

투자보장협정의 체결 동향

- 2019 네덜란드 모델 BIT를 중심으로

법률사무소 파인 대표 변호사 이 현 송

*논문접수 : 2023. 4. 20. *심사개시 : 2023. 5. 16. *게재확정 : 2023. 6. 5.

〈 목 차 〉

I. 서설

II. 투자협정의 남용 금지 강화

1. 투자자의 본국 내 실질적 영업활동 요건
2. 기업구조변경(Corporate Restructuring) 남용 금지

III. 실체적 보호 범위의 제한

1. 국가의 규제권한 확보
2. 최혜국대우(MFN) 적용 제한

3. 공정·공평대우(FET) 의무 위반의 판단 기준 명시

IV. 투자자-국가 분쟁해결(ISDS) 조항의 개선

1. 중재 외 대체적 분쟁해결 방안 추가
2. 절차의 경제적 효율성 제고
3. 중재인의 공정성 및 독립성 강화

V. 새로운 투자 규범의 반영

VI. 결어

I. 서설

정책을 형성하는 입법자의 관점에서, 투자보장협정 혹은 국제투자협정(이하 “투자협정”)에 따른 투자자의 보호 수준은 협정의 상대국에 따라 달라질 수 있다. 즉 우리나라가 투자 진출국인 입장에서는 투자자의 보호를 좀 더 강화하고 우리나라가 투자유치국인 관계에서는 투자자 보호를 엄격히 제한해야 한다는 생각이다. 그러나

기업의 활동은 복잡 다변하여 법인 투자자의 자본이나 영업활동과 같은 기업의 본질이 반드시 투자자의 본국에 귀속되지는 않는다. 따라서 국가가 투자협정을 체결할 때에는 단순히 투자의 방향 및 투자액 규모만으로 판단할 것이 아니라, 협정의 해석과 실질적인 운영 측면에서 어느 정도 균형적이고 일관성 있는 정책을 구축하려는 노력이 필요하다.

우리나라가 2007년 체결한 한-미 자유무

역협정(FTA) 이후 체결된 FTA 내 투자챗터와 양자간 투자보장협정(BIT)의 형태를 살펴보면, 많은 점에서 한-미 FTA 투자챗터의 모습과 유사하다.¹⁾ 특히 2004 미국 모델 BIT가 한-미 FTA 투자챗터의 토대가 되었다는 점에서, 미국 모델 BIT가 우리나라 투자협정의 모습에 미친 영향은 매우 크다고 볼 수 있다.²⁾

그러나 한-미 FTA가 최초 타결된 이후 15년 가까이 경과하였고, 그간 우리나라의 투자자-국가간 분쟁해결절차(ISDS) 사건의 피소 사례가 다수 발생하는 등 상당한 사정 변경이 있었다.³⁾ 특히 최근에는 유럽연합을 중심으로 국제상거래법위원회(UNCITRAL)에서 기존 ISDS 제도의 문제점을 인식하고, 다자 투자법원의 설립 등 적극적인 제도 개선 노력이 진행 중이다.⁴⁾ 따라서 우리나라가 피소된 ISDS 사건의

쟁점 검토와 다자 간 제도 개선 논의에 참여하는 것뿐만 아니라, 최근 여타 국가가 체결하는 투자협정의 내용 및 동향을 비교·분석하여 우리나라의 투자협정 체결 방향에 대하여 재고해 볼 필요성이 있다고 본다.

한 국가의 모델 BIT는 그 나라의 투자자 보호와 국가의 규제권한 간 균형에 대한 원칙적 입장을 보여준다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 공개된 범위 내에서, 현재 모델 BIT를 채택한 국가는 약 70여 개국에 이르며 그 중 비교적 근래 모델 BIT를 발표한 주요 국가는 네덜란드, 캐나다, 이탈리아를 들 수 있다.⁵⁾ 특히 과거 네덜란드가 체결한 BIT는 투자자의 보호를 광범위하게 설정하여 ISDS 사건에서 가장 자주 사용된 BIT로 알려져 있고, 우리나라 역시 1974년 한-네덜란드 BIT를 통해 최초

1) 예컨대 한-우즈베키스탄 BIT(2019. 4. 19. 체결), 한-아르메니아 BIT(2018. 10. 19. 체결), 한-이스라엘 FTA(2021. 5. 12. 체결), 한-중미 FTA(2018. 2. 21. 체결), 한-베트남 FTA(2015. 5. 5. 체결) 등에서 한-미 FTA에서 최초 도입된 수용부속서, 조세조치에 대한 간접수용 판단기준 부속서를 비롯하여 포기조항(waiver clause)의 원칙적 도입, 피청구국 국적의 자회사에 대한 청구인격 인정 등에 있어서 한-미 FTA 투자챗터와 거의 유사한 문구를 사용하고 있음을 알 수 있다

2) 법무부, 한미 FTA 투자분야 연구 (2008. 4), 22-23면

3) 대한민국을 상대로 제기된 ISDS 사건은 공개된 자료에 따르면 2022. 8. 31. 현재 총 10건이다. 그 중 6건은 진행 중이며, 4건은 종결 (1건 패소, 1건 승소, 1건 취하, 1건 일부 패소)되었다. (UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator, at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>)

4) 국제상거래법위원회(UNCITRAL)은 투자협정의 남용으로 인한 문제점을 인지하고, 제3실무작업반을 통하여 다자간 투자법원의 설립, 중재인 선정 및 윤리, 조약의 해석에 관한 당사국의 역할, 분쟁의 방지 및 경감, 비용 관리 등 제도의 개선을 모색 중에 있다.

5) 네덜란드는 2019년, 캐나다는 2021년, 이탈리아는 2022년 각 모델 BIT를 발표하였다. (UNCTAD, Investment Policy Hub, Model Agreement)

로 ISDS 제도를 도입하였다.⁶⁾ 그러나 최근 발표한 2019년 네덜란드 모델 BIT (이하 “네덜란드 모델”)은 기존의 입장에서 선회하여 투자자 보호에 제한적인 입장을 취하고 있는 등 혁신적이라는 평가를 받고 있는 바, 한-미 FTA 투자챕터를 포함, 우리 기체결 투자협정과 상호 문안 비교 및 특징 분석을 통하여 향후 우리나라 투자협정의 체결 방향에 대하여 논의한다.

II. 투자협정의 남용 금지 강화

1. 투자자의 본국 내 실질적 영업활동 요건

한-미 FTA 제11.28조에 따르면 투자자의 정의는 “다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업”으로, 투자자의 청구인 적격에 별다른 제한을 두고 있지

않다. 다만 한-미 FTA는 혜택의 부인(denial of benefit) 조항을 통하여, 본국 내 실질적 영업활동(substantial business activities)이 없는 도관회사(paper company)에 대하여는 투자유치국이 투자자에 대한 보호를 거부할 수 있도록 별도의 장치를 마련해 두고 있다.⁷⁾

이와 달리, 네덜란드 모델은 투자자의 본국 내 실질적 영업 활동을 법인 투자자의 요건으로 포함하고 있다.⁸⁾ 이러한 접근법은 주로 유럽연합이 체결한 투자협정에서 발견되며, 우리나라 역시 한-EFTA 투자보장협정, 한-이스라엘 FTA와 같이 일부 협정에서 유사한 투자자 정의를 둔 사례가 있다.⁹⁾ 다만 우리나라는 대부분 한-미 FTA와 같이 혜택의 부인 조항을 두거나, 혹은 초기에 체결된 BIT의 경우 혜택의 부인 조항조차 없이 광범위하게 투자자 적격을 인정하였던 것으로 파악된다.

한-미 FTA와 같이 혜택의 부인 조항을

6) Nikos Lavranos, The changing ecosystem of Dutch BITs, Arbitration International, 2020, 441-457, p.442

7) 한-미 FTA 제11.11조(Denial of Benefits) 제2항: “A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor or of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.”

