仲裁硏究, 第 22 卷 第 3 號
2012년 12월 1일 발행, pp. 187~213

논문접수일 2012. 11. 05
심사완료일 2012. 11. 20
게재확정일 2012. 11. 29

국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구*

A Study on Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements

김 용 일**
Yong-Il Kim
홍 성 규***
Sung-Kyu Hong

〈 목 차 〉

I. 서론
II. FET의 의의 및 성격
III. 주요 투자자 보호원칙
IV. FET의 적용기준
V. 결론
참고문헌
Abstract

주제어 : 국제투자협정, 공정하고 공평한 대우(FET), 국제관습법, 양자간투자협정

* 이 논문은 2012년도 한국교통대학교 교내학술연구비의 지원을 받아 수행한 연구임
** 한국교통대학교 국제통상학과 조교수 (주저자), kyi0407@ut.ac.kr, 010-6244-1263.
*** 한국교통대학교 국제통상학과 교수 (교신저자), hsk567@ut.ac.kr, 010-8388-8135.

Ⅰ. 서 론

최근 국제적인 사모투자펀드인 '론스타'(Lone Star)는 자회사이자 외환은행의 대주주였던 'LSF-KEB홀딩스'를 내세워 외환은행 지분매각 승인 부당 지연, 외환은행 지분과 스타타워 매각 수익에 대해 과세한 것과 관련하여 한-벨기에 투자보장협정[1]을 근거로 2012년 5월 21일 우리 정부에 투자자-국가간 중재의향서를 보냈고 이 의향서는 2012년 8월 5일 공개되었다.[2] 투자자-국가소송제도(Investor-State Dispute)에 따른 제소를 위해서는 당사자간 사전협의가 필요한데, 이러한 합의를 통해서 문제가 해결되지 않으면 론스타가 중재의향서를 제출한 날로부터 6개월이 지나는 2012년 11월 이후에는 론스타가 언제든 우리나라를 상대로 ICSID(International Center for Settlement of Investment Disputes) 중재를 신청할 수 있게 됨으로써 우리나라가 피소국이 될 가능성이 높아졌다.

론스타가 주장하는 외국투자기업에 대한 차별대우의 근거가 되는 투자자(투자) 보호원칙에는 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: 이하 'FET'), 최소기준 대우(Minimum Standard of Treatment), 내국민 대우(National Treatment), 최혜국 대우(Most-Favoured-National Treatment), 포괄적 보호조항(Umbrella Clause) 등이 있는데, 이러한 투자자 보호원칙들은 우리나라가 체결한 대다수의 양자간투자협정(Bilateral Investment Treaty: 이하 'BIT') 및 FTA 투자챕터에 규정되어 있다.[3]

본고에서는 이러한 투자자 보호원칙 가운데 FET에 관하여 검토하는바, 특히 이를 위하여 제Ⅱ장에서는 FET의 의의와 성격 및 국제관습법과의 관계에 대해, 제Ⅲ장에서는 최소기준 대우, 내국민 대우 등과 같은 주요 투자자 보호원칙에 대해 고찰한다. 이어 제Ⅳ장에서는 FET의 적용기준을 투명성 및 적합한 기대의 충족, 계약상의 의무 준수, 적법절차와 사법거부, 신의성실, 강압으로 부터의 자유 등을 중심으로 검토한다.

---

1) 우리 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정(AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE BELGIUM -LUXEMBOURG ECONOMIC UNION FOR THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS)으로 1976년 발효, 2011년 3월 27일 개정되었다.

2) 론스타는 우리나라에 전달한 중재의향서를 인터넷 보도매체인 'Business Wire'를 통해 공개하였다.(www.businesswire.com/news/home/20120805005041/en/Lone-Star-Funds-Update-Dispute-South-Korean).

3) 예컨대 한-미 자유무역협정은 제11장에서, 한-EU 자유무역협정은 제7장에서 이에 관해 규정하고 있다.

그동안 FET의 범위와 내용이 무엇인지에 대한 명확한 개념이 정립되지 않아 투자자 및 투자유치국에게 많은 불확실성을 남기게 되었고, 투자분쟁의 판정기준과 결과 또한 예측하기가 쉽지 않았다. 따라서 본고에서는 FET 적용기준에 관한 중재판정사례의 검토를 통해 이러한 불확실성을 다소나마 해소하고자 한다.[4)]

Ⅱ. FET의 의의 및 성격

1. FET의 의의 및 성격

FET의 개념은 새로운 것이 아니며, 종종 국제적인 문헌에 등장하였다. 이러한 문헌들 중에 일부는 구속력을 갖지 못했지만, 일부는 다자간 또는 양자간 협정으로 발효된 것도 있다.[5)] FET의 기원은 1954년 우호통상항해협정(Treaties Friendship, Commerce and Navigation) 시대로 거슬러 올라가는데,[6)] 예컨대 1954년 독일-미국간협정 제1조 제1항에는 "각 당사국은 항상 타방 당사국의 국민과 기업 및 그들의 재산, 사업, 기타 이익에 대하여 공정하고 공평하게 대우하여야 한다."고 규정하고 있다.[7)] '정당하고 공평한 대우'(just and equitable)[8)]의 기준에 관한 언급은, 비록 발효되지는 못했지만 1948년 국제무역기구의 설립을 위한 하바나 헌장(Havana charter for the International Trade Organization) 제11조 제2항에 처음 등장하였다.

---

4) FET에 관한 선행연구로는 대표적으로 박선욱, "공정하고 공평한 대우 원칙의 발전 ",「법학연구」제44집, 한국법학회, 2011; 오현석, "공정하고 공평한 대우의 해석과 적용",「국제투자분쟁연례보고서」, 대한상사중재원, 2007 등이 있으며, 정부정책 연구용역으로 박노형 외, "투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점", 산업자원부, 2007(pp.123-170)이 있다. 본고는 R. Dolzer, & C. Schreuer,「Principles of International Investment Law」, OXFORD, 2008, pp.119-148(FET 적용기준)을 주로 참조하였음을 밝힌다.

5) UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Fair and Equitable Treatment(1999) 3-4, 7-9, 25-28, 31-32; S. Vsciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice" (1999) 70 British Year Book of International Law 99, 100-111, 107-119; C. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law" (2004) Working Papers on International Investment No.3, Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Paris, 2004, 3-7.

6) R.R. Wilson, United States Commercial Treaties and International Law (1960) 113, 120.

7) Treaties Friendship, Commerce and Navigation, 29 October 1954, US-FRG, 273 UNTS 4; Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, 15 August 1955, US-Iran, 284 UNTS 110, 114.

8) 하바나 헌장에서는 오늘날 흔히 사용하는 '공정하고 공평한 대우'의 영문 표기인 'Fair and Equitable'이 아닌, 'Just and Equitable'을 사용하고 있다. UNCTAD, 1 International Investment Instruments: A Compendium(1996) 4.

또한 1959년 해외투자에 관한 Abs-Shawcross 협약초안(Abs-Shawcross Draft Convention on the Protection of Foreign Property) 제1조에서는 '타방 당사국 국민의 자산에 대한 공정하고 공평한 대우'를,[9] 1967년 OECD 위원회가 작성한 외국인 재산보호에 관한 협약초안 (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) 제1조에서도 이와 유사한 문구를 포함하였다. 또한 1992년 IMF에서 채택한 해외직접투자 가이드라인(Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)의 제3장에도 "각 국은 자국 영토 내에서 모든 다른 국가의 국민에 의해 이루어진 투자에 대해 본 가이드라인에서 권장하는 기준에 따라 공정하고 공평한 대우를 확대하여야 한다."고 규정하고 있다.[10]

나아가 1992년 NAFTA 제1105조 제1항에서 "체약국은 상대방 체약국 투자자의 투자에 대해 공정하고 공평한 대우와 완전한 보호 및 안전을 포함한 국제법에 따른 대우를 하여야 한다."고 규정하고 있으며,[11] 1994년 에너지헌장협정 제10조 제1항에서도 "각 체약국은 본 조약의 조항에 따라, 자국 영토 내에서 투자를 행한 타 체약국의 투자자를 위해, 안정적이고 공평하고 호의적이며 투명한 조건을 장려하여야 한다. 그러한 조건은 항상 타 체약국 투자자의 투자에 대하여 공정 공평한 대우를 부여할 의무를 포함하여야 한다."고 규정하였다.[12]

BIT에서 사용된 FET의 목적은 협정에서 의도한 투자자 보호를 위해 더 명확한 기준을 둠으로써 협정상의 공백을 메우는 것이며, 나아가 법적 안정성을 위한 근본적인 목표를 실현하기 위함이기도 하다. 예컨대 1991년 미국-아르헨티나 BIT는 전문에서 "투자의 공정하고 공평한 대우는 안정적인 체계를 유지하기 위해 요구된다."고 규정하고 있다.[13] 실제로, FET의 실체적 기준은 선행 행위와 모순되는 행위(venire contra factum proprium) 및 금반언(estoppel)의 개념을 포함하여 광범위하게 굳어진 신의성실(good faith)의 의미와 부분적으로 겹칠 수 있다.[14] 또한 주의를

9) UNCTAD, 5 International Investment Instruments: A Compendium(2001) 395.

10) Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 7 ICSID Review-FILJ (1992) 297, 300.

11) NAFTA 제1105조 제1항의 원문은 다음과 같다. "Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security".

12) 에너지 헌장협정 제10조 제1항의 원문은 다음과 같다. "Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment".

