

# 外國人 投資를 促進하기 위한 法制改善

- 美國의 標準兩者投資條約案을 中心으로 -

金 民 瑞\*

차 례

- I. 서 론
- II. 미국의 양자투자조약 프로그램
  - 1. 성립과정
  - 2. 목적과 기본원칙
- III. 2004년 표준안의 특징
- IV. 표준안의 법적 체계
  - 1. 투자의 대우기준
  - 2. 자본의 자유이전
  - 3. 수용과 보상
  - 4. 분쟁해결
- V. 결 론: 북미자유무역협정(NAFTA)이 2004년 표준안에 미친 영향



\* 慶北大學校 法科大學 助教授

## I. 서론

미국은 1981년에 채택한 “표준양자투자조약안”(U.S. Model BIT, 이하에서는 “표준안”이라 한다.)을<sup>1)</sup> 1994년에(이하에서는 “1994년 표준안”이라 한다.) 개정한데<sup>2)</sup> 이어 2004년에(이하에서는 “2004년 표준안”이라 한다.) 개정하였다.<sup>3)</sup> 미국의 국무부와 통상대표부(USTR)는 2004년 표준안에 덧붙인 설명에서, 기존의 미국 양자투자조약으로부터 원칙의 많은 것을 수용한, 무역촉진법(Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002)의 투자교섭목적(trade negotiating objectives)에<sup>4)</sup> 역점을 둔 행정부에 의해 발전된 규정들을 포함하고 있는 2004년 표준안은 무역촉진법의 제정 이후에 체

- 1) 미국의 표준양자투자조약안의 정식명칭은 “투자의 촉진과 상호 보호에 관한 미국 정부와 [ ] 정부간의 조약”(Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment)이다. 미국의 표준안은 1981년 12월에(U.S. 1981 Model BIT, 이하에서는 “1981년 표준안”이라 한다.) 처음 완성되었다. Kenneth J. Vandeveld, “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States”, 21 *Cornell International Law Journal* 201, 210 (1988). 표준양자투자조약안은 문자 그대로 조약이 아닌 표준안에 불과하지만, 일반적으로 전형적인 내용을 담게 되는 양자투자조약의 모델로서 기능한다. 미국은 표준안에 기초하여 제3국과 양자투자조약을 교섭해왔다. 1984년에 수정된 1981년 표준안, *Basic Documents of International Economic Law*, Stephen Zamora and Ronald A. Brand, eds., vol. 1 (Chicago: CCH International, 1990), pp. 655-664.
- 2) 미국의 표준안은, 수시로 수정되지만, 1994년(U.S. 1994 Model BIT)과 2004년(U.S. 2004 Model BIT)에 전체적으로 개정(update)되었다. 1994년 표준안, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. 3 (New York: United Nations, 1996), pp. 195-206; [http://www.unctad.org/ sections /dite/ iia/docs/Compendium/en/70%20volume%203.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ iia/docs/Compendium/en/70%20volume%203.pdf) (2006. 5. 10. 검색).
- 3) 2004년 표준안, <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf> (2006. 5. 10. 검색).
- 4) 동 법은 제3802조에서 투자교섭목적(trade negotiating objectives)을 규정하고 있다. 제3802조 (a)에서는 전체적인 교섭목적을 그리고 (b)에서는 주요한 교섭목적을 규정하였는데, 대외투자 보호가 주요한 목적의 하나로 포함되어 있다. “미국법이 전체적으로 국제법이 요구하는 수준과 일치되게 또는 보다 높은 수준의 보호를 제공하고 있다는 점을 인식하여, 대외투자에 대한 미국의 주요한 교섭목적은, 미국에서의 외국투자자에게 미국에서의 미국 투자자보다 투자보호에 대해 더 많은 실질적 권리가 부여되지 않도록 보장하는 반면에, 대외투자에 대한 인위적인 또는 무역을 왜곡하는 장벽을 줄이거나 제거하고 미국의 법원칙과 관행 하에 이용가능한 것에 상당하는 중요한 권리를 보장하는 ..... 것이다.” 19 USC §3802(b)(3).

결된 미국의 자유무역협정에 포함된 투자 규정과 실질적으로 유사하다고 평가하였다.<sup>5)</sup>

한국과 미국은 2006년 2월 3일에 자유무역협정(FTA)의 공식 협상 개시를 선언하고, 2007년 3월에 협상을 타결하여 2008년에 발효시킨다는 계획에 따라 현재 협상을 진행하고 있다.<sup>6)</sup> 동 협상의 대상에는 투자 분야가 포함되어 있으며, 결과적으로 한미간의 투자보장은 별도의 양자투자조약(Bilateral Investment Treaties: BITs) 형식이 아닌 자유무역협정(Free Trade Agreements: FTAs)의 일부로 논의되고 있다.<sup>7)</sup> 미국은 양자투자조약이나, 투자 분야를 포함한, 자유무역협정을 교섭할 때 표준안을 기초로 하기 때문에, 표준안에 대한 검토는 한미간의 자유무역협정 교섭과 관련하여 시사하는 바가 있다. 또한 이에 대한 논의는 한국이 제3국과 체결하는 양자투자조약과 관련하여 비교법적 관점에서 의미가 있다.<sup>8)</sup>

따라서 여기서는 우선 미국이 자국민의 국제투자를 보호하기 위한 수단으로 우호통상항해조약을 포기하고 양자투자조약으로 전환하게 된 이유를 살펴보고, 이어서 2004년 표준안의 특징을 검토한 후, 표준안의 내용을 투자의 대

5) *Supra* note 3; 99 *AJIL* 259 (2005).

6) 동아일보, 2006년 2월 3일, 1쪽.

7) 한국이 체결한 최초의 자유무역협정인 한·칠레 자유무역협정(제10장)의 경우에도 투자 분야를 포함하고 있으며, 동 협정은 발효와 함께 이전에 체결된 한·칠레 양자투자조약을 대체하는 것으로 제21.4조에서 규정하였다. 대한민국 정부와 칠레공화국 정부간의 자유무역협정, 2003. 2. 15. 서명(서울), 2004. 4. 1. 발효(조약 제1665호), 관보, 2004. 4. 1; 金大淳·金民瑞, 『國際經濟條約集』 (서울: 三英社, 2006), 676, 740쪽. 현재 한국과 미국간에 투자와 관련된 조약으로는 1956년 11월 28일에 서명(서울)하고 1957년 11월 7일에 조약 제40호로 발효한 우호통상항해조약과 1998년 7월 30일에 서명(워싱턴)하고 같은 날 조약 제1461호로 발효한 “대한민국 정부와 미합중국 정부간의 투자촉진협정”(Investment Incentive Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America)이 있다. 그러나 후자는 미국 투자자에 대한 “해외민간투자공사”(Overseas Private Investment Corporation, OPIC)의 보험 운영에 관한 조약으로 양자투자조약과 구분된다. Zamora and Brand, *supra* note 1, pp. 649, 655-664 참조. 한·미간의 자유무역협정 교섭에서 앞서 언급한 두 조약과의 관계가 부수적인 문제로 다루어질 수 있다. 1960년 2월 19일에 체결(서울)되어 같은 날 조약 제55호로 발효하고 1965년 4월 16일에 수정(조약 제145호)된 대한민국 정부와 미합중국 정부간의 투자보장에 관한 각서교환은 1998년 7월 30일에 종료(고시 제348호)하였다.

8) 장승화, 『양자간 투자협정 연구』 (서울: 법무부, 2000); 문준조, 『우리나라 FTA 체결을 위한 체계적 연구』 (서울: 한국법제연구원, 2005) 참조.

우기준, 자본의 자유이전, 수용과 보상, 분쟁해결이라는 네 가지의 전통적인 쟁점으로 나누어<sup>9)</sup> 고찰하고자 한다.

## II. 미국의 양자투자조약 프로그램<sup>10)</sup>

미국이 자국민의 해외투자를 보호하기 위하여 양자투자조약을 택하기까지의 과정을 편의상 초기의 우호통상항해조약, 신우호통상항해조약, 양자투자조약의 세 단계로 나누어 검토하면서<sup>11)</sup> 미국이 양자투자조약 프로그램을 운영하게 된 이유를 살펴보고, 아울러 미국이 제시하는 양자투자조약의 목적과 기본 원칙을 확인하고 미국이 이를 통해 추구하는 목적이 무엇인지를 검토한다.

### 1. 성립과정

미국이 자국의 해외투자를 보호하기 위하여 양자투자조약 프로그램을 가동하게 되기까지의 과정을 세 단계로 나누면 다음과 같다.

#### (1) 초기의 우호통상항해조약(舊友好通商航海條約)

미국은 처음에 일련의 우호통상항해조약에 자국민의 해외투자 보호를 위한 간단한 규정을 포함시키는 방법으로 해외투자에 대한 조약상의 보호를 부여하였다. 그러나 초기의 우호통상항해조약의 주된 관심은 물론 국제통상(또는 무

9) 2004년 표준안에서 새롭게 포함된 환경 및 노동 문제에 대해서는 “III. 2004년 표준안의 특징”에서 검토한다.