8) 네덜란드 모델 제1조 (b)항: ““investor” means with regard to either Contracting Party: (..) (ii) any legal person constituted under the law of that Contracting Party and having substantial business activities in the territory of that Contracting Party; (..)”

9) 캐나다-유럽연합 포괄적 경제·무역 협정 (CETA) 제8.1조; 싱가포르-유럽연합 투자보장협정 제1.2조 제5항; 베트남-유럽연합 투자보장협정 제1.2조 제(c)항; 한-EFTA 투자보장협정 제1.4조 (b)항; 한-이스라엘 FTA 제9.31조 참조

활용할 경우, 소송상 실질적인 차이는 입증책임에서 발생한다. 즉, 혜택을 부인하고자 하는 피청구국이 투자자가 본국에서 사실상 영업활동 없음을 입증해야 하는 부담을 지게 되는 것이다. 나아가, 한-미 FTA 제11.11조 제2항과 같이 일반적인 혜택의 부인 조항은 실질적 영업활동 외에 해당 법인이 제3국 혹은 혜택을 부인하려는 당사국의 인이 소유 또는 지배하고 있다는 점을 추가로 입증해야 하고, 투자유치국이 투자자의 본국에 혜택의 부인 의사를 사전에 통지할 것을 요구하고 있다.¹⁰⁾ 그러나 사실상 투자유치국 정부가 외국 투자자가 본국에서 실질적인 영업활동이 없음을 미리 의심하여 통지하거나 면밀히 입증하는 것에는 상당한 부담이 따른다는 점에서, 투자자에게 실질적 영업활동의 입증을 요구하는 네덜란드 모델이 균형적인 접근으로 보인다.

여타 협정과는 달리, 네덜란드 모델은 실질적 영업활동의 판단 요건을 매우 구체

적으로 상술하고 있다. 투자자의 본국을 기준으로, ① 등록 사무실의 설립 유무(the undertaking's registered office and/or administration is established in that Contracting Party), ② 본사 혹은 경영진의 유무(the undertaking's headquarters and/or management is established in that Contracting Party), ③ 직원의 수 및 자격(the number of employees and their qualifications based in that Contracting Party), ④ 전체 매출액(the turnover generated in that Contracting Party) 및 생산설비 또는 연구소의 유무(an office, production facility and/or research laboratory is established)를 나열하며, 사안별로 영업활동의 성질 및 성숙도를 종합적으로 고려(take account of the nature and maturity of the activities carried out)하게 하였다.¹¹⁾ 이는 사실상 실질적인 생산 활동이 있는 수준의 영업활동을 요구하는 것으로서, *AMTO v Ukraine* 판정부가 영업활동의 규모는 고려대상이 아니라고 보았던 것과는 비교적 상이한 입장으로 보인다.¹²⁾ 이러한

10) 한-미 FTA 제11.11조 제2항: “A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise. If, before denying the benefits of this Chapter, the denying Party knows that the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and that persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise, the denying Party shall, to the extent practicable, notify the other Party before denying the benefits. If the denying Party provides such notice, it shall consult with the other Party at the other Party's request.”

11) 네덜란드 모델 제1조 (c)항 참조

12) *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award dated 26 March 2008, at

점에서 네덜란드 모델은 투자자의 본국 내 실질적 영업활동 요건을 엄격하게 해석하여, 도관회사의 조약 남용을 최소화하겠다는 정책적 의사로 해석된다.

2. 기업구조변경(Corporate Restructuring) 남용 금지

투자자가 투자분쟁의 가능성을 충분히 예견한 상태에서, 투자유치국이 제3국과 체결한 조약을 활용하기 위한 목적으로 기업구조를 변경한 대표적인 사례로 *Phillip Morris v Australia* 사건을 들 수 있다. 2011년, 다국적기업 필립모리스 사는 호주 정부의 담뱃갑 포장 관련 법안 기준을 앞두고 홍콩 자회사인 필립모리스 아시아를 통해 호주 정부를 상대로 소송을 제기하였다. 필립모리스 사는 모든 담뱃갑 포장에 특정 담배 브랜드를 표시하지 못하게 하는 법안으로 인하여 자사에 손해가 발생하였다며 호주 정부를 상대로 ISDS를 제기하였다. 이 때 미국-호주 FTA에는 ISDS 제도가 없었기 때문에 미국 기업으로서는 소송

제기가 불가능하였고, 이에 필립모리스 사는 1993년 홍콩-호주 BIT의 ISDS 조항을 활용하고자 분쟁이 불거질 무렵 홍콩에 자회사를 설립하고 호주 정부를 제소하였다.¹³⁾

동 사건의 중재판정부는 법인 투자자가 이미 투자 분쟁이 발생할 것을 예견하고 기업 구조변경을 통해 제3국에 자사를 설립하고, 제3국과 투자유치국 간 체결된 BIT를 이용하여 제기한 중재는 권리남용(abuse of right) 혹은 절차의 남용(abuses of process)으로서 심리적격(admissibility) 없음을 이유로 기각하였다.¹⁴⁾

네덜란드 모델은 위 사례와 같이 투자자가 ISDS를 제기하기 위한 목적의 조약 남용을 방지하기 위하여 이 경우 중재판정부가 관할권이 없음의 판단을 내리도록 투자협정에 명시하였다.¹⁵⁾ 또한 투자자가 본국 정부를 상대로 ISDS를 제기하기 위한 목적의 구조변경을 포함한다고 부기하여, 자국민에 의한 조약 남용 사례 역시 방지하

para 69.

13) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* (UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12), Award on Jurisdiction and Admissibility dated 17 December 2015.

14) *Ibid*, paras 585-588

15) 네덜란드 모델 제16.3조(적용범위): “The Tribunal shall decline jurisdiction if an investor within the meaning of Article 1(b) of this Agreement, which has changed its corporate structure with a main purpose to gain the protection of this Agreement at a point in time where a dispute had arisen or was foreseeable. This particularly includes situations where an investor has changed its corporate structure with a main purpose to submit a claim to its original home state.”

고자 하였다.

심리적격(admissibility)과 관할권(jurisdiction)은 둘 다 본안 전 판단사항이나, 전자는 소의 흠결 등으로 인하여 중재판정부가 심리할 수 있는 청구인지에 관한 문제이고, 후자는 분쟁당사자의 동의(consent)를 기반으로 한 중재판정부의 심리 권한에 관한 것이라는 점에 관념상 다소 차이가 있다.¹⁶⁾ 따라서 네덜란드 모델이 기업구조변경 남용 사안을 관할권 없음으로 명시한 것은 중재판정부의 관할권에 관한 국가의 동의 자체를 제한한 것으로, 기존의 판례보다 조약 남용 금지에 관하여 강력한 입장을 취한 것으로 생각된다.

III. 실체적 보호 범위의 제한

1. 국가의 규제권한 확보

투자자 보호와 투자유치국의 규제권한 확보는 해석상 다소 대립할 수 있는 가치로서, 투자협정 체결 시 균형적인 시각이 필요하다. 근래 ISDS 제도 남용에 대한 우

려의 목소리가 커지면서, 유럽연합을 중심으로 투자협정의 적용 범위에서 공공질서, 사회안전 등 공공 분야에 대한 국가의 규제 권한을 명시하는 사례가 증가하고 있다.¹⁷⁾ 이는 기존의 여타 투자협정들이 사안별로 개별적인 예외를 둔 것과는 달리 국가의 규제 권한 확보에 대한 보다 적극적인 의사의 표명으로 볼 수 있다. 우리나라의 경우 FTA와 같은 자유무역협정에서는 전체 협정에 적용되는 예외 챕터를 별도로 두어 국가의 규제 권한에 관한 포괄적인 유보를 두고 있으나 BIT에서는 통상적으로 일반 예외를 두지 않되, 간접수용이나 공정·공평대우의무 등 개별 조항에서 규제권한 확보를 위한 적용배제 문안을 두는 것이 일반적인 형태로 보인다.¹⁸⁾

네덜란드 모델은 협정이 당사국 영토 내 공중보건, 안전, 환경, 공공질서, 노동권, 동물복지, 소비자보호 또는 금융건전성 조치 등의 정당한 목적 달성을 위하여 필요한 당사국의 규제 권한을 제한하지 않는다는 점을 협정의 적용범위에서 원칙적으로 선언한다.¹⁹⁾ 나아가 반경쟁적 행위에도 국

16) Michael Waibel, 'Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility' (Legal Studies Research Papers Series, University of Cambridge, February 2014) Paper no. 9/2014; Jan Paulsson, 'Jurisdiction and Admissibility', in Global Reflections, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution (ICC Publishing 2005) pp. 601-603.

