATT보다 최혜국대우의 원칙의 준수 의무가 다소 완화되었다고 볼 수 있다.

4) TRIPs

지적재산권의 보호와 관련한 국제협약(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs)에서는 지적재산권이 국제무역과 관련되는 경우를 규율하기 위한 협약이기 때문에 국제무역에서 일반원칙인 최혜국대우의 원칙이 당연히 인정되고 있다.

TRIPs 협정 제4조²²⁾는 최혜국대우의 원칙을 규정한 조항으로, 한 회원국이 다른 국가에 부여한 모든 특혜조치는 즉시 그리고 무조건적으로 모든 다른 회원국에도 부여되어야 한다는 원칙을 기술한 것이다.

3. 최혜국대우의 원칙과 동종제한의 해석

최혜국대우 조항은 본래적인 권리가 아니라 협정에 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 권리이기 때문에 체약국이 최혜국대우 원칙의 적용을 배제한다고 규정한 부분에 대해서는 최혜국대우를 원용할 수 없게 된다.²³⁾ 한편 최혜국대우를 통해 다른 협정의 보호조항을 원용하고자 하는 경우에는 동종제한의 해석원칙(Ejusdem Generis Principle)에 따라 제한을 받기도 한다. 동종제한의 해석원칙이란 대상이 동일한 사안 또는 동일한 범주 내에 속하는 경우에만 최혜국조항을 원용할 수 있음을 의미한 것이다. 예를 들면, 금융관련 협정에서 두 체약국 사이에 부여된 혜택은 투자협정에서의 최혜국대우 조항을 통해 원용할 수 없다는 것이다.²⁴⁾ 이 동종제한의 해석원칙은 투자중재판정에서 널리 인정되고 있다.

20) GATS의 MFN원칙에 대한 예외적 조항: GATS 제2조 제2항, 제4조, 제5조, 제15조, 제19조,

21) 조영정, 전개논문, p.225.

22) TRIPs 제4조 :지적재산권의 보호와 관련 일방 회원국에 의해 다른 국가의 국민에게 부여되는 이익, 혜택, 특권 또는 면제는 즉시 그리고 무조건적으로 다른 모든 회원국의 국민에게 부여되어야 한다

23) Park William W., "Arbitration and the Fisc", *Chicago Journal of International Law*, Vol.2, Spring 2003, p.42.

24) Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirtieth Session, Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/ SER.A/1978/ Add.1 (Part 2) (ILC Report);

이러한 동종제한의 해석원칙은 최혜국조항과 관련하여 일반적으로 국제, 국내법원의 판례, 국가관행, 학설 등에 의하여 인정되는 것이기는 하나 그 적용이 용이한 것은 아니다. GATT 제1조에 규정된 최혜국대우는 동종제품에 한하여 부여된다는 규정도 동종제한의 해석원칙의 다른 표현이기도 하다.

동종제품의 개념에 대해서는 관세분류방식,²⁵⁾ 본질적 특성에 따른 구분,²⁶⁾ 목적 및 용도에 따른 구분²⁷⁾ 등 여러 가지 견해로 분류되고 있다.

최혜국대우에 있어서 동종제한의 해석원칙이 근본적인 원칙이라는 점을 확인하여 준 사건이 있다. 이 *Ambatielos* 사건²⁸⁾에서 그리스와 영국 사이에 최혜국대우를 약속한 분야는 통상과 항해에 관한 것이므로 그것과 동종의 것이 아닌 분야에 대해서는 최혜국대우를 제공할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 이 사건에서 문제된 사법기관에의 접근권과 같은 사법문제가 통상 및 항해와 동종의 것이라고 할 수 있는가가 핵심의 논의 대상이었다. 사법기관에의 접근권만을 분리하여 보면, 통상 및 항해와 동종의 문제라고 할 수는 없다. 하지만 통상과 관련한 무역업자 등의 권리보호와 관련하여 접근하여 보면 문제는 달라진다. 즉, 사법문제가 무역업자의 권리문제와 연계되어 있는 것을 전제로 하면 그것은 통상 및 항해문제와 완전히 분리되는 별개의 문제라고만 확정적으로 말할 수는 없고 해당 조약의 해석을 통하여 당사자의 의도가 무엇인지에 따라 결정되어야 한다. 이러한 해석방법은 동종의 원칙을 광범위하게 해석하는 입장으로 여겨진다.²⁹⁾

동종제한의 해석원칙에 입각하여 동종성을 판단하는 것이 어려운 문제이고 그에 대하여 일률적인 답변을 하는 것이 현실적으로 불가능하기는 하나 그렇다고 하여 최혜국조항의 운용이 마비되는 것은 아니다. 대개의 경우, 관세분류방식에 의하여 동종성 판단은 일반적으로 이루어지고 그에 의하는 경우에 분쟁이 발생하는 극히 예외적인 경우에만 정밀한 법적 판단이 필요하기 때문이다.

"Most-Favoured-Nation Clause", *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1982, pp. 201-213.

25) 관세분류방식에 입각하여 동종성을 판단하지는 입장이다.

26) 본질적으로 성질이 같은 것이면 동종성으로 본다는 것이다. 예컨대, 고랭지 배추와 일반 농지 배추를 다르게 취급하는 관세분류는 이 본질적 특성에 따른 구분원칙에 따르면 최혜국대우 의무에 위반된다. 왜냐하면 양자는 본질적으로 동종의 것이기 때문이다. 이러한 기준에 의하면 외부적 특성에 근거하여 제품을 달리 분류하는 것이 인정되지 않는다. 예를 들면, 과거 독일이 일정한 고도 이하에서 사육된 소와 그 이상에서 사육된 소를 차별한 입법도 이에 의하면 최혜국대우 의무를 위반한 것이 된다. 그렇지만 동일 목적을 위한 것이라도 본질적으로 다른 성질을 가지고 있는 제품은 동종의 것으로 분류하지 않는다. 예를 들면, 사과와 배는 과일로서 동일한 목적을 수행하지만 성질상 동종의 것으로 분류하지 않는다.

