

발 간 등 록 번 호
11-1270000-000998-14



ICSID 중재판정례 해설



법무부

발 간 사

외국인 투자자가 투자유치국을 상대로 직접 국제중재를 제기하는 것을 허용하는 투자자-국가분쟁 (Investor-State Dispute, ISD)은 1968년 네덜란드와 인도네시아간 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty), 1969년 이탈리아와 차드간 양자간 투자협정 등을 시작으로 전세계 국가들이 체결한 양자간 투자협정이나 자유무역협정(Free Trade Agreement)을 통해 채택되어 왔습니다. 우리나라 역시 1976년 한국과 영국간 양자간 투자협정을 시작으로 ISD를 인정하고 있는 90여 개의 양자간 투자협정 및 자유무역협정을 체결하였습니다.

국제연합무역개발회의(UNCTAD)의 자료에 의하면, 2017년 한 해에만 최소한 65건의 새로운 ISD가 제기되었고, 2017년말 기준 공개된 ISD 전체 사건수는 855건이며, 밝혀지지 않은 사건도 상당수 존재한다고 알려져 있습니다. 2012년 론스타 펀드가 제기한 ISD를 시작으로 최근 7건의 ISD가 우리나라를 상대로 제기되었고, 법무부를 비롯한 정부 관계부처는 합동 대응체계를 구성하여 최선을 다하여 대응하고 있습니다.

ISD를 다루는 여러 포럼(forum) 중에서도 세계은행(World Bank) 산하기구로서 ‘국가와 타방국가 국민 간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약’에 따라 1965년 설립된 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)는 2018년 6월 30일 현재까지 676건의 ISD 사건이 등록되는 등 ISD를 가장 많이 다루어 온 기구 중 하나입니다. 따라서 ISD를 연구함에 있어서 ICSID의 판정례를 분석하고 연구하는 작업은 매우 중요하다고 할 수 있습니다.

본서는 그러한 연구의 일환으로, 지금까지 공개된 164건의 ICSID 중재판정문을 정리하고 분석하였습니다. 본서가 정부 관계자, 법조인, 기업 관계자, 연구자 등 ISD에 관심 있는 모든 분들에게 큰 자산이 될 것이라 믿어 의심치 않으며, ISD에 대한 연구에 기여할 뿐만 아니라 궁극적으로 우리나라의 국익을 지키고 우리 투자자의 권익을 보호함에 있어 큰 도움이 되기를 희망합니다.

끝으로 바쁜 업무 중에도 본서의 집필을 위해 각고의 노력을 기울이신 외교부 김승호 대사님께 감사드립니다. 본서의 기획 및 발간 업무를 맡아 준 국제법무과 직원들에게도 격려의 뜻을 전합니다.

2018년 10월

법무부장관

백 상 기



서 문



경제외교를 담당하는 외교관의 업무는 크게 통상과 투자로 나뉜다. 어느 업무를 어느 지위에서 담당하든 탄탄한 실무적인 지식을 요구한다. 훌륭한 직원이 두꺼운 회의 자료를 안고 뒤에 앉아 있다고 해도 일단 협상장에서 상대국 수석 대표와 마주 보는 순간부터는 혼자서 헤쳐가야 했다. 스스로 공부하고 후배들에게 도움이 될까 싶어 십년전에 WTO 통상 분쟁 판례를 정리하여 출간하였다. 그러나 관련 판례를 숙지해야 할 필요성은 사실 통상보다 투자가 훨씬 높았다. 통상 분야는 각종 규범이 이미 자세하게 성문화되어 있어서 판례는 관련 조문을 이해하는 보조 수단이었으나 투자는 조문 자체가 워낙 소략하여 실제로 적용된 사례를 알지 못하면 조문의 의미를 제대로 이해하고 외교 현장에서 올바르게 활용할 수 없었다.

외교 관계를 맺고 있는 국가 사이에 투자협정은 가장 기본이 되는 협정이다. 그 핵심은 자국에 투자하는 상대국 투자자를 서로 보호하자는 것이다. 확실한 보호 의사를 밝히기 위해 외국인 투자자에 대해서는 투자 유치국 정부를 상대로 직접 중재를 제기할 수 있는 기제가 거의 예외 없이 모든 투자협정에 포함되어 있다. 이른바 투자자-국가 분쟁(ISD)제도이다. 대개는 세계은행 산하의 투자자-국가분쟁센터(ICSID)를 중재 기관으로 이용한다. 우리나라는 해외 투자 실적이나 외국인 투자 유입 정도에 비해 ISD 이용 사례가 아주 적었다. 이를 핑계로 투자 분쟁 판정문 공부를 차일피일 미룰 수 있었다.

그러나 론스타 등 외국 기업이 우리나라에 대해 투자 분쟁을 제기하여 천문학적인 보상을 요구하기 시작하였다. 우리 기업도 외국 정부를 상대로 투자 분쟁을 제기하였으나 투자자-국가 분쟁에 대한 이해가 부족하여 초기 단계에서 맥없이 패소하였다. 투자 분쟁 대처 능력을 갖추어야 하는 것은 이제 경제 전공 외교관의 소임이 되어 가고 있었다. 선문답 같은 투자협정의 조문이 어떻게 적용되는지 기존의 판정문을 통해 분석하는 것만이 바른 길이고 지름길이었다. 더 이상 미룰 핑계를 댈 수 없었다.

이란의 한 기업이 우리나라에 대해 ISD를 청구하였다. 2015년 10월 필자는 그 이란에 대사로 부임하게 되었다. ISD 판정문을 정리해보라는 뜻인가 싶었다. 부임 후 1년이 지나 대사관 업무도 궂도에 올라섰고 숨을 돌릴 수 있을 때부터 ICSID 중재 판정문을 읽고 요약하기 시작하였다. 저녁의 외교 행사 후 피곤해도 책상에 앉았다. 주말은 대부분 책상과 컴퓨터 앞에서 보내야 했다. 판정문 하나가 짧으면 백여장, 보통은 기백 페이지에 달했다. 출력한 판정문을 쌓아 보니 내 키를 훌쩍 넘었다.



주저 앉고 싶을 때도 많았으나 누군가는 뚫어야 할 길이였다. 척후도 경험 많고 노련한 병사를 내세우는 법, 그래도 이 업무를 오래 해 본 내가 하는 것이 나을 것이라고 동기를 부여하면서 한 구슬, 한 구슬 다듬어 내기 시작하였다. 판정문을 번역하는 것이 아니라 이해한 후 알기 쉽게 다시 정리해야 하는 작업이라 손이 많이 갔다. 이해하기도 어려웠고 머리 속에는 맴돌던 생각이 막상 쓰려면 날아갔다. 길이 막혀 내려와 다른 길로 다시 올라가는 初登者처럼 지웠다 쓰고 다시 덧쓰는 일이 계속되었다. 매 건을 다루는 縱적인 작업도 녹록치 않았지만 여러 건을 橫으로 연결하여 설명하기는 더욱 만만치 않았다.

마치고 보니 모두 164건의 판정문이 정리되었다. 공개된 ICISD 판정문 중 원본이 영어가 아닌 것을 제외하고 모두 정리한 것이다. 적막한 대사관저에 말동무라고는 남편밖에 없는데 매일 자정 넘도록 책상머리에 붙어 있었으니 외로웠을 것이다. 내색하지 않고 게을러질 때마다 일으켜 세우고 등을 떠밀어준 아내 전은경에게도 미안하고 고마운 마음을 전한다. 출간하고 보니 찌개 받침으로 쓰기에는 두껍고 누름돌로 쓰기에는 가벼운 애물단지는 아닌지 걱정도 된다. 누구에게라도, 가끔이라도 유용하게 사용되었으면 그간의 노력과 시간에 좋은 보상이 되리라.

2018년 10월 서울에서

저자 김 승 호



목 차

Contents

Ⅰ 사건 번호순

1. SPP(ME) vs. Egypt 사건[ARB/84/3]	1
2. AAPL vs. Sri Lanka 사건[ARB/87/3]	8
3. Vacuum Salt vs. Ghana 사건[ARB/92/1]	15
4. AMT vs. Zaire 사건[ARB/93/1]	21
5. Tradex vs. Albania 사건[ARB/94/2]	25
6. Cable vs. St. Kitts and Nevis 사건[ARB/95/2]	34
7. CDSE vs. Costa Rica 사건[ARB/96/1]	38
8. Fedax vs. Venezuela 사건[ARB/96/3]	42
9. Metalclad vs. Mexico 사건[ARB(AF)/97/1]	46
10. Azinian vs. Mexico 사건[ARB(AF)/97/2]	52
11. CAA & Vivendi vs. Argentina 사건[ARB/97/3]	55
12. CSOB vs. Slovakia 사건[ARB/97/4]	62
13. Maffezini vs. Spain 사건[ARB/97/7]	70
14. Casado & Allende Foundation vs. Chile 사건[ARB/98/2]	77
15. Waste Management vs. Mexico 1 차 사건[ARB(AF)/98/2]	86
16. Lowen vs. USA 사건[ARB(AF)/98/3]	89
17. Wena Hotel vs. Egypt 사건[ARB/98/4]	95
18. Eudoro Olguin vs. Paraguay 사건[ARB/98/5]	98
19. Banro vs. Congo 사건[ARB/98/7]	102
20. Feldman vs. Mexico 사건[ARB(AF)/99/1]	107
21. Genin vs. Estonia 사건[ARB/99/2]	115
22. Mondev vs. USA 사건[ARB(AF)/99/2]	121



23. Gruslin vs. Malaysia 사건(ARB/99/3)	128
24. Middle East Cement vs. Egypt 사건(ARB/99/6)	133
25. Mitchell vs. Congo 사건(ARB/99/7)	138
26. ADF vs. USA 사건(ARB(AF)/00/1)	143
27. Mihaly USA vs. Sri Lanka 사건(ARB/00/2)	149
28. Tecmed vs. Mexico 사건(ARB(AF)/00/2)	155
29. Waste Management vs. Mexico 2 차 사건(ARB(AF)/00/3)	161
30. Salini vs. Morocco 사건(ARB/00/4)	168
31. Aucoven vs. Venezuela 사건(ARB/00/5)	175
32. Generation Ukraine vs. ukraine 사건(ARB/00/9)	179
33. Enron vs. Argentina 사건(ARB/01/3)	185
34. AIG Capital vs. Kazakhstan 사건(ARB/01/6)	194
35. MTD Equity vs. Chile 사건(ARB/01/7)	196
36. CMS vs. Argentina 사건(ARB/01/8)	202
37. Noble Ventures vs. Romania 사건(ARB/01/11)	210
38. Azurix vs. Argentina 사건(ARB/01/12)	214
39. F-W Oil vs. Trinidad and Tobago 사건(ARB/01/14)	219
40. LG & E vs. Argentina 사건(ARB/02/1)	223
41. Fireman's Fund vs. Mexico 사건(ARB(AF)/02/1)	229
42. PSEG vs. Turkey 사건(ARB/02/5)	233
43. Soufraki vs. UAE 사건(ARB/02/7)	237
44. Siemens vs. Argentina 사건(ARB/02/8)	241
45. Champion Trading vs. Egypt 사건(ARB/02/9)	246
46. Salini vs. Jordan 사건(ARB/02/13)	252



목 차

Contents

47. CDC vs. Seychelles 사건(ARB/02/14)	259
48. Sempra vs. Argentina 사건(ARB/02/16)	261
49. Tokios Tokeles vs. ukraine 사건(ARB/02/18)	269
50. Empresas Lucchetti vs. Peru 사건(ARB/03/4)	275
51. Metalpar vs. Agrentina 사건(ARB/03/5)	280
52. MCI Power vs. Ecuador 사건(ARB/03/6)	289
53. LESI-Dipenta vs. Algeria 사건(ARB/03/8)	297
54. Continental vs. Argentina 사건(ARB/03/9)	301
55. Joy Mining vs. Egypt 사건(ARB/03/11)	307
56. El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15)	310
57. ADC vs. Hungary 사건(ARB/03/16)	320
58. EDF vs. Argentina 사건(ARB/03/23)	326
59. Plama vs. Bulgaria 사건(ARB/03/24)	334
60. Fraport vs. Philippines 사건(ARB/03/25)	345
61. Inceysa vs. El Salvador 사건(ARB/03/26)	350
62. DEI Bermuda vs. Peru 사건(ARB/03/28)	353
63. Bayindir vs. Pakistan 사건(ARB/03/29)	358
64. Gemplus & Talsud vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4)	362
65. ADM & TLIA vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/5)	370
66. OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia 사건(ARB/04/6)	375
67. Vannessa vs. Venezuela 사건(ARB(AF)/04/6)	379
68. Jan de Nul vs. Egypt 사건(ARB/04/13)	385
69. Wintershall vs. Argentina 사건(ARB/04/14)	392
70. Telenor vs. Hungary 사건(ARB/04/15)	396



71. Duke Energy & Electroquil vs. Ecuador 사건(ARB/04/19)	401
72. Daimler vs. Argentina 사건(ARB/05/1)	406
73. Bayview vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/1)	412
74. Cargill vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/2)	416
75. TSA vs. Argentina 사건(ARB/05/5)	422
76. Funnekotter vs. Zimbabwe 사건(ARB/05/6)	428
77. Saipem vs. Bangladesh 사건(ARB/05/7)	432
78. Parkerings vs. Lithuania 사건(ARB/05/8)	438
79. EMELEC vs. Ecuador 사건(ARB/05/9)	445
80. Malaysian Historical Salvors vs. Malaysia 사건(ARB/05/10)	448
81. EDF vs. Romania 사건(ARB/05/13)	453
82. Siag & Vecchi vs. Egypt 사건(ARB/05/15)	459
83. Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan 사건(ARB/05/16)	465
84. DLP vs. Yemen 사건(ARB/05/17)	469
85. Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia 사건(ARB/05/18)	475
86. Helnan vs. Egypt 사건(ARB/05/19)	484
87. Micula vs. Romania 사건(ARB/05/20)	494
88. Biwater vs. Tanzania 사건(ARB/05/22)	502
89. Roussalis vs. Romania 사건(ARB/06/1)	510
90. Quiborax vs. Bolivia 사건(ARB/06/2)	515
91. Cementownia vs. Turkey 사건(ARB(AF)/06/2)	519
92. Rompetrol vs. Romania 사건(ARB/06/3)	525
93. Vestey vs. Venezuela 사건(ARB/06/4)	530
94. Phoenix vs. Czech 사건(ARB/06/5)	536



목 차

Contents

95. Libananco vs. Turkey 사건[ARB/06/8]	542
96. OPC vs. Ecuador 사건[ARB/06/11]	546
97. Aguaytia vs. Peru 사건[ARB/06/13]	551
98. Azpetrol vs. Azerbaijan 사건[ARB/06/15]	553
99. Europe Cement vs. Turkey 사건[ARB(AF)/07/2]	557
100. East Kalimantan vs. PT KPC 사건[ARB/07/3]	560
101. Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica 사건[ARB(AF)/07/3]	563
102. Toto vs. Lebanon 사건[ARB/07/12]	569
103. Alpha vs. ukraine 사건[ARB/07/16]	577
104. Impregilo vs. Argentina 사건[ARB/07/17]	586
105. Saba Fakes vs. Turkey 사건[ARB/07/20]	591
106. Pantechniki vs. Albania 사건[ARB/07/21]	597
107. AES vs. Hungary 사건[ARB/07/22]	602
108. RDC vs. Guatemala 사건[ARB/07/23]	608
109. Hamester vs. Ghana 사건[ARB/07/24]	614
110. Ubraser & CABB vs. Argentina 사건[ARB/07/26]	620
111. Mobil vs. Venezuela 사건[ARB/07/27]	625
112. SGS vs. Paraguay 사건[ARB/07/29]	631
113. Unglaube vs. Costa Rica 사건[ARB/08/1, 09/20]	641
114. ATA vs. Jordan 사건[ARB/08/2]	647
115. Brandes Investment vs. Venezuela 사건[ARB/08/3]	652
116. Murphy International vs. Ecuador 사건[ARB/08/4]	656
117. Inmaris vs. ukraine 사건[ARB/08/8]	665
118. Bosh, B&P vs. ukraine 사건[ARB/08/11]	684



119. Caratube vs. Kazakhstan 사건(ARB/08/12)	691
120. Alapli Elektrik vs. Turkey 사건(ARB/08/13)	697
121. GEA vs. Ukraine 사건(ARB/08/16)	702
122. Malicorp vs. Egypt 사건(ARB/08/18)	709
123. Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina 사건(ARB/09/1)	713
124. Deutsche Bank vs. Sri Lanka 사건(ARB/09/2)	724
125. KT Asia vs. Kazakhstan 사건(ARB/09/8)	730
126. Global & Globex vs. ukraine 사건(ARB/09/11)	736
127. Pac Rim vs. El Salvador 사건(ARB/09/12)	738
128. H & H vs. Egypt 사건(ARB/09/15)	741
129. Swisslion vs. Macedonia 사건(ARB/09/16)	746
130. Commerce Group vs. El Salvador 사건(ARB/09/17)	751
131. Kilic vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/1)	753
132. Minnotte and Lewis vs. Poland 사건(ARB(AF)/10/1)	758
133. Metal-Tech vs. Uzbekistan 사건(ARB/10/3)	761
134. Tidewater vs. Venezuela 사건(ARB/10/5)	769
135. RSM vs. Grenada 사건(ARB/10/6)	774
136. Philip Morris vs. Uruguay 사건(ARB/10/7)	779
137. OPIC vs. Venezuela 사건(ARB/10/14)	786
138. Renee Rose Levy vs. Peru 사건(ARB/10/17)	789
139. Dede & Elhuseyni vs. Romania 사건(ARB/10/22)	793
140. Ickale vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/24)	799
141. Rafat Ali Rizvi vs. Indonesia 사건(ARB/11/13)	805
142. Levy and Gremcitel vs. Peru 사건(ARB/11/17)	809



목 차

Contents

143. Burimi & Eagle Games vs. Albania 사건[ARB/11/18]	815
144. Garanti Koza vs. Turkmenistan 사건[ARB/11/20]	819
145. Vigotop vs. Hungary 사건[ARB/11/22]	827
146. Franck Arif vs. Moldova 사건[ARB/11/23]	833
147. Mamidoil vs. Albania 사건[ARB/11/24]	839
148. Tulip vs. Turkey 사건[ARB/11/28]	847
149. Gambrinus vs. Venezuela 사건[ARB/11/31]	854
150. Al Tamimi vs. Oman 사건[ARB/11/33]	860
151. Apotex vs. USA 사건[ARB(AF)/12/1]	865
152. Emmis vs. Hungary 사건[ARB/12/2]	873
153. SyC vs. Costa Rica 사건[ARB/12/4]	877
154. Rusoro vs. Venezuela 사건[ARB(AF)/12/5]	882
155. Ping An vs. Belgium 사건[ARB/12/29]	894
156. GFT vs. Macedonia 사건[ARB/12/31]	901
157. OTMTI vs. Algeria 사건[ARB/12/35]	904
158. Postova & Istrokapital vs. Greece 사건[ARB/13/8]	909
159. Caratube & Hourani vs. Kazakhstan 사건[ARB/13/13]	918
160. Transglobal vs. Panama 사건[ARB/13/28]	921
161. PNGSDP vs. PNG 사건[ARB/13/33]	928
162. FASGT & Alghanim vs. Jordan 사건[ARB/13/38]	931
163. Ansung vs. China 사건[ARB/14/25]	937
164. Lighthouse vs. East Timor 사건[ARB/15/2]	945
■ 참고문헌	950
■ 색인	951



01

SPP(ME) vs. Egypt 사건(ARB/84/3)

가. 사건 개요

이 사건은 이집트 정부가 피라미드 인근 지역 등을 복합 관광 지구로 개발하기 위해 관광 지역 개발 전문 회사의 투자를 유치하였다가 유적 보호를 이유로 당초 사업 허가를 취소하여 야기된 분쟁이다.

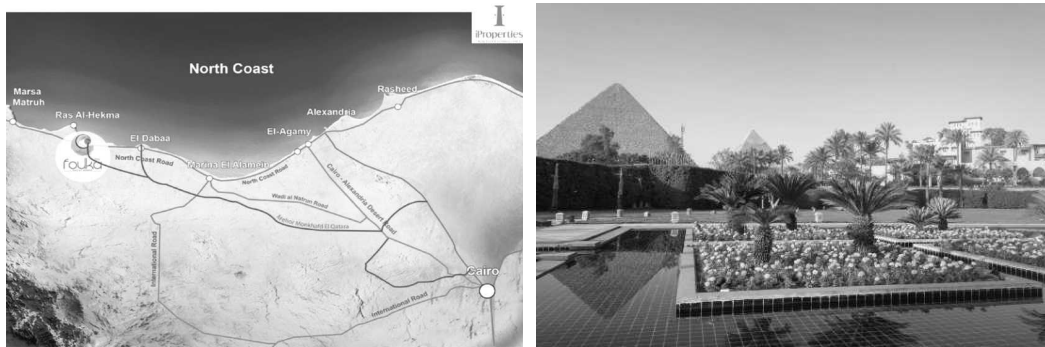
1974년 12월 이집트 관광호텔 공사(이하 EGOTH, Egyptian General Organization for Tourism and Hotels, 관광청 산하 기관)는 관광 개발 전문 회사인 South Pacific Properties(이하 SPP)사와 피라미드 지역 및 지중해 인근의 Ras El Hekma 지역에 각각 호텔 등 복합 관광 지구를 건설하는 개발 계약을 체결하였다. 구체적으로 EGOTH와 SPP는 이집트 관광 개발 회사(이하 ETDC, Egyptian Tourism Development Company)를 합작, 설립하여 이 회사가 실제 사업을 수행하기로 하였으며 SPP는 소요 자원 2천만 불을 출자하고 EGOTH는 개발 지구 토지 확보 및 사용권, 그리고 정부의 각종 승인 확보 등을 책임지기로 하였다. 또한 계약서 내용에 따라 SPP는 ETDC의 SPP 지분을 소유하고 계약상 SPP의 각종 권리 의무를 부담하는 별도의 지주 회사 SPP(Middle East)를 홍콩 법인으로 창설하였다. SPP(ME)가 이 사건 청구인이다.

이후 ETDC의 설립이 이집트 정부에 의해 정식으로 승인되고 EGOTH가 개발부지 사용권을 ETDC에 양도하는 등 관련 절차가 순조롭게 진행되어 1977년부터는 공사가 개시되었다. ETDC는 별장이나 다가구 숙박 시설을 건설할 수 있는 택지를 분양하여 천만 불 가량의 수입을 확보하였다. 그러나 1977년 말부터 이 관광 지구 개발 사업이 피라미드 지역의 미발굴 유물 유적 보호에 심각한 위협이 된다는 이유로 정치적인 반대 움직임이 시작되었다. 1978년 5월 이집트 문화부는 피라미드 인근 지역을 유적 보호 지구로 선포하고 이집트 투자청은 기존에 발부하였던 ETDC의 피라미드 지역 개발 허가를 취소하였다. 관광 지구 개발을 승인하였던 대통령령 475호도 새로운 대통령령에 의해 취소되었다.

청구인 SPP(ME)사는 분쟁 발생 시 국제 상공 회의소(ICC) 중재 절차에 회부한다는 계약 내용에 따라 1978년 ICC에 제소하였고 1983년 승소하였으나 이집트가 ICC의 관할권에 의문을



제기, 중재 판정 결과를 인정하지 않자 투자 분쟁에 대한 ICSID의 관할권을 규정한 이집트 투자법을 근거로 1984년 8월 ICSID에 중재를 신청하였다.



| 청구인 SPP(ME)의 관광 지구 개발 사업지인 Ras El Hekma와 피라미드 인근 부지|

나. 주요 쟁점

1) 국내법과 충돌

이집트는 관광 지구 개발을 승인했던 대통령령 475호가 기존의 이집트 국내법을 위반한 것으로서 무효(null and void)라고 주장하였다. 즉 대통령령 475호에 의해 획정된 개발 대상 지역 중 일부가 이미 그 이전에 이집트 교육부에 의해 고시된 문화재 보호 지구와 중복되어 처음부터 관광지로의 개발이 불가능하였다는 것이다. 그러나 중재 판정부는 국가 기관의 외형상 공적인 행위가 비인가 되었거나 월권이었다고 하여 국가에게 책임을 물을 수 없다면 모든 국제 책임이라는 것은 허상이 될 수 있다고 지적하고 이를 수용하지 않았다(판정문 85)

2) 개발 장소의 불일치

이집트는 실제 개발되고 있는 장소가 원 계약이나 그 이전의 잠정 계약(Head of Agreement)에 적시된 지역과 상이하다고 주장하였으나 청구인은 계약상의 지역은 전체적인 개발 지역을 포괄적으로 획정한 것일 뿐 실제 개발 지역은 이와 상이할 수 있다고 반박하였다. 중재 판정부는 실제 개발되고 있는 지역이 계약에 표시된 지역과 상이하더라도 실제 개발 지역에 대하여 당사자간 충분히 협의한 기록이 있으며 이집트 정부가 최종 개발 지역을 인지, 승인한 것이 확실하므로 개발 지역상의 차이가 크게 문제되지는 않는다고 보았다.



3) 사업의 본질

이집트는 동 사업의 본질은 관광 지구 개발인데 실제로는 토지를 분할하여 택지로 판매하는 주택 건설 사업으로 추진되고 있으므로 이에 대한 계약 위반을 주장하였다. 청구인은 당초 이집트 당국에 제출하여 승인 받은 사업 계획상 관광 복합 지역과 주거 지역 간의 상호 연계 개발이 명시되어 있고 택지 판매는 이집트 당국도 인지하고 승인한 전체 사업의 재원 조달 (self-financing) 방안에 해당한다고 반박하였다. 판정부는 거주용 주택 건설이 주거 지역과 관광 지역이 연계된 복합 개발이라는 원래 목적에 합치되지 않는다고 볼 수 없고 제시된 각종 증거상 이집트 당국이 택지 판매에 대해 인지하고 있었으며 택지 판매 수입을 통한 관광 지구 개발 사업 재원 조달을 승인한 점에 비추어 관련 국내법을 위반하였다는 이집트의 주장은 수용할 수 없다고 판단하였다(106-112).

4) 인가된 투자자 여부

이집트는 자국 투자 보호법(법령 43호) 규정상 외국인 투자자는 이집트 투자청의 인가를 받아야 하는데 이집트 투자청은 문제의 관광 지구 개발 사업의 투자 주체가 SPP(ME)사라고 통보받은 바 없으며 당초 투자자로 인가한 SPP가 동 사업 관련 권리 의무를 SPP(ME)사에 이전하는 데에 동의한 바도 없다고 주장하고 따라서 SPP(ME)사는 이집트 투자 보호법상의 인가된 투자자가 아니라고 주장하였다. 청구인은 SPP(ME)에 대해 이집트 투자청이 명시적으로 투자 인가를 하지는 않았으나 당초 투자자로 인가된 SPP의 권리 의무가 SPP(ME)로 이전되는 것을 투자청이 승인하였다고 반박하고 이집트 재무부령 212호, 투자청 이사회 결정, 투자청 차장 서한 등을 관련 근거로 제출하였다.

판정부는 투자청령 212호는 SPP(ME)를 동 사업의 투자자로 승인하고 있고 투자청령 자체가 투자청이 기안하여 형식적인 서명을 위해 투자부에 제출되었을 뿐이며 투자청령에 인용된 투자청 차장의 서한에도 SPP(ME)사가 동 사업의 투자자임을 인지, 승인한 내용이 포함되어 있다고 확인하였다. 이 같은 근거로 볼 때 판정부는 이집트 투자청이 동 사업의 투자자가 SPP(ME)임을 인지하고 있었고 SPP(ME)사와 EGOTH 간의 합작 법인(ETDC)의 설립을 승인하였던 것이 확인되므로 SPP(ME)사는 이집트 투자 보호법상의 인가된 투자자로 간주되어야 한다고 판시하였다(138-144).



5) UNESCO 협약 준수 의무

이집트는 피라미드 지역 관광 지구 개발 사업은 1975년 12월 발효된 UNESCO의 세계 문화 및 자연 유산 보호 협약을 준수하기 위해 추진할 수 없게 되었다고 항변하였다. 청구인은 UNESCO 협약은 이집트가 동 사업을 취소할 당시 언급도 하지 않은 것으로서 소송 전술로 이용하는 것일 뿐이며 이집트가 동 사업을 인가하기 이전에 이미 이 협약을 비준하였고 이 협약의 발효 후에 해당 사업 종합 계획을 승인하였으므로 이집트의 주장은 신뢰할 수 없다고 반박하였다.

판정부는 UNESCO 협약 자체가 이집트의 동 사업 취소를 정당화하거나 청구인의 보상을 배제하지 않는다고 확인하였다. 협약 규정상 보호 대상이 되는 문화 자연 지구는 해당국이 자발적으로 지정하는 것이며 이집트가 피라미드 지역을 이 협약상의 보호 지구로 지정한 것은 동 사업 개시 수년 후인 1979년임을 확인하였다(154). 즉 판정부는 설사 이집트가 UNESCO 협약상의 의무에 따라 피라미드 지역을 보호해야 한다 하더라도 그 의무는 1979년 이후 개시되는 것이며 그 이전에 이미 시행되고 있었던 문제의 사업이 이 협약을 이유로 취소되는 것은 부당하다고 본 것이다.

6) 해당 사업 취소 조치의 합법성

청구인은 이집트가 유적 보호를 위해 특정 개발 사업을 취소할 수 있는 점은 주권 국가의 권리라고 인정하였다. 청구인은 취소 자체가 불법이라기보다는 취소가 사실상 수용에 해당하고 이집트는 이에 대해 합당한 보상을 해야 한다는 견해를 견지하였다. 수용에 대한 정당한 보상은 이집트 헌법에도 명시되어 있고 설사 유적을 보호하기 위한 조치라 하더라도 정당하게 보상해야 한다는 것은 이집트의 유적 보호법(법령 215호)에도 적시되어 있다고 주장하였다.

이집트는 자국법상 수용은 부동산 등 실체적 물건에 대해 적용되는 것이며 계약상의 권리나 무형물에 대한 권리에는 적용이 되지 않는다고 주장하고 아울러 청구인의 계약상의 권리는 이집트 정부의 사업 취소로 인해 감소했을지언정 수용된 것은 아니라고 반박하였다. 이집트는 피라미드 인근 지역에 대체 사업 부지와 보상금 150만불을 제안하였으나 청구인이 거절하였다고 밝혔다. 이집트는 해당 사업 취소 조치는 청구인의 권리를 이집트로 귀속시킨 것이 아니므로 국유화도 아니고 청구인의 권리를 박탈한 것도 아니므로 몰수(confiscation)도 아니라고 주장하였다.



판정부는 정당한 수용이라 할지라도 공정한 보상이 이루어지지 않으면 몰수에 상당한다고 판단하였다. 수용은 실체물에 한해 적용된다는 이집트의 주장도 과거의 다수 판례를 인용하여 계약상의 권리도 간접적으로 수용될 수 있으며 계약상의 권리도 국제법의 보호 대상이고 이를 회수할 때에는 상당한 보상 의무가 있다는 점을 확인하였다(163-165). 이집트는 문제가 된 사업 부지 2곳 가운데 Ras El Hekma 지역 개발은 취소되지 않았다는 점을 제기하고 청구인의 피해 주장이 과장되었다고 항변하였으나 판정부는 피라미드 사업 취소로 인해 SPP(ME)의 신뢰도나 자금 조달력 등이 침해되었으므로 Ras El Hekma 지역 개발 사업의 추진도 영향을 받을 수밖에 없다는 청구인의 주장을 받아들였다. 대체 부지를 청구인이 거절하였으므로 피라미드 지역 개발 사업의 실패 책임이 청구인에게 있다는 이집트의 주장도 이 대체 부지가 관광 지역으로 개발하기에 부적합하다는 전문가의 의견에 따라 수용하지 않았다.

다. 평가 및 해설

1) 문화재 보호를 위한 일반적 예외

이집트 정부는 피라미드 인근 지역 개발 허가 취소가 불가피했던 점을 기존 국내법과의 충돌, 사업 내용의 변질, 국제 협약의 준수 의무와의 상충 등 여러 이유를 제시하여 설명하였다. 사실 유적 보호는 주권 국가의 중요한 공익적인 의무이므로 당초의 개발 허가가 유적 보호에 심각한 영향을 줄 수 있다면 이를 이유로 사업 허가를 취소할 수 있다. 피라미드 인근 지역에 다수의 고대 유적이 존재하고 있고 아직 발굴되지 않은 유적 또한 상당할 것임은 부인하기 어려운 사실이므로 피라미드 인근 지역의 선부른 개발이 소중한 인류 문화유산을 훼손할 우려가 있다는 것은 설득력 있는 주장이다.

이집트가 제시한 여러 이유가 모두 판정부에 의해 부인되어 이집트의 입지가 옹색해지기는 하였으나 오히려 설득력이 부족한 이유를 다수 제기하기 보다는 문화 유적 보호를 위한 공익적인 목적상 불가피하게 이전의 개발 결정을 취소해야 한다는 점을 부각하였으면 재판이 더욱 신속하게 진행되고 논점이 명확하여졌을 것으로 본다. 청구인이나 판정부도 공익적인 목적상 개발 허가가 취소될 수 있다는 것을 인정하고 있는 점을 볼 때 더욱 그러하다.

투자협정에는 투자 유치국이 공적인 목적을 위해 필요한 조치 시행을 방해하지 못한다고 명시하는 경우가 있다. 이번 사건에서 ICSID 중재 신청의 법적 근거가 된 이집트 투자법에는



규정되어 있지 않았으나 상당수 양자 투자협정에는 문화재 보호 등을 위해 투자협정 의무 적용을 배척하는 조항을 두고 있다. 通常 일반적 예외라고 칭하는 이 조항은 투자 유치국이 공공 윤리 보호 및 질서 유지, 생명이나 건강 또는 환경 보호, 법과 규정의 준수 확보, 예술적/역사적/고고학적 가치를 가진 국보 보호, 고갈 자원 및 천연 자원 보호를 위하여 필요한 조치를 채택하거나 집행하는 것을 투자협정이 방해할 수 없다고 규정하고 있다. 다만 이러한 조치가 자의적이거나 차별적이어서는 안 되고 외국인 투자 및 투자자를 제한하기 위한 위장 수단이어서는 안 된다는 제한이 붙는다. 이 조항은 비단 투자협정에만 규정되는 것이 아니라 국제 교역에도 인정되는 중요한 원칙으로서 GATT 20조¹⁾에도 명시되어 있다.

그러나 설사 이집트가 떳떳하게 유적 보호를 명분으로 내세웠다 하더라도 보상의 의무나 규모가 줄어드는 것은 아니다. 이집트가 여러 다른 이유를 제시한 것은 보상의 규모를 조금이라도 줄여 보려고 했던 것으로 보인다. 판정부는 이집트에게 총 27, 661,000 USD를 연 5%의 이율로 SPP(ME)에게 지불하라고 판시하였다.

2) 수용에 대한 보상 수단

이집트는 개발 사업 취소가 사실상의 수용에 해당한다는 청구인의 주장을 부정하였으나 사업 취소에 따른 보상의 성격으로 대체 부지를 제시하였다. 만일 이집트가 수용이라고 인정하였다면 대체 부지는 수용에 대한 정당한 보상이 될 수 있는지 문제가 야기될 수 있다. 청구인이 이를

1) Article XX(General Exceptions)

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, ...
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan;
- (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply,.....



적정한 보상으로 받아들인다면 문제될 것이 없겠지만 대부분의 투자협정은 보상 수단으로 태환 가능한 국제 통화를 규정하고 있다. 당초 제공하였던 고급 주택 건설 부지를 수용하면서 대체 부지를 보상으로 제공했던 *AIG Capital vs. Kazakhstan* 사건(ARB/01/6)에서 청구인이 대체 부지 점수를 거절하기도 하였지만 판정부는 수용에 대한 자유롭게 유통되는 통화로 산정토록 투자협정에 규정되어 있다는 점을 들어 적정한 보상이 아니라고 판시하였다.



02

AAPL vs. Sri Lanka 사건(ARB/87/3)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국이 외국인 투자에게 부여하는 충분한 보호 및 안전의 대상과 범위, 그리고 봉기, 소요 등으로 인한 피해의 보상에 대한 분쟁이다.

청구인 Asian Agricultural Product Ltd.(이하 AAPL)는 홍콩 법인으로서 스리랑카에 새우 양식 회사를 운영하였다. 1987년 1월 28일 AAPL이 투자한 새우 양식장에서 스리랑카 정부군과 타밀 반군 사이에 전투가 벌어지는 외중에 각종 시설이 파괴되고 직원 20여명이 사살되는 참사가 발생하였다. AAPL사는 투자 분쟁 시 ICSID에 제소할 수 있다고 규정된 영국-스리랑카간의 투자협정 규정에 따라 자사의 손실에 대해 스리랑카 정부의 보상을 요구하는 중재를 1987년 7월 청구하였다(당시 홍콩은 영국령). 중재 판정의 주 쟁점은 양국 간 투자협정 2조에 적시된 충분한 보호 및 안전 (full protection and security) 범위, 그리고 4조에 규정된 정당한 보상의 예외를 구성하는 전투 또는 상황상의 불가피성에 해당하는지 여부였다.

나. 주요 쟁점

1) 충분한 보호 및 안전

영국-스리랑카 투자협정 2(2)조에 일방 계약국의 투자는 타방 계약국의 영토 내에서 충분한 보호 및 안전(full protection and security)을 향유한다고 규정하고 있다. AAPL사는 충분한 보호 및 안전은 투자 유치국 정부가 부담하는 무조건적인 의무(unconditional obligation)을 창출하는 것이며 투자 유치국이 엄격하고 절대적인 책임(strict and absolute liability)을 부담하는 것을 의미한다고 주장하였다. AAPL사는 충분한 보호 및 안전은 투자의 피해가 발생한 이유나 내용과 관계없이 또한 피해를 초래한 자를 따지지 않고 투자 피해로 인한 손실 보상을 보장한다는

2) 2[2] Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party



의미로 이해했다.

스리랑카는 충분한 보호 및 안전은 양자 투자협정에 通常적으로 사용되는 용어로서 투자자의 신체상의 안전 보장이라는 국제 관습법상의 국가 책임을 의미하는 것이지 그 이상의 엄격한 책임을 부과하는 것은 아니라고 반박하였다.

중재 판정부는 조약 해석의 원칙상 조약의 단어는 그 단어가 통상적으로 사용되어온 방식에 의해서 고착된 자연스럽고 공정한 의미로 해석해야 한다고 보았으며 과거 유사 협정문에는 full protection and security 보다 강한 most constant protection이라는 용어를 사용하기도 하였으나 모두 적절한 보호를 의미하는 것으로 이해되어 왔다고 說示하였다. 중재 판정부는 full protection and security가 아무런 피해도 없을 것임을 보장하는 엄격한 책임을 투자 유치국에 부담하는 것으로 해석된 경우는 없다고 언급하였다(판정문45-48). 판정부는 조약 단어의 해석은 그 조약의 전반적인 대상과 목적도 고려해야 할 것인바 투자협정은 투자에 대해 적절한 수준의 법적 보호 환경을 보장함으로써 투자를 촉진하려는 것이라고 지적하고 영국과 스리랑카가 이 투자협정의 투자 보호 수준을 기존의 국제 관습법상의 보호 수준에서 투자 유치국에 엄격한 책임(strict liability)을 부과하는 정도로 격상하였다고 볼 근거가 없다고 판단하였다. 또한 중재 판정부는 투자협정 2조를 투자자의 손실을 전부 보상할 것임을 보장하는 정도의 엄격한 책임을 부담하는 것으로 해석하면 투자 손실 보상에 대한 예외를 규정한 4조 전체가 무의미해지므로 그러한 방식으로 해석할 수는 없다고 보았다(51-52).

2) 최혜국대우

AAPL은 영국-스리랑카간 투자협정 3조는 최혜국대우를 보장하고 있는데 스위스-스리랑카 투자협정은 전쟁이나 사회 혼란 등을 투자 보호 의무가 면제되는 예외로 적시하고 있지 않으므로 영국-스리랑카 투자협정보다 더 유리한 혜택을 부여하는 것이며 따라서 영국-스리랑카 투자협정의 최혜국대우 조항에 따라 스위스-스리랑카 협정이 영국의 투자에도 적용이 된다고 보았다.

중재 판정부는 AAPL의 주장은 스리랑카-스위스 투자협정에서는 투자 손실에 대한 투자 유치국의 엄격한 책임 수준을 상정하고 있고 투자 보호에 대한 기존의 일반적인 국제법이 엄격한 책임 기준으로 대체되어 있다는 것을 전제로 하는 것인데 스위스-스리랑카 투자협정이 엄격한 책임이라는 기준을 채택하였다고 볼 근거가 일체 없으며 해당 조약이 명시적으로 적시하지 않은 이상 기존의 일반적인 국제법상의 원칙이 계속 적용된다고 판시하였다(54)



3) 전투 행위 및 봉기, 소요 등에 의한 손실 보상

AAPL사는 1987년 1월 28일 자신의 새우 양식장에서 벌어진 참사는 스리랑카 정부군의 소행이며 당시 상황은 전투 상황도 아니었고 상황상 불가피한 조치도 아니었다고 주장하고 영국-스리랑카 투자협정 4(2)조³⁾에 따라 적절한 보상을 받아야 한다고 주장하였다.

당일 상황에 대해 AAPL측의 주장과 스리랑카측의 주장은 상충되는 점이 많다. 먼저 AAPL측에 따르면 스리랑카 정부군은 AAPL사 새우 양식장 인근 지역에서 반군의 테러 활동으로 인한 어려움을 겪어 왔었고 새우 양식장측은 정부군 측과 긴밀한 협조 관계를 유지하여 왔으나 1월 28일에 발생한 파괴 및 살상 행위는 정부군의 과도한 무력 사용에 의해서 발생하였다고 진술하였다. 전투 상황도 아니었으며 정부군이 보다 덜 파괴적인 방법을 충분히 택할 수 있었다는 입장이었다. 그러나 스리랑카측은 1월 28일 교전일 수개월 전부터 타밀 반군이 새우 양식장을 거점 및 보급 기지로 사용하여 왔고 새우 양식장 경영진이 반군에 협조하여 왔으며 새우 양식장 주변 지역에서 반군이 극렬하게 저항하여 치열한 전투가 발생하였고 새우 양식장에서의 파괴 행위는 모두 반군이 저질렀다고 반박했다.

중재 판정부는 4(2)조가 적용되기 위해서는 피해를 발생시킨 주체가 정부군이나 기관인 점, 전투 상황 중에 발생한 것이 아닌 점, 당시 상황상 불가피한 것이 아닐 것이 입증되어야 하는데 양측의 주장과 제출된 증거를 종합하여 볼 때 당시 상황이 교전 상황인 점은 인정이 되나 행위의 주체나 상황상 불가피성 여부는 확인하기 어렵다고 보았다. 따라서 4(2)조를 적용하기는 어렵고 4(1)조 적용 가능성 여부를 보아야 한다고 판단하였다(59-64). AAPL사가 주장하였던 2(2)조의 full protection and security에 근거한 국가의 엄격한 책임론은 중재 판정부가 인정하지 않았으나 AAPL社도 4(1)조⁴⁾에 의한 국가 책임 준수 여부를 살펴보아야 한다는 데에는 동의하였다.

중재 판정부는 과거의 판례들과 국제법 학자들의 주장을 다수 제시하면서 국제법상에서 관습적으로 인정되는 국가 책임의 요소는 국가의 정당한 주의(due diligence) 시행 여부라고

3] 4[2] Without prejudice to paragraph [1] of this Article, nationals and companies of one Contracting Party who in any of the situations referred to that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from requisitioning of their property by its forces or authorities, or destruction of their property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded restitution or adequate compensation. Resulting payments shall be freely transferable.

4] 4[1] Nationals or companies of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.



설명하였다(72-77). 판정부는 *due diligence*란 (문제가 되는 상황과) 유사한 환경에서 정상적으로 작동하는 정부가 수행할 것으로 기대되는 합리적인 예방 조치라고 보았다. 결국 1월 28일 교전 상황에서 정부가 정당한 주의를 다하였는지 여부가 스리랑카의 투자 보호 책임 준수 여부를 판단하는 관건이 되었다. 중재 판정부는 당시를 전후한 사정에 대해 양측의 주장과 제출된 증거가 상이하기는 하나 적어도 교전일 수개월 전부터 새우 양식장이 반군의 잦은 출몰로 인해 정부군의 통제 밖에 있었던 점, 새우 양식장 사장이 수 차례에 걸쳐 지역 정부군과 긴밀한 협조 관계를 맺고 있으며 반군과의 연계가 의심되는 직원을 퇴출하는 등 정부군의 요청에 적극 협조할 것이라고 정부 측에 구두, 문서로 확인한 점은 양측의 이견이 없다고 보았다. 중재 판정부는 양식장 측의 적극적인 협력 의사에도 불구하고 정부군이 이를 활용하여 사전에 아무런 예방 조치를 취하지 않은 채 갑자기 전투에 돌입한 것은 투자 보호를 위한 정당한 주의 의무를 다한 것이라고 볼 수는 없다고 결론내렸다(85-86).

다. 평가 및 해설



| 타밀 반군 최대 점령 지역과 2009년 5월 18일 스리랑카 정부군에 의해 사살된 최고지도자 벨루필라이 프라바카란, 전투력 충원을 위해 여성과 아동까지 동원했다 |

1) 충분한 보호 및 안전

이 사건에서 논란이 되었던 충분한 보호 및 안전의 보호 대상과 범위에 대해서는 이전부터 학설이 대립하고 분쟁이 자주 발생하였다. 첫째 보호의 대상과 관련하여 원래는 투자자의 신체적 보호, 투자에 대한 물리적 안전을 의미하는 것이었다. 즉, 소요, 범죄, 점거, 물리적



폭력으로부터의 보호를 뜻하는 것이며 이는 오래 전부터 국제 관습법상 인정되어 온 것이다. 그런데 물리적 보호뿐 아니라 투자 환경의 안전성을 포괄하는 방향으로 확장 해석되는 중재 판정 사례나 학술적인 주장이 제기되어 왔다. 이러한 확장적 해석을 방지하기 위해 보호 대상이 경찰 보호에 국한한다고 명기한 투자협정도 있다(호주-뉴질랜드-아세안 FTA 투자챕터, 뉴질랜드-중국 FTA 투자챕터, 한-중 FTA, 한-미 FTA⁵⁾).

둘째 보호 범위와 관련하여 full 이라는 단어로 인해 이 사건과 같이 보호 범위가 대단히 포괄적이라는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 역설적이게도 보호의 범위는 국제 관습법상 인정되어 온 범위에 국한된다는 것이 많은 협정에 명기되어 있다. 이 사건의 근거 규범이 된 영국-스리랑카 투자협정에는 국제 관습법에 국한된다는 제한 표현이 없어 확장 해석될 소지가 있었으나 최근의 대부분 투자협정에는 이를 명기하여 보호 범위를 협소하게 한정하고 있다.

한미 FTA, 한중 FTA의 경우 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제 관습법에 따른 대우를 부여하며 국제 관습법상 최소 기준의 대우를 부여하되 추가적인 대우나 권리를 창설하지 않는다고 못 박았다⁶⁾. NAFTA 자유무역위원회는 충분한 보호 및 안전을 규정하고 있는 1105조의 확장 해석을 방지하기 위해 별도의 1105조 해석 선언기를 발표하였고 이 내용은 미국의 2004년 모델 BIT에 포함된 이래 한미 FTA, 한중 FTA에도 같은 내용이 포함되어 있다. 즉 충분한 보호 및 안전의 범위 확정의 근거가 되는 국제 관습법의 범위 역시 명확하게 함으로써 확장 해석의 여지를 더욱 없애려는 것이다. 해석 선언은 국제 관습법의 요소로 법적 의무감과 관행을 제시하였다. 국가가 준수해야겠다는 여러 국가가 법적인 의무감을 갖고 오랜 기간 동안 시행한 수준의

5) 'full protection and security' requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law [한미 FTA 4.2(b), 한중 FTA 12.5 2.(b)]

6) 한중 FTA 12.5

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. 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 that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process of law; and

(b) 'full protection and security' requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

7) Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

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 July 31, 2001]



보호에 한정된다는 것이다.

충분한 보호 및 안전의 확장 해석을 방지하기 위해 명문화한 조치는 이외에도 있다. 미국 BIT 모델 텍스트나 한중 FTA, 한미 FTA는 타 조항이나 여타 협정을 위반하였다 하더라도 곧 (충분한 보호 및 안전을 규정한) 대우의 최소 기준 조항을 위반한 것은 아니라고 적시하여 두었다⁸⁾.

2) 손실 보상

대부분의 투자 보장 협정은 손실 보상에 대해 크게 두 가지 경우를 제시하고 있다. i) 무력 충돌, 소요, 봉기 등으로 인한 손실 보상과 ii) 관현의 과도한 무력 사용으로 인한 손실 보상인데 후자는 정부 책임을 보다 엄격하게 물어야 할 사항이므로 전자보다 보상 범위가 크다. 단 피해를 초래한 주체가 정부군, 관리임과 그 무력 사용이 과도했음을 입증해야 하는 난관이 있다. 이 사건에서 AAPL도 이를 입증하지 못해 결국 통상적인 소요, 봉기 등으로 인한 손실 보상을 추구하게 되었다.

상황상 불가피하게 군인 등 국가 공권력에 의해 발생한 피해에 대해서 투자 유치국은 보상의 책임이 면제된다. 대표적인 것이 전투, 진압, 긴급 구조 등일 것이다. 이러한 불가피성과 공공성이 인정되지 않거나 인정된다 하더라도 필요한 정도 이상의 과도한 조치로 인해 외국인 투자자가 입은 손실은 원상회복, 보상 또는 양자 모두를 제공하라는 조항이 대부분의 투자협정에 규정되어 있다. 그러나 실제 이 조항이 투자 분쟁에서 적용된 바는 없다. 이 사건에서 제기되기는 하였으나 당시 상황이 전투 상황이었는지 과도한 무력 사용이었는지 불분명하여 판정부는 이 조항을 적용하지 않고 무력 충돌, 반란, 폭동 등 소요 사태로 인한 피해 보상 조항을 적용하였다. *AMT vs. Zaire* 사건에서도 판정부는 자이레 군에 의한 청구인 회사 점거 및 탈취 피해를 소요 사태로 인한 피해 보상 조항을 적용하여 보상토록 판정하였다. 청구인은 전투나 상황과 무관한 자이레 군의 일탈 행위로 인한 피해라는 주장도 제기하였으나 판정부는 이미 자이레의 보상 책임이 확인되었고 폭동의 주체에 따라 보상의 범위가 달라지는 것도 아니므로 폭동의 주체를 군이 판단할 필요가 없다고 보고 더 이상 심리하지 않았다.

통상의 투자협정의 해당 문안 상으로 보면 위와 같은 손실이 발생했을 경우 내국인이나 여타

8) 한중 FTA 12.5

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.



제 3국인에 부여한 대우, 또는 비차별적인 대우를 부여한다고 기술되어 있어 투자 유치국의 책임을 최소화하고 있다. 한중 FTA의 경우 아예 해당 항목이 최소 기준 대우 조항에 포함되어 있다.

3) 정당한 주의

이 사건 판정을 포함하여 여러 판례에서 외국인 재산 보호를 위해 투자 유치국이 정당한 주의 의무를 다하였는지를 살펴보고 있다. 정당한 주의 시행 여부가 투자 유치국의 책임을 더욱 넓게 인정하는 것인지 축소하는 것인지는 논란의 여지가 있다고 본다. 해당 조문에는 적시되어 있지 않으나 투자 유치국에게 투자자 보호를 위해 정당한 주의 의무를 부과함으로써 이를 준수하지 않았을 경우 보상의 범위를 넓게 정할 수 있는 측면도 있지만 만일 투자 유치국이 정당한 주의 의무를 다했다고 신빙성 있게 주장하여 받아들여질 경우 오히려 보상의 범위가 좁아질 것으로 예상된다. 무장 폭력, 봉기, 소요 등의 상황에서의 정당한 주의의 시행 여부는 결국 다수 정보를 갖고 있는 정부의 주장에 좌우될 가능성이 있으며 유동적이고 급박한 상황의 성격상 정당한 주의를 과도하게 책정하기도 곤란할 것으로 생각된다. 이번 사건의 경우는 AAPL측이 협조 의사를 밝혔음에도 불구하고 이를 적절히 활용하는 예방적 조치를 하지 않은 점이 인정되어 스리랑카가 정당한 주의 의무를 다하지 않았다고 판시되었으나 유사한 환경에서 투자 유치국이 정당한 주의 의무를 다했다고 판단한 판례도 있다. 1997년 알바니아의 소요 사태로 인한 투자 손실 책임을 심리하는 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)에서 중재 판정부는 투자 유치국 정부가 외국인 투자자를 보호할 최소한의 주의 의무가 있음은 인정하면서도 당시 알바니아 정부는 통제 불가능한 소요 사태에 직면하여 불가항력적인 상황에 있었다고 판시하였다.

4) 최혜국대우 조항을 이용한 타 협정 조항 차용

이 사건과 같이 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 조항을 차용해 올 수 있는지가 쟁점이 되는 경우가 많다. 실질적인 권리 조항만 가능하다는 주장도 있고 분쟁 조항과 같은 절차적 규정도 차용할 수 있다는 판례도 있다. 최혜국대우 조항을 이용한 타 협정 조항 차용에 관한 종합 해설은 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1) 편에 수록하여 두었다.



03

Vacuum Salt vs. Ghana 사건(ARB/92/1)

가. 사건 개요

이 사건은 외국인 통제 하에 있는 기업이 자국 정부를 상대로 투자자-국가 소송을 제기할 수 있다는 ICSID 협약 25(2)(b)조의 관할권이 성립되는지 여부에 관한 분쟁이다.

청구인 Vacuum Salt Products 사는 가나에 소재하고 있는 소금 생산 회사로서 1988년 1월 22일 가나 정부와 채광을 위한 조차(lease) 계약을 체결하였다. 이 회사는 1966년 그리스인 Panagiotopoulous에 의해 창립되었으며 그는 1988년 1월 22일 채광 계약 당시 이 회사 주식의 20%를 보유하고 있었다. 조차 계약에는 분쟁 시 ICSID 중재를 이용하기로 규정되어 있었다.

Vacuum Salt Product사는 가나 정부가 이 계약상의 의무를 이행하지 않는다고 1992년 5월 ICSID 중재를 신청하였다. 청구인은 외국인이 통제하는 자국 투자자를 타방 계약국의 국민으로 취급하자는 분쟁 당사자들의 동의가 있을 경우 ICSID 중재 절차를 이용할 수 있다는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 근거로 ICSID 관할권이 있다고 주장하였으나 가나 정부는 이 조항의 조건이 충족되지 않았으므로 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

중재 판정부는 청구인이 가나 국적의 회사임은 분명하다고 판단하고 ICSID 재판 관할권을 인정하기 위해서는 ICSID 협약 25(2)(b)조의 조건이 충족되어야 한다고 보았다.

9] Article 25 Jurisdiction

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, ...

(2) 'National of another Contracting State' means:

(a) ...

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.



협약 25조는 ICSID의 관할권은 체약 당사국과 다른 체약 당사국의 국민간의 투자에서 발생하는 법적인 분쟁에 적용된다고 규정하고 있으며 25(2)(b)조는 다른 체약국의 국민으로 ‘양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 그 날(on that date)에 분쟁 당사국의 국적을 가졌으나 외국인의 지배를 이유로 양 당사자가 다른 체약국 국민으로 간주할 것에 합의한 법인’이 포함된다고 규정하고 있다. 판정부는 해당 조항의 문안상 25(2)(b)조 후단의 on that date란 전단의 ‘양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날(the date on which the parties consented to submit such dispute to ... arbitration)’을 의미하고 이 사건에서는 이 내용이 명기된 조차 계약 체결일 1988년 1월 22일이라고 보았다.

판정부는 해당 일에 청구인이 가나 국적의 회사인 것은 제출된 증거상 확실하다고 보고 외국인 통제(foreign control)하에 있었는지를 살펴보았다. 해당일에 Panagiotopoulous씨가 소유한 회사 지분은 20%이고 나머지 80%는 모두 가나 국적의 자연인 또는 법인 소유인 것은 분쟁 당사자 모두 인정하였다.

협약 25(2)(b)조는 foreign control의 요건이 무엇인지에 대해서는 침묵하고 있다. 판정부는 이 조항의 foreign control이 특정한 비율의 지분 소유를 요구하거나 시사하고 있지 않다고 보았으며 각 사건의 사실과 환경에 기초하여 판단해야 한다고 결정했다. 어느 정도의 주식 보유율이면 충분한지도 정할 수 없으며 지배라는 개념도 광범위하고 유동적이라고 이해하였다(판정문 43).

청구인 VSP는 Panagiotopoulous씨가 VSP에서의 역할을 중심으로 VSP가 그의 통제 하에 있었다는 주장을 전개하였다. 당시 그는 회사의 기술 자문이었는데 이사회에서 기술 부문 외에 회사의 재정 문제에 대해서도 언급한 기록도 제시하였으며 회사가 1988년 1월 22일 당시 그에게 제공하였던 각종 예외적인 대우에 대해서도 입증하였다. 그러나 판정부는 창업주인 그와 청구인 VSP간의 특별한 관계에 대해서는 인정하면서도 그가 기술이나 감독 부문 외에 경영자로서 행동하였거나 실질적인 영향력을 행사하였다는 증거는 제시되지 않았으며 VSP측의 주장을 아무리 호의적으로 감안해도 그가 회사를 책임지는 위치에 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 따라서 25(2)(b)조 요건이 충족되지 않았으므로 판정부는 이 사건 대해 관할권이 없다고 판시하였다(53-55).



다. 평가 및 해설

1) 외국인 통제로 인한 관할권 확대

ICSID 중재가 관할하는 것은 외국인 투자자와 투자 유치국 간의 투자 분쟁이다. 투자 유치국적의 회사와 투자 유치국 간의 분쟁은 개념상 ICSID 중재의 대상이 될 수 없으며 국내의 사법 절차에 의거하여 처리될 사항이다. 그러나 외국인 투자는 대개 현지 자본과 합작하여 투자 유치국에 회사를 설립하거나 기존에 설립된 회사의 지분을 매입하는 형식으로 이루어진다. 외국인 투자자가 단독으로 문화, 제도가 생소한 투자 유치국에 투자하기는 위험 부담이 크다. 또한 일부 국가에서는 외국인 투자자에게 현지인이 참여하는 법인을 설립토록 하거나 기존의 현지 법인을 통해서만 투자 활동을 하도록 요구하는 경우도 있다. 이러한 상황에서 현지 법인의 국적이 투자 유치국이라는 이유로 ICSID 중재 관할에서 배제할 경우 외국인 투자자를 유치하는데 어려움이 있을 것이다. 외국인 투자자의 이익을 실질적으로 보호하여 주기도 어려울 것이다.

이를 감안하여 ICSID 협약 25(2)(b)조에서는 i) 분쟁 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에 ii) 분쟁이 제기된 체약국의 국적을 가진 법인이지만, iii) 외국인 통제로 인해, iv) 분쟁 당사자들이 타방 체약국의 국민으로 대우하기로 합의한 경우는 협약의 적용 대상으로 포함시키고 있다. 아예 투자협정에 이와 같은 근거 규정을 포함시키는 경우도 드물지 않다.

외국인 통제로 인해 ICSID의 관할권이 적용되는 사건에서 흔히 쟁점으로 제기되는 것은 통제의 판단 요건과 시점이다. 통제가 실효적인 지배와 통제 권한의 행사를 의미하는지 소유권과 같이 통제할 수 있는 잠재적 법적인 권한의 보유를 의미하는지, 단순한 외견상의 소유권을 보유하는 것이 아니라 실질적인 소유자로서 보유해야 하는 것인지 등이 통제의 판단 요건에 관한 것이다. 이에 대해 지금까지의 ICSID 판정부의 견해는 일치된 것이 없다. 실효적 통제를 의미한다고 해석한 판정부도 있으며 형식적인 소유권 보호를 인정한 경우도 있다. 투자협정에 통제의 의미를 기재하는 경우가 매우 드물기는 하지만 없는 것은 아니다. 캐나다-코스타리카 투자협정은 투자를 일방 체약국의 투자자가 직간접적으로 또는 제 3국의 개인이나 기업을 통해 간접적으로 소유 통제하고 있는 모든 종류의 자산이라고 정의하면서 통제란 이사회 과반을 임명할 수 있거나 회사의 활동을 법적으로 지시할 수 있는 것을 의미한다고 적시하기도 하였다¹⁰⁾.

10) 1[g] For purposes of this Agreement, an investor shall be considered to control an investment if the investor has the power to name a majority of the board of directors or otherwise to legally direct the actions of the enterprise which



2) 외국인 통제 관련 판례

청구인 Vacuum Salt Production Ltd.의 창업주가 이 회사를 통제하고 있는지 여부가 쟁점이 된 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1)에서 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조는 foreign control의 요건이 무엇인지에 대해서는 침묵하고 있으므로 foreign control이 특정한 비율의 지분 소유를 요구하거나 시사하고 있지 않다고 보았으며 각 사건의 사실과 환경에 기초하여 판단해야 한다고 결정했다. 어느 정도의 주식 보유율이면 충분한지도 정할 수 없으며 지배라는 개념도 광범위하고 유동적이라고 이해하였다(판정문 43). 청구인은 창업주가 기술 자문역을 맡고 있고 재정 문제에 대해서도 관여하고 있으며 회사가 그에게 예외적인 대우를 제공하고 있다는 점을 들어 그의 통제를 입증하려 하였으나 판정부는 그가 기술이나 감독 부문 외에 경영자로서 행동하였거나 실질적인 영향력 행사를 통해 회사를 책임지는 위치에 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 53-55).

Aucoven vs. Venezuela 사건(ARB/00/5) 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조에 foreign control이 정의되어 있지 않고 실효적 지배로 해석해야 할 문언상의 근거가 없으며 ICSID 협약 초안 작성시의 기록을 볼 때 협약 기초자들이 foreign control의 의미 확정을 의도적으로 회피한 것으로 보인다고 판단했다. 의미 확정이 실용적이지 않고 실제 상황에 적용하기 어려운 측면이 있으므로 개별 상황에 따라 계약국들이 재량에 따라 해석할 수 있는 여지를 남겨 놓은 것이라고 이해했다(판정문 111-113)

TSA vs. Argentina 사건(ARB/05/5)에서 아르헨티나는 청구인 TSA의 모기업은 영업 활동 실적이 없고 소재지에는 무려 255개의 기업이 등록되어 있으며 TSA 설립 5일전에 설립된 회사인 점에 비추어 TSA를 실질적으로 통제(effective control)하고 있지 않다고 주장하였으나 판정부는 모기업이 네덜란드 등록 법인이고 TSA의 지분 100%를 소유하고 있으므로 ICSID 협약 25(2)(b)조의 외국인 통제 요건은 충족한다고 보았다.

청구인 CIOC가 미국적 기업인 통제 하에 있는지가 쟁점이 되었던 *Caratube vs. Kazakhstan* 사건(ARB/08/12)에서 판정부는 CIOC 지분 92%를 미국적 기업인이 소유하고 있는 것은 인정하였으나 소유권이 통제를 증명하는 것은 아니며 실효적으로 통제권을 행사하였다는 점이 청구인에 의해 입증되어야 한다고 보았다. 청구인은 회사 정관이나 조직표 등을 제출하여 그가 일정 권한이 있음을 입증하려 하였으나 판정부는 실효적 통제권을 행사하였다는 증거로 보기에 불충분하다고

owns the investment.



판단하고 청구인이 ICSID 협약 25(2)(b)조가 요구하는 ‘통제’의 입증 책임을 다하지 못했다고 결론내렸다(판정문 401-407).

Burimi & Eagle Games vs. Albania 사건(ARB/11/18) 판정부는 청구인의 지분 65%가 외국인 소유임이 인정되므로 외국인 통제 하에 있는 기업으로서 ICSID 중재 자격이 성립된다고 판시하였다. 그러나 이는 근거 협정인 이태리-알바니아 투자협정 8(2)(c)조¹¹⁾에 분쟁 당사국(즉 알바니아)의 기업이라도 지분 과반이 타방 계약국(이태리) 투자자에 의해 소유되고 있으면 타방 계약국 기업으로 간주된다고 규정하고 있었기 때문이다.

베네주엘라 기업 Polar社가 Gambrinus라는 바베이도스 기업의 통제 하에 있는지가 쟁점이 된 *Gambrinus vs. Venezuela* 사건(ARB/11/31)에서 베네주엘라는 청구인 Gambrinus는 바베이도스의 페이퍼 컴퍼니로서 아무런 실체적인 경제적, 상업적 행위를 수행하고 있지는 않다고 주장하고 바베이도스-베네주엘라 투자협정상 분쟁해결 조항 8조에서의 ‘회사’는 타방 당사국 국민이나 회사에 의해 소유, 실효적으로 통제되는 일방 당사국의 회사를 포함한다고 규정하고 있으므로 (1(d)조¹²⁾) Polar사를 실효적으로 통제하고 있지 않는 청구인은 중재 청구 자격이 없다고 주장하였다. 그러나 판정부는 이 조항을 문안상으로 해석하면 일방 당사국 법령에 의해 설립되었으나 타방 당사국에 의해 소유, 통제 되는 회사도 8조 분쟁해결 조항을 활용할 수 있다는 것이며 이러한 확장적인 의미는 계약국이 동의할 경우 타국에 의해 소유, 통제되는 자국 기업에 대해서도 ICSID 중재를 적용할 수 있다는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 투자협정에 반영한 것일 뿐이라고 보았다(판정문 138-147). 실효적 통제에 의미를 부여하지 않은 것이다.

GFT vs. Macedonia 사건(ARB/12/31)에서는 청구인 GFT의 소유주는 실소유주의 신탁을 받고 청구인 주식의 법적인 소유권을 이전 받았다. 신탁 계약에 따르면 청구인의 소유주는 실 소유주 대신 청구인 지분을 소유하나 그의 동의 없이 지분을 저당, 이전, 양도할 수 없고 지분으로부터 유래, 파생, 접수된 모든 수익에 대해 실소유주에게 보고하고 지시를 받아야 했다. 마케도니아는 ‘통제(controlled)’란 실효적 통제 행위가 행사된다는 것을 의미하는 것이지 이처럼 명목상의 소유권이나 통제할 수 있는 잠재적 능력을 뜻하는 것은 아니라고 주장했다. 판정부는 법적인

11) 8(2)(c) For the purpose of Article 25 of the Washington Convention March 18, 1965 and as of the date on which this will be applicable for both Contracting Parties, a company having legal nationality of a Contracting Party to the dispute, but with a majority of capital owned by investors of the other Contracting Party or other third party, will be considered as having the nationality of the latter.

12) d. ‘companies’ means, in respect of each Contracting Party, corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in that Contracting Party; For the purposes of the Convention referred to in Article 8 ‘Company’ shall include any company incorporated or constituted under the law in force in one Contracting Party which is owned or effectively controlled by nationals or companies of the other Contracting Party.



소유주가 실효적 통제권을 행사한 증거를 아무것도 제시하지 못하였으므로 청구인을 직접, 간접적으로 통제했다고 볼 수가 없다고 판시하였다(판정문134-136).

Caratube & Hourani vs. Kazakhstan 사건(ARB/13/13) 판정부는 외국인 통제의 통제가 명목상의 통제인지 실효적 통제인지에 대해서는 따로 의견을 밝히지 않았으나 미국적 기업인이 CIOC 지분의 92%를 소유하고 있음을 확인하고 그럼에도 불구하고 통제하지 못하고 있다는 충분한 근거를 카자흐스탄이 제출하지 못했다고 지적하였다.

통제의 시점은 양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날을 기준으로 보는 것이 통례이다. *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1) 판정부는 25(2)(b)조 후단의 on that date란 전단의 ‘양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날(the date on which the parties consented to submit such dispute to ... arbitration)’을 의미하고 이 사건에서는 이 내용이 명기된 계약 체결일이라고 보았다.

TSA vs. Argentina 사건(ARB/05/5) 판정부 역시 ICSID 중재 동의일 기준으로 외국인 통제 하에 있었다는 것을 요구하고 있다고 지적하고 이 사건의 경우 TSA가 ICSID 중재를 신청하겠다는 의사를 표명한 2004년 12월 10일 대통령 앞 서한 발송일이 동의일이라고 판단하였다.

그러나 *Caratube vs. Kazakhstan* 사건(ARB/08/12) 판정부는 동의일이라는 특정 일자 대신 분쟁으로 이어지는 사건 발생 직전에 외국인에 의한 통제가 존재했어야 한다고 보았다. 동의일 기준이 옳지 못하다는 견해를 개진한 것은 아니며 동의일을 채택하지 않는 이유에 대해 별다른 언급 없이 사건 발생 직전 개념을 채택했다. 이 개념은 중재 청구 자격 구비 시한으로서 널리 인정된 것이므로 문제될 것은 없으나 협약상 명문의 규정이 있음에도 이 개념을 적용한 이유는 불분명하다.



04

AMT vs. Zaire 사건(ARB/93/1)

가. 사건 개요

이 사건은 폭동으로 약탈당한 청구인의 투자 회사에 대해 투자 유치국이 보호 의무를 다하지 못했다고 판정된 사건이다.

청구인 American Manufacturing & Trading Co.는 미국 회사로서 자이레 회사인 SINZA의 지분 94%를 보유하고 있었다. 1991년 9월과 1993년 1월 자이레 軍이 일으킨 폭동의 외중에 SINZA 사무실이 약탈당하자 청구인은 1993년 1월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

청구인은 미국-자이레 투자협정 II(4)조 (충분한 보호 및 안전)에 의거, 자이레는 외국인 투자가 보호와 안전을 향유할 수 있도록 주의를 다하여야 하며 국제법상 요구되는 최소 기준보다 낮지 않은 보호 조치를 취했어야 한다고 주장하였다.

판정부는 자이레가 폭도들의 난입 저지는 물론 예방, 사전 경고 등 사태의 발생을 방지하거나 완화하기 위한 조치를 취하였는지 세심히 심리하였다. 그 결과 이 사건 발생과 관련하여 자이레가 외국인 투자 보호 및 안전을 보장할 어떤 조치도 취하지 않았음을 확인하고 이는 해당 조항 위반이라고 판정하였다. 청구인의 투자에 해로운 영향을 끼친 참사를 예방하지 못한 책임이 있다고 질책했다. 자이레는 문제의 폭동으로 인해 자국 회사들도 유사한 피해를 입었다고 주장하고 청구인이 자신의 피해가 유사한 환경에 있는 자이레 국민보다 불리한 대우(*less favorable treatment*)를 받았다는 점을 입증하지 못했다고 항변하였다. 판정부는 자이레의 주장은 외국인 투자에게 최소 기준의 보호와 안전을 제공하라는 투자협정상의 의무 준수 여부와는 무관한 주장이라고 일축하였다. 자이레가 국제법상의 최소 기준의 외국인 보호 의무를 준수하지 못한 책임과 동일한 의무를 자국민 및 여타 제 3국민에게도 제공하지 못한 사실은 별개라는 입장이다. 타국민도 동일한 피해를 입었다는 사실이 청구인에 대한 투자협정상의 보호 의무를 다하지



못한 자이레의 책임을 면책시켜 주지 못한다는 점을 지적하였다(판정문 6.05-6.10).

판정부는 폭동 또는 폭력 행위 피해를 본 타방 계약국민 또는 회사에게는 보상해야 한다는 투자협정 IV1(b)조¹³⁾를 제시하며 청구인이 당한 피해는 바로 이 조항의 폭동 또는 폭력 행위에 해당한다고 적시하고 자이레는 이 조항에 의해서도 1991년과 1993년 폭동의 피해에 대해 회피할 수 없는 책임이 있다고 확인하였다. 이 책임은 자이레가 자유의사로 체결한 국제 협정(투자협정)상의 의무이므로 국내법을 이유로 회피할 수 없으며 피해를 초래한 폭동의 주체와 무관하게 성립하는 책임이라고 지적하였다(6.12-6.14).

청구인은 투자협정 IV2(b)조¹⁴⁾상 자이레는 기관이나 군에 의해 초래된 피해에 대해서는 전투 행위로 인해 초래된 것이 아닌 한 보상 의무가 있고 문제의 폭동은 전투 행위가 아니고 군에 의해 저질러졌으므로 자이레의 보상 책임이 있다고 주장하였으나 판정부는 이미 협정 IV1(b)조에 의거하여 자이레의 보상 책임이 확인되었고 폭동의 주체에 따라 보상의 범위가 달라지는 것도 아니므로 폭동의 주체를 굳이 판단할 필요가 없다고 보고 더 이상 심리하지 않았다(6.15-6.18).

다. 평가 및 해설

이 사건은 폭동 등 사회 혼란과 관련된 투자 보호와 최소 기준 대우로서의 충분한 보호 및 안전, 두 가지가 쟁점이다. 폭동, 소요, 봉기가 ICSID 중재 판정에서 심리된 예는 이 사건 외에 *AAPL vs. Sri Lanka* 사건(ARB/87/3)이 있다.

투자자가 외국인 투자자에게 부여해야 하는 의무 중 내국민 대우와 최혜국대우는 비교 대상이 되는 자국민과 제 3국민에 비해 불리한 대우를 하지 말라는 상대적인 보호 기준이다. 이와 달리 외국인 투자자에게 절대적으로 최소한 보장해야 하는 기준이 최소 기준 대우이다. 최소 기준 대우는 크게 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전 2가지로 구분된다. 여기서는 충분한 보호 및 안전에 대해 살펴본다. 이 의무의 핵심은 보호 및 안전의 대상에 관한

- 13] 1. Nationals or companies of either Party whose investments in the territory of the other Party suffer:
(b) damages due to revolution, state of national emergency, revolt, insurrection, riot or act of violence in the territory of such other Party, shall be accorded treatment no less favorable than that which such other Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable treatment, when making restitution, indemnification, compensation or any other settlement with respect to such damages.
- 14] 2. In the event that such damages result from:
(b) destruction of property by the other Party's forces or authorities which was not caused in combat action, the national or company shall be accorded restitution or compensation in accordance with Article III.



이견이다. 대부분의 투자협정에는 외국인 투자에게 충분한 보호 및 안전을 제공해야 한다는 원칙만 천명하고 있을 뿐 그 내용과 범위에 대해서는 밝히지 않고 있다. 이로 인해 제공 범위를 좁게 설정하려는 투자 유치국과 넓게 확장하려는 투자자 간의 이견이 국제 중재에서 흔히 제기되어 왔다.

명확한 명문의 규정이 없으므로 판례의 축적을 통해 법리가 완성되는 사항 중의 하나이며 이러한 판결 결과를 감안하여 향후 다툼의 소지를 차단하기 위해 대우의 범위를 투자협정에 명문으로 기재하는 경우도 발생한다. 한중 FTA의 경우 충분한 보호 및 안전은 국제 관습법에서 요구되는 경찰 보호를 제공하는 것이라고 규정하였다(12.5(2)(b)조¹⁵⁾). 경찰 보호를 명시한 것은 충분한 보호 및 안전의 대상이 외국인 투자의 물리적 안전에 국한되는 것인지 법적, 제도적인 투자 환경의 안전까지 포함되는 것인지 여부가 그간 중재 판정의 이 항목과 관련된 주요 쟁점이었기 때문이다.

쟁점 사항에 대해 상충되는 논리가 중재 판정이 거듭됨에 따라 일정한 방향으로 수렴되는 경우가 많은 것과 달리 충분한 보호 및 안전에 관한 ICSID 중재 판정부의 법리는 아직 확실히 정립되지는 않았다. 보호 대상을 해당 투자의 물리적인 안전, 경찰 보호에 국한해야 한다는 판정과 투자 환경의 보호까지 포함한다는 판정이 교차되고 있다. ICSID 중재 판정에서 수용, 공정·공평 대우와 더불어 가장 많이 제기되는 이슈이나 모든 중재 판정부가 적용 범위에 대해 자신의 견해를 다 밝히는 것은 아니다. 다만 청구인은 비단 투자의 물리적 안전과 보호가 미흡한 행위에 대해서만 충분한 보호 및 안전 위반 문제를 제기하지는 않고 이와 직접적인 관련이 없는 행위에 대해서도 이 의무 위반 문제를 제기하는 것이 뚜렷한 추세이다. 물리적 안전과 무관한 이슈에 대해 청구인의 입증이 부족하다는 이유로 충분한 보호 및 안전 시비를 기각하는 판정이 많은데 이를 만일 입증이 충분했다면 그 보호 대상이 물리적 안전 이상을 포함한다고 판정했을 것으로 가정해 본다면 보호 대상의 범위를 확장하려는 것이 ICSID 중재 판정의 다수설이라고 추론할 수는 있다.

보호 대상 외에 ICSID 중재 판정에서 충분한 보호 및 안전과 관련되어 심리된 것은 보호 및 안전 危害 행위의 발생 그 자체에 대해 투자 유치국의 책임이 있는 것인지, 발생을 예방하기 위한 정당한 주의 의무와 노력을 다했으면 보호와 안전 책임을 다한 것인지의 여부이다. ICSID 판정은 위해 행위 자체가 발생하지 못하게 하는 원천적 책임까지 투자 유치국에 요구하고

15) (b) 'full protection and security' requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.



있지는 않다. 비례성의 원칙을 적용한 판례도 있다. 투자 유치국에 기대하는 충분한 보호 및 안전의 수준은 해당 상황의 내용과 심도, 그리고 투자 유치국의 능력에 따라 비례한다는 것이다. 선진국에 기대하는 정도와 개도국에 기대하는 정도가 동일할 수 없다는 의미이다. 충분한 보호 및 안전의 의무는 정부 자체의 행위가 아니라 제 3자의 행위에 대해 적용되는, 즉 투자 안전을 위해하는 행위, 사태, 상황에 대해 투자 유치국 정부가 정당한 주의와 경계의 의무를 다하라는 것이지 정부의 특정 행위 자체를 대상으로 제기할 수 있는 시비가 아니라는 판례도 있다. ICSID 관련 판례 종합은 *Toto vs. Lebanon* 사건(ARB/07/12)에 수록하였다.



05

Tradex vs. Albania 사건(ARB/94/2)

가. 사건 개요

이 사건은 투자자가 출자한 농업 회사가 출자 계약에 보장된 토지 사용권을 투자 유치국 정부에 의해 봉쇄당한 것이 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Tradex Hellas S.A.는 알바니아 농장에 투자한 그리스 법인이다. 알바니아 국영 농장인 Torovista와 합작하여 곡물, 과수, 채소 재배, 축산, 낙농 및 육가공 등의 사업을 하는 합작 회사 Tradeks Torovice를 설립하였다. Torovista는 토지를 출자하였고 Tradex는 각종 장비를 합작 회사에 제공하였다. 이 사건에서 문제가 된 것은 토지 사용이 방해되었다는 것인데 토지 자체는 Torovista 소유이고 합작 회사의 소유는 아니며 합작 회사는 이 토지를 이용하는 권리를 보유하고 있었다. 사건이 발생한 1990년대 초는 공산 정권의 붕괴 후 시장 경제로의 이전이 알바니아를 포함해서 동구권 구 공산주의 국가 대부분에서 활발하게 일어나던 시기이다. 이 사건도 합작 회사의 토지가 농민에게 분배되는 전후의 과정에서 합작 회사의 영업이 방해되어서 일어난 것이다.

