

# 투자분쟁해결규정에 MFN 조항의 적용여부에 관한 연구: ICSID 중재사례를 중심으로

A Study on the Applicability of MFN Clause for Investment  
Dispute Settlement Provisions: Focusing on the ICSID  
Arbitration Cases\*

황 지 현\*\* Ji-Hyeon Hwang

## 목 차

I. 서론	IV. 결론
II. MFN 조항의 의의 및 해석	참고문헌
III. MFN 조항의 적용여부	Abstract

## 국문초록

투자협정상의 MFN 조항을 실제적인 규정 외에 절차적인 규정에까지 적용할 수 있는지에 대한 논의는 보호 범위를 결정하기 때문에 중요한 의미를 가진다. 그러나 투자협정마다 MFN 조항에서 대우의 범위를 조금씩 상이하게 규정하고 있어 이에 대한 해석의 차이가 존재한다. 그러므로 본 연구는 ICSID에서 판정한 중재사례에 초점을 맞추어 국제투자분쟁에서 외국인투자자가 원 투자협정상의 MFN 조항을 통하여 다른 투자협정상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지를 분석함으로써 MFN 조항의 적용범위를 획정할 수 있는 기준들을 도출하여 유용한 시사점 및 실

\* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.  
(NRF-2016S1A5B5A07917634)

\*\* 송실대학교 글로벌통상학과 초빙교수, 제1저자

무적인 지침을 제시하고자 한다.

〈주제어〉 최혜국대우, 국제투자분쟁, 양자간투자협정, 국제투자분쟁해결센터, 중재관할권

## I. 서론

국제투자분쟁이 빈번하게 발생하고 있는 환경하에서<sup>1)</sup> 외국인투자자가 원 투자협정상의 최혜국대우(Most Favoured Nation Treatment: 이하 MFN) 조항에 근거하여 다른 투자협정상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지의 여부가 중요한 쟁점이 되고 있다. MFN 조항을 통하여 투자협정상의 실체적 보호기준을 원용하는 것 이외에 MFN 조항을 절차적 규정에 원용할 수 있는지의 여부와 관련하여 많은 논란이 있었다. MFN 조항을 분쟁해결규정에까지 적용할 수 있다고 인정한 최초의 사례는 *Maffezini vs. Spain* 사건으로 본 사건이 시사하는 바가 매우 크다고 할 수 있다.

이후 MFN 조항을 절차적 규정에 원용할 수 있는지의 여부와 관련하여 많은 논의가 이루어졌으나, 아직까지 통일된 기준은 없으며 중재판정부마다 서로 다른 해석을 제시하고 있다. 투자협정마다 MFN 조항의 문구나 내용이 조금씩 다르기 때문에 중재판정부는 이를 판단함에 있어서 해당 투자협정상의 MFN 조항이 구체적으로 어떻게 규정되어 있는지를 고찰하면서 MFN 조항의 적용범위를 획정한다.

MFN 조항에 근거하여 다른 투자협정상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지의 여부와 관련하여 선행연구를 살펴보면, 김석호(2013)의 분쟁해결조항에 적용여부를 중심으로 국제투자조약상 최혜국대우조항의 적용범위를 고찰한 연구와 박선욱(2010)의 다자주의로의 전환을 중심으로 양자간 투자협정상 최혜국대우규정의 절차법적 적용을 고찰한 연구가 있다. 또한 정찬모(2014)의 *Kılıç* 중재판정과 투자협정상 국내절차선행 요건의 최혜국대우조항을 통한 회피가능성을 고찰한 연구와 강승관(2010)의 국제투자규범상 최혜국대우원칙의 확대적용 문제에 관하여 고찰한 연구 등이 있다.

그러나 MFN 조항을 절차적 규정에 원용할 수 있는지의 여부는 그 중요성에도 불구하고 아직 일관된 기준이 정립되어 있지 않아 논란의 여지가 많으며, 아직 연구가 미비한 실정이므로 다각적이고 심층적인 연구가 요구된다. 그리고 국제투자분쟁을 대비하기 위해

1) UNCTAD 보고서에 의하면, 1987년~2016년까지 국제투자분쟁은 총 767건으로 집계되고 있다(UNCTAD, 2017).

서는 실제 발생한 분쟁사례들을 분석함으로써 대응방안을 강구하는 것이 필요하다.

그러므로 본 연구는 외국인투자자가 MFN 조항에 근거하여 다른 투자협정상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지의 여부와 관련하여 최근 학계와 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: 이하 ICSID)에서 판정한 중재사례를 심도있게 분석함으로써 향후 발생할 수 있는 동일·유사분쟁에 있어서 예측 가능성을 제고하고, 대응방안을 모색해 봄으로써 투자유치국과 외국인투자자에게 필요한 시사점을 도출하여 실무에 기여하고자 하는데 그 목적이 있다.

## II. MFN 조항의 의의 및 해석

### 1. MFN 조항의 의의

투자협정의 MFN 원칙은 일방당사국이 상대국의 투자<sup>2)</sup> 또는 투자자에 대하여 제3국의 투자 또는 투자자가 받는 대우보다 불리하지 않게 대우할 의무이다. 그리고 이를 약속하는 규정을 MFN 조항이라고 한다. 국제통상규범에서 MFN은 비차별원칙으로서 내국민대우(National Treatment)와 함께 외국인투자자에 대한 차별을 방지하기 위한 보호규정이다. 내국민대우가 외국인투자자와 내국민의 차별을 금지하는 것이라면, MFN은 제3국의 투자 또는 투자자와의 차별을 금지하는 것이다.

*Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* 사건에서 국제사법재판소(International Court of Justice: 이하 ICJ)는 MFN 조항의 목적을 차별 없이 모든 국가들 간에 동등한 기회를 항상 유지하는 것이라고 판시하였다.<sup>3)</sup> MFN 원칙은 투자(자)들 간의 공평한 경쟁기회를 보장하는 것으로 MFN 조항은 상대적으로 약한 협상력을 가진 국가가 강한 협상력을 가진 국가에 부여된 권리 및 대우를 동등하게 받을 수 있게 해주지만 무임승차(*free rider*) 문제가 발생할 우려가 있다.

MFN 조항은 국적에 따른 차별을 배제함으로써 국제경제를 활성화하고, 공정한 경쟁 기회를 보장할 뿐만 아니라 투자(자)를 보호하는데 그 의의가 있다.<sup>4)</sup> MFN 조항은 국제

2) 투자는 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산 중에서 투자의 특징을 가진 것으로 예컨대, 자본, 이자, 이득(이윤)에 대한 기대, 위험의 감수, 지적재산권, 기업의 자본참여에 대한 권리 등이 있다(공수진, 2014).

3) *France vs. United States of America*, ICJ, 1952.