27) 제품의 사용 용도나 목적에 입각하여 그것이 동일하면 동종성을 인정하는 방법이다. 특히 제품간의 대체성이 인정되는 경우에는 동종성을 인정하려는 입장이다. 예를 들면, 사과와 배는 먹는 과일로 그 용도가 동일하므로 동종성을 인정하고 상호간에 최혜국대우가 허용되어야 한다는 입장이다.

28) *Ambatielos Case*(Greece v. U.K.), ICJ Pleading, 1953, p.402.

29) 이성덕, 전계논문, 2004, p.100.

Ⅲ. 최혜국대우 원칙의 적용범위 : 사례분석

1. 절차적 규정의 적용사례

1) 확대 적용한 중재판정사례

(1) Emilio Agustin Maffezini v. Spain 사건³⁰⁾

아르헨티나 업체인 신청인 Maffezini는 스페인의 갈리시아 지역에 화학제품의 생산 및 판매를 하는 기업에 투자한 것과 관련하여 스페인 기관으로부터 받은 대우를 문제 삼은 사건이다. 그런데 신청인은 이 투자분쟁의 해결을 위해 아르헨티나와 스페인 간의 양자투자협정(BIT) 제10조 제3항 즉, 국제중재를 신청하기 위해서는 먼저 원고에게 스페인법원에 그 투자분쟁사항을 제출하도록 요구하고 국내법원이 분쟁사항을 판결하거나 18개월이 경과한 후에도 해결되지 않은 경우에만 ICSID에 중재신청이 가능하다는 규정에 의하지 않고 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 하면서 국내구제완료 의무를 준수할 필요가 없다고 주장하였다. 이에 피신청인은 아르헨티나와 스페인 간의 양자투자협정(BIT) 제10조 제3항에 규정된 국내구제 완료요건을 충족하지 못했기 때문에 관할 없음을 주장하였다. 칠레-스페인 BIT는 단지 6개월의 협상 기한이 있는 경우를 제외하고는 중재를 시작하는데 국내법원을 거칠 의무를 부과하지 않고 있다.

중재판정부는 Maffezini의 주장을 받아들여 신청인은 MFN 조항에 의해 위 국내절차를 먼저 제기할 필요 없이 더 유리한 BIT의 관할규정을 원용할 수 있다고 판정하였다. 즉, 신청인은 스페인-칠레 간 양자투자협정의 분쟁해결조항을 원용할 수 있고 ICSID에 사건을 제기하기에 앞서 스페인 법원에 분쟁을 제기할 필요가 없다고 하였다. 또한 중재판정부는 최혜국 조항을 넓게 해석하면서도 최혜국대우 조항이 제한 없이 확장 해석될 수 있다는 점을 우려하면서 최혜국대우 조항을 적용시의 고려사항을 제시하였다.³¹⁾ 이 중재판정은 최혜국조항에 따라 실제적 규정을 원용하는 것 이외에 다른 협정에 유리하게 되어 있는 절차적 규정까지도 원용할 수 있음을 보여 준 대표적인 사례이다.

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

31) 중재판정부는 MFN 조항을 적용함에 있어 고려하여야 할 사항으로, 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 협약조건의 핵심조건으로서의 고려사항인 공공정책을 무효화 하면서까지 적용되어서는 안 된다 등을 제시하였다.

(2) RosInvestCo UK Ltd. v. 러시아연방 사건³²⁾

영국계 회사인 신청인은 영국-소련 BIT 제5조³³⁾에 따라 2004. 11. 12. 러시아 주식시장을 통해 Yukos의 보통주 700만주를 매입하였다. 신청인은 러시아의 연방정부의 차별적이고 불법적인 수용조치로 인하여 Yukos 투자 가치를 상실하였기에 투자손실에 대한 배상을 요구하였다. 이에 대하여 러시아 연방은 아무런 반응을 보이지 않자 신청인은 2005. 9. 덴마크-러시아 BIT 제8조에 따라 러시아 연방을 상대로 스톡홀름 중재기관에 국제중재를 신청하였다.

중재판정부는 영국-러시아 BIT 규정에서 드러나듯이 영국-소련 BIT 제3조의 MFN 조항을 통하여 적용되는 덴마크-러시아 BIT 제8조도 구속력이 있는 중재동의의 근거가 된다고 판단하였다. 덴마크-러시아 BIT 제8조 제2항이 투자자는 해당 사건을 어느 하나에 제기할 권리를 갖는다는 구절에 따라 투자자는 여러 가지 중재규칙 중에서 어느 하나를 선택할 수 있기에 투자자는 투자유치국의 추가 동의 없이 중재를 개시할 수 있는 것으로 해석할 수밖에 없다고 판단하였다. 그러나 중재판정부는 위와 같이 해석을 한다고 해도 이로 인하여 신청인의 청구사항에 대해서 관할권을 갖는지의 여부를 확정하는 것은 아니라고 판단하였다.

(3) 그 밖의 중재판정사례

분쟁해결절차의 MFN 적용에 있어 확장적 해석을 내린 대표적인 사건은 Maffezini이며 이후 분쟁해결절차의 적용에 대한 확장적 해석을 내린 많은 사건들은 Siemens v. 아르헨티나 사건³⁴⁾, Camuzzi v. 아르헨티나³⁵⁾, Gas Natural v. 아르헨티나³⁶⁾, National Grid v. 아

32) RosInvestCo UK Ltd. v. the Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005, Award on Jurisdiction, Oct. 2007, 관할권판정.

33) 영국-소련 BIT 제5조 : 러시아 연방은 일정한 요건 하에서만 영국계 투자자의 투자를 수용할 수 있다고 규정하고 있다.