17) 유럽연합-베트남 투자보장협정 제2.2조; 유럽연합-싱가포르 투자보장협정 제2.2조 제2항 참조

18) 한-미 FTA 제23장(예외) 참조. 다만 한-일 BIT 제16조와 같이 BIT에서 일반 예외를 둔 사례도 있다.

19) 네덜란드 모델 제2.2조(Scope and application): "The provisions of this Agreement shall not affect the right

가가 관여하여 시장에 영향을 미칠 수 있는 투자자에 대하여 규제할 수 있다는 점 역시 명시하고 있다.²⁰⁾

특히 다른 투자협정과 비교할 때 네덜란드 모델의 주요한 특징은, 국가의 규제 권한을 명확히 함과 동시에 법치주의(Rule of law)에 대한 별도의 조항을 신설하여 국내 행정절차의 공정성, 일관성, 독립성, 개방성 및 투명성(the principles of good administrative behavior, such as consistency, impartiality, independence, openness and transparency) 등을 강조하고 불복절차에 대한 투자자의 접근(access to effective mechanisms of dispute resolution and enforcement) 및 영업 활동과 관련된 인권 남용 발생 시 구제책에 대한 접근(duty to protect against business-related human rights abuse)을 강조한 점이다.²¹⁾ 이를 통하여 국가의 규제 권한에는 한계가 존재한다는 점을 명확히 하

여, 투자자 보호를 위한 적법절차와 국가의 권한 간 균형을 고려한 것으로 해석된다.

우리나라의 경우 우리나라 기업이 주로 진출하는 상대 국가의 정치적, 경제적 발전 정도 및 법치주의 수준에 따라, 규제 권한의 포괄적 유보를 BIT에 두는 것이 오히려 우리 투자자 보호에 해가 되지 않을까 고민이 될 수 있다. 그러나 실제 ISDS가 제기되었을 때 국가의 규제 권한 항변이 인용되기 위해서는 일반 예외 수준의 치밀한 주장과 입증이 요구될 것인 점, 이미 여러 번의 ISDS 피소 사건에서 우리나라의 규제 권한이 항변사유가 되었다는 점에서, 향후 투자협정의 체결 시에 네덜란드 모델과 같은 유보를 적용범위에 두는 것이 ISDS 대응의 관점에서 보다 바람직할 것으로 생각된다.²²⁾

of the Contracting Parties to regulate within their territories necessary to achieve legitimate policy objectives such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labor rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential financial reasons. The mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectation of profits, is not a breach of an obligation under this Agreement.”

20) 네덜란드 모델 제2.3조(Scope and application): “The Contracting Parties reserve the right to introduce or maintain non-discriminatory, appropriate and necessary measures for the purpose of preventing investors who, alone or together, have the ability to affect materially the terms of participation in the relevant market as a result of their position in the market, from engaging in or continuing anti-competitive practices.”

21) 네덜란드 모델 제5조(Rule of law) 참조.

22) 룬스타 ISDS 사건에서는 금융당국의 규제 권한 행사의 적정성, 신들러 ISDS 사건의 경우 금융당국과 경쟁당국(공정위원회)의 적절한 감독권한의 행사 여부가 문제가 되었다.

2. 최혜국대우(MFN) 적용 제한

최혜국대우(Most-Favoured-Nation Treatment) 조항의 무분별한 적용은 투자협정에서 보장하는 양국 간 실체적 합의의 내용을 초과하는 결과를 초래할 수 있다. 특히 투자자의 입장에서 보다 유리한 협정의 내용을 원용하기 위하여 MFN 조항에 근거하여 타 협정의 ISDS 절차 조항의 적용을 주장하는 사례가 있었고, 이를 허용할 것인가에 관하여 ISDS 사건별로 중재판정부가 상이한 판정을 내리기도 하였다.

일례로 *Maffezini v Spain* 사건에서 아르헨티나 투자자는, 아르헨티나-스페인 BIT가 국내구제절차의 완료 후에 ISDS를 제기할 수 있도록 규정하고 있음에도 불구하고, 칠레-스페인 BIT의 ISDS 절차조항에서는 위 요건이 없다는 점에 착안하였다. 이에 아르헨티나-스페인 BIT의 MFN 조항에 근거하여 투자자에게 보다 유리한 칠레-스페인 BIT의 적용을 주장하였고, 국내구제절차를 완료하지 않은 본 ISDS 청구에 중재판정부의 관할권이 있다고 주장하였다. 동 사건에서 중재판정부는 MFN 조항이

분쟁해결절차 조항에도 적용되는 것으로 광범위하게 해석하였고, 투자자 측 주장을 인용하였다.²³⁾ 반면, *Plama v Bulgaria* 사건 중재판정부는 MFN 조항을 통하여 중재판정부의 관할을 확대하는 것은 협정에서 명시적으로 규정되어야 한다고 보아 투자자 측 MFN 적용 주장을 배척하였다.²⁴⁾

뿐만 아니라 MFN 조항을 근거로 투자자가 투자유치국과 제3국 사이의 협정상 실체적 조항을 원용한 사례도 다수 있으며, 마찬가지로 중재판정부의 판정은 사안에 따라 갈리게 되었다. 일례로, *CME v Czech Republic* 사건에서 네덜란드 투자자는 네덜란드-체코 BIT상 MFN 조항을 근거로 미국-체코 BIT에 따른 “공정시장가(fair market value)”보다 불리하지 않을 대우를 주장하였고, 중재판정부는 이를 수용하였다.²⁵⁾ 반면, *Muhammet Cap v. Turkmenistan* 사건 중재판정부는 MFN 조항에 있는 “유사 상황(similar situations)” 문안에 주목하였고, MFN 조항은 유사한 사실관계를 전제로 제3국 투자자와의 차별적인 상황에서 적용될 수 있는 것이라고 보아, 타 협정상 실체적 조항의 원용 주장

23) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction dated 25 January 2000, paras. 56-62.

24) *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction dated 8 February 2005, para.223.

25) *CME Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB701/08), Award dated 25 April 2005, para.500.

을 기각하였다.²⁶⁾

위와 같이 협정의 보호 범위가 개별 중재판정부의 성향에 따라 과대 해석되는 문제점을 해결하기 위하여 네덜란드 모델은 구체적인 특정 조치가 차별적인 경우를 제외하고, 타 협정상 실제적 조항 및 ISDS 절차 조항을 모두 MFN 조항의 적용 범위에서 배제하는 접근방식을 취하였다.²⁷⁾

우리나라의 기체결 협정을 살펴보면, MFN 적용범위에서 ISDS 절차조항을 배제한 선례는 여럿 있으나, 실제적 의무를 배제한 협정은 찾아보기 어렵다.²⁸⁾ 그러나 네덜란드 모델의 접근방식은 MFN 조항의 무분별한 확대 적용을 방지하고, 선례 구속의 원칙이 적용되지 않는 ISDS 판정의 예측 가능성을 제고한다는 점에서 우리나라가 참고할 만한 바람직한 방향으로 생각된다.