4) MFN 원칙은 GATT 제I조 제1항, GATS 제II조, TRIPs 협정 제4조에도 명시되어 있다.

투자분야에서 매우 중요하여 대부분의 투자협정에 규정되어 있다(R. Dolzer & C. Schreuer, 2012). 투자협정마다 조금씩 상이하게 규정되어 있는 MFN 조항은 대우의 범위 및 예외 규정 등에서 그 차이가 있다.

국제적으로 MFN에 관한 논의의 필요성이 제기되어 1967년 UN 총회의 요청에 의하여 국제법위원회(International Law Commission: 이하 ILC)에서 적극적인 검토가 이루어졌다. 1978년 7월 20일 제30차 회기에서 ‘최혜국대우조항에 관한 규정초안’(Draft Article on Most Favored-Nation Clauses)이 채택되었는데, 동 초안 제5조는 MFN을 “Most-Favored Nation treatment is treatment accorded by the granting state to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.”라고 정의하였다.

즉, MFN은 수여국(granting state)이 수혜국의 사람(persons) 또는 사물(things)을 제3국의 사람 또는 사물과 차별하지 않아야 한다는 것으로 투자협정 측면에서 보면, 수혜국의 투자(자)를 제3국의 투자(자)와 차별하지 않아야 한다는 것을 의미한다. 또한 같은 관계(same relationship)는 같은 상황(like circumstances)을 말하며, 수여국은 수혜국과 제3국 간에 불리하지 아니한(no less favourable) 대우를 하여야 한다(강승관, 2010). 동 초안은 MFN에 관한 명확한 범위가 명시되지 않아 모호하다는 비판이 제기되었으나, 이후 많은 투자협정에 반영되었다.

그러나 본 초안은 발효되지 못했고, 2008년 제60차 회기에서 다시 ILC 작업주제로 선정되었다. 2009년 제61차 회기부터 Study Group이 국제투자법 분야의 MFN 조항에 관한 검토를 진행하여 2015년 제67차 회기에서 최종보고서가 도출되었다. MFN 조항에 관한 최종보고서의 내용은 5부(part)로 구성되는데, 국제투자법 분야의 MFN 조항의 배경, MFN 조항의 해석에 관한 쟁점들, MFN 조항의 해석시 고려해야 할 점, MFN 조항 해석을 위한 지침, 결론으로 이루어진다(ILC, 2015).

MFN 원칙이 주권평등의 원칙에 입각한 국제법상의 관습법인지에 관하여 많은 논의가 있었으나, 국제관습법이라고 볼 수 있는 법적 확신(opinio juris)이 아직 존재하지 않기에 (A. Newcombe & L. Paradell, 2009) 협정상상의 의무로 보는 견해가 지배적이다. 투자협정상 MFN 조항의 의무에 대한 규정은 다양하게 표현되고 있는데, 투자(자)에 대우(treatment)를 부여하여야 한다거나<sup>5)</sup> 모든 사항(all matters)이라는 문구를 포함하여 대우의 범위를 넓게 확장하기도 한다.<sup>6)</sup> 또는 대우라는 단어를 인수(acquisition), 유지(maintenance), 확

5) 그 예로 오스트리아-체코슬로바키아 공화국 BIT가 있다.

6) 그 예로 아르헨티나-스페인 BIT가 있다.

장(expansion), 매각(disposal), 관리(management), 운영(operation), 설립(establishment)과 관련하여 그 범위를 한정하거나(김석호, 2013) 동일한 상황(in like circumstances or in similar situations)으로 그 범위를 제한시키는 경우도 있다.

## 2. MFN 조항의 유형 및 예외

대부분의 투자협정에 포함되어 있는 MFN 조항은 그 문언이나 내용이 다양하다. 다수의 투자협정은 MFN을 내국민대우와 함께 포괄적으로 규정하기도 하고,<sup>7)</sup> 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: 이하 FET)와 함께 규정하기도 하며,<sup>8)</sup> 독자적으로 규정하거나 MFN 조항이라는 구체적인 명칭 없이 투자의 대우(Treatments of Investments)라는 명칭으로 규정하기도 한다.<sup>9)</sup> 이처럼 MFN 조항이 다양한 유형을 보이고 있는 것은 투자의 전반적인 사항을 공통적으로 규율하는 다자간투자협정(Multilateral Agreement on Investment: 이하 MAI)이 채택되지 못하고,<sup>10)</sup> 각국이 양자간투자협정(Bilateral Investment Treaty: 이하 BIT)을 체결함에 따른 것으로 볼 수 있다.

MFN 조항을 통하여 외국인투자자의 지위를 보장해 주는 것이 투자협정 체결국의 의도라고 볼 수 있으므로 외국인투자자는 MFN 조항을 통하여 모국이 체결한 투자협정 외에 제3국의 투자협정상의 보호조항을 원용함으로써 보호의 범위를 확장할 수 있다(Schill, 2009). 또한 제3국과 체결한 투자협정상의 대우보다 불리하지 않은 대우를 외국인투자자에게 부여한다는 점에서 MFN 조항은 투자협정간의 연결고리 역할을 한다고 볼 수 있다(Jarrold Wong, 2008). 그러나 MFN 조항이 무제한적으로 원용되는 것은 아니며, 명시적 및 묵시적인 한계가 있음에 유의하여야 한다.

다수의 투자협정에서 MFN 조항의 적용범위에 일정한 제한 또는 예외를 두기도 한다. MFN 조항에 예외 규정을 포함되어 있거나 별도 조항을 통해 규정하기도 하며, 부속서(Annex), 프로토콜(Protocol) 등에서 별도로 명시하기도 한다. 외국인투자자는 투자유치국이 제3국과 체결한 투자협정상의 보호조항을 원용하는 경우 이러한 제한 또한 예외에 구속된다. MFN 조항은 본래적인 권리가 아닌 투자협정상에 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 권리이므로 투자협정상에서 명시적으로 적용을 배제한 분야는 MFN 조항의 원용이 불가능하다(Guido Santiago Tawil, 2009). 예컨대, MFN의 적용이 배제되는 대

7) 그 예로 칠레-이집트 BIT, 아르헨티나-영국 BIT 등이 있다.

8) 그 예로 한국-폴란드 BIT, 중국-페루 BIT 등이 있다.

9) 그 예로 한국-넬마르크 BIT, 한국-과테말라 BIT, 한국-오스트리아 BIT 등이 있다.

10) MAI는 프랑스 등 회원국 간의 극심한 이견대립으로 1998년 채택에 실패하였다.

표적인 분야로는 경제통합, 정부조달, 조세, 보조금 등이 있다(법무부, 2014). 지역협정의 경우에는 역외국가들이 MFN 조항을 원용하여 역내국가들의 혜택에 무임승차하는 것을 방지하기 위해 예외로 규정하는 것으로 볼 수 있다. 이외에도 국가안보나 공공질서나 국가안보 등을 위하여 예외규정을 두는 경우도 있다.