34) 독일 국적의 신청인은 아르헨티나 자회사 SITS를 통해 1996. 8. 아르헨티나 정부와 이민통제 및 신분확인을 위한 시스템 설치 관련 계약을 체결하였다. 신청인은 계약에 따라 SITS에 투자하였고 SITS는 계약의 의무를 차질 없이 이행하였다. 그러나 아르헨티나는 새로운 정부가 들어서고 정부는 기술적인 문제로 본 건 계약을 해지하였다. 이에 신청인은 본건의 해지를 수차례 항의하였으나 결국 2001. 5. 에너지 관련법의 공포로 본 계약이 종료되었다. 신청인은 본 계약의 종료로 인하여 많은 투자손실을 입게 되었다. 신청인은 아르헨티나-독일 간 양자투자협정에서 중재를 신청하기 앞서 아르헨티나 국내법원에서 18개월의 분쟁해결기간을 갖도록 하는 전제조건을 회피하기 위해 최혜국대우 조항을 인용하여 중재신청에 앞서 국내법원에서 제소할 필요가 없도록 규정한 아르헨티나-칠레 간 양자투자협정의 적용을 주장하면서 국제중재신청을 하였다. 중재판정부는 독일-아르헨티나 BIT의 MFN 조항이 관할 또는 절차적 조항에도 적용되는지 또는 실제적 보호조항에만 적용되는지에 대한 심리를 하면서 Maffezini 사건에서 내려진 중재판정부의 결정과 의견을 같이 하면서 MFN 조항이 분쟁해결절차에도 적용된다고 결정하였다. 또한 이러한 분쟁해결 메카니즘에 대한 접근은 투자협약에서 제공하고 있는 보호의 일부분이고 외국인 투자자와 투자에 대한 대우의 일부분이며 최혜국대우 조항을 통해 접근할 수 있는 이익의 일부분이라고 결론지으면서 이러한 결론은 Maffezini 사건에서 중재판정의 결정과 일치한다고 하였다. Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, 2004. 8. 3. 관할에 관한 결정

35) Camuzzi Int'l S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/7, 2005. 6. 10. 관할권결정

36) Gas Natural SDG S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10, 2005. 6. 5. 관할권결정

르헨티나³⁷⁾, Suez, InterAguas v. 아르헨티나³⁸⁾, Suez, Vivendi v. 아르헨티나³⁹⁾, European Media Ventures v. 체코공화국⁴⁰⁾ 등이다. 위 사건들은 이 Maffezini 사건에 영향을 받아 분쟁해결절차에 MFN 적용을 확장적 해석하는 결정을 하였다.

2) 제한 적용한 중재판정사례

(1) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan 사건⁴¹⁾

이탈리아 투자자인 신청인은 요르단 수도국과 Karameh Dam Project 건설계약을 체결하고 공사를 완료한 후 최종 공사대금을 청구하였다. 감리를 맡은 요르단측의 기술자는 신청인이 각 기성고 때마다 청구 한 금액 중 상당한 금액은 거절된 금액으로 지급대상금액이 아니라고 주장하였다. 양당사자는 공사금액 확정에 상당하나 이견이 발생하였고 이를 해결하기 위해 신청인은 이탈리아-요르단 양자투자협정(BIT)에는 본 계약으로부터 발생한 분쟁은 계약에서 규정한 분쟁해결절차에 회부하여야 한다고 명백히 규정하고 있다. 그러나 신청인은 요르단-영국 간의 양자투자협정(BIT)과 요르단-미국 간의 양자투자협정(BIT) 상에 ICSID에 대한 중재신청이 가능함을 확인하고 자신의 ICSID에 대한 중재신청을 정당화하기 위하여 요르단-이탈리아 양자투자협정(BIT) 중 최혜국대우 조항을 원용하여 중재신청을 하였다.

중재판정부는 최혜국대우 조항을 분쟁해결절차에 적용하는 것을 제한하였다. 다시 말하면, 중재판정부는 본안 심리에 앞서 관할권 검토에서 본 계약은 신청인과 요르단 정부가 체결한 것이 아니라 요르단 정부와는 법적·재정적으로 독립된 요르단 수도국과 체결된 것이므로 요르단 정부는 당사자 적격이 없고 따라서 본 건 분쟁은 투자협정이 아닌 당사자들 간에 별도 계약에 규정된 분쟁해결절차에 따라야 한다며 각하하였다.

(2) Plama Consortium v. 불가리아 사건⁴²⁾

키프러스 투자자인 신청인은 자신이 소유하고 있는 Nova Plama 라는 불가리아에 소재한 석유 정제소 내의 처리와 관련한 분쟁이 발생하자 키프러스-불가리아 BIT 상의 MFN 조항을 적용하여 투자와 관련된 모든 분쟁을 ICSID에 제소할 수 있도록 한 핀란드-불가

37) National Grid Plc v. Argentina, UNCITRAL, 2006. 6. 20. 관할권결정

38) Suez, Sociedad General de Aguas de barcelona S.A. and Interagua Servicios Intergrales de Agua S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, 2006. 5. 16. 관할권결정

39) Suez, Sociedad General de Aguas de barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. and AWG Group Ltd. v. Aegentina, ICSID Case No. ARB/03/19, 2006. 8. 3. 관할권결정

40) European Media Ventures S.A. v. Czech, UNCITRAL, 2007. 12. 5. 파기신청

41) 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) Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 2005. 2. 8. 관할에 관한 결정.