ICSID 제소 근거가 된 것은 알바니아의 1993년 투자법이다. 이 법은 외국인 투자자 유치, 보호를 목적으로 하는 알바니아의 국내법으로서 통상의 투자협정과 유사한 내용을 포함하고 있다. 특히 수용에 관한 분쟁의 경우에는 ICSID 중재 절차를 원용한다고 규정되어 있어 Tradex는 1994년 11월 ICSID 중재를 신청한 것이다.

나. 주요 쟁점

Tradex는 해당 토지 사용권이 알바니아에 정부에 의해 수용된 것이라 주장하고 정당한 보상을 요구하였으며 알바니아는 수용에 해당하지 않는다고 반박하였다. 중재 판정부의 심리는 Tradex가 주장하는 사실이 근거법이 되는 위 알바니아 1993년 투자법상의 수용에 해당하는지 여부를 둘러싸고 중점적으로 진행되었다. Tradex가 주장하는 사건의 개요는



- 1992년 8월 합작 회사 Tradeks Torovice 농장 15%에 해당하는 140ha가 수용되어 주변 지역 주민에게 이전되었다
- 이미 1992년 3월부터 10월까지 농장의 생산물이 15% 비율로 주민들에 의해 절취되었으며 이들의 협박과 무력으로 인해 합작 회사의 정상적인 운영이 불가능했다.
- 1992년 12월 주민들에게로의 토지 이전 및 점령으로 합작 회사 직원의 농장 출입이 원천 봉쇄되었다
- 1992년 말부터 1993년 초에 걸쳐 Tradex는 알바니아 정부의 개입을 요청하였으나 소용이 없었고 결국 문제의 140 ha를 각종 수확물, 가축, 장비와 함께 양도해야 했다는 것이다.

합작 회사는 결국 1993년 12월 청산되었다. Tradex는 합작 회사에 대한 자신들의 투자의 가치가 없어지게 되었으므로 위의 행위는 수용에 해당하며 알바니아 정부가 보상해야 한다고 주장하였다. Tradex가 수용에 해당한다고 주장한 첫 번째 알바니아 정부의 조치는 1992년 8월 22일자 각료 이사회 결정 364호이다. 이 결정은 합작 회사의 농장이 소재한 Mali Kolaj라는 마을의 행정 구역을 기존의 Shkoder현에서 Lezhe로 이전한다는 것인데 다만 마을 외곽의 140ha(이 사건에서 문제가 된 Travista 소유지)는 계속 Shkoder현 관할 하에 둔다는 것이었다. Tradex는 Shkoder 현 관할 하에 둔다는 의미는 사실상 Travista 소유지 140ha를 Mali Kolaj 주민에게 분배하라는 것이라고 주장했다. Albania는 단순한 행정 구역 변경이라고 반박했다.

중재 판정부는 제출된 증거와 증언으로 볼 때 토지 분배를 의도한 조치라는 점은 인정하였으나 이 결정으로 인해 실제로 Travista가 해당 토지의 소유권을 상실했거나 합작 회사의 이 토지 이용권이 영향받은 바는 없음이 입증된다고 보고 결정 364호 자체가 수용에 해당할 수는 없다고 판단하였다(판정문 144-145).



| Travista 농장이 소재한 Shkoder 현의 Mali Kolaj 마을, Shkoder주와 Lezhe주 경계에 있다 |



Tradex는 1992년 8월부터 9월까지 위 토지 140ha가 주민들에게 점거되어 영업에 활용할 수 없었으며 주민들의 점거 행위는 정부가 부추긴 것이고 이는 수용의 요건, 즉 권리의 몰수 및 국가 귀책성에 부합하는 수용에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 그러나 점거 후 경찰에 신고한 적도 없는 등 Tradex는 자신의 시비를 입증할 증거를 제시하지 못했다고 판단하고 수용에 해당한다는 Tradex의 주장을 기각하였다(147-148).

Tradex는 1992년 10월 17일자 각료 이사회 결정 452호도 수용에 해당한다고 주장하였다. 이 결정은 Travista와 같은 국영 농장의 사유화 및 구조조정의 명령 및 절차에 관한 것이다. 알바니아 정부도 이 점을 강조하였다. 중재 판정부는 이 결정문은 문안상 분배 대상이 될 농업 회사의 결정, 분배 시기 및 분배 명령, 기타 분배와 관련된 지침 발표에 관한 것이고 모든 농업 회사에 적용되는 것도 아니며 Travista가 분배 대상으로 설정될 것이라는 점을 시사하지도 않는다고 보았다. 따라서 이 결정을 수용이라고 볼 수 없다고 판단하였다(152-154).

Tradex는 집권하면 국영 농업 회사를 모두 사유화하겠다고 공약한 정당 관계자의 발언(실제로 1992년 총선에서 승리)도 수용의 근거로 제시하였으나 판정부는 정치인의 공약 발언이 그 자체로 입법이나 행정 조치가 될 수 없으므로 수용에 해당할 수 없다고 판단하였다(155-157). Tradex는 1992년 10월부터 12월까지 해당 토지가 주민에 의해 점거되었고 각료 결정 452호에 의해 주민들이 고무되었기 때문이므로 수용이라고 주장하였으나 판정부는 점거되었다고 볼 증거가 부족하고 설사 점거가 사실이라고 가정해도 국가 책임을 인정할 만큼 452호에 의해 직접적으로 야기되었다고 단정할 수는 없다고 판단했다(155-165). Tradex는 합작 회사의 해산이 사실상 Tradex의 의사에 반해서 강제된 것이므로 수용에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 해산은 자발적인 결정이었다고 보았다. 해산 합의문에 해산의 이유로 ‘정부의 허가에 의해 해당 토지의 주민 양도’라는 문구가 있어 수용에 해당하는지 살펴보았으나 해산일이 토지 분배일보다 오히려 앞서 이루어졌음을 확인하고 이 또한 인정하지 않았다(177-190).

판정부는 위와 같이 Tradex가 수용이라고 주장한 모두 사안이 수용에 해당하지 않는다고 기각하였으나 비록 각각이 사안이 수용에 해당하지는 않더라도 일련의 사안이 전체적으로 수용을 구성하는지도 검토하여 보았다. 이를 위해 판정부는 문제가 시작된 1992년 8월과 합작 회사가 최종 해산된 1993년 4월 시점의 Tradex의 투자가 줄어들었고 그 이유가 정부 때문이라는 것을 Tradex가 입증해야 한다고 보았다. 그러나 이 기간 중 해당 토지의 소유권이 이전되었거나 사용권이 (주민 점거로 인해) 축소되었다는 것이 입증되지 못했고 정부에게 책임이 있다는 점도



입증하지 못했으므로 개별 사안을 연계해서 종합적으로 검토했을 때에도 수용에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다(193-198).

다. 평가 및 해설

1) 수용 요건

수용이란 국가가 외국인 투자자의 자산을 몰수하거나 소유권을 박탈하는 행위를 말한다. 그러나 이러한 소유권에 대한 직접적인 침해 행위뿐만 아니라 투자자의 소유권은 명목상으로는 유지하되 사실상 투자 활동을 불가능하게 하거나 투자 가치를 박탈하는 실질적으로 수용에 준하는 결과를 낳는 간접 수용도 있다.

이번 사건의 근거법이 된 알바니아 투자법을 포함하여 대부분의 투자협정은 수용은 원칙적으로 금지하되 예외적으로 공익 목적상, 비차별적으로, 적절하고 효과적인 보상을 통해, 적법 절차에 따른 경우 예외적으로 인정된다는 조문 구조¹⁶⁾를 갖고 있다. 통상의 수용 분쟁에 있어 간접 수용에 해당하는지, 수용을 예외적으로 인정한 조건에 부합하는지 여부가 쟁점이 되는 것이 보통이나 이번 사건은 수용 사실 자체의 존재 여부가 쟁점이 되었다.

수용이 성립하려면 투자자의 투자(동산·부동산·유형·무형물에 대한 소유권, 회사의 지분, 채권, 지식재산권 등)가 몰수, 박탈, 침해 등 어떤 이유로든 국가에 의해(attributability to state) 탈취 되었어야 한다(taking of right). 이번 사건에서 Tradex는 권리 탈취, 즉 자신의 투자가 부정적으로 영향을 받았다는 사실 자체를 입증하지 못하였다. 따라서 이 사건에서는 수용에 관한 법리가 크게 논박이 되지 않았고 사실 관계를 입증할 증거의 충분성, 신뢰성, 입증 책임의 정도 등이 오히려 더 문제가 되었다. 판정부는 양측이 제기한 증거나 증인을 신빙성, 일관성이 없다는 이유로 기각한 경우도 많다. 판정문에서 판정부는 분쟁 당사자는 자신의 주장을 입증할 수 있는 증거를 제출할 책임이 있으며 그 증거가 진실하다는 것을 입증해야 한다는 국제법 학자의 주장을 소개하기도 하였다. 판정부가 설득될 수 있을 정도의 신빙성있는 증거를 제출할 책임은 당사자에 있고 증거의 심사와 채택 인용은 판정부의 권한임을 확인하여 당사자, 특히 Tradex의 입증 정도가 부실했음을 시사하고자 했다.

16) 알바니아 투자법 4 조

Foreign investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly or subject to any measure of tantamount to effect, except for a public purpose determined on law, in a non-discriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation and in accordance with due process of law.



2) 간접 수용

투자 유치국 정부가 수용임을 표방하고 공식적이고 공개적인 방법으로 이를 진행할 때에는 투자자와 국가 간의 분쟁이 발생할 여지가 상대적으로 적다. 우선 시비가 되는 수용 행위가 무엇인지 특정하기가 쉽다. 공개적인 수용은 수용령 공포 등 다중이 인지할 수 있는 방식으로 상세한 내용과 조건이 천명되기 때문이다. 이러한 공개적이고 직접적인 수용은 시행 목적의 공공성, 비차별성, 보상의 적정성 및 절차 준수 여부가 주 시비 대상이 된다. 그러나 외국인 투자자가 특히 우려하는 것은 외형상 형태는 수용이 아닌데 그 효과는 수용과 동등한 조치이다. 외국인 투자를 탈취하려는 투자 유치는 지나치게 노골적이고 상당한 보상이 수반되는 수용이나 국유화를 시도하기 보다는 별도의 공공 목적을 가진 정책을 통해 은밀한 방식으로 외국인 투자자의 자산을 사실상 탈취하는 것을 선호할 것이다. 이러한 악의가 없이 순수한 의도로 투자 유치국이 시행한 공공 정책으로 인해 선의의 외국인 투자자가 자신의 자산을 수용당한 것과 똑같은 피해를 볼 수도 있다. 이 경우 해당 조치는 공개적으로 천명된 정식의 수용 조치가 아니므로 차별적으로 시행되거나 보상이 행해지지 않더라도 해당 외국인 투자자는 적절한 구제를 받을 길이 없게 된다. 이 사건에서 시비된 알바니아의 조치가 여기에 해당한다.

투자자-국가 분쟁에서 이러한 간접 수용은 압도적으로 많이 제기되는 이슈이다. 이 책에 수록된 판정 164건 중 54건이 간접 수용 사건이다. 쟁점이 간접 수용이지만 관할권이 부인되어 본안 심리가 진행되지 못한 사건까지 포함하면 그 수효는 더욱 늘어날 것이다. 이처럼 압도적인 비중을 차지하는 사건임에도 불구하고 간접 수용의 개념이나 요건이 성문으로 정리된 것은 드물다. 간접 수용이라는 표현도 간접 수용(indirect expropriation), 수용에 상당한 조치(measure equivalent, or tantamount to expropriation), 점진적 수용(creeping expropriation) 등 유사한 개념과 혼용되어서 쓰이기도 하고 판정부에 따라서는 이를 구분하기도 하여 정확한 개념 정리가 안 되어 있다. 투자협정 중에는 아예 간접적인 수용 또는 이와 유사한 개념이 규정되어 있지 않은 것도 있고 이를 적시하기는 하였으나 그 내용이 무엇인지 따로 적시하지 않은 것도 있다. 간접 수용의 내용과 요건은 주로 투자-국제 분쟁에 관한 국제 중재 판정을 통해 정리되고 있다. 간접 수용에 대한 판정을 고려하여 투자협정에 관련 내용을 기재하는 추세도 발생하고 있다. 판례 축적을 통한 법리의 완성과 투자협정에의 반영, 그 내용을 적용하는 새로운 판례의 발생이라는 순환 구도가 이루어지고 있는 좋은 예이다.



| 간접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>SPP(ME) v. Egypt</i> (84/3)	무형의 권리도 수용 가능 영업권 취소는 간접 수용 해당	
<i>Tradex v. Albania</i> (94/2)		수용에 상당한 효과(해당 토지의 소유권 탈취, 동 토지 이용권 제한, 정부 귀책 등) 부재
<i>Metalclad v. Mexico</i> (AF/97/1)	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치	
<i>Eudoro Olguin v. Paraguay</i> (98/5)		금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실은 수용 아님
<i>Feldman v. Mexico</i> (AF/99/1)		지배, 통제가 계속되고 있으므로 수용 불해당
<i>Middle East Cement v. Egypt</i> (99/6)	시멘트 처리 업자에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당	
<i>Teconed v. Mexico</i> (AF/00/2)	매립장 업자에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당	
<i>Waste Management v. Mexico 2차</i> (AF/00/3)		재산의 탈취 효과가 없는 단순 계약 위반
<i>Generation Ukraine v. Ukraine</i> (00/9)		투자 사용, 향유, 처분권에 대해 지속적으로 회복 불가능하게 방해하지 않았으므로 수용 불해당
<i>Enron v. Argentina</i> (01/3)		지분 소유권 온존, 처분 가능 상황이므로 수용 불해당
<i>AMS v. Argentina</i> (01/8)		지배와 소유권이 박탈되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Noble Ventures v. Romania</i> (01/11)		청구인-정부 공동 소유 회사에 대한 정부의 증거 조치, 법정 관리 추진은 수용 불해당
<i>Azurix v. Argentina</i> (01/12)		개별 조치 중복으로 인한 수용 가능, 지배, 통제 계속되고 경영상 부정적인 영향이 수용 인정하기에 불충분
<i>LG & E v. Argentina</i> (02/1)		소유권 방해 정도 및 기간이 심각해야 수용, 투자 향유권 불박탈, 지배권 불상실, 수용 효과 한시적이므로 수용 불해당



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Fireman's Fund v. Mexico (AF)/02/1)</i>		외화 표시 채권의 가치 급락은 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취아니므로 수용 불해당
<i>PSEG v. Turkey (02/5)</i>		지배권, 경영권 박탈, 관리/배당/인사 방해 등 심각한 조치나 방해 존재해야 간접 수용. 없으므로 불해당
<i>Siemens v. Argentina (02/8)</i>	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당	
<i>Sempra v. Argentina (02/16)</i>		지배권과 투자의 가치가 훼손되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Metalpar v. Argentina (03/5)</i>		경제적 영향이 가혹하지 않고 경영 통제/영업 계속 중
<i>Continental v. Argentina (03/9)</i>		소유권 불변동, 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락은 수용 불해당
<i>El Paso v. Argentina (03/15)</i>		소유권 방해 행위 부재, 지분 매각은 강요된 것이 아니라 자발적 행위이므로 수용 불해당
<i>Gemplus & Talsud v. Mexico (AF)/04/3, 04/4)</i>	경영권 탈취는 간접 수용 *같이 제기된 직접 수용도 인정	
<i>ADM & TLJA v. Mexico (ARB/AF)/04/5)</i>		소유권/경영권 불박탈, 영업 계속은 경제적 상실 정도 불심각 의미, 따라서 수용 불해당
<i>Vannessa v. Venezuela (AF)/04/6)</i>		당사자로서의 계약 해지, 주권 행위 아니며 부지 물수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치, 수용 아님
<i>Telenor v. Hungary (04/15)</i>		투자 가치/향유, 이용권 실질 박탈 또는 투자의 경제적 가치실질 훼손있어야 수용, 경영권 온존, 영업 계속이므로 수용 불해당
<i>Cargill v. Mexico (AF)/05/2)</i>		소유권 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해가 영구적이어야 수용, 일시적이므로 수용 불해당
<i>Saipem v. Bangladesh (05/7)</i>	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정	
<i>Parkerings v. Lithuania (05/8)</i>		계약 당사자로서의 정당한 계약 종료 행위



ICSID 중재판정례 해설

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>EDF v. Romania</i> (05/13)		세무 조사/면세점 사업자 부정 단속 조치는 국가 권력의 행사로서 수용 불해당
<i>Roussalis v. Romania</i> (06/1)		경영 통제 계속, 투자 이용/향유권 존속중
<i>OPC v. Ecuador</i> (06/11)	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 자체 취소는 과도하며 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	경제적 가치가 보상 없이 실질적 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Impregilo v. Argentina</i> (07/17)		소유권 불박탈, 주주 권리 행사/이익 향유 불봉쇄, 청구인 귀책으로 인한 계약 취소는 수용불해당
<i>AES v. Hungary</i> (07/22)		소유권/사용권/지배권 존속, 수익 실현, 투자 가치의 심각한 감소박탈 불발생
<i>RDC v. Guatemala</i> (07/23)		계약 유효, 해당 시설 계속 점유, 부지 수입 계속 중
<i>Ubraser & CABB v. Argentina</i> (07/26)		일부 수입 감소일뿐 권리 탈취 불해당
<i>Mobil v. Venezuela</i> (07/27)		투자가 실효적 박탈/투자 가치/지배권 전체의 항구적 손실되어야 수용 해당, 불충족
<i>Unglaube v. Costa Rica</i> 사건(08/1, 09/20)	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당	
<i>Inmaris v. Ukraine</i> (08/8)	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/ 투자 가치의 영속적 파괴 해당	
<i>Bosh, B&P v. Ukraine</i> (08/11)		권리의 실질적 박탈되어야 수용, 시비 행위는 정부의 계약 종료 지시로 볼 수 없음
<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)		소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취가 수용, 횡령, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아님
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)		실질적/항구적 소유권 박탈 부재 *같이 제기된 직접 수용은 보상 의무 위반으로 판정



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당	
<i>Swisslion v. Macedonia</i> (09/16)		청구인의 계약 의무 불이행 근거한 계약 종료 판결은 수용 불해당
<i>Minnotte and Lewis v. Poland</i> (AF)/10/1)		금융 감독 당국의 정당한 업무 범위 해당, 당국이 타 투자자의 탈퇴/불참 종용 주장 불입증
<i>Philip Morris v. Uruguay</i> (10/7)		가치 박탈, 사용/향유권 실질적 탈취 불발생, 담배 제한 조치 경찰권 행사에 해당
<i>Renee Rose Levy v. Peru</i> (10/17)		부실 은행 청산 조치는 정당한 경찰권 행사
<i>Vigotop v. Hungary</i> (11/22)		계약 종료는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사, 남용 아니므로 수용 불해당
<i>Franck Arif v. Moldova</i> (11/23)		계약 무효 판결은 수용 불해당, 영업 계속-소유권, 활용 및 수익 불탈취
<i>Mamiobil v. Albania</i> (11/24)		용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등에 대한 영향으로 가치/이익 손상 부재, 수익성 일부 감소뿐 통제권 온존
<i>Al Tamimi v. Oman</i> (11/33)		수용이 아니라 계약상의 분쟁으로 종료된 계약
<i>Ermis v. Hungary</i> (12/2)		수용 대상 기능 권리 보유 사실 불입증
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF)/12/5)		점진적 수용이 인정되기 위해서는 수용 계획이 개개 조치들을 통해 이행된 점 입증 필요, 외환 위기 타개 위한 외환/금 확충 계획은 수용 계획 불해당 *같이 제기된 직접 수용(국유화령)은 보상 요건 불충족
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료	



06

Cable vs. St. Kitts and Nevis 사건(ARB/95/2)

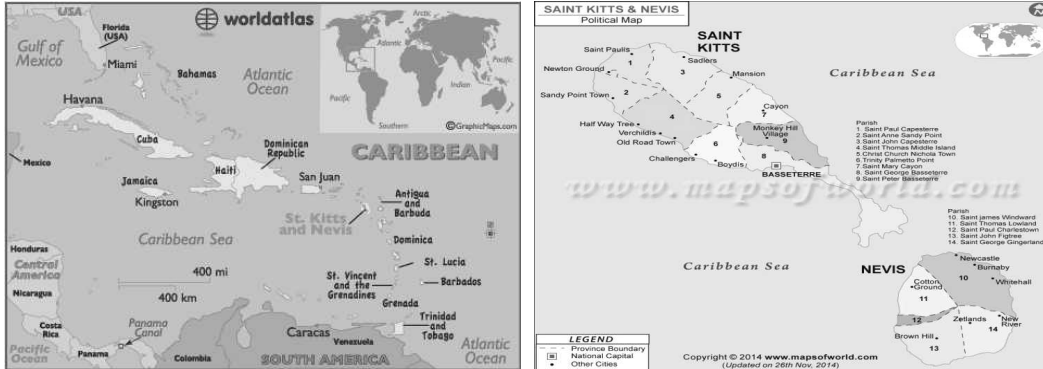
가. 사건 개요

이 사건은 St. Kitts and Nevis 연방의 Nevis 주에 Cable TV 서비스를 공급하는 Cable Television Nevis(이하 Nevis TV사)가 Nevis 주정부의 반대로 TV 수신료 인상이 좌절되자 계약 위반이라고 ICSID에 중재를 신청하였으나 Nevis주는 ICSID 협약 25(3)조상 분쟁 당사자가 될 수 없다고 확인된 사건이다.

국가는 지방 정부, 정부의 공공 기관 등 별도의 실체(entity)를 통해 외국인 투자를 유치하거나 사업을 실시할 수 있다. 외국인 투자자가 이러한 공공 기관 등과 투자 계약을 맺는 경우 계약서 안에 ICSID 중재 조항을 넣는 경우가 많은데 ICSID 협약 25(3)조¹⁷⁾에서는 체약국은 ICSID의 관할 대상이 되는 자국의 하부 조직(subdivision)이나 기관을 지정하여 ICSID 사무국에 통보하도록 하였다. 이러한 지정과 통보가 있어야 비로소 ICSID는 당해 기관에 대해 관할권을 갖는다. 청구인 Cable Television of Nevis Ltd.는 같은 청구인인 미국 회사 Cable Television of Nevis Holdings Ltd.가 1986년 St Kitts & Nevis에 설립한 회사이다. Nevis TV사는 Nevis 주정부(Nevis Island Administration)와 cable TV 망을 건설하고 서비스를 공급하는 계약을 맺었다. 계약상 분쟁은 ICSID 중재 절차를 이용하도록 규정되어 있었다.

Nevis TV사는 수신료를 인상코자 하였으나 인상 요건이 충족되지 않았다고 본 Nevis주정부가 이를 허락하지 않자 1995년 10월 ICSID에 중재를 신청하였다. St. Kitts and Nevis 정부는 Nevis 주가 ICSID 중재 당사자가 될 수 있는 하부 조직으로 통보된 적이 없다고 주장하고 ICSID의 관할권을 부인하였다.

17) [3] Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.



St. Kitts and Nevis, 카리브 해의 작은 연방국이다, 아래 섬이 Nevis |

나. 주요 쟁점

St. Kitts and Nevis 연방은 St. Kitts주와 Nevis주로 구성된 연방이다. 헌법상 Nevis주는 특정 부분에 대해 배타적인 행정권을 행사하고 독자적인 입법권이 있는 등 상당한 자치권을 보장받고 있었다. 청구인은 Nevis 주정부는 명시적으로 허용된 범위 외의 징세권이 없으므로 cable TV 수신료와 같은 공공요금 징수는 Nevis 주정부 권한이 아니라고 주장하였다. Nevis 의회가 일정 부분 입법권을 행사하기는 하나 연방 의회가 이 분야에 있어 완전히 무력한 것도 아니며 Nevis 주정부의 배타적 행정권에도 공공 서비스(public utilities)는 포함되지 않는데 cable TV는 공공 서비스에 해당된다 등을 주장하였으나 명시적으로 St. Kitts and Nevis 연방 정부가 Nevis 주정부를 ICSID 협약 25(3)조 규정에 따라 분쟁 당사자가 될 수 있다고 지정, 통보했다는 점을 직접적으로 입증하지는 못했다. 연방 정부는 Nevis가 연방 정부의 (미국의 주와 같이) 본질적인 구성 부분이며 ICSID 협약은 연방 정부가 체약국이고 연방 정부는 Nevis를 협약 25(3)조 에 의거 지정, 통보한 바가 없다고 항변하였다.

판정부는 이 헌법은 Nevis주를 연방의 본질적이고 분리되지 않는 부분(integral and inseparable part)이며 동시에 연방 내에서 별도의 구분되는 상당한 자치체(a separate, distinct and somewhat autonomous entity)로 인정했다고 보았다. 그리고 제시된 증거상 어느 것도 Nevis주정부가 ICSID 분쟁 당사자가 될 수 있다고 연방 정부에 의해 ICSID 협약 25(3)조에 의거하여 통보한 사실을 입증하지 못한다고 판단(2.25), 따라서 판정부는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다(판정문 2.55-2.33).



Nevis TV사와 Nevis 주정부간에 맺어진 문제의 계약 16조는 양자 간의 분쟁은 ICSID 중재를 통해 해결한다고 규정되어 있다. Nevis TV사의 수신료 인상 움직임을 저지하고자 St. Kitts and Nevis 연방 정부의 법무부 장관은 연방 법원에 요구하여 ‘16조 상의 (ICSID) 분쟁 절차가 종료되기 전까지는 수신료를 인상하여서는 안된다’ 법원 명령을 받아 냈다. 청구인은 문제의 계약이 Nevis TV사와 Nevis 주정부간에 체결되었고 연방 법원이 ICSID 분쟁 절차를 인정한 것이므로 이는 연방 정부가 Nevis 주정부의 ICSID 분쟁 절차의 당사자 적격을 인정한 것이라고 주장하기도 하였다. 그러나 판정부는 연방 법원 문서는 사실에 대한 언급일 뿐이며 Nevis 주정부에 대한 ICSID 관할권에 연방 정부가 동의하였다는 사실이 연방 법원의 명령에 의해 성립되는 것도 아니라고 판시하였다(4.17).

다. 평가 및 해설

1) 중재 신청 등록 거절

사실 이 분쟁은 중재 판정부가 구성될 것도 없이 사무총장이 심사하여 등록을 거부할 수도 있었다. ICSID협약 36(3)조¹⁸⁾는 사무총장에게 분쟁이 명백하게 ICSID의 관할권 외에 있으면 분쟁 신청을 등록하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.

사무총장에게 이러한 심사권을 부여한 목적은 당사자가 ICSID의 중재 회부에 동의하지도 않은 분쟁이나, 당사자 적격이 없어 명백히 관할 범위 밖에 있는 사건을 ICSID가 맡게 될 가능성을 사전에 방지하기 위함이다. ICSID협약 36(2)조¹⁹⁾는 중재 신청서에 기재해야 할 사항을 적시하여 두었는데 분쟁의 내용, 분쟁 당사자, ICSID관할권에 대한 분쟁 당사자의 동의가 그것이다. 사무총장이 Nevis TV의 신청서 내용을 주의 깊게 확인하였으면 분쟁 내용은 Nevis 주정부와의 계약 불이행에 관한 것인데 중재는 St. Kitts and Nevis 연방 정부에 대해 제기되었으므로 Nevis 주정부의 당사자 적격이 사전에 통보되었는지를 살펴 볼 수도 있었을 것이다. 중재 신청서 사본은 타방 당사자에게도 송달되므로 연방 정부도 사무총장이 중재 신청을 등록하기 전에 관할권 없음을 설명할 수도 있었을 것이다.

18) [3] The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

19) [2] The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.



2) 지방 정부의 ICSID 중재 당사자 적격

ICSID 협약 25(3)조의 규정은 명확하게 국가의 하부 조직이나 기관이 ICSID의 당사자가 되기 위해서는 체약국의 통보가 필요하다고 규정하고 있다. Nevis TV는 Nevis 주정부가 이 조항에 의거하여 지정되고 통보되었는지를 입증하면 되었으나 이를 입증할 수가 없어 본질과 큰 관련이 없는 주장을 되풀이하고 말았다.

ICSID 협약 25(3)조가 제기되는 매우 드물다 이 책에 수록된 해설 중에서 이 사건 외에 ICSID 협약 25(3)조가 원용된 것은 *CAA & Vivendi vs. Argentina* 사건(ARB/97/3)이 유일하다. 해당 사건에서 아르헨티나는 이 조항을 원용하여 지방 정부가 체결한 계약 분쟁은 아르헨티나와 무관하다고 주장하였으나 중재 판정부는 연방 정부의 하부 조직의 행위가 연방 정부에 귀속되는 것은 확립된 국제법의 원칙이며 연방 정부는 분권화된 헌법상의 국가 구조를 이유로 국가의 책임을 회피하거나 제한할 수 없다고 보았다. ICSID 협약 25(3)조와 관련된 아르헨티나의 주장에 대해 중재 판정부는 이 조항은 국가의 하부 조직이나 기관이 ICSID의 분쟁 당사자가 될 수 있도록 규정한 것이지 국가의 책임을 제한하거나 ICSID의 관할권을 제한하는 규정은 아니라고 판단하였다.

07

CDSE vs. Costa Rica 사건(ARB/96/1)

가. 사건 개요

이 사건은 적법하게 수용된 청구인 소유 토지의 적정 보상가액에 대한 분쟁으로서 판정부가 보상 기준일과 금액을 획정한 사건이다.

청구인 Compañía del Desarrollo de Santa Elena(CDSE)는 미국인이 소유한 코스타리카 회사로서 1970년 초 코스타리카 Santa Elena소재 부지를 395,000불에 매입하여 관광단지로 개발할 예정이었다. 이 부지는 다양한 동식물의 서식지로서 보존 가치가 높았던 관계로 코스타리카 정부는 1978년 5월 수용령을 발동하여 부지수용 방침을 천명하였고 청구인에게는 1978년 4월 190만불을 보상금으로 제시하였다. 청구인은 이 금액이 시장 가격에 미치지 못한다고 주장하고 코스타리카 정부와 협의하였으나 합의에 이르지 못하자 적정 보상금액을 정해달라고 1995년 6월 ICSID에 중재를 신청하였다.



| Santa Elena 와 인근 Monteverde 지역, 지금은 원시림 보호 구역으로 지정되어 있다 |



나. 주요 쟁점

코스타리카의 수용 행위 자체에 대해서는 청구인도 이견을 제시하지 않았다. 수용 목적의 공공성이나 적법한 절차 모두 인정하였으며 다만 코스타리카가 제시한 금액이 미국-코스타리카 투자협정 수용 조항의 보상 기준에 부합하지 않는다고 주장하였다.

판정부는 환경 보호라는 고매하고 정당한 목적으로 수용된다 하여 보상 금액에 부정적인 영향을 미칠 수는 없고 수용의 목적과 무관하게 수용 시에는 합당한 보상이 수반되어야 한다는 원칙을 재확인하였으며 분쟁 당사자들도 이의를 제기하지 않았다. 판정부는 적정 보상 금액을 정하기 위해 우선 수용 자산의 가액 결정 시점을 판단해야 한다고 보았다. 수용 행위는 일련의 조치를 통해 오랜 시간에 걸쳐 이루어 질 수 있고 그 기간 동안 수용 자산의 공정 시장 가격이 변동할 수 있으므로 가액 결정의 기준이 되는 시점 획정이 중요하다는 것이다. 자산의 공정 시장 가격을 모두 보상해야 한다는 판정부의 견해에 분쟁 당사자는 모두 동의하였다. 판정부는 해당 자산의 시장 가치는 정부의 개입으로 소유자의 소유권이 박탈되었거나 사실상 무용화된 일자를 기준으로 산정해야 한다고 보았다. 이 사건에 있어서는 수용령이 발표된 1978년 5월 5일이라고 확정했다. 판정부는 1978년 5월 5일 발표된 수용령은 해당 토지를 정부 귀속으로 이전시키려는 최초의 단계에 불과하지만 그날 이후 해당 토지의 실질적 경제적 용도는 회복 불가능하게 소멸되었고 청구인의 소유권은 실질적으로 枯死되거나 절멸된 것과 마찬가지로 이해했다. 원래 의도했던 관광단지로 활용할 수 없고 타인에게 정당한 가격으로 매각할 수도 없게 되었기 때문이다(판정문 76-84).

판정부는 1978년 5월 5일자의 해당 토지의 공정한 시장 가격을 산정해야 했다. 청구인은 1978년 2월에 자체 시행한 감평가 640만불을 제시하였고 코스타리카는 1978년 4월에 자체 감정한 190만불을 주장하였다. 판정부는 1978년의 시장 가격을 20여 년이 지난 시점에서 다시 산정할 수는 없는 상황이므로 결국 청구인과 코스타리카가 주장하는 가격대 내에서 두 당사자가 제출한 자료 및 주장을 감안하여 임의적으로 결정할 수밖에 없으며 415만불이 합리적이고 공정한 가격으로 판단된다고 결론내렸다. 구체적인 산정 근거에 대해서는 언급이 없었다. 판정부는 이는 해당 부지 가격이고 수용 보상금에는 수용 시점(1978년 5월 5일) 이후 판정시까지 기간에 대한 지연 이자를 포함해야 한다고 지적하고 이자를 별도로 산정하였다. 판정부는 최종적으로 코스타리카가 청구인에게 지급해야 할 수용 보상금은 원금, 이자를 합산하여 총 1,600만불이라고 판시하였다(85-107).



다. 평가 및 해설

수용은 ICSID 중재 판정 청구 원인의 압도적인 다수를 차지한다. UNCTAD의 통계에 따르면 현재까지 종결 또는 진행 중인 투자자-국가 분쟁855건 중 460건이 직접, 또는 간접 수용에 관한 것이다²⁰⁾. ICSID 중재 판정에서 수용이 쟁점이 되는 경우는 대개 해당조치가 수용에 해당하는지 여부이다. 이 사건처럼 수용이 명백한 경우의 심리 초점은 보상의 적정성 여부이다. 수용에 있어 보상은 가장 중요한 요소이다. 투자협정 중에는 수용에 관한 조항의 제목이 아예 수용 및 보상으로 되어있는 것도 많다. 수용이 충족해야 할 요건 중 보상은 그 충족 방법에 대해 구체적인 내용이 추가적으로 기재되어 있는 것이 보통이다.

투자협정에서 거의 예외 없이 제시하고 있는 보상의 요건은 신속, 적정, 효과적인 보상이다. 1930년대 미국의 국무장관 Cordell Hull이 주창한 것으로 그의 이름 따 Hull 규칙이라고도 불린다. 신속은 지체 없이(without delay)라고 추가적으로 기재되기도 하며 적정은 보상가액의 충분성을 말한다. 적정한 보상을 확보하기 위해 투자협정은 보상 가액 산정 기준, 시점 등을 다시 명시하기도 한다. 효과적인 보상은 수령한 보상금이 유효한 경제적 가치를 가져야 한다는 의미이다. 통상 태환 가능한 국제 통화로 보상할 것을 추가적으로 규정하기도 한다.

보상에 관한 시비 중 쟁점이 되기 쉬운 것은 보상의 적정성 여부이다. 신속 여부는 수용 시점과 보상 시점간의 기간 차이, 유효 여부는 태환 가능 여부로 쉽게 파악이 가능하므로 논란의 소지가 적다. 수용된 자산의 가치는 측정 시기, 측정 기준, 측정자에 따라 큰 차이를 보이기 마련이다. 투자협정은 논란의 소지를 방지하기 위하여 가액 산정의 기준을 적시하고 있는 것도 있다. 한중 FTA 12.9(2)조²¹⁾는 보상은 수용이 발표되거나 시행된 시점 중 빠른 시점의 공정한 시장 가격과 상응해야 하며 수용 의사로 인한 가치 하락을 반영해서는 안 된다고 적시하고 있다. 한중 FTA 12.9(3)조²²⁾는 상업적으로 합리적인 이자율로 산정한 수용 시점과 지불 시점간의 이자도 포함할 것을 주문하고 있다.

20] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

21] 2. The compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is the earlier. The fair market value shall not reflect any change in market value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.

22] 3. The compensation shall be paid without delay and shall include interest at a commercially reasonable rate, taking into account the length of time from the time of expropriation to the time of payment. It shall be effectively realizable and freely transferable and shall be freely convertible, at the market exchange rate prevailing on the date of expropriation, into the currency of the Party of the investors concerned, and into freely usable currencies.



이러한 규정을 적용하면 이 사건 판정부의 판정은 당연하다. 수용 후 20여년이 지나도록 보상이 이루어지지 않은 것은 신속 보상 의무 위반이고 보상가액에 20여년의 이자를 포함시킨 것은 적정 보상 의무에 해당한다.



08

Fedax vs. Venezuela 사건(ARB/96/3)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 베네주엘라에 대해 약속 어음 이행을 청구한 것으로 약속 어음이 투자에 해당하는지와 지불 금액과 지불 기준일 획정이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Fedax N.V.는 네덜란드 회사이며 베네주엘라 정부는 Industrias Metalurgicas Van Dam이라는 회사 앞으로 발행한 약 60만불 규모의 약속 어음 6건을 매입하였다. 베네주엘라는 Industrias사와 분쟁이 발생하여 이 회사 앞으로 발행한 어음의 지불을 중단하였다. 어음 만기일에 청구인은 베네주엘라 정부에 대해 어음 인수를 요청하였으나 베네주엘라는 이를 거절하였고 청구인은 1996년 6월 ICSID 중재를 신청하였다. 베네주엘라는 약속 어음 매입은 직접 투자가 아니라는 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

베네주엘라는 투자란 한 국가로부터 다른 국가로 재정적인 자원이 장기간 이전되는 것, 금전이나 자산의 수입이나 수익을 발생할 수 있는, 그러나 불확실한 사업에 투입하는 것이라고 주장하였다. 이는 직접 투자를 의미하는 것으로서 베네주엘라는 청구인의 어음 매입은 일종의 주식 매입과 같은 지분 투자(portfolio investment)로서 ICSID 협약과 네덜란드-베네주엘라 투자협정상의 투자에 해당하지 않다고 주장하였다.

중재 판정부는 ICSDI 협약 25(1)조가 투자에 대해 따로 정의하고 있지 않은 이유를 밝히기 위해 당시 협상에 참가하였던 인사 및 협상 문서를 확인한 결과, 정의 필요성이 논의되기는 하였으나 가입국에게 보다 넓은 재량권을 부여하고 25조가 넓은 의미로 해석될 수 있도록 의도적으로 투자의 정의를 내리지 않았다는 점을 확인하였다. 판정부는 25(1)조의 ICSID 중재 관할권이 적용되는 분쟁은 베네주엘라가 이해하는 바와 달리 직접 투자(direct investment)가 아니라 투자로부터 직접적으로 발생하는 분쟁이라고 정정하여 주었다. 판정부는 ICSID 협약이



투자를 광범위하게 의도하고 있고 일반적으로 대출은 투자로 이해되고 있는 점에서 볼 때 약속 어음은 대출의 명확한 증거이고, 어음 매입은 투자가 아니라고 판단할만한 협약상의 근거가 없다고 논시하였다. 가입국에게 투자의 범위를 확장할 재량권을 부여하려는 의도가 있었다는 측면에서 볼 때 네덜란드-베네주엘라 투자협정 1(a)조²³⁾는 투자를 모든 종류의 자산이라고 광범위하게 정의하고 있고 그 예로 제시한 것 중에 채권, 자금 청구권이 포함되어 있으므로 판정부는 약속 어음을 투자로 인정할 수 있다고 판단하였다. 중재 판정부는 투자의 범위를 넓게 확장하려는 것은 ICSID 협약 기초자들만의 의도는 아니며 에너지 현장 조약, 세계 은행의 해외 투자 지침서, 다자간 투자 보증 기구 협약(Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA) 등에도 채택된 국제적인 관행이고 베네주엘라가 다른 나라와 체결한 투자협정에 모두 기재된 사항이라고 지적하였다(관할권 결정문 20-40).

베네주엘라는 투자란 그 개념 상 투자 유치국의 영토 내에서 이루어지는 것인데 어음 매입은 자국 내에서 이루어진 것이 아니므로 투자로 볼 수 없다는 주장도 제기하였다. 판정부는 동산, 부동산의 취득 등 투자 중 일정 형식은 불가피하게 투자 유치국의 영토 내에서 이루어질 수 밖에 없지만 이러한 영토성이 모든 투자, 특히 오늘날과 같이 전산 거래가 활발한 자본 투자에는 적용할 수 없다고 설명하였다. 자본 거래는 실제 금전이 물리적으로 국경을 통과하여 이동하는 것이 아니라 記帳 행위를 통해 원천국을 떠나 타국의 수요자에게 제공되는 것이므로 영토성 요건을 적용할 수 없다고 실시하였다(본안 판결문 4).

판정부는 이상을 토대로 청구인의 약속 어음은 투자에 해당하며 ICSID 중재 관할권이 적용된다고 판시하였다. 본안 심리에서는 베네주엘라가 청구인에게 지불할 원금과 이자, 그리고 지불 기준일 확정이 쟁점이 되어 판정부는 1998년 5월 7일을 지불 기준일로 책정하고 베네주엘라가 원리금 합계 760,195 미불을 청구인에게 지불하라고 판시하였다.

23] For the purposes of this Agreement:

(a) the term 'investments' shall comprise every kind of asset and more particularly though not exclusively:
i. ;
ii. rights derived from shares, bonds, and other kinds of interests in companies and joint-ventures;
iii. title to money, to other assets or to any performance having an economic value;
iv~v.



다. 평가 및 해설

1) 투자 여부 시비와 판단의 의의

ICSID 중재 판정부는 투자에서 발생하는 법적인 분쟁을 관할한다. 따라서 분쟁의 대상이 ‘투자’에 해당하는지, 무엇이 투자인지를 결정하는 것은 ICSID 중재 판정의 물적 관할권 존부를 쟁론함에 있어 자주 등장하는 쟁점이다. 중재 판정에서 시비 대상물이 투자에 해당하는지를 판단하는 방식은 관련 판례를 통해 정착이 되어 있다. 투자협정상의 투자 정의에 해당하는지와 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지 2단계로 살피는 것이다. 이를 double barrel test라고도 한다.

이 사건은 시비 쟁점 대상이 투자에 해당하는지가 최초로 제기된 ICSID 중재이다. 이 사건 이후 투자 해당 여부는 매우 흔하게 제기되었다. 중재 소송 전략상 쟁점 대상이 투자에 해당되지 않는다고 판정되면 ICSID 중재 판정의 물적 관할권이 성립하지 않게 되므로 본안 심리는 진행할 것도 없이 중재 절차를 종료시킬 수 있다. 투자 해당 여부는 세 종류의 관할권 시비(물적 관할권, 인적 관할권, 시간적 관할권) 중에서 제일 흔하게 제기된다. 투자 여부 판별은 2단계로 진행된다. 분쟁의 준거가 되는 투자협정상의 투자 정의에 부합하는지 여부와 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지 여부이다. ICSID 중재는 투자 분쟁을 관할하고 있으나 ICSID 협약은 투자에 대해 따로 정의하고 있지 않다. 만일 본질적으로 투자에 해당하지 않는 것까지 당사국들이 투자협정에서 투자로 정의할 경우 투자 분쟁을 관할해야 하는 ICSID의 재원과 인력이 투자가 아닌 것과 관련된 쟁송을 처리하는데 쓰이게 되고 이는 정상적인 투자 분쟁 처리에 부정적인 영향을 주게 될 것이다. 따라서 ICSID 판정부는 투자협정상의 정의 외에 투자가 가져야 하는 본질적인 속성을 갖추어야 투자로 인정하는 판례를 축적하여 이제는 완전히 법리로 정착되었다. 다만 무엇이 투자의 본질적인 속성인지에 대해서는 논란이 있다. 2 단계의 투자 판별은 투자협정상의 정의 충족 여부와 투자 속성 보유 여부 두 가지를 판별한다는 의미인데 어느 것을 먼저 심리해야 하는지는 판정부의 재량이다.

2) 투자협정상의 투자 정의

이 사건에서는 투자의 본질적 속성 여부는 검토 되지 않았다. 투자협정상의 정의에 입각하여 약속 어음이 투자에 해당하는지가 심리되었다. 투자협정은 예외 없이 투자에 대해 정의하고 있다. 가장 대표적이고 보편적인 정의 방식은 투자자가 직간접적으로 소유, 통제하는 모든



종류의 자산(any kind of asset)으로 규정한 후 예시가 되는 투자의 형태를 나열하는 방식이다. 예시되지 않은 투자도 있을 수 있으므로 통상 include but not limited to라는 문구를 추가하기도 한다. 투자로 예시되는 자산은 투자협정마다 다소간의 차이가 있을 수 있지만 대개 기업, 주식 및 증권 등 기업의 자본 참여와 관련된 권리, 채권 및 회사채 등 각종 부채 증서와 그로부터 파생되는 권리, 금전적 가치를 갖는 각종 계약상의 권리, 지적 재산권(상표권, 저작권, 특허권 등), 천연 자원의 개발과 관련된 개발권 및 채굴권, 각종 유형 자산(상품, 동산, 부동산 등)과 무형 자산(담보, 리스, 유치권, 질권, 영업권 등) 등이다.

협정에 따라서는 투자에 포함되지 않는 자산을 열거하기도 한다. 한중 FTA에서는 상품 및 서비스 거래에서 발생하는 자금 청구권을 제외한다고 명시하였다²⁴⁾. 거래는 투자가 아니라는 것이다. NAFTA 협정에서는 모든 자산이라는 전제 설명 없이 투자에 해당하는 자산을 나열하는 방식으로 투자를 정의하였다. 그러나 열거 항목 중에 ‘경제적 혜택이나 영업적 목적에 대한 기대 하에 취득되거나 그러한 목적을 위해 사용된 유형 또는 무형의 부동산 또는 기타 재산’이라는 포괄적 항목이 있어 실질상으로는 모든 종류의 자산을 투자로 정의하는 것과 큰 차이는 없다.

경제가 발달하고 국가간 자본 및 자산 이동이 활발해져 감에 따라 투자의 범위는 꾸준히 확대되어 왔다. 기술 발전과 함께 새로운 경제 현상이 등장하고 새로운 영업 방식과 영역이 확대되고 있는 현실이므로 투자협정은 투자의 범위를 확장적으로 기재하는 것이 추세이다. 투자 분쟁에서 쟁점이 된 대상이 투자협정상의 투자에 해당하는지 여부는 준거가 되는 당사국 간 투자협정의 투자 정의를 적용하면 판단할 수 있으므로 판례 간 법리적 대립이나 판례 축적에 의한 법리 정립이 두드러지지 않고 있다. 투자협정상의 투자 정의에 합당한지 여부가 심리되었던 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록되어 있다.

24] For purposes of this Agreement, a claim to payment that arises solely from the commercial sale of goods and services is not an investment, unless it is a loan that has the characteristics of an investment.



09

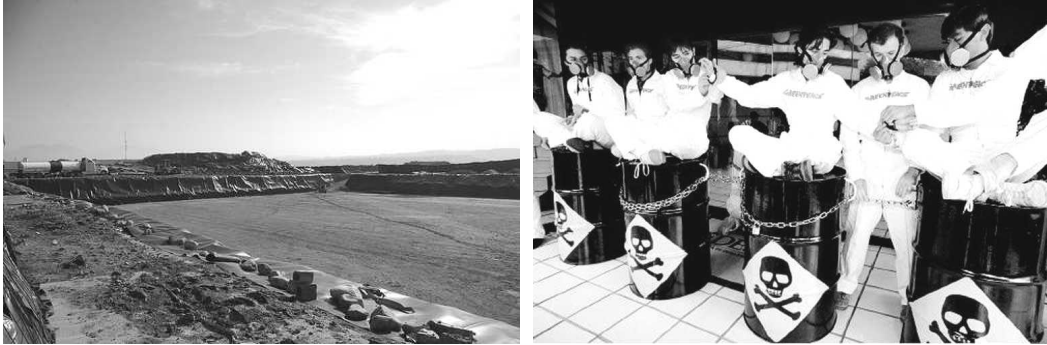
Metalclad vs. Mexico 사건(ARB(AF)/97/1)

가. 사건 개요

이 사건은 멕시코 내에 건설했던 유해 물질 매립 시설의 가동이 지방 정부에 의해 봉쇄되자 투자자였던 미국의 Metalclad 사가 투자 유치국으로부터 공정하고 공평한 대우를 받지 못했으며 자신의 매립 시설이 사실상 수용당했다고 제소한 분쟁이다.

청구인 Metalclad Corp.는 미국 회사이다. 1993년 Metalclad사는 멕시코 중부 San Luis Potosi(SLP)주 소재 Guadalcazar市 인근에 유해 물질 매립 시설을 건설할 수 있는 멕시코 연방 정부의 허가를 받았으며 같은 해 매립 시설을 건설할 수 있는 주 정부의 토지 사용 허가과 연방 정부의 매립 시설 운영 허가를 득하였고 1994년 5월 건설 공사를 개시하였다. 그 해 10월 Guadalcazar 시정부는 시정부의 건설 허가가 없다는 이유로 공사를 중단하였다. 연방 정부 관리는 Metalclad사가 매립 시설 건설 및 운영에 필요한 모든 허가를 구비하였지만 시정부와의 원활한 관계를 위해 시정부의 건설 허가를 신청하도록 조언하였고 시정부의 건설 허가는 요식 행위일 뿐 거절할 수 있는 근거도 없다고 확인하여 주었다. 시정부 건설 허가의 요건이나 절차, 의무성 등에 관한 명확한 규정은 없었고 시정부 건설 허가 없이 이루어지는 공사도 많았다. 1994년 10월 Metalclad사는 시정부에 건설 허가를 신청하였고 공사를 재개하였다. 1995년 3월 매립 시설이 완공되어 개소식을 하려 하였으나 인근 주민들의 시위가 발생하였고 시정부 경찰들의 방조와 묵인 속에 시위대에 의해 시설이 점거되어 Metalclad사는 시설에 접근할 수 없게 되었다. 1995년 12월 시정부는 건설 허가 신청을 기각하였고 1993년 발행된 연방 정부의 건설 허가 효력도 부인하였다. 매립 시설은 무허가 시설물이 되어 사용할 수 없게 되었으며 1997년 9월 SLP 주지사는 매립 시설을 포함한 주변 지역을 선인장 보호 지구로 지정하는 주지사령을 발표하였다.

Metalclad사는 멕시코 정부가 외국인 투자자에게 공정하고 공평한 대우를 부여해야 하는 NAFTA 투자 챕터를 위반하였으며 시정부의 조치 및 선인장 보호 지구 설치령으로 인해 매립 시설이 사실상 수용당한 것이라고 주장하였다. 멕시코 정부가 이를 인정하지 않자 Metalclad사는 1997년 1월 ICSID에 중재를 신청하였다.



| Metalclad사 매립지 및 멕시코 환경청에서 반대 시위하는 그린피스 대원들 |

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우 의무 위반

중재 판정부는 매립 시설 건설에 있어 시정부의 허가가 필수적이었는지 여부가 핵심이라고 보았다. 양측 분쟁 당사자가 섭외한 멕시코법 전문가의 의견은 서로 상충되었고 멕시코 환경법의 규정은 유해 물질 매립 시설 건설 허가는 연방 정부, 무해 물질은 지방 정부로 규정되어 있었으나 멕시코는 다른 근거를 통해 시정부가 건축 허가 발행 권한을 갖고 있다고 반박하였다. 중재 판정부는 설사 멕시코의 주장이 옳다 하더라도 시정부 허가 필요 여부에 대한 명확한 규정이 없고 시정부 건축 허가 획득과 관련하여 명확하게 수립된 관행이나 절차가 없는 것은 NAFTA 협정에서 요구하는 투명성 확보 의무를 위반한 것이라고 보았다(판정문 87-88).

Metalclad 건설 허가 신청은 시의회에서 기각되었는데 시설물의 건설상의 흠결 등이 아니라 주민들의 환경에 대한 우려를 주로 고려하였고 Metalclad사에게는 회의 개최 통보도 하지 않아 의견을 개진할 기회도 부여되지 않았다. 중재 판정부는 이와 같은 점을 들어 중재 판정부는 시정부 건축 허가 기각 결정이 신청후 13개월이나 지나 매립 시설이 완공되고 나서야 이루어졌고 (건설 허가의 본래 취지인) 시설물 건설상의 문제나 시설물 자체의 문제에 대한 검토 없이 이루어진 것이라고 보았다. 중재 판정부 이러한 상황을 종합해서 볼 때 멕시코는 Metalclad의 사업 계획과 투자에 대해 투명하고 예측가능한 체계를 보장하지 못했으며 NAFTA 규정에 따라 공정하고 공평하게 대우 받을 것으로 기대한 Metalclad사에게 질서있는 절차와 적시의 처분을 제공하지 못했다는 것을 보여준다고 판단하였다(99-101).



2) 수용

NAFTA 1110조²⁵⁾는 보상이 없는 외국인 투자의 직간접적인 수용과 수용에 상당하는 조치를 금지하고 있다. 판정부는 따라서 재산 사용을 은밀하거나 부수적인 방법으로 방해하여 소유자로부터 재산의 사용이나 합리적인 기대 이익 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 것이 금지된다고 보았다. 판정부는 멕시코가 Guadalcazar 시정부의 부당한 행위를 방지하거나 묵인한 점, Metalclad사가 매립 시설 건설과 운영에 대해 연방 정부의 타당한 허가를 받았음에도 이 시설을 가동하지 못하게 된 점 등에 비추어 멕시코는 수용에 상당한 조치를 취한 책임이 있다고 보았다(102-108).

1997년 9월 공포된 SLP 주지사의 선인장 보호 지구 설치령은 이 지구 내의 각종 개발 활동 등에 대해 엄격한 제한을 가하고 있다. 중재 판정부는 이 명령도 그 내용상 Metalclad사의 매립 시설 가동을 영원히 봉쇄하는 효과를 갖고 있으며 그 자체로 수용에 상당한 조치에 해당한다고 판시하였다. 따라서 멕시코는 Metalclad의 투자를 보상없이 간접적으로 수용하여 NAFTA 1110조를 위반하였다고 보았다(109-112).

다. 평가 및 해설

1) 투자자-국가 분쟁 중재 제도의 유용성

이 사건 판정부가 판정문 103항²⁶⁾에서 언급한 ‘재산 사용을 은밀하거나 부수적인 방법으로 방해하여 소유자로부터 재산의 사용이나 합리적인 기대 이익 전부 또는 상당한 부분을 박탈’한다는 표현은 이후 ICSID 중재 판정에서 간접 수용, 수용에 상당한 조치 여부를 판정하는데 자주 이용되고 있다. 이 사건은 간접적인 방법으로 외국인 투자자의 재산권 행사를 방해하는 것이 수용으로 판정되어 막대한 보상을 할 수도 있다는 경각심을 투자 유치국 정부에 불러일으키기도

25] 1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ('expropriation'), except:

(a) for a public purpose;
(b) on a non-discriminatory basis;
(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

26] 103. Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State. (*Metalclad vs. Mexico*, Award, para. 103)



하였다. 반면에 환경 보호와 같은 정당한 정책을 수용으로 판정하는 투자자-국가 분쟁에 대해 불만과 불신을 초래하기도 한 사건이다. 한미 FTA 협상시 반대론자들에 의해 대표적인 독소조항으로 제기된 것이 ISD, 즉 투자자-국가 분쟁이었다. 반대론자들이 ISD로 인해 주권 국가의 정당한 권한 행사가 다국적 기업의 소송으로 제한될 수 있다는 실례로 든 대표적인 사례가 이 사건이다. 반대론자들은 멕시코의 정당한 환경 보호 조치가 ICSID 중재 판정에서 위법한 것으로 판정되었다고 주장하고 한미 FTA에 ISD를 규정할 경우 미국 기업의 소송 횡포로 인해 우리 정부의 환경, 보건, 복지 등을 위한 정당한 정책이 제한받을 것이라고 주장하였다.

그러나 이는 Metalclad 사건 내용을 오해한 것이다. Metalclad 사건 판정의 주 요지는 환경을 핑계로 외국인 투자자의 자산을 무단으로 탈취했다는 것이다. 외국인 투자자를 유인하여 함정에 빠뜨린 후 환경 보호라는 뚜껑으로 가린 것이다. 이 사건에서 드러난 멕시코 당국의 행위는 세 가지 측면에서 문제가 된다. 첫째는 투자자를 기망(欺罔)하고 잘못된 기대를 형성시킨 점이다. 멕시코 연방 정부는 투자자의 거듭되는 문의에도 불구하고 지방 정부의 건축 허가는 불필요하니 해당 시설을 예정대로 건설하라고 조장하였고 지방 정부는 해당 시설이 우려되었으면 건설 허가를 발부하지 말았어야 했다. 지방 정부는 건설이 종료된 후에야 건설 허가를 발급하지 않겠다고 확인했고 투자 유치와 건설 개시에 일조한 연방 정부는 방관했다. 둘째는 적절한 보상을 하지 않은 점이다. 더 직설적으로는 보상을 하지 않기 위해 환경이라는 이유를 제기한 것이다. 투자 유치 후에 투자를 진행시킬 수 없는 사정이 발생할 수 있다. 이 사건에서 환경에 대한 악영향을 뒤늦게 알게 되었고 이를 방지해야 할 사정에 처했다면 정정당당하게 투자자의 시설을 수용하던지 그 손실을 보상해주고 공사를 중단시켰어야 한다. 셋째는 투자자의 시설이 환경에 유해하다는 점을 입증하지 못한 점이다. 지방 정부는 해당 시설 부지가 지질학적으로 불안정하다고도 하였고 주변 토양과 대기에 영향을 미친다고 강변하였을 뿐 투자자가 제출한 환경 영향 보고서를 제대로 반박하지 못했고 자신의 주장을 입증할 아무런 근거도 내놓지 못했다. 시 인근에 혐오 시설이 가동될 경우 예상되는 주민의 불만과 그로 인한 정치적 부담이 투자자 시설 가동을 방해하는 진정한 이유였던 것으로 판단된다.

이 사건으로 인해 한미 FTA와 그 이후 체결되는 우리나라의 투자협정에는 공공복지를 위한 정부의 정당한 정책 집행은 간접 수용에 해당하지 않는다는 문안을 삽입하게 되었다. 그러나 위에서 언급한 것처럼 이 사건은 투자 유치국의 공공 복지 정책 시행과 무관하다. 이는 외국인 투자자 자산 탈취 사건이다. 만일 투자자-국가 분쟁 중재 제도가 없다면 이 사건과 같은 경우 투자자의 국적국은 자국민 보호를 위해 외교적 보호권을 행사해야 한다. 그러나 외교적 보호권



행사는 양국 관계 전반을 긴장시킬 위험이 있으므로 선불리 행사할 수 있는 권한이 아니다. 투자자의 국적국 정부는 외교적 보호권 행사와 해당 투자자 이익 확보 두 측면의 이해관계를 교량하여 행사 여부 또는 행사 정도를 결정하게 될 것이다. 해당 투자자의 손실이 모두 회복된다는 보장은 없다. 반면 투자자-국가 분쟁은 해당 사건 자체 외의 요소를 고려할 필요 없이 사건 자체만을 관련법에 의거하여 심리하고 보상액을 산정하므로 투자자 입장에서는 발생한 손실을 회복할 가능성이 외교적 보호권보다는 훨씬 높아지게 된다. 이런 측면에서 볼 때 이 사건은 투자자-국가 분쟁의 문제점이 아니라 유용성을 확인한 사건이다.

2) 투명성과 공정·공평 대우

중재 판정부는 멕시코 정부의 행위가 투명하고 예측 가능하지 않았다는 이유로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판정하였다. 중재 판정부는 NAFTA 1804조에 별도로 규정되어 있는 법령 공포, 절차 안내 등 행정 과정의 투명성 의무를 공정·공평 대우의 구성 요소로 본 것이다. 판정부는 투명성은 투자의 개시와 완료, 성공적 운영을 위하여 필요한 모든 법적 요건을 투자자가 용이하게 인식하게 하는 것을 의미한다고 설명하였다. 중재 판정부는 투명성 결여의 근거로 첫째, 지역 주민 반대와 환경 영향에 대한 우려 때문에 건설 허가가 거부된 것으로 판단하였다. 둘째, 건물 완공 후 시당국의 건설 허가 거부 결정이 있었는데, 신청일로부터 13개월이 경과하였고, 결정권자인 시의회 심의에 대한 통지와 소명 기회가 부여되지 않은 점을 지적하였다. 행정의 절차적, 실체적 하자가 있었다고 본 것이다. 셋째, 시정부가 허가 신청을 요구했을 때 연방 정부가 청구인에게 이는 요식 행위이고 시정부는 건설 허가를 거부하지 못한다고 확약해 준 점을 제시하였다.

나중에 멕시코는 중재 판정부가 공정·공평 대우 의무의 요건을 잘못 해석하였다는 이유로 캐나다 브리티시 콜롬비아 주 법원에 중재 판정 취소 소송을 제기하였다²⁷⁾. 별도 조항에 규정된 투명성을 최소 기준 대우를 규정한 1105조의 요건인 것으로 잘못 해석하였다고 주장했다. 법원은 멕시코의 주장을 인용하여 NAFTA 투자 챕터에는 투명성 요건이 포함되지 않는다고 보았다. 투명성 의무를 투자 챕터 상의 분쟁에 적용하는 것은 새로운 의무를 창설하는 것이며 이는 중재 판정부의 권한 외라고 판단하였다. 법원은 중재 판정부가 투명성 부족으로 인해 Metalclad의 매립 시설이 사실상 수용되었다고 판정한 부분도 기각하였으며 보호 지구 설치령을

27) 중재 판정이 진행되는 장소는 NAFTA 회원국이어야 한다. NAFTA 규정 상 중재 판정은 캐나다 밴쿠버에서 진행되었고 캐나다 중재법상 캐나다에서 진행된 중재 판정에 대해서는 요건을 갖춘 경우 캐나다 법원에 소송을 제기할 수 있었다.



근거로 한 수용 판단은 지지하였다. 투자자에 대한 보상 액수에는 큰 영향이 없었다.

거의 모든 투자협정에는 투자자를 공정하고 공평하게 대우하고 충분한 보호 및 안전을 제공할 의무를 적시하고 있다. 그러나 그리 대우해야 할 구체적인 내용과 범위에 대해서는 해당 조문에 명확히 기재한 경우가 드물다. 이러한 대우가 포괄적이고 확장적인 아님을 명확히 하기 위해 최소 기준 대우라는 명칭 하에 규정하거나 국제 관습법상 인정되는 바에 따라서 등의 제한 문구를 추가하는 것이 보통이기는 하나 이것만으로는 내용과 범위를 확정하기 곤란하다. 결국 판례의 축적과 학자들의 연구 등을 토대로 살펴보아야 하는데 지금까지 주로 제시되는 것은 투자자의 정당한 기대 침해, 사법 부인, 적법 절차 불준수, 차별, 법적 안정성 훼손, 투명성 등이다. 캐나다 주법원은 투명성은 별도의 조항에 기재되어 있는 또 다른 의무이므로 공정·공평 대우에는 포함되지 않는다고 판결하였는데 이는 ICSID 중재 판정부의 누적된 견해와는 다소 차이가 있다. 캐나다 주법원은 NAFTA에 별도의 투명성 조항이 있으므로 투명성과 관련된 멕시코의 행위는 투명성 조항에 의거하여 의율해야 할 것이나 공정 공평 대우 의무 위반으로 처리한 것이 온당하지 못하다는 것이다. 투명성이 공정 공평 대우의 한 구성 부분이라는 것을 부인한 것은 아니다.



10

Azinian vs. Mexico 사건(ARB(AF)/97/2)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 자신들의 투자가 보상 없이 수용당했고 공정·공평 대우 등 최소 기준의 대우를 받지 못했다고 시비하였으나 이를 입증하지 못해 패소한 사건이다.

청구인 Robert Azinian 등은 미국인들로서 멕시코에 쓰레기 수거 및 처리 회사인 Desona 사를 설립하고 멕시코 Naucalpan 시정부와 1993년 11월 쓰레기 수거 및 처리 위탁 계약을 체결하였다. 계약 체결 전 청구인들은 Naucalpan 시 관계자를 미국으로 초청하여 자신들이 40여년 이상 운영하여 왔다는 미국의 쓰레기 수거 처리 업체 Global Waste 사를 소개하며 자신들의 쓰레기 수거 처리 능력을 과시하였고 위탁 계약서에는 특정 기한 내 제 3자의 투자 유치(200만불 규모), 처리 시설 건설, 수거 장비 구비 등의 이행 의무가 기재되어 있었다. 그러나 이들의 과거 경력, 미국 내 사업 경험 등이 사실과 다르게 과장된 것이고 제 3자의 투자 유치 가능성이 희박하며 장비 구비 의무도 준수하지 못하고 있음(회사 사정상 준수 능력 자체가 의문시)이 밝혀지자 시정부는 1994년 3월 위탁 계약을 취소하였다. 청구인들은 멕시코 법원에 제소하였으나 패소하였다.

청구인들은 시정부의 위탁 계약 취소는 NAFTA 투자 챕터의 수용 금지 의무(1110조), 최소 기준 대우(1105조) 의무 위반이라고 주장하고 1997년 3월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

멕시코 국내 재판에서 시정부는 청구인들의 사업 수행 능력이 허위로 과장되게 소개되었고 이를 오인하여 계약을 체결하였으므로 무효(invalidity)라고 주장하였으며 위탁 계약에 청구인이 이행 의무를 준수하지 못하면 시정부는 계약을 취소할 수 있다고 기재된 조항을 제시하였다. 재판에서 청구인들은 시정부의 주장을 반박하지 못했으며 멕시코 법원은 시정부의 계약 취소, 무효화 조치가 멕시코 국내법 및 계약의 규정에 부합한다고 판결하였다.



청구인들은 멕시코 국내 법원에서 패소한 후 ICSID 중재를 신청하였으나 판정부는 국제 중재가 국내 재판의 상소 기구도 아니므로 국내 법원 판결의 정당성을 심리할 수 없으며 설사 국내 판결이 잘못되었다고 청구인이 판정부를 설득한다 하더라도 청구인들이 사법 절차를 부인당했거나 국내 판결이 국제법의 기준에 부합하지 않는 등 NAFTA 1105조²⁸⁾상의 최소 기준 대우 요건 위반을 입증하지 않는 한 청구인의 주장을 인정할 수 없다고 보았다. 판정부는 재판 거절, 부당한 지연, 심각하게 부적절한 방식으로의 사법 절차 운영, 법규 적용의 명백하고 악질적인 오류를 사법 부인의 요소로 제시하였다. 판정부는 수용 금지 의무 위반, 최소 기준 대우 의무 위반에 대해 청구인들로 하여금 입증토록 하였으나 청구인들은 자신들의 주장을 입증하지 못하였다. 판정부는 청구인들의 능력 과장, 약속 불이행, 계약상 의무 위반 등은 명백해 보이며 따라서 멕시코가 최소 기준 대우 의무를 위반하지 않았다고 판시하였다. 시정부의 계약 취소는 정당한 것이 되므로 수용 금지 의무 위반도 성립하지 않는다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 국제 중재가 국내 재판의 상소심이 아니므로 국내 법원 판결의 정당성을 심리할 수 없으며 재판 거절, 부당한 지연, 심각하게 부적절한 방식으로의 사법 절차 운영, 법규 적용의 명백하고 악질적인 오류를 사법 부인의 요소로 제시하였다. 판정부의 이러한 견해는 후속 판결에서 반복적으로 확인되고 보충되었다. *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2)에서 ICSID 중재가 국내 상소심의 역할을 할 수 없다고 확인되었으며 *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 이 사건 판정부의 요건을 인용한 후 국내 법원의 판결이 명백하게 부당하고 믿을 수 없어서(*clearly improper and discreditable*) 그 결과 투자자가 불공정하고 불공평한 대우를 받게 되어야 사법 부인에 해당할 것이라는 기준을 제시하였다. *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/11/24) 판정부는 중재 판정은 국내 법원 심리에 대한 상소심이 아니라는 원칙을 재확인하였고 투자 유치국의 사법 체제 전체가 투자자에게 공정하고 공평한 대우를

28] Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.



제공할 수 없을 정도로 무력하였는지 여부를 가리는 것이 사법 부인이라고 보았다(판정문 764-771).

사법 부인에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건 (ARB/13/38)편에 수록하여 두었다.

2) 유사 사건

이 사건은 청구인이 자신들의 주장을 입증하지 못해 간단히 종료된 사건이다. 청구인들이 제출한 증거나 증언은 서로 부합하지 않는 것도 많았으며 사실이 아닌 것으로 판명되거나 반복되는 경우도 발생하였다. 판정부는 이러한 중재 판정 과정 중의 청구인들의 행위로 인해 청구인의 신뢰도가 훼손되었다는 점을 판정문에서 밝히기도 하였다(121). 이는 매우 이례적인 일이다. 청구인들의 주장을 판정부도 신뢰할 수 없다는 것이다. 유사한 예로는 *Commerce Group vs. El Salvador* 사건(ARB/09/17)이 있다. 이 사건에서 청구인들은 엘살바도르가 희귀 금속 채굴 면허를 연장하여 주지 않는 것이 외국인 투자법 위반이라고 주장하였으나 구체적으로 무슨 조항을 어떻게 위반한 것인지에 대해 입증하지 못했다.

중재 판정부는 개인이나 외국인 투자자가 공공 기관을 상대할 때 어려움을 겪을 수 있고 법원이 항변을 받아 주지 않아 실망할 수 있으며 정부 기관과의 사업 거래가 만족치 않을 수도 있으나 NAFTA가 외국인 투자자를 이러한 실망으로부터 전면적으로 보호하려고 의도하지는 않았다고 설명하면서 청구인이 겪는 어려움이 곧 수용을 의미하는 것은 아니라고 보았다. 판정부의 이같은 견해는 *Feldman vs. Mexico* 사건(ARB(AF/99/1)에서 사업상의 곤란이 수용의 요건이 될 수 없다는 의미로 채택되어 세금 환급 거부로 인해 담배 수출 사업이 수용과 같은 피해를 입었다는 청구인의 주장을 기각하는 근거 중의 하나로 인용되기도 하였다.



11

CAA & Vivendi vs. Argentina 사건(ARB/97/3)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 시비한 투자 유치국의 양허 계약 위반 행위를 심리할 권한이 있는 분쟁해결 절차가 어디인지가 쟁점이 된 사건이며 판정부의 판정이 특별 위원회에 의해 무효화된 사건이다.

청구인 Compania de Aguas del Aconquija사는 상하수도 공급 관리를 전문으로 하는 아르헨티나 법인으로 프랑스 Compagnie Generale des Eaux(후에 Vivendi Universal로 개명)사가 투자한 회사이다(이하 청구인). 청구인은 1995년 아르헨티나의 Tucuman 주정부와 상하수도 공급에 관한 양허 계약(concession contract)을 맺었으나 사용료 징수나 무단 사용자 단속 등 정상적인 사업 운영에 대해 주정부의 방해와 비협조가 심하자 사업권을 반납하고 투자 분쟁을 ICSID 중재에 회부할 수 있다고 규정한 1991년 프랑스-아르헨티나 투자협정을 근거로 1997년 ICSID에 아르헨티나 정부를 상대로 중재를 신청하였다. 아르헨티나 정부는 양허 계약의 체결 당사자는 아니었으며 양허 계약은 이 계약과 관련된 분쟁은 Tucuman 주 행정 법원이 배타적인 관할권을 갖는다고 규정하고 있었다. 프랑스-아르헨티나 투자협정은 투자와 관련된 분쟁은 계약국의 국내 법원 또는 ICSID 등 국제 중재 어느 한 곳에만 제기할 수 있다고 규정하고 있으므로 ICSID는 이 건에 대한 관할권이 없다고 항변하였다.

중재 판정부는 이 건에 대해 ICSID는 관할권이 있다고 판단하였고 아르헨티나 연방 정부가 이 사건에 있어 양국 간 투자협정을 위반하지는 않았으며 Guadalupe 주정부의 행위가 투자협정 위반에 해당하는지 여부는 불가피하게 양허 계약상의 의무 이행 여부와 함께 심리할 수밖에 없는데 이 문제는 계약 규정에 따라 Tucuman 주 행정 법원만 심리할 수 있으므로 ICSID 중재 판정부가 심리할 수 없다고 판단하였다. 청구인은 2001년 3월 원 판정에 대한 취소를 청구하였으며 ICSID 특별 위원회는 원 판정 중 Tucuman 주정부의 행위가 양국 간 투자협정 위반을 구성하는지 여부는 판단할 수 없다는 부분을 취소하였다.



나. 주요 쟁점

1) ICSID 관할권 존부

청구인은 양허 계약 이행을 어렵게 한 Tucuman 정부의 각종 방해, 압박, 비협조 행위와 이를 방치한 아르헨티나 연방 정부의 부작위 행위는 프랑스-아르헨티나 투자협정 중 투자자 보호를 규정한 3, 5조 위반이며 따라서 ICSID의 중재 대상이 된다고 주장하였다.

아르헨티나는 프랑스-아르헨티나 투자협정 8조와 ICSID협약 25조²⁹⁾에 따라 ICSID 관할권은 투자자와 계약국 정부간의 투자 분쟁에 국한되는데 이 사건의 상하수도 공급에 관한 양허 계약은 아르헨티나 정부가 당사자가 아니며 청구인과 Tucuman 주정부 간에 체결된 것이고 Tucuman 주정부가 ICSID협약 25(1)조, (3)조 규정에 따라 ICSID 분쟁의 당사자가 될 수 있다고 통보된 바도 없다는 논지로 ICSID의 관할권을 부인하였다. 아르헨티나는 청구인의 주장은 Tucuman주정부의 양허 계약상의 의무 불이행에 관한 것인데 이러한 분쟁은 동 양허 계약 16.4조에 의거, Tucuman주 행정 법원이 배타적인 관할권을 행사하도록 규정되어 있고 양국간 투자협정 8(3)조에 분쟁해결 절차는 계약국 국내 법원 또는 국제 중재 중 하나를 선택하도록 되어 있는데 청구인은 양허 계약 체결시 국내 법원을 선택한 것이므로 ICSID와 같은 국제 중재를 이용할 수 없다고 주장하였다.

중재 판정부는 연방 정부의 하부 조직의 행위가 연방 정부에 귀속되는 것은 확립된 국제법의 원칙이며 연방 정부는 분권화된 헌법상의 국가 구조를 이유로 국가의 책임을 회피하거나 제한할 수 없다고 보았다. ICSID 협약 25(3)조와 관련된 아르헨티나의 주장에 대해 중재 판정부는 이 조항은 국가의 하부 조직이나 기관이 ICSID의 분쟁 당사자가 될 수 있도록 규정한 것이지 국가의 책임을 제한하거나 ICSID의 관할권을 제한하는 규정은 아니라고 판단하였다. 양허 계약 16(4)조에 대해 중재 판정부는 이 조항이 양자 투자협정에 대한 ICSID의 관할권을 제한하지도 않고 할 수도 없다고 단정하고 청구인의 주장은 양허 계약 위반이 아니라 양자 투자협정 위반에 대한 것이라고 확인하였다. 중재 판정부는 양허 계약 16(4)조는 양허 계약과 관련된 분쟁의

29) Article 25 Jurisdiction

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

(2) 'National of another Contracting State' means: (a)..... (b).....

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.



해결 절차를 특정한 것일 뿐이며 양자 투자협정 8조상의 국내/국제 중재 중 불가역적 택일 조항(fork in the road)은 이 투자협정과 관련된 분쟁에 적용되는 것이므로 양허 계약 16(4)조 절차의 이용이 곧 투자협정 8조상의 국내 법원 또는 국제 중재 중 하나의 선택을 의미하는 것은 아니라고 판정하였다(판정문 48-55). 이상과 같은 판단에 따라 중재 판정부는 이 건에 대해 ICSID의 관할권이 성립한다고 판시하였다.

2) 연방 정부의 투자협정 위반 여부

청구인은 연방 정부가 청구인과 주정부간의 다툼을 해결하기 위해 적절한 조치를 취하지 않았다는 이유로 투자협정의 투자자 보호 위반을 구성한다고 주장하였다. 그러나 중재 판정부는 청구인이 연방 정부에게 특정한 조치를 요청한 적도 없고 Tucuman주 행정 법원에 제소해서 주정부의 위법이 확인되었다면 연방 정부가 필요한 조치를 할 수도 있었으나 이러한 제소도 이루어진 바 없다고 보고 제출된 자료와 증언을 종합하여 판단할 때 아르헨티나 연방 정부가 투자협정을 위반했다고 보기 어렵다고 판시하였다(83-91).

3) 주정부 책임의 연방 정부 귀속 여부

청구인은 이용료 체납자에 대한 수도 공급 중단 조치 금지, 이용료 인하 압력, 합의안의 일방적인 변경 등 Tucuman주정부가 다수의 부당한 조치를 취했다고 주장하였다. 주정부의 행위는 연방 정부의 책임으로 귀속되므로 연방 정부가 즉 투자협정상의 수용 금지 및 공정하고 공평한 대우 부여 의무를 위반하였다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인이 주장하는 주정부 조치 대부분이 양허 계약 이행 의무와 관련된 것이며 주정부의 어느 조치가 어느 정도로 연방 정부의 권한과 관계된 것이고 양허 계약 당사자로서 행사된 것인지 판단하기 위해서는 양허 계약의 이행 여부에 대한 면밀한 심리가 불가피하다고 보았다. 그런데 이는 양허 계약상 Tucuman주 행정 법원의 배타적 관할권에 속하는 것이므로 판정부가 심리할 수 없다고 판단하였다. 아르헨티나 정부에 책임이 귀속될 수 있는지 판단하기 위해서는 우선 주정부의 해당 조치가 주정부 행정 법원에 제소되어 심리, 판단이 있어야 하고 이러한 주정부 사법 절차 활용이 부인되지 않는 한 아르헨티나 정부의 책임 존부를 확인할 수 없다고 보았다. 아울러 제출된 증거상 주 행정 법원 절차가 제공되지 못했거나 사건 심리에 있어 독립성과 공정성이 부족하다는 주장이 제기되지도 않았다고 확인하였다(78-80).



판정부는 양허 계약상의 주 행정 법원 이용 조항은 양허 계약상의 분쟁에 국한한 것이므로 이 행정 법원을 이용한다 해서 투자협정상의 fork in the road 조항이 적용되는 것도 아니라고 보았다. 투자협정상의 8(2)조는 명백하게 투자협정상의 분쟁에 적용되는 것이며 양허 계약상의 문제에 적용되는 것은 아니라고 확인하였다. 요약하자면 청구인의 주장을 확인하려면 양허 계약상의 위반을 투자협정 위반과 분리해야 하는데 이를 위해서는 양허 계약 심리가 필수적이지만 이는 주 행정 법원의 배타적 권한이라 판정부가 심리할 수 없다는 것이고 투자협정 위반 여부는 주 행정 법원 심리전까지는 불가능하다는 것이다. 아울러 주 행정 법원의 심리를 거친다 해서 투자협정의 불가역적 택일 조항이 적용되는 것도 아니라는 것이다. 택일 조항은 투자협정 위반 사항에 대해 국제 중재나 국내 법원 중 하나를 불가역적으로 선택하여 구제를 청구하라는 것이나 이 사건에서 행정 법원의 관할권은 양허 계약에 국한된 것이지 투자협정 위반 사항까지 대상으로 하는 것은 아니기 때문이다.