10) Mark S. Bergmann, “Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of the Evolution and Significance of the U.S. Prototype Treaty”, 16 *New York University Journal of International Law and Policy* 1 (1983); Kathleen Kunzer, “Developing a Model Bilateral Investment Treaty”, 15 *Law and Policy of International Business* 273 (1983); K. Scott Gudgeon, “United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards”, 4 *International Tax and Business Law* 105 (1986); UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties, 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2 (2000); Christoph F. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: CUP, 2001); M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed. (Cambridge: CUP, 2004) 참조.

11) Vandevelde, *supra* note 1, pp. 203-213 참조.

역)과 항해에 대한 것이었으며, 투자보호는 단지 부수적으로 다루어졌다.<sup>12)</sup>

투자 보호와 관련된 대우(待遇) 규정은 우호통상항해조약에 19세기 초부터 포함되었다. 초기의 우호통상항해조약은 “특별한 보호”(special protection) 또는 “충분하고 완전한 보호”(full and perfect protection)를 보장함으로써 상대국 국민의 재산에 절대적 대우기준(absolute treatment standard)을<sup>13)</sup> 부여하였다.<sup>14)</sup> 19세기 중반에는 “형평하고 충분한 보상”(equitable and sufficient compensation) 없이 상대국 국민의 선박, 화물, 상품, 재산을 압류하지 못하도록 하는 양자투자조약의 수용(expropriation) 및 보상에 관련된 규정을 두었다.<sup>15)</sup> 19세기 말 우호통상항해조약은 자금의 이전에 대한

12) *Ibid.*, pp. 203-204. 미국은 독립선언 직후 프랑스와의 교섭을 통해 1778년 미국 역사상 최초의 우호통상항해조약을 체결하였다. 이어서 1782년에는 네덜란드, 1783년에는 스웨덴 등의 국가와 우호통상항해조약을 체결하였다. 그러나 처음부터 “우호통상항해조약”(friendship, commerce and navigation treaties: FCNs)이라는 명칭이 사용된 것은 아니며, 초기에는 “Treaty of Amity and Commerce”라고 하였다. 20 *ILM* 565 (1981) 참조. 이처럼 미국은 당시 가장 중요한 무역 상대국인 유럽국가와 우호통상항해조약을 체결한데 이어, 19세기 초에는 스페인으로부터 독립한 신생국인 중남미 국가들과 우호통상항해조약을 체결하였다. 또한 극동아시아 국가인 중국과는 1844년, 일본과는 1854년에 각각 우호통상항해조약을 체결한 바 있다. Vandeveld, *supra* note 1, p. 204, n. 29. Herman Walker, Jr., “Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation”, 42 *Minnesota Law Review* 805 (1958); \_\_\_\_\_, “Provisions on Companies in United States Commercial Treaties”, 50 *AJIL* 373 (1956); Wilson, “A Decade of New Commercial Treaties”, 50 *AJIL* 927 (1956); \_\_\_\_\_, “Property-Protection Provisions in United States Commercial Treaties”, 45 *AJIL* 83 (1951); \_\_\_\_\_, “Postwar Commercial Treaties of the United States”, 43 *AJIL* 262 (1949) 참조.

13) *Infra* note 82 참조.

14) General Convention of Peace, Amity, Navigation and Commerce (U.S.-Colombia), 3 October 1824, Art. X, 8 Stat. 306, 310, T.S. no. 52, p. 295; Treaty of Peace, Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Bolivia), 13 May 1858, Art. XIII, 13 Stat. 1003, 1010, T.S. no. 32, p. 8; General Treaty of Amity, Commerce and Consular Privileges (U.S.-El Salvador), 6 December 1870, Art. XIII, 18 Stat. 725, 730, T.S. no. 310, p. 1554; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Paraguay), 4 February 1859, Art. IX, 12 Stat. 1091, 1094, T.S. no. 272, p. 8; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Argentina), 27 July 1853, Art. VII, 10 Stat. 1005, 1008, T.S. no. 4, p. 22; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Costa Rica), 10 July 1851, Art. VII, 10 Stat. 916, 920, T.S. no. 62, p. 343 참조.

15) General Treaty of Amity, Commerce and Consular Privileges (U.S.-El Salvador), *supra* note 14, Art. VIII; General Treaty of Peace, Amity,

제한을 중점적으로 다루었다. 세르비아와 체결한 우호통상항해조약에서 소재국 또는 제3국 국민보다 높은 관세를 지불하지 않고 재산의 판매 수익금을 이전(export)할 수 있는 권리를 보장하였다.<sup>16)</sup> 자금의 이전 제한으로부터의 보호는 절대적이라기보다는 상대적 보호였다. 이 시기부터 우호통상항해조약은 투자에 대한 상대적 대우기준(relative treatment standard)을 도입하기 시작하였다. 19세기 말에 체결된 우호통상항해조약은 상대국 영역에서의 상업 활동에 대해 내국민대우, 최혜국대우 또는 양자 모두를 보장하였다.<sup>17)</sup>

1920년대와 1930년대에 미국은 통일적인 투자보호 규정을 포함하는 일련의 우호통상항해조약을 교섭하였다.<sup>18)</sup> 절대적 대우기준은 “가장 항구적인 보호와 보장”(the most constant protection and security)과 “국제법에 의해 요구되는”(required by international law) 보호를 보장하였다. 상대적 대우기준은 전과 마찬가지로 상업 활동에 대해 내국민대우, 최혜국대우 또는 양자 모두를 보장하였다. 수용에 대해서는 “상대국 국민의 재산은 적법 절차와 정당한(just) 보상의 지불 없이 수용되어서는 안 된다.”고 규정하였다.<sup>19)</sup> 자금의 이전에 대한 규정이 보통 우호통상항해조약에 포함되어 있지 않았지만 이에 대한 내국민대우 또는 최혜국대우를 규정한 경우도 있었다.<sup>20)</sup>

---

Navigation and Commerce (U.S.-New Grenada), 12 December 1846, Art. VIII, 9 Stat. 881, T.S. no. 54, p. 304 참조.

16) Treaty of Commerce (U.S.-Serbia), 14 October 1881, Art. II, 22 Stat. 963, 964, T.S. no. 319, p. 1614 참조.

17) Vandeveld, *supra* note 1, p. 205.

18) Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Liberia), Art. 1, 8 August 1938, 94 Stat. 1739, T.S. no. 956; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Finland), 13 February 1934, Art. 1, 49 Stat. 2659, T.S. no. 868; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Austria), 19 June 1928, Art. 1, 47 Stat. 1876, T.S. no. 838; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Norway), 5 June 1928, Art. 1, 47 Stat. 2135, T.S. no. 852; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Latvia), 20 April 1928, Art. 1, 45 Stat. 2641, T.S. no. 765; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Honduras), 7 December 1927, Art. 1, 45 Stat. 2618, T.S. no. 764; Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Estonia), 23 December 1925, Art. 1, 44 Stat. 2379, T.S. no. 736 참조.

19) Vandeveld, *supra* note 1, p. 205.

20) Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights (U.S.-Liberia), Art. 10 참조.

1934년 무역협정법(Trade Agreement Act of 1934)<sup>21)</sup> 상호주의적 무역협정에 대한 교섭권한을 부여하면서 미국 국제통상정책의 제1의 수단으로서 우호통상항해조약의 중요성은 감소하였다.<sup>22)</sup> 더욱이 미국이 “관세 및 무역에 관한 일반협정”(GATT)의 체약국이 되면서 우호통상항해조약의 역할은 더욱 축소되었다. 이는 국제통상의 문제가 다자간 무역규범인 관세 및 무역에 관한 일반협정에서 다루어지면서 양자간에 적용되는 우호통상항해조약의 필요성이 감소하였기 때문이다.

## (2) 신우호통상항해조약(新友好通商航海條約)

미국은 제2차 세계대전에 이어 새로운 우호통상항해조약을 채택하였다. 신우호통상항해조약(modern FCNs)은 자국민의 해외투자 보호가 제1의 목표인 최초의 조약이었다.<sup>23)</sup> 미국은 1920년대와 1930년대에 체결된 우호통상항해조약에 기초한 표준우호통상항해조약안(model FCN treaty)을 토대로 교섭을 진행하였다. 신우호통상항해조약은 투자 보호에 대한 반대급부로 제공될 수 있는 양허(concessions)의 많은 대상을 포함하였다.<sup>24)</sup> 당시에는 신우호통상항해조약이 일반적으로 우호적인 투자환경을 조성하는데 유용하며, 이를 통해 미국의 해외투자에 대한 보호를 강화할 수 있다고 믿었다.<sup>25)</sup>

신우호통상항해조약은 절대적 대우기준과 상대적 대우기준을 부여하였고, “신속, 충분하고 효과적인” 보상을 보장하는 수용 규정을 포함하였으며, 외환규제로부터의 보호를 제공하였다.<sup>26)</sup> 미국은 주요 선진국과 신우호통상항해조

21) Trade Agreement Act of 1934, Pub. L. No. 73-316, 48 Stat. 943.

22) Vandevlede, *supra* note 1, p. 206.

23) Herman Walker, Jr., *Treaties for the Encouragement and Protection of Foreign Investment: Present United States Practice*, 5 *American Journal of Comparative Law* 229 (1956) 참조.