3. 공정·공평대우(FET) 의무 위반의 판단 기준 명시

최소기준대우(Minimum Standard Treatment) 또는 공정·공평대우(Fair and Equitable Treatment) 의무는 그 개념의 추상성으로 인해 투자자가 빈번히 주장하는 위반 사유 중 하나이다.²⁹⁾ 그러나 국제관습법에서 발견되어 온 동 개념은 해석상 많은 논란의 여지가 있었으며, 국제연합무역개발회의(UNCTAD)는 2007년 그간 ISDS 사건들의 전반적 경향을 검토하면서 FET의무는 단지 정부 권한의 ‘터무니없는 남용(egregious abuse)’에만 인정되는 것이 아니라, 정부 권한의 행사가 투명성, 투자자의 정당한 기대(legitimate expectation) 보호, 강압(coercion)·괴롭힘(harassment)으로부터의 자유, 적법절차 및 절차의 적정성, 신의칙(good faith) 등과 같은 ‘바람직한 행정(good governance)’의 요건을 충족하지 못하는 경우에도 적용된다는 판단 기준을 제

26) *Muhammet Cap and Bankrupt Sehil Insaat Endustri VE Ticaret Ltd STI v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/12/6), Award dated 4 May 2021, paras.789-790.

27) 네덜란드 모델 제8.3조(Non-discriminatory treatment): “Substantive obligations in other international investment and trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of paragraph 2 of this Article, absent measures adopted or maintained by a Contracting Party pursuant to those obligations. Furthermore, the “treatment” referred to in paragraph 2 of this Article does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and States provided for in other international investment and trade agreements.”

28) 한-미 FTA 제11.4조 제3항

29) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p.33. UNCTAD 통계에 따르면, 1987년부터 2017년 7월까지 제기된 ISDS 사건의 80%가 최소기준대우(공정·공평대우) 위반을 주장하였다.

시하였다.³⁰⁾ 그러나 그 이후에도 실제 ISDS 사건에서 중재판정부마다 상이한 해석 기준을 제시하였고, 특히 투자자의 ‘정당한 기대(legitimate expectation)’는 어느 범위에서 보호되어야 하는지에 관하여 여러 사건에서 주요한 쟁점이 되었다.

이에 네덜란드 모델은 FET 의무 위반의 내용을 협정에서 자세히 나열하고 있다. 구체적으로, 네덜란드 모델 제9조 제2항은 ① 형사, 민사 및 행정 절차에서의 사법 부인(Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings), ② 적법절차의 근본적 위반(Fundamental breach of due process), ③ 현저한 자의성(Manifest arbitrariness), ④ 성별, 인종, 국적, 성적 성향 또는 종교 등에 근거한 직간접적인 차별(Direct or targeted indirect discrimination on wrongful grounds, such as gender, race, nationality, sexual orientation or religious belief), ⑤ 괴롭힘, 강압, 권리남용, 부패한 관행 또는 유사한 악행 등 투자자에 대한 폭력적 행위(Abusive treatment of investors such as

harassment, coercion, abuse of power, corrupt practices or similar bad faith conduct) 등을 FET 의무 위반의 객관적 판단 요소들로 제시하였다.³¹⁾ 또한 같은 조 제3항은 협정의 계약당사국이 협정의 해석에 관여할 권한을 명시하여 FET 의무가 무한정 확대되는 것을 금지하고, 양 계약당사국 간 해석에 관한 합의가 중재판정부의 판단에 우선시 될 수 있도록 장치를 마련하였다.³²⁾

주지할 부분으로, 위 판단기준에는 일반적으로 FET 의무의 요소 중 하나로 언급되는 투자자의 정당한 기대 위반이 포함되어 있지 않다. 다만 별도로 같은 조 제4항 및 제5항에서 중재판정부는 투자유치국이 투자자로 하여금 정당한 기대를 형성하는 투자를 하도록 유인(induce)하였는지를 FET 의무 위반 판단 시 고려할 수 있고, 투자유치국이 서면 약속(written commitment)을 한 경우 그 약속을 위반하여 투자자에게 손해를 입히지는 않을 것을 명시하였다.³³⁾

30) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (2007), p. 45.

31) 네덜란드 모델 제9.2조 참조

32) 네덜란드 모델 제9.3조 (Treatment of investors and of covered investment): “The Contracting Parties shall, upon request of a Contracting Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment and may complement this list through a joint interpretative declaration within the meaning of Article 31, paragraph 3, sub a, of the Vienna Convention on the Law of Treaties.”

33) 네덜란드 모델 제9.4조 (Treatment of investors and of covered investment): “When applying paragraph 2 of this Article, a Tribunal may take into account whether a Contracting Party made a specific representation

과거 다수 중재판정부는 정당한 기대를 “투자유치국의 안정적이고 예측 가능한 법률적, 경제적 환경의 유지”라고 보는 등 넓게 해석하였으나³⁴⁾, 비교적 최근 판정례는 이를 투자유치국의 유인 또는 구체적인 사전 공표(representation)를 전제로 한 개념으로 해석하여 좁게 해석하는 추세인 바, 네덜란드 모델은 이러한 협의의 해석 기준을 명확히 한 것으로 보인다.³⁵⁾

우리나라도 한-미 FTA 개정 협상 당시 정당한 기대에 관한 각주를 추가하여 협정상 의무의 범위를 축소하는 방향으로 개정한 바 있다.³⁶⁾ 하지만 보다 근본적으로는 네덜란드 모델과 같이 개별 협정상 MST 또는 FET 의무 위반의 해석에 관하여 중재판정부에게 보다 상세하고 명확한 지침을 제시하고, 중재판정의 예측 가능성과 일관

성을 도모하는 방향이 바람직할 것이다.

IV. 투자자-국가 분쟁해결(ISDS) 조항의 개선

1. 중재 외 대체적 분쟁해결 방안 추가

앞서 살펴본 바와 같이, ISDS 제도의 개선은 2017년 이래 UNCITRAL 제3실무작업반에서 지속적으로 논의되고 있으며, 네덜란드 모델은 동 협의체에서 진행 중인 논의 사항을 다수 반영한 것으로 보인다.

먼저 네덜란드 모델은 다자간 투자법원에 관한 논의 의무를 양 당사국에 부여하여, 향후 장기적으로 투자법원 제도의 도입을 고려한다.³⁷⁾ 다자 간 투자법원의 설

to an investor to induce an investment that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain that investment, but that the Contracting Party subsequently frustrated.” 네덜란드 모델 제9.5조 (Treatment of investors and of covered investment): “When a Contracting Party has entered into a written commitment with investors of the other Contracting Party regarding a specific investment, that Contracting Party shall not, either itself or through an entity exercising governmental authority, breach the said commitment through the exercise of governmental authority in a way that causes loss or damage to the investor or its investment”

34) *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award dated 20 May 2003, para 136; *Enron Corp. & Ponderosa Assets L.P v. Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/3), Award dated 22 May 2007, paras 251-268.

35) *Total S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1), Decision on Liability dated 27 December 2010, para 121; *Parkerings-Campagniet AS v. Lithuania* (ICSID Case No ARB/05/8), Award dated 11 September 2007, para. 331.

36) 한-미 FTA 제11.5.4조(Minimum Standard of Treatment): “For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.”