13) J.J. Coe, "Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter" Am. Society of Int'l Law Proceedings of the 96th Annual Mtg. (13-16 March 2002) 17-19.

끄는 한 가지 측면은 실제로 '공정'과 '공평'에 대해 각각 독립적 의미를 담고 있는가에 대한 문제와 관련되는데, 이에 대한 논쟁이 불가능하지는 않지만 일반적인 추정은 '공정'과 '공평'은 하나의 통일된 기준으로 간주되어야 한다는 것이다. 사실, 이들 두 개념 사이에 어떠한 차이가 있는지에 대한 이견도 없다.[15]

2. 국제관습법과의 관계

FET 기준이 국제관습법상의 최소기준(International Minimum Standard)을 반영하고 있는지와 관련하여 많은 논쟁이 되어 왔는데, 일반적으로 국가는 투자자에 대하여 국제관습법상 최소한의 보호를 제공하여야 하며, 대부분의 경우 조약을 통하여 이를 상회하는 보호를 제공할 것을 약속하게 된다. Azurix v Argentina 사건[16]에서 중재판정부는 FET와 완전한 보호 및 안전(Full Protection and Security)을 보장하는 아르헨티나-미국의 BIT 제2조 제2항의 세 번째 문장을 언급하면서 "어떠한 경우에도 투자자에게 국제법에서 요구하는 것보다 낮은 수준의 대우를 부여해서는 아니 된다."고 언급하였다. 나아가 판정부는 "본 조항은 국제법상 요구되는 것 보다 높은 기준으로 공정하고 공평한 대우와 완전한 보호 및 안전을 보장하도록 해석해야 하며, 세 번째 문장의 목적은 국제법에서 요구하는 것보다 낮은 기준으로 해석될 가능성을 피하기 위한 상한선이 아닌 하한선을 정한 것이다."라고 판정하였다.[17] 같은 취지로, Occidental v Ecuador 사건[18]에서 판정부는 FET가 국제관습법에 의해 규정된 것 보다 더 많은 것을 요구하는 기준인지에 관하여 논의하면서, 이는 "법적 안정성 및 예측가능성에 대해 국제법에서 요구하는 것과 다르지 않다고 언급하였다. 이와 더불어 조약상 기준은 국제법 하에서의 기준과 동등하게 여겨질 수 있다."고 판정하였다.[19]

전통적으로 국제적 최소보호의 기준은 형사절차법적 권리, 법원을 통한 법적구제권, 민법상의 일반적 지위, 외국인의 사유재산보호 등과 관련하여 발전해왔다. FET

14) J.P. Müller & T. Cottier, "Estoppel" in R Bernhardt(ed), 2 *Encyclopedia of Public International Law* (1995) 116.
15) M. Nash Leich, "Cumulative Digest of U.S. Practice in Int'l Law" 1981-1988, at 2652.
16) *Azurix v Argentina, Award*, 14 July 2006.
17) Id., para. 361. 같은 취지로, *MTD V. Chile,* Award, 25 May 2004, 12 ICSID Reports 6, paras 109-115 참조.
18) *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Award of July 1, 2004, 12 ICSID Reports 59.
19) Id., paras. 189-190. 같은 취지로, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Award of May 12, 2005, 44 ILM (2005) 1205 참조.

의 본질이 국제관습법상의 최소보호기준을 의미하는 것인지, 아니면 국제법상의 보호를 넘어서는 형태의 독립적인 보호를 부여하는 것인지에 대하여 견해의 차이가 있으나, 주류적인 해석은 독립적이고 자율적인 형태의 규율로 이해되고 있다. 반면에 FET가 국제관습법과 동일하다는 주장은 조약에서 FET 조항이 빠르게 확대되는 관습을 통해 관습법의 발전을 가속화하는 효과를 가져 올 수 있다.[20] FET가 국제법상의 최소기준과 일치한다고 이해한다면, 다분히 FET 원칙의 발전은 직접적으로 국제법상의 최소보호원칙의 발전으로 연결될 것이다.[21][22]

Ⅲ. 주요 투자자 보호원칙

1. 최소기준 대우

최소기준 대우(Minimum Standard of Treatment)는 외국인에 대한 대우를 규율하는 국제관습법상의 개념으로 국가가 국내법규나 관행과 상관없이 외국인과 그 재산에 대해 대우할 때 존중하여야 할 최소한의 원칙들을 말한다. 앞에서 기술한 1998년 OECD의 다자간 투자협정초안[23]에서 FET의 개념을 “공정하고 공평한 대우라는 것은 외국인 재산에 대해 투자유치국이 하여야 할 정당한 대우에 대한 국제법에서 확립된 기준을 말하며, 협약상 인정되는 이러한 보호는 그 국가의 국민에게 일반적으로 인정되는 수준뿐만 아니라 국제법에 의해 확립된 수준의 보호를 의미한다. 만일 그 국가의 국내법 원칙이나 행정행위가 국제법 원칙에 미치지 못할 경우에는 국제법 원칙이 적용되고, 따라서 이 기준은 사실상 국제관습법의 일부로서 형성된 최소기준 대우와 동일하게 된다.”고 명시하면서 최소기준 대우와 연계하여 설명하였다.

하지만 UNCTAD 사무국 보고서[24]에서는 FET와 최소기준 대우를 동일시하는 접

20) FET와 국제관습법의 관계에 관하여 상세히는, R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., 124-128 참조.
21) 동지, 홍성필, “국제법과 국제투자법”,「국제투자분쟁연구」Vol.Ⅲ, 대한상사중재원, 2009, pp.62-62 참조.
22) 2004년 미국 모델 BIT 제5조 제2항은, FET는 국제관습법상 최소기준 대우라고 규정하며, 그 기준에서 요구하는 것에 추가하거나 이를 넘어서는 대우를 요구하는 것이 아님을 규정하고 있다. R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., p.125.
23) Draft convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention (OECD, 1967), pp.13-15.
24) "Fair and Equitable Treatment", UNCTAD series on issues in International Investment Agreements, 1999.

근법은 일부 문제가 있을 수 있다는 점을 지적하였다. 이 보고서에는 투자협정의 규정방식에 근거하여 "체약국과 투자자들이 FET를 국제법상 최소기준 대우와 동일하다고 믿고 있었다면, 투자협정에서 그러한 점을 명백하게 언급했을 것이다. 그러나 대부분의 투자협정들은 이 두 개의 기준을 명확하게 표현하지 않고 있다. 따라서 많은 국가와 투자자들이 암묵적으로 FET를 국제법상 최소기준 대우와 동일시하고 있다고 쉽사리 주장하기 어렵다."고 하였다. 그리고 두 개의 기준이 동일하다고 보는 것은 국제법상 최소기준 대우에 관한 실질적 논쟁을 불러일으키게 된다고 보았다. 즉 선진국은 국제법상 최소기준 대우에 대해 강력한 지지를 보내고 있으나, 많은 개발도상국들은 이러한 기준이 국제관습의 일부가 되는지에 대해 유보적인 입장을 지니고 있기 때문에 최소기준 대우에 관한 논쟁이 FET에도 그대로 재현될 수 있다고 하였다.[25)]

최소기준 대우 위반을 인정한 Metalclad v. Mexico 사건[26)]에서 중재판정부는 NAFTA 제1105조의 범위와 성격에 대해 NAFTA 서문과 투명성 요건에 관한 제18장을 참조하면서, 투명성을 보장할 의무는 투자자에게 제1105조에서 보장된 최소기준 대우 의무의 일부를 구성한다고 보았다. 이에 따라 판정부는 멕시코 정부가 신청인에게 사업계획과 투자에 대한 투명하고 예측 가능한 체계를 보장하지 않았다고 언급하면서 제1105조를 위반하였다고 판정하였다. 반면 최소기준 대우 위반을 인정하지 않은 Methanex v. United States of America 사건[27)]에서 중재판정부는 차별적 대우에 중점을 두면서 인종적, 파벌적 차별대우는 국제관습법상 최소기준 대우 위반으로 인정될 수도 있지만, 이 사건에서는 국제관습법상 최소기준 대우 위반으로 인정될만한 차별적 조치가 없고, 내국민 대우에 관한 판단에서도 미국 내 메탄올 생산업체와 비교하여 차별이 있다고 볼 수 없다는 점을 들면서 신청인의 최소기준 대우 위반 주장을 인정하지 않았다.[28)]

---

25) 박노형, 전게서, pp.125-130 참조.

26) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 2000.8.30.

27) *Methanex v. United States of America,* UNCITRAL, 2005.8.3.

28) 동 사건의 신청인은 캐나다 기업으로 메탄올을 생산하여 국내외에 판매하여 오고 있었다. 그러던 중 캘리포니아 주정부는 가솔린 첨가제인 MTBE의 사용을 금지하는 조치를 취하였는데, 이 MTBE의 주원료는 메탄올로서 메탄올을 생산하는 신청인은 사업에 타격을 받았다. 신청인은 캘리포니아 주정부의 조치는 내국인을 보고하고 외국인을 차별하기 위한 조치로, 이러한 차별적 조치는 최소기준 대우 위반이라고 주장하였다.