24) *Ibid.*, pp. 243-244; Vandevlede, *supra* note 1, p. 206.

25) Walker, *supra* note 23, p. 244; Vandevlede, *supra* note 1, pp. 206-207.

26) 한국이 미국과 1956년에 체결한 우호통상항해조약도 이 유형에 해당한다. *Supra* note 7 참조. 신우호통상항해조약이 투자자에게 투자자와 소재국간의 분쟁을 중재에 회부할 권리를 보장하지는 않았지만 조약의 해석과 적용에 대한 당사국간의 분쟁을 국제사법재판소에 제소할 권리는 인정하였다. 양자투자조약의 경우에도 이에 상응하는 규정이 있다. Treaty of Friendship, Establishment and Navigation (U.S.-Luxembourg), 23 February 1962, Art. XVII, 14 UST 251, TIAS no. 5306; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Korea),

약을 체결하는데 성공하였지만, 제3세계의 국가와 이를 체결하는 데는 어려움을 겪었다.<sup>27)</sup>

### (3) 양자투자조약(兩者投資條約)의 출현

미국의 우호통상항해조약 프로그램이 내리막길을 걷고 있을 때, 일부 유럽 국가는 수많은 개도국과 새로운 “양자투자보호협정”(Bilateral Investment Protection Agreements: BIPAs)의 교섭을 시작하였다. 유럽의 양자투자 보호협정은 전적으로 투자의 보호만을 다룬다는 점에서 미국의 신우호통상항해조약과 달랐다. 유럽의 양자투자보호협정에 상응하는 조약 프로그램의 개발에 대한 미국 재계와 의회의 압력이 거세어졌다.<sup>28)</sup>

국제법에서의 새로운 변화도 미국을 자극하였다. 1974년에 국제연합(UN) 총회의 결의문으로 채택된 “국가의 경제적 권리와 의무 헌장” 제2조 제2항 (c)는 수용시 “적절한 보상”(appropriate compensation)을 규정하였는데,<sup>29)</sup> 이는 “충분한 보상”(full compensation)이 국제법적 기준이라는 미국의 신념과 상충될 뿐만 아니라 1960년대와 1970년대 미국의 해외투자에 대한 소재국의 일련의 수용조치는 강력한 투자보호의 필요성을 증대시켰다.<sup>30)</sup>

1977년 국무성은 이런 대내외적인 상황에 부응하여 일련의 양자투자조약을 제안하였고, 관련부처간의 협의를 통해 표준안을 준비하였다. 표준안은 투자 보호와 무관한 규정을 제거한 표준우호통상항해조약안을 기초로 하였으며 유럽의 양자투자보호협정도 반영하였다.<sup>31)</sup>

---

28 November 1956, Art. XXIV, 8 UST 2217, TIAS no. 3947; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Israel), Art. XXIV, 5 UST 550, TIAS no. 2948; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Ireland), 21 January 1950, Art. XXIII, 1 UST 785, TIAS no. 2155; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (U.S.-Italy), Art. XXVI, 63 Stat. 2255, TIAS no. 1965 참조. Vandevlede, *supra* note 1, p. 207, nn. 54-59.

27) Vandevlede, *supra* note 1, pp. 207-208.

28) 1962년부터 1972년 사이에 미국은 토고와 태국, 단지 2개국과 신우호통상항해조약을 체결한데 반하여 서독은 46개국, 스위스는 27개국, 네덜란드는 16개국과 양자투자보호협정을 체결하였다. *Ibid.*, p. 208, n. 64.

29) GA Res. 3281 (XXIX), UN Doc. A/9631 (1975); 김대순·김민서, *supra* note 7, 1149쪽.

30) Vandevlede, *supra* note 1, p. 209.

31) *Ibid.*



신우호통상항해조약이 주로 선진국을 염두에 두었다면 양자투자조약은 일차적으로 개발도상국을 대상으로 하였다. 신우호통상항해조약과의 차이는 접근 방법에서도 존재했다. 과거 신우호통상항해조약을 교섭할 때는 상대방을 끌어들이기 위해 투자 이외의 분야에서 양허(concessions)가 필수적이었다고 생각했던데 반하여,<sup>32)</sup> 1980년대 들어 양자투자조약의 경우에는 투자 보호가 당사자 쌍방 모두에게 유익하며 따라서 투자 보호를 위해 투자 이외의 분야에서 양허의 제공은 필요하지 않고 오히려 이에 대한 고려는 교섭을 어렵게 만들 수 있다는 인식의 전환이 이루어졌다.<sup>33)</sup> 이는 또한 국제사회가 국제투자 유치에 적극적으로 나서게 된 국제투자환경의 변화와 무관하지 않다.<sup>34)</sup>

## 2. 목적과 기본원칙

미국의 양자투자조약 프로그램의 기본목적은 “투자의 촉진과 상호 보호에 관한”(Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment)이라는 표준안의 명칭이 의미하는 바와 같이 ‘투자의 보호와 촉진’이라고 생각할 수도 있다. 그러나 투자의 보호와 달리 실제로 양자투자조약의 체결을 통해 얻어지는 투자촉진의 효과에 대해서는 상반된 평가가 존재한다.<sup>35)</sup>

미국은 양자투자조약 프로그램에서 세 가지 목적을 설정하고 있다. 양자투자조약 프로그램을 통해 미국은 1)우호통상항해조약이나 자유무역협정과 같은 기존의 조약을 통해 투자자의 권리가 아직 보호되지 못하는 국가에 대한 자국민의 해외투자를 보호하고, 2)사적 투자를 공개적이고 투명하며 비차별적인

32) *Supra* note 24 참조.

33) *Ibid.*

34) Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: Blackwell, 1995), pp. 3-18, 101-102.

35) Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, 46 *Harvard International Law Journal* 67, 95-111 (2005); Kenneth J. Vandervelde, “A Brief History of International Investment Agreements”, 12 *U.C. Davis Journal of International Law and Policy* 157, 184-187 (2005); Susan Leubuscher, “The Displacement of International Obligations: BITs and the Commodification of the Environment”, 98 *ASIL Proceedings* 280, 283 (2004) 참조.

방법으로 대우하는 시장지향적인 국내정책의 채택을 장려하고, 3)이러한 목적과 일치하는 국제법 기준의 발전을 지지한다.<sup>36)</sup>

미국은 또한 이 목적을 실현하기 위한 기본원칙으로 1)투자자와 대상투자(covered agreements)<sup>37)</sup>에 소재국이 자국의 투자자와 대상투자 또는 제3국의 투자자와 대상투자에 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 향유할 권리를 부여하고, 즉 미국의 양자투자조약은 일반적으로 투자의 개시부터 투자의 관리, 운영, 확장 및 투자의 처분에 이르기까지 투자의 전단계(全段階)에 걸쳐 내국민대우와 최혜국대우중 더 유리한 대우를 부여하며, 2)투자의 수용(expropriation)에 대한 명백한 한계를 확립하고 수용이 이루어지는 경우 신속하고 충분하며 효과적인 보상을 제공하고, 3)소재국으로 또는 소재국으로부터, 대상투자와 관련된 모든 이전을 포함하는, 자금의 이전이 시장의 환률에 따라 지체없이 이루어지도록 하며 시장의 원리에 따라 예측가능한 투자환경을 창출하고, 4)이행요건(performance requirements)이 부과될 수 있는 상황을 제한하고 투자의 실시, 관리, 운영, 확장을 위한 조건으로서, 소재국의 제품 사용이나 수출쿼터와 같은, 비효율적이고 무역을 왜곡하는 관행을 적용하도록 대상투자에 요구하는 특정한 상황에 이행요건에 관한 원칙을 적용하며, 5)양 당사국의 투자자에게 소재국과의 투자분쟁을 국제중재에 제소하는 권리를 부여하고 또한 소재국의 국내법원에의 제소를 요구하지 않으며, 6)국적에 관계없이 자신들이 선택하는 최고경영자를 임명할 권리를 대상투자에 부여한다.<sup>38)</sup>

일반적으로 미국은 양자투자조약의 체결을 통해 이와 같은 프로그램의 목적을 달성했다고 평가할 수 있다.<sup>39)</sup> 그러나 투자의 촉진은 프로그램의 세 가지 목적에 포함되어 있지 않을 뿐만 아니라 양자투자조약이 투자촉진의 효과를 갖는가라는 보다 근본적인 문제가 남는다. 게다가 미국은 양자투자조약을 교섭하는 과정에서 상대국의 조약 체결을 유도하기 위해 다른 양보를 제안하거

36) <http://www.state.gov/e/eb/rls/fs/2006/22422.htm> (2006. 5. 10. 검색). Vandevelde, *supra* note 1, p. 210; Salacuse and Sullivan, *supra* note 35, pp. 75-79 참조.

37) 대상투자(對象投資)란 당사국의 자연인 또는 회사가 타방 당사국에서 행한 투자를 의미한다. 2004년 표준안 제1조 참조.

38) <http://www.state.gov/e/eb/rls/fs/2006/22422.htm> (2006. 5. 10. 검색).

39) Salacuse and Sullivan, *supra* note 35, pp. 79-95.