그리고 MFN을 통하여 투자유치국이 제3국과 체결한 협정상의 보호조항을 원용하고자 하는 경우 동종제한의 원칙(ejusdem generis principle)에 따라 제한을 받는다. 동종제한의 원칙은 국제분쟁해결절차에서 널리 인정되는 원칙으로 동일한 사안이나 동일한 종류의 대상(사람 or 사물)에 속하는 경우에만 이를 원용할 수 있다는 것이다. 예컨대, 조세 관련 협정에서 부여된 혜택은 투자협정의 MFN 조항을 통해 원용할 수 없다.

동종제한의 원칙은 ILC가 1978년 채택한 MFN 조항에 관한 규정초안 제9조 및 10조에 명시되어 있다. “Under a most-favoured-nation clause, the beneficiary State acquires, for itself or for those persons or things in a determined relationship with it, only those rights that fall within the limits of the subject-matter of the clause.”라고 규정된 제9조 제1항 및 “Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires a right to most-favoured-nation treatment only if the granting State extends to a third State benefits within the subject matter of the clause.”라고 규정된 제10조 제1항에 의하면, MFN의 혜택을 받고자 하는 대상이 제3국에 부여하는 대우의 대상과 동일한 범위에 속하면서 동일한 관계이어야만 적용된다고 규정하고 있다.

이러한 규정은 GATT의 동종상품(like product)의 개념 및 관련 법리와 사건들의 검토를 통해 이루어진 것이다. GATT 제1조에 명시된 MFN이 동종상품에 한하여 부여된다는 규정은 동종제한 원칙의 한 표현이라고 볼 수 있다. 그러나 이러한 동종제한의 원칙에 입각하여 동종성을 판단하는 것은 어려운 문제이며, 그 적용이 용이한 것도 아니다. 그러므로 분쟁이 발생한 경우 중재판정부에 의하여 제반사정들을 종합적으로 고려하여 해석이 이루어진다.

### 3. MFN 조항의 해석

각 투자협정의 MFN 조항은 다양하게 규정되어 있어 MFN 조항 문언의 해석은 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)의 제31조(해석의 일반규칙) 및 제32조(해석의 보충적 수단)에 의하여 이루어진다. ILC가 1978년 채택한 MFN 조항에 관한 규정초안 제4조에 의하면, MFN 조항을 “일방당사국이 타방당사국과 최혜국대우의 의무에 관하여 합의된 범위에서 동의를 한 조항이다.”라고 정의하였다.

동 초안 제14조에 의하면, “투자유치국과 관계가 있는 수혜국이나 사람 또는 사물이 MFN 조항을 원용하고자 한다면 해당 조항을 명시하고 있는 투자협정상의 관련 문언 및 조건들을 준수하거나 수혜국과 수여국간에 합의가 있어야 한다.”고 규정하고 있다. 즉, 투자협정상의 MFN 조항에 대한 해석은 문언과 명시적인 합의내용에 초점을 맞추어 이루어져야 하며, 추정을 통한 해석은 가능한 배제하여야 한다고 볼 수 있다. 그러나 MFN 조항의 적용범위와 관련하여 명시적인 규정이 없는 경우에 이를 해석하는데 있어 다양한 견해가 제시된다.

일반적으로 MFN 조항의 해석시 3가지가 주요 쟁점이 된다. 첫째, MFN 조항의 대상에 관한 범위이다. ILC가 1978년 채택한 MFN 조항에 관한 규정초안에 의하면, MFN 조항의 혜택은 수혜국이나 수여국과 관계가 있는 사람 또는 사물에게 한하여 부여된다고 보았다. 다수의 BIT에서는 MFN 조항은 일반적으로 투자(자)에 대하여 적용하며, 일부 투자협정에서는 MFN 조항의 혜택을 동일한 상황에 있는 투자(자)로 제한하기도 한다.

둘째, MFN 조항에서 불리하지 않은 대우를 하여야 한다고 명시하고 있는데, 바로 불리하지 않은 대우의 의미이다. 제3국과 비교하여 불리하지 않은(no less favourable)대우는 일반적으로 동등한(equal to) 정도의 대우로 이해된다. 즉, 제3국과 동등한 경쟁기회를 보장받아야 한다.

셋째, 대우의 범위이다. MFN 조항에서 대우의 범위에 관하여 구체적으로 명시하고 있지 않아 해석의 여지를 남겨 두었다. MFN 조항의 대우의 범위와 관련하여 실질적인 조항의 적용 문제와 절차적인 조항의 적용 문제가 있으며, 이러한 적용 가능성의 여부에 상반된 견해가 존재하고 있다. 이러한 해석의 문제를 해결하기 위해서는 대우의 정의 및 범위를 명확히 규정하는 것이 필요하다.<sup>11)</sup>

MFN 조항의 해석과 관련하여 분쟁사례를 분석해 보면 주로 다음과 같은 논의가 이루어진다. 외국인투자자의 국가와 투자유치국 간에 체결한 투자협정의 MFN 조항의 해석에 근거하여 본 외국인투자자가 다른 외국인투자자와의 관계에서 나타난 차별적인 대우를 문제로 투자유치국의 비차별원칙 위반에 대하여 중재를 제기하는데, 차별적인 행위의 존재 여부 및 본 외국인투자자가 투자유치국이 제3국과 체결한 협정에 따라 제3국의 외국인투자자에게 제공한 대우와 같은 또는 불리하지 않은 대우를 요구할 수 있는 상황 즉, 같은 상황 또는 환경에 있는지 여부이다(코테라 아키라 외, 2012). 관련된 사례로는 *Parkerings v. Lithuania* 사건,<sup>12)</sup> *Bayindir v. Pakistan* 사건<sup>13)</sup> 등이 있다.

11) *Daimler AG v. Argentina* 사건의 중재판정부는 대우의 의미와 범위를 고려하여 MFN 조항을 해석해야 한다고 실시하였다.

12) *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, September 11, 2007.

13) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No.

다음으로 외국인투자자가 원 투자협정의 MFN 조항에 근거하여 투자유치국이 제3국과 체결한 협정에 규정된 권리 및 이익에 대하여 동등한 대우를 주장하면서 중재를 제기하는데, 외국인투자자가 제3국의 협정으로부터 동등한 대우를 요구할 권리 및 이익이 원 투자협정의 MFN 조항이 의미하는 대우의 내용과 범위에 포함되는지 여부이다. 이는 실체적인 규정을 원용하는 경우와 절차적인 규정을 원용하는 경우로 나눌 수 있다.