4) 특별 위원회의 판정 취소

판정부의 이러한 판단은 그러나 특별 위원회에 의해 취소되었다. 위원회는 국가의 행위가 국제적으로 위법한지 여부는 국제법에 의해 결정되는 것이며 동일 행위가 국내법에 의하면 합법하다는 것에 영향 받지 않는다는 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 3조³⁰⁾에 주목하였다. 이 원칙에 의하면 국가는 계약을 위반하지 않고도 조약을 위반할 수 있으며 그 반대 경우도 성립한다고 보았다. 투자협정 위반 여부는 계약 위반 여부와 별개의 문제이며 각각은 각각에 적용 가능한 법률에 따라 판단이 가능하다고 보았다.

원 판정은 투자협정 위반은 양허 계약 심리 없이는 행할 수 없다고 보았으나 위원회는 계약상의 분쟁 관할권 문제와 국제법상의 기준 위반 여부 판단에 특정 계약의 조건을 고려하는 것은 별개의 문제라고 보았다. 청구인이 제기한 투자협정 위반 여부는 투자협정, 관련 국제법 원칙 등에 따라 판단하였어야 하며 양허 계약의 조항을 이유로 판단을 회피하지 말았어야 한다는 것이다. 투자협정 8(4)조³¹⁾는 해당 투자에 대해 체결된 사적인 합의도 중재 판정의 근거가 될 수 있다고 적시하고 있다는 점도 지적하였다. 위원회는 청구인이 제기한 Tucuman

30] 3. The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

31] 8(4) The ruling of the arbitral body shall be based on the provisions of this Agreement, the legislation of the Contracting Party which is a party to the dispute, including rules governing conflict of laws, the terms of any private agreements concluded on the subject of the investment, and the relevant principles of international law.



주정부의 일련의 조치가 투자협정 위반에 해당하는지 판단하지 못했다고 지적하였다. 위원회는 청구인이 주정부의 부당 조치를 상당수 제기하였고 투자협정 3조, 5조 위반이라고 주장하였으며 판정부도 관할권이 있다고 판단하였으면 판정부는 의당 청구인의 주장을 검토하고 결정을 내렸어야 했다고 판시하였다. 이는 판정부가 권한을 명백하게 초과한 것이므로 이 부분에 대한 원 판정을 취소한다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

1) 중재 판정의 무효(판정 취소)

ICSID 협약 53(1)조³²⁾는 중재 판정에 대해 원칙적으로 항소나 기타 구제 수단의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있고 ICSID 협약 54(1)조³³⁾는 각 계약국은 협약에 따라 내려진 판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 이를 당해 국가 법원의 최종 판결과 같이 취급하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 협약은 예외적인 경우 원 판정의 무효를 요청할 수 있는 규정을 마련하여 두고 있다. ICSID 협약 52조³⁴⁾에 따라 분쟁 당사자는 아래 사유를 이유로 원 판정의 무효를 ICSID 사무총장에게 신청할 수 있다.

- 판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아니한 경우
- 판정부가 명백히 그 권한을 초한 경우
- 중재인에게 부정이 있는 경우
- 절차규칙으로부터 중대한 이탈이 있는 경우
- 판정문에 판정의 이유를 명시하지 아니한 경우

32] 53(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

33] 54(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.

34] 52(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.



무효 신청은 판정이 내려진 날로부터 120일 이내에 이루어져야 한다. 다만, 판정부의 부정을 이유로 한 무효 신청은 그러한 부정을 발견한 날로부터 120일 이내에, 그리고 어떠한 경우라 할지라도 判定이 내려진 날로부터 3년 이내에 해야 한다(52(2)조³⁵⁾). 신청서를 접수하면 ICSID 운영이사회 의장(세계은행 총재가 당연직 의장이다)은 즉시 3인으로 구성된 특별 위원회를 중재인단으로부터 선정하여야 한다. 원 판정부 중재인이나 당사국 국적 보유자는 중재인단으로 선정될 수 없다. 특별 위원회는 위에 나열된 사유를 근거로 하여 판정의 전부 또는 일부를 무효로 할 수 있다(52(3)조³⁶⁾). 필요하다고 판단될 경우 원 판정의 이행을 잠정 중단시킬 수도 있다.

이 사건에서 청구인은 원 판정의 무효를 신청하였고 특별 위원회는 원 판정부가 Tucuman 지방 정부의 행위와 그에 의해 귀속되는 연방 정부의 책임이 프랑스-아르헨티나 투자협정의 위반에 해당하는지 여부를 심리하지 않은 것은 판정부의 권한을 초과한 것이라고 지적하고 이 부분에 대한 원 판정을 무효로 하였다.

이 사건처럼 원 판정부의 판정이 무효(취소)되는 경우는 무효 신청 건수에 비하면 많지 않다. 특별 위원회가 원 판정을 취소할 수 있는 사유는 위에 나열된 것에 국한된다. 위에 나열된 사항이 아니면 설령 원 판정부의 논리 전개나 심리 방식, 판정 적정성에 특별 위원회가 불만이 있더라도 이를 취소할 수 없다. 특별 위원회는 원 판정의 상소심이 아니다. 실제로 *CMS vs Argentina* 사건(ARB/01/8) 판정을 심리한 특별 위원회는 원 판정부가 국가 안보와 공공 질서 유지 조치에 대해 국가 책임 면제를 규정한 투자협정의 해당 조항 적용 가능 여부를 심리하면서 국가 책임에 관한 초안의 유관 조항의 요건을 적용한 데 대해 자신이 원 판정부였다면 다른 판정을 내렸을 것이라고 질타하면서도 ICSID 협약 52조에 명시된 특별 위원회의 관할권상 자신의 견해로 원 판정부의 견해를 대신할 수 없고 사실에 대한 평가 역시 대체할 수 없다는 한계를 언급하였다.²⁾ 불가역적 택일 조항

투자자는 투자 유치국과의 분쟁이 있을 경우 당해 국가의 국내 사법 절차를 이용할 수 있다. 투자 유치국이 ICSID 관할권을 인정한 경우 ICSID 중재 절차를 이용할 수도 있다. 그러나 동일

35) [2] The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

36) [3] On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an *ad hoc* Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph [1].



사건이 국내 사법 절차와 ICSID와 같은 국제 중재에서 중복 심리될 경우 사법 분쟁이 지나치게 지속되어 법적 안정성을 신속히 확보할 수 없고 두 사법 절차의 판단이 다를 경우 이행에도 문제가 발생할 수 있다. 이러한 상황 발생을 방지하기 위해 투자협정에는 대개 국내 재판 절차와 국제 중재 절차 중 하나만을 선택하게 하는 조항을 두고 있다. 그 방식으로 택일 방식(fork in the road approach)과 포기 방식(waiver approach, no U turn approach)이 있다.

택일 방식은 두 갈림길(fork)에서 하나를 선택하면 다른 길은 갈 수 없는 것처럼 투자 분쟁 발생 시 분쟁 당사자로 하여금 구제 절차로서 국내 사법 절차와 국제 중재 절차 중 하나를 선택하게 하고 일단 하나를 선택했을 경우 다른 절차는 이용할 수 없다고 규정하는 것이다. 포기 방식은 분쟁을 국내 법원에서 다투던 도중에도 확정 판결이 나오기 이전이라면 이를 중단하고 국내 절차 이용권을 명시적으로 포기하면서 국제 중재를 청구할 수 있도록 허용하는 방식이다. 이 방식은 국제 중재 청구를 제기하기 이전에 국내 법원에서 절차를 개시하거나 계속할 권리를 포기하는 것인데 반대로 진행 중인 국제 중재 절차를 포기하고 국내 법원 제소가 가능한지 여부다. 중복 제소 방지와 소송 경제 원칙상 가능하지 않다고 보는 것이 타당하고 이러한 방식으로 규정된 투자협정이 다수이다.

택일 방식이라 하더라도 당사자, 소송물, 청구 원인이 동일한 경우에만 적용되는 것이고 청구 원인이 다르면 적용되지 않는다. 이 사건에 관정부는 Tucuman 주 행정 법원의 배타적 관할권은 양허 계약에 관한 것이고 ICSID 중재 절차는 투자협정에 관한 것이므로 주 행정 법원에 제소했다 하더라도 택일 조항이 적용되는 것은 아니라고 판단하였다. 이러한 판단은 다른 판례에서도 확인되고 있다. *CMS vs. Argentina* 사건(ARB/01/08) 관정부도 계약상의 청구는 조약 분쟁과 다르므로 국내 법원에서 계약 위반을 다투었더라도 조약 분쟁을 중재에 청구하는 것은 방해되지 않는다고 전제하고 이 사건에서 국내 절차와 국제 중재의 당사자와 청구 원인 양자가 모두 다르므로 택일 조항이 적용되지 않는다고 판시하였다. *Azurix vs. Argentina* 사건(ARB/01/12) 관정부도 같은 취지로 판정하였다. 청구 원인 등이 동일한 사건이면 택일 조항에 따라 중복 제소가 허용되지 않는다고 본 판례도 있다. *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 사건 관정부는 자신들에게 제소된 사건은 *Pantechniki* 사에 대한 알바니아 정부의 보상금 지급 의무 및 액수에 관한 것인데 동일한 청구를 이미 알바니아 국내 법원에 제기한 바 있으므로 똑같은 분쟁을 다시 ICSID 중재에 회부할 수 없다고 판시하였다.³⁷⁾

37) 투자자:국가소송(ICSID) 최신 판정 분석, 법무부 2014 p. 67



12

CSOB vs. Slovakia 사건(ARB/97/4)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 ICSID 중재 제소 적격 및 투자 해당 여부, 그리고 ICSID 중재 관할권 동의를 문서로 표시되었는지 여부가 쟁점이 되었던 사건이다.

청구인 CSOB(Csekoslovenska Obchodni Banka A.S.)는 과거 공산주의 시절 체코슬로바키아 공화국의 외환 관리와 대외 금융 및 통상 업무를 관장했던 은행이었다. 1992년 체코슬로바키아 공화국이 체코와 슬로바키아의 2개 국가로 분리된 후, 이들 두 국가는 CSOB의 국제 경쟁력을 강화하기 위해 민영화 작업에 들어갔다. 이 과정에서 CSOB의 부실 채권을 정리하기 위하여 체코와 슬로바키아는 각자 채권 추심 회사를 설립하고 CSOB의 부실 채권을 인수하기로 하였다. 1993년 12월 체코 정부, 슬로바키아 정부 그리고 CSOB 3자는 ‘합동 약정(consolidation agreement)’을 체결하여 CSOB부실 채권 처리 방안에 대한 종합 계획에 합의하였다. CSOB의 부실 채권을 체코와 슬로바키아가 각각 설립한 채권 추심 회사에 2:1의 비율로 이관하고 추심 회사는 채권을 회수하여 액면가를 CSOB에 지급하기로 하였다. 부실 채권이므로 액면가로 회수되지 못할 것이 확실하므로 추심 회사의 손실은 체코와 슬로바키아 정부가 각각 보전하기로 하였다. CSOB는 추심 회사의 운영 자금을 대부하여 주어 추심 활동을 지원하기로 하였다. 합동 약정 7조는 ‘동 약정은 체코공화국의 법률과 1992년 체코-슬로바키아 투자협정에 따라 규율된다’고 규정하였다.

그러나 이후의 채권 추심 실적이 저조하였고 슬로바키아 정부는 채권 추심 회사의 손실을 약정과 달리 보상하지 않았다. 결국 슬로바키아측 채권 추심 회사는 파산하였다. CSOB는 슬로바키아 정부의 합동 약정 위반, 즉 슬로바키아 추심 회사 손실 보전 의무 불이행을 이유로 합동 약정 7조에 의거하여 1997년 4월 슬로바키아에 대한 ICSID 중재를 신청하였다. 슬로바키아는 CSOB는 중재를 신청할 수 있는 적격이 없으며 슬로바키아 내에 투자를 행한 바도, 슬로바키아가 ICSID 중재 관할권을 동의한 바도 없으므로 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 항변 하였다.



나. 주요 쟁점

1) 타방 계약국 국민 여부

ICSID 협약 25(2)(b)조는 ICSID 중재를 신청할 수 있는 타방 계약국 국민의 개념 중 법인에 대해 규정하고 있다. CSOB는 체코 정부가 지분 65%를 보유하고 있었으며 공산주의 붕괴 이전 체코슬로바키아의 대외 무역 및 외환 관리를 전담하는 국영 은행이었다. 슬로바키아는 CSOB가 25(2)(b)조의 상대방 국민에 해당하는지 여부부터 주장하였다. 그러나 타방 계약국 국민(법인)이 반드시 민간 기업이어야만 하고 국가나 정부 소유의 국공영 기업이어서는 안된다고 주장하지는 않았다.

판정부는 CSOB의 25(2)(b)조 해당 여부는 정부 소유 여부가 아니라 본질적으로 정부 기능을 수행하는 정부 기관 여부로 판단해야 한다고 보았다. 슬로바키아는 CSOB 설립 목적 자체가 국가 외환을 관리하고 대외 금융 및 교역 업무에서 국가를 대표하는 역할을 하는 것이었다고 주장하였으며 이러한 기능은 체코와 슬로바키아 국가 분리 및 민영화를 위한 구조 변경에도 불구하고 크게 변하지 않았다고 역설하였다. 판정부는 CSOB의 국가 기관 여부 판정은 문제가 된 행동 자체의 성질에 의거하여야 하며 행동의 목적을 중심으로 판단할 수는 없다고 보았다. CSOB가 이 사건에서 문제가 된 행위를 함에 있어서 정부 시책이나 국가의 목적을 증진하려 한 점은 부인할 수 없지만 행위의 성질 자체는 무수의 자산을 장부에서 청산하여 재정 건전성을 높이려는, 본질적으로 상업적인 것이라고 확인했다. 따라서 청구인 CSOB는 ICSID 협약상의 상대국 국민에 해당한다고 판시하였다(관할권 결정문 17-27).

2) ICSID 관할권 동의 여부

ICSID 협약 25(1)조 규정 상 ICSID 중재 관할권이 적용되기 위해서는 투자자-국가 분쟁을 ICSID 관할 하에 둔다는 분쟁 당사자의 의사가 문서로 표시되어야 한다. 중재를 신청하는 투자자의 의사는 통상 중재 신청서로 같음하지만 국가의 동의 의사는 사전에 협정, 법률 등을 통해 일방적으로 천명하여 두는 것이 관행이다. 대개는 투자협정의 분쟁해결 조항에 기재한다. 체코-슬로바키아 투자협정에도 8조 분쟁해결 조항에 ICSID 중재 관할권을 명기하여 두었으나 원래 한 국가가 분리되어 체결한 협정인 관계로 여느 투자협정과 다른 절차 규정이 포함되어 있었다. 투자협정 12조에는 협정 발효를 위해서는 ‘이 협정상의 헌법적 절차를 완료한 후 상대국에게 통지해야 한다’고 규정하고 있었으나 실제 이 통지가 이루어지지 않는 않았다. 12조



후단에는 국가 분리일에 협정이 발효한다고 기재되어 있었다. 슬로바키아는 투자협정이 1993년 1월 1일(양 국가 분리일)부로 발효했다는 외교부 명의 고지를 1993년 10월 관보에 게재하였다. 3자 합동 약정 7조는 체크법과 체크-슬로바키아 투자협정에 의해 이 약정이 규율된다는 내용이 기재되어 있었다. 체크-슬로바키아 투자협정은 1992년 11월 23일 서명되었으나 합동 약정 체결 당시 국가 분리 및 슬로바키아 외교부 고지에도 불구하고 실제 발효 되지는 않았으며 2003년 7월 새로운 투자협정이 체결되면서 폐지되었다.

CSOB는 i) 양국간 투자협정, ii) 슬로바키아 외교부 고지, iii) 통합 약정 7조가 슬로바키아가 ICSID 중재 관할에 동의한 문서라고 주장하였다. 슬로바키아는 12조 헌법 절차 종료 통지 교환과 국가 분리는 협정 발효의 각각의 요건이라고 주장하고 통지 교환이 이루어지지 않은 점을 문제 삼았다. 외교부 장관 고지도 ICSID 중재 관할에 동의한다는 의사를 밝힌 것은 아니라고 반박했다. 약정 7조는 체크법 또는 투자협정 중에 약정을 규율할 법을 선택할 수 있다는 의미이며 투자협정이 당시 발효되지 않았으므로 체크 법에 의해 규율될 수밖에 없는데 체크 법에는 슬로바키아의 ICSID 관할 동의 의사가 표시된 것이 없으므로 결국 슬로바키아의 ICSID 관할 동의 의사는 일체 문서로 표시된 바 없다고 주장하였다.

판정부는 i), ii)에 대한 슬로바키아의 의견을 대체로 수용하였다. 슬로바키아의 문서상 동의로 간주하기에는 불확실한 점이 있다고 인정하고 iii)항을 중점적으로 검토하였다. 판정부는 양자 투자협정을 3자 통합 약정에 준거 법규라고 인용한 것이 ICSID 중재에 동의한다는 의사를 문서로 표시하는 효과가 있음을 약정 체결 당사자들이 분명히 인지하고 의도했는지 여부가 관건이라고 보았다.

판정부는 약정 협의 과정을 면밀히 조사한 결과 약정 위반 시 적용할 분쟁해결 절차에 관해 약정 당사자간 협의가 있었고 CSOB가 체크 국내 중재 절차를 이용하자고 제안하였으나 슬로바키아가 거부하여 결국 국제 중재를 이용하기로 합의가 되었으며 별도 분쟁 조항을 기재하기 보다는 이미 국제 중재가 기재되어 있는 양자 투자협정을 인용하기로 양해가 되었다고 확인하였다. 당초 초안 상 7조는 이 약정은 체크 법과 1992년 체크-슬로바키아 투자협정이 ‘비준된 후’에 협정에 의해 규율된다고 기재되어 있었으나 약정 당사자들의 합의 하에 ‘비준된 후’라는 문구가 삭제된 것도 확인하였다. 판정부는 이는 약정 당사자들이 발효 여부와 관계 없이 투자협정을 언급하는 것이 중재 동의를 유효하게 표시하는 것으로 의도했다는 증거라고 보았다. 따라서 약정 당사자들은 투자협정을 약정 내에 인용함으로써 협정 8조의 분쟁해결



절차를 약정의 일부로 합체시킨 것이고 당사자들은 투자협정의 내용을 충분히 인지하고 있었으므로 이는 8조의 국제 중재를 약정에도 적용시키기 위한 의도라고 판단하였다. 이에 따라 슬로바키아의 관할 동의는 약정이라는 문서를 통해 명확히 표시된 것이라고 확인하였다(49-59).

3) 투자 여부

슬로바키아는 CSOB가 시비하는 슬로바키아의 추심 회사 손실 불보전이 CSOB가 슬로바키아 내에 행한 또한 취득한 자산이 아니므로 CSOB의 투자일 수 없다고 주장하였다. ICSID 협약 25(1)조 규정에 따르면 투자에서 직접적으로 발생한 법적인 분쟁이 ICSID 관할권이므로 투자에서 직접 발생하지 않은 추심 회사 손실 불보전 시비는 ICSID 관할 대상이 아니라고도 추가하였다. 슬로바키아는 투자란 투자자가 자원의 지출을 통해 투자 유치국 영토 내에서 획득한 자산으로서 양측에게 혜택을 부여하고 미래의 수익을 제공할 것으로 기대되지만 위험 부담의 불확실성이 있는 것이라고 주장하고 CSOB가 투자라고 주장하는 것은 이 요소 어느 하나도 해당하지 않는다고 항변하였다. 슬로바키아는 언급은 하지 않았지만 *Salini test*에 의거한 투자 정의를 설명한 것이다. CSOB는 채권 추심 회사에 제공한 대출금이 투자에 해당한다고 주장하였으나 슬로바키아는 실제 재원이 슬로바키아로 이전된 대출이 아니라 향후 추심 회사가 추심된 채권을 환급할 때 차감하고 환급하라는 형식의 대출이므로 자기 재원이 실제 지출된 바 없으므로 투자일 수 없다고 반박하였다.

판정부는 ICSID 협약 기초 당시 투자 정의 필요성이 논의되었으나 투자 범위를 투자협정 계약국들이 재량에 따라 포괄적으로 확장할 수 있도록 일부러 정의하지 않았다는 점을 제시하면서 투자는 포괄적이고 확장적인 개념으로 넓게 이해해야 한다는 견해를 밝혔다. 판정부는 3자 합동 약정 당사자들이 약정상의 권리 의무를 규율하기 위해 ICSID의 관할권을 받아들인 것은 약정 자체를 투자로 인식했다는 반증이라고 언급하였다. 투자 해당 여부를 판단하기 위해서는 투자협정의 투자 정의뿐 아니라 ICSID협약이 의미하는 투자에 해당하는지 2단계로 심사해야 한다고 보았다(two-fold test, two barrel test). 판정부는 특정 거래가 그 자체로는 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않을 수 있으나 그 거래가 투자에 해당하는 전체 작동의 일부분을 구성한다면 투자로 볼 수 있다고 논설하였다.

판정부는 슬로바키아의 추심 회사 손실 불보전은 그것만 따로 떼어서 볼 때는 투자에 해당하지 않을 수 있다고 인정하였다. 그러나 추심 회사 손실 보전은 CSOB를 차질 없이 민영화하기



위해 전체적으로 고안된 부실 채권 처리 방안이라는 전체 약정의 필수적인 부분이고 CSOB가 추심 회사에게 제공한 대출금의 회수와 밀접히 연관되어 있는 사항이므로 투자에 해당하는 합동 약정의 전체 scheme의 일부라는 점에서 투자에 해당한다고 설명하였다. 실제 재원이 이동된 바 없다는 슬로바키아의 주장에 대해 판정부는 대출이 반드시 금원의 이동을 수반하는 것은 아니라고 일축하였다. 판정부는 체크-슬로바키아 투자협정은 투자를 투자자가 투자 유치국의 영토 내에서 획득하거나 투자한 모든 종류의 자산이라고 포괄적으로 정의하고 있으므로 대출금이 비록 예시 항목에 적시되지는 않았지만 투자협정상의 투자에 해당한다고 보았다. CSOB가 슬로바키아 내에서 건전한 금융 시스템을 수립하기 위해 활발히 활동하고 있으므로 투자 유치국 내에서 획득하거나 투자한다는 요건도 충족했다고 인정하였다.

ICSID협약의 투자 해당 여부에 대해 판정부는 ICSID 서문에 기재되어 있는 투자의 경제 발전 기여 문구를 강조하면서 CSOB가 투자 유치국의 경제 발전에 기여하고 있는지 여부를 중점적으로 검토하였다. CSOB가 대외 금융 및 교역과 외환 관리 업무를 슬로바키아에서도 수행하고 슬로바키아 은행 시스템 선진화를 위해 일정 의무를 부담한 점, 슬로바키아에 지점을 개설하기로 한 점 등을 근거로 제시하면서 판정부는 CSOB가 슬로바키아의 경제 발전에 기여하는 투자자라고 인정하였다. 여타 Salini 요소의 충족 여부에 대해 판정부는 CSOB의 활동은 미래의 이익을 기대하는 것이며 일정 정도의 위험도 부담했다고 인정된다고 간략하게 언급하였다.

이상을 토대로 판정부는 CSOB의 시비(슬로바키아의 추심 회사 손실 불보전)와 슬로바키아 추심 회사에게 공여한 대출은 CSOB의 슬로바키아 내 은행 활동 개발에 밀접히 연관되어 있고 투자협정과 ICSID 협약상의 투자에 해당한다고 판정하고 따라서 ICSID는 이 사건에 관할권이 있다고 판정하였다(60-91).

4) 본안 심리

본안 심리에서 슬로바키아는 추심 회사의 손실을 보전(cover the loss)한다는 약정 상의 규정이 애매모호하고 불명하여 의무의 범위와 내용을 확정하기 어렵다고 지적하고 약정의 준거법인 체크 민법에는 권리 의무가 정확히 확정되지 않은 계약은 무효로 할 수 있다고 규정하고 있으므로 합동 약정은 무효라는 입장을 개진하였다. 손실을 보전한다는 것이 추심 회사가 CSOB에 지급하지 못한 대금을 대납한다는 의미인지 환급 의무를 준수할 수 있는 지원 체제를 갖추라는 것인지 알 수 없으며 회수하지 못한 부실 채권을 손실로 보는 것인지, 변제하지 못한 CSOB 대출금까지



손실에 해당하는지도 불명하다고 비난하였다.

판정부는 슬로바키아의 주장을 일축하고 추심 회사의 손실을 계산하여 슬로바키아로 하여금 CSOB에 248억 슬로바키아 크로네를 지불하라고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

1) reference by integration

ICSID 계약국은 투자 분쟁을 ICSID 중재에 회부한다는 동의 의사를 문서로 표명해야 한다. 이 사건의 첫째 쟁점은 슬로바키아가 이러한 동의 의사를 표명했는지 여부이다. ICSID 중재 동의 의사가 표명된 체크-슬로바키아 투자협정을 3자 합동 약정에 인용한 것이 동의 의사 표시에 해당된다고 판정되었다. 약정 자체에 ICSID 중재 동의가 적시되어 있지 않더라도 이 내용이 표시된 여타의 문건을 약정 내에서 인용함으로써 이 문건은 약정의 일부분이 되며 약정상의 분쟁해결 절차로 ICSID 중재를 규정하는 효과를 낸 것이다. 이 같은 인용을 통한 일체화 방식(reference by integration)에서 중요한 것은 ICSID 중재에 동의하는 의도를 갖고 또는 그러한 효과가 있음을 인지하고 해당 문건을 인용했는지의 여부이다. 이 사건 판정부도 이점에 초점을 맞추어 심리하였고 약정 당사자들이 ICSID 중재를 약정의 분쟁해결 절차로 활용할 의도 아래 해당 투자협정을 7조에 인용한 것으로 확인했다.

ICSID 중재 판정 중에는 당사자의 의도가 확인되지 않아 관할권이 인정되지 않은 판례가 있다. *Lighthouse vs. East Timor* 사건(ARB/15/2)에서 청구인은 East Timor와의 석유 공급 계약에 ICSID 중재 활용 내용이 포함된 문서를 East Timor측에 정확히 설명하지 않고 부속서로 첨부한 후 나중에 분쟁이 발생하자 East Timor의 ICSID중재 동의는 이 부속서가 해당 계약에 첨부되었으므로 integration by reference에 의해 성립되었다고 주장하였다. 판정부는 부속서의 내용과 부속의 의미에 대해 East Timor측에 충분히 설명되지도 않았고 검토 시간도 부여하지 않은 채 졸속으로 첨부되었으므로 ICSID 중재에 대해 East Timor가 동의한 것으로 볼 수 없다고 판시하고 관할권을 부인하였다.

2) 투자 여부 판단의 문제점

이 사건 판정부는 CSOB의 시비 대상이 투자가 아닐 수는 있어도 3자 약정에 포함된 거래



계획 전체는 투자에 해당하고 이 거래 계획의 중요한 부분이므로 투자로 인정할 수 있다는 논리를 전개하였다. 판정부의 이러한 투자 정의 판단은 논리 구성상의 허점이 있고 기존의 투자 여부 판단 방식과도 부합하지 않는다. 판정부의 견해는 이후 ICSID 중재 판정부에서 지지되거나 인용된 바가 없는 것으로 보아서도 상당한 무리가 있는 판정이라고 평가한다.

이 사건 판정의 문제점은 첫째 CSOB가 시비하는 슬로바키아의 추심 회사 손실 불보전 자체의 투자 해당 여부를 불보전 자체를 심리하여 판별한 것이 아니라 이와 관련된 사항을 토대로 심리한 점이다. CSOB는 추심 회사에 대출도 하여 주었으나 회수하지 못했다는 점을 제기하면서 대출이 투자자라는 주장도 하였으나 CSOB가 시비하는 것은 추심 회사의 대출 불상환이 아니다. 만일 상환받지 못한 대출 회수를 위한 소송이었다면 슬로바키아 국내 법원에 제소했어야 한다. 추심 회사는 3자 약정의 당사자도 아니다. 대출은 투자의 한 형태이기는 하지만 대출과 연관된, 非 투자 거래까지 투자화하는 것은 아니다. 판정부는 슬로바키아의 추심 회사 손실 불보전은 그것만 따로 떼어서 볼 때는 투자에 해당하지 않을 수 있다고 인정하였다. 그러나 추심 회사 손실 보전은 CSOB를 차질 없이 민영화하기 위해 전체적으로 고안된 부실 채권 처리 방안이라는 전체 약정의 필수적인 부분이고 CSOB가 추심 회사에게 제공한 대출금의 회수와 밀접히 연관되어 있는 사항이므로 투자에 해당하는 합동 약정의 전체 scheme의 일부라는 점에서 투자에 해당한다고 설명하였다. 이는 투자의 범위를 매우 불특정적으로 무한히 확대하는 오류이다. ICSID 물적 관할권 존부를 심리하는 이유는 ICSID 중재 관할을 투자에 관한 분쟁으로 한정하기 위해서이다. 투자협정상의 투자 정의에 해당한다 하더라도 투자협정 체결국이 명백히 투자가 아닌 것을 투자로 정의하여 ICSID 중재 체제를 남용할 우려가 있으므로 투자의 본질적인 속성을 갖추었는지 여부를 또 심사하는 two barrel test의 이유가 여기에 있다. 투자 정의 해당 여부와 투자의 본질적 속성 보유 여부는 문제가 된 시비 대상에 대하여 검토하는 것이다. 그 대상이 속한 전체의 거래나 운영 기제에 대해 심리하는 것이 아니다. 예컨대 단순한 상품의 매매는 투자가 아니다. 그런데 외국인 투자자가 대규모 공장을 건설하고 운영하는 대형 투자 프로젝트를 시행하기 위하여 투자 유치국으로부터 공장 비품을 구매하였다면 이 거래는 투자에 해당하는지가 논란이 될 수 있다.

물론 손실 보전과 CSOB의 대출, CSOB에게서 인수한 부실 채권 회수 및 상환은 복잡한 운영 기제를 통해 각 당사자의 권리 의무가 확정된 후 3자 약정이라는 단일 문건에 기재되었으므로 위의 예보다는 상호 연관 정도가 훨씬 높을 것이다. 그렇다고 투자 여부는 해당 건에 대해 판단해야 한다는 원칙 자체가 바뀌는 것은 아니다. 판정부는 3자 합동 약정 당사자들이 약정



상의 권리 의무를 규율하기 위해 ICSID의 관할권을 받아들인 것은 약정 자체를 투자로 인식했다는 반증이라고 언급하였다. 이것도 근거 없는 결론이다. 바로 그 같은 사태를 방지하기 위해서 two barrel test를 하는 것이다. ICSID 중재 절차를 분쟁해결 절차로 합의하기만 하면 모든 계약이 투자 계약이 되는 것은 아니다. 계약 당사자들이 합의했다고 해서 투자가 아닌 사항이 ICSID 중재에 제출되어 ICSID의 자원과 노력이 낭비되는 일이 발생하지 않게 하기 위하여 본질적인 투자 해당 여부, 즉 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지를 ICSID 중재 판정부가 다시 심리하는 것이다.

판정부의 두번째 문제는 투자의 본질적인 속성 보유 여부를 시비가 되는 투자가 아니라 투자자에 대해 실시한 것이다. 설사 판정부의 견해대로 투자에 해당하는 전체 거래의 일부분으로서 투자가 될 수 있다고 인정한다 하더라도 투자의 본질적인 속성 보유 여부는 해당 투자에 대해 실시하는 것이다. 그런데 판정부는 ICSID 서문에 기재되어 있는 투자의 경제 발전 기여 문구를 강조하면서 CSOB가 투자 유치국의 경제 발전에 기여하고 있는지 여부를 중점적으로 검토하였다. CSOB가 대외 금융 및 교역과 외환 관리 업무를 슬로바키아에서도 수행하고 슬로바키아 은행 시스템 선진화를 위해 일정 의무를 부담한 점, 슬로바키아에 지점을 개설하기로 한 점 등을 근거로 제시하면서 판정부는 CSOB가 슬로바키아의 경제 발전에 기여하는 투자자라고 인정하였다. 여타 Salini 요소의 충족 여부에 대해 판정부는 CSOB의 활동은 미래의 이익을 기대하는 것이며 일정 정도의 위험도 부담했다고 인정된다고 간략하게 언급하였다. 투자의 본질적 속성 보유 여부를 모두 투자자에 대해서 시행한 것이다.



13

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정 분쟁해결 조항의 해석(국내 구제 소진, 국내 법원 선 이용), 행위 책임이 국가에 귀속되는 기관의 판단 기준, 분쟁의 발생 시점 등이 주요 쟁점으로 심리된 관할권 사건이다.

청구인 Emilio Agustin Maffezini는 아르헨티나 기업인으로서 1989년 스페인 Galicia 지방에 화학 제품 생산 및 판매 기업인 EAMSA(Emilio A. Maffezini S.A.)를 설립하고 지분 70%를 투자하였다. 잔여 30%는 Galicia 지역 산업 개발 공사(SODIGA, Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia)가 투자하였다. SODIGA는 Galicia지역에 대한 잠재 투자자를 물색, 유치하고 지역 및 투자 정보 제공, 편의 제공, 실제 투자 집행 등을 포함한 업무를 수행하는 기관이다. Maffezini는 SODIGA가 제시한 비용을 신뢰하여 공장 건설을 개시하였으나 실제 비용은 이를 훨씬 초과하였고 환경 영향 평가가 종료되기 전에 공사를 착수할 수밖에 없어 재정 상황이 곤란해졌다. 청구인 Maffezini는 EAMSA의 재정 상황이 곤란해지자 3000만 페소를 EAMSA에게 이체하기도 하였다. 1992년 Maffezini는 공장 건설을 중단하고 EAMSA 고용원을 해고하였으며 1994년 SODIGA에게 자신과 EAMSA에 대한 SODIGA의 채무를 탕감하는 조건으로 EAMSA를 인수하라는 제의를 하였다. SODIGA는 Maffezini에게 200만 페소를 추가로 지급하는 조건을 제시하였으나 거절당하자 Maffezini의 원 제안을 수락하겠다고 하였다. Maffezini는 이를 거절하고 1997년 7월 아르헨티나-스페인 투자협정에 근거하여 ICSID 중재를 신청하였다.

공장 건설 비용 추계 오류와 환경 영향 평가로 인한 추가 비용 책임이 SODIGA에 있고 EAMSA에 대한 자금 이체가 정식 대출 계약으로 전환되지 않은 책임도 SODIGA에 있으며 SODIGA가 공적 기관이므로 SODIGA의 각종 작위 부작위에 대한 책임이 스페인 정부에 있다는 주장이었다. 스페인은 Maffezini의 ICSID 중재 청구는 국내 구제 절차 소진 의무를 규정한 아르헨티나-스페인 투자협정 X조 위반이고 SODIGA의 행위 책임을 스페인에 귀속시킬 수 없으며 투자협정 발효 이전에 발생한 다툼이라는 논거로 ICSID의 관할권을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) 관할권-국내 구제 소진

아르헨티나-스페인 투자협정의 분쟁 조항은 우호적 해결 원칙 천명(X(1)), 분쟁 제기 후 6개월 이내 불해결시 투자 유치국 재판부에 제소 의무(X(2)조), 18개월 이내에 본안(merits)에 대한 재판부 판결이 나오지 않거나 나왔어도 분쟁이 계속될 경우(X(3)(a)조) 및 양 분쟁 당사자가 동의할 경우 국제 중재 제소라는 분쟁해결의 수순과 조건을 제시하고 있다. 청구인이 스페인 법원에 제소하지 않고 ICSID 중재를 신청한 것은 사실이었다. 청구인은 비록 스페인 법원에 제소하지는 않았으나 분쟁이 발생한 후 18개월이 지난 후에 ICSID 중재를 신청하였으므로 문제될 것이 없다고 반박하였다. 스페인은 X(3)(a)조의 의미는 18개월 내에 법원의 판결이 있으면 해당 분쟁은 종결된 것이고 더 이상 국제 중재에 제기할 수 없다는 것이며 청구인이 스페인 법원에 제소하지 않은 것은 스페인 법원에게 분쟁을 해결할 기회를 제공하지 않은 것이므로 협정 위반이라고 주장하였다.

판정부는 스페인 주장에 동의하지 않았다. X(3)(a)조는 최종 판결 또는 상소 불가능한 판결을 의미하는 것이 아니므로 판결 후에도 국제 중재를 원용할 수 있으며 일반 국제법상의 국내 구제 소진 원칙은 이용 가능한 모든 절차를 소진할 의무를 말하는 것이므로 X(3)(a)조는 스페인이 이해하는 것과 달리 일반 국제법상의 국내 구제 소진 원칙도 아니라고 지적하였다. 또한 최종심에 대해서도 판결 내용과 무관하게 국제 중재에 제소할 수 있는데 하물며 최종심도 아닌 판결에 대해서는 더욱 그러하다고 지적하였다. 판정부는 최종심에 대해서도 사법 부인을 주장하여 국제 중재에 제소할 수 있고 투자협정과 같은 국제적 의무에 대해 최종 판결 권한은 국제 재판부에 있다고 언급하였다. 판정부는 X(3)(a)조는 분쟁 당사자가 적정한 국내 법원을 이용토록 허가하고 일정 기간 후 국제 중재를 이용하게 하는 기능을 수행하고 있다고 보았다 (관할권 결정문 23-37).

청구인이 준수하지 않은 것은 X(2)조 국내 법원 선 이용 의무 조항이다. 판정부는 이 경우 국제 중재 이용권이 박탈되는 지에 대해서는 정확히 심리하지 않았다. 청구인이 국내 법원을 먼저 이용하지 않아도 18개월 후에는 판결의 내용과 관계없이 국제 중재를 원용할 수 있으므로 X(2)조를 준수하지 않아도 된다고 주장한데 대해 판정부는 만일 이 주장이 다른 주장과 연계되지 않고 독립적인 주장이라면 수용하지 않았을 것이라고 언급하여 부정적인 견해를 밝혔다. 다른 주장과 연계된다는 의미는 청구인이 이 주장의 보충 주장으로서 설사 X(2)조



위반이 인정되더라도 청구인은 투자협정상의 최혜국대우 조항을 원용하여 국내 법원 선 이용 의무 조항이 없는 타 협정에 근거하여 X(2)조 불 준수를 항변하겠다고 한 것을 말한다. 청구인은 칠레-스페인 투자협정 분쟁해결 조항에는 국내 법원 선 이용 의무가 부여되지 않았으므로 칠레 투자자는 아르헨티나 투자자보다 유리한 대우를 받는 것이 분명한데 아르헨티나-스페인 투자협정은 최혜국대우 조항³⁸⁾이 있으므로 이를 원용하여 칠레-스페인 분쟁해결 조항이 청구인에게도 적용된다고 강변하였다.

중재 판정부는 이 주장을 수용하였다. 해당 최혜국대우 조항이 적용 대상을 in all matters subject to this Agreement로 광범위하게 규정하고 있고 유사한 문구를 근거로 최혜국대우 조항이 분쟁해결에도 적용된다고 판시한 판례가 많으며 분쟁해결 절차는 본질적으로 투자자 보호와 관련되므로 투자자 보호를 핵심으로 하는 투자협정의 대상과 목적에 비추어 볼 때에도 그렇게 해석하는 것이 합당하다고 보았다. 또한 스페인이 타국과 체결한 투자협정 대부분에는 국내 법원 선 이용 조항이 없다는 점도 감안하였다(결정문 45-60).

2) 관할권-인적 관할권

스페인은 피해 당사자인 EAMSA는 스페인 법인으로서 청구인과는 법인격을 달리하는 독립적인 주체이므로 청구인이 자신이 아닌 별도의 주체가 입은 피해에 대해 시비를 제기할 수 없고 청구인 자신에게 피해를 초래한 부당 행위, 그것도 책임을 스페인 정부에 귀속시킬 수 있는 행위에 대해서만 제한적으로 쟁송할 수 있다고 보았다. 그러나 SODIGA는 스페인 정부와 독립된 민간 상업 기관이므로 스페인 정부에 책임을 귀속시킬 수 없고 따라서 청구인은 ICSID 소송 적격이 없다고 주장하였다.

판정부는 SODIGA의 행위 책임을 그 구조와 기능 면에서 스페인에 귀속시킬 수 있다고 보았다. 구조적인 측면의 경우(structural test) SODIGA 설립 근거가 산업부령이고 지분 88% 이상이 정부 소유인 점에 비추어 직간접적으로 정부 통제 하에 있는 정부 기관이라고 추론할 수 있다고 보았다. 기능면의 경우(functional test) 특정 지역 산업 개발 및 투자 유치라는 정부의 기능을 수행하고 있으며 설립 과정에 이러한 기능 수행에 책임이 있는 정부 부처가 다수 관련되어 있고 내각 회의에서 최종 설립이 승인된 점에 비추어 정부 기능을 수행하고 있다고 보았다. SODIGA의 구조와 기능을 볼 때 청구인은 SODIGA가 정부 기관이라는 점을 일단

38] IV. In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.



(*prima facie*) 입증한 것이며 따라서 판정부는 청구인에 대해 인적 관할권(*ratione personae*)를 갖고 있다고 판시하였다. 실제 정부 기관인지 여부, 책임 귀속 여부는 본안 심리에서 더 자세히 다루어 결정할 문제이고 관할권 존부 단계에서는 *prima facie* 입증 정도면 충분하다고 부연하였다(결정문 65-89).

3) 관할권-시간적 관할권

스페인인 아르헨티나-스페인 투자협정 발효일은 1992년 9월이고 발효일 전에 발생한 분쟁에 대해서는 적용되지 않는다고 II조에 명시되어 있으나 청구인이 제기한 SODIGA의 부당 조치는 1989년~1992년間に 발생한 것이므로 II조에 의거, ICSID는 이 사건에 대해 시간적 관할권(*ratione temporis*)이 없다고 주장하였다.

판정부는 분쟁은 일순간에 발생하는 것이 아니라 쟁점이 될 사안의 발생 조짐, 협의, 이견의 노정과 대립, 시비 조치의 공식적인 확정 등의 과정(sequence of events)을 거쳐 발생하는 것으로서 분쟁의 단초가 되는 사안 발생일이 분쟁 발생일이 되는 것은 아니라고 보았다. 판정부는 분쟁이란 법적인 견해나 이해의 충돌을 의미하는 바 이 사건 경우 1994년 투자 철회(disinvestment)가 두 당사자의 법적인 견해와 이해가 충돌한 것이므로 분쟁은 1994년에 발생한 것이고 이는 투자협정 발효 이후이므로 ICSID는 시간적 관할이 있다고 판시하였다(결정문 90-98)

4) 투자협정 위반

청구인은 SODIGA가 공사비용을 과소 계상하여 자신이 예상치 못했던 추가 비용을 부담하느라 손실을 보게 되었다고 주장하였으나 중재 판정부는 SODIGA의 비용 추계는 내부 참고용으로 작성된 것이므로 청구인의 비용 초과에 대한 책임을 물을 수 없다는 스페인의 주장을 수용하였다. 판정부는 비용 추계와 관련된 문제에 있어서의 SODIGA의 기능은 투자자에게 정보 및 start-up 기간 중 사무실 제공, 회계 서비스 등의 편의를 제공하는 것이며 법적으로 책임질 공공 기능을 수행하는 것이 아니고 이러한 정보 제공 기능은 유사한 기능을 수행하는 많은 사적인 재정, 상업적 기관의 통상적인 상업적 서비스 범위를 초과하지 않는다고 판단하였다. 또한 투자협정은 투자자의 사업 판단의 오류에 대한 보험 기능을 수행하는 것은 아니며 SODIGA의 정보나 기능상의 흠결이 청구인으로부터 모든 투자에 내재된 투자 리스크를 면탈시켜



주는 것은 아니라고 지적하고 청구인의 손실은 SODIGA의 책임이 아니라고 판시하였다(판정문 61-64).

청구인은 환경 영향 평가로 인해 초래된 추가 비용은 SODIGA의 책임이라고 주장했다. 환경 영향 평가가 종료되기 전에 사업을 진행하도록 Galicia 지방 정부의 압력을 받아 공사를 개시하였는데 영향 평가 후 추가 비용이 더욱 발생하게 되었고 이로 인해 공사 중단 결정을 하게 되었다는 것이다. 판정부는 환경 보호는 스페인 헌법에도 명시되어 있는 중요한 국가적 정책 목표 사항이고 EU 집행위의 의무적 요구 사항이기도 하므로 청구인이 EAMSA 사업이 환경 영향 평가 대상이라는 것을 인지하지 못했을 리 없으며 청구인이 인지했고 협의했다는 증거가 방대하게 제출되어 있다고 지적하였다. 판정부는 스페인 정부와 SODIGA는 스페인 국내법 및 EU 규정을 준수한 것일 뿐이며 청구인의 손실에 대해 책임이 없다고 판시하였다(판정문 68-71)

청구인의 개인 구좌에서 3000만 페소가 EAMSA로 이전된 정황은 이러하다. 1991년 EAMSA의 재정 상황이 곤란해지자 청구인은 자신의 거래 은행에 EAMSA의 요청이 있을 시 3000만 페소를 이전하도록 지시하였다. 특정 사건 발생 조건부의 지시도 아니었고 자금 이체 조건 및 상환 등에 관한 구체적인 약정도 청구인과 EAMSA간에 논의되지 않았다. 1992년 4월 EAMSA의 요청에 의해 자금이 이체되었으나 이를 대출 약정화하는 조치는 이루어지지 않았다. 청구인은 이체 지시는 나중에 대출 계약이 체결될 것으로 추정하고 부여한 것이며 EAMSA의 자금 요청과 사용처 결정 등은 EAMSA의 공식 의사 결정에 따른 것이라고 확인하였다. 긴급 시에 회사간에는 선 자금 이체 후 대출 약정 체결이 관행이라고 양측 모두 확인하였다. 판정부는 자금 이체 요청 및 용처 결정 등이 SODIGA의 순수한 상업적 활동인지 공적인 활동인지에 초점을 두어 심리하여 이는 투자 및 산업 진흥이라는 정부 정책을 시행하는 공적인 기능에서 이루어진 것이며 청구인으로부터 이체된 자금을 본인의 동의도 없이 EAMSA에 대한 동인의 투자금으로 계상한 것은 상업적 활동이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 이러한 행위는 모두 SODIGA의 공적인 기능 수행에서 유래한 것이며 이에 대한 책임은 스페인 정부에 귀책된다고 지적하였다. SODIGA의 행위는 투명성이 부족하고 투자자에 대한 공정·공평 대우 의무와 부합하지 않으므로 아르헨티나-스페인 투자협정상의 관련 조항 위반에 해당한다고 판시하였다(판정문 72-83).



5) 투자 철회 협상

스페인인 청구인에 의해 SODIGA에 제시된 조건(청구인의 자산과 EAMSA에 대한 채권 상계를 통한 EAMSA인수)은 1994년 제시된 후 철회된 바 없고 2년 후 SODIGA가 이에 동의하였으므로 청약과 승낙의 과정을 통해 정식의 계약이 성립한 것이라고 주장하였다.

중재 판정부는 이러한 논의가 진행될 당시 양 당사자간에 계약을 체결한다는 의사와 인지가 없었으며 스페인 민법 관련 조항은 청약과 승낙을 통한 계약 수립은 당사자 간 계약 수립 의사를 전제로 규정하고 있다고 적시하였다. 또한 청약과 승낙의 경우 승낙은 무조건부여야 하고 조건을 제시할 경우 이는 새로운 청약이 되어 승낙의 주체는 다시 상대방으로 이전되는 것인데 청구인의 당초 제안에 대해 SODIGA는 200만 페소를 추가 지불할 것을 제안하였고 청구인이 이를 거절하였으므로 SODIGA의 청약에 대한 승낙이 이루어지지 않은 것이라고 설명하였다. 판정부는 이에 따라 계약은 성립되지 않았다고 결론지었다(88-91).

다. 평가 및 해설

1) 최혜국 조항을 통한 타 협정 분쟁 조항 차용

이 사건 판정부는 그러나 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용하는 데에는 일정한 제한이 있다고 지적하였다. 대표적인 것이 체약 당사국의 정책적 결정이다. 예컨대 국내 구제 소진을 ICSID 중재 동의를 조건으로 부과한 국가에 대해서는 이 조건이 없는 분쟁해결 조항을 최혜국대우 조항을 통해 원용할 수 없을 것이며 투자협정 체약국이 국내, 국제 분쟁해결 절차 중 1개를 비가역적으로 채택(fork in the road)하도록 합의한 경우나 특정의 국제 중재 재판부를 지정한 경우, 그리고 체약국이 분쟁해결 절차가 준수해야 할 구속력 있는 사법 절차를 지정하였을 경우처럼 당사국이 의지를 갖고 결정한 정책적 사항은 최혜국대우 조항을 통해 회피할 수 없을 것이라고 못박았다(결정문 63).

최혜국대우 조항을 통해 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 차용할 수 있는지는 ICSID 중재에서 자주 제기된 쟁점이다. 이에 관한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에 수록하여 두었다.



2) 귀속성

이 사건 판정부가 SODIGA 행위 책임의 국가 귀속 가능 여부를 심리하면서 적용한 structural test와 functional test는 이후의 유사 판정에서 유용하게 활용되었다. 귀속성 판정의 근거로 사용되는 국제법 위원회의 국가 책임 초안 4조, 5조, 8조를 기계적으로 적용하는 것이 아니라 당해 사건의 맥락과 내용에 따라 시비간 된 기관의 구조와 기능을 종합적으로 살펴 결정하고 있다. *EDF vs. Romania* 사건(ARB/05/13) 판정부는 국가 책임에 관한 초안 5조³⁹⁾를 적용하여 부타레스트 공항 공사(AIBO)는 국가의 기관은 아니나 법에 의해 정부 권한을 행사할 수 있는 자격을 부여받은 단체에 해당한다고 보았다. *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13) 판정부는 수에즈 운하 관리 공사(SCA)의 기능은 공적 활동을 수행하는 것이라고 볼 수는 있지만 구조적인 면에서는 설립 법령에 의거, 독립적인 예산으로 일반 기업의 관행으로 운영된다고 명기된 점에 비추어 국가 기관은 아니라고 보았다. 터키 부동산 투자 公社(Emlak)의 귀속성이 문제되었던 *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28)에서 판정부는 국가의 과반 지분 소유 사실 자체만으로는 국가 귀속성을 확인하는데 충분하지 않다고 보았다. 주택개발청이 필요한 시점마다 Emlak의 이사회 과반수 투표권을 통제하였고 이사회 성원 과반이 주택개발청 직원이며 Emlak의 정관에 주택개발청이 주투자자이며 그 지분이 경영상의 지배적 위치를 점한다고 규정이 되어 있는 점을 근거로 Emlak이 주택개발청, 즉 터키 정부의 통제 하에 있다고 결론내렸다. 이외에도 귀속성이 쟁점이 된 사건으로는 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18), *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11)이 있다.

귀속성이 쟁점이 된 ICSID 판정의 종합 해설은 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에 수록하였다.

39] 5. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State, under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided that the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.



가. 사건 개요

이 사건은 투자협정 발효일 이전에 발생한 사건에 대해서는 시간적 관할권을 행사할 수 없다고 판정한 데 대해 재심 청구와 무효 청구가 각각 제기된 후 재심 청구는 기각된 반면 무효 청구는 특별 위원회에서 수용되어 신규 심리 절차가 개시되었으나 청구인이 사법부인, 차별 주장을 입증하지 못해 결국 기각된 사건이다.

청구인 Victor Pey Casado는 스페인 국적자로서 아옌데 칠레 대통령의 친구였고 Allende Foundation은 칠레 민주화 이후 설립된 아옌데 대통령 기념 재단이다. 1973년 9월 칠레 군부는 쿠데타를 일으켜 아옌데 대통령을 살해하고 정권을 탈취한 후 아옌데 대통령과 관련된 인사들의 재산을 강탈하였고 1975년 포고령 165호를 발동, 이들 재산을 정식으로 몰수하였다. 이 중에는 청구인 Victor Pey Casado가 소유했던 신문사 El Clarin과 그 지주 회사였던 출판사 2곳(CPP, EPC)이 포함되어 있었다.

Casado는 국외로 도피하였으며 칠레 민주 정부가 들어선 1989년 귀국하였고 1990년 Allende Foundation이 설립되자 CPP, EPC 출판사의 지분 90%을 양도하였다. 1995년 10월 Casado는 산티아고 민사 법원에 El Clarin 신문사의 자산 반환 소송을 제기하였으나 법원은 2008년 7월까지 반환 소송에 대한 판결을 내리지 않았다. 1998년 7월 칠레 정부는 군사 정권이 몰수한 재산에 대해 포괄적으로 배상하는 행정 절차 법안을 마련하고 Casado에게도 이를 통지하였다. Casado와 아옌데 재단은 CPP와 EPC에 대해서 이 법에 의한 보상 청구권을 포기한다고 칠레 정부에 통지하였다. 그런데 4명의 인사가 자신들이 CPP와 EPC에 속한 자산을 소유하고 있었다고 주장하고 이 법에 따른 보상을 신청하였다. 칠레 정부는 이 신청 내용을 심사한 후 CPP, EPC에 대한 보상을 결정하였다(재무부령 43호).

Casado와 아옌데 재단 이사장은 1975년 El Clarin 신문사 몰수는 수용이며 산티아고 민사 법원의 판결 지연과 자신을 제외한 4명에게 보상을 한 조치는 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하고 스페인-칠레 투자협정을 근거로 1997년 11월 ICSID에 중재를 청구하였다.



| Victor Pey Casado와 수용당한 신문 El Clarin, 오른쪽은 그의 친구 아옌데 칠레 대통령 |

나. 주요 쟁점

1) 불법 수용 금지와 최소 기준 대우 의무 위반 여부

청구인들은 스페인 국적의 Casado가 소유한 El Clarin 신문사를 몰수한 것은 스페인-칠레 투자협정의 수용 금지 의무 위반이라고 주장하였으나 판정부는 신문사 몰수는 1975년에 발생하였고 투자협정은 1994년에 발효되었으며 판정부는 투자협정에 근거하여 심리해야 하므로 투자협정 발효 이전의 사건에 대해서는 판정을 내릴 시간상의 관할권(*ratione temporis*)이 없다고 판시하였다.

산티아고 민사 법원이 소송 접수 후 판정부의 심리 시점까지 7년여 동안 판결을 내리지 않고 있는 것은 사법 부인에 해당하고 이는 투자협정 4조 최소 기준 대우 조항 위반이라고 판시하였다. Casado를 제외하고 4인에게 CPP, ECP 몰수에 대한 배상을 한 재무부령 43호는 청구인들을 4인과 달리 차별한 것이므로 같은 조항의 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 판시하였다.

2) 재심 청구

2008년 6월 청구인들은 ICSID 협약 51조에 따라 원 중재 판정의 수정을 청구하였다. 원 판정의 이행도 잠정 중단할 것을 요구하였다. ICSID 협약 51조⁴⁰⁾는 판정에 결정적인 영향을



미칠 수 있는 새로운 사실이 발견되었을 경우 청구인에게 원 판정의 수정(재심)을 요청할 수 있는 권리를 부여하였다. 그러나 해당 사실이 원 판정 시 판정부와 청구인도 알지 못했던 것이어야 하고 정당한 주의를 기울이지 않아서 알지 못했던 것도 아니어야 한다는 제한을 두었다. 또한 시기상으로도 새로운 사실 인지 후 90일 이내, 판정문 발표 후 3년 이내로 재심 요청 시한에 제한을 두었다. 2009년 11월 판정부는 청구인이 위와 같은 재심 요청 조건을 충족하지 못했다는 이유로 청구인의 재심 청구를 기각하였다.

3) 판정 취소

2008년 9월, 원 판정부가 청구인의 재심 청구를 심리하고 있는 중에 피청구인인 칠레 정부는 ICSID 중재 절차 규칙으로부터의 중대한 이탈과 판정 이유의 불명시를 이유로 원 판정의 일부 무효를 청구하였다. 칠레는 원 판정 과정 중 피해 부분의 토의 및 심리는 청구인의 수용에 기반한 피해 주장에만 집중되었고 판정부는 투자협정 4조 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 따른 피해 산정에 대해서는 의견 제시 기회를 부여하지 않았다고 주장했다. 청취권(right to be heard)을 보장받지 못했다는 항변이다.

특별 위원회는 이 주장이 사실임을 확인하고 공정·공평 대우 의무 위반으로 인한 피해 산정에 적용될 기준에 관하여 자신의 의견을 밝힐 기회를 부여받지 못한 것은 칠레의 입장을 심각하게 훼손한 것이라고 보고 이 부분에 대한 원 판정을 무효화하였다. 특별 위원회는 중대한 절차 규칙이란 중재 절차의 완전성(integrity)에 필수적인 것으로서 ICSID 판정부가 반드시 준수해야 하는 것으로 청취권, 당사자에 대한 공정하고 공평한 대우, 입증 책임 의무의 적정한 배분, 편견 부재 등을 포함한다고 보았다(취소 결정문 73).

원 판정은 1975년 El Clarin 신문사의 몰수는 양자 투자협정 발효 이전의 문제이므로 시간적 관할권이 없다고 판정하였는데 투자협정의 위반(사법 절차의 부인, 공정·공평대우 의무 위반)으로 초래된 피해를 산정할 때는 몰수 기준(몰수 자산의 원상회복에 상당하는 금액)을 사용하였다. 특별 위원회는 판정부는 몰수 기준을 사용할 수 있는 근거에 대해 충분한 설명을

40] Article 51

- (1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.
- (2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.



하지 않았으며 자신의 판정이 서로 상충되는 것에 대해서도 설명이 없었다고 지적하고 이는 ICSID 협약52(1)e 조의 판정의 이유를 명시하지 않은 경우에 해당하므로 이 부분 판정은 무효라고 판시하였다.

4) 신규 판정 신청

ICSID 협약 52(6)조⁴¹⁾는 원 판정이 취소될 경우 새로운 판정부에게 심리를 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 원 판정의 일부가 무효화되자 2013년 Casado씨와 아엔데 재단 이사장은 이 조항에 의거하여 신규 판정을 신청하였다. 신규 판정 신청의 목적은 원 판정의 피해 산정 부분이 일부 무효화되었으므로 사법 절차의 부인과 차별로 초래된 피해를 다시 산정하기 위한 것이었다.

신규 판정부는 ICSID 중재 규칙 55(3)조⁴²⁾ 규정에 따라 자신들은 원 판정의 무효화되지 않은 부분은 검토할 수 없고 이 부분은 기판력(*res judicata*)가 인정되며 그 판정에 종속된다고 자신의 심리 범위 한계를 환기시켰다. 즉 신규 판정부는 피해의 성질과 범위를 확정하는데 국한되고 무효되지 않은 원 판정부의 판정을 일탈할 수 없다고 보았다. 신규 판정부는 이상에 비추어 아래와 같은 사실 관계를 환기하였다.

- 1975년 El Clarin 신문사의 몰수는 양자 투자협정의 범위 밖이며 따라서 수용에 기초한 주장은 양자 투자협정 분쟁 범위 내에 속한다는 사실상의 근거를 구성하지 않는 한 고려될 수 없음.
- 양자 투자협정 4조(공정-공평 대우) 위반에 관한 주장은 El Clarin의 몰수와는 사실적, 법률적으로 구분됨.
- 공정 공평 대우 의무 위반은 산티아고 행정 법원의 판결 지연 및 재무부령 43호에 의한 4인에 대한 보상으로 인정됨.
- 공정-공평 대우 의무 위반이 청구인들에게 초래한 피해에 대해서는 원 판정부가 판정한 바 없음.

41) [6] If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

42) [3] If the original award had only been annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled.



- 이 피해에 대한 산정이 신규 판정부의 임무인 바 우선 청구인이 피해의 존재와 그 피해가 칠레의 공정 공평 대우 의무 위반으로 초래된 것임을 입증해야 함.

달리 말하면 신규 판 정부는 1975년 El Clarin사의 몰수에 의해 초래된 피해는 판 정부의 관할 밖이고 다만 사법 절차 지연, 보상을 받은 4인과의 차별 대우에 의해 초래된 피해가 있으면 그 인과관계와 피해 범위를 청구인이 입증하라는 것이었다. 신규 판 정부는 여러 자료와 증언을 검토한 결과 청구인이 이를 입증하지 못했다고 판단했다. 따라서 피해에 대한 판정(칠레 당국이 청구인에게 보상해야 하는 금액)을 할 수 없다고 판시하였다(신규 판정문 232-234).

청구인은 El Clarin 신문사를 몰수한 이후 신문사의 전체의 가격 상승 등 증가된 이익(unjust enrichment)과 청구인이 입은 정신적 피해에 대해서도 보상해야 한다고 주장하였으나 신규 판 정부는 투자협정 위반으로 인해 초래된 것이 아니라는 판단 하에 기각하였다(241-243).

다. 평가 및 해설

1) ICSID 중재 판정 후 절차

이 사건은 ICSID 중재 판정 중에서 가장 기간이 오래 소요된 판정이다. 1998년 4월 최초 중재 신청이 접수된 이후 2016년 9월에야 신규 판 정부 절차가 종료되었다. 그러나 그 후에도 판정 해석, 정정 등의 요청이 접수되어 현재까지도 진행되고 있다. ICSID 중재 제도에는 중재 판정에 대하여 중재 판정의 취소, 중재 판정의 집행거부 등의 판정 후 절차를 인정하고 있다.

첫째, ICSID 협약 50조는 중재 판정문의 해석 신청에 관한 내용을 규정하고 있다. 즉, 중재 판정문의 해석 또는 범위에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 경우 당사자는 신청서를 제출하여 판정의 해석을 요청할 수 있다. 중재 판정에 대한 해석은 원 판 정부 또는 새로 구성 중재 판 정부에서 하게 된다. 그리고 중재 판 정부의 판단에 따라 위 해석에 대한 결정이 있을 때까지 원 판정의 집행을 유예할 수 있다.

둘째, 중재 판정에 결정적으로 영향을 미칠 수 있는 새로운 사실을 발견하면 원 판정의 재심을 요청할 수 있다. 다만, 판정이 내려졌을 당시에 이러한 사실이 판 정부 및 신청인에게 알려지지 아니하였고, 또한 그러한 사실을 알지 못하였음에 과실이 없어야 함을 조건으로 하고



있다. 중재 판정의 재심 역시 원 판정부 또는 새로운 구성된 판정부에서 하게 되며, 판정 시까지 원 판정의 집행을 유예시킬 수 있다(ICSID 협약 51(1)조⁴³⁾).

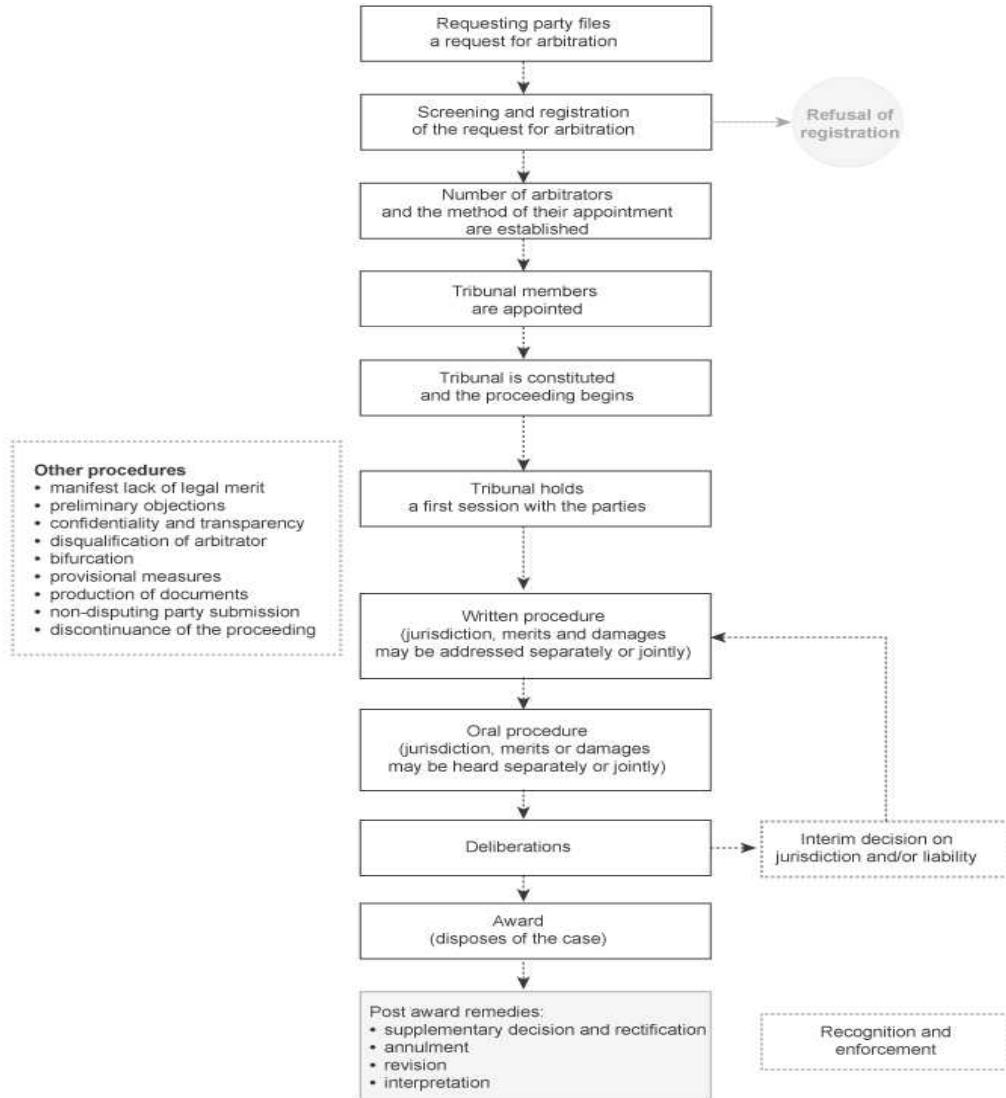
셋째, ICSID 협약 52조에 의하면 분쟁 당사자는 i) 판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아니한 경우, ii) 판정부가 명백히 그 권한을 초과한 경우, iii) 중재인에게 부정이 있는 경우, iv) 절차 규칙으로부터 중대한 일탈이 있는 경우, iv) 판정문에 판정의 이유를 명시하지 아니한 경우 등의 사유가 있으면 ICSID 사무총장에게 중재 판정의 무효를 신청할 수 있다. 중재 판정의 무효에 관한 판단은 중재 판정의 해석이나 수정의 경우와는 달리 3인으로 구성된 특별 위원회(중재 판정 취소 위원회)가 내리게 된다.

넷째, ICSID 협약에서는 판정의 승인 및 집행 거부에 관한 조항을 별도로 두고 있지 않고 협약 54조⁴⁴⁾에 각 체약국은 ICSID 중재 판정을 해당 국가 법원의 최종 판결인처럼 승인해야 집행해야 한다고 규정하고 있다. 외국 중재 판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕 협약 5(1)조에서는 ‘판정의 승인과 집행은 판정이 불리하게 원용되는 당사자의 청구에 의하여, 그 당사자가 판정의 승인 및 집행을 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 다음의 증거를 제출하는 경우에 한하여 거부될 수 있다’고 규정하고 있어 각국 법원이 직권으로 집행을 승인 및 집행을 거부할 수 있는 길은 열려 있다.

43] 51(1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.

44] Article 54

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.....



| ICSID 중재 절차 흐름도⁴⁵⁾ |

2) 투자협정의 수용 보상 범위

중재 판정은 크게 위반 여부를 판단하는 부분과 위반으로 초래된 피해 규모 및 책임 소재를 따져 피해 배상의 범위를 정하는 2개 부분으로 나뉜다. 피해 배상 범위는 실제로 금액의 규모를 다루는 부분이므로 당사자에게는 법리 판단 부분보다 훨씬 절박하고 판정부도 매우 민감하게

45) <https://icsid.worldbank.org/en/pages/process/Arbitration.aspx>



다루기는 하나 사건마다 내용과 상황이 다르므로 법리 부분처럼 타 사건에 참고되는 경우는 적다. 이번 사건의 경우 칠레 당국의 재판 지연과 차별 대우가 스페인-칠레 투자협정상의 공정-공평 대우 의무 위반이라는 법리적 쟁점은 쉽게 인정되었으나 칠레 당국의 배상액 회정을 두고 당사자 간의 공방이 심했다.

청구인인 Cosado씨가 1975년 자신의 신문사를 칠레 군부에게 강탈당해 피해를 본 것은 확실하다. 칠레 민주 정부는 과거 군부 정권이 강탈했던 재산에 대해 보상하는 절차를 마련하고 실제 이행하였다. 신규 판정부가 청구인의 피해를 산정하지 않은 것은 Casado씨가 실제 강탈로 인해 겪었던 피해를 인정하지 않는 것은 아니다. 투자협정에 근거하여 제기된 투자 분쟁이므로 투자협정의 위반으로 인해 초래된 피해를 산정하는 것이 신규 판정부의 역할이고 그러한 피해가 존재하고 투자협정의 위반으로 인해 발생하였다는 점은 이를 주장하는 청구인이 입증하여야 하는데 입증하지 못했다는 것일 뿐이다.

사실 청구인이 주장하는 피해는 군부의 강탈로 인해 초래된 것이었다. 이는 칠레 정부가 마련한 국내 절차를 통해 배상받아야 하는 것이었다. ICSID는 투자협정상의 분쟁을 다루는 것이므로 이를 통해 보상받을 수 있는 것은 투자협정 의무 불이행으로 인해 청구인에게 초래된 피해에 국한된다. 이번 사건의 경우 예를 들어 칠레 국내 절차를 통해 받을 수 있었던 보상 금액이 산티아고 행정 법원의 판결 지연으로 인해 축소가 되었다든지 보상을 받은 4인의 보상 금액과 청구인이 받은 보상 금액에 차이가 있으며 이는 칠레 정부의 차별적인 조치로 인한 것이라는 점 등을 주장하려면 ICSID 중재를 이용하는 것이 옳으나 1975년 강탈 조치로 입은 피해 보상 전액을 확보하기에는 ICSID 중재 절차는 적합하지 않았다.

3) 협정 발효 이전 분쟁 적용

시간적 관할권에서 가장 빈번하게 제기되는 이슈는 투자협정이 발효되기 전에 발생한 분쟁에 대해 투자협정을 적용하려는 청구인의 시도와 이를 일축하는 투자 유치국 간의 다툼이다. 투자협정 중에는 협정의 발효일 이전에 발생한 행위에 대해서는 협정이 적용되지 않는다고 규정된 것이 많다. 협정에 따라서는 발효일 이전에 시행된 투자에는 적용되지만 발효 이전에 발생한 분쟁에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하는 경우도 있다. 별도의 의사가 조약에 나타나 있지 않는 한 조약은 소급 적용되지 않는 것이 국제법 원칙이다. 국가의 국제적 책임은 행위 당시 존재했던 법규에 의거하여 발생하는 것이지 존재하지 않는 법규에 의한 책임을



부담할 이유는 없다. 이 원칙을 부인한 ICSID 판정은 없다. 협정 발효 이전 분쟁, 사건에 대해서는 관할권이 없다는 것이 ICSID 중재 판정의 일관된 입장이다. 관련 사건에서 주로 다투어지는 쟁점은 소급효 적용 여부가 아니라 협정 발효 이전에 발생한 행위의 위법 효과가 계속되는 경우, 협정 발효 이전에 분쟁 또는 사건의 발생 사실 여부, 분쟁 자체는 발효 이후에 발생하였으나 분쟁을 야기한 행위가 발효 이전에 발생하였을 경우 등에 관한 것들이다.

시간적 관할권에 관한 자세한 설명은 *Murphy vs. Ecuador* 사건(ARB/08/4)에 수록되어 있다.



15

Waste Management vs. Mexico 1차 사건(ARB(AF)/98/2)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 ICSID 중재 절차 청구가 국내 사법 절차와 국제 중재 중 하나를 배타적으로 선택하여야 한다는 조건을 위반하였다는 이유로 기각된 사건이다.

청구인인 Waste Management 사는 미국 회사로서 멕시코에 쓰레기 처리 업체인 Acaverde사를 설립하였고 멕시코의 Acapulco de Juarez 시와 쓰레기 수거, 처리를 대행하는 위탁 계약을 체결하였다. Acaverde사와 Acapulco시에 이 위탁 계약상의 의무 위반에 대한 다툼이 일어났고 Acaverde사에 투자한 Waste Management사는 1998년 9월 투자자와 투자 유치국간의 투자 분쟁 발생시 ICSID 중재 절차에 회부한다는 NAFTA 협정을 근거로 멕시코에 대한 ICSID 중재를 신청하였다. 한편 멕시코 국내 법원에 Acapulco시를 상대로 한 소송을 제기하였다.

멕시코는 NAFTA 1121조상 ICSID 중재 절차를 활용하려면 국내 소송 등 여타 구제 절차를 포기해야 하는데 Waste Management사는 별도의 국내 소송을 진행하고 있으므로 이 조항 위반이며 따라서 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

NAFTA 1116조는 투자자는 투자 유치국의 의무 위반 시 중재 절차를 청구할 수 있다고 규정하고 있으며 1121조⁴⁶⁾는 1116조상의 중재를 청구하기 위해서는 투자자가 중재 절차 사용에 동의해야 하고 여타의 사법적, 행정적 구제 절차를 개시 또는 지속 권한을 포기해야 한다고 규정하고 있다. 또한 이러한 동의와 포기 의사는 문서로 표시되어야 하고 분쟁 당사국에 전달되어야 하며

46) Article 1121: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:

(a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
(b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.



중재 청구서에 포함되어야 한다고 규정되어 있다. NAFTA 1119조는 ICSID에 중재 신청을 제출하기 90일전까지 중재 신청하겠다는 의사를 분쟁 당사국에 통지하도록 규정하고 있다.

중재 판정부는 제출된 증거로 볼 때 위와 같은 형식적인 요건은 청구인이 모두 충족하였다고 보았다. 그러나 포기의 경우 판정부는 형식적 요건을 충족함과 아울러 실질적인 행동(이행)이 수반되어야 한다고 보았다. 포기의 내용이 ICSID 중재 외의 여타 구제 절차를 이용, 개시하지 않겠다는 것이므로 청구인은 중재 신청서가 ICSID에 접수된 일자(1998년 9월 29일) 이후에는 이러한 구제 절차를 개시하지 않을 실질적인 행동의 의무가 있다고 지적하였다.

청구인은 동 일자 이후에 Acapulco시를 상대로 비용 지불 의무 불이행 등을 이유로 수 건의 행정, 민사소송을 제기하였다. 멕시코는 이러한 국내 사법 절차 이용은 청구인의 여타 구제 절차 포기 의무와 상치되는 것이라고 주장하였으나 청구인은 구제 절차 포기는 중재에서 위반 여부를 다투게 되는 근거법, 이 사건의 경우 NAFTA 위반 여부를 이유로 하는 구제 절차를 포기하는 것을 의미하는 것이며 NAFTA 위반 여부가 아닌 별도의 멕시코 국내법 위반을 청구 원인으로 하는 구제 절차 이용은 포기 대상에 해당하지 않는다고 반박하였다. 실제로 청구인이 멕시코 법원에 제소한 내용은 Acapulco시의 특정한 행위가 행정법, 민법 등 멕시코 법규 위반이라는 청구 원인을 근거로 한 것이었다. 청구인은 또한 ICSID에 중재를 신청 의사를 멕시코 정부에 사전 통보하는 문서와 ICSID에 중재를 신청하는 문서에 NAFTA 협정이 아닌 멕시코 국내법 등 여타의 법규 위반에 관한 분쟁해결 절차에는 적용이 되지 않는 것으로 이해한다고 명기하였다고 주장하였다.

판정부는 동일한 조치가 상이한 법원에 상이한 청구 원인으로 제기될 수 있다고 보았다. 청구인이 멕시코 법원에서 청구한 Acapulco시의 여러 부당 조치가 결국은 NAFTA 협정 투자 챕터상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반, 수용 위반 등에 해당하는 것으로 해석될 수 있다고 지적하였다. 즉 동일한 조치에 근거한 복수의 절차가 진행될 수 있는데 이처럼 청구인이 복수의 절차를 통해 중복된 피해 보상을 받게 되는 경우를 배제하려는 것이 바로 NAFTA 1121조의 목적이므로 이를 인정할 수 없다고 판단하였다. 청구인이 중재 신청서 등에 기재한 포기 대상에 대한 이해 문구에 대해서도 청구인의 잘못된 해석에 근거하고 있다고 지적하고 인정하지 않았다. 이상을 근거로 판정부는 청구인은 NAFTA 협정 1121(2)b조의 요건을 충족하지 못했으며 따라서 ICSID의 관할권이 성립하지 않는다고 판시하였다.



다. 평가 및 해설

동일한 사건이 상이한 법원에서 중복해서 동시에 심리될 경우 소송 경제 측면뿐 아니라 상이한 판정으로 인한 법적 안정성 침해 또는 과도한 보상 등의 문제를 야기할 수 있다. 대부분의 투자협정은 국제 중재 절차와 국내 절차와의 중복을 방지하기 위한 규정을 포함하고 있다. 국내 구제를 완료한 후에 국제 중재를 제기할 수 있도록 하거나 국내 사법 절차와 국제 중재 중 하나를 선택하도록 요구하기도 한다. 사법 절차를 이용하기 전에 국내외 어느 절차를 이용할 것인지 둘 중 하나를 불가역적으로 선택하게 하는 것이 택일 방식(fork in the road)이다. 포기 방식은 국제 중재를 신청할 때 앞으로 국내 구제 절차를 개시하지 않겠다고 이미 진행 중인 절차는 더 이상 진행하지 않겠다고 포기 의사를 명시적으로 밝히게 하는 것이다. 택일 방식이나 포기 방식이나 흔히 중재 판정에서 논란이 되는 것은 국내 사법 절차와 국제 중재에서 심리되는 사건의 동일성 여부이다. 택일이나 포기 방식 모두 동일 사건이 다른 사법 절차에서 중복 심리되는 것을 방지하기 위한 것이므로 청구 대상이나 청구자 등을 달리하는 사건은 동일성이 인정되지 않는다면 국내 사법 절차를 추가적으로 이용하는 것이 가능할 것이다.

Pantechniki vs. Albania 사건(ARB/07/21)은 ICSID 중재에 회부된 청구와 이미 알바니아 국내 법원에 제소한 청구가 동일한 것이라고 보아 택일 방식 의무 위반을 인정하여 관할권을 부인한 사례이고 이번 사건은 멕시코 국내 법원에 제소한 사건이 ICSID 중재를 청구한 사건과 동일하다고 보아 포기 의무 위반을 인정하여 관할권을 부인한 사례이다. 이처럼 포기 조항 미준수를 이유로 관할권을 부인한 사례로는 *Commerce Group vs. El Salvador* 사건이 있다. 이 사건 중재 판정부는 이번 사건 판정부와 마찬가지로 포기 조항은 포기 각서 제출 등의 형식적 요건뿐 아니라 국내 소송 등을 철회, 중단하는 실질적인 행동 요건도 포함한다고 확인하였고 아울러 청구인들이 국내 소송과 ICSID 중재는 상이하다고 주장하였으나 모두 환경 허가권의 취소에 관한 것으로서 본질적으로 동일하다고 판단하였다. *Azurix vs. Argentina* 사건(ARB/01/12)에서 중재 판정부는 계약서상의 분쟁 관할(국내 법원)에 제소한 것과 투자협정에 규정된 ICSID 조항에 근거한 중재 신청이 서로 청구 원인을 달리하는 경우 관할권 포기 조항은 효력이 없다고 하였다. 즉 법원에의 제소는 계약 위반에 관한 분쟁이고 ICSID에의 중재 신청은 투자협정 위반에 근거한 분쟁이므로 양자는 서로 구분된다고 보고, 청구인의 투자협정 위반에 기초한 중재 신청에 대하여 관할권을 인정하였다.