리아 BIT를 원용하여 중재신청 하였다. 키프러스-불가리아 간의 양자투자협정에서는 수용에 관한 분쟁만 중재로 제기할 수 있고 그 이외 사항에 대해서는 ICSID의 중재관할을 예정하고 있지 않았다. 그리고 최혜국 조항에는 각 계약국은 상대방 계약국의 투자자가 한 투자에 대해 제3국 투자자가 한 투자에 대한 대우보다 불리한 대우를 하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

중재판정부는 키프러스 기업인 신청인이 키프러스-불가리아 BIT의 MFN 조항을 적용하여 ICSID에 신청한 중재사건으로서 키프러스-불가리아 BIT에서 수용에 관하여는 보상금액수만을 중재절차에 다를 수 있도록 규정하고 있었으나 신청인은 위 협정 상의 MFN를 원용하여 핀란드-불가리아 등 다른 국가가 체결한 BIT 상의 완화된 조항의 적용에 대하여, Maffezini 중재판정부가 제시한 공공 정책적 고려(public policy consideration)를 근거로 한 다양한 예외 사유의 연원에 대한 의문을 표시하면서 이러한 예외는 당해 조약의 MFN 조항을 통해 다른 조약에 규정된 분쟁해결조항의 전부 또는 일부를 그 내용으로 한다는 당사자국의 의사에 대해 의심의 여지가 없을 경우에만 분쟁해결조항에 MFN 조항이 적용될 수 있다는 단일한 규칙으로 대체되어야 한다고 판시하면서 MFN 조항 관련 신청인의 주장을 기각하였다. 즉, 조약체결 당사자국의 의사가 분쟁해결절차에도 MFN 조항을 적용하기로 한 것이 명백한 경우에만 MFN 조항을 적용할 수 있다는 것이다.

3) 분석

최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용할 수 있는지 또는 적용한다면 넓게 해석하는 경우와 제한적으로 해석하는 경우 등과 관련하여 상이한 중재판정이 내려져 많은 논쟁이 일고 있다. 즉, 최혜국대우 조항에 대한 문구나 적용범위는 투자협정마다 규정하는 방식이나 내용이 통일되어 있지 못하고 상당한 차이가 있다. 이러한 규정의 다양성으로 인하여 최혜국대우 조항에 관한 중재판정이 통일되지 못하는 원인 중의 하나가 되고 있다.⁴³⁾ 최근 국제투자분쟁의 중재판정에서는 최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용될 수 있다고 인정함으로써 논란이 발생하였다. 즉, Maffezini와 Siemens 두 사건에서 중재판정의 결과가 일부 국가에서 논란을 일으켰고 이들 국가는 MFN 조항을 분쟁해결절차에까지 적용하는 것으로 보아서는 안 된다고 주장하였다. 이후 MFN 조항의 해석 경향은 다른 중재판정에서는 상당한 변화를 초래하였고 이들 중재판정에서는 보다 제한적인 해석 경향의 접근방법을 취한 Salini 사건과 Plama사건들도 있었다. 따라서 최혜국대우 조항이 분쟁해결절차에도 적용될 수 있는지와 관련하여 광범위하게 해석한 사례와 제한하는 사례로 나누어 살펴보고자 한다.

43) 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.

위 *Maffezini* 사건에서는 최혜국대우 조항에 대한 확장 해석을 하였고 *Siemens v. 아르헨티나 사건*⁴⁴⁾에도 영향을 미쳤다. 위 *Maffezini*와 *Siemens* 두 사건에서 중재판정의 결과는 일부 국가에서 논란이 되었고 이들 국가는 최혜국대우를 분쟁해결절차에까지 적용하는 것으로 보아서 안 된다고 판정하였다. 또한 *RosinvestCo* 사건에서 중재판정부는 지금까지 MFN 조항이 단지 절차적 사안에만 적용된다고 판정했던 판정부와는 달리 MFN 조항을 근거로 한 관할권의 범위를 토지수용과 관련된 모든 사안으로 확장함에 있어 새로운 기반을 마련하였다.

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* 사건⁴⁵⁾을 들 수 있다. 이 사건의 중재판정부는 최혜국대우 조항이 분쟁해결을 위한 목적으로도 인용될 수 있는지 검토하였다. 중재판정부는 *Maffezini* 사건의 중재판정부가 제시한 주의사항에도 불구하고 실제 최혜국대우를 그렇게 넓게 해석할 경우 투자분쟁에서 법정선택의 위협에 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*⁴⁶⁾에서 투자분쟁해결절차에서 최혜국대우 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 키프러스-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 우호적인

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

45) *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.

46) *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 2005. 2. 8. 관할에 관한 결정.

지 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.

분쟁해결절차에 대해 MFN 조항을 적용할 것인지 여부에 대해 위와 같이 상이한 흐름의 중재판정이 존재하지만 Plama 사건 등을 통해 당사자국의 조약체결 의사가 존중되는 방향으로 중재판정 경향이 정착되어지고 있다. 하지만 넓게 해석하는 중재판정이나 제한적으로 해석하려는 중재판정 등 어느 한 쪽이 우세하다고 단정하기는 어렵다.

2. 실제적 보호규정의 적용사례

1) 확대 적용한 중재판정사례

(1) MTD Equity v. Chile 사건⁴⁷⁾

신청인은 도시개발 사업을 하는 말레이시아 업체로 칠레 산티아고 인근 계획도시건설에 참여하기 위해 칠레의 외국인투자위원회와 계약을 체결하고 투자를 진행하였다. 투자를 진행하는 과정에서 산티아고 시장은 사업계획 승인에 협조하기로 약속하고 지방의회는 용도변경을 위한 지구계획을 승인하였다. 그러나 도시계획 주무부처인 도시개발청은 신청인의 개발계획에 맞게 용도변경을 할 수 없다고 통지하고 지구계획을 산티아고 시장에게 반려하였다. 신청인은 투자계약을 준수할 의무와 용도변경을 승인할 의무를 부과하기 위하여 최혜국대우 조항을 통해 덴마크-칠레 BIT 및 크로아티아-칠레 BIT를 원용하여 중재신청을 하였다.

