

KLRI · UNCITRAL Joint Research(II) : Perspectives and Trends

# UNCITRAL W/G II 의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망(1)

이재민

글로벌법제전략 연구 14-20-④-3

KLRI · UNCITRAL Joint Research(III) : Perspectives and Trends  
**UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한  
논의 분석과 전망(1)**

이 재 민

KLRI · UNCITRAL Joint Research(III) : Perspectives and Trends  
**UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한  
논의 분석과 전망(1)**

Legal Implications of the 2013 UNCITRAL  
Transparency Rules and 2014 UNCITRAL  
Transparency Convention

연구자 : 이재민(서울대 법학전문대학원 교수)  
Lee, Jae Min

2014. 11. 30

## 요 약 문

### I. 배경 및 목적

- 현재 투자협정이 국제적 관심을 끌고 있는 상황이며 다양한 형태의 투자분쟁이 제기되어 국가간 이견이 노정되고 또 논란이 증폭되고 있는 상황임.
- 이러한 과정을 거쳐 기존의 법리가 다시 한번 확인되거나 또는 새로운 법리가 발전되는 등 투자협정은 전체적으로 다양한 실험이 광범위하게 일어나고 있는 영역 중 하나임.
- 이러한 새로운 실험 중 하나는 바로 투자협정에 투명성 원칙을 대폭 수용하여 투자분쟁해결절차를 진행함에 있어 이러한 투명성 원칙에 따른 분쟁해결을 도모하자는 국제적 움직임이라고 할 수 있음.
- 원래 몇몇 FTA 및 BIT를 통하여 양자적인 차원에서 간헐적으로 논의되고 포함되었던 투명성 원칙이 이제 다자간 차원에서 폭넓게 논의되고 여러 투자협정에서도 광범위하게 수용되는 모습을 점차 보이고 있는 바, 이러한 상황 변화는 특히 UNCITRAL이 이 문제에 관하여 주도권을 가지고 지난 몇 년간 이 문제에 천착하여 온 바에 상당 부분 기인하고 있음.
- 특히 2013년에 투명성 규칙을, 그리고 2014년에는 투명성 협약을 각각 채택함으로써 UNCITRAL은 투명성 이슈에 관한 새로운 가이드라인과 법적 규범을 제시하고 있음.

- 이 보고서에서는 이러한 내용을 체계적으로 분석하여 그 의미와 함의를 살펴보고 향후 우리나라가 투자협정을 체결, 교섭, 운용하는 데 있어 참고하여야 할 점을 도출하는 것을 그 목적으로 하고 있음.

## II. 주요 내용

- 이 보고서에서는 먼저 투자협정의 투명성 논의가 국제사회에서 제기된 배경을 살펴보고 또한 그러한 투명성 조항의 대거 도입이 투자분쟁해결절차에 초래하는 법리적, 실무적 함의에 대하여 검토함.
- 이러한 기본적인 인식을 기초로 2013년 UNCITRAL 투명성 규칙의 주요 내용을 살펴보고 실제 이러한 규정이 어떻게 적용되도록 예정되어 있는지를 살펴보기로 함.
  - 특히 이 규칙 도입 과정에서 각국의 이견대립이 노정되었던 영역을 상세히 살펴보고자 함.
- 나아가 이러한 투명성 규칙을 과거의 투자협정에도 확대하여 적용하기 위한 2014년 UNCITRAL 투명성 협약도 아울러 살펴보며 그 의미가 무엇인지 구체적으로 검토함.
  - 나아가 이러한 투명성 협약이 제기하는 새로운 쟁점과 의문점에 대하여도 역시 살펴봄.
- 그리고 이러한 검토를 거쳐 향후 우리나라가 투자협정을 교섭, 체결, 이행하는 데 있어 투명성 조항을 어떻게 운용

내지 활용할 것인지에 대하여도 아울러 검토하고자 함.

### Ⅲ. 기대효과

- 무엇보다 먼저 금번 연구를 통해 현재 투자협정 관련 사항 중 가장 급속한 발전을 보이고 있는 투명성 조항 관련 사항을 종합적으로 살펴봄으로써 이 조항이 초래할 수 있는 투자협정 운용과 분쟁해결절차 진행의 새로운 측면과 과제에 대하여 이해하고 이를 투자협정 교섭 및 개정 과정에서 적극 반영할 수 있는 법적 토대를 마련할 수 있을 것으로 기대됨.
- 특히 투명성 규칙의 경우 투자협정 체결 당시 당사국의 별도의 의사표시가 부재하면 당장 2014년 4월 1일 이후 체결되는 투자협정에 원칙적으로 적용되도록 예정되어 있어 이를 어떻게 적용 또는 비적용할 것인지에 대하여 기본적인 검토가 이루어져 전체적인 방향이 수립되어야 하는 상황임.
- 또한 투명성 협약 역시 이제 기존의 투자협정에 이를 적용하기 위하여 우리나라도 이 협약에 가입할 것인지, 가입하게 되면 어떠한 투자협정에 대하여 유보를 제출하여야 하는 것인지, 그리고 이 협약에 가입하지 않고 사안별로 개별적인 투자협정 개정 협상에 나서야 하는 것인지에 대하여 각각 검토가 이루어져야 하는 상황임.

□ 이 보고서를 통하여 이러한 다양한 측면에 대한 의미있는 가이드라인이 제시될 수 있을 것으로 기대됨.

▶▶ 주제어 : 투자협정, 자유무역협정, 투자자 대 국가간 분쟁해결절차, 투명성 원칙, UNCITRAL 투명성 규칙, UNCITRAL 투명성 협약

# Abstract

## I . Background and Objectives

- International Investment Agreements (IIAs) have become the focal points of national debates and discussions in many countries as investment disputes have increased steadily since 1990s.
- As the IIAs and investment law jurisprudence are still in the early stage of development, new issues and ideas are inserted into the IIAs' texts and raised in the negotiations/amendment tables.
  - A wide range of issues are being discussed by many different countries in this context. One of such issues is the so-called transparency principle, a principle which mandates that the disputing parties of the ISDS proceeding should disclose the documents and hearing to the public viewing so that rule of law in this dispute settlement proceeding can be enhanced.
  - There has been strong consensus in the international community in supporting the basic idea of this principle.
- Based on this consensus, the UNCITRAL has spearheaded the collective efforts for the past several years to adopt 2013



UNCITRAL Transparency Rules and then 2014 UNCITRAL Transparency Convention.

- As this idea is a novel one, there are practical and legal implications that require careful attention and scrutiny by the governments. This report aims to discuss these issues at this juncture.

## **II. Main Contents**

- This report starts the discussion on why the transparency issue has become a major topic in the IIAs negotiations. It then discusses the practical and legal implications that follow from the application of the transparency principles in the ISDS proceedings.
- With this in mind, the report then discusses the key contents of the 2013 UNCITRAL Transparency Rules and what they mean for the disputing parties, particularly the government of a respondent state.
- It then discusses the 2014 UNCITRAL Transparency Convention and the consequences of the introduction of the multilateral convention, for the first time, in the administration of international investment law.

- The practical and legal issues contained in the Transparency Convention are then analyzed and discussed.

### **III. Expected Effect**

- The discussion in this report will contribute to clarifying the burdens and benefits of the transparency principle in the ISDS proceedings.
- Through this discussion, it may become clearer which provisions in the Transparency Rules and Transparency Convention are suitable for Korea's immediate adoption and which are not. The discussion will also guide us in formulating proper provisions of transparency principle in future FTAs and BITs.
- More specifically, through the discussion in this report, we will be able to determine the specific course of action regarding the 2013 UNCITRAL Transparency Rules and 2014 UNCITRAL Transparency Convention as they are already being raised in the FTA negotiations proceedings with other countries.

▶ **Key Words** : International Investment Agreements, FTAs, BITs, ISDS Proceedings, Transparency Principle, UNCITRAL Transparency Rules, UNCITRAL Transparency Convention

# 목 차

요 약 문 .....	3
Abstract .....	7
제 1 장 서 론 .....	15
제 1 절 연구의 목적 .....	16
제 2 절 연구의 범위 및 방법 .....	19
제 2 장 투자분쟁과 투명성 .....	21
제 1 절 투자협정 및 투자분쟁 .....	21
제 2 절 투자분쟁의 특징 및 유의점 .....	23
1. 다자협정 체제 부재 .....	23
2. 개별 양자협정의 중첩적 적용 .....	24
3. 협정조문과 현실간의 괴리 .....	25
4. 투자협정의 정치적 민감성 .....	26
5. 투자협정문 작성 시 유의점 .....	29
제 3 절 투자분쟁해결절차에서의 투명성 확대 .....	33
1. 투명성 원칙 채택 필요성: 정책적 측면 .....	33
2. 투명성 제고 원칙 채택 필요성: 법리적 측면 .....	39
제 4 절 투자분쟁해결절차에서의 투명성 확대의 함의 및 한계 .....	45
제 3 장 2013년 UNCITRAL 투명성 규칙 분석 .....	49
제 1 절 투명성 규칙 논의 배경 .....	49

1. 투명성 규칙 작업반 회의개요 .....	49
2. 투명성 규칙 논의의 전반적 고려사항 .....	50
제 2 절 각국별 이견 노정 이슈 및 근거 .....	53
제 3 절 주요조항 해설 및 분석 .....	54
1. 투명성 규칙 제 1 조 .....	55
2. 제 2 조 .....	62
3. 제 3 조 .....	65
4. 제 4 조 .....	69
5. 제 5 조 .....	76
6. 제 6 조 .....	83
7. 제 7 조 .....	88
8. 제 8 조 .....	96
9. 규칙 제1조에 대한 수정 .....	97
10. 총평 및 향후 검토 필요 사항 .....	98
제 4 절 UNCITRAL 투명성 규칙과 기존의 BIT/FTA 투자챕터와의 관계 .....	103
제 5 절 향후 BIT/FTA 교섭 및 체결 시 유의점 .....	104
제 4 장 2014년 UNCITRAL 투명성 협약 협상 개요 .....	107
제 1 절 투명성 협약 추진 배경 .....	107
제 2 절 투명성 협약의 기본 골격 및 목표 .....	109
제 3 절 투명성 규칙과 협약의 상관관계 .....	110
제 4 절 투명성 협약과 기존 BIT/FTA 투자챕터와의 관계 ..	112
제 5 절 투명성 협약과 신규 체결 BIT/FTA 투자챕터와의 관계 .....	115

제 5 장 2014년 UNCITRAL 투명성 협약 주요조항 .....	117
제 1 절 주요조항 해설 및 분석 .....	117
1. 전 문 .....	117
2. 제 1 조 .....	120
3. 제 2 조 .....	122
4. 제 3 조 .....	127
5. 제 4 조 .....	130
6. 제 5 조 .....	133
7. 제 6 조 .....	134
8. 제 7 조 .....	135
9. 제 8 조 .....	137
10. 제 9 조 .....	138
11. 제10조 .....	139
12. 제11조 .....	142
제 2 절 국가간 이견 노정 주요 법적 쟁점과 근거 .....	143
제 3 절 주요 쟁점 별 우리나라에 대한 합의 .....	145
1. 제3국의 ISDS 절차 참여와 규율 .....	145
2. MFN 조항 확대 적용의 효과적 차단 .....	148
3. 투명성 협약의 적용 범위 - 미승인 국가와의 합의서의 성격 .....	149
제 4 절 향후 투명성 협약 논의 과정 참여 전략 .....	155
1. 투명성 규칙 및 투명성 협약을 반영한 투자협정상 투명성 관련 조항의 검토 .....	155
제 5 절 향후 BIT/FTA 교섭 및 체결 시 유의점 .....	165
1. 투자자 국적국 정부 제출 의견서의 영향력 .....	165

2. 협정문의 비가역성 .....	166
3. 중재판정부 독자적 결정의 제한 .....	167
제 6 장 결 론: 향후 우리나라의 ISDS 절차참여 관련 시사점 .....	169
1. 중재절차에서 외국인 변호인의 활용 .....	170
2. 외국인 변호인 사용시 문제점 .....	171
3. 국내 전문가와의 유기적 협조 체제 구축 필요 .....	175
4. 투자분쟁해결절차의 현실적 측면 고려 .....	176
5. 우리 기업의 활용 가능성과 투명성 원칙의 함의 .....	177
6. 투명성 원칙 적용을 통한 긍정적 측면도 고려 .....	177
참 고 문 헌 .....	179
첨 부 .....	183

## 제 1 장 서 론

이 보고서는 국제투자분쟁해결절차 (Investor-State Dispute Settlement: ISDS) 의 새로운 흐름으로 대두되고 있는 “투명성 원칙”에 대하여 살펴보는 것을 그 목적으로 한다.<sup>1)</sup> 국제투자분쟁은 다양한 쟁점을 제기하여왔고 논쟁을 촉발하여 왔다. ISDS 절차와 관련한 가장 최근의 진전사항은 바로 투명성 원칙을 대거 도입한 것이다. 이를 통하여 그간 대중에 공개되지 않은 채로 진행되어 온 분쟁해결절차가 드디어 대내외에 공개되는 새로운 상황으로 접어들게 되었다. 비단 분쟁해결절차의 구두심리 부분뿐 아니라 당사자가 제출하는 모든 문서도 역시 공개되는 것이 이제는 원칙으로 자리 잡는 방향으로 틀을 잡아가고 있는 형국이다. 2012년 시작된 룩스타와의 투자분쟁이 유일한 투자분쟁인 우리나라에게 투자분쟁은 여전히 생소하고 어려운 분야이다. 또한 2006년 이래 한미 FTA 체결 과정에서 촉발된 국내적 논의에서 목도한 바와 같이 이 문제는 상당한 정치적 민감성을 내포하고 있는 이슈이기도 하다. 이와 같이 이미 그 자체로 상당히 복잡한 역학관계를 내포하고 있는 ISDS 절차가 이제 투명성 원칙이라는 새로운 이슈를 포섭하게 되어 그 변수와 부담은 더욱 증폭되게 되었다. 투명성 원칙의 대거 유입은 투자분쟁이 진행되는 절차와 당사자 간 분쟁진행 양상에 상당한 변화를 초래할 가능성이 있기 때문이다.

이러한 점을 염두에 두고 이 보고서에서는 투명성 원칙의 정확한 의미와 범위, 그리고 이 원칙이 초래하는 다양한 함의에 대하여 살펴보고자 한다. 이를 통해 앞으로 투명성 원칙을 어떻게 우리나라가 수용할 것인지, 그리고 실제 분쟁이 발생하는 경우 투명성 원칙을 적용

---

1) 이 보고서에는 필자가 그 동안 투자협정 및 투자분쟁의 다양한 이슈와 관련하여 발표한 논문, 자료 및 문헌 중 이 보고서의 검토 내용인 “투명성 원칙” 논의와 관련되는 부분 중 일부가 이 보고서의 목적과 부합하게 발췌, 수정되어 활용되었음을 밝혀 둡니다.

하는 상황 하에서 분쟁해결절차에 어떻게 효과적으로 참여할 수 있을 것인지에 대하여 살펴보고자 한다.

## 제 1 절 연구의 목적

현재 국제사회에서 ISDS 절차와 관련하여 제기되는 여러 문제점 중 하나는 바로 그 절차의 불투명성과 관련 문서에 대한 제한적 접근 문제이다. 바로 이러한 이유로 이 분쟁해결절차에 대한 다양한 논쟁이 촉발되고 있는 측면도 부인할 수 없다. 그 동안 ISDS 절차 및 관련 문서의 공개에 반대하는 입장은 - 즉, ISDS 절차의 “비밀(confidentiality)” 유지 필요성을 주장하는 입장은 - 기본적으로 그간 이 절차를 관련 국가들의 엄격한 동의하에서만 이루어지는 제한적이고 예외적인 분쟁해결절차라고 파악하는 데로부터 출발하고 있다. 따라서 이러한 본질을 감안하면 ISDS 절차를 대외적으로 공개하는 것이 적절하지 않다는 기본적인 인식이 자리 잡고 있다.

그러나 한편으로 최근 양자 간 투자협정 (Bilateral Investment Treaty: BIT) 및 자유무역협정 (Free Trade Agreement: FTA)에 포함되는 ISDS 절차는 국가의 자동적 동의가 전제되고 있어 점차로 일반적인 분쟁해결절차와 유사한 성격으로 변모하여 가고 있으며, 또한 분쟁의 성격에 있어서도 기업과 정부 간 행정소송과 상당한 유사성을 보이고 있기도 하다. 따라서 과거와 같은 국가 대 국가 간 분쟁의 연장선상에서 파악하였던 전통적인 견해의 비밀 유지 필요성은 점차로 감소되어 가고 있다고 볼 수 있다. 바로 이러한 인식이 투명성 원칙 확산의 중요한 기폭제로 작용하고 있는 상황이다.

이러한 상황을 염두에 두고, ISDS 절차에 있어 심리절차 및 관련 문서를 공개하는 데 대한 원칙적인 공감대는 이미 국제사회에 어느 정도 존재하는 듯하나, 그 구체적 공개 범위 및 방법에 관해서는 여



전히 국가들 간 적지 않은 이견이 있는 것으로 판단된다. 따라서 앞으로 남은 과제는 단지 투명성 원칙에 찬성하느냐 또는 반대하느냐의 원론적인 논의를 반복하는 것이라기보다는 투명성 원칙을 도입한다고 할 때 어떻게 하면 불필요한 논란과 그 부정적 효과를 최소화할 수 있을 것인지를 모색하는 현실적인 방안을 검토하는 것으로 모아진다고 볼 수 있을 것이다. 특히 아직 한 번도 투명성 원칙이 실제 분쟁 해결절차에서 적용된 바 없으므로 이러한 “현실적” 과급효과를 “법리적” 관점에서 살펴보는 것은 시의적절하다고 볼 수 있다.

사실 투명성 원칙은 우리에게도 낯선 주제만은 아니다. 어떻게 보면 우리나라가 투명성 원칙을 대폭 수용한 선도적인 국가 중 하나이기 때문이다. 바로 2007년 문안이 확정된 한미 FTA에서 한미 양국은 ISDS 절차에서의 투명성 원칙에 관하여 상당히 전향적 입장을 취하고 있다. 이 협정에서는 중재심리 및 제출 서류를 모두 일반에게 공개하도록 규정하고 있고 (제11.21조), 비밀정보는 관련 절차에 따라 보호하도록 규정하고 있으며, 중재재판부는 분쟁 당사자와 협의 후 시민단체 등 제3자 (*amicus curiae*)의 의견 제출을 허용할 수 있는 등 (제 11.20조 제5항), 전체적으로 현재 논의되는 투명성 원칙의 상당 부분을 이미 이 협정에서 그대로 채택하고 있다. 그리고 이러한 골격은 이후 우리나라가 채택한 투자협정에서도 정도의 차이는 있으나 상당 부분 반복되고 있기도 하다. 바로 2012년 체결된 한중일 투자보장협정과 2014년 체결된 한-호주 FTA가 대표적인 사례이다. 이러한 점만 놓고 보면 우리나라도 투명성 원칙에 관한 한 일종의 선도국이라고 할 수도 있다. 그러나 여전히 남은 문제는 이러한 투명성 원칙이 실제 분쟁에서 어떻게 적용되는지 여부를 확인하는 것이 아직은 불분명하다는 점이다.

어쨌든 ISDS 절차와 관련한 최근의 시대적 조류와 투명성 원칙에 대한 그간의 우리 정부의 기본 입장을 감안하면 이 원칙에 대하여 기

본적으로는 찬성하며, 이러한 토대 위에서 향후 우리 투자협정과 이에 포함되는 ISDS 절차도 그 요소를 적극 수용하는 방향으로 유도하여 나가는 것이 일단 정책적으로는 바람직하다고 볼 수 있다. 그러나 한편으로 투명성 원칙의 적용과 관련하여 구체적으로 제기되는 다양한 문제는 앞으로 심도 있는 검토가 필요한 바, 가령 투명성 원칙의 적용은 분쟁 당사자들에게 형평한 부담을 초래하는 것이 아니라 분쟁의 일방 - 주로 투자 유치국 정부 - 에 대하여 비대칭적인 부담을 초래한다는 점을 들 수 있다. 특히 우리나라와 같이 국내법령 자체의 제한으로 대외적으로 관련 정보를 공개하는 데 내재적인 한계가 있는 국가에 대해서는 보다 심각한 부담을 초래할 수도 있다는 점이다. 즉, 동일한 성격의 조치라 하더라도 모든 내용을 공개하는 것이 행정절차의 기본원칙으로 되어 있는 미국과 그러한 공개가 제한적인 우리나라는 투명성 원칙의 적용과 관련한 한 출발점부터 상이한 상황에 처해 있다는 점에 주목하여야 한다. 특히 우리나라는 국내 재판절차에서도 당사자가 제출하는 문건이나 서류를 대외에 공개하지 아니하고 있는 바, ISDS 절차에서는 이를 공개하는 방식으로 진행하게 되면 우리 정부 기관들에 대해서는 적지 않은 부담을 야기할 수도 있을 것이다. 특히 ISDS 절차가 국내적으로 다양한 정치적 함의를 초래하고 있는 우리나라에 있어서는 이 분쟁해결절차의 대외 공개와 관련 문서의 공개는 때로는 불필요한 국내 정치적 논란을 촉발시킬 가능성도 아울러 포함하고 있다는 점도 역시 염두에 두어야 한다. 그리고 분쟁이 일단 발생한 상황에서 이러한 논란은 주로 투자 유치국 정부인 우리 정부에 대하여 불리한 결과를 초래할 가능성이 높다고 할 수 있다.

따라서 한편으로 투명성 조항을 대폭 수용하는 것은 필요한 흐름이기는 하나, 우리 국내 법령과의 합치성을 최대한 보장하고 실제 분쟁 해결절차에서 우리 정부가 특히 느낄 수 있는 민감성을 반영하고 분쟁 당사자 간의 비대칭적인 부담이 지나치게 편중되지 않도록 투명성

원칙을 수용, 운용하는 것이 요구되는 시점이다. 이 보고서는 이러한 부분을 검토하고 대안을 제시하는 것을 목적으로 작성되었다.

## 제 2 절 연구의 범위 및 방법

이 보고서에서는 투명성 규칙의 도입이 초래하는 다양한 함의와 파급효과를 살펴봄에 있어 기본적으로 현재 이 문제에 관한 국제사회의 논의의 틀을 제공하여 주고 있는 UNCTIRAL 투명성 규칙 (UNCTIRAL Rules on Transparency)과 UNCITRAL 투명성 협약 (UNCITRAL Convention on Transparency)을 중심으로 논의를 진행하고자 한다. 양자 간 조약으로 체결되는 투자협정의 속성상 다양한 형태의 투명성 조항이 현재 여러 변형된 형태로 투자협정에 포함되고 있다. 이러한 다양한 논의와 변형된 형태를 총괄하여 정리한 내용이 바로 투명성 규칙과 투명성 협약으로 볼 수 있으므로 앞으로 투명성 관련 조항이 투자협정에 포함되는 경우에도 이로부터 크게 벗어나지는 않을 것이다. 또한 현재 제시된 투명성 규칙과 투명성 협약은 기본적으로 체결 당사국들이 합의하면 이 내용을 그대로 채택 내지 수용하여 당사국간 투자분쟁이 발생하였을 때 이를 그대로 적용하는 것을 골자로 하고 있다. 따라서 어느 경우이든 기본적으로 투명성 규칙과 투명성 협약의 내용의 핵심이 그대로 적용되는 상황을 상정할 수 있으므로 투명성 논의는 이들 두 문건을 중심으로 진행하는 것이 적절할 것이다.

투명성 원칙은 아직 초기 단계에 있어 투자분쟁해결절차에서 본격적으로 적용되어 본 사례가 없다. 따라서 어떠한 실무적 함의가 있는지, 그리고 어떠한 장단점이 수반되는지의 문제는 정확하게 가늠하기가 사실상 어려운 상황이다. 바로 이러한 부분이 투명성 원칙 논의가 안고 있는 중요한 내재적 한계이기도 하다. 그러나 일단 이러한 방향으로 국제사회의 전체적인 흐름이 진행되고 있으므로 그간의 투자분

## 제1장 서론

쟁 및 투자협정의 주요 쟁점 사항을 중심으로 평가하여 투명성 원칙으로부터 최대한 어떠한 함의가 초래될 것인지 예측하거나 살펴보고자 한다. 또한 투자분쟁이란 결국 투자협정의 해석으로 귀결되고, 투자협정의 해석은 결국 1969년 비엔나 조약법 협약 상 해석 원칙의 적용을 그 핵심으로 하고 있으므로 아래에서는 동 협약 상 해석 원칙을 기초로 관련 조항과 문구를 해석하고 그 함의와 파장을 살펴보는 방식으로 연구를 진행함을 밝혀 둔다.

## 제 2 장 투자분쟁과 투명성

투자분쟁에서의 투명성 원칙에 대하여 구체적으로 살펴보기에 앞서 이 장에서는 우선 투자협정 및 투자분쟁에 대해 먼저 검토하기로 한다. 투명성 원칙의 도입이 초래하는 장단점을 정확하게 이해하기 위해서는 투자협정과 투자분쟁의 특징을 살펴보는 것이 긴요하기 때문이다. 사실 투명성 원칙의 다양한 함의는 투자협정 및 투자분쟁이 내재적으로 보유하고 있는 특징에서 기인하는 바가 적지 않다. 따라서 투명성 문제를 정확하게 이해하기 위해서는 투자협정과 투자분쟁의 특징에 대한 이해가 전제되어야 한다. 이 장에서는 이러한 부분을 먼저 개관한 후, 투자분쟁해결절차에서 투명성 원칙이 확대되는 양상에 대하여 살펴본다.

### 제 1 절 투자협정 및 투자분쟁

현재 각국이 체결하고 있는 BIT는 모두 3,000여 건에 이르고 있으며, 우리나라가 그간 체결한 BIT도 모두 92건에 이르고 있다. 또한, BIT에 포함되는 내용을 FTA에 포함시키는 경우도 전 세계적으로 목도되는 현상이며, 우리나라는 2013년 12월 현재 모두 9건의 FTA가 그러한 방식을 취하고 있다.

이러한 다양한 BIT 또는 FTA는 양자 간 협정이라는 그 본질적 속성으로 인하여 서로 상이한 내용을 규정하고 있으나, 한편으로 이들 협정에 공통적으로 발견되는 조항들이 나타나기도 한다. 우선, 외국인 투자유치 확대와 이에 대한 보호장치의 강화는 우리 경제의 활성화와 국제화를 위한 필수 불가결한 요소임이 틀림없다. 그러나 다른 한편으로, 이러한 BIT/FTA 체결 결과 새로이 도입되는 제도나 정책은 “양날의 칼”로서 그 동안 우리가 고민하여 보지 않았던 새로운 과제를 제시하기도 한다.

투자보장협정은 국내법적으로도 다양한 함의를 내포하고 있다. 그 이유는 투자보장협정의 체결이 국내적으로 입법조치를 요구하거나, 정부정책의 결정이나 집행방법에 대한 구체적인 제한사항을 포함하는 경우가 대부분이기 때문이다.

먼저 투자보장협정의 체결은 우리 정부가 모든 국내정책 측면에서 해당국 투자 및 투자자에 대하여 우리나라 투자 및 투자자, 그리고 다른 제3국의 투자 및 투자자에 대하여 부여하는 것과 같은 최고의 대우를 제공하여 주는 것을 의미한다. 따라서 정치적이거나 외교적인 이유로 특정 국가의 투자 및 투자자에 대하여 차별을 하는 것이 금지되므로 국내정책 도입 및 집행 측면에서도 상당한 제한이 부과되게 된다.

다음으로, 국내정책결정 과정에서도 외국인 투자자에 대하여 최대한의 공정한 절차를 보장하고, 의사결정과정을 투명하게 하여야 하며, 부당한 이행요건을 부과하여서는 안 된다. 또한, 외국인 투자자의 재산을 몰수하거나 또는 사실상 재산상의 가치를 멸실시키는 조치를 취하는 데에도 상당히 조심스럽게 접근하여야 한다.

마지막으로 정부정책을 수립하는 전 과정에서 해당 외국인 투자 및 투자자의 권리를 최대한 보장하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다. 무엇보다 이러한 내용들이 보장될 수 있도록 관련 국내법령을 제/개정하여야 한다.

이와 같이 투자보장협정은 실로 방대한 규모의 의무를 계약당사국 정부에 부과하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 이러한 방대한 규모의 의무는 포괄적이고 장기적인 파급효과를 계약당사국 국내정책 측면에서 초래하게 된다.

## 제 2 절 투자분쟁의 특징 및 유의점

대부분의 투자협정은 양자 간 협정의 형태를 띠고 있으며 이러한 양자협정이 중첩적으로 적용되는 모습을 보이고 있다. 또한, 협정조문과 현실 간에 괴리가 존재하며, 국내 정치적으로 민감한 사안을 다룬다는 특징이 있다. 이하에서는 투자분쟁의 이러한 특징에 대하여 고찰하고, 이러한 특징으로 인하여 제기되는 조약문 작성 시의 유의점에 대하여 검토한다.

### 1. 다자협정 체제 부재

대부분의 투자협정은 양자 간 협정의 형태를 띠고 있으며, 주로 양자적 차원의 규범을 도입하고 양자적 차원의 문제를 초래하는 것이 일반적인 상황이다.<sup>2)</sup> 물론 투자분야에 관한 다자협정도 검토할 수 있기는 하나,<sup>3)</sup> 투자협정과 관련된 다양한 이해관계와 국가 간 근본적인 입장 차를 감안하면 이를 하나로 통합하여 다자협정을 체결하는 것은 단기간에 기대하기 힘든 어려운 작업이다. OECD 주도로 1990년대 후반 진행되었던 다자간 투자협정 (Multilateral Agreement on Investment: MAI)의 실패는 이 분야에서 다자협정의 체결이 얼마나 어려운 작업인지를 보여주는 대표적인 사례이다.<sup>4)</sup> WTO에서도 투자문제에 대한 논의는 상당히 오랫동안 진행되었으나 그 본질적 복잡성과 민감성으로 인하여 핵심 논의 항목에는 아직 포함되지 못하고 있는 실정이다.

---

2) Axel Berger, China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law *making* (paper prepared for the American Society of International Law International Economic Law Interest Group (ASIL IELIG) 2008 biennial conference titled "The Politics of International Economic Law: The Next Four Years", Washington, D.C., November 14-15, 2008, at 1 참조; UNCTAD, World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development, New York and Geneva (United Nations) 참조.

3) 가령 미국, 캐나다, 멕시코 간 3자 협정인 NAFTA가 대표적이다.

4) OECD 웹사이트 (<http://www.oecd.org/investment/>) 참조.

따라서 투자협정 문제를 이해함에 있어서 WTO 협정과 분쟁해결절차 맥락을 그대로 대입하는 것은 기본적으로 한계가 있음에 유념하여야 한다. 통상협정과 투자협정은 상당 부분 유사성을 보유하고 있으나 기본적으로 다자주의 체제를 그 모토로 하고 있는 통상협정과 양자주의 체제를 기본으로 하고 있는 투자협정은 기본적인 골격에서 융합할 수 없는 차이점을 노정하고 있다.

## 2. 개별 양자협정의 중첩적 적용

이에 따라 투자협정 분야에서는 결국 수많은 양자협정이 국가별로 적용되는 모습을 보이고 있다. 즉, 특정 국가를 상정하면 이 국가가 준수하여야 하는 규범이 일목요연하게 제시되는 것이 아니라 이 국가가 체결한 수많은 투자협정이 각각 개별적으로 적용된다. 또한 이 국가가 특정 분야에서 채택하는 입법조치나 정부정책은 대부분의 경우 하나이므로, 결국 이는 동일한 정부 조치나 정책에 대하여 다양한 양자 간 투자협정이 “중첩적”으로 적용됨을 의미한다. 따라서 동일한 정부 조치나 정책이 특정 계약 당사국과의 투자협정에는 합치되지만 다른 투자협정에는 합치되지 않는 상황도 발생할 수 있다. 이와 같이 수많은 개별 협정이 중첩적으로 적용되는 것은 다른 조약 체제에서는 쉽게 찾아보기 힘든 현상으로 투자협정의 해석과 이행을 어렵게 만드는 대표적인 특징 중 하나이며 다양한 분쟁을 초래하는 본질적 문제점이기도 하다.

물론 다른 조약에서도 개별 조약 별로 상이한 점이 나타나기도 하지만, 대부분의 경우 기본적인 의미나 방향에는 통일성이 있고 단지 국가별로 미세한 차이나 조정이 이루어지는 것에 불과하다. 또한 이러한 여타 조약에서는 이로부터 발생하는 분쟁을 해결하기 위하여 강제관할권이 부여된 분쟁해결절차를 도입하는 경우가 거의 없으며, 이



러한 분쟁해결절차에서 손해배상과 같이 국내법원과 유사한 구제를 명하는 경우도 찾아보기 힘든 실정이다. 즉, 투자협정의 개별성과 중첩성은 체약 당사국의 권리와 의무에 본질적 차이를 초래하는 중요한 함의를 내포하고 있으며, 그러한 권리와 의무의 차이는 곧바로 분쟁 해결절차에서 중요한 결정요소로 작용하고 있다.

### 3. 협정조문과 현실간의 괴리

투자협정을 이해함에 있어 유념하여야 할 또 하나의 중요한 구조적 특징은 협정 조문과 현실 간에 때로는 상당한 괴리가 발생한다는 점이다. 가령 협정 조문 자체는 공정하고 형평에 맞게 규정되어 있다 하더라도 실제 그 조항이 적용되는 경우 체약 당사국간 불균형이 발생하는 문제가 있다. 이러한 점은 모델 텍스트 작업이나 추후 투자협정 협상과정에서도 유념하여야 할 부분 중 하나이다.

예를 들어 ISDS 절차의 공개 및 투명화는 절차적 정당성을 확보하기 위하여 우리나라를 비롯한 모든 국가가 원칙적으로 찬성 입장을 표명하는 이슈로서 최근 투자협정에 적극적으로 반영되고 있다. 그러나 ISDS 절차의 전면 공개는 주로 영미권 국가인 체약 상대국에 비하여 피제소국 입장에 설 가능성이 높은 국가들에 대해서는 비대칭적인 부담을 초래하는 측면도 있다. 따라서 한미 FTA와 유럽국가와의 BIT에서 공개 및 투명화 원칙이 채택되어 있더라도 모든 조건이 동일하다면 우리 정부가 느끼는 실무적, 정치적 부담이 이들 국가가 느끼는 부담을 능가할 가능성이 높다. 이러한 상황은 ISDS 절차에서 이들 국가의 투자자가 우리 정부에 대하여 전략적으로 우위에 서는 기제로 작용할 수도 있다.

이러한 점은 ISDS 절차를 담당하는 중재판정부의 구성과 관련하여서도 마찬가지로 제기된다. 투자협정의 문안에 의하면, 양 체약 당사국은 동일한 기회와 요건 하에 중재위원을 선임하지만 실제 선임 가

능한 전문가들은 주로 선진국 출신의 국제적 저명인사에 국한되어 있는 것이 현실이다. 결국 이러한 제한된 전문가 풀을 통해 선임된 중재위원이 내린 판정은 일부 국가에서는 쉽게 수용되지 못하는 상황을 촉발하는 측면도 있다. 이러한 상황은 다양한 재판관 임명이 제도적으로 보장되어 있는 국제사법재판소 (International Court of Justice: ICJ)나 WTO 패널 및 항소기구 절차에서는 찾아보기 힘들다.

따라서 투자협정 모델 텍스트 작업을 진행하고 향후 여러 국가와 협상을 진행함에 있어서는 협정 조문의 “기계적” 또는 “형식적” 측면이 아닌, 실제적 파급효과를 염두에 둔 평가와 전략 수립이 시급히 요구되고 있다. 그간 협상 과정에서는 주로 양 계약 당사국간 형식적 평등 및 기계적 공정성 확보에 주안점을 두어 왔으나, 실제 투자협정의 적용과 분쟁해결절차의 진행에서는 실질적 평등과 현실적 공정성 확보가 보다 중요한 과제이다.

물론 이러한 입장을 항상 주장하여 관철시킬 수는 없을 것이나, 최소한 이러한 부분을 인식하고 협상을 진행할 경우 추후 우리나라가 예상치 못한 상황에 처하게 되는 것은 가급적 예방할 수 있다. 또한 우리 국내적으로 조치가 필요한 사항 (가령 ISDS 절차 대응 역량 강화 등)에 대해서도 더 늦기 전에 효과적인 준비를 진행할 수 있을 것이다.

#### 4. 투자협정의 정치적 민감성

투자협정과 분쟁해결절차와 관련하여 특히 주목을 요하는 부분은 이들이 초래하는 국내 정치적 민감성 부분이다. 최근 10여년에 걸쳐 투자협정과 투자분쟁은 큰 관심을 끌어오고 있다. 이러한 상황은 선진국과 개도국을 막론하고 발견되는 현상이며, 정도의 차이는 있을지언정 여러 국가들이 느끼는 국내정치적 딜레마는 대부분 공통점을 보이고 있다.

투자협정이 국내적 갈등을 초래하는 근본적인 이유는 동 협정이 다름 아닌 정부의 규제권한 행사와 직접적으로 연관된다는 사실에서 출발한다. 사실 대부분의 국제조약 및 협정은 어떠한 방식으로든 당사국 정부의 규제권한 행사와 관련되어 있을 수밖에 없으나, 투자협정의 경우 모든 형태의 정부규제 조치를 포괄적으로 그 대상으로 하여 도입된 국제조약이라는 점에서 그 범위와 정도가 여타 협정들과 비교할 수 없는 상황이다. 여타 국제조약의 경우 정부의 규제권을 직접 그 대상으로 하는 경우는 사실 찾아보기 힘들며, 통상협정이 그러한 성격을 보유하고 있기는 하나 투자협정과 비교하면 상대적으로 규제권 침해의 정도는 약하다고 볼 수 있다.

이와 관련하여, 특히 다음과 같은 측면들에 주목할 필요가 있다.

먼저 거의 모든 정부 조치는 잠재적으로 FTA 및 BIT 관련 규정의 적용을 받게 된다는 점이다. 따라서 거의 대부분의 정부 조치는 FTA 및 BIT에 직/간접적인 함의를 갖게 된다. 여기에는 직접 조치를 집행하는 행정부뿐 아니라 입법부 및 사법부도 마찬가지로 포함된다. 이들 모두 총체적으로 체약 당사국 정부를 구성하기 때문이다. 이러한 상황은 입법주권 내지 사법주권 침해 문제를 야기하는 상황으로 진행되기도 한다.

그러나 이러한 민감성에도 불구하고 투자분쟁해결절차는 각 투자분쟁 중재판정부별로 개별적으로 진행되며 일심으로 종결되는 형태를 띠고 있다. 따라서 각 중재판정부별로 중요한 개념과 법리에 관하여 서로 다른 입장을 도출하는 경우도 적지 않으며, 이는 BIT 및 FTA 체결 당사국들이 안정적으로 협정을 이행하고 적용하는 데 적지 않은 장벽으로 작용하고 있다. 특히 투자분쟁해결절차의 경우 항소절차의 부재로 인하여 판결의 일관성과 예측가능성을 확보하기가 더욱 어려운 상황이다. 이러한 상황에서 특정 중재판정에 대하여 패소한 투자

유치국 정부나 국민이 이를 설득력 있는 관정으로 수용하는 데에는 근본적인 한계가 있을 수밖에 없는 상황이다.

나아가 결정적으로 BIT 및 FTA 규정의 창조적 해석과 적용이 외국인 투자자와 이들을 대리하는 법률전문가들에 의하여 주도되는 현상이 일부 목도되고 있어 투자 유치국으로서는 예측하지 못한 소송의 가능성이 더욱 증가하는 상황에 직면하게 되었다. 예를 들어 최근 새로이 제기되는 투자분쟁의 경우 기존에 예상하지 못한 새로운 방식으로 협정 조항이 해석되고 적용되는 상황이다. 페이퍼 컴퍼니를 통한 포럼 중복소송 제한 조항 회피, 포괄적 보호조항 (umbrella clause)을 통한 협정의 확대 적용, 그리고 최혜국 대우 (Most Favored Nation: MFN treatment) 조항을 통한 여타 BIT의 유리한 조항 원용 등이 대표적인 사례이다.

이러한 상황이 초래된 이유 중 하나는 원래 투자협정은 기본적인 사항을 개략적으로 규정하여 두는 것이 일반적인 흐름이었고 지금 목도하는 바와 같이 다양한 형태의 분쟁을 염두에 두고 조항이 도입된 것은 아니기 때문이다. 또한 여타 조약과 마찬가지로 투자협정의 경우도 일단 한번 체결되면 이를 다시 개정하는 것은 지난한 작업으로 정기적으로 업데이트하는 것이 이론적으로는 가능하나 사실상 불가능한 측면도 있기 때문이다. 이는 개정 작업을 통해 수시로 변경되는 국내법과는 본질적인 차이를 노정하는 것으로 투자협정의 체결에 있어 염두에 두어야 하는 부분 중 하나이다. 물론 이러한 부분은 여타 국제조약에서도 동일하게 목도되고 있으나 투자협정이 현재 가장 활발하게 적용되며 국제분쟁을 초래하는 합의문 중 하나이므로 특히 투자협정에서 이러한 문제가 부각되고 있는 실정이다.

그리고 마지막으로 이러한 민감한 사항에 대한 검토와 결정을 투자 유치국 국내법원이 아니라 3인의 중재위원으로 구성되는 중재판정부가 담당하게 된다는 사실이다. 즉, 투자 유치국에 대하여 정치적, 법

리적으로 민감한 사항에 대한 최종 결정이 외국인으로 구성된 일종의 국제재판부를 통하여 내려진다는 데에 대한 근본적인 우려가 투자협정 문제에서는 제기되고 있으며, 바로 이러한 우려가 소위 사법주권 침해 문제로 제기되는 것을 볼 수 있다.

## 5. 투자협정문 작성 시 유의점

최근 투자협정에서 제기되는 “창조적인” 적용 사례는 국제법의 중요한 이슈 중 하나인 조약해석의 원칙과 관련하여서도 중요한 함의를 제시하고 있다. 즉, 조약이 체결된 이후 오랜 세월이 경과하고, 그 과정에서 원래 조약문에 포함되었던 용어의 의미가 조금씩 변천하는 경우 이러한 부분이 비엔나 조약법 협약 제31조에 따른 조약해석 원칙에 어떻게 반영되는가 하는 부분이다.

가령, 최근 투자분쟁에서 주요 쟁점으로 대두되고 있는 “투자 (investment)”의 경우, 대부분의 BIT는 기본적으로 1965년 채택된 ICSID 협약의 정의를 그대로 차용하고 있다. 그런데 문제는 1965년 당시 포함된 투자의 사전적 의미와 2014년 현재의 사전적 의미가 반드시 동일하지는 않다는 점이다. 지난 60년간 국제금융 거래의 방식과 내용이 급격히 변화하였기 때문에 그 당시에는 전혀 상정하지 못하였던 부분도 새로운 투자의 형태로 등장하고 있는 상황이다. 마찬가지로 현재 시점에서는 상정하지 못하고 있는 새로운 형태의 거래가 또 향후 새로운 투자의 형태로 나타나게 될 것이다.

그렇다면 1965년 ICSID 협정에 근거하여 투자의 의미를 파악하거나 또는 10-20년 전에 체결된 BIT 또는 FTA에 근거하여 투자의 의미를 파악하게 될 경우 오늘 현재 시점에서의 투자의 의미와 상이할 가능성이 농후하다. 만약 이와 같이 양자 간 상이성이 존재하는 경우, 협정의 적용과 분쟁의 해결은 과거 최초 체결된 당시에 통용되던 의미

에 기초하여야 하는지 아니면 이후 시대의 흐름에 따라 변화된 의미에 기초하여야 하는지에 대한 입장대립이 있을 수 있다.

투자협정의 주요 용어는 특히 이 부분에 관하여 향후 분쟁 발생의 소지가 적지 않은 것으로 판단된다. 기 체결된 투자협정은 대부분 기본적인 내용을 기계적으로 규정하는 데 그치고 있으며 현재 우리가 느끼는 정도의 민감성이 정확하게 반영되어 있지 않기 때문이다. 여기에 더하여 국제거래가 이루어지는 방식과 투자의 양태가 다양하고 복잡하게 변하고 있어 상당 부분의 거래가 투자협정의 적용 범위에 포섭되는 상황이 실제 발생하고 있다. 이러한 부분은 투자협정에 포함된 모든 규정과 관련하여 발생하는 문제이며, 어떠한 입장을 취하는지에 따라 협정의 해석과 분쟁 해결의 최종 결과의 향배에 중요한 영향을 미치고 있다.

이러한 부분을 최대한 회피할 수 있는 방법은 투자협정의 관련 규정을 최대한 상세하고 구체적으로 기술하는 것이다. 물론 그렇다고 하여 모든 위험성을 차단할 수는 없으나 그래도 기본적인 문제점은 일단 해결할 수 있을 것이다. 이러한 부분을 감안하면 결국 모델 텍스트의 경우도 지금까지 우리나라가 체결한 가장 상세한 규정을 따라갈 수밖에 없으며 앞으로도 점점 그 분량 면에서는 늘어날 수밖에 없을 것으로 판단된다. 따라서 향후 투자협정에 관한 협상과 논의를 전개함에 있어 협정 문안이 현재 어떻게 해석되고 적용될 것인지에 대한 부분에 더하여 앞으로 이 부분이 어떻게 해석, 적용될 것인지에 대한 것도 가능한 범위에서는 동시에 고려하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

사실 이러한 문제는 ICJ 분쟁이나 WTO 분쟁에서도 이미 제기된 바 있다. 가령 ICJ는 코스타리카와 니카라과 간 니카라과 강에서의 항행권리와 관련한 양국 분쟁을 다룸에 있어 1858년 양국 국경 획정 조약에 포함된 “for the purpose of commerce”의 의미가 무엇인지에 관하여

심도 깊은 논의를 진행한 바 있다.<sup>5)</sup> 즉, 동 조약에 포함된 “commerce”가 조약 체결 시점인 1858년 당시의 상업적 상황에 머물러 있는 것인지, 아니면 현재 시점에서의 상업적 상황도 아울러 포괄하는 것인지에 관하여 양측의 대립이 있었다. ICJ는 양 당사국간 “commerce”라는 단어의 의미에 관하여 특별한 합의가 존재하지 않았다면 이 개념은 변화하는 시대상황에 맞추어 해석되어야 한다는 입장을 피력하였다.

이러한 점은 WTO 협정 맥락에서도 미국과 EU간의 IT 품목 관세분류 분쟁에서 마찬가지로 제기되었다.<sup>6)</sup> 이 분쟁에서는 관세양허표 상 “FPD (Flat Panel Displays)”, “set-top boxes”의 의미가 무엇인지가 주요 쟁점이었다. 이 품목들은 IT 분야의 새로운 품목들로 UR 협상 당시에는 존재하지 않던 품목이기 때문이다. 따라서 이러한 새로운 품목이 원래 양허표에 기재된 상품 중 어디에 해당하고 어떠한 관세율이 적용되어야 하는지에 관하여 미국과 EU간 입장대립이 발생하게 된 것이다. 이 분쟁에서도 WTO 패널은 양 당사국간 특별한 합의가 부재하는 한, 조약에 사용된 특정 단어는 변화하는 환경과 기술의 진보에 부합하게 해석되고 적용되어야 한다는 입장을 표명한 바 있다.

결국 투자협정의 관련 조항들도 체결 당사국의 특별한 의사 표시가 기재되어 있지 않으면 변화하는 시대 상황과 여건을 반영하여 해석되는 것이 일반적인 흐름으로 볼 수 있다. 이러한 점은 우리나라가 1970년대에 체결한 투자협정의 해석에 있어서도 현 시점에서의 상황과 여건이 반영되어 이루어질 가능성이 높고, 이는 결국 현재 새로이 체결되는 투자협정에 비하여 이들 과거 투자협정이 외국인 투자자들이 활용하기 용이한 법적 기제를 제공하는 상황으로 이어지고 있다. 즉, 규범이 적용되는 외부적 여건은 동일한데 과거의 투자협정은 조

5) *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213 참조.