16

Lowen vs. USA 사건(ARB(AF)/98/3)

가. 사건 개요

이 사건은 부당한 국내 재판 결과를 투자자에 대한 투자 유치국의 대우 의무(내국민 대우, 공정-공평 대우 등) 위반이라고 주장하여 ICSID 중재를 신청할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Loewen Group과 그 대주주 Raymond Loewen은 캐나다에서 대규모 장의업을 영위하고 있었으며 미국 남부로 진출하기 위해 Loewen Inc. 라는 미국 법인을 설립하여 당시 이 지역을 장악하고 있던 장의업자인 O'Keefe와 치열한 경쟁에 돌입하였다. O'Keefe는 1995년 미시시피주 법원에 Loewen Inc.를 경쟁법 위반 등 여러 위법 행위 혐의로 제소하였고 미시시피 주법원은 무려 5억불의 배상금을 지불하라는 판결을 내렸다. 위반 행위에 비해 배상 금액이 터무니없이 큰 것은 말할 것도 없고 재판의 진행 과정과 배심원 평결, 재판관의 태도 및 판결 내용이 국적 차별적, 인종 차별적, 계층 차별적이었다. Loewen은 상소하려 하였으나 미시시피 주법상 하급심 판결의 집행을 정지하고 상소하기 위해서는 하급심 판결 금액의 125%에 해당하는 상소 채권을 공탁하여야 했다. Loewen은 정당한 사유가 있을 경우 상소 채권 금액을 인하할 수 있다는 규정에 따라 인하 신청을 하였으나 기각당하였다. Loewen은 상소를 포기하고 O'Keefe에 1억7천5백만불을 지급하는 선에서 타협하였다.

청구인은 1998년 11월 5억불 배상 판결과 상소 채권 인하 요청 기각이 NAFTA 1101.1조에 규정된 투자 유치국에 의해 채택 또는 유지된 조치(measures adopted or maintained by a Party)에 해당하며 미국을 이 조치 통해 NAFTA 1102조(내국민 대우), 1105조(최소 기준 대우), 1110조(수용 및 보상)를 위반하였다는 요지로 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 사법 판결의 심리 대상 가능성

중재 판정부는 미시시피 주법원 재판 자료 및 증언을 심리한 후 이 재판은 어떠한 기준에서



보더라도 수치스러울 정도로 편향적이고 불공정하며 지나치게 징벌적인 재판이라고 판정하였다. 중재 판정부는 국제법 판례 및 법학자의 견해를 인용하여 불공정한 재판이 국제 관습법상 최소 기준 대우(사법부인)에 포함되며 해당국의 국제적 책임 사항이 될 수 있다고 보았다. 판정부는 미시시피 주법원의 판결은 명백하게 부적절하고 신뢰할 수 없어 최소 기준 대우 및 공정하고 공평한 대우 의무와 부합되지 않는다는 견해를 밝히기는 하였으나 이 판결은 1심으로서 전체 사법 심리 과정 중의 일부분에 불과하므로 최종 판정은 잔여 절차의 내용과 이용 가능 여부를 심리해야 내릴 수 있다고 정리하였다(판정문 129-137).

이는 미국의 주장을 수용한 것이다. 미국은 국내의 사법적인 판결이 NAFTA 협정의 적용 대상이 되는 *measure adopted or maintained by a Party*에 해당한다는 점에 대해서는 동의 하였으나 국가의 책임은 사법 체제 전체의 최종 행위에 근거하여 판단되어야 하고 상소 등 이용 가능한 국내 사법 절차를 모두 소진한 후 시비할 수 있다고 주장했다. 청구인은 투자자는 투자 유치국 위반 행위에 대해 국내 행정, 사법 절차 개시나 지속을 유보할 수 있다고 규정한 NAFTA 1121(1)(b)조⁴⁷⁾를 들어 국내 사법 절차를 반드시 소진해야 하는 것은 아니라고 반박하였다. 중재 판정부는 이 조항의 의미가 국제 중재를 개시하기 위해서는 전제 조건으로서 국내 사법 절차를 유보해야 한다는 의미인지 명확하지 않고 상소 절차가 남아 있는 데에도 불구하고 하급심의 판결에 대해 국가가 국제법 위반 책임에 봉착한다면 매우 이상한 일이라고 지적하였다. 만일 1121조가 투자 유치국의 상소, 재심 등의 절차보다는 NAFTA 중재를 사용하도록 부추기는 결과를 초래한다면 상소심에서 교정될 수 있는 하급심 결과에 대해 NAFTA 국가는 잠재적 책임을 져야 하는 것이고 NAFTA 중재가 결국 국내 상소심의 역할을 하는 것이라고 지적하면서 NAFTA 회원국이 이를 의도하고 1121조를 기안한 것은 아닐 것이라고 판단하였다(161-162).

2) 국내 구제 절차 소진 여부

판정부는 사법 판단의 국제법 위반을 시비하기 위해서는 기계적으로 모든 국내 절차를

47) Article 1121: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:

(a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
(b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.



최종적으로 반드시 사용해야 한다고 명시적으로 밝히지는 않았다. 판정부는 사법 판단을 국제적으로 시비하기 위해서는 적정하고 효과적인 국내 구제 절차를 마쳐야 한다는 학설을 인용하여 추가적인 국내 구제 절차 진행이 사법 제도의 역량, 우호적 판결 가능성, 소송 가액 대비 효과 등에 비추어 명백하게 헛된(futile) 일일 경우 이를 생략할 수 있다는 점도 인정하였다. 그러나 판정부는 이 사건의 경우 이러한 적정성과 효과성의 문제가 아니라 상급심의 이용 가능성(availability)이 핵심이라고 보았다. 미국의 사법 제도의 적정성과 효과성은 청구인이 시비한 것도 아니고 청구인이 제기한 문제는 자신의 재정적인 능력을 초과하는 막대한 상소 채권을 매입할 수 없어서 상소할 수 없었다는 것이기 때문이다(165-170). 청구인은 상소 채권 매입 재원 마련을 위해 기울인 자신의 노력을 입증하는 자료를 제출하였고 상소 채권 가액을 인하여 달라는 요청을 법원에 제출하였으나 담당 판사는 상당한 이유가 소명될 경우 채권 가액을 인할 수 있다는 법원의 규정은 강행 규정이 아니라 판사의 재량 사항이라는 점을 들어 인하 요청을 기각하였다.

중재 판정부는 상소 채권 매입가가 상식적인 수준 이상을 초과하는 금액인 점은 인정하고 상소 진행의 현실적인 장애가 되었음도 인정하였다. 그러나 채권 가액 인하 요청 기각 결정에 대해 미시시피 주법상 청구인은 상소할 수도 있었는데 이를 이용하지 않았다는 점을 적시하며 청구인의 주장대로 채권 가액 인하 요청 기각 자체가 사법 부인에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하였다(186-189).

미국은 채권 가액 인하 요청이 기각되었어도 청구인은 자신의 재산에 대한 원 판결 집행을 감수하고 상소를 진행하든지, 미 파산법상의 파산 보호 신청을 하여 원 판결 집행을 정지하든지, 미 대법원에 원 판결 집행 정지 청원을 할 수 있는 여지가 있었으나 이를 행하지 않았고 따라서 이용 가능한 국내 구제 절차를 소진하지 않았으므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다는 입장을 재확인하였다. 중재 판정부는 미국의 주장을 수용하였다. 중재 판정부는 미국이 제시한 절차의 적정성과 이용 가능성을 검토하여 적어도 대법원 청원은 시도해 볼만한 구제 절차였다고 판단하고 청구인이 미국의 NAFTA 1105조 위반을 입증하지 못했다고 판단하였다(207-217).

3) 내국민 대우

청구인은 내국민 대우 의무 위반도 주장하고 1102(3)조가 비교 대상으로서 요구하고 있는 유사한 환경에 있는 내국민은 같은 소송 상대인 O'Kafee가 될 수 있다고 밝혔다. 그러나



중재 판정부는 동일 소송 상대방은 당사자이지 이 조항에서 말하는 비교 대상이 될 수 없고 별개의 건으로서 청구인과 유사한 환경에 있는 자를 의미한다고 보았다. 판정부는 내국민 대우 의무 위반 여부는 청구인이 합당한 비교 대상을 제출하지 않았으므로 판단할 수 없다고 정리하였다(139-140).

다. 평가 및 해설

1) 사법부인

공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당하는 투자 유치국의 행태 중의 하나는 사법부인(denial of justice)이다. 이 개념은 투자협정에서뿐만 아니라 오래 전부터 국제법의 일반 원칙으로 인정되어 왔다. 넓게는 특정 국가의 외국인에 대한 입법, 행정, 사법 작용이 외국인의 권리를 침해하는 상황을 포괄하기도 하고 좁게는 사법적인 구제 수단에 대한 접근을 제한하는 것을 뜻한다. 공정·공평 대우 자체가 투자협정에는 해당 단어만 기재되어 있을 뿐 어떠한 대우가 이에 해당하는지, 위반에 해당하기 위해서는 어떠한 요건을 위반해야 하는지 판단의 기준을 일체 제공하고 있지 않기 때문에 사법 부인의 범위와 구성 요건에 대해서도 협정문 자체에서 판단의 준거를 찾기는 어렵다. 사법 부인이 협정에 따로 명시되어 있지 않아 공정·공평 대우의 범위에 포함되는 것으로 이해하기도 하고 어떤 투자협정에는 사법 부인이 공정·공평 대우에 포함된다고 명기하기도 한다⁴⁸⁾. 어느 경우든 사법 부인의 구체적 내용과 요건에 대해서는 침묵하고 있다.

따라서 사법부인 해당 여부, 판단 기준 등은 국제 중재 판례를 통해 점진적으로 성립되어 가고 있는 중이다. 지금까지 ICSID 중재 판정에서 심리된 예를 보면 사법 부인의 범위를 투자 유치국의 입법, 행정 조치까지 포함하는 것으로 판단하지는 않았다. 투자 유치국 국내 사법 작용에 국한하여 사법 부인 시비가 제기되었고 심리되었으나 사법의 절차에만 국한하여 사법 부인이 인정되지는 않았다. 일정 부분은 사법부의 판단 자체가 사법 부인에 해당한다고 판정되기도 하였다. 그러나 그 기준은 매우 엄격하다. 거의 모든 판정부가 ICSID 중재 판정은

48) NAFTA 협정에는 사법 부인(denial of justice)라는 용어 자체가 등장하지 않으며 1105(1)조는 공정공평 대우와 충분한 보호 및 안전 대우만을 언급하고 있다(Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security).

반면에 한·중·한·미 FTA는 공정공평 대우는 사법 부인을 포함한다고 명기하고 있다(한·중 FTA. 12.5(2)(a). 'fair and equitable treatment' 6 includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process of law;).



국내 사법 판결에 대한 상급심이 아니라는 이유로 국내 판결의 정당성 여부에 대해서는 개입하기를 매우 주저한다. 비단 국내 판결 자체의 사법부인 해당 여부에 대해서만 엄격한 기준을 적용하는 것이 아니라 사법부인 판단 자체가 주권 국가의 사법 제도의 적정성을 부인하는 것이므로 매우 신중하게 판단해야 한다는 자세를 취하고 있다.

이 사건은 국내 법원 판결이 최종심이 아니므로 사법 부인을 인정하지는 않았으나 만일 국내 법원의 최종 판결이 수치스러울 정도로 편향적이고 불공정하며 지나치게 징벌적일 경우에는 사법 부인에 해당한다고 해석할 수 있다. 이와 비슷하게 *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 국내 법원의 판결이 명백하게 부당하고 믿을 수 없어서(clearly improper and discreditable) 그 결과 투자자가 불공정하고 불공평한 대우를 받게 되어야 사법 부인에 해당할 것이라는 기준을 제시하였다. 이 외에 ICSID 중재에서 사법 부인이 쟁점으로 다루어진 사례를 종합한 해설은 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38)에 수록되어 있다.

2) 국내 구제 절차 소진

사법권은 국가의 대표적인 주권적 권한이므로 영토 내에서 발생한 분쟁은 아무리 상대가 외국인 투자자라고 하더라도 투자 유치국의 사법 기관이 전속적인 권한을 갖는 것이 원칙이다. 그러나 외국인 투자 유치라는 현실적인 이해를 위해 주권 국가가 사법권을 스스로 제약한 것이 국제 중재의 존립 배경이다. 그러나 주권 국가로서의 사법권을 완전히 포기할 수도 없는 일이며 외국인 투자자 입장에서 투자 유치국 사법 기관의 독립성과 공정성이 인정할만한 수준이라면 굳이 비싼 소송비용을 감수하면서 국제 중재를 이용할 필요도 없을 것이다. 투자협정에서는 이러한 점을 감안하여 국내 사법 절차와 국제 중재 절차 간의 관계에 대해 규정하고 있는 것이 보통이다. 국제 중재와 국내 사법 절차 중 하나를 불가역적으로 선택하여 시작 단계에서부터 두 절차를 절연시키려는 규정이 있는가하면 국내 사법 절차를 시도한 후에 국제 중재를 청구하도록 순서상의 선후를 정한 규정도 있다. ICSID 협약 26조⁴⁹⁾도 상대국 투자자가 중재를 제기하기 전에 법원의 소송 등 국내 구제 절차를 소진(exhaustion)하도록 요구하는 것을 허용하고 있다. 消盡의 사전적 의미는 더 이상 남아 있는 것이 없는 상태이다. 그렇다고 하여 이 조항의 의미를 국내 구제 절차의 최종 판결이 있는 후에야 국제 중재를 신청할 수 있다고 해석해야 하는 것은

49] Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.



아니다. 대다수 투자협정은 국내 절차를 먼저 시도하되 일정 기간, 대개는 18개월 이후에는 국제 중재를 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 그 기간 동안 상급심 심리까지 마칠 수 있으면 문제가 없을 것이나 1심 또는 상급심이 그 기간 동안 끝나지 않으면 심리 결과를 기다리지 않고 국제 중재를 이용할 수 있다는 것이다. 18개월간 반드시 국내 구제 절차를 소진하라는 의미도 아니다. 그 기간 내에 국내 법원의 판정이 있었으나 만족스럽지 못하면 국제 중재에 제소할 수 있다. 따라서 국내 구제 절차 소진이란 국내 법원에게 일정 기간의 우선 심리권을 부여하는 것이지 모든 사법 절차가 완료되어야만 국제 중재를 개시할 수 있다는 의미는 아니다.

ICSID 투자 분쟁에서 국내 구제 절차 소진이 쟁점이 되는 것은 소진되지 않은 국내 절차의 존부 여부가 아니라 18개월 대기 여부에 관한 것이다. 대개는 대기 조항이 없는 타 협정의 분쟁해결 조항을 최혜국대우 조항을 통하여 차용해올 수 있는지 여부이다. 이에 관해서는 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에 종합 해설을 수록하여 두었다. *Maffezini vs. Spain* 사건(ARB/97/7) 판정부는 18개월 대기 내용이 포함된 이태라-스페인 투자협정 X(3)(a)조는 스페인이 이해하는 것과 달리 일반 국제법상의 국내 구제 소진 원칙도 아니라고 분쟁 당사자가 적정한 국내 법원을 이용토록 허가하고 일정 기간 후 국제 중재를 이용하게 하는 기능을 수행하고 있다고 보았다(관할권 결정문 23-37).



17

Wena Hotel vs. Egypt 사건(ARB/98/4)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 위탁 경영하고 있는 호텔을 이집트 당국이 강제 점거하고 위탁 경영권을 취소한 행위가 불법 수용에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Wena 호텔은 영국의 호텔 경영 회사로서 1989년 8월 이집트 관광청 산하의 이집트 호텔 공사(이하 EHC)와 Luxor에 소재한 룩소 호텔을 21년간 임대하여 경영하는 계약을 체결하였고 1990년 1월에는 카이로에 소재한 나일 호텔을 25년간 임대 경영하는 계약을 체결하였다.

그러나 체결 직후 청구인은 해당 호텔의 상태가 계약서에 명시되어 있는 것보다 훨씬 엉망이라는 이유로 임대 계약 규정에 따라 임대료를 지급하지 않았다. EHC는 미납 임대료를 보증금에서 인출해가기 시작하였다. EHC는 1991년 3월 27일 이사회에서 두 호텔을 접수하여 4월 1일부로 직접 경영하기로 결정하고 결정문 사본을 청구인에게 형식적으로 송달하고 4월 1일 두 호텔을 강제로 탈취하였다. 1992년 1월과 4월 이집트 사법 당국은 EHC의 룩소 호텔 및 나일 호텔 점거가 불법이라고 결정하고 청구인에게 반환토록 명령하였다. 수개월 후 호텔은 반환되었으나 반환과 동시에 이집트 관광청은 청구인의 호텔 사업 인가를 소방 시설 불량 등의 이유로 취소하거나 임시인가로 격하시켜 버렸다. 반환받은 호텔은 집기와 설비가 심하게 훼손되어 있는 상태였다. 청구인은 EHC를 상대로 이집트 중재 절차를 개시하여 보상을 받고 호텔을 반환하였으며 1995년, 97년에 각각 나일 호텔과 룩소 호텔에서 철수하였다. 룩소 호텔 중재는 취소되어 보상금을 수령하지 못하였다.

청구인은 호텔 점거와 훼손이 불법 수용과 공장공평 대우 및 충분한 보호 및 안전 위반에 해당한다는 요지로 1998년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

중재 판정부는 이집트 당국이 EHC의 호텔 접수 계획을 인지하고 있었으면서 수수방관한 점,



강제 접수 후 신속한 구제 조치를 해태한 점, EHC에 제재 조치를 부과하지 않은 점 등을 적시하고 이는 영국-이집트 투자협정의 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 해당한다고 판시하였다(84-95).

중재 판정부는 이집트의 조치는 수용에 해당한다고 판단하는데 어려움이 없다고 판단하였다. 이집트 당국이 호텔 점거를 허가하였거나 점거에 참가하였는지 여부에 관계 없이 EHC의 강제 점거를 허락함으로써 청구인으로부터 소유권을 탈취하였고 불법적으로 소유권을 1년 가까이 보유하고 있었으며 시설 집기가 훼손된 상태로 반환한 것은 수용에 해당한다고 보았다. 이집트는 수용을 구성하기 위해서는 소유권 탈취가 영구적이어야 하나 이 사건 경우 일시적이었다고 항변하였으나 중재 판정부는 무력 점거 후 1년 가까이 불법적으로 타인의 소유권을 보유한 것은 일시적이라고 볼 수 없으며 호텔이 반환된 후에도 이집트는 신속, 적정, 효과적인 보상을 하지 않았다고 지적하고 이집트의 주장을 기각하였다(판정문 96-100).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 이집트의 행위가 수용에 해당한다고 판정하였으나 직접 수용인지 간접 수용인지에 대해서는 따로 심리하지 않았다. 비록 EHC가 점거한 것이 청구인 소유의 호텔은 아니고 청구인은 해당 호텔을 25년간 위탁 경영할 권리를 소유한 것이지 호텔 자체를 소유한 것은 아니므로 소유권의 탈취를 의미하는 직접 수용은 아닐 수도 있다. 그러나 판정부는 이집트의 행위로 인해 청구인의 *fundamental right of ownership*이 탈취되었다고 표현하였다. EHC의 행동 양태와 유체물이 물리적으로 청구인의 의사와 달리 점거된 점 등이 직접 수용과 대동소이하여 이 책에서는 직접 수용으로 분류하였다. ICSID 판정에서 직접 수용이 다루어진 예는 아래 표와 같다.

직접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합표

사건명	직접 수용 해당 및 요건 충족 여부	직접 수용 불해당
<i>Wena Hotel v. Egypt (98/4)</i>	보상 요건 불충족, 법적 근거 없이 강제 탈취하고 1년 후 반환하였어도 직접 수용 인정	
<i>AIG Capital v. Kazakhstan (01/6)</i>	적법 절차, 보상 요건 불충족	
<i>ADC v. Hungary (03/16)</i>	수용 4개 요건 모두 불충족	



사건명	직접 수용 해당 및 요건 충족 여부	직접 수용 불해당
<i>Gemplus v. Mexico (AF)/04/3, 04/4)</i>	수용 요건 불충족	
<i>Furnekotter v. Zimbabwe (05/6)</i>	보상 요건 불충족	
<i>Siag & Vecchi v. Egypt (05/15)</i>	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Kardassopoulos v. Georgia (05/18)</i>	적법 절차, 보상 요건 불충족 공공성 비차별성 충족	
<i>Vesley v. Venezuela (06/4)</i>	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Teinver v. Argentina (09/1)</i>	공공 목적 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Tidewater v. Venezuela (10/5)</i>	비차별성 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Garanti Koza v. Turkmenistan (11/20)</i>		법원 판결은 수용 불해당
<i>Rusoro v. Venezuela (AF)/12/5)</i>	보상 요건 불충족, 공공 목적 심층 심사 사양	

이 사건 판정부는 이집트 행위가 수용에 해당한다고 판정하면서 이전의 수용 관련 판례를 예로 들었다. *Amco Asia co. vs. Indonesia* 사건 (ARB/81/1) 판정부는 수용은 국가가 사유 재산을 탈취할 때뿐 아니라 소유권을 다른 자연인, 법인에게 이전할 때도 성립하며 국가가 피수용자로부터 사법적인 보호권을 철회하거나 사실상의 점유자가 점유물을 계속 보유하도록 방치할 때도 성립된다고 보았다. *SPP(ME) vs. Egypt* 사건(ARB/84/3) 판정부는 무형의 계약권도 국제법의 보호 대상이며 이러한 권리를 탈취하는 것도 보상의 의무가 발생한다고 보았다. 이번 사건에서 수용 당한 청구인의 자산은 해당 호텔이 아니라 25년간 위탁 경영권이 아닌가 판단된다. 국제법상의 재산 탈취나 박탈은 해당 재산의 법적인 소유권이 영향을 받지 않는다 하더라도 재산의 사용이나 혜택의 향유를 국가가 방해할 때도 성립한다고 본 국제 중재 판정도 제시되었다. (US-IRAN Claims Tribunal, *Tippets vs TAMS-AFFA* 사건). 간접 수용의 정의에 부합하는 내용이다.



18

Eudoro Olguin vs. Paraguay 사건(ARB/98/5)

가. 사건 개요

이 사건은 금융 기관이 파산하여 예치금을 망실한 청구인이 금융 감독 기관의 감독 부실로 인해 자신의 예치금이 수용 당했다고 주장하였으나 기각당한 사건이다.

청구인 Eudoro Olguin은 파라과이와 미국 국적을 소지한 이중 국적자로서 파라과이 중앙은행 직원(검사관)의 권유에 따라 La Mercantil이라는 금융 회사에 자금을 예치하고 투자 증명서를 수령하였다. 1995년 7월 파라과이의 경제 위기 외중에 La Mercantil은 파산하였고 Olguin은 파라과이 예금자 보호법에 따라 소액만 보전 받고 예치금의 대부분을 망실하였다. Olguin은 투자 증명서에 중앙은행 직원의 서명이 있는 것은 파라과이 정부의 지급 보증을 의미하는 것이라고 주장하였고 La Mercantil이 파산에 이를 정도로 부실하게 경영한 것은 파라과이 금융 감독 당국이 감독 소임을 제대로 하지 않은 것이라고 주장하고 이로 인해 자신의 투자금이 보상 없이 수용당한 것이며 이는 미국-파라과이 투자협정 위반이라는 요지로 1997년 10월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

투자 증명서에 중앙은행 검사관의 직인이 날인된 것은 정부의 지급 보증을 의미한다는 청구인의 주장에 대해 판정부는 해당 직인이 그러한 효과를 가지려면 파라과이 법에 명시적인 규정이 있어야 할 것이나 이러한 법의 존재가 증명되지 않았고 기존 규정상 직인은 해당 투자 증명서가 정히 등록되었다는 의미로 보인다고 설명하고 청구인의 주장을 기각하였다.

파라과이 금융 감독 당국의 감독 행위가 소홀했던 점은 판정부도 인정하였으나 이를 이유로 투자 증명서의 지급 책임을 파라과이 정부에 묻는 것은 지나치다고 판단하였다. 청구인은 경험 많은 기업인으로서 파라과이의 상황에 대해 신중히 검토할 책임이 있고 파라과이에 투자하게 된 본인의 이유가 있을 것이므로 투기적이거나 경솔한 투자로 인한 손실의 보상을 구하는 것은



이성적이지 않다고 혼시하였다.

판정부는 수용이란 투자자가 정부의 소유권 탈취 행위로 인해 자신의 자산을 박탈당하는 것이지 금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실은 수용이라고 볼 수 없다고 지적하였다. 판정부는 파라과이 감독 당국이 정상적으로 기능했다면 La Mercantil의 부실 경영을 사전에 적발, 시정할 수 있었을 것이라는 점은 동의하였다. 그러나 이러한 감독 당국으로서의 정당한 행위의 부재가 투자자의 손실을 보상하라는 특정한 의무와 권리를 파라과이 정부나 투자자에게 부여하지는 않는다고 단언하였다. 행위의 부재와 보상 간의 이러한 인과관계가 성립하기 위해서는 투자협정에 명백한 규정이 있어야 할 것이나 그렇지 않다는 점을 확인하고 또한 투자협정은 잘못된 사업 판단에 대한 보험이 아니라고 지적하였다. 판정부는 수용이 행해지기 위해서는 소유자로부터의 자산 탈취 효과를 갖는 행위가 있어야 하며 수용된 자산의 획득, 직간접적인 통제, 또는 최소한 이익의 향유하는 방식으로 수행되어야 한다고 보았다. 수용은 이처럼 목적론적인 행동을 요구하는 것이며 따라서 행위의 부재는 수용을 일어나게 하기에 충분하지 않다고 판단하였다(판정문 64-84).

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용

이 사건 청구인의 주장은 파라과이의 특정 조치로 인해 자신의 투자가 수용당한 것이 아니라 은행 감독 업무를 소홀히 한 부작위로 인해 자신의 투자가 수용된 것과 마찬가지로 손실을 보았다는 것이므로 일종의 간접 수용에 관한 주장이다. 이 사건 판정부는 수용이 행해지기 위해서는 소유자 자산을 탈취하는 효과를 갖는 행위가 있어야 하며 수용된 자산의 획득, 직간접적인 통제, 또는 최소한 이익의 향유하는 방식으로 수행되어야 한다고 보았다. 판정부의 이러한 견해는 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정에서 반복적으로 확인되어 왔다. ICSID판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 시비하는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게



훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 판례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 시비되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았어도 간접 수용으로 인정되며 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융 당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제 등 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용 시비가 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

2) 유사 판례

이 사건은 금융 감독 당국의 특정 행위가 아니라 부작위가 시비된 특별한 경우이다. 간접 수용 사건 중 이와 유사한 시비가 제기된 것들로는 경영 부실 상태에 이른 청구인의 투자 회사에 루마니아가 증자를 하고 법정 관리를 추진한 것이 수용이라는 주장이 제기된 *Noble Ventures vs. Romania* 사건(ARB/01/11)이 있다. 이 사건 판정부는 감독 관청의 증자와 법정 관리는 당시 상황상 적절한 사전 조치이고, 대주주인 청구인이 추가적인 재원을 조달해오지 못한 상황에서 루마니아 당국의 조치가 수용에 해당한다고 볼 수는 없다고 판단하였다(판정문 211-216). 페루의 부실 은행 청산 조치에 대해 해당 대주주가 점진적 수용 시비를 제기한 *Renee Rose Levy vs. Peru* 사건(ARB/10/17)에서 판정부는 페루 금융 시장 불안 상황을 감안할 때 은행 관련 규정을 준수하지 않는 해당 은행의 청산은 불가피했고 금감원의 조치는 수용이 아니라 공공의 복지를 위한 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 보았다(판정문 473-478). 기존의 면허가 만료된 방송 송출 업자가 해당 주파수 입찰에 응찰하였으나 낙찰 받지 못한 후 자신의 권리가 수용당했다고 주장한 *Emmis vs. Hungary* 사건(ARB/12/2)에서 중재 판정부는 수용이란



개인이 소유하고 있는 유무형의 금전적 가치가 있고 양도 가능한 재산을 탈취하는 것이나 기존 면허 종료 이후 신규 입찰 과정에서 청구인이 소유하고 있는 권리가 존재하지 않으므로 수용 주장이 성립하지 않는다고 판정하였다. 수용 당할 권리가 없는 상태에서 수용 시비가 제기된 특별한 경우이다.



19

Banro vs. Congo 사건(ARB/98/7)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID 중재 신청 자격이 없는 투자자가 투자 유치국 내 투자하였던 자신의 회사가 수용될 상황이 되자 ICSID 협약 체결국 국적사인 자신의 또 다른 자회사에게 해당 회사의 지분을 이전하고 ICSID 중재를 신청하게 한 것에 대해 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

Banro Resources Co.(이하 BR)은 캐나다 국적의 광산 개발회사이다. Banro American Resources Inc.(이하 BA)는 미국적 회사로 BR이 주식 100%를 소유하고 있는 BR의 자회사이다. Sakima는 BR이 투자하여 콩고 민주 공화국(이하 콩고)에 설립한 자회사로 회사법상 콩고 회사이다.

BR과 콩고 정부는 광산 개발에 관한 계약(광산 계약)을 체결하였고 이 계약 35조는 분쟁시 ICSID중재를 이용한다고 규정되어 있었다. 이 계약 체결 당시 캐나다는 ICSID 회원국이 아니었고⁵⁰⁾ 미국은 회원국이였다. ICSID 1998년 7월 콩고 정부는 광산 계약을 승인했던 정부령을 폐기하고 자국내에서 광산 개발 사업을 추진중이던 Sakima의 광업권을 회수했다. 1998년 8월 BR은 자신이 보유했던 Sakima지분을 모두를 BA에 이전하여 Sakima는 BA의 자회사가 되었다. 즉 BR은 국적국인 캐나다가 ICSID 회원국이 아니므로 콩고의 Sakima 수용 행위를 ICSID에 제소하기 위해 미국적사인 자신의 자회사 BA에게 Sakima 지분을 넘긴 것이다.

BA는 투자자로서 Sakima와 함께 콩고의 Sakima 수용 건을 광산 계약을 근거로 1998년 8월 ICSID에 중재 요청하였다. 콩고는 이 건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) ICSID 원용 자격의 이전 및 확장

ICSID 관할권이 성립되기 위해서는 ICSID 협약 25조에 의거, i) 투자 유치국과 투자자의 국적국이 모두 ICSID 중재 신청 당시 ICSID 체결국이어야 하며 ii) 투자 유치국과 투자자가

50) 캐나다는 2006년 12월 ICSID 협약에 서명, 2013년 12월 발효



향후 분쟁시 ICSID 절차를 이용하기로 합의할 당시 투자자가 ICSID 체약국의 국적을 가지고 있어야 한다.

ICSID 중재 절차를 이용하기로 규정한 광산 계약 35조상 콩고는 BR과 ICSID 중재에 동의한 것이지 BA와 동의한 것은 아니다. 따라서 판정부는 BA와 Sakima가 정당한 청구인이 되기 위해서 i)의 조건은 충족하였지만 ii)의 조건은 충족하지 못하였다고 보았다. 광산 계약은 BR과 콩고가 맺은 것이고 BA는 이 계약 당사자가 아니기 때문이다.

판정부는 청구인의 ICSID 분쟁 당사자 적격에 관한 과거의 판례를 보면 형식 요건을 기계적으로 적용하지 않고 실질 관계를 살펴 일정 부분 유연하게 결정한 예가 많다고 보았다. ICSID 중재를 신청한 회사와 ICSID 회부에 동의한 회사가 법인격이 다르기는 하나 동일한 그룹 내에 속해 있는 동료 회사인 경우와 회사의 지분이 이전된 사례에서 ICSID 중재 신청은 지분을 이전받은 회사(transferee)가 했으나 실제 ICSID 관할권에 동의한 것은 지분을 이전한 회사가 한 경우에서 관할권을 인정할 예가 있었다. 형식상 ICSID 중재 절차를 이용하기로 동의한 것은 자회사라 하더라도 실질적인 투자자인 모회사가 동의한 것으로 볼 수도 있을 것이라고 판단하였다. 자회사의 동의가 모회사로 이전, 확장되는 것이다. 그러나 이 사건의 경우와 같이 모회사로부터 자회사에, 그것도 분쟁 발생 시 자회사로 지정되지 않았고 설립되지도 않은 자회사에 대해 동의를 효력을 확장하는 것까지 인정되지는 않는다고 보았다(판정문 9-12).

분쟁 발생시 ICSID에 회부하기로 동의한 사실상의 투자자 BR의 동意的 효과가 BA에 확장되는 것으로 해석할 수 있는지에 대해 중재 판정부는 BR의 국적국은 캐나다이고 캐나다는 ICSID 체약국이 아니므로 i)의 조건에 따라 BR에게는 ICSID 절차를 활용할 수 있는 권리가 원천적으로 없다고 보았다. 따라서 보유하고 있지도 않은 권리를 BA에게 이전, 확장할 수는 없다고 판단했다(4-6).

2) 외교적 보호권과의 관계

중재 판정부는 ICSID 관할권에 대해 유연한 입장을 취할 수 있었던 이전의 경우와 이 사건은 근본적으로 다르다고 보았다. 이전의 경우는 같은 그룹의 소속사, 모회사-자회사의 관계였으나 이 사건은 투자자 국적국의 외교적 보호권 행사와 관련된 문제가 있다고 설명하였다. 투자자-국가 소송 제도의 취지는 투자자와 투자 유치국간의 분쟁 발생시, 투자자의 정부가 자국민 보호를 명목으로 외교 보호권을 행사함으로써 개인과 국가 간의 분쟁이 국가 간 대립으로 격화되는



것을 방지하고 객관적이고 공평한 사법 절차를 통해 분쟁을 해결하려는 것이다. 따라서 ICSID 협약 27조⁵¹⁾를 통해 체약국은 자국민과 투자 유치국이 중재에 회부하기로 동의한 분쟁에 관하여 외교적 보호권을 부여하지 않는다고 확인하고 있으며 ICSID협약 26조⁵²⁾에서는 분쟁 당사자 간의 중재 합의는 다른 어떠한 구제 수단도 배제한 것으로 간주한다고 규정함으로써 일단 ICSID 중재에 합의하였으면 다른 구제 수단, 예컨대 자국 정부의 외교적 보호권을 사용하지 못하게 하고 있다.

그런데 이 사건의 사실상 투자자인 BR의 국적국은 캐나다이고 캐나다는 ICSID협약 체결국이 아니므로 BR에 대해 외교적 보호권을 합법적으로 행사할 수 있다. 사실상의 투자자인 BR도 ICSID 중재 절차를 사용할 수 있다고 ICSID 동의를 효과로 중재 판정부가 확장적으로 유연하게 해석한다면 BR은 중재 절차와 외교적 보호권을 모두 사용할 수 있고 이는 ICSID 협약의 취지와 다르게 투자 유치국을 외교적 보호권과 중재 제소에 과도하게 노출시키는 것이라고 판단하였다(17-19). ICSID 협약 체결국은 이 협약 가입시 투자자 국적국으로부터의 외교적 보호권이 행사될 수 없다고 확신하였고 자국 투자자에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다고 확신하였으며 이 원칙은 ICSID 중재 체제의 논리상 매우 엄격하게 적용되는 것이라고 판단하였다(21).

다. 평가 및 해설

1) 관할권

BR은 국적국인 캐나다가 ICSID 회원국이 아니므로 ICSID 협약 25(1)조⁵³⁾상 ICSID 중재 당사자가 될 수 없다. BA는 ICSID 중재 절차에 동의한 광산 계약의 당사자가 아니므로 ICSID

51) Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

52) Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

53) (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State, ..., and a national of another Contracting State, ...



협약 25(2)(b)조⁵⁴⁾상 ICSID 중재 당사자가 될 수 없다. ICSID 협약을 문언적으로 기계적으로 해석하면 이와 같이 간단하게 중재 판정부가 이 사건에 대해 관할권이 없다고 결정할 수 있다. 이 사건 판정부는 이러한 요식적인 접근이 아니라 실질적인 평가를 통해 관할권 여부를 결정한 과거 판정부의 관행을 존중하려 하였으나 이 사건은 이전의 사례와 두 가지 측면에서 다르기 때문에 관할권을 인정할 수 없었다.

첫째는 사실상의 투자자는 모회사이고 ICSID 중재 절차 활용에 동의한 것은 자회사인 경우에 자회사의 동의를 효과가 모회사에 이전, 확장되는 것은 ICSID의 본래 대상과 목적이 외국인 투자자와 투자 유치국 간의 투자 분쟁을 심리하기 위한 것이므로 어느 정도 유연성을 발휘하여 모회사의 당사자 적격을 인정할 수도 있지만 이 사건의 경우는 오히려 모회사(BR)의 권리가 자회사(BA)로 이전, 확장되는 것이고 더욱이 그 자회사가 분쟁 발생 전까지 존재하지 않았던 터라 이를 인정하기 어렵다는 것이다⁵⁵⁾. 자회사 BA에 이런 사정이 없었더라도 모회사 BR의 권리가 이전될 수도 없었다. 분쟁 발생시 ICSID 중재 절차를 이용하기로 BR이 동의하였지만 그 당시 BA는 ICSID 25(2)b조 규정과 달리 ICSID 협약 체결국의 국민이 아니었기 때문에 BA는 ICSID 중재 절차를 이용할 수 있는 권리가 처음부터 없었던 것이다. 판정부는 이처럼 존재하지 않는 권리를 자회사에게 이전, 확장할 수 없다고 본 것이다.

둘째는 ICSID 협약국은 투자 분쟁의 당사자간 된 자국민에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 원칙 때문이다. 이러한 외교적 보호권 행사 금지는 투자자와 국가 간의 분쟁을 국가 간 대립이 아닌 사법적인 절차로 처리하려는 ICSID 협약 체제의 근간이다. 그러나 BR의 국적국인 캐나다는 ICSID 협약국이 아니므로 언제든지 합법적으로 BR에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 있다. BR의 당사자 적격을 인정하면 투자자의 국적국은 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 ICSID 체제의 근본 원칙과 상치된다. 또한 투자 유치국 콩고를 캐나다의 보호권과 ICSID 중재에 지나치게 노출시키는 것이다.

54) [b] any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

55) 수용 당한 회사는 Sakima 이고 Sakima 의 지분은 BR 이 소유하고 있었는데 분쟁이 발생하고 나서 BA 에게 BR 이 Sakima 의 주식을 이전한 것이므로 분쟁 발생 당시 BA 는 Sakima 에 관한 한 BR 의 자회사가 아니었고 Sakima 또한 BA 의 자회사가 아니었다.



2) 중재 판정문의 공개

ICSID 협약 48(5)조⁵⁶⁾에 의하면 분쟁 당사자가 동의하지 않으면 ICSID는 판정문을 공개할 수 없다. 이 규정에 따라 판정문이 공개되지 않는 경우가 종종 있다. ICSID 중재 규칙 48(4)조⁵⁷⁾은 판정부가 적용한 법리 판단의 요지는 ICSID가 당사자의 동의 없이도 공개할 수 있다. 이 사건 판정문은 전문이 아니라 중재 규칙 48(4)조에 따라 법리 판단(legal reasoning) 요지만 공개된 것이다.

56] [5] The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

57] [4] The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.



20

Feldman vs. Mexico 사건(ARB(AF)/99/1)

가. 사건 개요

이 사건은 담배를 국내에서 구매해서 수출할 경우 세금을 환급하여 주지 않아 수출 사업을 포기하게 된 것이 간접 수용에 해당하는지와 유사한 처지에 있었던 국내 담배 회사의 수출에는 세금을 환급해주는 것이 내국민 대우 의무 위반에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Marvin Feldman은 미국인으로서 멕시코에 Corporacion de Exportaciones Mexicanas S.A. (이하 CEMSA)를 설립하여 주류, 담배, 음료 수출 사업을 시행하였다. 멕시코는 특정 상품 및 서비스에 관한 과세법(Impuesto Especial Sobre Produccion y Servicios, 이하 IEPS법)에 따라 국내에서 생산, 판매되는 담배, 주류 등에 특별 소비세를 부과하였고 이 물품을 해외로 수출할 시에는 영세율을 적용하거나 국내에서 이 물품을 구매할 때 지불하였던 특소세를 환급해주는 제도를 운영하고 있었다. CEMSA는 멕시코에서 담배, 주류 등을 구매하여 해외에 수출하고 있었다. 이 사건에서는 담배 수출 사업이 문제가 되었다. 멕시코에는 담배를 생산하여 해외에 수출하는 업체도 있었다.

1991년 멕시코는 멕시코 내 담배 생산 수출 업체에게는 영세율을 적용하고 CEMSA와 같은 구매 수출업체에게는 국내 구매 시의 특소세를 환급해주지 않는 내용으로 IEPS법을 개정하였다. 담배 국내 구매가의 약 85%가 세금이었으므로 이 세금을 환급해주지 않으면 CEMSA와 같은 구매 수출업체는 영세율을 적용받는 담배 생산 수출업체와 경쟁을 할 수 없었고 사실상 수출을 할 수 없었다.

CEMSA는 이 법이 과세 형평성을 위반하는 것이라고 위헌 소송을 청구하였다. 이에 대한 판결이 나오기 전에 1992년 멕시코 의회는 생산 수출업체, 구매 수출업체 모두에게 담배 수출시 영세율을 적용하고 국내 구매 담배의 수출 분에 대해서는 구매 시 지불했던 특소세를 환급하도록 IEPS법을 개정하였다. 환급의 구체적인 방법에 대해서는 개정하지 않았는데 예전부터 세금 액수가 명확히 기재된 청구서를 제출해야 환급이 가능했었다. 세금 액수는 최초 판매자만 기재하고 차후 2, 3단계의 차후 판매자는 기재할 수 없었다. 예를 들어 국내에서 담배를 생산 판매하는



업체는 도매 업체에게 최초 판매할 때의 청구서에 税前 물품 가액, 각종 조세, 기타 등을 분할 기재할 수 있었으나 도매 업체는 이 담배를 CEMSA와 같은 구매 수출 업체에 판매할 때에는 지불 청구서에 특소세가 얼마인지 따로 적출하여 기재할 수 없었다. 세금 환급은 세금이 분리 기재된 청구서에 근거하여 이루어지므로 CEMSA는 세금 환급을 받을 수 없었던 것이다. 1993년 CEMSA가 위헌이라고 제소했던 IEPS 개정안에 대해 멕시코 법원은 과세 형평이라는 주장을 인정, 담배 수출에 생산 수출업체, 구매 수출업체 공히 영세율을 적용하고 국내 구매분에 대해서는 환급하라는 결정을 내렸다. 그러나 세금액이 명시된 청구서에 근거하여 환급하는 방식에 대해서는 아무런 언급이 없었다.

1992년 IEPS 개정 및 1993년 위헌 판결 이후 1999년 ICSID 중재 신청 전까지 CEMSA에 대한 멕시코 조세 당국의 태도는 일관성이 없었다. CEMSA 측에 따르면 1993년부터 95년까지는 세액이 명시된 청구서를 제출하지 못했다는 이유로 특소세를 환급하여 주지 않았는가 하면 1996년부터 97년간은 환급을 받기도 하였다. 멕시코 조세 당국은 세금 환급 시 세액 명시 청구서 제출이 반드시 필요한 것은 아니며 향후 환급이 계속될 것이라는 구두 약속도 하였다고 CEMSA는 주장하였다.

1997년 12월 멕시코 조세 당국은 CEMSA에 대한 특소세 환급을 중단하였으며 98년 7월에는 그때까지 환급받은 세액을 벌과금과 함께 반납토록 통지하기도 하였다. CEMSA는 담배 수출 사업을 중단하였다. 멕시코는 특소세 환급 거부 조치를 통해 자사의 수출 사업이 종료되었으며 이는 간접적인 수용에 해당한다고 주장하였다. 멕시코에는 CEMSA처럼 국내에서 담배를 구매하여 해외에 수출하는 멕시코 국내 업체가 있었다. CEMSA는 업체가 동일함에도 불구하고 이 멕시코 국내 업체는 국내 구매분 담배에 지불한 특소세를 계속 환급받고 있으므로 내국민 대우 의무 위반이라고 CEMSA는 주장하였다. 청구인은 1999년 4월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 간접 수용

중재 판정부는 멕시코 조세 당국의 처사와 행태가 CEMSA에게 어려움을 안겨 주었고 합리적이지 못한 측면도 있으나 국제법에 위반되는 수준까지 이르지 않는다고 보았다. CEMSA는 세액이 명시된 청구서 문제를 해결하기 위해 멕시코 국내 행정, 사법 절차를 이용했을



수도 있었으나 그러지 못한 점도 있으므로 모든 책임을 멕시코 당국에게 묻기도 어렵다고 보았다. 판정부는 사업상 정부 기관과의 어려움이 있을 수 있으나 그것이 곧 수용의 근거가 될 수는 없다고 판시하였다(판정문 112-114).

중재 판정부는 주류, 담배 등은 정부가 징세 관리 및 시장질서 유지에 각별한 관심을 기울이는 품목이며 NAFTA협정이나 국제법이 비인가자의 담배 수출 허가를 요구하지 않는다고 보았다. 멕시코 당국이 최초 판매 시에만 세액이 명시된 청구서를 발행케 하는 것도 징세 관리 및 시장질서 유지에 필요하다고 판단한 정부의 재량이라고 보았다(115-116).

멕시코 당국의 특소세 환급을 위한 청구서 제출 요구가 청구인의 투자(즉 담배 수출이라는 사업상의 권리)를 사실상 수용한 것인지에 대해 판정부는 멕시코 정부는 청구인에게 담배 수출 권리를 부여한 적이 없다고 보았다. 청구인은 국내 담배 구매 시 납부한 특소세 환급을 담배 수출 권리로 이해하였다. 중재 판정부는 세금 환급이 없는 사실상 수출이 불가능한 것은 인정하였다. 그러나 멕시코 법원의 위헌 판정 내용과 1992년 IEPS 법도 국내 구매한 담배를 수출할 시 특소세를 환급하라고 규정하였으나 세액이 명시된 청구서를 근거로 환급하는 방식은 그 이전부터 IEPS법 및 시행령에 기재되어 있었고 최초 판매 시에만 청구서에 세액이 명시되도록 한 것도 멕시코 세법에 규정되어 있는 내용이라고 확인하였다. 이 제도의 타당성에 대해서는 논란이 된 적이 없었으며 도매업자로부터 담배를 재구입 해야 하는 CEMSA는 멕시코 국내법상 세액이 명시된 청구서를 취득하는 것이 원천적으로 불가능했다고 보았다. 즉 담배 수출권이라는 사업상의 권리가 처음부터 부여되지 않았다는 것이다. 부여되지 않은 사업상의 권리가 수용될 수는 없다고 보았다(117-123).

CEMSA는 담배 수출 사업만 하는 것이 아니라 음료, 주류 수출업도 하고 있었으며 담배 수출 중단 이후에도 이 분야 사업은 계속 진행되고 있었고 청구인의 CEMSA에 대한 지배, 통제도 계속 이루어지고 있었다. 중재 판정부는 이상에 비추어 청구인의 CEMSA에 대한 지배, 통제권이 박탈되었으므로 수용에 해당한다는 주장을 받아들이지 않았다(142).

판정부는 이상의 사실 관계를 볼 때 청구인의 투자에 대한 멕시코 당국의 일련의 조치는 NAFTA 1110조 상의 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다(153).

2) 내국민 대우

청구인은 CEMSA 와 마찬가지로 멕시코 국내에서 구매한 담배를 수출하는 멕시코 업체 중



일부는 세액이 명시된 청구서를 제출하지 못했음에도 불구하고 상당 기간 멕시코 당국으로부터 특소세를 환급받았다는 주장을 하고 관련 근거를 제출하였다. 판정부는 유사한 환경에서 국내외 투자자가 사실상 다른 대우를 받았다면 내국민 대우 의무 위반에 해당한다고 전제하고 제출된 자료를 분석하였다. 판정부는 자료 부족, 상충, 부실 등의 한계가 있기는 하지만 청구인이 유사 환경에서 다른 대우를 받았다는 추정을 일견(*prima facie*) 수립시켰다고 보았으며 멕시코가 이를 번복할 신뢰할 만한 증거나 주장을 제출하지 못했다고 지적하고 멕시코의 내국민 대우 의무 위반을 인정하였다(165-172).

그러나 이 판정에 반대하는 소수 의견이 있었다. 소수 의견은 CEMSA도 일정 기간은 환급을 받고 일정 기간은 받지 못했는데 멕시코 국내 업체도 이 점에 대해서는 마찬가지라고 보았다. 즉 CEMSA는 자신이 환급을 받지 못한 시기에 타 국내 업체는 환급을 받았으니 내국민 대우 의무 위반이라는 주장인데 비록 시기는 다르지만 어떤 때는 환급을 받고 어떤 때는 못 받은 점에서는 CEMSA나 국내 업체가 동일하다는 입장이다. 이 소수 의견은 CEMSA가 국내 업체보다 덜 우호적인 대우를 받았다는 점을 충분히 입증하지 못했다고 보고 내국민 대우 의무 위반 주장은 성립하지 않는다고 주장하였다.

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용

투자 유치국 정부가 수용임을 표방하고 공식적이고 공개적인 방법으로 이를 진행할 때에는 투자자와 국가 간의 분쟁이 발생할 여지가 상대적으로 적다. 우선 논란이 되는 수용 행위가 무엇인지 특정하기가 쉽다. 공개적인 수용은 수용령 공포 등 다중이 인지할 수 있는 방식으로 상세한 내용과 조건이 천명되기 때문이다. 이러한 공개적이고 직접적인 수용은 시행 목적의 공공성, 비차별성, 보상의 적정성 및 절차 준수 여부가 주 논란 대상이 된다. 그러나 외국인 투자자가 특히 우려하는 것은 외형상 형태는 수용이 아닌데 그 효과는 수용과 동등한 조치이다. 외국인 투자를 탈취하려는 투자 유치는 지나치게 노골적이고 상당한 보상이 수반되는 수용이나 국유화를 시도하기 보다는 별도의 공공 목적을 가진 정책을 통해 은밀한 방식으로 외국인 투자자의 자산을 사실상 탈취하는 것을 선호할 것이다. 이러한 악의가 없이 순수한 의도로 투자 유치국이 시행한 공공 정책으로 인해 선의의 외국인 투자자가 자신의 자산을 수용당한 것과



똑같은 피해를 볼 수도 있다. 이 경우 해당 조치는 공개적으로 천명된 정식의 수용 조치가 아니므로 차별적으로 시행되거나 보상이 행해지지 않더라도 해당 외국인 투자자는 적절한 구제를 받을 길이 없게 된다.

투자자-국가 분쟁에서 이러한 간접 수용은 압도적으로 많이 제기되는 이슈이다. 이 책에 수록된 판정 164건 중 54건이 간접 수용 사건이다. 쟁점이 간접 수용이나 관할권이 부인되어 본안 심리가 진행되지 못한 사건까지 포함하면 그 수효는 더욱 늘어날 것이다. 이처럼 압도적인 비중을 차지하는 사건임에도 불구하고 간접 수용의 개념이나 요건은 성문으로 정리된 것이 드물다. 간접 수용이라는 표현도 간접 수용(indirect expropriation), 수용에 상당한 조치(measure equivalent, or tantamount to expropriation), 점진적 수용(creeping expropriation) 등 유사한 개념과 혼용되어서 쓰이기도 하고 판정부에 따라서는 이를 구분하기도 하여 정확한 개념 정리가 안 되어 있다. 투자협정 중에는 아예 간접적인 수용 또는 이와 유사한 개념이 규정되어 있지 않은 것도 있고 이를 적시하기는 하였으나 그 내용이 무엇인지 따로 적시하지 않은 것도 있다. 간접 수용의 내용과 요건은 주로 투자-국제 분쟁에 관한 국제 중재 판정을 통해 정리되고 있다. 간접 수용에 대한 판정을 고려하여 투자협정에 관련 내용을 기재하는 추세도 발생하고 있다. 판례 축적을 통한 법리의 완성과 투자협정에서의 반영, 그 내용을 적용하는 새로운 판례의 발생이라는 순환 구도가 이루어지고 있는 좋은 예이다.

한중 FTA에서는 별도 부속서⁵⁸⁾를 통해 간접 수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 가지는 경우라고 정의하고 있으며 간접 수용 여부 결정 시 고려해야 할 요소로 i) 경제적 영향, ii) 정당한 기대를 침해하는 정도 iii) 목적과의 비례성, 행위의 성격 및 목적을 제시하고 있다. 아울러 공공복지

58] Annex 12-B

3. The second situation is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
 - (a) The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
 - (i) the economic impact of the action or series of actions, although the fact that such action or series of actions has an adverse effect on the economic value of investments, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the action or series of actions interferes with distinct and reasonable expectations arising out of investments; and
 - (iii) the character and objectives of the action or series of actions, including whether such action is proportionate to its objectives.
 - (b) Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation



목적의 비차별적 규제 행위는 목적에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 기재하고 있다. 이 규정의 기원은 외국인 투자가 자국 내에서 환경 보호에 부합하는 방식으로 이루어지도록 여하한 조치를 채택, 유지, 집행하는 것을 방해하지 않는다고 규정한 NAFTA 1114(1)조⁵⁹⁾이다. 멕시코 지방 정부가 환경 보호를 이유로 미국 기업의 유해 물질 매립장 가동을 방해한 것이 *Metalclad vs. Mexico* 사건에서 간접 수용으로 인정된 이후 수용을 의도하지 않은 자국의 정당한 공공 정책이 간접 수용으로 시비될 것을 우려하여 투자협정에 이와 같은 안전장치를 포함하려는 시도가 증가하고 있다.

그러나 투자 유치국의 이러한 안전장치가 강화될수록 그에 비례하여 외국인 투자자는 자신의 투자가 명목상의 소유권만 남은 채 실질적으로는 사용과 이익 향유가 박탈되는 상황이 증가할 것을 우려하게 된다. 이는 국가간 투자를 위축시키는 부정적인 결과를 초래할 우려가 있다. 이러한 고민은 지금까지의 ICSID 중재 판정에도 드러나 있다. 중재 판정부는 간접 수용을 포괄적으로 인정할 경우 국가의 정당한 공공 정책 추진이 불가피하게 우려될 것을 감안하여 국가의 정당한 권한 행사에 대해서는 간접 수용 인정을 자제하는 경향을 보이고 있다. 반면에 투자 유치국의 조치로 인한 투자자의 투자에 대한 사용이나 이익 향유가 실질적으로 침탈되었을 때에는 예외 없이 간접 수용을 인정함으로써 투자자의 권리 보호에 유념하고 있다.

간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정례는 그 수요가 많아 간접 수용에 관한 법리는 굳어졌다고 볼 수 있다. 가장 대표적인 것이 위에서 언급한 간접 수용의 인정 기준이다. 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 시비하는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는

59] Article 1114: Environmental Measures

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.



것이다. 판례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 시비되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았어도 간접 수용으로 인정되며 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융 당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제 등 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용 시비가 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

간접 수용 판정 중에는 점진적 수용도 인정한 사례가 수 건 있다. 점진적 수용 자체에 대해서는 합의된 정의가 없으나 판정부는 일정 기간에 걸쳐 행해진 일련의 복수의 조치가 개개로는 수용에 해당하지 않더라도 전체를 종합하여 종국에는 수용과 대등한 효과를 투자자에게 발현시켰을 때에는 간접 수용인 것으로 인정하고 있다.

간접 수용에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Inmaris vs. ukraine* 사건(ARB/08/8)에 수록하였다.

2) 내국민 대우

모든 투자협정에는 예외 없이 외국인 투자자에 대해 유사한 환경에 있는 자국의 투자자에 비해 불리하지 않은 대우를 부여한다고 규정하고 있다. 물론 투자와 관련된 활동에 있어서이다. 투자와 무관한 모든 영역에서의 동등 대우까지 보장하는 것은 아니다. 이러한 대우를 내국민 대우라고 칭한다. 내국민 대우 요건 중 지금까지 ICSID 투자 분쟁에서 쟁점이 된 것은 대개 유사한 환경 여부이다. 유사한 환경 여부는 내국민 대우 의무 위반 여부 판정에 있어 핵심적인 요건이다. ICSID 중재 판례를 보면 유사한 환경은 동일한 사업 영역, 동일한 경제 분야, 산업 영역이라고 넓게 정의한 판례도 있고 같은 금융 기관이라 할지라도 중점 업무 영역이 다르면 유사한 환경에 있다고 보지 않은 판례도 있다. 같은 사업, 경제 영역에 있는 내국인 투자자라고 하여도 외국인 투자자와 처한 상황이 다르면 유사한 환경에 있다고 판단하지 않는다. ICSID



판례를 보면 외국인 투자자와 소송 중에 있는 내국인 경쟁 업체는 유사한 환경에 있다고 인정하지 않았으며 반드시 소송 당사자인 외국인 투자자와 직접적인 경쟁 관계에 있는 국내 기업으로 한정하지도 않았다. 국내 법규를 직접적으로 집행, 적발할 수 있는 국내 제약 업체와 그렇지 못한 국외 제약 업체는 동일한 산업, 경제 영역에 있지만 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정하여 내국민 대우 의무 위반을 인정하지 않은 판례도 있다.

내국민 대우에 관한 종합 해설은 *Champion Trading vs. Egypt* 사건(ARB/02/9)에 수록하여 두었다.



21

Genin vs. Estonia 사건(ARB/99/2)

가. 사건 개요

이 사건은 에스토니아 정부가 청구인의 은행 인가를 취소한 것이 투자협정의 공정·공평 대우 의무 위반이라고 시비하였으나 입증 不備로 기각된 사건이다.

청구인 Alex Genin은 미국인이고 여타 청구인인 Eastern Credit Ltd.는 그가 소유한 미국 회사이며 에스토니아 현지 회사인 Baltoil의 지주 회사이다. Genin과 두 회사는 에스토니아 Innovation Bank(EIB)의 지주이다. 1994년 EIB는 에스토니아 Social Bank의 지점 한 곳을 경매를 통해 에스토니아 중앙은행으로부터 구입하였다. 지점의 자산 가치가 장부보다 과장되어 있었고 EIB가 입은 손실을 보전하는 방법에 대해 중앙은행과 다툼이 있었다. 중앙은행은 EIB의 주주 구성이 에스토니아 은행법과 상치되는 정황이 있어 관련 자료를 요청하였으나 제출받지 못하였고 EIB의 활동이 은행법상의 의무를 준수하지 못하고 있는 점이 확인되어 은행 인가를 취소하였다.

청구인은 이러한 조치가 미국과 에스토니아 간 투자협정의 공정·공평 대우, 차별 금지 위반이라고 주장하고 1999년 3월 ICSID 중재를 신청하였다. 에스토니아는 EIB가 은행 인가 취소 소송을 국내 법원에 이미 제기하였고 사안이 투자협정상 투자 분쟁에 해당하지 않는다고 주장하면서 ICSID관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 관할권

미국-에스토니아 투자협정은 분쟁 발생 시 국제 중재 또는 국내 사법 절차 중의 하나를 선택하도록 하는 불가역적 택일 조항을 두고 있었다. 은행업 인가를 취소당한 청구인은 ICSID 중재 신청 전에 인가 취소 조치를 에스토니아 법원에 제소하였다. 중재 판정부는 에스토니아 국내 법원에 제기된 소송과 ICSID 중재는 각각 당사자와 청구 원인이 다르다고 판단하였다.



국내 법원 소송은 EIB 명의로 제기되었으므로 EIB의 모든 주주와 이해관계자에게 영향을 미치는 반면 ICSID 중재는 청구인의 투자에만 국한된 것이므로 서로 상이한 소송이라고 보았다. 은행 인가의 회복 청구는 에스토니아 은행법 위반을 다투는 것이고 ICSID 청구는 마-에스토니아 투자협정 위반을 다투는 것이므로 일부 사실 관계가 상호 관련이 있기는 하나 청구인이 ICSID 중재를 신청할 권리가 배제되지는 않는다고 판단하였다.

에스토니아는 ICSID 중재는 투자 분쟁에 관할권이 있는데 은행인가와 취소는 자국 관련법에 의한 행정 처분이므로 투자 분쟁이라고 볼 수 없고 따라서 ICSID의 관할권이 인정되지 않는다고 주장하였다. 판정부는 미국-에스토니아 투자협정은 투자자가 직간접적으로 소유 통제하는 회사의 주식의 지분과 다른 형태의 이익을 투자의 하나로 정의하고 있으며 청구인의 EIB의 소유권은 이에 해당하는 투자라고 보았다. 아울러 ICSID 협약 25(1)조는 투자로부터 직접적으로 발생하는 모든 법적인 분쟁에 관할권이 적용된다고 규정하고 있으므로 ICSID는 관할권이 있다고 판시하였다.

2) Social Bank 매입 손실

1990년대 중반 에스토니아는 구소련으로부터 독립한 후 시장 경제를 수립하는 과정에서 이에 적합한 선진적인 금융 제도를 구축하고 계획 경제 시절의 경쟁력 없는 구 은행들을 구조 조정, 청산하는 국가적인 과제를 진행하고 있었다. 당시 상당수 금융 기관이 정리, 해산, 합병, 매각되었다. 청구인은 1994년 부실이 심했던 Social Bank의 지점 하나를 중앙은행으로부터 경매로 매입하였으나 매입 후 자산 가치가 경매 전에 제공되었던 회계 장부보다 부족한 것을 발견하고 손실을 입었다고 중앙은행에 주장하였다. EIB는 Social Bank와 손실 보상 방안에 합의하였으나 Social Bank는 약속을 이행하지 못하고 도산하고 말았다. EIB는 중앙은행에 손실 보전을 청구하여 양측은 1996년 4월 손실 보전 액수 및 방안에 관한 잠정 협약을 맺었으나 1996년 8월 중앙은행은 이 협약 개정을 요구하였다. EIB는 이를 이유로 잠정 협약을 파기하였다. 에스토니아 중앙은행은 EIB가 입은 손실을 수년간에 걸쳐 상각(amortization)하도록 용인하였으나 후에 즉시 전액을 손실 처리(write off)하도록 요구하였다. 이에 따라 EIB의 자산 규모가 축소되었다.

청구인은 i) Social Bank 자산 가치가 과다 산정된 것, ii) 중앙은행이 잠정 계약 변경을 요구한 것, iii) EIB 손실을 즉시 반영하라고 한 것이 미국-에스토니아 투자협정상의 공정-공평 대우 의무 위반, 차별 금지 위반이라고 주장하였다. 판정부는 i)의 경우 EIB가 입은 손실을



중앙은행이 보상해야 할 법적인 근거가 없으며 오히려 제출된 자료로 볼 때 당시 경매 시 EIB 직원이 부주의하게 업무를 처리한 것이 인정된다고 보았다. ii)의 경우 에스토니아 중앙은행이 구속력 있는 계약을 위반했다는 청구인 주장은 판정부가 만족할 정도로 입증되지 못했다고 기각하였으며 iii)의 경우 방침을 바꾼 것 자체가 위법은 아니며 회계 기준에 따라 손실을 즉시 장부에 반영하도록 하는 것은 비합리적인 것이 아니라고 보았다. 이상에 따라 판정부는 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 345-347).

3) 은행 인가 취소

에스토니아 중앙은행은 EIB의 지배 구조에 대해 의문을 가졌다. 은행법상 에스토니아 은행 지분을 10% 이상 보유하고 있는 대주주는 금융 당국에 신고하여야 했다. 그러나 청구인인 Easter Credit사 및 Baltoil사는 이러한 신고를 한 바 없고 동일인으로 추정되는 대주주가 10% 보유시 신고 의무를 회피하기 위해 복수의 명의로 활동한다는 의심이 갔다. 중앙은행은 EIB에 지주 관련 정보를 제출할 것을 요구하였으나 EIB는 이행하지 않았다. 중앙은행은 EIB가 자신의 자산 규모에 합당하지 않은 대규모 투자를 한 사실을 적발하고 관련 자료를 요청하였으나 EIB는 제출하지 않았다. 이외에도 몇 가지의 중앙은행의 관리 감독 과정에서 밝혀진 오류 사항 등이 있어 중앙은행은 EIB 은행 인가를 취소하였다.

청구인은 이러한 조치가 양자 투자협정상의 공장공평 대우, 차별 금지 위반이라고 주장하였으나 판정부는 수용하지 않았다. 판정부는 금융 기관의 지주 실태를 조사하거나 자료를 요구하는 것은 에스토니아 은행법에 근거한 조치이고 중앙은행의 조치 역시 은행의 부실을 예방하고 건전성을 유지하기 위해 중앙은행에 부여된 합법적인 권한을 행사한 것이라고 보았다. 인가 철회 가능성을 사전에 예고하지 않은 점, 인가 취소 결정 회의 시 EIB 대표자를 초청하지 않은 점, 인가 취소 결정을 유예 기간 없이 즉시 적용한 점 등은 일반적인 규제 관행에 부합하지는 않기는 하지만 인가 취소 합법성에 영향을 미칠 정도는 아니라고 판정하였다(352-364).

다. 평가 및 해설

1) 불가역적 택일 조항

관할권과 관련하여 흔히 제기되는 것이 불가역적 택일 조항을 위반하였다는 것이다. 투자협정



대부분은 동일 사안에 대해 국내 사법 절차와 국제 중재 절차가 중복하여 심리하는 일이 없도록 사전에 이용할 절차를 비가역적으로 선택하게 하거나(택일 방식, fork in the road) 이미 이용한 절차가 있으면 이를 포기하도록 규정하고 있다(포기 방식, no U-turn).

이 사건은 택일 방식 위반을 이유로 관할권이 시비된 사건이다. 이 사건처럼 국내 사법 절차 개시를 이유로 ICSID 관할권 존부가 다투어졌으나 판정부가 관할권이 있다고 판정한 다른 사례로는 *DLP vs. Yemen* 사건(ARB/05/17)이 있다. 이 사건 판정부는 ICSID 절차에 앞서서 청구인과 피청구인(예멘 정부)간에 국내 중재 절차를 이용하기는 하였으나 청구인과 피청구인간의 계약상 의무 위반이 그 대상이었으며 양자 투자협정 위반이 주장되거나 심리된 바 없으므로 이는 투자협정 위반을 살피는 ICSID 중재 절차와는 청구 원인을 달리 하는 별개 절차라고 보았다.

2) 공정하고 공평한 대우

이 사건은 ICSID 중재 판정 중 유일하게 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당되기 위해서는 악의와 의도성이 전제되어야 한다고 판정하였다. 그러나 이후 대부분의 후속 판정은 악의성을 요구하지 않는 것이 뚜렷한 추세이다. 공정·공평 대우 의무 위반을 구성하기 위해서는 반드시 악의의 존재가 있어야 하는 것은 아니라고 본 판례는 다음과 같다.

Lowen Group vs. USA 사건(ARB(AF)/98/3) 판정부는 악의나 사악한 의도가 공정·공평 대우나 사법 부인의 핵심적인 요소가 아닌 점은 국가의 관행이나 국제 중재 판정 및 학설에 의해서도 확인된다고 밝혔다(판정문 132). *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 과거와 달리 현재에는 공정·공평 대우 의무 위반이 터무니없거나(outrageous) 유별나아만(egregious) 인정될 필요는 없으며 특히 국가는 반드시 악의에 의해서 행동하지 않더라도 외국인 투자를 불공정하고 불평등하게 대우할 수 있다는 점을 유념해야 한다고 언급했다(판정문 116). *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2) 판정부는 공정·공평 대우의 기준을 일관성 있고 애매모호 하지 않으며 명백히 투명한 것이라고 보았다(판정문 154).

Waste Management vs. Mexico 2차 사건(ARB(AF)/00/3) 중재 판정부는 공정·공평 대우는 청구인에게 해를 미친 국가의 행위가 자의적이고 총체적으로 불공정하며 부당하고 유별나며 차별적이고 인종적인 편견을 드러내거나 공정한 절차를 결여하고 있어야 위반에 해당한다고 보았다. 공정한 절차의 결여는 자연스런 정의가 사법 절차상 명백히 실패하였거나 행정 과정상의



투명성과 솔직성이 완전히 결여되어 사법적인 타당성을 침해하는 결과를 수반하는 것이라고 부연했다⁶⁰⁾. *Azurix vs. Argentina* 사건(ARB/01/12) 중재 판정부는 공정하고 공평한 대우의 의미와 구성 요건에 대해서는 해당 협정은 물론 동일한 내용을 기재하고 있는 모든 투자협정이 정확히 규정하고 있지 않으므로 협정의 대상과 목적에 맞게 맥락에 맞게 통상적인 의미로 해석해야 한다고 보았다. 또한 그 의미와 요건은 특정 시기의 해석에 고정되는 것이 아니라 시대의 변화와 시간의 흐름에 따라 변할 수 있다고 인정하였으나 공정-공평 의무 위반을 구성하기 위해 악의, 적의가 있어야 한다고 보지는 않았다. *PSEG vs. Turkey* 사건(ARB/02/5) 판정부는 명백한 태만(해당 기관의 무책임, 부주의, 무반응, 비밀관성), 권한의 남용, 법령의 잦은 변경은 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다.

Siemens vs. Argentina 사건(ARB/02/8) 판정부는 공정, 공평 대우 판단의 기준이 국제 관습법에 따른 엄격하고 제한적이라고는 보지 않았다. 특히 시비 대상이 된 조치를 시행함에 있어 해당 국가의 악의 여부가 공정-공평 대우 의무 위반 판단 기준인지에 대해 판정부는 기존의 판례를 검토한 후 1개 사례(*Genin vs. Estonia* 사건) 외에는 모두 악의나 적대적인 의도가 있어야 공정-공평 대우 의무 위반이 되는 것은 아니라고 판시하였다는 점을 강조하였다. 판정부는 투자협정의 목적은 투자의 보호와 증진인데 악의 있는 조치라야 공정-공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있다는 논리는 이러한 목적과 부합하지 않는다고 지적하였다. *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15) 판정부는 투자자의 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있다고 보았다. 정당한 기대는 공정-공평 대우의 핵심 내용이므로 악의가 없이도 공정-공평 대우가 침해될 수 있다는 견해와 마찬가지로 본다.

OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia 사건(ARB/04/6) 중재 판정부는 공정-공평 대우에 관한 국제적인 최소 기준이 있고 고의적인 의무의 방기, 악의, 국제 수준 미달 등이 여기에 해당하는 바 이러한 수준의 위반이 있어야 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고는 보지 않았다. *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8) 판정부는 fair는 편견(bias), 사의(fraud), 부정(injustice)이 없고 공정(equitable)하고 정당(legitimate)하다는 의미이며 equitable은 평등(equity), 공정성(fairness), 정의(just), 합리적(reasonable)이라는 의미라고 해석하였다.

60] Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposed claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety-as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. [Award para. 98]



Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan 사건(ARB/05/16) 중재 판정부는 투자 유치국의 조치가 공정-공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있는 요건으로서 기존 판례를 통해 확인된 사항은 투명성, 선의 준수 여부, 조치 및 수행상의 자의성, 부당성, 터무니없음, 차별성, 정당 절차 결여, 절차적 정당성 준수 여부 등이라고 나열하였다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20) 판정부는 공정-공평 대우 의무 위반을 입증하기 위해서는 시비 대상이 되는 조치나 결정이 단순한 법적인 실수가 아니라 명백하게 일관성이 없고 불투명하며 비이성적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. 아울러 정부 기관이 권한 내의 사안을 규율할 수 있는 권리에 대해 존중해주어야 하나 정부 기관도 외국인 보호를 위한 정당한 주의를 기울여야 하며 자의적이고 차별적인 조치에 대해 책임이 있다고 확인했다(판정문 244-248). *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2) 판정부는 공정-공평 대우란 투자자가 투자 결정을 할 당시의 정당하고 합리적인 기대의 보호, 선의의 행동(악의가 있어야 공정-공평 대우 의무 위반이 성립하는 것은 아님), 투명하고 일관되며 비차별적인 행동, 정당한 절차와 청문 기회를 보장하는 사법적인 정당성을 그 구성 요소로 한다는 견해를 밝혔다(판정문 420).



22

Mondev vs. USA 사건(ARB(AF)/99/2)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정 발효 이전에 종료된 투자일지라도 투자협정상의 보호 의무 위반 주장이 상당한 기간이 경과한 후에 제기될 수 있으며 투자자는 그 경우 일정 범위에서 보호 받을 수 있다고 본 사건이다. 국내 법원의 판결의 사법 부인 해당 여부도 쟁점이 되었다.

청구인 Mondev International Ltd.는 캐나다의 부동산 개발 회사이다. Mondev가 소유하고 있는 미국 법인 Lafayette Place Associates(이하 LPA)는 1978년 12월 보스턴 시청 및 보스턴 재개발청(Boston Redevelopment Authority, BRA)과 당시 보스턴 시내 환락, 우범 지대였던 소위 Combat Zone의 재개발 사업 계약을 체결하였다(1978년 3자 약정). 해당 지구를 1, 2단계로 나누어 백화점, 호텔, 주차장 등을 건설하는 사업이었다. 1단계 공사는 1985년 완료되었고 2단계 공사는 해당 지역에 있는 Hayward Place 주차장 폐쇄 및 재개발 여부를 보스턴시가 결정하면 3년 이내에 LPA가 구매 여부를 통지하고 3자 약정에 기재되어 방식으로 가액을 산정하여 구매하기로 합의되었다. 1986년 보스턴 시는 Hayward Place 주차장 폐쇄를 결정하였고 LPA는 구매 의사를 통지하였다. 그러나 1978년 3자 약정 체결 이후 부동산 가격이 폭등하여 약정상의 가액으로 매도하기를 주저하는 보스턴 시와 BRA의 소극적인 태도로 인해 수 년간 매매 거래가 이루어지지 못하였다. 급기야 LPA는 3자 약정 위반을 이유로 BRA를 매세추세스 법원에 제소하였고 심리 결과 BRA의 3자 약정 위반은 확인되었으나 공공 기관의 의도적인 불법 행위에 대해서는 민사 책임을 면제한다는 매세추세스 주의 불법 행위 보상 청구법에 의거하여 BRA에 보상을 청구할 수 없다는 판결이 나왔다. LPA는 1992년 매세추세스 주 대법원에 상소하였으나 패소하였다. 패소 판결은 NAFTA 협정 발효일인 1994년 1월 1일 이후에 나왔다. LPA는 보스턴 시 재개발 사업 소요 재원을 조달하기 위해 관련 권리를 은행에 저당(mortgage) 잡혔었는데 실제 사업이 진전되지 않아 채무를 변제할 수 없게 되자 1991년 해당 은행이 유질권(foreclosure)을 행사하여 저당된 자산, 권리를 몰취하였다.

청구인 Mondev는 NAFTA 투자협정 발효 이후인 1999년 9월 보스턴 시의 주차장 부지 매각 거부로 인해 LPA의 해당 부지 매입 및 개발권이 수용되었고 주 법원의 BRA 면책 판결은 사법



부인으로서 NAFTA 협정 1105(1)조⁶¹⁾ 최소 기준 대우를 위반한 것이라고 주장하고 ICSID 중재를 신청하였다. 미국은 청구인이 시비하는 조치는 모두 NAFTA 협정 발효 이전에 발생한 것이고 LPA의 권리가 은행에 몰취됨으로 인해 청구인은 투자에 대해 주장할 권리가 없으므로 더 이상 투자자가 아니라는 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.



재개발 사업이 시행되기 전의 보스턴 combat zone과 이 사건 쟁점이 되었던 Hayward Place 주차장의 과거와 현재 모습, LPA와의 소송이 끝난 후 새로운 업자에게 매각하여 2011년에 건축한 고급 빌라 |

나. 주요 쟁점

1) 관할권

미국은 NAFTA 협정은 발효 이후 발생 사건에만 적용된다고 명시되어 있고 NAFTA 발효일은 1994년 1월 1일이고 청구인이 시비하는 조치는 모두 그 이전에 발생하였으므로 NAFTA 협정이 적용되지 않는다고 주장하였다. 또한 손실 발생 사실 인지 후 3년 이내에 분쟁을 제기하도록 규정하고 있는 NAFTA 협정 1116(2)조⁶²⁾에 의해서도 관할권이 성립하지 않는다고 주장하였다. NAFTA 협정은 투자자에게 분쟁을 제기할 수 있는 자격을 2가지 경우, 즉 투자자가 자기 자신을 대표하여 분쟁을 제기하거나(NAFTA 1116(1)조⁶³⁾) 투자자가 자신이 시행한 투자를

61) Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

62) 2. An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.

63) Article 1116: Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation



대리하여 분쟁을 제기하는 경우로(NAFTA 1117(1)조⁶⁴⁾) 제한하고 있는데 청구인이 제출한 중재 신청서에는 투자를 대리하여 분쟁을 제기할 경우 기재토록 되어 있는 사항(투자의 주소 등)이 누락되어 있어 이 사건에서 청구인은 투자를 대리하여 분쟁을 제기하는 것이 아니라 투자자 자신의 권리 구제를 위해 자신의 이름으로 분쟁을 제기하는 것이라고 주장하였다. 그런데 LPA의 주차장 부지 개발 사업에 대한 권리가 이미 1991년 은행에 몰취되었으므로 청구인은 권리를 주장할 투자 자체가 존재하지 않게 되었고 따라서 NAFTA 협정상의 투자자가 아니라고 강조하였다.

중재 판정부는 시간적 관할권에 대한 미국의 주장은 원칙적으로 수용하였다. 국가의 조약 위반에 대한 국제적 책임은 위반 행위 시에 존재하는 조약상의 의무가 있었을 경우에 한한다는 것이 확립된 국제법 원칙이라고 환기하였다. NAFTA 발효일 이전에 발생한 미국의 작위, 부작위는 판정부가 관할할 수 없다고 인정하였고 청구인이 주장하는 수용은 설사 발생하였다 하여도 3차 약정이 종료일인 1989년 또는 해당 권리가 해당 은행에 몰취된 1991년에 종료된 것이므로 시간적 관할권이 없다고 보았다.

그러나 LPA가 제기한 소송에서 불법 행위를 인정되었음에도 불구하고 면책이라는 주법원 판정에 대해 청구인이 제기하는 공장·공평 대우 등 최소 기준 대우 의무 위반 시비는 판결이 NAFTA 발효일 이후에 나왔으며 불법 행위 자체는 발효일 이전에 발생하였어도 그에 대한 보상, 구제 행위는 상당 시간 이후에도 일어날 수 있는 것이므로 이 시비에 관한 한 판정부의 관할에 속한다고 판시하였다. 판정부는 자신의 관할권이 미국 법원 판결의 최소 기준 대우 의무 위반 시비에 국한되고 청구인의 중재 신청은 최종 판결 후 3년 이내에 이루어졌으므로 미국의 3년 시한 주장은 이유 없다고 기각하였다(판정문 56-75, 87).