2. 내국민 대우

내국민 대우란 동종의 상황 하에서 협정의 일방 체약국의 투자자 및 투자는 상대방 체약국인 투자유치국의 투자자 및 투자보다 불리한 대우를 받지 않아야 한다는 것을 말한다.[29] 일반적으로 내국민 대우 원칙은 다음 두 가지 의미로 해석될 수 있다. 하나는 외국인과 그의 재산은 내국민에 비하여 차별을 받지 않고 동등한 대우를 받아야 함을 의미한다(no less favourable treatment).[30] 하지만 이른바 '칼보독트린'(Calvo Doctrine)[31]이라고 알려진 원칙에 의하면, 이는 내국민만큼의 대우를 하면 충분하고 더 이상의 대우는 불필요하다고 하면서(no more favourable treatment), 오직 동등한 대우를 제공하는데 초점을 맞추고 있다. 후자는 주로 라틴아메리카의 개발도상국에 의해 적용된 바가 있긴 하지만, 대부분의 투자협정에서는 전자의 의미로 사용되는 것이 보편적이다.[32]

오늘날 거의 모든 투자협정들은 내국민 대우 조항을 규정하고 있으며, 이로써 외국투자자들을 실질적으로 보호하고 있다. 그러나 국가에 따라서는 최혜국 대우 원칙과 달리 내국민 대우 원칙을 받아들이지 않는 경우도 있다. 실제로 최혜국 대우 원칙은 거의 모든 국가에 의하여 수용되고 있지만, 내국민 대우 원칙은 자국 투자자들을 차별적으로 우대할 수 있는 권리를 부여하기 위하여 채택되지 않는 경우가 많다.[33] 예컨대 초기의 노르웨이와 스웨덴에 의하여 체결된 BIT나 중국에 의해 체결된 대부분의 BIT에는 내국민 대우를 규정하지 않고 있다.[34]

내국민 대우 위반을 인정한 Feldman v. Mexico 사건[35]에서 담배수출업자인 청구

---

29) M. Somarajah, 「The International Law on Foreign Investment」, Cambrige, 1994, pp.250-251.

30) N. Horn, 「Arbitrating Foreign Investment Disputes」, Kluwer Law International, 2004, p.66.

31) 칼보독트린은 외국인은 본 계약에 관한 모든 사항에서 현지국의 국민으로 간주되며, 어떠한 경우에도 자국정부의 외교적 보호를 요청하지 않는다는 것을 주된 내용으로 한다. 최승환, 「국제경제법」, 법문사, 2006, p.878; 오원석 외, "투자협정상 내국민 대우 조항 작성시 유의사항에 관한 연구", 「무역상무연구」 제49권, 한국무역상무학회, 2011, p.523 재인용.

32) UNCTAD, "National Treatment", 「UNCTAD Series on issues in international investment agreements」, 1999, p.7.

33) M. QC Campbell et al., 「International Investment Arbitration」, OXFORD, 2008, p.251 참조.

34) 중국은 독일과의 협정 제3조 제4항에서 내국민 대우 원칙을 명시하였으나, 1990년대 이후 내국민 대우 조항을 편입하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다. 또한 1990년대 초반 이후부터 경제개혁과 개방을 추진해 왔기 때문에 내국민 대우를 일정한 요건 하에서만 제한적으로 허용하고 있다. 그러나 중국은 우리나라와의 투자협정에서는 제3조 제2항에서 내국민 대우의 원칙을 받아들이고 있는데, 1996년 중국국가회의(State Council)의 보고서에 의하면 이는 중국이 단계적으로 개방된 정책을 실시하겠다는 의지의 소산인 것으로 보인다. 오원석 외, 전게논문, p.524.

35) *Marvin Roy Feldman v. Mexico,* ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 2002.12.16 본안에 관한 판

인에 대한 세금 미환급이 내국민 대우 위반에 해당하는가에 대한 문제가 다루어졌다. 미국 투자자인 신청인은 멕시코에서 담배사업을 하는 자신의 투자회사인 CEMSA가 세금환급을 받지 못하였고, 멕시코 정부로부터 혹독한 감사를 받았다고 하면서 이는 내국민 대우를 위반한 조치라고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 신청인과 동종업체(멕시코)인 Poblano Group사는 담배수출 사업 등에 있어 동일한 사정에 있다고 인정한 후, 두 업체에 대한 차별이 있는지 검토하였다. 판정부는 신청인 측은 1997년 10월과 11월, 두 달 동안 세금환급을 받지 못했고, 나아가 재정경제부로부터 1996년 6월부터 1997년 9월까지 환급받은 세금을 반환하라는 지시를 받았으나, Poblano사는 위 기간 동안 세금을 모두 환급받았다는 사실을 인정하였다. 또한 신청인 측에 대해서는 1998년 감사를 벌인 후 수출업등록을 거부한 반면, Poblano사에게는 한참 후 형식적인 감사만 하였고 등록을 허가해 준 사실도 인정하였다. 판정부는 이러한 사실에 비추어 멕시코 정부는 국내 동종 경쟁업체인 Poblano사와 신청인 회사를 차별대우 했으며, 결국 이는 NAFTA 제1102조상의 의무를 위반하였다고 판정하였다.

반면 내국민대우를 인정하지 않은 UPS v. Canada 사건[36]에서 UPS는 2000년 4월, 캐나다 정부와 Canada Post간의 특별한 법적·회계적 관계, Canada Post에 대한 각종 통관 편의제공 등으로 인해 차별적인 대우를 받았다고 주장하였다. UPS와 Canada Post는 동일한 시장점유(same market share)를 위해 동일한 시장에서 경쟁하고 있으므로 양자는 동종 상황에 있다는 주장이다. 이에 대해 중재판정부는 상품을 우편으로 수입하는 것과 택배(courier)로 수입하는 것은 명확히 구분되는 별도의 절차로서 각 절차에 따라 달리 대우하는 것은 동종의 상황이 아니므로 내국민 대우 위반에 해당하지 않는다고 하면서, UPS는 Canada Post가 아닌 다른 캐나다 소포회사와 동종 상황에 있다고 보아야 하며, 그들과는 동등한 대우를 받고 있으므로 NAFTA 제1102조의 내국민 대우를 위반하지 않았다고 판정하였다.[37]

3. 최혜국 대우

최혜국 대우란 일방당사국이 다른 협정에서 이 협정 보다 유리한 혜택을 상대국에 부여하는 경우, 그 혜택이 이 협정의 당사국에게 자동적으로 부여되는 원칙으로

정(NAFTA).

36) *UPS v. Canada*, UNCITRAL, 17 October 2001.

37) 내국민 대우에 관하여 상세히는, R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., pp.178-186 참조.

서 대부분의 투자협정에 포함되어 있다.[38] 즉, 당사국은 제3국 투자자 및 투자에 부여하는 대우 보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자자 및 투자에 대해 부여하는 조항으로 투자협정 부속서에서 별도로 유보하지 않는 한 상대국에게 자동적으로 부여해야 하는 원칙이다.[39] 최혜국 대우 조항을 통해 투자협정을 체결한 국가의 투자자는 투자협정의 상대방 국가가 더 밀접한 관계에 있는 제3국과 체결한 투자협정에서 보호받고 있는 대우보다 불리하지 않은 대우를 보장받게 된다. 최혜국 대우 조항의 이러한 효과로 투자협정을 체결하는 국가가 상대방 국가에 따라 선별적으로 투자보호규정을 달리하는 것을 막을 수 있다.

최혜국 대우 조항은 많은 투자협정에 규정되어 있음에도 불구하고, 외국인 투자자 입장에서는 투자유치국 내에서 내국민과의 차별대우 방지가 주된 관심사였기 때문에 최혜국 대우는 많은 주목을 받지 못하였다.[40] 최근 투자분쟁이 급속도로 증가함에 따라 다양한 관점에서 이와 관련된 사건들이 검토되고 있는데, 최혜국 대우 조항도 투자분쟁을 통해 비로소 주목받기 시작하였다. 지금까지 최혜국 대우 조항을 통해 다른 투자협정의 실체적 보호규정이 원용될 수 있다는 점은 일반적으로 인정되어 왔으나,[41] 최근 중재판정사례 중에는 최혜국 대우 조항을 통해 절차적 보호조항까지 원용이 가능하다고 인정하여 논란이 되어 왔다.[42]

Maffezini v. Spain 사건[43]에서 아르헨티나 Maffezini는 스페인의 갈리시아 지역

---

38) 최혜국대우는 12세기부터 활용되어 왔는데, 이 조항이 본격적으로 사용되기 시작한 것은 국가간 교역이 활발하게 이루어진 15세기 이후부터이다. 근세에서는 미국-프랑스 간 1778년 우호통상조약(Treaty of Amity and Commerce)에 등장한 이래 우호통상항해 조약 등 다양한 조약을 통해 확산되었다.

39) 한-미 FTA 최혜국 대우 조항 본문은 “with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory."를 규정하고, 부속서에서 "any bilateral or multilateral international agreement"라고 규정하고 있다. 이 경우 어떠한 양자간 또는 다자간 국제협정의 경우 한-미 FTA보다 먼저 발효되거나 서명한 경우에는 MFN의 예외가 된다. 그러나 한-미 FTA 발효 이후 서명하거나 발효된 경우에는 미래의 MFN이 적용되어 미국투자자에게 그 혜택이 이전되는 것이다. 즉, 과거와 미래 MFN을 나누어서 규정하는 방식을 채택하였다. 문제는 지역경제통합협정이 아닌 양자간 또는 다자간 국제협정에 BIT가 포함 되는가 인데, 지역경제통합협정이라는 용어를 사용하지 않고 있으므로 BIT도 양자간 협정으로서 포함된다고 볼 수 있으며 FTA도 마찬가지이다. 예컨대 한-미 FTA 발효 이후 한-콜롬비아 BIT, 한-인도 CEPA에 서명한 경우라면 콜롬비아 투자자, 인도 투자자에게 부여된 유리한 혜택이 미국 투자자에게 부여되는 것이다. 물론 한-미 FTA 발효 전에 서명한 BIT나 FTA의 경우 MFN이 적용되지 않음은 물론이다. 변필건, 한국의 투자협정 해설서 -BIT와 최근 FTA를 중심으로-, 법무부, 2010, p.151 참조.