중재판정부는 MFN 조항을 통해 다른 BIT조항의 실제적 규정을 원용할 수 있는지에 관하여, 신청인이 원용하고자 하는 조항들의 내용은 기본적으로 공정하고 공평한 대우 원칙의 일부를 구성한다고 보면서 공정하고 공평한 대우의 원칙은 투자보호와 투자에 우호적인 환경을 조성하기 위한 BIT의 목적에 기여하는 방향으로 해석되어야 한다고 하며 신청인이 원용하고자 하는 조항들을 투자자 보호범위에 포함시킨다고 하여도 이러한 목적에 부합한다고 판정하였다.

47) MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, 2004. 5. 25. 판정.

(2) ADF Group Inc. v. USA 사건⁴⁸⁾

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)⁴⁹⁾와 미국-에스토니아 양자투자협정 제2조 제3항 (b)⁵⁰⁾을 원용하면서 신청인에게 공평한 대우 및 완전한 보호 및 안전보장 의무가 부여되고 이러한 보장의 무는 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 사건은 이러한 정부조달에 해당되어 신청인의 최혜국대우 위반 주장을 받아들이지 않았다. 위 사건은 최혜국대우 조항에 의한 원용을 인정하기는 하였으나 조달계약에 관하여는 최혜국대우가 적용되지 않으므로 실제 최혜국대우 위반을 판단하지 않았다.

2) 제한 적용한 중재판정사례

(1) Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico 사건⁵¹⁾

신청인은 스페인 회사로서 1996년 멕시코 지방공기업이 운영하던 멕시코 해모실로시에 위치한 산업폐기물 매립지에 대해 입찰을 통해 사업권을 취득한 후 Cytrar라는 멕시코회사를 설립하고 사업을 운영하였다. 그런데 1997년 산업폐기물 무단방치로 인한 토지오염 문제가 사회적으로 이슈화가 되자 해모실로 시민단체를 중심으로 Cytrar가 운영하던 매립지의 이전을 요구하는 목소리가 높아졌다. Cytrar와 정부가 매립장의 이전을 협의하고 있던 중에 Cytrar가 허가갱신신청을 하자 멕시코 정부는 허가갱신을 거절하였다. 신청인은 멕시코 정부가 쓰레기 매립장 운영허가를 갱신하지 않은 것은 공정하고 공평한 대우⁵²⁾를

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

49) 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.

50) 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.

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

52) 스페인-멕시코 BIT 제4조 제1항 : Each Contracting Party will guarantee in its territory fair and equitable treatment, according to International Law, for the investments made by investors of the other Contracting Party.

위반한 것이라고 주장하며 스페인-멕시코 BIT의 MFN 조항을 근거로 중재신청을 하였다.

중재판정부는 협약의 소급적용 문제와 관련하여 협약당사국들이 반드시 협의를 하여야 할 핵심적인 사항이라고 하면서 MFN 조항을 통한 확대적용에 제한을 인정하였다. 또한 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.

3) 그 밖의 중재판정사례

최혜국대우 조항의 적용을 통한 분쟁해결절차에 다른 BIT을 원용하는 것과 마찬가지로 실제적 규정의 문제에 관하여도 원용이 가능한 것을 볼 수 있다. 신청인이 MFN 위반을 주장하지 않았지만 중재판정부가 공평하고 공정한 대우 원칙의 해석과 관련하여 MFN 조항의 적용여부를 언급한 중재판정사례⁵³⁾도 있었다.

4) 분석

최혜국대우(MFN) 조항을 통하여 실제적 보호조항의 원용을 실제로 인정한 사례는 ADF v. USA 사건이지만 MFN 조항의 실제적 적용범위를 비교적 확장적으로 해석하는 견해의 대표적 사례는 MTD v. 칠레 사건이라고 할 수 있다.

MTD 사건에서는 중재판정부가 MFN 조항을 통한 다른 BIT의 원용을 인정하였을 뿐만 아니라 그 조항을 적용하여 위반을 인정하기도 하였다.⁵⁴⁾

이에 반하여, 신중한 접근을 취하고 있는 Tecmed v. Mexico 사건에 있어서 중재판정부

53) Pope & Talbot v. 캐나다 : 캐나다와 미국이 연목제에 관하여 협약을 체결하고 이에 따라 캐나다가 일정 쿼터를 초과한 목재수출에 대해서는 수출세를 부과하는 시스템을 도입하자 신청인은 이에 대해 공평하고 공평한 대우를 위반하였다며 중재신청을 하였다. 중재판정부는 캐나다가 공평하고 공평한 대우(최소기준대우) 위반을 인정하고 최소기준대우는 국제관습법 상 최소기준을 의미한다는 해석을 내렸다. 이와 더불어 중재판정부는 신청인이 주장하지 않은 MFN 조항과 관련지어 판정이 내려졌는데, 캐나다는 이러한 기준에 대해 넓은 범위에서 규정한 많은 BIT을 체결하고 있는 상황에서 NAFTA의 MFN 조항을 통해 BIT을 원용하는 경우에는 중재판정부의 판정결과와 동일한 결과에 이르게 될 것이라고 하였다. 또한 중재판정부는 손해배상에 관한 최종판정에서도 MFN 조항의 역할을 다시 한번 언급하였다. 이처럼 Pope & Talbot 사건은 최혜국대우가 직접 문제되지 않았지만 NAFTA에서의 최소기준대우 해석이 최혜국대우 조항을 통해 바뀔 수 있는 가능성을 암시하고 있다.

54) 이 사건에서 신청인은 공평하고 공평한 대우를 주장함에 있어 말레이시아-칠레 BIT의 MFN 조항을 통해 동 협정보다 더 유리한 규정을 두고 있는 크로아티아-칠레, 덴마크-칠레 BIT의 공평하고 공평한 대우 원칙 적용의 주장에 대하여, 중재판정부는 공평하고 공평한 대우의 해석은 투자를 보호하고 투자에 우호적인 환경을 조성하고자 하는 BIT 체결목적에 가장 부합하는 방향으로 해석되어야 하며, 말레이시아-칠레 BIT의 MFN 조항에서 조세대우(tax treatment)와 지역협력(regional cooperation)만을 배제한 것은 반대해석(contrario sensu)상 다른 사항들은 공평·공평 대우에 포함하고자 의도한 것으로 해석되므로 더 유리한 대우를 규정하고 있는 위 크로아티아-칠레¹⁾, 덴마크-칠레 간 BIT의 조항을 적용할 수 있다고 판정하여 MFN 조항의 실제적 적용범위를 확장하여 해석하였다.