37) 네덜란드 모델 제15.1조(Multilateral investment court): “The Parties shall pursue with each other and other

립은 유럽연합에 의하여 적극 논의되고 있으며, 유럽연합은 실제 양자 간 투자재판소(Investment Tribunal) 및 항소체제의 설립을 캐나다와 베트남, 싱가포르와의 투자협정에서 반영하기도 하였다.³⁸⁾ 투자법원의 설립은 ISDS 판정의 일관성과 공정성에 기여할 것으로 생각되나, UNCITRAL에서 논의가 진행 중인 만큼 조기에 다자 간 의견 일치를 기대하기는 쉽지 않다.³⁹⁾ 이러한 점을 고려하여 네덜란드 모델은 향후 체결될 BIT에 투자법원에 관한 논의의무를 반영하여 투자법원의 설치에 대한 지지의사를 표명하고, BIT 체결의 상대국에게도 동 지지를 독려하는 것으로 이해된다.

다음으로, 중재 외 대체적 분쟁해결 방안으로 조정 절차의 중요성을 강조하였다. 동 주제 역시 UNCITRAL 제3실무작업반에서 논의 중인 사안으로, 현재 공개된 조정 조항 초안에 따르면 조정의 개시(Commencement of mediation), 조정 절차와

여타 분쟁해결 절차와의 관계(Relationship with arbitration and other dispute resolution proceedings), 비밀유지 의무(Confidentiality), 그리고 조정 절차에서 논의된 사항에 대한 불이익 금지(Without prejudice provision) 등 세부 사항이 논의 중인 것으로 확인된다.⁴⁰⁾ 또한 제3실무작업반은 투자 조정(investment mediation)에 관한 지침을 별도로 구성하여 투자분쟁에 있어서의 조정의 활용가능성(Availability of mediation to resolve investment disputes), 조정에 대한 동의(Consent to mediation), 적용 조정규칙(Mediation rules) 및 조정인의 자격과 선임(Role, qualification and appointment of a mediator) 등에 관한 세부적인 지침을 마련 중에 있다.⁴¹⁾

네덜란드 모델은 중재 전 조정 절차를 권고하고, 중재절차가 개시된 이후라도 언제든지 조정이 가능하며, 분쟁당사자는 타방 당사자의 조정 신청에 대하여 적극 고

interested partners the multilateral reform of ISDS. Upon the entry into force between the Contracting Parties of an international agreement providing for a multilateral investment court applicable to disputes under this Agreement, the relevant provisions set out in this Section shall cease to apply.”

38) 유럽연합-캐나다 CETA 제8.27조-8.28조, 유럽연합-베트남 투자보장협정 제3.38조-제3.39조, 유럽연합-싱가포르 투자보장협정 제3.9조-제3.10조 참조.

39) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Appellate mechanism (A/CN.9/WG.III/WP.224) (17 November 2022)

40) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft provisions on mediation (A/CN.9/WG.III/WP.226) (16 January 2023)

41) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft guidelines on investment mediation, (A/CN.9/WG.III/WP.227) (17 January 2023))

려할 것을 규정하여 기존 UNCITRAL 차원의 논의 내용을 원론적 수준에서 도입한 것으로 보인다.⁴²⁾

우리나라의 경우 아직 다자간 투자법원의 설립여부에 관하여 명시적인 입장을 취하지는 않고 있지만, 대체적 분쟁해결절차로서의 조정 도입에 있어서는 긍정적으로 검토할 필요가 있다. 특히 네덜란드 모델과 같이 원론적인 긍정 입장은 기존 ISDS 제도의 폐해 등을 고려할 때 현 단계에서도 채택 가능할 것으로 생각된다. 다만 조정 결과에 구속적 효력이 없다는 점을 고려하면, 일방 당사자의 요청에 따른 조정의 강제회부는 분쟁의 중국적 해결을 희망하는 타방 당사자의 의사에 반할 수 있으므로 당사자 자치의 관점에서 신중할 필요가 있을 것이다.

2. 절차의 경제적 효율성 제고

기존 ISDS 제도는 실제 분쟁해결에 소요되는 시간과 비용의 소모가 과다한 점이 큰 문제로 부각되었다.⁴³⁾ 이렇듯 ISDS 절차에서 발생하는 비용 문제를 해결하기 위하여 UNCITRAL 제3실무작업반에서는 조기 심리 기각(early dismissal), 담보제공명령(security for costs), 비용 분담(allocation of costs), 제3자 자금지원(third-party funding)의 문제 등을 논의 중이다.⁴⁴⁾

네덜란드 모델은 조기 심리 기각을 위한 선결적 항변(preliminary objection) 절차 외에도, 투자자가 사전협의를 요청한 후 18개월 간 중재절차를 개시하지 않을 경우 사전협의를 요청을 취하한 것으로 간주하는 조항을 두었다.⁴⁵⁾ 또한 중소기업(small and medium sized enterprises)에 대한 특례를 추가적으로 두어 중재인 구성에 있어서 사안의 복잡도와 청구금액, 비용 효율성과 함께 당사자가 중소기업인지 여부를 고려하여 1인 중재인 선정을 장려한다.⁴⁶⁾ 최종

42) 네덜란드 모델 제17.1조(Alternative dispute resolution): “Any dispute should, as far as possible, be settled amicably through negotiations, conciliation or mediation. Such settlement may be agreed at any time, including after proceedings under this Section have been commenced. A disputing party shall give favorable consideration to a request for negotiations, conciliation or mediation by the other disputing party.”

43) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) - cost and duration, Note by Secretariat (A/CN.9/WG.III/WP.153) (31 August 2018)

44) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft provisions on procedural reform (A/CN.9/WG.III/WP.219) (11 July 2022)

45) 네덜란드 모델 제18.5조 참조

판정 시 패소자 비용 부담 원칙을 적용함에 있어서도, 승소 당사자가 중재비용을 증가시키는 절차 남용이 있었는지 외에 패소 당사자가 중소기업인지 여부를 고려한다.⁴⁷⁾ 또한 유사 사건의 절차 병합에 있어서도 중소기업이 당사자인 경우 중재판정부는 원칙상 병합 신청을 받아들여야 한다.⁴⁸⁾

이렇듯 중소기업의 경우 중재절차에 소요되는 비용 등의 부담으로 인하여 사실상 권리구제를 받기 힘들다는 점을 고려하고, 또 그로 인해 발생하는 제3자 자금지원의 폐해를 시정하는 등 소규모 투자자 보호를

위한 절차의 실효성을 제고하기 위해 노력한 것으로 보인다.⁴⁹⁾

우리나라 기체결 투자협정에서 비용적 고려는 대개 조기 심리 기각에만 한정된 경향이 있다.⁵⁰⁾ 실제 조기 심리 기각을 위한 선결적 항변 절차는 네덜란드 모델 뿐 아니라 여러 투자협정에서 채택되어 있어 있으나, 선결적 항변 절차 역시 기각될 경우 과도한 비용과 시간이 소요되는 문제를 해결하지 못한다는 점이 지적되고 있다.⁵¹⁾ 따라서 ISDS 절차의 비용 절감 문제는 네덜란드 모델과 같이 다각도로 고려될 필요가 있다고 보인다.

46) 네덜란드 모델 제20.3조(Constitution and functioning of the Tribunal): “The Tribunal shall be composed of three Members. After consulting the disputing parties, the appointing authority may decide that the Tribunal consists of one Member taking into account the complexity of the case, the amount of damages claimed and the desirability of keeping the costs of the procedure as low as possible, especially for small and medium sized enterprises.”

47) 네덜란드 모델 제22.5조(Final Award): “The Tribunal shall order that reasonable costs incurred by the successful disputing party shall be borne by the unsuccessful disputing party, unless the Tribunal determines that such allocation is unreasonable in the circumstances of the case. Such a determination may take into account whether the successful disputing party has acted improperly, for example by raising manifestly frivolous objections or improperly invoking preliminary objections, and whether the unsuccessful disputing party is a small or medium sized enterprise. If only some parts of the claims have been successful the costs shall be adjusted, proportionately, to the number or extent of the successful parts of the claims.”