40) 박노형, 전게서, p.173; 동지, R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., p.186 참조.

41) *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1.

42) 박노형, 전게서, p.173.

43) *Emilio Agustin Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 2000.1.25. 관할권에 관한 결정, 2000 11.13. 판정(아르헨티나-스페인 BIT).

에 화학제품의 생산 및 판매를 위한 기업설립을 추진하던 중에 분쟁이 발생하여 Maffezini는 아르헨티나와 스페인 BIT에 근거하여 중재신청을 하였다. BIT 제10조에서는 국제중재를 신청하기 위해서는 국내법원에 제소하여 18개월이 경과한 후에도 해결되지 않을 경우에만 중재신청이 가능하다고 규정하였다.[44] Maffezini는 이러한 장애를 극복하기 위해 아르헨티나-스페인 BIT 제4조에 규정된 최혜국 대우 조항[45]에 따라 국내법원에 제소할 필요 없이 바로 국제중재신청이 가능하도록 규정하고 있는 칠레-스페인 BIT의 분쟁해결조항을 원용할 수 있다고 주장하였다. 아르헨티나와 스페인 BIT의 최혜국 대우 조항에서는 적용범위와 관련하여 명백하게 '이 협정과 관련된 모든 문제(all matters subject to this Agreement)'라고 명시하고 있었고, 중재판정부는 이 사건과 같은 특이한 경우에 있어서, Maffezini에게는 스페인-칠레 BIT의 분쟁해결조항을 원용할 수 있고, ICSID에 중재를 제기하기에 앞서 스페인 법원에 소송을 제기할 필요가 없다고 판정하였다.[46]

같은 취지의 Hochtief v. Argentina 사건[47]에서 중재판정부는 관련조약(아르헨티나-독일 BIT)의 MFN 조항을 원용하여, 18개월 동안의 국내법원을 사전에 경유하지 않고 제기된 중재를 허용하는 결정을 내렸다. 판정부는 분쟁해결이 투자와 관련한 활동(activity in connection with an investment)이므로 MFN 조항은 분쟁해결에 관한 문제 즉, 중재절차에 적용될 수 있다고 보았다. 아울러 18개월의 제소기간은 분쟁당사자가 각자의 입장을 확인하는 기간을 추가로 부여할 뿐이며, 이 기간 내에 법원 판결이 내려지더라도 여전히 투자자는 BIT 제10조에 의거 ICSID 중재를 제기할 수 있으므로 형식적인 요건에 불과하다고 보았다. 이에 대해 일부 학자들은 분쟁해결조항에 대해서도 최혜국 대우의 확장을 인정하는 것은 투자자가 투자중재를 관할권 선택에 이용할 수 있다는 점을 들어 우려를 제기하기도 하였다.[48]

---

44) 아르헨티나-스페인 BIT 제10조 제3항 (a)에서는 다음과 같이 규정하고 있다. "The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstance: a) at the request of one the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceeding referred to in paragraph 2 of this Article, have been the dispute between the parties continued; b) if both parties to the dispute agree thereto."

45) 아르헨티나-스페인 BIT 제4조 제2항에서 최혜국대우에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. "In any matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investment made in its territory by investors of a third country."

46) Y. Kryvoi, 「International Centre for Settlement of Investment Disputes」, Wolters Kluwer, 2009, pp.74-75 참조.

47) *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31.

48) *Impregilo S.p.A. v. Argentina(*Award, 21 June 2011) 사건에서 소수 중재인은 조약의 체약국들이 중재동의의 조건으로 설정한 요건을 MFN 조항에 의존하여 완화 또는 무력화하는 것은

4. 포괄적 보호조항

포괄적 보호조항은 투자유치국으로 하여금 타방 당사국의 투자자의 투자에 대한 계약상의 의무를 협정상의 의무로 확대하여 이행할 것을 요구하는 원칙이다. 동 조항은 Mirror or Parallel Efect Clause', 'Pacta Sunt Servanda', 또는 'Sanctity of Contract Clause' 등의 다양한 명칭으로 불리며, 다수의 BIT에서 규정하고 있는 조약조항(treaty provision)으로 ICSID의 설립과 BIT의 체결로 급증한 외국인투자에 비해 국제법상 확립된 외국인투자자 보호기준의 부재로 그 보호수준이 미비한 문제를 해결하려는 노력의 일환이었다.[49] 학계에서는 포괄적 보호조항에 대한 논의의 기원을 1954년 Anglo-Iranian Oil Company (AIOC) 사건[50]의 'Umbrella Treaty'에서 찾고 있다. 1950년대 당시의 국제법 하에서는 계약상의 의무위반이 그 자체로써 국제의무위반이 될 수 있는지 여부가 확실치 않았다. 게다가 분쟁발생시 투자자는 중립성을 기대하기 힘든 투자유치국의 국내법원에서 언제라도 투자유치국에 의한 일방적인 법 개정이 가능한 그 국가의 국내법에 의존해야 했기 때문에 법적으로 불리한 위치에 있었다. 이러한 문제가 수면위로 부상한 계기가 된 사건이 바로 AIOC 사건이었다. 본 사건에서 Elihu Lauterpacht가 AIOC에 제안한 'Umbrella Treaty'는 이란과 AIOC 사이에 체결된 모든 계약이 이 조약을 통해 이란과 영국 사이에 체결된 조약으로 포섭 또는 회부되도록 하여 투자자의 권리보호의 범위를 확대시키고자 한 것으로 Umbrella Clause의 시초라 할 수 있다.[51]

이후 포괄적 보호조항은 1959년 Abs-Shawcross의 『외국에서 사유재산권의 상호보호를 위한 국제협약』 초안 제4조에서 "최혜국 대우 조항을 포함하여 정부 간 협약이나 다른 계약을 통해서 또는 어느 체약국의 행정결정을 통해서 내국민보다 외국인에게 더 나은 대우를 약속할 경우에는 그 약속이 우선한다."[52]고 규정하여 좀

부당하다는 반대의견을 냈다.

49) 박민아 · 한지희, "Umbrella Clause의 주요쟁점과 해결을 위한 제언", 「국제투자분쟁 뉴스레터」 제9호, 대한상사중재원, 2010.10, p.3.

50) *Anglo-Iranian Oil Company Ltd.*(UK v. Iran) ICJ Rep. 93 (1952); A. Newcombe &, L. Paradel, 「Law and Practice of Investment Treaties」, Kluwer Law International, 2009, pp.440-441.

51) 박민아 · 한지희, 전게논문, p.3.

52) 1956-1959년 Abs-Shawcross의 외국에서 사유재산권의 상호보호를 위한 국제협약 초안 (1956-1959 Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Right in Foreign Countries) 제4조의 원문은 다음과 같다. "In so far as better treatment is promised to non-nationals than to national either under intergovernmental or other agreements or by administrative decrees of one of the High contracting Parties, including most-favoured nation clauses, such promises shall prevail."

더 구체적인 형태를 갖추었으며, 이후 1967년 OECD의 『외국인 재산보호에 관한 협약』 초안에도 영향을 미쳤다. 요컨대 OECD 초안 제2조에서는 "각 체약국은 어느 경우에 있어서도 다른 체약국 국민의 재산에 대하여 자신이 한 약속에 대해서 이행을 보장하여야 한다."[53]고 규정하였다.[54]

포괄적 보호조항 위반을 인정한 LG&E v. Argentina 사건[55]에서 아르헨티나 정부는 석유산업에 대한 외국인 투자를 유치하기 위해 석유가격의 미국 생산자물가지수에 의한 산정, 반기별 가격조정 등을 약속한 후 경제위기로 이러한 약속을 파기하는 조치를 취하였다. 아르헨티나 정부의 약속을 믿고 아르헨티나의 3개 석유회사 주식을 매입하는 투자를 하였던 신청인은 아르헨티나 정부의 약속파기를 다투었다. 신청인은 아르헨티나 정부가 외국인 투자자에게 투자이익 환수, 통화변경과 인플레이션에 대한 보호, 국제지수에 의한 요금조정, 보상 없는 일방적 변경, 가격통제가 없을 것이라는 점을 약속하였고, 이는 아르헨티나 정부의 법적 의무임에도 불구하고 이를 위반함으로써 아르헨티나 정부가 석유판매 분야에서 외국인 투자에 대한 본질적인 의무를 위반하였다고 주장하였다. 결국 BIT 제2조 제2항 (c)에서 규정하고 있는 "각 체약국은 투자와 관련하여 체결한 여하한 의무를 준수하여야 한다."는 소위 포괄적 보호조항을 위반하였다고 주장하였다.