는 소급적용 허용여부는 실체적 규정의 적용문제이며 조약체결의 결정적 요소로서 양국간에 구체적으로 협상된 사항이므로 MFN 조항의 적용대상이 될 수 없다고 판정하여 MTD Equity v. Chile 사건과의 다른 결론을 내렸다. 따라서 실체적 규정에 대한 MFN 조항의 적용범위에 대해서는 이론적으로 명확하게 확립되지 못하고 있어 중재판정 사례별로 검토하여 대안을 찾는 것이 바람직하다.

NAFTA 하에서 MFN 조항은 Pope & Talbot v. Canada 사건과 ADF v. USA 사건에서만 문제되었으며 모두 NAFTA 제1105조(최소대우기준)에 대한 해석과 연관된 사안들이었다. 즉, 동 사건들에서 MFN 조항의 법리 자체가 핵심문제는 아니었으며 ADF v. USA 사건에서는 MFN 조항에 대한 명확한 판단없이 정부조달 예외에 입각하여 청구를 기각하였다.

IV. 최혜국대우 원칙의 국제동향 및 시사점

1. 국제적 동향 및 해석

투자자는 투자협정 중의 MFN 조항을 통하여 투자유치국이 제3국과 체결하고 있는 투자협정 중에서 규정하고 있는 MFN 조항을 자신의 보호를 위하여 원용할 수 있어 보호범위를 확대시킬 수 있다.

그러나 MFN 조항을 통해 다른 투자협정의 실체적 보호규정이 원용될 수 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있으나 최근 중재판정사례 중에서 MFN 조항을 통해 절차적 보호조항까지 원용이 가능하다고 판정하여 논란이 일고 있다. 이에 대해 일부 국가와 학자들은 분쟁해결조항에 대해서도 MFN 조항의 확장을 인정하는 것은 투자자가 투자중재를 관할권 선택에 이용할 수 있다는 점을 들어 우려를 제기하기도 하였다.

MFN 조항은 투자협정에서 투자자의 보호규범으로서 적용범위에 대한 제한을 두지 않고 규정하기도 하고 일정한 제한이나 예외를 두면서 규정하는 경우도 많다. 하지만 MFN 조항의 원용을 통한 적용범위를 판단하는 것은 예외적으로 중재판정부가 해당 중재사건에 따라 MFN 조항을 통해 원용하는 실체적 조항과 절차적 조항에 대한 판정결과가 상이하게 나타나고 있다.

MFN 조항은 당초의 협정을 통해 외국인 투자·투자자에게 부여된 혜택보다 더 큰 혜택이 향후 부여될 잠재적 가능성을 내포하는 것으로써 이와 관련하여 가장 핵심적인 쟁점은 위 사례분석에서 보았듯이 적용범위의 문제이다. 따라서 MFN 조항은 투자협정에서 예정하고 있는 투자자 보호범위를 보다 확장하는 기능을 수행할 수 있기 때문에 적용을 배제하는 것이 필요하는 경우에는 최혜국 조항에서 예외 사항 또는 적용사항을 분명하게 규정

하여 둘 필요가 있으며 향후 중재판정부의 판단에도 지속적인 관심을 가지고 지켜보아야 할 것이다.

2. 사례분석 결과의 시사점

최혜국대우의 조항은 외국인 투자자나 투자에 대해 제3국의 투자자나 투자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여한다는 것으로 GATT 이후 최혜국대우 조항의 중요성이 부각되어 왔다. 그 이후 최혜국대우 조항은 국제경제관계에서 핵심적인 기준으로 역할을 수행하여 왔다. 이 규정을 통해 교역, 투자, 경제협력 분야에서 외국인은 제3국의 외국인과 동등한 지위를 부여 받아 왔다. 그러나 최혜국대우 조항이 널리 이용되고 있음에도 불구하고 일반적인 의미에 대한 합의가 부족하고 규정방식도 다양하게 이루어져 왔다. 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.

분쟁해결절차에 MFN 조항의 적용여부와 관련하여, *Maffezini* 사건에서는 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 적용되지는 않았지만 이와 다른 분야에서는 적용이 가능하다는 점을 인정하고 있다. 이 *Maffezini* 사건은 MFN 조항이 분쟁해결조항에까지 적용되는 것으로 광범위하게 해석한 대표적인 사례로서 그 이후에 많은 사건들에 영향을 미쳤다.

이번 한·미 FTA 협상 시에서 한국은 *Maffezini* 사건의 중재판정의 결론이 부당하다는 데 공동인식을 하고 MFN 조항이 제2절 분쟁해결절차에 대하여는 적용되지 않으며 오로지 협정문 본문에 기재된 대로 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여만 적용되는 것으로 합의하였고 이를 협상기록에 남겨 두었다. 이로써 한미 FTA에서는 MFN 조항의 적용범위에 관한 안정성이 어느 정도 확보되었다고 할 수 있으나 한국이 기존에 체결한 FTA나 투자협정에는 이러한 구체적 제한이 포함되어 있지 아니하므로 담당 중재판정부의 해석을 명확히 예측하기 어렵다.⁵⁵⁾

따라서 이에 관한 국제적 논의와 판정동향을 주시함과 아울러 향후 다른 협정체결 시에도 MFN 조항이 분쟁해결조항에 적용되지 않음을 분명하게 명시할 필요가 있을 것으로 보인다.

55) 법무부, 「한미FTA 투자분야 연구」, 2008, p.62.