실체적인 규정의 원용은 외국인투자자가 원 투자협정의 MFN 조항을 통하여 투자유치국이 제3국과 체결한 다른 투자협정에 규정된 더 유리하고 포괄적인 실체적인 규정인 FET, 포괄적 보호조항(Umbrella Clause), 완전한 보호 등을 원용하는 것이다. 관련된 사례로는 *MTD v. Chile* 사건,<sup>14)</sup> *Rumeli v. Kazakhstan* 사건<sup>15)</sup> 등이 있다. 절차적인 규정의 원용은 원 투자협정상의 MFN 조항에 근거하여 외국인투자자가 자신에게 유리하게 규정되어 있는 다른 투자협정상의 분쟁해결절차를 원용하는 것이다. 관련된 사례로는 *Gas Natural SDG v. Argentina* 사건,<sup>16)</sup> *Suez v. Argentina* 사건<sup>17)</sup> 등이 있는데, 자세한 내용은 제3장에서 후술하기로 한다.

### Ⅲ. MFN 조항의 적용여부

국제투자분쟁 중에서 외국인투자자가 원 BIT상의 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지의 여부는 중요한 쟁점이다. 특히 원 BIT상에서 중재를 제기하기 전에 투자유치국의 국내법원을 경유하도록 규정한 경우, MFN 조항을 통하여 이러한 요건의 충족 없이 바로 국제중재를 제기하도록 허용하고 있는 다른 BIT를 원용할 수 있는지와 관련하여 많은 논란이 있었다. *Maffezini vs. Spain* 사건에서 처음으로 MFN 조항이 분쟁해결규정에까지 적용될 수 있다고 판정되면서 MFN 조항을 절차적 규정에 원용할 수 있는지의 여부에 대한 논의가 활발히 이루어졌다. 이하에서는

ARB/03/29, Award, August 27, 2009.

14) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.

15) *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008.

16) *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Pending, December 3, 2008.

17) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Award, December 4, 2015.



ICSID 중재사례를 중심으로 원 BIT의 MFN 조항을 통하여 다른 BIT상의 분쟁해결조항을 적용할 수 있는지의 여부와 관련하여 고찰하고자 하는 바, MFN 조항을 확대 적용한 사례와 제한 적용한 사례로 구분하여 살펴보기로 한다.

## 1. MFN 조항을 확대 적용한 사례

*HOCHTIEF v. Argentina* 사건에서 독일 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 아르헨티나에서 고속도로의 건설 및 운영을 이행하는 과정 중에 분쟁이 발생하자 독일-아르헨티나 BIT에 근거하여 중재를 제기하였다. 본 BIT에 의하면, 국내법원에 먼저 제소를 한 후 18개월이 경과된 후에 중재를 제기하거나 양당사자가 별도 합의한 경우에만 바로 국제중재를 제기할 수 있도록 규정하고 있었다. 중재판정부의 과반수 중재인은 18개월이 경과하기만 하면 중재를 제기할 수 있는 점과 법원에서 어떠한 결정이 나오든지 본 BIT 제10조에 의거하여 분쟁당사자들이 추후 중재를 통해 다시 다룰 것이라는 점 등을 고려할 때 이는 형식적인 요건에 불과하므로 18개월의 사전 국내구제 의무는 실효성이 없다고 실시하였다.<sup>18)</sup> 그러면서 중재판정부의 과반수 중재인은 이러한 국내구제 의무가 강행적 성격의 규정인지의 여부는 밝히지 않고, 외국인투자자가 본 BIT의 MFN 조항을 근거로 투자유치국이 제3국과 체결한 협정인 칠레-아르헨티나 BIT상에 규정된 분쟁해결조항을 원용할 수 있는지를 검토하였다. 중재판정부는 본 BIT의 MFN 조항은 “투자와 관련한 활동(activities in connection with investments)”이라고 그 적용범위를 명시하고 있는데, 이는 분쟁해결(dispute settlement)을 포함하는 개념이라고 하면서 MFN 조항은 분쟁해결에 관한 문제인 중재절차에 적용될 수 있으므로 MFN 조항을 원용하여 사전에 국내법원을 경유하지 않고 제기된 중재를 허용한다고 판시하였다.<sup>19)</sup>

*Impregilo S.p.A. v. Argentina* 사건은 이탈리아 국적의 외국인투자자가 대주주로 있는 투자유치국의 회사 AGBA와 투자유치국의 부에노스아이레스 주와 체결한 수도 및 폐수 처리 서비스의 양허계약 이행과 관련하여 발생한 분쟁으로 외국인투자자는 이탈리아-아

18) 투자유치국이 선임한 중재인 Mr. Thomas는 중재판정부 과반수 중재인의 결정에 대해 반대 입장을 표명하였는데, 과반수 중재인들은 본 사건을 국내법원에 제소하는 것이 실효성이 없다고 보았으나, Mr. Thomas는 국내법원의 제소를 통해서 쟁점을 좁히는 등 분쟁해결에 일정한 기여를 할 수 있다고 보았다. 그리고 BIT의 MFN 조항이 그 적용범위를 “본 조약이 적용되는 모든 사안(all matters subject to this Agreement)”으로 폭넓게 규정하고 있다면 분쟁해결조항도 포함될 수 있으나, 본 BIT의 MFN 조항은 “투자와 관련한 활동(activities in connection with investments)”이라고 규정하고 있으므로 이는 투자의 경영 및 운영 등을 의미하는 것으로 제한된 개념으로 해석하여야 한다고 실시하였다.

19) *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Award, December 21, 2016.

르헨티나 BIT 제8조에 의거하여 ICSID 중재를 신청하였다. 외국인투자자는 본 BIT 제3조 제1항의 MFN 조항을 통하여 미국-아르헨티나 BIT 제7조를 원용하였는데, 동조에서 국내법원에 제소하거나 분쟁 발생일로부터 6개월 후에 국제중재에 회부할 것을 선택할 수 있다고 규정하고 있으므로 중재 제기 전에 18개월 동안 국내법원을 경유할 의무가 없다고 주장하였다. 이에 대하여 투자유치국인 아르헨티나는 이탈리아-아르헨티나 BIT 제8조 제2항 및 제3항에 포함된 분쟁해결조항은<sup>20)</sup> 중재를 제기하기 전에 18개월 동안 국내법원에 분쟁을 제출하도록 요구하고 있다고 주장하면서 18개월의 냉각기간은 본 BIT의 본질적인 조항이라고 항변하였다. 따라서 이를 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용하는 것은 허용되지 않으며, 본 BIT에 포함된 절차적인 요건을 충족하지 않았기에 외국인투자자의 청구는 기각되어야 한다면서 *Wintershall v. Argentina* 사건 및 *TSA v. Argentina* 사건의 중재판정문을 원용하였다. 또한 본 BIT는 MFN 조항의 대상을 “본 협정에 의하여 규율되는 기타 모든 사안(all other matters regulated by this Agreement)”이라고 규정하고 있는데, 이는 투자와 관련된 사안에 한정된다고 하면서 본 BIT 제8조의 국내절차완료에 관한 사전요건은 투자에 관한 것이 아니라 분쟁해결절차에 관한 것이므로 MFN 조항은 제8조에 적용되지 않는다고 하였다.