중재판정부는 이러한 포괄적 보호조항은 법률에 규정된 의무에 대한 위반이 있는 경우보다는 투자유치국과 투자자간의 계약상 의무 위반이 있는 경우에 문제가 되는 조항이라고 하면서, "이 조항을 위반하였는지 판단하기 위해서는 석유법(Gas Law)과 시행령이 투자와 관련하여 외국인 투자자에 대해 의무를 부담하고 있고, 이러한 규정의 폐지가 의무위반이 되는지 고려하여야 한다."고 판정하였다. 나아가 석유법은 일반적 의미의 법적 의무를 부과한 것이 아니라 경제위기를 극복하기 위해 외국인 투자를 유치할 목적으로 즉, 신청인의 아르헨티나에 대한 투자유치를 목적으로 한 규정이므로 계약상 의무를 구성하고 이 법의 폐지는 계약의무를 위반한 것이며, 따라서 포괄적 보호조항을 위반한 것이라고 판정하였다.

포괄적 보호조항 위반을 인정하지 않은 Link-Trading v. Moldova 사건[56]에서 신

53) 1967년 OECD 외국인재산보호에 관한 협약 초안(1967 OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property) 제2조의 원문은 다음과 같다. "Each Party shall at all times ensure the observance of undertaking given by it in relation to property of nationals of any other Party."

54) A.L. Jaramillo, 「International of Umbrella Clause in the ICSID System」, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2010, pp.12-14 참조.

55) LG&E Energy Corp., *LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/02/1, 2004. 4. 30. 관할에 관한 결정, 2006. 10. 3. 책임에 관한 결정 (미국-아르헨티나 BIT).

청인 Link-Trading Joint Stock Company는 미국과 몰도바 합작투자회사로 몰도바 법에 의해 설립되어 치시나우(Chisinau) 경제자유구역에 주소지를 두고서 경제자유구역으로 소비재를 수입하여 소매상에게 재판매하는 사업을 주된 영업으로 하고 있었다. 신청인 자신은 수입세를 면제받고 있었고, 신청인으로부터 물품을 구매하는 소매상들도 부가가치세 일부를 면제받고 있었다. 그런데 몰도바 정부는 신청인들로부터 물품을 구매하는 소매상들에 대한 면세범위를 점차 축소하다가 면세를 폐지하고 구체적 소비재별 양적 할당에 따른 면제로 전환하였다. 신청인은 몰도바 정부가 자신에게 10년 동안 면세에 관한 권리를 부여하였는데 정부의 세제변화는 이러한 보장을 철회한 것으로 투자협정을 위반한 것이라고 주장하였다. 신청인의 주장에 대해 중재판정부는 BIT 제2조 제3항 (c)에서 규정한 "정부는 투자와 관련하여 체결된 의무를 준수하여야 한다."는 포괄적 보호조항에 따른 의무를 몰도바 정부가 위반하였는지 검토하였다. 판정부는 신청인이 주장의 근거로 삼은 'Regulation No. 05/1-07/ 507'은 경제자유구역법(10년 세금면제 규정)이 아니라 예산법을 따른다고 명문으로 규정하고 있어 신청인이 법 적용을 잘못하였고, 외국인투자법에서도 신청인의 고객에 대해서까지 세제 혜택을 보장하지는 판정하였다.[57]

Ⅳ. FET의 적용기준

광범위한 정의나 설명이 FET와 같은 어려운 개념을 이해하는 유일한 방법은 아니며, 이 원칙이 적용되는 실제 판정사례를 검토하는 것도 유익하다고 본다. 그동안의 중재판정 사례를 살펴보면 이하의 여러 원칙을 확인할 수 있고, FET의 적용기준은 이 원칙들을 포함하고 있음을 보여준다. 이하에서는 현재 FET 적용기준으로 해석되고 있는 투명성, 안전성 및 투자자의 적합한 기대의 보호, 계약상의 의무 준수, 적법

56) *Link-Trading Joint Stock Company v. Moldova,* UNCITRAL, 2001. 2. 16. 관할에 관한 결정, 2002. 4. 18. 최종판정이 내려졌다 (미국-몰도바 BIT).

57) 오원석 · 김용일, "국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구 - Umbrella Clause와 MIGA를 중심으로-", 「중재연구」 제18권 제2호, 한국중재학회, 2008, pp.153-154; 포괄적 보호조항에 관하여 상세히는, 박민아 · 한지희, 전게서, pp.1-46; 강성진, "Umbrella Clause와 관련 사례 검토",「국제투자분쟁연례보고서」, 대한상사중재원, 2007, pp.135-150; 조희문, "국제투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구",「중재연구」제19권 제2호, 한국중재학회, 2009, pp.95-126; J. Wong, "Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties: of Breach of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", George Mason Law Review, Vol. 14, No.1, 2006, p.142; C. Schreuer, "Travelling the BIT Route; of Waiting Periods, Umbrella clause and Forks in The Road", J. World Inv., 2004, pp.231-256 참조.

절차, 신의성실, 강압으로 부터의 자유 등을 중심으로 검토하고자 한다.[58]

1. 투명성 및 적합한 기대의 보호

투명성(transparency)과 투자자의 적합한 기대의 보호(protection of the investor's legitimate expectations)는 밀접한 관련이 있다. 먼저 투명성이란, 투자자의 사업을 위해 법체계(legal framework)가 분명하고, 투자자에게 영향을 주는 모든 결정이 그 법체계 내에서 이루어지는 것을 의미한다. 투명성과 적합한 기대의 요건은 오늘날 중재에 의해 확고히 뿌리내렸다.[59] 투자자의 적합한 기대는 법체계와 투자유치국의 명시적 또는 묵시적 의사표시 확약을 기반으로 한다. 따라서 투자유치국이 투자자로 하여금 적합한 기대를 하도록 이끈 확약을 취소하는 것은 EFT 위반이다.[60]

Metalclad v Mexico 사건[61]은 중재판정부가 FET 원칙을 적용함에 있어서 투명성이 중요한 기준이 된 사건이다. 멕시코의 연방정부와 주정부는 투자자에게 쓰레기 매립지 건설 및 운영허가증을 발행해 주었고, 이로 인해 투자자는 운영에 관한 모든 허가증을 갖고 있다고 확신했다. 그러나 시당국은 건설허가를 거절하였고, 신청인은 NAFTA 제1105조를 근거로 주정부의 권한행사에 관한 규정의 투명성이 부족하다고 주장하였다. 판정부는 투명성 요건에 관한 다수의 NAFTA 규정을 참조하며서 "이는 투자를 계획하거나 또는 투자를 시작하고, 완료하고, 성공적으로 운영하는 것과 관련된 모든 법적 요건은 타방 당사국의 투자자에게 즉시 알려질 수 있어야 한다는 내용을 포함하는 것으로 이해한다. 또한 그러한 문제에 대해 의심의 여지가 없거나 또는 불확실성이 없어야 한다. 정부당국 관계자는 그와 관련된 오해나 혼동의 여지가 있음을 인식할 때, 정확한 입장을 즉시 결정하고, 명확히 진술해야 한다. 이로 인해 투자자가 관련법에 따라 행동한다는 확실한 믿음을 갖고, 적절한 투자를 시작

58) 본고는 FET의 적용기준을 R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., pp.133-148을 참고하여, 본문과 같이 5가지 관점에서 검토하였으며, 박선욱의 전게논문에서는 이에 대해 합리성, 비차별성, 일관성, 투명성, 적법절차, 신의성실 등 6가지로, 오현석의 전게논문에서는 완전한 보호 및 보장, 사법거부, 적법절차, 투명성, 정당한 기대의 존중, 차별 금지, 자의적 처분 금지 등 7가지로 구분하고 있다.

59) UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement, *Fair and Equitable Treatment*(1999) 51.

60) W.M. Reisman & M.H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes' (2004) 19 ICSID Review-FILJ 328; S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice'(1999) 70 *British Year Book of International Law 99*, 146-147; T.W. Wälde, "Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration'(2004) 5 Journal of World Investment 387.

61) *Metalclad Corp.* v. Mexico, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209.

할 수 있기 때문이다. 투명성을 보장할 의무는 투자자에게 제1105조에서 보장된 FET 기준의 일부를 구성한다."고 판정하였다. 나아가 판정부는 투명성에 관해 언급하면서 "투자자가 연방공무원(federal official)의 의사표시를 신뢰할 권리가 있다."고 판정하였는데, 이는 정부와 시당국의 행동이 NAFTA 제1105조 하의 FET 위반이라는 결론이다.

투자자의 적합한 기대의 보호와 관련하여 Eureko B.V v Poland 사건[62]은 폴란드 회사의 경영권 확보를 목표로 하는 투자자와 폴란드 정부 간에 주식매입계약에 관한 것이다. 관련 계약은 투자자에게 회사를 통제하기 위한 추가 주식을 획득할 권리를 보장하는 계약이었으나, 이후에 폴란드는 민영화 정책을 변경하였으며 투자자에게 추가 주식을 획득하도록 한 계약을 철회하였다. 중재판정부는 "폴란드가 Eureko를 불공정하고 불평등하게 대우했음이 명백하며 피신청인은 의도적이고 명백하게 Eureko의 기본적인 기대를 위반했다. 따라서 피신청인이 조약상 FET 조항을 위반했다."고 판정하였다.[63] 또한 Bayindir v Pakistan 사건[64]은 고속도로 건설을 위한 파키스탄 NHA(National Highway Authority)와 외국투자자간의 투자계약과 관련된 사건으로, 건설 진행 중에 NHA는 계약을 종료하였고, 이어 파키스탄 국내 건설업자에게 프로젝트의 완공을 대신 맡겼다. 관할권 판정에서, 중재판정부는 앞선 Tecmed 사건[65]의 외국투자자의 적합한 기대, 일관성과 투명성을 강조한 문구를 인용하면서 투자유치국은 관련 정책의 목표와 행정적 관행뿐 아니라 규제와 관련하여 안정적인 법체계를 유지할 의무가 있음을 지적하였다.[66]

---

62) *Eureko B.V v Poland,* Partial Award, 19 August 2005, 12 ICSID Reports 335.