투자자 여부에 대해 판정부는 투자자는 투자가 종료된 이후에도 해당 투자와 관련된 이익과 권리를 주장할 수 있다고 보았다. 투자의 존속 기간과 투자자로서의 기간이 반드시 일치해야 하는 것은 아닐 수도 있다는 것이다. 판정부는 투자자의 회사가 정상적으로 청산된 후에도 법적인 시비가 제기될 수 있으며 공장·공평 대우나 충분한 보호 및 안전 시비가 투자자에 의해 제기될 수 있다고 설명했다. 주주는 비록 투자한 회사가 실패하였어도 투입한 자본이나 기타 자원으로부터 발생하는 이해가 있을 수 있으며 NAFTA 협정은 투자의 보호를 투자의 존속

64] Article 1117: Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise

1. An investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation



기간만이 아니라 설립, 확장, 운영, 매각 등 투자의 전 생애 주기에 걸쳐 제공하고 있다고 환기하였다(NAFTA 1102조⁶⁵). 판정부는 NAFTA 협정은 일방 체약국 영토 내에서의 경제 활동에 투입된 자본과 기타 자원으로부터 유래하는 이익도 투자라고 정의(NAFTA 1139조 h⁶⁶)하고 있으며 이 사건에서 있어 청구인의 이해관계는 바로 이에 해당한다고 보았다. 이 이해 관계는 LPA가 보유한 것이나 청구인은 LPA를 직접 소유하고 있었으므로 NAFTA 1139조의 투자 정의⁶⁷ 상 투자자에 해당한다고 실시하였다. 판정부는 청구인이 NAFTA 1116조 규정에 의거하여 투자자로서 합당하게 분쟁을 제기한 것이라고 인정하였다(77-83).

저당 은행의 권리 몰취로 인한 투자 부재 주장에 대해 판정부는 몰취된 권리 범위에 청구인의 투자협정상의 권리 보호 청구권까지 포함되었는지 여부에 대해서는 자신의 정확한 견해를 밝히지 않았다. 그러나 몰취 은행이 해당 권리를 주장한 바 없고 NAFTA 1105조 최소 기준 대우나 1110조 수용 시비는 해당 투자가 종료한 이후, 수용된 이후에도 투자자로서의 권리를 주장할 수 있으며 중재 신청 시점에 청구인이 반드시 투자자로서의 지속적인 지위를 유지해야 한다고 요구하는 것은 NAFTA 협정의 투자 보호 목적을 좌절시키는 것이라고 논설하였다(90-92).

2) 사법 부인

청구인이 매사추세츠 주법원의 판결에 대해 시비하는 요소는 4가지, 즉 보스턴 시의 1978년 3자 약정 위반(약정에 기재된 방식으로 산정된 가액으로 주차장 부지를 LPA에 매각하지 않은 것)에 대한 청구인의 시비를 기각한 것, 1심 결과를 파기 환송하지 않은 것, 정부 기관의 계약상 의무에 적용하는 새로운 규칙을 이 사건에 소급 적용하지 않은 것, BRA의 의도적인 불법 행위에 대한 민사상 면책을 인정한 것이었다. 청구인은 매사추세츠 법원의 이러한 판결과 행위는 사법 부인에 해당하며 공정-공평 대우를 규정한 NAFTA 1105(1)조 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 국제 중재는 국내 법원의 판결에 대한 상급심이 아니라는 점을 환기하고 사법 부인은 관련 재판부가 소송을 접수하지 않거나 부당하게 지연하거나 심각하게 부적절한 방식으로 진행하거나 관련 법령을 명백하고 악질적으로 적용할 경우에 인정된다고 판정한 *Azinian vs.*

65] with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

66] (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under

67] investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party;



Mexico 사건(ARB(AF)/97/2) 판정부의 견해를 인용하였다. 아울러 정당한 법적 절차를 의도적으로 무시하여 사법의 적정성을 뒤흔들거나 최소한 놀라게 해야 한다는 기준을 제시한 ICJ 판정⁶⁸⁾도 언급하였다. 판정부는 이러한 기준을 감안하여 국내 판결이 명백하게 부당하고 믿을 수 없어서 (clearly improper and discreditable) 그 결과 투자자가 불공정하고 불공평한 대우를 받게 되어야 사법 부인에 해당할 것이라는 견해를 밝혔다(127). 이에 비추어 매사추세츠 주법원의 판결을 검토하여 보면 i)의 경우 3자 약정의 구속성은 인정이 되나 LPA가 약정상의 요건과 절차에 따라 시비하지 않은 점을 매사추세츠 주법원이 고려하여 판결한 것이고 ii)의 경우 사실 관계 추가 확인을 위해 하급심으로 환송하는 것(remand)은 상급심의 재량으로서 사법적인 절차가 부인되었다고 볼 수 없으며 iii)의 경우 청구인이 시비하는 규정의 소급 적용 여부는 해당 법원의 재량에 사항이고 iv) 공공 기관의 의도적 불법 행위 면책은 매사추세츠 주법을 적용한 것이므로 사법 부인이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 매사추세츠 주법이 이렇게 규정한 것은 역사적, 현실적 필요성이 있었기 때문이며 타국에도 비슷한 규정이 있으므로 법 규정 자체를 시비할 수는 없다고 보았다(129-154).

이에 따라 판정부는 매사추세츠 법원은 NAFTA 1105(1)조를 위반하지 않았다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

1) 투자 보호 기간

이 사건은 투자의 존속 기간보다 투자에 대한 보호의 존속 기간 더 길 수 있으며 협정 발효 시점에서 투자는 이미 종료되었더라도 그 투자에 대한 보호는 협정의 적용을 받아야 하는 점을 제기하였다. 판정부가 예로 든 것은 수용과 공장-공평 대우이다. 투자가 협정 발효 이전에 수용되었더라도 수용과 동시에 보상이 이루어지는 것은 아니므로 보상에 대한 시비 기간 중 투자협정이 발효하였다면 협정의 보호 대상이 되어야 한다는 것이다. 투자협정 중에는 투자협정의 보호 대상이 되는 투자를 협정 발효 시점에 존재하였거나 발효 이후 시행된 투자로 국한하는 경우가 있다(한중 FTA 12.1조⁶⁹⁾). 투자는 이미 종료하였으나 그에 대한 보호가 시간 지체를 두고 발생할 수도 있는 점을 감안하면 이 사건 판정은 위 한중 FTA 처럼 보호 대상 투자를

68) *Electronica Sicula(ELSI)(USA vs Italy)* July 20, 1989

69) 1. covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter;



협정 발효 시점 및 이후 투자로 제한한 투자협정의 보호 범위를 확대하는데 논거로 사용될 수 있는 유용한 판례이다. 투자협정 중에는 이러한 점을 감안하여 보호 대상 투자는 협정 발효 이전의 투자도 포함하되 협정 발효 이전에 이미 발생한 분쟁에는 적용하지 않는다고 명기한 것도 있다(중국-벨기에 2009년 투자협정 10(2)조⁷⁰⁾).

2) 사법부인

이 사건은 국내 법원 판결 자체가 사법 부인에 해당할 수 있는 기준을 제시한 사건으로서 사법 부인에 관한 저작에서 자주 인용되고 있다. 어느 투자협정도 사법 부인의 요건과 내용에 대해 기술하고 있지 않으므로 사법부인 해당 여부, 판단 기준 등은 이 사건 판정과 같은 국제 중재 판례를 통해 점진적으로 성립되어 가고 있는 중이다. 지금까지 ICSID 중재 판정에서 심리된 예를 보면 사법 부인의 범위를 투자 유치국의 입법, 행정 조치까지 포함하는 것으로 판단하지는 않았다. 투자 유치국 국내 사법 작용에 국한하여 사법부인 시비가 제기되었고 심리되었으나 사법의 절차에만 국한하여 사법 부인이 인정되지는 않았다. 일정 부분은 사법부의 판단 자체가 사법 부인에 해당한다고 판정되기도 하였다. 그러나 그 기준은 매우 엄격하다. 거의 모든 판정부가 ICSID 중재 판정은 국내 사법 판결에 대한 상급심이 아니라는 이유로 국내 판결의 정당성 여부에 대해서는 개입하기를 매우 주저한다. 비단 국내 판결 자체의 사법부인 해당 여부에 대해서만 엄격한 기준을 적용하는 것이 아니라 사법부인 판단 자체가 주권 국가의 사법 제도의 적정성을 부인하는 것이므로 매우 신중하게 판단해야 한다는 자세를 취하고 있다. 사법 부인에 관한 종합 해설은 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38)에 수록하였다.

3) 협정 발효 이전 분쟁 적용

시간적 관할권에서 가장 빈번하게 제기되는 이슈는 투자협정이 발효되기 전에 발생한 분쟁에 대해 투자협정을 적용하려는 청구인의 시도와 이를 일축하는 투자 유치국 간의 다툼이다. 투자협정 중에는 협정의 발효일 이전에 발생한 행위에 대해서는 협정이 적용되지 않는다고 규정된 것이 많다. 협정에 따라서는 발효일 이전에 시행된 투자에는 적용되지만 발효 이전에

70] 2. The present Agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, whether made before or after the entry into force of this Agreement, but shall not apply to, any dispute or any claim concerning an investment which was already under judicial or arbitral process before its entry into force. Such disputes and claims shall continue to be settled according to the provisions of the Agreement of 1984 mentioned in paragraph 1 of this Article.



발생한 분쟁에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하는 경우도 있다. 별도의 의사가 조약에 나타나 있지 않는 한 조약은 소급 적용되지 않는 것이 국제법 원칙이다. 국가의 국제적 책임은 행위 당시 존재했던 법규에 의거하여 발생하는 것이지 존재하지 않는 법규에 의한 책임을 부담할 이유는 없다. 이 원칙을 부인한 ICSID 판정은 없다. 협정 발효 이전 분쟁, 사건에 대해서는 관할권이 없다는 것이 ICSID 중재 판정의 일관된 입장이다. 관련 사건에서 주로 다투어지는 쟁점은 소급효 적용 여부가 아니라 협정 발효 이전에 발생한 행위의 위법 효과가 계속되는 경우, 협정 발효 이전에 분쟁 또는 사건의 발생 사실 여부, 분쟁 자체는 발효 이후에 발생하였으나 분쟁을 야기한 행위가 발효 이전에 발생하였을 경우 등에 관한 것들이다.

이 사건에서는 NAFTA 발효일 이전에 발생한 미국의 작위, 부작위는 관할할 수 없으나 협정 발효 전의 행위라도 그 효과가 협정 발효 이후까지 계속되는 경우에는 NAFTA 의무 위반이 성립할 수 있다고 보았다. 중재 판정부는 계속성을 갖는 행위와 이미 종료되었으나 계속적으로 손실 및 피해를 야기하는 행위는 구별이 필요하다고 전제하고 협정 위반이라고 주장되는 행위가 계속성을 갖는지는 개개 사실 관계에 따라 결정해야 할 것이라고 보았다.

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7) 판정부는 분쟁은 일순간에 발생하는 것이 아니라 쟁점이 될 사안의 발생 조짐, 협의, 이견의 노정과 대립, 시비 조치의 공식적인 확정 등의 과정(sequence of events)을 거쳐 발생하는 것으로서 분쟁의 단초가 되는 사안 발생일이 분쟁 발생일이 되는 것은 아니라고 보았다. 판정부는 분쟁이란 법적인 견해나 이해의 충돌을 의미하는 바 이 사건 경우 분쟁은 투자협정 발효 이후에 발생한 것이므로 ICSID는 시간적 관할이 있다고 판시하였다(결정문 90-98) *MCI Power vs. Ecuador* 사건(ARB/03/6) 판정부는 투자협정 발효 이전의 행위에 대해서는 관할권이 없으나 발효 이후 행위의 배경, 원인, 인과관계를 이해하기 위하여 발효 이전 행위도 고려할 수는 있다고 보았다. 분쟁은 투자협정 발효일 이후에 발생하였으나 분쟁을 야기한 사건들이 협정 발효 이전에 발생한 점이 논란이 된 *Micula vs. Romania* 사건(ARB/05/20)에서 판정부는 관할 준부를 판단하는 기준일은 문제된 사건들이 발생한 시점이 아니라 분쟁이 구체화된 시점이라고 판단하고 분쟁이 협정 발효 이후에 발생한 이 사건은 중재 판정부 관할에 속한다고 결론내렸다.



23

Gruslin vs. Malaysia 사건(ARB/99/3)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자가 투자협정상의 투자 정의(요건)를 충족시키지 못한다고 판정되어 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Philippe Gruslin은 룩셈부르크 사업자로서 1996년 1월 룩셈부르크에 등록된 뮤추얼 펀드⁷¹⁾ EAMEC를 통해 쿠알라룸푸르 증권 거래소 상장 증권에 약 2300만불을 투자하였으나 말레이시아 정부가 1997년~98년간의 동아시아 외환위기를 극복하기 위해 1998년 9월 시행한 외환 통제 정책으로 인해 상당한 손실을 입었다.

청구인은 이 조치가 룩셈부르크-말레이시아 간 투자협정상의 투자자 보호 위반이라고 주장하고 1999년 3월 ICSID에 중재를 신청하였다. 말레이시아는 청구인의 투자는 해당 투자협정에서 규정하고 있는 보호 대상이 되는 투자의 요건에 합치하지 않으므로 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 당사자가 ICSID에 회부하기로 문서로 동의한 투자 분쟁에 대해 ICSID의 관할권이 적용된다고 규정하고 있다. ICSID 협약은 투자를 따로 정의하고 있지 않으며 투자협정에 자세한 투자 정의가 기재되어 있는 것이 상례다. 룩셈부르크-말레이시아 투자협정 1(3)조⁷²⁾는 투자란 모든 종류의 자산이라고 규정하고 다양한 자산의 형태를 예시하고 있다. 대부분 투자협정이 이와 같은 서술 구조를 택하고 있다. 다만 룩셈부르크-말레이시아 투자협정은

71) 투자자에게 주식을 발행하는 방법으로 자금을 모아 주식·채권·부동산 등에 투자하여 투자자들에게 배당금의 형태로 수익을 분배하는 일종의 신탁 회사.

72) 1(3) The term 'investment' shall comprise every kind of assets and more particularly, though not exclusively:

(a) ; (b) shares and other types of holding; (c) ~ (e)

provided that such assets when invested:

(i) in Malaysia, are invested in a project classified as an 'approved project' by the appropriate Ministry in Malaysia, in accordance with the legislation and the administrative practice, based thereon;

(iii) in the Belgo-Luxemburg Economic Union, ...



(i)호를 추가하여 말레이시아의 경우 소관 부서에 의해 ‘승인 사업(approved project)’으로 분류된 사업에 투자된 자산에 한한다는 조건을 부과하였다.

말레이시아는 청구인의 투자는 증권 거래소에서 자유롭게 거래되는 증권에 대한 포트폴리오 투자로서 이는 투자협정 1(3)조 규정의 투자에 해당하지 않으며 따라서 말레이시아는 투자협정 규정에 부합하는 투자에서 발생하는 분쟁에 대해서만 ICSID 제출에 동의한 것이므로 이 사건 분쟁은 ICSID 제출 동의가 이루어지지 않은 것이어서 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 역설했다. 또한 투자협정 12조는 계약국의 영토 내에 이루어진 투자에 대해서 협정이 적용된다고 적시하고 있다고 제시하였다. 청구인은 투자협정 1(3)조와 10조 분쟁 조항은 ‘투자’라고만 기재되어 있고 영토 조건이 부대되어 있지 않다고 반박하였다.

중재 판정부는 투자협정 2, 4, 5, 7, 8, 12조 등에 이 협정에서 의미하는 투자는 계약 당사국의 영토 내에 이루어진 타방 계약국민의 투자라는 점이 반복하여 기재되어 있고 양자 투자협정의 대상과 목적과 1조의 정의 조항의 문맥 상 1조, 10조에서 지칭하는 투자는 비록 영토 내라는 수식 어귀가 없어도 당연히 계약국 영토 내에 이루어진 투자라는 의미로 해석해야 한다고 辨說했다. 판정부는 투자협정 1(3)조의 (i)호는 그 위에 투자의 예시로 나열된 모든 형태의 투자에 공히 적용되는 것이 문맥상 자명하다고 보았다. 청구인은 해외 자본 시장에 투자하기 위해서는 룩셈부르크의 자본위원회의 승인을 받아야 하며 EAMEC는 이 승인을 득했으므로 (i)호의 승인 요건을 충족했다고 주장하였으나 중재 판정부는 (i)의 승인은 말레이시아 당국의 승인을 의미한다고 지적하고 청구인의 주장을 일축하였다. 판정부는 (i)호는 투자협정 보호 대상이 되는 투자가 되기 위해서는 승인 사업에 대한 투자여야 한다고 적시하고 있고 청구인의 투자는 승인이 이루어진 사업에 대한 투자가 아니라 증권의 매입에 불과하므로 투자협정의 보호 대상이 아니라고 확인하였다. 판정부는 투자협정의 보호 대상이 아닌 투자 분쟁에 대해 말레이시아가 ICSID 관할권을 동의한 것은 아니므로 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 확인하였다(판정문 13.1-13.12, 25.1-25.7).

다. 평가 및 해설

1) 투자협정상의 투자 정의

이 사건과 같이 투자협정상의 투자 정의에 해당하는지 여부는 ICSID 중재에서 흔히 제기된다.



투자협정은 예외 없이 투자에 대해 정의하고 있다. 가장 대표적이고 보편적인 정의 방식은 투자자가 직간접적으로 소유, 통제하는 모든 종류의 자산(any kind of asset)으로 규정한 후 예시가 되는 투자의 형태를 나열하는 방식이다. 목록에 예시되지 않은 투자도 있을 수 있으므로 대개 include but not limited to라는 문구를 추가하기도 한다. 투자로 예시되는 자산은 투자협정마다 다소간의 차이가 있을 수 있지만 보통

- 기업, 주식 및 증권 등 기업의 자본 참여와 관련된 권리,
- 채권 및 회사채 등 각종 부채 증서와 그로부터 파생되는 권리,
- 금전적 가치를 갖는 각종 계약상의 권리,
- 지적 재산권(상표권, 저작권, 특허권 등),
- 천연 자원의 개발과 관련된 개발권 및 채굴권,
- 각종 유형 자산(상품, 동산, 부동산 등)과
- 무형 자산(담보, 리스, 유치권, 질권, 영업권 등) 등이다.

협정에 따라서는 투자에 포함되는 않는 자산을 열거하기도 한다. 이 사건처럼 해당국의 승인 사업에 대한 투자라는 특별한 부대조건을 첨부하기도 한다. 반대로 제외되는 사항을 명기하기도 한다. 한미 FTA 11.28조에서는 상품 및 서비스 거래에서 발생하는 자금 청구권을 제외한다고 명시하였다⁷³⁾. 즉 거래는 투자가 아니라는 것이다. NAFTA 협정에서는 모든 자산이라는 전체 설명 없이 투자에 해당하는 자산을 나열하는 방식으로 투자를 정의하였다. 그러나 열거 항목 중에 ‘경제적 혜택이나 영업적 목적에 대한 기대 하에 취득되거나 그러한 목적을 위해 사용된 유형 또는 무형의 부동산 또는 기타 재산’이라는 포괄적 항목이 있어 실질상으로는 모든 종류의 자산을 투자로 정의하는 것과 큰 차이는 없다.

경제가 발달하고 국가 간 자본 및 자산 이동이 활발해져 감에 따라 투자의 범위는 꾸준히 확대되어 왔다. 기술 발전과 함께 새로운 경제 현상이 등장하고 새로운 영업 방식과 영역이 확대되고 있는 현실이므로 투자협정은 투자의 범위를 확장적으로 기재하는 것이 추세이다. 투자 분쟁에서 쟁점이 된 대상이 투자협정상 투자에 해당하는지 여부는 준거가 되는 당사국 간 투자협정의 투자 정의를 적용하면 판단할 수 있으므로 판례 간 법리적 대립이나 판례 축적에

73) For purposes of this Agreement, a claim to payment that arises solely from the commercial sale of goods and services is not an investment, unless it is a loan that has the characteristics of an investment.



의한 법리 정립이 두드러지지 않고 있다.

투자협정상의 투자 정의 해당 여부가 심리된 사건은 흔하지만 이 사건과 같이 투자 정의에 해당하지 않는다는 이유로 ICSID 관할권이 부인된 사례는 흔하지 않다. *Bayview vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/05/1) 판정부는 멕시코의 水量 통제 조치로 인해 미국 내 水利 시설에 투입한 자신의 투자가 영향을 받았다고 시비하는 청구인에 대하여 투자협정상의 투자란 상대국에 투자한 것을 의미하지 자국 내의 투자를 의미한 것은 아니라고 지적하였다. 청구인이 매입한 그리스 국채가 투자가 될 수 있는지가 쟁점이었던 *Postova & Istrokapital vs. Greece* 사건(ARB/13/8)에서 판정부는 국가 채무는 사채와 구별되는 특징이 있고 투자 예시 목록도 해석 상의 의미를 가져야 하므로 국가 채무가 투자로 인정되기 위해서는 슬로바키아-그리스 투자협정상에 상응한 표현이 있거나 예시로 나열되었어야 한다고 보았다. 판정부는 1조는 물론 협정 어디에도 국가 채무는 물론 공공 부채, 공적 의무 등이 투자의 형태로 기재되어 있지 않다고 지적하였다. 1(1)(b)조에 회사의 채무 증서(*debentures of a company*)라는 표현이 있으나 사채는 국채가 아닌 것이 명백하다고 보고 공적인 채무를 명기하지 않은 것은 계약국이 이를 투자로 인정하지 않으려는 의도라고 판단하였다(판정문 330-333).

투자협정상의 투자 정의 해당 여부에 관한 종합 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하여 두었다.

2) 중재인 수와 자격

이 사건 판정부는 1명으로 구성되었다. ICSID 중재 판정 중 거의 유일한 경우이다. 적어도 이 책에 수록된 사건 164 건 중 중재인이 1인인 경우는 이 사건이 유일하다. 나머지는 모두 3인의 중재인으로 구성되었다. ICSID 협약 37(2)조⁷⁴⁾에 의거하여 중재인 수는 당사자 합의에 따라 1인 또는 홀수로 구성된다. 만일 분쟁 당사자가 중재인 수에 대해 합의하지 못할 경우 판정부는 각 당사자가 지명하는 2명과 당사자가 합의로 지명하는 의장 3인으로 구성된다. 판정부는 중재 신청이 등록된 후 90일 이내 또는 당사자가 합의한 기간 내에 구성되지 못할 경우 의장은 분쟁 당사자 일방의 요청에 따라 각 당사자와 협의한 후 잔여 중재인을 분쟁 당사국적 소지자가 아닌 사람 중에서 임명한다(ICSID 협약 38조⁷⁵⁾). 이 분쟁 당사자 국적 소지자 회피 규정은 의장이

74) [2] (a) The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators appointed as the parties shall agree.
(b) Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.



임명할 때만 적용되고 중재인이 1인이거나 당사자가 지명하는 중재인일 경우에는 적용되지 않는다.

중재인의 수보다 중재 판정 과정 중에서 문제가 되는 것은 중재인의 자격이다. 중재인은 각 계약국이 4명까지 통보한 중재인 패널 등록자 중에서 선정하도록 되어 있다. 패널 등록자의 자격이 곧 중재인의 자격이다 ICSID 협약 14(1)조⁷⁶⁾는 패널 등록자 자격으로 높은 도덕성과 관련 분야 전문 지식, 독립적인 판정 능력을 요구하고 있다. 분쟁 당사자는 패널 등록자 명부 외에서 중재인을 지명할 수 있으나 이 경우에도 위 자격을 갖추어야 한다고 규정하고 있다. 분쟁 당사자는 중재인이 위 요건을 명백하게 결여하고 있다는 사실에 의거하여 중재인 제척 신청을 할 수 있다(ICSID 협약 57조⁷⁷⁾). 중재인 제척 신청은 실제로 드물지 않게 발생하고 있다.

75] Article 38

If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

76] Article 14

(1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.

77] Article 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14.



24

Middle East Cement vs. Egypt 사건(ARB/99/6)

가. 사건 개요

이 사건은 이집트 정부의 시멘트 수입 금지 정책으로 인해 이집트 내에 시멘트 하역, 보관 등의 영업을 해오던 투자자의 회사가 사실상 수용 당한 것이라고 인정된 사건이다.

청구인 Middle East Cement Shipping and Handling co.(이하 MEC)는 그리스 회사로서 이집트 항구에서 시멘트, 상.하역, 보관, 분배 등의 사업을 수행하는 지사 Badr Cement Terminal 을 운영하고 있었다. Badr Cement Terminal(이하 BCT) 1983년 이집트 투자 당국으로부터 10년 기한의 인가를 받고 사업을 수행하고 있었다. 1989년 이집트 건설부는 부령 195호를 발표하여 정부가 인정하는 일부 기관을 제외하고 모든 시멘트의 수입을 금지하였다. BCT의 해상 저장 설비(floating silo)는 이집트 당국에 의해 채권 확보용으로 압류된 후 경매 처분되었다.

1999년 11월 MEC사는 그리스-이집트 투자협정을 근거로 ICSID에 중재를 신청하였다. 이집트 정부의 조치가 사실상 수용에 해당하므로 보상해야 한다는 내용이었다.

나. 주요 쟁점

1) 영업 인가의 취소의 수용 해당 여부

이집트의 수입 금지 조치 자체는 MEC사의 재산이나 부동산 등을 직접적으로 수용하거나 무용지물로 만든 것은 아니었다. MEC사가 주장한 것은 시멘트 상.하역, 재포장, 보관 등의 영업 허가가 시멘트 수입 금지 조치로 인해 사실상 취소된 것과 같으므로 이는 사실상의 수용에 해당한다는 것이었다.

중재 판정부는 그리스-이집트 투자협정 1조에 투자란 ‘.....d) 법령이나 계약에 의해 부여된 사업상의 양허(business concession)를 포함한 모든 종류의 자산’이라고 정의되어 있음을 환기하고 이집트가 BCT에 부여한 사업 인가는 투자에 해당한다고 판단하였다. 중재 판정부는 시멘트 수입 금지 조치(건설부령 195호)가 실제 집행되어 BCT가 시멘트 처리 영업을 진행할 수



없었던 것은 다툼이 없는 사실이고 투자자가 자신의 투자를 활용하거나 이익을 향유하는 권리가 박탈당한 것이므로 이는 투자협정상의 수용에 상당한 조치(tantamount to expropriation)에 해당하며 이집트 정부는 투자협정상의 규정대로 수용에 대해 보상해야 한다고 판단하였다. 그러나 보상이 이루어지지 않았으므로 이집트는 수용 금지 의무를 위반한 것이라고 판시하였다(판정문 104-107)

2) 손실 산정-해상 설비

1989년 시멘트 수입 금지 조치로 인해 개점휴업 상태가 된 BCT는 항만 사용료 등 비용을 체납하게 되었다. BCT로부터 채권을 확보하고자 이집트 항만 당국은 동 사의 시멘트 보관, 포장, 상·하역 업무에 사용되는 대규모 해상 설비를 1999년 압류하고 경매를 통해 처분하였다.

이집트는 이 해상 설비는 청구인의 소유가 아니라 모회사의 소유이고 청구인은 이를 임차하고 있는 것이므로 투자에 해당하지 않는다고 주장하였다. 그리고 해당 시설의 압류와 경매는 채권 확보시 준수해야 할 절차에 따라 적법하게 진행되었다고 항변하였다. 반면 청구인은 압류, 경매에 대해 반드시 받도록 되어 있는 통지를 받지 못했다고 주장하였다(이집트 항만 당국의 동 통지는 BCT 사무실이 아니라 항만에 무인 상태로 방치되어 있던 해상 설비에 투입되었음).

판정부는 투자협정 1조 투자의 정의에는 임차 계약에 의해 임차인의 관할 아래 있는 물품도 포함된다고 예시되어 있으므로 청구인이 임차 중인 해상 설비가 투자에 해당되는 것은 자명하다고 보았다(135-138). 판정부는 행정 조치의 통보에 관한 관련 법규에 보면 채권 확보를 위한 통지 고지 시 채무자가 부재중일 경우에는 동 고지가 확실히 전달될 수 있도록 추가적인 조치를 취하도록 되어 있는바 실제 이집트 당국이 BCT에 취한 조치는 이에 미치지 못한다고 보았다. 동 해상 설비의 중요성, 가치 등을 보았을 때 압류 고지는 직접적인 방식으로 채권자에게 전달되었어야 했다고 지적하였다. 이에 따라 판정부는 이집트의 성의 없는 고지는 투자협정이 규정하고 있는 공정하고 공평한 대우 및 적법한 절차 의무의 위반에 해당한다고 판시하였다(143).

3) 손실 산정-은행 대출, 외국인 고용원 보상, 청산 경비

청구인은 영업 중단으로 인해 발생한 은행 대출, 퇴직 외국인 고용원에 대한 보상, 그리고 회사를 결국 청산하는데 소요되었던 비용도 사실상 수용된 것으로 판단, 그에 상응한 보상을 받아야 한다고 주장하였다.



그러나 판정부는 수용에 상당한 효과를 가진 조치란 상업적인 위험(risk) 또는 정부기관의 정당한 절차로부터 투자자에게 발생하는 손실까지를 포함한다고 볼 수는 없다고 정리했다. 청산 비용 역시 청산의 절차가 이집트 정부에 의해 투자협정 위반에 해당될 정도로 남용, 방해되었다는 것이 청구인에 의해 입증되지 않는 한 청산 비용 자체가 발생한 것이 수용의 보상 범위에 포함되지는 않는다고 판시하였다(153-155).

다. 평가 및 해설

투자 유치국 정부가 수용임을 표방하고 공식적이고 공개적인 방법으로 이를 진행할 때에는 투자자와 국가 간의 분쟁이 발생할 여지가 상대적으로 적다. 우선 문제가 되는 수용 행위가 무엇인지 특정하기가 쉽다. 공개적인 수용은 수용령 공포 등 다중이 인지할 수 있는 방식으로 상세한 내용과 조건이 천명되기 때문이다. 이러한 공개적이고 직접적인 수용은 시행 목적의 공공성, 비차별성, 보상의 적정성 및 절차 준수 여부가 주 시비 대상이 된다. 그러나 외국인 투자자가 특히 우려하는 것은 외형상 형태는 수용이 아닌데 그 효과는 수용과 동등한 조치이다. 외국인 투자를 탈취하려는 투자 유치국은 지나치게 노골적이고 상당한 보상이 수반되는 수용이나 국유화를 시도하기 보다는 별도의 공공 목적을 가진 정책을 통해 은밀한 방식으로 외국인 투자자의 자산을 사실상 탈취하는 것을 선호할 것이다. 이러한 악의가 없이 순수한 의도로 투자 유치국이 시행한 공공 정책으로 인해 선의의 외국인 투자자가 자신의 자산을 수용당한 것과 똑 같은 피해를 볼 수도 있다. 이 경우 해당 조치는 공개적으로 천명된 정식의 수용 조치가 아니므로 차별적으로 시행되거나 보상이 행해지지 않더라도 해당 외국인 투자자는 적절한 구제를 받을 길이 없게 된다.

이 사건에서 문제된 이집트의 시멘트 수입 금지 조치 자체는 청구인의 투자를 수용하려는 조치는 아니다. 그러나 사실상 청구인 투자의 효용도, 가치를 멸절시켜 수용된 것과 마찬가지로 효과를 간접적으로 발현하게 된다. 투자자-국가 분쟁에서 이러한 간접 수용은 압도적으로 많이 제기되는 이슈이다. 이 책에 수록된 판정 164건 중 54건이 간접 수용 사건이다. 쟁점이 간접 수용이나 관할권이 부인되어 본안 심리가 진행되지 못한 사건까지 포함하면 그 수효는 더욱 늘어날 것이다.

이 사건처럼 외형상으로는 청구인의 투자를 수용하는 것과 무관한 것처럼 보이지만 그 실상은



직접적인 수용에 필적하여 간접 수용이 인정된 사례로 대표적인 것은 *Metalcald vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/97/1) 이 있다. 청구인이 유해 물질 매립장을 건설하였으나 지방 정부가 출입을 봉쇄하고 인근에 자연 보호 지구를 설정한 이 사건에서 판정부는 소유권 자체는 박탈하지 않더라도 재산 사용을 은밀하거나 부수적인 방법으로 방해하여 소유자로부터 재산의 사용이나 합리적인 기대 이익 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 것은 수용에 상당한 조치라고 보고 청구인의 유해 물질 매립장 가동을 방해한 멕시코 지방 정부의 행위는 청구인의 투자를 보상 없이 간접 수용한 것이라고 판시하였다(판정문 109-112).

멕시코의 매립장 운영 면허 불연장 조치로 인해 자신이 투자한 매립장이 쓸모없게 되었으므로 사실상 수용된 것이라는 시비가 제기된 *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2)에서 판정부는 개인의 권리나 자산을 박탈하는 목적을 명시적으로 표현하지 않으나 실제로는 그러한 효과를 갖는 조치와 행동은 수용에 해당한다고 보았다. 판정부는 이러한 유형의 수용은 반드시 점진적으로 은밀하게 행해져야 하는 것은 아니며 하나의 행동, 또는 단기간 내 일련의 행동이나 동시적인 복수의 행동을 통해 이루어질 수 있다고 보고 청구인의 자산 활용도를 사실상 소멸시킨 멕시코의 조치는 수용에 해당한다고 판시하였다.

청구인이 사용권이 있는 선박의 출항 금지 조치가 수용에 해당하는지 쟁점이 되었던 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에서 판정부는 출항 금지로 인해 해당 선박에 대한 접근과 통제권이 박탈되었고 따라서 선박을 활용할 수 있는 계약상의 권리라는 청구인의 투자에 심한 피해가 발생하였으므로 출항 금지는 최소한 청구인의 투자 가치를 영속적으로 파괴한 간접 수용에 해당한다고 판단하였다(판정문 300-304).

| 간접 수용 인정 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)
<i>SPP(ME) v. Egypt (84/3)</i>	무형의 권리도 수용 가능, 영업권 취소는 간접 수용 해당
<i>Metalcald v. Mexico (AF)/97/1)</i>	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치
<i>Middle East Cement v. Egypt (99/6)</i>	시멘트 처리 업자에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당
<i>Tecmed v. Mexico (AF)/00/2)</i>	매립장 업자에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당
<i>Siemens v. Argentina (02/8)</i>	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당



사건명	수용 인정(총 13 건)
<i>Gemplus & Talsud v. Mexico (AF)/04/3)</i>	경영권 탈취는 간접 수용, *같이 제기된 직접 수용도 인정
<i>Saipem v. Bangladesh (05/7)</i>	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정
<i>OPC v. Ecuador (06/11)</i>	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 자체 취소는 과도하며 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당
<i>Alpha v. Ukraine (07/16)</i>	경제적 가치가 보상 없이 실질적 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당
<i>Unglaube v. Costa Rica 사건(08/1, 09/20)</i>	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당
<i>Inmaris v. Ukraine (08/8)</i>	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/ 투자 가치의 영속적 파괴 해당
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka (09/2)</i>	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan (13/13)</i>	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료



25

Mitchell vs. Congo 사건(ARB/99/7)

가. 사건 개요

이 사건은 콩고에서 활동하던 미국인 소유의 법률 회사가 투자협정과 ICSID협약의 투자에 해당한다는 중재 판정이 특별 위원회의 결정에 의해 취소된 사건이다.

청구인 Patrick H. Mitchell이 콩고 민주 공화국에서 운영하던 Mitchell & Associates 법률 회사가 1999년 3월 콩고군에 의해 각종 시설이 봉인되고 문서가 압류되었으며 직원 2명이 구금되었다가 수개월 후 해제, 반환, 석방되었다. 그러나 이 사건 여파로 정상적인 영업을 할 수 없었고 의뢰인도 격감하여 사무실을 폐쇄하기에 이르렀다.

Patrick Mitchell은 콩고군의 행위는 직간접적인 수용에 해당한다는 요지로 미국-자이레(콩고 공화국 전신) 투자협정을 근거로 1999년 10월 ICSID 중재를 신청하였다. 콩고는 청구인의 법률 회사는 투자협정과 ICSID 협약상의 ‘투자’에 해당하지 않으므로 ICSID는 관할권이 없고 설사 있다 하더라도 콩고군의 행위는 수용에 해당하지 않는다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 요건

콩고는 Mitchell & Associates의 법률 자문 사업은 i) ICSID 협약상의 투자의 요건, 특히 투자자의 이익 증진을 위한 사업이므로 콩고의 경제 사회 발전에 기여하는 바가 없어 투자 유치국 경제 발전 기여 요건을 충족하지 못하고 ii) 미국-콩고 투자협정에 투자로 예시된 사업이 아니며 iii) 투자협정의 ‘서비스’는 상업적, 경제적 서비스를 지칭하는 것이고 법률 자문은 이 개념에 포함되는 사업이 아니라고 주장하였다. 따라서 청구인의 법률 회사는 투자협정과 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않는다고 역설하였다. 투자협정 I조는 투자를 자산, 부채, 서비스 및 투자 계약을 포함하여 직간접적으로 소유, 통제된 모든 종류의 투자라고 정의하고 예시적인 형태를 나열하고 있었다. 콩고의 두 번째 주장은 청구인의 사업이 예시된 형태에 해당하지



않으며 I조의 ‘서비스’는 상업적, 경제적 사업으로서의 서비스업을 의미한다는 주장이다.

중재 판정부는 차압된 청구인의 재산은 동산, 서류 등을 포함하여 I(c)(i)조의 투자에 해당하고 (iv)의 know-how와 영업권(good will)도 적용 가능하며, 청구인이 사업(activities)을 수행할 수 있는 권리는 (iv)의 규정에 따라 투자에 해당한다고 언급하였다. 그러나 청구인의 무엇이 (iv)에 해당하는지 청구인의 사업이 구체적으로 무엇인지에 대해서는 따로 설명하지 않았다⁷⁸⁾. 청구인의 미국 구좌에 기입된 보수(payment)도 청구인의 법률 자문료이므로 투자에 해당한다고 판단하였다. 콩고의 ‘서비스’ 주장에 대해 중재 판정부는 이 개념은 광범위한 의미를 갖고 있으며 외국인 투자자가 투자 유치국 내에서 제공하는 모든 서비스를 포함한다고 설명하였다. 투자 유치국 경제 발전 기여 등 투자 요건에 대해서는 특정의 사업이나 거래가 투자에 해당하는지 판별할 때 필수적인 요건(formal requirement)은 아니라는 선에서 소략하게 언급하였다(판정문 47-56). 판정부는 위와 같은 논리로 청구인의 법률 회사는 투자에 해당한다고 판시하고 ICSID의 중재 관할권이 있다고 결론지었다.

2004년 6월 콩고는 원 사건 중재 판정부의 판정이 판정의 근거가 되는 이유를 충분히 설명하지 않았고 권한을 명백하게 남용하였다는 이유로 ICSID 협약 52(1)조에 의거하여 판정 취소를 청구하였다.

특별 위원회는 콩고의 주장을 수용하여 원 중재 판정을 취소하였다. 특별 위원회는 중재 판정부가 청구인의 동산, 사업 수행 권리 등이 투자협정에 예시된 형태의 투자에 해당한다고 판단하였으나 ICSID 협약상의 투자 요건을 충족하는지에 대해서는 심리하지 않았다고 지적하였다. 특별 위원회는 청구인의 법률 자문 서비스가 투자협정상의 서비스에 해당하는지 의문을 제기한 데 대해 별다른 근거 없이 투자협정에 적시된 서비스는 모든 서비스를 의미한다고 단정하였다고 보았다. 특별 위원회는 Mitchell & Associates가 제공하는 ‘서비스’가 투자에 해당하는지 여부가 핵심 쟁점인데 원 사건 판정부는 이 서비스가 투자에 해당하는 근거에 대해서는 별다른 설명이 없다고 지적하였다. 청구인 투자가 콩고의 경제, 사회 발전에 기여하는지 여부에 대해서도 판단을 회피하였다고 지적하였다. 특별 위원회는 원 사건 판정이 무엇을 투자로 볼지에 대해 불완전하고 애매모호하며 이러한 설명의 부적정성은 투자의 존재 여부에 대한 논리의 일관성을 심각하게 훼손하는 수준이라고 판단하였다(취소 결정문 35-41).

투자협정 I(c)(vii)조는 재투자된 수익을 투자로 적시하고 있다. 그런데 원 판정은 청구인의

78) 사업의 경우 ‘청구인이 콩고에서 수행한 활동에 대해서 방대한 정보를 접수하여 청구인의 콩고 내 투자 존재 여부에 대해 답변할 수 있다’고 막연히 언급하고 그 내용이 무엇인지에 대해서는 따로 설명치 않았다(판정문 47)



미국 구좌에 기입된 수입을 I(c)(vii)조의 투자에 해당한다고 판단하였다. 특별 위원회는 이는 명백한 권한의 일탈이라고 단언하였다. 미국 구좌에 입금되고 콩고에 재투자되지 않은 수익이므로 조항의 규정 상 투자가 될 수 없음이 명백한데 투자로 인정한 것은 판정부의 권한을 초과한 결정이라는 것이다(43-47).

2) 수용

콩고군은 청구인 회사에 진입하여 집기를 봉인하고 각종 서류를 압수하였고 직원 2명을 구금하였다가 수개월 후 군사 법원의 판결에 따라 봉인을 해제, 반환, 석방의 조치를 취하였다. 청구인은 서류를 돌려받은 바 없다 하고 콩고측도 반환 명령을 기재한 판결문 외에 실제 반환이 이루어졌는지는 입증하지 못했다.

청구인은 콩고군 난입 이후 법률 회사는 정상적인 영업을 할 수 없었고 해제, 반환, 석방 이후에도 의뢰인이 더 이상 없어 결국 회사를 폐쇄해야 했다고 개진하고 콩고의 이러한 조치는 자신의 투자를 직접, 간접, 점진적으로 수용한 것이며 아무 보상이 행해지지 않았으므로 투자협정 III조 수용 규정을 위반한 것이라고 주장하였다. 콩고는 투자협정 III조상 수용의 정의가 없으므로 콩고 국내법에 따라 해석해야 하며 국내법에 따르면 수용은 집기, 서류 등 동산이 아니라 부동산에만 적용된다고 주장하고 따라서 콩고군의 조치는 수용이 아니라고 반박하였다.

중재 판정부는 콩고의 주장을 일축하였다. 계약국이 협정을 통해 수용의 요건을 정해 놓은 것은 국내법과 독립하여 투자자에게 국제법 수준의 보호를 제공하기 위한 것인데 국내법에 따라 수용을 규율한다면 투자협정의 의미가 없게 될 것이며 콩고의 주장대로라면 외국인 투자에 대해서 기존 국내법 이상의 보호를 제공할 수 없다는 궤변이 된다고 지적하였다. 국유화 및 수용에 대해서는 합당한 보상을 해야 한다는 콩고 헌법의 규정에도 합치되지 않는다고 일침을 가했다. 판정부는 수용이란 투자된 자산을 투자 유치국 정부가 공공의 목적으로 소유권을 전부 또는 일부 탈취하는 것을 의미하며 자산이란 투자의 정의에 합치되는 자산이라고 보았다. 판정부는 이에 따라 콩고군의 조치는 의뢰인의 손실을 초래하여 청구인 회사의 서비스를 더 이상 이용하지 않게 한 것까지를 포함하여 청구인의 투자를 수용한 행위(tantamount to an expropriation)에 해당한다고 판단하였다(판정문 68-72).

콩고는 원 판정 취소 심리에서 공공질서나 안보상의 이유로 투자협정의 규정을 적용하지 않을 수 있다고 규정한 투자협정 X(1)조⁷⁹⁾를 제시하고 원 판정 중재 판정부가 이 조항을



고려하지 않고 수용 판정을 내린 것은 권한의 일탈에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 내전 직후 치안이 불안했던 콩고의 당시 상황을 감안할 때 중재 심리 과정 중에 콩고가 이 조항을 근거로 투자협정의 적용 배제나 국가의 책임 면제를 주장했더라면 일정 부분 고려가 되었을 것으로 보았다. 그러나 심리 과정 중 콩고가 이 조항을 적시하여 안보상 예외를 주장하지 않았으므로 판정부가 이를 알아서 고려했어야 할 의무가 없으며 설사 알았다 하더라도 보상 금액 산정에 참작했을 수는 있으나 콩고군의 조치가 수용에 해당한다는 판단에는 변함이 없었을 것으로 보고 권한 일탈이나 판단 근거에 대한 설명 부족을 적용하지는 않았다(취소 결정문 55-60).

다. 평가 및 해설

ICSID 중재 판정부는 투자에서 발생하는 법적인 분쟁을 관할한다. 따라서 분쟁의 대상이 ‘투자’에 해당하는지, 무엇이 투자인지를 결정하는 것은 ICSID 중재 판정의 물적 관할권 존부를 쟁론함에 있어 자주 등장하는 쟁점이다. 중재 판정에서 시비 대상물이 투자에 해당하는지를 판단하는 방식은 관련 판례를 통해 정착이 되어 있다. 투자협정상의 투자 정의에 해당하는지와 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지 2단계로 살피는 것이다. 이를 *double barrel test*라고도 한다.

ICSID 중재는 투자 분쟁을 관할하고 있으나 ICSID 협약은 투자에 대해 따로 정의하고 있지 않다. 만일 본질적으로 투자에 해당하지 않는 것까지 당사국들이 투자협정에서 투자로 정의할 경우 투자 분쟁을 관할해야 하는 ICSID의 재원과 인력이 투자가 아닌 것과 관련된 쟁송을 처리하는데 쓰이게 되고 이는 정상적인 투자 분쟁 처리에 부정적인 영향을 주게 될 것이다. 따라서 ICSID 판정부는 투자협정상의 정의 외에 투자가 가져야 하는 본질적인 속성을 갖추어야 투자로 인정하는 판례를 축적하여 이제는 관행으로 정착되었다. 다만 무엇이 투자의 본질적인 속성인지에 대해서는 논란이 있다. 2 단계의 투자 판별은 투자협정상의 정의와 투자의 본질적 속성 보유 여부의 판별을 지칭하는데 어느 것을 먼저 심리해야 하는지는 판정부의 재량이다.

이 사건에서는 투자의 본질적 속성 여부는 검토가 되지 않았다. 투자협정상의 정의에 입각하여

79] This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary in its territory for the maintenance of public order and morality, the fulfilment of its obligation with respect to the maintenance and restoration of international peace and security, or the protection of its own essential security interests



법률 자문업이 투자에 해당하는지가 심리되었다. 다만 Mitchell & Associates의 법률 자문 사업은 ICSID 협약상의 투자의 요건, 특히 투자자의 이익 증진을 위한 사업이므로 콩고의 경제 사회 발전에 기여하는 바가 없어 투자 유치국 경제 발전 기여 요건을 충족하지 못한다는 지적은 투자의 본질적 속성 논의 시 매우 중요한 비중을 차지한다. ICSID 협약은 투자에 대해 별도의 정의를 내리지는 않았으나 서문에 경제 발전을 위한 국제 협력에 있어 민간 국제 투자의 역할을 고려한다는 문안⁸⁰⁾을 포함하고 있다. 이를 근거로 ICSID 중재의 관할 대상인 투자가 되기 위해서는 투자 유치국의 경제 발전에 기여해야 한다는 기여성을 투자의 본질적인 속성, 요건으로 보는 판정과 기여는 투자의 결과이지 요건은 아니라고 보는 부정적 견해가 대립하고 있다.

투자의 본질적 속성에 관한 종합 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 수록되어 있다. 투자협정상의 투자 정의에 부합하는지 여부가 쟁점이 된 판례를 종합한 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 정리되어 있다.

80] Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;



26

ADF vs. USA 사건(ARB(AF)/00/1)

가. 사건 개요

이 사건은 미국 정부의 Buy American 정책이 NAFTA 협정의 내국민 대우, 이행 요건 부과 금지 등에 위반되는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 ADF Group Inc.은 캐나다 회사로서 미국 연방 정부가 발주한 Springfield 고속도로 인터체인지 건설 공사에 하청 업체로 참여하고 있었다. 당시 미국 정부는 정부 조달시 미국산 자재를 일정 비율 이상 사용하도록 강제하는 Buy America 정책을 시행하고 있었다. ADF는 이 정책이 NAFTA 협정의 내국민 대우(1102조), 최소 기준 대우(1105조), 이행 요건 부과 금지(1106조) 위반이라고 주장했다. 아울러 미국이 알바니아 및 에스토니아와 체결한 투자협정이 NAFTA 협정보다 외국인 투자자들에게 더 유리한 대우를 부여하고 있으므로 최혜국대우 의무 위반이라고 주장하고 2000년 7월 ICSID에 중재 신청을 하였다.



| Springfield 인터체인지 전경 및 위치, I-95, 495, 395가 만나는 교통 요충지이다 |



나. 주요 쟁점

1) 내국민 대우

Springfield 고속도로 인터체인지 공사에 참가한 ADF는 Buy America 정책에 의해 100% 미국 내에서 생산되고 가공된 철재만을 사용해야 했다. 캐나다에 있는 자사 공장에서 생산하는 철재를 사용할 수 없었다. ADF는 내국민 대우 의무 위반을 주장하였으나 미국은 위반을 입증하지 못했다고 반박했다.

NAFTA 협정 1102조⁸¹⁾는 체약국은 타방 체약국의 투자자에게 투자의 설립, 획득, 확대, 관리, 운영 등과 관련하여 유사한 환경에서 자국의 투자자에게 부여하는 대우와 동등한 대우(no less favorable)를 부여할 의무가 있다고 규정하고 있다. 같은 내용이 타방 체약국의 투자에도 적용된다. 미국은 Springfield 인터체인지 공사는 물론 미국 연방 정부가 발주하는 공사에 참가하는 (즉, 유사한 환경에서) 미국 업체(즉, 자국의 투자자)도 철재 자재의 사용에 있어(즉, 투자의 운영) 미국산 철재만 사용해야 하는 의무(즉, 동등한 대우)를 부여받고 있다고 주장했다. 미국은 내국민 대우 의무 위반이 성립하려면 ADF와 미국회사에 적용되는 대우가 상이함을 입증해야 하는데 그러지 못했다고 주장했다.

판정부는 미국의 주장을 수용하여 청구인이 미국의 조치가 내국민 대우 요건에 합치하지 않는다는 점을 입증하지 못했다고 판시하였다(판정문 157-158).

2) 이행 의무 부과 금지

ADF는 미국의 자국산 철재 사용 의무는 NAFTA 협정 1106(1)(b)조⁸²⁾의 local content 의무 부과 금지 규정에 위반된다고 주장하였다. 미국은 local content 부과 의무를 부과한 것은 맞지만

81) Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments

82) Article 1106: Performance Requirements

1. No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory:
 - (a) to export a given level or percentage of goods or services;
 - (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;



NAFTA 협정 1108조에 의해 정부 조달 시에는 적용되지 않는다고 반박하였다. 중재 판정부는 당해 공사가 1108조에 해당하는 조달임을 확인하고 청구인의 주장을 받아들이지 않았다(174).

3) 최소 기준 대우

청구인은 NAFTA 1105(1)조⁸³⁾의 의미는 투자 유치국인 투자자에게 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 부여할 포괄적인 의무를 부여하고 있다고 보았다. NAFTA 협정 해석 권한을 갖고 있는 NAFTA 무역 위원회(Free Trade Commission)는 2001년 7월 협정 1105(1)조에 기재되어 있는 국제법에 의한 대우란 국제 관습법에 의해 인정되는 외국인에 부여되는 최소 기준의 대우를 의미하는 것으로 해석한다고 발표했다.

판정부는 국제 관습법이란 어느 시점에 특정된 동결된 내용이 아니라 관행의 축적과 사회의 변화에 따라 변화하는 것이고 공정-공평 대우와 충분한 보호 및 안전의 요건은 국가의 관행, 판례, 기타 일반 국제법, 국제 관습법에 의거하여 규정되어야 한다고 보았다(182-184). 판정부는 현재의 국제 관습법이나 관행, 판례 등에 따르면 최소 기준 대우 조항이 투자 유치국에게 포괄적인 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전 대우 의무를 부여한 것으로 해석하기 어렵다고 보았다.

청구인은 미국의 조치 자체가 NAFTA 협정 맥락상 불공정하고 불공평하다고 주장하였으나 판정부는 정부 조달시 이행 요건 부과는 NAFTA 협정은 물론 여타의 투자협정에도 통상 기재되어 있다고 언급하고 청구인의 주장을 기각하였다(188). 청구인은 해당 공사 발주청이 과거 유사 판례를 준수하지 않고 있다고 주장하였으나 미국은 청구인이 제시한 판례는 당해 사건 상황에 부적합한 것이라고 반박하였고 청구인은 이에 대해 반론을 제기하지 못하였다고 중재 판정부는 인정했다. 청구인은 해당 공사 발주청이 권한을 일탈하여 미국산 철재 사용 의무를 부과하였다고 주장하였으나 판정부는 발주청의 월권 여부는 판정부의 관할이 아니며 설사 월권이 있었다 하더라도 정부 기관의 행위 자체는 국가의 책임이 되므로 동 월권으로 인한 조치가 1105(1)상의 최소 기준 대우 의무를 위반하였음을 청구인이 입증하면 되는데 입증이 되지 못했다고 판정하였다.

중재 판정부는 이상에 따라 미국이 NAFTA 협정 1105(1)조를 위반했음을 청구인이 입증하지 못했다고 판시하였다(192).

83) Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.



4) 최혜국대우

청구인은 미국-알바니아, 미국-에스토니아 투자협정의 최소 기준 대우 문안이 NAFTA 협정의 1105(1)조보다 더 유리한 대우를 부여하도록 규정되어 있으며 NAFTA 협정의 최혜국대우 조항(1103조)에 의거하여 청구인도 미국-에스토니아, 미국-알바니아 투자협정에 기재된 대우를 받아야 한다고 주장하였다. 미국은 미국-에스토니아 투자협정의 ‘국제 관습법에 근거한’ 문안이나 미국-알바니아 투자협정의 ‘국제 관습법에서 발견되는 기준에 근거한’ 문안의 최소 기준 대우는 NAFTA FTC의 해석 규정과 함께 해석되어야 하는 1105(1)조의 내용과 동일하다고 반박하였다.

중재 판정부는 미국의 의견에 동의하였으며 설사 미국-에스토니아, 알바니아 투자협정이 더 나은 대우를 포함하고 있다고 하더라도 NAFTA 최혜국대우 조항은 이번 사건과 같이 정부 조달에는 적용되지 않는다고 NAFTA 협정 1108조에 규정되어 있으므로 더 탐구할 실익이 없다고 보았다. 이상을 토대로 판정부는 미국의 조치는 최혜국대우 조항에 합치되지 않는다는 청구인의 주장을 기각하였다(193-198).

다. 평가 및 해설

1) 내국민 대우

모든 투자협정에는 예외 없이 외국인 투자자에 대해 유사한 환경에 있는 자국의 투자자에 비해 불리하지 않은 대우를 부여한다고 규정하고 있다. 물론 투자와 관련된 활동에 있어서이다. 투자와 무관한 모든 영역에서의 동등 대우까지 보장하는 것은 아니다. 이러한 대우를 내국민 대우라고 칭한다. 최혜국대우와 더불어 투자협정이 외국인 투자자에게 제공하는 실질적인 권리 중의 대표적인 것이다. 워낙 당연하고 핵심적인 권리이고 연원이 오래된 권리라 ICSID 중재 판정에서 내국민 대우 의무 위반으로 확인된 사건은 3건, 그것도 모두 멕시코에 한해서이다. 그만큼 내국민 대우는 광범위하게 착실히 제공되고 있는 외국인 투자 보호 조치이다.

실제 상황에서는 외국인 투자자가 내국민보다 더 많은 특혜를 받고 있다. 외국인 투자자가 ICSID 중재를 활용할 수 있는 것 자체가 대표적인 특혜이다. 대부분의 국가가 외국인 투자들 유치하기 위해 조세 감면, 부지 제공 등의 혜택을 부여하고 있으므로 내국민과 동등하게 대우한다는 것은 가장 초보적인 보호 기제의 하나일 뿐 외국인 투자자를 유치하는 유인은 아니다.



내국민 대우의 요건을 한중 FTA 12(3)조⁸⁴⁾ 문안을 기준으로 살펴 보면 i) 투자 활동에 있어서(협정에 따라서는 투자 활동을 설립, 획득, 확장, 경영, 관리 등 구체적인 행위를 나열하기도 한다), ii) 유사한 환경에 있는 자국의 투자자와 투자에 부여하는, iii) 대우보다 불리하지 않은 대우를 외국인 투자자와 투자에게 부여할 것으로 나눌 수 있다.

이상의 요건 중 지금까지 ICSID 투자 분쟁에서 쟁점이 된 것은 대개 유사한 환경 여부이다. 유사한 환경 여부는 내국민 대우 의무 위반 여부 판정에 있어 핵심적인 요건이다. ICSID 중재 판례를 보면 유사한 환경은 동일한 사업 영역, 동일한 경제 분야, 산업 영역이라고 넓게 정의한 판례도 있고 같은 금융 기관이라 할지라도 중점 업무 영역이 다르면 유사한 환경에 있다고 보지 않은 판례도 있다. 같은 사업, 경제 영역에 있는 내국인 투자자라고 하여도 외국인 투자자와 처한 상황이 다르면 유사한 환경에 있다고 판단하지 않는다. ICSID 판례를 보면 외국인 투자자와 소송 중에 있는 내국인 경쟁 업체는 유사한 환경에 있다고 인정하지 않았으며 반드시 소송 당사자인 외국인 투자자와 직접적인 경쟁 관계에 있는 국내 기업으로 한정하지도 않았다. 국내 법규를 직접적으로 집행, 적발할 수 있는 국내 제약 업체와 그렇지 못한 국외 제약 업체는 동일한 산업, 경제 영역에 있지만 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정하여 내국민 대우 의무 위반을 인정하지 않은 판례도 있다.

내국민 대우에 관한 ICSID 중재 판정의 종합 해설은 *Champion Trading vs. Egypt* 사건 (ARB/02/9)에 수록하여 두었다.

2) 이행 의무 부과 금지

투자 유치국이 자국 내 투자를 희망하는 외국인 투자자에게 투자를 인가하는 대가로 일정 의무를 부과하는 경우가 있다. 주로 일정 정도의 수출 의무 부과, 수출 성과에 따른 수입 가능액/량 연계, 수출 유도 위한 국내 판매 제한, 국내 원자재 사용 생산, 국내 상품 구매, 기술 이전 등이 대표적인 예이다. 이러한 이행 의무는 수출과 관련된 것이 많아 국제 교역을 왜곡할 우려가 있으므로 WTO에서는 교역과 관련된 투자 조치 협정(TRIMs Trade Related Investment Measures)을 별도로 체결하여 외국인 투자자에게 부과할 수 없는 이행 의무를 자세히 규정하고 있다. 투자협정 중에는 이행 의무 부과 금지에 관한 원칙만을 천명하고 자세한 사항을 기재하지

84) Each Party shall in its territory accord to investors of the other Party and to covered investment treatment no less favorable than that it accords in like circumstances to its own investors and their investments with respect to investment activities.



않는 대신 TRIMs 관련 내용이 적용된다고 규정하는 것도 있고 TRIMs 내용을 거의 그대로 차용하여 투자협정에 기재하는 경우도 있다.

지금까지의 ICSID 중재 판정에서 이행 의무 부과 문제가 제기된 것은 모두 4건이다. 투자협정에 금지되는 행위가 명시되어 있으므로 문제가 제기된 조치가 이에 해당하는지 여부를 가리면 되는 심리이므로 상충되는 판정이나 판례 축적에 의한 법리 형성이 아직 발생하고 있지 않은 이슈이다. 4건 중 3건은 이행 의무 부과 금지 위반으로 판정이 되었고 1건이 바로 이 사건으로서 이행 의무를 부과한 행위에는 해당되나 해당 투자협정에 예외로 허용하고 있는 조치인 관계로 협정 위반으로 인정되지 않았다.

이 사건 외에 이행 의무 부과 금지와 관련된 판례로는 *ADM & TLLA vs. Mexico* 사건 (ARB(AF)/04/5)과 *Cargill vs. Mexico* 사건 (ARB(AF)/05/2)이 있다. 설탕을 가당제로 사용한 음료에는 물품세 20%를 부과하지 않는 조치가 시비된 이 사건에서 판정부는 모두 멕시코 설탕 산업을 멕시코 업체들이 독점하고 있는 상황에서 설탕 사용 음료 및 관련 서비스에만 조세를 부과하지 않는 것은 멕시코산 설탕을 사용토록 강제하는 것이므로 이행 의무 부과 금지 위반이라고 각각 판정하였다. 금 생산 업자에게 내수 및 수출 의무 비중을 부과한 조치가 시비된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건 (ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 해당 조치가 투자 인가 조건으로 수출 의무 등을 부과하지 못한다고 규정한 투자협정에 명시적으로 위배된다고 판정하였다.



27

Mihaly USA vs. Sri Lanka 사건(ARB/00/2)

가. 사건 개요

이 사건은 중재 판정의 대상이 된 투자와 직접적인 관련이 없는 청구인이 자신과 동일 계열사 등 특별한 관계에 있는 원 투자자를 대신하여 ICSID 중재를 신청할 수 있는지와 실제 투자 계약이 체결되기 전까지 지출된 비용도 투자협정의 보호 대상이 되는지가 쟁점이 된 사건이다.

Mihaly Canada는 스리랑카 정부와 발전소 건설 사업을 논의하였으나 실제 계약 체결에는 이르지 못하였다. 청구인 Mihaly USA는 Mihaly Canada와 같은 계열 회사이다. 스리랑카 정부는 1992년 300 MW 용량의 화력 발전소를 BOT 방식으로 건설하려는 계획을 공개하였고 Mihaly Canada가 입찰에 응모하여 1993년 2월 세부 내용을 Mihaly Canada와 독점적으로 협의하겠다는 스리랑카 정부의 의향서(Letter of Intent)를 접수하였다. 이후 Mihaly Canada는 발전소 건설 및 운영의 소요 비용, 개념 설계, 기본 구조 등에 관해 심도 있게 검토하였고 이 과정에 상당한 비용을 지출하였다. 스리랑카 정부와 발전소 사업에 관한 협의는 계속되었고 독점 협의 기간은 1993년 9월 동의서(Letter of Agreement), 1994년 7월 연장서(Letter of Extension)을 통해 연장되었다. 그러나 협의 결과 양측 간의 이견 차이가 심해 정식 계약 체결에는 이르지 못하였고 Mihaly Canada는 발전소 건설 계획 운영 상세안을 작성하는데 소요된 비용을 회수할 수 없게 되었다. 당시 캐나다는 ICSID 협약 가입국이 아니었던 관계로 Mihaly Canada는 소요 비용 회수를 위해 ICSID 중재를 활용할 수 없었다.

그러자 이와 관련된 일체의 권리를 같은 계열사인 Mihaly USA에게 양도하였고 Mihaly USA는 미국-스리랑카 투자협정에 근거하여 1999년 7월 ICSID 중재를 신청하였다. 스리랑카는 Mihaly USA는 이 사건 당사자가 아니고 실제 실행된 투자 자체가 존재하지 않는다는 논거로 ICSID 관할권을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) 인적 관할권

청구인 Mihaly USA가 주장하는 제소 적격의 근거는 자신이 소재한 미국 캘리포니아의 주 상법상 자신과 Mihaly Canada는 동업 관계(Partnership)로 등록되어 있고 주 상법에 의거하여 자신은 동업사를 대신할 수 있는 권한이 있다는 것이었다. 또한 자신은 Mihaly Canada로부터 스리랑카 발전소 건설 사업에 관한 일체의 권리와 의무를 양도받았으므로 ICSID 중재를 신청할 자격이 있다고 주장하였다. 스리랑카는 동업 논리는 그 근거와 논점이 취약하고 양도는 당사자인 스리랑카의 동의없이 이루어졌으므로 스리랑카에 대해서는 효력이 없다고 항변하였다.

중재 판정부는 동업은 구성사와 독립된 별도의 법인격을 갖는 것도 아니고 구성사의 원 국적을 탈취 변경시키거나 이중 국적을 부여하는 것도 아니라고 설시하였다. 동업이 청구인 Mihaly USA의 제소 권한을 가감하지도 못하며 이 사건 청구인은 Mihaly USA이지 Mihaly USA-Mihaly Canada의 동업사도 아니라고 확인하였다. 자신이 이용할 수 없는 ICSID 중재를 통해 자신의 손실을 보상받기 위해 ICSID 제소가 가능한 타인에게 해당 투자에 관련된 권리, 의무를 양도하는 것은 ICSID 협약의 대상과 목적상 허락할 수 없다고 언명하였다. ICSID 협약은 당사자 외의 제 3자에게 권리 의무를 창출시키지 않고 있으며 청구인이 주장하는 양도는 신성한 당사자 관계(privacy)를 침해하는 것이라고 지적하였다. 판정부는 그러나 Mihaly USA의 국적국인 미국이 ICSID 협약의 가입국이므로 Mihaly USA는 외견상 ICSID 중재를 신청할 자격이 있으며 ICSID 인적 관할권을 충족한다고 보았다. 다만 Mihaly USA가 문제가 된 발전소 사업에서 어떠한 권리 의무가 있었는지는 물적 관할권 단계에서 심리할 일이라고 판단하였다(20-27).

2) 물적 관할권

중재 판정부는 ICSID 협약 25(1)조 규정에 의하면 ICSID 중재 판정부의 물적 관할권이 성립하기 위해서는 i) 투자로부터 ii) 직접 발생한 iii) 법적인 iv) 분쟁이 존재해야 하는데 ii)~iv)의 요건 충족은 다툼이 없으므로 i) 투자의 존재 여부를 확인하는 것이 쟁점이라고 보았다. 결국 Mihaly Canada가 계약 체결 준비를 위해 지출하였다는 비용이 투자에 해당하는지 여부가 관건인데 ICSID 협약에서는 투자에 대해 특별한 정의를 내리고 있지 않았고 미국-스리랑카 투자협정에서도 투자 설립 전 지출된 비용도 투자에 포함되는 지에 대해 특별한 언급이 없었다.



청구인은 투자의 개념이나 정의 자체에 대해서는 특별한 견해를 밝히지 않았으나 개도국으로의 보다 자유로운 자본의 흐름을 촉진시키기 위해서는 투자를 광범위하게 이해하여야 한다고 주장하였고 의향서, 동의서, 연장서 3건의 문서가 청구인이 해당 사업에 투자하려 한다는 점을 스리랑카 정부가 인지하고 권한을 부여한 증거라고 역설하였다. 스리랑카는 투자 준비 단계에서 일정한 비용이 소요된다는 점은 인정하였으나 투자를 접수하겠다는 당사국의 최종적인 합의나 동의가 있어야 투자로 인정할 수 있다는 견해를 표명하였다.

중재 판정부는 대규모 비용이 소요되는 사업에 있어 계약을 준비하는 과정에 상당한 액수가 지출되는 것이 근래 상업 활동의 의심할 수 없는 특징이라고 인정하였다. 그러나 일련의 협의 과정 중 어느 시점을 기준으로 ICSID 협약을 적용할 수 있는 투자로 인정할 것인가는 당사국이 합의할 문제라고 보았다. 판정부는 의향서, 동의서, 합의서에 비록 스리랑카 정부는 해당 거래가 이루어질 수 있도록 최선의 노력을 다한다는 규정이 있기는 하지만 (법률적으로는) 어느 당사자도 구속하는 의무를 창설하지 않는다고 적시되어 있는 점을 환기하였다. 판정부는 청구인의 손실이 발생했을 수는 있으나 이는 투자가 설립되었기 때문에 발생한 것이 아니라 투자를 설립하기 위한 논의 단계에서 협의 상대방이 올바르게 행동하지 않아서 발생한 것이며 이는 ICSID 협약으로 중재할 수 있는 손실이 아니라고 설명하였다.

판정부는 ICSID 중재의 관할권의 근거는 당사국의 동의에서 나온다는 점도 환기하였다. ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 당사자가 문서상의로 동의한 분쟁이라고 적시하고 있다. 판정부는 스리랑카가 발송한 의향서 등 3건의 문서에 당사자를 구속하는 의무는 아니라고 명기되어 있는 점으로 볼 때 이로부터 발생하는 분쟁을 ICSID 중재 대상으로 하겠다는 스리랑카의 동의가 존재하지 않는 점은 극명하고 청구인은 스리랑카의 동의를 입증할 아무런 법적인 근거를 제시하지 못했다고 지적하였다. 판정부는 따라서 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다(28-61).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부가 Mihaly USA와 Mihaly Canada 간의 동업 관계는 ICSID 관할권 획득에 아무런 영향도 주지 않는다고 판단했으면서도 Mihaly USA가 미국 기업이고 미국은 ICSID 협약 체결국이므로 Mihaly USA는 외견상 ICSID 중재를 신청할 자격이 있으며 ICSID 인적



관할권을 충족한다고 논리를 전개한 것은 타당하지 않다고 본다. ICSID 중재의 인적 관할권 존부 판단에 있어 청구인 국적국의 ICSID 체약국 여부는 필요 조건일 뿐 충분조건이 아니다. 사업 입찰 시의 필수 구비 서류와 같아서 필수 서류가 없으면 입찰 접수 자체가 안 되고, 있으면 접수는 되지만 입찰 여부는 서류 내용의 충실도, 적절성을 검토하여 추후에 결정되는 것과 같다. 필수 구비 서류를 제출했다고 입찰되었다고 볼 수 없는 것처럼 청구인 국적국이 ICSID 체약국이면 청구인에 대해 인적 관할권이 성립하는 것은 아니다.

인적 관할권은 투자 분쟁을 ICSID에 회부하기로 동의한 날에 ICSID 체약국 국적을 갖고 있어야 한다(ICSID 25(2)조). 판정부는 *Mihaly USA*의 중재 신청일이 ‘동의한 날’이고 그 날짜에 *Mihaly USA*는 ICSID 체약국인 미국 기업이므로 인적 관할권이 성립하는 것으로 이해한 것 같다. 그러나 이는 ‘동의’의 의미를 오해한 것이다. ‘동의’는 ICSID 협약 25(1)조, 각 체약국은 타방 체약국 국민(법인)과의 투자 분쟁을 ICSID 중재에 회부하기로 문서상으로 동의한다는 의미의 동의로서 ICSID 체약국 국민(법인)과 투자 분쟁이 발생하면 ICSID 중재를 활용하겠다는 의미이다. 즉 특정 국민(법인)과 먼저 투자 분쟁이 발생해야 하고 그 국민(법인)의 국적국이 ICSID 체약국이면 ICSID 중재를 받아들일겠다는 의미이다. 스리랑카 입장에서는 *Mihaly USA*와는 투자 분쟁 자체가 발생하지 않았다.

만일 판정부가 *Mihaly Canada*와 *Mihaly USA*의 동업 관계가 ICSID 중재 적격을 발생시킬 수 있는 것인지 여부를 판단하는데 상당한 분석과 검토가 필요하므로 미국이 ICSID 체약국인 점을 감안하여 *Mihaly USA*의 인적 관할권을 일단(*prima facie*) 인정하고 물적 관할권 존부 심리로 넘어가겠다고 하였으면 타당한 심리 순서였을 것이다. 물적 관할권 존부를 심리한 결과 투자에 해당하지 않으므로 물적 관할권이 없고 따라서 인적 관할권 존부 판단을 위한 *Mihaly Canada*, *Mihaly USA* 관계성은 심리할 필요가 없다고 종결했으면 무난했을 것이다. 그러나 판정부는 *Mihaly Canada*, *Mihaly USA* 간의 동업 관계가 관할권 생성에 아무 영향을 미치지 못한다고 판정하였을 뿐 아니라 ICSID 중재를 통해 자신의 손실을 보상받기 위해 ICSID 제소가 가능한 타인에게 해당 투자에 관련된 권리, 의무를 양도하는 것은 ICSID 협약의 대상과 목적 상 허락할 수 없다고 할난하기까지 하였다. 그러면서도 굳이 *Mihaly USA*의 인적 관할권을 인정하고 물적 관할권 심리까지 진행한 것은 의아하다. ICSID 체약국인 아닌 캐나다 회사가 ICSID 중재를 활용하기 위해 미국 유관 기업을 동원한 예는 이외에 *Banro vs. Congo* 사건 (ARB/98/7)이 있다.



2) 설립 전 투자

이 사건에서 나타난 바와 같이 대규모 투자에는 상당한 절차와 그에 따른 적지 않은 비용이 수반된다. 투자협정의 보호 대상을 완전히 국내에 자본 투입이 이루어진 이후의 투자에 대해서만 인정할 것인지 법적인 성립 이전 단계의 투자, 즉 이 사건처럼 투자 준비 단계의 비용까지 투자로 인정하여 보호할 것인지가 투자협정 체결 교섭 단계에서 흔히 논란이 된다. 해외 대규모 사업 진출이 활발한 선진국은 설립 전 단계의 투자도 투자협정의 보호 대상으로 주장하는 것이 보통이며 투자를 받아들이는 개도국 입장에서는 보호 범위가 지나치게 넓어질 것을 우려하기도 하는 반면 설립 전 투자까지 보호함으로써 외국인 투자가 증가할 수 있다는 기대감을 보이기도 한다.

이렇듯 설립 전 투자 보호는 투자협정에 어떻게 규정하느냐의 문제이고 규정된 대로 해당 분쟁 심리에 적용하느냐의 문제이지 중재 판정부의 철학과 논리가 어떻게 전개되느냐의 법리 문제는 아니다. 이 사건 외에 설립 전 투자가 심리된 것은 *F-W Oil vs. Trinidad and Tobago* 사건(ARB/01/14)이 있다. 석유 탐사 계약이 체결될 것을 기대하고 상당 비용을 지출하였으나 계약 체결이 이루어지지 않아서 보전 받지 못하게 되자 중재를 신청하였으나 투자로 인정받지 못하였다.

설립 전 투자가 보호 대상이 포함되는지 여부는 투자협정의 문안으로 결정된다. 투자자의 정의에 투자를 ‘시도하는(attempts to make)’ 이라는 표현을 사용하거나 투자 활동의 범위에 ‘설립(establishment), 인수(acquisition), 확대(expansion)’를 포함시키면 설립 전 투자까지 보호 대상으로 하는 것이다. 설립 전 투자가 포함된 한미 FTA와 포함되지 않은 한중 FTA의 관련 문안을 대비하여 보면 그 차이를 알 수 있다.

| 설립전 투자에 관한 조문 비교 |

조항	한미 FTA(설립 전 투자 포함)	한중 FTA(설립 전 투자 불포함)
투자자 정의	investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party	investor of a Party means a natural person or an enterprise of a Party that makes investments in the territory of the other Party



조항	한미 FTA(설립 전 투자 포함)	한중 FTA(설립 전 투자 불포함)
투자 약정 보호 대상 투자 정의	investment agreement means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment	covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter;
내국민 대우 정의	Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.	Each Party shall in its territory accord to investors of the other Party and to covered investment treatment no less favorable than that it accords in like circumstances to its own investors and their investments with respect to investment activities.(management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments).



28

Tecmed vs. Mexico 사건(ARB(AF)/00/2)

가. 사건 개요

이 사건은 폐기물 처리 업체에게 처리 면허를 부당하게 발급하지 않은 투자 유치국의 행위는 폐기물 처리 시설과 영업상의 권리를 무가치한 것으로 만듦으로써 사실상 수용한 것이라고 판시된 사건이다.

청구인 Tecnicas Medioambientales Tecmed는 스페인 회사로서 멕시코 폐기물 처리 업체인 Cytrar를 소유하고 있었다. Tecmed는 1996년 2월 멕시코의 Hermosillo 市가 입찰한 유해 물질 매립장 및 부속 건물과 매립장 운영 면허를 낙찰 받았고 매립장 운영 업무는 Cytrar에게 이양하였다. 1996년 9월 Tecmed는 면허 발급권자인 유해 물질 관리국(INE)에 새 면허를 신규 운영자인 Cytrar 명의로 발급하여 줄 것을 요청하였고 1996년 11월 매 1년 단위로 연장되는 면허를 부여받아 매립장을 운영하였다. 매립장이 Hermosillo 시 인근에 위치하고 있었던 관계로 시민들의 불편과 항의, 이전 요구가 있어 왔다. 새로 당선된 시장은 매립장 폐쇄 및 외곽 지역으로의 이전을 강도 높게 추진하였으며 대체 부지 선정 논의가 Cytrar와 시, INE 간에 심도 있게 진행 중에 있었다. 1998년 11월 Cytrar는 예년과 같이 매립장 운영 면허 1년 연장 신청을 하였으나 유해 물질 관리국은 이를 허가하지 않기로 결정하였고 Cytrar에게 매립장 폐쇄 계획을 제출하라고 요구하였다.

청구인은 매립장 운영 면허 갱신 불허는 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였다. 매립장 운영 사업이 상당한 기간 동안 계속될 수 있도록 관련 면허가 당연히 부여될 것으로 기대했으며 면허 연장 불허는 당초 투자의 근거가 되었던 이러한 정당한 기대는 물론, 투자된 자산(매립장 매입비, 시설 구입비, 건설비 등)의 회수 가능성 및 매립장 운영 수익을 소실시켜 자신의 투자 가치를 심각하게 훼손하였다고 주장하였다. 면허 없는 매립장은 투자로서의 가치가 없으므로 비록 매립장과 부대 건물 등의 소유권은 청구인에게 있다 하더라도 의미와 가치가 없는 자산이 되어 버렸으므로 수용에 해당한다는 입장이다.

멕시코는 INE의 면허 발급, 갱신은 재량 사항이고 입찰을 통해 청구인에게 매각된 것은



매립장, 건물 등 유형 자산이지 면허가 아니며 매립장 운영을 위한 관련 면허의 취득, 유지, 갱신은 Cytrar의 소관 사항이라는 입장이었다. 입찰 당시 유효했던 면허 기간까지 청구인이 매립장을 운영하도록 편의를 보아 준 것이고 매립장 운영자로서 자신 명의의 면허를 획득, 유지하는 것은 청구인(Cytrar)의 책임이라는 것이다. INE는 면허 갱신 불허의 이유로 이전에 Cytrar가 매립장 운영 규칙 위반으로 수 건의 벌금을 부과 받은 점을 제시하였다. 면허 갱신 실패 원인은 청구인에게 있는 것이지 수용이 아니라는 주장이다. 청구인은 Cytrar에게 지적된 위반 사항은 매립장 운영 업무 부여 자체를 부인할 정도로 심각한 것이 아니라 단속 관청도 인정한 시정 가능하고 경미한 사항이라고 반박하고 면허 갱신 불허의 실제 이유는 시민들의 반발을 의식한 정치적인 고려라고 비난하였다.

청구인은 자신의 투자가 보상 없이 불법 수용 당했으며 이는 투자자에 대한 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하고 스페인-멕시코 투자협정을 근거로 2000년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 멕시코의 면허 연장 불허 결정은 자신으로부터 투자의 수익과 경제적 활용도를 탈취한 수용이라고 주장했다. 매립장의 유일한 용도는 면허를 전제로 하는 것인데 면허가 거부되었으므로 매립장의 경제적 가치 자체와 매립장의 활용, 향유권이 자신에게서 박탈된 것이라는 입장이다. INE의 면허 연장 불허 통지문은 지정된 유해 물질 외의 물질 반입, 매립장 한도 초과, 유해 물질 노천 야적 등의 위반 사항을 불허 이유로 제시하였으나 청구인은 이들 사항 모두 단속 관청으로부터 시정 명령과 함께 부과 받은 벌금을 이미 납부하였고 단속 관청 역시 공식 통지문을 통해 상기 위반 사항이 공중 보건에 심각한 위협을 초래하거나 생태계의 불균형을 초래하는 것은 아니라고 확인하였다고 반박하였다.