본 사건의 중재판정부는 대우(treatment)라는 용어는 분쟁해결과 같은 절차적 규정에도 적용될 수 있으며, 본 BIT 제3조 제1항에 명시된 MFN 조항의 대상과 관련하여 “investments made by the investors of the other Contracting Party, income and activities related to such investments and all other matters regulated by this Agreement”이라는 문언은 분쟁해결절차를 포함하는 개념이라고 해석하였다. 즉, 중재판정부는 본 BIT의 MFN 조항이 적용범위를 ‘본 협정에 의하여 규율되는 기타 모든 사안’으로 넓게 규정하고 있으므로 이를 분쟁해결조항에 확대 적용할 수 있다고 설시하였다. 또한 중재판정부는 외국인투자자가 분쟁을 국내법원에 제출해야 한다는 ‘shall’이라는 용어를 규정한 BIT들을 고려하면, 본 BIT 제8조 제2항의 ‘may’라는 용어는 분쟁을 국내법원에 제출할 의무를 외국인투자자에게 부여하는 것은 아니라고 하면서도 이러한 BIT상의 문언 차이가 반드시 실체적인 차이를 의도한 것이라고 볼 수 없으므로 본 BIT 제8조 제2항 및 제3항을 함께 검토함으로써 합리적인 해석을 하고자 하였다. 중재판정부는 외국인투자자가 본 BIT의 MFN 조

20) 이탈리아-아르헨티나 BIT 제8조 제2항과 제3항의 원문은 다음과 같다.

ARTICLE 8 Settlement of Disputes between Investors and Contracting Parties

2. If the dispute cannot be settled amicably, it may be submitted to the competent judicial or administrative courts of the Party in whose territory the investment is made. 3. Where, after eighteen months from the date of notice of commencement of proceedings before the courts mentioned in paragraph 2 above, the dispute between an investor and one of the Contracting Parties has not been resolved, it may be referred to international arbitration.

항을 근거하여 미국-아르헨티나 BIT의 분쟁해결절차를 원용할 수 있는 것으로 보고 본 BIT 제8조의 국내법원 경유라는 사전요건을 준수하지 않아 절차적인 요건이 충족되지 않았다는 투자유치국의 주장을 기각한다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

*Maffezini v. Spain* 사건에서 아르헨티나 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 스페인에서 화학제품의 생산 및 유통을 이행하는 과정 중에 분쟁이 발생하자 아르헨티나-스페인 제10조에 근거하여 ICSID에 중재를 제기하였다. 본 BIT에 의하면, 분쟁 발생시 국내 법원에 제소 후 18개월의 냉각기간 후에 국제중재를 신청할 수 있다고 규정되어 있었다. 그러나 외국인투자자는 본 BIT 제4조 제2항에 “In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favourable than that extended to each Party to the Investments made in its territory by investors of a third country.”라고 규정된 MFN 조항을 통하여 투자유치국이 제3국과 체결한 협정인 칠레-스페인 BIT를 원용하고자 하였다. 칠레-스페인 BIT 제10조 제2항에 의하면, 외국인투자자는 투자유치국의 국내법원에 제소하지 않고도 ICSID에 분쟁을 제출할 수 있었다. 그러나 투자유치국은 칠레-스페인 BIT의 적용은 체결국의 국민에게만 한정되는 협정이므로 아르헨티나 국적의 외국인투자자에게는 원용될 수 없으며, 동종제한의 원칙에 따라 MFN 조항은 본 협정이 부여한 것으로부터 다른 문제로까지 확대적용 될 수 없다고 주장하면서 투자유치국은 본 BIT 제4조 제2항의 ‘all matters’는 외국인투자자의 실제적인 권리에 관한 내용으로 이를 절차적인 권리에까지 적용할 수 없다고 항변하였다.

중재판정부는 우선 ‘all matters’가 포괄하는 범위의 정도 및 실제적 보호를 넘어 절차적 규정까지 적용되는지를 검토하였는데, MFN 조항에 분쟁해결에 대하여 명시적인 언급이 없더라도 분쟁해결은 외국인투자자의 보호와 불가분의 관계에 있으며, 분쟁해결규정이 원 BIT의 규정보다 제3국과 체결한 BIT가 외국인투자자의 권리보호에 더 유리한 경우 MFN 조항의 수혜자에게 확장될 수 있다면서 본 BIT상의 MFN 조항에서 ‘본 협정의 대상이 되는 모든 사안(all matters subject to this Agreement)’이라는 문언은 그 적용대상을 분쟁해결까지 포함하는 것으로 해석된다고 판시하였다. 중재판정부는 MFN 조항을 확대해석 하면서도 그 적용범위가 지나치게 확대되어 조약쇼핑(Treaty Shopping)이 일어날 것을 우려하여 MFN 조항의 해석에 제한을 두었는데, 분쟁절차에 대한 MFN 조항의 원용이 공공정책을 무효화하기 위해 사용되어서는 안된다고 실시하였다.<sup>22)</sup>

*Siemens v. Argentina* 사건에서 독일 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 아르헨티나

21) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June 21, 2011.

22) *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000.

의 일방적인 계약해지로 많은 투자손실을 입게 되자 독일-아르헨티나 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 BIT 제10조에 의하면, 중재를 제기하기 전에 18개월 동안 국내법원을 경유하도록 규정되어 있는데 외국인투자자는 본 BIT 제3조의 MFN 조항을 통하여 이러한 요건의 명시가 없는 칠레-아르헨티나 BIT의 분쟁해결절차를 원용하고자 하였다. 그러나 투자유치국은 칠레-아르헨티나 BIT는 독일 국적의 외국인투자자에게 적용되지 않으며, MFN 조항에 근거하여 다른 협정의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 항변하였다. 이에 대하여 중재판정부는 MFN 조항의 '투자과 관련된 행위'라는 문언과 관련하여 조약법에 관한 비엔나협약 제31조에 근거하여 해석하여야 하는데, BIT의 목적 및 의도는 투자(자)를 보호하고 증진하는 것이라고 실시하였다. 그러면서 중재판정부는 본 BIT의 MFN 조항은 투자(자)에 대한 대우 및 보호를 의미하는 것으로 넓게 해석할 수 있으므로 본 BIT의 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있다고 판시하였다.<sup>23)</sup>