한편, 실체적 보호규정에 대한 MFN 조항의 적용범위에 관련하여, *Tecmed v. Mexico* 사건에서 신청인이 MFN 조항을 근거하여 3년의 청구기간 제한규정도 주장하였지만 중재판정부는 그러한 요건은 당사국간 협상의 필수 핵심사항이며 그러한 조항 없이는 협상을 체결하지 않았을 것이라고 판단하면서 MFN 조항의 적용을 배제하였다. 위와 같이 신청인이 MFN 조항을 근거로 다른 협정의 실체적 보호규정 중 유리한 부분을 원용할 수 있는지의 문제에 대해서도 명백히 확립되어 있지 않은 상태이며 중재판정부에 따라 상이한 결정이 나타나고 있다. 이 적용범위에 관한 사항도 분쟁해결절차에 MFN 조항의 적용범위의 중재판정과 마찬가지로 상이한 중재판정만 존재할 뿐 뚜렷하고 확립된 원칙이 존재한다고 볼 수 없다. 그렇기 때문에 MFN 조항의 실체적 보호규정의 적용범위에 관하여도 확립된 원칙이 존재하지 아니함으로 향후 국제중재판례의 동향을 주시할 필요가 있다. 아울러 한미 FTA에서 분쟁해결절차에 대한 MFN 조항의 적용을 구체적으로 명기하여 그 이외를 배제한 것처럼 우려 사항을 협정문에 적절히 반영해 나가야 할 것이다.

결론적으로 최혜국대우는 대가를 비롯한 어떠한 조건도 없이 혜택을 부여하는 것이므로 상당한 제한 즉, 조약상 대우부여 기간을 설정한다든지 아니면 여러 가지 적용상의 제한을 두는 것이다. 이러한 제한을 두는 이유는 순수한 무조건부의 최혜국대우가 양허국에 예측하지 못한 불이익을 줄지 모른다는 점 때문에 이를 예방하기 위한 수단으로 적용제의 규정을 두고 있다. 따라서 최혜국대우 조항은 투자협정에서 예정하고 있는 투자자 보호범위를 보다 확장하는 기능을 수행할 수 있기 때문에 적용배제 하는 것이 필요하는 경우에는 최혜국대우 조항에서 그러한 점을 분명히 규정하여 둘 필요가 있다. 예를 들면, 한미 FTA에서도 항공, 어업, 수산, 해운, 위성방송 등에 대해 MFN 부여를 구체적으로 배제하고 있다.⁵⁶⁾

V. 결 론

투자협정⁵⁷⁾은 1959년 세계 최초로 독일-파키스탄 투자협정이 체결된 이래로 2007년 말까지 전세계적으로 2,600여개 달하고 있고 우리나라는 95개(발효 82개, 미발효 13개) 협정을 체결하여 세계 10위에 랭크되어 있다.⁵⁸⁾ 최근 들어 투자협정의 체결 건수가 상당히 급

56) GATT에서는 최혜국대우를 기본적으로 하지만 현실적인 여러 가지 여건으로 이에 대한 적지 않은 예외를 인정하고 있다. GATT 제1조 제2항과 부속서에서 영연방 특혜, 프랑스속령 특혜 등과 같이 GATT 설립 당시 일부 개별국간 특수관계에 의하여 인정되어 오던 특혜를 역사적인 특혜로서 최혜국대우원칙의 예외로 인정하고 있다. 또한 국경무역 그리고 관세동맹이나 자유무역지역 등의 지역경제통합에 대하여 특별한 예외적인 지위를 인정하고 있다. 그리고 서비스무역일반협정(GATS)에서도 최혜국대우에 대한 예외조항을 상당히 넓게 인정하고 있으며 무역관련 지적재산권협정에서도 최혜국대우 의무가 면제됨을 명시하고 있다.

57) 투자협정은 광의의 투자보장협정(Investment Promotion and Protection Agreement, IPPA)과 협의의 투자협정(Bilateral Investment Treaty, BIT)으로 구별된다.

증하는 추세를 보이고 있다. 이러한 투자협정에 있어서, 최근 들어 주목할 만한 경향은 국제투자규범이 FTA 등 양자간, 지역적, 다자간 경제통합협정(Economic Integration Agreement, EIA)의 일부로 채택되는 예가 증가하고 있는 점이다. 양자간 투자협정은 독립된 투자협정 형식으로 체결하는 것이 일반적이거나 최근에는 무역과 투자의 융합경향에 따라 FTA 체결 시 투자협정을 그 일부로 포함시키는 현상이 확대되고 있다. 예를 들면, 한미 FTA는 투자에 관한 별도의 챕터(제11장)를 두어 전통적인 국제투자규범인 BIT 보다 상세하고 포괄적인 내용을 담고 있어 이를 FTA내의 투자규범이라고 불리기도 한다.

투자협정은 외국인투자자가 자국 내에 들어와 안정적으로 영위할 수 있는 투자환경을 제공하여 외국인투자를 유인하고 자국의 경제발전을 도모함을 목적으로 체결하고 있다. 외국인투자자를 보호하고 투자를 유치할 목적으로 내국민대우, 최혜국대우, 공정하고 공평한 대우, 수용 등 투자자보호원칙을 내포하고 있다.

국제투자에 있어서의 투자자보호원칙 중 MFN 조항의 적용을 통한 실제적 보호규정과 분쟁해결절차 규정을 원용함에 있어 확대 해석하는 경향과 제한 해석하는 경향으로 나누어져 중재판정 사례가 나오고 있다.