중재 판정부는 수용이란 행정 또는 법적인 조치를 통하여 사인 소유의 유무형 자산을 강제로 탈취하는 것이라고 정의하고 사실상의 수용이란 이러한 조치나 법을 통해 수용하는 국가가 아닌 제 3자에게 사인 소유의 유무형 자산을 이전하거나 제 3자 또는 수용하는 국가에게 이전하지



않더라도 유무형 자산의 소유권을 무가치하게 하는 것이라고 이해했다. 판정부는 사실상의 수용, 수용과 동등한, 수용에 상당하는, 점진적인 수용, 간접 수용 등의 다양한 유사 개념이 있고 그 의미가 명료하게 정의되지는 않고 있으나 일반적으로 이들 개념은 개인의 권리나 자산을 박탈하는 목적을 명시적으로 표현하지 않으나 실제로는 그러한 효과를 갖는 조치와 행동을 통해 구현된다고 설명했다. 이러한 유형의 수용은 반드시 점진적으로 은밀하게 행해져야 하는 것은 아니며 하나의 행동, 또는 단기간 내 일련의 행동이나 동시적인 복수의 행동을 통해 이루어질 수 있다고 보았다.

판정부는 면허 연장 불허 조치가 수용에 해당하는지를 판단하기 위해서는 청구인이 이 조치로 인해 해당 자산이 경제적 가치와 활용도를 상실했는지를 살펴야 한다고 보았다. 해당 조치가 정상적인 규제 행위인지 사실상의 수용인지를 구별하는 핵심 요소의 하나라고 보았다. 규제 행위도 개인 자산의 가치나 활용을 제한하는 효과가 있으나 그 정도가 제한이 아니라 사실상의 상실, 소멸에 해당하면 해당 조치는 사실상의 수용으로 보아야 한다는 것이다. 즉 해당 조치에 포함된 정부의 의도보다 그 조치의 실제 효과가 수용 판정에 있어 더 중요하다고 지적하였다. 판정부는 문제의 연장 불허 조치가 위와 같은 수용의 특징에 부합한다고 판정하였다.

판정부는 멕시코의 연장 불허 조치의 이유는 청구인의 법규 위반 경력이 아니라 정치적, 사회적 고려임이 분명하다고 판단하였다. 매립장 존재 자체가 멕시코 당국에게 시급해 해결해야 할 정치적 부담이었지 매립장이 청구인에 의해 운영되는 방식은 중요한 문제가 아니었다고 보았다. 매립장 이전을 위한 신규 부지 선정이 청구인을 포함하여 논의되고 있었으며 만일 청구인이 매립장을 운영하는 자격이나 기술적 숙련도, 준법성 등이 의심되었으면 신규 매립장 운영을 청구인과 논의할 필요가 없었을 것이라고 지적하였다. 판정부는 아울러 청구인이 매립장을 운영하면서 생태계 균형 유지, 환경 보호, 시민 보건과 직결되는 위반 행위를 저지른 적이 없다는 점도 주목하고 멕시코가 법규 위반을 이유로 청구인의 매립 면허 연장을 불허한 것은 지나치게 형식주의적이고 비례 원칙에 부합하지 않는 조치라고 설파하였다. 판정부는 매립장을 운영하기 위해서는 고가의 장치를 설비하고 관련 지식과 기술을 습득, 교육해야 하는 등 초기 투입비와 운영비가 소요되어 투자금을 회수하는데 상당한 기간이 소요되는 점도 반영해야 한다고 지적하고 관련 사항을 종합하여 검토했을 때 면허 연장 불허 조치는 수용에 해당한다고 판정하였다(판정문 113-150).



2) 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전

판정부는 투자자는 투자를 결정할 때 투자 유치국 행동과 정책의 일관성, 투명성, 적용 법규의 지속성 등에 대해 정당한 기대를 하고 이러한 기대를 훼손하는 것은 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 확인하였다. 판정부는 Cytrar는 자신의 매립장 면허가 합리적인 기간 동안 존속될 것이라고 선의로 이해하였고 시민의 항의로 매립장 외곽 이전이 불가피한 점도 충분히 이해하여 시 및 INE와 함께 매립장 이전 문제도 적극적으로 논의하였다고 지적하였다. 판정부는 市가 아무런 보상 없이 Cytrar의 매립 면허 연장을 불허한 것은 Cytrar로 하여금 새로운 매립장으로 보다 신속하게 이전하게 하기 위한 압박의 목적이 있었던 것으로 추정된다고 지적하고 멕시코의 공정·공평 대우 의무 위반을 인정하였다(154-166).

청구인은 멕시코 당국이 매립장 반대 활동을 부추기고 조장했으며 이는 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 청구인이 자신의 주장을 사실로 입증할 증거를 제시하지 못했다고 지적하고 수용하지 않았다(175-176).

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용

이 사건 판정은 Metalclad 사건 판정과 함께 간접 수용을 판단할 때 자주 인용되고 있다. ICSID 중재 판정에서 간접 수용 법리는 이 두 사건 판정을 통해 완성되었다고 볼 수 있다. 아래 표에 비교한 것처럼 이 사건 판정문 115문단과 Metalclad 사건 판정문 103 문단은 간접 수용을 권리나 자산의 탈취 목적을 공공연히 밝히지는 않지만 그러한 효과가 있는 행위(Tecmed), 자산의 사용을 은밀하고 우발적으로 방해하여 자산의 사용 또는 경제적 이익을 탈취 효과가 있는 행위(Metalclad)라고 각각 요약하고 있다.

자산을 탈취하지는 않았지만 그러한 ‘효과’가 있는 행위라는 점에서, 그리고 그러한 행위가 해당 효과가 진정한 목적임을 ‘밝히지 않거나’ ‘은밀’하고 ‘우발적’으로 방해한다는 점에서 두 판정부의 간접 수용 정의는 사실상 동일하다. 다만 Metalclad 판정부는 우발적이라는 단어를 통해 해당 조치가 탈취의 효과를 의도하지 않았으나 결과적으로 탈취 효과를 발생시킨 것도 간접 수용에 해당한다는 점을 명시했다. 그러나 Tecmed 판정부도 의도의 존재를 따로 언급하지 않았고 탈취의 효과가 있는 행위는 간접 수용이라고 규정함으로써 의도 여부와 무관하게 탈취



효과만 있으면 간접 수용으로 이해하는 것이 확실하다. Tecmed 판정부는 탈취 효과만 있으면 해당 행위의 시행 양태(점진성 또는 비밀성), 수효(단일 또는 복수), 기간(동시성, 일정 기간성)에 무관하게 간접 수용이라고 부연하였고 다만 점진적 수용은 간접 수용의 일종이나 행위의 누적성과 기간성이 있다는 점에서 여타 간접 수용의 양태와는 다르다고 설명하였다⁸⁵⁾.

Tecmed 판정문 para. 115	Metalclad 판정문 para. 103
To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation under the terms of section 5(1) of the Agreement, it must be first determined if the Claimant, due to the Resolution, was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto —such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation— had ceased to exist. In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder and the extent of the loss. This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance. Upon determining the degree to which the investor is deprived of its goods or rights, whether such deprivation should be compensated and whether it amounts or not to a de facto expropriation is also determined. Thus, the effects of the actions or behavior under analysis are not irrelevant to determine whether the action or behavior is an expropriation. Section 5(1) of the Agreement confirms the above, as it covers expropriations, nationalizations or ...any other measure with similar characteristics or effects...	Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

85] "Generally, it is understood that the term "...equivalent to expropriation..." or "tantamount to expropriation" included in the Agreement and in other international treaties related to the protection of foreign investors refers to the so-called "indirect expropriation" or "creeping expropriation", as well as to the above-mentioned de facto expropriation.¹²⁶ Although these forms of expropriation do not have a clear or unequivocal definition, it is generally understood that they materialize through actions or conduct, which do not explicitly express the purpose of depriving one of rights or assets, but actually have that effect. This type of expropriation does not necessarily take place gradually or stealthily — the term "creeping" refers only to a type of indirect expropriation—and may be carried out through a single action, through a series of actions in a short period of time or through simultaneous actions. Therefore, a difference should be made between creeping expropriation and de facto expropriation, although they are usually included within the broader concept of "indirect expropriation" and although both expropriation methods may take place by means of a broad number of actions that have to be examined on a case-by-case basis to conclude if one of such expropriation methods has taken place."

(*Tecmed vs. Mexico*, Award, para. 114)



Tecmed 판정문 para. 115	Metalclad 판정문 para. 103
The following has been stated in that respect: In determining whether a taking constitutes an «indirect expropriation», it is particularly important to examine the effect that such taking may have had on the investor's rights. Where the effect is similar to what might have occurred under an outright expropriation, the investor could in all likelihood be covered under most BIT provisions.	

2) 정당한 기대

이 사건에서 심리된 투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공정공평 대우 의무 위반 시비는 투자 분쟁에서 흔히 제기되는 대표적인 이슈 중의 하나이다. 이에 관한 ICSID 판례를 종합한 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록하였다.



29

Waste Management vs. Mexico 2차 사건(ARB(AF)/00/3)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 양허 계약 위반 행위가 최소 기준 대우 의무 위반에 해당하지 않고 수용에 상당한 조치도 아니라고 판시된 사건이다.

청구인 Waste Management Inc.는 미국의 쓰레기 처리 업체로서 Acaverde라고 하는 멕시코 내 자회사를 통해 멕시코 Acapulco시와 쓰레기 수거, 처리, 청소 및 매립장 건립, 운영을 골자로 하는 양허 계약을 1995년 2월 체결하였다(이하 양허 계약). 이 계약상 Acapulco시는 Acaverde사의 어떤 개인, 단체에게 유사한 권리를 부여하거나 계약을 체결하지 않고 Acaverde의 개인이나 단체의 청소, 수거, 운반, 재생, 처리를 금지하는 조례를 제정, 집행, 단속하기로 하였다. Acapulco시는 Acaverde가 매립장을 건설할 부지를 무상 제공하기로 하였으며 Acaverde는 총 1280만불을 투자하되 Acapulco시는 월 17만불을 지불하기로 하였다. Acapulco시는 지불 재원 확보를 위해 시가 소재한 Guerrero 주정부, 시, Banobras 멕시코 은행 3자가 참여하는 신용 공여 협정을 1995년 6월 체결하였다. 시가 월정액을 지불하지 못할 경우 Banobras은행이 최대 6개월분까지 대납하고 시가 동 비용을 납입하지 못할 경우 은행에 예치된 주정부의 예산에서 벌충한다는 내용이었다.

Acaverde사는 1995년 8월부터 서비스를 개시하였으나 Acaverde사와 쓰레기 수거 약정을 체결하려는 가정, 단체가 예상보다 적었으며(가옥 상당수가 주말 별장, 여름 별장이었던 관계로 일별 수거 서비스 수요 부족), 시의 노력에도 불구하고 쓰레기를 처리하여 오던 개인, 영세업자를 단속하기가 쉽지 않았다(음식 쓰레기를 수거해가던 가축 농가, 영세 수거 업자, 텃마주이 등). 시는 매립장 부지를 확보하기 위해 노력하였으나 실패하였고 Acaverde는 임시 매립장을 운영해야 했다. Acaverde의 요금이 비싸다는 주민 반발로 인해 Acapulco시장은 요금을 인하하지 않을 경우 입법을 해서라도 낮추겠다고 공언하기도 하였다. 시간 경과에 따라 사업이 안정화되기는 했으나 전체 가구의 약 55%만이 Acaverde 서비스를 이용한 관계로 수지를 맞추기에는 부족한 수준이었다. 양허 계약 내용이 상업성을 보장할 수 없게 설계된 것이 명백하였다.



시는 월정액을 초기부터 체납하기 시작하여 은행이 대납하였으나 1996년 8월 은행은 6개월분 상한선에 도달하였고 신용 공여 계약 개정이 논의 중에 있다는 이유로 Acaverde사의 지급 청구를 거절하였다. 당시 시작된 멕시코 경제 위기로 인해 주정부의 예산으로 지급하기도 어려운 상황이 되었고 시는 1996년 9월 Acaverde사의 계약상 의무 불이행을 이유로 월정액 지급 중단을 은행에 정식으로 통보하였다. Acaverde사는 1997년 10월 양허 계약상의 서비스 공급 중단을 시에 통지하였고 시는 Setasa라는 멕시코 청소 업체와 쓰레기 수거 계약을 체결하였다. 27개월간의 Acaverde사의 서비스 공급 대가 중 약 80%만이 지불되었다. Acaverde는 미지급액 확보를 위해 양허 계약상의 분쟁해결 조항에 따른 멕시코 상공회의소(CONACO) 중재를 청구하였고 멕시코 국내 법원에도 소송을 제기하였다. 중재는 진행 과정 중 중단되었고 소송은 Acaverde의 패소로 끝났다.

2000년 9월 청구인은 자신의 투자가 NAFTA 투자 챕터상의 투자자 보호 대우를 받지 못했으며 멕시코의 행위는 수용에 해당하는 조치라고 주장하고 ICSID 중재를 신청하였다. 멕시코는 청구인은 NAFTA상의 '투자자'에 해당하지 않으며 투자자 보호 및 수용 주장은 근거가 없다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자자 국적

Acaverde사는 1995년 2월 양허 계약 체결 당시 AcaVerde Holdings 사가 지배하고 있었고 이 지주 회사는 다시 Sun Investment라는 투자 회사가 소유하고 있었다. 두 회사 모두 미국인 소유였으나 법적으로는 Cayman 군도 회사였다. 1995년 6월 Sun Investment는 AcaVerde Holdings를 Sanifill이라는 미국 회사에 매각하였고 1996년 8월 Sanifill사가 USA Waste Service사와 합병하여 설립된 회사가 청구인 Waste Management사였다.

멕시코는 양허 계약 체결 당시 Acaverde의 실제 소유주는 형식상으로는 NAFTA 회원국이 아닌 케이만 군도 회사라는 이유로 청구인은 투자협정상의 투자자가 될 수 없다고 주장하였으나 중재 판정부는 이를 수용하지 않았다. NAFTA 투자 챕터는 타방 당사국의 투자를 타방 당사국의 국민이나 기업이 직, 간접적으로 소유, 통제하고 있는 투자라고 정의하고 있었다. 해당 투자를 반드시 타방 당사국이 직접적으로 소유하지 않고 이 사건 경우처럼 제 3국 기업을 경유해



간접적으로 소유하고 있어도 타방 당사국의 투자에 해당되었다. 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 1105조(최소 기준 대우), 1110조(수용 및 보상)는 위반 행위로 인해 투자자가 피해나 손실을 당했는가 여부이지 투자 유치국 정부가 투자자의 실체나 국적을 인지했는지 여부와는 상관없다고 정리했다. 1105조는 투자자의 투자에 부여된 대우를 특정하고 있는 것이지 투자 자체가 획득된 시점이나 시비하는 행위가 행해진 시점에 투자 유치국의 국적을 가지고 있어야 한다는 요건은 요구하고 있지 않다고 확인했다. 1110조 역시 보호 대상은 수용하는 국가의 영토 내에 있는 타 계약국 투자자의 투자이지 투자자의 국적과 달리 투자 자체의 국적은 관련이 없다고 설명하였다. 아울러 중재 판정부는 1116조 역시 분쟁을 제기할 수 있는 투자자에 대해 계약국 국민일 것, 투자 유치국의 1105조, 1110조 등의 투자협정상의 의무 위반 조치로 인해 피해나 손실을 입었을 것을 요구하고 있지 투자의 국적을 언급하고 있지 않다는 점을 첨언하였다. 중재 판정부는 이 사건에서 시비되는 행위가 발생했을 당시 Acaverde는 미국적인 투자자인 청구인에 의해 소유, 통제 하에 있었던 것은 다툼이 없는 사실이므로 멕시코의 주장을 기각한다고 천명하였다(판정문 83-85).

2) NAFTA 1105(1)조 위반

NAFTA 1105(1)조⁸⁶⁾는 투자자에 대한 최소 기준 대우, 즉 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호 및 안전 의무를 규정하고 있다. 2001년 NAFTA 무역위원회는 이 조항 해석에 관한 양해를 채택하여 공정-공평 대우와 충분한 보호 및 안전은 국제 관습법상 외국인에게 부여되는 최소 수준 이상의 대우를 의미하는 것은 아니라고 확인한 바 있다.

중재 판정부는 무역위원회의 해석에 따른 1105(1)조의 보호 수준에 관한 이전의 판례를 종합하여 이 조항 상의 최소 기준 대우는 청구인에게 해를 미친 국가의 행위가 자의적이고 총체적으로 불공정하며 부당하고 유별나며 차별적이고 인종적인 편견을 드러내거나 공정한 절차를 결여하고 있어야 위반에 해당한다고 보았다. 공정한 절차의 결여는 자연스런 정의가 사법 절차상 명백히 실패하였거나 행정 과정상의 투명성과 솔직성이 완전히 결여되어 사법적인 타당성을 침해하는 결과를 수반하는 것이라고 부연했다⁸⁷⁾.

86) Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

87) Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposed claimant to sectional or racial prejudice,



중재 판정부는 이와 같은 기준을 적용할 때 Acapulco 시정부의 행위는 1105(1)조 위반에 해당하지 않는다고 보았다. 시정부의 위반 행위로 지적되는 것은 월정액 채납, Acaverde를 제외한 자의 쓰레기 처리 금지 조례 불집행, 매립장 부지 불제공인데 시정부는 이 의무를 이행하기 위해 나름대로 상당한 노력을 경주하였다는 것이 중재 판정부의 평가였다. 시조례를 집행하려는 시도가 수차 있었고 양허 계약과 조례를 시비하는 주민 소송에 대응하였으며 주민과 회사로 하여금 Acaverde와 쓰레기 수거 약정을 체결하도록 종용하였고 넘마주이 등을 단속하기도 하였으며 매립장 부지를 수배하기 위해 노력하였음도 인정된다고 보았다.

중재 판정부는 양허 계약이 상당수가 주말, 여름 별장주인 주민에게 인기가 없었으며 쓰레기 수거 약정을 종용, 요금을 징수하는 과정에서 Acaverde의 거친 태도가 주민의 반발을 초래하였다는 점과 시정부의 재정 상황이 당시의 멕시코 경제 위기로 인해 양허 계약상의 지불 의무를 준수하지 못할 지경이었다는 점을 지적하였다. 최초 사업 계획 자체가 부실하여 재정 곤란 상황을 극복하지 못했다고 지적하고 시정부로 인해 Acaverde가 입은 손실은 이상과 같은 요인이 종합된 것이지 시정부가 1105(1)조의 의무를 이행하지 못해서 초래된 것은 아니라고 판단했다(109-114).

중재 판정부는 Banobras 은행과 Guerrero 주정부의 행위도 1105(1)조 위반에 해당하지 않는다고 판정하였다. 은행은 양허 계약 당사자도 아니고 양허 계약의 상업성 제고를 위해 개정을 요청하기도 하였으며 은행의 역할은 시정부가 일시적 재정상의 문제로 월정액을 지급하지 못할 경우 대납하는 것이지 정상적인 지급 체계를 대체하는 별도의 지급 체계가 아니라고 중재 판정부는 확인하였다. 주정부 역시 양허 계약 당사자나 이행 보증자가 아니라고 지적하고 은행과 주정부가 1105(1)조 위반에 상응하는 행위를 한 바가 없다고 판정하였다(102-107).

중재 판정부는 멕시코의 사법 절차가 청구인에게 부인, 또는 부당하여 사법 부인(denial of justice)으로 인한 1105(1)조 의무 위반이 발생하였는지도 살펴보았다. Acaverde는 멕시코 상공회의소 중재를 신청하였고 Banobras은행을 연방 법원에 제소하기도 하였다. 판정부는 멕시코 중재나 법원 판결이나 절차가 자의적이거나 부당하거나 유별나다고 볼 근거가 없으며 Acaverde가 외국적이라는 이유로 차별을 받았거나 정당한 절차가 부인된 바가 없고 결정 내용도 합리적이며 신속하게 내려졌다고 인정하고 따라서 사법 부인으로 인한 1105(1)조 위반도 성립하지 않는다고 판정하였다(128-131).

or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety-as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. [Award para. 98]



3) 1110조 수용에 상당한 조치

청구인은 시정부의 월정액 미지불, 은행의 지급 거절은 청구인 투자를 몰수하는 효과를 가져왔으며 Acaverde의 양허 계약상의 권리도 시정부의 타인의 쓰레기 처리 금지 조례 불집행, 매립장 건설, 운영 실패, Acaverde의 분쟁해결 노력 방해 등의 조치로 인해 무가치한 것이 되어 버렸다고 주장하고 이는 종합하여 NAFTA 1110조⁸⁸⁾가 금지하고 있는 수용에 상당한 조치 (measure tantamount to expropriation)에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 이 사건 경우 Acaverde의 물리적 재산이 점거, 탈취되지 않았으며 Acaverde는 양허 계약의 상업성이 없도록 설계된 내재적 문제 때문에 양허 계약에서 스스로 이탈한 것이지 계약의 거부와 같은 행위는 발생하지 않았다고 변설하였다. 계약의 거부로 해석될 수 있는 유일한 예는 Acapulco 시장의 언급인데 그 것도 실제 입법으로 귀결되지 않았다고 확인하고 중재 판정부는 기업으로서의 Acaverde에게 수용 또는 수용에 상당한 조치가 발생하지 않았다고 판단하였다.

시정부의 계약상 의무 불이행으로 인해 자신의 양허 계약상의 권리가 수용된 것이나 다름없다는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 시정부가 일부 계약상의 의무를 위반한 것은 인정되나 단순한 계약 재산의 탈취나 수용에 상당한 조치가 되는 것은 아니라고 언급했다. 계약의 정부 당사자에 의한 계약 위반에 봉착했을 경우 통상의 투자자가 취하는 조치는 위반 시정을 위한 제소이며 이러한 사법 제도에서의 접근이 법적 또는 실제적으로 봉쇄되었을 때 계약 위반이 권리 부인이 되는 것이고 1110조의 보호가 작동된다고 중재 판정부는 설명했다. 판정부는 계약상 권리를 수용하는 것과 계약을 준수하지 않는 것은 서로 다른 별개의 문제라고 전제하고 정부의 계약 불준수는 수용과 동일 또는 상당한 것과 동일하다고 단정할 수 없다고 지적하고 청구인의 1110조 위반 주장을 기각하였다(174-176).

88) Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ('expropriation'), except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) on a non-discriminatory basis;
 - (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
 - (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.
2. 6.



다. 평가 및 해설

1) 투자자 국적

투자협정에서 투자자란 일방 계약국의 영토 내에 투자를 한 타방 계약국의 기업이나 국민을 말한다. 투자협정의 보호 범위를 넓히기 위해 투자를 하고 있거나 할 예정인 기업이나 국민을 포함하기도 한다. 투자협정에서 투자자가 중요한 이유는 내국민 대우나 최혜국대우 등 실체적인 권리가 부여되는 대상이며 동시에 투자 분쟁을 제기하는 주체이기 때문이다. 투자자의 요건은 ICSID 협약에 기재되어 있기도 하다. 투자 분쟁에서는 분쟁의 객체와 주체가 되는 투자자가 투자협정상의 투자자 요건을 충족하였는지 여부가 흔히 쟁점으로 제기된다. ICSID 중재 관할권은 분쟁이 제기되는 협약 당사국과 타방 당사국 국민 간의 투자와 직접적으로 관련된 법적인 분쟁에 적용된다. 타방 당사국 국민이 곧 투자협정상의 투자자가 된다. ICSID 협약은 타방 당사국 국민의 요건을 자세히 나열하고 있다. 투자협정도 타방 계약국의 기업이나 국민에 대해 정의하고 있다.

ICSID 협약 25(2)조에 규정된 ‘타방 계약국의 국민’ 이 되기 위한 요건은 자연인일 경우 i) 분쟁 당사자들이 해당 분쟁을 (ICSID) 중재에 회부하기로 동의한 날 또는 ICSID 사무총장이 중재 신청을 등록한 날에, ii) 분쟁이 제기된 계약국이 아닌 계약국의 국적을 가진 자연인이되, iii) 위의 두 날짜 중 어느 한 날짜에도 분쟁이 제기된 계약국의 국적을 갖고 있지 않을 것 3개이다(25(2)(a)조⁸⁹⁾).

법인일 경우 i) 분쟁 당사자들이 해당 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에, ii) 분쟁이 제기된 계약국이 아닌 계약국의 국적을 가진 법인이거나, iii) 위의 날짜에 분쟁이 제기된 계약국의 국적을 가진 법인이지만 외국인 통제로 인해, iv) 분쟁 당사자들이 타방 계약국의 국민으로 대우하기로 합의한 경우이다(25(2)(b)⁹⁰⁾조).

국적 보유 기준일(중재 회부 동의일 또는 중재 신청 등록일)을 제외하면 결국 ICSID 협약의

89) [2] ‘National of another Contracting State’ means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

90) [b] any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.



투자자 요건은 분쟁 당사국이 아닌 체약국의 국적 보유 여부로 요약된다. 국적 보유 자격 및 요건은 각 회원국의 주권 사항이므로 ICSID 협약에서는 아무런 기준을 제시하고 있지 않다. 결국 국적 보유 문제는 개별 투자협정의 규정을 살펴 볼 수밖에 없는데 보통은 체약국의 관련 법령에 의거하여 국적을 보유한 자연인 또는 법인이라고 규정하는 것이 보통이다. 투자협정에서 투자자란 일방 체약국의 영토 내에 투자를 한 타방 체약국의 기업이나 국민으로 정의되는 것이 통상이므로 ICSID 투자 분쟁에서 투자자와 관련되어 제기되는 쟁점은 국적성, 시일성, 외국인 통제성 그리고 해당 투자와의 실질적 관계성이다. 이번 사건에서는 실질적 관계성(실효적 소유)이 문제가 된 것이다.

2) 실효적 소유

실질적 관계성은 투자를 했는지 여부이다. 투자자란 표면적인 의미 자체가 나타내듯이 투자를 한 사람이다. 투자를 한 사실은 그 투자가 투자자의 소유인지가 중요한 판단 기준이 된다. NAFTA 1139조⁹¹⁾에서는 상대국의 투자를 상대국 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하고 있는 투자라고 정의하고 있다. ICSID 중재에서는 청구인이 시비가 된 투자의 정당한 소유자인지 여부가 흔히 제기되었다. 정당한 소유 여부 사실 자체가 시비가 되어 사실 관계 조사와 심리가 주로 진행된 판정이 있고 외형상, 형식상의 소유 관계는 인정이 되나 실질적인 소유 관계를 위장하기 위한 허위, 가장 소유의 처리 방안이 주로 다뤄진 판정이 있다. 전자의 경우는 *Quiborax vs. Bolivia* 사건과 *Cementownia vs. Turkey*, *Libananco vs. Turkey*, *Europe Cement vs. Turkey* 사건이 대표적이다. 후자의 경우는 이 사건 외에 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건이 있다. 사건 별 자세한 설명은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에 수록하여 두었다.

91) investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such party



30

Salini vs. Morocco 사건(ARB/00/4)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID협약 25(1)조에 의해 ICSID 중재 판정의 대상이 되기 위해서 투자가 갖추어야 할 요건을 제시한 판례이다.

청구인인 이태리 건설 회사 Salini사와 Italstrade사는 1994년 모로코 도로 건설 公社(이하 ADM, Autoroute de Maroc)와 라바트와 Fes市를 잇는 연장 50km 고속도로 건설 계약을 체결하였다. ADM은 모로코 건설부 장관이 사장을 겸임하고 정부의 관리 감독을 받으나 별도의 독립된 유한 회사였다. 계약상 공기는 32개월이었으나 Salini와 Italstrade사는 4개월을 초과하여 1998년 10월에 완공하였다. 두 회사는 ADM에 고속도로를 양도하고 잔액 지불을 요청하였으나 ADM이 공기 초과를 이유로 요청한 금액을 지불하지 않자 2000년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다. 모로코는 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

모로코는 분쟁 발생 시 최소 6개월간의 우호적 해결 모색 의무 불이행, 계약내 분쟁해결 조항에 ICSID 불 기재, 이태리-모로코 투자협정의 투자 정의와 불 부합, ICSID 협약 25(1)조 투자와 불 부합 4개를 ICSID 관할권 부재의 근거로 제시하였으나 중재 판정부는 모로코 주장을 기각하고 관할권을 인정하였다. 이 사건이 특히 주목을 받는 이유는 ICSID 25(1)조 상의 투자에 해당되기 위해서 충족해야 할 요건에 대해 중재 판정부가 4개 요건을 제시하였고 이후 유사 사건에서 심리의 기준으로 사용되고 있기 때문이다.

ICSID 협약 25(1)조⁹²⁾는 ICSID의 관할권은 체약국과 타 체약국 국민간의 투자와 직접적으로 관련되어 발생한 분쟁에 미친다고 규정하고 있으나 투자가 무엇인지에 대해서는 정의하고 있지

92] 25(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.



않다. 중재 판정부는 25조 상의 투자의 의미가 제기된 선례가 거의 없다고 언급하고 투자와 직접적으로 관련된 분쟁이 되기 위한 요건(requirement)이 당사자 간 합의로 희석되어서는 안 되며 이전의 판례나 국제법학자들은 투자가 되기 위한 요건은 ICSID 관할권의 객관적인 조건으로서 반드시 존중되어야 한다는데 동의하고 있다고 보았다⁹³⁾.

중재 판정부는 자세한 설명은 생략한 채 학자들의 주장은 일반적으로 25(1)조상의 투자 요건은 일정한 자기 재원의 투입, 일정 정도의 계약 이행 기간, 거래 위험성, 투자 유치국 경제 개발에 대한 기여를 포함한다고 제시하였다⁹⁴⁾. 판정부는 이러한 요소(elements)는 상호 의존적이어서 거래 위험성은 재원의 투입, 이행 기간에 연관되어 있으며 이들 기준(criteria⁹⁵⁾)은 심리의 필요상 개별적으로 검토하더라도 중국에는 종합적으로 평가해야 한다고 보았다(판정문 52⁹⁶⁾).

중재 판정부는 청구인은 사업 추진을 위해 자신의 자본과 경비, 인력을 투입하였고 이행 기간이 36개월이 되었으며 공사 기간 중의 잠재적 사고 발생 위험, 노동 비용 인상, 모로코 입법 변경 가능성 등의 위험성을 부담한 점이 인정되고 고속도로가 경제 발전에 기여하는 것은 당연하므로 청구인과 ADM간의 계약은 ICSID협약 25(1)조의 투자에 해당한다고 판시하고 이 사건에 대해 관할권이 있다고 보았다. 다만 자신의 관할권은 문제된 계약의 위반에 대해 있는 것이 아니라 해당 계약 위반이 이태리-모로코 투자협정의 위반에 해당될 경우에만 존재하는 것이며 계약 위반이 조약 위반에 해당하는 것임은 청구인이 본안 심리에서 입증해야 할 사항이라고 참언하였다. 이 사건은 본안 심리 중 당사자 간 합의가 성립되어 심리가 중단된 채로 종결 처리되었다.

다. 평가 및 해설

1) 투자의 본질적 속성(*Salini test*)

ICSID 중재 판정의 물적 관할권은 투자에 적용된다. 계약국 국민의 투자로부터 발생하는

93] ... it would be inaccurate to consider that the requirement that a dispute be 'in direct relation to an investment' is diluted by the consent of the Contracting Parties. To the contrary, ICSID case law and legal authors agree that the investment requirement must be respected as an objective condition of the jurisdiction of the Center.

94] The doctrine generally considers that investment infers: contribution, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.

95] 판정부는 투자가 갖추어야 할 것에 대해 requirements, elements, criteria, attributes 등의 용어를 혼용하였다.

96] In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.



법적인 분쟁이 ICSID 중재의 관할 범위이다. 인적 관할권에 해당하는 체약국 국민의 범위와 요건에 대해서 ICSID 협약은 자세한 기준을 규정하고 있으나 물적 관할 대상인 투자에 대해서는 아무 정의나 기준을 제시하지 않고 있다. 이는 의도된 침묵이다. ICSID 협약 성안 과정에 참여했던 학자들의 언급이나 준비 문서를 보면 투자 정의 필요성 여부에 대해 협의하였으나 체약국에게 보다 많은 재량을 주기 위해서 의도적으로 투자의 의미를 정의하지 않았다고 한다. 투자의 범위나 요건은 투자협정을 체결하는 당사국들이 사정과 필요에 따라 자유롭게 정할 수 있게 하려는 취지이다. 결국 투자 해당 여부는 해당 투자협정상의 투자 정의를 기준으로 판단한다. 그러나 아무리 투자 범위 확정의 재량권을 국가에 부여하였다 하더라도 명백히 투자가 아닌 것을 특정 국가가 투자협정에서 투자로 정의하는 것까지 용인할 수 없다. 임의로 정의된 투자에서 발생하는 분쟁을 처리해야 하는 의무는 결국 ICSID가 부담해야 하므로 체약국의 투자 정의를 무조건 수용할 수도 없는 처지이다. 투자자와 국가 간의 투자 분쟁을 신속, 공정, 정확하게 해결하여 궁극적으로 국가간 투자를 증진하고 국제 경제 발전에 기여하려는 ICSID 본래 목적과 활동이 투자가 아니나 투자로 정의된 것에 의해 위축될 수도 있다. ICSID의 한정된 예산과 자원이 낭비될 수도 있다.

ICSID 중재 판정은 판례를 통해 이 문제 해결을 시도하여 왔다. 관할권을 천명하고 있는 협약 25(1)조에 기재된 ‘투자’는 투자로서의 본질적인 속성을 보유해야 한다는 것이다. 협약에 투자가 정의되지 않은 상황에서 각 중재 판정부가 임의로 투자의 정의를 내릴 수는 없다. 그러나 적어도 투자라면 응당 갖추어야 할 본질적인 특징, 속성, 요건이 있을 것이며 이를 충족하는지 여부를 살펴보면 자연히 투자 해당 여부를 판단할 수 있을 것이라고 보았다. 투자의 본질적인 속성 보유 여부 판정은 이제 ICSID의 굳어진 관행이 되었다. ICSID 중재 판정의 물적 관할권이 성립하기 위해서는 투자협정상의 투자 정의에 부합하고 투자의 본질적인 속성을 갖추었는지 2가지를 모두 충족해야 한다는 것이 ICSID 판례의 확립된 법리이다. 이를 Double Barrel Test, two fold test 라고도 한다.

무엇이 투자의 본질적 속성인가에 대해서는 이 사건 판정부 제시한 기준이 널리 통용되고 있다. 이 사건 판정부는 판례와 국제법 학자들의 견해를 종합하여 일반적으로 25(1)조 상의 투자가 되기 위한 요건으로서 일정한 자기 재원의 투입, 일정 정도의 이행 기간, 거래 위험성, 투자 유치국 경제 개발에 대한 기여를 포함한다고 제시하였다⁹⁷⁾. 판정부는 이러한 요소는 상호

97) The doctrine generally considers that investment infers: contribution, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.



의존적이어서 예컨대 거래 위험성은 재원의 투입, 이행 기간에 연관되어 있으므로 이들 요소는 심리의 필요상 개별적으로 검토하더라도 중국에는 종합적으로 평가하여 투자 해당 여부를 판단해야 한다고 보았다. 모든 요소가 반드시 충족되어야 한다는 것은 아니고 결여된 요소가 있더라도 다른 요소가 충분히 충족되면 종합적으로 고려하여 투자 여부를 결정할 수 있다는 것이다.

Salini 판정부가 제시한 4개 기준, 즉 투입성, 기간성, 위험성, 기여성은 이후 투자 해당 여부가 쟁점이 된 ICSID 중재에서 거의 빠짐없이 인용되었다. 최근 투자협정에서는 투자의 정의에 아예 투자로서의 속성을 갖는 것이라는 단서를 추가하고 투입성, 위험성 등을 예시로 나열함으로써 전통적인 투자의 정의와 투자의 본질적 요소를 통합하여 규율하기도 한다(한중 FTA 12.1조⁹⁸⁾).

2) 기여성

그러나 Salini 판정부가 제시한 투자의 4개 속성이 모두 필수적인 투자의 요건으로 인정되는 것은 아니다. ICSID 중재 판정에서 *Salini test*를 투자 여부 판정에 적용함에 있어 문제가 되는 것은 투자 유치국의 경제 발전에 기여하는지 여부이다. Salini 요소를 투자가 갖추어야 할 요건으로 인정한 판정 중에는 기여성 충족은 불필요하다는 입장을 밝히고 3개 요소 충족 여부만 확인한 것이 많다. 최근에는 일반적인 추세로 굳어지는 분위기이다. 일부 판정부는 기여성 충족 여부에 특히 중점을 두어 투자 여부를 판별하기도 하였다.

기여성을 투자의 필수적으로 인정한 판정부가 근거로 제시하는 것은 ICSID 협약 서문이다. 협약 서문의 첫 문장은 체약국들이 경제 개발을 위한 국제 협력의 필요성과 그에 대한 민간의 국제 투자의 역할을 고려하여 ICSID 협약 내용에 합의한다고 기술되어 있다⁹⁹⁾. 판정부는 이를 근거로 국제 투자는 투자 유치국의 경제 개발에 기여해야 한다는 요건을 투자의 필수 속성으로 이해한다. 반면에 이를 부인하는 판례는 투자 유치국 경제에 대한 기여 여부는 투자로 인한 결과이지 투자 자체의 내재적인 속성이라고 볼 수 없다거나 기여 여부를 판정부가 주관적으로 판단할 수 없다거나 기타 3개 요소에 이미 내재되어 있다는 점 등을 근거로 제시한다.

98] investments means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, which has the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that investments may take include: …….

99] The Contracting States

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; …….

Have agreed as follows:



ICSID 협약의 투자의 의미는 조약 해석에 관한 기본 원칙을 이용하여 이해할 수도 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약 31조는 조약 해석의 기본 원칙으로 용어의 통상적 의미로 해석하라고 천명하고 있다. 通常적 의미란 辭典적 의미이다. 표준 국어 대사전에는 투자를 ‘이익을 얻기 위하여 어떤 일이나 사업에 자본을 대거나 시간이나 정성을 쏟는 것’이라고 정의하고 있다. Oxford 사전 정의는 ‘An act of devoting time, effort, or energy to a particular undertaking with the expectation of a worthwhile result’이다. 두 사전 정의 모두 자본, 시간, 정성을 쏟는다는 투입성과 가치 있는 결과를 기대한다는 위험성, 그리고 투입 행위와 결과 발현까지 일정 정도의 기간성을 내포하고 있다. 그러나 어느 정의도 자신의 이익이 아니라 상대방의 이익을 목적으로 한다는 기여성은 언급하고 있지 않다. 투자는 본질적으로 자신의 이익을 위한 위험 감수 행위이고 이를 위해 자신의 자원을 투입하는 행위이다. 위험 감수의 정도가 크면 투기가 될 것이고 극단에 이르면 사행 행위가 될 것이다. 투입과 결과 발현에는 필수적으로 일정 정도의 시간이 필요하다. 투입과 결과 발현이 동시에 이루어지는 거래나 매매는 이러한 기간성이 없으므로 투자로 분류되지 않는다. 매매는 투자가 아니라는 것은 확립된 판례이고 어떤 투자협정에는 아예 매매는 투자가 아니라고 적시하기도 한다. 投資의 한자 표현 자체가 던질 投, 자신의 자원을 투입한다는 투입성을 나타내고 있다. 국제법상의 해석 원칙을 적용하여도 투자 유치국의 경제 발전에 기여한다는 요소를 투자의 본질적인 속성으로 주장하기는 어려울 것으로 본다.

이 사건 판정부가 투자의 속성을 정리하여 제시하기 이전에 이미 기여성을 토대로 투자 여부를 판정한 *CSOB vs. Slovakia* 사건(ARB/97/4) 판정부는 청구인이 상대국인 슬로바키아의 금융 산업 발전에 기여하는 점을 이유로 청구인의 투자를 인정하면서 ICSID 협약 서문을 인용하였다. *Malaysian Historic Salvors vs. Malaysia* 사건(ARB/05/10) 판정부는 난파선 인양 계약 위반을 시비한 청구인에 대해 난파선 인양 사업의 가액이 적고 고고학적인 가치는 있을지 모르나 말레이시아의 경제 개발에 기여한다고 볼 수는 없다는 이유로 난파선 인양 계약을 청구인의 투자로 인정하지 않았다. 이외에 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29), *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13), *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판정부는 기여성 요소를 특정하여 별도의 설명은 하지 않고 여타 4개 요소 충족 여부를 심리하여 투자 해당 여부를 판단하였다. 지금까지의 판례를 보면 기여성 요소에 대해 특별히 중요성을 부여하여 견해를 밝힌 판정부는 많지 않은 반면 *Salini test* 를 그대로 수용하기 어렵다고 밝힌 판정부는 예외 없이 기여성 때문이라고 주장하고 기여성이 투자 요건이 될 수 없는 이유를 전개하였다.

즉, *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2) 판정부는 ICSID 협약 서문이



투자 유치국의 경제 발전 기여를 언급한 것은 투자의 결과이지 투자의 보호의 조건이나 투자의 구성 요소라는 것은 아니라는 견해를 표명한 바 있으며 *LESI-Dipenta vs. Algeria* 사건(ARB/03/8) 판정부는 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여성은 해당 투자가 투자국 경제 발전에 기여한 정도를 판정부가 측정해야 하는 것도 아니고 측정할 수도 없으며 나머지 3개 요소에 드러나지 않게 포함되어 있다는 논거를 들어 기여성은 투자의 요소가 아니라고 판정하였다. *Quiborax vs. Bolivia* 사건(ARB/06/2) 판정부는 투입성, 기간성, 위험성, 기여성 중 기여성은 투자의 특징이나 요건으로 볼 수 없다고 설명하기는 하였으나 청구인 활동이 광산 개발 인근 지역의 경제 활성화, 고용 창출, 운송 수요 발생 등을 통해 볼리비아의 경제에 기여한다는 점을 언급하기는 하였다(판정문 209). *Phoenix vs. Czech* 사건(ARB/06/5) 판정부는 국제 투자의 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여는 확인하기가 불가능하다고 지적하고 투자 유치국에서의 경제적 활동(economic activity) 정도로 낮출 필요가 있다는 견해를 개진하였다. 투자자가 아무런 경제적 활동을 하지 않으면 설사 투입성, 기간성, 위험성을 충족하고 있어도 투자로 보기에는 무리라는 주장이다(판정문 83-86).

Alpha vs. Ukraine 사건(ARB/07/16) 중재 판정부는 투입성, 기간성, 위험성은 어떤 거래의 투자 여부를 판단하는데 의미가 있으나 기여성은 여타 3개 기준의 결과에 해당하고 투자 여부 심사에 독립적인 내용을 가져다주지 못한다고 지적하였다. 또한 이 기준은 중재 판정부로 하여금 투자라고 주장하는 청구인의 행위의 경제, 재무, 정책적 효과를 사후에 심사, 즉 짐작(second guessing)하게 하는 것이어서 부적절하다고 보았다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20) 중재 판정부는 투입성, 기간성, 위험성은 투자가 갖는 일반적인 속성이라고 볼 수 있으나 투자 유치국 경제 기여성은 ICSID 협약이 표방하는 투자의 목적이지 그 자체가 투자의 독립적인 요소는 아니라고 판단했다. 해외 투자가 투자 유치국 경제 발전에 기여할 것으로 기대할 수 있는 것이지 기여가 투자의 성립 요건은 아니라는 것이다(판정문 107-114). 청구인이 원료를 공급하고 완제품을 인수하는 계약의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 기여성 여부는 따로 심사하지 않고 청구인이 상당 기간 동안 나프타 등과 수송 자산 및 전문 지식을 투입하였고 자신이 수행하는 경제 활동의 위험성을 부담하였으므로 ICSID 25(1)조의 투자에도 부합한다고 판정하였다(판정문 146-153).

Hedging 계약의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서 판정부는 Hedging 계약이 스리랑카의 국가 이익을 위해 고안, 시행된 것은 의심할 여지가 없다고 인정하였지만 기여성 요건에 대해서는 충족 여부가 주관적이고 투자 요건으로 보아야



할 필요는 없다는 견해를 밝혔다(판정문 297-307). *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8) 중재 판정부는 Salini 요건 중 투자 유치국 경제 발전의 기여 여부는 성공적인 투자의 결과이지 투자가 실패하여서 경제 발전에 아무 기여를 하지 못했다고 하여 투자가 없었다고 할 수 없으므로 이 요건은 배제해야 한다고 논설하였다. *Ickale vs. Turkmenistan* 사건(ARB/10/24) 판정부는 기여성이 필수적인 투자 요건이 되어야 하는 것은 아니라는 견해를 밝히고 투입성, 기간성, 위험성 충족 여부만으로 투자 해당 여부를 심사하였다.

| 기여성의 투자 속성 해당 여부에 대한 ICSID 중재 판정 일람표 |

기여성 인정 판례 및 논거		기여성 부인 판례 및 논거	
		<i>Casado v. Chile</i> (98/2)	기여성은 투자의 결과이지 요소가 아님
<i>CSOB v. Slovakia</i> (97/4)	투자자의 경제 기여성 강조	<i>LESI v. Algeria</i> (03/8)	기여성 측정 불가, 타 3 요소에 포함
<i>Salini v. Morocco</i> (00/4)		<i>Quiborax v. Bolivia</i> (06/2)	기여성 투자 요건 부인
<i>Joby Mining v. Egypt</i> (03/11)	4 개 기준 충족 여부 심사, 기여성 별도 언급 없음	<i>Phoenix v. Czech</i> (06/5)	기여성 대신 경제 활동으로 대체 제안
<i>Bayindir v. Pakistan</i> (03/29)	상동	<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	기여는 투자의 결과, 기여성은 심리해야 할 내용 불제시
<i>Jan de Nul v. Egypt</i> (04/13)	상동	<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	기여는 투자의 목적, 투자의 요건은 아님
<i>MH Salvors v. Malaysia</i> (05/10)	경제 기여성 해당하지 않는 점을 상세 설명	<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	기여성 심리 없이 투자 인정
<i>Pantechniki v. Albania</i> (07/21)	4 대 요소 충족 확인, 기여성 별도 언급 무	<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	기여성 충족은 주관적 판단, 투자 요건 부인
		<i>KT Asia v. Kazakhstan</i> (09/8)	기여는 투자의 결과, 실패하여 기여 못한 투자도 투자
		<i>Ickale v. Turkmenistan</i> (10/24)	기여성 필수 요인 아님, 잔여 요소로만 투자 여부 판정



31

Aucoven vs. Venezuela 사건(ARB/00/5)

가. 사건 개요

이 사건은 외국인 통제 하에 있는 자국 기업에 대해 ICSID 중재의 관할권이 성립하는지 여부와 Venezuela 정부가 Aucoven사와 체결한 고속도로 건설 및 운영 양허 계약의 위반 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Aucoven(Autopista Concesionada de Venezuela)는 미국 ICATECH사가 소유하고 있는 베네주엘라 회사로 1996년 베네주엘라 정부와 Caracas시와 La Guaira시를 연결하는 고속도로 건설, 운영 계약을 맺었다. 투자비 회수를 위해 Aucoven사는 통행료를 30년간 징수할 수 있었는데 베네주엘라 정부가 당초 약속했던 통행료 인상을 시행하지 않자 양허 계약을 파기하고 그에 따른 손해 배상을 2000년 1월 ICSID에 청구하였다. 1996년 계약에 분쟁시 ICSID 중재를 활용하도록 규정되어 있었다. 베네주엘라는 Aucoven이 사실은 멕시코 회사의 지배하에 있고 자국적사인 Aucoven이 ICSID 중재를 원용할 수 있도록 미국 회사로 대우하겠다고 동의한 적도 없으므로 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 주장하였다. 베네주엘라는 통행료 인상 약속을 지키지 못한 것은 주민의 시위 때문이었으며 이는 불가항력으로서 베네주엘라에게 책임을 물을 수 없다고 주장하고 계약을 일방적으로 파기한 Aucoven이 오히려 손해를 배상해야 한다고 주장하였다.

청구인은 베네주엘라의 양허 계약 위반을 이유로 2000년 6월 ICSID 중재를 신청하였다. 베네주엘라는 ICSID 관할권을 부인하였다.



Caracas-La Guaira 고속도로 개통 기념 우표 및 노선도, 산악지대를 통과하는 관계로 육교와 터널이 많은 난공사였다



나. 주요 쟁점

1) 외국인 통제

1996년 양허 계약 체결 당시 Aucoven사는 멕시코 회사인 ICA Holdings의 지배하에 있었다. 1998년 베네주엘라는 ICA Holdings가 양허 계약상 준수를 재정적으로 보장한다는 조건 하에 Aucoven사의 주식 75%를 미국의 ICATECH로 이전하는 것에 동의하였다. 1996년 양허 계약의 분쟁해결 조항은 베네주엘라 사법 절차 또는 UNCITRAL 중재 절차를 이용하되(63조) 양수인 (concessionaire)의 주주 또는 대다수 주주(majority of shareholder(s))가 ICSID 협약 체결국의 국민이 되면 ICSID 중재 절차를 이용한다(64조)고 규정하고 있었다.

베네주엘라는 Aucoven사는 ICA Holdings의 지배하에 있고 ICATECH로의 지분 이전은 일종의 편의치적이라고 주장하며 아래 이유로 ICSID의 관할권이 미치지 못한다고 주장하였다.

- Aucoven사는 멕시코 회사인 ICA Holdings의 지배 통제 하에 있고 멕시코는 ICSID 회원국이 아님
- 멕시코 정부 관리는 Aucoven사와의 분쟁과 관련하여 베네주엘라 정부에 서한을 보냈고 회의도 있었음. 이는 멕시코 정부의 외교적 보호에 해당하는 것으로 Aucoven사에 대한 ICA Holdings의 직접적인 이해관계를 증명하는 것임.
- ICSID 협약 27조에 의한 관할권은 자국 기업에 대한 외국인의 지배 통제를 전제로 하는 것이나 Aucoven은 미국 기업인 ICATECH의 지배 통제하에 있지 않으므로 베네주엘라는 Aucoven을 미국 기업으로 대우하는 것에 동의한 바 없음. 지배 통제란 실효적 통제를 의미함.

판정부는 그러나 ‘대다수 주주가 ICSID 체결국 국민이 되면’이라는 계약 64조의 문안을 명기된 것과 다른 의미로 해석할 근거가 없으며 베네주엘라의 주장대로 실효적이고 궁극적인 통제(effective and ultimate control)를 의미한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 64조에 명기된 ICSID 중재 절차 활용은 일종의 조건 충족부 합의이며 그 조건은 대다수 주주가 체결국 국민이 되는 것으로 충족이 되었다고 보았다(판정문 85-90). 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조¹⁰⁰ 상의 Foreign control이 베네주엘라의 주장처럼 실효적인 통제(지배)를 의미한다고 해석해야 하는지에

100] 25(2)(b) and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.



대해서도 부정적인 입장이었다. ICSID 협약에 foreign control이 정의되어 있지 않고 실효적인 통제로 해석해야 할 문안 상의 근거가 없으며 ICSID 협약 초안 작성 시의 기록을 볼 때 협약 기초자들이 foreign control의 의미 확정을 의도적으로 회피한 것으로 보인다고 판단했다. 의미 확정이 실용적이지 않고 실제 상황에 적용하기 어려운 측면이 있으므로 개별 상황에 따라 계약국들이 재량에 따라 해석할 수 있는 여지를 남겨 놓은 것이라고 이해했다(111-113)

멕시코의 외교적 보호권 행사 주장에 대해 판정부는 제출된 자료를 볼 때 멕시코의 행위가 외교적 보호권에 해당한다고 보기도 어렵지만 설사 그렇다고 인정한다 하여도 비계약국의 외교적 보호권이 행사되었다는 이유로 ICSID 협약 25(2)(b)조 상의 관할권을 인정하지 않을 근거가 없다고 판단하였다(138-140).

2) 양허 계약 위반

1996년 Aucoven사와 베네주엘라 정부 간에 체결된 고속도로 건설 및 운영 계약의 골자는 다음과 같다.

- 수도 Caracas시와 La Guaira 항구간 고속도로 내 고가도로 건설
- 동 고속도로 설계, 건설, 운영, 보존, 정비
- 통행료 30년간 징수 권한 부여 및 통행료 인상 조건 합의
- 양수자 Aucoven에 대해 민간 은행 등으로부터의 우혜 조건의 대출 보장
- 통행료 수입이 예상보다 부족할 시 Aucoven에게 최소 수익 보장 등

Aucoven사의 주 수익원인 통행료 수입은 처음부터 예상을 밑돌았으며 계약 조건에 따라 1997년 1월 통행료를 인상하여야 했다. 그러나 베네주엘라 정부는 이용 주민의 시위가 있어 인상 계획을 취소하였다. 이후 수차례 통행료 조정이 있었으나 매번 시위자들의 저항에 부딪히자 베네주엘라 정부는 재조정 또는 취소 등의 양보 조치를 취했으며 결과적으로 Aucoven에게 당초 약속했던 통행료 수입을 보장하여 주지 못하였다. 이외에도 베네주엘라 정부는 우혜 조건의 대출 앞선 약속과 최소 수익 보장 약속도 준수하지 못하였다. Aucoven사는 계약 당사자의 의무 불이행시 일방적으로 계약을 파기 할 수 있다는 조항에 따라 양허 계약을 파기하고 베네주엘라 정부에 손해 배상을 요구하였다.

중재 판정에서 베네주엘라는 약속 불이행은 인정하였으나 이는 주민 시위라는 불가항력(force



mayore)에 의한 것이라고 항변하였다. 양허 계약은 불가항력시의 의무 불이행에 대해서는 면책된다고 규정되어 있었다. 판정부는 주민 시위는 예측할 수 있었으며 사전에 예방이 가능하고 대처할 수 있는 상황이므로 불가항력으로 볼 수 없다고 판단하였다. 대출 알선과 최소 수익 보장 약속도 베네주엘라가 이행하지 않았다고 확인하였다. 이상을 근거로 판정부는 베네주엘라가 계약상의 핵심 의무를 준수하지 않았으며 Aucoven은 계약 규정에 따라 계약을 일방적으로 파기할 수 있다고 판시했다

다. 평가 및 해설

국가에 따라서는 자국 내에 투자하는 외국인 투자자에게 현지 법인을 설립하게 하거나 기존의 현지 법인을 통해서만 투자 활동을 하도록 제약하는 경우도 있고 외국인 투자자는 사정이 어두운 외국에 직접 회사를 설립하여 운영하기보다는 현지 법인의 지분을 취득하는 방식으로 투자를 하는 경우가 많다. 투자자-국가간의 분쟁 당사자 적격을 외국 투자자로 제한할 경우 위와 같은 현지 법인을 통한 외국인 투자자는 불리한 위치에 놓이게 된다. ICSID는 이러한 현실을 반영하여 25(2)(b)조를 마련하였고 유사한 규정은 NAFTA 1117(1)조에도 규정되어 있다. ICSID는 단순히 지배(*foreign control*)라고 규정하였으나 NAFTA는 직접, 간접적으로 소유 또는 통제한다고 다소 포괄적으로 규정하였다. 그러나 통제의 요건에 대해서는 언급하지 않고 있어서 판례 축적을 통해 법리(*juris prudence*)가 정해지고 있다.

외국인 통제에 의한 ICSID 중재 관할권에 대해서는 종합 해설을 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1)에 수록하여 두었다.



32

Generation Ukraine vs. ukraine 사건(ARB/00/9)

가. 사건 개요

이 사건은 자신의 투자가 점진적으로 수용(creeping expropriation) 당했다는 청구인의 시비가 수용 행위의 존재와 수용당할 수 있는 성격의 투자의 존재가 충분히 입증되지 못해 기각된 사건이다.

청구인 Generation Ukraine은 미국 회사로서 1993년 2월 Heneratsya 라는 우크라이나 법인을 설립하고 키예프 중심가에 임대용 고급 사무실 빌딩을 건축하는 사업을 진행하기 위하여 키예프 시와 협의하였다. 시는 청구인에게 빌딩 부지를 49년간 임차해주는 토지 임차 계약을 1996년 6월에 체결하였고 7월에는 시와 청구인간의 주요 권리 의무 관계를 규정한 기본 약정을 체결하였다. Heneratsya 가 공사를 개시하기 직전, 인접 부지에 있던 우크라이나 정보부는 보안 시설 건설에 필요하다는 이유로 공사 부지의 일부를 양도하여 줄 것을 요청하였다. 권력 기관의 위세에 눌려 시 당국도 마땅한 해결책을 내놓지 못하고 있던 가운데 정보부, Heneratsya, 키예프 시청은 부시장 Yalovoy의 중재로 1997년 7월 타협안에 합의하였다. 정보부 요구 부지를 제공하는 대신 여타 인접 부지를 Heneratsya가 공사 기간 중 잠정적으로 사용하는 것이었다. 이 경우 Heneratsya 는 공사 시설을 설치, 적재할 수 있는 부지를 무상으로 확보할 수 있어 일부 부지 양보에 따른 손실을 최소화할 수 있었다. 시는 1997년 10월까지 타협 사항을 반영한 새로운 토지 임차 계약서를 제공하기로 하였고 인접 부지 무상사용을 확보하여 주기로 하였다.

그러나 약속 사항이 제대로 이행되지 않았으며 양측간 시비가 해결될 기미가 없자 청구인은 우크라이나 시 당국이 신규 토지 임차 계약서를 제공하지 않고 인접 토지 사용을 보장하여 주지 못한 것은 자신의 투자를 보상 없이 수용한 것이라고 주장하고 미국-우크라이나 투자협정에 근거하여 2000년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

청구인은 키예프 시 당국이 Yalovoy 타협안에 적시된 합의 사항을 반영한 수정 입차 계약서를 1997년 10월 31일까지 제시하지 않아서 자신이 추진하던 건물 건설 사업이 회복할 수 없는 피해를 입게 되었으며 이는 간접 수용, 특히 점진적 수용에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 점진적 수용이란 특정 시점에 존재하는 투자에 대해 국가에 귀책되는 연속적인 행위가 시행되어 해당 투자에 대한 투자자의 권리가 수용에 관한 국제법을 위반할 정도로 침식되는 것이라고 설명하고 청구인의 점진적 수용 주장은 시간적 요소와 수용의 대상이 된 투자의 존재에 관해 명백한 분석이 결여되어 있다고 지적하였다. 청구인의 주장은 1997년 10월 31일 이전 사무실 건물의 상업적 수익에 대한 기득권을 가정하고 있으나 당시 해당 건물은 공사 개시도 되지 않은 상태로서 청구인의 법적인 이해는 상업적 수익에 대한 권리가 아니라 해당 건물 공사를 진행할 수 있는 권리라고 정정하여 주었다. 판정부는 시 당국이 입차 계약을 기한 내 제공하지 않은 것이 청구인의 공사 진행권을 탈취하려는 의도가 있는 것은 아니며 투자란 위험성을 내포하는 것으로서 명백하게 무가치하게 되었다고 해서 수용 조치가 있었다는 것을 의미하지는 않는다고 說示하였다. 판정부는 1997년 10월 31일에 이르기까지 시 당국이 청구인과 Heneratsya에게 취했던 행위가 투자자의 투자사용, 향유, 처분권에 대해 지속적이고 회복 불가능하게 방해하였다고 볼 만한 근거가 없다고 판단하였다. 이에 따라 청구인의 수용 주장을 수용하지 않았다(판정문 20.25-20.38).

Yalovoy타협안에는 인접 부지의 공사 기간 중 활용이라는 합의가 있기는 하였으나 해당 부지 소유주와의 협의 주체에 대해서는 명확한 언급이 없었다. 청구인은 인접 부지의 공사 기간 중 사용이 실현되지 않은 것도 수용이라고 주장하였으나 판정부는 이는 해당 부지 소유주의 동의가 전제되어야 하는 것으로서 청구인이 합법적인 권리를 보유하고 있지 못한 것에 대해서는 수용이 있을 수가 없다고 일축하였다(22.1).

다. 평가 및 해설

투자자-국가 분쟁에서 이러한 간접 수용은 압도적으로 많이 제기되는 이슈이다. UNCTAD 통계에 따르면 투자협정 위반이 시비된 투자자-국가 분쟁 총 499건 중 간접 수용이 청구 원인인 사건이 366건이라고 한다¹⁰¹⁾. 이처럼 압도적인 비중을 차지하는 사건임에도 불구하고



간접 수용의 개념이나 요건은 성문으로 정리된 것이 드물다. 간접 수용이라는 표현도 간접 수용(indirect expropriation), 수용에 상당한 조치(measure equivalent, or tantamount to expropriation), 점진적 수용(creeping expropriation) 등 유사한 개념과 혼용되어서 쓰이기도 하고 판정부에 따라서는 이를 구분하기도 하여 정확한 개념 정리가 안 되어 있다. 투자협정 중에는 아예 간접적인 수용 또는 이와 유사한 개념이 규정되어 있지 않은 것도 있고 이를 적시하기는 하였으나 그 내용이 무엇인지 따로 적시하지 않은 것도 있다. 간접 수용의 내용과 요건은 주로 투자-국제 분쟁에 관한 국제 중재 판정을 통해 정리되고 있다. 간접 수용에 대한 판정을 고려하여 투자협정에 관련 내용을 기재하는 추세도 발생하고 있다. 판례 축적을 통한 법리의 완성과 투자협정에의 반영, 그 내용을 적용하는 새로운 판례의 발생이라는 순환 구도가 이루어지고 있는 좋은 예이다.

| 간접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>SPP(ME) v. Egypt</i> (84/3)	무형의 권리도 수용 가능 영업권 취소는 간접 수용 해당	
<i>Tradex v. Albania</i> (94/2)		수용에 상당한 효과(해당 토지의 소유권 탈취, 동 토지 이용권 제한, 정부 귀책 등) 부재
<i>Metalclad v. Mexico</i> (AF/97/1)	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치	
<i>Eudoro Olguin v. Paraguay</i> (98/5)		금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실은 수용 아님
<i>Feldman v. Mexico</i> (AF/99/1)		지배, 통제가 계속되고 있으므로 수용 불해당
<i>Middle East Cement v. Egypt</i> (99/6)	시멘트 처리 업체에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당	
<i>Teconed v. Mexico</i> (AF/00/2)	매립장 업체에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당	
<i>Waste Management v. Mexico 2차</i> (AF/00/3)		재산의 탈취 효과가 없는 단순 계약 위반
<i>Generation Ukraine v. Ukraine</i> (00/9)		투자 사용, 향유, 처분권에 대해 지속적으로 회복 불가능하게 방해하지 않았으므로 수용 불해당
<i>Enron v. Argentina</i> (01/3)		지분 소유권 온존, 처분 가능 상황이므로 수용 불해당



ICSID 중재판정례 해설

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>OMIS v. Argentina</i> (01/8)		지배와 소유권이 박탈되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Noble Ventures v. Romania</i> (01/11)		청구인-정부 공동 소유 회사에 대한 정부의 증거 조치, 법정 관리 추진은 수용 불해당
<i>Azurix v. Argentina</i> (01/12)		개별 조치 중복으로 인한 수용 가능, 지배, 통제 계속되고 경영상 부정적인 영향이 수용 인정하기에 불충분
<i>LG & E v. Argentina</i> (02/1)		소유권 방해 정도 및 기간이 심각해야 수용, 투자 향유권 불박탈, 지배권 불상실, 수용 효과 한시적이므로 수용 불해당
<i>Fireman's Fund v. Mexico</i> (AF/02/1)		외화 표시 채권의 가치 급락은 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취 아니므로 수용 불해당
<i>PSEG v. Turkey</i> (02/5)		지배권, 경영권 박탈, 관리/배당/인사 방해 등 심각한 조치나 방해 존재해야 간접 수용 없으므로 불해당
<i>Siemens v. Argentina</i> (02/8)	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당	
<i>Semptra v. Argentina</i> (02/16)		지배권과 투자의 가치가 훼손되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Metapar v. Argentina</i> (03/5)		경제적 영향이 가혹하지 않고 경영, 통제/영업 계속 중
<i>Continental v. Argentina</i> (03/9)		소유권 불변동, 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락은 수용 불해당
<i>El Paso v. Argentina</i> (03/15)		소유권 방해 행위 부재, 지분 매각은 강요된 것이 아니라 자발적 행위이므로 수용 불해당
<i>Gemplus & Talsud v. Mexico</i> (AF/04/3, 04/4)	경영권 탈취는 간접 수용 *같이 제기된 직접 수용도 인정	
<i>ADM & TLIA v. Mexico</i> (ARB(AF)/04/5)		소유권/경영권 불박탈, 영업 계속는 경제적 상실 정도 불심각 의미, 따라서 수용 불해당
<i>Vannessa v. Venezuela</i> (AF/04/6)		당사자로서의 계약 해지, 주권 행위 아니며 부지 몰수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치, 수용 아님
<i>Telenor v. Hungary</i> (04/15)		투자 가치/향유, 이용권 실질 박탈 또는 투자의 경제적 가치실질 훼손있어야 수용, 경영권 온존, 영업 계속이므로 수용 불해당



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Cargill v. Mexico</i> (AF)/05/2)		소유권 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해가 영구적이어야 수용, 일시적이므로 수용 불해당
<i>Saipem v. Bangladesh</i> (05/7)	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정	
<i>Parkerings v. Lithuania</i> (05/8)		계약 당사자로서의 정당한 계약 종료 행위
<i>EDF v. Romania</i> (05/13)		세무 조사/면세점 사업자 부정 단속 조치는 국가 권력의 행사로서 수용 불해당
<i>Roussalis v. Romania</i> (06/1)		경영 통제 계속, 투자 이용/향유권 존속중
<i>OPC v. Ecuador</i> (06/11)	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 자체 취소는 과도하며 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	경제적 가치가 보상 없이 실질적 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Impregilo v. Argentina</i> (07/17)		소유권 불박탈, 주주 권리 행사/이익 향유 불봉쇄, 청구인 귀책으로 인한 계약 취소는 수용불해당
<i>AES v. Hungary</i> (07/22)		소유권/사용권/지배권 존속, 수익 실현, 투자 가치의 심각한 감소박탈 불발생
<i>RDC v. Guatemala</i> (07/23)		계약 유효, 해당 시설 계속 점유, 부지 수입 계속 중
<i>Ubraser & CABB v. Argentina</i> (07/26)		일부 수입 감소일뿐 권리 탈취 불해당
<i>Mobil v. Venezuela</i> (07/27)		투자가 실효적 박탈(투자 가치/지배권 전체의 항구적 손실)해야 수용 해당, 불충족
<i>Unglaube v. Costa Rica</i> 사건(08/1, 09/20)	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당	
<i>Inmaris v. Ukraine</i> (08/8)	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/ 투자 가치의 영속적 파괴 해당	
<i>Bosh, B&P v. Ukraine</i> (08/11)		권리의 실질적 박탈해야 수용, 시비 행위는 정부의 계약 종료 지시로 볼 수 없음



ICSID 중재판정례 해설

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>GFA v. Ukraine</i> (08/16)		소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취가 수용, 횡령, 수사 부진 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아님
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)		실질적/향구적 소유권 박탈 부재 *같이 제기된 직접 수용은 보상 의무 위반으로 판정
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당	
<i>Swisslion v. Macedonia</i> (09/16)		청구인의 계약 의무 불이행 근거한 계약 종료 판결은 수용 불해당
<i>Minotte and Lewis v. Poland</i> (AF)/10/1)		금융 감독 당국의 정당한 업무 범위 해당, 당국이 타 투자자의 탈퇴/불참 중용 주장 불입증
<i>Philip Morris v. Uruguay</i> (10/7)		가치 박탈, 사용/향유권 실질적탈취 불발생, 담배 제한 조치 경찰권 행사에 해당
<i>Renee Rose Levy v. Peru</i> (10/17)		부실 은행 청산 조치는 정당한 경찰권 행사
<i>Vigotop v. Hungary</i> (11/22)		계약 종료는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사, 남용아니므로 수용 불해당
<i>Franck Arif v. Moldova</i> (11/23)		계약 무효 판결은 수용 불해당영업 계속-소유권, 활용 및 수익 불탈취
<i>Mamidil v. Albania</i> (11/24)		용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등에 대한 영향으로 가치/이익 손상 부재, 수익성 일부 감소뿐 통제권 온존
<i>Al Tamimi v. Oman</i> (11/33)		수용이 아니라 계약상의 분쟁으로 종료된 계약
<i>Ermis v. Hungary</i> (12/2)		수용 대상 가능 권리 보유 사실 불입증
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF)/12/5)		점진적 수용이 인정되기 위해서는 수용 계획이 개개 조치들을 통해 이행된 점 입증 필요, 외환 위기 타개 위한 외환/금 확충 계획은 수용 계획 불해당 *같이 제기된 직접 수용(국유화령)은 보상 요건 불충족
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료	



33

Enron vs. Argentina 사건(ARB/01/3)

가. 사건 개요

이 사건은 아르헨티나가 1999년 경제 위기 타개책으로 취한 일련의 조치가 공정·공평 대우 및 우산 조항 위반으로 판정된 사건이다.

청구인 Enron Corp.와 Ponderosa Assets는 미국 회사로서 Enron이 Ponderosa를 소유, 지배하고 있었다. 아르헨티나는 국영 산업 민영화 정책의 일환으로 1992년 가스 공급 및 배급을 담당할 2개 민영 회사 TGS(남부 가스 회사), TCN(북부 가스 회사)를 설립하고 해외 자본을 유치하기 위해 가스 판매 가격은 미국 달러로 산정하되 해당 시점의 환율로 환산하여 페소로 징수하고, 미 달러로 산정되는 가스 가격은 미국 생산자 물가(PPI)를 반영하여 매 6개월마다 조정하는 제도를 마련하였다. 이 제도를 통해 외국인 투자자는 아르헨티나의 물가 상승 및 환율 변동에 관계없이 안정적인 수익을 도모할 수 있었다. 청구인은 1992년 아르헨티나 현지 법인 EPSA(Enron Pipeline Company Argentina)를 설립하고 TGS 지분 70%를 매집하였다. 1999년 아르헨티나는 극심한 경제, 외환위기에 봉착하게 되자 PPI 가격 조정을 중단하였고 2002년 1월에는 국가 비상법(Emergency Law, 법 25,561호)을 제정하여 가스 가격 미 달러화 산정 제도를 폐지하고 달러와 페소간의 환율을 고정하였다. 아르헨티나 정부는 이 조치로 인해 피해를 보게 되는 공공 서비스 공급 계약자와의 계약 내용을 수정하는 협의를 진행하였다.

청구인은 아르헨티나의 비상조치로 인해 TGS의 수익과 회사 가치가 폭락하는 피해를 보았다고 주장하며 아르헨티나의 조치는 미국-아르헨티나 투자협정상의 불법 수용, 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 우산 조항 위반에 해당한다는 요지로 2001년 2월 ICSID에 중재를 신청하였다. 아르헨티나는 청구인의 시비를 반박하는 한편 국가 비상 상황에서 불가피하게 취해진 조치로서 위법성이 조각된다고 항변하였다.



나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 아르헨티나의 조치로 인해 TGS에 대한 자신의 투자가 아무 보상도 없이 직간접적으로 수용 당했다고 주장하였으나 판정부는 청구인이 TGS 지분 소유권은 아무 영향도 받지 않았으며 자유롭게 처분할 수 있는 상황에 있고 2005년, 2006년에는 실제로 청구인이 이 지분 매각 협상을 제 3의 기업과 진행하기도 하였다는 점을 들어 아르헨티나의 조치는 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 241-246).

2) 공정하고 공평한 대우

청구인은 아르헨티나가 투자 유치 시 보장했던 달러화 산정, 변동 환율로 환산, PPI 가격 조정 제도를 폐지함으로써 투자 결정 당시의 청구인의 정당한 기대가 침해되었고 안정적이고 예측 가능한 법적, 영업적 환경을 보장하는 데 실패했다고 주장하며 이는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 아르헨티나는 최근까지의 판례상 공정-공평 대우 의무 위반으로 인정되는 조치는 대개 국가 조치의 비밀관성, 급격하고 자의적인 법규 변경, 투자자에게 유해한 방향으로의 지속적인 법규 변경 등이었다고 제시하고 아르헨티나의 조치는 당시의 경제 위기에 대처하기 위한 매우 합리적인 조치였다고 강변했다.

중재 판정부는 공정-공평 대우의 핵심 요소는 투자를 위한 안정적인 체제라고 보았으나 단 안정 유지 요건이 국가의 법적 체제를 동결하거나 국가의 규제 권한의 소실을 의미하지는 않는다고 밝혔다. 투자 결정 당시 투자자의 기대는 합리적이고 정당한 매우 기본적인 요소라고 중요성을 부여했으며 공정-공평 대우 의무 위반이 악의의 존재를 요구하는 것은 아니라고 보았다. 특정 조치가 악의로 행해져야 공정-공평 대우 의무 위반이라는 것은 아니라는 입장이다.

판정부는 아르헨티나가 국영 산업 민영화를 위한 외국인 투자 유치를 위해 시행한 가스 가격의 달러화 산정 및 폐소화 징수 시 변동 환율 적용, 주기적인 가격 조정, 가스 가격 동결 금지 등의 조치를 믿고 청구인이 투자를 결정한 것은 자명하다고 인정하였다. 아르헨티나의 조치로 인해 확실성과 안정성이 있던 곳에 의심과 불명확이 일상이 되었고 장기적인 영업 전망이 가능했던 것이 다음 날 무엇이 일어날지 모르는 채 하루하루 논의해야 하는 상황이 되었으며 가스 가격은 5년 이상 동결되었고 계약 내용 변경을 위한 협의는 진전을 보지 못하고



있다고 비난하였다. 투자를 유인했던 안정적인 법적 체제는 더 이상 존재하지 않고 새로운 체제는 요원해 보이는 실정이라고 지적하였다. 판정부는 이러한 상황에서 공정·공평 대우의 객관적인 위반이 있었다는 점을 의심할 여지가 없다고 판정하였다(251-268).

2) 우산 조항

미국-아르헨티나 투자협정에는 투자자와 국가(국가 기관)과의 계약 위반을 투자협정 위반으로 의제하는 우산 조항이 포함되어 있었다(II(2)(c)조¹⁰²). 청구인은 투자 당시의 법령과 계약상의 약속을 파기하였으며 이는 우산 조항 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 이 조항 상의 모든 의무(any obligation)은 대금 지급과 같은 계약상의 의무뿐 아니라 법령상의 의무도 포함하는 것이며 다만 투자와 관련되는 의무로 제한되는 것이라고 해석하였다. 아르헨티나가 부여 했던 달러화 산정, 가격 조정 등은 가스법 및 시행령 등에 규정된 투자와 관련된 의무임이 명백하므로 이들 의무의 위반은 우산 조항 위반에 해당한다고 판정하였다(273-277).

3) 자의적이고 차별적인 조치 및 충분한 보호 및 안전

청구인은 아르헨티나의 조치가 자의적이고 차별적이라고 주장하고 이를 금지한 투자협정 II(2)(b)조 위반이라고 강조하였으나 판정부는 경제 위기 대처를 위해 아르헨티나 정부가 최선이라고 믿고 이해한 조치로서 자의적이라고 볼 수는 없으며 각 산업의 상황이 다르므로 여타 산업에 유사한 조치가 시행되지 않았다고 하여 차별적인 조치라고는 볼 수 없다고 판정하였다(280-283).

판정부는 이 사건에서 임직원이나 시설에 대한 보호 및 안전이 논란된 바 없고 법적 정치적 환경의 광범위한 영역에서 보호 및 안전 부족 가능성이 개괄적으로 제기되었을 뿐 입증되거나 타당하게 개선되지도 않았다고 지적하고 충분한 보호 및 안전 의무 위반 주장을 기각하였다(284-287).

4) 안보상 예외

아르헨티나는 투자협정 위반이 인정될 경우에 대비하여 아르헨티나의 조치는 당시의 비상

102] II(2)(c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment.



상황상 위법성이 조각된다고 주장하였다. 아르헨티나는 비상 상황시의 면책 근거로 국제 관습법과 투자협정 XI조¹⁰³⁾를 제시하였다.

중재 판정부는 비상사태 시의 국가 책임 면제 여부를 판단하기 위한 근거 중의 하나로 국제법 위원회(ILC)의 국가 책임에 관한 초안25조¹⁰⁴⁾를 이용하였다. 판정부는 이 조항에 따라 국가 책임 면제가 인정되기 위해서는 당시 상황이 심각하고 긴급한 위험(*grave and imminent peril*)해야 한다는 점을 지적하였다. 판정부는 국가 비상법상의 조치가 경제 위기를 타개하기 위한 유일한 대책이었는지에 대해 분쟁 당사자와 전문가의 견해가 갈리기는 하나 당시까지 경제 위기를 겪은 국가들은 위기 극복을 위한 다양한 대책을 시도하였으며 이 중 어느 것도 아르헨티나에 적용할 수 없었다고 보이지는 않는다고 판단하였다. 아르헨티나의 조치가 유일한 불가피한 조치는 아니었다는 것이다. 판정부는 국가의 국제적 의무 위반을 면탈해주는 비상조치는 해당 의무의 대상이 되는 국제 사회나 국가의 핵심 이익을 심각하게 훼손하지 않아야 하는 제한도 있고 비상 상황 발생의 책임이 조치 시행 국가에 있지 말아야 하는 제한도 25조에 같이 규정되어 있다고 환기하였다. 판정부는 아르헨티나의 조치가 이 제한과 합치되는지 여부는 따로 심리하지 않고 비상 상황 면제 요건을 완전히 충족한 것으로 보이지는 않는다고 언급하면서 국가 책임을 면제할 정도로 국제 관습법상의 요건이 충족되지는 않았다고 판정했다(294-313).

투자협정 XI조에 의해 공공질서 회복을 위해 채택된 아르헨티나의 조치는 위법성이 없다는 아르헨티나의 주장에 대해 판정부는 이 조항에 대한 사법적인 통제는 국제 관습법과 투자협정상의 면책 요건을 모두 충족했는지를 살피기 위한 실질적인 수준이어야 한다고 전제하고 이미 국가 책임에 관한 초안25조 요건을 충족하지 못했다고 판단하였으므로 위기 상황으로 인한 필요성이나 비상 상황이 위법성을 조각할 정도의 수준에 이르지 않는 못했다고 결론내렸다. 판정부는 IX조가 국제 관습법과 다른 조건을 규정하고 있지 않다고 보고 이 조항에 대한 더 이상의 사법적 심리는 불필요하다고 확인했다(333-342).

103] XI. This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

104] Article 25 Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - (b) the State has contributed to the situation of necessity.



아르헨티나는 국가 위기 상황으로 피해를 입은 타방 계약국 국민에게 내국민 또는 제 3국민과 동등한 대우를 해야 한다고 규정한 투자협정 IV(3)조¹⁰⁵⁾를 들어 위기 상황에 대응하여 채택된 문제의 조치는 정당화된다고도 주장하였으나 판정부는 이 조항은 이미 발생한 손실에 대한 조치, 즉 교정 또는 보상 조치에 적용되는 것이지 손실을 초래한 조치에 적용되는 것은 아니라고 설명했다. 청구인은 이 조항은 혁명, 무력 충돌과 같은 폭력적 상황에 적용되는 것이며 경제 위기는 적용 대상이 아니라고 주장하였으나 판정부는 경제 위기를 제외해야 할 이유는 없다고 언급하고 중요한 것은 적용 대상의 종류가 아니라 이 조항이 투자협정상의 의무에 대한 포괄적인 면제 의미로 해석되어 불법성, 책임성, 보상을 배제하는 것으로 귀결되어서는 안 된다고 강조하고 아르헨티나의 주장을 기각하였다(314-321).