48) 네덜란드 모델 제19.7조(Submission of a claim): “If two or more claims have been submitted separately to arbitration under this Article and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, either party to the dispute may seek a consolidation order at either Tribunal. After giving all disputing parties the opportunity to be heard, the Tribunal shall in principle accept such request for consolidation, especially where the claimants are small and medium sized enterprises.”

49) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft provisions on procedural reform (A/CN.9/WG.III/WP.219), para 62.

50) 예컨대, 한-미 FTA 제11.20조 제6항-제8항 참조.

51) Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrecka, Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration (June 2021) BIICL (British Institute of International and Comparative Law)

다만 우리나라의 기존 피소 사례를 보면, 대부분 대기업 또는 개인 투자자가 청구인으로, 실제 중소기업 특례가 사용될 가능성은 낮은 것으로 보인다. 비용 절감에 관련된 제도는 향후 UNCITRAL의 논의 추이에 따라 우리나라의 상황에 부합한 내용을 선별 채택하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

3. 중재인의 공정성 및 독립성 강화

네덜란드 모델은 중재인의 공정성과 독립성을 더욱 강화하여 중재인에게 보다 엄격한 행동규범을 요구하고 중재인 선정 과정에 있어서도 공정한 제3의 기관이 임명권자가 되도록 한다. 동 내용 역시 이미 UNCITRAL 제3실무작업반에서 논의 중인 하나, 아직 국가별로 다양한 의견들이 혼재되어 합의를 이루지 못한 사항들에 관하여도 우선적으로 자국의 입장을 모델에 반영한 것으로 보인다.⁵²⁾

특히 이중 선임(double-hatting)의 문제는 실제 ISDS 제도의 가장 큰 문제점 중 하나

로 지적되고 있다. 실제 2017. 1. 1. 기준 총 1,077건의 ISDS 사건 중 특정 사건 내 중재인이 다른 ISDS 사건의 대리인으로 관여한 건수는 509건(47%), 반대로 특정 사건에 관여한 대리인이 다른 ISDS 사건의 중재인으로 선임된 사건 수는 118건(11%)으로 조사되기도 하였다.⁵³⁾ 이러한 폐해 등으로 실제 *ICS v Argentina* 사건에서는 특정 중재인이 피청구국을 상대로 한 다른 ISDS 사건의 청구인 측 대리인으로 장기간 활동했다는 이유로 중재인 이의 신청이 인용된 바 있다.⁵⁴⁾

네덜란드 모델은 위와 같은 이중 선임의 문제를 강력하게 제한하려는 노력이 보인다. 그 중 하나의 조치로, 의장뿐 아니라 모든 중재인을 당사자가 아닌 제3의 지명기관(appointing authority)이 선정하도록 하고 ICSID 규칙 적용 시에는 ICSID 사무총장이, UNCITRAL 규칙 적용 시에는 PCA 사무총장을 지명권자로 정해두었다.⁵⁵⁾ 이는 사실상 중재의 가장 큰 특징 중 하나인 절차에 있어서 당사자 자치를 대폭 축소시

52) UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Selection and appointment of ISDS tribunal members (A/CN.9/WG.III/WP.203) (16 November 2020)

53) ICSID, Code of Conduct - Background Papers Double-hatting, (25 February 2021) para 12.; Malcolm Langford, Daniel Behn, and Runar Hilleren Lie, 'The Ethics and Empirics of Double Hatting', 6:7 ESIL REFLECTION (2017) at <https://esil-sedi.eu/post_name-118/>

54) *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina* (PCA Case No. 2010-09), Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov (17 December 2009), para 22.

55) 네덜란드 모델 제20.1조(Constitution and functioning of the Tribunal): "All Members of the Tribunal under

킨 것으로, 기존에 ISDS 중재에서 문제가 되었던 중재인의 공정성 문제를 개선하기 위한 방안으로 해석된다.

다음으로, 중재인의 이해상충 금지 요건을 보다 엄격하게 명시하였다. 먼저 중재인은 최소 5년간 동 협정뿐 아니라 여타 협정에 근거한 투자분쟁에 있어 법률대리인으로 활동하지 못한다.⁵⁶⁾ 이는 무기한 선임을 금지하는 여타 협정에 비하여는 다소 완화된 형태로 볼 수 있으나, 반면 같은 투자협정에 따른 분쟁에 국한하여 관여할 수 없도록 한 다른 협정에 비하면 매우 강화된 규범이라고 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 또한 중재인과 담당 직원에게 직간접적인 이해상충이 발생할 수 있는 어떠한 형태의 분쟁에도 당사자 지명 사실 증인 또는 전문가 증인으로 참여할 수 없음을 명시하고 있

다.⁵⁸⁾ 마지막으로, 중재인의 이해상충에 관하여 당사자가 이의가 있을 경우 동 이의신청은 국제사법재판소 소장(President of International Court of Justice)에게 제기하도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 즉 ICSID 협정과 같이 다른 중재인이 이의신청의 타당성에 관하여 1차적으로 판단하는 것이 아니라, 제3의 공정성 있는 기관이 결정하도록 한 것이다.⁶⁰⁾

V. 새로운 투자 규범의 반영

그간 한국이 체결한 BIT의 문안을 살펴보면, 직접적으로 투자에 영향을 미치는 양국 간 실체적 의무 및 ISDS 절차 조항 외 기타 요소는 전문(preamble)에서 간략히 서술되는 경향이 있었다.⁶¹⁾ 반면 네덜란드

this Agreement shall be appointed by an appointing authority. In the event that the claimant chooses arbitration pursuant to the ICSID Convention or the Additional Facility in accordance with Article 19, paragraph 1, subparagraph a, the Secretary-General of ICSID shall serve as appointing authority for arbitration under this Agreement. In the event that the claimant chooses arbitration pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules in accordance with Article 19, paragraph 1, subparagraph b, the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration shall serve as appointing authority for arbitration under this Agreement.”

56) 네덜란드 모델 제20조(Constitution and functioning of the Tribunal): “In addition, Members of the Tribunal shall not act as legal counsel or shall not have acted as legal counsel for the last five years in investment disputes under this or any other international agreement.”

57) 예컨대 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정 (CPTPP) Code of Conduct for ISDS under Chapter 9, 제3조 (d)항; 캐나다-유럽연합 CETA 제8.30조; 베트남-유럽연합 투자보장협정 제3.40조의 경우 기한의 정함이 없이 여타 ISDS 사건의 대리인 혹은 중재인으로의 활동을 금지한다.. 반면 USMCA는 동일한 협정에 근거한 ISDS 사건으로만 금지 범위를 한정하였다. USMCA 제14.D.6조 (5)(c)항 참조.

58) 네덜란드 모델 제20.6조 참조.

59) 네덜란드 모델 제20.7조 참조

60) ICSID 협약 제58조 참조

모델의 경우 기업의 사회적 책임, 지속가능한 개발 관련 국가의 규제 권한을 별도의 조항으로 명시하여 새로운 투자 규범으로 등장하는 ESG(Environmental, Social, and Corporate governance) 정책의 기반을 마련하고 있다.