최근 판정된 *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* 사건에서 중재판정부는 영국-투르크메니스탄 BIT상에서 MFN 조항의 적용범위를 '본 협정의 모든 조항'이라고 포괄적으로 규정하고 있으므로 이는 분쟁해결조항도 포함된다고 해석하면서, 외국인투자자는 이에 근거하여 스위스-투르크메니스탄 BIT상의 분쟁해결절차를 원용할 수 있으므로 ICSID 중재와 UNCITRAL 중재 중 자유롭게 선택할 수 있다고 실시하였다.<sup>24)</sup> 또한 *Teinver S.A. v. Argentina* 사건에서 중재판정부는 아르헨티나-스페인 BIT상의 MFN 조항이 그 적용대상을 '투자과 관련한 모든 문제'로 포괄적으로 규정하고 있기 때문에 본 BIT상의 MFN 조항에 의거하여 외국인투자자는 아르헨티나-호주 BIT 제13조상의 분쟁해결절차를 원용할 수 있다고 판시하였다.<sup>25)</sup>

## 2. MFN 조항을 제한 적용한 사례

*Kılıç İnşaat v. Turkmenistan* 사건에서 외국인투자자는 터키 국적의 건설회사로 투자유치국인 투르크메니스탄의 건설 사업을 수행하는 과정 중에 분쟁이 발생하자 터키-투르크메니스탄 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 제기하였다. 본 BIT 제7조에 의하면, 국제중재를 제기하기 전에 투자유치국의 국내법원에 먼저 제소하여야 하며, 분쟁이 18개월 동

23) *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, February 6, 2007.

24) *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Award, December 19, 2016.

25) *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, July 21, 2017.

안 해결되지 않는 경우에 국제중재를 제기할 수 있다고 명시되어 있었다. 그러나 외국인 투자자는 본 BIT 제2조 제2항의 MFN 조항을 통하여 국내법원 회부요건 없이 바로 중재를 제기할 수 있는 스위스-투르크메니스탄의 BIT를 원용하고자 하였다. 이에 대하여 중재판정부는 본 BIT상에 명시되어 있는 국내법원 경우요건은 선택사항이 아니라 의무사항으로서 중재를 제기하기 전에 국내절차 완료의무는 반드시 준수되어야 하는 선행요건(precondition)이며, MFN 조항의 적용범위와 관련하여 '대우(treatment)'는 절차적인 대우가 아닌 실제적인 대우만을 의도하고 있다고 제한적으로 해석함으로써 MFN 조항이 분쟁해결조항에는 적용되지 않으므로 외국인투자자는 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT상의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 판시하였다.<sup>26)</sup>

*Daimler Financial Services v. Argentina* 사건에서 독일 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 아르헨티나를 상대로 독일-아르헨티나 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 BIT에 의하면, 국제중재를 제기하기 전에 국내법원에 먼저 회부되어야 하며, 분쟁이 18개월 동안 해결되지 않는 경우에 국제중재를 제기할 수 있다고 명시되어 있었다. 외국인투자자는 본 BIT의 MFN 조항에 의거하여 이러한 국내법원 회부요건 규정이 없는 칠레-아르헨티나 BIT의 분쟁해결절차를 원용하고자 하였다. 칠레-아르헨티나 BIT는 중복제소금지(Fork in the Road) 조항에 근거하여 분쟁당사자들이 국내소송이나 국제중재를 선택할 수 있도록 규정되어 있었다. 이에 대하여 중재판정부는 국내법원 회부요건은 분쟁 당사자들이 준수해야 하는 요건으로 중재판정부가 재량권을 행사할 수 있는 단순한 절차적 요건이 아니라면서 국내법원 경우 의무를 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용할 수 없다고 판시하였다.<sup>27)</sup>

*Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary* 사건에서 노르웨이 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 헝가리와 통신서비스와 관련한 양허계약을 체결한 후 분쟁이 발생하자 노르웨이-헝가리 BIT에 의거하여 ICSID에 중재를 제기하였다. 외국인투자자는 본 BIT 제4조 MFN 조항은 절차상의 연결고리 역할을 한다면서 투자유치국이 체결한 다른 BIT의 유리한 분쟁해결절차를 원용하고자 하였다. 이에 대하여 중재판정부는 BIT의 MFN 조항을 분쟁해결절차에까지 확대할 수 없다면서 MFN 조항은 외국인투자자의 실제적인 권리에 관한 내용을 의미하므로 절차적인 권리에까지 확대적용하면 안된다고 판시하였다. 또한 명시적인 규정이 없는 상황하에서 MFN 조항에 의거하여 원 BIT상의 제한을 회피하는 것은 문제가 될 수 있으며, MFN 조항을 확대해석 할 경우 투자유치국은 외국

26) *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, July 2, 2013.

27) *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, August 22, 2012.

인투자자의 조약쇼핑(Treaty Shopping)의 희생양이 될 수 있음을 우려하였다. 중재판정부는 MFN 조항을 확대해석하는 것은 분쟁해결절차의 문제를 외국인투자자의 입장에서만 고찰하는 것이며, 이는 원 BIT 체약국의 의도를 왜곡하는 결과를 낳을 수 있다면서 체약국의 의도도 함께 고려되어야 한다고 설시하였다.<sup>28)</sup>

*Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina* 사건에서 독일 국적의 외국인투자자는 투자유치국인 아르헨티나에서 석유 및 가스 분야 사업을 운영하였는데, 아르헨티나의 금융위기 관련 조치로 많은 손실이 발생하자 독일-아르헨티나 BIT에 의거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 독일-아르헨티나 BIT 제10조 제2항에는 분쟁이 발생한 경우, 먼저 아르헨티나 국내법원에 회부하고 18개월이 경과한 후 국제중재를 제기하도록 규정되어 있었다. 그러나 외국인투자자는 본 BIT 제3조의 MFN 조항에 근거하여 국내법원 제소 없이 바로 국제중재를 신청할 수 있는 미국-아르헨티나 BIT를 원용하였다. 이에 대하여 중재판정부는 본 BIT 제10조 제2항의 문언에 중점을 두어 해석하면서 국내법원의 경유는 국제중재를 신청하기 위한 선행요건으로서 이는 반드시 지켜야 하는 의무로 보고, MFN 조항의 적용범위는 투자(자)와 관련한 사안으로 모든 조항에 적용되는 것은 아니기에 분쟁해결절차에까지 적용될 수 없으며, MFN 조항은 동종제한의 원칙을 고려하여 체약당사국의 합리적인 해석을 통하여 다루어져야 한다고 판시하였다. 외국인투자자는 본 BIT의 전문(Preamble)에서 본 협정의 목적을 투자(자)를 보호하고 증진하는 것이라고 명시하고 있으므로 본 BIT의 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT의 분쟁해결절차 원용할 수 있다고 주장하였으나, 중재판정부는 BIT의 목적과 함께 제10조 제2항도 함께 고려되어야 하는데 전문에서 'on the basis of an agreement'라는 문언이 명시되어 있으므로 제10조 제2항을 배제하면 안된다면서 MFN 조항의 대우에 분쟁해결절차는 포함되지 않는다고 설시하였다.<sup>29)</sup>