63) 같은 취지로, CME v Czech Republic 사건은 정부당국이 신청인의 계약상 권리를 침해했다고 청구한 사건으로 침해는 투자자의 국내 파트너가 투자에 종속된 계약을 종료할 수 있도록 하는 조건에서 발생했다. 중재판정부는 그러한 조치는 투자자의 적합한 기대 보호 위반이라고 판정하였다. 이에 관하여 상세히는, CME v Czech Republic, Partial Award, 13 September 2001, 9 ICSID Reports 121. *Saluka v Czech Republic,* Partial Award, 17 March 2006 참조.

64) *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

65) 동 사건은 투자유치국이 정책을 공개하지 않은 것과 관련하여 분쟁이 발생하였다. 중재판정부는 FET에는 투자자가 투자당시에 고려한 정당한 기대를 침해해서는 안 되는 의무, 투자에 영향을 미치는 규정과 법률이 시행되기 전에 투명한 방식으로 투자자가 알 수 있도록 할 의무, 기존의 결정이나 허가를 자의적으로 취소하지 않을 의무 등이 포함된다고 하면서, 멕시코 당국의 행위는 FET를 위반하였다고 판정하였다. *TECMED S.A. v. United Mexico States,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (May 29, 2003), 43 ILM. 133.

66) R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., pp.139-140.

2. 계약상의 의무 준수

투자자의 적합한 기대의 보호와 밀접한 관련이 있는 사안은 계약에서 발생한 의무의 준수(compliance with contractual obligations)로 확대할 수 있는데, 이러한 보호를 어느 범위까지 할 것인가가 문제 될 수 있다. 위에서 언급한 투자자의 적합한 기대 보호를 다룬 여러 사례에서 보듯이, 그 기대는 투자유치국과의 계약상 합의에 근거한다. 그러나 기존의 판례법은 투자유치국의 계약상 의무의 위반인지, 막연히 FET 기준의 위반인지에 관한 문제를 남겨둔다.[67]

Mondev 사건[68]의 중재판정부는 NAFTA 제1105조 제1항의 보호가 계약상의 청구로까지 확대된다고 판정하면서 "투자계약을 위반한 정부의 조치는 제1105조의 원칙과 불일치하고, 계약대로 이행할 정부의 책임에 관한 국내법 및 국제법 기준과 불일치한 것으로 보인다."고 판정하였다. 또한 SGS v Philippines 사건[69]의 중재판정부는 계약상 의무 위반이 FET 기준 위반이 될 수 있음을 인정했다. 관할권 결정에서, 중재판정부는 "비록 FET를 다루는 BIT 제4조 적용범위는 본안에 관한 문제이나, 판정 또는 계약하에서 지급해야할 금액에 대한 부당한 지급 거절은 적어도 제4조하에서 논쟁의 여지가 있는 문제가 발생한다."고 판정하였다.[70] 또한 Noble Ventures v Romania 사건[71]에서 중재판정부는 FET 기준에는 계약을 준수할 의무가 포함된다고 하면서, 특히 완전한 보호 및 안전, 자의적이고 차별적인 조치 금지, 투자자에 대한 계약상 의무의 준수를 고려할 수 있다고 판정하였다.[72]

반면, Waste Management v Mexico 사건[73]의 중재판정부는 NAFTA 제1105조 제1항에 포함된 FET 기준의 요소로 투명성과 신뢰를 설명하면서 "만약 이것이 거래의 완전한 이행거절 및 부정한 이행거절에 해당하지 아니하고, 이 문제를 다루기 위해 일부 구제수단이 채권자(신청인)에게 열려졌다면, 시당국의 채무불이행 지속이 제1105조 위반과 동일시되는 것은 아니다."라고 하면서 FET 위반을 인정하지 않았다.[74]

---

67) R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., pp.140-141.
68) Monev v. USA, Award, 11 October 2002, 42 ILM (2003) 85.
69) *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Report 518.
70) Id., para. 162.
71) *Noble Ventures v Romania*, Award, 12 October 2005.
72) Id., para. 182.
73) *Waste Management v Mexico*, Final Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967.
74) Id., para. 115; 동 판례에 관하여 상세히는, 박덕영 · 이서연, "NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한미 FTA에의 시사점", 「중재연구」 제22권 제2호, 한국중재학회, 2012, pp.109-111 참조.

3. 적법절차와 사법거부

적법절차(due process)는 FET의 주요 요소이며 사법거부(denial of justice)의 배제를 목적으로 한다. 먼저 적법절차란 모든 국가작용은 정당한 법률에 근거하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 한다는 법원칙을 말한다. 이는 절차의 적법성만을 의미하는 것이 아니라 절차의 적정성까지 요구하며 형식적인 의미의 법률, 명령, 조례, 규칙 및 공서까지 포함하는 일체의 법을 의미한다. 이러한 적법절차의 원칙은 투자유치국 정부의 조치가 국내법 및 국제법에 근거하여 적절한 절차를 거쳤는지에 대한 문제로, 국제투자분쟁에서 FET와 관련지어 언급되었다.

적법절차와 관련한 Middle East Cement v Egypt 사건[75]에서 신청인이 이집트에서 사업을 하던 중 신청인 소유의 선박이 이집트 당국에 의해 압류되어 경매되자 신청인은 경매절차가 적법절차에 의하지 않은 부당한 조치였다며 중재를 신청하였다. 신청인은 경매가 처리되는 과정에서 신청인에 대한 통지는 이집트 '동산압류에 관한 법률' 제308호 제7조 제3항에 따라 직접 또는 우편에 의하여야 하는데, 수에즈 항구 경찰청장에 대한 통지와 일간신문에 공고하는 것으로 통지를 대체하였다는 것이다. 신청인은 자신에게 적합하게 통지를 하지 않고 경매절차가 이루어졌다고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 동법 제7조 제3항은 채무자가 부재중인 경우에만 적용되어야 하는데, 이 사건에서 신청인은 정황상 계속 부재중일 가능성이 적었고, 정부당국은 신청인과 변호사의 이집트 주소를 잘 알고 있었다는 점을 지적하면서, 그리스-이집트 BIT 제2.2조와 제4조 (a)항의 적법절차를 위반하였다고 판정하였다.[76]

한편, 사법거부는 사법절차문제 즉 투자자가 권리를 주장하는 과정에서 절차상 하자와 관련하여 문제되어 왔다. 사법거부는 일반적으로 외국인의 소송을 수리하지 않는 경우(재판거부), 심리 또는 재판의 부당한 지연이나 재판상 보호절차를 거부하는 경우(재판절차의 불공정), 명백히 불공평한 재판을 하는 경우(재판내용의 불공평), 내국인에 대하여 유죄판결을 집행하지 않거나 집행의 부당한 연기를 하는 경우(재판집행의 불공평) 등을 포함한다. 사법거부는 외국인 투자자에 대하여 일정한 사법적 보호를 하여야 하는 국제법상 의무의 위반이며, 이는 국제법상 국가책임을 발생시킨다. 사법거부 원칙은 국제관습법의 일부로 인정되어 왔으나 실제 사례에서는

75) *Middle East Cement Shipping & Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award(Apr. 12, 200) 7 ICSID Rep. 173 (2005).

76) Id., para. 143.

신청인의 주장을 받아들이지 않는 것이 일반적이다.[77]

예컨대 Azinian v. Mexico 사건[78]에서 멕시코 나우칼판(Naucalpan) 시당국은 미국 신청인 회사가 능력이 없으면서 사업경험이 많은 것처럼 과장하였고 실제로 사업을 제대로 운영하지 않았다는 이유로 신청인 회사와의 계약을 파기하였다. 이로 인해 신청인은 멕시코 법원에 제소하였으나 기각되었고, 더 이상 멕시코 법원에서 다투는 대신에 ICSID 중재를 신청하였다. 이에 중재판정부는 "사법거부는 해당 국내법원이 법원 접근을 거부하거나, 소송 진행이 가능하더라도 부당하게 소송절차를 지연하는 경우, 혹은 심각하게 부적절한 판단을 하는 경우이다. 또한 명백히 악의적으로 법을 적용하는 경우이다."라고[79] 하면서 ICSID 절차는 국내법원 판결에 대한 항소심 역할을 하는 것은 아니며, 신청인이 사법거부를 주장하기 위해서는 국내법원의 판결이 국제법에 위반되었음을 입증해야 하고, 이후 중재판정부가 그 국내법원의 판결을 국제법에 따라 판단하는 것이 가능하다고 하였다.[80] 판정부는 멕시코 법원의 판결이 '명백히 악의적으로 법 적용을 했는지'를 판단하면서, 신청인 회사가 사전에 사업운영 능력에 관한 허위진술을 하였고 이에 따라 멕시코 당국이 계약을 파기한 것에 대해 멕시코 법원이 유효하다고 판단한 것은, 멕시코 국내법에 따른 유효한 법 적용이며, 국제법 원칙에 따른 위반을 인정할만한 근거가 없고, 사법거부에 해당하지 않는다고 판정하였다.[81]

사법거부는 행정절차에서도 주장되었는데, Thunderbird v Mexico 사건[82]에서 신청인은 멕시코 정부가 신청인의 게임 사업은 멕시코법 위반이라고 하면서 이를 중지하도록 한 것은 국제법에 따른 대우를 보장을 NAFTA 제1105조 위반이라고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 신청인의 사업운영과 관련하여 멕시코 정부의 행정절차에 어떤 자의성이라든가 또는 적법절차 위반과 같은 사항을 발견할 수 없다고 하였다. 판정부는 신청인에게 행정청문에서 진술하고 증거를 제시할 기회가 공정하게 주어졌고 이를 이용할 수 있었다고 언급하면서, "행정절차상의 적법절차 요건은 사법절차상의 요건보다 엄격하지 않다"고 판정하였다.[83]

---

77) 오현석, 전게논문, p.121.