첫 번째로, 네덜란드 모델은 지속가능한 개발(Sustainable development) 조항을 두어 국제투자 및 경제활동에 있어서 환경과 노동권의 보호(encourage high levels of environmental and labor protection), 여성의 역할을 포함한 성별의 균형(emphasize the important contribution by women to economic growth through their participation in economic activity)을 강조하고, 투자의 증진을 위하여 환경 및 노동 관련 법의 수준을 낮추지 않을 것을 선언(recognize that it is in-

appropriate to lower the levels of protection afforded by domestic environmental or labor laws in order to encourage investment.)한다.⁶²⁾ 다만 균형을 위하여, 동조 제5항은 지속가능한 개발을 위한 조치가 부당한 차별 혹은 위장된 제한으로 이용될 수는 없다는 단서를 두고 있다.⁶³⁾

두 번째로 네덜란드 모델은 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility) 조항을 두어 투자자가 투자유치국 국내법령 및 관련 국제기준을 준수할 것과 투자자의 실사의무(due diligence)의 중요성을 강조한다.⁶⁴⁾ 우리나라의 경우 유사 조항을 둔 사례가 거의 없으나, 한-캐나다 FTA 투자 챕터에서 기업의 사회적 책임 조항을 별도로 둔 바 있다.⁶⁵⁾

통상 우리나라의 기체결 투자협정은 투

61) 예컨대, 한국-우즈베키스탄 BIT 전문(preamble): “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of consumer protection and internationally recognized labor rights, taking note of the need to ensure the attainment of legitimate governmental objectives to foster sustainable development”

62) 네덜란드 모델 제6조 참조

63) 네덜란드 모델 제6.5조(Sustainable development) “A Contracting Party shall not adopt and apply domestic laws contributing to the objective of sustainable development in a manner that would constitute unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade and investment.”

64) 네덜란드 모델 제7조 (Corporate Social Responsibility): “2. The Contracting Parties reaffirm the importance of each Contracting Party to encourage investors operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party, such as (...);” “3. The Contracting Parties reaffirm the importance of investors conducting a due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for the environmental and social risks and impacts of its investment.”

65) 한-캐나다 FTA 제8.16조 참조

자유치국의 법령을 준수한 투자를 물적 관할로 보아 투자자의 법령 준수를 간접적으로 강제하는데 반하여, 네덜란드 모델은 조약의 체결 당사자가 아닌 투자자에 대하여 직접 준수 의무를 부과하였다는 점에 특징이 있다.⁶⁶⁾ 즉, 네덜란드 모델 제7조 제1항 및 제4항에 따르면 투자자는 직접적으로 투자유치국 법령을 준수할 의무를 지고, 투자자의 투자활동이 투자유치국에서 중대한 손해나 인명피해, 혹은 인명손실을 야기할 경우 본국의 법에 따라 법적 책임을 부담한다.⁶⁷⁾ 이에 따라, 네덜란드 모델의 경우 불법적인 투자를 기반으로 ISDS 제소 시 물적 관할이 없음은 물론, 피청구국은 투자자의 의무 위반을 근거로 이론상 반소청구가 가능할 것으로 생각된다.

또한 네덜란드 모델은 ISDS 절차에서 투자자의 행동 규범에 대한 별도의 조항을 두어 중재판정부가 배상액을 산정할 때 이를 고려하도록 하였다.⁶⁸⁾ 따라서 설사 피청구국의 의무 위반이 인정된다 하더라도, 투자자가 UN 기업과 인권 지침서(UN Guiding Principles on Business and Human Rights) 또는 OECD 다국적기업 지침(OECD Guidelines for Multinational Enterprises)에 위배되는 행위 시 중재판정부는 사실상 배상을 명하지 않거나 과실상계를 적용하여 배상액을 감액할 수 있게 된다.⁶⁹⁾ 이러한 고려를 통하여, 네덜란드 모델은 투자자의 투자 활동에 대한 책임감을 강조하고, ISDS 제도의 남용 및 폐해를 시정하려는 노력을 기울이고 있다.

66) 예컨대, 한-우즈베키스탄 BIT 제1조(Definition): “(a) “investment” means every kind of asset in the territory of one Contracting Party, owned or controlled directly or indirectly by an investor of the other Contracting Party, provided that the investment has been made in accordance with the laws and regulations of the former Contracting Party, and that has the characteristics of an investment, including, though not exclusively: (...)”

67) 네덜란드 모델 제7조 (Corporate Social Responsibility): “1. Investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host state, including laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws;” “4. Investors shall be liable in accordance with the rules concerning jurisdiction of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state.”

68) 네덜란드 모델 제23조(Behavior of the investor): “Without prejudice to national administrative or criminal law procedures, a Tribunal, in deciding on the amount of compensation, is expected to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.”

69) “UN 기업과 인권 지침서”는 2011년 6월 16일 유엔 인권이사회에서 결의안 17/4로 채택한 31개의 유엔 이행 원칙(UNGP)으로, 정부와 기업을 대상으로 기업의 경영상 의무와 책임을 정하며, “OECD 다국적기업 지침”은 인권, 노동권, 환경, 뇌물 수수, 소비자 이익뿐만 아니라 정보 공개, 과학 기술, 경쟁 및 과세를 포함하여 비즈니스 책임의 모든 핵심 영역에 관하여 정부가 기업에게 기대하는 행동요령에 관한 지침서이다.

우리나라는 한-미 FTA와 같은 포괄적인 자유무역협정에서 별도의 환경 챕터를 두는 경우가 종종 있으나, BIT 등 개별 투자협정에서 지속 가능한 개발에 관하여 상술하고 있는 사례는 찾아보기 어렵다. 네덜란드 모델에 따르더라도 지속가능한 개발 조항의 위반이 근본적으로 ISDS 제소의 원인이 되지는 않는다.⁷⁰⁾ 다만 중재판정부는 피청구국의 협정 위반 여부 판단 시 이를 정황적으로 고려할 수 있을 것이다. 이렇듯 직접적인 ISDS 제소의 위험이 적다는 점을 고려하면, 우리나라도 선언적 수준에서 투자의 새로운 규범을 반영하여 투자자의 책임을 강조하고 국제적 추세에 맞추어 나갈 필요가 있을 것이다.

VI. 결어

2019년 네덜란드 모델은 기본적으로는 유럽연합의 ISDS 제도 개선 입장을 적극 반영하였고, 과거 자국이 견지해오던 친투자자적 입장과 비교할 때 급진적이고 혁신적인 것으로 평가된다. 특히 UNCITRAL과 ICSID 차원에서 논의 중인 ISDS 제도 개선 사항을 모델 BIT에 선제적으로 반영하였다는 점은 큰 의미를 갖는다고 할 것

이다.

우리나라는 한-미 FTA 투자챕터의 바탕이 된 2004년 미국 모델 BIT를 기반으로 하고 투자 진출국의 입장을 기본 정책으로 채택하여, 투자협정의 내용이 투자자 측에 비교적 유리하게 체결되어 온 경향이 있다. 그러나 론스타 ISDS 이후 우리나라의 피소 사건들을 쟁점을 면면히 살펴보면, 결코 우리나라도 투자자의 입장에서만 협정을 고려할 것이 아니라 보다 균형적인 관점을 가지고 국가 규제 권한의 확보 및 ISDS 제도의 공정성 등을 제고하기 위한 제도적 장치를 개별 조약에 도입하는 방안을 고민해보아야 할 것이다.

물론 개별 투자협정에 UNCITRAL에서 논의 중인 내용을 반영하는 것에는 어느 정도 부담이 있을 수 있다. 추후 다자간 논의과정에서 기체결 투자협정의 내용과는 다른 결론에 도달할 수도 있고, 혹은 우리나라의 정책적 입장이 다자 간 논의 과정에서 변경될 여지도 있을 것이다. 다만 다자에서의 합의 과정은 지난한 시간이 소요된다는 점, 또한 다자 간 합의의 특성상 국가별 유보를 허용할 여지가 넓어 결국 개별 조약에 반영된 양국 간 합의에 우선적

70) 네덜란드 모델 제16.1조(Scope of application): “This Section shall apply to a dispute between, on the one hand, an investor of one Contracting Party and, on the other hand, the other Contracting Party concerning treatment alleged to be a breach of a provision in Section 4 of this Agreement, which breach allegedly causes loss or damage to the investor or its investment(s).”

효력이 부여될 가능성이 높다는 점을 고려할 때, 우리나라 역시 다자 간 협의체에 참여하는 것과는 별개로 여타 국가의 BIT 발전 동향을 검토하고 우리나라의 기존 투자협정 문안에 대한 개선 방향을 모색해 나갈 필요가 있다.