다. 평가 및 해설

1) 안보상 예외 및 긴급 피난

투자협정은 공공 질서 유지, 안보, 핵심 국가 이익 수호 등을 위해 채택된 조치에 대해서는 적용되지 않는다는 조항을 포함하고 있는 경우가 많다. 외국인 투자자의 이익을 보호하는 것보다 국가의 핵심 이익과 존속이 비교할 수 없을 정도로 중요한 것이므로 반드시 투자협정에 성문으로 기록되어 있지 않더라도 국제 관습법상 인정되어 온 권리이다. 이는 비단 국제 관계뿐만 아니라 국가 내부 조치에 대해서도 적용되고 있다. 많은 국가는 국민의 기본권 또는 이익을 국가 안보에 필요한 경우 예외적으로 제한할 수 있다는 법적인 근거를 갖고 있다. 이러한 차원에서 대다수 투자협정에도 예외적인 경우 투자협정을 적용하지 않는 국가의 조치가 있을 수 있다는 조항을 포함하고 있다. 안보상 예외 조항이 ICSID 투자 분쟁에서 제기된 것은 모두 아르헨티나 2001년 경제 위기와 관련된 사건들이다. 모두 10건이다. 해당 사건 이외의 것으로 아르헨티나 이외의 다른 국가에 제기된 적은 없다. 안보상 예외에 대한 종합 설명은 *Metalpars vs. Argentina* 사건(ARB/03/5)에 수록하여 두었다. 일람표만 여기에 미리 게재하여 둔다.

105) IV(3) Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.



| 2001년 아르헨티나 경제 위기 관련 안보상 예외 조항 쟁점 사건 판정 일람표 |

사건명(번호)	쟁점 조항	인용	불인용
<i>Enron</i> (01/3)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		사비된 조치가 유일한 경제 위기 극복 조치라고 볼 수 없으므로 ILC 25 조 요건 불충족 따라서 X 조 충족 여부 심리 불요 M(3)조는 무관한 조항이므로 심리 불요
<i>CMS</i> (01/8)	마-아르헨 BIT X 조 ILC 25 조		위기 발생에 책임 ILC 25 요건 불충족 X 조 불심리 특별 위원회 25 조와 X 조 요건을 동일시한 것은 오류이나 판정은 인정
<i>LG & E</i> (02/1)	마-아르헨 BIT X 조	X 조 충족	
<i>Sempra</i> (02/16)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		위기 발생 책임 ILC 25 조 요건 불충족 따라서 X 조 요건은 심리 불요 M(3)조 책임 회피, 면제 조항 아니므로 적용 불가 특별 위원회 X 조 불심리는 권한 일탈에 해당, 원 판정 취소 결정
<i>Metalpar</i> (03/5)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조	청구인의 피해 사실 자체가 불입증, 심리 자체 불시행	左同
<i>Continental</i> (03/9)	마-아르헨 BIT X 조 ILC 25 조	X 조 요건 충족 ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미, 그 정도의 책임은 없다고 판시	
<i>El Paso</i> (03/15)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		M(3)조는 해당 사항 없는 조항 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가 따라서 X 조 적용 불가
<i>EDF</i> (03/23)	佛-아르헨 BIT 5(3)조 ILC 25 조		5(3)조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Impregilo</i> (07/17)	伊-아르헨 BIT 4 조 ILC 25 조		4 조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Ubraser</i> (07/26)	스페인-아르헨 BIT X(5)조 ILC 25 조	ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미, 그 정도의 책임은 없다고 판시	



2) 우산 조항

우산 조항의 적용 대상이 계약 위반인지 법령 위반도 포함되는지에 대해 이 사건 판정부는 아르헨티나가 청구인에게 부여했던 가스 공급 대금의 달러화 산정, 주기적인 가격 조정 등은 가스법 및 시행령 등에 규정되어 있는 사항이고 청구인의 투자와 관련된 의무임이 명백하므로 이들 의무의 위반은 우산 조항 위반에 해당한다고 판정하였다. 동일한 내용이 시비된 *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1)에서 판정부는 역시 가스 공급업에 외국인 투자를 유치하기 위해 아르헨티나 정부가 취한 가격 달러화 산정 및 매 6개월 조정 조치는 해당 법령에 명기되어 있고 외국인 투자자 유치시 홍보하던 사항임에 비추어 미국-아르헨티나 투자협정 II(2)(c)조¹⁰⁶⁾가 의미하는 ‘의무’에 해당한다고 보았다. 이 조치를 준수하지 못한 것은 이 조항 위반에 상당하다고 판시하였다(판정문 175).

CMS vs. Argentina 사건(ARB/01/8) 판정부도 위와 유사한 사건에서 같은 논리로 아르헨티나의 법령 위반은 우산 조항 위반에 상당하다고 판정하였으나 판정 취소 특별 위원회는 이 판정을 취소하였다. 특별 위원회는 원 판정부가 투자협정 II(2)(c)조를 아래와 같이 지나치게 확대 해석했다고 보았다.

- 우산 조항은 투자협정과는 별도로 독립된 상호 합의된 의무(*consensual obligation*)을 말하며 따라서 투자와 관계된 당사자 간의 특정성 있는 의무임.
- 합의된 의무는 불특정인에게 적용되는 것이 아니라 특정인에게 적용되고 의무의 이행은 의무 부담자(*obligor*)와 의무 요구자(*obligee*) 간에 발생하는 것임.
- 주주는 투자한 회사의 권리를 위해 독자적으로 중재 청구할 수는 있지만 해당 회사가 합의한 의무를 구속되는 것이 아님.
- 우산 조항을 확대 해석하면 ICSID 협약 25(2)(b)조가 유명무실하게 됨.

특별 위원회는 원 판정부의 우산 조항 위반 판결은 정확한 이유를 설명하지 않은 것이므로 취소해야 한다고 판시하였다(취소 결정문 95-97).

Micula vs. Romania 사건(ARB/05/20) 판정부는 청구인의 우산 조항 시비를 기각하기는 하였으나 우산 조항의 적용 대상이 법령상의 의무도 포함한다는 점은 인정하였다. 스웨덴-루마니아 투자협정 2(4)조¹⁰⁷⁾ 우산 조항 상의 의무는 문안 그대로 특정한 투자자와 그의 투자에 관하여 체결된

106] II(3)(c) Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.



(enter into) 의무이면 그 성질이나 원천을 불문하고 어떤 의무든지 확장적으로 적용될 수 있다는 것이다. 판정부는 루마니아의 일방적인 약속(undertaking)이 우산 조항이 적용되는 의무가 되기 위해서는 루마니아의 국내 법규에 근거한 법적인 의무여야 하고 청구인에게 법으로 부여된 권리(vested right)여야 할 것이라고 보았다. 다만 청구인이 이를 충분히 입증하지 못했다는 이유로 우산 조항 위반 시비를 인정하지 않았다. (판정문 410-419). 청구인의 상표 사용을 제한한 우루과이의 조치가 쟁점이 되었던 *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7) 판정부는 투자 유치국 정부가 특정 의무를 부담하겠다는 약속이 아니라 지재권 보호 법제의 일부일 뿐이므로 스위스-우루과이 투자협정 우산 조항 (11조)상의 약속에 해당하지 않는다고 판단하였다 (판정문 480-482). 이를 반대 해석하면 만일 지재권 보호법상 특정 의무를 부담한다는 것이었으면 우산 조항 위반을 인정한다는 것이니 판정부는 우산 조항의 적용 대상에 법령에 규정된 의무도 포함된다고 이해한 것으로 판단된다.

투자 분쟁에서 우산 조항 위반 시비는 흔하게 제기된다. 시비의 주된 쟁점은 우선 우산 조항의 적용 대상 범위로서 투자 계약의 위반만을 그 대상으로 하는지 투자 계약 외에 투자 유치국의 법령상의 약속도 포함되는지 여부다. 투자 계약 위반은 모두 우산 조항을 통해 협정 위반이 되는 것인지 투자 계약의 위반 중 우산 조항이 적용되지 않는 것도 있는지도 투자 분쟁의 쟁점이 되어 왔다. 투자 계약의 주체에 대한 시비도 있다. 계약 체결자의 계약 위반 행위를 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있는지 투자자가 아닌 투자자의 자회사나 기타 관련자가 체결한 계약도 포함되는지 여부이다. 위반 행위가 국가의 공적인 주권적 행위이어야 우산 조항이 적용되는지 여부도 쟁점이 되고 있다. 계약에는 대개 분쟁해결 조항이 포함되어 있다. 우산 조항 위반 시비가 제기된 경우 해당 투자 계약의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 투자협정의 위반을 구성하였으므로 투자협정의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지도 우산 조항과 관련되는 쟁점이다.

지금까지의 투자 분쟁 판례는 일부 쟁점에 대해서는 동일한 견해가 누적된 것도 있으나 상반된 판정이 내려진 경우도 많아 위에 열거한 모든 쟁점에 대해 적용할 수 있는 일반적인 원칙은 아직 수립되어 있지 않다. 각 사안의 내용과 맥락, 근거가 되는 투자협정의 내용에 따라 판정이 달라질 수 있다.

107] 2(4) Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an investor of the other Contracting Party with regard to his or her investment.



제기된 우산 조항과 관련된 쟁점별로 ICSID 중재 판정부의 견해는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29)에 종합하여 기재하여 두었다.

3) 공정·공평 대우

이 사건에서 심리된 투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반 시비는 투자 분쟁에서 흔히 제기되는 대표적인 이슈 중의 하나이다. 이에 관한 ICSID 판례를 종합한 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록하였다.



34

AIG Capital vs. Kazakhstan 사건(ARB/01/6)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 카자흐스탄 알마티 내 고급 주택 단지 건설 사업 허가를 취소하고 부지를 몰수한 카자흐스탄 당국의 조치가 투자협정에 위반되는 수용에 상당한 조치에 해당한다고 판정된 사건이다.

청구인 AIG Capital Partners Inc.는 미국 투자 회사이고(이하 AIG) 청구인 Tema Real Estate Co.는 AIG가 카자흐스탄 수도 알마티에 고급 주택 단지 건설 사업(Crystal Air Village)을 진행하기 위해 설립한 카자흐스탄 현지 법인이다. 1999년 Tema는 사업 부지를 매입, 1999년 12월 카자흐스탄 투자청으로부터 투자 인가를 받았다. Tema는 건축 설계 회사에 설계 용역을 발주하고 광고 대행 계약도 별도 회사와 체결하는 등 사업 시행 준비를 하고 있던 중 2000년 2월 해당 부지가 국가 공공 목적에 필요하여 사업 허가를 취소한다는 구두 통보를 받았다. 2000년 3월 2일 AIG, Tema와 면담한 알마티 시장은 해당 부지를 판매한 것은 실수였으며 청구인은 부지 내 주택을 건설할 수 없고 이 결정은 정부 최고위층의 지시에 의한 것이므로 항변할 수 없으니 주정부가 제공하는 대체 부지에 주택 단지를 건설하라고 제안 받았다. 청구인이 이 제안을 거절하자 17일 시 당국은 별도 보상은 언급 없이 사업부지 이전 명령을 내렸으며 20일에는 건설 허가를 취소하였다. 2000년 4월에는 시 건설국은 사업부지 내 공사 중지를 명령하였고 2001년 2월 시 당국은 사업 부지를 몰수하였다. 5월 이후 청구인은 해당 부지에서 완전히 철수하였다.

청구인은 알마티 시 당국의 조치는 보상 없는 수용을 금지한 미국-카자흐스탄 투자협정 III(1)조 위반이라고 주장하며 2001년 3월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

판정부는 관련 사실과 증거가 명료하여 청구인의 투자가 수용에 상당한 조치에 의해 직접,



간접적으로 수용되었다는 점이 입증된다고 판단하였다. 2001년 5월 청구인이 물리적으로 강제적으로 사업 부지에서 퇴출당한 후 청구인의 사업부지 소유권은 사실상 쓸모없게 되었으며 청구인이 해당 부지를 경제적으로 실질적으로 사용할 기회는 돌이킬 수 없게 상실되었다고 확인하였다. 판정부는 카자흐스탄의 조치는 자국법에 따른 수용 절차도 준수하지 않은 것이며 알마티 시장이 제의한 대체 부지는 합당한 보상이 될 수 없다고 판정하였다. 청구인이 대체 부지 제안을 접수할 의무도 없으며 대체 부지를 인수하는 것이 카자흐스탄의 관련 절차와도 합치되지 않고 원 사업 부지는 사업의 내용과 불가분하게 연결되어 있는 절대적인 요건이라는 점과 수용에 대한 보상은 자유롭게 유통되는 통화로 산정토록 투자협정에 규정되어 있다는 점을 판정부는 근거로 제시하였다. 판정부는 청구인의 투자가 수용 당했다고 판정하고 카자흐스탄에게 356만불을 변상하라고 판정하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건 사업 부지는 알마티 시 대통령 주거 지역 인근에 위치했었다. 청구인은 당시 대통령 및 측근이 알마티 시내 요충지에 위치한 사업 부지를 강탈하기 위해 획책한 것이라고 의심하였고 실제 심리 과정 중에 이를 주장하였으나 판정부는 제출된 자료와 증거, 증언으로는 이를 인정하기 어렵다고 하였다. 카자흐스탄 대통령 또는 그 일가가 배후에서 외국인 투자를 강탈하기 위해 카자흐스탄 정부 부처를 통제, 지시했을 것으로 의심되는 사건은 이 외에도 *Rumeli vs. Kazakhstan* 사건(ARB/05/16)이 있다. 카자흐스탄의 조치가 자신의 재산을 탈취하기 위해 카자흐스탄 대통령 일가가 배후에서 지시, 조정한 것이라는 청구인의 주장에 대해 이 사건 판정부는 정황상의 개연성은 인정하면서도 이를 판시하기 위해서는 고도의 입증 요건을 적용해야 하나 제출된 정황상의 추정 근거만으로는 이를 사실로 확인하기는 어렵다고 판단하였다.

이 사건에서 심리된 직접 수용에 대해서는 *Gemplus & Talsud vs. Mexico* 사건(ARB/(AF)/04/3) 간접 수용에 대해서는 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB08/18)에 종합 해설이 수록되어 있다.



35

MTD Equity vs. Chile 사건(ARB/01/7)

가. 사건 개요

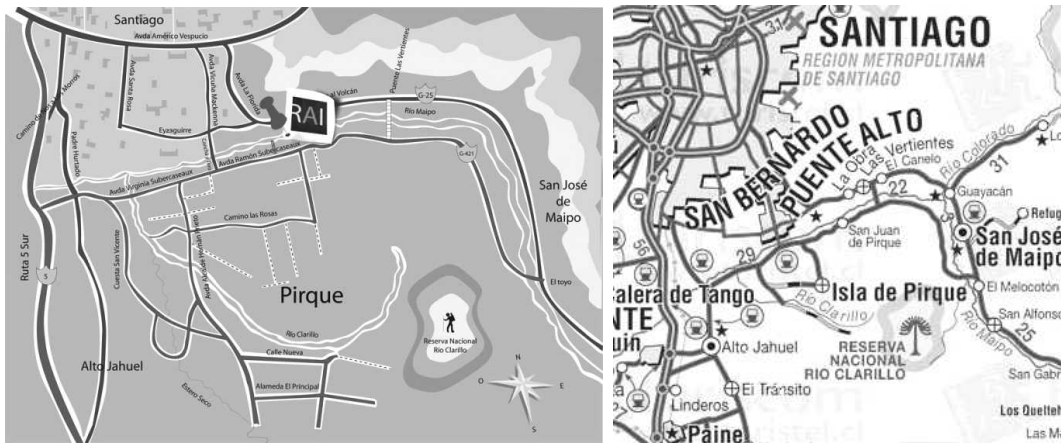
이 사건은 도시 개발 사업 시행을 위해 투자 유치국의 농지를 구입한 청구인이 토지 형질 변경 등 사업 수행에 필요한 허가 절차가 투자 유치국의 당초 약속과 달리 진행되지 않아 공정·공평 대우 의무 위반 등의 시비를 제기한 사건이다.

청구인 MTD Equity는 말레이시아의 투자 회사이고 청구인 MTD Chile는 MTD Equity가 칠레 내 투자 사업 진행을 위해 설립한 현지 법인이다. MTD는 산티아고 교외 Pirque마을에 신도시 건설 사업을 추진하기 위해 1996년 12월 칠레 투자청의 투자 승인을 조건으로 토지 소유주와 잠정 계약을 체결하였다. 해당 토지를 2단계에 걸쳐 개발하기로 하고 시행사 EPSA를 설립하여 MTD가 51% 지분을 갖기로 하였다. 잠정 계약 전에 MTD 관계자가 사업성을 검토하기 위해 칠레를 방문하였는데 토지 소유주는 토지를 농지에서 택지로 형질 변경을 해야 개발이 가능하나 외국인 투자만 유치하면 형질 변경 승인은 신속하게 이루어질 것이라고 언급하였다고 한다. 칠레에 따르면 1996년 11월에 MTD 대표자, 칠레 주택도시부 장관, 지역개발청장이 참석한 회의에서 칠레측은 해당 지구가 개발 제한 구역이라 토지 형질 변경이 쉽지 않을 것이라는 점을 MTD측에 상세히 설명하였다고 한다. 중재 당시 청구인은 이 모임 자체를 부인하였다.

1997년 3월 칠레 투자청은 MTD 투자 계획을 승인하였고 MTD와의 투자 계약을 체결하였다. MTD가 해당 토지에 소규모 자족 도시를 건설하는 사업이었다. MTD는 2000만불을 투입하였다. 해당 토지 형질 변경은 해당 지자체의 건의를 거쳐 칠레 주택도시부의 최종 승인을 받아야 했는데 산티아고 도시 개발 계획에 해당 지구는 도시 환경 보존을 위한 개발 제한 구역으로 지정되어 있어서 산티아고 도시 개발 계획을 먼저 수정하지 않는 한 토지 형질 변경을 승인할 수 없는 상황이었다. 이 후 수년간 MTD는 토지 형질 변경을 위해 칠레 당국과 지리하고 복잡한 협상 과정을 거쳤으나 결국은 실패하였다. 투자 계약을 체결한 투자청도 자신의 권한은 외국인 투자 자금의 유입을 승인하는 것일 뿐 투자 이후의 행정 사무 처리는 없다고 물러섰고 1998년 12월 주택도시부는 해당 사업 계획을 기각한다는 보도 자료를 배포하기도 하였다.



이후에도 양자간 협의가 진행되기는 하였으나 진전이 없자 MTD는 칠레 당국의 조치는 공정하고 공평한 대우 및 비합리적, 비차별적 대우 금지 의무에 해당한다고 주장하고 말레이시아-칠레 투자협정에 근거하여 2001년 6월 ICSID에 중재를 신청하였다.



| 청구인 MTD의 사업 부지 Pirque 마을 위치 |

나. 주요 쟁점

1) 공정·공평 대우

최대 쟁점은 청구인의 투자 결정전에 해당 지구 개발이 어려울 것이라는 점이 충분히 고지되었는지 여부였다. 청구인은 개발이 곤란한 지역에 대한 투자를 칠레 투자청이 승인하여 놓고 실제 투자가 이루어진 후 국내 정책상의 이유로 당초 투자 사업의 진행에 필요한 조치를 취하지 않는 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 적법하고 정당하게 해당 사업을 추진할 수 있으리라는 청구인의 정당한 기대를 훼손하였다는 것이다. 칠레는 산티아고 도시 개발 계획 수정이 이루어지지 않는 한 해당 지구 개발 사업은 곤란하다는 점을 1996년 11월 회합에서 충분히 MTD측에 고지하였으며 MTD 역시 투자자로서의 정당한 주의를 기울여 해당 지구 개발을 위한 형질 변경의 가능성과 절차에 대해 신중히 검토했어야 한다고 반박하였다. 투자청은 해외 자금 유입에 대한 승인을 담당하는 곳이지 투자 실행을 위한 행정 조치를 약속하거나 담보하는 권한은 없다고 주장하였다.



중재 판정부는 1996년 11월 회합 존부에 대한 양측의 이견 대립이 있고 관련된 자료나 증거로 판정부가 회합의 존부와 논의 내용을 확인하기는 어려우므로 이후 양측의 행동 양태를 살펴 상황을 분석하기로 하였다. 판정부는 칠레 당국의 11월 이후의 행동과 상황 진전은 해당 사업의 사업성에 대한 심각한 경고를 MTD측에 전달했다는 주장과 합치되지 않는다고 보았다. 말레이시아 총리의 칠레 방문 시 해당 사업이 거론되었고 기타 MTD와 칠레 당국 간의 연락과 후속 협의가 계속 진행되었으며 불과 수개월 후 투자청과의 투자 계약이 체결되었는데 만일 사업성에 대한 경고가 전달되었다면 MTD가 이와 같이 투자 실행을 위한 수순을 신속하게 진행할 리는 없었을 것이라고 추론하였다. 만일 11월 회합에서 MTD가 해당 사업에 대한 우려를 전달받았다면 곧바로 12월 해당 토지 소유주와 잠정 계약을 체결한 것도 이해되지 않는다고 보았다. 좀 더 관련 내용을 파악하거나 다른 토지를 모색했을 것이 상식에 부합한다고 본 것이다. 칠레 해당 부처 장관으로부터 부정적인 언급을 들은 직후 12월에 MTD가 해당 사업 추진을 위해 투자청에 투자 승인을 신청한 것도 앞뒤가 맞지 않는다고 지적했다(판정문 150-159).

청구인은 투자청의 투자 승인은 해당 사업에 대한 투자를 승인하는 것이며 해당 지구 개발권을 부여한 것으로 이해했다고 주장하고 시행이 불가능한 사업임을 알고서 승인한 칠레 당국을 비난하였다. 투자청의 승인은 유관 부처 각료가 참석하는 위원회에서 과반수 찬성으로 이루어진다. 판정부는 각료가 참석 사실 자체가 위원회의 권한과 기능의 중요성을 입증하는 것이며 해당 투자와 관련된 사항이 최고위층에서 조율된다고 보는 것이 타당하다고 판단하였다. 판정부는 특정 지역 개발 사업에 대한 투자가 관련 부처의 각료가 참석하는 위원회에서 승인된 것 자체가 해당 사업이 규제 측면에서는 진행 가능하다는 일차적인(*prima facie*) 기대를 부여한 것이라고 보았다. 판정부는 의견을 조율할 법적인 기제를 칠레가 보유하고 있는 상황에서 동일 사업에 대한 칠레 관련 당국의 일관되지 않는 행위(투자 승인 및 형질 변경 기각)에 주목하였다. 이는 투자 결정을 하기 전에 청구인이 투자자로서 신중하고 책임있게 행동했어야 하는 문제와는 다른 문제라고 지적하였다. 판정부는 기존 도시 개발 계획에 어긋나는 개발 사업에 대한 투자를 투자청이 승인한 것은 투자자를 공정하고 공평하게 대우하라는 의무를 위반한 것이라고 판정하였다. 1996년 11월 회합 존부는 이러한 판정에 영향을 미치지 않는다고 추가하였다.

칠레는 청구인이 초보적인 주의만 기울였어도 도시 개발 계획 상 개발이 제한되어 있고 이를 변경하기 위한 승인이 매우 곤란하다는 점을 쉽게 알 수 있었을 것이라고 지적하며 투자자의 책임을 거론하였다(160-166). 판정부는 투자 계약 체결 직전까지 청구인이 도시 개발 전문가와



상의한 적이 없는 점, 해당 토지 가액을 (개발 제한이 없는) 동일 면적의 여타 토지 가액에 근거하여 산정한 점, 형질 변경 승인은 요식 행위라는 토지 소유자의 언급의 진위를 확인하려는 시도가 없었던 점, 토지 매입 금액을 선 지불한 점 등을 지적하고 투자협정은 사업 위험에 대한 보험이 아니므로 청구인도 그 자신의 행동의 결과에 일정 부분 책임이 있다고 판정하였다(175-178). 청구인도 정당한 주의 의무를 다하지 않은 점을 감안하여 칠레로 하여금 청구인 투자 금액 2000만불보다 훨씬 작은 600만불을 보상하라고 판정하였다.

2) 차별 대우 및 허가 부여 의무

청구인은 칠레가 산티아고 북부의 대규모 부동산 개발 사업을 위해 산티아고 도시 개발 계획을 일부 수정하였으면서도 이 사건 해당 지구 개발을 위한 동 계획 수정 및 형질 변경 승인을 기각하는 것은 비합리적, 차별적 조치로서 투자협정 위반이라고 주장하였으나 판정부는 두 사업의 내용과 경위, 조건의 차이에 대한 칠레의 설명이 타당성이 있다고 보고 북부 지역 개발을 위한 도시 계획 변경이 반드시 이 사건 해당 지구 개발을 위한 도시 계획 변경을 정당화하는 것은 아니라고 보고 청구인의 차별 대우 주장을 기각하였다(190-196).

크로아티아-칠레 투자협정 3(2)조는 계약국은 영토 내에 투자를 접수하였을 경우 필요한 허가를 관련 법령에 의거하여 발부해야 한다고 규정하고 있다. 말레이시아-칠레 투자협정에는 없는 규정이다. 청구인은 말레이시아-칠레 투자협정의 최혜국대우 조항을 원용하여 이 3(2)조를 이 사건에 적용할 수 있으며 따라서 칠레는 청구인에게 사업 지구 개발 허가를 부여해야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 관계 법령에 의거하여 발부해야 할 허가와의 관계 법령의 변경을 필요로 하는 행동은 차이가 있다고 언급하고 허가 신청이 관련 법령 요건에 부합하면 동 허가를 부여하라는 것이 3(2)조 취지이지 이 조항이 투자자에게 투자 유치국의 규제 체제(normative framework)변경 자격을 부여한 것은 아니라고 설명하였다. 이 사건에서 해당 지구 개발은 산티아고 도시 개발 계획이라는 규제 체제 변경을 필요로 하는 것이며 규제는 변경할 수 있지만 동 3(2)조에 의해 투자자에 부과된 권한이 아니라 투자 유치국의 주권적인 권한에 의해 이루어지는 것이라고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(204-206).



다. 평가 및 해설

1) 최혜국대우 조항을 이용한 타 협정 조항 차용

투자 분쟁에서 최혜국대우 조항이 쟁점이 되는 경우 중의 하나는 최혜국대우 조항을 이용하여 타 투자협정에 기재되어 있는 조항을 차용하여 시비가 된 사건에 적용할 수 있는지 여부이다. 이러한 타 협정 조항 차용 시도는 차용하려는 조항의 성격에 따라 실질 조항 차용과 절차 조항 차용으로 나눌 수 있다. 실질 조항 차용은 투자자 보호와 직접적으로 관련되는 실질적인 보호 조항(공정·공평 대우 등)을 차용하려는 것이고 절차 조항 차용은 가장 대표적인 것이 타 협정의 분쟁해결 조항을 차용하여 분쟁 당사자 간 투자협정의 분쟁해결 조항을 대체하려는 것이다.

실체적 조항의 차용에서 주로 제기되어 온 쟁점은 우산 조항의 차용 가능 여부, 정의 조항의 차용 가능 여부, 기타 실체 권리 조항 적용 가능 여부로 나눌 수 있다. 이 사건은 기타 실체적 권리에 관한 조항이 문제된 사건으로서 이와 유사한 사례로는 *AAPL vs. Sri Lanka* 사건(ARB/87/3)이 있다. 스리랑카 정규군과 반군 간의 교전으로 인해 피해로 본 청구인은 전쟁이나 사회 혼란 등을 이유로 한 투자 유치국의 면책 규정이 기재되어 있지 않은 스위스-스리랑카 투자협정을 원용하여 스리랑카의 책임을 확보하려고 하였다. 중재 판정부는 청구인의 주장은 스위스-스리랑카 투자협정의 투자자 보호 기준이 일반적인 국제법상의 보호 수준(최소 기준)보다 더 엄격한 책임 수준을 상정하고 있다는 것인데 스위스-스리랑카 투자협정이 일반적인 국제법상의 원칙을 버리고 엄격한 책임이라는 기준을 채택하였다고 볼 근거가 없다고 실시하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 54).

위의 판례와 달리 최혜국대우 조항을 통해 타 투자협정의 공정하고 공평한 대우 조항을 도입해 올 수 있다고 판정한 판례로는 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)이 있다. 이 사건에서 터키-파키스탄 투자협정은 본문 조항에 최혜국대우는 있었지만 공정하고 공평한 대우 조항은 없었다. 다만 서문에서 공정하고 공평한 대우가 안정적인 투자 환경 유지와 경제적 자원의 효과적인 사용을 위해 바람직하다고 원론적으로 서술되어 있었다. 이 사건 중재 판정부는 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 공정·공평 대우 조항을 적용할 수 있다는 견해를 표명하였다. 비록 본문에 의무 조항으로 기재되어 있지 않더라도 협정의 대상과 목적, 전체적인 맥락상 최혜국대우를 원용하여 최혜국대우를 도입할 수 있다는 것이다. 해당 계약국은 공정·공평 대우의 중요성을 분명히 의도하고 있었으며 비록 본문에는 명기되어 있지 않지만 공정·공평 대우를 도입할 수 있다고 최혜국대우 조항을 해석하는 것이 서문에 합당하다고 판단하였다¹⁰⁸⁾.



이외에도 *ADF vs. USA* 사건(ARB(AF)/00/1), *ATA vs. Jordan* 사건 (ARB/08/2) 판정부가 위와 같은 취지로 판정하였다.

최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 조항을 차용하는 문제에 관한 ICSID 중재 판례를 종합한 해설은 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건 (ARB/09/1)에 수록하였다.

2) 정당한 기대

이 사건에서 심리된 투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반 시비는 투자 분쟁에서 흔히 제기되는 대표적인 이슈 중의 하나이다. 이에 관한 ICSID 판례를 종합한 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록하였다.

108] [t]he fact that the States parties to the Treaty clearly contemplated the importance of the FET rather suggests the contrary. Indeed, even though it does not establish an operative obligation, the preamble is relevant for the interpretation of the MFN clause……. [*Bayindir vs. Pakistan* para. 155]



36

CMS vs. Argentina 사건(ARB/01/8)

가. 사건 개요

이 사건은 아르헨티나 정부가 외환 위기로 인해 가스 공급 업체와의 계약 조건을 준수하지 못한 것이 공정·공평 대우 의무 위반, 수용 금지 위반, 우산 조항 위반, 안보상 예외에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다. 중재 판정부의 판정 일부가 후에 특별 위원회에 의해 무효화된 사건이기도 하다.

청구인 CMS Gas Transmission 사는 미국 회사로서 1995년 아르헨티나의 가스 운송 회사 TGN(Transportadora de Gas del Norte)의 지분 30%를 인수하여 미국-아르헨티나 투자협정상의 투자자가 되었다. 1995년 당시 TGN은 아르헨티나 정부와 35년간의 가스 운송 계약을 체결한 상태였는데 기간별로 청구 비용은 미국 달러로 산정하고 해당 기간의 지배적인 환율에 따라 폐소로 환산하여 수령하기로 하였다. 아르헨티나의 인플레이를 감안하여 매 6개월마다 가스 가격을 조정하기로 하였다. 그러나 인플레이가 통제 불가능할 정도로 극심해지자 아르헨티나 정부는 가스 가격을 달러로 산정하고 주기적으로 가스 가격을 조정해야 하는 계약상의 의무를 이행하지 않았다. 이로 인해 TGN의 수익과 회사 가치가 급락하였다.

투자자인 CMS는 아르헨티나의 이러한 조치는 미국-아르헨티나 투자협정의 수용 금지 의무 위반, 공정하고 공평한 대우 의무 위반, 자의적이고 차별적인 조치, 우산 조항 위반이라고 주장하고 2001년 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 인적 관할권

아르헨티나는 CMS의 당사자 자격(*jus standi*)에 대해 의문을 제기하였다. 주주가 해당 회사와 독립하여 중재를 청구할 수 있는지와 CMS의 중재 신청이 투자로부터 직접 발생(*arise directly from the investment*)한 것인지 불투명하다고 주장하였다. 판정부는 현재의 국제법이나 ICSID



협약은 주주가 해당 회사와는 별도로 독자적으로(independently) 중재를 청구하지 못하도록 제한하고 있지 않으며 이 사건은 CMS의 투자로부터 직접 발생한 것이므로 CMS의 당사자 적격이 인정된다고 보았다(판정문 508).

아르헨티나는 2005년 8월 원 판정의 취소를 청구하였다. 취소 사유 중 CMS의 당사자 적격 판정이 포함되어 있었다. 아르헨티나는 CMS가 침해되었다고 주장하는 권리는 TGN에 속한 권리이며 회사가 입은 손실에 대해 주주의 중재 청구를 받아들인 것은 원 판정부가 권한을 초과한 것이라고 주장하였다. 원 판정부는 주주로서의 권리에 관련된 투자 분쟁에만 관할권이 있을 뿐이며 가스 가격 제도 변경은 TGN의 권리라는 입장이다.

특별 위원회는 아르헨티나의 주장을 기각하였다. 원 판정부가 이용할 수 있는 관할권 유무 판정의 법적 근거는 ICSID 협약과 미국-아르헨티나 투자협정인바 ICSID 협약 25(1)조는 투자에 대해 따로 정의하지 않았고 양자 투자협정은 I조¹⁰⁹⁾에서 투자의 범위에 회사의 지분을 명백히 포함하고 있다고 제시하였다. 양자 투자협정은 투자자가 해당 회사의 주식 대부분을 소유해야 한다는 언급도 없으므로 소주주의 투자도 양자 투자협정의 보호 대상이 되는 투자라고 지적하고 CMS는 양자 투자협정상의 투자자에 해당되므로 분쟁 당사자 적격이 있다고 판시한 원 판정부가 권한을 초과하지 않았다고 판시하였다(취소 결정문 71-76).

2) 수용

판정부는 아르헨티나 정부의 조치가 수용에 해당한다는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다. TGN에 대한 완전한 지배와 소유권이 아르헨티나 정부의 조치에 의해 박탈되지 않았다는 점을 근거로 들었다.

3) 공정하고 공평한 대우

판정부는 아르헨티나 정부의 조치는 투자 결정의 핵심적인 고려 사항이었던 투자 당시의 법적, 영업적인 환경을 완전히 변화¹¹⁰⁾시켰으며 이는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에

109] I. 'investment' means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as

i)

ii) A company or shares of stocks or other interests in a company or interests in the assets thereof

110] The measures that are complained of did in fact transform and alter the legal and business environment under which the investment was decided and made(award para. 274).



해당한다고 판시하였다(281).

취소 심리에서 아르헨티나는 원 판정은 투자자는 투자 유치국의 경제가 전면적으로 안정 상태에 있을 것이라고 합법적으로 기대할 수 있다는 가정에 기반하고 있으나 이러한 가정은 비합리적이고 왜 그러한지 설명되지도 않았다고 비난하였다. 원 판정은 아르헨티나가 공공 이익을 위해 취할 수 있는 합법적인 규제 권한도 인정하지 않았으며 문제가 되는 아르헨티나의 조치가 당시의 긴급 상황에서 정당했는지 여부를 주의 깊게 검토하지도 않았다고 주장하였다. 그 결과 최소 기준 대우의 원칙적인 입장을 천명하는 투자협정 II(2)조¹¹¹⁾를 엄격한 책임 조항으로 변경시켰으며 이는 권한을 초과한 것이므로 무효라고 주장하였다(78-79)

특별 위원회는 아르헨티나의 주장을 받아들이지 않았다. 공정·공평 대우의 기준에 대해 어느 투자협정도 명확히 규정하고 있지 않은 상황에서 원 판정부는 안정적인 법적, 영업 환경이 공정·공평 대우의 핵심이라고 보았고 이는 불가피하게 안정성과 예측 가능성과 분리되지 않는다고 판단한 것이라고 특별 위원회는 설명하였다. 제출된 자료와 기록상 원 판정부가 아르헨티나 정부의 조치의 불가피성, 합법성, 내용 등을 당시 아르헨티나 상황과 투자자의 입장에 비추어 검토한 점도 인정된다고 보았다. 특별 위원회는 관련 조항에 대한 원 판정부의 해석과 사실 관계의 검토가 적정한 것인지에 대해서는 시비할 관할권이 없으며 위와 같은 원 판정의 심리 과정을 볼 때 원 판정부가 권한을 초과하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다(81-85).

4) 우산 조항

미국-아르헨티나 투자협정에는 투자자와 국가(국가기관)과의 계약 위반을 투자협정 위반으로 의제하는 우산 조항이 포함되어 있었다(II(2)(c)조¹¹²⁾). 청구인은 투자 당시의 법령과 계약상의 약속을 파기하였으며 이는 우산 조항 위반에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 청구인의 주장을 수용하여 구체적으로 당해 투자에 부합하는 법령상의, 계약상의 의무가 파기되고 투자협정의 보호 수준 위반에 이르게 되었으며 우산 조항 위반에 해당한다고 판정하였다(303).

취소 심리에서 아르헨티나는 아르헨티나 정부나 정부 기관 어디도 CMS에 대해 투자협정 이상의 의무를 부담한 적이 없다고 주장하고 원 판정부가 우산 조항 위반을 인정한 것은 판정 무효 사유인 권한 초과에 해당한다고 주장하였다. 특별 위원회는 아르헨티나의 주장을 수용하였다.

111) II(2) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

112) III(2)(c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment



특별 위원회는 원 판정부가 투자협정 II(2)(c)조를 아래와 같이 지나치게 확대 해석했다고 보았다.

- 우산 조항은 투자협정과 별도로 독립된 상호 합의된 의무(consensual obligation)을 말하며 따라서 투자와 관계된 당사자간의 특정성 있는 의무임.
- 합의된 의무는 불특정인에게 적용되는 것이 아니라 특정인에게 적용되고 의무의 이행은 의무 부담자(obligor)와 의무 요구자(oblige) 간에 발생하는 것임.
- 주주는 투자한 회사의 권리를 위해 독자적으로 중재 청구할 수는 있지만 해당 회사가 합의한 의무를 구속되는 것이 아님.
- 우산 조항을 확대 해석하면 ICSID 협약 25(2)(b)조가 유명무실하게 됨.

특별 위원회는 원 판정부의 우산 조항 위반 판결은 정확한 이유를 설명하지 않은 것이므로 취소해야 한다고 판시하였다(취소 결정문 95-97).

5) 안보상 예외(긴급 피난)

아르헨티나는 투자협정 위반이 인정될 경우에 대비하여 아르헨티나의 조치는 당시의 비상 상황상 책임에서 면제된다고 주장하였다. 아르헨티나는 비상 상황시의 면책 근거로 국제 관습법과 투자협정 XI조¹¹³⁾를 제시하였다. 중재 판정부는 비상 사태시의 국가 책임 면제 여부를 판단하기 위한 근거 중의 하나로 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 25조(긴급 피난)¹¹⁴⁾를 이용하였다. 이 조항은 국가 책임 면제가 인정되기 위해서는 당시 상황이 심각하고 긴급한 위험(grave and imminent peril)해야 하고 상황 발생에 국가의 책임이 없어야 한다고 규정하고 있다.

중재 판정부는 아르헨티나의 당시 경제 상황의 심각성은 인정하였으나 경제, 사회가 붕괴될

113] XI. This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

114] Article 25 Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 (b) the State has contributed to the situation of necessity.



정도는 아니었으며 아르헨티나 정부의 정책적인 과실에도 사태 발생의 일부 책임이 있다고 보고 국가 책임을 면제할 정도로 국제 관습법상의 요건이 충족되지는 않았다고 판정했다. 투자협정 XI조에 경제 위기가 해당되기는 하나 경제 위기가 안보상의 위기에 해당하는지 그 심각성 정도에 대해 평가해야 한다고 보았다.

최소 심리에서 아르헨티나는 투자협정 XI조와 국가 책임 초안은 법률상 별개인데도 불구하고 충분한 설명 없이 협정상 요건을 초안상의 요건과 융합하는 심각한 오류를 범했다고 주장하였다. 특별 위원회는 원 판정부의 논리는 투자협정 XI조가 원용된 특정 조치가 국가 책임을 면제할 정도의 심각성이 있는지 검토해야 하며 이를 위해 국가 책임 초안 25조의 요건이 기준이 될 수 있다는 것으로 보인다고 판단했다. 원 판정부가 좀 더 명확하게 논리를 전개할 수 있었다는 아쉬움은 있으나 판정을 무효화할 정도로 설명을 하지 않았다고 볼 수는 없다고 판시하였다(최소 결정문 123-127).

특별 위원회는 투자협정 XI조는 국가 안보와 공공질서 유지를 위해 필요한 조치에 대한 조항이고 국가 책임 초안 25조는 책임성이 면제되는 조건에 관한 규정이므로 그 운영과 내용에 있어 상이하므로 원 판정부는 양자 간의 관계, 본안 사건에의 적용 가능성 등에 대해 심리하였어야 하나 이를 생략하고 두 조항을 동일한 지위에 있다고 간주하는 오류를 범했다고 보았다(130-131). 투자협정 XI조는 본안 사건에 있어 국가 책임 초안 25조보다 특별법(*lex specialis*)에 있으며 본안 사건이 투자협정의 위반을 다투는 것이므로 원 판정부는 우선 해당 조치의 투자협정의 위반 여부를 살핀 후 그 위반이 XI조에 합당한 조치인지 보아야 했으며, 해당 조치가 투자협정과 합치되지 않는다고 결정한 후에야 아르헨티나의 국가 책임성이 면제되는지 여부를 초안 25조에 비추어 판단했어야 한다고 설명하였다. 특별 위원회는 원 판정부가 XI조의 요건이 충족되는지 조사하지 않았고 그 결과 아르헨티나의 해당 조치의 투자협정 위반 여부를 외관상(*prima facie*)으로도 판단하지 않았다고 보았다. 만일 특별 위원회가 상급심이라면 원 판정을 이 관점에서 재고했을 것이라고 첨언하였다(134-135). 그러나 ICSID 협약 52조에 명시된 특별 위원회의 권한상 자신의 견해로 원 판정부의 견해를 대신할 수 없고 사실에 대한 평가 역시 대체할 수 없다는 한계를 언급하였다. 특별 위원회는 비록 원 판정부가 투자협정 XI조를 결합있게 적용하기는 하였으나 적용하기는 하였으므로 권한을 초과하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다(136).



다. 평가 및 해설

1) 우산 조항

우산 조항에 대한 이 사건 판정부의 견해는 *Enron vs. Argentina*, *LG & E vs. Argentina*, *Micula vs. Romania*, *Philip Morris vs. Uruguay* 사건 판정부의 견해와 대동소이하다. 우산 조항의 적용 대상이 비단 투자 계약에 국한되지는 않고 법령상의 의무도 해당된다는 것이다. 이 사건 판정을 취소한 특별 위원회의 결정은 우산 조항이 계약에만 배타적으로 적용된다는 것은 아니다. 만일 그러한 의미였다면 위에 나열한 후속 사건 판정부가 이 사건 판정부 견해를 반복하지는 않았을 것이다. 특별 위원회의 입장은 왜 우산 조항이 계약이 아니라 법령상의 약속까지 포함하는 것인지 이 사건 판정부의 설명이 부족하다는 것이었다. 우산 조항의 의의 및 각 쟁점 별 ICSID 판정부의 견해는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 설명에 종합하여 기록하여 두었다.

2) 안보상 예외(긴급 피난)

이 사건은 2001년 아르헨티나 경제 위기 시 채택한 아르헨티나의 비상 조치에 대해 시비한 10개 사건 중 *Sempra vs. Argentina* 사건과 더불어 특별 위원회에 원 판정 취소가 청구된 사건이다. *Sempra* 사건 원 판정은 취소되었으나 이 사건 판정은 부실하다고 질책은 받았지만 취소되지는 않았다. 이 사건 판정이 질책받은 오류는 별개의 조항인 국제법 위원회의 국가 책임 초안 25조 긴급 피난(necessity) 요건을 XI조 해석에 별다른 이유 없이 이용하였다는 것이다. 하지만 XI조 적용 가능성 여부를 판단하기 위해 25조 요건 충족 여부를 먼저 살핀 것은 *Enron vs. Argentina* 사건 판정부의 입장을 추종한 것이다. 비록 특별 위원회에서 지적받거나 심지어 취소되기도 하였지만 안보상 예외 조항 적용 가능성을 국가 책임 초안 25조에 비추어 판단하는 관행은 이후의 아르헨티나 경제 위기 사건에서 계속 견지되어 왔다.

이 사건 외에 여타의 아르헨티나 경제 위기 관련 사건에 대한 ICSID 중재 판정은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 해설에 종합하여 수록하였다.

3) 판정 취소

ICSID 중재 판정은 취소될 수 있다. 그러나 이는 상소할 수 있다는 것을 의미하지 않는



중재는 그 개념상 판정에 승복할 것을 조건으로 하는 당사자 간 분쟁해결 방식이다. ICSID 협약 53조¹¹⁵⁾도 판정은 구속적이며 상소할 수 없다고 규정하고 있다. 다만 ICSID 협약은 예외적인 경우 판정의 전부 일부를 취소할 수 있는 절차를 갖추고 있다. 분쟁 당사자는 판정 발표 후 120일 이내에 아래 4개 사항을 이유로 판정 취소를 사무총장에게 신청할 수 있다.

- 중재 판정부 구성의 부적절
- 중재 판정부의 명백한 권한 초과
- 중재인의 부정
- 절차 규칙의 심각한 일탈
- 판단의 근거가 되는 이유 불설명

중재인의 부정을 이유로 하는 취소 청구는 부정 사실 인지 후 120일 이내에 할 수 있으나 판정 발표 후 3년이 지나서는 청구할 수 없다. 취소 청구가 접수되면 행정이사회 의장(세계은행 총재 겸임)은 중재위원단 중에서 3명의 중재인을 지명하여 특별 위원회를 구성한다. 중재 위원단은 ICSID 협약 체결국이 최대 4명까지 명단을 통보한 중재인 후보군을 말한다. 원 중재인, 분쟁 당사국 국적자, 분쟁 당사국 지명자는 특별 위원회 중재인으로 지명될 수 없으며 중재인의 국적은 모두 달라야 한다. 특별 위원회는 원 판정이 위 취소 요건에 부합할 경우 원 판정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 특별 위원회는 심리 진행 중에 원 판정 결과 이행을 중단할 수 있으며 원 판정 취소시 분쟁 당사자는 새로운 판정부 구성을 요청할 수도 있다 (ICSID 협약 52조¹¹⁶⁾).

115] Article 53

(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention.

116] Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;
(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

(2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

(3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an *ad hoc* Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute



ICSID 중재 판정에서 원 판정 취소 청구는 빈번하게 발생한다. 대개는 판정부의 권한 초과와 판단 이유 불설명을 청구 원인으로 한다. 판정부 구성의 부적절이나 부정은 중재 판정 심리 중에 중재인을 제척할 수 있는 별도의 절차가 있으므로 이를 이유로 한 판정 취소 신청은 아직 제기된 바 없다.

or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

- (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply *mutatis mutandis* to proceedings before the Committee.
- (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.
- (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.



37

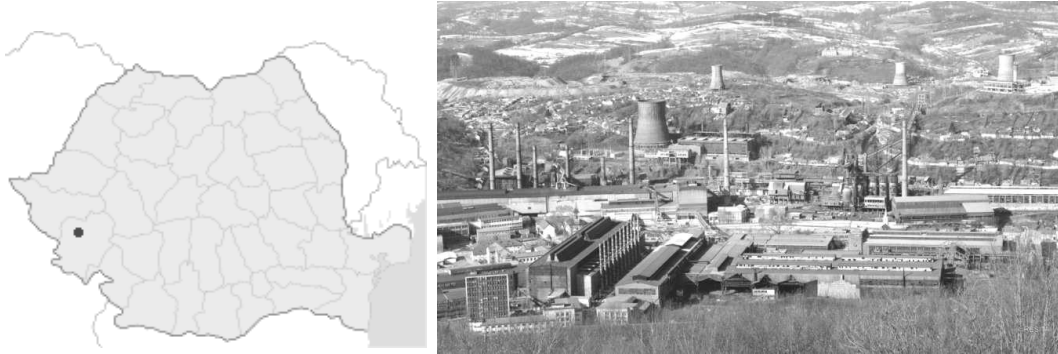
Noble Ventures vs. Romania 사건(ARB/01/11)

가. 사건 개요

이 사건은 루마니아 당국의 일정 행위가 청구인과 루마니아 당국 간에 체결된 철강 회사 지분 매매 약정과 투자협정 위반에 해당하는지 여부가 논란이 된 사건이다.

청구인 Noble Ventures Inc.는 미국 회사로서 2000년 8월 루마니아의 대규모 철강 회사 CSR(Combinat Siderurgica Resita)의 과반 지분을 매입하는 지분 인수 약정(SPA, Share Purchase Agreement)을 루마니아 국영 자산 민영화청(SOF, 후에 APAPS로 개편)과 체결하였다. CSR은 1771년부터 철강을 생산한 동유럽 굴지의 철강 회사로서 루마니아는 공산 정권 붕괴 후 시장 경제로의 전환 차원에서 CSR의 매각을 추진하였고 매각 당시 CSR은 시설 노후화는 물론 정부 유관 부처에 상당액의 채무가 있었다.

CSR이 200년 이상 가동된 대규모 철강 생산 단지였던 관계로 단지 내에는 오랜 기간 축적된 철강 생산 부산물, 폐기물이 쌓여 있는 곳이 많았다. 이 부산물, 폐기물은 현대 기술로 재처리하면 상당한 가치가 있는 금속을 추출할 수 있었다. 지분 인수 약정 체결 당시 민영화청은 루마니아의 한 기업과 추출 계약을 체결하였는데 청구인에게는 알리지 않아서 청구인은 계약 위반이라고 주장했다. CSR의 부채 변제 또는 탕감을 위해 민영화청은 채권자인 루마니아 관련 부처와 적극 협의하기로 하였는데 별다른 실적은 올리지 못하였다. 청구인은 이는 계약 위반이라고 주장했다. CSR이 실적 부진 속에 민영화가 되자 고용 불안을 느낀 직원들이 수시로 시위, 농성하였다. 청구인은 이는 투자자에 대한 보호 위반이라고 주장했다. CSR은 결국 감독관청의 요청에 의해 법원의 결정으로 법정 관리에 들어가게 되었는데 청구인은 투자협정 위반에 해당한다고 주장했다. 청구인은 루마니아가 증자를 통해 자신의 지분율을 낮춘 것, 법정 관리를 개시한 것은 수용에 해당한다고 주장하였다. 청구인은 이상의 시비를 가리기 위해 미국-루마니아 투자협정에 의거, 2001년 8월 ICSID 중재를 신청하였다.



| Combinat Siderurgica Resita의 위치 및 전경 |

나. 주요 쟁점

SPA상에는 체결일 당시 CSR이 개입된 상사 및 소유 관련 소송이 첨부 목록에 기재된 것 외에는 없다고 기재되어 있었다. CSR은 폐기물 활용 업자와 이전에 소송을 진행 중에 있었으나 SPA 체결 전후 소송이 상당 기간 동결된 상태여서 소송 목록에 기록하지는 않았다. 청구인은 이를 계약 위반이라고 시비하였으나 판정부는 체결일 당시 진행중인 활성화된 소송만 목록화하기로 합의한 것으로 이해되며 청구인도 매입자로서 매입 자산 실사 과정 중에 권리 의무 관계를 소상히 파악할 정당한 주의 의무를 다하지 못한 점이 인정된다고 하였다. 아울러 SPA의 주 내용은 CSR의 SOF의 지분 매입에 관한 것이지 CSR의 자산 측정에 관한 것이 아니라고 지적하고 청구인의 약정 위반 주장을 수용하지 않았다(판정문 100-116).

SPA에는 민영화청(SOF)이 CSR 채무 재조정시 일정액의 성공 보수를 받는다는 규정이 있었다. 청구인은 당초 이 규정이 채무 재조정을 달성한다는 의무 조항이고 이를 달성하지 못했으므로 계약 위반이라고 주장하였으나 심리 과정 중 채무 재조정을 위해 최선의 노력을 다한다는 의미라는 점은 인정하였고 그럼에도 불구하고 민영화청이 상응한 노력을 다하지 않았다고 주장하였다. 민영화청 SOF는 총선 후 정권이 교체되자 APAPS로 개편되었다. 판정부는 SOF가 채무 재조정을 위해 상당한 노력을 다하지 않은 점은 인정하였으나 설사 최선의 노력을 다했다 하더라도 채무 재조정의 복잡성과 심리 중에 확인된 채권 기관의 부정적인 자세 등에 비추어 해산되기 전까지(APAPS로 개편되기 전까지) 채무 재조정을 완수할 수가 없었다고 확인했다. SOF의 권리, 의무를 승계한 APAPS는 채무 재조정을 위한 다양한 노력을 경주해왔다고 인정하였고



청구인의 주장을 기각하였다(150-158).

청구인은 직원들의 시위, 농성 및 이로 인한 CSR의 재산 피해는 채무 재조정 실패가 원인이며 루마니아 당국이 시위 예방을 위한 정당한 주의(due diligence) 의무를 다하지 않았다고 주장하였으나 판정부는 루마니아의 책임성을 인정할 정도로 청구인이 입증하지 못했으며 만일 루마니아 당국이 정당한 주의 의무를 다했다면 주장하는 피해와 손실이 발생하지 않았을 것이라고 입증하지도 못했다고 지적하고 청구인의 주장을 받아들이지 않았다(164-166).

2001년 7월 CSR의 회생 가능성이 없자 루마니아 노동부와 복지부는 사법적인 조치를 요구하는 소송을 제기하였다. 법원은 CSR이 지급 불능 상태임을 선언하고 소송 종결 시까지 법정 관리 하에 두기로 하여 청구인의 경영권이 중지되었다. 청구인은 이는 수용을 염두에 둔 조치로서 공정-공평 대우 의무 위반이고 자의적, 차별적 조치라고 주장하였으나 판정부는 모두 기각하였다. 당시 CSR의 부실한 재무 상태와 다수의 직원을 고용하고 있는 점을 감안할 때 감독관청인 복지부와 노동부가 적절한 사전 조치를 취한 것이 투자협정 위반에 해당한다고 볼 수는 없다고 판정하였다(172-188).

루마니아 당국은 CSR 파산을 방지하기 위해 자본금을 추가로 불입하기로 하였다. 이에 따라 청구인의 전체 지분율은 14%로 하락, 대주주 자격을 상실하게 되었다. 청구인은 이는 법정 관리와 함께 자신의 경영권을 탈취하기 위한 루마니아 정부의 수용 행위라고 주장하였다. 판정부는 이미 지급 불능 상태가 된 CSR이 채불 임금과 회사 존속에 직접적인 영향을 미치는 긴급 채무를 변제하기 위해서 루마니아 당국이 자본을 추가 불입한 것이고 청구인은 대주주로서 추가적인 재원을 조달해오지 못한 상황에서 루마니아 당국의 조치가 수용에 해당한다고 볼 수는 없다고 판단하였다(211-216).

다. 평가 및 해설

투자 분쟁에서 정당한 주의 시비는 대개 충분한 보호 및 안전 의무와 관련되어 제기된다. 투자자나 투자 시설에 대한 물리적 위해가 발생하였을 경우 위해 행위의 발생 그 자체에 대해 투자 유치국의 책임이 있는 것인지, 발생을 예방하기 위한 정당한 주의 의무와 노력을 다했으면 보호와 안전 책임을 다한 것인지의 여부이다. ICSID 판정은 위해 행위 자체가 발생하지 못하게 하는 원천적 책임까지 투자 유치국에 요구하고 있지는 않다. 비례성의 원칙을 적용한 판례도



있다. 투자 유치국에 기대하는 충분한 보호 및 안전 대우의 정도는 해당 상황의 내용과 심도, 그리고 투자 유치국의 능력에 따라 비례한다는 것이다. 선진국에 기대하는 정도와 개도국에 기대하는 정도가 동일할 수 없다는 의미이다. 충분한 보호 및 안전의 의무는 정부 자체의 행위가 아니라 제 3자의 행위에 대해 적용되는, 즉 투자 안전을 위해하는 행위, 사태, 상황에 대해 투자 유치국 정부가 정당한 주의와 경계의 의무를 다하라는 것이지 정부의 특정 행위 자체를 대상으로 제기할 수 있는 시비가 아니라는 판례도 있다. 충분한 보호 및 안전에 관한 종합 설명은 *Toto vs. Lebanon* 사건(ARB/07/12)에 수록하였다.

정당한 주의 의무는 투자 유치국이 아니라 투자자에게도 요구되는 경우가 있다. 신중하고 경험 있는 사업가로서 응당 주의했어야 할 사항을 소홀히 하여 발생한 손실, 피해에 대해 투자자의 책임을 일정 정도 인정하는 것이다. 이 사건 판정부는 청구인도 매입자로서 매입 자산 실사 과정 중에 권리 의무 관계를 소상히 파악할 정당한 주의 의무를 다하지 못한 점이 인정된다고 보았다. 이처럼 청구인의 정당한 주의 이행 여부를 검토한 판정으로는 *MTD Equity vs. Chile* 사건(ARB/01/7)이 있다. 이 사건 판정부는 형질 변경 허가 가능성에 대해 충분히 검토하지 않고 해당 토지를 매입한 청구인도 정당한 주의 의무를 다하지 않은 점을 감안하여 원 투자 금액 2000만불보다 훨씬 작은 600만불만 보상받도록 판정하였다. 청구인 소유 토지의 국립 공원 편입 문제가 심리된 *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20)에서 판정부는 청구인도 知的이고 경험 많은 기업인으로서 이미 공원 설립이 진작부터 예고된 토지 매입, 처분, 개발에 상당한 주의를 기울여 관련 법령과 절차를 숙지했을 것으로 판단되는 점 등을 고려할 때 코스타리카의 조치가 공장-공평 대우 의무 위반에 해당할 정도로 부당성이 충분히 입증되지 않는다고 판단하였다(판정문250-258). *Eudoro Olguin vs. Paraguay* 사건(ARB/98/5) 판정부는 청구인은 경험 많은 기업인으로서 파라과이의 상황에 대해 신중히 검토할 책임이 있고 파라과이에 투자하게 된 본인의 이유가 있을 것이므로 투기적이거나 경솔한 투자로 인한 손실의 보상을 구하는 것은 이성적으로 보이지 않는다고 비난하였다. *Maffezini vs. Spain* 사건(ARB/97/7) 판정부는 투자협정이 투자자의 사업 판단 오류에 대한 보험 기능까지 수행하는 것은 아니라고 지적하며 청구인의 손실은 투자 유치국의 책임이 아니라고 판시하였다(판정문 61-64).



38

Azurix vs. Argentina 사건(ARB/01/12)**가. 사건 개요**

이 사건은 아르헨티나 부에노스 아이레스시(市)의 상하수도 공급 양허 계약 위반이 투자협정의 공장공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 자의적인 조치, 수용 금지 의무 위반에 해당되는지를 다툰 사건이다.

청구인 Azurix Corp.는 미국 회사로 1999년 부에노스 아이레스시가 발주한 상수도 공급 및 하수 처리 용역 사업에 Azurix의 아르헨티나 법인인 Azurix Buenos Aires사(이하 ABA) 명의로 입찰하여 낙찰받았다. ABA는 30년간 상수도를 공급하고 하수 처리 업무를 맡기로 시청과 1999년 7월 양허 계약을 체결하였다.

1999년 8월 시청은 입찰 시에 공개된 조건과 다르게 ABA가 양허 계약 체결 이전의 수도 요금 이상을 부과하지 못하도록 제한하였으며 2000년에는 적정한 수도 요금을 산정하는 평가 방식을 계약상의 명문 규정에도 불구하고 적용하지 못하도록 하였고 소비자 물가 지수 상승분에 연동하여 수도 요금을 인상하지는 ABA의 제안도 거절하였다. 시청은 계약상 의무인 특정 상수도 기반시설의 개선 공사를 수행하지 않았으며 그 결과 조류에 오염된 수도물이 공급되는 일이 발생하였다. ABA는 이 사건 이후 시청이 수도물에 대한 시민의 공포를 자극하고 수도 요금 납부를 거부하도록 부추겼다고 주장했다. ABA는 양허 계약이 이전 정부에서 체결되었고 차기 선거에 이용하기 위한 의도라도 판단했다. ABA는 2001년 양허 계약 종료를 선언했고 2002년 파산 보호 신청을 하였다. 2002년 시청도 ABA의 계약 불이행을 이유로 계약 종료를 선언했다. Azurix는 미국-아르헨티나간 투자협정에 의거하여 2001년 9월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점**1) 수용**

청구인 Azurix는 아르헨티나의 일련의 조치는 개별로는 수용에 상당한 조치가 아니지만 일련의



조치를 종합하여 보면 수용에 상당한 조치(measures tantamount to expropriation)에 해당한다고 주장하였다. 아르헨티나는 청구인의 양허 계약상의 권리가 부인된 적은 없으므로 수용이 아니라고 반박하였다.

중재 판정부는 개별 조치가 중복하여 일정 시간에 걸쳐 수용에 상응한 효과를 낼 수 있다는 점은 인정하였다. 그러나 Azurix는 해당 조치에도 불구하고 계속하여 ABA 지분을 90%를 보유하면서 ABA를 지배, 통제하였으며 시청의 조치가 ABA의 경영에는 일부 부정적인 영향을 미쳤으나 수용에 상당하다고 인정하기에는 충분하지 않다고 설명하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 322).

2) 공정하고 공평한 대우

중재 판정부는 투자협정 II(2)(a)조의 공정하고 공평한 대우의 의미와 구성 요건에 대해서 동 조항은 물론 동일한 내용을 기재하고 있는 모든 투자협정이 정확히 규정하고 있지 않으므로 협정의 대상과 목적, 그리고 맥락에 맞게 통상적인 의미로 해석해야 한다고 보았다. 또한 그 의미와 요건은 특정 시기의 해석에 고정되는 것이 아니라 시대의 변화와 시간의 흐름에 따라 변할 수 있다고 보았다. 특히 최근의 판례를 보면 어떤 조치가 공정·공평 의무 위반을 구성하기 위해 악의, 적의가 있어야 한다고 보고 있지 않음을 주목했다. 판정부는 공정·공평 대우는 외국인 투자에 대한 우호적인 성향(disposition), 투자를 보호하고 장려하려는 투자 유치국의 적극적인 행태(pro-active behavior)를 의미한다고 보았다(372). 이에 비추어 볼 때 수도 요금의 정치화, 수도 요금 불납 조장 등의 시정부 행위는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다(374-378).

3) 우산 조항

투자협정 II(2)(c)조 우산 조항 위반 여부에 대해 판정부는 우산 조항이 적용되기 위해서는 당해 계약 체결 당사자가 분쟁 당사자, 본 사건의 경우 Azurix와 아르헨티나가 되어야 하나 문제가 된 양허 계약은 ABA와 부에노스 아이레스市간에 체결된 것이므로 우산 조항이 적용되지 않는다고 판정하였다(384).



4) 자의적인 조치

미국-아르헨티나 투자협정 II(2)(b)조¹¹⁷⁾는 자의적인 조치를 통해 투자의 경영, 운영, 관리, 사용, 향유, 획득, 확장 등을 방해해서는 안된다고 규정하고 있다. 중재 판정부는 시당국의 ABA에 대한 위협, 새로운 수도 요금 적용 방해 등의 조치는 자의적인 조치에 해당한다고 판정하였다(393).

5) 충분한 보호 및 안전

중재 판정부는 과거의 판례 중에는 충분한 보호 및 안전의 의무를 신체적인 안전(physical security)로 한정된 것도 있으나 투자협정 II.2(a)조 문안과 충분한 보호 및 안전의 의무를 신체적인 안전 이상으로 판정한 판례를 제시하고 이 의무는 경찰에 의해 보장되는 보호와 안전 이상으로 이해된다고 판단했다. 판정부는 충분한 보호 및 안전 의무가 경찰 보호에 국한된다고 명시하는 투자협정도 있으나 미국-아르헨티나 투자협정은 그러한 제한이 없고 충분하다(full)는 형용사의 통상적인 의미상 경찰 보호 이상을 의미한다고 부언하였고 공정하고 공평한 대우 의무 위반을 구성한 아르헨티나의 조치는 역시 충분한 보호 및 안전 의무도 준수하지 못했다고 판정하였다(408).

다. 평가 및 해설

1) 공정하고 공평한 대우

대다수 투자협정은 공정하고 공평한 대우를 최소 기준 대우 조항에 포함하고 있으나 공정하고 공평한지를 판단할 수 있는 요건이나 의미를 명시하고 있지는 않다. 대단히 가치 편향적이고 주관적인 개념이라 매우 확장적으로 해석될 수 있는 소지가 높다. 공정-공평 대우의 범위 해석에 관한 쟁점은 첫째 국제 관습법에서 인정된 범위라는 제한이 있는지 여부와고 둘째는 투자 유치국의 악의, 즉 공정하고 공평하지 않게 대우하려는 의도가 전제되어야 하는지 여부이다. 첫째의 경우 일부 투자협정은 국제 관습법에서 인정되는 범위 내에서라는 제한 규정을 적시함으로써 지나친 확장 해석 가능성을 제한하고 있다. NAFTA 협정과 그에 영향 받은 한미 FTA 11.5(2)조¹¹⁸⁾는 공정-공평 대우는 국제 관습법에서 외국인에게 인정하는 최소한의 대우

117] II(2)(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investment.

118] 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of



이상을 의미하지 않는다고 규정하고 있으며 별도 부속서(11-A¹¹⁹)를 추가하여 국제 관습법은 국가가 법적인 의무감에서 준수하는 일반적이고 일관된 관행이라고 명기하여 국제 관습법의 확장 해석도 방지하고 있다. 이러한 제한적인 규정에 비하면 공정·공평 대우를 외국인 투자에 대한 우호적인 성향(disposition), 투자를 보호하고 장려하려는 투자 유치국의 적극적인 행태(pro-active behavior)로 인식한 이 사건 판정부의 견해가 매우 진취적임을 알 수 있다. 이후 ICSID 판정에서 공정·공평 대우가 국제 관습법에서 인정된 범위 내인지, 그 이상인지, 국제 관습법에서 인정된 범위는 무엇인지에 대해 준거가 될만한 기준이 제시된 적은 없다. 비록 중재 심리의 근거가 된 투자협정에 국제 관습법이 언급되어 있어도 국제 관습법 자체가 시간이 흐름에 따라 발전 중이어서 과거의 기준을 그대로 답습할 수 없다고 언급하고 넓게 해석하려는 태도를 취하고 있는 판정이 많아지고 있다.

두번째 악의 존재 여부는 부정하는 것이 ICSID 중재 판정부의 확립된 관행이다. 이 사건 중재 판정부는 공정, 공평의 의미를 찾기 위해 과거 유사 판례를 참조하였는데 1927년 *Neer vs Mexico* 사건 판정부는 공정 공평 대우 의무 위반 행동의 판단 기준으로 outrageous, egregious, in bad faith, or so below international standard that a reasonable person would easily recognize it as such를 제시하였다. *Genin vs. Estonia* 사건(ARB/99/2)에서는 이를 이어 받아 a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith가 공정 공평 대우 의무 위반으로 볼 수 있는 조치라고 하였다. ICSID 중재 판정 중에 공정·공평 대우 의무 위반은 악의가 있어야 한다고 본 지금까지의 유일한 판례이다. 이후의 중재 판정은 모두 악의가 없어도 공정·공평 대우 의무 위반이 성립할 수 있다는 견해를 취했다. *Waste Management vs. Mexico* 사건¹²⁰, *Tecmed vs. Mexico* 사건¹²¹, *Mondev vs. USA* 사건¹²², *Lowen Group vs. USA* 사건¹²³이 있다.

aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. 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 that standard, and do not create additional substantive rights.

119] The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 11.5 and Annex 11-B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation.

120] "arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, discriminatory and exposed the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety - as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process." (*Waste Management vs. Mexico* [ARB(AF)/98/2] Award para. 98.)

121] "consistent, free from ambiguity and total transparency" (*Tecmed vs. Mexico* [ARB(AF)/00/2] Award para. 154.)

122] "[T]o modern eyes, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith." (*Mondev vs. USA* [ARB(AF)/99/2] Award para. 116.)



2) 우산 조항

우산 조항이 적용되기 위해서는 정부가 당해 계약 체결 당사자이어야 한다는 판정부의 견해는 후속 판정부에서 일부 수용되기도 하고 부인되기도 하였다. *SyC vs. Costa Rica* 사건(ARB/12/4) 판정부는 스페인-코스타리카 우산 조항이 투자와 관련하여 맺은 모두 의무를 준수할 것을 포괄적으로 요구하고 있으므로 청구인이 반드시 해당 계약의 체결 당사자여야 하는 것은 아니라고 판단하였다.

청구인이 아르헨티나에 설립한 자회사와 아르헨티나 정부 간에 체결된 계약 위반이 문제가 되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서 중재 판정부는 투자협정상의 분쟁이란 외국인 투자자와 정부간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 시비를 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 시비는 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문 531-533).

이 외 우산 조항과 관련된 각종 쟁점에 대한 종합적인 평설은 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29)에 수록하였다.

123] "[N]either State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice." [*Lowen Group vs. USA*(ARB(AF)/98/3) Award para. 132]



39

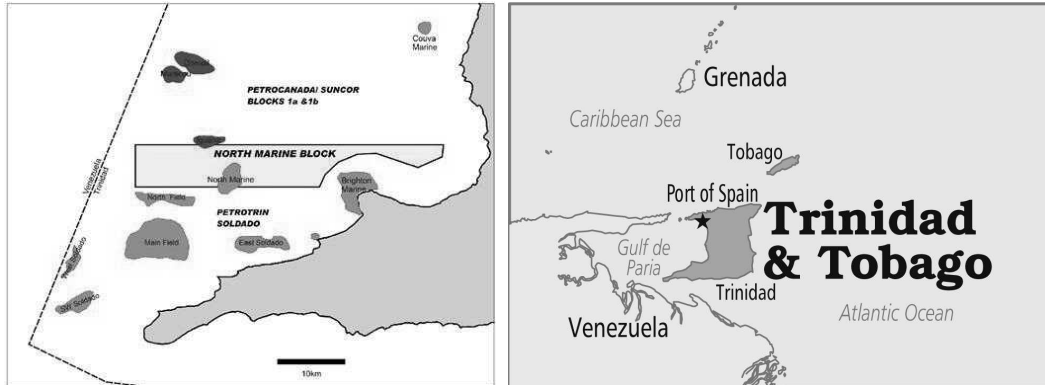
F-W Oil vs. Trinidad and Tobago 사건(ARB/01/14)

가. 사건 개요

이 사건은 유전 개발 사업 시행자로 낙찰되었으나 최종 계약에는 합의하지 못한 상황에서 청구인이 입찰 과정 중에 지출한 비용은 투자협정상의 투자에 해당하지 않는다고 판정된 사건이다.

청구인 F-W Oil Interests Inc.(FWO)는 미국 유전 개발 회사로서 트리니다드 토바고 국영 석유 공사(Petrotrin)의 초청으로 해상 광구 개발 사업 계획을 협의하였다. 당초 수의 계약 형식으로 진행되어 상당한 논의와 준비가 진척되었으나 Petrotrin측이 투명성 확보를 위해 동 사업을 입찰에 부치기로 했고 FWO는 참여하였다. 우선 협상 대상으로 지명된 FWO는 관련 협의를 좀 더 진척시킨 후 2000년 9월 상세 운영 계약 합의 조건부로 낙찰자로 선정되었다고 통보 받았다. FWO는 만일 운영 계약 체결이 이루어지지 않을 경우 그간 FWO가 동 사업 참여 준비를 위해 지출한 비용과 계약 체결을 예상하고 지출한 비용을 보전하여 줄 것을 요구하였다. FWO의 요구는 거절당했고 양측의 협의는 뚜렷한 진전을 보이지 못하다가 2001년 2월 Petrotrin은 운영 계약 체결을 위한 협의를 종결하겠다고 통보하였다. FWO는 Petrotrin을 설득하기 위해 시도하였으나 소득이 없었고 트리니다드 토바고 정부의 개입을 요청하였으나 거절당했다.

FWO는 트리니다드 토바고의 조치가 미국-트리니다드 토바고 투자협정의 공정-공평 대우 등의 위반에 해당한다고 주장하고 2001년 9월 ICSID 중재를 신청하였다. 트리니다드 토바고는 FWO는 Petrotrin측과 해양 광구 개발 사업 계약을 협의만 하였지 실제 투자를 행한 바가 없으므로 투자협정 보호 대상이 되는 투자 자체가 존재하지 않는다고 논박하고 ICSID 관할권을 부인하였다.



| Soldado 유전 지대 및 Trinidad & Tobago 위치 |

나. 주요 쟁점

쟁점은 청구인이 해양 광구 탐사 사업 계약 체결을 위해 지출한 각종 비용, 노력이 투자협정의 투자에 해당하는지 여부였다. 미국-트리니다드 토바고 투자협정(d)조¹²⁴⁾는 모든 종류의 자산이 투자라고 정의하고 다양한 형태의 자산을 예시로 나열한 구조였다. 판정부는 투자가 포괄적으로 정의되어 있고 나열된 항목이 예시이지 한정된 목록이 아니므로 예시되지 않은 형태의 투자가 있을 수 있다고는 보았으나 예시된 항목이 모두 소유 및 권리에 관한 것이므로 이러한 공통적인 특징과 무관한 항목을 투자로 포함시킬 수는 없을 것이라는 입장을 취했다. 청구인의 계약 체결 전 지출은 반대급부를 요구할 수 있는 권리도 아니고 소유 대상도 아니라는 점을 지적하려는 의도로 보이나 예시 항목과 공통점이 없다는 점을 근거로 청구인의 체결 전 지출이 투자가 아니라고 단정하지는 않고 심리를 이어 갔다.

판정부는 대규모 사업을 수주하려는 자는 통상 낙찰 가능성을 높이고 사업 진행 의지와 역량을 보이기 위해 시설 장비를 배치하고 각종 비용을 지불하는 투자 전 단계 지출을 하기

124) I(d) 'investment' of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by that national or company, and includes investment consisting or taking the form of:

- (i) a company;
- (ii) shares, stock, and other forms of equity participation; and bonds, debentures, and other forms of debt interests, in a company;
- (iii) contractual rights, such as;
- (iv) tangible property, ...and intangible property, including ...;
- (v) intellectual property,.....;
- (vi) rights conferred pursuant to law, such as licenses and permits;



마련이며 이는 수주를 목적으로 한 자발적인 지출이지 투자는 아니라고 보았다. 도박에서 횡재를 바라고 금전을 걸지만 당첨되지 않았다고 돈을 돌려 달라고 할 수 없는 이치와 같다는 것이다. 아울러 입찰 조건에 Petrotrin은 응찰자의 입찰 준비와 관련되어 지출된 비용에 대해 책임지지 않는다는 내용이 명시되어 있다는 점도 지적하면서 판정부는 통상적인 입찰 과정에서 청구인이 자신의 위험 부담 하에 비용을 지출한 것이라고 정리하고 청구인은 트리니다드 토바고 국내법상으로도 법적인 반환 청구권이 없으며 청구인의 입찰 과정상의 지출은 투자협정과 ICSID 협약의 투자에 해당하지 않는다고 판정했다(판정문 137-145).

다. 평가 및 해설

설립 전 투자가 투자에 해당하는지 여부를 판정함에 있어 이 사건 판정부와 *Mihaly USA vs. Sri Lanka* 사건(ARB/00/2) 판정부의 심리 방법은 큰 차이를 보인다. *Mihaly* 판정부는 어느 시점을 기준으로 ICSID 협약을 적용할 수 있는 투자로 인정할 것인가는 당사국이 합의할 문제라고 보았다. 판정부는 스리랑카가 발송한 의향서 등 3건의 문서에 당사자를 구속하는 의무는 아니라고 명기되어 있는 점으로 볼 때 이로부터 발생하는 분쟁을 ICSID 중재 대상으로 하겠다는 스리랑카의 동의가 존재하지 않는 점이 확실하다고 보고 해당 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다(판정문28-61). 반면 이 사건 판정부는 미국-트리니다드 토바고 투자협정상상의 투자 정의가 소유를 전제로 하는 자산으로 구성되어 있으므로 소유와 무관한 계약 체결 전 비용은 투자로 볼 수 없고 따라서 관할권이 없다는 논리를 전개하였다.

이 사건 판정부가 투자협정의 내용을 근거로 설립 전 투자의 투자 해당 여부를 판단했으면 비단 투자 정의 조항만 검토하지 말고 여타 조항도 같이 검토했어야 한다. 그랬다면 쉽게 결정했을 수 없을 것으로 본다. 미국-트리니다드 토바고 투자협정은 통상 설립 전 투자를 보호 대상으로 하는 문안이 포함되어 있기 때문이다. 투자의 설립, 획득, 확장이라는 표현은 설립 전 투자를 의미한다. 설립 전 투자 보호를 포함하고 있는 한미FTA 규정은 이러한 표현을 포함하고 있다. 미국-트리니다드 토바고 투자협정도 마찬가지이다. 한미 FTA의 투자 정의는 미국-트리니다드 토바고 투자협정의 정의처럼 소유와 관련된 자산을 투자의 예로서 나열하고 있다. 즉 설립 전 투자 보호 여부는 투자의 정의에서 나오는 것이 아니라 투자 활동의 범위와 투자자의 정의에서 나오는 것이다.



투자자의 정의에 투자를 시도하는 투자자를 포함한다고 규정하면 설립 前 투자를 보호하는 것으로 이해된다. 미국-트리니다드 토바고 투자협정에는 투자자에 대한 정의가 규정되어 있지 않다. 반면 투자 약정과 내국민/최혜국대우 조항에는 보호 대상이 되는 투자 활동의 범위를 투자의 설립, 획득, 확장까지 포함하고 있다. 즉 설립 전 투자를 보호 대상으로 하는지 여부가 논란의 소지가 있다. 이 사건 판정부가 기왕 투자협정의 문안을 토대로 설립 전 투자 포함 여부를 판단하려고 했으면 의당 해당 문구가 포함된 투자 약정 정의와 내국민/최혜국대우 조항도 검토하여 미국과 트리니다드 토바고의 의사를 확인했어야 한다고 본다.

| 설립전 투자에 관한 조문 비교 |

조항	한미 FTA(설립 전 투자 포함)	미국-TNT BT
투자자 정의	investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make , is making, or has made an investment in the territory of the other Party	정의 없음
투자 약정	investment agreement means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment	Investment agreement means a written agreement between the national authorities of a Party and a national or company of the other Party that; i) ...; ii) is relied upon by the national or company in establishing or acquiring covered investment
내국민 대우 정의	Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion , management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.	With respect to the establishment, acquisition, expansion , management, conduct, operation, and sale or other disposition of covered investments, Each Party shall accord treatment no less favorable than that it accords in like circumstances, to investments in its territory of its own nationals or companies…….



40

LG & E vs. Argentina 사건(ARB/02/1)

가. 사건 개요

이 사건은 극심한 경제 위기 중에 아르헨티나 정부가 채택한 가스 공급 가격의 달러화 산정 및 매 6개월 조정 금지 조치가 공정하고 공평한 대우 의무 위반, 차별 대우, 우산 조항 위반에 해당하지만 안보상의 예외 조항 적용 대상에 해당하며 이 기간 동안 발생한 피해에 대해서는 배상 의무가 없다고 판정된 사건이다.