78) *Azinian v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award(Nov.1, 1999), 39 ILM. 537.

79) Id., paras. 102-103.

80) Id., para. 99.

81) 박선욱, 전게논문, pp.341-342 참조.

82) Int'l Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexico States, Award (NAFTA Arb. Trib. Jan. 26, 2006); R. Dolzer, & C. Schreuer, op. cit., p.144.

83) Id., paras. 197-201; 박선욱, 전게논문, p.345 참조.

4. 신의성실

신의성실(good faith)은 광범위한 법원칙으로 통상 국제법에서, 특히 해외투자법상 기초가 되는 원칙 중 하나이다. 많은 사건에서 중재판정부는 FET에 신의성실원칙이 내재되어 있음을 인정하는데, 전술한 Tecmed 사건의 판정부는 FET에 관한 BIT 조항을 해석하면서 "FET 약속은…… 국제법상 인식되는 bona fide(선의의) 원칙의 일부라고 판정하였다.[84] 같은 취지로, Wast Management 사건[85]의 중재판정부는 선의로 행동할 의무는 NAFTA 제1105조에서 규정하는 FET의 기본의무라고 언급하면서, 특히 투자를 무산시키는 정부당국의 고의적인 음모(deliberate conspiracy)는 FET 위반이라고 판정하였다. 나아가 판정부는 고의적 음모에 관해 구체적으로 언급하면서 이는, 정당성 없이 투자협정의 목적을 좌절시킬 수 있는 정부기관들의 고의적 연합으로 제1105조 제1항의 위반을 구성할 수 있음에 의심의 여지가 없다고 강조하였다. 또한 제1105조 제1항하에서 국가의 기본 의무는 선의로 행동하고, 고의적으로 부적절한 수단을 통해 투자를 소실시키거나 좌절시키지 않도록 행동하는 것이라고 판정하였다.[86]

또한 Saluka v Czech Republic 사건[87]에서 판정부는 신의성실이 FET의 주요 역할을 한다고 밝히면서, 체코가 투자자의 투자에 영향을 미치는 한, 투자자는 합리적인 공공정책에 의한 정당한 행동과 명백하게 일관성, 투명성, 공평, 비차별적 대우는 물론 선의로 정책을 실행할 것을 적절하게 기대할 수 있으며, 정부의 투자자에 대한 악의적 조치는 FET의 위반이라는 판정하였다.[88] 그러나 모든 FET의 기준 위반에 악의가 요구되는지는 다른 문제이다. 비록 그 조치가 투자자에게 해를 입혔다고 할지라도 투자유치국이 정당한 정책이라고 주장하고, 그러한 조치는 선의이며 따라서 FET 위반이 아니라고 항변할 수 있다. 하지만 그동안의 중재판정은 어떠한 악의가 포함되지 않음에도 불구하고 FET 위반일 수 있음을 명백하게 보여준다. 예컨대 Mondev 사건[89]의 판정부는 국가가 외국투자자를 악의 없이 불공정하고 불공

84) Tecmed 사건에서 판정부는 신의성실 원칙 속에는 기존의 FET 적용기준으로 언급되었던 요소들이 대부분 포함된다는 관점을 피력하였다.

85) *Wast Management v. Mexico*, Final Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967.

86) Id., para. 138.

87) *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006. 같은 취지로, Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Pakistan(14 November 2005) 사건에서 투자자는 정부가 제시한 이유가 실체적 동기와 일치하지 않으므로, 그것의 배제는 지역 편애와 악의를 기반으로 한다고 주장하였다. 이에 대해 판정부는 관할권 결정에서 신청인의 주장대로 불공정한 배제는 BIT하에서 FET 위반이라고 판정하였다.

88) Id., para. 307.

평하게 대우할 수도 있음을 강조하였고, 앞의 Tecmed 사건의 판정부 또한 FET는 국제법상 인식되는 선의의 원칙의 표출임을 지적한 후에, 위에 언급한 Mondev 사건의 '국가의 악의가 FET 위반을 구성하는 요건은 아니다'라는 문구를 인용하였다. 같은 취지로, CMS Gas Transmission Company v Argentina 사건[90]에서 판정부는 FET가 안정성 및 예측가능성과 분리될 수 없음을 강조하면서 "이는 피신청인이 문제의 조치를 택한 것에 대해 어떤 고의적 의도나 악의가 있는 것과 관련 없는 객관적인 요건으로 판단해야 하며 그러한 의도와 악의는 상황을 악화시킬 수 있지만, FET 위반의 필수적 요소는 아니다."라고 판정하였다.[91]

5. 강압으로 부터의 자유

FET 원칙은 투자자에게 직접적으로 강압(coercion)과 괴롭힘(harassment)의 상황이 발생한 경우에 적용될 수 있다. Pope & Talbot v Canada 사건[92]에서 정부기관인 SLD는 투자자에게 대립적이고(confrontational) 공격적인(aggressive) '증명서 검사' (verification review)를 실시하였다. 중재판정부는 1999년 당시, SLD와 투자자간의 관계는 협력적이라기보다는 전투적이었고, SLD가 자신의 권한을 유월했다고 언급하며서, 1999년 당시, 증명서 검사 과정과 관련한 SLD의 행위는 NAFTA 제1105조의 FET 위반이므로 캐나다가 투자자에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다고 판정하였다. 이후 심리에서도 판정부는 규제당국의 조치가 협박과 대립적인 상황에서 발생하였다고 강조하면서 SLD가 FET 기준을 위반했다고 판정하였다.[93]

전술한 Tecmed v Mexico 사건[94]에서 중재판정부는 국제법 수준의 FET를 보장하는 멕시코-스페인 BIT 조항을 원용하면서, 허가증 갱신 거절은 투자자를 다른 지역으로 이전시킬 목적으로 계획된 것으로 투자자는 새로운 사업비용과 리스크를 부담해야한다고 판정하였다. 또한 그러한 환경에서 그러한 압박은 BIT 제4조 제1항하

89) *Mondev* v. USA, Award, 11 October 2002, 42 ILM (2003) 85.
90) *CMS Gas Transmission Company v Argentina*, Award, 12 May 2005, 44 ILM (2005) 1205.
91) Id., para. 280. 같은 취지로, *Azurix v Argentina*, Award,14 July 2006, para 372; PSEG v. Turkey, Award, 19 January 2007, paras 245-246; Siemens v. Argentina, Award, 6 February 2007, para 299; Enron v. Argentina, Award, 22 May 2007, para 263 참조.
92) *Pope & Talbot v Canada*, Award on Merits, 10 April 2001, 122 ILR (2002) 352, paras 156-181.
93) *Pope & Talbot v Canada*, Award on Damages, 31 May 2002, 41 ILM (2002) 1347, paras 67-69.
94) *TECMED S.A. v. United Mexico States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (May 29, 2003), 43 ILM. 133.

에서 국제투자에 부여된 FET와 모순되고, 국제법의 관점과 반대되는 강압의 형태와 관련이 있다고 판정하였다.[95]

요컨대, 최근 FET의 구체적인 적용기준에 대하여 중재판정부는 다양한 기준을 제시하고 있는데, 대표적으로 Paushok v. Mongolia 사건[96] 에서 판정부는 FET의 구성요소로 ⅰ) 투명성, ⅱ) 신의성실, ⅲ) 비차별, ⅲ) 적법절차, ⅳ) 투자자의 정당하고 합법적인 기대 존중 등을 제시하였다. 이외에 El Paso v. Argentina 사건[97]에서 중재판정부는 아르헨티나가 경제위기이후 2001년까지 취해온 정부조치는 개별적으로는 FET 위반을 구성하지 않으나 이 조치들이 결합(누적)하여 전체적으로 외국인 투자에 관한 법체계를 근본적으로 변경하는 결과를 낳았고, 이는 효과 면에서 점진적 수용(creeping expropriation)과 유사한 개념으로 이해할 수 있으며, 따라서 전체적인 효과 면에서 FET 위반에 해당한다고 보았다.

Ⅳ. 결 론

FET는 문언 그대로 외국인 투자자를 공정하고 공평하게 대우할 의무를 말한다. 최근의 투자협정에서는 FET에 관한 사항을 규정하는 것이 일반적이지만 이에 관한 규정 방식도 다양하고, 이 기준에 대해 통일된 해석원칙이 확립되어 있지도 않다. 일부 협약에서는 FET와 국제관습법상 최소기준 대우를 명백하게 연관 지어서 규정하고 있는 반면, 일부 협약에서는 제한 없이 규정하고 있다. 따라서 FET의 이러한 규정 형식의 차이와 일반적 의미에 대한 통일된 의견의 부재로, 이에 대한 해석문제는 중재판정부에 맡겨져 왔다. 더욱이 지금까지의 중재판정사례를 보면, 투자자 보호원칙으로서 그 위반을 인정한 기준으로 가장 많이 인용된 것이 FET 원칙이다.