나 조약 자체에서 어떤 양보를 제공하는데 부정적이었다.<sup>40)</sup> 반대로 미국과 양자투자조약을 체결하려는 개도국은 양자투자조약을 미국의 신규 투자를 끌어들이기 위한 수단으로 인식하여<sup>41)</sup> 상대국 영역에서의 자국민 투자를 촉진할 것을 당사국에 요구하는 규정을 포함시키려고 하였으나 미국은 일반적으로 이러한 요구를 거절하였다.<sup>42)</sup>

양자투자조약을 체결하려는 미국의 목적이 투자 촉진이 아니라 투자 보호에 있다는 점은 조약의 발효 이후에 이루어진 투자뿐만 아니라<sup>43)</sup> 그 이전에 이루어진 투자를 그 적용대상에 포함시킨다는 점에서도 확인된다.<sup>44)</sup> 사실 미국의 입장에서 자국민의 신규 투자가 이루어지는 것이 확실하지 않은 한 이전에 이루어진 투자를 포함시키지 않는다면 양자투자조약을 체결할 이유가 없다.<sup>45)</sup>

40) *Supra* note 32 참조. 양자투자조약의 교섭에서 상대국에게 양보를 한다면 이후 다른 국가와의 교섭에서 이를 거부하기 어렵기 때문에 양자투자조약의 교섭을 맡은 미국측 실무자들은 새로운 양자투자조약의 교섭이 이전에 이루어졌던 모든 양보에 대한 요구로 시작하게 될 것을 두려워하였다. 따라서 이를 방지하기 위한 최상의 방법은 일반적으로 처음부터 양보를 하지 않는 것이라고 할 수 있다. Vandeveld, *supra* note 1, pp. 211-213. nn. 81, 86, 87; \_\_\_\_\_, *supra* note 35, p. 181.

41) 사실 개도국이 양자투자조약의 체결을 통해 얻으려고 하는 것이 무엇인지를 생각한다면, 단지 '기존의' 투자를 보호하기 위해 양자투자조약을 체결하는 경우 개도국이 자신의 목적을 이루기가 어렵다. Vandeveld, *supra* note 1, pp. 212.

42) UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/7 (1998), p. 42; Salacuse and Sullivan, *supra* note 35, p. 81. 기존의 투자를 그 대상에 포함시킬 것인지에 대한 자본수입국으로서의 개도국과 자본수출국으로서의 미국간의 입장 차이는 실제로 양자투자조약의 교섭에 어려움을 초래하였었다. Vandeveld, *supra* note 1, pp. 212.

43) 양자투자조약의 적용범위는 당사국의 합의에 따라 정해진다. 따라서 조약의 적용범위를 일정 시점 이후의 투자로 제한하는 경우도 있다. "The rights and obligations of both Contracting Parties with respect to investments made before 10 January 1967 shall be in no way affected by the provisions of this Agreement." Agreement for the Promotion and Protection of Investments (U.K.-Indonesia), Art. 2(3), 27 April 1976, 1074 UNTS 195.

44) "'Covered investment' means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter." 2004년 표준안 제1조 "covered investment". 미국은 처음부터 이러한 입장을 일관되게 유지해왔다. 1981년 표준안 제12조 제1항 참조.

45) 그밖에도 자국민의 해외투자가 양자투자조약의 보호 여부에 따라 이원적으로 다루어지는 것을 원하지 않았고 또한 기존의 투자를 포함시키는 것이 상원의 비준 동의를

결론적으로 말해서 양자투자조약의 교섭과정에서 미국은 자국의 교섭목적이 투자 촉진이 아니라 투자 보호에 있다는 점을 분명히 해왔고 또한 양자투자조약을 통한 투자 촉진의 효과가 부차적이고 자본수입국의 투자환경을 국제투자유치에 유리하게 조성하는 여러 요인중의 하나에<sup>46)</sup> 불과하다면, 투자 촉진 효과에 대한 개도국의 기대와 달리, 양자투자조약(또는 표준안)의 제목처럼 “투자의 촉진에.....관한.....조약”으로서의 의미는 반감된다고 할 수 있다.<sup>47)</sup>

### III. 2004년 표준안의 특징

미국 의회는 무역촉진법의 제정을 통해 무역협정(trade agreements)의 교섭에 대한 새로운 방향을 제시하였고, 미국 정부는 칠레 및 싱가포르와 자유무역협정을 교섭함에 있어 전에는 없던 ‘투명성’(transparency) 등의 규정을 포함함으로써 1994년 표준안에서 이탈하기 시작하였다.<sup>48)</sup> 결과적으로 미국 정부는 2003년과 2004년 사이에 표준양자투자조약안의 개정을 시도하였고 2004년 2월 5일에 2004년 표준안 초안을 제시하였으며,<sup>49)</sup> 2004년 11월에

---

연는데 더 유리하다는 국무성의 판단 등이 미국이 기존의 투자를 그 대상에 포함시키게 된 이유라고 할 수 있다. Vandevelde, *supra* note 1, p. 212.

46) UNCTAD, *supra* note 42, p. 122; Vandevelde, *supra* note 35, p. 185.

47) 그러나 그렇다고 해서, 상대국인 개도국의 입장을 고려한다면, 미국이 양자투자조약의 제목에서 ‘투자 촉진’이라는 문구를 삭제할 것 같지는 않다.

48) 98 *AJIL* 836 (2004).

49) *Ibid.* 2004년 표준안 초안에 대한 미국의 국내반응은 상반되었다. 투자자측은 “1994년 표준안이 해외에서의 미국 투자자가 직면하는 실질적인 위험에 대해 강력한 보호를 제공하고 있으며 국제투자에 대한 국제법과 관행을 잘 반영하고” 있다고 보았기 때문에 개정의 필요성을 느끼지 못하였다. Subcommittee on Investment of the U.S. Department of State Advisory Committee on International Economic Policy (ACIEP), Report of the Subcommittee on Investment Regarding the Draft Model Bilateral Investment Treaty (January 30, 2004), p. 2, [http://www.ciel.org/Publications/ BIT\\_Subcmte\\_Jan3004.pdf](http://www.ciel.org/Publications/ BIT_Subcmte_Jan3004.pdf) (2006. 5. 10 검색). 오히려 2004년 표준안 초안에 대해 투자자 보호를 실질적으로 약화시킨다는 우려를 표명하였다. 즉 미국에 투자하는 외국 투자자들은 이미 1994년 표준안에 상응하는 미국 국내법의 보호를 받고 있는 반면에 미국 투자자들은 해외에서 흔히 사법권의 독립이 제대로 보장되지 않은 후진적인 사법체제에 직면하는데, 표준안을 최근에 체결된 자유무역협정의 투자 규정 수준에 맞추는 것은 미국 투자자에 대한 보호수준을 낮추는 것이며, 이는 “무역촉진법이 요구하는 것도 아니고 외국 투자자의 제소가능성으로부터 미국 정부를 보호하기 위한 합리적인 대응방안도 아니다.”라고 평가하였다. *Ibid.* 다른 한편으로 미국의 환경단체와 노동계는 “1994년 표

완성된 표준안을 공개하였다.<sup>50)</sup> 2005년 11월 4일에 미국과 우루과이가 서명한 양자투자조약(미발효)은 대체로 2004년 표준안에 기초하였다.<sup>51)</sup>

2004년 표준안은 모두 세부분으로 구성되었고 4개의 부속서가 포함되었다. 첫 번째 부분(Section A, 제1조—제22조)은 투자 보호에 대한 실제적인 문제를 전반적으로 다루었고, 두 번째 부분(Section B, 제23조—제36조)에서는 투자자와 “소재국”(host state)<sup>52)</sup>간의 분쟁해결절차를 그리고 세 번째 부분(Section C, 제37조)에서는 당사국간의 분쟁해결절차를 다루었다.<sup>53)</sup>

전체적으로 보았을 때 2004년 표준안은 투자자와 소재국간의 분쟁해결절차(제23조—제34조), 국내법 및 절차의 투명성(제11조)과 같은 절차적 문제와 국제최소기준(international minimum standard)(제5조와 부속서 A), 수용시 보상의 기준(제6조와 부속서 B)과 같은 실제적인 문제에 대해 1994년 표준안 보다 훨씬 상세한 규정을 두었다고 할 수 있다. 또한 투자와 환경(제12조), 투자와 노동(제13조)에 대한 조항을 신설하여, 환경과 노동 분야에서 국내법이 제공하는 보호를 희생하여 부적절하게 국제투자를 장려하는 행위를 다룰 수 있도록 하였다.<sup>54)</sup> 한마디로 말해서 2004년 표준안의 특징은 후술하는 바와 같이 미국이 지난 10년간 북미자유무역협정(NAFTA), 특히

---

준안이 국제관습법의 오랜 규칙을 깨고 있으며 공중의 참여 기회와 투명성을 제공하지 못한” 결점이 있다고 평가하였다. 또한 2004년 표준안 초안에 대해 외국 투자자들이 미국의 국내법보다 2004년 표준안에 따라 더 많은 권리를 향유할 가능성, 그리고 현 초안으로도 중요한 공공의 이익을 보호하는 조치를 취하는 정부의 권한을 적절하게 보호하지 못하는 것이 아닌가 하는 우려를 표명하였다. *Ibid.* 게다가 “환경과 근로자의 권리를 보호하기 위하여 필요한 경우에는 그 기준을 향상시키기 위해 국내법을 개정할 의무와 그러한 기준을 충족시켜야 할 투자자의 의무를” 표준안에 포함시켜야 한다고 주장하였다. 또한 노동계는 미국에서 해외로 일자리 또는 생산의 이전을 초래하는 투자를 장려하는 어떤 조약에도 반대하였다. *Ibid.*, pp. 2-3.