최근 2007년도에 판정한 RosInvestCo UK Ltd. v. the Russian Federation 사건⁵⁸⁾에서도 중재판정부는 MFN 조항의 적용범위는 투자자의 실제적 권리에 한정하지 않고 다른 BIT 보다 더 유리한 분쟁조항을 포함하는 것으로 해석하였다. 이러한 판단은 Maffezini 사건의 중재판정부의 입장과 동일한 취지이다. 그러나 Plama 사건의 중재판정부는 MFN 조항을 적용하여 판정부의 관할권을 확대할 수 있다는 주장을 배척한 바 있다. 이렇듯 MFN 조항을 통해 더 유리하고 포괄적으로 규정한 분쟁해결절차의 원용함에 있어 확대 해석하려는 경향과 제한적으로 해석하려는 경향이 나타나고 있어 MFN 조항에 관한 관심을 가지고 지속적으로 중재판정 사례에 대한 모니터링을 할 필요가 있다. 결론적으로 MFN 조항이 적용되는 점이 인정되지만 MFN 조항을 적용하여 중재판정부의 관할권을 확대할 수 있는지 여부는 논란이 계속되고 있다.

아울러 실제적 보호규정의 적용에 대한 MFN의 중재판정사례 MTD Equity v. Chile 사건과 Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico사건에서도 분쟁해결절차의 적용에서와 마찬가지로 상이한 중재판정만 존재할 뿐 뚜렷하고 확립된 원칙이 존재한다고 볼 수 없다. 그러므로 MFN 조항의 실제적 보호규정의 적용범위에 관하여도 이론적이거나 판정사례에서도 뚜렷한 원칙이 존재하지 않고 있다. 따라서 향후 투자분쟁 관련한 국제중재판정사례의 동향을 모니터링하고 또한 한미 FTA에서 MFN 조항의 적용을 구체적으로 명기하였던 것처럼 한국의 정부나 지방자치단체 등이 국제투자협정의 계약을 체결함에 유의해야 할 부분이다.

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

59) RosInvestCo UK Ltd. v. the Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005, Award on Jurisdiction, Oct. 2007, 관할권판정.

참 고 문 헌

- 김경배, “투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 대상이 된 투자자 보호원칙에 관한 연구”, 한국중재학회, 「중재연구」제19권 제1호, 2009.3.
- 김지호, “국제투자중재 최근 동향”, 『국제투자분쟁연구』, 대한상사중재원, 2008.
- 김태병, “투자자-국가 분쟁해결제도와 사법부의 행위”, 「국제규범의 현황과 전망」, 법원행정처, 2008.
- 송상훈, “최혜국대우조항에 관한 연구-국제법위원회의 1978년 최혜국대우조항에 관한 협약초안을 중심으로-” 고려대학교 대학원, 석사학위논문, 1989.6.
- 신동철, “GATS에서의 최혜국대우원칙에 관한 연구-바나나분쟁(3차) 및 자동차 산업분쟁을 중심으로-”, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2006.4.
- 이성덕, “최혜국대우 -역사적 발전 과정과 그 개념-”, 「서울국제법연구」 11권 1호, 2004.
- 조영정, “WTO 다자간 무역협정에서의 최혜국대우원칙”, 한국국제통상학회 「국제통상연구」Vol.3. No.1. 2004.
- 최승환, 「국제경제법」, 법영사, 2001.
- 법무부, 「한미FTA 투자분야 연구」, 2008.
- Schwarzenberger G., “The Most-Favoured Nation Treatment in British State Practice”, B.Y.I.L Vol. XXII, 1945.
- Jackson J.H., “The Puzzle of GATT: Legal Aspects of a Surprising Institution”, J.W.T.L. 131, 1967.
- Kohona, “Investment Protection Agreement: An Australian Perspective”, *Journal of World Trade Law*, 1987(21).
- Park William W., “Arbitration and the Fisc”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.2, Spring 2003.
- Ustor E., “Most-Favoured-Nation Clause”, in R. Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8, 1985, p.412.
- Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirtieth Session, Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/SER.A/1978/ Add.1 (Part 2) (ILC Report); “Most-Favoured-Nation Clause”, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1982.

ABSTRACT

A Study on the Application Scope of Most-Favored Nation Treatment in the FTA Investment Provisions Based on the Arbitral Award Cases

Kyung-Bae Kim

Investment Agreement is to be a part of FTA, as negotiating together both trade and investment. For example, it has a separate chapter about investment in KORUS FTA contract and is more detailed and inclusive than BIT contents which are traditional investment provisions. It is called to the investment norm of FTA.

The investment agreement lures a foreign investment by providing the environment which is stable to the foreign investors. Hence, it plans in goal for the economic development of the home country. In international investment, the arbitration award cases are coming out to be divided into two parts applying MFN provisions in investor protective principles and dispute resolution process; the tendency of broad interpretation and the tendency of limited interpretation

In the case of RosInvest Co UK Ltd v. the Russian Federation awarded in 2007, the arbitration tribunal interprets that the application scope of MFN provisions contain the more lucrative dispute provision than other BITs without limitations in entity right of the investor. This judgment is the same view as arbitration tribunal position of Maffezini case.

The arbitration tribunal of Plama case has kept out an assertion magnifying the arbitration tribunal's jurisdiction. That is, for applying more inclusive investor-nation resolution method from different treaty, tribunal mentioned that MFN provision had to see clearly a point of applying the investor-nation dispute resolution method.

Dispute resolution process providing inclusive MFN provision has both the tendency of broad interpretation and the tendency of limited interpretation. it needs ceaselessly to do the monitoring about cases of arbitration award. In conclusion, the point where MFN provisions are applied conclusively is recognized, but it is still controversial whether or not to magnify the jurisdiction of arbitration tribunal applying MFN provisions.

Therefore, it does not exist clear principle in the theory or in the award cases about the application scope for entity protection provision of MFN. Hence, The Korean government of Korea and local autonomous entities needs to keep their eyes on the trend of the

international arbitration award cases in relation to the investment dispute for the future. Also, Korean government or local self-governing group must consider MFN provisions when they make a contract of international investment treaty such as writing concretely the application of MFN provisions from KORUS FTA

Key Words : Most-favored-Nation Treatment, International Law Commission, General Agreement on Trade in Services, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Ejusdem Generis Principle