6) WTO Panel Report, *European Communities and Its Member States - Tariff Treatment of Certain Information Technology Products* (WT/DS375, 376, 377/R) (Jul. 21, 2010) 참조.

항이 간략히 기술되어 있고 지금 체결되는 투자협정은 상세히 기술되어 있는 것으로 볼 수 있다. ISDS 절차로 제소하는 외국인 투자자 입장에서는 전자의 협정문을 활용하여 자신의 입장을 개선하는 것이 다양한 제한요건이 부과되어 있는 후자에 비해서는 유리하다고 판단할 개연성이 농후하다. 최근 진행되고 있는 룩셈부르크 분쟁에서 미국계 투자자가 한미 FTA가 아니라 2007년 한-벨기에 BIT를 원용하고 있는 배경에도 이러한 부분이 영향을 미치고 있는 것으로 볼 수 있다.

나아가 설사 외관상 동일한 내용을 담고 있는 규정이 복수의 협정에 포함되어 있는 경우라고 하더라도 실제 해석/적용 과정에서는 다른 양상으로 전개되거나 또는 당사국간 입장 차이를 초래할 가능성이 존재한다는 점에 유념할 필요가 있다. 따라서 단지 동일하거나 유사한 조항이 복수의 협정에 공히 존재한다고 하여 반드시 동일한 해석과 적용을 기대할 수 있는 것은 아니라는 점을 인식하여야 한다. 이러한 차이점이 발생하는 이유로는 크게 두 가지를 들 수 있다.

먼저, 투자분쟁의 본질적 속성 때문이다. 위에서 살펴본 바와 같이 투자협정은 각국의 국내 경제정책과 규제정책을 다양한 각도에서 제한하는 속성을 담고 있고 바로 그러한 이유로 투자협정을 둘러싸고 각국의 입장이 대립되어 왔고 또 국내적으로 다양한 우려가 제기되어 오고 있었다. 그런데 문제는 각 국이 어떠한 방식으로 규제하는 것을 타당한 것으로 판단하는지에 대해서는 국가별로 상이하게 판단할 가능성이 남아 있다는 점이다. 특히 각 국은 정부와 민간의 역할 분담 및 규제 방법에 대한 전통적 접근 방법이 서로 상이하므로 이에 대한 규제를 핵심으로 하는 투자협정의 적용범위와 방식에 대하여 결국 상당한 입장 차이를 노정할 수밖에 없게 될 것이다. (아래 문장과 내용 중복으로 삭제)

따라서 특정 국가 간 유사한 문화적 배경에 기초하여 상대적으로 입장 차이가 경미할 수도 있는 부분이 다른 국가 간에는 상당히 크게



발현될 수도 있다. 마찬가지로 유사한 경제체제를 보유하고 있는 국가 간에는 동일한 이해를 하고 있는 부분이 상이한 경제체제를 운용하고 있는 국가 간에는 다른 방식으로 해석, 적용될 가능성이 있다. 따라서 동일한 조항과 문구를 두고도 서로 상이한 BIT 당사국들 간에는 서로 상이한 해석과 적용을 생각할 개연성도 배제하기 힘든 상황이다.

둘째, 아직 투명성 조항이 적용된 사례가 희박하여 실제 이 조항이 구체적인 상황에서 어떻게 적용되고 또 어떠한 함의를 보유하고 있는지 여부가 정확하게 결정되지 않은 상황이라는 점이다. 투명성 관련 조항이 구체적으로 ISDS 절차에서 어떠한 의미를 보유하는 지에 대하여 구체적인 인식이 결여되어 있고 이론적인 토대에만 기초하고 있는 경우가 다수인 것으로 파악된다.

### 제 3 절 투자분쟁해결절차에서의 투명성 확대

투자분쟁해결절차에서 투명성 원칙은 점차 확대되는 양상을 보이고 있는 바, 이는 우선 불필요한 정치적 파장을 최소화하고, 소송결과에 대한 정부 내 책임소재를 명확히 하며, 절차에 관한 경험을 축적하고, 소송에 대한 사후검증을 용이하게 하는 등의 정책적 필요성에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 또한, 절차적 적법성, 법적 안정성의 확보, 이익충돌의 극복 등 법리적 필요성에서도 투명성의 확대가 요청되고 있다.

#### 1. 투명성 원칙 채택 필요성: 정책적 측면

ISDS 절차와 관련하여 투명성 원칙이 확대되는 이유로서 우선 정책적 측면에서 갖는 함의에 주목할 필요가 있다. 즉, ISDS 절차가 갖는 정치적 민감성으로 인하여 불필요한 논란이 야기되는 것을 가급적 피

할 필요가 있고, 소송 결과에 대한 책임 공방이 확산되는 것을 방지하는 것도 중요하기 때문이다. 또한, 관련 문서를 공개함으로써 ISDS 절차에 대한 경험을 축적하고 이에 대한 사후 검증도 용이하게 할 수 있다.

### (1) 불필요한 정치적 과장 최소화

ISDS 절차와 관련하여 국내에 논란이 전개된 바 있고, 또 이 과정에서 언급된 NAFTA 관련 사건의 정확한 내용과 의미가 제대로 전달되지 않아 논란이 증폭되었던 사실을 감안하면, 향후 진행되는 ISDS 사건은 가능한 범위 내에서 관련 문서의 공개범위를 확대하여 일반인의 접근을 보장하는 것이 불필요한 논란의 소지를 제거할 수 있을 것이다.<sup>7)</sup> 그리고 일반인의 접근 방법도 가능한 한 일반인의 자유로운 접근이 상시적으로 가능하도록 선택하는 것이 필요할 것이다.

사실 다양한 자료에 대하여 정부 담당자에게만 접근권을 허용하여도 우리 입장에서 크게 불리할 것은 없으나 우리 측 패소 시 정부가 관련 사실 및 판결의 의미를 국민에게 설명하여도 일부 단체가 정부에 의한 관련 자료의 왜곡을 강변하는 경우 논란이 증폭될 가능성이 있다. 따라서 정부 담당자를 포함한 일반 대중에게 관련 문서에 대한 접근을 가급적 허용하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

동일한 맥락에서 공개방법과 관련하여서도 관련 자료를 인터넷 웹사이트 등 특별한 노력 없이 접근이 가능한 “적극적” 공개수단을 통하여 공개하는 것이 적절할 것이다. 일반인들의 사실상의 자유로운

---

7) 가령, *Metalclad v. Mexico* 사건의 경우, 최종 판정문 이외에 그간의 사건 경과를 상세히 검토하면 멕시코 연방 정부와 주 정부가 미국 투자기업과 협의 과정에서 표출한 언급내용과 조치내용이 극히 비합리적이었던 사실을 알 수 있다. 이러한 사실관계에 대한 고려 없이 그 결과에만 주목하여 멕시코 정부의 조치가 외국인 투자자에 의하여 차단되고 배상금을 지불하였다는 단순한 결론을 도출하는 것은 적절하지 않은 것으로 판단된다.

접근이 보장되어야 핵심 문제에 관한 합리적인 평가와 객관적인 분석이 이루어 질 것이며 국민 간 공감대도 형성될 수 있을 것이기 때문이다.

정보 공개를 실시하는 경우에도 일반인의 신청이 있는 경우에만 관련 자료의 열람 및 복사를 허용하는 방안도 있을 수 있으나, 이러한 “소극적” 공개방법은 결국 해당 문제에 관심이나 이해관계가 있는 그룹에 의한 정보 접근만을 허용할 뿐이며 일반 대중을 상대로 한 이들의 정보의 왜곡/과장을 초래할 수도 있기 때문에 적절하지 않은 것으로 판단된다. 특히 우리 정부가 패소하는 경우 정확한 사실관계와 심리 이유가 국민에게 전달되어야 부당한 왜곡 및 과장을 차단할 수 있을 것이다.

## (2) 소송 과정 및 결과에 대한 정부 내 책임 소재 명확화

ISDS 절차에서 심리되는 내용은 상당히 포괄적이고 복잡다단하여 승소 및 패소 시 그 이유/근거를 간단히 확정하는 것이 용이하지 않다. 특히 관련된 정책 입안/집행 과정에서 여러 부처의 소관업무가 중첩되고, 중재재판 과정에서도 다수의 부처가 직간접으로 개입하게 되므로 최종 중재판정은 다수 정부 부처의 공동작업의 결과라고 볼 수 있다.

이러한 상황에서 승소 시에는 별 문제가 없을 수 있으나 패소 시에는 책임 소재와 관련하여 정부 부처 간 이견 및 책임전가가 발생할 개연성이 농후하다. 특히 이 경우 그러한 패소가 소송을 직접 수행한 법무부 혹은 여타 관련 부처의 소송 수행 과정에서의 과실에서 기인하는지, 아니면 정부 내 담당 부처 정책의 기본적 오류에서 기인하는 것인지 논란이 발생할 수 있다. 특히 이 분쟁을 직접 담당하는 법무부 및 소송수행 과정에 밀접하게 참여하게 될 외교부의 경우 이러한 소송 과정에서 동 부처의 귀책사유 여부와는 상관없이 직접적 비난의

대상이 될 가능성이 있다. 따라서 소송 관련 자료의 공개를 통한 소송과정의 투명화는 이들 두 부처의 경우 특히 중요한 의미를 갖는다.

이와 비교할 수 있는 WTO 분쟁의 경우 대부분 국민이 큰 관심을 기울이지 않은 상황에서 진행되어 승/패소 여부가 언론 등의 관심을 끌지 않았으며 따라서 WTO 분쟁해결절차에서 귀책사유가 있는 것으로 판명된 정부 정책/조치 등에 대해서도 책임소재 등이 큰 논란을 야기하지 않았다. 그러나 ISDS 분쟁의 경우 소제기 시점부터 국민적 관심을 끌게 될 것이고 그 결과에 대하여 상당수의 국민이 관심을 기울일 것이므로 관련 부처 간 책임 공방이 전개될 개연성이 전례 없이 높아질 것이라고 예측할 수 있다.

이 경우 정부 내 부당한 책임 전가 및 공방을 최소화하고 추후 유사한 분쟁의 발생을 효과적으로 예방하기 위해서는 정부가 제출하는 문서 및 법률의견서 (legal brief)와 상대방이 제출하는 문서 및 법률의견서를 가급적 공개하여 전체적인 결론에 이르게 되는 과정을 적절히 공개하도록 하는 것이 중요할 것이다.

### (3) ISDS 절차관련 경험 축적의 극대화

한미 FTA에서 우리 측이 ISDS 절차에 관하여 전향적인 검토를 추진하였던 주요 논거 중 하나는 향후 여타 국가와 이러한 형태의 분쟁 발생이 불가피하다면, 이러한 ISDS 분쟁을 통해 경험 축적을 극대화하는 것이 합리적이라는 점이다. 따라서 이러한 ISDS 절차에서 산출되는 관련 문서의 공개 및 절차의 투명화는 우리 정부, 이 분야 종사자 및 연구자의 정보에 대한 접근성을 제고시켜 향후 토론, 정책 수정 및 경험 축적을 활발하게 유도할 것이다. 특히 ISDS 분쟁관련 전문 인력의 양성 및 소송 대응 능력의 제고를 위해서는 관련 문서 및 절차가 가급적 폭넓게 공개되어 연구 자료를 풍부히 확보하는 것이 필요하다.

#### (4) 사후 검증/통제 장치의 확보

관련 정보 및 자료의 공개는 ISDS 절차를 거쳐 내려진 중재판정에 대한 사후검증 (*post hoc review*)을 가능하게 한다는 점에서도 중요하다.

일반적으로 국제법원 또는 국내법원이 판결을 내리면 이후 이를 분석하는 다양한 판례 평석 및 논문들이 발표된다. 이러한 과정을 거쳐 특정 판결 내용의 보다 정확한 의미가 확인되고 판결이 간과하였던 이슈나 관련된 문제점 등도 아울러 밝혀져 해당 판결에 대한 전체적 평가가 장기간에 걸쳐 이루어진다. 이러한 작업은 해당 판결에 대하여 항소 (*appeal*)가 가능한 지 또는 판결이 최종적이어서 기판력 (*res judicata*)이 인정되는지 여부와 같은 법리적 측면의 문제가 아니라 현실적으로 장기간에 걸쳐 학계의 검증작업과 대법원의 自己修正 (*self-correction*) 작업이 이루어지는 과정을 의미한다.

이러한 과정을 거쳐 설사 특정 사안에서 최종적인 판결이 내려진 이후에도 그 결정에 대한 심층적인 분석과 장단점의 분석을 통하여 추후 내려지는 판결에서는 보다 정교해진 논리들이 등장하여 법리 발달을 이끌어 가는 것이 선진국 국내법원 또는 국제법원의 일반적 현상이다. 특히 미국의 경우 연방 대법원의 결정에 대하여 이러한 학계의 검증작업과 대법원의 자기수정 작업이 활발하게 진행되고 있다. WTO 및 ICJ 등도 이와 유사한 과정을 거치며 법리 발전을 주도하고 있다.

ISDS 절차의 경우 공식적인 항소절차가 부재하므로 그러한 비공식적 검증 및 수정작업의 중요성은 더욱 크다. 만약 이러한 학계의 검증 및 비판 작업의 가능성도 사실상 봉쇄되어 있다면 ISDS 절차를 담당하는 중재판정부가 판결 과정에서 철저한 분석을 통해 정당한 결론을 도출하려는 노력에 심혈을 기울일 인센티브가 존재하지 않을 것이다. 다시 말해, 현재로서는 이러한 학계 및 전문가의 검증 및 비평 작

업이 ISDS 중재판정부에 대한 현실적으로 유일한 견제장치이므로 이를 활성화하는 것은 ISDS 절차의 장기적 생존에도 중요한 역할을 한다고 볼 수 있다.

이러한 작업을 활성화하기 위해서는 이를 뒷받침할 수 있는 원 자료 (raw materials)의 확보가 결정적이다. 이러한 원 자료가 확보되어야만 중재판정부의 결정 배경을 정확하게 판단할 수 있으며 그 타당성 내지 부당성에 대하여 평가를 내릴 수 있기 때문이다. 정보 및 자료가 제한적으로 공개될 경우 중재판정부가 사실상 관련 자료를 독점하게 되고 그러한 경우 이에 대하여 국외자가 비평을 한다는 것은 사실상 불가능하게 되므로 중재 재판관에 대하여 전권을 위임하는 결과가 발생할 것이다. 특히 우리와 같이 중재재판의 경험이 일천하고 특히 중재 재판관의 배경과 능력에 대하여 회의감을 갖고 있는 경우에는 이러한 상황은 장기적으로 바람직하다고 볼 수 없을 것이다.

#### (5) 향후 정책 수립 과정에서의 예측가능성 제고

이러한 공개 작업을 통하여 이 분야에서 적용될 일정한 기준 내지 가이드라인을 보다 구체적으로 추출할 수 있게 되어, 투자 유치국 정부 입장에서는 향후 관련 정책의 수립에 있어, 그리고 외국인 투자자 입장에서는 해외 투자를 결정함에 있어서 예측 가능성을 제고할 수 있고, 결국 법적 안정성 보호에 기여할 수 있을 것이다.

또한 ISDS 분쟁해결절차의 투명/공개화는 유사한 내용의 후속 분쟁을 담당하는 중재 판정부가 판정의 일관성을 유지하는 데에도 일조하여 장기적으로 이 분야에서 일관된 법리의 발전을 도모할 수 있게 할 것이다. 이러한 일관된 법리의 확립은 다시 각국 정부가 가급적 이러한 법리에 부합하는 방향으로 정책 수립을 검토하는 상황을 유도하여 정책 수립 및 집행에 있어 예측가능성을 제고할 수 있을 것이다.

## (6) 공익에 부합

선의로 제기된 ISDS 분쟁의 경우, 외국인 투자자 이외에 우리 국민의 권리 보호와 직접적으로 연관되는 경우도 빈번할 것이다. 즉, 동일한 정부의 정책이 외국인에게 부당한 피해를 초래하였다면 우리 국민에게도 유사한 피해를 초래하였을 가능성이 클 것이기 때문이다. 그렇다면 관련 절차 및 자료가 가능한 한 공개되어 문제가 된 조치의 정확한 성격이 분명하게 검증되는 경우에 궁극적으로 우리 국민과 기업의 궁극적 권리구제에도 유익할 것이다. 특히 우리 정부가 패소할 경우, 문제가 된 조치의 개선 및 향후 유사사례의 재발 방지를 위해서는 정확한 사실관계와 양측의 주장내용이 가능한 범위 내에서 국내적으로 공론화되는 것이 필요할 것이다. 이러한 공론화 작업을 위해서는 관련 자료 및 양측 주장 내용의 공개가 전제되어야 한다.

이러한 과정을 통하여 정부 조치의 문제점이 확인되는 경우, 이의 개선 내지 수정은 외국인 투자자와의 관련은 차치하더라도 우리 국내 이해 관계자의 권익 보호에도 일조할 것이다. 따라서 ISDS 절차와 관련된 정보와 자료의 공개는 장기적으로 공익 (public interest)의 제고를 위해서도 필요할 것으로 사료된다.

## 2. 투명성 제고 원칙 채택 필요성: 법리적 측면

투명성 제고 원칙은 절차적 적법성의 확보, 법적 안정성 및 형평성의 구현, 이익충돌의 해소, 간접증거에 대한 공정한 선별과 같은 법리적 근거에서도 그 채택이 요구되고 있다.

### (1) 절차적 적법성 (Procedural Due Process)

자료의 공개 원칙을 주장할 수 있는 법리적 근거는 기본적으로 절차적 적법성 원칙을 들 수 있다. WTO 등 국제법원에서는 이 원칙이

적용됨에 따라 점차로 자료의 공개를 지원하는 방향으로 소송이 진행되고 있다. 특히 기본적으로 대등한 지위에 처한 당사자 간 분쟁과는 달리, ISDS 분쟁에서는 국가 대 개인 간 분쟁의 형태로 진행되어 당사자 간 지위와 능력에 현저한 차이가 존재하므로 절차적 적법성이 특히 중요한 위치를 차지하고 있다.

국내에서 진행되는 소송에서는 국가가 개인에 비하여 현실적으로 우위를 점하고 있다고 볼 수도 있으나, ISDS 절차에서는 다국적 기업과 투자 유치국 정부 간 소송이 진행되는 것이므로 전문성과 재정적 능력 측면에서 다국적 기업이 우위를 점한다고 보는 것이 정확할 것이다.

## (2) 법적 안정성 및 형평성 구현

ISDS 분쟁은 사인간의 “사익”을 조정하기 위한 중재절차가 아니며 투자 유치국 정부의 정책에 대한 심의와 평가가 이루어지는 “공익적” 성격이 강하므로 이를 가급적 공개하는 것이 법적 안정성 및 형평성 구현에도 부합한다. 비록 ISDS 절차가 직접적으로는 개인의 재산권 구제를 위한 절차이기는 하나, 자료의 공개를 통하여 투자 유치국 정부 정책의 정확한 측면을 국내외에 공지하여 외국인 투자자의 왜곡된 주장을 불식하거나 혹은 부당한 정부 조치에 대한 시정을 사실상 요구함으로써 향후 국제투자를 안정적으로 시행하기 위한 기본틀을 창출한다는 점에 주목하면 장기적으로 이 분야에서의 법적 형평성 제고에 기여할 수 있다.

최근 일부 분쟁에서는 사실상 동일한 사안에 대하여 상충하는 결론을 도출한 경우도 있는데, 이는 ISDS 절차에서의 사안별 특정성(case-specific) 및 선례구속의 원칙이 부인된다는 특징을 고려하더라도 이 절차에 대한 불신을 조장하는 원인으로 작용하고 있다. 따라서 이러한 불신을 다소나마 해소하고 또 후속 중재 판정부가 가능한 한 일



관된 사실관계 해석과 법리 적용을 할 수 있도록 적절히 유도하기 위해서는 관련자료 및 절차의 공개가 필요하다.

### (3) 이익충돌(Conflict of Interest) 문제에 대한 적절한 대처

ISDS 절차의 공개/투명화가 초래할 장점 중 하나는 ISDS 분쟁에 참여하는 변호사, 로펌 및 중재위원의 이익충돌 문제를 보다 분명하고 용이하게 확인할 수 있다는 점이다.

현재 ISDS 절차가 세계적으로 확산되고 있는 추세임에 비하여 이를 전문적으로 담당하는 변호사 및 로펌은 상대적으로 제한되어 있고 또 동일한 맥락에서 중재위원의 풀도 상대적으로 제한되어 있다. 그 결과 동일한 변호사 및 로펌이 다양한 사건을 동시에 수임하여 소송을 진행하는 상황이 발생하고 있다.<sup>8)</sup>

따라서 A 분쟁에서 담당 변호사가 주장하는 법리 및 논리가 동일한 변호사가 담당하는 B 분쟁에서는 상이하거나 반대 취지로 전개되는 상황도 발생하고 있다. 이는 해당 분쟁의 승소에 최선의 노력을 경주하는 사적 소송 (private practice)의 속성상 일면 당연한 측면도 있는 것으로 볼 수 있다. 특히 국제적 지명도를 획득한 변호사의 경우 이후 다른 분쟁에서 중재위원으로 지명되는 상황도 발생하고 있어 변호사로서의 업무/입장과 향후 관련 분쟁에서 중재위원으로서의 업무/입장이 상충하는 경우도 대두되고 있다.

그러나 이를 국제적으로 규제할 수 있는 구체적인 법조윤리 (code of ethics)가 이 분야에서 아직 확립되지 않은 실정이다. ISDS 절차의 핵심적 우려사항 중 하나가 중재위원의 결정에 대한 패소국의 내재적

---

8) 2006년 11월 24일 한양대학교 BK 21 국제소송연구단에서 개최한 국제세미나에서 캐나다의 Todd Weiler 교수 (미국 American University 대학 교수)의 언급 내용 참조. 동인은 현재 ISDS 분쟁을 담당할 변호사가 소수에 불과하여 본인 스스로도 동시에 여러 개의 ISDS 분쟁에 consultant 및 변호사로 참석하고 있음을 언급한 바 있다.

불신이라는 점을 감안하면 이러한 이익충돌 가능성은 장기적으로 ISDS 절차에 대한 신뢰 확보에 결정적 장애물로 작용할 수 있다.

이러한 상황을 다소나마 완화할 수 있는 방안은 관련 절차 및 문건의 가능한 범위 내에서의 공개를 통하여 관련 변호사, 로펌이 어떠한 주장을 어떠한 논리에 기초하여 전개하였는지 여부를 보다 명확하게 기록으로 남기는 방안일 것이다. 이러한 기록이 존재할 경우, 투자 유치국 정부가 변호사를 선임하는 과정에서도 도움이 될 것이며, 투자자를 대리하는 변호사가 기존의 입장과 상충하는 취지의 주장을 전개하는 경우에 적절히 불신임 (discredit) 할 수 있는 근거로 활용할 수도 있을 것이다.

또한 서로 상충하는 취지의 여러 사건을 동일한 변호사가 동시에 수임하는 상황도 적절히 제한할 수 있을 것이며, 특정 사안에 관하여 이미 이전의 유사 분쟁에서 변호사로 참여한 적이 있어 편향 (bias)이 있는 것으로 의심되는 인사의 경우 중재위원으로 선임되는 것을 방지할 수도 있다. 즉, ISDS 절차의 공개 및 투명화는 이러한 이익충돌 이슈를 적절히 확인하고 대처하는 데에도 유용한 수단이 될 것으로 사료된다.

#### (4) 간접증거에 대한 과도한 의존의 경계

ISDS 소송 전략적 측면에서도 가급적 관련 자료의 공개를 통해 충분한 논의 과정을 거치는 것이 유리한 측면도 있다. ISDS 분쟁의 특성상 중재 판정부는 문제가 된 피제소국 정부 정책의 실제 입안 의도, 정책 목표 등에 관하여 심층적인 분석을 실시할 수밖에 없다. 그러나 대부분의 경우 설사 일국 정부가 외국인 투자자를 차별하려는 악의 (bad faith)가 있었다고 하더라도 최소한 외관상 그러한 의도는 표출되지 않으며 중립적/객관적인 언어로 포장된다. 따라서 이러한 국가 정책 관련 분쟁에서는 대부분의 경우 직접증거 (direct evidence)는

확보하기 곤란하며 이를 심리하는 재판부 (ISDS 절차에서는 중재재판부)는 결국 다양한 형태의 소위 간접증거 (indirect evidence) 내지 정황 증거 (circumstantial evidence)에 의존할 수밖에 없을 것이다.<sup>9)</sup> 이러한 사건에서 간접증거 활용 필요성에 대한 논리로 가령 WTO 항소기구는 정부 정책과 관련한 분쟁에 있어 관련 정보의 비밀성 내지 비접근성을 언급하고 있다.<sup>10)</sup>

그러나 이는 역으로 왜 이러한 정부 정책에 대한 국제재판부의 평가가 위협성을 수반하는가 하는 점을 잘 보여주고 있다. 즉, 이러한 형태의 심리는 바로 상대방 국가의 극히 내부적이고 때로는 비밀스러운 정책결정과정을 그 대상으로 하고 있기 때문이다.<sup>11)</sup> 결국 중재재판부는 이러한 간접증거에 대한 “총체적 고려 (totality of circumstantial evidence)”를 통하여 피제소국 정부 정책의 실질적 측면을 검토할 수밖에 없게 된다.

그러나 최근 전개된 간접증거 및 정황증거 관련 분쟁에서는 정확한 사실관계에 대하여 분쟁 당사국이 서로 다른 견해를 보여 왔다. 이는 각 분쟁 당사국이 서로 자신에게 유리한 간접증거 및 정황증거만을 원용하고 또 그러한 증거를 자신의 입장에만 유리하게 각색하기 때문이다.

그러므로 ISDS 절차에서는 그 과정에서 원용되는 간접증거 및 정황증거에 대한 공정한 선별작업, 정확한 성격규명 및 면밀한 사실관계

9) 가령, WTO 사건에서 정부 정책에 대한 심의가 문제가 된 경우 이와 같이 간접증거의 대폭 활용을 패널 및 항소기구는 인정하고 있다. Appellate Body Report, *United States - Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, WT/DS296/AB/R (27 June 2005) 참조; WTO Panel Report, *U.S.-DRAM*, WT/DS296/R (21 February 2005) 참조; WTO Panel Report, *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles and Apparel and other Items*, WT/DS56/R (25 November 1997) 참조; WTO Panel Report, *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R (14 April 1999) 참조.

10) Appellate Body Report, *U.S.-DRAM*, para. 24 참조.

11) 예를 들어 미국 상무성은 동사건의 제1차 연례재심에 있어 한국 정부의 청와대, 재정경제부, 산업자원부, 금융감독위원회 등 모든 부처에서 하이닉스 이슈가 언급된 모든 회의 자료를 제출할 것을 요청한 바 있다. 동 조사 Questionnaire 참조.

확인이 필요하다. 이를 보다 효과적으로 담보하기 위해서는 ISDS 절차에서 제시되는 자료와 문건은 가급적 공개하여 다양한 관련자로부터 폭넓은 피드백을 신속하게 받을 수 있도록 하는 것이 필요하다. 이러한 목적을 달성하기 위해서도 관련 자료의 공개 및 절차의 투명화는 가급적 확대하는 것이 당분간 방어자의 위치에 설 우리 측에 유리할 것으로 판단된다.

특히 이러한 분쟁에서 간접증거 및 정황증거로 가장 빈번히 활용되는 것은 관련된 정부 공무원의 언론과의 인터뷰 등 발언 내용이다. 이는 국제분쟁을 담당하는 재판부의 입장에서는 정부 공무원의 발언 내용이 해당 정부 정책의 실제 의도를 가장 적절히 설명하여 준다고 판단하기 때문이다. 가령 최근 유럽의 비통일적 관세제도 운영과 관련하여 미국과 유럽연합 간에 진행되고 있는 분쟁에서 유럽연합의 관세제도가 비통일적으로 운영되고 있다는 증거로서 미국은 유럽연합 고위 당국자들의 언급 내용을 주요 증거로서 제시하고 있다.<sup>12)</sup> 또한 최근 진행된 한국과 미국, 한국과 유럽연합, 한국과 일본 간의 반도체 상계관세 분쟁 그리고 한국과 유럽연합 간 조선분쟁에서도 WTO 패널이 한국 정부 정책의 실제 의도를 평가하는 데 있어 한국 정부 담당자의 발언 내용이 결정적 간접증거로 활용되었다.

그러나 문제는 이러한 형태의 간접증거는 본질적 위험성이 존재한다는 것이다. 특정 국가 정부의 관련 공무원의 발언 내용이 동 정부가 실제 채택한 조치와 반드시 동일하지 않은 경우도 빈번하다. 담당 공무원 스스로가 언론과의 인터뷰 등에 있어 정확한 사실관계를 여러 가지 이유로 의도적으로 과장 또는 왜곡하는 경우도 있다. 분쟁의 일방 당사국이 소송 과정에서 우위를 점하고자 타방 당사국 정부의 정확한 정책 목표와 의도를 의도적으로 왜곡하는 경우도 빈번하다. 가

---

12) *European Communities - Selected Customs Matters* 사건(DS315)의 미국의 First Written Submission para.3 참조.

령 미국과 유럽연합간의 관세제도와 관련한 분쟁에서 유럽연합은 미국이 유럽연합 공무원의 언급내용을 의도적으로 문맥에서 벗어나게 인용 (taken out of context)하였다고 주장한 바 있고,<sup>13)</sup> 한국 정부도 최근 반도체 및 조선 상계관세 분쟁에서 동일한 취지의 주장을 전개한 바 있다.

이러한 위험성에도 불구하고 공무원의 발언 내지 언급 내용은 정부 정책과 관련된 분쟁에 있어서는 핵심적 증거로 원용되고 있다. 개별 공무원의 발언내용은 물론 중요한 증거 중 하나이나 정부의 공식적 입장 및 여타 관련 증거들과 함께 총체적으로 검토되어야 함에도 일부 공무원의 특정 발언에만 초점을 맞추어 최종적인 결론을 도출하는 경우가 빈번히 발생한다.

이러한 점을 고려하여 향후 ISDS 절차에서의 부당한 상황 발생을 사전에 방지하기 위해서는 우리 정부 공무원 및 관련자에 대하여 정책 입안 및 집행과 관련한 개인적 발언은 신중히 행해져야 하며 이에 는 철저한 사전검증이 필요하다는 점을 주지시킬 필요가 있다. 정부 공무원의 이러한 발언 및 언급의 부당한 왜곡 및 변경 가능성을 최소화하기 위해서도 가급적 ISDS 절차에서 제출되는 각종 문서 및 자료의 공개와 투명화는 필요할 것으로 판단된다.

## 제 4 절 투자분쟁해결절차에서의 투명성 확대의 함의 및 한계

그렇다면 투자분쟁해결절차에서의 투명성 확대는 장기적으로 어떠한 함의를 내포하는가? 투명성 확대는 결국 두 가지 큰 함의를 내포하고 있다.

---

13) *EC - Selected Customs Matters* (DS315)의 유럽연합의 First Written Submission para. 248, 284 참조 (Once again the U.S. bases its argument on a partial quotation and chooses selectively to address some issues in isolation, ignoring all features of the system that the EC has put in place...).

먼저 투자분쟁해결절차의 전 과정이 일반 대중에게 공개됨으로써 어떠한 주장과 방어가 제시되는지에 대하여 국내외의 일반 대중이 이를 모두 파악하게 된다는 것이다. 그 동안 일각에서는 투자분쟁해결절차가 국가의 정당한 주권행사를 제한하는 새로운 제도인 것으로 간주해 온 측면도 있다는 점을 고려하면 이러한 절차의 대폭적인 공개는 이러한 부정적 시각을 불식시키는 데 상당한 기여를 할 수 있다. 그간 ISDS 절차가 철저히 비밀리에 진행되어 온 사실이 이 제도에 대한 부정적 시각을 증폭시키는 데 중요한 역할을 하고 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 외국인 투자자와 투자 유치국 정부 담당자의 주장 내용이 모두 공개되고 이들이 제출하는 서면 입장서가 모두 공개된다면 어떠한 조치가 문제가 되었고 그 조치의 정확한 내용이 어떠한지를 잘 파악할 수 있게 될 것이다. 그리고 이를 토대로 최종 판정문을 함께 검토한다면 중재판정부가 특정한 결론을 도출하게 된 이유와 논거를 보다 정확하게 이해할 수 있을 것이다. 이러한 작업은 결국 장기적으로는 투자협정의 충실한 이해, 나아가 국제투자법 분야에서의 “법의 지배” 원칙의 강화에도 기여하리라고 본다.

투명성 확대의 또 다른 중요한 함의는 이를 통해 다양한 이해관계 그룹이 투자분쟁해결절차에 공식적으로 참여하게 되는 길이 열리게 되었다는 점이다. 투자자의 국적국 정부도 공식적으로 자신의 의견서를 제출하게 되며, 또한 NGO 등 비정부 민간단체들도 자신들의 의견서를 제출할 수 있게 되었다. 그리고 이들이 제출하는 의견서는 팽팽하게 진행되는 분쟁해결절차의 흐름에 중요한 영향을 끼칠 수도 있게 되었다. 즉, 기존의 분쟁해결절차는 오로지 투자자와 투자 유치국 정부의 양자 간 다툼이었다면 이제 다양한 이해관계 그룹들이 자신의 의견을 개진하게 되었다. 이들 중 일부는 투자 유치국 정부의 입장을, 그리고 일부는 외국인 투자자의 입장을 지지할 것이다. 그리고 국제적으로 명성 있는 NGO의 의견서는 중재판정부에 대하여 상당한 영향

력을 행사할 수도 있을 것이다. 따라서 기존의 분쟁해결절차에서의 힘의 역학관계가 상당히 변화할 가능성도 배제할 수 없다. 물론 이러한 변화가 국제투자분쟁해결절차에 어떠한 파급효과를 초래할 것인지는 아직은 예단하기 힘든 상황이다.

또한, 투명성 확대 움직임은 내재적인 한계도 아울러 갖고 있다. 먼저 자칫하다가는 이미 상당 부분 정치적 논쟁에 노출된 투자분쟁이 더욱 정치화되는 길을 걸을 수도 있다는 부분은 우리의 주목을 요한다. 투자분쟁해결절차에서 제출된 주장과 문서가 국내/국외에 공개되면 그 내용을 둘러싼 다양한 논쟁은 더욱 격화될 수도 있을 것이다. 다양한 이해관계 그룹들은 자신에게 유리한 언급과 기술을 집중적으로 부각하며 자신의 주장의 정당성을 제시하고자 할 것이다. 또한 모든 사항이 대외에 공개되는 것을 알고 있는 분쟁 당사자들과 그들의 법률대리인들은 자신들의 발언과 주장을 선정함에 있어 일층 조심하게 될 것이다. 특히 투자 유치국 정부의 담당관들은 자신들의 발언이 대외에 공개되는 상황을 우려하여 보다 보수적이고 중립적인 입장을 공식적으로 견지할 가능성이 외국인 투자자에 비하여 상대적으로 높게 될 것이다. 투자분쟁이란 결국 투자 유치국 정부의 조치를 점검하는 것이 그 골자이므로 주로 대부분의 민감한 내용은 정부 측 문서 및 증언과 연관되는 경우가 많다. 따라서 대외에 공개되는 상황으로부터 실무적, 심리적 부담을 느끼게 되는 쪽은 투자 유치국 정부가 될 가능성이 상대적으로 높다고 할 수 있다. 이러한 상황 하에서는 투자 유치국 정부가 더욱 수세적 상황에 처하게 될 가능성도 배제할 수 없다.

투명성 확대 움직임의 또 다른 내재적 한계는 정부의 민감한 경제 정책을 심사하는 국제분쟁해결절차에서는 여전히 이를 비밀로 유지하는 것이 일반적인 흐름으로 보인다는 점이다. 대표적인 사례로 WTO 분쟁해결절차를 들 수 있다. WTO 분쟁해결절차의 패널 및 항소기구

심리는 원칙적으로 대외에 공개되지 않는다. 최근 분쟁당사자들이 합의하는 경우 패널 및 항소기구 절차를 공개하는 경우도 간혹 있으나 기본적으로 관련 절차와 문서는 비공개가 원칙이다. 체약 당사국 정부의 경제정책을 주로 검토하게 되는 투자분쟁해결절차도 결국은 WTO 분쟁해결절차와 유사한 내용을 다루는 분쟁이다. 다만 제소자가 WTO 분쟁해결절차에서는 회원국 정부인 반면, 투자분쟁해결절차에서는 체약 당사국 정부의 국민이라는 차이밖에 없다. 그리고 정도의 차이는 있으나 FTA 분쟁해결절차에서도 기본적으로 이러한 입장을 견지하고 있다. 그렇다면 결국 투자분쟁해결절차에서만 모든 구두변론과 문서를 원칙적으로 공개하도록 하는 것은 기존의 국제경제 분야 분쟁해결절차의 전반적인 기조와는 상당히 상이한 측면을 보유하고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그 동안 충분한 실험이 이루어지지 않고 경험이 축적되지 않은 상태에서 첫발을 내딛는다는 차원에서 과연 이러한 투명성 원칙이 어떻게 실제에서는 운용될 수 있을지 적지 않은 불확실성이 존재하고 있다. 이러한 불확실성도 바로 분쟁해결절차로서는 중요한 내재적 한계라고 아니할 수 없다.

결국 앞으로 투자분쟁해결절차에서 투명성 원칙을 대폭 수용하여 운용하는 문제는 이러한 합의와 한계를 동시에 고려하여 균형감 있게 추진하여야 할 것이다. 한쪽 측면만 지나치게 부각하는 것은 결국 장기적으로는 득보다는 실이 많게 될 가능성이 적지 않다.



### 제 3 장 2013년 UNCITRAL 투명성 규칙 분석

이 장에서는 제46차 UNCITRAL 총회에서 채택된 투명성 규칙 (UNCITRAL Transparency Rules)에 대해 분석하고자 한다.<sup>14)</sup> 우선, 투명성 규칙이 논의된 배경을 살펴보기 위하여 이에 대하여 현재 어떠한 논의가 이루어지고 있는지에 대해 전반적으로 검토하고, 각 국가별로 어떠한 상이한 입장이 제시되었는지 살펴본다. 이를 토대로 투명성 규칙의 주요조항에 대해 구체적으로 분석한다.

#### 제 1 절 투명성 규칙 논의 배경

2013년 2월 4일-8일에 걸쳐 뉴욕에서 개최된 제58차 UNCITRAL 실무작업반 회의 (United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II, Arbitration and Conciliation)에서 UNCITRAL 투명성 규칙이 합의되었다.

##### 1. 투명성 규칙 작업반 회의개요

제46차 UNCITRAL 총회에서는 작년 2월 뉴욕에서 개최된 실무작업반 (Working Group) 논의에서 합의된 UNCITRAL 투명성 규칙 (Rules on Transparency)이 문안정리 작업과 함께 최종 채택되었다. 이 투명성 규칙은 일단 2014년 4월 1일자로 발효되어 이때부터 체결되는 BIT 등

14) 이 장에서 논하는 UNCITRAL 투명성 규칙은 필자가 작성한 “UNCITRAL 투명성 규칙 해설서” (2014년 4월 15일)에 포함된 내용을 수정, 발전시킨 것임을 밝혀드립니다. 특히 2014년 7월 8일 UNCITRAL 회의에서 새로이 채택된 “투명성 협약”의 내용을 기초로 (1) 투명성 규칙과 (2) 투명성 협약의 상관 관계 및 상호 보완 관계의 관점에서 관련 내용을 수정, 보완하였음을 역시 밝혀 드립니다. 현재 이 보고서에서 핵심적인 검토 대상이 되고 있는 ‘투명성 협약’의 내용을 검토하기 위해서는 그 출발점인 ‘투명성 규칙’에 대한 검토가 필요한 바, ‘투명성 규칙’에 관련된 내용을 먼저 정리 제시함으로써 ‘투명성 협약’ 논의의 출발점으로 삼고 있음을 추가로 밝혀드립니다.

에 당사국이 별도로 합의하지 않는 한 적용되는 것으로 예정되었다. 아울러 향후 실무작업반의 검토를 위임할 사항에 대하여도 아울러 논의하였다.

투명성 규칙의 주요 골격에 대하여는 이미 작년 2월의 실무작업반에서 합의된 바, 제46차 총회에서는 새로운 실체적 사항에 대하여 논의를 진행한 것은 아니며 최종 합의된 내용을 조문화하는 데 초점을 두고 진행되었다. 일부 사항에 대하여 일부 국가가 새로운 내용을 담은 제안을 하는 것으로 판단되는 경우 의장은 그러한 논의는 이미 뉴욕 실무작업반 회의에서 합의된 대 타협 (Grand Compromise)에 반하는 것이라는 지적과 함께 오로지 합의된 내용의 정확한 반영과 명확화 작업에만 초점을 맞추어 줄 것을 주문하였다.

우리나라의 주요 우려 사항이던 투명성 규칙의 적용 범위 (제1조), 투명성 적용의 예외사유 (제7조) 등에 대해서는 우리 측 우려 사항이 이미 뉴욕 실무작업반 회의에서 모두 반영된 바, 우리 측은 정확한 용어와 표현이 최종 문안에서 선택되도록 의견을 개진하였다. 4일간의 조문 검토 작업을 거쳐 투명성 규칙은 모든 참여국의 컨센서스에서 최종 채택되었으며 2014년 UNCIRAL 중재규칙 (Arbitration Rules)의 일부를 구성하게 되었다.

## 2. 투명성 규칙 논의의 전반적 고려사항

투자분쟁해결절차에서 투명성 제고 필요성에 대한 전반적인 컨센서스는 이루어져 있으나, 투명성 제고를 위한 구체적 조치로서 어떠한 것이 필요한지, 그리고 투명성 규칙의 도입을 어떻게 평가할 것인지에 대해서는 좀 더 검토를 요한다.

### (1) 투명성 제고 필요성에 대한 공감

투자분쟁해결절차에서의 투명성 제고 필요성에 대해서는 회의 참가국 내 전반적인 컨센서스가 확인되었다. 특히 투자분쟁과 관련된 국내외의 다양한 이해관계 그룹의 존재는 특정 분쟁해결절차에서 논의되는 제반 내용이 가급적 대중에 공개되어 음미될 수 있도록 제도적 장치를 요구하고 있다. 사실 투명성 제고를 위한 노력은 다른 국제분쟁해결절차에서도 활발하게 논의되고 있는 주제 중 하나로 국제사회의 전반적인 흐름을 반영하는 것으로 여겨지고 있다.

### (2) 투명성 제고를 위한 구체적 조치

#### 1) 분쟁 당사자 서면 입장서 (submission)의 공개

분쟁 당사자가 제출하는 여러 서면 입장서를 공개할 것인지 여부, 공개한다면 어떻게 공개할 것인지 여부는 투명성 제고 논의의 주요 항목 중 하나이다. 분쟁 당사자의 법적 주장의 핵심을 파악할 수 있는 중요한 자료를 제공한다는 측면에서 분쟁 당사자의 서면 입장서 공개는 상당히 중요한 의미를 내포하고 있다. 투명성 원칙 확대 적용에 대하여 우려를 표시하는 국가들 입장에서도 자신들의 서면 입장서가 대외적으로 공개된다는 측면을 특히 불편하게 이해하고 있다. 피제소국 정부 입장에서는 자신들의 서면 입장서가 추후 대외적으로 공개될 것임을 인지하고 있으면 법적 주장의 선택 및 사실관계의 제시 등에서 다양한 전략적 선택을 실시할 것으로 보여짐.

#### 2) 비당사자의 참여 확대

마찬가지로 투자분쟁해결절차에서 비당사자의 참여를 어떻게 허용할 것인지 여부도 중요한 논의 항목 중 하나이다. 특히 비정부간 국

제기구 (NGO)와 같이 다양한 이슈에 대하여 자신들의 입장과 주장을 전파하기 위하여 여러 측면에서 노력을 경주하고 있는 주체들은 ISDS 절차에서 자신들의 입장을 국제사회에 적극 홍보하고 해당 분쟁의 최종 향배에 영향을 끼치기 위하여 노력할 것으로 예측됨. 현재 투명성 규칙은 이러한 가능성을 기본적으로 대폭 허용하는 입장에서 출발하고 있음. 비당사자의 ISDS 절차 참여의 또 다른 측면은 외국인 투자자의 국적국이 자신의 투자자의 입장을 지지하기 위하여 해당 분쟁에 제3자로 참여하는 경우이다. 이 경우 사실상 자신의 투자자의 입장을 적극 옹호할 가능성이 높다는 측면에서 기존의 “외교적 보호권 (Right of Diplomatic Protection)”의 우회적 시도로 작용할 가능성도 없지 않아 보인다. 그러나 일단 현재 투명성 규칙은 이러한 제3자 참여도 기본적으로 허용한다는 전제에서 출발하고 있다.

### 3) 공개 심리(Open Hearing) 개최

투명성 규칙이 국제적인 관심을 끌고 있는 또 다른 중요한 부분 중 하나는 ISDS 절차의 심리 과정이 대외에 공개된다는 것이다. 직접 방청을 허용할 것인지, 폐쇄회로를 통한 중계방송을 허용할 것인지 또는 웹캐스트로 진행할 것인지 등에 대해서는 아직 불명확한 부분이 있으나 일단 어떠한 방식이든 해당 심리 절차를 대외에 공개한다는 데에는 기본적 합의가 이루어진 것으로 볼 수 있다. 따라서 피제소국 국민들도 자국의 정부대표와 변호사가 어떠한 주장을 전개하고 방어에 나서는지를 거의 실시간으로 이제 확인할 수 있게 되었다. 이러한 상황이 분명 국민의 ‘알 권리’를 보호하는 데에는 중요한 기여를 할 것임은 물론이지만 직접 분쟁해결절차에 참여하는 정부 대표와 변호사에게는 어떠한 실무적 부담을 초래할 것인지에 대해서는 다양한 측면에서 검토할 필요가 있다. 이미 정치적 성격을 강하게 보유하고 있

는 투자분쟁의 속성을 감안하면 관련 심리 내용이 국내적으로 중계 내지 보도될 경우 이로 인한 국내적 관심과 갈등은 더욱 고조될 가능성도 없지는 않기 때문이다. 어쨌든 공개 심리제도의 도입은 투자분쟁해결절차의 다양한 측면에 대한 장기적인 변화를 초래할 가능성이 있는 중요한 변화 중 하나이다.

### (3) 투명성 규칙 도입 관련 전체적 평가

전체적으로 그간 우리가 우려를 표명하고 있던 주요 사항들이 우리 측 희망대로 UNCITRAL 투명성 규칙에 반영된 것으로 판단된다. 그러나 일부 사항에 대하여 해명 (clarification)을 요청할 필요는 있는 것으로 보인다. 한미 FTA 관련 규정 (양국 간 투자분쟁에는 분쟁발생 시점에 적용되는 UNCTIRAL 중재규칙이 적용된다는 취지의 조항)에도 불구하고 현재 투명성 규칙 제1조에 의하면 우리가 우려하였던 사항들은 충분히 피해나갈 수 있을 것으로 판단되며, 특별히 제도의 변경이나 개정은 필요하지 않은 것으로 판단된다.

## 제 2 절 각국별 이견 노정 이슈 및 근거

투명성 원칙에 대해서는 그간 국제사회에서의 논의가 부재하였으며 이를 적용한 분쟁도 부재하다 보니 UNCITRAL 작업반 논의 과정에서도 투명성 규칙이 어떻게 적용될 것인지에 대하여 충분한 공감대가 아직 형성되지 못한 상황이었다. 이에 따라 각국은 다양한 해석과 파급효과를 제시하며 관련 조항을 조정 내지 변경하고자 도모하였다. 이러한 과정에서 다양한 각국별 이견이 노정되었다. 주로 이견을 보인 이슈는 (i) 투명성 규칙을 적용하는 데 있어 계약 당사국의 동의를 어떠한 방식으로 획득할 것인가, (ii) 기존의 투자협정상 절차 조항과 어떻게 조화를 이룰 것인가, (iii) 투명성 원칙의 예외가 되는 비밀보

호를 어떻게 어디까지 인정할 것인가, (iv) 투명성 규칙의 적용과 관련된 문제가 제기될 경우 누가 최종적으로 이를 결정할 권리를 갖는가로 정리될 수 있다.