50) 99 *AJIL* 259 (2005).

51) 44 *ILM* 265 (2005).

52) 여기서 소재국(所在國)이란 투자자의 국적국을 의미하는 본국(本國, home state)과 구분하기 위하여 필자가 편의상 사용하는 용어로 “host state”, 즉 국제투자에서 투자자의 투자가 이루어지는 국가를 의미한다.

53) 부속서 A(Annex A)에서는 제5조(국제최소기준)와 부속서 B(수용)에 적용되는 국제관습법의 의미에 대해, 부속서 B(Annex B)에서는 직접 수용과 간접 수용의 의미에 대해, 부속서 C(Annex C)에서는 통지와 문서의 송달을 위한 당사국의 연락창구에 대해 각각 규정하였고, 부속서 D(Annex D)에는 양자투자조약 발효 후 3년 이내에 상소기관의 설치여부를 검토하도록 하는 내용이 담겨 있다.

54) 98 *AJIL* 836 (2004).

투자에 대한 제11장을 운영하면서 얻은 경험이 전폭적으로 반영된 결과라고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

투자 분야를 다루는 북미자유무역협정 제11장이 처음부터 주목을 받은 것은 아니었다. 북미자유무역협정 제11장은 미국이 당사국인 양자투자조약에서 많은 개념을 빌려 왔으며 미국과 캐나다간의 자유무역협정 제16장과 유사하다.<sup>56)</sup> 북미자유무역협정 체결 당시 당사국의 관심은 국제통상, 즉 관세와 기타의 무역장벽이 없는 자유무역지역을 설치하는데 집중되었고 투자 분야는 별다른 관심을 끌지 못하였다. 그러나 북미자유무역협정이 발효된 이후, 양자투자조약의 경우와 비교할 때, 상대적으로 많은 투자분쟁이 당사국을 상대로 투자자에 의해 제기되면서 상황은 반전되었다.<sup>57)</sup>

당사국을 상대로 한 투자자의 제소권은 국제법의 다른 분야에서는 보기 드문 국제투자법의 특징이고 또한 중요한 기본원칙의 하나이지만, 실제로 북미자유무역협정을 운영하는 과정에서 외국 투자자가 미국을 상대로 중재에 제소하는 사건들이 발생하자 미국 사회와 언론은 국가주권에 대한 간섭이나 환경문제 등에서의 감독상의 허점에 대한 우려 또는 국내 투자자보다 외국 투자자에게 더 유리한 대우가 부여된다는 인식을 표출하였다. 더욱이 상사중재의 특징이라고 할 수 있는 비공개절차와 당사자간의 타협을 통한 해결방법은 이러한 우려를 부각시켰다.<sup>58)</sup> 미국 의회는 미국의 국내 투자자보다 외국 투자자에게 더 많은 권리가 부여되지 않을 것을 요구하였고 수용과 같은 분야에서 미국의 국내기준을 국제투자조약에 반영할 것을 주장하였다. 이러한 요구에 부응하여 제정된 것이 바로 미국의 투자촉진법이다.<sup>59)</sup>

북미자유무역협정 제11장에 따라 제기된 사건들을 다루면서 얻은 경험을 통해 투자 분야에서의 투명성과 상세한 투자분쟁해결절차에 대한 요구가 강화되었다. 북미자유무역협정 자유무역위원회가 채택한 해석과 지침은 이런 점에

---

55) Meg Kinnear and Robin Hansen, "The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape", 12 *U.C. Davis Journal of International Law and Policy* 101, 115 (2005); Ignacio Madalena, "United States: The US Model Bilateral Investment Treaty", *International Arbitration Law Review* 2004, 7(3), N29-32.

56) 미국과 캐나다간의 자유무역협정은 1988년 1월 2일에 체결되었으며 1989년 1월 1일에 발효하였다. 27 *ILM* 281 (1988).

57) Kinnear and Hansen, *supra* note 55, p. 104-105, nn. 13-14.

58) *Ibid.*, pp. 106-107.

59) *Ibid.*, p. 108.

서 중요한 의미를 가지며 표준안에도 영향을 주었다.<sup>60)</sup>

북미자유무역협정이 표준안에 미친 영향은 절차적인 측면과 실제적인 측면으로 나눌 수 있다. 우선 절차적인 측면을 보면 국자투자분쟁해결절차는 비공개적으로 진행되는 것이 일반적이기 때문에 중재판정의 구체적인 내용을 제3자가 알기 어려운데 북미자유무역협정의 경우에는 분쟁의 당사국이 미국 또는 캐나다인 경우 중재 판정의 출판을 허용하고 멕시코가 분쟁 당사국인 경우에는 적용가능한 중재규칙을 중재판정의 출판에 적용하며(Annex 1137.4), 2007년 7월부터는 모든 당사국이 중재에 있어 심리의 공개를 추구하도록 약속하여 투자분쟁해결절차가 ‘공개심리’(open hearings)로 진행하도록 투명성을 강화하였다.<sup>61)</sup> 또한 투자분쟁해결절차와 관련하여 구속력 있는 해석(notes of interpretation, 제1131조), 해석의 문제를 다룬 분쟁의 비당사자인 회원국의 권리(제1128조), 청구의 병합(제1126조), 분쟁의 비당사자의 소송참가에 대한 지침,<sup>62)</sup> 소장(Notices of Intent)의 양식에 대한 지침<sup>63)</sup> 등은 표준안의 상세한 투자분쟁해결절차에 영향을 주었다.<sup>64)</sup>

실제적인 측면에서는 내국민대우(제1102조), 국제최소기준(제1105조), 수용(제1110조)에 대한 사건을 다루면서 이에 대한 북미자유무역협정의 분명한 입장을 제시하였다. 내국민대우의 경우 “동종상황”(like circumstances)을 판단하는데 있어 정당한 정책근거를 일관되게 고려하였다.<sup>65)</sup> 국제최소기준의 경우에는 그 의미에 대해 초기에는 다소 상반되는 판정들이 나왔지만 이에 대

60) NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (July 31, 2001), <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>. (2006. 5. 10. 검색); \_\_\_\_\_, Statement of the Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation (October 7, 2003), <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/Non-disputing-en.pdf>. (2006. 5. 10. 검색); \_\_\_\_\_, Statement of the Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration (October 7, 2003), <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/NoticeIntent-en.pdf> (2006. 5. 10. 검색).

61) Kinnear and Hansen, *supra* note 55, p. 111.

62) Statement of the Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation, *supra* note 60.

63) Statement of the Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration, *supra* note 60.

64) Kinnear and Hansen, *supra* note 55, pp. 112-113.

65) *Ibid.*, p. 113.

한 해석이<sup>66)</sup> 채택된 이후에는 조정되는 양상을 보여주었고 특히 Waste Management 사건에서 중재재판소는 “당사국의 행위가 자의적이고, 전반적으로 불공정한, 부당한 또는 특이질이며, 차별적이고 청구인을 지방적 편견 또는 인종적 편견을 갖고 대하거나, 또는 사법적 적정성을 해치는 결과로 이끄는 적법절차의 위반과 관련된다면”(…if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involved a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.) 당사국의 행위는 제1105조 위반이라고 결론지었다.<sup>67)</sup> 수용의 경우 중재재판소는 일관된 태도를 보였으며, 투자에 대한 투자자의 지배력 정도, 수용의 정도와 효과를 포함한 투자자의 권리에 대한 방해의 정도를 평가하는데 유사한 기준을 적용하였다.<sup>68)</sup>

북미자유무역협정체제에서 미국이 여러 차례 투자자에게 제소되는 상황도 또한 미국의 태도변화에 영향을 주었다. 원래 미국이 양자투자조약 프로그램을 운영하게 된 이유는 개도국에 대한 자국민의 투자를 보호하기 위한 것이었다. 따라서 양자투자조약의 기본원칙의 하나라고 할 수 있는 당사국에 대한 투자자의 제소권은 이론상 미국과 개도국이 모두 행사할 수 있지만 실제로는 개도국의 국민이 미국에 투자하는 경우를 전제로 한 것이 아니라 개도국에 대한 미국 투자자의 보호를 염두에 둔 것이기 때문에 당사국에 대한 투자자의 제소권은 미국 투자자를 위한 일방적 성격의 권리라고 할 수 있다. 그러나 오늘날에는 개도국이 선진국에 투자하거나 개도국 상호간의 투자도 활발하게 이루어지기 때문에<sup>69)</sup> 선진국도 개도국 투자자에 의해 제소될 가능성을 배제할 수 없고 미국에 대한 외국 투자자의 제소권 행사가 현실화된 것이 바로 북미자유무역협정이다.<sup>70)</sup> 이후 미국은 양자투자조약을 체결할 때 소재국의 규제

---

66) Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, *supra* note 60. 이는 국제최소기준을 규정한 2004년 표준안 제5조의 기초를 이루었다.