*Salini Costruttori S.p.A. v. Jordan* 사건에서 이탈리아 국적의 건설회사인 외국인투자자는 투자유치국인 요르단과 체결한 계약에 따라 댐 공사를 완공하였으나 요르단이 대금을 미지급하자 이탈리아-요르단 BIT 제9조에 의거하여 ICSID에 중재를 제기하였다. 본 BIT 제9조는 협정위반과 관련하여 ICSID 중재를 명시하고 있었으나, 동조 제2항에서 투자계약과 관련하여 분쟁이 발생한 경우에는 투자계약상의 분쟁해결조항에 의하도록 규정하고 있었다. 투자계약에 따르면 분쟁을 당사자가 중재로 해결하기로 합의하지 않은 한 요르단 국내법원에 의하여 해결하도록 명시되어 있었다. 그러나 외국인투자자는 본 BIT 제3조 MFN 조항의 통하여<sup>30)</sup> 투자계약상의 분쟁도 합의 없이 중재로 해결할 수 있

28) *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, September 13, 2006.

29) *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, December 8, 2008.

30) 이탈리아-요르단 BIT 제3조 제1항의 원문은 다음과 같다. "Both Contracting Parties, within the

도록 명시하고 있는 미국-요르단 BIT 및 영국-요르단 BIT 등 요르단이 제3국과 체결한 BIT의 규정을 원용하고자 하였다. 이에 대하여 중재판정부는 본 BIT 제3조에서 MFN 조항의 적용범위를 분쟁해결절차까지 확대하는 어떠한 규정도 없으며, ‘모든 사안(all matters)’이라는 문구를 포함하는 것도 아니라면서 본 BIT 제9조 제2항에 의하면 계약상의 분쟁은 계약상의 분쟁해결조항에 따르도록 규정하고 있으므로 본 BIT의 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 실시하였다. 그리고 계약상의 분쟁을 중재를 통해서 해결하려면 양 당사자의 합의가 필요하다고 하면서 본 중재판정부는 계약상의 청구에 대해서는 관할권을 갖지 않는다고 판시하였다.<sup>31)</sup>

*Plama Consortium Limited v. Bulgaria* 사건에서 외국인투자자는 키프로스 국적의 회사로 투자유치국인 불가리아에서 석유정제사업을 이행하는 중에 분쟁이 발생하자 키프로스-불가리아 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 BIT 제4조에 의하면 수용에 관한 보상과 관련된 분쟁만 중재로 해결할 수 있도록 제한하는 규정이 있었는데, 외국인투자자는 본 BIT 제3조의 MFN 조항을 통하여 본 BIT보다 유리한 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty: ECT) 제5조 및 핀란드-불가리아 BIT상의 분쟁해결절차 규정을 원용하고자 하였다. 이에 대하여 중재판정부는 조약법에 관한 비엔나협약에 근거하여 본 BIT를 검토하면서 MFN 조항의 ‘대우(treatment)’라는 문구에 분쟁해결절차를 포함하는 것으로 해석할 수 없으며, 중재의 기본조건은 당사자간의 합의라는 것을 강조하면서 이는 국내법 및 국제법상 확립된 원칙으로 명백(clear and unambiguous)하여야 하는데, 본 BIT에는 중재에 대한 제한된 합의가 명시되어 있고 BIT상에 분쟁해결절차가 규정되어 있다면 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 실시하였다.<sup>32)</sup>

### 3. 소결

이상에서 고찰하였듯이 MFN 조항을 분쟁해결규정에 적용할 수 있는지와 관련하여 MFN 조항을 확대 해석하여 적용하는 견해와 이를 제한적으로 해석하여 적용하는 견해가 있다. 이러한 견해는 다양한 요소 및 기준들을 포함하여 도출되는데, BIT상에 명시된

---

bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.”

31) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, January 31, 2006.

32) *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008.

MFN 조항의 적용범위를 확정하는 문구 및 내용, 그리고 체결당사국간의 합의내용 및 상황 등을 모두 고려하여 분쟁해결절차에의 원용가능성을 판단한다. 이와 관련한 논의를 정리해 보면 다음과 같다.

원 BIT에서 MFN 조항의 적용대상을 투자와 관련한 (모든) 사안 또는 활동이라고 포괄적으로 명시하고 있으므로 이는 분쟁해결절차도 포함된다고 넓게 해석하면서 이에 근거하여 다른 BIT에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있다는 견해가 있다. 원 BIT에 명시되어 있는 국제중재를 제기하기 전의 국내법원 회부라는 사전요건은 형식적인 요건으로 실효성이 없으며, BIT의 목적은 투자자를 보호하는 것이므로 외국인투자자는 원 BIT 보다 자신에게 유리한 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT를 원용할 수 있다고 보고 있다. 이러한 시각은 MFN 조항이 투자협정간의 연결고리 역할을 한다고 볼 수 있다.

그러면서 MFN 조항의 적용범위가 지나치게 확대 해석될 경우 조약소핑이 발생할 수도 있다는 우려와 함께 분쟁해결절차에 대한 MFN 조항의 원용이 공공정책의 무효화를 위해 이루어지면 안된다는 신중한 접근을 통해 MFN 조항의 확대해석에 관한 일정한 제한을 두고 있는 관점도 있다. MFN 조항의 적용범위를 확대해석하는 견해는 본 조항이 분쟁해결절차에까지 적용된다는 명시적인 규정이 없어도 이를 광범위하게 해석함으로써 MFN 조항이 실제적인 권리뿐만 아니라 절차적인 권리에도 적용된다고 본다.

반면, MFN 조항은 모든 규정에 적용되는 것은 아니므로 분쟁해결규정에까지 확대한다는 명시적인 규정이 없는 상황하에서 다른 BIT에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 없다는 견해가 있다. MFN 조항의 적용범위는 실제적인 권리에 관한 내용으로 명시적인 규정이 없는 경우 절차적인 권리에까지 확대적용하면 안된다면서 동 조항을 제한하여 해석하고자 한다. MFN 조항을 확대해석하는 관점은 BIT 체결당사국의 의도를 왜곡하는 결과를 초래할 수 있으며, 외국인투자자의 입장에서만 검토한 결과라고 보기도 한다. 또한 MFN 조항의 대우는 국제법에 따라 존중해야 할 법적체계이며, 분쟁해결은 협정상의 구체적인 규정을 통해 규율해야 하는 사안이라서 대우라는 용어가 분쟁해결을 포함하는 것으로 볼 수 없다고 보고 있다.