첫 번째 이슈에 대해서는 투자협정의 체약 당사국이 명시적으로 합의하는 방식으로 동의를 부여하는 것으로 정리되었다. 결국 별도의 합의가 없으면 투명성 규칙이 적용되지 않는 것으로 정리되었다. 두 번째 문제와 관련하여서는 기존의 투자협정과 투명성 규칙이 부합하지 않는 경우 협정상 조항이 우선한다. 그러나 대부분의 투자협정에는 투명성 규칙이 존재하지 않으므로 사실상 충돌하는 상황이 자주 발생하지는 않을 것이다. 세 번째 문제와 관련하여서는 비밀에 해당하여 비공개 대상이 되는 자료들은 투자 유치국의 법령에 따르거나 진행 중인 사법절차의 필요에 따르는 등 비교적 광범위하게 규정하고 있다. 마지막 네 번째 문제와 관련하여서는 투명성 규칙의 적용과 관련하여 문제가 제기되는 경우 결국은 궁극적으로 중재판정부가 이를 결정하도록 하고 있다. 따라서 전체적으로 투명성을 강화하자는 그룹과 이에 반대하는 그룹간의 균형점을 찾은 것으로 평가할 수 있을 것이다.

### 제 3 절 주요조항 해설 및 분석

이하에서는 투명성 규칙의 각 조항 (제1조~제8조 및 제1조에 대한 수정)에 대하여 영어 원문 및 한글 번역문을 살펴보고, 각 조항의 내용에 대한 해설을 제시하고자 한다. 이러한 분석을 통해 투명성 규칙의 구체적 내용과 체약 당사국들의 입장을 알 수 있는바, 이는 향후 투명성 원칙과 관련하여 우리나라가 견지해야 할 전략적 선택지에 대해서도 시사하는 바가 있다.

## 1. 투명성 규칙 제 1 조

### (1) 영어 원문

#### Article 1. Scope of application

##### Applicability of the Rules

1. The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”) shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors (“treaty”)\* concluded on or after 1 April 2014 unless the Parties to the treaty\*\* have agreed otherwise.
2. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when:
  - (a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or
  - (b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

##### Application of the Rules

3. In any arbitration in which the Rules on Transparency apply pursuant to a treaty or to an agreement by the Parties to that treaty:
  - (a) The disputing parties may not derogate from these Rules, by agreement or otherwise, unless permitted to do so by the treaty;
  - (b) The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary

authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any specific provision of these Rules to the particular circumstances of the case, after consultation with the disputing parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of these Rules.

Discretion and authority of the arbitral tribunal

4. Where the Rules on Transparency provide for the arbitral tribunal to exercise discretion, the arbitral tribunal in exercising such discretion shall take into account:
  - (a) The public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings; and
  - (b) The disputing parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute.
5. These Rules shall not affect any authority that the arbitral tribunal may otherwise have under the UNCITRAL Arbitration Rules to conduct the arbitration in such a manner as to promote transparency, for example by accepting submissions from third persons.
6. In the presence of any conduct, measure or other action having the effect of wholly undermining the transparency objectives of these Rules, the arbitral tribunal shall ensure that those objectives prevail.

Applicable instrument in case of conflict

7. Where the Rules on Transparency apply, they shall supplement any applicable arbitration rules. Where there is a conflict between the Rules on Transparency and the applicable arbitration rules, the Rules on Transparency shall prevail. Notwithstanding any provision in these



Rules, where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail.

8. Where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the disputing parties cannot derogate, that provision shall prevail.

Application in non-UNCITRAL arbitrations

9. These Rules are available for use in investor-State arbitrations initiated under rules other than the UNCITRAL Arbitration Rules or in ad hoc proceedings.

Footnotes to article 1, paragraph 1:

- \*\* For the purposes of the Rules on Transparency, a “treaty” shall be understood broadly as encompassing any bilateral or multilateral treaty that contains provisions on the protection of investments or investors and a right for investors to resort to arbitration against Parties to the treaty, including any treaty commonly referred to as a free trade agreement, economic integration agreement, trade and investment framework or cooperation agreement, or bilateral investment treaty.
- \*\* For the purposes of the Rules on Transparency, any reference to a “Party to the treaty” or a “State” includes, for example, a regional economic integration organization where it is a Party to the treaty.

(2) 한글 번역문

제 1 조: 적용범위

규칙적용 가능성

1. “투자협정 기반 투자조약중재의 UNCITRAL 투명성 규칙” (이하 “투명성 규칙”)은 협정 당사국들 간에\*\* 별도의 합의가 없는 한

2014년 4월 1일로부터 체결된 (concluded) 투자 또는 투자자 보호를 위한 투자협정 (이하 “투자협정”)\*에 따른 UNCITRAL 중재규칙에 의한 투자조약중재에 적용한다.

2. 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 따른 UNCITRAL 중재규칙에 의한 투자조약중재에 대하여, 이 규칙은 다음의 경우에만 적용된다.

- (a) 중재 당사자들 (이하 “분쟁 당사자들”)이 중재규칙 적용에 합의한 경우; 또는
- (b) 투자협정 당사국들 또는, 다자조약(multilateral treaty)의 경우, 제소자의 국적국과 피제소국이 2014년 4월 1일 이후에 중재규칙 적용에 합의한 경우

#### 규칙적용

3. 투자협정 또는 중재당사자들 간 투자협정 합의에 의하여 투명성 규칙이 적용되는 중재에서,

- (a) 투자협정에 명시적으로 허용되어 있지 않는 한 분쟁당사자들은 합의 또는 별도의 방법을 통해 투명성 규칙으로부터 이탈(derogate)할 수 없다;
- (b) 중재판정부는 이 투명성 규칙의 특정 규정 (provision)에 의한 재량권 외에도, 중재가 실제적인 방식으로 진행되기 위해 조정(adaptation)이 필요하고 또 그 조정이 투명성 규칙의 목적과 부합한다면 분쟁 당사들과의 협의 후에 특정 상황에 대한 투명성 규칙의 특정조항 (specific provision)에 규정된 요건을 조정하는 권한을 가진다.

#### 중재판정부의 재량 및 권한

4. 투명성 규칙이 중재판정부의 재량권 행사를 허용한 경우, 중재판정부는 재량권 행사에 있어 다음과 같은 사항을 고려한다.

- (a) 투자협정 기반 투자조약중재와 중재 과정에서 투명성을 통한 이익; 그리고
  - (b) 분쟁의 공정하고 효율적인 해결에 따른 분쟁당사자들의 이익
5. 본 규칙은 제 3자의 의견 제출 수락 등과 같이 투명성을 촉진시키는 방식으로 중재를 진행하기 위한 경우라면 UNCITRAL 중재규칙에 의하여 부여받는 중재관정부의 어떠한 권한에도 영향을 미치지 아니한다.
6. 본 규칙의 투명성 목적을 전적으로 약화시키는 행위 (conduct), 조치 (measure) 또는 행동 (action)이 있을 시, 중재관정부는 투명성 목적이 우선하도록 한다.

분쟁 발생 시 해당 방법

7. 투명성 규칙이 적용되는 경우, 본 규칙은 해당 중재 규칙들을 보충한다(supplement). 투명성 규칙과 해당(applicable) 중재 규칙이 저촉된다면 투명성 규칙이 우선한다. 본 규칙의 규정에도 불구하고, 투명성 규칙과 투자협정이 저촉되는 경우 투자협정의 규정이 우선한다.
8. 본 규칙과 분쟁당사자들이 배제할 수 없는 중재에 적용되는 국내법 조항이 저촉되는 경우, 그 법의 조항이 우선한다.

UNCITRAL 비회원국과의 중재 적용

9. 투명성 규칙은 UNCITRAL 중재규칙 외의 규칙 또는 임의 중재 절차에 의해 제기된 투자조약중재에서도 사용될 수 있다.

제1조 제1항의 각주

\*\* 투명성 규칙의 목적을 위해, “협정”이란 투자 또는 투자자 보호를 위한 조항 또는 투자자 및 협정에 의한 당사자들에 대한 투자자의 중재 요청 권리 조항을 포함하는 양자 또는 다자협정을 포함하여 포괄적으로 이해된다. 이러한 협정은 일반적으로 자유무역협정, 경제통합협정, 무역 및 투자협정 또는 양자투자협정을 포함한다.

\*\* 투명성 규칙의 목적을 위해, “투자협정의 당사자들” 또는 “정부”는, 예를 들어, 투자협정의 당사자인 지역경제통합기구를 포함한다.

### (3) 해 설

UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 범위를 규율하는 제1조는 사실 그동안 각국 간 이견이 가장 첨예하게 노정되었던 부분이었다. 가급적이면 투명성 규칙을 미래에 진행되는 투자중재에 광범위하게 적용되기를 희망하는 국가들과 그러한 방식에 부담을 느끼는 국가들의 입장이 대립하였기 때문이다. 이러한 상반되는 입장을 반영하여 전체적으로 타협안이 도출되었다.

그 결과 투명성 규칙은 투자협정 당사국간 “별도의 합의가 없는 한” 원칙적으로 2014년 4월 1일 이후 체결되는 투자협정에 따라 진행되는 UNCITRAL 투자중재에 대해서만 적용된다. 그러므로 앞으로 체결되는 한-호주 FTA, 한중 FTA, TPP 등의 투자협정에 따라 진행되는 투자중재에 대해서만 투명성 규칙이 적용된다.

물론 여기에는 투자협정 당사국간 “별도의 합의가 없는 한” 이라는 단서가 붙어 있으므로 만약 한-호주 FTA, 한중 FTA 등에서 어떠한 버전의 UNCITRAL 규칙을 적용할 것인지에 대하여 구체적 지정이 있고 이를 통해 투명성 규칙을 배제하기로 합의하는 경우 그러한 합의에 따르게 된다.

그러므로 앞으로 체결하는 FTA, BIT 등에서는 어떠한 버전의 UNCITRAL 규칙을 지정하는지 여부에 대하여 주의를 기울여야 하며 2013년 UNCITRAL 규칙이나 단순히 UNCITRAL 규칙에 따른다는 언급만 있는 경우 투명성 규칙을 포함하는 UNCITRAL 규칙을 지칭하는 것으로 간주될 것이다. 즉, 앞으로 우리나라가 체결하는 투자협정에서 투명성 규칙의 적용을 의도하지 않는 경우 그러한 취지가 분명히 표시되도록 협정문을 구성하는 것이 필요하다.

그 다음으로 상기 투명성 규칙 제1조 2항이 밝히고 있는 바와 같이 이 규칙은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 따라 진행되는 투자분쟁에 대해서는 분쟁당사자간 또는 투자협정의 체약 당사국간 별도의 합의가 존재하지 않는 한 적용되지 아니한다. 여기에서는 투자협정의 체약 당사국간 합의뿐 아니라 투자분쟁의 당사자 간 (즉 외국인 투자자와 투자유치국 정부간) 합의를 통해서도 이러한 과거의 투자협정에 따른 투자분쟁에 상기 규칙이 적용될 수 있음에 유념하여야 한다.

따라서 우리나라의 경우 2014년 3월 현재 체결된 92개의 BIT와 9개의 FTA에 따라 미래에 진행되는 투자중재에는 우리나라와 그러한 BIT/FTA 상대국과 또는 우리 정부와 외국인 투자자간 별도의 합의가 없는 한 이 투명성 규칙이 적용되지 않는다.

하나 유념할 사항은 바로 이 문제를 해결하기 위하여 현재 UNCITRAL 주도로 투명성 협약 체결이 적극 검토되고 있다는 점이다. 즉, 투명성 협약 체결의 가장 큰 장점은 희망하는 국가들끼리는 투명성 협약에 동시에 가입함으로써 이와 같이 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 따른 투자분쟁에 대해서도 투명성 규칙을 적용하기로 일괄타결 방식으로 합의할 수 있다는 사실이다.

특히 이 문제와 관련하여 소위 발전적 해석 (evolutionary/dynamic interpretation) 문제가 상당히 심도 있게 논의되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 투명성 규칙의 도입을 강하게 주장하는 국가들을 중심으로 발전적 해석 원칙이 적극 제시되었으며, 그 취지는 조약문의 해석은 변화하는 상황을 염두에 두고, 또는 그러한 변화하는 상황에 발맞추어 (evolution) 이루어져야 한다는 것이다. 즉, 이 원칙에 따르면 별도의 명시적 언급이 없더라도 투명성 규칙이 사실상 자동적으로 기존의 UNCITRAL 중재규칙에 포함되는 것으로 해석될 수 있다. 이러한 방식은 투명성 규칙을 적극 적용하고자 하는 국가들에게는 상당히 유

용한 도구를 제공하게 될 것이다. 그러나 이러한 방식이 사실상 포기되고 투자협정 당사국의 명시적 합의가 필요한 것으로 최종적인 투명성 규칙은 작성되어 있는 바, 이는 우리나라를 비롯한 여러 국가들의 우려와 입장을 반영한 것으로 볼 수 있다.

또한 현재 투명성 규칙이 다양한 구체적 항목을 담고 있고 피제소국 정부에도 다양한 부담을 초래할 수 있는 점을 감안하면 명시적으로 투명성 규칙을 채택하여 향후 이 규칙을 적용하는 것이 타당할 것이며 단지 발전적 해석이라는 해석론의 방법으로 이를 적용하는 것은 장기적으로는 적절하지 않을 것으로 판단된다.

전체적으로 이 조항은 현존하는 조약에 대한 규칙의 자동 적용여부 문제와 관련, 기존에 체결된 조약은 opt-in, 투명성규칙 발효 이후 체결된 조약은 opt-out 방식으로 투명성 원칙을 적용한다는 원칙하에 스위스가 제안한 안 (A/CN.9/WG.II/LVIII/CRP.2 참조)을 바탕으로 구성되었다.

이 조항은 투명성 규칙 전체 조항 중에서 가장 민감하게 논의가 진행되었던 사항으로 작업반 내 합의 도출이 여의치 않자 의장의 주도로 비밀정보 보호에 관한 제7조와 일괄타결 방식 (package deal)으로 처리되었다.

## 2. 제 2 조

### (1) 영어 원문

Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings

Once the notice of arbitration has been received by the respondent, each of the disputing parties shall promptly communicate a copy of the notice of arbitration to the repository referred to under article 8. Upon

receipt of the notice of arbitration from the respondent, or upon receipt of the notice of arbitration and a record of its transmission to the respondent, the repository shall promptly make available to the public information regarding the name of the disputing parties, the economic sector involved and the treaty under which the claim is being made.

(2) 한글 번역문

제 2 조: 중재절차 개시에 관한 정보의 공개

피제소국의 중재 통지 접수 후, 각 분쟁당사자들은 중재통지 사본을 제8조에 의한 등록기관(the repository)에 즉시 통지한다. 피제소국이 중재통지를 접수한 사실, 또는 중재통지 접수사실과 피제소국에게 중재통지를 전달한 기록으로부터, 등록기관은 즉시 분쟁당사자들의 성명, 관련된 경제 분야, 청구가 제기된 투자협정과 관련된 정보를 일반에게 공개한다.

(3) 해 설

중재절차 개시 시 등록기관이 양 당사자로부터 분쟁과 관련된 핵심 정보를 취합한 후 이를 대외적으로 공개하는 것은 일반 대중에게 필요한 정보를 제공한다는 측면에서 적절한 방안이라고 볼 수 있을 것이다.

제2조와 관련된 통보의 의무는 양 분쟁당사자에게 공히 적용된다는 점에 유념하여야 한다. 즉, 외국인 투자자는 물론이고 피제소국도 그러한 통지의 의무를 부담한다. 이는 현실적으로 외국인 투자자는 중재통지를 피제소국에 전달한 후, 그리고 이를 수령한 피제소국 정부는 이를 수령하는 즉시 사무국에 통보하여야 할 의무를 부담하게 된다는 의미이다. 각각의 분쟁당사자로부터 중복적인 통보가 이루어지도록 규정하고 있다.

중재절차 개시 시 관련 당사자와 산업 영역 등을 공개하도록 규정

하는 제2조에 대해서는 특별한 의견이 개진되지 않았으며 원래 초안이 그대로 채택되었다. 이 조항은 원칙적으로 특별한 문제를 야기하는 것은 없는 것으로 사료된다. 다만 이 조항 논의과정에서 어떠한 산업영역이 연관되어 있는지를 밝히는 것이 필요한지에 대한 논의가 있기는 하였으며 대체적인 컨센서스는 이 정도의 정보는 최소한의 정보로서 대외에 공개되는 것이 필요하다는 것이었다.

또한 중재판정부 구성 이전에 최소한도로 중재당사자의 성명과 분쟁대상 분야 등을 공개하도록 하고 있는 바, ICSID 중재 실무와 일치하며, 공개 범위 또한 최소한의 사실관계에 국한되어 중재절차상 과도한 부담이 발생하지 않을 것으로 예측된다. 다만 정보의 제공 문제와 관련하여 주로 문제가 제기된 것은 실제 이 사무국이 어떻게 운영될 것인지에 대한 부분이었다. 특히 현재 초안에 포함된 “shall promptly make available to the public”의 의미가 어떠한 방식을 구체적으로 염두에 두고 있는지 불분명한 바, 이에 대한 명확화가 필요할 것이다. 가령 이 의무가 웹사이트에 게재한다는 의미인지, 일반인의 요청 시 문서로 통보한다는 의미인지, 혹은 일반인이 요청하는 경우 복사를 허용한다는 의미인지 등 불분명한 부분이 있다.

그간의 논의에 따르면 이 조항에 따라 사무국에 부과되는 의무는 일단 투자분쟁 관련 정보를 입수한 후 이를 자신의 웹사이트에 게시하는 것으로 이해되고 있다. 그리고 그 내용은 해당 투자분쟁과 관련한 간략한 사실관계를 게시한다는 의미이며 구체적인 주장사항이나 법적 쟁점도 포함한다는 것은 아니다.

또한 이 조항과 관련하여 제기되는 문제점은 통보된 투자분쟁 관련 자료를 일람하였을 때 일응 투명성 규칙이 적용되는지 여부가 불분명한 경우, 가령 제1조에 규정된 투명성 규칙 적용 범위에 포함되는지, 또는 제7조에 따른 비밀정보 예외조항에 해당하는지 여부가 불분명한 경우 해당 사무국이 어떠한 결정을 내려야 하는가 하는 점이 문제가 된다.



예를 들어 투명성 규칙이 적용되는지 여부가 불분명한 경우에도 사무국이 제2조에 따른 관련 정보를 공개하여야 하는지 의문을 제기하였다.

이에 대해 여타 국가들은 제2조에 따른 정보제공에서 당사자 명칭과 관련 BIT 등 지극히 기초적인 정보만을 제공하도록 규정한 이면에는 최소한 이 단계에서는 투명성 사무국의 의사결정이나 재량권 행사의 여지를 없애고 자동적으로 공개하도록 하는 컨센서스가 있었음을 지적하였다. 결국 이 단계에서는 일응 문제의 소지가 있는 투자분쟁의 경우도 사무국 웹사이트를 통하여 공개되는 것으로 파악하고 이에 대비하여야 할 것이다.

### 3. 제 3 조

#### (1) 영어 원문

#### Article 3. Publication of documents

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.
2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal.

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.
4. The documents to be made available to the public pursuant to paragraphs 1 and 2 shall be communicated by the arbitral tribunal to the repository referred to under article 8 as soon as possible, subject to any relevant arrangements or time limits for the protection of confidential or protected information prescribed under article 7. The documents to be made available pursuant to paragraph 3 may be communicated by the arbitral tribunal to the repository referred to under article 8 as they become available and, if applicable, in a redacted form in accordance with article 7. The repository shall make all documents available in a timely manner, in the form and in the language in which it receives them.
5. A person granted access to documents under paragraph 3 shall bear any administrative costs of making those documents available to that person, such as the costs of photocopying or shipping documents to that person, but not the costs of making those documents available to the public through the repository.

## (2) 한글 번역문

### 제 3 조: 문서의 공개

1. 제7조에 따를 것을 조건으로 다음 서류는 대중에게 공개된다: 중재 신청 통지서(the notice of arbitration), 통지 답변서, 청구서, 항변

(statement of defence)과 추가적인 서면진술 또는 분쟁당사자들이 제출한 서면 서류들; 증거 서류(exhibits) 자체는 아니지만 중재절차를 위한 증거 서류들을 나열한 표가 준비된 경우, 상기 문서에 대한 모든 증거 서류와, 전문가 보고서 및 증인 진술에 대한 모든 증거 서류들을 나열한 표; 투자협정의 비분쟁당사자(또는 당사자들)가 제출한 서면 서류, 그리고 가능한 경우 제 3자에 의한 심리 속기록(transcripts of hearings); 그리고 중재판정부의 명령, 결정 및 판정.

2. 제 7조에 따를 것을 조건으로 전문가의 보고서 및 증인 진술은 그 증거들을 제외하고 분쟁판정부 중재인의 요구에 의하여 대중에게 공개될 수 있다.
3. 제 7조에 따를 것을 조건으로 분쟁판정부는 그 요청이 이유가 있다고 보는 경우 또는 요청에 따라, 분쟁당사자들과의 협의 후 분쟁판정부에 제공된 또는 발행한 본 조 제 1항과 제 2항에 해당하지 않는 증거 서류와 기타 서류에 관하여 공개 여부와 방법을 선택할 수 있다. 이는, 예를 들어, 명시된 장소(site)에 이러한 서류가 제공되는 것을 포함할 수 있다.
4. 제7조에 의한 기밀 또는 보호되는 정보의 보호와 관련된 방식(arrangement) 및 시한에 따를 것을 조건으로 분쟁판정부는 본 조 제 1항과 2항에 따라 공개되는 서류를 제8조에 의한 등록기관에 조속히 통보한다. 분쟁판정부는 본 조 제 3항에 의해 제공된 정보를 준비되는 대로 그리고, 해당되는 경우에 제7조에 따라 편집된 형태로 제8조에 의한 등록기관에 제공할 수 있다. 등록기관은 모든 서류를 제공된 형식과 언어로 적시에 제공한다.
5. 본 조 제 3항에 의해 제공된 정보의 사용 권한을 부여받은 자는 제공받는 문서를 작성하는 데 소요된 모든 관리 비용을 부담한다. 관리 비용은 복사 비용 또는 배송비용을 포함하나 등록기관이 문서를 공개하며 사용된 비용은 포함하지 아니한다.

### (3) 해 설

상기 제3조는 광범위한 문서를 일반 대중에게 공개하도록 요구하고 있다. 이러한 문서의 공개는 투명성 제고를 위한 핵심적 과제라고 볼 수 있을 것이다.

ISDS 절차 및 관련 문서의 공개에 반대하는 입장은 기본적으로 그 간 ISDS 절차는 관련 국가의 동의하에만 이루어지는 제한적이고 예외적인 분쟁해결절차로 파악하는 데 기초하고 있다. 그러나 최근 BIT 및 FTA에 포함되는 ISDS 절차에 대해서는 국가의 자동적 동의가 전제되는 상황이므로 점차로 일반적인 분쟁해결절차와 유사한 성격으로 변모하여 가고 있다. 특히 최근에 ICSID 절차에서는 관련 절차와 자료를 가급적 공개하는 방향으로 관련 규칙의 개정이 이루어지고 있다.

중재절차에서 제출되는 문서를 공개하도록 규정하는 제3조와 관련, 제5항이 규정하는 비용부담 문제를 명확히 하는 부분에 대하여 집중적인 논의가 전개되었다. 문서의 공개를 요청하는 사람이나 주체는 자신의 요청에 따른 복사비와 운송비만 부담하며 여타 정보 공개와 관련된 일반적인 행정비용을 부담하는 것은 아니라는 점을 보다 명확히 하였다.

이 조항을 논의하는 과정에서 투명성 사무국은 인터넷에 업로드하는 경우에도 “비록 미미하나마” 비용이 소요된다는 측면에서 이러한 비용은 자료공개를 요청하는 제3자가 별도로 부담할 필요가 없다는 점을 명시적으로 표현하는 것이 필요한지에 대하여 논의가 전개된 바 있다. 그러나 이러한 비용이 미미하다는 차원에서 인터넷에 업로드하는 경우 “비용 부담” 또는 “미부담” 등 특별한 언급을 추가할 필요는 없을 것으로 판단되어 현재와 같은 문안이 작성되었다.

그러나 사실 이 문제는 이보다는 다소 복잡한 부분을 내포하고 있

다. 즉, 인터넷에 올리는 경우에도 개별 사안별로 비용이 미미할 뿐이지 관련 비용이 발생하는 것은 마찬가지이다. 사무국 입장에서는 장기적으로 전담인력의 시간투입과 관리비가 발생할 것이기 때문이다. 따라서 개별 사안별로는 설사 미미한 경비가 발생하더라도 사무국 입장에서는 이에 대하여 비용을 부담할 것으로 요청하는 상황이 얼마든지 상정 가능할 것이다. 가령 추후 사무국이 지정되면 이들은 자신들의 운영비를 충당하기 위하여 다운로드를 받는 데 건당 최소한의 비용 납부를 요청할 수도 있을 것이다. 이와 같이 향후 진행상황을 예측하기 힘든 상황에서는 현재 규정과 같이 “문서를 공개하는 데 들어가는 비용은 제외한다”는 취지의 규정을 도입한 것이 타당한지는 다소 의문의 여지가 있다.

제3조 역시 “shall be made available to the public”이 어떠한 방식을 예정하고 있는 것인지에 대한 명확화가 필요하다. 가령 일반인의 요청을 전제로 문서의 사본이 제공되는 것인지, 아니면 그러한 요청이 부재하는 경우에도 사무국에서 해당 내용을 게시 내지 발간하여야 하는 것인지를 문제 등을 상정하여 볼 수 있다. 제1항의 취지를 보면 후자의 상황을 염두에 두고 있는 것으로 볼 수 있다.

즉, 모든 서류와 자료는 일단 공개되는 것이 원칙이며 여기에 적용되는 유일한 제한 사항은 제7조에 따라 부과되는 비밀정보 보호의 경우임을 명확히 하고 있다. 제3조와 관련하여 당사자가 제출하는 서면 이외에도 증거자료 (exhibits)도 제3항에 따라 공개 대상이 됨을 명확히 하고 있다는 점에 유념하여야 한다.

#### 4. 제 4 조

##### (1) 영어 원문

Article 4. Submission by a third person

1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute.
2. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal:
  - (a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the third person);
  - (b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party;
  - (c) Provide information on any government, person or organization that has provided to the third person (i) any financial or other assistance in preparing the submission; or (ii) substantial assistance in either of the two years preceding the application by the third person under this article (e.g. funding around 20 per cent of its overall operations annually);
  - (d) Describe the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and
  - (e) Identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address in its written submission.
3. In determining whether to allow such a submission, the arbitral tribu-

nal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant:

- (a) Whether the third person has a significant interest in the arbitral proceedings; and
  - (b) The extent to which the submission would assist the arbitral tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitral proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties.
4. The submission filed by the third person shall:
- (a) Be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person;
  - (b) Be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal;
  - (c) Set out a precise statement of the third person’s position on issues; and
  - (d) Address only matters within the scope of the dispute.
5. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party.
6. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person.

(2) 한글 번역문

제 4 조: 제 3자의 서면 입장 제출

1. 분쟁당사자들과 협의 후, 중재판정부는 투자협정에 의한 분쟁당사자 및 비분쟁당사자가 아닌 자 (이하 “제 3자”)가 분쟁 범위 내의

문제에 관하여 중재판정부에 서면 입장서를 제출하는 것을 허용할 수 있다.

2. 서면 입장서를 제출하고자 하는 제 3자는 중재판정부에 중재언어를 사용하여 중재판정부가 지정한 페이지 제한에 맞춰 명확한 서면 진술을 통해 신청하며
  - (a) 관련이 있는 경우, 제 3자의 (무역 연합 또는 기타 비정부기관의) 회원자격(membership) 및 법적 지위, 일반적인 목적, 제3자의 활동 및 모기관의 성격(nature)을 기재한다. (기관이란 제3자의 활동을 직간접적으로 통제하는 기관을 포함한다.)
  - (b) 제3자와 분쟁당사자들 간의 직접적 또는 간접적 관계를 공개한다.
  - (c) 제3자에게 (i) 서면 제출을 위한 금전적 또는 기타 도움을 제공하거나 또는 (ii) 2년 절차 또는 본 조에 따른 제 3자에 의한 신청(application)에 실질적인 도움(e.g. 매년 전반적인 운영의 약 20 퍼센트를 투자(funding))을 제공한 정부, 개인 또는 기관의 정보를 제공한다.
  - (d) 중재로부터 제 3자가 가지는 이해관계의 성격을 기재한다.
  - (e) 제 3자가 서면 제출을 통해 해결하고자 하는 중재 관련 사실(fact) 또는 법의 구체적 사안을 기재한다.
3. 제출 허용 여부의 결정을 위해 중재판정부는 관련된 기타 판단요인들 중 다음의 항목을 고려한다.
  - (a) 중재절차에 의해 제 3자에게 상당한 이해관계가 있는지 여부
  - (b) 서면 제출이 분쟁당사자들과는 다른 관점, 특정 지식 또는 통찰(insight)을 제공하여 중재절차와 관련된 사실적 또는 법적 문제에 대한 중재판정부의 결정을 지원하는 정도
4. 제 3자가 제출한 서류들은
  - (a) 서류를 제출하는 자가 제 3자를 대표하여 날짜를 적고 서명한다.
  - (b) 간결하며 중재판정부가 지정한 페이지 제한을 넘지 아니한다.



- (c) 문제에 대한 제 3자의 입장(position)의 명확한 성명(statement)을 제시한다.
  - (d) 분쟁 범위 내 문제들만 다룬다.
5. 중재판정부는 제3자가 제출하는 어떠한 서류도 중재절차를 침해하거나, 중재절차에 과도한 부담을 초래하거나, 또는 부당하게 분쟁 당사자에게 해를 초래하지 아니하도록 한다.
  6. 중재판정부는 분쟁당사자들이 제3자의 서면 입장서에 대한 소견을 제시하도록 합리적인 기회를 보장한다.

### (3) 해 설

제4조의 핵심적인 내용은 분쟁당사자가 아닌 제3자 (가령 NGO)의 서면 입장서 제출 기회를 광범위하게 보장하기 위한 것으로 투명성 규칙 맥락에서 오랫동안 논의되어 온 사안이다. 기본적으로 투명성을 제고하는 기본 원칙 하에서는 이러한 제3자의 참여 확대는 ‘이론적’으로는 올바른 방향으로 볼 수 있을 것이다.

제3자의 중재절차 참여는 “제3자 의견서(amicus curiae brief)” 제출이라는 이름으로 국제분쟁해결절차에서 그 중요성과 빈도가 점차 증가하고 있는 상황이며, WTO 분쟁해결절차에서도 점차 주목을 받고 있는 항목이다. 다만, WTO 분쟁해결절차에서는 아직 제3자의 의견서 제출은 상당히 제한적/예외적이며 광범위하게 채택되고 있지는 않은 상황으로 현재 투명성 규칙이 예정하고 있는 바와 같은 광범위하고 제도적인 참여 권한 보장과는 그 맥락을 달리하고 있음에 주목하여야 한다.

이와 관련하여 유념할 점은 실제 제3자의 서면 입장서 제출이 어떠한 방식으로 이루어질 것인가 하는 부분에 주목하는 것이다. 즉, 실제 분쟁에서 제3자의 서면 입장서는 주로 외국인 투자자의 입장을 지지하는 성향을 가진 외국 소재 단체 및 협회 등에서 제출할 가능성이 상대적으로 높을 것으로 사료된다. 투자 유치국 정부 입장을 지지하

여 제출되는 제3자 서면 입장서도 물론 있을 수 있을 것이나 이 경우 주로 투자 유치국 국내에 소재한 단체나 협회일 가능성이 높고, 이 경우 이들이 비용과 경비부담을 감수하며 중재판정부에 자신들의 서면 입장서를 제출하는 상황을 상정하는 것은 쉽지 않다.

특히 제3자 서면 입장서의 작성에도 상당한 수준의 법적 주장과 논리가 포함되기 때문에 일반적으로 법률 전문가의 조력이 필요하며 따라서 상당한 정도의 변호사 비용 등이 소요되는 것이 일반적인 현상이다. ISDS 절차에서 제출되는 문서는 협정 해석과 법리에 관한 고도의 분석과 논리 전개가 필요하며 그 내용도 영문으로 작성되어야 하므로 적지 않은 비용이 수반될 것으로 예견할 수 있다.

그러므로 이러한 제3자 서면 입장서는 사실상 분쟁 당사자의 직/간접적인 지원이나 교감이 있는 상황에서 제반 비용을 감당할 만한 여건이 되는 협회 및 단체가 참여하는 것으로 보는 것이 보다 현실적이다. 그리고 이러한 능력에 부합하는 단체 및 협회들은 외국인 투자자의 사업영역이나 영업 분야에 간접적인 이해관계를 보유한 선진국에 소재할 가능성이 순수한 국내 NGO일 경우보다 상대적으로 높은 것으로 볼 수 있다.

특히 이와 관련하여 일부 외국의 경우 민간단체 및 NGO의 제3자 소송 참여가 활발하게 이루어지는 법률문화를 보유하고 있는 반면, 우리나라의 경우에는 반드시 그러하다고 볼 수는 없으므로 동일한 여건 하에서도 우리나라보다는 외국의 NGO 등이 소송 참여를 시도할 가능성이 높고 이들은 아무래도 외국인 투자자의 입장을 지원할 (물론 공익적 영역에서는 투자 유치국 정부를 지원할 가능성도 없지는 않을 것이나) 가능성이 상대적으로 높다고 보아야 할 것이다.

따라서 향후 투자분쟁해결절차가 활발하게 운용되게 되면 우리 투자자가 제소하는 경우보다는 외국인 투자자가 우리 정부를 제소할 가능성이 상대적으로 높다는 측면에서 이러한 외국 소재 NGO의 제3자 참

여에 어떻게 대처할 것인지에 대하여 면밀한 검토가 요구되고 있다.

이러한 부분을 감안하여, 현재 투명성 규칙 제4조는 제3자 서면 입장서 제출 요건을 상세히 규정하고 있는 바, 이는 상당히 중요한 의의를 지니고 있으며 전체적으로 환영할 만하다. 특히 제3자 참여를 희망하는 주체가 분쟁 당사자 일방으로부터 금전적 및 여타 방식으로 지원을 받았는지 여부를 사전에 공개하도록 규정하고 있는 바, 이는 위에서 지적한 우려 사항을 적절히 통제할 수 있는 장치로 작용할 것으로 판단된다.

그러나 이러한 규정에도 불구하고 일부 불명확한 부분도 눈에 띄고 있어 이에 대하여는 향후 유념하여 적절히 대처할 필요가 있다. 가령 제5항에서 규정하고 있는 “unfairly prejudicing any disputing party”라는 문구의 구체적 의미가 무엇인지 불분명하다. 이 문구는 사실상 제3자 참여의 정확한 맥락을 이해하지 못하고 도입된 것으로 볼 수 있으며 실제 ISDS 절차에서는 당사국간 분쟁의 소지를 내포하고 있다. 사실 대부분의 제3자 참여 서면 입장서는 양 분쟁 당사자 중 일방의 입장을 지지할 수밖에 없는 바, 구조적으로 “prejudicing any disputing party”의 속성을 항상 내포하고 있기 때문이다. 따라서 이러한 상황이 발생하지 않도록 제3자의 서면입장서 제출을 유도한다는 것은 현실적으로 적지 않은 어려움에 직면할 것으로 판단되는 바, 과연 제5항에서 규정하고 있는 이 문구의 의미가 무엇인지에 관하여 분쟁 당사자 그리고 참여를 희망하는 제3자 간 치열한 의견 대립이 발생할 공산이 적지 않다.

결국 다른 이슈와 마찬가지로 이러한 부분도 추후 중재판정부가 독자적으로 결정하는 것으로 귀결될 가능성이 농후하며, 결국 투자 유치국 정부가 생각하는 방식보다는 보다 포괄적으로 제3자의 참여를 허용할 개연성이 있는 것으로 볼 수 있다.

그 다음으로 현재 제4조 5항과 제5조 4항은 동일한 취지를 규정하

는 규정으로 “any submission” 이라는 용어를 사용하고 있다. 이 용어는 “어떠한 제출문서도” 라는 의미를 강조하기 위하여 사용된 것으로 (원래 초안에서는 “the submission” 이었음에 주목) 제3자가 제출하는 모든 문서에 대하여 중재판정부가 부당한 영향력 행사 여부를 평가하도록 의무를 부과하고 있는 것으로서 전체적으로 환영할 만한 조항으로 볼 수 있을 것이다. 특히 이러한 문구가 추가된 것은 이해관계가 미약한 NGO등이 외국인 투자자를 지원하여 중재절차에서 불필요하거나 부당한 제3자 참여 문서를 제출하는 상황을 가급적 제한하기 위한 우리나라 등의 입장을 반영한 결과이다.

## 5. 제 5 조

### (1) 영어 원문

#### Article 5. Submission by a non-disputing Party to the treaty

1. The arbitral tribunal shall, subject to paragraph 4, allow, or, after consultation with the disputing parties, may invite, submissions on issues of treaty interpretation from a non-disputing Party to the treaty.
2. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, may allow submissions on further matters within the scope of the dispute from a non-disputing Party to the treaty. In determining whether to allow such submissions, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant, the factors referred to in article 4, paragraph 3, and, for greater certainty, the need to avoid submissions which would support the claim of the investor in a manner tantamount to diplomatic protection.
3. The arbitral tribunal shall not draw any inference from the absence of any submission or response to any invitation pursuant to paragraphs 1 or 2.

4. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party.
5. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by a non-disputing Party to the treaty.

(2) 한글 번역문

제 5 조: 투자협정에 따른 비분쟁당사자의 서면 입장서 제출

1. 중재판정부는 본 조 제4항에 따를 것을 조건으로 허용하거나, 또는 분쟁당사자들과의 협의 후에, 투자협정의 비분쟁당사자에게 투자협정 해석과 관련된 문제에 대한 의견 제출을 요청할 수 있다.
2. 중재판정부는 분쟁당사자들과의 협의 후에, 분쟁 범위 내 추가 문제에 대하여 투자협정 비분쟁당사자의 서면 입장서 제출을 허용할 수 있다. 제출 허용 여부의 결정을 위해 중재판정부는 관련된 다른 판단요소 중 제4조 제3항에 따른 항목을 고려하고, 보다 확실히 하기 위하여(for greater certainty) 투자자의 청구를 외교적 보호권 행사에 준하는 방식으로 지원(support)하는 서면 입장서 제출은 회피하여야 한다.
3. 중재판정부는 본 조 제1항과 제 2항에 따른 요청에 의한 제출 또는 답변이 이루어지지 않더라도 이 사실로부터 어떠한 결론도 도출하여서는 아니 된다.
4. 중재판정부는 제출된 서류에 의해 중재절차가 침해되거나 중재절차에 과도한 부담을 주거나 또는 부당하게 분쟁당사자에게 해를 끼치지 아니 하도록 보장하여야 한다.
5. 중재판정부는 투자협정에 의한 비분쟁당사자의 의견 제출에 대해

여 분쟁당사자가 의견을 제시할 수 있도록 합리적인 기회를 부여하여야 한다.

### (3) 해 설

투자분쟁에서 비분쟁당사자 (즉, 투자분쟁해결절차를 개시하는 외국인 투자자의 국적국)가 투자분쟁해결절차에 참여하여 자신의 입장을 개진하는 것을 허용하는 것을 골자로 하는 제5조는 그간 작업반 회의에서 참여국들 간 입장이 가장 첨예하게 대립된 영역 중 하나이며, 문구의 수정 작업이 가장 활발하게 진행된 부분이다.

그 이유는 이러한 참여가 초래할 다양한 정책적/법리적 함의 때문이다. 외국인 투자자의 국적국이 투자분쟁해결절차에 참여하게 되면 결국 자국 투자자의 입장을 지지하는 견해를 표명할 공산이 커 해당 분쟁해결절차에서의 최종 판정 도출에 적지 않은 영향을 줄 수 있을 뿐 아니라 또한 원래 국가 대 국가 간 분쟁 메커니즘에서 초래되는 문제점을 극복하고자 도입된 ISDS 절차의 본질과도 다소 부합하지 않는 측면을 보유하고 있기 때문이다.

결국 이 문제에 관해서도 자국 투자자를 보호하고자 하는 입장을 강하게 견지하고 있는 선진국 그룹에서는 적극적인 입장을, 반면에 이러한 상황이 자신들에게 불리할 것으로 판단하는 개도국 입장에서는 소극적인 입장을 견지하는 모습이 상당 기간 노정되었으며, 투명성 규칙의 최종 문구는 이러한 양 입장의 절충점을 반영한 것으로 볼 수 있다.

그간 일반적으로 ISDS 절차는 외국 투자자와 투자유치국 정부 사이의 분쟁을 직접적으로 다루어 분쟁을 신속히 해결하고자 하고 있으며 다른 이해관계인의 제3자 참여를 허용하고 있지 않았다. 경우에 따라서는 투자자의 국적국이 자신들의 의견을 개진할 수 있는 기회를 보장하고 있기는 하나 이는 일반적인 의미의 소송의 제3자 참여

로 보기는 힘들며 제한적인 의견 개진의 기회로만 이해되어 왔다. 그러나 현재 투명성 규칙에서 규정하고 있는 비분쟁당사자의 의견 개진 조항은 기존의 입장보다 일견 전향적인 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.

특히 구체적 문구와 관련하여 제5조 제1항에서 비분쟁당사자의 의견서 제출을 중재관정부의 재량사항으로 할 것인지의 여부 (shall/may로 규정할 것인지의 여부)를 두고 국가 간 이견이 대립되었다. 비분쟁당사자의 권리 보장 필요성(미국) 및 일반적 분쟁해결에서 “shall”이 적합함(EU)을 이유로 “shall”을 사용하여 중재관정부에 법적 의무를 부과하여야 한다는 그룹과, 투자분쟁해결절차의 복잡성과 비용/행정적 부담(이스라엘), 중재관정부 재량 보장의 중요성(스페인) 등을 이유로 “may”를 사용하여 각 분쟁별로 중재관정부의 결정에 맡기자는 주장이 첨예하게 대립하였다.

의장은 설사 “shall”을 사용하는 경우에도 결국 제5조 제4항 (의견 제출이 중재절차를 방해하거나 부담으로 작용하거나 또는 일방당사자에게 불리한 상황을 초래하지 않도록 중재관정부가 보장을 하여야 한다는 취지를 규정)의 조건에 구속된다는 점을 강조하며 타협을 시도하였으나, 결국 다수의 국가가 선호하는 “may”를 채택하는 것으로 의견이 수렴되었다.

특히 이러한 입장 대립은 동조 제2항이 비분쟁당사자가 조약의 해석 문제뿐 아니라 “여타 사항 (on further matters)”에 대해서도 중재관정부의 허락 하에 자신의 의견을 개진할 수 있도록 허용하고 있는 부분과도 밀접하게 연결되어 있음에 주목하여야 한다. 이 조항에 따르면 비분쟁당사자는 단지 해당 투자협정의 해석문제뿐 아니라 해당 투자분쟁과 관련된 “여타 사항”에 대해서도 의견 개진을 할 수 있도록 되어 있는 바, 이는 비분쟁당사자가 해당 투자분쟁해결절차에 광범위하게 참여할 수 있는 법적 통로를 열어 둔 것으로 볼 수 있다. 특히

적지 않은 투자협정이 이러한 비분쟁당사자의 참여를 조약의 해석문제에만 국한하여 규정하고 있음과 비교하면 현재 투명성 규칙의 입장은 상당히 전향적이라고 평가할 수 있을 것이다.

이와 같이 광범위한 비분쟁당사자의 참여 가능성은 투자분쟁해결절차의 전체적인 힘의 균형 내지 역학관계에 중요한 영향을 초래할 수도 있으므로 이에 대한 면밀한 검토와 장기적인 대응책 마련이 필요할 것으로 사료된다. 이 조항은 자칫 결국 투자분쟁을 국가 대 국가 간 분쟁으로 회귀시키는 “뒷문 (back door)”으로 활용될 가능성을 내포하고 있기 때문이다.

물론 이 조항 역시 비분쟁당사자의 참여를 중재판정부의 허락을 통해서만 가능하도록 규정하고 있으나, 외국인 투자자의 국적국의 특별한 악의 (bad faith)가 확인되지 않는 한 그 국가가 이 조항을 통한 참여를 강력히 희망할 경우 결국 그러한 요청이 받아들여질 가능성이 크다고 보아야 할 것이며, 나아가 결국 제2조를 통하여 다양한 쟁점에 대하여 자신의 의견을 개진할 통로를 확보할 수 있을 것으로 볼 수 있다.

특히 이 조항이 가지는 본질적인 문제점은 바로 투자협정과 투자분쟁해결절차가 금기시하고 있는 외국인 투자자의 국적국의 “외교적 보호권 (right of diplomatic protection)”을 다시 부활시키는 효과를 초래할 수도 있다는 점이다. 이러한 부분은 작업실무반 회의에서도 다양한 각도에서 논의되었으며 특히 싱가포르, 중국, 에콰도르 등 국가들은 이러한 문제점을 집중 제기한 바 있다. 바로 이러한 우려에 대한 반응으로 제2항 제2문에서 이 절차가 외교적 보호권 행사와 유사한 방식으로 활용되어서는 아니 된다는 별도의 단서가 포함되기에 이르렀음에 유념하여야 한다.

이러한 점을 고려하여 실무 작업반 참가국들은 일단 동 조항의 취지가 외교적 보호권을 우회적으로 행사하는 상황을 허용하기 위하여



도입된 것은 아니라는 점을 조문에 명확히 반영하는 부분에 대하여는 전체적으로 공감을 표시하였다. 이에 대하여 이러한 문구가 정확하게 무슨 의미인지 명확하지 않다는 점 (가령 “외교적 보호권 행사에 준하는 방식”의 구체적 의미가 과연 무엇인지) 등이 지적되었으나, 일단 이러한 문구의 삽입이 추후 불필요한 오해의 소지를 줄이는 데는 기여할 것이라는 공감대가 형성되었으므로 이러한 방식으로 타협안을 도출하게 되었다.

그러나 이와 같은 애매한 성격의 문구는 결국 구체적인 분쟁에서 분쟁당사자간 그리고 양 체약 당사국간 이견과 분쟁의 소지만을 제공할 뿐이며 실질적으로 활용 가능한 가이드라인을 제시하는 것으로 보기는 힘든 측면이 있다. 구체적으로 어떠한 상황이 외교적 보호권 행사에 준하는 지 여부는 다양한 분쟁과 검토를 통한 법리의 축적이 필요하며 그 이전까지는 적지 않은 혼란이 예견되고 있다.

특히 이 조항에서 사용하고 있는 “tantamount to”라는 문구는 간접수용 규정에서 사용되는 문구와 동일한 것으로 이러한 성격의 문구가 초래하는 복잡성과 혼란에 대해서는 간접수용 법리의 발전 과정을 유추함으로써 간접적으로 파악할 수도 있을 것이다.