67) Waste Management, Inc. v. Mexico, Final Award (II), 30 April 2004, para. 98.

68) Kinnear and Hansen, *supra* note 55, pp. 114-115.

69) UNCTAD, *World Investment Report 2004: The Shift towards Services*, UNCTAD/WIR/2004, pp. 382-385, 376; Vandeveld, *supra* note 35, p. 182.

70) 미국은 2005년 8월 30일 기준으로 10건의 중재사건에 피청구국으로 제소되었다.



조치로 인한 배상청구를 줄이기 위해 수용의 범위를 명확하게 하거나,<sup>71)</sup> ‘공정하고 형평한 대우’(fair and equitable treatment)는 단지 국제관습법이 부과하는 국제최소기준을 의미한다는 규정을 더하였으며,<sup>72)</sup> 드문 경우이긴 하지만, 2004년에 체결한 호주와의 자유무역협정에서는 투자자와 당사국 간의 분쟁해결절차에 대한 규정을 생략하는 등의 반응을 보였으며, 이러한 경향은 또한 표준안에 반영되었다.<sup>73)</sup>

2004년 표준안은 투자와 환경(제12조), 투자와 노동(제13조)에 대한 규정을 새롭게 도입하였다. 환경과 노동에 대한 국제사회의 관심은 증대되는 추세이며, 국제통상 분야에서 무역과 환경에 이어 무역과 노동의 문제가 주요문제로 다루어지게 되었고, 2004년 표준안은 이를 투자 분야로 확대하였다는 평가가 가능하다. 환경기준과 노동기준에 대해 당사국을 구속하는 조약과 당사국의 국내법의 적용을 외국 투자자가 피하는 수단으로 양자투자조약이 남용될 가능성에 대한 우려가 증가하였다. 예를 들어 외국 투자자의 지원으로 이루어지는 환경영향평가가 어느 정도의 객관성을 가질 수 있으며,<sup>74)</sup> 비공개적으로 이루어지는 외국 투자자와의 교섭은 환경단체나 노동계의 불안을 가중시킬 수 있다.

2004년 표준안은 당사국의 환경 또는 노동 기준 및 규제를 면제하거나 완화하지 않는 것을 보장하기 위해 노력할 것을 요구하고 있으며, 외국인 투자를 끌어들이기 위해 자국의 노동 또는 환경 기준을 면제하거나 완화하지 않도록 규정하였다. 또한 보건, 안전, 환경과 같은 정당한 입법목적 달성을 위해 채택된 조치를 간접수용의 범위에서 원칙적으로 배제함으로써 공공복리를 위한 정당한 목적을 추구하는 소재국의 권리를 보호하였다.<sup>75)</sup>

---

UNCTAD, *Research Note: Recent Development in International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1 (30 August 2005), p.122, [http://www.unctad.org/sections/dite\\_dir/docs//webiteit20051\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_dir/docs//webiteit20051_en.pdf) (2006.5.10. 검색).

71) Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile, Annex 10-D.

72) United States-Singapore Free Trade Agreement, Art. 15.5.2.

73) Vandeveld, *supra* note 35, p. 188.

74) Leubuscher, *supra* note 35, pp. 280-283.

75) 2004년 표준안, 부속서 B, para. 4(b).

#### IV. 표준안의 법적 체제

이하에서는 표준안의 기본적인 전통적인 토대를 구성하는 1)투자의 대우 기준, 2)자본의 자유이전, 3)수용과 보상, 4)분쟁해결에<sup>76)</sup> 대한 내용을 검토한다.

##### 1. 투자의 대우기준

투자의 대우기준을 논하기 전에, 양자투자조약의 적용범위와도 직결되는, 투자의 정의를 우선 살펴보면 2004년 표준안은 투자를 여전히 폭넓게 정의하고 있지만 1994년 표준안에 비해서는 좁다고 할 수 있다.<sup>77)</sup> 후자가 거의 모든 종류의 자산을 투자의 정의에 포함시켰던데 반하여, 전자는 투자자가 직접 또는 간접으로 소유하거나 지배하고 자본 또는 그 밖의 자원의 약정, 이득 또는 이윤의 기대 또는 위협의 인수를 포함하는 투자의 성격을 갖는 모든 자산이라고 정의하여<sup>78)</sup> 투자의 성격을 갖는 자산만을 투자로 인정하였다.<sup>79)</sup> 이는 유엔무역개발회의(UNCTAD)의 접근방법을 수용한 것으로 평가된다.<sup>80)</sup> ‘대상투자’(covered investments)란 자국 영역 내에서 이루어지는 상대국 투

76) 양자투자조약은 금융서비스에 대한 분쟁해결절차와 관련하여 제20조에 별도의 규정을 두고 있다. 제20조는 금융서비스 분야에서 투자자와 당사국간의 분쟁해결절차에 대한 투자자의 접근을 제한하였다. 당사국은 자국의 국내 금융시스템의 안정과 같이 신중하게 다루어져야 하는 재정상의 이유(prudential reasons)가 존재하는 경우 금융서비스에 대한 조치를 채택하거나 유지할 수 있도록 하였다. 투자자는 투자자와 당사국간의 중재를 통해 이러한 조치에 대한 제소권을 갖지만 소재국은 금융서비스에 대한 분쟁이라는 항변이 가능하다. 이런 경우 피청구국은 소재국의 항변에 대한 적법성에 대한 공동의 구속력 있는 결정을 하기 위해 당사국이 모두 참여하는 권한 있는 금융당국에 이 문제를 제기해야 한다. 금융당국이 결정을 내리지 못하는 경우 이 문제는 당사국간의 분쟁해결절차에 따라 결정된다. *Ibid.*, N31-32.

77) Madelena, *supra* note 55, N29.

78) 표준안은 투자의 정의와 관련하여 동산(動産)에서 파생물의 지적재산권에 이르기까지 투자의 다양한 유형에 대한 예시규정을 두고 있다. 2004년 표준안 제1조 “investment”.

79) Geraldine Fischer, V. Reviving the U.S. Bilateral Investment Treaty Program, Benjamin H. Sheppard, Jr., et al., “International Commercial Dispute Resolution”, 39 *International Lawyer* 235, 244 (2005).

80) Madelena, *supra* note 55, N29; Schreuer, *supra* note 10, p. 140, para. 122.

자자의 투자를 의미하며, 양자투자조약의 발효 이후에 이루어지거나 확장된 신규 투자뿐만 아니라 이전에 존재하는 기존의 투자도 포함하였다.<sup>81)</sup>

투자의 대우기준은 절대적 대우기준과 상대적 대우기준으로 구분할 수 있다.<sup>82)</sup> 절대적 대우기준으로는 “공정하고 형평한 대우”(fair and equitable treatment), “충분한 보호와 보장”(full protection and security), 국제최소기준(international minimum standard), “자의적이고 차별적인 대우(arbitrary and discriminatory treatment)의 금지”가 있고, 상대적 대우기준으로는 내국민대우(national treatment)와 최혜국대우(most-favored-nation treatment)가 있다. 후자를 상대적 대우기준이라고 하는 이유는 이것이 국내 투자자와 외국 투자자 또는 외국 투자자 상호간의 비교를 전제로 성립하는 개념이기 때문이며 비차별의 원칙이라는 점에서는 양자가 동일하다. 반면에 전자는 비교를 전제로 하는 개념이 아니기 때문에 절대적 대우기준이라고 한다.

투자자 또는 투자자들의 투자는 소재국에 의한 차별적 조치의 대상이 될 수 있다. 따라서 “동종상황”(like circumstances)에서 소재국의 차별이 발생하는 것을 막기 위해 투자자와 대상투자자에 대해 자국민대우와 최혜국대우를 부여한다. 2004년 표준안은, 이전과 마찬가지로, 투자 이전의 단계를 포함한 투자의 모든 단계에 걸쳐 투자자와 대상투자를 보호하였다.<sup>83)</sup>

소재국은 국제법에 의해 요구되는 것보다 불리하지 않은 대우를 투자자에게 부여해야 하는데, 이전에는 국제법의 특정한 연원을 언급하지 않았다. 그러나 2004년 표준안은 북미자유무역협정 자유무역위원회의 해석을<sup>84)</sup> 반영하여 표준안에서 요구하는 국제최소기준이 ‘국제관습법’에 따라 보장된다고 규정하였다.<sup>85)</sup> 2004년 표준안은 소재국에게 ‘공정하고 형평한 대우’와 ‘충분한 보호와 보장’을 포함하는 국제최소기준을 단지 국제관습법에 따라 부여할 것을 요구하고 있을 뿐이다. ‘공정하고 형평한 대우’와 ‘충분한 보호와 보장’은 국제관습

81) *Supra* note 44 참조.

82) Vandevelde, *supra* note 1, p. 1.

83) Fischer, *supra* note 79, p. 244.

84) Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, *supra* note 60.

85) “Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.” 2004년 표준안 제5조 제1항.