그리고 국제중재를 제기하기 전 국내법원의 경유라는 국내절차완료에 관한 사전요건은 단순한 선택사항이 아니라 강행적인 의무로 반드시 충족되어야 하는 선행요건이며, 국내법원의 제소를 통해 쟁점을 좁힐 수도 있기에 이를 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용할 수 없다고 본다. 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT는 체결당사국에게만 적용되는 협정이므로 이를 다른 국적의 외국인투자자가 원용할 수 없으며, 원 BIT상에 분쟁해결절차가 규정되어 있다면 MFN 조항에 근거하여 다른 BIT의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 보고 있다.



## IV. 결 론

국제투자분쟁에서 외국인투자자가 원 투자협정상의 MFN 조항을 통하여 다른 투자협정상에 규정된 분쟁해결절차를 원용할 수 있는지와 관련하여 많은 논란이 있었다. 투자협정상의 MFN 조항을 실제적인 규정 외에 절차적인 규정에까지 적용할 수 있는지에 대한 논의는 외국인투자자와 투자유치국 모두에게 중요한 의미를 가진다. 그러므로 본 연구는 ICSID에서 판정한 중재사례를 분석하여 분쟁해결규정에 MFN 조항의 적용여부를 고찰하였다.

MFN 조항을 확대 해석하여 절차적 규정에 원용할 수 있다는 견해는 투자협정상에 MFN 조항이 분쟁해결절차에까지 적용된다는 명시적인 규정이 없어도 MFN 조항의 적용대상을 투자와 관련한 모든 사안이라고 규정하고 있다면 이는 분쟁해결조항도 포함된다고 본다. 투자협정의 목적은 외국인투자자를 보호하고 그 지위를 보장하는 것이므로 외국인투자자는 자신에게 유리한 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT를 원용할 수 있다고 보면서 보호의 범위를 확장한다. 그러나 MFN 조항을 넓게 해석하면서도 MFN 조항의 원용이 공공정책을 무효화하기 위해 이루어지면 안 된다는 관점도 있으므로 이에 유의할 필요가 있다.

MFN 조항을 제한적으로 해석하여 절차적 규정에 원용할 수 없다는 견해는 투자협정상에 MFN 조항이 분쟁해결절차에까지 적용된다는 명시적인 규정이 없는 상황에서 이를 확대적용하면 안 된다고 본다. MFN 조항의 확대 해석은 외국인투자자의 입장에서만 검토한 결과이며, 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT는 체결당사국에게만 적용되는 협정이므로 이를 다른 국적의 외국인투자자가 원용할 수 없다는 것이다. 그리고 국제중재를 제기하기 전에 국내법원의 경우라는 선행요건을 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용할 수 없다고 보는 시각을 염두에 두어야 한다.

이처럼 MFN 조항에 근거한 분쟁해결규정의 원용과 관련하여 중재판정부에 따라 상반된 해석이 이루어지고 있다. 이는 투자협정상의 MFN 조항이 대우의 범위와 관련하여 조금씩 상이하게 규정되어 있기 때문에 따른 해석의 차이로 향후 MFN 조항의 적용범위를 명확하게 규정하여 분쟁의 소지를 남기지 말아야 한다. 모호하거나 다양한 해석이 도출될 수 있는 문언은 배제하고 구체적으로 그 범위를 명시할 필요가 있다. 그리고 MFN 조항의 적용에는 일정한 제한 및 한계가 있음에 유의하여야 하며, MFN의 적용범위에 관한 지속적인 중재사례 구축 및 검토를 통해 이에 대한 대응전략과 방안을 모색해야 한다.

## 참고문헌

- 강승관(2010), “국제투자규범상 최혜국대우원칙의 확대적용 문제에 관한 고찰,” 「국제법평론」, 제31권, p.245.
- 공수진(2014), “한·미 FTA의 MFN적용에 관한 연구: 투자분야를 중심으로,” 「국제법학회논총」, 제59권 제1호, p.14.
- 김석호(2013), “국제투자조약상 ‘최혜국대우 조항’의 적용범위,” 「법학연구」, 제50권, p.219.
- 법무부(2014), 「투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석」, 법무부, p.158.
- 코테라 아키라 외 공저(박덕영·오미영 옮김)(2012), 「국제투자협정과 ISDS」, 한국학술정보, pp.97-100.
- Andrew Newcombe and Lluís Paradell(2009), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, p.194.
- Guido Santiago Tawil(2009), “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in International Investment Treaty Arbitration,” in C. Binder, U. Kriebaum, et al.(eds), *International Investment Law for the 21st Century -Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, p.30.
- International Law Commission(2015), “Final Report: Study Group on the Most-Favoured-Nation clause”, A/CN.4/L.852, pp.4-5.
- Jarrod Wong(2008), “The Application of Most-Favored-Nation Clauses To Dispute Resolution Provisions In Bilateral Investment Treaties”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol.3, No.1, p.175.
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer(2012), *Principles Of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, p.207.
- Schill, Stephan W.(2009), “Multilateralizing Investment Treaties though Most- Favored- Nation Clauses”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, pp.536-537.
- UNCTAD(2017), “*INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2016*”, UNCTAD, p.2.

# A Study on the Applicability of MFN Clause for Investment Dispute Settlement Provisions: Focusing on the ICSID Arbitration Cases

Ji-Hyeon Hwang

---

## Abstract

Whether an investor can invoke a dispute settlement procedure stipulated in other BIT based on the MFN clause in the original BIT is an important issue. There is a difference in the interpretation of MFN clause in which the scope of the treatment stipulates the slightly different contents for each investment treaty. Therefore, this study considered ICSID arbitration cases related to the applicability of MFN clause for investment dispute settlement provisions.

There are two different approaches for the applicability of MFN clause by arbitral tribunals. At first, the expanded interpretation of the MFN clause can be applied to procedural regulations, in that the purpose of the investment treaty is to protect foreign investors and to ensure their status. So, foreign investors can invoke a BIT of a third country that is advantageous to them.

Second, the limited interpretation of the MFN clause can not be applied to procedural regulations. Without explicit regulation, the term treatment can not be considered to include dispute resolution provisions. And the BIT that the host state has concluded with third country is a treaty that applies only to the contracting party, so it can not be used by foreign investors of other nationality.

Therefore, this study suggests concretely stipulating the scope of MFN clause under the investment treaty, highlighting that certain restrictions should be applied to the MFN clause. Furthermore, it is required continually investigating and analyzing the database of the scope of MFN clause.

---

<Key Words> MFN, International Investment Disputes, BIT, ICSID, Arbitral Jurisdiction