물론 이 조항의 전체적인 필요성에 대해서는 일반적인 공감대가 존재하고 있다. 비분쟁당사자 (외국인 투자자의 국적국)도 해당 투자분쟁에 중요한 이해관계를 보유하고 있다는 점에서 그러한 비분쟁당사자의 권리 보호에 관한 규정을 도입하는 것은 적절하다고 볼 수 있다. 그러나 비분쟁당사자의 참여가 투자분쟁해결절차의 기본 골격에 중요한 영향을 미치는 방향으로 진행되는 상황은 적절히 차단하는 것이 필요하다고 할 수 있으며, 이러한 부분들이 향후 투명성 규칙 운용 과정에서 구체화되어야 할 부분이다. 그러나 현재 제5조의 규정 내용으로는 이러한 부분이 향후 적절히 반영될 수 있을지 여부가 여

전히 불투명한 상황이며, 우리나라가 투명성 규칙을 수용, 적용함에 있어서는 이러한 부분에 대한 면밀한 검토가 필요한 상황이다.

앞서 제4조 5항에서 제3자 서면입장서 부분에서 살펴본 바와 같이 제5조에서도 제4항은 중요한 역할을 담당하게 될 것으로 볼 수 있다. 결국 제4항에서 규정된 내용을 중재판정부가 구체적인 사안에서 어떻게 이해하고 적용하는지 여부에 따라 이 조항을 통한 비분쟁당사자의 남용 가능성을 상당 부분 차단할 수 있을 것이다.

특히 이 조항과 관련하여 중재판정부는 이러한 비분쟁당사자의 참여가 결국 투자유치국 정부에 결정적으로 불리한 역학관계를 초래할 수도 있다는 점을 염두에 두고 과연 비분쟁당사자의 참여가 해당 투자분쟁의 해결에 도움을 줄 수 있는지 여부를 면밀히 평가하여야 할 것이다.

모든 계약 당사국은 특정 조약의 해석과 적용에 대하여 이해관계를 보유하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 이러한 계약 당사국으로서의 “일반적인” 이해관계를 폭넓게 이해하여 비분쟁당사자의 투자분쟁해결절차 참여를 정당화하는 구체적인 분쟁에서의 “특별한” 이해관계와 동일시하여서는 아니 될 것이다. 결국 이러한 부분에 대하여 향후 중재판정부의 적절한 판단이 요구되며, 투자협정에 투명성 규칙을 수용함에 있어서도 이러한 부분을 감안하여 별도로 세분화되거나 변경된 조항을 도입하는 것이 필요할 것으로 본다.

결국 투자분쟁을 담당하는 중재판정부도 해당 투자협정의 해석 문제에 봉착하게 되면 계약 당사국의 입장을 고려할 수밖에 없고, 나아가 일부 투자협정에서는 이러한 상황에서 계약 당사국의 입장 (공동위원회 등을 통해 확인)을 중재판정부가 그대로 따르도록 의무를 부과하는 경우도 존재하고 있음에 주목하여야 한다. 이와 유사한 상황은 현재 투명성 규칙이 예견하고 있는 바와 같이 ISDS 절차에서 비분쟁당사자가 광범위하게 참여하는 것을 허용하는 경우에도 마찬가지로

적용된다. 이 조항에서는 비분쟁당사자로만 규정하고 있으므로 “다자간 투자협정”에 있어서는 외국인 투자자의 국적국뿐 아니라 다른 계약 당사국 정부 역시 제5조에 따라 이 절차에 참여할 가능성이 열려 있기 때문이다. 여러 국가의 이러한 중복적인 참여는 해당 투자분쟁 해결절차를 일층 복잡하게 이끌어갈 개연성도 아울러 내포하고 있는 것으로 판단된다.

## 6. 제 6 조

### (1) 영어 원문

#### Article 6. Hearings

1. Subject to article 6, paragraphs 2 and 3, hearings for the presentation of evidence or for oral argument (“hearings”) shall be public.
2. Where there is a need to protect confidential information or the integrity of the arbitral process pursuant to article 7, the arbitral tribunal shall make arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.
3. The arbitral tribunal shall make logistical arrangements to facilitate the public access to hearings (including where appropriate by organizing attendance through video links or such other means as it deems appropriate). However, the arbitral tribunal may, after consultation with the disputing parties, decide to hold all or part of the hearings in private where this becomes necessary for logistical reasons, such as when the circumstances render any original arrangement for public access to a hearing infeasible.

## (2) 한글 번역문

### 제 6 조: 심 리

1. 제6조 제2항과 제3항에 따른 것을 조건으로, 증거 또는 구두 변론을 제공하는 심리(이하 “심리”)는 대중에 공개된다.
2. 제7조에 따라 비밀정보에 해당하거나 또는 중재절차의 진실성(integrity) 보장을 위하여 필요한 경우, 중재판정부는 그러한 보장이 필요한 부분에 한하여 심리를 비공개로 진행한다.
3. 중재판정부는 심리의 공개를 용이하게 하기 위한 실무적 지원조치(logistical arrangement)를 제공한다 (비디오 링크 또는 여타 적절하다고 판단되는 방식을 포함). 그러나 중재판정부는, 분쟁당사자들과 협의 후, 주변여건으로 인하여 원래 준비한 공개 심리 실행이 불가능한 경우와 같이 실무적(logistical) 이유로 공개가 불가능한 경우 해당 절차의 전체 또는 부분에 대하여 비공개로 심리를 진행할 수 있다.

## (3) 해 설

기본적으로 투자분쟁해결절차의 심리를 대외적으로 공개하도록 요구하고 있는 제6조는 투명성 규칙의 핵심 조항으로 볼 수 있다. 투자 분쟁의 투명성 논의가 전개되고 있는 배경에는 분쟁해결절차의 진행 상황을 여러 이해관계자와 일반 대중이 참관할 수 있도록 보장하자는 정책적 목표가 자리 잡고 있기 때문이다.

이러한 원칙적 합의에도 불구하고 다만 일부 국가들은 공개 심리 원칙이 도입되더라도 분쟁 당사자가 서로 합의하여 심리를 비공개로 진행할 가능성은 당사자 자치의 원칙상 항상 허용되어야 하는 것이 아니냐고 언급하며 이러한 내용이 제6조에 명문으로 반영되는 것이 적절하다는 입장을 개진한 바 있다. 이에 대하여 공개 원칙 확대를

주장하는 국가들은 이 부분이 이미 실무 작업반 회의에서 심도 있게 논의되었으므로 이 문제를 다시 논의하는 것은 적절하지 않다고 지적하였으며, 현재 투명성 규칙은 이러한 후자 쪽 입장을 반영하여 채택되었다.

결국 정리하면 현재 제6조는 기본적으로 모든 투자분쟁해결절차는 대중에 공개하는 것을 원칙으로 하며 다만 제7조의 규정에 따라 제한될 가능성을 열어두고 있다. 한편으로 심리 공개 원칙을 대폭 수용한 것은 향후 투자분쟁해결절차의 운용에 상당히 중요한 영향을 미칠 것으로 판단되며, 또 다른 한편으로 결국 제7조의 규정에 따라 제6조의 범위가 상당히 제한 받게 되는 “이중적”인 모습을 내포하고 있는 것으로 볼 수 있다.

이와 같은 이중적 측면을 띠게 된 이유는 바로 공개 확대를 주장하는 국가들과 이에 반대하는 국가들 간 타협의 산물로 이 조항이 도입되었기 때문이다. 따라서 이 조항은 제7조와 동시에 이해되어야 하며 이 조항만 별도로 이해하는 것은 적절하지 아니하다는 점에 주목하여야 한다.

그러므로 한편으로 투명성 규칙이 심리 공개 원칙을 대폭 수용하였다는 것은 사실이나 이는 오로지 제7조의 규정이 동시에 수반되는 경우에 타당한 명제이다. 그러므로 향후 우리나라가 투자협정 등에서 심리 공개 원칙을 수용하더라도 그 근거를 투명성 규칙 제6조에서만 찾으려 하며 대폭 공개 원칙을 수용하는 것은 적절하지 아니하며 반드시 제7조에서 허용하고 있는 광범위한 비밀보호 지정 조항과 하나의 세트로서 제시될 수 있도록 조문 작업을 진행하여야 할 것이다.

특히 이 조항에 대하여 우리나라도 적지 않은 우려가 있었으나 궁극적으로 수용하게 된 배경은 제7조에 우리 측이 희망하는 내용이 상당히 반영되었기 때문이기도 하다.

아래에서 설명하는 바와 같이 제7조의 경우 비밀정보 지정 권한에

대하여 투자 유치국 정부에 유리한 방향으로 전체적으로 조문 작업이 진행되어 왔다.

다만 이 조항의 구체적 운용과 관련하여서는 다양한 실무적 쟁점이 제기되는 바, 이러한 문제에 대하여 향후 구체적인 검토와 대응책 마련이 요구될 것으로 판단된다.

가령 공개 회기 (public session)와 비공개 회기 (confidential session)로 분리하여 심리를 진행하는 것은 이슈에 따라서는 용이하지 않을 수도 있을 것이며 적지 않은 비용부담을 초래할 수도 있을 것이다. 한편 상황에 따라서는 공개회의에서 예기치 않게 비밀정보 (confidential information)가 언급되는 상황 등도 예상가능하며 이러한 부분에 기술적으로 어떻게 대처할 것인지에 대한 검토가 필요하다. 또한 비공개 회의에서 논의된 사항이 핵심 쟁점에 관한 사항인 경우 이를 어떻게 최종 판정문에 포함시킬 것인지 문제 역시 기술적으로는 가능하나 다양한 실무적 과제를 제시할 것으로 사료된다.

또한 현재 대중에 공개하는 방식은 물리적으로 방청을 허용하는 방식뿐 아니라 다양한 전자적 방식 (가령 CCTV, 웹캐스트, 녹화)도 아울러 허용하고 있으므로 이들 중 어떠한 방식으로 공개할 것인지는 결국 해당 분쟁에서 당사자 간 그리고 중재판정부와의 협의를 통하여 결정될 문제이다.

만약 국내정치적으로 민감한 분쟁의 경우 투자 유치국 정부 입장에서는 가능하다면 물리적 방청을 보다 선호하는 입장을 견지할 가능성이 있다. 이러한 방식을 채택할 경우 해외에서 진행되는 ISDS 절차의 속성상 일반 대중의 참관이 상대적으로 제한될 가능성이 있기 때문이다.

이와 관련하여 사실 투자분쟁해결절차가 공개되더라도 이에 관심을 갖고 참여하거나 참관하는 사람은 상당히 제한적일 것이라는 현실적인 지적도 일견 경청할 필요가 있다. 가령 WTO 분쟁해결절차에서는 당사국간 합의가 있는 경우 패널 및 항소기구 심리를 대외에 공개하

고 있으나 이에 참여하여 참관하는 대중은 상당히 제한적이다. 만약 이러한 부분이 투자분쟁해결절차에서도 유사하게 적용된다면 사실 분쟁해결절차의 공개가 초래하는 파장은 상당히 제한적일 것이다.

그러나 한편으로 투자분쟁은 각국의 핵심 국내정책과 밀접한 연관성을 갖고 있으며 국내정치적으로 민감한 부분을 다수 내포하고 있어 통상분쟁의 경우와는 달리 다양한 이해관계자들이 분쟁해결절차에 적극 참여하여 참관하고 그 결과를 토대로 다양한 국내적 피드백을 제공할 가능성이 열려 있는 것으로 판단된다. 이러한 가능성이 구체적으로 제기되는 상황에서 분쟁당사자들은 자신들의 입장을 개선하는데 있어 일정 부분 제약을 받을 가능성이 있다.

가령 투자 유치국 정부 입장에서 살펴보면 자신들의 주장이 국내에서 곧바로 전파되어 다양한 정치적 함의를 초래할 것으로 판단하면 제시하는 주장과 논거가 일부 변경되는 상황도 발생할 수 있을 것이다. 이러한 부분은 외국인 투자자 입장에서도 맥락은 다를지언정 유사하게 적용될 수 있으며 자신들의 주장이 자신의 국적국과 해외에서 어떻게 이해되고 파악되는지에 대하여 관심을 경주할 개연성이 있다.

이와 관련하여 역시 관심을 끄는 이슈 중 하나는 이와 같이 심리과정의 모든 공개되면 투자 유치국 정부의 조치에 대하여 문제의식을 갖고 있는 여타 외국인 투자자 역시 자신들의 입장을 강화할 수 있는 다양한 논거를 간접적으로 획득하게 되고 결국 ISDS 절차로 진행되는 상황을 적극 검토하는 부분도 발생 가능하다는 점이다.

물론 모든 외국인 투자자가 투자협정상 자신의 권리를 적극적으로 행사하는 것을 그 자체로서 문제시할 수는 없을 것이나, 현재 투자분쟁해결절차와 관련하여 제기되는 주요 쟁점 중 하나가 바로 다국적 기업 등의 남소 가능성 여부라는 점을 감안하면 이와 같은 메커니즘은 다양한 실질적 함의를 내포하고 있다.

특히 이러한 대외 공개절차에서 투자 유치국 정부가 밝힌 정책목표

와 입장 등은 추후 유사한 분쟁에서 번복되기 힘들며 (estoppel 원칙), 설사 변경이 허용된다고 가정하더라도 정부 주장의 신뢰도가 상당히 하락될 것으로 예측할 수 있다.

이러한 부분을 감안하면 설사 심리 공개 원칙은 외국인 투자자와 투자 유치국 정부에 공히 적용되는 것이라고 하더라도 결국 실질적인 부담은 투자 유치국 정부에 비차별적으로 작용할 가능성이 높다는 점에 주목하여야 한다. 바로 이러한 부분이 심리 공개와 관련하여 향후 우리가 면밀히 검토하여야 할 부분 중 하나라고 볼 수 있다. 그러므로 이 문제는 단지 심리 공개가 적법절차 (due process of law)에 따라 요구되는지 여부의 문제가 아니라 현재의 투자분쟁해결절차에서 전체적으로 열세에 있는 투자 유치국 정부 (특히 개도국 정부)의 입장을 보다 위축시키는 효과 (일종의 “chilling effect”)가 있는 것은 아닌지에 초점을 두고 검토가 진행되어야 한다.

## 7. 제 7 조

### (1) 영어 원문

#### Article 7. Exceptions to transparency

#### Confidential or protected information

1. Confidential or protected information, as defined in paragraph 2 and as identified pursuant to the arrangements referred to in paragraphs 3 and 4, shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6.
2. Confidential or protected information consists of:
  - (a) Confidential business information;
  - (b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty;
  - (c) Information that is protected against being made available to the



public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or

- (d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.
3. The arbitral tribunal, after consultation with the disputing parties, shall make arrangements to prevent any confidential or protected information from being made available to the public, including by putting in place, as appropriate:
- (a) Time limits in which a disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person shall give notice that it seeks protection for such information in documents;
  - (b) Procedures for the prompt designation and redaction of the particular confidential or protected information in such documents; and
  - (c) Procedures for holding hearings in private to the extent required by article 6, paragraph 2.

Any determination as to whether information is confidential or protected shall be made by the arbitral tribunal after consultation with the disputing parties.

4. Where the arbitral tribunal determines that information should not be redacted from a document, or that a document should not be prevented from being made available to the public, any disputing party, non-disputing Party to the treaty or third person that voluntarily introduced the document into the record shall be permitted to withdraw all or part of the document from the record of the arbitral proceedings.
5. Nothing in these Rules requires a respondent State to make available

to the public information the disclosure of which it considers to be contrary to its essential security interests.

Integrity of the arbitral process

6. Information shall not be made available to the public pursuant to articles 2 to 6 where the information, if made available to the public, would jeopardize the integrity of the arbitral process as determined pursuant to paragraph 7.
7. The arbitral tribunal may, on its own initiative or upon the application of a disputing party, after consultation with the disputing parties where practicable, take appropriate measures to restrain or delay the publication of information where such publication would jeopardize the integrity of the arbitral process because it could hamper the collection or production of evidence, lead to the intimidation of witnesses, lawyers acting for disputing parties or members of the arbitral tribunal, or in comparably exceptional circumstances.

(2) 한글 번역문

제 7 조: 투명성 예외 사유

비밀 또는 보호되는 정보

1. 본 조 제 2항이 정의하고 본 조 제 3항과 제 4항에 따른 방식에 의해 기재되는 비밀 또는 보호되는 정보는 제2조부터 제6조에 따라 공개되지 아니한다.
2. 비밀 또는 보호되는 정보는 다음 각 호로 구성된다.
  - (a) 영업비밀
  - (b) 투자협정에 의해 공개되는지 않는 정보
  - (c) 피제소국 정보의 경우 피제소국 국내법에 따른 비공개 정보, 기

타 정보의 경우 중재판정부가 결정하기에 적합하다고 여겨지는 법 또는 규칙에 따른 비공개 정보; 또는

- (d) 공개가 법집행을 방해 할 가능성이 있는 정보
3. 중재판정부는, 분쟁당사자들과의 협의 후에, 비밀 또는 보호되는 정보의 공개를 막기 위하여 적합한 경우 다음과 같은 조치를 취한다.
- (a) 협정의 분쟁당사자, 비분쟁당사자 또는 제3자의 서류의 비밀 또는 보호되는 정보 보호의 통지 시한 설정
  - (b) 서류의 특정 비밀 또는 보호되는 정보의 즉각적 지정(designation) 및 편집을 위한 절차 설정; 그리고
  - (c) 제6조 제2항에 따른 비공개 심리 절차 설정
- 정보의 비밀 또는 보호 여부는 중재판정부가 분쟁당사자들과 협의 후 결정한다.
4. 중재판정부가 문서의 정보가 수정되어서는 아니 된다고 결정하거나 또는 문서의 공개가 금지되지 않아야 한다고 결정하는 경우, 문서를 자발적으로 제출한 분쟁당사자, 협정에 의한 비분쟁당사자 또는 제3자가 문서의 전체 또는 일부를 중재절차 기록에서 삭제하는 것을 허용한다.
5. 본 규칙은 피제소국에게 그 국가의 중요한 국가안보와 이익 (security interests)에 반하는 것으로 간주되는 정보의 공개를 요구하지 아니한다.

중재절차의 진실성 (integrity)

- 6. 제2조에서 제6조에 따라 정보가 공개되어 본 조 제7항에 따라 중재절차의 진실성을 위협하는 경우 그러한 정보는 공개되지 아니한다.
- 7. 분쟁 중재판정부는 그 요청이 이유가 있다고 보는 경우 또는 분쟁당사자의 요청에 따라, 분쟁당사자들과의 협의 후, 실행 가능한 경

우 정보의 게시로 인하여 증거 수집 또는 제시를 방해할 수 있거나 또는 증인, 분쟁 당사자들의 대변인 또는 중재판정부의 중재인을 협박하는 등 중재절차의 본질적 진실성이 위협당하는 경우 그 게시를 금지 또는 지연하는 적절한 방식을 택할 수 있다.

### (3) 해 설

투명성 규칙 적용의 예외에 해당하는 경우를 규정하는 제7조는 제1조와 함께 그간 당사국간 이견이 가장 첨예하게 노정된 영역이었다. 제7조와 제3조 그리고 제7조와 제6조는 서로 맞물려 논의되어 왔으며 양 조항은 동시에 살펴보아야 그 의미를 정확하게 알 수 있다.

이 조항은 투명성 규칙의 적용 예외를 규정하고 있으므로 앞에서 살펴본 6개의 조항이 어떻게 규정하고 있는지 여부와 상관없이 결국 그 적용을 배제할 수 있는 광범위한 근거를 제시하고 있다는 점에서 현실적으로 상당한 중요성을 내포하고 있다.

마찬가지로 우리나라 입장에서도 필요한 경우 이 조항을 원용하여 관련 정보에 대하여 투명성 규칙 적용을 배제할 수 있다는 점에서 그 실무적 함의는 상당하다고 볼 수 있다. 바로 이러한 이유로 작업반 회의의 논의 과정에서도 이 조항의 적용 범위를 두고 국가 간 입장 차이가 상당히 노정되었다. 바로 이러한 이유로 제1조에서 타협안이 모색된 것과 마찬가지로 제7조에서도 타협안이 모색되어 채택되기에 이르렀다.

현재 제7조 2항은 비밀정보의 종류를 나열하며 “confidential or protected information consists of”라는 문구를 사용하고 있다. 그러나 여기에서 사용되는 “consists of”는 다소 오해의 소지가 있으므로 이 부분에 대한 명확화가 추후 필요하다는 점에 유념하여야 한다. 즉, “consists of”의 원래 의미는 “무엇으로 구성되어 있다”는 의미이므로 이 조항을 그대로 해석하면 “비밀정보는 다음으로 구성되어 있다”라는 취지로

해석될 가능성이 있고, 이는 특정 정보가 단지 일부분에서 비밀에 해당하는 요소를 포함하고 있어도 해당 특정 정보 전체가 비밀로 지정될 수 있다는 취지로 해석될 가능성도 있는 것으로 보인다.

이러한 점을 감안하여 추후 혼돈의 소지를 없애기 위해서는 “confidential or protected information means”이라는 방식으로 단도직입적으로 규정하는 것이 적절할 수도 있었으나 그러한 방식이 채택되지 아니하였음에 주목하여야 한다.

한편 우리나라와 같이 예외조항을 광범위하게 적용하는 방식을 선호하는 입장에서는 이러한 규정 방식이 반드시 나쁜 선택이라고 볼 수는 없을 것이나 법리적으로 혼선의 여지를 두고 있는 점은 적절하지 않은 것으로 볼 수 있을 것이다. 특히 이 조항은 다른 조항과 달리 일종의 일반적 예외 조항으로서 결국 앞서 6개 조항의 적용을 일거에 무력화할 수 있다는 점을 염두에 두면 보다 명확하고 정확한 용어의 사용이 필요하리라 여겨진다.

한편, 제2항 c호와 d호에서는 각각 피제소국 국내법이 요구하는 경우 및 피제소국의 국내법상 사법절차에 방해를 초래하는 정보를 각각 비밀정보의 사례로 규정하고 있다. 이 조항은 일부 국가의 강력한 요구에 의하여 도입되게 되었으며, 이들은 자신들의 국내법이 허용하지 않는 공개는 투명성 규칙이나 투자협정과 상관없이 국내법상 공개가 불가능하다는 점을 집중적으로 제기하였으며 이러한 부분이 투명성 규칙에 반영되기에 이르렀다.

따라서 이 조항에 따르면 우리 국내법이 어떠한 규정을 취하고 있는지 여부에 따라서 투명성 규칙이 규정하고 있는 비밀정보에 해당하는지 여부가 결정된다는 점에 주목하여야 한다. 먼저 c호와 관련하여 우리 국내법상 관련 정보의 대외 공개를 금지하고 있는 법규정이 다수 존재하는 바, 이러한 규정들은 투명성 규칙 맥락에서도 우리가 적극 원용할 수 있는 조항들로 볼 수 있다.

그 다음으로 d호와 관련하여 현재 우리 국내법상 사법절차나 조사절차가 진행 중인 사항과 연관되는 정보의 경우 그러한 공개가 관련 국내절차에 방해할 초래하는 것을 입증하는 경우 비밀정보로 취급할 수 있음을 역시 규정하고 있다. 그러나 이 조항은 그러한 공개가 국내절차를 방해한다는 것을 입증하여야 하는 부담을 부과하고 있어 상기 c호에서 규정하는 사항보다는 보다 엄격한 요건을 부과하고 있음에 주목하여야 한다.

이와 같은 국내법 원용을 통한 비밀정보 지정 문제는 다음과 같은 시사점을 제시하고 있다. 먼저 향후 필요하다면 우리 국내법 정비를 통하여 투명성 규칙의 적용을 배제하는 방안을 검토할 필요가 있다는 점이다. 우리나라의 개별 법 조항에 그러한 공개를 금지하는 조항도 있으나 (가령 국세기본법 제81-3조), 추후 검토를 통하여 투자분쟁의 주요 대상이 될 수 있는 여타 법 조항에도 유사한 조항의 도입이 적절할 것인지 여부에 대하여 검토할 필요가 있을 것이다.

또한 여기에서 투명성 규칙이 언급하고 있는 것은 법률뿐이며 시행령 등 하위 규정에 대한 언급은 부재하다는 점에 주목하여야 한다. 이 조항에서 언급하는 법률이 “법령”으로 해석되어 다양한 국내규범을 모두 포함할 수 있는지 여부는 불투명하나 일단 법률에만 국한되는 것으로 판단된다. 우리나라의 경우 시행령에서 정보의 공개를 제한하고 있는 경우도 없지 않은 것으로 확인되고 있는 바, 이러한 부분은 향후 투명성 규칙의 적용에 있어 국내법과의 충돌 내지 긴장관계를 초래할 수도 있는 부분이므로 보다 면밀한 검토와 정비가 필요한 영역이라고 할 수 있다.

제7조와 관련하여 주목할 만한 또 다른 사항은 특정 정보가 비밀정보에 해당하는지 여부에 대하여는 중재판정부가 최종적인 결정을 내린다는 점이다. 이 문제 역시 실무작업반 참여 국가 간 상당히 첨예한 논쟁을 촉발한 이슈였으나 결국 중재판정부가 비밀정보 해당여부

에 대하여 최종 결정을 내리는 것으로 정리되었다. 그러므로 투자 유치국 정부가 어떻게 생각하는지 여부와 상관없이 그 최종적인 결정을 중재판정부가 내리게 되므로 경우에 따라서는 투자 유치국 정부 입장에서는 비밀정보라고 판단하는 경우에도 중재판정부가 그러한 입장을 기각하고 공개를 명할 수 있게 되어 있다.

사실 예외조항을 다소 광범위하게 규정하는 대신 일종의 “이해관계의 균형”을 위하여 그 최종적인 판단 여부는 중재판정부에 권한을 위임하고 있는 것으로 볼 수 있다. 바로 이러한 점을 고려하면 국내법(령)에 정보공개 예외 조항을 도입하여 두는 것의 현실적인 의의는 더욱 증폭되는 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 현재 제7조의 규정에 따르면 국내법에 관련 조항이 존재하는지 여부는 단지 사실확인 문제일 뿐이며 이에 대하여 중재판정부가 별도의 평가를 내릴 수 있는 것은 아니므로 투자협정 당사국 정부 입장에서는 안정적으로 자신의 국내법 규정이 투명성 규칙과 합치적으로 운용될 수 있는 기제를 확보할 수 있기 때문이다.

또한 마찬가지로 중재판정부의 판단 권한은 아래에서 설명하는 핵심적인 안보이익 침해 여부에 대해서는 역시 적용되지 않는다는 점에 주목하여야 한다. 이는 핵심적인 안보이익에 해당하는지 여부는 오로지 해당 국가만이 결정할 수 있다는 인식에 기초하고 있다.

한편 핵심적 국가안보 이익 예외 조항은 대부분의 투자협정에 포함되는 안보상 예외를 투명성 규칙에서 그대로 원용하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

원래 인도, 에콰도르 등 일부 국가는 제6조 5항이 “핵심적인 안보상의 이익 (essential security interest)”에 침해되는 경우를 투명성 규칙 적용의 예외사유로 규정하고 있는 것으로는 부족하다며 이에 더하여 “공익 (public interest)에 침해되는 경우”도 추가하자는 의견을 개진하였으나, 이는 조문의 명확화 작업을 넘어 실질적인 논의를 다시 개시

하는 것에 해당한다는 의장과 여타 국가들의 반박으로 새로운 논의로 이어지지 않는 아니하였다. 만약 공익 예외 사항까지 포함하는 경우 실로 광범위한 예외가 채택되었을 것이나 현재 투명성 규칙은 그러한 입장을 배척하고 있다.

그러나 핵심적 안보 이익과 관련하여서도 과연 구체적으로 그 의미가 무엇인지 여부에 대해서는 명확한 기준이 제시되어 있지 아니하며 경우에 따라서는 남용 내지 분쟁의 소지 가능성도 남아 있다. 가령 여기에서 말하는 핵심적 안보 이익은 전쟁, 내전 등 군사적 상황만을 언급하는 것인지 금융위기 등 경제적인 위기 상황도 동시에 언급하는 것인지에 대해서는 여전히 불분명한 상황이다.

## 8. 제 8 조

### (1) 영어 원문

#### Article 8. Repository of published information

The repository of published information under the Rules on Transparency shall be the Secretary-General of the United Nations or an institution named by UNCITRAL.

### (2) 한글 번역문

#### 제 8 조: 문서의 수집과 게시를 담당할 사무국

투명성 규칙에 의해 게시된 정보를 관리할 사무국은 UN사무총장 또는 UNCITRAL이 지명한 기관이 된다.

### (3) 해설

향후 투명성 규칙을 운용할 투명성 사무국을 어떻게 지정할 것인지와 관련하여 모든 회원국들은 처음에는 UNCITRAL 사무국이 투명성



사무국을 담당하여야 한다는 입장을 표명하였다. 다만 예산 및 인력의 문제 등으로 투명성 규칙이 적용되는 2014년 4월 1일 시점에 UNCITRAL 사무국이 이를 담당하지 못하는 상황이 발생하는 경우에 대비한 대안으로 ICSID와 PCA 중 하나를 지정하기 위한 논의가 진행된 바 있다.

ICSID와 PCA 담당자들이 각각 자신들이 이 업무를 담당하는 데 적절하다는 점을 홍보하기 위하여 회원국들에 대하여 프리젠테이션을 실시하였으며, 이에 대하여 회원국들은 각각 선호하는 기관에 대한 입장 표명을 하였다. 각 회원국의 입장이 상이하였으나 유엔과의 관계 등을 고려하여 전체적으로 PCA를 선호하는 국가들이 다수였으며, 이에 따라 일단 UNCITRAL이 투명성 사무국 역할을 수행하며 다만 그 역할을 수행하지 못하는 경우 PCA가 이를 “임시적 (temporarily)”으로 수행하도록 결정되었다.

## 9. 규칙 제1조에 대한 수정

### (1) 영어 원문

Amendment to article 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules  
UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as  
adopted in 2013)

Scope of application

Article 1

4. For investor-State arbitration initiated pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors, these Rules include the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”), subject to article 1 of the Rules on Transparency.

## (2) 한글 번역문

### UNCITRAL 중재규칙 제1조 수정

UNCITRAL 중재규칙 (2013년에 채택된 새로운 제 1조 제4항을 추가)  
제1조 (적용범위)

이 규칙들은 투자 혹은 투자자 보호를 규정하고 있는 투자협정에 따른 투자조약중재에 대하여, 투자협정 기반 투자조약중재에서의 UNCITRAL 투명성 규칙 (이하 “투명성 규칙”)을, 동 규칙 제1조에 따른 것을 조건으로, 포함한다.

## (3) 해 설

이 조항은 기존의 UNCITRAL 중재규칙이 이제는 투명성 규칙을 포함하여 확대, 개편되었음을 선언하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 그러므로 이제는 특별한 표시 없이 단순히 “UNCITRAL 중재규칙”이라고 할 경우 이는 투명성 규칙을 포함하는 UNCITRAL 중재규칙을 의미하는 것으로 해석된다. 만약 투명성 규칙을 배제하는 UNCITRAL 중재규칙을 지칭하고자 한다면 구체적으로 이를 표시하여 “2010년 UNCITRAL 중재규칙” 등으로 관련 투자협정에 명기하여야 한다. 바로 이러한 이유로 향후 우리나라가 교섭, 체결하는 투자협정에서는 단순히 UNCITRAL 중재규칙이라고 기술하여서는 아니 되고 구체적으로 몇 년도 버전의 UNCITRAL 중재규칙인지를 표시하여야만 이 문제에 대한 추후 불필요한 분쟁을 예방할 수 있을 것이다.

## 10. 총평 및 향후 검토 필요 사항

앞에서 분석한 투명성 규칙이 향후 투자분쟁해결절차에 제기하는 새로운 고려사항에 대해 아래에서 검토하고자 한다. 투명성 규칙 도

입 과정에서 간과되었던 이슈를 중심으로 살펴보고 앞으로 투명성 규칙 운용 방향에 대하여 살펴보도록 한다.

### (1) 투명성 제고 조치와 연관되는 여타 고려사항

투명성 규칙 도입에 따른 투자분쟁해결절차에서의 투명성 제고 조치들은 환영할 만한 진전임에는 분명하나 아울러 새로운 형태의 고려사항과 문제점도 아울러 제기하고 있는 바, 이에 대한 면밀한 검토가 필요하게 되었다. 이러한 부분은 투명성 규칙 논의 과정에서는 충분한 검토가 이루어지지 않은 것으로 보이며, 대부분의 구체적 문제들은 실제 투명성 규칙 운용 과정에서 해결할 것을 전제로 뒤로 미루어진 느낌이 적지 않다.

#### 1) 투자 유치국 정부 정보의 비대칭적 공개

투명성 제고 조치로 인하여 특히 피제소국 정부가 직접적인 영향을 받을 가능성이 상대적으로 농후하다. 사실 투자분쟁해결절차는 일반적인 계약상의 분쟁과는 상이하다. 계약 상대방이 서로 권리와 의무를 부담하는 것과 달리 투자분쟁해결절차는 외국인 투자자만이 제소권을 가지고 투자 유치국 정부는 제소를 당하는 입장에만 서게 된다. 그 이유는 투자분쟁의 대상이 쌍방 간 상호적 관계를 전제로 하는 계약 분쟁 등이 아니라 투자협정의 적용 대상인 투자 유치국 정부의 다양한 정책과 조치이기 때문이다. 결국 이 분쟁해결절차의 주된 분쟁 대상은 투자 유치국 정부의 조치이고 대부분의 공방은 이 조치와 관련하여 이루어진다.

이는 결국 투명성 원칙 적용의 구체적 결과가 사실은 외국인 투자자의 정보를 공개하거나 또는 외국인 투자자의 국적국 정부의 정보를 공개하자는 것이 아니라 결국 투자 유치국 (즉, 피제소국) 정부의 정보를 공개하자는 것으로 귀결됨에 유념하여야 한다. 따라서 “중립적”

인 용어로 투명성 제고라고 언급을 하여 오고 있으나 사실 정확하게는 “투자 유치국 정부 조치 관련 문서 및 자료의 대외 공개”라고 이해하는 것이 이 원칙의 본질을 꿰뚫는 것이다.

특히 이와 관련하여 피제소국 정부의 경우 민감한 정책 내용에 대한 대외 공개는 특정 분쟁해결절차에서 효과적인 방어를 진행하는 데 있어 제한사항으로 작용할 가능성도 없지 않다. 바로 그러한 공개로 인하여 초래될 국내 정치적 파급효과와 책임소재에 대한 우려 때문이다. 현재 투명성 규칙에는 비밀정보에 해당하는 문서는 공개하지 않을 수 있으나 그렇지 않은 경우는 모두 공개하는 것이 원칙이다. 그렇게 공개된 문서는 국내외의 다양한 관심을 초래할 수도 있을 것이며 이로 인하여 다양한 문의와 후속질의, 나아가 새로운 형태의 분쟁 - 국내법원 또는 새로운 투자자에 의하여 새로운 ISDS 절차의 개시 - 으로 이어질 수도 있을 것이다. 그러한 관련 문서와 자료의 공개로 국내적 파장이 발생하게 될 가능성도 배제하기 힘들다. 이러한 상황이 발생하게 되면 이에 대처하느라 정작 ISDS 절차의 상대방과의 본질적인 문제에는 천착하지 못하는 결과가 발생할 수도 있다.

## 2) 중재판정부의 부담 증가

마찬가지 맥락에서 투자분쟁해결절차의 원칙적인 대외 공개는 국내외 다양한 이해관계 그룹의 적극적인 의견 개진과 논쟁을 촉발하여 해당 분쟁이 보다 복잡하여지고 정치적인 영향에 노출되도록 하는 효과도 갖고 있다. 최근 일련의 투자분쟁이 얼마나 많은 국내외 논란을 촉발시켰는지를 고려하면 이러한 결과는 충분히 예견할 수 있을 것이다. 이미 투자분쟁이 여러 국가에서 상당히 국내적으로 민감한 정치적 이슈가 된 바 있듯이, 분쟁해결절차가 공개되어 참관이 가능하여지고 관련 문서의 대외공개가 확대된다면 이로 인한 국내적 논쟁과 국제적 논란은 더욱 증폭될 가능성이 있다.

또한 이러한 투명성 규칙의 도입은 중재판정부의 절차 진행을 보다 복잡하게 이끌어갈 가능성도 없지 아니하다. 투명성 규칙 자체에서도 이미 민감한 몇몇 사안에 대하여 종국적으로는 중재판정부가 최종 판단을 내릴 것을 규정하고 있으며 그러한 결정을 내리기 전에 당사국의 의견을 구하고 심리를 진행하는 등 필요한 요건을 규정하고 있다. 이러한 절차는 이미 존재하는 분쟁해결절차에 더하여 추가적으로 진행되는 것이므로 투자분쟁해결절차는 더욱 시간이 연장되고 내용도 복잡하게 될 가능성이 있을 것으로 판단된다. 특히 대외 공개과정에서 비밀정보가 연관되는 경우에는 각 서면의 공개본과 비공개본을 각각 별도로 준비하여야 할 가능성도 있어 이를 담당하는 중재판정부의 부담이 가중될 가능성도 있다. 심리절차의 공개도 비밀정보가 논의되는 경우 공개 회기(public session)와 비공개 회기(confidential session)를 별도로 진행하여야 할 필요가 역시 제기될 수도 있을 것이다. 이는 중재판정부 입장에서는 더욱 부담을 느낄 수밖에 없는 구조이다.

### 3) 된서리 효과(Chilling Effect) 문제

나아가 ISDS 절차에 참여하는 피제소국 정부 담당관의 경우 자신의 발언이나 주장사항이 대외에 공개된다는 측면을 인지할 수밖에 없고, 그렇다면 주장사항의 선택이나 제기 방법에 상당한 제한을 느낄 수 있다. 특히 이러한 사항은 WTO 분쟁해결절차 등에서 각국 정부가 민감하게 느끼는 부분 중 하나로 투자분쟁해결절차에서 이러한 부분이 어떻게 적용될 것인지에 대하여 면밀한 검토가 필요하다. WTO 분쟁해결절차에서 패널 보고서에 어떠한 내용이 기재되어 대외에 공개되는지 여부에 따라 특정한 주장을 포함시키기도 하고 배제하기도 하기 때문이다. 그 공개가 상당히 제한적인 WTO 분쟁해결절차에서도 이러한 측면이 감지된다면, 전면적으로 투명성 원칙을 채택하고자 하는 투명성 규칙 체제 하에서는 그러한 심적 제한 효과가 더욱 증폭될 것이다.

따라서 해당 분쟁에서의 최선의 방어를 위한 논리와 사실관계의 제시가 그 공개로 초래될 국내정치적 부담으로 인하여 일종의 자기검열 과정을 통하여 위축될 가능성도 있다. 이러한 상황은 결국은 투자 유치국 정부에 불리하며 제소자인 외국인 투자자에게는 유리한 소송 환경이 아닐 수 없다. 이러한 부분에 대한 우려는 투명성 규칙 논의 과정에서도 일부 제시되었으나 충분한 검토가 이루어진 것은 아닌 것으로 볼 수 있다. 이 역시 실제 분쟁해결절차에서 투명성이 적용되어 분쟁경험이 없으므로 그 실제적 파급효과에 대한 검토는 상대적으로 미흡하였던 것으로 보인다.

## (2) 향후 투명성 규칙 운용방향

이러한 점을 감안하면 향후 투명성 제고를 향하여 나아가는 일반적 방향은 일단 정하여져 있는 것으로 볼 수 있으나 구체적으로 투명성 제고와 관련하여서는 다양한 문제점도 아울러 존재하고 있으므로 이를 종합적으로 고려하여 투명성 규칙을 적용하는 노력을 경주하여야 할 것이다. 그러므로 우리 입장에서는 투명성 규칙을 그 자체로서 전체적으로 수용하기 보다는 그 취지와 내용을 숙지하고 협정 상대방과의 구체적인 논의를 통하여 어떠한 조항을 어떠한 방식으로 수용할 것인지를 정하고 그 내용을 구체적으로 투자협정에 포함시키는 방식으로 진행하는 것이 적절할 것으로 본다. 원래 투명성 규칙의 취지는 해당 규칙이 전체로서 수용되는 것을 전제로 도입되었으나 위에서 언급한 바와 같이 이 내용을 그대로 수용하여 적용하는 것은 아직은 시기상조인 것으로 보인다. 그러므로 해당 조항을 적절히 변경하여 개별 투자협정에 포함시켜 운용하는 것이 합리적인 대안일 것으로 생각한다.

그리고 물론 이러한 개별 협정별 조정 과정에서 추후 투명성 규칙을 실제 적용하는 과정에서의 경험과 시행착오를 적극 반영하는 노력

이 필요할 것이다. 그리고 아직은 애매한 상태로 남아 있는 투명성 규칙에 포함된 다양한 용어들의 구체적인 의미와 해석도 이러한 조정 작업을 거치며 보다 구체화, 정치화될 것으로 판단된다. 아무튼 투명성 규칙의 주요 내용을 현 시점에서 그대로 차용하여 우리의 투자협정이나 투자분쟁해결절차에서 그대로 원용하는 것은 위험이 따르며 구체적인 진전 및 발전 과정을 면밀히 일단 주시하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

### **제 4 절 UNCITRAL 투명성 규칙과 기존의 BIT/FTA 투자챕터와의 관계**

UNCITRAL 투명성 규칙이 채택된 이후 기존의 BIT 혹은 FTA 투자챕터에 이러한 규칙이 적용될 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 기존의 투자협정의 당사국은 별도의 합의를 통하여 투명성 규칙을 적용할 것인지 여부를 결정하게 된다. 즉, 기존의 협정을 투명성 규칙이 자동적으로 개정하는 것은 아니며, 계약 당사국들이 투명성 규칙을 채택할 것인지 여부를 결정할 수 있는 선택지가 제시된다.

그러나 투명성 규칙이 채택된 후 새로이 교섭되는 투자협정에 대해서는 별도의 명시적인 언급이 없는 한 새로 채택된 투명성 규칙이 적용된다는 사실을 유념하여야 한다. 그리고 이 투명성 규칙은 기본적으로 UNCITRAL 규칙에 따라 중재절차가 진행되는 경우에만 적용된다. 물론 다른 중재절차로 진행되는 경우에도 당사국들의 합의에 의하여 투명성 규칙이 적용될 가능성은 여전히 남아 있다.

### **제 5 절 향후 BIT/FTA 교섭 및 체결 시 유의점**

투명성 규칙의 도입을 감안하면 BIT/FTA 교섭 과정에서 유의할 점은 무엇이 있는가? 우리 입장에서는 향후 BIT/FTA 교섭을 진행함에

있어 투명성 규칙이 자동적으로 적용되는 상황을 일단 명백히 배제하여 두는 것이 필요하다. 즉, UNCITRAL 중재규칙 (UNCITRAL Rules) 라고 하는 경우 이는 2010년 또는 그 이전의 중재규칙을 의미한다는 점을 명시적으로 협정에 기술하여 두는 것이 필요하다. 그렇지 않으면 2013년 UNCITRAL 중재규칙이 적용되는 것으로 이해될 가능성이 남게 되고 그 경우 투명성 규칙은 자동적으로 우리 분쟁에 적용되게 될 것이기 때문이다. 이러한 자동적 적용은 실제 분쟁해결절차에서 다양한 함의를 초래하게 된다. 따라서 우리 입장에서는 투명성 원칙을 수용하더라도 그러한 원칙을 우리의 의도대로 정리한 내용을 투자협정에 구체적으로 포함시키는 방식을 택하여야 하며, 이를 일괄적으로 투명성 규칙에 포함된 내용을 그대로 하나의 “세트”로 받아들이는 상황은 회피하여야 한다. 이와 같이 일괄적으로 수용하기 힘든 또 다른 이유는 투명성 규칙에 포함된 다양한 조항들이 이미 투자협정에 포함되는 여러 요소들을 아울러 포함하고 있다는 점이다. 가령 국가 대 국가 간 분쟁해결절차, 제3자 의견 제출 문제 등은 이미 최근의 투자협정에서도 대폭 수용하고 있는 문제들이다. 그런데 이러한 내용을 담고 있는 투명성 규칙을 그대로 수용하게 되면 결국 기존에 체결한 또는 앞으로 체결할 투자협정의 조항들과 중복되는 문제가 발생하게 되고 결국은 양자 중 어느 조항이 적용되는지에 대하여 문제가 제기될 수밖에 없다. 이러한 점을 고려하더라도 투명성 규칙의 조항을 투자협정별로 검토하여 선별적으로 수용하고 조정하여 포함시킬 수밖에 없다고 할 수 있을 것이다.

나아가 위에서 지적한 바와 같이 투명성 원칙 적용의 유무는 외국인 투자자에게 유리한 또는 불리한 소송환경을 조성할 수 있다. 모든 조건이 동일하다면 외국인 투자자 입장에서는 일단 ISDS 절차로 진행하기로 결심하게 되면 투명성 조항이 강화된 투자협정을 적용하고자 희망할 가능성이 높아지게 된다. 이러한 희망을 구체화하는 방법은 (i)



포럼 쇼핑 (forum shopping)을 통하여 자신에게 가장 유리한 투자협정을 확인하고 그 협정을 이용할 수 있도록 관할권 요건을 충족하든가, 아니면 (ii) 자신에게 적용되는 투자협정에 포함된 MFN 조항을 원용하여 다른 투자협정에 규정된 투명성 조항을 끌어 오는 것을 고려할 수 있다. 전자에 대해서는 “혜택의 부인 (denial of benefit)” 조항을 통하여, 그리고 후자에 대해서는 분쟁해결절차와 관련된 부분이 투자협정상 MFN 원칙의 적용대상이 아니라는 점을 분명히 밝혀 두는 조항을 삽입함으로써 어느 정도 대처할 수 있게 된다.

따라서 이러한 점을 고려하여 향후 체결하는 협정에 관련되는 조항들을 명시적으로 포함시키는 것을 검토할 수 있을 것이다. 앞에서 지적한 바와 같이 실제 분쟁이 발생하게 되면 투자협정문에 명시적으로 규정된 사항이 그대로 적용되게 되며 협상 당시 어떠한 논의가 있었고 어떠한 이해가 있었는지 여부는 반드시 결정적으로 적용되는 요소는 아니다. 바로 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 상 조약 해석 원칙의 적용의 결과이다. 그러므로 어떠한 내용이든 그 합의 내용은 협정문에 반드시 명시적으로 포함되어야 한다는 점을 BIT/FTA 교섭 과정에서 유념할 필요가 있다.

## 제 4 장 2014년 UNCITRAL 투명성 협약 협상 개요

투명성 규칙이 채택된 이후 UNCITRAL 투명성 협약을 채택하기 위한 작업이 진행되었는바 그러한 협상의 추진 배경과 목표를 살펴보고, 이러한 투명성 협약이 투명성 규칙 및 기타 BIT/FTA 투자 챕터와 갖는 상관관계에 대하여 고찰한다.

### 제 1 절 투명성 협약 추진 배경

투명성 규칙이 채택된 이후, 향후 투명성 관련 협약을 채택하기 위하여 UNCITRAL 내에서는 실무작업반이 지속적인 논의를 전개하였다. 미국, 스위스, 프랑스, 캐나다 등 국가들은 뉴욕 실무작업반 회의에서 타협안을 도출하게 된 배경에 대하여 투명성 규칙과는 별도로 추후에 투명성 협약의 채택을 추진하겠다는 묵시적 합의가 있었다는 점, 그리고 투명성 협약이 채택되더라도 이는 투명성 원칙을 보다 광범위하게 적용하고자 희망하는 국가들만 자발적으로 참여하는 것이라는 점을 들어 이를 추진하지 않을 이유가 없다는 입장을 개진하였다.

이에 대하여 우리나라, 싱가포르, 일본, 중국 등 국가들은 일단 투명성 규칙이 채택되었으니 이 규칙이 실제 어떻게 운용되는지 상황을 한번 살펴본 후 협약 채택 추진 필요성이 있는지를 결정하여도 늦지 않다는 점, 그리고 만약 일부 국가들이 보다 광범위한 투명성 원칙을 채택하는 것이 이러한 협약 채택을 추진하는 기본 목표라면 이는 이들 국가들 사이의 양자 간 협약으로 언제든지 가능하다는 점 등을 들어 조심스러운 입장을 표명하였다.