특히 네덜란드 모델에 반영된 ISDS 제

도의 남용 방지 및 판정의 공정성과 일관성을 도모하기 위한 중재인 요건과 이해상충 금지의 강화 요소들은, 투자진출국 혹은 투자유치국의 입장을 불문하고 투자분쟁해결 제도의 대내외적 신뢰도 제고를 위하여 우리 양자 간 개별 조약에 반영할 것을 적극 고려해볼 필요가 있을 것이다.

참 고 문 헌

국내 단행본

법무부, 한국의 투자협정 해설서 - BIT와 최근 FTA를 중심으로 (2018)

법무부, 한미 FTA 투자분야 연구 (2008. 4)

국외 단행본

DOLZER, Rudolf and Christoph Schreuer. 'Principles of International Investment Law' (2nd edition, Oxford University Press 2012)

MCLACHLAN Campbell, Laurence Shore and Matthew Weiniger, 'International Investment Arbitration - Substantive Principles' (2nd edition, Oxford University Press)

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking (2007)

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: A Sequel (2012)

연구논문

NAVRANOS, Nikos. 'The changing ecosystem of Dutch BITs' Arbitration International (Oxford University Press, 2020)

PAULSSON Jan, 'Jurisdiction and Admissibility', in Global Reflections, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution (ICC Publishing 2005)

HODGSON Matthew, Yarik Kryvoi, and Daniel Hrcka. 'Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration', (British Institute of International and Comparative Law, June 2021)

LANGFORD Malcolm, Daniel Behn, and Runar Hilleren Lie, 'The Ethics and Empirics of Double Hatting', 6:7 ESIL Reflection (2017)

WAIBEL Michael, 'Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility' (Legal Studies Research Papers Series, University of Cambridge, February 2014) Paper no. 9/2014

기타 문서

ICSID, 'Code of Conduct - Background Papers, Double-hatting' (25 February 2021)

UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) - cost and duration, Note by Secretariat (A/CN.9/WG.III/WP.153) (31 August 2018)

UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft provisions on mediation (A/CN.9/WG.III/WP.217) (13 July 2022)

UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft guidelines on investment mediation (A/CN.9/WG.III/WP.218) (20 July 2022)

UNCITRAL Secretariat, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft provisions on procedural reform (A/CN.9/WG.III/WP.219), (11 July 2022)

웹사이트

UNCITRAL Working Group III https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

UNCTAD Investment Policy Hub <https://investmentpolicy.unctad.org/>

판정례

Limited Liability Company Amto v. Ukraine (SCC Case No. 080/2005),

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia (UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12)

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7)

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB701/08)

Muhammet Cap and Bankrupt Sehil Insaat Endustri VE Ticaret Ltd STI v. Turkmenistan
(ICSID Case No. ARB/12/6),

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

Enron Corp. & Ponderosa Assets L.P v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3)

Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1)

Parkerings-Campagniet AS v. Lithuania (ICSID Case No ARB/05/8)

ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina (UNCITRAL,
PCA Case No. 2010-9)

국제협정

2019년 네덜란드 모델 BIT

2004년 미국 모델 BIT

한-우즈베키스탄 BIT(2019. 4. 19. 체결)

한-아르메니아 BIT(2018. 10. 19. 체결)

한-이스라엘 FTA(2021. 5. 12. 체결)

한-중미 FTA(2018. 2. 21. 체결)

한-베트남 FTA(2015. 5. 5. 체결)

한-미 FTA (2007. 6. 30. 체결, 2018. 9. 24. 개정)

한-EFTA 투자보장협정 (2005. 12. 15. 체결)

한-이스라엘 FTA (2021. 5. 12. 체결)

미국-멕시코-캐나다 FTA (USMCA) (2018. 11. 30. 체결)

포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정 (CPTPP) (2018. 3. 8. 체결)

유럽연합-캐나다 CETA (2016. 10. 30. 체결)

유럽연합-베트남 투자보장협정 (2019. 6. 30. 체결)

유럽연합-싱가포르 투자보장협정 (2018. 10. 15. 체결)

[국문초록]

투자보장협정의 체결 동향
- 2019 네덜란드 모델 BIT를 중심으로

이현송

2019년 발표된 네덜란드 모델 BIT는 과거 투자자 보호에 적극적이었던 입장에서 선회하여, 투자협정의 남용 금지 및 ISDS 제도 개선을 위한 요소들을 적극 반영하였다. 2007년 최초 타결된 한-미 FTA 투자챕터를 비롯한 우리나라 투자협정의 모습과 동 모델 간 문안의 쟁점별 비교검토를 통하여 향후 우리나라 투자협정의 체결 방향에 대하여 논의한다.

세부적으로, 네덜란드 모델은 ① 투자자의 실질적 영업활동 요건 및 ② ISDS 제소를 위한 기업의 구조변경 금지를 두어 투자협정의 남용을 제한하였다. 나아가 실체적 보호 범위 제한을 위하여 ① 국가의 규제권한 확보를 명시하고 ② 최혜국대우의 범위를 제한하였으며, ③ 공정·공평대우의 내용을 구체화하였다. 또한 ISDS 제도 개선을 위하여 ① 중재의 대체적 분쟁해결제도를 추가하고, ② 절차의 경제적 효율성을 제고하였으며, ③ 중재인의 공정성 및 독립성 요건을 강화하여 이중 선임의 문제를 개선하려 노력한 점을 알 수 있다. 마지막으로, 지속가능한 개발 및 기업의 사회적 책임 논의를 투자협정에 반영하여 ESG 관련 새로운 정책 및 규제의 근거를 마련하였다.

기존 우리나라 투자협정의 모델이 되었던 한-미 FTA의 체결 이후 15여 년이 경과하였고 그 간 우리나라를 상대로 한 피소 사건도 증가하였는 바, 네덜란드 모델의 사례를 참고하여 우리나라 역시 투자자의 보호와 국가의 규제 권한 간 균형을 유지하고, ISDS 제도 남용을 방지하는 방향으로 투자협정의 체결 방향을 재검토해 나갈 필요가 있을 것이다.

주제어

투자보장협정, BIT, ISDS, 네덜란드 모델 BIT, 한-미 FTA, UNCITRAL

[Abstract]

The trend of international investment agreement:

Focusing on 2019 Dutch Model BIT

Hyeon Song Lee

In 2019, the Dutch model BIT underwent a change from an active role of protecting investors to incorporating elements that prevent abuse of international investment agreements and improve the investor-state dispute settlement (ISDS) system. By comparing and reviewing the Dutch model with Korea's international investment agreements, including the investment chapter of the Korea-US FTA concluded in 2007, and analysing controversial issues, we discuss the future direction of Korea's international investment agreement.

The Dutch model prevents potential abuse of international investment agreements by ① requiring investors to engage in substantial business activities and ② prohibiting corporate restructuring with sole purpose for ISDS filing. The model also limits substantive protection by ① specifying the host state's right to regulate, ② restricting the scope of most favored-nation treatment, and ③ specifying the criteria for fair and equitable treatment. To improve the ISDS system, the Dutch model ① supplements an alternative dispute resolution system other than arbitration, ② improves the economic efficiency of the dispute resolution procedure, and ③ strengthens the requirements for fairness and independence of arbitrators to address the issue of double-hatting. Finally, the model includes discussions on sustainable development and corporate social responsibility to lay the foundation for new ESG-related policies and regulations.

Since the signing of the Korea-US FTA over 15 years ago, which has been served as a model for Korea's current international investment agreement, the number of ISDS cases filed against Korea has increased. Thus, it is necessary to reexamine the direction of Korea's international investment agreement in a way that balances regulatory authority and prevents abuse of the ISDS system.

Keywords: International investment agreement, Bilateral investment treaty, ISDS, Dutch Model BIT, KORUS, UNCITRAL