법상의 국제최소기준에 대한 추가적인 또는 개별적인 권리로서 다루어지는 것이 아니며, 단지 국제최소기준의 한 예로서 다른 국제조약에 따라 투자자에게 부여되는 기준을 배제한다. 표준안은 또한 국제협정 또는 양자투자조약의 다른 규정 위반 그 자체가 국제최소기준의 위반을 구성하는 것은 아니라고 하여 북미자유무역협정(NAFTA) 자유무역위원회(Free Trade Commission)의 해석을 수용하였다.<sup>86)</sup> ‘공정하고 형평한 대우’는 세계 주요법체계에서 구체화된 적법절차의 원칙에 따라 형사, 민사, 행정재판절차에서 재판을 거절하지 않을 의무를 포함하며, ‘충분한 보호와 보장’은 국제관습법에서 요구하는 경찰의 보호수준을 제공할 것을 소재국에 요구한다.<sup>87)</sup>

## 2. 자본의 자유이전

국가는 자국의 외환보유고를 유지하기 위하여 자본의 이전을 규제하는 법률을 운영하는 경우가 있다. 자본의 이전에 대해 표준안은 소재국으로 또는 소재국으로부터 대상투자자와 관련된 이전을 지체없이 자유롭게 이루어지도록 허용할 의무를 규정하였다.<sup>88)</sup> 예를 들어 대상투자는 소재국 밖의 투자자에게 배당금을 지불할 자유가 허용되어야 한다. 게다가 국가는, 국제통화기금(IMF)이 지정한, 자유롭게 이용가능한 통화로 이전시의 시장환율에 따라 이전이 이루어지도록 허용해야 한다.<sup>89)</sup> 이에 대한 예외로서 채권자의 보호를 위한 법

---

86) “1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).” Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, *supra* note 60, B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law.

87) 2004년 표준안 제5조 제2항. 표준안은 또한 부속서 A에서 국제관습법의 의미를 규정하였다.

88) 2004년 표준안 제7조.

89) 미국의 달러, 영국의 파운드, 일본의 엔과 유로화가 국제통화기금이 지정한 자유롭게 이용가능한 통화다. International Monetary Fund, Glossary of Selected Terms: Freely Usable Currency, <http://www.imf.org/external/np/exr/>

률의 적용 등이 있으며, 이 경우에도 예외는 형평하고, 비차별적이며, 신의성실의 토대에서 적용되어야 한다.<sup>90)</sup>

투자로부터 부수적 이익을 얻기 위해, 국가는 때때로 투자의 개시 또는 운영의 조건으로 이행요건(performance requirement)을 부과한다. 예를 들어, 수출을 증가시키기 위하여 국가는 투자의 개시 조건으로 투자자가 생산량의 일정량을 수출하기로 약속할 것을 요구할 수 있다. 그러나 이러한 이행요건은 표준안 제8조에 따라 금지된다. 또한 보다 제한적인 이행요건도 감세기간의 부여와 같은 이익에 대한 반대급부로 부과된다면 금지된다. 그러나 제8조는 단지 표준안에서 열거된 사항만이 금지된다는 점에서 제한적이다.<sup>91)</sup> 제8조는 소재국 또는 제3국의 투자자가 소유하거나 지배하는 투자를 포함하는 당사국의 영역 내의 모든 투자에 적용된다.<sup>92)</sup>

### 3. 수용과 보상

국제관습법은 일정한 요건이 충족되는 경우에 국가가 수용하는 것을 허용한다. 2004년 표준안은 수용에 관해 국제관습법에 따라 공공의 목적을 위해 비차별적인 방법으로 적법절차에 따라 신속하고 충분하고 효과적인 보상이 이루어지는 경우에 수용을 허용한다.<sup>93)</sup>

표준안은 직접수용과 간접수용을 모두 규정하였다. 직접수용은 정부가 실제로 권원을 이전하거나 투자를 몰수할 때 발생한다. 간접수용은 직접수용과 동등한 효과를 갖는 정부 조치의 결과로 인한 경우다. 최근의 자유무역협정처럼 2004년 표준안은 수용에 대한 세부적인 규정을 두는 부속서가 포함되었다.<sup>94)</sup> 부속서는 간접수용의 의미를 명확하게 하고 중재를 통해 정부의 규제 관행에 도전하는 투자자의 권리를 제한하였다. 소재국의 조치가 간접수용에 해당하는 지를 결정하기 위해서는 다음과 같은 세 가지 요소를 고려하여 사례별 접근방법을 적용할 것을 규정하였다. 세 가지 요소로는 1)정부 조치의 불

[glossary/showTerm.asp?term\\_id=41](#) (2006.5.10. 검색).

90) Fischer, *supra* note 79, p. 246.

91) *Ibid.*

92) 2004년 표준안 제2조 제1항 (c).

93) 2004년 표준안 제6조 제1항.

94) Fischer, *supra* note 79, p. 245; 2004년 표준안, 부속서 B.

리한 경제적 영향에 대한 평가, 2)합리적인 투자에 의해 뒷받침되는 기대에 대한 정부의 방해 정도, 3)정부 조치의 성격이다. 사례별 접근방법과 이러한 판단의 요소는 미국 헌법의 수용 조항에 대한 해석과 적용에서 사용되었던 방법이다.<sup>95)</sup>

#### 4. 분쟁해결

투자분쟁해결절차는 당사국간의 분쟁해결절차와 당사국과 투자자간의 분쟁 해결절차로 나눌 수 있다. 특히 후자는 개인인 투자자에게 당사국을 상대로 제소할 수 있는 권리를 부여하는 것으로 우호통상항해조약에는 이런 규정이 없었다. 국가에 대한 개인의 제소권을 인정하는 것은 국제법에서 보기 드문 경우로 양자투자조약의 중요한 기능중의 하나다. 2004년 표준안은 금융서비스에 관한 투자분쟁에 대해 별도의 규정을 두었다.<sup>96)</sup>

외국 정부의 수용 또는 그 밖의 조치로 피해를 입는 경우 일반적으로 당사자는 자신이 입은 손해를 구제받기 위해 1)가해국의 국내법원에 직접 소송을 제기할 수 있으며, 2)자국이 외교적 보호권을 행사하여 국제법상 가해국에 대한 국가책임의 문제를 제기할 수 있고, 3)자국 또는 제3국의 국내법원에 직접 소송을 제기할 수도 있다. 그러나 첫 번째 방법은 사법권의 독립이 보장되지 않은 후진적인 사법체제의 경우 공정한 재판을 기대하기 어렵고 세 번째 방법은 피청구인이 외국 정부이기 때문에 국가면제 또는 국가행위이론이 적용되어 법원의 재판관할권이 부인될 수 있다. 두 번째 방법의 경우 외교적 보호권의 행사는 국가의 권리이지 개인의 권리가 아니기 때문에 행사 여부는 국가가 결정하며 이 때 가해국과의 관계를 고려한 정치적 판단에 의해 결정이 좌우될 수 있으며, 외교적 보호권을 행사하더라도 국제법상 그 주체는 피해자가 아니라 피해자의 국적국(피해국)이고, 또한 이 경우는 '간접 침해'(indirect injury)에 해당하기 때문에 피해국이 가해국의 국가책임을 묻기 위해서는 우선 가해국에서 제공하는 국내구제절차를 완료하여야 하며, 양국의 합의로 국제사법기구에 제소하여 승소 판결을 받더라도 패소국이 이행하지 않는 경우에 강제집

95) Fischer, *supra* note 79, p. 245; Penn Cent. Transp. Co. v. New York, 438 U.S. 104, 124 (1978) 참조.

96) *Supra* note 76 참조.

행이 어렵다는 문제점이 있다. 결과적으로 외국 투자자의 입장에서 보면 기존의 국제법 또는 국내법에 따른 피해구제절차로는 그 목적을 이루지 못할 수 있다.<sup>97)</sup>

양자투자조약의 분쟁해결조항은 바로 이런 문제에 대한 해결방안을 담고 있다. 특히 투자자와 당사국간의 분쟁해결절차를 통해 개인에게 국가를 상대로 한 제소권을 부여함으로써 본국(투자자의 국적국)과 소재국간의 정치적 관계에 영향을 받지 않는 중립적인 분쟁해결이 가능해졌고 간접침해의 경우에 요구되는 국내구제수단완료의 원칙을 적용하지 않으며<sup>98)</sup> 또한 중재판정의 집행을 위한 법적 수단을 제공하기 때문에 국제법의 일반적인 분쟁해결절차가 제공하지 못하는 현실적이고 효과적인 피해구제수단을 외국 투자자에게 보장한다. 동시에 외국 투자자는 여전히 국내구제수단, 피해국의 외교적 보호권 행사, 다른 조약에 근거한 중재재판 등의 방법을 본인이 원하는 경우 선택적으로 행사할 권리를 보유하며, 다만 다른 분쟁해결수단을 선택하는 경우에는 원칙적으로 양자투자조약상의 중재절차에 제소할 수 있는 권리를 상실한다.<sup>99)</sup>

2004년 표준안은 중재판정과 소송서류를 강제적으로 공개하고 또한 심리도 공개적으로 이루어지도록 하는 투자자와 당사국간의 분쟁해결절차의 투명성에 대한 규정(제29조)을 도입하였고, 소의 병합 또는 분쟁의 당사자가 아닌 제3자의 소송참가 등 분쟁해결절차에 대한 새로운 제도를 도입하고 또한 상세한 분쟁해결절차를 담고 있다. 미국은 최근에 칠레 및 싱가포르와 자유무역협정을 체결하였는데, 양 협정은 무역촉진법의 원칙과 외국 투자자의 실제적인 권리가 미국의 법원칙과 일치하고 국내 투자자의 권리보다 더 크지 않도록 하라는 의회의 요구를 반영하였고, 2004년 표준안은 양 협정에 규정된 투자자와 당사국간의 분쟁해결절차에 유사한 접근방법을 택한 것으로 평가된다.<sup>100)</sup>

97) Vandeveld, *supra* note 1, pp. 256-257.