특히 UNCITRAL 협약의 이름으로 투명성 규칙이 조약화 될 경우, 이는 BIT 교섭과 해석 등에 있어 이러한 투명성 강화의 의도를 보유하지 않는 국가들에 대해서도 간접적인 압력으로 작용하거나 투자협

정의 교섭 및 적용에 있어 양 당사국간 “역학관계 (dynamics)”를 변경시킬 수도 있다는 점을 들어 이에 대하여 신중히 접근할 필요가 있다는 점이 지적되었다.

양 그룹간의 이러한 이견을 반영하여 일단 실무작업반이 투명성 관련 협약에 관한 검토를 개시하되, 그 논의 과정에서 그러한 협약이 초래하는 제반 문제점과 일부 국가의 우려 사항도 충분히 반영하여 동 협약의 필요성, 그리고 필요하다고 결정될 경우 협약의 구체적 내용 등에 관한 검토를 진행하도록 하는 수준에서 양측의 타협안이 도출되었다.

이러한 과정을 거쳐 2013년 9월 시작된 투명성 협약 논의는 2014년 2월 제60차 작업반 (Working Group) 회의에서 투명성 협약과 관련한 주요 쟁점에 대한 기본적 합의가 이루어졌다. 특히 투명성 협약 관련 논의의 핵심 쟁점 중 하나인 동 협약의 적용 범위 (제3조: Application of the UNCITRAL Rules)와 유보의 범위 및 효과 (제5조: Reservation)에 대하여 작업반 회의 참가국간 심도 있는 논의가 이루어졌으며 기본 골격과 포함 내용에 대하여 전체적으로 공감대가 형성된 것으로 평가된다.

또한 이 과정에서 기존 투자협정 (2014년 3월 31일 이전 체결), 미래의 투자협정 (2014년 4월 1일 이후 체결) 및 투명성 협약 간 3자간의 관계를 어떻게 규율할 것인지가 주요한 쟁점으로 논의되었다. 가령, 투명성 협약 발효 이후에 이 협약 당사국간 체결되는 새로운 투자협정에서 다른 형태의 투명성 관련 조항을 채택하게 되면, 이는 신조약 (treaty later-in-time)으로서 구조약인 투명성 협약에 우선하는 것인지 여부이다. 여기에는 첫째, 기존 투자협정에 포함된 주요 조항이 다양한 형태와 추상적인 내용으로 규정되어 있는 경우가 다수 있어 투명성 협약이 의도하고 있는 투명성 관련 절차의 일반적/확일적 적용이 초래하는 예상치 못한 문제가 존재하는지 여부가 관련된다. 둘

째, 국가별 유보로 인하여 구체적으로 어떠한 투자협정 및 중재규칙이 특정 투자분쟁에서 적용되는지를 확인하는 것이 복잡하여 실제적인 운용에 있어 난관을 초래하는지 여부가 관련된다.

한편 우리나라의 경우 2014년 2월 논의 과정에서 우리의 주요 관심사인 제2조 해석 (Interpretation) 조항 삭제, 제9조 협약 적용 영토 범위 (Effect in Territorial Units) 삭제, 그리고 제5조 유보의 핵심 부분에 대한 상호주의 (reciprocity) 채택 등 주요 쟁점에 대하여 우리 측 관심사항을 반영한 바 있다. 이러한 점을 고려하여 2014년 7월에 개최된 UNCITRAL 본회의에서 이루어진 제3회독에서 이러한 잔존 문제들에 대한 전반적인 검토가 이루어진 후 최종적인 문안에 대한 확정 작업이 이루어졌다.

## 제 2 절 투명성 협약의 기본 골격 및 목표

투명성 협약은 기존 투자협정 (2014년 3월31일 이전 체결), 향후의 투자협정 (2014년 4월 1일 이후 체결) 그리고 동 협약의 관계를 어떻게 규율할 것인지가 문제가 되며, 이는 다음과 같은 잔존 쟁점들을 초래한다.

가령, 투명성 협약 발효 후 동 협약 당사국이 새로운 투자협정을 체결하면서 협약과 다른 형태의 투명성 관련 조항을 채택하면, 이는 신조약 (treaty later-in-time)으로서 구조약인 투명성 협약에 우선하는지가 문제될 수 있다. 기존 투자협정에 포함된 주요 조항은 형태가 다양하고 내용이 추상적인 경우가 많아, 동 협약이 의도하는 대로 투명성 규칙을 일반적/확일적으로 적용하는 경우 예상치 못했던 문제가 발생할 수 있는 가능성이 있다. 또한, 다양한 유보로 인하여 특정 투자분쟁에서 구체적으로 어떠한 투자협정 및 중재규칙이 적용되는지 확인하는 것이 복잡해질 수 있다.

이에 따라, 향후 투명성 협약이 발효하여 본격적으로 적용되는 상황을 염두에 두고, 이 문제가 우리나라가 기체결한 혹은 향후 체결할 투자협정에 어떠한 영향을 미칠 것인지에 대한 면밀한 검토가 요구되는 시점이다.

### 제 3 절 투명성 규칙과 협약의 상관관계

투명성 규칙과 투명성 협약은 상호 보완 관계에 있다. 기본적으로 투명성 규칙은 2014년 4월 1일 이후 체결되는 투자협정에 대하여 당사국의 선택에 의하여 적용되게 되어 있다. 즉, 투명성을 강화하고자 하는 국가들은 투자협정을 체결함에 있어 투명성 규칙을 명시적으로 채택하면 이에 따라 자신들의 분쟁을 해결할 수 있다. 그리고 이를 희망하지 않는 국가들은 그러한 규칙을 채택하지 않음으로써 기존의 방식대로 분쟁을 해결할 것이다. 투명성 규칙의 제1조는 이러한 골격을 조문화하고 있다.

그런데 이러한 체제에서 미완의 숙제로 남은 문제는 투명성 규칙을 적용하기를 희망하는 국가들이 자신이 이미 체결한 과거의 투자협정에 대해서는 이를 적용하는 방안이 마땅치 않다는 것이다. 이론적으로는 개별적으로 양자협정을 모두 개정하여 투명성 규칙을 포함하든가 아니면 별도의 합의로 (가령 일종의 부속서신 (side letter)을 교환하여) 투명성 규칙을 도입하는 것으로 합의할 수 있을 것이다. 그런데 전 세계적으로 이미 3,000여 건의 투자협정이 존재하는 현실에서 이러한 작업을 위해서는 각국 정부가 수많은 교섭과 협상을 별도로 진행하여야 하는 실무적인 어려움에 봉착하게 된다. 또한 투명성 조항만을 넣기 위한 의도로 개정협상을 개시하여도 일단 판도라의 상자가 열리게 되면 간접수용 문제 등 다양한 민감한 투자협정상 문제들이 아울러 제기될 가능성도 전혀 배제할 수 없다. 이러한 점을 감안하여 투명성 규칙만을 개정하는 별도의 절차를 모색하기에 이르렀고 그 결

과 탄생한 것이 바로 투명성 협약이다. 즉, 투명성 협약을 체결함으로써 협약 가입 당사국 사이에서는 과거 체결한 모든 투자협정에 대해서도 투명성 규칙을 적용하는 것으로 일거에 처리할 수 있는 것이다.

이러한 점을 염두에 두고 투명성 규칙과 투명성 협약을 체계적으로 이해하기 위하여 양자를 결합하여 일목요연하게 정리하면 다음과 같다.

claimant	Respondent	Treaty(before 2014.4.1.)	Treaty (on or after 2014.4.1.)
of Contracting state  if Reservation ⇐ (r)	①Contracting (reservation X)	a) UNCITRAL procedure: ○ Con. 3(1)(a), Rule 1(2)(b)	a) ○ Rule 1(1) 예외 i ) the Parties to the treaty have agreed otherwise ii ) conflict; Rule 1(7) 후문 treaty prevail  b) △ applicable Rule 1(9)
		(r); Conv.5.(1)(a)=Reciprocity ⇒ 투명성규칙적용× (b) 유보 불가능	
		b) ICSID procedure: ○ Con. 3(1)(a), Rule 1(9)	
		(r) Conv.5.(1)(a)=Reciprocity ⇒ 투명성규칙 적용× (b) 5.(1)(b)=non-Reciprocity ⇒ 투명성규칙 적용○	
	②Reservation	a) × Con. 3(1)본문	
		(r) Conv.5.(1)(a)=Reciprocity ⇒ 투명성규칙적용× (b) 유보 불가능	
		b) × Con. 3(1)본문	
		(r) both Reservation ⇒ 투규 적용×	
	③non-Contracting	a) × Con. 3(1)본문	
		(r) ⇒ 투규 적용×	
		b) × Con. 3(1)본문	
		(r) ⇒ 투규 적용× b) × Con. 3(1)본문	

claimant	Respondent	Treaty(before 2014.4.1.)	Treaty (on or after 2014.4.1.)
of non-Contracting state (agree ×)	①	a) × Con. 3(1)(a)	a) ○ Rule 1(1) 예외 i ) the Parties to the treaty have agreed otherwise ii ) conflict; Rule 1(7) 후문 treaty prevail  b) △ applicable Rule 1(9)
		b) × Con. 3(1)(a)	
	②	a) × Con. 3(1)본문/(a)	
		b) × Con. 3(1)본문/(a)	
	③	a) × Con. 3(1)본문	
		b) × Con. 3(1)본문	
of non-Contracting state (agree ○)	①	a) ○ Con. 3(1)(b)	
		b) ○ Con. 3(1)(b)+Rule1(9)	
	②	a) × Con. 3(1)본문/(a)	
		b) × Con. 3(1)본문/(a)	
	③	a) × Con. 3(1)본문	
		b) × Con. 3(1)본문	

### 제 4 절 투명성 협약과 기존 BIT/FTA 투자챕터와의 관계

기본적으로 투명성 협약과 기 체결된 투자협정과는 직접적인 연관 관계는 없다. 다만 특정 국가가 투명성 협약에 가입하게 되면 그 국가가 기 체결한 투자협정 - 즉, BIT 및 FTA 투자 챕터 - 에 대해서도 UNCITRAL 투명성 규칙이 이제는 적용되게 된다. 그리고 어떠한 투자협정을 이러한 일괄 적용에서 배제하고자 하면 그러한 취지의 유보를 부기하면 된다. 따라서 국가들은 먼저 투명성 협약에 가입할 것인지, 그리고 그 다음 그렇다면 어떠한 협정은 그 적용으로부터 배제할

것인지를 결정할 수 있다. 그리고 이러한 결정은 모두 “유보 (reservation)”의 형태로 이루어지게 된다. 따라서 이러한 유보가 어떻게 구성되는지 여부에 따라서 실로 복잡한 투명성 규칙의 적용 양상이 나타나게 되는 것이다. 나아가 이러한 유보는 추후 변경할 수 있어 특정 국가가 특정 시점에서 어느 투자협정에 대하여 투명성 규칙의 적용을 받는지는 그 시점에서 효력을 발하고 있는 유보와 동시에 병렬적으로 파악하여야만 그 정확한 상황을 파악할 수 있게 되었다.

국제법에서 조약의 유보 (reservation)란 특정 조약의 당사자가 되려는 국가가 조약의 서명·비준·수락·가입 시에 조약 당사자가 되기 위한 조건으로서 자국에 관한 한 조약의 일부 조항의 효력을 배제 또는 변경하고자 하는 일방적 의사표시를 말한다. 다수의 국가가 참여하는 다자조약의 체결 교섭에서 모든 국가가 완전히 만족하도록 조약에 합의하기는 용이한 일이 아니다. 따라서 조약의 핵심적 사항에 관하여 합의가 있는 한, 그리고 핵심적 사항 준수의 의지가 있는 한 일부 조항에 대한 예외적 이탈을 당사국에 허용하게 되면 조약체결이 획기적으로 용이하여 질 것이다. 바로 여기에 유보제도를 도입하는 실익이 있다. 따라서 유보는 기본적으로 다자조약에 적용되는 것이며 양자조약에는 적용되지 않는다. 양자조약에서 유보는 조약 내용의 새로운 제안으로 간주되는 것이 타당하다.

비엔나 협약은 유보에 관하여 상당히 융통성 있는 입장을 취하고 있다. 유보가 특히 조약에 의하여 금지되어 있거나 조약의 대상과 목적에 반하지 않는 한 서명·비준·가입 시 어느 경우에도 유보는 가능한 것으로 규정하고 있다. 또한 구체적 금지규정이 조약에 존재하지 않는 한 조약의 어떠한 조항에 대해서도 기본적으로 유보가 가능하다. 마찬가지로 유보의 철회도 언제든지 가능하며 그 시기에 제한이 없다. 다만 유보가 초래하는 조약상 권리 및 의무의 변경을 감안하여 유보에 관계된 모든 행위는 서면으로 이루어져야 한다.



그러나 유보의 이러한 형식적 융통성에도 불구하고 여기에는 중대한 내재적 제약이 있다. 즉, 유보는 해당 조약의 대상 및 목적과 양립하는 경우에 한하여 허용된다는 것이다. 비엔나 협약도 이를 받아들여 유보의 제한사유로서 조약의 대상 및 목적과의 양립성 기준을 채택하고 있다. 그러나 동 협약이 조약의 대상·목적과 유보의 양립성에 관한 구체적 기준을 제시하지는 못하고 있는 바 이 문제는 결국 사안별로 각 당사국이 검토하여야 한다. 여기에 관하여 당사국간 이견이 발생하여 상호 협의로 해결하지 못하는 경우 여타 분쟁과 마찬가지로 관할권을 보유한 법원 (가령, 국제사법재판소)에 회부되어 해결되어야 할 것이다.

다수의 국가가 참여하는 다자조약에서 일방 당사국의 유보에 대하여 타방 당사국은 다양한 반응을 보이게 된다. 가령 甲이라는 조약이 다수의 국가가 참여한 교섭과정을 거쳐 채택, 서명되어 이제 각 국가의 비준을 마지막으로 기다리고 있다고 가정해 보자. 만약 甲 조약에 유보를 금지한다는 별도의 조항이 존재하지 않는다면 위에서 살펴본 양립성 기준을 충족하는 한 유보는 허용되는 것으로 간주될 것이다. 이제 교섭 참가국 중 하나인 A국이 비준과정에서 자국 국내법과의 조화문제로 甲 조약 제5조의 적용을 특정한 경우에 배제하고자 하는 취지의 유보를 하고자 한다면 다른 교섭 당사국은 이에 대하여 다양한 반응을 보일 것이다. 바로 유보의 양립성 기준 충족 여부에 대하여 각 당사국이 독자적으로 판단할 수 있기 때문이다. 이와 관련 다음의 상황을 생각하여 볼 수 있다. A국의 유보에 대하여 B국은 이러한 유보는 조약의 대상 및 목적과 양립하지 않는 것으로 주장하며 반대의사를 표시하고 있으며, 한편 C국은 A국의 유보가 조약의 대상 및 목적과 양립하지 않는 것은 아니나 어쨌든 적절치 않은 것으로 주장하며 반대의사를 표시하고 있고, 그리고 다른 교섭 당사국들은 A국의 유보에 대하여 별다른 의사를 표시하지 않고 있다고 상정하여 보자.

먼저 특별한 의사를 표시하지 않은 대다수의 당사국들과 A국과의 관계는 간단하다. 특별한 반대의사를 표시하지 않은 경우는 유보에 대한 묵시적 동의가 있는 것으로 간주된다. 따라서 이들 사이에는 A국의 유보대로 - 즉, 제5조가 특정의 상황에 대해서는 배제된 대로 - 적용되게 된다. A국은 유보국으로서 이들 국가에 대하여 동 유보를 원용할 수 있으며, 동시에 이들 국가도 A국에 대해서 이러한 유보를 원용할 수 있다. 한편, A국과 C국의 관계에서는 문제가 된 해당 조항, 즉 제5조를 제외한 甲 조약이 적용되게 된다. C국은 제5조의 유보와 관련하여서는 이견이 있지만 이것이 조약의 목적 및 대상과 양립하지 않는 것으로 간주하지는 않기 때문이다. 마지막으로 가장 심각한 이견을 보이고 있는 A국과 B국은 서로를 조약의 당사국으로 간주하지 않을 수 있다. 이와 같이 유보가 존재하는 경우 당사국간 법률관계가 통일적이지 않고 각 당사국별로 다양한 양상을 띠게 된다. 유보의 맹점으로 조약의 효율적인 운용이 곤란하여진다는 지적은 바로 이러한 현실에서 기인한다.

## 제 5 절 투명성 협약과 신규 체결 BIT/FTA 투자챕터와의 관계

투명성 협약은 신규 체결되는 투자협정과도 기본적으로는 직접적인 관계가 없다. 새로이 체결되는 투자협정은 기본적으로 2014년 4월 1일 이후에 체결되는 투자협정이고 이들에 대해서는 체약 당사국이 현재 이미 존재하는 UNCITRAL 투명성 규칙을 적용할 것인지 말 것인지에 대하여 선택지를 갖고 있기 때문이다. 따라서 법리적으로는 양자는 직접적인 관계가 없다고 할 수 있다.

그러나 투명성 협약은 일단 발효하게 되면 투명성 원칙이 국제사회에 급속하게 확산되는 하나의 중요한 전기가 될 가능성이 있으며 그

렇다면 추후 진행되는 투자협정 교섭에서도 이러한 국제사회의 분위기를 무시할 수는 없게 될 것이다. 그 맥락에서는 투명성 협약은 향후 체결되는 투자협정에도 중요한 사실적인 영향력은 미칠 수 있을 것이다.

## 제 5 장 2014년 UNCITRAL 투명성 협약 주요 조항

이 장에서는 2014년 UNCITRAL 투명성 협약의 주요 조항(전문~제 11조)의 내용을 영어 원문과 (2) 한글 번역문을 통해 구체적으로 살펴보고, 각 조항의 의미에 대해 해설을 제시하고자 한다.

### 제 1 절 주요조항 해설 및 분석

UNCITRAL 투명성 협약은 다음과 같이 전문 및 총 11개의 조항으로 이루어져 있다. 투명성 협약은 그 전문에 나타난 바와 같이 중재 절차에 관련된 공공 이익을 고려하여 ISDS 절차에 투명성에 관한 규정이 필요함을 인정하고, 기 체결된 투자조약 하에서의 중재에 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용을 촉진하는 것의 실제적 중요성에 주목하여 이루어진 협약이다. 협약의 주요조항을 구체적으로 살펴봄으로써 ISDS 절차에서 투명성에 관한 논의가 어디쯤에 놓여 있으며 어떠한 의미와 한계가 있는지 고찰할 수 있다.

#### 1. 전 문

##### (1) 영어 원문

###### Preamble

“The Parties to this Convention,

“Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes that may arise in the context of international relations, and the extensive and wide-ranging use of arbitration for the settlement of investor-State disputes,

“Also recognizing the need for provisions on transparency in the settlement of treaty-based investor-State disputes to take account of the public interest involved in such arbitrations,

“Believing that the Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 11 July 2013 (“UNCITRAL Rules on Transparency”), effective as of 1 April 2014, would contribute significantly to the establishment of a harmonized legal framework for a fair and efficient settlement of international investment disputes,

“Noting the great number of treaties providing for the protection of investments or investors already in force, and the practical importance of promoting the application of the UNCITRAL Rules on Transparency to arbitration under those already concluded investment treaties,

“Have agreed as follows:

## (2) 한글 번역문

### 전 문

이 협약의 당사국들은,

국제관계의 맥락에서 발생할 수 있는 분쟁을 해결하는 수단으로서 중재의 가치와 투자자-국가 분쟁 해결을 위한 중재의 광범위하고 폭넓은 이용을 인식하며,

또한, 그러한 중재 절차에 관련된 공공 이익을 고려하여 조약에 근거한 투자자-국가 분쟁의 해결에 투명성에 관한 규정이 필요함을 인정하고,

2013년 7월 11일 UN 국제무역법위원회에 의해 채택되고, 2014년 4월 1일 발효한 조약에 근거한 투자자-국가 중재에서의 투명성에 관한 규칙(“UNCITRAL 투명성 규칙”)이 국제투자분쟁의 공평하고 효율적인

해결을 위한 통일된 법체계의 확립에 중대하게 기여할 것임을 믿으며, 이미 투자 및 투자자 보호를 위한 다수의 조약이 유효하게 존재하며 이러한 기 체결된 투자조약 하에서의 중재에 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용을 촉진하는 것의 실제적 중요성에 주목하며, 다음과 같이 합의하였다.

### (3) 해 설

이 협약의 전문 (preamble)은 투명성 협약의 목적을 잘 설명하고 있다. 다른 국제협약과 마찬가지로 전문은 이 협약이 지향하는 바를 함축적으로 보여주고 있다. 전문이 담고 있는 핵심 아이디어는 크게 세 가지로 나누어 질 수 있다. 먼저 투명성 원칙은 국제투자분쟁해결절차의 핵심 가치 중 하나라는 점이다. 이는 투명성 원칙이 “공익 (public interest)” 수호를 위하여 필요하다라는 점에서 잘 나타나 있다. 투명성 제고 자체를 일종의 하나의善良的 가치로 파악하고 있는 것이다.

그 다음으로 이러한 투명성 원칙을 구현하고 있는 것이 바로 2013년의 UNCITRAL 투명성 규칙이며 이 규칙은 “공정하고 효율적인 투자분쟁해결절차의 도입 (establishment of...a fair and efficient settlement of international investment disputes)”에 기여한다는 것을 천명하고 있다. 결국 투명성 원칙을 집대성한 것이 바로 UNCITRAL 투명성 규칙이라는 의미이다.

마지막으로 세 번째로 이미 상당수의 투자협정이 체결되어 발효 중인 상태로 이들에 대하여 별도로 투명성 규칙을 적용하기 위한 별도의 법적 장치가 필요한 바, 투명성 협약이 바로 그러한 장치로 작동하게 되어 있다는 점이다. 즉, 이 협약 가입을 통하여 기존에 체결한 투자협정에 대하여 최소한 협약 가입 당사국간에는 일종의 포괄적인 협정 개정 절차가 일거에 이루어진 것으로 본다는 것이다. 3,000개에

달하는 투자협정에 대한 개별적인 개정 절차가 사실상 불가능하다는 현실론에 기초하여 이 협약이 도입되었음을 전문은 잘 보여주고 있다.

## 2. 제 1 조

### (1) 영어 원문

#### Scope of application

#### Article 1

1. This Convention applies to arbitration between an investor and a State or a regional economic integration organization conducted on the basis of an investment treaty concluded before 1 April 2014 ('investor-State arbitration').
2. The term 'investment treaty' means any bilateral or multilateral treaty, including any treaty commonly referred to as a free trade agreement, economic integration agreement, trade and investment framework or cooperation agreement, or bilateral investment treaty, which contains provisions on the protection of investments or investors and a right for investors to resort to arbitration against contracting parties to that investment treaty.

### (2) 한글 번역문

#### 적용범위

#### 제 1 조

1. 이 협약은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 기초하여 행해진 투자자와 국가간, 혹은 투자자와 지역경제통합기구간 중재(투자자-국가 중재)에 적용된다.
2. '투자협정'이라는 용어는 통상 자유무역협정, 경제통합협정, 무역투

자기본 혹은 무역투자협력 협정, 양자간 투자협정이라고 일컬어지며, 투자 혹은 투자자 보호 및 투자자들이 투자협정의 체약당사국에 대하여 중재를 제기할 권리에 관한 규정들을 포함하고 있는 양자간 혹은 다자간 조약을 의미한다.

### (3) 해 설

제1조는 투명성 협약이 적용되는 시간적 범위를 정하여 두는 내용을 그 골자로 하고 있다. 제1항은 이 협약은 2014년 4월 1일 이전에 “체결된 (concluded)” 투자협정에 대해서 적용되는 것으로 규정하고 있다. 그 이유는 2014년 4월 1일부터는 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 시점이므로 그 이후에 대해서는 이미 각국이 어떠한 방식으로 결정할 것인지 선택권이 부여되어 있기 때문이다. 그렇다면 아직 불명확한 부분은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 대해서는 어떻게 할 것인지 여부이고, 이에 대하여 투명성 협약을 체결함으로써 최소한 이에 가입하는 국가들 간에는 이를 “일거에” 포괄적 방식으로 해결하고자 시도하고 있는 것이다. 제1항은 투명성 협약의 이러한 기본목표를 단적으로 보여주고 있다.

다만 여전히 불명확한 부분은 “체결된”이라는 용어를 어떻게 해석하는지 여부이다. 대부분의 투자협정은 협정 문안이 채택되어 마무리된 이후에도 국회동의 등의 절차를 거쳐 실제 발효하는 데까지는 2-3년이 소요되는 것이 보통이다. 그런데 실무에서는 - 우리나라도 마찬가지이지만 - 통상 협정문안이 채택된 시점에 협정이 “체결되었다”라고 칭하고 있다. 우리 FTA 협정을 총괄하여 정리하고 있는 산업통상자원부 웹사이트 ([www.fta.go.kr](http://www.fta.go.kr))에서도 이러한 방식을 따르고 있다. 그러므로 여기에서 말하는 “체결된”이라는 용어를 어떻게 해석하는지에 따라 사실은 협약의 시간적 적용 범위에 대하여 상당한 차이가 발생할 수 있다. 이 부분은 협약 논의 단계에서 일부 국가가 문제 제기



를 하였으나 크게 심도 있는 논의는 수반되지 아니하였고 일반적인 국가 관행을 따르는 선에서 봉합되었다. 앞으로 유념하여야 할 부분이다.

그리고 제2항은 이 협약이 적용되는 “투자협정 (investment treaty)”이 그 명칭 및 형식과 상관없이 외국인 투자자의 보호를 위한 조항을 포함하고 ISDS 절차를 담고 있는 일체의 협정인 것으로 정의하고 있다. 따라서 이 협약이 적용되는 투자협정은 양자간 협정, 다자간 협정, FTA 투자 챕터 등 그 형식을 불문하고 적용됨을 명시하고 있다. 우리나라의 경우 이러한 투자협정에 해당하는 것은 92건의 양자 투자협정과 11건의 FTA (한-EU FTA는 제외)가 그것이다. 이 모두에 투명성 규칙이 적용되는 것으로 규정하고 있어 광범위한 적용을 예정하고 있다. 원래 통상적으로 “investment treaty”라는 용어는 사용되지 않는 용어이며 일반적으로 “investment agreement”라는 용어를 사용하나, 국제법에서는 “조약 (treaty)”가 가장 광범위한 용례를 가진 용어라는 점에 착안하여 (비엔나 조약법 협약 제2조 참조), 이 협약에서는 “investment treaty”라는 용어를 채택하였다. 그러나 이 용어를 우리말로 번역함에 있어서는 투자협정으로 통일하는 것이 그간의 관행 및 용례와도 부합하여 이 보고서에서는 이를 따랐음을 밝혀 둔다.

### 3. 제 2 조

#### (1) 영어 원문

#### Application of the UNCITRAL Rules on Transparency

#### Article 2

“Bilateral or multilateral application

“1. The UNCITRAL Rules on Transparency[, as they may be revised from time to time,] shall apply to any investor-State arbitration, wheth-

er or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a) or (b), and the claimant is of a State that is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a).

“Unilateral offer of application

“2. Where the UNCITRAL Rules on Transparency do not apply pursuant to paragraph 1, the UNCITRAL Rules on Transparency[, as they may be revised from time to time,] shall apply to an investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a reservation relevant to that investor-State arbitration under article 3(1), and the claimant agrees to the application of the UNCITRAL Rules on Transparency.

[“Applicable version of the UNCITRAL Rules on Transparency

“3. Where the UNCITRAL Rules on Transparency apply pursuant to paragraph 1 or 2, the arbitral tribunal shall apply the most recent version of those Rules as to which the respondent has not made a reservation pursuant to article 3(2).]

“Article 1(7) of the UNCITRAL Rules on Transparency

“4. The final sentence of article 1(7) of the UNCITRAL Rules on Transparency shall not apply to investor-State arbitrations under paragraph

“Most favored nation provision in an investment treaty

“5. The Parties to this Convention agree that a claimant may not invoke a most favored nation provision to seek to alter the application [or

non-application] under this Convention of the UNCITRAL Rules on Transparency.

(2) 한글 번역문

UNCITRAL 투명성 규칙의 적용

제 2 조

“양자적 혹은 다자적 적용”

1. UNCITRAL 투명성 규칙은 [, 종종 수정되는 대로] UNCITRAL 중재규칙 하에서 개시되었는지 여부와 관계없이 어떠한 투자자-국가 중재에도 적용된다. 여기서 피제소국은 제3조 제1항 (a)호나 (b)호에 따른 관련된 유보를 하지 않은 협약 당사국이며, 제소자는 제3조 제1항 (a)호에 따른 관련된 유보를 하지 않은 협약 당사국의 국민이다.

“투명성 규칙 적용의 일방적 선언”

2. 위 제1항에 따라 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되지 않는 경우라도, UNCITRAL 투명성 규칙은 [종종 수정되는 대로] UNCITRAL 중재규칙 하에서 개시되었는지 여부와 관계없이 투자자-국가 중재에 적용된다. 여기서 피제소국은 제3조 제1항하에서 투자자-국가 중재에 관한 유보를 하지 않은 당사국이며, 제소자는 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용에 합의한 자이다.

[UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 가능한 버전

3. 위 제1항 혹은 제2항에 따라 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 경우, 중재판정부는 피제소국이 제3조 제2항에 따라 유보를 하지 않은 그러한 규칙의 가장 최근 판본을 적용하여야 한다.

“UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 제7항”

4. UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 제7항의 마지막 문장은 위 제1항의 투자자-국가 중재에는 적용되지 않는다.

“투자조약에서의 최혜국대우 규정”

5. 이 협약의 당사국들은 제소자가 이 협약 하에서 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 [혹은 비적용]을 변경하기 위하여 최혜국대우 규정을 원용할 수 없다고 합의한다.

### (3) 해 설

투명성 협약과 관련하여서는 제3조와 제5조가 가장 첨예한 대립을 초래하였다. 이에 따라 이들 두 조항에 대하여 상당한 논의가 전개되었으며 그 결과 상기 문안으로 정리되었다. 제3조에 따르면 UNCITRAL 투명성 규칙은 다음과 같은 경우에 적용된다:

먼저 제3조 제1항은 피제소국이 동 협약 당사국이고 제3조1항(a) 또는 (b) 하의 유보 (reservation)를 하지 않았으며, 제소자인 외국인 투자자의 국적국 역시 제3조1항(a) 하의 유보를 하지 않은 경우에 투명성 규칙이 적용됨을 밝히고 있다. 제3조에서 규정하고 있는 유보는 협약상 규정에 대하여 체약 당사국이 일방적으로 권리와 의무를 변경하는 것으로 국제법상의 기본원칙을 선언하고 있는 내용이다. 어쨌든 그러한 유보가 존재하지 않는 경우에 한하여 투명성 규칙이 적용된다는 점을 선언하고 있다. 투명성 협약의 당사국이라고 하더라도 유보를 제출하는지 여부에 따라 투명성 협약의 적용이 배제될 수도 있다는 점에 유념하여야 한다. 따라서 만약 우리나라가 추후에 투명성 협약에 가입하는 것으로 방침을 정하는 경우 결국 어떠한 방식으로 유보를 할 것인지에 대하여 면밀한 검토가 수반되어야 할 것이다. 피제소국과 제소자의 국적국에 대하여 각각 제3조상 서로 다른 조항이 제2조 1항에서 원용되고 있음에 주의하여야 한다.

한편 제2조 제2항은 피제소국이 동 협약 당사국이고 제3조1항(a), (b) 또는 (c) 하의 유보를 하지 않았으며, 외국인 투자자인 제소자가 투명성 규칙의 적용에 동의하는 경우 자동적으로 투명성 규칙이 적용되는 것으로 규정하고 있다. 즉, 이 경우 투자자의 국적국은 투명성 협약의 당사국이 아니더라도 피제소국이 투명성 협약의 당사국인 경우 제3조 1항에 따른 유보가 없다면 투명성 규칙을 적용하도록 한 것이다. 피제소국의 일방적인 결정에 따라 투명성 협약이 적용된다는 측면에서 이를 “투명성 규칙 적용의 일방적 선언”이라는 소제목 하에 규정하였다.

한편 제2조 제3항은 다양한 버전의 투명성 규칙이 존재하는 경우 제3조 2항의 유보가 부기되어 있지 아니한 한 중재판정부는 가장 최신의 투명성 규칙을 적용하도록 하는 의무를 부과하고 있다. 이는 앞으로 투명성 규칙이 지속적으로 수정, 증보될 것임을 시사하고 있는 부분이기도 하다. 여러 형태의 투명성 규칙이 있는 경우 특별한 언급이 없으면 가장 최신의 내용을 자동적으로 적용하도록 예정하고 있다. 이러한 부분을 고려하더라도 설사 투명성 규칙을 도입하는 경우에도 몇 년도 버전을 지칭하는 것인지를 명확히 표시할 필요가 있다. 또한 제2조 4항은 투명성 규칙 제1조 7항에 규정된 내용과의 상충을 제도적으로 제거하기 위하여 도입된 문구이다. 제1조 7항에 따르면 “투명성 규칙과 투자협정상 충돌이 있는 경우 투자협정이 우선한다 (where there is a conflict between the Rules on Transparency and the treaty, the provisions of the treaty shall prevail)”라는 취지의 문구가 있다. 만약 이 문구가 그대로 남아 있게 된다면 투명성 협약은 적용될 여지가 없게 될 것이다. 기존의 투자협정은 모두 투명성 규칙을 반영하지 않고 있고, 그 한도 내에서는 투자협정과 투명성 규칙 간 충돌이 있고, 투명성 규칙 제1조 7항에 따라 이 경우 투자협정이 적용되므로 결국은 투명성 규칙이 적용되지 못하게 될 것이다. 바로 이러한

이유로 제2조 제4항을 포함시킴으로써 이러한 상황을 제도적으로 회피하고자 시도하고 있다. 그러나 투명성 협약 자체가 투명성 규칙을 그대로 가지고 오는 것을 전제로 하고 있으므로 투명성 규칙 자체에 협정 우선 원칙이 명시적으로 표시되어 있는 한 협약 제2조 제4항의 존부와 상관없이 여전히 투명성 규칙과 투명성 협약이 과연 제도적으로 병립 가능한 것인지 의문이 생길 수밖에 없다. 이러한 점은 앞으로 심도있는 검토가 필요한 부분이라 할 것이다.

마지막으로 제2조 5항은 외국인 투자자가 투명성 규칙의 적용을 배제하거나 또는 변경하기 위하여 자신에게 적용되는 투자협정상 MFN 원칙을 원용할 수 없다는 점을 명시하고 있다. 점차로 MFN 조항을 원용하여 투자협정의 조항을 사실상 변경하고자 하는 시도가 늘어나고 있다는 점에서 이러한 가능성을 차단하기 위하여 고육지책으로 도입된 조항으로 볼 수 있다.

#### 4. 제 3 조

##### (1) 영어 원문

“Reservations

“Article 3

“1. A Party may declare that:

- (a) a specific investment treaty, identified by title, name of contracting parties to that investment treaty, and date that investment treaty was concluded, shall not be subject to this Convention;
- (b) article 2(1) and (2) shall not apply to investor-State arbitration conducted using a specific set of arbitration rules or procedures other than the UNCITRAL Arbitration Rules, and in which it is a respondent;

- (c) article 2(2) shall not apply in investor-State arbitration in which it is a respondent.
- “2. In the event of amendment to the UNCITRAL Rules on Transparency, a Party may, within six months of the adoption of such amendment, declare that it will not apply that revised version of the Rules.
- “3. No reservations are permitted except those expressly authorized in this article.

(2) 한글 번역문

유 보

제 3 조

1. 당사국은 다음과 같이 선언할 수 있다:
  - (a) 제목, 투자협정의 체결당사국의 명칭, 투자협정이 체결된 날짜에 의해 식별되는 특정 투자협정은 이 협약의 적용을 받지 않는다.
  - (b) 제2조 제1항 및 제2항은 UNCITRAL 중재규칙 이외에 다른 일련의 특정한 중재규칙이나 절차를 사용하여 행해졌고 자신이 피제소국인 투자자-국가 중재에는 적용되지 않는다.
  - (c) 제2조 제2항은 자신이 피제소국인 투자자-국가 중재에 적용되지 않는다.
2. UNCITRAL 투명성 규칙이 개정되는 경우 당사국은, 그러한 개정안 채택으로부터 6개월 이내에 그러한 수정된 규칙을 적용하지 않을 것이라고 선언할 수 있다.
3. 이 조항에 명시적으로 선언된 것을 제외하고는 어떠한 유보도 허용되지 않는다.

(3) 해 설

투명성 협약 제3조는 유보에 대하여 규정하고 있다. 국제법에서 유

보 자체가 이미 상당한 복잡성을 내포하고 있는 사항이므로 투명성 협약의 적용과 관련하여서도 그러한 어려움은 여전히 남게 될 것이다. 그러나 한편으로 유보를 허용하지 않고는 투명성 협약의 가입을 촉구하는 것이 사실상 어렵다는 측면도 아울러 고려하였다. 어쨌든 제3조 1항에서는 협약에 가입하는 국가가 특정한 투자협정을 배제하기로 선언하는 경우, UNCITRAL 이외 여타 중재절차가 적용되는 상황에서 해당 국가가 피제소국으로 참여하는 경우, 또는 “일방적 적용” 선언을 수락하지 않는 경우의 세 가지에 대하여 유보를 할 수 있음을 밝히고 있다. 투명성 협약의 적용에 있어 중요한 제한이 아닐 수 없다. 동시에 여러 국가가 각각 나름의 유보를 하는 경우 과연 어떠한 분쟁에서 투명성 협약과 투명성 규칙이 적용되는 것인지를 파악하는 것이 쉽지는 않을 것이다. 또한 국제법상 유보는 언제든지 할 수 있으므로, 법리적으로는 특정 국가가 추후에 특정 투자협정에 대하여 상기 유보를 부기할 가능성도 얼마든지 남아 있다. 이 경우 특정 분쟁을 염두에 두고 유보를 사후적으로 제시할 가능성도 있어 분쟁당사자간 그리고 당사국간 이견을 촉발할 가능성도 없지 않다.

그리고 제3조 2항은 UNCITRAL 투명성 규칙이 개정되는 경우 어떠한 버전을 적용할 것인지에 대하여 협약 당사국이 6개월 내 스스로 선언할 수 있다는 점을 규정하고 있다. 하나의 규칙이 존재하여도 유보를 통하여 그 적용이 혼란스러운 상황에서 규칙 자체가 또 서로 다른 버전이 존재하게 되면 그 혼란은 적지 않을 것이다. 투명성 협약이 다양한 법리적 난관을 내포하고 있음을 보여주는 대표적인 사례이다.

마지막으로 제3조 3항에서는 유보는 오로지 제3조에서 허용된 한도 내에서만 허용되고 여타 방식의 유보는 허용되지 않음을 선언하고 있다. 이 역시 일반적인 국제 협약에서 발견되는 문구이다.



## 5. 제 4 조

### (1) 영어 원문

“Formulation of reservations

“Article 4

- “1. Reservations may be made by a Party at any time, save for a reservation under article 3(2).
- “2. Reservations and their confirmations shall be formally notified to the depositary.
- “3. Reservations made at the time of signature shall be subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval. Such reservations shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the Party concerned.
- “4. Except for a reservation under article 3(2), which shall take effect immediately upon receipt by the depositary, a reservation of which the depositary receives formal notification after the entry into force of the Convention for that Party shall take effect twelve months after the date of its receipt by the depositary.
- “5. Any Party that makes a reservation under this Convention may withdraw or modify it at any time. Such modifications or withdrawals are to be formally notified to the depositary.
- “6. If, after this Convention has entered into force for a Party, that Party withdraws a reservation or modifies any existing reservation to this Convention with the effect of making such a withdrawal, such withdrawal or modification shall take effect upon receipt of the notification by the depositary.

“7. Any modification of a reservation not falling under paragraph 6 shall take effect twelve months after the date of receipt of the notification by the depositary.

(2) 한글 번역문

유보의 형성

제 4 조

1. 제3조 제2항의 유보를 제외하고, 당사국은 언제라도 유보할 수 있다.
2. 유보와 그 확인은 공식적으로 기탁처에 통보되어야 한다.
3. 서명 시 이루어진 유보는 비준, 수락 또는 가입 시 확인되어야 한다. 그러한 유보는 관련 당사국에 대하여 이 협약의 발효와 동시에 효력을 갖는다.
4. 기탁처가 수령한 즉시 효력을 갖는 제3조 제2항하의 유보를 제외하고, 기탁처가 이 협약 발효 후에 공식 통보를 받은 유보는 그 당사국에 대하여 기탁처의 수령일로부터 12개월 후에 효력을 갖는다.
5. 이 협약 하에서 유보를 한 어떤 당사국은 언제라도 유보를 취소하거나 수정할 수 있다. 그러한 수정이나 철회는 기탁처에 공식적으로 통보되어야 한다.
6. 이 협약이 당사국에 발효한 후, 어떠한 당사국이 이 협약에 대한 기존의 유보를 철회하거나 그러한 철회의 효과를 갖도록 수정하는 경우, 그러한 철회나 수정은 기탁처가 통보를 수령한 때에 효력을 갖는다.
7. 위 제6항에 포함되지 않는 유보의 수정은 기탁처가 통보를 수령한 날로부터 12개월 후에 효력을 갖는다.

(3) 해 설

제4조는 유보의 방식을 보다 구체적으로 제시하고 있다. 먼저 제1항

에서 유보는 언제든지 이루어질 수 있다는 점을 확인하고 있다. 국제법상 일반적인 원칙과 부합하는 내용이다. 그러나 위에서 지적한 바와 같이 이에 따라 특정한 분쟁을 염두에 둔 협약 당사국이 분쟁 발생이 임박하여 유보를 제출함으로써 해당 분쟁에 적용되는 투자협정을 제3조 1항 (a)호에 따라 배제하게 되는 상황을 차단하지 못한다는 맹점을 갖게 되었다.

제2항은 유보가 반드시 공식적으로 통보되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 공식적 통보의 방식이 무엇인지는 분명하지는 않으나 그 취지상 문서로서 이루어져야 한다는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 국제법상 유보는 반드시 문서로 이루어져야 한다. 따라서 이러한 점을 감안하면 문서상 유보의 원칙을 보다 구체적으로 명시하는 것이 좋았을 것이다.

제3항에서 유보가 서명 시에 부기된 경우 비준 시에 다시 한 번 확인되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 이 역시 국제법상 기본원칙을 그대로 답습하고 있다. 유보가 중요한 법적 의미를 갖는 절차라는 점을 확인하고 있는 것이다.

한편 제4항은 유보는 12개월 후에 효력을 갖는 것으로 규정하고 있다. 제3조 2항에 따라 UNCITRAL 투명성 규칙 개정 시에 제출되는 유보는 곧바로 효력을 갖는다는 예외가 부가되어 있다. 유보는 중요한 법적 권리와 의무의 변화를 초래하므로 최소한 12개월의 시간을 두어 다른 국가에 대해서도 준비의 시간을 부여하는 것이다. 따라서 분쟁이 임박하여 곧바로 유보를 제출하는 것은 최소한 해당 분쟁에 대해서는 적용이 되지 않는 것이다. 그러나 12개월 이전에 투자분쟁을 예측할 수 있는 경우도 현실에서는 적지 않으므로 그 효용성은 여전히 의문이라고 할 수 있다. 나아가 역시 분명하지 않은 것은 투자분쟁이 일단 개시되고 그 이후에 유보가 효력을 발하게 되면 그 시점부터는 투명성 규칙의 적용이 배제되는 것인가 하는지 여부이다.

정책적 측면에서는 이 경우에도 지속적으로 투명성 규칙이 적용되는 것으로 새겨야 할 것이나 투명성 규칙 및 투명성 협약에는 이러한 부분은 명기되어 있지 않다. 역시 분쟁의 소지를 내포하고 있는 부분이라 할 것이다.

제5항은 기존에 제출된 유보를 협약 당사국이 수정 내지 변경하는 경우이다. 다양한 형태의 변경이 예상되며 투명성 협약의 적용과 운용을 그만큼 어렵게 할 것이다. 제6항은 유보를 철회하는 경우 그러한 철회의 통보가 기탁처에 통보되어야만 효력을 갖는다는 것을 규정하고 있다. 그리고 이에 해당하지 않은 유보의 변경은 기탁처 통보 후 12개월이 지나야 효력을 갖는다고 제7항은 아울러 규정하고 있다. 제6항은 유보를 철회하는 것이므로 다른 당사국에 대하여 굳이 준비의 기간을 부여할 필요가 없는 반면 제7항은 유보를 변경하여 계속 유지하는 것이므로 여타 국가에 대하여 여전히 준비의 기간을 부여하는 것이 필요하다는 생각이 저변에 깔려 있다.

## 6. 제 5 조

### (1) 영어 원문

“Application to investor-State arbitrations

“Article 5

“This Convention and any reservation, or any modification to, or withdrawal of, a reservation, apply only to investor-State arbitrations that have been commenced after the date when the Convention, reservation, or any modification to, or withdrawal of, a reservation, enters into force or takes effect in respect of each Party.

(2) 한글 번역문

투자자-국가 중재에의 적용

제 5 조

이 협약과 이에 대한 어떠한 유보, 유보에 대한 수정이나 철회는 이 협약, 협약에 대한 유보 혹은 유보의 수정이나 철회가 각 당사국에 대하여 효력을 발효한 날 이후에 개시된 투자자-국가 중재에 대해서만 적용된다.

(3) 해설

이 조항은 투명성 협약은 동 협약 발효 이후 제기된 ISDS 절차에 대하여만 적용된다는 시간적 한계를 정하고 있다. 따라서 분쟁의 대상인 조치는 상당히 오랜 기간 이미 존재하고 있었다고 하더라도 해당 조치를 제소하는 ISDS 절차가 투명성 협약 발효 이후에 제기되면 이 협약이 적용된다는 것이다. 그러나 이 조항의 의미를 그대로 해석할 경우 여전히 불분명한 부분은 기존의 당사국이 분쟁 개시가 임박하여 유보를 하여 그 효과가 분쟁 진행 중에 발생하는 경우 그 이후에 대해서는 투명성 규칙이 그대로 적용되는지 여부이다. 제5조의 취지를 그대로 해석하면 마치 그 이후에는 투명성 규칙이 적용되지 않는 것으로 읽힐 소지도 없지 않다. 협상 진행 당시 작업반의 의도는 그러한 것은 아니었으므로 이 부분은 추후 논란의 소지가 없지 않다.

7. 제 6 조

(1) 영어 원문

“Depositary

“Article 6

“The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depository of this Convention.

(2) 한글 번역문

기탁처

제 6 조

유엔사무총장이 이 협약의 기탁처로 지정된다.

(3) 해 설

이 조항에 따라 유엔 사무총장이 이 협약의 기탁처가 된다. 따라서 가입의 통보, 유보의 통보 등 일체의 교신은 유엔 사무국을 상대로 이루어져야 한다.

8. 제 7 조

(1) 영어 원문

“Signature, ratification, acceptance, approval, accession

“Article 7

“1. This Convention is open until [date] for signature by any (a) State; or (b) regional economic integration organization that is constituted by States and is a contracting party to an investment treaty.

“2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatories to this Convention.

“3. This Convention is open for accession by all States or regional economic integration organizations referred to in paragraph 1 which are not signatories as from the date it is open for signature.

“4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession are to be deposited with the depositary.

(2) 한글 번역문

서명, 비준, 수락, 승인, 가입

제 7 조

1. 이 협약은 어떠한 (a) 국가, 혹은 (b) 국가들로 구성되며 투자협정의 체약당사자인 지역경제통합기구에 서명을 위한 [날]까지 개방된다.
2. 이 협약은 이 협약의 서명국들에 의한 비준, 수락, 승인을 필요로 한다.
3. 이 협약은 서명을 위해 개방된 날로부터 서명국이 아닌 위 제1항에 언급된 모든 국가들과 지역경제통합기구에 개방된다.
4. 비준, 수락, 승인, 가입서는 기탁처에 기탁되어야 한다.