FET와 유사한 투자자 보호원칙은 최소기준 대우가 있으며 이는 외국인에 대한 대우를 규율하는 국제관습법상의 개념으로 국가가 국내법이나 관행과 상관없이 외국인과 그 재산에 대해 대우할 때 존중하여야 할 최소한의 원칙을 말한다. UNCTAD 사무국 보고서에서는 FET와 최소기준 대우를 동일시하는 접근법은 일부 문제가 있다고 지적하고 있으나, 많은 중재판정사례에서는 FET 위반을 최소기준 대우 위반으로 인정하고 있으며 본고에서도 이를 같은 의미로 접근하였다.

FET 및 최소기준 대우 이외에 대표적인 투자자 보호원칙으로는 내국민 대우, 최

95) Id., para 163.

96) *Sergei Paushok v. Mongolia,* (Merits Decision), UNCITRAL(Russia/Mongolia BIT), 28 April 2011.

97) *El Paso v. Argentina*, Award, 31 October 2011.

혜국 대우, 포괄적 보호조항 등이 있다. 먼저 내국민 대우는 동종의 상황 하에서 협정의 일방 체약국의 투자자 및 투자는 상대방 체약국인 투자유치국의 투자자 및 투자보다 불리한 대우를 받지 않아야 한다는 것을 말하며, 최혜국 대우는 일방당사국이 다른 협정에서 이 협정 보다 유리한 혜택을 상대국에 부여하는 경우, 그 혜택이 이 협정의 당사국에게 자동적으로 부여된다는 원칙이다. 또한 포괄적 보호조항은 각 당사국들로 하여금 타방 당사국의 투자에 대해 부담하는 모든 투자의무를 준수할 것을 요구하는 것으로, 외국투자자는 투자유치국과 체결한 계약상의 의무를 투자유치국이 위반하는 경우, 계약상 청구 외에 BIT 규정위반 즉, 'Umbrella Clause' 위반을 이유로 ICSID 등에 중재를 신청할 수 있다. 이 때 'Umbrella Clause'에 의하여 단순한 계약상의 청구가 협정상의 청구로 바뀌게 되는 것이다.

본고에서는 이러한 투자자 보호원칙 가운데 그동안 중재판정부가 가장 많이 인용한 FET에 대해 검토하였는바, 특히 중재판정부가 FET 원칙을 적용함에 있어서 구체적으로 어떤 적용기준을 근거로 판정을 내렸는지에 관하여 다루었다. 이를 위해 본고에서는 이러한 적용기준을 투명성 및 투자자의 적합한 기대의 보호, 계약상의 의무 준수, 적법절차와 사법거부, 신의성실, 강압으로 부터의 자유 등 5가지 관점에서 검토하였다. 먼저 투명성 및 투자자의 적합한 기대의 보호는 투자와 관련된 모든 법률 요건은 투자자가 충분히 인지할 수 있어야 하고 투자유치국은 법률요건과 관련하여 혼란과 오해가 발생하지 않도록 해야 하는 것을 말하며, 계약상의 의무 준수는 법적 안정성과 예측가능성이 가능한 법제의 가장 전형적인 도구로 사용된다. 또한 적법절차와 사법거부는 모든 국가작용은 정당한 법률에 근거하고 정당한 절차에 따라 발동되어야 함은 물론 사법절차문제, 즉 투자자가 권리를 주장하는 과정에서 절차상 하자가 없어야 함을 의미한다. 나아가 신의성실은 해외투자법상 가장 기초가 되는 원칙 중 하나로 상대방의 정당한 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하면 안 된다는 것이며, 강압으로 부터의 자유는 투자자에게 직접적으로 강압과 괴롭힘의 상황이 발생한 경우에 적용될 수 있는 기준이 된다.

요컨대, 투자계약 및 투자유형에 따라 투자유치국 정부의 조치는 매우 다양하게 나타나고 있으며 이에 대한 중재판정 역시 통일적인 모습을 보이고 있지 않다. 따라서 국제투자분쟁에 있어서 중재판정 추세에 지속적으로 관심을 가질 필요가 있는데, 이는 FET에 관한 논란이 결국 다양한 중재판정의 분석을 통해서만이 해결될 수 있기 때문이다. 즉 중재판정을 통해 FET의 적용범위, 기준 등에 관한 통일된 모습이 나타나게 되면 이러한 문제도 어느 정도 해결될 수 있을 것이다. 나아가 계약 당

사자들은 이러한 판정사례의 분석을 통해 자신들이 유의할 점이 무엇인지, 투자계약의 체결부터 종료에 이르기까지 어떻게 대처해야 하는지에 대해 유용한 정보를 얻을 수 있을 것이다.

참고문헌

강성진, "Umbrella Clause와 관련 사례 검토",「국제투자분쟁연례보고서」, 대한상사중재원, (2007).

박노형 외,「투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점」, 산업자원부 (2007).

박덕영 · 이서연, "NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한미 FTA에의 시사점",「중재연구」제22권 제2호, 한국중재학회 (2012).

박민아 · 한지희, "Umbrella Clause의 주요쟁점과 해결을 위한 제언",「국제투자분쟁뉴스레터」제9호, 대한상사중재원 (2010. 10).

박선욱, "공정하고 공평한 대우 원칙의 발전 ",「법학연구」제44집, 한국법학회 (2011).

변필건,「한국의 투자협정 해설서 -BIT와 최근 FTA를 중심으로-」, 법무부 (2010).

오원석 외, "투자협정상 내국민 대우 조항 작성시 유의사항에 관한 연구",「무역상무연구」제49권, 한국무역상무학회 (2011).

오원석 · 김용일, "국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구 - Umbrella Clause와 MIGA를 중심으로-",「중재연구」제18권 제2호, 한국중재학회 (2008).

오현석, "공정하고 공평한 대우의 해석과 적용",「국제투자분쟁 연례보고서」, 대한상사중재원 (2007).

조희문, "국제투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구",「중재연구」제19권 제2호, 한국중재학회 (2009).

최승환,「국제경제법」, 법문사 (2006).

홍성필, "국제법과 국제투자법",「국제투자분쟁연구」Vol.III, 대한상사중재원 (2009).

Campbell, M. QC et al.,「International Investment Arbitration」, OXFORD (2008).

Coe, J.J., "Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter" Am. Society of Int'l Law Proceedings of the 96th Annual Mtg. (13-16 March 2002).

Dolzer, R. & Schreuer, C.,「Principles of International Investment Law」, OXFORD (2008).

Horn, N.,「Arbitrating Foreign Investment Disputes」, Kluwer Law International (2004).

Jaramillo, A.L.,「International of Umbrella Clause in the ICSID System」, LAP LAMBERT Academic Publishing (2010).

Kryvoi, Y.,「International Centre for Settlement of Investment Disputes」, Wolters Kluwer (2009).

Müller, J.P. & Cottier, T., "Estoppel" in R Bernhardt(ed), 2 Encyclopedia of Public International Law 116 (1995).

Newcombe, A. & Paradel, L.「Law and Practice of Investment Treaties」, Kluwer Law International (2009).

Reisman, W.M. & Arsanjani, M.H., "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes" 19 ICSID Review-FILJ 328 (2004).

Schreuer, C., "Travelling the BIT Route; of Waiting Periods, Umbrella clause and Forks in The Road", J. World Inv. (2004).

Somarajah, M.,「The International Law on Foreign Investment」, Cambrige (1994).

Vasciannie, S., "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice" 70 British Year Book of International Law 99 (1999).

Wälde, T.W., "Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration" 5 Journal of World Investment 387 (2004).

Wong, J., "Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties: of Breach of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", George Mason Law Review, Vol. 14, No.1 (2006).

Yannaca-Small, C., "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law" (2004) Working Papers on International Investment No.3, Organization for Economic Co-operation and Development(OECD), Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Paris (2004).

Abstract

A Study on Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements

Yong-Il Kim
Sung-Kyu Hong

The purpose of this article is to examine Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements. Most BITs and other investment treaties provide for FET of foreign investments. Today, this concept is the most frequently invoked standard in investment disputes. It is also the standard with the highest practical relevance: a majority of successful claims pursued in international arbitration are based on a violation of the FET standard. The concept of FET is not new but has appeared in international documents for some time. Some of these documents were nonbinding others entered into force as multilateral or bilateral treaties.

Considerable debate has surrounded the question of whether the FET standard merely reflects the internationalminimum standard, as contained in customary international law, or offers an autonomous standard that is additional to general international law. As a matter of textual interpretation, it seems implausible that a treaty would refer to a well-known concept like the "minimum standard of treatment in customary international law" by using the expression "fair and equitable treatment."

Broad definitions or descriptions are not the only way to gauge the meaning of an elusive concept such as FET. Another method is to identify typical factual situations to which this principle has been applied. An examination of the practice of tribunals demonstrates that several principles can be identified that are embraced by the standard of fair and equitable treatment. Some of the cases discussed clearly speak to the central roles of transparency, stability, and the investor's legitimate expectations in the current understanding of the FET

standard. Other contexts in which the standard has been applied concern compliance with contractual obligations, procedural propriety and due process, action in good faith, and freedom from coercion and harassment.

In short, meeting the investor's central legitimate concern of legal consistency, stability, and predictability remains a major, but not the only, ingredient of an investment-friendly climate in which the host state in turn can reasonably expect to attract foreign investment.

Key Words : International Investment Agreement, Fair and Equitable Treatment, Customary International Law, BIT