98) 2004년 표준안 제26조 제2항.

99) Vandeveld, *supra* note 1, p. 258. 그러나 청구인은 중재가 이루어지는 동안 전적으로 자신의 권리를 보존하기 위하여 소재국의 법원 또는 행정재판소에 금전배상의 지불과 관련되지 않은 잠정적인 권리보전절차(injunctive relief)를 추구할 수 있다. 2004년 표준안 제26조 제2항 및 제3항.

100) Madelena, *supra* note 55, N32.

## V. 결론: 북미자유무역협정(NAFTA)이 2004년 표준안에 미친 영향

미국의 양자투자조약 프로그램은 기존의 우호통상항해조약이 특히 제3세계의 국가에서 이루어지는 자국민의 투자 보호에 미흡하다는 인식하에 1)투자 보호, 2)투자 및 시장 자유화, 3)이러한 목적과 일치하는 국제법적 기준의 발전을 지지하기 위하여 시작되었다. 반면에 조약의 명칭에서도 언급되는 ‘투자 촉진’의 효과에 대해서는 견해가 상반되며, 결론적으로 양자투자조약에 의한 투자촉진의 효과는 보완적인 또는 부수적인 효과, 즉 다른 여건의 개선과 함께 국내투자환경을 투자에 유리하게 조성하는 효과는 인정될 수 있지만 양자투자조약의 체결이 상대국 국민에 의한 투자를 증가시키는지는 검증되어야 할 과제로 남아 있다.

미국의 표준안은 양자투자조약 프로그램의 일환으로 미국이 제3국(특히, 개도국)과 양자투자조약을 체결하기 위한 교섭의 토대를 제공하기 위해 작성되었다. 표준양자투자조약안은 이전의 우호통상항해조약과 달리 자국민의 투자 보호 자체를 다루기 위해 작성되었으며, 당시로서는 획기적인 변화라고 할 수 있는, 투자자가 소재국을 상대로 중재(arbitration)를 청구할 수 있는 권리를 부여하여 분쟁해결의 새로운 방법을 도입한 점 등을 제외한다면 대체로 기존의 우호통상항해조약에 기초하였다고 할 수 있다.

2004년 표준안은 이전의 표준안에 기초하면서도 북미자유무역협정(NAFTA)의 지난 10년간 경험이 반영되었다고 할 수 있다. 원래 미국의 양자투자조약 프로그램은 자국민의 투자를 보호하기 위한 것이었다. 따라서 양자투자조약의 기본원칙의 하나라고 할 수 있는 당사국에 대한 투자자의 제소권은 이론상 미국과 개도국이 모두 행사할 수 있지만 실제로는 개도국의 국민이 미국에 투자하는 경우를 전제로 한 것이 아니라 개도국에 대한 미국 투자자의 보호를 염두에 둔 것이기 때문에 당사국에 대한 투자자의 제소권은 미국 투자자를 위한 일방적 성격의 권리라고 할 수 있다. 그런데 북미자유무역협정을 운영하면서 미국이 여러 사건에서 제소되는 사건이 발생하자 상황은 반전되었다. 이런 상황을 반영하여 제정된 법이 무역촉진법이며 동법의 투자교섭목적은 반영한 것이 무역촉진법의 제정 이후에 체결된 미국과 칠레, 미국과 싱가포르간에 체결된 자유무역협정이다. 2004년 표준안은 양 협정에 포함된 투자 규정과 실질적으로 유사하며, 미국이 우루과이와 체결한 양자투자조약은 2004년 표준안



을 거의 그대로 옮겨 놓았다고 할 수 있다.

2004년 표준안은 투자자와 소재국간의 분쟁해결절차(제23조-제34조), 국내법 및 절차의 투명성(제11조)과 같은 절차적 문제와 국제최소기준(제5조와 부속서 A), 수용시 보상의 기준(제6조와 부속서 B)과 같은 실체적인 문제에 대해 1994년 표준안 보다 훨씬 상세한 규정을 두었다. 또한 투자와 환경(제12조), 투자와 노동(제13조)에 대한 조항을 신설하여, 환경과 노동 분야에서 국내법이 제공하는 보호를 희생하여 부적절하게 국제투자를 장려하는 행위를 다룰 수 있도록 하였다.

현재 한국과 미국간에는 자유무역협정의 체결을 위한 교섭이 진행중이며, 투자 보호의 문제는 자유무역협정의 일부로 다루어진다. 이는 최근에 투자 분야를 포함하는 양자자유무역협정(Bilateral FTA)이 증가하는 국제적인 추세와 맥을 같이 한다고 할 수 있다. 양자자유무역협정은 북미자유무역협정(NAFTA)이나 유럽공동체(EC 또는 EU)처럼 인접 지역 국가간의 협정이 아니고 또한 협정도 다자조약이 아닌 양자조약이기 때문에, 시장자유화의 관점에서 보면 그 효과가 제한적일 수 있으나 미국-칠레, 미국-싱가포르간의 자유무역협정은 가입에 관한 규정을 통해 제3국의 참여가능성을 열어 두고 있어 이것이 얼마나 성공할지 귀추가 주목된다. 또한 일반적으로 개정, 종료 또는 폐기에 대한 규정을 통해 조약의 운영에 탄력성을 부여한다.

한미간의 자유무역협정에 포함될 투자 분야도 앞서 언급한 북미자유무역협정, 미국-칠레 및 미국-싱가포르간의 자유무역협정, 미국-우루과이 양자투자조약, 2004년 표준안의 틀 내에서 크게 벗어나지는 않을 것이며, 다만 자유무역협정은 양자투자조약과 달리 투자뿐만 아니라 국제통상(상품과 서비스)과 지적재산권의 문제가 한꺼번에 다루어지기 때문에 그만큼 양국의 입장을 조정하는데 융통성이 부여될 수 있고, 이런 상황 속에서 양국은 자신이 양보할 수 없는 부분에 대한 예외의 인정에 대해 얼마나 상대국의 양해를 얻어내느냐가 협상의 관건이라고 할 수 있으며 한국이 개도국이라고 해서 더 많은 양해를 얻어낸다는 보장은 없다.

**주제어** 양자투자조약, 미국, 표준양자투자조약안, 미국의 2004년 표준양자투자조약안, 양자투자조약모델, 우호통상항해조약, 북미자유무역협정, 투자, 국제투자, 대외투자

## Legislative Review to Encourage the Foreign Investment -U.S. Model Bilateral Investment Treaty-

Kim, Min-Seo\*

In November 2004, the Department of State and the Office of the U.S. Trade Representative posted the text of an updated U.S. model bilateral investment treaty (U.S. 2004 model BIT). The new model contains provisions developed by the Administration to address the investment negotiating objectives of the Bipartisan Trade Promotion Act of 2002, which incorporated many of the principles from existing U.S. BITs. The model is substantively similar to the investment chapters of the free trade agreements the United States has concluded since the 2002 Act.

The new model contains far more detailed provisions on certain procedural matters, such as access to investor-state dispute settlement (Articles 23-24) and transparency of national laws and proceedings (Article 11), and on certain substantive protections accorded to investors, such as the minimum standard of treatment (Article 5 and Annex A) and the applicable standard for expropriation (Article 6 and Annex B). New articles also address the inappropriateness of encouraging foreign investment at the expense of protections afforded in national environmental and labor laws (Articles 12 and 13).

NAFTA contributed to modern international investment law by creating a relatively large, cohesive body of procedural and substantive law that merges past precedent to create a norm for future awards. The U.S. 2004 Model BIT is certain to consolidate this legacy. Review of these Model BITs frequently reveals clear NAFTA roots, updated to incorporate practical experience gained in the last ten years. For example, the Model BITs incorporate procedural innovations such as amicus briefs, have relatively detailed arbitral procedures and guarantee a very high degree of transparency.

The Model BITs also incorporate substantive developments in NAFTA, with annexes on customary international law, the minimum standard of treatment and expropriation. The recent Uruguay-U.S. BIT appears to have followed the 2004 U.S. Model BIT almost verbatim. Other countries are also developing model investment treaties to guide their negotiations. This next generation of BITs is likely to adopt significant portions of the U.S. Model BIT and further consolidate the contributions of NAFTA to international investment law.

<b>KEY WORDS</b> bilateral investment treaty, United States, model BIT, U.S. 2004 Model BIT, Friendship, Commerce and Navigation Treaty, FCN treaty, NAFTA, Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002 (U.S.), investment, international investment, foreign investment
---



\* Assistant Professor, Kyungpook National University