(3) 해 설

이 조항은 제2항에서 투명성 협약은 서명 이후에 비준이 필요하다는 점을 명시하고 있다. 또한 가입 당사국으로써 국가뿐 아니라 국가로 구성된 지역경제통합기구도 역시 가입 자격을 갖고 있음을 밝히고 있다. 다만 그러한 경제통합기구는 스스로의 자격으로 투자협정을 체결할 수 있는 권능을 보유하여야 한다는 조건이 부가되어 있다. 따라서 APEC은 여기에 가입할 수 없을 것이나 EU는 가입이 허용된다. EU는 2009년 12월 체결된 리스본 조약에 따라 스스로의 권한으로 투자협정을 이제 체결할 수 있게 되었기 때문이다. 지역경제통합기구에 관한 부분은 다음에 나오는 제8조에 상세히 규정되어 있다.

## 9. 제 8 조

### (1) 영어 원문

“Participation by regional economic integration organizations

“Article 8

- “1. When depositing an instrument of ratification, acceptance, approval or accession, a regional economic integration organization shall inform the depository of a specific investment treaty to which it is a contracting party, identified by title, name of contracting parties to that investment treaty, and date that investment treaty was concluded.
- “2. When the number of Parties is relevant in this Convention, a regional economic integration organization does not count as a Party in addition to its member States which are Parties.

### (2) 한글 번역문

지역경제통합기구의 참여

제 8 조

1. 지역경제통합기구는 비준, 수락, 승인, 또는 가입문서를 기탁할 때, 자신이 체약당사자로 있으며, 그 제목, 투자협정의 체약당사국들의 명칭, 그리고 투자협정이 체결된 날짜로 식별되는 특정한 투자협정에 대해 기탁처에 통보하여야 한다.
2. 이 협약의 당사자 수가 문제될 경우에, 지역경제통합기구는 협약 당사국인 그 회원국에 더하여 별도의 당사자로 간주되지 않는다.

### (3) 해 설

제8조는 지역경제통합기구에 대한 특칙을 규정하고 있다. 이 조항은 결국 EU를 염두에 두고 도입된 조항이다. 제1항에서는 그러한 지역경



제통합기구는 자신이 체결한 투자협정을 구체적으로 적시하여 사무국에 통보하여야 한다는 점을, 그리고 제2항에서는 회원국 수를 계산함에 있어 이러한 지역경제통합기구는 별도로 포함되지 않는다는 점을 밝히고 있다.

## 10. 제 9 조

### (1) 영어 원문

“Entry into force

“Article 9

- “1. This Convention enters into force six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession.
- “2. When a State or a regional economic integration organization ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force in respect of that State or regional economic integration organization six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

### (2) 한글 번역문

발 효

제 9 조

1. 이 협약은 세 번째 비준, 수락, 승인 또는 가입문서가 기탁된 날로부터 6개월 후에 발효한다.
2. 국가 혹은 지역경제통합기구가 세 번째 비준, 수락, 승인 또는 가입문서가 기탁된 후에 이 협약에 비준, 수락, 승인 또는 가입할 경

우, 이 협약은 그 국가나 지역경제통합기구에 관하여 그 비준, 수락, 승인, 또는 가입문서가 기탁된 날로부터 6개월 후에 발효한다.

### (3) 해설

이 조항에 따라 세 번째 비준, 수락, 승인, 또는 가입문서가 기탁된 날부터 6개월이 경과하면 이 협약이 발효하게 되었다. 협상 당시 3개국 이 너무 적은 것이 아니냐는 지적도 있었으나 이 협약의 취지는 상대방에게서 무엇인가 반대급부를 요하는 거래적 조약이 아니라 스스로 정책을 수정하는 것을 기본적인 목표로 삼고 있는 선언적 조약이라는 측면을 감안하여 최소한의 국가가 비준하면 조기에 이를 발효시키는 것이 좋겠다는 제안이 힘을 얻게 되었다. 이에 따라 3개국 비준 후 발효라는 최소한의 요건만을 포함하게 되었다. 일단 투명성 협약이 발효한 이후에 가입하는 국가에 대해서는 그러한 가입문서가 유엔 사무국에 기탁된 이후 6개월 이후에 발효하는 것으로 규정하고 있다.

## 11. 제10조

### (1) 영어 원문

“Amendment

“Article 10

“1. Any Party may propose an amendment to the present Convention by submitting it to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to the Parties to this Convention with a request that they indicate whether they favor a conference of Parties for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third

of the Parties favor such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations.

- “2. The conference of Parties shall make every effort to achieve consensus on each amendment. If all efforts at consensus have been exhausted and no consensus has been reached, the amendment shall, as a last resort, require for its adoption a two-thirds majority vote of the Parties present and voting at the conference.
- “3. An adopted amendment shall be submitted by the Secretary-General of the United Nations to all the Parties for ratification, acceptance or approval.
- “4. An adopted amendment enters into force six months after the date of deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval. When an amendment enters into force, it shall be binding on those Parties which have expressed consent to be bound by it.
- “5. When a State or a regional economic integration organization ratifies, accepts or approves an amendment that has already entered into force, the amendment enters into force in respect of that State or that regional economic integration organization six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.
- “6. Any State or regional economic integration organization which becomes a Party to the Convention after the entry into force of the amendment shall be considered as a Party to the Convention as amended.

(2) 한글 번역문

개 정

제10조

1. 어떤 당사자라도 UN 사무총장에게 개정안을 제출함으로써 현재의 협약에 대한 개정을 제안할 수 있다. 사무총장은 당사자들에게 개정안을 검토하고 표결할 목적의 당사국회의를 원하는지 알려달라는 요청과 함께 제안된 개정안을 이 협약의 당사자들에게 통지하여야 한다. 그러한 통지일로부터 4개월 내에 1/3의 당사자들이 그러한 회의를 원할 경우, 사무총장은 UN의 지원 하에 회의를 개최하여야 한다.
2. 당사국회의는 각 개정안에 관하여 컨센서스를 이루기 위한 모든 노력을 하여야 한다. 컨센서스를 위한 모든 노력이 이루어졌음에도 컨센서스에 도달하지 못한 경우, 개정안은 채택을 위해 최후의 수단으로, 회의에 출석하고 투표에 참가한 당사자들의 2/3 다수의 투표를 필요로 한다.
3. 채택된 개정안은 UN 사무총장에 의해 모든 당사자들에게 비준, 수락, 승인을 위해 회람되어야 한다.
4. 채택된 개정안은 세 번째 비준, 수락, 승인문서가 기탁된 날로부터 6개월 후에 발효된다. 개정안이 발효되면, 개정안은 그것에 구속되기로 동의를 표시한 당사자들에 대하여 구속력을 갖는다.
5. 국가 혹은 지역경제통합기구가 이미 발효한 개정안을 비준, 수락, 승인할 경우, 그러한 개정안은 그 국가 혹은 지역경제통합기구에 대하여 비준, 수락 혹은 승인문서가 기탁된 날로부터 6개월 후에 발효한다.
6. 개정안이 발효한 후에 협약의 당사자가 된 국가나 지역경제통합기구는 개정된 협약의 당사자로 간주된다.

### (3) 해 설

투명성 협약 개정에 관한 내용은 상대적으로 상세히 규정되어 있다. 재적 1/3의 요청으로 개정을 논의하기 위한 회의가 개최되며, 회의에

서는 원칙적으로 컨센서스 방식으로 의사결정을 추구하나 그러한 컨센서스 성립이 불가능한 경우 출석하여 투표하는 국가의 2/3으로 개정안을 채택하도록 규정하고 있다. 이러한 개정안은 다시 각국의 비준을 획득하여야 하고 역시 세 번째 국가가 비준하면 6개월 후에 발효하게 되어 있다. 원래 사무국 초안에는 개정에 필요한 정족수 등이 누락되어 있으며 개정절차가 자세히 규정되어 있지 않다는 지적에 따라, 포괄적인 개정절차를 명시하도록 수정되었다.

## 12. 제11조

### (1) 영어 원문

“Denunciation of this Convention

“Article 11

“1. A Party may denounce this Convention at any time by means of a notification in writing addressed to the depositary. The denunciation shall take effect twelve months after the notification is received by the depositary.

“2. This Convention shall continue to apply to investor-State arbitrations commenced before the denunciation takes effect.

“DONE in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

“IN WITNESS WHEREOF, the undersigned plenipotentiaries, being duly authorised [by their respective Governments], have signed the present Convention.”

(2) 한글 번역문

이 협약의 탈퇴

제11조

1. 당사국은 언제라도 기탁처에 서면 통보함으로써 이 협약을 탈퇴할 수 있다. 탈퇴는 기탁처가 통보를 수령한 후 12개월 후에 효력을 갖는다.

2. 이 협약은 탈퇴가 효력을 갖기 전에 개시된 투자자-국가 중재에 계속 적용되어야 한다.

단 하나의 정본이 있으며, 아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어, 스페인어로 된 각 언어본은 동등한 효력이 있다.

아래에 서명한 [각 국 정부로부터] 권한 있는 전권대표들은 위와 같이 확인하며, 이 협약에 서명하였다.

(3) 해설

제11조는 투명성 협약으로부터의 탈퇴를 규정하고 있다. 기존의 협약 가입 당사국은 기탁처에 탈퇴 통보를 하여 12개월 후에 탈퇴를 할 수 있다. 다만 탈퇴가 효력을 발하기 이전에 개시된 ISDS 절차에는 여전히 기존의 투명성 규칙이 그대로 적용됨에 유념하여야 한다.

**제 2 절 국가간 이견 노정 주요 법적 쟁점과 근거**

결국 국가 간 서로 다른 견해를 표명하였던 주된 이유는 투명성 원칙에 대하여 기본적인 시각차가 있었기 때문이라기보다는 투명성 규칙이 초래하는 다양한 실제적 함의에 대하여 서로 다른 입장을 견지하였기 때문으로 볼 수 있다. 이러한 문제의 출발은 결국 투명성 규

칙이 실제 적용된 사례가 한 번도 없다는 점, 그리고 이러한 방식으로 기존에 체결된 수많은 양자 간 협정을 다자간 협약을 통하여 일거에 개정하고자 하는 시도가 이전에는 없었다는 점에 기인하고 있는 것으로 보인다. 결국 이론적으로 어떠한 방식이 타당한 것이냐의 문제와 실제 그러한 방식이 적용되는 경우 어떠한 함의가 초래되는지의 문제는 때로는 서로 간극이 있을 수도 있기 때문이다. 투명성 원칙과 관련하여 목도되는 이견은 이러한 부분을 서로 어떻게 이해하는지에 대한 차이라고 볼 수 있다. 한편으로 이러한 문제는 사소한 실무적인 문제이므로 투명성 원칙을 적용하여 가면서 자기수정의 과정을 거치며 해소될 수 있는 것으로 볼 수도 있는 반면, 다른 한편으로 이러한 문제는 이미 국제사회의 논란의 중심에 서 있는 투자분쟁해결절차의 민감성을 더욱 증폭시키는 촉매제가 될 수도 있기 때문이다. 결국 한 번도 거쳐 가지 않은 길에 대한 예측을 어떻게 할 것인지에 대하여 국가별로 입장이 상이한 것으로 요약할 수 있겠다.

나아가 재판절차와 문서에 대한 공개를 기본원칙으로 삼고 있는 서구식 법률문화를 갖고 있는 국가와 그렇지 않은 국가 사이에서도 이 문제에 대하여 온도차가 발견되기도 한다. 전자의 경우 재판절차는 당연히 공개되는 것이 원칙이며 공개되지 않는 것이 비정상적인 상황이라고 이해하는 반면, 후자의 경우 국가가 참여하는 국제분쟁에서는 심리나 자료는 공개되지 않는 것이 타당하다는 입장을 견지하고 있다. 이러한 견해의 차이는 비단 투자분쟁해결절차에서만 대두되는 것이 아니라 국제분쟁해결절차 전반에서 나타나는 문제이다. 그러므로 이에 대한 시각차가 단시일에 좁혀질 것으로 기대하기는 힘들다. 일단 투명성 규칙이 도입되어 적용되는 단계로 들어서고 있으므로 이제 이러한 시각차가 보다 본격적으로 대두될 수 있는 환경이 마련될 것이다. 그리고 이러한 상황에 직면하면 국가들 간 이견과 대립은 구체적으로 제시될 것으로 예측된다.

한편으로 이러한 차이는 또한 중재절차를 어떻게 파악하는지에 대한 시각 차이에서도 기인하고 있다. 기본적으로 중재절차는 당사자 간 자발적인 해결을 도모하고자 법원 외 절차로 진행되는 것으로 외부에 공개되지 않는 것이 원칙이었다. 이러한 당사자 간 해결절차에 대하여 법원 절차에서 적용되는 규칙을 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다는 논리도 그간 만만치 않게 제기되어 왔다. 사실 UNCITRAL 스스로도 중재절차의 장점 중 하나는 그 절차의 비공개성이라고 오랫동안 홍보하여 오기도 하였다. 그렇다면 이러한 중재의 기본원칙이 왜 투자중재에 대해서는 적용되지 말아야 하는지 충분한 설명이 아직 제시되어 있지 않다. 투자중재가 중재의 골격을 그대로 유지하고 있는 한, 이를 중재의 본래의 영역으로부터 끌어내어 별도의 절차로 독자적인 발전을 도모하는 것이 반드시 현명한 것인지는 곰곰이 생각하여 보아야 할 문제이다.

대체로 이러한 복합적인 요인이 중첩적으로 작용하여 투명성 원칙에 대한 다양한 입장 차이를 초래한 것으로 보인다. 앞으로 이러한 문제에 대한 각국의 인식이 어떻게 변화하고 또 경험이 어떻게 축적되는지 여부에 따라 이 원칙에 대한 각국의 입장 역시 지속적으로 변화할 것이다. 이러한 향후 추이를 우리로서는 주목하여야만 한다.

### 제3절 주요 쟁점 별 우리나라에 대한 합의

투명성 협약이 전체적으로 갖는 합의에 더하여 이 협약이 우리나라에 대하여 제시하는 구체적인 합의를 주요 쟁점 별로 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 제3국의 ISDS 절차 참여와 규율

일반적으로 ISDS 절차는 외국 투자자와 투자유치국 정부 사이의 분쟁을 직접적으로 다루어 분쟁을 신속히 해결하고자 하고 있으며 다른



이해관계인의 제3자 참여를 허용하고 있지 않다. 경우에 따라서는 투자자의 국적국이 자신들의 의견을 개선할 수 있는 기회를 보장하고 있기는 하나 이는 일반적인 의미의 제3자의 소송참여로 보기는 힘들며 제한적인 의견 개선의 기회로 보는 것이 타당하다.

다만 최근 일부 목도되고 있는 복수국간 투자협정의 경우 국가 대 국가 간 분쟁해결절차에서 두 분쟁 당사국 이외에 제3국이 적극적으로 제3자 참여를 실시하는 것을 인정하고 있다.<sup>15)</sup> 예를 들어 3자 참여 관련 조항은 다음과 같이 3자 참여국의 광범위한 권한을 규정하고 있다:

#### Article 17

##### Settlement of Disputes among Contracting Parties

1. Any Contracting Party may request in writing consultations with another Contracting Party to resolve any dispute relating to the interpretation or application of this Agreement. The former Contracting Party (hereinafter referred to in this Article as “the complaining Party”) shall at the time of the request deliver to the third Contracting Party a copy of that request. Where the third Contracting Party considers that it has a substantial interest in the dispute, it shall be entitled to participate in such consultations.
2. (a) Where the consultations referred to in paragraph 1 do not satisfactorily resolve the dispute within six months after the date of receipt of the request referred to in that paragraph, the complaining Party or the Contracting Party to which such request was addressed (hereinafter collectively referred to in this Article as “the disputing Parties”) may, upon written request to the other disputing Party, submit the dispute to an arbitral tribunal.

---

15) Paragraph 6 of Article 17 of the TIT 참조.

- (b) The disputing Party that submits the dispute to an arbitral tribunal under subparagraph (a) shall deliver to the third Contracting Party a copy of the request for arbitration under that subparagraph.
  - (c) The third Contracting Party may make submissions to the arbitral tribunal referred to in subparagraph (a) on a question of the interpretation of this Agreement, upon written notice to the disputing Parties.
  - (d) Where the third Contracting Party considers that it has a substantial interest in the dispute, it shall be entitled to participate in the arbitration proceedings by joining either of the disputing Parties on delivery of a written notice of its intention to participate to the disputing Parties and to the arbitral tribunal referred to in subparagraph (a). Such written notice shall be delivered to the disputing Parties at the earliest possible time and in any event no later than seven days after the date of delivery of the copy of the request under subparagraph (b)...
6. The third Contracting Party that is not participating in the arbitration proceedings in accordance with subparagraph 2(d) shall, on delivery of a written notice to the disputing Parties and to the arbitral tribunal, be entitled to attend all hearings, to make written and oral submissions to the arbitral tribunal and to receive a copy of the written submissions of the disputing Parties to the arbitral tribunal...

이와 같이 3자 참여국이 광범위한 3자 참여를 하는 것이 허용되는 경우 문제의 제3국이 ISDS 절차 관련 조항 (가령 건전성 감독조치에 해당하는지 여부 등)에 대하여 특정한 입장을 취할 경우, 이러한 입장

은 ISDS 분쟁의 중재판정부에도 중요한 영향을 미칠 가능성이 있다. 특히 이러한 상황은 최근 진행되고 있는 ISDS 절차와 이와 연관된 국가 간 분쟁해결절차에서 점차 목도되고 있는 상황 중 하나이다.<sup>16)</sup>

특히 한국과 일본이 유사한 입장을 취하고 중국이 다른 입장을 취하는 경우가 적지 않을 것으로 가정할 경우 결국 국가 간 분쟁해결절차를 담당하는 패널의 경우 계약 당사국의 다수를 점하는 한국과 일본의 입장을 협정의 정당한 해석으로 채택할 가능성이 높아지고 그 결과 중국의 불만이 제기될 개연성이 존재한다.

또한 TIT의 국가간 분쟁해결 절차에서 제3국이 채택하는 입장은 해당 국가 간 분쟁의 해결에도 중요한 영향을 미칠 뿐 아니라, 그 연장선상에서 ISDS 절차에서 투자자와 투자유치국 정부 간 분쟁 해결에도 중요한 영향을 끼칠 가능성이 농후하다. TIT의 ISDS 절차를 검토함에 있어서는 이러한 제3자 참여의 직/간접적 효과를 염두에 둔 검토와 해석이 필요한 상황이다. 다만, 한미 FTA에서는 이러한 3자 참여 자체가 존재하지 아니하므로 이러한 역학관계는 원천적으로 존재하지 않는다.

## 2. MFN 조항 확대 적용의 효과적 차단

현재 MFN 조항은 현재 BIT의 적용에 있어 중요한 함의를 내포하고 있다. 여타 국가와 새로이 체결되는 BIT에서 보다 강력한 외국인 투자 및 투자자 보호 장치가 도입되는 경우 이는 MFN 규정으로 인하여 자동적으로 기존의 BIT 계약당사국에도 적용되기 때문이다. 그러나 한편으로 이러한 기계적인 MFN 원칙의 적용은 분쟁해결절차에는 적합하지 않을 수 있다는 점에 대해서 상당한 공감대가 형성되었다. 이

---

16) Luke Eric Peterson, *United States Defeats Ecuador's State-to-State Arbitration: Will Outcome Dissuade Argentine Copycat Case?*, Investment Arbitration Reporter (Sept. 3, 2012) 참조.

에 따라 최근 체결되는 BIT의 일반 추세는 MFN의무가 ISDS 절차에 적용되지 않는다는 점을 밝히고 있는 경우가 적지 않다.<sup>17)</sup>

그리고 이러한 규정은 최근 국가들이 체결하고 있는 양자 간 투자협정과 FTA에서 대부분 발견되기도 한다.<sup>18)</sup> TIT의 경우도 제4조 3항에서 TIT상 MFN의무가 ISDS에는 적용되지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 그 결과 다른 나라와 체결한 BIT 및 FTA에서 보다 유리한 ISDS 규정이 도입되어 있거나 또는 앞으로 새로운 BIT나 FTA를 통해 보다 유리한 규정이 도입되는 경우에도 MFN 규정으로 인하여 TIT의 당사국이 자동적으로 그러한 유리한 ISDS 절차의 혜택을 향유하는 것은 아니다. 이러한 상황에서 투명성 조항의 대폭 도입은 MFN 조항의 중요성을 장기적으로 더욱 부각시킬 가능성이 있음에 주목하여야 한다.

### 3. 투명성 협약의 적용 범위 - 미승인 국가와의 합의서의 성격

#### (1) 국제법상 조약

국제법에서 말하는 조약 (treaty)이란 무엇인가? 국제법에서 말하는 조약이란 “국가간 문서에 의한 합의”를 지칭한다. 국가 간 구두에 의한 합의도 불가능한 것은 아니나, 일반적으로 조약이라고 할 때 이는 기본적으로 문서에 의한 국가 간 합의에 국한된다. 국가 간 조약의 체결, 효력, 해석 등에 대한 일반적 규율은 오랜 기간 동안 국제관습법을 통해 이루어져 왔으나, 그 점증하는 중요성으로 인하여 법전화 작업이 진행되어 “1969년 조약법에 관한 비엔나 협약”이 채택되었다.

비엔나 협약은 조약법에 관한 제반 규범을 상세히 제시하고 있어

---

17) *Maffezini case; Vladimir & Moise Bershader v. Russian Federation* 참조.

18) Luke Eric Peterson, *China-Canada Bilateral Investment Treaty Unveiled: A First Look at the Provisions of Long-Delayed Pact*, Investment Arbitration Reporter (Sept. 27, 2012) 참조.

다양한 조약 관련 분쟁해결의 기본적 지침을 제공하고 있다. 따라서 현재 검토되고 있는 투명성 협약을 포함하여 국가 간 합의문서의 법적 성격과 효력에 대한 일체의 문제는 비엔나 협약의 규정과 법리에 따라 평가되고 해결되어야 한다.

특히 비엔나 협약의 적용대상이 되는 조약인지 여부는 ‘국가 간 문서에 의한 합의’라는 실질에 의해 결정되며 그 형식이나 명칭에 의해 좌우되는 것이 아니다. 따라서 특정 문서가 새로운 법적 규범 창출을 위한 국가 간 합의의 의사를 분명히 포함하고 있다면 명칭에 상관없이 이는 조약으로 취급된다. 일반적으로 양자조약의 경우에는 “조약(Treaty)” 또는 “협정(Agreement)”이라는 용어를, 다자조약의 경우에는 “협약(Convention)”이란 용어를 조약의 명칭으로 사용하나, 당사국은 그 외에도 교환각서 (Exchange of Letters), 최종의정서 (Final Act), 양해각서 (Memorandum of Understanding) 등 다양한 명칭을 조약에 부여하고 있다. 이러한 다양한 명칭 여하에도 불구하고 조약의 실질 - 즉, 문서에 의한 국가 간 합의 - 을 담고 있는 한 그러한 문서는 모두 동등하게 조약으로 취급되며 동일한 법적 효력을 부여 받고, 따라서 비엔나 협약의 적용을 받게 된다. 반대로 법적 규범 창출을 위한 국가 간 합의의 의사가 존재하지 않는다면 그 형식 및 명칭에도 불구하고 이는 정치적 선언에 불과하며 국제법상 조약은 아니다.

투명성 협약 성안 과정에서도 미승인 국가와의 투자합의서가 투자협정에 해당하는지, 따라서 투명성 규칙의 적용대상이 되는지에 대하여 검토가 된 바 있다. 특히 우리나라에 대하여 이 문제는 대만과의 투자보장합의서 그리고 북한과의 투자합의서 문제로 귀결된다. 특히 현재 대만과는 투자보장합의서 추진을 다양한 각도에서 검토하고 있고 북한과는 이미 남북한 간 합의서가 존재하고 있는 상황이며 남북관계가 개선될 경우 새로운 합의서가 채택될 가능성도 없지 않다. 이러한 측면에서 대만 및 북한과의 투자보장합의서의 정확한 법적 성격

을 이해하는 것이 필요하며, 이에 따라 투명성 원칙이 어떻게 적용되는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있을 것이다.

특히 대만과 북한은 우리나라가 모두 국가로 승인하지 않은 주체로서 이들과의 투자합의서 체결이 투자협정으로 간주되고 이에 따라 투명성 규칙이 적용되는 상황으로 이어지게 되면 관련 자료와 문서가 대외에 공개되게 되는 상황에 직면하게 되어 우리 정부의 외교적/정치적 입장이 상당히 난감하여 질 수도 있을 것이다. 오히려 비밀보호 원칙이 적용되어야 하는 주체들임에도 불구하고 우리 법상 조약이 아니라는 결정만으로 투자협정 일반에 적용되는 원칙과 투명성 원칙 일반에 적용되는 주의를 기울이지 않는 경우 예상치 못한 파급효과가 발생할 수도 있으므로 이에 대한 주의가 요망된다.

## (2) 대만과의 투자보장합의서

위에서 살펴본 국제법의 기본 원칙에서 평가하면 설사 대만 내지 북한과의 합의 문서를 협정이 아닌 여타 명칭으로 부른다고 하여 그 문서의 국제법적 효력이나 성격에 본질적인 변화는 없는 것으로 보아야 한다. 즉, 국제법상 조약으로서의 성격은 여전히 보유하는 것으로 보아야 한다. 한국과 대만은 상호간 외교관계는 존재하지 않으나 1933년 몬테비데오 협약이 규정하고 있는 국가성립의 네 가지 요건은 모두 충족하고 있는 것으로 볼 수 있으며 이들 간 문서를 통한 합의를 담고 있는 것이 바로 한-대만 투자보장합의서가 될 것이다. 그리고 이미 중국-대만 간에도 원칙적으로 위와 같은 전제 조건 하에서 포괄적 경제협력협정 (CEPA)이 체결된 바 있고, 또한 유사한 조건 하에서 대만은 WTO에 가입하고 있기도 한 바,<sup>19)</sup> 이러한 점을 적극 부각하여 조문화한다면 한-대만 투자보장합의서도 이러한 방식을 취하지 못할

19) 대만의 WTO 가입조건에 관해서는 대만의 WTO 가입의정서 (Accession Protocol) 참조.

본질적인 이유는 없는 것으로 판단된다.

어쨌든 향후 대만과의 투자보장 합의서가 체결되면 이 합의서 역시 우리나라가 체결하는 투자보장협정으로 간주될 것이며 이에 대하여 투명성 원칙도 마찬가지로 적용될 가능성이 남게 된다. 따라서 이에 대한 검토가 역시 수반되어야 한다. 자칫하다가는 대만과의 합의서에 기존의 투자협정에 포함되는 내용과 상이한 내용을 담게 되거나 또는 투명성 원칙과 관련한 정확하지 않은 문구를 포함하게 되어 투명성 원칙이 적용되게 되는 상황이 초래될 수도 있다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.

### (3) 남북 간 투자합의서

한편 투자협정 및 투자문제는 비단 우리나라가 외국과 BIT 및 FTA를 체결하는 과정뿐 아니라 장기적으로 남북 간 거래 및 경제협력에도 지속적으로 제기될 문제 중 하나이다. 현재의 남북한 교착상태가 해소되고 결국 남북한 간 경제교류가 활성화되면 궁극적으로 남한 자본의 북한 투자가 대규모로 발생할 가능성이 존재하고, 이러한 투자에 대한 보호 문제가 발생하지 않을 수 없기 때문이다.

특히 지난 2013년 개성공단 진출 중소기업에 대한 북한 당국의 조치에서 목도된 바와 같이 앞으로 남북한 간의 경제교류 및 투자활동에는 어떠한 방식으로든 그러한 투자를 보호하는 북한 당국의 명확한 서면상의 약속이 수반되지 않으면 사실상 불가능한 것으로 보아야 할 것이다.

실제 문서의 공식적 명칭은 어떻게 채택하든지 상관없이 바로 이러한 서면상의 약속이 바로 투자협정이며, 그리고 그러한 분쟁을 해결하기 위한 절차가 바로 투자분쟁해결절차이다. 따라서 현재 논의되고 있는 투자협정 및 투자분쟁과 관련한 모델 협정의 채택과 그 적용을 위한 다양한 쟁점의 검토는 남북한 간 경제교류에도 동일하게 적용될

수 있는 문제라고 할 수 있을 것이다.

이러한 점은 개성공단 설치와 관련하여 2000년 12월 16일 양측이 합의한 “남북 투자보장 합의서 (첨부)”를 살펴보다도 알 수 있는 바, 물론 남북한 간의 특별한 법적 관계로 인하여 양측 간 합의되는 문서에 일반적인 국가 간 체결되는 국제적 합의문서 - 즉, 조약 - 의 체결에 적용되는 기제를 그대로 적용하는 데에는 다양한 국내법적 한계가 있기는 하나, 역외 투자자를 보호하는 법적 구속력을 보유한 합의문서의 채택과 이행이라는 본질적인 부분에서는 여전히 상당한 유사성을 보유하고 있음에 주목하여야 한다.

원칙적으로 국제법상 조약이란 기본적으로 국가와 국가 간 문서에 의한 합의를 의미한다. 우리 헌법 제3조와 여타 관련 법령은 북한을 국가가 아닌 반국가단체로 규정하고 있으므로 북한과의 조약 체결은 기본적으로 우리 국내법 체제 하에서는 불가능하며, 그 결과 남북한 간의 문서상의 합의는 국제법상 조약에 해당하지 않으며 그 내용에도 법적 구속력을 부여할 수 없게 된다.<sup>20)</sup>

그러나 이와 같은 기계적인 평가와 별도로 남북한 간의 특수한 상황을 역시 고려할 필요가 있으며, 그 결과 남북한 간 합의 문서라고 하더라도 양측이 국제법상 효력이 있는 문서로 취급하고자 의도하는 상황도 상정할 수 있다. 즉, 남북한이 서로 국가승인을 부여하지는 않았으나 특정 합의문에 대하여 법적인 구속력을 부여하여 조약 내지 조약과 유사한 형태의 법적 지위를 부여하기로 의도하는 상황이 발생

20) 헌법재판소는 “소위 남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계’임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다”고 결정하였다 (1997년 1월 16일 92헌바6). 대법원도 남북기본합의서는 “법적 구속력이 있는 것이 아니며 이를 국가 간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다”라고 확인하였다(1997년 7월 23일 98두14525).



할 가능성도 배제할 수 없다.<sup>21)</sup>

향후 남북한 간 투자분야의 합의문서 채택을 염두에 두면 특히 투자분쟁해결절차에 대해서도 면밀한 검토가 필요할 것으로 사료된다. 가장 중요한 부분은 남북한 간 합의 사항에 대한 위반이 발생하는 경우 이에 대하여 중립적인 중재판정부에 의하여 강제적인 분쟁해결절차가 적용된다는 점을 명확히 합의문서에 기재하여 두는 점이 될 것이다. 지난 2013년 개성공단 관련 분쟁에서도 목도된 바와 같이 이러한 객관적 분쟁해결절차의 관할권을 명시적으로 규정하여 두지 않게 되면 결국 북한 당국의 자의적인 판단과 평가로 우리 투자자의 재산을 몰수하거나 사실상 재산권 행사를 제한하는 상황이 허용되는 상황으로 이어지게 될 것이다.

따라서 반드시 ICSID 또는 UNCITRAL과 같은 일반적인 투자분쟁해결절차가 아니더라도 양측이 합의하는 방식으로 중립적인 판정부를 구성하여 이를 통해 분쟁을 해결하는 법적 기제를 반드시 도입하여 두는 것이 긴요할 것이다. 이 문제가 해결되지 않으면 다른 합의 내용이 아무리 상세하게 기술되어 있더라도 결국 그 실질적 효과는 반감될 수밖에 없을 것인 바, 결국 합의서 위반 여부에 대하여 조치 시행국인 북한 당국이 결정하는 상황이 될 것이기 때문이다.

---

21) 가령, 1992년의 남북기본합의서 취급과 관련하여서도 이와 관련한 시사점을 도출할 수 있다. 당시 남북기본합의서에 대하여 북한은 1992년 2월 26일 최고인민회의를 거쳐 북한 주석이 비준함에 따라 조약체결에 따른 모든 절차를 완료하였다. 한편 우리 측은 국회 비준동의를 거치지 않았고 다만 당시 노태우 대통령 명의로 남북기본합의서 발효에 필요한 모든 절차를 완료하였음을 통보하고 이를 관보에 게재하였다. 북한의 비준과 남한의 발효 통보 및 관보게재는 이 문서가 국제법적 효력을 전혀 갖지 않는 일종의 신사협정 (gentlemen's agreement)라면 상정하기 힘든 조치라고 할 수 있다. 나아가 우리 측은 이후 2000년 여야 합의로 국회에서 이에 대하여 지지결의를 밝힌 바도 있다. 결국 양측은 서로 상대방에 대한 법적으로 국가승인이 부여되지 않은 애매한 상황에서 한편으로 법적 구속력 있는 문서를 채택하기 위하여 일종의 편법을 모색한 것으로 볼 수 있을 것이다. 이러한 상황은 투자협정 내지 투자문제를 규율하기 위한 남북한 간 합의 문서에도 유사하게 발생할 수 있는 문제라고 볼 수 있을 것이다.

지난 2000년 채택된 남북투자보장합의서의 경우도 분쟁해결절차가 포함되어 있기는 하나 그 내용이 사실상 강제적 관할권 행사를 무력화하는 방식으로 도입되어 있어 추후 분쟁발생 시에도 거의 유명무실화된 점을 유념할 필요가 있다. 그러나 만약 추후에 남북관계가 개선되고 이에 따라 대규모의 대북투자가 이루어질 경우 이제는 필연적으로 투자보장합의서의 체결을 필요로 할 것이다. 개성공단 사태를 겪은 우리 기업과 외국 기업으로서는 북한 당국의 투자보호 의지가 문서화되지 않으면 아마도 대북 투자를 단행하기 어려울 것이기 때문이다. 그렇다면 그러한 남북합의서는 결국 투자협정으로 간주될 가능성이 높고, 그 경우 투명성 원칙이 적용되는지의 문제가 역시 대두될 수 있다. 그러므로 이와 관련하여 불필요한 논란이 발생하지 않도록 투명성 원칙의 미적용을 명시적으로 규정하여 두는 것이 필요할 것이다.

## 제 4 절 향후 투명성 협약 논의 과정 참여 전략

앞에서 살펴본 투명성 협약의 내용과 쟁점별 합의를 기초로 하여, 향후 우리나라가 투명성 협약 관련 논의 과정에서 취할 전략적 입장에 대해 검토한다. 투명성 조항 도입과 관련하여 일단 이러한 국제적 흐름을 우리 투자협정 및 모델 텍스트에도 적극 반영할 필요가 있으나, 우리 정부에 대해 비대칭적인 부담을 초래하는 상황은 방지하는 구체적인 조치를 도입하여야 한다.

### 1. 투명성 규칙 및 투명성 협약을 반영한 투자협정상 투명성 관련 조항의 검토

투명성 조항 도입과 관련하여 우리 투자협정 및 모델 텍스트에도 일단 국제적 흐름을 적극 반영하는 것이 필요하다. 다만 투명성 조항

이 실제 적용되는 경우 우리 정부에 대하여 비대칭적인 부담을 초래할 가능성이 있으므로, 이를 가급적 차단하기 위한 구체적 안전장치를 도입하는 것이 필요할 것이다.

특히 투명성 적용의 예외사항에 해당하는 비밀정보에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어 해당 정부의 재량권을 최대한 확보하는 조항을 도입하는 것이 필요할 것이다. 가령, 국내 관련법령상 그러한 정보의 제공이 금지되거나 제한되는 경우 이를 투명성 관련 조항에서 제외되는 것으로 규정하거나 또는 법령상 근거가 없더라도 국내형사사법절차 진행상 필요한 경우에는 역시 투명성 조항에서 제외되는 것으로 규정하는 방안을 검토할 수 있을 것이다.

또한 ISDS 절차의 공개방송이나 공개심리를 참관한 국내외 이해관계자들이 이를 근거로 우리 국내법원에 민형사상 소송을 제기하거나 또는 새로운 투자분쟁해결절차를 개시하는 가능성을 어떻게 제한할 것인지 여부를 구체적으로 검토할 필요가 있다.

### [조문예시]

#### [ARTICLE \_\_: CONDUCT OF THE ARBITRATION]

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article \_\_. If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention.
2. At the request of a disputing party, and unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal may determine the place of meetings, including consultations and hearings, taking into consideration appropriate

factors, including the convenience of the parties and the arbitrators, the location of the subject matter, and the proximity of evidence. The preceding sentence is without prejudice to any appropriate factors a tribunal may consider under paragraph 1.

3. Unless the disputing parties otherwise agree, English and [ ] shall be the official languages to be used in the entire arbitration proceedings, including all hearings, submissions, decisions, and awards.
4. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Agreement [Chapter]. On the request of a disputing party, the non-disputing Party should re-submit its oral submission in writing. The tribunal shall ensure that the submission from the non-disputing Party does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either disputing party, and that the disputing parties are given an opportunity to present their observations on the submission.
5. After consulting the disputing parties, the tribunal may allow a party or entity that is not a disputing party to file a written *amicus curiae* submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the tribunal shall consider, among other things, the extent to which:
  - (a) the *amicus curiae* submission would assist the tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge, or insight that is different from that of the disputing parties;
  - (b) the *amicus curiae* submission would address a matter within the scope of the dispute; and

- (c) the *amicus curiae* has a significant interest in the proceeding.

The tribunal shall ensure that the *amicus curiae* submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either disputing party, and that the disputing parties are given an opportunity to present their observations on the *amicus curiae* submission.

6. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article \_\_\_\_.

- (a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment.

- (b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

- (c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL

Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

- (d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 7.
7. In the event that the respondent so requests within 45 days of the date the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 6 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.
  8. When it decides a respondent's objection under paragraph 6 or 7, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.
  9. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, or right of set-off, or for any other reason, that the claimant has received or will

- receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract, except with respect to any subrogation as provided for in Article \_\_\_\_.
10. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article \_\_\_\_\_. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.
11. (a) In any arbitration conducted under this Agreement [Chapter], at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the date the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the date the 60-day comment period expires.
- (b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Agreement for which an appeal has been made available pursuant to paragraph \_\_\_\_ or Annex \_\_\_\_\_.
12. If a separate, multilateral agreement enters into force between the Parties that establishes an appellate body or an appellate proceeding for purposes of reviewing awards rendered by tribunals, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate re-

view awards rendered under Article \_\_\_ in arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force between the Parties. The Parties may also agree upon a bilateral arrangement, independent of a multilateral agreement, that introduces an appellate proceeding for the awards rendered by tribunals constituted under this Agreement [Chapter].

### [조문의 의미]

이 조항은 최근 채택된 UNCITRAL 투명성 규칙과 상당히 밀접한 관련성을 보유하고 있다. 전체적으로 이 조항은 해당 UNCITRAL 규칙과 상당 부분 유사한 모습을 보이고 있으며 다른 투자협정의 투명성 조항과도 대부분 유사한 측면을 보이고 있다. 다만 이 조항에서 “UNCITRAL 규칙(UNCITRAL Rules)”이라고 언급하고 있는 부분들이 다수 발견되는 바, 구체적으로 어떠한 규칙을 언급하는 지에 대하여 보다 구체적으로 서술할 필요가 있다. 이 부분은 구체적으로 협상 과정에서 상대방과의 협의 후 결정하여야 할 부분으로 사료된다.

특히 투자자의 국적국 정부가 ISDS 절차에 3자 참여하는 것은 최종 분쟁의 향배에 상당히 중요한 영향을 초래하므로 이에 대하여도 제3자 서면입장서(*amicus curiae* submission)와 유사한 제한사항을 부과하는 것이 적절하다. 해당 투자분쟁에서 투자자의 국적국 정부가 과도하게 적극적인 방식으로 참여하여 분쟁 당사자 간 균형을 훼손하는 상황이 초래되지 않도록 일반적인 제한 사항의 부과가 필요할 것이다. 이러한 부분이 상기 문안에 추가되어 있다.

그리고 항소절차의 도입은 다양한 방안이 있을 수 있고 반드시 다자협정 차원의 방안만 모색되고 있는 것이 아니므로 이에 대한 검토 역시 필요하다. 현재 수정된 문안에는 양자 차원의 가능성도 함께 모색할 수 있는 것으로 내용을 수정하였다.



[조문예시]

**[ARTICLE 20: TRANSPARENCY OF ARBITRAL PROCEEDINGS]**

1. Subject to paragraphs 2, 3, and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:
  - (a) the notice of intent;
  - (b) the notice of arbitration;
  - (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article \_\_\_\_, \_\_\_\_ and Article \_\_\_\_;
  - (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
  - (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.
2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.
3. Nothing in this Agreement [Chapter] requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article \_\_\_\_ (Essential Security) or Article \_\_\_\_ (Disclosure of Information).
4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:
  - (a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the

tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);

- (b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;
- (c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1;
- (d) The tribunal shall decide any objection by a disputing party regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may
  - (i) withdraw all or part of its submission containing such information, or
  - (ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and subparagraph (c).

In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information; and

- (e) At the request of a disputing Party, the Joint Committee shall consider issuing a decision in writing regarding a determination by the tribunal that information claimed to be protected was not properly designated. If the Joint Committee issues a decision within 60 days of such a request, it shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that decision. If the Joint Committee does not issue a decision within 60 days, the tribunal's determination shall remain in effect only if the non-disputing Party submits a written statement to the Joint Committee within that period that it agrees with the tribunal's determination.
5. Nothing in this Agreement [Chapter] requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.
6. Nothing in this Agreement [Chapter] requires a respondent to disclose information the disclosure of which is prohibited by its own laws.

### [조문의 의미]

이 조항 역시 최근 논의되고 있는 UNCITRAL 규칙과 밀접한 연관성을 보유하고 있다. 전체적으로 이 조항은 투명성 조항 도입에 관한 국제적 흐름을 반영하고 있는 것으로 앞으로 우리나라는 이 맥락에서 다른 나라와 협상을 진행하고 또 국내적으로 관련 제도를 정비할 필요성이 있다.

이 조항이 여러 국가 간 다양한 논의를 촉발하는 근거는 특정 비밀 정보의 범위를 어떻게 정하고 또 누가 정하는지 여부이다. 사실 투명성 조항을 아무리 넓혀 두어도 만약 투자 유치국 정부나 투자자가 비밀정보의 범위를 자의적으로 정할 수 있다면 투명성 규정 자체를 본질적으로 변화시킬 수 있기 때문이다.

특히 현재 이 부분과 관련하여 진행되고 있는 국제적 논의는 투자 유치국 정부가 자신의 법령상 요건으로 인하여 자료제공을 하지 못하거나 공개하지 못하는 경우에는 이를 투명성 규정 적용의 예외로 인정하여 주자는 것이다. 이러한 점을 반영하여 상기 제6항은 그러한 취지를 규정하고 있다.

상기 제4항 (e)호는 BIT에는 적용되기 힘들고 FTA에만 적용되는 내용이다. FTA에서 공동위원회(Joint Committee)가 구성되어 협정 이행과 관련한 다양한 측면을 검토하기 때문이다. 그러나 동일한 방식을 BIT에서도 적용하지 못할 이유는 없으므로 BIT 측면에서도 이러한 조항을 적극 활용하는 것이 필요하며 이에 대한 검토가 앞으로 요구되고 있다.

## 제 5 절 향후 BIT/FTA 교섭 및 체결 시 유의점

이러한 점을 고려하여 우리나라는 BIT/FTA 교섭 및 체결 시 다음과 같은 사항을 유의하여 입장을 정할 필요가 있다.

### 1. 투자자 국적국 정부 제출 의견서의 영향력

한편 일부 국가들은 조약 해석과 관련한 국내외 재판과 관련하여 자신들의 입장을 적극 개진하는 방침을 정하고 있다. 예를 들어 미국 정부의 경우 이러한 입장을 적극 견지하고 있으며 그러한 입장서는 실제 재판절차에서 중요한 영향력을 행사하고 있다. 이에 따라 미국 법원의 경우 외교적 파장이 큰 사안에 대해서는 미국 정부 - 특히 국무부 - 가 어떠한 입장을 취하는지에 대하여 상당한 비중을 두고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.<sup>22)</sup>

즉, 이러한 경우 법원의 판결의 요점은 (i) 이 문제는 외교적 파장이

---

22) *Hwang Geum Joo v. Japan*, 172 F. Supp. 2d 52, 62.

큰 사안이므로 국무부의 입장서가 중요한 비중을 차지하며, (ii) 미국 정부는 제출한 정부 입장서에서 조약 해석에 관하여 특정한 입장을 제시하고 있으므로, (iii) 본건 절차에서 이 문제를 미국 법원이 다시 재검토 (revisit)하는 것은 적절하지 않다는 입장을 취하는 것이 일반적이다.<sup>23)</sup>

이러한 점을 감안하면 향후 진행되는 투자분쟁에서 미국 정부 특히 미국 국무부가 자신의 공식 “의견서 (Statement of Interest)” 내지 입장서를 제출할 가능성도 적지 아니 한 바, 결국 이러한 정부의 공식 의견표명이 관련 투자분쟁의 최종적인 향배에도 중요한 영향을 미칠 것으로 판단된다.

그러므로 이러한 의견 개진이 ISDS 절차에 미치는 영향을 감안하여 분쟁해결절차 조항을 도입하여야 한다. 그리고 그러한 참여가 대외에 공개되어 외교분쟁화 되는 경우 발생하는 다양한 파급효과에 대해서도 역시 이를 파악하여 협상 시 조문에 반영하여야 한다.

## 2. 협정문의 비가역성

다른 조약과 마찬가지로 투자협정은 일단 한번 체결되면 이를 그 이후에 수정 내지 개정하는 것은 사실상 쉽지 않다. 우리나라가 체결한 투자협정이 대부분 70-80년대 체결되었으나 그 이후 개정 작업이 거의 이루어지고 있지 않다는 점은 이러한 사실을 반증하고 있다. 즉, 최초 체결 시에 문제의 소지가 없도록 최대한 안전하게 체결하는 것이 필요하며, 일단 체결한 이후에 이를 개정한다는 것은 상당히 기대

---

23) *Hwang Geum Joo v. Japan*, 413 F. 3d 45, Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 2005, 49-50. (이 판결에서도 결국 미 연방 항소법원은 1951년 샌프란시스코 평화조약, 그리고 이와 관련하여 체결된 각국의 평화조약 및 청구권 협정에 대한 미국 정부의 입장이 이와 관련한 문제를 미국 법원이 심리, 결정하는 데 있어 결정적인 기준임을 거듭 확인하고 있다. 동시에 미 국무부가 제출한 정부 입장서 (Statement of Interest)를 상당 부분 인용하고 있다.)

하기 힘든 일이다. 그러므로 투명성 원칙을 수용함에 있어서도 일단 우리가 체결하는 투자협정에서 이를 수용하고 추후 진행상황을 보아 관련 협정을 개정한다는 것은 현실성이 없다고 보아야 할 것이다. 최초 체결 시 가장 보수적으로 협정문을 채택하는 것이 필요하다.

### 3. 중재판정부 독자적 결정의 제한

그 다음으로 들 수 있는 것은 애매모호한 부분으로 남겨진 사항은 결국 중재판정부가 결정할 수밖에 없다는 점이다. 그러므로 투자협정에 명확하게 표시되지 않은 부분, 보다 구체적으로 투명성 원칙을 수용함에 있어 분명하게 표시되지 않은 부분은 추후 토의를 통하여 중지를 모아 결정을 하는 것이 아니라 해당 분쟁을 담당하게 되는 중재판정부가 결국 이를 독자적으로 결정하게 된다는 점에 유념하여야 한다. 다른 국제분쟁해결절차에서와 마찬가지로 중재판정부는 해당 사건의 진행과 심리에 있어 상당한 재량권을 보유하며 협정문의 해석에 있어서도 마찬가지이다. 명문으로 표기된 부분은 비엔나 협약의 적용에 따라 중재판정부가 어떻게 다른 방향으로 이끌어 갈 수 없으나 그렇지 않은 부분은 대부분 중재판정부의 결정에 좌우될 가능성이 높다. 특히나 투명성 규칙과 같이 상당 부분 절차적 규칙과 밀접하게 연관된 부분일수록 더욱 그러하다. 따라서 우리가 구체적인 조항을 협정문에 포함시키지 않는 것은 이를 추후에 검토하겠다는 의미로 이해할 것이 아니라 결국 투자분쟁을 담당하는 중재판정부의 결정에 맡기는 것으로 파악하는 것이 보다 정확하다. 그런데 중재판정부는 주로 서구 중심의 전문가로 구성되어 투명성 원칙에 대하여 우리가 일반적으로 생각하는 수준보다 높은 수준으로 투명성 원칙을 이해하고 적용할 가능성이 상대적으로 높다. 이러한 점 역시 유념하여야 할 부분이다.

## 제 6 장 결 론: 향후 우리나라의 ISDS 절차 참여 관련 시사점

법리적, 현실적 측면에서 ISDS 절차는 다양한 문제점을 초래한다. 무엇보다 먼저 제기되는 문제점은 이러한 형태의 분쟁해결절차는 기존의 국가 대 국가 간 분쟁해결절차와는 본질적으로 상이한 역학관계에 따라 전개될 가능성이 크다는 점이다. 특히 이러한 분쟁에 관여하는 개인 (기업)은 주로 다국적 기업인 바, 이러한 다국적 기업과 외국 정부 간 분쟁의 전개는 분쟁의 강도 및 대응방식에 있어 기존의 국가 간 분쟁과 상당한 점에서 차이를 보일 수 있다. 외교적 관례 및 상대방에 대한 기본적 존중을 바탕으로 깔고 있는 국가 대 국가간 분쟁 - 가령, WTO 분쟁 - 과 달리 ISDS 분쟁은 사용 가능한 모든 수단을 총동원하는 기업 대 기업 간 일반적 법률 분쟁의 속성을 그대로 시현하여 분쟁이 물량공세화, 첨예화될 수 있다. 역시 문제점으로 지적할 수 있는 것은 투자 유치국 정부는 피고의 입장에만 서게 되고 민간부분에 비하여 자원 가용 능력이 상대적으로 제한되어 기본적으로 수세적 입장에 처하게 된다는 점이다. 마지막으로 지적할 수 있는 점은 ISDS 분쟁은 결국 투자 유치국 정부 정책에 대한 평가 및 심리를 그 목적으로 한다는 점에서 투자 유치국 정부 패소시 이유 여하를 막론하고 투자 유치국 국내적으로 심각한 정치/경제적 파급효과가 초래된다는 점이다. 이러한 점을 고려한 바탕에서 투명성 원칙을 살펴볼 필요가 있다.

ISDS 절차에서 투명성 원칙의 대거 유입을 모토로 하는 최근의 흐름으로부터 향후 투자분쟁해결절차를 구체적으로 준비하는 상황을 염두에 두면 적지 않은 시사점을 도출할 수 있을 것이다. 물론 다양한 각도에서 여러 시사점을 도출할 수 있을 것이나, 특히 다음과 같은 점에 주목할 필요가 있다.

## 1. 중재절차에서 외국인 변호인의 활용

ISDS 절차에 참여한 여타 국가의 경험, 해당 분쟁에서 승소하기 위한 세계적 전문가 활용의 필요성 등을 종합적으로 고려하면 우리나라가 ISDS 절차에 분쟁 당사국으로 참여하는 경우 외국 국적의 변호인을 선임, 활용할 수밖에 없을 것이다. 특히 우리나라가 아직 이 분쟁 해결절차의 세부적인 사항들에 대한 경험이 아쉽게도 전무하다는 점을 감안하면 특히 최초 분쟁에서는 이들의 전문성을 적극 활용하는 것이 긴요할 것이다. 특히 우리의 분쟁 상대방도 세계 최고 수준의 전문가를 활용할 것이 거의 분명하다고 볼 때 우리도 이에 상응하는 전문가를 변호인으로 동원하여야만 동등한 수준의 법적 공방을 전개할 수 있을 것이다.

외국인 변호인의 활용과 관련하여서는 해당 분쟁에서의 승소라는 단기적 실익과 함께 외국 전문가를 변호인으로 활용함을 통하여 얻을 수 있는 장기적 실익을 확보하는 측면도 간과할 수 없다. 가령, 외국 전문가들을 변호인으로 적극 활용하여 수년에 걸쳐 ISDS 절차를 수행하는 과정에서 이들의 전문지식과 경험을 우리 정부 담당자와 국내 전문가들이 효과적으로 전수받을 수 있을 것이다. 이러한 과정을 통하여 우리 국내의 국제소송 인프라를 장기적으로 구축하는 것이 가능할 것이다. 따라서 외국 국적의 변호인을 활용함에 있어서는 해당 분쟁의 승소뿐 아니라 이들을 통하여 필요한 지식과 노하우를 전수받는 데에도 초점을 맞추어야 한다. 그 이유는 아래에서 설명하는 바와 같이 그 현실적 필요성과 단기적 실익에도 불구하고 외국 국적의 변호인에 대하여 전적으로 또는 지속적으로 의존하는 것이 소송수행 전략 측면에서도 문제가 있을 뿐 아니라 현실적으로도 적지 않은 문제를 초래하기 때문이다.



## 2. 외국인 변호인 사용시 문제점

ISDS 절차에서 외국인 변호인의 활용은 불가피한 측면이 있으나 한편으로 외국인 변호인 활용에는 간과하기 힘든 문제점도 아울러 존재한다. 역시 다양한 측면에서 이를 살펴볼 수 있으나 다음과 같은 부분을 먼저 살펴볼 필요가 있다.

### (1) 번역 및 통역 문제

여타 소송에서와 마찬가지로 ISDS 절차에서는 지극히 다양한 자료와 문건이 준비되고 제출되며 논의된다. 문제는 이러한 자료와 문건의 경우 대부분 분쟁 당사국의 언어로 작성되어 있어 이를 변호인에게 정확하게 전달하는 것이 반드시 용이하지 않을 뿐 아니라 전달하는 경우에도 적지 않는 비용과 시간이 소요된다는 것이다. 일단 우리 측의 필요에 따라 제출하는 자료, 증거 등은 우리말로 작성되어 있을 것이며, 이를 외국 국적의 변호인에게 정확히 전달하고 이해시키는 데에는 적지 않은 노력이 필요할 것이다. 그리고 아무리 우리 정부 담당관이 설명을 한다고 하더라도 외국 변호인이 관련 자료의 취지와 배경을 우리와 같은 정도로 정확히 이해할 수 있을지도 사실 의문이며, 설사 그렇게 된다고 하더라도 여기에는 적지 않은 시간투입이 수반되어야 한다. 우리 정부가 경험하는 WTO 분쟁의 경우에도 우리나라 문건을 외국 변호인에게 설명하고 이들의 이해도를 우리 정부 담당관의 수준으로 올리는 데에는 상당한 시간과 비용의 투입을 요구하고 있다는 것이 여러 차례 입증된 바 있다. 특히 여러 가지 애매한 뉘앙스의 표현법을 담고 있는 우리말의 경우 그 정확한 번역 및 통역은 상당한 준비를 요한다.

경우에 따라서는 상당한 비용과 시간을 투입하여도 외국인 변호인이 우리와 동일한 정도의 이해력을 보유하기는 힘든 상황이 적지 않

으며, 이 경우 ISDS 절차에서 중재판정관의 다양한 사실적/법률적 질문에 해당 변호인이 순발력 있게 정확한 답변을 제시하는 것이 힘들어진다는 점이다. 이러한 부분에 대해서는 우리 대리인이나 우리 국내 전문가가 적극적인 역할을 수행할 수밖에 없는 부분이다. 따라서 외국인 변호인의 활용에는 해당 변호인의 학식과 경험의 다과와 상관없이 이러한 기본적인 현실적인 장벽을 생각하지 않을 수 없다. 이러한 내재적 한계를 고려하여 외국인 변호인 활용 전략을 수립하여야 할 것이다.

## (2) 부정적 국내 여론 대처 문제

한편, 국가의 사활이 걸린 중요한 국제분쟁을 외국인 변호인에게 의존하는 것이 국내적으로 어떠한 정치적 과장을 초래할 지에 관한 문제도 외국인 변호인 활용에 있어 중요한 고려사항 중 하나이다. 역사적/정치적으로 민감한 분쟁에 외국인 변호인을 활용할 경우 우리 정부의 효과적 대응 여부 및 준비 태세 등에 대하여 국내적으로 정치적 공방이 발생할 가능성이 있으며 혹시 패소하거나 소기의 성과를 달성하지 못하는 상황이 발생한다면 책임 문제 등 민감한 상황이 발생할 것이다. 이러한 부분을 궁극적으로 해결하기 위해서는 결국 시간과 비용이 소요되더라도 우리 국내 전문인력을 장기적으로 양성할 수밖에 없을 것이다.

이러한 점을 고려하면 설사 외국인 변호인을 활용하는 경우에도 그러한 변호인의 활용은 순수 법적 이슈에 대한 자문에 국한하여야 할 것이며 전체적인 소송 전략 및 운영은 대리인으로 임명되는 우리 정부 담당관의 주도로 진행되어야 할 것이다. 전체적인 소송전략 수립 및 운영 역시 핵심적인 법적 쟁점에 대한 이해가 전제되지 않으면 곤란하다는 점에서 결국 외국인 변호인을 활용하더라도 우리 정부 스스로 이러한 분쟁을 전체적으로 이끌어가기 위한 사전 준비작업이 이루

어지지 않으면 결국에 가서는 외국인 변호인의 주도대로 분쟁이 진행될 가능성이 높을 것이며, 그 경우 국내적으로 부정적 여론이 촉발될 가능성을 배제할 수 없을 것이다. 고도의 전문지식을 가진 외국 전문가에게 적절한 지침을 주고 이들의 질문사항에 답하며 이들의 주장내용을 적절히 컨트롤하기 위해서는 이들 정도까지는 아니더라도 최소한 기본적인 전문성을 확보한 정부 담당관이 대리인의 역할을 맡아야 한다. 문제는 정부 담당관 중 이러한 전문가를 양성하는 데에는 적지 않은 노력이 필요하다는 점이다.

따라서 ISDS 절차에의 참여를 준비함에 있어 일단 분쟁이 발생한 이후 외국인 변호인을 고용하여 대처하면 된다는 단순한 접근방법은 위험할 뿐 아니라 현실성도 상당히 떨어진다고 볼 수 있다. 영토문제 등 우리 국민의 관심을 끄는 분쟁이 발생하면 이러한 분쟁의 향배는 사실 우리 정부 담당관의 역할이 주된 변수이며 외국인 변호인의 역할은 종속 변수일 가능성이 높다.

### (3) 우리 정부 대리인과 변호인간 의견 조율 및 협조 문제

따라서 이러한 관점에서 살펴보면 ISDS 절차를 진행함에 있어 가장 중요한 것은 외국 국적의 변호인이 우리 정부의 대리인을 적극 지원하고 대리인의 지침을 충실히 이행하는 메커니즘을 확보하는 것이라고 볼 수 있다. 변호인이 우리 정부 대리인의 조력자에 머물지 않고 자신의 경험에 기초하여 자신의 의도대로 소송 진행을 주도하고자 할 경우 해당 소송의 수행과정에서는 물론이고 분쟁 종료 이후에도 적지 않은 문제가 발생할 것이다. 사실 이러한 상황은 다소 맥락은 다르지만 WTO 분쟁해결절차에서 가끔 목도되는 현상이기도 하다. 우리 정부의 대리인이 해당 분쟁의 총책임자로서 적극적으로 소송을 이끌어 나가지 않으면 외국인 변호인의 역할에 상당 부분 의존할 수밖에 없게 되고 이들의 전략과 주장은 반드시 우리 정부가 채택하는 (또는

채택하였어야 하는) 전략 및 주장과는 상이한 경우도 없지 않다.

국제법 내지 국제소송 분야 전문가이며 관련 경험이 풍부한 외국인 변호인의 조언은 충분히 경청하여야 하고, 바로 그러한 이유로 변호인을 활용하는 것이기도 하다. 그러나 한편으로 ISDS 재판절차는 단계별로 지극히 복잡한 결정을 요하는 고도의 정치적/외교적 이슈로 점철되어 있다. 증거자료와 관련하여서도 정확한 평가를 위해서는 해당 시점의 관련 정부 담당자의 설명과 배경을 이해하여야 하나 외국인 변호인의 경우 우리 정부 담당관이 이해하는 정도에 미치지 못하거나 정확한 맥락을 이해하지 못하는 상황도 적지 않을 것이다. 이러한 상황에서 단지 외국인 변호인의 이전 분쟁에서의 경험과 법리적 해석에만 기초하여 우리가 참여하는 ISDS 절차에서 중요한 결정을 내리는 것은 위험할 수밖에 없다. 제반 사정을 평가하고 법적, 정치적, 외교적 이슈를 종합적으로 고려할 수 있는 능력은 오로지 우리 정부의 대리인만이 갖고 있으며 그러한 판단에 대한 궁극적인 책임도 그러한 대리인이 부담할 수밖에 없다.

따라서 외국인 변호인을 활용하는 경우에도 그러한 변호인과 우리 정부 대리인간의 의견조율과 원활한 협조의 확보가 필수적이다. 이러한 의견조율과 협조체제 구축이 확보되지 않을 경우 설사 이론적으로는 완비되었다고 하더라도 우리 정부의 이해관계를 제대로 반영하지 않은 법적 주장이 전개되거나 또는 반드시 우리에게 유리하지 않은 많은 증거자료 등이 제출되는 상황이 발생하게 될 것이다.<sup>24)</sup>

---

24) 이러한 점은 특히 ICJ 재판절차에서 분쟁 당사국을 대리하여 참여하는 변호인을 해당 분쟁 당사국의 변호인으로서뿐 아니라 해당 사안에서 진실을 확인하기 위한 ICJ의 조력자로 그 역할을 파악하고 있는 유력한 입장을 감안하면 특히 부각된다. 이러한 점은 재판부가 요청하는 사항에 대하여 변호인은 적극 협조할 일반적인 의무를 부담하고 있으며 이는 분쟁 당사국의 입장과 반드시 합치하지 않을 수도 있기 때문이다. Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge Univ. Press, 2007), at p.140-141 참조.

### 3. 국내 전문가와의 유기적 협조 체제 구축 필요

따라서 외국인 변호인의 활용은 분명 필요하기는 하나 사전에 외국인 변호인 활용을 위한 우리 내부의 준비작업이 이루어질 필요가 있다. 이러한 준비작업은 장기적인 차원에서 조속히 시작하여야 할 과제이며 분쟁 발생 이후로 이를 미루는 것은 적절하지 않다.

### 3. 국내 전문가와의 유기적 협조 체제 구축 필요

결국, 특정 투자분쟁에서 성공적인 소송수행을 위해서는 외국인 전문가와 국내 전문가가 상호 역할을 분담하고 이를 통하여 최상의 시너지 효과를 창출하도록 도모하는 것이 중요하다고 할 수 있다. 실제 분쟁 발생시 우리 정부 담당관이 대리인의 역할을 담당하게 될 것이며, 외국의 저명한 변호사나 학자를 변호인으로 고용하게 되는 것은 거의 기정사실이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이와 동시에 여러 가지 이유로 국내 전문가의 활용 역시 불가피하다. 위에서 언급한 바와 같이 외국인 변호인 활용에 대한 국내비난을 불식시키기 위한 목적일 수도 있을 것이며 또는 우리 내부의 사정과 증거자료에 대하여 이해력이 떨어지는 외국인 변호인을 지원하기 위한 목적일 수도 있을 것이다. 요는 어떠한 형태로든 ISDS 절차에는 대리인 등 우리 정부의 담당관 이외에 우리 국내 전문가의 참여가 필요하게 될 가능성이 농후하다는 점이다. 그리고 보다 본질적으로는 우리나라의 핵심 분쟁을 외국인 변호인에게 의존하는 방법은 영구히 지속될 수 없고 언젠가는 우리 국내 전문가들이 담당하여야 한다는 점을 염두에 두어야 한다. 장기적으로 기본적인 역량이 축적된다면 결국 중요한 국제분쟁을 우리 국내 전문인력의 독자적인 능력 또는 주도적인 능력으로 대처하여야 할 것이다.

미국, 유럽연합 등 주요 선진국들은 자신들이 참여하는 국제분쟁은 정부 담당관이 이를 직접 담당/대리하는 것을 원칙으로 하고 있다. 우

리와 같이 WTO 분쟁해결절차에 적극 참여하여 오고 있는 일본의 경우도 그간 외국인 변호인에 의존하여 오던 관행을 최근에 철폐하고 이제는 일본 정부의 담당관이 언어적 장벽과 법률 지식의 한계에도 불구하고 직접 패널과 항소기구 절차에서 모든 답변과 설명을 제시하는 것을 원칙으로 하고 있다. 현실적인 어려움에도 불구하고 일본이 이러한 방향전환을 택한 것은 국가의 주요 소송을 외국인에게 맡겨 둘 수 없다는 점, 외국인 변호인의 기본적인 한계로 정확한 사실관계 설명에 어려움이 있다는 점, 그리고 궁극적으로 일본 국내 전문인력의 육성을 위해서는 특정 분쟁에서 일시적으로 부담이 발생하더라도 국내 전문인력을 적극 활용하는 것이 필요하다는 점 등을 종합적으로 고려한 것으로 알려지고 있다. 우리와 유사한 전략을 구사하여 온 일본이 이러한 방향전환을 택한 것은 우리에게도 시사하는 바가 적지 않다.

국내전문가는 특정 직역에 국한될 필요는 없으며 공무원, 학자, 변호사의 영역을 모두 포괄하여야 할 것이다. 이들 국내 전문가들의 상호 교류를 통하여 전체적인 차원에서 국제법 및 국제소송 인력을 육성하는 것이 필요할 것이다.

#### 4. 투자분쟁해결절차의 현실적 측면 고려

나아가 이러한 문제를 평가함에 있어서는 협정 문안의 법리적 공정성 문제를 떠나 실제 적용 시 발생 가능한 현실적 측면을 신중히 고려할 필요가 있다. 가령, 한미 FTA의 체결로 인해 양국 간 투자는 궁극적으로 쌍방향 활성화를 기대할 수 있을 것이나 최소한 상당기간 동안은 미국 투자자의 對韓 투자가 그 반대의 경우보다는 규모가 클 것이므로 투자자 보호를 일방적으로 강화하는 방향으로 ISDS 절차를 도입할 경우 협정문의 형식적 공정성에도 불구하고 반드시 우리 측에

게 유리하지만은 않다는 점이 그러한 예이다. 즉 문안의 공정성이 실제 그러한 문안이 구체적인 시장상황에 적용되었을 경우에는 공정한 결과를 보장하지 않을 수 있다는 것이다. 또한 모든 조건이 동일하다고 하더라도 이 분야 분쟁에서 상대적으로 일천한 경험을 보유한 우리 정부의 경우 실제 분쟁에서 받는 부담은 상대방에 비하여 상대적으로 높다. 이러한 상황에서 투명성의 제고는 적지 않은 부담을 초래할 수도 있을 것이다.

### 5. 우리 기업의 활용 가능성과 투명성 원칙의 함의

한편 ISDS 절차를 우리 측이 적극적으로 이용하게 될 가능성도 아울러 염두에 두어야 한다. 한국의 경우 제조업, IT 산업, 바이오 산업 등에 있어 이미 상당한 수준의 국제 경쟁력을 보유하고 있고 이러한 비교우위 산업은 외국 시장으로 급격히 진출하고 있다. 이러한 상황에서 ISDS 절차는 우리 기업이 투자유치국 법원을 벗어나 공정한 재판을 추구할 가능성을 열어 준다는 점을 고려하여야 할 것이다. 외국과의 BIT/FTA가 규정하는 ISDS 절차는 국내 투자자에 대하여 차별적으로 적용되는 외국 정부 정책에 대한 효과적인 제어장치로 작용할 수도 있다는 점 역시 간과하여서는 안 될 것이다. 우리 기업이 이러한 분쟁해결절차에 제조자로 참여하는 경우 투명성 원칙이 어떠한 함의를 가질 것인가 하는 부분도 간과하여서는 아니 된다. 특히 중국으로 진출하는 우리 기업 등이 ISDS 절차를 활용하는 경우 투명성 원칙은 그러한 기업에 큰 도움이 될 수도 있을 것이다.

### 6. 투명성 원칙 적용을 통한 긍정적 측면도 고려

한편으로 투명성 원칙 확산을 통한 긍정적 측면도 역시 고려할 필요가 있다. 현재 NAFTA 선례 등과 관련하여 진행되는 논란의 상당

부분은 사실관계 및 법적 주장의 배경에 대한 정보 부족한 경우가 많으며 동일한 사안에 대해서도 입장에 따라 관정의 정확한 의미와 법적 근거에 관하여 서로 상이한 결론을 도출하는 경우가 적지 않다. 향후 진행될 ISDS 절차에서 다양한 이해관계 그룹에 의한 사건 배경이나 판결 의미의 왜곡을 최소화하고 또 정부의 정책 입안과정에서 대처 능력을 제고시키기 위해서는 우리나라가 제소되는 분쟁에서 관련 자료와 증언이 폭넓게 공개되는 것이 이러한 오해를 차단하고 불필요한 논란을 종식시키는 데 기여하는 측면도 없지 않을 것이다. 이는 투명성 원칙을 적극적으로 활용하는 모습으로 볼 수 있을 것이다.



## 참 고 문 헌

Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America, 2011년 6월 11일 서울에서 서명, available at <http://www.fta.go.kr/korus/main/index.asp> (2014년 11월 1일 방문).

2012년 한중일 투자보장협정 (Agreement Among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment, 2012년 5월 12일 서명, 2014년 5월 24일 발효).

MOTIE FTA Portal, Overview of the FTA Policy, available at <http://www.fta.go.kr/main/situation/kfta/psum/> (2014년 11월 1일 방문).

외교부, 대한민국 체결 양자조약 및 다자조약 데이터 베이스 참조.

WTO 웹사이트, [www.wto.org](http://www.wto.org)

OECD 웹사이트, [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

국제사법재판소 웹사이트, [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

UNCITRAL 웹사이트, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (“비엔나 협약”).

United Nations Commission on International Trade Law Rules on Transparency in Treaty -based Investor - State Arbitration and Arbitration Rules (as revised in 2010, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013) (“UNCITRAL Transparency Rules”), Resolution adopted by the General Assembly on

참 고 문 헌

December 16, 2013[on the report of the Sixth Committee (A/68/462)].

Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Forty-seventh session (7-18 July 2014), General Assembly Official Records, Sixty-ninth session, Supplement No. 17 참조. UNCITRAL 웹사이트, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html) (2014년 11월 1일 방문).

UNCTAD, World Investment Report 2007, Transnational Corporations, Extractive Industries and Development, New York and Geneva (United Nations) 참조.

Luke Eric Peterson, *United States Defeats Ecuador's State-to-State Arbitration: Will Outcome Dissuade Argentine Copycat Case?*, Investment Arbitration Reporter (Sept. 3, 2012) 참조.

Luke Eric Peterson, *China-Canada Bilateral Investment Treaty Unveiled: A First Look at the Provisions of Long-Delayed Pact*, Investment Arbitration Reporter (Sept. 27, 2012) 참조.

*Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009.

WTO Panel Report, *European Communities and Its Member States - Tariff Treatment of Certain Information Technology Products* (WT/DS375, 376, 377/R) (Jul. 21, 2010).

Appellate Body Report, United States - Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea, WT/DS296/AB/R (27 June 2005).

WTO Panel Report, U.S.-DRAM, WT/DS296/R (21 February 2005).

WTO Panel Report, Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles and Apparel and other Items, WT/DS56/R (25 November 1997).

WTO Panel Report, Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/R (14 April 1999).

WTO Appellate Body Report, European Communities - Selected Customs Matters (DS315)

2000년 12월 16일 체결 남북사이의 투자보장에 관한 합의서

헌법재판소, 11997년 1월 16일 92헌마6 결정.

대법원, 1997년 7월 23일 98두14525 판결.

미국 연방지방법원, Hwang Geum Joo v. Japan, 172 F. Supp. 2d 52, 62.

미국 연방항소법원, Hwang Geum Joo v. Japan, 413 F. 3d 45, Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 2005, 49-50.

Mohamed Shahabuddeen, Precedent in the World Court (Cambridge Univ. Press, 2007).

# 첨 부

- 2000년 12월 16일 체결 남북사이의 투자보장에 관한 합의서
- 투명성 (Transparency) 관련 조항의 다양한 사례 비교

**(첨부 ㄱ) 2000년 12월 16일 체결 남북사이의 투자보장에 관한 합의서**

남과 북은 2000년 6월 15일에 발표된 역사적인 [남북공동선언]에 따라 진행 되는 경제교류와 협력이 나라와 나라사이가 아닌 민족내부의 거래임을 확인하고 상대방 투자자의 투자자산을 보호하고 투자에 유리한 조건을 마련하기 위하여 다음과 같이 합의한다.

**제 1 조 정 의**

1. “투자자산”이란 남과 북의 투자자가 상대방의 법령에 따라 그 지역에 투자한 모든 종류의 자산을 의미하며 여기에는 다음과 같은 것이 속한다.

가. 동산, 부동산과 그와 관련된 재산권

나. 재투자된 수익금, 대부금을 비롯한 화폐재산과 경제적가치를 가지는 청구권

다. 저작권, 상표권, 특허권, 의장권, 기술비결을 비롯한 지적재산권과 이와 유사한 권리

라. 지분, 주식, 회사채, 국공채 등과 같은 회사 또는 공공기관에 대한 권리

마. 천연자원의 탐사, 채취 또는 개발을 위한 허가를 비롯하여 법령이나 계약에 따라 부여되는 경제적 가치를 가지는 사업권

바. 이 밖에 투자자가 투자한 모든 자산 투자 또는 재투자된 자산의 형태상 변화는 투자를 받아들인 일방의 법령에 저촉되지 않는 한 투자자산으로 인정한다.

2. “투자자”란 일방의 지역에 투자하는 상대방의 법인 또는 개인을 의미하며 여기에는 다음과 같은 것이 속한다.

가. 일방의 법령에 따라 설립되고 경제활동을 진행하는 회사, 협회, 단체 같은 법인

**【첨 부】**

나. 일방에 적을 두고 있는 자연인

3. “수익금”이란 이윤, 이자, 재산양도소득, 배당금, 저작권 또는 기술 사용료, 수수료 등과 같이 투자의 결과로 생기는 금액을 의미한다.
4. “기업활동”이란 투자재산과 수익금의 관리, 기업의 청산 등을 포함한 활동을 의미한다.
5. “지역”이란 남과 북이 관할하고 있는 지역을 의미한다.
6. “자유태환성 통화”란 국제거래를 위한 지급수단으로 널리 사용되며 주요 국제외환시장에서 널리 거래되는 통화를 의미한다.

**제 2 조 허가 및 보호**

1. 남과 북은 자기 지역 안에서 상대방 투자자의 투자에 유리한 조건을 조성하고 각자의 법령에 따라 투자를 허가한다. 이 경우 투자의 실현, 기업활동을 목적으로 하는 인원들의 출입, 체류, 이동 등과 관련한 문제를 호의적으로 처리한다.
2. 남과 북은 자기 지역 안에서 법령에 따라 상대방 투자자의 투자자산을 보호한다.
3. 남과 북은 법령이 정한 바에 따라 투자를 승인한 경우 투자승인을 거친 계약과 정관에 의한 상대방 투자자의 자유로운 경영활동을 보장한다.

**제 3 조 대 우**

1. 남과 북은 자기 지역 안에서 상대방 투자자와 그의 투자자산, 수익금, 기업활동에 대하여 다른 나라 투자자에게 주는 것과 같거나 더 유리한 대우를 준다.

2. 남과 북은 관세동맹, 경제동맹, 공동시장과 관련한 협정, 지역 및 준지역적 협정, 2중과세 방지협정에 따라 다른 나라 투자자에게 제공하는 대우나 특전, 특혜를 상대방 투자자에게 줄 의무는 지니지 않는다.

#### 제 4 조 수용 및 보상

1. 남과 북은 자기 지역 안에 있는 상대방 투자자의 투자자산을 국유화 또는 수용하거나 재산권을 제한하지 않으며 그와 같은 효과를 가지는 조치(이하 “수용”이라고 한다)를 취하지 않는다. 그러나 공공의 목적으로부터 자기측 투자자 나 다른 나라 투자자와 차별하지 않는 조건에서 합법적 절차에 따라 상대방 투자자의 투자자산에 대하여 이러한 조치를 취할 수 있다. 이 경우 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 해준다.
2. 남과 북은 수용조치를 취한 날부터 지금까지의 일반 상업이자율에 기초하여 계산된 이자를 포함한 보상금을 보상받을 자에게 지체없이 지불한다. 보상금의 크기는 수용과 관련한 결정이 공포되기 직전 투자자산의 국제시장 가치와 같다.
3. 남과 북은 무력충돌 등 비정상적인 사태로 상대방 투자자의 재산이 손실을 입게 되는 경우 그 손실에 대하여 원상회복 또는 보상함에 있어서 자기측 투자자나 다른 나라 투자자에 대한 것보다 불리하지 않게 대우한다.

#### 제 5 조 송 금

1. 남과 북은 상대방 투자자의 투자와 관련되는 다음과 같은 자금이 자유태환성통화로 자기 지역 안이나 밖으로 자유롭게 지체 없이 이전되는 것을 보장한다.

## 【첨 부】

- 가. 초기 투자자금과 투자기업의 유지, 확대에 필요한 추가자금
  - 나. 이윤, 이자, 배당금을 비롯한 투자의 결과로 생긴 소득
  - 다. 대부상환금과 그 이자
  - 라. 투자자산의 양도나 청산을 통한 소득
  - 마. 투자와 관련하여 일방지역의 기업에 채용된 상대방 인원들이 받은 임금과 기타 합법적 소득
  - 바. 제4조, 제7조 제1항에 따르는 보상금
  - 사. 제6조에 따라 어느 일방 또는 그가 지정한 기관에 지급되는 자금
  - 아. 이 밖에 투자와 관련된 자금
2. 송금시의 환율은 투자가 이루어진 일방의 외환시장에서 당일에 적용되는 시세에 따른다.
3. 송금은 투자가 이루어진 지역에 있는 일방의 당국이 정한 절차에 따른다. 이 경우 제1항과 제2항에 규정된 권리를 침해하지 않는다.

## 제 6 조 대 위

일방 혹은 그가 지정한 기관이 투자와 관련하여 자기측 투자자에게 제공한 비상업적위험에 대한 재정적 담보에 따라 해당한 보상을 한 경우 상대방은 일방 혹은 그가 지정한 기관이 투자자의 손해배상청구권을 포함한 권리를 넘겨받아 행사하며 그 권리의 범위 내에서 세금 납부의무를 비롯한 투자와 관련된 의무를 진다는 것을 인정한다.

## 제 7 조 분쟁해결

1. 이 합의서에 의해 부여된 권리의 침해로 상대방 투자자와 일방 사이에 발생하는 분쟁은 당사자 사이에 협의의 방법으로 해결한다. 분쟁이 협의의 방법으로 해결되지 않을 경우에는 투자자는 남과 북의 합의에 의하여 구성되는 남북상사중재위원회에 제기하여 해



결한다. 남과 북의 당국은 투자자가 분쟁을 중재의 방법으로 해결하는 것에 대하여 동의한다.

2. 남북 당국 사이에 합의서의 해석 및 적용과 관련하여 생기는 분쟁은 남북장관급회담 또는 그가 정하는 기관에서 협의·해결한다.

### 제 8 조 다른 법, 협정 및 계약과의 관계

투자와 관련하여 이 합의서보다 더 유리한 대우를 규정한 조항이 포함되어 있는 일방의 법령이나 남과 북이 당사자로 되는 국제협정 또는 일방과 투자자 사이에 맺은 계약은 그 법령, 협정 및 계약에서 유리하게 규정된 조항에 한하여 이 합의서보다 우위에 놓인다.

### 제 9 조 정보제공

1. 남과 북은 투자와 관련하여 제정 또는 수정·보충되는 법령을 상호 제공한다.
2. 남과 북은 투자자료와 관련하여 일방의 요청이 있을 경우 그것을 지체 없이 제공한다.

### 제10조 적용범위

합의서는 효력발생 이전 혹은 이후에 쌍방의 투자자들이 상대방 지역에 한 모든 투자에 적용한다. 그러나 합의서의 발효 이전에 생긴 분쟁에는 적용하지 아니한다.

### 제11조 수정 및 보충

남과 북은 필요한 경우 협의하여 합의서의 조항을 수정·보충할 수 있다. 수정·보충되는 조항은 제12조 제1항과 같은 절차를 거쳐 효력을 발생한다.

【첨 부】

## 제12조 효력발생 및 폐기

1. 합의서는 남과 북이 서명하고 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 교환한 날로부터 효력을 발생한다.
2. 합의서는 일방이 상대방에게 폐기 의사를 서면으로 통지하지 않는 한 계속 효력을 가진다. 폐기통지는 통지한 날부터 6개월 후에 효력을 발생한다.
3. 합의서의 효력기간 안에 투자된 자산은 이 합의서의 효력이 없어진 날부터 10년간 제1조부터 제8조에 규정된 보호와 대우를 받는다.

이 합의서는 2000년 12월 16일 각각 2부 작성되었으며 두 원본은 같은 효력을 가진다.

남측을 대표하여

남북장관급회담

남측대표단 수석대표

대한민국

통일부장관 박재규

북측을 대표하여

북남상급회담

북측대표단 단장

조선민주주의인민공화국

내각책임참사 전금진

부 록

쌍방의 합의서에서 다음의 용어는 같은 의미를 지닌다.

보장(제목에서) 보호(제목에서)

투자자산 투자재산

지분 출자몫

의장권 공업도안권

천연자원 자연부원

경제적 가치를 가지는 사업권 기업리권

국공채 공채

법령 법

법인 실체

자연인 개별적인 사람

수용 몰수

외환시장 외국환자시장

자유태환성 통화전환성화폐

정관 규약

서명 수표

(첨부 1) 투명성 (Transparency) 관련 조항의 다양한 사례 비교

투자협정명	조항	비고
<p>AGREEMENT AMONG THE GOVERNMENT OF JAPAN, THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA FOR THE PROMOTION, FACILITATION AND PROTECTION OF INVESTMENT</p>	<p><b>Article 10 Transparency</b></p> <p>1. Each Contracting Party shall promptly publish, or otherwise make publicly available, its laws, regulations, administrative procedures and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements to which the Contracting Party is a party and which pertain to or affect investment activities. The Government of each Contracting Party shall make easily available to the public, the names and addresses of the competent authorities responsible for such laws, regulations, administrative procedures and administrative rulings.</p> <p>2. When a Contracting Party introduces or changes its laws or regulations that significantly affect the implementation and operation of this Agreement, the Contracting Party shall endeavor to provide a reasonable interval between the time when such laws or regulations are published or made publicly available and the time when they enter into force, except for those laws or regulations involving national security, foreign exchange rates or monetary policies and other laws or regulations the publication</p>	<p>다른 BIT에는 없는 조항으로 한중일 TIT에 최초로 도입.</p> <p>전체적으로 투명성 규정의 기본 내용을 개괄적으로 규정.</p> <p>FTA 협정 전체에 적용되는 투명성 조항에도 일부 영향을 받게 되는 FTA 투자 챕터와는 달리 TIT는 이 협정에 포함된 투명성 조항만 적용.</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>of which would impede law enforcement.</p> <p>3. Each Contracting Party shall, upon the request by another Contracting Party, within a reasonable period of time and through existing bilateral channels, respond to specific questions from, and provide information to, the latter Contracting Party with respect to any actual or proposed measure of the former Contracting Party, which might materially affect the interests of the latter Contracting Party and its investors under this Agreement.</p> <p>4. Each Contracting Party shall, in accordance with its laws and regulations:</p> <p>(a) make public in advance regulations of general application that affect any matter covered by this Agreement; and</p> <p>(b) provide a reasonable opportunity for comments by the public for those regulations related to investment and give consideration to those comments before adoption of such regulations. so as to oblige any Contracting Party to disclose confidential information, the disclosure of which:</p> <p>(a) would impede law enforcement;</p> <p>(b) would be contrary to the public interest; or</p> <p>(c) could prejudice privacy or legitimate commercial interests.</p>	

투자협정명	조항	비고
<p>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE UNITED STATES OF AMERICA</p>	<p><b>ARTICLE 5.3: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, and procedures of general application respecting any matter related to the pricing, reimbursement, or regulation of pharmaceutical products or medical devices are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them.</p> <p>2. To the extent possible, each Party shall: (a) publish in advance any such measures that it proposes to adopt; and (b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.</p> <p>3. With respect to proposed regulations of general application of its central level of government respecting any matter related to the pricing, reimbursement, or regulation of pharmaceutical products or medical devices that are published in accordance with paragraph 2(a), each Party:</p> <p>(a) shall publish the proposed regulations, including an explanation of the purpose of those regulations, in a single official journal of national circulation,<sup>2</sup> and encourage their distribution through additional outlets;</p> <p>(b) should in most cases publish the proposed regulations not less than 60</p>	<p>FTA의 경우 투명성 조항이 여러 맥락에서 다른 방식으로 규정.</p> <p>제5장(의약품 및 의료기기) 관련하여 투명성 조항 도입.</p> <p>새로운 제도의 도입 및 의사결정 과정이 투명하게 진행되어야 함에 초점</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>days before the date public comments are due; and</p> <p>(c) shall, at the time it adopts final regulations, address in writing significant, substantive comments received from interested persons during the comment period and explain any substantive revision it made to the proposed regulations.</p> <p>4. To the extent possible, each Party should allow reasonable time between publication of final regulations of general application of its central level of government respecting any matter related to the pricing, reimbursement, or regulation of pharmaceutical products or medical devices and their effective date.</p> <p>5. To the extent that health care authorities at a Party's central level of government operate or maintain procedures for listing pharmaceutical products, medical devices, or indications for reimbursement, or setting the amount of reimbursement for pharmaceutical products or medical devices, under health care programs operated by its central level of government, a Party shall:</p> <p>(a) ensure that consideration of all formal requests for the pricing or approval of pharmaceutical products or medical devices for reimbursement is completed within a reasonable, specified period;</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>(b) disclose to applicants within a reasonable, specified period all procedural rules, methodologies, principles, criteria (including those used, if any, to determine comparator products), and guidelines used to determine pricing and reimbursement of pharmaceutical products or medical devices;</p> <p>(c) afford applicants timely and meaningful opportunities to provide comments at relevant points in the pricing and reimbursement decision-making processes for pharmaceutical products or medical devices;</p> <p>(d) within a reasonable, specified period, provide applicants with meaningful, detailed written information regarding the basis for recommendations or determinations of the pricing and reimbursement of pharmaceutical products or medical devices, including citations to any expert opinions or academic studies relied upon in making such recommendations or determinations;</p> <p>(e) make available an independent review process that may be invoked at the request of an applicant directly affected by a recommendation or determination;</p> <p>(f) make all reimbursement decision-making bodies open to all stakeholders, including innovative and generic companies; and</p> <p>(g) make publicly available the membership</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>list of all committees related to pricing or reimbursement of pharmaceutical products or medical devices.</p> <p>6. Each Party shall ensure that all measures of general application respecting any matter related to the pricing, reimbursement, or regulation of pharmaceutical products or medical devices are administered in a reasonable, objective, and impartial manner.</p> <p><b>ARTICLE 9.6: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of standards, technical regulations, and conformity assessment procedures. Each Party shall permit persons of the other Party to participate in the development of these measures on terms no less favorable than those it accords to its own persons.</p> <p>2. Each Party shall recommend that non-governmental bodies in its territory observe paragraph 1 in developing standards and voluntary conformity assessment procedures.</p> <p>3. In order to enhance the opportunity for persons and the other Party to be aware of, and to understand, proposed technical regulations and conformity assessment procedures, and to be able to provide meaningful comments on these regulations and procedures, a Party publishing a notice and filing a notification in</p>	<p>제9장 (무역에 대한 기술장벽)에 대하여도 유사한 투명성 규정 도입.</p> <p>관련 규정의 도입과 운용이 투명하게 이루어져야 함을 강조</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>accordance with Article 2.9, 3.2, 5.6, or 7.2 of the TBT Agreement shall:</p> <p>(a) include an explanation of the objectives the proposed technical regulation or conformity assessment procedure is meant to serve and how it addresses those objectives;</p> <p>(b) transmit the proposal electronically to the other Party through, in the case of a Korean proposal, the U.S. inquiry point established in accordance with Article 10 of the TBT Agreement or, in the case of a U.S. proposal, the Korean coordinator established in accordance with Annex 9-A, at the same time as it notifies WTO Members of the proposal in accordance with the TBT Agreement; and</p> <p>(c) make available to the public, preferably by electronic means, comments it receives from persons or the other Party on the proposed technical regulation or conformity assessment procedure. Each Party shall also publish and notify new technical regulations and amendments to existing technical regulations that are in accordance with the technical content of any relevant international standards. Each Party shall also take such reasonable measures as may be available to it to ensure that new technical regulations and amend-</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>ments to existing technical regulations of local governments on the level directly below that of the central government that are in accordance with the technical content of any relevant international standards are published and notified through the inquiry point referenced in subparagraph (b). Each Party should allow at least 60 days after it transmits a proposal under subparagraph (b) for persons and the other Party to provide comments in writing on the proposal. A Party shall give favorable consideration to <b>reasonable requests</b> from persons or the other Party for extending the comment period.</p> <p>4. Where a Party makes a notification under Article 2.10, 3.2, 5.7, or 7.2 of the TBT Agreement, it shall at the same time transmit the notification and text of the proposal electronically to the other Party through the inquiry point referenced in paragraph 3(b). Each Party shall also notify new technical regulations and amendments to existing technical regulations that are in accordance with the technical content of any relevant international standards. Each Party shall also take such reasonable measures as may be available to it to ensure that new technical regulations and amendments</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>to existing technical regulations of local governments on the level directly below that of the central government that are in accordance with the technical content of any relevant international standards are published and notified through the inquiry point referenced in paragraph 3(b).</p> <p>5. Each Party shall publish, preferably by electronic means, notices of proposed and final technical regulations and conformity assessment procedures required under Articles 2.9, 2.11, 5.6, and 5.8 of the TBT Agreement in a single official journal and shall encourage the government bodies that issue them to disseminate them through additional channels. With respect to notices of proposed and final technical regulations and conformity assessment procedures notified under Articles 3.2 and 7.2 of the TBT Agreement, each Party shall ensure to the extent practicable, that all such notices are accessible through a single Internet site or other information source.</p> <p>6. Each Party shall include in the notice of a final technical regulation or conformity assessment procedure that it publishes in its official journal:</p> <p>(a) an explanation of the objectives of the technical regulation or conformity</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>assessment procedure and how it addresses those objectives; and</p> <p>(b) responses to significant comments that it received during the comment period and an explanation of substantive revisions that it made to the proposed technical regulation or conformity assessment procedure. 7. On request, each Party shall provide the other Party with additional available information regarding the objective of, and rationale for, a standard, technical regulation, or conformity assessment procedure that the Party has adopted or is proposing to adopt. Such requests may include requests for information regarding the matter the technical regulation or conformity assessment procedure is designed to address, alternative approaches the Party considered, and the merits of the particular approach the Party chose.</p> <p><b>ARTICLE 11.21: TRANSPARENCY OF ARBITRAL PROCEEDINGS</b></p> <p>1. Subject to paragraphs 2, 3, and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:</p> <p>(a) the notice of intent;</p> <p>(b) the notice of arbitration;</p>	<p></p> <p>11장(투자)에 대하여 투명성 조항 도입. 최근 BIT 및 FTA투자 챕터에 포함되는 투명성 관련 조항보다 일층</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>(c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 11.20.4 and 11.20.5 and Article 11.25;</p> <p>(d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and</p> <p>(e) orders, awards, and decisions of the tribunal.</p> <p>2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.</p> <p>3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 23.2 (Essential Security) or Article 23.4 (Disclosure of Information).</p> <p>4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:</p> <p>(a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal</p>	<p>강화된 내용을 포함한 것으로 평가</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);</p> <p>(b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;</p> <p>(c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1;</p> <p>(d) The tribunal shall decide any objection by a disputing party regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may (i) withdraw all or part of its submission containing such information, or (ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>tribunal's determination and subparagraph (c). In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information; and</p> <p>(e) At the request of a disputing Party, the Joint Committee shall consider issuing a decision in writing regarding a determination by the tribunal that information claimed to be protected was not properly designated. If the Joint Committee issues a decision within 60 days of such a request, it shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that decision. If the Joint Committee does not issue a decision within 60 days, the tribunal's determination shall remain in effect only if the non-disputing Party submits a written statement to the Joint Committee within that period that it agrees with the tribunal's determination.</p> <p>5. Nothing in this Section requires a respondent to withhold from the public</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>information required to be disclosed by its laws.</p> <p><b>ARTICLE 12.8: TRANSPARENCY IN DEVELOPING AND APPLYING REGULATIONS</b></p> <p>Further to Chapter Twenty-One (Transparency):</p> <p>(a) Each Party shall establish or maintain appropriate mechanisms for responding to inquiries from interested persons regarding its regulations relating to the subject matter of this Chapter.</p> <p>(b) If, consistent with paragraphs 2 and 3 of Article 21.1 (Publication), a Party does not provide advance notice of and opportunity for comment on regulations it proposes to adopt relating to the subject matter of this Chapter, it shall, to the extent possible, address in writing the reasons for not doing so.</p> <p>(c) To the extent possible, each Party shall allow reasonable time between publication of final regulations relating to the subject matter of this Chapter and their effective date.</p> <p><b>ARTICLE 13.11: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. The Parties recognize that transparent regulations and policies governing the activities of financial institutions and cross-border financial service suppliers are important in facilitating access of</p>	<p>한편 제12장은 규정의 개발 및 적용에서의 투명성 규정을 일반적으로 규정하고 있음.</p> <p>제13장(금융서비</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>foreign financial institutions and foreign cross-border financial service suppliers to, and their operations in, each other's markets. Each Party commits to promote regulatory transparency in financial services.</p> <p>2. Each Party shall ensure that all measures of general application to which this Chapter applies are administered in a reasonable, objective, and impartial manner.</p> <p>3. In lieu of paragraphs 2 through 4 of Article 21.1 (Publication), each Party, to the extent practicable:</p> <p>(a) shall publish in advance any regulations of general application relating to the subject matter of this Chapter that it proposes to adopt and the purpose of the regulation;</p> <p>(b) shall provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed regulations; and</p> <p>(c) should at the time it adopts final regulations, address in writing substantive comments received from interested persons with respect to the proposed regulations.</p> <p>4. To the extent practicable, each Party should allow reasonable time between publication of final regulations of general application and their effective date.</p> <p>5. Each Party shall ensure that the rules</p>	<p>스)은 금융관련 제도의 도입과 운영에 대한 투명성 규정을 도입하고 있음.</p> <p>이상에서 보는 바와 같이 FTA의 경우 사실 다양한 맥락의 투명성 조항이 협정 전체에 산재하고 있어 이들 조항 역시 투자협정의 투명성 조항과 함께 동시에 투자 관련 조치에 영향을 미칠 소지를 내포하고 있음에 유념하여야 함.</p> <p>이러한 부분은 BIT 협정에서는 발견되지 않는 현상으로 동일한 투명성 원칙이 투자협정에 적용되는 경우라고</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>of general application adopted or maintained by self-regulatory organizations of the Party are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons to become acquainted with hem.</p> <p>6. Each Party shall maintain or establish appropriate mechanisms for responding to inquiries from interested persons regarding measures of general application covered by this Chapter.</p> <p>7. Each Party’s regulatory authorities shall make publicly available the requirements, including any documentation required, for completing applications relating to the supply of financial services.</p> <p>8. On the request of an applicant, a Party’s regulatory authority shall inform the applicant of the status of its application. If the authority requires additional information from the applicant, it shall notify the applicant without undue delay.</p> <p>9. A Party’s regulatory authority shall make an administrative decision on a completed application of an investor in a financial institution, a financial institution, or a cross-border financial service supplier of the other Party relating to the supply of a financial service within 120 days, and shall promptly notify the applicant of the decision. An application shall not</p>	<p>하더라도 실제 상황은 서로 다를 수 있음을 제시</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>be considered complete until all relevant hearings are held and all necessary information is received. Where it is not practicable for a decision to be made within 120 days, the regulatory authority shall notify the applicant without undue delay and shall endeavor to make the decision within a reasonable time thereafter.</p> <p>10. On the request of an unsuccessful applicant, a regulatory authority that has denied an application shall, to the extent practicable, inform the applicant of the reasons for denial of the application.</p>	
<p><b>FRAMEWORK AGREEMENT ESTABLISHING A FREE TRADE AREA BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF TURKEY</b></p>	<p><b>CHAPTER 4 TRANSPARENCY</b></p> <p>ARTICLE 4.1: EXCHANGE OF INFORMATION</p> <p>1. On request of the other Party, and to the extent possible under its domestic legislation, a Party shall promptly provide information and reply to any question from the requesting Party relating to an actual or proposed measure that might substantially affect the operation of the Korea-Turkey FTA.</p> <p>2. The information referred to under this Chapter shall be considered to have been provided when the information has been made available by appropriate</p>	<p>한-터키 FTA는 별도의 장으로 투명성 의무를 독립적으로 제시하며 다양한 정보교환, 공표 및 행정 절차, 재심 및 불복청구에 대하여 규정하고 있음.</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>notification to the WTO or when the information has been made available on the official, public and fee-free accessible website of the Party concerned.</p> <p>3. Nothing in the Korea-Turkey FTA shall require any Party to disclose confidential information, the disclosure of which would impede law enforcement, otherwise be contrary to the public interest or prejudice the legitimate commercial interests of any economic operator.</p> <p>4. In the case of any inconsistency between the provisions of this Chapter and provisions relating to transparency in other Chapters of the Korea-Turkey FTA, the latter shall prevail to the extent of the inconsistency.</p> <p>ARTICLE 4.2: PUBLICATION AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS</p> <p>1. For the purposes of this Article, <b>interested person</b> means any natural or juridical person that may be subject to any rights or obligations under measures of general application within the meaning of paragraph 2.</p> <p>2. Each Party shall exert its best efforts to ensure that its laws, regulations and administrative rulings of general application relating to trade matters covered by the Korea-Turkey FTA, are promptly published or made publicly available.</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>3. To the extent possible under its domestic legislation, each Party shall provide interested persons and the other Party reasonable prior notice of measures to implement its laws, regulations and administrative rulings of general application relating to trade matters covered by the Korea-Turkey FTA, and a reasonable opportunity to comment on such measures on request of the other Party.</p> <p>ARTICLE 4.3: REVIEW AND APPEAL Without prejudice to its domestic legislation:</p> <p>(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial or administrative tribunals or procedures for the purposes of the prompt review and, where warranted, correction of administrative action relating to matters covered by the Korea-Turkey FTA. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.</p> <p>(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:</p> <p>(i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions;</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>and</p> <p>(ii) a decision based on the evidence and submissions on record or, where required by its domestic legislation, the record compiled by the administrative authority.</p> <p>(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided for in its domestic legislation, that such decision shall be implemented by, and shall govern the practice of, the office or authority with respect to the administrative action at issue.</p> <p><b>ARTICLE 5.9: TRANSPARENCY</b></p> <p>The Parties, in accordance with their respective domestic laws, agree to develop, introduce and implement any measures aimed at protecting the environment and labour conditions that affect trade between the Parties in a transparent manner.</p>	<p>제5장(무역과 지속가능한 발전)에서도 별도로 투명성 조항을 도입.</p>
<p><b>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE EFTA STATES</b></p>	<p><b>ARTICLE 3.18 Transparency</b></p> <p>The rights and obligations of the Parties in respect of transparency shall be governed by paragraphs 1 and 2 of Article III and by Article III <i>bis</i> of the GATS, which are hereby incorporated into and made part of this Chapter.</p> <p><b>ARTICLE 4.18 Transparency</b></p> <p>1. The rights and obligations of the</p>	<p>제3장(서비스무역), 4장 (금융 서비스), 10장 (최종조항)의 세 장에서 투명성 조항을 따로 규정.</p> <p>여기에 포함된</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>Parties in respect of transparency shall be governed by paragraphs 1 and 2 of Article III and by Article III <i>bis</i> of the GATS, which are hereby incorporated into and made part of this Chapter.</p> <p>2. In addition, each Party commits to promote regulatory transparency in financial services. Accordingly, the Parties undertake to consult, as appropriate, with the goal of promoting objective and transparent regulatory processes in each Party, taking into account:</p> <p>(a) the work undertaken by the Parties in the GATS and the Parties' work in other fora relating to trade in financial services; and</p> <p>(b) the importance of regulatory transparency of identifiable policy objectives and clear and consistently applied regulatory processes that are communicated or otherwise made available to the public.</p> <p><b>ARTICLE 10.1 Transparency</b></p> <p>1. The Parties shall publish their laws, or otherwise make publicly available their laws, regulations, and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as their respective international agreements that may affect the operation of this Agreement.</p> <p>2. The Parties shall promptly respond</p>	<p>규정은 전체적으로 개괄적이고 기본 내용만 기재.</p>



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>to specific questions, and provide upon request information to each other, on matters referred to in paragraph 1.</p> <p>3. Nothing in this Agreement shall require any Party to disclose confidential information, which would impede law enforcement, otherwise be contrary to the public interest or prejudice the legitimate commercial interests of any economic operator.</p> <p>4. In the case of any inconsistency between the provisions of this Article and provisions relating to transparency in other Chapters, the latter shall prevail to the extent of the inconsistency.</p>	
<p><b>FRAMEWORK AGREEMENT ON COMPREHENSIVE ECONOMIC COOPERATION AMONG THE GOVERNMENTS OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE MEMBER COUNTRIES OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST</b></p>	<p><b>Article 4 Transparency</b></p> <p>Article X of GATT 1994 shall, <i>mutatis mutandis</i>, be incorporated into and form an integral part of this Agreement.</p>	<p>투명성 조항을 부속서인 &lt;대한민국과 동남아시아국가 연합 회원국 정부 간의 포괄적경제협력에 관한 기본협정 하의 상품무역에 관한 협정&gt;에 포함시키고 있으며, 동 협정에서도 별도의 규정을 두지 않고</p>

투자협정명	조항	비고
<p><b>ASIAN NATIONS</b></p>	<p><b>CHAPTER II OBLIGATIONS AND DISCIPLINES</b></p> <p><b>Article 4 Transparency</b></p> <p>1. Each Party shall publish promptly and, except in emergency situations, at the latest by the time of their entry into force, all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement. International agreements pertaining to or affecting trade in services to which a Party is a signatory shall also be published.</p> <p>2. Where publication as referred to in paragraph 1 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.</p> <p>3. Each Party shall promptly and at least annually inform the Implementing Committee of the introduction of any new, or any changes to existing, laws, regulations or administrative guidelines which significantly affect trade in services covered by its specific commitments under this Agreement.</p> <p>4. Each Party shall respond promptly to all requests by any other Party for specific information on any of its</p>	<p>GATT 규정을 준용.</p> <p>투명성 조항을 부속서인 &lt;대한민국과 동남아시아 국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정 하의 서비스 무역에 관한 협정&gt;에도 별도로 포함하고 있음</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 1. Each Party shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to other Parties, upon request, on all such matters as well as those subject to the notification requirement in paragraph 3. Such enquiry points shall be established within two years from the date of entry into force of this Agreement. Appropriate flexibility with respect to the time-limit within which such enquiry points are to be established may be agreed upon for individual developing country Parties. Enquiry points need not be depositories of laws and regulations.</p> <p>5. Any Party may notify to the Implementing Committee any measure, taken by any other Party, which it considers affects the operation of this Agreement.</p>	
<p>COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF INDIA</p>	<p><b>ARTICLE 5.6: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall publish, including on the Internet, its customs laws, regulations and general administrative procedures.</p> <p>2. Each Party shall designate or maintain one or more inquiry points to address inquiries by interested persons concerning customs matters and shall make available on the Internet information concerning the procedures for making such inquiries.</p>	<p>제5장(무역원활화 및 관세협력)에서 별도의 투명성 규정 도입.</p> <p>전체적으로 기본적인 내용을 규정하며 원칙적 선언 포함.</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>3. To the extent possible, each Party shall publish in advance any regulations of general application governing customs matters that it proposes to adopt and provide interested persons with the opportunity to comment prior to their adoption.</p> <p><b>ARTICLE 6.20: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall publish promptly and, except in emergency situations, at the latest by the time of their entry into force, all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Chapter. International agreements pertaining to or affecting trade in services to which a Party is a signatory shall also be published.</p> <p>2. Where publication as referred to in paragraph 1 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.</p> <p>3. Each Party shall respond promptly to all requests by the other Party for specific information on any of its measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 1. Each Party shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to the other Party, upon request, on all such matters.</p>	<p>제6장 서비스 교역을 규정하는 챕터에서 투명성 조항 도입</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p><b>ANNEX 6-C FINANCIAL SERVICES</b></p> <p><b>4. Transparency</b></p> <p>(a) The Parties recognise that transparent regulations and policies governing the activities of financial service suppliers are important in facilitating access of foreign financial service suppliers to, and their operations in each other’s markets.</p> <p>(b) Each Party shall ensure that all measures of general applications relating to the supply of financial services are administered in a reasonable, objective, and impartial manner in sectors where specific commitments are undertaken.</p> <p>(c) In lieu of Article 6.20, each Party shall, to the extent practicable:</p> <p>(i) publish in advance any regulations of general application relating to the supply of financial services that it proposes to adopt; and</p> <p>(ii) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed regulations.</p> <p>(d) At the time it adopts final regulations of general application relating to the supply of financial services that it proposes to adopt, each Party should, to the extent practicable, address in writing substantive comments received from interested persons with respect to the proposed regulations.</p>	<p>투명성 조항은 제6장 부속서인 &lt;금융서비스&gt; 부속서에도 역시 별도로 도입.</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>(e) To the extent practicable, each Party should allow reasonable time between publication of final regulations of general application and their effective date.</p> <p>(f) Each Party shall ensure that the rules of general application adopted or maintained by self-regulatory organisations of the Party are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons to become acquainted with them.</p> <p>(g) Each Party shall maintain or establish appropriate mechanisms for responding to inquiries from interested persons regarding measures of general application relating to the supply of financial services.</p> <p>(h) Each Party’s regulatory authorities shall make available to interested persons the requirements, including any documentation required, for completing applications relating to the supply of financial services.</p> <p>(i) On the request of an applicant, a Party’s regulatory authority shall inform the applicant of the status of its application. If the authority requires additional information from the applicant, it shall notify the applicant without undue delay.</p> <p>(j) Unless any specified period for an administrative decision is provided for</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>in the applicable laws or regulations, a Party’s regulatory authority shall make an administrative decision on a completed application of an applicant relating to the supply of a financial service within 120 days, and shall promptly notify the applicant of the decision. An application shall not be considered complete until all relevant hearings are held and all necessary information is received. Where it is not practicable for a decision to be made within 120 days, or the period specified under the applicable laws or regulations, as the case may be, the regulatory authority shall notify the applicant without undue delay and shall endeavour to make the decision within a reasonable time thereafter.</p> <p>(k) On the request of an unsuccessful applicant, a regulatory authority that has denied an application, to the extent practicable, inform the applicant of the reasons for denial of the application.</p>	
<p><b>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF PERU</b></p>	<p><b>ARTICLE 7.7: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall electronically notify the other Party’s representative to the Committee on Technical Barriers to Trade established under Article 7.9, at the same time as it submits its notification to the WTO Central Registry of Notifications in accordance with</p>	<p>제21장에서 투명성 조항을 일반적으로 규정하고 있으며, 이와 동시에 제7(무역에 대한</p>

투명성 (Transparency) 관련 조항의 다양한 사례 비교

투자협정명	조항	비고
	<p>the TBT Agreement of:</p> <p>(a) its proposed technical regulations and conformity assessment procedures; and</p> <p>(b) its technical regulations and conformity assessment procedures adopted to address urgent problems of safety, health, environmental protection, or national security arising or threatening to arise.</p> <p>2. Each Party shall also notify the other Party of its proposed technical regulations and conformity assessment procedures that are in accordance with the technical content of relevant international standards and that may have a significant effect on trade between the Parties.</p> <p>3. The notification of technical regulations and conformity assessment procedures shall include an on-line link to, or a copy of, the complete text of the notified document. Where possible, the Parties shall provide an on-line link to, or a copy of, the complete text of the notified document in English.</p> <p>4. Each Party shall allow a period of at least 60 days following the notification of its proposed technical regulations and conformity assessment procedures for the public and the other Party to provide written comments, except where urgent problems of safety, health, environmental protection, or national security arise or</p>	<p>기술장벽), 8(무역 구제), 10(국경 간 서비스 무역), 11(기업 인의 일시 입국), 12(금융서비스), 13(통신), 16(정부조달)장에서 각각 투명성 조항에 관한 특별규정을 두고 있음.</p> <p>이 FTA의 투명성 관련 규정은 아주 전면적이고 구체적임.</p> <p>투자 챗터에 대한 투명성 조항은 별도로 존재하지 아니함.</p>



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>threaten to arise. A Party shall give positive consideration to a reasonable request of the other Party for extending the comment period.</p> <p>5. Each Party shall publish or otherwise make publicly available, in print or electronically, its responses or a summary of its responses to significant comments it receives, no later than the date it publishes the final technical regulation or conformity assessment procedure.</p> <p>6. Each Party shall, upon request of the other Party, provide information on the objectives of, and rationale for, a technical regulation or conformity assessment procedure that the Party has adopted or is proposing to adopt.</p> <p>7. A Party shall give positive consideration to a reasonable request of the other Party, received prior to the end of the comment period following the notification of a proposed technical regulation, for extending the period of time between the adoption of the technical regulation and its entry into force, except where this would be ineffective in fulfilling the legitimate objectives pursued.</p> <p>8. The Parties shall ensure that all adopted technical regulations and conformity assessment procedures are available on an official website that is free of charge</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>and publicly accessible.</p> <p>9. Where a Party detains at a port of entry a good imported from the territory of the other Party due to a failure to comply with a technical regulation, it shall immediately notify the importer of the reasons for the detention of the good.</p> <p><b>ARTICLE 8.4: INVESTIGATION PROCEDURES AND TRANSPARENCY REQUIREMENTS</b></p> <p>1. A Party shall apply a bilateral safeguard measure only following an investigation by the Party's competent investigating authority in accordance with Articles 3 and 4.2(c) of the Safeguards Agreement. To this end, Articles 3 and 4.2(c) of the Safeguards Agreement are incorporated into and made part of this Agreement, <i>mutatis mutandis</i>.</p> <p>2. In the investigation described in paragraph 1, a Party shall comply with the requirements of Article 4.2(a) of the Safeguards Agreement. To this end, Article 4.2(a) of the Safeguards Agreement is incorporated into and made part of this Agreement, <i>mutatis mutandis</i>.</p> <p>3. Each Party shall ensure that its competent investigating authority completes any such investigation within one year following its date of initiation.</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p><b>ARTICLE 10.7: TRANSPARENCY IN DEVELOPING AND APPLYING REGULATIONS</b></p> <p>Further to Chapter Twenty-One (Transparency):</p> <p>(a) each Party shall maintain or establish appropriate mechanisms for responding to inquiries from interested persons regarding its regulations related to the subject matter of this Chapter;</p> <p>(b) to the extent possible, each Party shall:</p> <p>(i) publish in advance any measure that it proposes to adopt related to the subject matter of this Chapter; and (ii) provide interested persons and the other Party with a reasonable opportunity to comment on such proposed measures. If a Party does not provide advance notice of and opportunity for comment on regulations it proposes to adopt related to the subject matter of this Chapter, it shall, to the extent possible, address in writing the reasons for not doing so; and (c) to the extent possible, each Party shall allow reasonable time between publication of final regulations related to the subject matter of this Chapter and their effective date.</p> <p><b>ARTICLE 11.8: TRANSPARENCY IN PROCESSING OF APPLICATIONS</b></p> <p>1. Further to Article 21.1 (Publication), each Party shall establish or maintain</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>appropriate mechanisms to respond to inquiries from interested persons regarding applications and procedures related to the temporary entry of business persons.</p> <p>2. Upon request of the applicant, the Party shall endeavor to provide, without undue delay, information on the status of the application or the decision about the application.</p> <p><b>ARTICLE 12.11: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. The Parties recognize that transparent regulations and policies governing the activities of financial institutions and cross-border financial service suppliers are important in facilitating access of foreign financial institutions and foreign cross-border financial service suppliers to, and their operations in, each other's markets. Each Party commits to promoting regulatory transparency in financial services.</p> <p>2. Each Party shall ensure that all measures of general application to which this Chapter applies are administered in a reasonable, objective, and impartial manner.</p> <p>3. In lieu of Article 21.1 (Publication), each Party, to the extent practicable:</p> <p>(a) shall publish in advance any regulations of general application related to the subject matter of this Chapter that it proposes to adopt and the purpose of</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>the regulation;</p> <p>(b) shall provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment<sup>7</sup> on such proposed regulations; and</p> <p>(c) should at the time it adopts final regulations, address in writing substantive comments received from interested persons with respect to the proposed regulations.</p> <p>4. To the extent practicable, each Party should allow reasonable time between publication of final regulations of general application and their effective date.</p> <p>5. Each Party shall ensure that the rules of general application adopted or maintained by self-regulatory organizations of the Party are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons to become acquainted with them.</p> <p>6. Each Party shall maintain or establish appropriate mechanisms for responding to inquiries from interested persons regarding measures of general application covered by this Chapter.</p> <p>7. Each Party's regulatory authorities shall make publicly available the requirements, including any documentation required, for completing applications related to the supply of financial services.</p> <p>8. Upon request of an applicant, a</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>Party's regulatory authority shall inform the applicant of the status of its application. If the authority requires additional information from the applicant, it shall notify the applicant without undue delay.</p> <p>9. A Party's regulatory authority shall make an administrative decision on a completed application of an investor in a financial institution, a financial institution, or a cross-border financial service supplier of the other Party related to the supply of a financial service within 120 days, and shall promptly notify the applicant of the decision. An application shall not be considered complete until all relevant hearings are held and all necessary information is received. Where it is not practicable for a decision to be made within 120 days, the regulatory authority shall notify the applicant without undue delay and shall endeavor to make the decision within a reasonable time thereafter.</p> <p>10. Upon request of an unsuccessful applicant, a regulatory authority that has denied an application shall, to the extent practicable, inform the applicant of the reasons for denial of the application.</p> <p><b>ARTICLE 13.12: TRANSPARENCY</b> Further to Articles 21.1 (Publication) and 21.2 (Notification and Provision of Infor-</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>mation), and in addition to the other provisions in this Chapter related to the publication of information, each Party shall ensure that:</p> <p>(a) rulemakings, including the basis for such rulemakings, of its telecommunications regulatory body and tariffs filed with its telecommunications regulatory body are promptly published or otherwise made publicly available;</p> <p>(b) interested persons are provided, to the extent possible, with adequate advance public notice of, and the opportunity to comment on, any rulemaking proposed by the telecommunications regulatory body; and</p> <p>(c) its measures related to public telecommunications networks or services are made publicly available, including measures related to:</p> <p>(i) tariffs and other terms and conditions of service;</p> <p>(ii) specifications of technical interfaces;</p> <p>(iii) conditions for attaching terminal or other equipment to the public telecommunications networks or services;</p> <p>(iv) notification, permit, registration, or licensing requirements, if any;</p> <p>(v) information on bodies responsible for preparing, amending, and adopting standard-related measures; and</p> <p>(vi) procedures related to judicial and</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>other adjudicatory proceedings.</p> <p><b>ARTICLE 16.12: TRANSPARENCY IN PROCUREMENT INFORMATION</b></p> <p><i>Information Provided to Suppliers</i></p> <p>1. A procuring entity shall promptly inform suppliers that have submitted tenders of its contract award decisions and, upon request, shall do so in writing. Subject to Article 16.13, a procuring entity shall, upon request, provide an unsuccessful supplier with an explanation of the reasons that the procuring entity did not select that supplier's tender and the relative advantages of the successful supplier's tender.</p> <p>2. No later than 72 days after an award, a procuring entity shall publish in a paper or electronic medium listed in Section H of Annex 16A, a notice that includes at least the following information on the contract:</p> <p>(a) the name and address of the procuring entity;</p> <p>(b) a description of the goods or services procured;</p> <p>(c) the date of award;</p> <p>(d) the name and address of the successful supplier;</p> <p>(e) the contract value; and</p> <p>(f) where the procuring entity has not</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>used open or selective tendering, an indication of the circumstances in accordance with Article 16.9.4 justifying the procedures used.</p> <p><i>Maintenance of Records</i></p> <p>3. A procuring entity shall maintain reports and records of tendering procedures related to covered procurement, including the reports provided for in Article 16.9.5, and shall retain such reports and records for a period of at least three years after the award of a contract.</p> <p><b>CHAPTER TWENTY-ONE TRANSPARENCY</b></p> <p><b>ARTICLE 21.1: PUBLICATION</b></p> <p>Each Party shall ensure that its laws, regulations, and administrative rulings of general application related to any matter covered by this Agreement are published or otherwise made publicly available.</p> <p><b>ARTICLE 21.2: NOTIFICATION AND PROVISION OF INFORMATION</b></p> <p>1. To the extent possible, each Party shall notify the other Party of any measure that the Party considers might materially affect the operation of this Agreement or otherwise substantially affect the other Party's interests under this Agreement.</p> <p>2. Upon request of a Party, the other</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>Party shall promptly provide information and respond to questions regarding any measure, regardless of whether the Party has been previously notified of that measure.</p> <p>3. Any notification or information provided under this Article shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Agreement.</p> <p>4. The information referred to in this Article shall be considered to have been provided when it has been made available by appropriate notification to the WTO or when it has been made available on an official website that is free of charge and publicly accessible.</p> <p>ARTICLE 21.3: ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS</p> <p>With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures of general application affecting matters covered by this Agreement, each Party shall ensure, in its administrative proceedings applying measures to particular persons, goods, or services of the other Party in specific cases, that:</p> <p>(a) wherever possible, persons of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided with reasonable notice, in accordance with the Party's procedures, when a proceeding</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;</p> <p>(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and</p> <p>(c) its procedures are in accordance with its law. ARTICLE 21.4: REVIEW AND APPEAL</p> <p>1. Each Party shall establish or maintain judicial or administrative tribunals or procedures for purposes of the review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Agreement. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.</p> <p>2. Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>(a) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and</p> <p>(b) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by its domestic law, the record compiled by the administrative authority.</p> <p>3. Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the office or authority with respect to the administrative action at issue.</p> <p>ARTICLE 21.5: DEFINITION</p> <p>For purposes of this Chapter:</p> <p><b>administrative ruling of general application</b> means an administrative ruling or interpretation of general application that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:</p> <p>(a) a determination or ruling made in an administrative proceeding that applies to a particular person, good, or service of the other Party in a specific case; or</p> <p>(b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
<p><b>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SINGAPORE</b></p>	<p><b>ARTICLE 5.13 : CUSTOMS CO-OPERATION</b></p> <p>(e) Transparency:</p> <p>(i) Each Party shall ensure that its laws, regulations, guidelines, procedures, and administrative rulings governing customs matters are promptly published, either on the Internet or in print form;</p> <p>(ii) Each Party shall designate, establish, and maintain one or more inquiry points to address inquiries from interested persons pertaining to customs matters, and shall make available on the Internet information concerning procedures for making such inquiries; and</p> <p>(iii) For the purposes of certainty, nothing in this Article or in any part of his Agreement shall require any Party to publish law enforcement procedures and internal operational guidelines including those related o conducting risk analysis and targeting methodologies.</p> <p><b>ARTICLE 11.11 : TRANSPARENCY</b></p> <p>Each Party shall ensure that:</p> <p>(a) rulemakings, including the basis for such rulemakings, of its telecommunications regulatory body are published or otherwise made available to interested persons in a reasonable period of time;</p> <p>(b) interested persons are provided with adequate advance public notice of and</p>	<p>제19장에서 투명성 조항을 일반적으로 규정하고 있으며, 이와 동시에 제5(통관절차), 11(전기 통신), 12(금융서비스), 15(경쟁), 16(정부조달), 장에서 투명성 조항에 관한 규정을 각각 포함하고 있음.</p> <p>투자 챗터에 대한 투명성 조항은 별도로 존재하지 아니 함.</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>he opportunity to comment on any rulemaking proposed by the telecommunications regulatory body<sup>11-4</sup>; and</p> <p>(c) its measures relating to public telecommunications transport network or services are made publicly available, including:</p> <p>(i) tariffs and other terms and conditions of service;</p> <p>(ii) specifications of technical interfaces;</p> <p>(iii) conditions applying to attachment of terminal or other equipment to the public telecommunications transport network;</p> <p>(iv) notification, permit, registration, or licensing requirements, if any; and</p> <p>(v) information on bodies responsible for preparing, amending, and adopting standards- related measures is made publicly available.</p> <p><b>ARTICLE 12.5 : TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party commits to promote regulatory transparency in financial services. Accordingly, the Parties shall consult with the goal of promoting objective and transparent regulatory processes in each Party, taking into account</p> <p>(a) the work undertaken by the Parties in GATS and the Parties’ work in other fora relating to trade in financial services; and</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>(b) the importance of regulatory transparency of identifiable policy objectives and clear and consistently applied regulatory processes that are communicated or otherwise made available to the public.</p> <p>2. Each Party shall publish promptly and, except in emergency situations, at latest by the time of their entry into force, all relevant regulatory measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement. International agreements pertaining to or affecting trade in financial services to which a Party is a signatory shall also be published.</p> <p>3. Where publication as referred to paragraph 2 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.</p> <p>4. Each Party shall respond promptly to all requests by the other Party for specific information of its regulatory measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 2. Each Party shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to the other Party, upon request, on all such matters.</p> <p><b>ARTICLE 15.7: TRANSPARENCY</b> The Parties shall publish or otherwise make publicly available their laws addressing</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>fair competition, including information on any exemptions provided under such laws.</p> <p><b>ARTICLE 16.8 : TRANSPARENCY</b>                      The Parties shall apply all procurement laws, regulations, procedures and practices consistently, fairly and equitably so that their government entities provide transparency to potential suppliers.</p> <p><b>CHAPTER 19 TRANSPARENCY ARTICLE 19.1 : DEFINITIONS</b>                      For the purposes of this Chapter:  <b>administrative ruling of general application</b> means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:                      (a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular person, good or service of the other party in a specific case; or                      (b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.</p> <p><b>ARTICLE 19.2 : PUBLICATION</b>                      1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures and administrative rulings of general application relating to any matter covered by this Agreement</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them.</p> <p>2. To the extent possible, each Party shall in accordance with its domestic laws, regulations and procedures:</p> <p>(a) publish in advance any such laws, regulations, procedures, and administrative rulings that it proposes to adopt; and</p> <p>(b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such measures.</p> <p><b>ARTICLE 19.3 : NOTIFICATION AND PROVISION OF INFORMATION</b></p> <p>1. To the maximum extent possible, each Party shall notify the other Party of any measure that, the Party considers, may materially affect the operation of this Agreement r otherwise substantially affect the other Party's interests under this Agreement.</p> <p>2. Upon request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any measure, whether or not the other Party has been previously notified of that measure.</p> <p>3. Any notification, or information provided under this Article shall be without prejudice as to whether the measure is</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>consistent with this Agreement.</p> <p>4. Any notification, request, or information under this Article shall be provided to the other Party through the relevant contact points.</p> <p><b>ARTICLE 19.4 : ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS</b></p> <p>With a view to administering in a consistent, impartial and reasonable manner all measures referred to in Article 19.2, each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular persons, goods or services of the other Party in specific cases that:</p> <p>(a) wherever possible, persons of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided with a reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;</p> <p>(b) such persons are afforded with a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding and the public interest permit; and</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>(c) its procedures are in accordance with its domestic law.</p> <p><b>ARTICLE 19.5 : REVIEW AND APPEAL</b></p> <p>1. Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Agreement. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.</p> <p>2. Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:</p> <p>(a) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and</p> <p>(b) a decision based on the evidence and submissions of record and, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.</p> <p>3. Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.</p>	

투자협정명	조항	비고
<p><b>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF CHILE</b></p>	<p><b>Article 8.10: Transparency</b></p> <p>1. Each Party shall notify through its competent authorities, modification of a sanitary or phytosanitary measure and provide the related information in accordance with the provisions in Annex B of the SPS Agreement.</p> <p>2. In addition, to ensure the protection of human, animal or plant life or health in the other Party, each Party shall notify:</p> <p>(a) changes or modifications to sanitary and phytosanitary measures having a significant effect on trade between the Parties, at least 60 days before the effective date of the new provision, to allow for observations from the other Party. The 60-day period shall not apply to emergency situations, as established in Annex B of the SPS Agreement;</p> <p>(b) changes occurring in the animal health field, such as the appearance of exotic diseases and those in List A of the OIE, within 24 hours following their provisional diagnosis;</p> <p>(c) changes occurring in the phytosanitary field, such as the appearance of a quarantine pest and spread of a pest under official control, within 24 hours following verification of the pest;</p> <p>(d) food control emergency situations where there is a clearly identified risk</p>	<p>제17장에서 투명성 조항을 일반적으로 규정하고 있으며, 이와 동시에 제8(위생 및 식물 위생 조치), 9(표준 관련 조치), 12(전기 통신), 15(정부조달)장에서 투명성 조항에 관한 특별규정을 두고 있음.</p> <p>투자 챕터에 관한 투명성 조항은 별도로 존재하지 아니함.</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>of serious adverse health effects associated with the consumption of certain food, within 24 hours of the identification of the risk; and</p> <p>(e) discoveries of epidemiological importance and significant changes related to diseases and pests not included in subparagraphs 2(b) and (c) that may affect trade between the Parties, within a maximum period of ten days following the verification of such diseases and pests.</p> <p><b>Article 9.8: Transparency</b></p> <p>1. Each Party shall keep a list of its standards-related measures and make them available to the other Party, upon request, and ensure that where full copies of documents are requested by the other Party or by interested persons of the other Party, they are supplied at the same price, apart from the actual cost of delivery, as the price for domestic purchase.</p> <p>2. Where a Party allows non-governmental persons in its territory to participate in the process of preparation of standards-related measures, it shall also allow non-governmental persons from the territory of the other Party to participate. In such participation, nongovernmental persons from the territory of the other</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>Party shall be allowed to express their opinions and comments on the preparation of the standards-related measure.</p> <p><b>Article 12.7: Transparency</b></p> <p>Further to Article 17.3, each Party shall make publicly available its measures relating to access to and use of public telecommunications transport networks or services, including measures relating to:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) tariffs and other terms and conditions of service;</li> <li>(b) specifications of technical interfaces with the networks or services;</li> <li>(c) information on bodies responsible for the preparation and adoption of standards related measures affecting such access and use;</li> <li>(d) conditions applying to attachment of terminal or other equipment to the networks; and</li> <li>(e) notification, permit, registration, or licensing or concession requirements.</li> </ul> <p><b>Article 15.5: Transparency</b></p> <p>1. Each Party shall promptly publish any law, regulation, judicial decision and administrative ruling of general application and procedure, including standard contract clauses, regarding procurement covered by this Chapter, in the appropriate publications, including officially</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>designated electronic media.</p> <p>2. Each Party shall promptly publish in the same manner as in paragraph 1 any modification to such measures therein.</p> <p><b>CHAPTER 17 TRANSPARENCY</b></p> <p><b>Article 17.1: Definitions</b></p> <p>For purposes of this Chapter: <b>administrative ruling of general application</b> means an administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:</p> <p>(a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular person, good or service of the other Party in a specific case; or</p> <p>(b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.</p> <p><b>Article 17.2: Contact Points</b></p> <p>1. Each Party shall designate a contact point to facilitate communications between the Parties on any matter covered by this Agreement.</p> <p>2. Upon request of a Party, the contact point of the other Party shall indicate the office or official responsible for the matter and assist, as necessary, in facilitating communication with the requesting</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>Party.</p> <p><b>Article 17.3: Publication</b></p> <p>1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures and administrative rulings of general application relating to any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made publicly available.</p> <p>2. To the extent possible, each Party shall:</p> <p>(a) publish in advance any such measure that it proposes to adopt; and</p> <p>(b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.</p> <p><b>Article 17.4: Notification and Provision of Information</b></p> <p>1. To the maximum extent possible, each Party shall notify the other Party of any proposed or actual measure that the Party considers might materially affect the operation of this Agreement or otherwise substantially affect the other Party's interests under this Agreement.</p> <p>2. Upon request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure, whether or not the other Party has been previously notified of that measure.</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>3. Any notification or information provided under this Article shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Agreement.</p> <p>4. The information referred to under this Article shall be considered to have been provided when it has been made available by appropriate notification to the WTO or when it has been made available on the official, public and fee-free accessible website of the Party concerned.</p> <p><b>Article 17.5: Exchange of Information on State Aid</b></p> <p>Each Party may request information on individual cases of state aid that it believes to affect trade between the Parties. The requested Party shall make its best efforts to provide non confidential information.</p> <p><b>Article 17.6: Administrative Proceedings</b></p> <p>With a view to administering in a consistent, impartial and reasonable manner all measures of general application affecting matters covered by this Agreement, each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying measures referred to in Article 17.3 to particular persons, goods or services of the other Party in specific cases:</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>(a) wherever possible, persons of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided with a reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;</p> <p>(b) such persons are afforded with a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding and the public interest permit; and</p> <p>(c) its procedures are in accordance with its domestic law.</p> <p><b>Article 17.7: Review and Appeal</b></p> <p>1. Each Party shall establish or maintain judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Agreement. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>2. Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:</p> <p>(a) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and</p> <p>(b) a decision based on the evidence and submissions of record and, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.</p> <p>3. Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.</p>	
<p>FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA, OF THE ONE PART, AND THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES, OF THE OTHER PART</p>	<p><b>ANNEX 2-D</b>  <b>PHARMACEUTICAL PRODUCTS AND MEDICAL DEVICES</b>  <b>ARTICLE 3: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, administrative rulings and implementing guidelines of general application (hereinafter referred to as the “rules”), regarding any matter related to the pricing, reimbursement or regulation of pharmaceutical products or medical devices are promptly published or otherwise made available at an early appropriate stage, in such a manner as</p>	<p>부속서인&lt;의약품 및 의약기기&gt;에 투명성 규정을 두고 있음.  제12장에서 투명성 조항을 일반적으로 규정하고 있으며, 이와 동시에 제5(통관 절차), 6(긴급수입제한 조치), 7(반덤핑 및 상계관세</p>

투자협정명	조항	비고
	<p>to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them.</p> <p>2. To the extent possible, each Party shall:</p> <p>(a) publish in advance in relevant publicly accessible sites any such rules that it proposes to adopt or to significantly amend, including an explanation of the purpose of such rules;</p> <p>(b) provide reasonable opportunities for interested persons and the other Party to comment on any such proposed rules allowing, in particular, a reasonable period of time for consultation; and</p> <p>(c) address in writing significant and substantive issues raised in comments received from interested persons and the other Party during the comment period and explain any substantive revisions made with respect to such proposed rules, no later than the time the Party adopts them.</p> <p>3. To the extent possible, each Party should allow a reasonable interval between the publication of any such rules on any matter related to the pricing, reimbursement or regulation of pharmaceutical products or medical devices and their effective date.</p> <p>4. To the extent that each Party's health care authorities operate or maintain</p>	<p>사항)장에서 투명성 조항에 관한 특별규정을 두고 있음.</p>

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>procedures for listing pharmaceutical products or medical devices, for indications entitled to reimbursement, or for setting the amount of reimbursement for pharmaceutical products or medical devices, including any measures related to the revision of pricing and reimbursement under health care programmes, the Party shall:</p> <p>(a) ensure that decisions on all formal requests and applications for the pricing or approval of pharmaceutical products or medical devices for reimbursement are adopted and communicated within a reasonable and specified period from the date of their receipt. If the information submitted by the applicant is deemed inadequate or insufficient and the procedure is suspended as a result, the Party's competent authorities shall notify the applicant of what detailed additional information is required and resume the original decision-making process upon receipt of this additional information;</p> <p>(b) disclose to applicants within a reasonable and specified period of time, all procedures, methodologies, principles, criteria, including those used, if any, to determine comparator products, and guidelines used to determine pricing and reimbursement for pharmaceutical</p>	

투명성 (Transparency) 관련 조항의 다양한 사례 비교

투자협정명	조항	비고
	<p>products or medical devices;</p> <p>(c) afford applicants timely and meaningful opportunities to provide comments at relevant points in the pricing and reimbursement decision-making processes for pharmaceutical products or medical devices;</p> <p>(d) provide, within a reasonable and specified period of time, applicants with meaningful and detailed written information regarding the basis for recommendations or determinations of the pricing and reimbursement of pharmaceutical products or medical devices, including citations to any expert opinions or academic studies relied upon in making such recommendations or determinations. Specifically, in case of a negative decision on listing, prices and/or reimbursement, or should the decision-making body decide not to permit in whole or in part the price increase requested, the decision-making body shall provide a statement of reasons that is sufficiently detailed to understand the basis of the decision, including the criteria applied and, if appropriate, any expert opinions or recommendations on which the decision is based;</p> <p>(e) make available judicial, quasi-judicial or administrative tribunals, or independent</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>review process<sup>3</sup> that may be invoked at the request of an applicant directly affected by a recommendation or determination and at the point of communication of decision on price and reimbursement inform the applicant of his or her rights under the laws of the Party and the procedures and time-lines for seeking such remedies;</p> <p>(f) make all reimbursement decision-making bodies open to stakeholders, including innovative and generic companies;</p> <p>(g) make publicly available a list of central bodies relevant to the pricing or reimbursement of pharmaceutical products or medical devices; and</p> <p>(h) provide access to each Party's national pricing and reimbursement arrangements including a positive list of products covered by the respective public health insurance schemes to be published on an annual basis for stakeholders with legitimate commercial interests. The negative list, if any, shall be published every six months.</p> <p>5. Each Party shall ensure that all measures of general application respecting any matter related to the pricing, reimbursement or regulation of pharmaceutical products or medical devices are administered in a consistent, objective and impartial manner.</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p><b>ARTICLE 5.5: TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION</b></p> <p>The Parties shall:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) pursue transparency as regards sanitary and phytosanitary measures applicable to trade;</li> <li>(b) enhance mutual understanding of each Party’s sanitary and phytosanitary measures and their application;</li> <li>(c) exchange information on matters related to the development and application of sanitary and phytosanitary measures that affect, or may affect, trade between the Parties with a view to <b>minimising</b> their negative trade effects; and</li> <li>(d) communicate, upon request of a Party, the requirements that apply to the import of specific products.</li> </ul> <p><b>ARTICLE 6.5: TRANSPARENCY</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Each Party shall ensure that its customs and other trade-related laws, regulations and general administrative procedures and other requirements, including fees and charges, are readily available to all interested parties, via an officially designated medium, and where feasible and possible, official website.</li> <li>2. Each Party shall designate or maintain one or more inquiry or information points to address inquiries by interested persons concerning customs and other</li> </ol>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>trade-related matters.</p> <p>3. Each Party shall consult with, and provide information to, representatives of the trading community and other interested parties. Such consultations and information shall cover significant new or amended requirements and procedures and the opportunity to comment shall be provided prior to their adoption.</p> <p><b>ARTICLE 7.22: TRANSPARENCY AND CONFIDENTIAL INFORMATION</b></p> <p>1. The Parties, through the mechanisms established pursuant to Chapter Twelve (Transparency), shall respond promptly to all requests by the other Party for specific information on:</p> <p>(a) international agreements or arrangements, including on mutual recognition, which pertain to or affect matters falling under this Chapter; and</p> <p>(b) standards and criteria for licensing and certification of service suppliers, including information concerning the appropriate regulatory or other body to consult regarding such standards and criteria. Such standards and criteria include requirements regarding education, examination, experience, conduct and ethics, professional development and re-certification, scope of practice, local knowledge and consumer protection.</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>2. Nothing in this Agreement shall require any Party to provide confidential information, the disclosure of which would impede law enforcement, or otherwise be contrary to the public interests, or which would prejudice legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.</p> <p>3. Each Party's regulatory authorities shall make publicly available the requirements, including any documentation required, for completing applications relating to the supply of services.</p> <p>4. On the request of an applicant, a Party's regulatory authority shall inform the applicant of the status of its application. If the authority requires additional information from the applicant, it shall notify the applicant without undue delay.</p> <p>5. On the request of an unsuccessful applicant, a regulatory authority that has denied an application shall, to the extent possible, inform the applicant of the reasons for denial of the application.</p> <p>6. A Party's regulatory authority shall make an administrative decision on a completed application of an investor or a cross-border service supplier of the other Party relating to the supply of a service within 120 days, and shall promptly notify the applicant of the</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>decision. An application shall not be considered complete until all relevant hearings are held and all necessary information is received. Where it is not possible for a decision to be made within 120 days, the regulatory authority shall notify the applicant without undue delay and shall endeavour to make the decision within a reasonable period of time thereafter.</p> <p><b>ARTICLE 7.39: TRANSPARENCY</b></p> <p>The Parties recognise that transparent regulations and policies governing the activities of financial service suppliers are important in facilitating access of foreign financial service suppliers to, and their operations in, each other's markets. Each Party commits to promoting regulatory transparency in financial services.</p> <p><b>ARTICLE 11.12: TRANSPARENCY</b></p> <p>1. Each Party shall ensure transparency in the area of subsidies. To this end, each Party shall report annually to the other Party on the total amount, types and the sectoral distribution of subsidies which are specific and may affect international trade. Reporting should contain information concerning the objective, form, the amount or budget and where possible the recipient of the</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>subsidy granted by a government or any public body.</p> <p>2. Such report is deemed to have been provided if it is sent to the other Party, or if the relevant information is made available on a publicly accessible Internet website, by 31 December of the subsequent calendar year.</p> <p>3. Upon request by a Party, the other Party shall provide further information on any subsidy schemes and particular individual cases of subsidy which is specific. The Parties shall exchange this information, taking into account the limitations imposed by the requirements of professional and business secrecy.</p> <p><b>CHAPTER TWELVE TRANSPARENCY</b>  <b>ARTICLE 12.1: DEFINITIONS</b>                      For the purposes of this Chapter:                      measure of general application means any general or abstract act, procedure, interpretation or other requirement, including non-binding measures. It does not include a ruling that applies to a particular person;                      and interested person means any natural or legal person that may be subject to any rights or obligations under measures of general application, within the meaning of Article 12.2.</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>ARTICLE 12.2: OBJECTIVE AND SCOPE</p> <p>Recognising the impact which their respective regulatory environment may have on trade between them, the Parties shall pursue an efficient and predictable regulatory environment for economic operators, especially small ones doing business in their territories. The Parties, reaffirming their respective commitments under the WTO Agreement, hereby lay down clarifications and improved arrangements for transparency, consultation and better administration of measures of general application, in so far as these may have an impact on any matter covered by this Agreement.</p> <p>ARTICLE 12.3: PUBLICATION</p> <p>1. Each Party shall ensure that measures of general application that may have an impact on any matter covered by this Agreement:</p> <p>(a) are readily available to interested persons, in a non-discriminatory manner, via an officially designated medium, and where feasible and possible, electronic means, in such a manner as to enable interested persons and the other Party to become acquainted with them;</p> <p>(b) provide an explanation of the objective of, and rationale for, such measures;</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>and</p> <p>(c) allow for sufficient time between publication and entry into force of such measures, taking due account of the requirements of legal certainty, legitimate expectations and proportionality.</p> <p>2. Each Party shall:</p> <p>(a) endeavour to publish in advance any measure of general application that it proposes to adopt or to amend, including an explanation of the objective of, and rationale for the proposal;</p> <p>(b) provide reasonable opportunities for interested persons to comment on such proposed measure, allowing, in particular, for sufficient time for such opportunities; and</p> <p>(c) endeavour to take into account the comments received from interested persons with respect to such proposed measure.</p> <p>ARTICLE 12.4: ENQUIRIES AND CONTACT POINTS</p> <p>1. Each Party shall establish or maintain appropriate mechanisms for responding to enquiries from any interested person regarding any measures of general application which may have an impact on matters covered by this Agreement which are proposed or in force, and how they would be applied. Enquiries</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>may be addressed through enquiry or contact points established under this Agreement or any other mechanism as appropriate.</p> <p>2. The Parties recognise that such response provided for in paragraph 1 may not be definitive or legally binding but for information purposes only, unless otherwise provided for in their laws and regulations.</p> <p>3. Upon request of a Party, the other Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure of general application that the requesting Party considers might affect the operation of this Agreement, regardless of whether the requesting Party has been previously notified of that measure.</p> <p>4. Each Party shall endeavour to identify or create enquiry or contact points for interested persons of the other Party with the task of seeking to effectively resolve problems for them that may arise from the application of measures of general application. Such processes should be easily accessible, time-bound, result-oriented and transparent. They shall be without prejudice to any appeal or review procedures which the Parties establish or maintain. They shall also be without prejudice to the Parties' rights</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>and obligations under Chapter Fourteen (Dispute Settlement) and Annex 14-A (Mediation Mechanism for Non-Tariff Measures).</p> <p>ARTICLE 12.5: ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS</p> <p>With a view to administering in a consistent, impartial and reasonable manner all measures of general application which may have an impact on matters covered by this Agreement, each Party in applying such measures to particular persons, goods or services of the other Party in specific cases, shall:</p> <p>(a) endeavour to provide interested persons of the other Party, who are directly affected by a proceeding, with reasonable notice, in accordance with its procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;</p> <p>(b) afford such interested persons a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, in so far as time, the nature of the proceeding and the public interest permit; and</p>	



【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>(c) ensure that its procedures are based on, and in accordance with its law.</p> <p>ARTICLE 12.6: REVIEW AND APPEAL</p> <p>1. Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial or administrative tribunals or procedures for the purposes of the prompt review and, where warranted, correction of administrative action relating to matters covered by this Agreement. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.</p> <p>2. Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:</p> <p>(a) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and</p> <p>(b) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by its law, the record compiled by the administrative authority.</p> <p>3. Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided for in its law, that such decision shall be implemented by, and shall govern the practice of, the office or authority with respect to the administrative action at</p>	

투자협정명	조항	비고
	<p>issue.</p> <p><b>ARTICLE 12.7: REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE AND GOOD ADMINISTRATIVE BEHAVIOUR</b></p> <p>1. The Parties agree to cooperate in promoting regulatory quality and performance, including through exchange of information and best practices on their respective regulatory reform processes and regulatory impact assessments.</p> <p>2. The Parties subscribe to the principles of good administrative behaviour, and agree to cooperate in promoting it, including through exchange of information and best practices.</p> <p><b>ARTICLE 12.8: NON-DISCRIMINATION</b> Each Party shall apply to interested persons of the other Party transparency standards no less favourable than those accorded to its own interested persons, to the interested persons of any third country, or to any third country, whichever are the best.</p> <p><b>ARTICLE 13.9: TRANSPARENCY</b> The Parties, in accordance with their respective domestic laws, agree to develop, introduce and implement any measures aimed at protecting the environment and labour</p>	

【첨 부】

투자협정명	조 항	비 고
	<p>conditions that affect trade between the Parties in a transparent manner, with due notice and public consultation, and with appropriate and timely communication to and consultation of non-state actors including the private sector.</p>	