1990년대 초 아르헨티나 정부는 도시 가스 공급을 민영화하고 신생 가스 공급사에 대한 외국인 투자를 유치하기 위해 가스 공급 가격을 달러로 책정하여 시장 환율에 따라 징수할 수 있고 매 6개월마다 생산자 물가 지수를 적용하여 조정할 수 있도록 하였다. 미국의 LG & E사^{125]}는 위 조건으로 아르헨티나 3개 민영 가스 공급사에 투자하여 14.4%~45.9%의 지분을 획득하였다. LG & E와 3개사가 이 사건 청구인이다

아르헨티나는 2000년 초부터 극심한 외환위기에 봉착하여 환율이 폭락하였고 급기야 2001년 12월 예금 인출과 해외 송금을 제한하는 비상조치를 시행하게 되었다. 2002년 1월에는 국가 위기법(법 25,561호)을 공포하여 폐소화와 달러화 태환(兌換)을 정지하였고 달러화 가격 산정도 금지시켰다. 가스 공급 가격의 달러화 산정과 매 6개월 조정도 금지되었으며 가스 공급 회사의 수익이 급감하였고 LG & E의 투자 수익도 대폭 축소되었다. 결국 정권이 붕괴되고 2003년 4월 새 대통령이 취임하였다.

LG & E는 아르헨티나의 가스 가격 달러화 산정 및 매 6개월 가격 조정 금지 조치가 미국-아르헨티나 투자협정상의 공정-공평 대우, 비차별 대우, 우산 조항 위반이며 간접 수용 및 자의적인 조치에 해당한다고 보고 2002년 1월 ICSID에 중재를 신청하였다. 멕시코는 LG & E 주장을 반박하고 설사 위반이 인정된다 하더라도 국가 비상사태에서 취해진 조치이므로 투자협정의 안보상 예외 조항에 따라 면책된다고 항변하였다.

125] LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., LG & E International Inc. 3 개사를 편의상 總稱



나. 주요 쟁점

1) 관할권

아르헨티나는 아래 논거로 이 사건은 ICSID 관할권 외에 있다고 주장하였다.

- 주주와 법인 자체는 별도의 법인격을 갖고 있으며 주주가 법인의 피해에 대해 소송을 제기할 수 없음.
- 본 건은 아르헨티나 정부의 일반적인 조치에 관한 것이므로 ICSID 협약 25조가 규정하는 투자로부터 직접적으로 발생한 분쟁이 아님.
- 양자 투자협정상 분쟁 제기 전에 6개월간의 대화 해결 기간을 가져야 하는바 ICSID 중재 신청 이후 청구인은 추가적인 피해 청구를 제기하였으므로 동 대화 해결 기간이 종료되지 않았음.

중재 판정부는 청구인은 해당 회사를 직접 운영하지는 않으나 주주로서 이해관계가 있으므로 투자자로 인정되어야 하며 주주의 권리는 해당 회사와 독립하여 행사할 수 있다고 보았다. 아르헨티나의 두 번째 주장에 대해 중재 판정부는 *CMS vs. Argentina* 사건의 판정을 인용하여 일반적인 정책에 대해서는 관할권이 없지만 해당 투자에 직접적인 영향을 미치는 일반적인 정책의 조치(들)이 투자자에 대한 조약, 법률, 계약상의 구속력 있는 의무를 위반해서 채택되었는지를 심리할 관할권은 중재 판정부에 있다고 판단하였다. 추가 청구와 관련하여 중재 판정부는 본 청구 이후 제기된 추가 청구는 본 청구의 일부이며 소송 효율상 별개 절차로 진행할 필요가 없으며 추가 청구에 대한 ICSID 협약 46조¹²⁶⁾상의 요건도 충족하고 있다고 판정하고 아르헨티나의 관할권 항변을 기각하였다.

2) 공정하고 공평한 대우 의무 위반

중재 판정부는 공정하고 공평한 대우의 핵심 요소의 하나는 법적 사업적 환경의 안정성이며 투자자의 정당한 기대(투자 유치국의 일관성, 비모호성, 투명성)가 지켜지지 못할 때에도 공정하고 공평한 대우의 위반이 인정되며 투자 유치국의 악의(bad faith)가 있어야만 인정되는

126] 46 Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.



것은 아니라고 실시하였다(124-129). 아르헨티나 정부의 가스 가격 달러화 산정 및 매 6개월 조정은 외국인 투자자를 유치하기 위한 핵심 조치였고 이를 통해 투자자는 일정 수준의 수익을 창출할 수 있으리라는 정당한 기대를 할 수 있었는데 이 제도를 파기한 것은 공정 공평 대우의 기초인 안정성과 예측 가능성을 훼손한 것이라고 지적하였다.

중재 판정부는 당시 아르헨티나 경제 위기의 심각성은 인정되나 외국인 투자자를 유치하기 위해 수립했던 법적 체제를 완전히 붕괴시킨 것은 아르헨티나 정부의 지나친 조치라고 지적하고 공정 공평 대우 의무 위반을 인정하였다(139).

3) 차별적이고 자의적인 대우

아르헨티나 정부는 가스 공급 가격을 매 6개월마다 미국 생산자 물가 지수에 따라 조정하던 것을 중단시켰으나 수도, 전기 공급업자에 대해서는 이 중단 조치 적용을 잠시 유예하여 주었으며 2003년 4월에는 종전 방식을 수도, 전기업자에게는 다시 적용하기 시작하였으나 가스 공급업자에 대해서는 종전 방식 복원 조치도 나중어야 적용하였다. 중재 판정부는 정부 조치의 자의성은 차별 의도가 있거나 결과적으로 차별 효과가 있어야 한다고 보았다(146). 판정부는 위와 같은 사실에 비추어 가스 공급업자가 여타 공공 서비스 업자에 비해 차별 대우 받은 것은 명백하다고 판시했다(148). 아르헨티나 정부의 조치가 자의적이기도 하다는 LG & E의 주장에 대해서는 해당 조치가 비록 불공정하고 불공평할 수는 있으나 당시 상황에 비추어 아르헨티나 정부가 합리적으로 판단한 결과라고 판시하였다(162).

4) 우산 조항

중재 판정부는 가스 공급업에 외국인 투자를 유치하기 위해 아르헨티나 정부가 취한 가격 달러화 산정 및 매 6개월 조정 조치는 해당 법령에 명기되어 있고 외국인 투자자 유치시 홍보했던 사항임에 비추어 투자협정 II(2)(c)조¹²⁷⁾가 의미하는 ‘의무’에 해당한다고 보았다. 이 조치를 준수하지 못한 것은 이 조항 위반에 상당하다고 판시하였다(175).

5) 간접 수용

중재 판정부는 수용이 인정되기 위해서는 소유권에 대한 방해가 경제적 충격(economic impact)의

127) II(3)(c) Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.



정도와 기간의 측면에서 심각한 것이어야 한다고 보았다. 즉 투자의 향유와 경제적인 사용이 박탈당해서 투자와 관련된 권리가 존재하지 않게 될 정도이고 수용의 효과가 항구적이어야 한다는 것이다(189-193).

판정부는 아르헨티나의 조치에도 불구하고 LG & E의 투자를 향유할 수 있는 권리가 박탈된 것은 아니며 주식에 대한 직접적인 지배를 상실한 것도 아니고 회사 가치가 아르헨티나 경제 위기가 진정됨에 따라 재상승하였으므로 수용의 효과가 항구적인 것도 아니었다고 지적하고 아르헨티나의 조치가 수용에 상당하다고 볼 수는 없다고 판시하였다(198-200).

6) 안보상 예외

미국-아르헨티나 투자협정 XI조¹²⁸⁾는 공공질서 유지나 핵심적인 안보상 이익 보호 등을 위한 조치의 시행을 인정하고 있다. 중재 판정부는 당시의 아르헨티나의 상황이 위 조항을 원용할 수 있을 정도였는지와 아르헨티나의 조치가 공공질서 유지나 안보상 이익 보호를 위해 필요했는지 두 측면에서 검토하여 모두 합당하다고 판정하였다. 판정부는 위 조항이 조치 발동 국이 스스로 결정할 수 있는 자기결정적 조항(self-judging)이 아니라고 보았다. 판정부는 또한 이 조항은 군사적인 상황에만 적용되는 것도 아니라고 보았다. 당시의 상황의 심각성과 전개 동향을 검토하여 중재 판정부는 예금 인출과 송금이 정지된 2001년 12월 1일부터 새 대통령이 취임한 2003년 4월 16일까지가 위 조항을 적용할 수 있는 국가 위기 상황에 해당한다고 보고 동 기간 중 시행된 조치는 위법성이 조각되므로 국가의 책임(liability)이 면제된다고 판시하였다(259-265).

다. 평가 및 해설

1) 안보상 예외

아르헨티나 경제 위기 시 채택한 조치가 투자협정상의 안보상 예외 조항에 부합하는지 여부가 쟁점이 된 사건은 이 사건을 포함하여 10개에 이른다. 이 사건을 제외한 9개 판정은 모두 안보상 예외 조항 부합 여부를 해당 조항 자체 내에서 판단한 것이 아니라 UN국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 25조가 규정하고 있는 불법적인 국가 행위의 위법성이

128] XI. This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.



조각되는 긴급 피난의 요건에 아르헨티나의 조치가 부합하는지를 먼저 심리하였다. 대부분 25조 요건을 충족하지 않으므로 안보상 예외 조항도 적용할 수 없다고 논시하거나 25조 요건을 충족하므로 안보상 예외 조항을 적용할 수 있다는 논리를 전개하였다. 이 사건 판정부만 유일하게 아르헨티나 위기의 전개 과정과 심각성을 살펴 보고 그만한 사태면 미국-아르헨티나 투자협정 XI조에 나열하고 있는 사태에 해당한다고 판단하였다.

이 사건 판정부의 논리 전개는 *Sempra vs. Argentina* 사건(ARB/02/16) 특별 위원회가 원 판정부 판정을 취소하면서 설명한 논리와 대동소이하다. 이 사건 취소 심리에서 아르헨티나는 원 판정부가 투자협정 XI조가 충족 요건에 대해 명확히 언급하고 있지 않다는 이유로 국가 책임 초안 25조의 요건 충족 여부를 적용한 것은 별개의 지위에 있는 두 협정의 조항을 동일 지위에 있는 것으로 취급한 것이고 XI조 해당 여부에 대해 실질적인 심리를 하지 않은 것은 권한을 명백히 일탈한 것이라고 주장하였다. 특별 위원회는 투자협정 XI조와 국가 책임 초안 25조는 규율하는 상황이 다른 조항으로서 후자가 전자를 해석하는 길잡이가 될 수 없다고 보았다. 즉 투자협정 XI조는 특정한 상황에서 특정 조치를 채택하는 것을 배제하지 않는다고 규정하고 있으므로 특정 조치의 채택 자체는 해당 국가의 국제법상 의무와 불합치되는 것이 아니며 따라서 불법도 아니라는 것이다. 반면 국가 책임 초안 25조는 국가의 불법 행위를 배제하는 근거로서 국가 위기(긴급 피난) 상황이 특정한 조건을 충족하지 않을 경우 원용될 수 없다고 규정하고 있으므로 이미 국가의 특정 행위가 이미 불법인 것을 전제로 하고 있으며 불법인 행위가 이미 발생한 상황을 규율하고 있다고 보았다(취소 결정문 198-200). 원 판정부가 투자협정 XI조는 국가 위기 상황의 요건을 다루고 있지 않으므로 초안 25조 요건을 적용한 것에 대해 특별 위원회는 양자 조약에서 국가 위기 상황을 원용하는 문제가 왜 반드시 국제(관습)법의 규칙에 의해 정당화되어야 하는지 동의하지 않았다. 양 당사국간에 다른 기준을 정할 수도 있고 이를 국제법이 금지하고 있지도 않으며 설사 불합리한 요건을 정하더라도 불법적인 것은 아니라고 판시하고 원 판정을 취소하였다(201-202).

아르헨티나 경제 위기와 관련된 안보상 예외 문제는 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 해설에 관련 사건을 모두 종합하여 수록하여 두었다.

2) 우산 조항

이 사건에서 쟁점이 된 우산 조항 시비는 투자 계약의 위반뿐 아니라 투자 유치국이 법령상의



의무나 약속을 준수하지 못한 경우에도 우산 조항이 적용될 수 있는지의 문제였다. 지금까지의 판례는 이 사건 판정부와 마찬가지로 법령상의 의무도 포함한다는 것으로 수렴되고 있다. 우산 조항의 대상이 계약인지 법령상의 의무까지 포함하는지가 쟁점이 된 사건은 이 사건 외에도 *Enron vs. Argentina*, *CMS vs. Argentina*, *Micula vs. Romania*, *Philip Morris vs. Uruguay* 사건이 있다. 이 쟁점에 대한 판례 종합은 *Enron vs. Argentina* 사건(ARB/01/3) 설명을 참고하기 바라며 우산 조항의 의의 및 관련 쟁점 별 ICSID 판정부의 견해는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 설명에 기록하여 두었다.

3) 정당한 기대

이 사건에서 심리된 투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반 시비는 투자 분쟁에서 흔히 제기되는 대표적인 이슈 중의 하나이다. 이에 관한 ICSID 판례를 종합한 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록하였다.



41

Fireman's Fund vs. Mexico 사건(ARB(AF)/02/1)

가. 사건 개요

이 사건은 부실 은행에 출자 전환한 외화 표시 채권의 가치가 급락하여 가치가 망실된 것이 수용에 해당하는지가 논란이 되었던 사건이다.

청구인 Fireman's Fund Insurance co.는 미국 보험 회사로서 1995년 9월 멕시코 은행 BankCreceer가 발행하는 달러 표시 채권(debentures) 5,000 만불을 구매하였다. BankCreceer의 지주 회사인 GFB는 페소 표시 채권도 동시에 판매하였다. 당시 멕시코는 심각한 외환 위기에 봉착하여 페소화가 폭락하였고 많은 금융 기관의 재정 상태가 급격히 악화되고 있었다. 멕시코 금융 당국은 금융 기관 구조 조정 작업을 진행 중이었고 BankCreceer도 여기에 참가하고 있었다. GFB의 채권 판매는 악화된 재정 상태를 회복하기 위해서 이루어진 것이다. BankCreceer의 재무 구조가 더욱 악화되어 1998년 멕시코 정부는 BankCreceer 회생 방안을 마련하였다. 청구인이 5000만불 채권을 출자 전환하고 5000만불을 추가 투자하여 BankCreceer의 지분 20%를 보유하고 지분 40%는 기존 주주가, 40%는 외국의 전략 투자자를 모색한다는 방안이었다. 외국인 전략 투자자를 수배하지 못할 경우 멕시코 정부는 청구인의 5000만불 채권 중 2500만불을 지불하기로 하였다.

한편 1997년부터 BankCreceer는 페소화 표시 채권을 액면가로 구매하였다. 40% 지분을 담당할 외국의 전략 투자자는 끝내 수배하지 못했으며 당시 멕시코 금융법상 외국인이 은행 지분 40%를 소유하는 것이 가능하지도 않았다. 1999년 7월 청구인은 BankCreceer와 멕시코 중앙은행에 자신의 달러 표시 채권을 페소화 표시 채권과 동일한 조건으로 구매하여 줄 것을 요청하였으나 거절당하였다. 1999년 9월 BankCreceer는 달러 표시 채권을 청구인의 반대에도 불구하고 출자 전환하였고 이자 지급을 정지하였다. BankCreceer는 1999년 11월 멕시코 정부 통제 하에 들어갔고 2001년 경매로 매각 처분되었다.

청구인은 BankCreceer에 대한 자신의 투자(5000만불 채권)의 가치와 사용권이 멕시코 정부에 의해 박탈당했으며 이는 수용에 해당한다고 주장하고 2001년 10월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

청구인은 i) 1998년 BankCreceer 회생 방안에 청구인의 투자를 사용토록 강제한 것(5000만불 채권의 출자 전환을 의미), ii) 이 회생 방안을 정부가 무산시켰으며 결과적으로 청구인의 투자가 피탈된 것, iii) 청구인의 달러 표시 채권 구매를 거절한 것, iv) 1999년 멕시코 당국이 BankCreceer의 지배권을 장악한 것이 수용에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 i)의 경우 청구인으로부터 멕시코 당국이 달러 표시 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취했다고 볼 수 없으므로 수용에 해당하지 않는다고 보았다. 판정부는 1998년의 BankCreceer의 재정 상황상 회생 방안을 시행하지 않으면 파산될 위기에 있었으며 따라서 멕시코 정부가 청구인에게 설사 회생 방안 참여를 강제했다고 하더라도 이는 청구인의 투자를 회생시키기 위한 것이지 탈취한 것은 아니라고 설명했다(판정문 186-191). ii)의 경우 중재 판정부는 이행되지도 않은 회생 방안에 근거한 주장이라고 기각하였다. 회생 방안은 청구인 스스로가 5000만불 추가 투자를 이행하지도 않았고 외국인 전략 투자가 물색에 실패하여서 무산된 것이지 멕시코 정부가 무산시켰다고 볼 수 없다고 판단하였다.(192-199). iii)의 경우 판정부는 폐소화 표시 채권을 구매했음에도 불구하고 달러화 표시 채권 구매를 거부한 것은 내국민 대우 의무 위반, 최소 기준 대우 의무 위반에 해당한다고는 보았으나 수용에 해당하지는 않는다고 판단하였다(203). iv)의 경우 판정부는 멕시코 정부가 BankCreceer를 지배 하에 두게 된 것은 당시 동 은행의 재정 상황이 절망적이어서 지주회사인 GFB의 동의 하에 이루어진 것이므로 수용이라고 볼 수 없다고 판단하였다(216).

다. 평가 및 해설

이 사건 수용 여부 판단의 근거 조항은 NAFTA 1110조이다. 이 조항은 수용, 수용에 상당한 조치 등에 관해 서술하고 있지만 그 구성 요소에 대해서는 언급하고 있지 않다. 여느 투자협정도 수용, 특히 직접 수용이 아닌 간접 수용에 대해서는 정확한 정의를 내리고 있지 않아 간접 수용 여부를 판단하는데 있어 쟁점이 되는 것은 간접 수용을 구성하는 요건이다. 이 사건 판정부는 NAFTA 1110조가 심리되었던 이전 10개 사건 판정부의 견해를 종합하여 직, 간접 수용이 갖는 요소를 아래와 같이 나열하였다(판정문 176¹²⁹⁾).

129] [a] Expropriation requires a taking [which may include destruction] by a government-type authority of an investment by



- 정부에 의한 투자의 탈취
- 투자는 유·무형물 포함
- 재산의 향유나 경제적 사용권의 완전한 박탈하는 탈취
- 항구적인 탈취
- 탈취는 통상 소유권의 이전을 포함
- 정부 조치의 처분성은 수용 해당 여부 결정의 요소
- 탈취는 *de jure*, *de facto* 포함
- 탈취는 직접적, 간접적 포함
- 탈취는 단일 조치 또는 일정 기간 동안의 일련의 연관, 비연관 조치 포함
- 보상 필요 여부는 인정된 경찰권 범위 내 여부, 공공의 목적과 효과, 차별성 여부, 수단과 목적간의 비례성, 선의(*bona fide*) 여부 등을 고려하여 판단
- 투자에 대한 투자자의 정당한 기대는 수용 발생 여부 판단의 유용한 요소

간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정례는 그 수효가 많아 간접 수용에 관한 법리는 굳어졌다고 볼 수 있다. ICSID 중재 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 시비하는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을

an investor covered by the NAFTA.

- (b) The covered investment may include intangible as well as tangible property.
- (c) The taking must be a substantially complete deprivation of the economic use and enjoyment of the rights to the property, or of identifiable distinct parts thereof (i.e., it approaches total impairment).
- (d) The taking must be permanent, and not ephemeral or temporary.
- (e) The taking usually involves a transfer of ownership to another person (frequently the government authority concerned), but that need not necessarily be so in certain cases (e.g., total destruction of an investment due to measures by a government authority without transfer of rights)
- (f) The effects of the host State's measures are dispositive, not the underlying intent, for determining whether there is expropriation.
- (g) The taking may be *de jure* or *de facto*.
- (h) The taking may be "direct" or "indirect."
- (i) The taking may have the form of a single measure or a series of related or unrelated measures over a period of time (the so-called "creeping" expropriation).
- (j) To distinguish between a compensable expropriation and a noncompensable regulation by a host State, the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized;¹⁶¹ and the bona fide nature of the measure.
- (k) The investor's reasonable "investment-backed expectations" may be a relevant factor whether (indirect) expropriation has occurred.



인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다. 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에 수록하여 두었다.



가. 사건 개요

이 사건은 발전소 건설 운영 이전(BOT) 사업의 협의 과정에서의 투자 유치국의 불성실한 협상 태도가 공정하고 공평한 대우 의무 위반으로 인정된 사건이다.

청구인 PSEG Global Inc.는 미국의 에너지 전문 회사이다. 1990년대 초 터키는 전기 공급을 민영화하기로 하고 외국인 투자를 유치하기 위해 민간 회사가 발전 설비를 건설하고 일정 기간 운영한 뒤 국가에 이전하는 BOT(Build Operation Transfer) 방식의 양허 계약을 체결할 수 있는 전기 사업법을 제정하였다. 이 법은 재무부의 지급 보증과 터키 국영 전기 회사의 장기 전기 구매를 투자 유인 요소로 포함하고 있었다. 1994년 미국의 PSEG사는 터키 Konya 지방에 화력 발전소와 인근의 탄광을 개발하는 사업의 타당성 조사를 신청하여 인가를 받았다. 1996년 PSEG와 터키 정부는 타당성 조사 결과를 실제 사업화하는 이행 계약을 체결하였으며 이 계약에는 국영 전기 회사의 전기 장기 구매와 재무부 지급 보증이 포함되어 있었고 1998년 양측은 이행 계약을 실제 사업을 집행하는 양허 계약으로 전환하였으며 Konya Ilgin Ltd.라는 사업 시행사를 설립하기로 하였다. 1997년 PSEG사는 심층 조사 결과를 토대로 탄광 규모를 확대하고 전기 구매 가격을 인상하는 수정 사업 계획서를 터키 경제 기획청에 제출하였다.

PSEG와 터키 에너지청은 위 이행 계약, 양허 계약이 동 사업의 두 가지 핵심 상업 조건(key commercial terms) 즉, 발전소 용량 및 전기 구매 가격에 대한 최종 합의와 시행사의 회사 구조를 포함하고 있는지에 대해 의견을 달리하였다. 발전소 용량 및 전기 구매 가격 인상에 대해 양측이 합의에 이르지 못하던 가운데 2001년 터키 법령 4628호가 제정되어 이전 전기 사업법이 보장했던 재무부 지급 보증을 철회하였다. 그러나 이 철회 조항은 2002년 3월 터키 대법원에서 무효화되었다. 세금 납부액에 결정적인 영향을 미치는 회사 구조에 대해서도 관련법(법령 4501호)이 협상 과정 중 개정되기도 하였다. 터키 에너지청은 대법원의 결정을 PSEG와의 협상시 적용하지 않으려 하였고 법령 4501호와 합치되지 않는 요구를 하기도 하였다. 에너지청은 자신의 권한 밖인 전기 구매 가격에 대해 처음부터 다시 협상하자고 요구하기도



하였다. 협상 진행에 필요한 핵심 정보의 통지 미비, 이견 사항에 대한 의견 불제시, 중요 교신(communication) 방치 등 의무 해태, 권한 남용, 비밀관성에 대해 PSEG는 수차 항의하였다.

양측의 협의가 교착된 가운데 2002년 5월 PSEG와 Konya Ilgin Ltd.사는 일련의 터키의 조치가 터키-미국 투자협정의 공정하고 공평한 대우, 충분한 보호 및 안전, 자의적인 조치와 차별 금지, 우산 조항 위반이며 간접 수용에 해당한다고 ICSID에 중재를 신청하였다. PSEG는 비록 발전소와 탄광 건설에는 착수하지 않았으나 타당성 조사 및 후속 조사 등에 상당한 비용이 투자되었다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

중재판정부는 청구인의 주장을 받아 들여 협상 진행 과정에서의 명백한 태만, 권한의 남용, 법령의 잦은 변경은 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다. 중재판정부는 에너지청의 무책임하고 부주의한 태도-중요 사항에 대한 장기간의 침묵, 지연과 비밀관성은 청구인에게 추가적인 비용을 유발시켰으며 청구인과의 협상을 담당 기관으로서 적절하고 권한 있게 진행하지 못했다고 비난하였다. 판정부는 전기 구매 가격은 에너지청의 권한 사항이 아님을 확인하고 에너지청이 PSEG와의 협상시 이 가격의 재협상을 요구한 것은 명백한 권한남용에 해당한다고 지적하였다. PSEG가 타당성 조사를 개시한 이후 해당 사업에 관련된 법령이 대폭 재개정되었다. 중재 판정부는 잦은 법령 변화의 롤러코스터(roller-coaster) 효과에 의해서도 공정-공평 대우 의무가 준수되지 못했다고 보았다.

2) 충분한 보호 및 안전

청구인은 *CME vs. Czech* 사건¹³⁰⁾ 판정을 인용하여 충분한 보호 및 안전 의무는 해당 투자에 대한 법령 개정 및 행정 행위의 부정적인 효과를 포함하며 공정-공평 대우 의무 위반은 자동적으로 충분한 보호 및 안전 위반을 포함한다고 주장하였다. 중재판정부는 *CME vs. Czech* 사건 판정부가 제시한 기준은 개인과 시설의 신체적인 안전과 관계된 맥락에서 수립된 것이며 매우 예외적인

130] 2003 년 UNCITRAL 사건



환경에서 인정되는 것이라고 보았다. 판정부는 이 사건의 경우 신체적인 안전과는 무관하므로 동 기준은 적용할 수 없다고 설명하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 257-258).

3) 차별 대우

중재판정부는 차별 대우를 받았다는 청구인의 주장은 사실로 입증되지 않았다고 판정하였다. 터키 거시 정책의 변경은 경제 전반에 관한 것이며 에너지 분야에서 외국인 투자에 특별히 집중되었는지는 차별 대우 주장과는 무관한 것이라고 보았다. 판정부는 터키의 조치는 옹고그름을 떠나 BOT 산업 전반에 관한 것이었고 Konya Ilgin Ltd.의 사업이 특별히 차별적으로 선택된 것도 아니라고 판정하였다(260-261).

4) 우산 조항

판정부는 우산 조항의 핵심은 계약 위반을 조약 위반으로 전환시키려는 것이므로 이 조항 적용을 위해서는 우선 계약 위반이 선행되어야 한다고 전제했다. 판정부는 청구인과 터키 정부 간에 해당 사업에 관한 계약은 적법하게 체결되었으나 이 계약은 해당 사업의 필수적인 상업적인 조건을 추후 협의하도록 되어 있고 이러한 협의가 장기간 시도되었으나 명백하게 합의에 도달했다는 증거는 없다고 확인하였다. 따라서 판정부는 우산 조항의 전제가 되는 계약 위반이 성립되지 않는다고 판시하였다(266-271).

5) 간접 수용

중재판정부는 간접 수용이 발현되는 형태는 다양할 수 있으나 간접 수용으로 인정되기 위해서는 투자에 대한 지배권, 일상적인 경영권의 박탈이나 관리 방해, 이익 배당 방해, 간부 임명 방해 등¹³¹⁾이 필수적으로 존재해야 한다고 판단하였다(278). 판정부는 이 사건의 경우 위와 같은 심각한 형태의 조치나 방해가 존재하지 않았다고 판단하고 청구인의 간접 수용 주장을 기각하였다(279).

131) [t]here must be some form of deprivation of the investor in the control of the investments, the management of day-to-day operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part.



다. 평가 및 해설

공정공평 대우에 관한 ICSID 중재 판정을 종합 비교한 해설은 *Helan vs. Egypt* 사건(ARB/05/12)에 수록되어 있다. 차별에 관한 종합 해설은 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)에 있다. 간접 수용에 관한 종합 해설은 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에 수록되어 있다.



43

Soufraki vs. UAE 사건(ARB/02/7)

가. 사건 개요

이 사건은 UAE의 양허 계약 위반을 주장한 이태리 국적의 청구인이 자신의 이태리 국적 보유 사실을 입증하지 못해 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Hussein Soufraki는 2000년 10월 두바이 알 하미리야 항구 개발, 관리, 운영에 관한 30년 기한의 양허 계약을 두바이 항만청과 체결하였으나 곧 계약 이행과 관련하여 분쟁이 발생하였다. 양허 계약에는 청구인이 캐나다인으로 기재되어 있었으나 청구인은 자신이 이태리 국적도 보유하고 있으므로 이태리-UAE 투자협정에 근거하여 2002년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다. UAE는 청구인이 이태리 국적자가 아니라고 항변하고 ICSID관할권을 부인하였다. 청구인이 캐나다 국적을 취득하여 이태리 국적법상 국적이 상실되었다는 것이다. 청구인은 그 후 이태리에 1년 이상 거주하여 국적법에 의해 정당하게 국적을 회복하였다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

청구인이 1991년 캐나다 국적을 취득하기 이전에 이태리 국적자였다는 사실에 대해서는 분쟁 당사자 모두 이견이 없었다. 이태리 1912년 국적법 8조¹³²⁾는 외국 국적을 자유의사로 취득하거나 외국에 거주하는 자는 국적을 상실한다고 규정하고 있었다. 1992년 국적법 17(1)조¹³³⁾는 위의 사유로 국적을 상실한 자는 이 법 발효 후 2년 이내에 국적 회복 의사를 표명하고 국적을 회복할 수 있다고 규정하고 있었다. UAE는 청구인의 이태리 국적은 1991년 캐나다 국적 취득 당시 적용 중이었던 1912년 국적법 8조에 의거하여 자동적으로 소멸되었으며 청구인이 1992년 국적법 17(1)조에 의한 국적 회복 신고를 하지 않았으므로 이태리 국적자가 아니라고 주장하였다.

132] Loses the [Italian] citizenship: (1) whoever spontaneously acquires a foreign citizenship and establishes his residence abroad.

133] 17.-1 Who has lost the [Italian] citizenship according to articles 8 and 10, Law 13th June, 1912, n. 555, or because he/she has not adhered to the option provided for by article 5, Law 21st April, 1983, n. 123, may reacquire the citizenship if he/she submits a relevant declaration within two years from the entry into force of this law.



청구인은 17(1)조상의 국적 회복 신고를 하지 않은 것은 인정하였으나 1912년 국적법 8조로 인해 국적이 자동 소멸된 사실 자체를 인지하지 못했고 그 이후에도 이태리 여권 및 국적 증명서 등을 이태리 당국으로부터 합법적으로 발급받았다고 주장하였다. 청구인은 국적 부여는 주권 국가의 고유 권한으로서 국제 중재가 관여할 사항이 아니며 정당하게 발급된 국적 증명서는 국제 중재가 인정하여야 한다고 주장하였다. 또한 청구인은 국적 상실자는 누구나 이태리 영토 내에 1년 이상 거주하면 국적을 회복한다고 규정하고 있는 1992년 국적법 13(1)(d)조¹³⁴⁾를 근거로 자신은 1993년 3월부터 1994년 4월까지 이태리에 거주하였으므로 국적을 회복하였다고 반박하였다.

중재판정부는 국적 문제는 주권 국가의 고유 권한이라는 청구인의 주장에 대해서는 수긍하였으나 국적 문제로 인한 중재판정 관할권이 쟁점이 된 사안에서는 중재판정부가 마땅히 문제되는 국적의 정당성 여부를 심리하여야 한다는 이유를 설시한 후 청구인이 제시한 이태리 당국 발행 국적 증명서, 여권, 외교부 발행 국적 보유 확인 서한의 진실성에 대해 검토하였다. 판정부는 동 서류가 위조변조된 것이 아님은 인정하였으나 이태리 당국이 각 서류를 발급할 당시 청구인이 1991년에 캐나다 국적을 취득하여 국적을 상실한 사실 및 국적 회복 선언을 하지 않은 사실을 고지하였는지 심문하였다. 청구인은 이 같은 사실을 고지하지는 않았다고 진술하였으며 판정부는 이 같은 상황에서 발급된 국적 증명 서류는 중재 판정부가 그 기재내용을 그대로 수용할 수 없다고 판단하였다.

청구인이 1993년부터 1년 이상 이태리에 거주하였다는 증거로 자신의 서약서와 자신 회사 근무자 및 숙소 관리인의 확인서 2건, 숙소 임차 계약서 등을 제출하였다. 판정부는 이 법에서 요구하는 거주란 중단 없는 실재를 요구하거나 여행을 불허하는 것도 아니지만 상당히 지속적으로 거주하였다는 사실을 청구인이 입증해야 한다고 확인했다. 판정부는 청구인의 지속 거주에 대한 회사 근무자 및 숙소 관리인의 확인서에 상호 상충되는 사실이 있고 거주지가 등록을 의무화한 이태리 법령에 불구하고 등록되지도 않았으며 거주인에게 필수적으로 발급되는 과세 번호도 청구인이 제출하지 못했다고 지적하고 청구인이 자신의 지속 거주 사실을 충분히 입증하지 못했다고 판단하였다. 이에 따라 판정부는 청구인이 1992 국적법 13(1)(d)조에 의해 국적을 회복하였다고 인정할 수 없다고 판정하였고 따라서 이태리 국적자가 아닌 청구인은 이태리-UAE 투자협정의 보호 대상이 아니므로 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다(판정문 47-84).

134) (1) whoever has lost his [Italian] citizenship reacquires it: ... (d) one year after the date at which he established his residence in the territory of the Republic [of Italy], save in case of explicit renunciation within the same time-limit;



다. 평가 및 해설

이 사건은 청구인의 국적 보유 여부를 중재판정부가 해당국의 국적법의 규정에 의한 국적 요건 충족 여부를 살펴 본 사건이다. 국적 보유를 단지 청구인이 제시하는 여권이나 국적 증명 서한 등 외견상의 자료에 의존하지 않고 실제 해당 국가의 국적법을 들여다 본 것은 이태리-UAE 투자협정 1(3)조¹³⁵⁾에 투자자를 ‘타방 계약국 법에 의거한’ 국적 보유자라고 정의하고 있기 때문이라고 생각하기 쉽다. ICSID 중재판정의 관할권은 계약국과 타방 계약국 국민 간의 투자로부터 발생한 법적인 분쟁에 적용되고 국민은 중재에 동의한 날 현재 분쟁 당사국이 아닌 타방 계약국의 국적을 보유한 자연인이라고 ICSID 협약 25(1)조¹³⁶⁾ 및 25(2)(a)조¹³⁷⁾에 규정되어 있다. 이 조항이 ICSID 중재의 인적 관할권의 근거 규정이고, 타방 계약국의 국적을 어떻게 확인하는지 또는 정의할 것인지에 대해서 ICSID 협약은 침묵하고 있다.

국적 부여는 법률에 근거한 법률행위이므로 국적을 확인하기 위해서는 해당 국적법의 요건을 충족하는지 심리해야 하고, 굳이 투자협정에 ‘관련법에 의한’이라는 어구가 없어도 무방할 것이다. 실제 투자협정에는 이러한 어구를 생략한 채 투자자를 정의한 협정도 많이 있다. 일례로 한-인도 FTA 투자 챕터의 투자자는 타방 당사국 영토 내에 투자를 수립했거나, 수립 중이거나, 수립 예정인 일반 당사국의 국민이나 기업이라고 정의하고 있다(10.1조¹³⁸⁾). 통상의 중재판정에서 ICSID 협약이 요구하는 국적 요건 충족 여부는 중재를 동의한 날, 즉 청구인이 중재를 신청한 날짜에 청구인이 분쟁당사국이 아닌 계약국의 국적을 합법적으로 보유하고 있음을 증명하는 문건, 즉 여권이나 국적 증명서를 제출하는 것으로 같음한다. 분쟁당사국이 국적을 다룰 경우에는 제출한 문건의 진정성을 발행 국가의 권한 있는 당국으로부터 확인을 받으면 될 것이고 대개 이 단계에서 국적 확인이 끝나는 경우가 대부분이다. 이 사건에서도 청구인은 합법적으로 발행된 이태리 여권과 이태리 국적 보유자임을 증명하는 이태리 외교부의 공한을 제출하였다.

135) 1(3) ... investor of the other Contracting State is a natural person holding the nationality of that State [Italy] in accordance with its law.

136) (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or a constituent subdivision or agency of the Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

137) (2) ‘National of another Contracting State’ means: (a) any natural person who had the nationality of the Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute.

138) 10.1. ... Investor of a Party means a Party or a national or an enterprise of a Party that is seeking to make, is making, or has made, investment in the *territory* of the other Party.



이 사건이 어느 국적 사건과 다른 점은 중재판정부가 합법적인 증명 서류의 외견상의 진정성에 만족하지 않고 해당 서류가 실제로 청구인이 이태리 국적법 요건을 충족하고 있음을 검증한 후에 발급된 것인지를 심리한 것이다. 중재판정부 입장에서는 청구인의 국적이 쟁점으로 제기되었고 해당 투자협정에 ‘국적법에 따른’ 국적 보유가 적시되어 있으므로 이태리 국적법을 면밀히 살펴보아야 했을 것이다. 판정부가 국적법의 해당 조문을 살펴 국적 보유 여부의 합법성을 판정한 것은 이 사건이 유일하다.

ICSID 중재 판정에서 기업이 아닌 자연인 청구인의 국적이 문제되는 것은 대부분 이중 국적 여부 및 국적의 실효성이다. ICSID 협약 25(1)(a)조는 하단에서 이중 국적자는 ‘타방 체약국 국민’의 정의에서 제외된다는 점을 명백히 규정하고 있다. *Champion Trading vs. Egypt* 사건(ARB/02/9)에서 청구인 중 3명의 미국 시민이 포함되어 있었으나 이집트 국적 보유자임이 밝혀져 관할권 심리 단계에서 제소 적격성이 부인되었고 본안 심리는 이들을 제외한 나머지 청구인을 대상으로 진행된 바 있다. *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15) 사건에서는 이태리 국적을 근거로 중재를 신청한 두 청구인이 모두 이집트에서 출생·성장하였거나 수십 년간 이집트 국적을 유지하면서 이집트에 거주하였으므로 이태리와는 진정한 유대 관계가 없다는 항변이 이집트로부터 제기되었다. 이 사건 판정부는 ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 상대방이 타방 체약국적의 투자자임을 요구할 뿐 국적의 진정성을 요구하지 않으므로 법적인 이태리 국적자와의 투자 분쟁은 ICSID 관할권이 적용된다고 판시하였다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20)에서 터키는 청구인이 네덜란드 국민의 자격으로 중재를 신청하였지만 사실은 네덜란드, 요르단 이중 국적자로서 네덜란드와는 실질적인 관계가 없다고 주장하였으나 역시 같은 논리로 기각당했다. *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8)에서 카자흐스탄은 투자자는 실질적이고 실효적인 국적을 가져야 한다고 주장하였으나 중재판정부는 ICSID 협약은 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없고 이 사건 근거 협정인 네덜란드-카자흐스탄 투자협정에서도 실질적이고 실효적인 국적 요건을 규정하지 않았다고 지적하면서 카자흐스탄 주장을 인용하지 않았다.



가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 체결한 양허 계약상의 의무를 이행하지 않고 일방적으로 종료한 투자 유치국의 행위는 수용, 충분한 보호 및 안전 위반에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Siemens A.G.는 독일 회사로서 아르헨티나에 설립한 자회사를 통해 1998년 10월 아르헨티나 당국과 출입국 심사, 개인 식별, 선거인 명부 관리 시스템 및 종합 데이터베이스 구축, 상호 정보 및 자료 소통, 소요 기자재 구입, 설치, 관리 및 전국민 개인 식별 카드 발급 및 송부 등을 골자로 하는 최대 12년 유효기간의 양허계약을 체결하였다. 1999년 8월 아르헨티나는 10월말로 예정된 선거에 미칠 영향을 우려하여 전국민 개인 식별 카드 발급을 잠정 중단할 것을 요구하였다. 출입국 관리 시스템은 2000년 2월 개통되었으나 아르헨티나 정부가 운영 허가를 내주지 않아 하루 만에 가동 중단되었다. 2000년 2월 새 아르헨티나 정부는 전국민 개인 식별 카드 발급과 개인 식별 시스템 도입을 중단하였다. 이 제도 도입에 필수적인 지방정부와의 협의가 가능해 보이지 않는다는 이유를 제시하였다. 아르헨티나 정부는 식별 카드 및 시스템 가격 인하와 무료로 발급하는 식별 카드 분량 증대를 다시 협의할 것을 요구하였고 청구인은 아르헨티나 정부가 제시한 양허 계약 수정안을 수용하기로 하였다. 아르헨티나는 수정안을 공식적으로 승인하는 대통령령을 2000년 12월까지 공포하겠다고 약속하였으나 아르헨티나 의회는 격심해지는 경제 위기 극복을 위해 2000년 11월 국가 비상법을 제정하였다. 이 법은 대통령에게 공공 부분 양허 계약을 재교섭할 수 있는 권한을 부여하였으며 청구인은 양허 계약 수정안 승인이 촉진될 수 있다는 기대 하에 기존 양허 계약을 국가 비상법 적용 대상으로 하는 데에 동의하였다. 2001년 5월 3일 아르헨티나 정부는 기존에 합의된 계약 수정안과 상당한 차이가 있는 재교섭안을 제시하였으며 청구인이 수용을 거부하자 5월 18일 기존 계약을 일방적으로 종료하였다(대통령령 669/01호). 청구인의 이의 제기도 별도 명령을 공포하여 금지하였다.

청구인은 아르헨티나의 조치는 자신의 투자를 불법 수용한 것이며 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 의무 위반 등에 해당한다는 요지로 독일-아르헨티나 투자협정에 근거하여 2002년 5월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 최혜국대우 조항을 통한 타 분쟁해결 조항 원용

아르헨티나는 독일-아르헨티나 투자협정에 따르면 투자자가 중재를 제기하기 전 18개월 동안 국내 법원을 경유하여야 하는데 청구인이 이 요건을 준수하지 않았으므로 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 주장하였다. 청구인은 최혜국대우 조항을 통하여 이러한 요건을 두지 않은 칠레-아르헨티나 투자협정의 분쟁 조항을 원용하겠다고 주장하였다. 아르헨티나는 MFN 조항을 통하여 다른 협정의 절차 규범을 원용하는 것은 허용되지 않는다고 반박하였다. 그러나 중재판정부는 MFN 조항을 통하여 제3의 투자협정에 규정된 분쟁해결 절차를 원용하는 것은 MFN 조항을 규정한 취지에 부합하고, 또한 이는 외국인 투자자에 대한 보호의 일부로 보아야 한다면서 청구인의 주장을 인용하였다(관할권 결정문 102-103).

2) 점진적 수용

아르헨티나의 조치와 부작위로 인해 자신의 투자가 점진적으로 수용되었다는 청구인의 주장에 대해 아르헨티나는 일련의 조치가 각각 청구인의 투자에 대해 수용의 효과에 해당하는 부정적인 영향을 미쳤다는 점이 입증되지 않는다고 반박했다. 청구인 스스로 기존 계약 수정에 동의한 것은 계약상의 전체 시스템 운영을 재개한다는 아르헨티나의 약속을 신뢰했기 때문이라고 밝히고 있는 것처럼 계약 자체는 훼손되지 않았고 따라서 점진적 수용이 발생하지 않았다고 주장하였다. 아르헨티나는 청구인의 주장은 계약상 의무 이행 여부에 대한 다툼이며 국제법은 사적 계약상의 다툼에 관여할 수 없다고 주장하였다. 또한 투자협정 4(2)조 수용 조항에 수용, 국유화 및 유사 조치, 그리고 보상액은 통상의 법적 절차를 통해 심리할 수 있다고 규정되어 있으므로 이 사건 수용 여부에 대한 중재판정부의 판정 결과도 아르헨티나 국내 법정에서 다시 심리할 수 있다고 주장하였다.

중재판정부는 계약 위반을 이유로 수용 주장이 제기된 이전의 판례를 검토한 후 계약 당사자로서의 국가의 행위가 투자협정 위반으로 간주되기 위해서는, 즉 국가에게 국제적인 책임을 묻기 위해서는 국가가 공적인 권한, 정부의 권한을 행사했어야 한다고 보았다. 판정부는 이 기준을 적용할 때 아르헨티나의 계약 종료 조치(명령 669/01호)는 단순한 계약 당사자로서의 행위가 아니라 국가 비상법에 근거한 공적인 권한 행사에 해당하며 출입국 심사 및 개인 식별 시스템 가동을 위한 허가를 부여하지 않은 것도 명백한 정부 권한의 행사에 해당한다고



지적하였다(판정문246-260). 청구인이 주장하는 아르헨티나의 행위는 계약 당사자로서의 행위이므로 투자협정과 같은 국제법상의 의무 위반에 해당하지 않는다는 아르헨티나의 주장을 부인하는 것이다.

중재판정 결과를 국내 법원에서 심리할 수 있다는 아르헨티나의 4(2)조 해석도 기각되었다. 판정부는 4(2)조는 수용, 국유화 또는 이에 상응한 조치, 그리고 보상에 관한 조항으로서 법원의 심리대상이 되는 것은 이런 조치와 보상 자체이지 중재판정부의 판정이 아닌 것은 문언상 명확하다고 지적하였다(261).

점진적 수용을 구성하는 개개 조치 역시 수용의 부정적 효과를 가져야 한다는 아르헨티나 주장에 대해 판정부는 조치 각각이 독립적으로 수용의 효과를 가지지 않아도 전체로서 수용에 해당하는 효과를 가져올 수 있다고 반박하였다. 판정부는 계약 종료 조치(명령 669/01호)는 계약이 아니라 국가 비상법에 근거한 것이며 항구적인 조치로서 아르헨티나가 취한 계약상의 조치가 아닌 정부 권한 행사에 해당하는 조치 다수가 개개로 보면 수용의 효과가 없음에도 불구하고 명령 669/01호를 통해 수용으로 귀결되었다고 보았다(262-272).

판정부는 국가 비상법이나 명령 669/01호는 아르헨티나 경제 위기 타개를 위해 채택된 것으로서 수용의 공공성 요건은 충족한다고 보나 수용에 대한 보상은 지불된 바 없음이 확인되므로 아르헨티나의 조치는 보상 없는 수용으로서 투자협정 4(2)조 위반에 해당한다고 판시하였다(273).

3) 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전

판정부는 공정하고 공평한 대우 판단 기준이 국제 관습법에 따라 엄격하고 제한적이라고는 보지 않았다. 특히 다툼의 대상이 된 조치를 시행함에 있어 해당 국가의 악의 여부가 공정-공평 대우 의무 위반 판단 기준인지에 대해 판정부는 기존의 판례를 검토한 후 1개 사례 외에는 모두 악의나 적대적인 의도가 있어야 공정-공평 대우 의무 위반이 되는 것은 아니라고 판시하였다는 점을 강조하였다. 판정부는 투자협정의 목적은 투자의 보호와 증진인데 악의 있는 조치라야 공정-공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있다는 논리는 이러한 목적과 부합하지 않는다고 지적하였다.

충분한 보호 및 안전의 대상은 물리적인 안전에 국한된다는 아르헨티나의 주장에 대해서도 판정부는 무형 자산의 (있지도 않은) 물리적 안전을 보장할 수는 없을 것이며 충분한 보호 및 안전은 단순한 물리적 안전을 넘어 선 보다 넓은, 법적인 안전을 포함하는 개념이라고 판단하였다.



판정부는 기존 계약 수정 요구는 기존 계약 가격 인하를 목적으로 한 것으로서 청구인의 법적 안전성을 침해하였고 지방정부와의 합의 필요 사항을 인지하고 계약을 체결하였으면서도 지방정부와의 합의가 곤란하다는 이유로 계약상 의무를 이행하지 않았으며 계약 종료에 대한 보상과 이의 제기를 금지한 것은 모두 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 해당한다고 판단하였다(299-309).

4) 자의적·차별적인 대우

판정부는 자의적·차별적 조치 판정에 있어 차별의 의도가 결정적이거나 필수적인 요소는 아니며 해당 조치가 문제가 된 투자에 미친 영향이 결정적인 기준이라고 보았다. 판정부는 청구인이 시비하는 자의적·차별적 조치는 모두 공정·공평 대우 및 충분한 보호 및 안전 의무 위반이라고 이미 판정되었으며 이들 조치가 자의적이고 차별적이라는 청구인의 입증이 충분하지 않은 점을 지적하고 해당 조치의 자의적·차별적 조치 해당 여부 판정은 불필요하다고 언급하고 더 이상 심리를 진행하지 않았다(319-321).

다. 평가 및 해설

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 이 사건 판정부는 계약 당사자로서의 국가의 행위가 투자협정 위반으로 간주되기 위해서는, 즉 국가에게 국제적인 책임을 묻기 위해서는 국가가 공적인 권한, 정부의 권한을 행사했어야 한다고 보았다. 판례 역시 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다.

Waste Management vs. Mexico 2차 사건(ARB(AF)/00/3) 판정부는 청구인의 물리적 재산이 점거, 탈취되지 않았으며 시정부의 계약상 의무 불이행으로 인해 자신의 양허 계약상의 권리가 수용된 것이나 다름없다는 청구인의 주장에 대해 중재판정부는 정부의 계약 준수위반을 수용과 동일 또는 상당한 것과 동일하다고 단정할 수 없다고 지적하고 시정부가 일부 계약상의 의무를 위반한 것은 인정되나 단순한 계약 위반이 재산의 탈취나 수용에 상당한 조치가 되는 것은 아니라고 언급했다.

Vannessa vs. Venezuela 사건(ARB(AF)/04/6) 판정부는 국제법상 수용이 성립하려면, 문제된



국가의 행위가 계약 당사자의 지위를 넘어 주권 행사(exercise of sovereign authority)에 기한 것이어야 하는데 베네주엘라는 청구인의 계약 위반 행위에 대해 계약 당사자로서 이를 해지한 것이며 여기에 국가의 주권 행위가 개입되었다고는 볼 수 없고 청구인이 다투는 관련 부지 몰수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치이지 수용 행위가 아니라고 판정하였다(판정문 207-214). 리투아니아의 양허 계약 종료의 수용에 해당하는지가 쟁점이 되었던 *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8)에서 중재판정부는 수용은 계약당사자가 아니라 주권 기관이 행사하는 공적인 조치인데 양허 계약의 종료는 계약의 일방 당사자인 리투아니아측이 이 계약의 종료 조항에 근거하여 행사한 계약 당사자의 행위이므로 수용은 아니라고 정리하였다(판정문 443-448).

OPC vs. Ecuador 사건(ARB/06/11) 판정부는 에콰도르가 청구인의 귀책사유를 빌미로 석유 개발 사업 계약 자체를 취소한 조치는 과도하며 청구인의 사업권이 영구적으로 탈취 당했으므로 수용에 상당하는 조치라고 판정하였다(판정문 454-455). 우크라이나의 호텔 공동 경영 협약 중단 조치가 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 *Alpha vs. Ukraine* 사건(ARB/07/16)에서 중재판정부는 청구인의 경제적 가치가 보상 없이 실질적으로 탈취된 것이고 그 효과가 영구적이며 그 행위의 주체는 정부이므로 수용에 해당한다고 보았다. 우크라이나는 경영 협약 중단 조치는 해당 호텔의 상업적 판단에 의한 것이고 정부 당국의 주권적인 권력 행사가 아니라고 반박했으나 중재판정부는 국가 행정청 소속의 호텔의 행위는 우크라이나 정부에 그 책임이 귀속되는 것이며 정부가 상업적인 기관인 호텔을 통제하여 계약상의 의무를 위반토록 조치한 결과, 청구인의 재산이 사실상 수용된 것이라고 정리하였다(판정문 409-412).

청구인과 국립대학 간에 체결된 계약이 정부 권고에 의해 종료되었다고 주장된 *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11)에서 청구인은 재무부가 국립대학에 계약 종료를 지시한 것은 사실상 수용에 해당한다고 주장하였으나 중재판정부는 수용이 인정되기 위해서는 재무부의 행위가 계약상 청구인의 권리를 실질적으로 박탈(substantial deprivation)할 정도라야 하나 재무부는 대학으로 하여금 계약 종료까지도 포함하여 검토할 것을 권고한 것이 명백하므로 계약 종료를 지시한 것이라고 볼 수 없다고 판단하고 수용 주장을 배척하였다(판정문 213-220). 헝가리가 공공적인 목적 아래 청구인과의 관광 지구 개발 사업 계약을 종료한 것이 수용에 해당한다고 시비된 *Vigotop vs. Hungary* 사건(ARB/11/22)에서 판정부는 계약 종료에 대한 공공의 목적이 인정되지만 헝가리의 양허 계약 종료 행위는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사이며 부당하게 남용되지 않았으므로 수용에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.



45

Champion Trading vs. Egypt 사건(ARB/02/9)

가. 사건 개요

이 사건은 면화 고시가와 시장 가격의 차이를 보전해주는 이집트의 정책에 대해 청구인이 차별 문제를 제기하였으나 청구인은 가격 차이 보전 제도를 향유할 자격이 없으므로 차별이 아니라고 판시한 사건이다.

청구인 Champion Trading과 Ameritrade International은 미국 회사로서 이집트 회사인 National Cotton Company(NCC)의 대주주들이다. NCC는 원면 구매, 면화 생산, 판매 회사이다. 1994년 이전 이집트의 면화 산업은 국유화 상태였고 모든 원면은 정부가 운영하는 수매소가 정부 고시가로 독점 매입하여 면화 회사에 역시 고시가로 독점 판매하였다. 면화 회사가 수매소에서 구매한 면화를 시장에서 재판매하는 가격이 구매 고시가보다 높을 경우 면화 회사는 수익을 보게 되지만 그 반대의 경우에는 손실이 발생한다. 정부는 이러한 손실을 이후에 보전하여 주었다. 1994년 이집트 면화 산업이 민영화되어 면화 거래소가 설립되었고 면화 거래소에 등록이 되지 않은 회사는 거래소 외 시장에서 직접 판매, 구입할 수 있었다. 원면 생산업자도 면화 거래소와 일반 시장을 자유롭게 선택하여 판매할 수 있었다. 국유화 시절 운영하였던 수매소도 계속 운영하였고 수매소 가격과 시장 가격 차이를 정부가 보전하여 주는 제도도 계속되었다. 통상 면화가 풍작일 경우 시장 가격이 고시가보다 낮아졌다. 1994년 8월 설립된 NCC는 생산, 판매, 고용원 규모 면에서 당시 최대의 민간 면화 회사였다. 청구인은 1997년 4월 NCC의 지분을 매입하였다. 이집트 정부는 1997년, 1998년, 2000년, 2002년, 2003년 5차례에 걸쳐 가격 보전금을 지불하였다. 수혜자는 모두 이집트 공공 회사들이었으며 NCC는 제외되었다. 청구인은 가격 보전금을 NCC에 지불하지 않은 것은 미국-이집트 투자협정의 내국민 대우 조항과 공정-공평 대우 조항을 위반한 것이라고 주장하고 2002년 5월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 내국민 대우 의무 위반

미국-이집트 투자협정 II(2)(a)조는 타방 계약국의 투자와 투자와 관련된 활동에 대해 유사한 환경에서 자국민이나 제 3국민의 투자나 투자 활동에 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여해야 한다고 규정하고 있다. 청구인은 가격 보전을 받은 공공 회사나 자신 모두 원면 구입, 면화 생산, 판매에 종사하는 기업이므로 유사한 환경에 있으며 공공 회사는 가격 보전을 받은 반면 자신은 받지 못했으므로 일단(*prima facie*) 차별의 존재는 입증되었다고 주장하고 이러한 차별이 정당하다는 점은 청구인이 입증해야 한다고 주장하였다.

판정부는 청구인과 공공 회사가 유사한 환경에 있지 않다고 확인하였다. 판정부는 이집트가 제출한 자료와 설명에 따르면 1997년도 가격 보전금은 1994년 민영화 이전의 누적된 가격 보전금을 일괄 지불한 것인데 1994년 이전에는 NCC가 설립되지도 않았고 이집트 면화 산업 전체가 국유화되어 있어서 NCC와 같은 민영 회사는 면화 공공 구매, 판매 제도 자체를 이용할 수 없었으므로 NCC와 공공 회사는 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정하였다(판정문 135-143).

1998년, 2000년, 2002년, 2003년 가격 보전금은 모두 당해 년도 전년의 면화 작황이 좋아 시장 가격이 수매소 고시 판매가보다 낮게 형성된 관계로 원면을 수매소에서 매입하여 시장에 재판매한 원면 회사는 손실을 보게 되었다. 수매소 매입 분량 및 가격, 재판매 가격 및 물량 등 가격 보전 대상이 되는 거래 자료는 회계 관련 기관에서 확보하고 있었다. 이집트 정부는 이 거래 자료를 토대로 공공 회사들의 가격 보전금을 산정하여 지불한 것이었다. NCC는 민영 회사여서가 아니라 수매소에서 원면을 구매할 기록이 없어서 가격 보전 지급 대상이 될 수 없었다. 판정부는 위와 같은 상황에서 공공 회사와 NCC가 유사한 환경에 있다고 볼 수는 없다고 판단하고 NCC가 주주의 국적으로 인해 유사한 환경에 있음에도 불구하고 공공 회사에 비해 불리한 대우를 받았다는 청구인의 주장을 기각하였다(144-156).

2) 불투명성

청구인이 원용한 투자협정 II(4)조는 투자에 대한 대우, 보호, 안전은 국제법과 국내법의 요구 수준보다 낮아서는 안 된다고 규정하고 있었으며 이는 여타 투자협정에 통상 포함되어 있는



공정하고 공평한 대우, 충분한 보호 및 안전, 비차별, 자의적 조치 금지 등에 해당하는 조항이었다. 청구인은 이집트가 공공 회사에만 가격 보전금을 지불한 행위의 근거와 객관적인 기준, 내역 등이 공개되지 않아 투명성이 결여된 조치라고 주장하고 이는 II(4)조 위반에 해당한다고 시비하였다.

이집트는 보전 가액은 공표되고 가액 산정은 독립적인 회계 기구의 보고서를 토대로 산정된다고 반박하고 이에 관한 증거를 제출하였다. 판정부는 주장에 대한 입증책임은 주장하는 자에게 있다는 원칙을 환기하고 청구인으로 하여금 이집트의 조치가 불투명하다는 주장을 구체적으로 입증할 것을 요구하였으나 청구인은 어떠한 증거는 물론 타당한 논박도 제시하지 못하였다고 비난하고 청구인의 주장을 기각하였다(157-164).

다. 평가 및 해설

1) 내국민 대우

모든 투자협정에는 예외 없이 외국인 투자자에 대해 유사한 환경에 있는 자국의 투자자에 비해 불리하지 않은 대우를 부여한다고 규정하고 있다. 물론 투자와 관련된 활동에 있어서이다. 투자와 무관한 모든 영역에서의 동등 대우까지 보장하는 것은 아니다. 이러한 대우를 내국민 대우라고 칭한다. 최혜국대우와 더불어 투자협정이 외국인 투자자에게 제공하는 실질적인 권리 중의 대표적인 것이다. 워낙 당연하고 핵심적인 권리이고 연원이 오래된 권리라 ICSID 중재 판정에서 내국민 대우 의무 위반으로 확인된 사건은 3건에 불과하고 모두 멕시코의 동일 조치에 한해서이다. 그만큼 내국민 대우는 광범위하게 착실히 제공되고 있는 외국인 투자 보호 조치이다.

실제 상황에서는 외국인 투자자가 내국민보다 더 많은 특혜를 받고 있다. 대부분의 국가가 외국인 투자들 유치하기 위해 조세 감면, 부지 제공 등의 혜택을 부여하고 있으므로 내국민과 동등하게 대우한다는 것은 가장 초보적인 보호 기제의 하나일 뿐 외국인 투자자를 유치하는 유인은 아니다. 내국민 대우의 요건을 한중 FTA 투자 챕터 12(3)조¹³⁹⁾ 문안을 기준으로 살펴 보면 i) 투자 활동에 있어서(협정에 따라서는 투자 활동을 설립, 획득, 확장, 경영, 관리 등

139) Each Party shall in its territory accord to investors of the other Party and to covered investment treatment no less favorable than that it accords in like circumstances to its own investors and their investments with respect to investment activities.



구체적인 행위를 나열하기도 한다), ii) 유사한 환경에 있는 자국의 투자자와 투자에 부여하는, iii) 대우보다 불리하지 않은 대우를 외국인 투자자와 투자에게 부여할 것으로 나눌 수 있다.

2) 유사한 환경

이상의 요건 중 지금까지 ICSID 투자 분쟁에서 쟁점이 된 것은 대개 유사한 환경 여부이다. 유사한 환경 여부는 내국민 대우 의무 위반 여부 판정에 있어 핵심적인 요건이다. ICSID 중재 판례를 보면 유사한 환경은 동일한 사업 영역, 동일한 경제 분야, 산업 영역이라고 넓게 정의한 판례도 있고 같은 금융 기관이라 할지라도 중점 업무 영역이 다르면 유사한 환경에 있다고 보지 않은 판례도 있다. 같은 사업, 경제 영역에 있는 내국민 투자자라고 하여도 외국인 투자자와 처한 상황이 다르면 유사한 환경에 있다고 판단하지 않는다. ICSID 판례를 보면 외국인 투자자와 소송 중에 있는 내국민 경쟁 업체는 유사한 환경에 있다고 인정하지 않았으며 반드시 소송 당사자인 외국인 투자자와 직접적인 경쟁 관계에 있는 국내 기업으로 한정하지도 않았다. 국내 법규를 직접적으로 집행, 적발할 수 있는 국내 제약 업체와 그렇지 못한 국외 제약 업체는 동일한 산업, 경제 영역에 있지만 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정하여 내국민 대우 의무 위반을 인정하지 않은 판례도 있다.

UNCITRAL 중재 판정까지 포함하여 검토하면 차별의 존재와 차별의 정당화가 심리된 것이 있다. *S.D. Myers vs. Canada* 사건 판정부는 내국민 대우 의무 위반은 법률상(*de jure*)으로나 사실상(*de facto*)으로 모두 가능하다고 보았다. 따라서 내국민 대우 의무 위반과 관련한 분석의 범위는 법령에 근거한 차별은 물론 표면적으로는 차별적이지는 않으나 실질적으로는 외국인 투자자에게 차별적인 영향을 미치는 사실상의 차별 대우도 포함된다. 이와 같이 내국민 대우 기준이 사실상의 차별 조치에 따라 인정될 수 있다는 점은 이후 중재 판정부에서 일관되게 인정되고 있다. 또한 이 사건 판정부는 외국인 투자자가 사실상의 차별을 주장하는데 있어 투자 유치국의 차별 의도까지 입증할 필요는 없다고 보았다. 이후 중재 판례에서도 투자 유치국의 차별 의도는 입증할 필요가 없다는 점이 널리 인정되고 있다.

GAMI vs. Mexico 사건 판정부는 외국인 투자자와 자국 투자자가 서로 다른 대우를 받고 있는 경우에도 그러한 차별이 합리적인 정책 목표에 비추어 정당화될 수 있는지 검토해야 한다고 보았다. 이 사건 판정부는 멕시코 정부가 경영 상태가 심히 부실한 제분소를 공공 이익을 위해 수용한 조치가 경영 상태가 정상이어서 수용되지 않은 외국인 제분소를 차별 대우한 것인지에



내국민 대우 의무 위반이 아니라고 판시하였다. 그러나 이는 정당한 목적이 있으면 차별 대우가 무방하다는 의미는 아니다. 판정부는 경영 상태 부실, 안정적인 식량 공급이라는 차원에서 국내외 제분업자가 동일한 경제적 환경에 있지 않으므로 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정한 것이지 정당한 정책적 목적이 있으면 내국민 대우 의무 위반이 성립하지 않는다는 것은 아니다.

ICSID 중재 판정인 *Lowen vs. USA* 사건(ARB(AF)/98/3)에서 중재판정부는 분쟁 당사자인 소송 상대방은 내국민 대우 조항에서의 비교대상인 유사한 환경의 내국인 투자자가 될 수 없다고 확인했다(판정문 139-140). 세액 환급 구비 서류를 모두 제출하지 못했음에도 불구하고 국내 업체는 환급을 받은 것이 내국민 대우 의무 위반인지가 쟁점이 되었던 *Feldman vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/99/1)에서 판정부는 멕시코의 내국민 대우 의무 위반을 인정하였다(판정문 165-172). 청구인의 주장은 자신이 환급을 받지 못한 시기에 타 국내 업체는 환급을 받았으니 내국민 대우 의무 위반이라는 주장인데 비록 시기는 다르지만 국내 업체도 어떤 때는 환급을 받고 어떤 때는 못 받았다는 측면에서 보면 내국민 대우 의무 위반 주장은 성립하지 않는다는 소수 의견이 부가되었다.

Champion Trading vs. Egypt 사건(ARB/02/9)에서는 이집트 원면 회사는 가격 보전을 받은 반면 청구인 원면 회사는 그렇지 못한 것이 시비가 되었는데 판정부는 이집트 회사에 대한 가격 보전은 청구인이 설립되기 전에 누적된 가격 보전금을 뒤늦게 일괄 지불하는 것이므로 청구인과 이집트 회사는 동일한 원면 구매업에 종사함에도 불구하고 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판정하였다(판정문 135-143). *ADM & TLLA vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/05)에서 멕시코는 자국의 설탕 업자가 미국에서 겪는 상황과 미국의 설탕 업체가 멕시코에서 겪는 상황이 다르므로 유사한 환경에 있는 내외국인을 차별 대우한 것이 아니라고 주장하였으나 중재판정부는 유사한 환경이란 동일한 경제 분야, 사업 분야에 있는 기업을 비교해야 한다고 보고 청구인 회사와 멕시코 설탕 산업은 동일한 분야에 있고 가당제 공급에 있어 정면으로 경쟁 중이므로 유사한 환경에 있다고 판단하였다(판정문 198-203).

Cargill vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/2)에서 멕시코는 멕시코 설탕 업체는 흉작, 대미 수출 부진, 수요 감소 등으로 파탄 상태에 있었고 미국 업체는 호황이었으므로 유사한 환경에 있지 않았다고 주장하였다. 중재판정부는 제분소의 경영 상태라는 경제적 환경이 상이하므로 유사한 환경에 있지 않다고 판단한 *GAMI vs. Mexico* 사건(UNCITRAL)과 달리 이 사건 조치는 *GAMI*



사건처럼 열악한 경제 환경에 있는 업계를 지원하려는 것이 아니라 호황 상태에 있는 업계에 불이익을 주어 시장에서 퇴출시킴으로써 미국 정부로 하여금 NAFTA상의 의무를 이행하도록 압박하려는 것이 본래 목적이라고 간파하였다. 따라서 이 조치는 미국 정부에 영향을 미칠 수 있는 자에게 초점이 맞추어진 것이지 경제적 환경이 주로 고려된 것은 아니라고 보고 중재판정부는 청구인과 멕시코 국내 업체는 유사한 환경에 있었다고 판시하였다(판정문 208-210).

Renee Rose Levy vs. Peru 사건(ARB/10/17) 판정부는 차별은 유사한 환경에 있는 그룹이나 분류 사이에 존재하는 것으로서 청구인이 제시한 페루의 금융기관은 청구인과 같은 은행이기는 하나 은행의 규모와 중점 업무분야가 현저하게 차이가 나므로 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 393-400). *Apotex vs. USA* 사건(ARB(AF)/12/1) 판정부는 미국 법령의 직접 적용 대상이 되는 국내 제약사와 미국 법령과 권한을 직접 행사할 수 없는 외국 소재 제약사에 대한 미 식품의약청(FDA)의 행정적인 조치의 차이는 불가피하다고 보았으며 이러한 차이는 국내 업자와 외국 업자가 유사한 환경에 있지 않기 때문이라고 판시하였다(판정문 8.48-8.58).



46

Salini vs. Jordan 사건(ARB/02/13)

가. 사건 개요

이 사건은 계약상의 분쟁을 계약에 명시된 분쟁해결 절차를 활용하지 않고 투자협정에 규정된 ICSID 중재 절차에 회부할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Salini Costruttori S.A.는 이태리 건설 회사로서 1993년 요르단 수자원청/요르단 계곡 개발공사(JVA)와 Karameh댐 건설 공사 계약을 체결하고 1997년 완공하였다. 건설 비용은 월별 공사 진척도에 따라 공사 감독관의 승인 하에 지불되었는데 공사 기간 중 Salini사는 수 차례의 추가 비용을 청구하였으나 공사 감독관이 기각하였다. 또한 공사 종료 후 최종 정산 과정에서 기존 영수한 공사비 외에 추가로 지불해야 할 공사 대금에 관해 양측간의 현저한 의견 대립이 있었다.

공사 계약 67조에 의하면 계약상의 분쟁은 중재에 회부하기로 합의되지 않으면 요르단 국내 사법 절차를 통해 해결되어야 했다. 요르단 측이 계약상의 분쟁을 중재에 회부하기 위해서는 사전에 각료 이사회의 승인을 받아야 했다. Salini사는 2000년 2월 개최된 이태리-요르단 총리 회담시 요르단 총리가 각료 이사회 승인을 약속했다고 주장하였으나 요르단측은 이를 부인하였다.

2002년 8월 Salini사는 이태리-요르단 양자 투자협정을 근거로 ICSID에 중재를 신청하였으며 요르단은 양자간의 분쟁은 계약상의 분쟁이지 투자협정의 의무 위반을 다투는 것이 아니므로 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자협정 9(2)조에 의한 ICSID 관할권 배제 여부

이태리-요르단 투자협정 9(2)조¹⁴⁰⁾는 투자자와 계약국의 기관이 투자 계약을 체결하였을 경우

140) 9(2) In case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.



이 계약상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 한다고 규정하고 있다. 중재판정부는 문제의 계약이 ‘투자 계약’에 해당하고 JVA의 요르단 국내법상 법적 지위가 ‘계약국의 기관’에 해당된다는 점을 확인한 후 조문에 계약상의 분쟁은 계약에 기재된 분쟁 절차를 이용해야 한다고(shall) 기술되어 있으므로 여타 분쟁해결 절차의 적용은 배제된다고 판정하였다. 즉 계약상의 분쟁에 ICSID는 관할권이 없다고 본 것이나 다만 9(2)조가 양자 투자협정의 여타 규정에 대해 ICSID가 가질 수 있는 관할권을 박탈하는 것은 아니라고 판단하였다(관할권 결정문 93-96).

2) 투자협정 9(1)조, 9(3)조

이태라-요르단 투자협정 9(1)조는 투자자와 계약국간의 분쟁은 최대한 우호적으로 해결하도록 노력한다는 원칙을 천명하고 있고 9(3)조는 우호적 해결이 안 될 경우 계약국 국내 사법 절차나 ICSID 중재를 이용토록 규정하고 있다. 중재판정부는 두 조항은 투자자와 계약국간의 분쟁에 관한 것이고 이 사건에서 JVA는 요르단 국내법에 따르면 법인격이 인정되는 독립적인 단체로서 계약국의 기관에 해당하는바 두 조항이 계약국의 기관과 투자자간의 분쟁에도 적용되는지에 대해서는 보다 심층적인 검토가 필요하다고 보았다. 그러나 이 사건의 경우 이미 9(2)조에 의해 여타 분쟁해결 절차의 적용이 9(3)조의 절차를 포함하여 배제되었으므로 굳이 9(3)조의 적용 여부를 살펴 볼 이유가 없다고 판시하였다(100-101).

3) 최혜국대우

청구인은 이 사건에 대한 ICSID의 관할권은 투자협정 3조 최혜국대우에 의해서도 성립한다고 주장하였다. 즉 3조는 여타 국가에 부여한 혜택과 동등한 대우 의무를 규정하고 있는데 요르단-미국, 요르단-영국 양자 투자협정은 이 건과 같은 건설 계약상의 분쟁도 ICSID 중재에 회부할 수 있다고 규정하고 있으므로 3조 최혜국대우 조항상 요르단도 이 사건에 대한 ICSID 중재를 수용해야 한다고 주장하였다.

중재판정부는 최혜국대우 조항 문안은 투자협정 별로 다소 차이가 있으며 영국의 협정이 주로 최혜국대우가 분쟁해결 조항에까지 미친다고 명기하기도 하도 다른 투자협정은 이와 같은 명문이 없이 투자협정에 포함된 ‘모든 권리’, 투자협정의 ‘모든 문제’에 적용된다는 내용을 규정하고 있다고 소개하였다. 그러나 이 사건의 경우 투자협정 3조는 분쟁해결까지 확장된다거나 모든 권리나 모든 문제에도 적용된다고 서술되어 있지 않고 계약국이 협정 체결시 그러한



의도를 가지고 있었거나 그러한 관행을 시행하고 있다는 점이 청구인에 의해 입증되지도 않았다고 지적하였다. 오히려 판정부는 투자협정 9(2)조의 규정상 계약상의 분쟁에 대해서는 해당 계약에 규정된 분쟁해결 절차를 배타적으로 적용하려는 것이 체약국의 의도로 보인다고 판단하고 이 건에 대해서는 관할권이 없다고 확인하였다(116-119).

4) 우산 조항

이태라-요르단 투자협정 2(4)조는 아래와 같이 규정하고 있다.

Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all understanding assumed with regard to each specific investor.

청구인은 위 조문과 유사한 문안이 포함된 스위스-필리핀 투자협정 X(2)조¹⁴¹⁾를 근거로 *SGS vs. Philippines* 사건 판정부가 이 조항상 투자 유치국이 계약상의 의무를 포함하여 구속력 있는 의무를 준수하지 못했을 경우 이는 투자협정 위반이 된다고 판시하였다고 제시하고 이 사건의 경우 요르단이 Salini사와의 계약 의무를 준수하지 못했으므로 위 2(4)조에 의거, 투자협정 위반을 구성하며 따라서 ICSID의 관할권이 인정된다고 주장하였다. 요르단은 *SGS vs. Pakistan* 사건 판정부는 위 2(4)조와 유사한 내용이 기재된 스위스-파키스탄 투자협정 11조¹⁴²⁾가 국가의 계약 의무 위반이 자동적으로 국제법 위반으로 격상되는 것이라고 주장하는 근거로 원용될 수 없는 것으로 판시하였다고 소개하고 청구인의 주장을 반박하였다.

중재판정부는 이태라-요르단 투자협정 2(4)조는 두 당사자가 인용한 협정의 조문과 다소 상이하게 구성되어 있음을 지적하였다. 2(4)조상 요르단은 필리핀의 경우와 다르게 타방 체약국 투자자의 특정 투자에 관해 부담한(assumed) 의무를 준수하겠다고 약속하지 않았으며 파키스탄의 경우와 다르게 타방 체약국 투자자의 투자에 관해 개시한(entered into) 약속의 준수를 보장하지도 않았다고 보았다. 문안상 체약국의 약속은 투자에 우호적인 법적인 골격을 수립 및 유지하는 것이며 그 법적인 골격이란 법에 근거한 대우의 지속성을 투자자에게 보장하는 수준이라고 보았다. 필리핀의 경우처럼 의무를 준수하는 수준은 아니라는 것이다. 중재판정부는 요르단이

141) X(2) Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

142) 11. Each Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



계약상의 의무를 준수해야 할 의무는 있으나 그러한 약속이 양자 투자협정에 반복되지 않았으므로 요르단의 의무는 그 성격상 계약에 국한되는 것이며 계약에 기재된 분쟁해결 절차의 구속을 받는 것이라고 판정하였다(123-127).

5) 투자협정 위반 해당 여부

Salini사는 요르단의 계약 위반 행위는 투자협정의 공정하고 공평한 대우, 차별 금지 위반에 해당한다고 주장하였으며 요르단은 설사 위반이 인정된다 하더라도 계약 위반일 뿐 협정 위반은 아니라고 반박하였다.

중재판정부는 협정 위반에 해당한다고 Salini사가 주장하는 구체적인 행위의 내용과 그 근거가 불충분하다고 지적하였다. Salini사가 협정 위반의 주장만 할 뿐 왜 협정 위반에 해당하는지 충분한 논거와 증거를 제시하지 못했다고 지적하였다. 중재판정부는 그러나 Salini사가 주장하는 사실이 협정의 공정-공평 대우, 차별 금지 위반에 해당하지 않는다고 처음부터 배제할 수는 없으며 협정 위반 해당 여부는 주장하는 사실이 입증될 수 있는지에 달려 있다고 보았다. 따라서 협정 위반이 아니므로 관할권이 없다는 요르단의 주장도 수용하지 않았다.

본안 심리에서 Salini사는 요르단이 이 건 분쟁을 계약 67조 규정에 따라 중재에 회부하기로 동의한 것으로 간주할 수 있는 각종 정황 자료를 제출하고 이 약속을 준수하지 않았으므로 공정-공평 대우 의무 위반, 차별 금지 위반이라는 주장을 전개하였다. 특히 2000년 2월 양국 총리 회담시 양측은 이 건을 계약상의 중재에 회부하기로 구두 합의하였다고 주장하였다. 그러나 Salini측은 이를 입증할 양국 공동의 문건은 제시하지 못하였고 이태리측의 자체 문건만 제시하였다. 요르단측은 총리 회담시 중재 회부가 합의되지 않았으며 요르단 총리는 중재 개시에 필요한 각료 이사회 동의 여부를 확인해 보기 위해 각료 이사회에 상정하도록 노력하겠다는 취지로 언급했을 뿐이고 실제 각료 이사회에서 논의한 결과, 중재 개시가 승인되지 않았다고 반박하였다.

중재판정부는 입증 책임은 이를 주장하는 측에 있다는 원칙을 제시하고 중재 개시에 합의하였다는 주장을 Salini사가 하고 있으므로 이를 Salini가 입증하여야 하며 자신이 작성한 일방적인 문서로는 입증이 충분하지 못하다고 지적하였다. 중재판정부는 Salini의 주장과 제출된 증거로 볼 때 요르단이 중재 개시 동의를 하고 이를 준수하지 못했다는 볼 수 없다고 판정하고 요르단의 투자협정 위반을 인정하지 않았다(판정문 99-103).



다. 평가 및 해설

1) MFN 조항에 의한 관할권 확대

투자협정에서 최혜국대우는 제 3국 투자자와 동등한 대우를 보장하는 기능을 하는 보호의 핵심 조항이다. 투자협정의 각종 권리 보장 조항은 그 대상이 외국인인 투자 유치국 내에 행한 투자를 그 대상으로 하지만 최혜국대우 조항과 내국민 대우 조항은 투자자까지 보호 대상으로 하고 있다. 최혜국대우의 이러한 광범위한 보호 기능이 발현되는 통로는 최혜국대우 조항 자체의 위반을 규제하는 것과 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 보다 유리한 조항을 차용해오는 것이다. 타 협정의 실질적 권리 보장에 관한 조항을 최혜국대우 조항을 통해 해당 사건에 원용할 수 있다는 것은 널리 받아들여지고 있다. 타 협정의 절차적 규정도 원용해올 수 있는지가 논쟁이 되고 있다. 특히 분쟁 조항의 원용 여부는 논쟁의 핵심으로서 지금까지 10건의 ICSID 판정이 이 쟁점을 심리하였으나 판정부의 견해는 일치하지 않는다. 7:3의 비율로 분쟁해결 조항은 최혜국대우 조항을 이용하여 차용해올 수 있다는 견해가 소수설이기는 하다.

Salini사는 이태리-요르단 투자협정의 최혜국대우 조항에 의거하여 요르단-미국 투자협정, 요르단-영국 투자협정의 관할권 관련 조항이 이 사건에도 적용될 수 있다고 주장하였다. Salini사는 구체적인 사례로 *Maffezini vs. Spain* 사건(ARB/97/7)을 제시하기도 하였다. 이 사건에서 청구인은 아르헨티나-스페인 투자협정의 최혜국대우 조항을 근거로 칠레-스페인 투자협정의 분쟁해결 조항을 해당 사건에 적용하려고 하였다. 아르헨티나-스페인 투자협정은 국내 사법 절차 종료 이후에 ICSID 중재를 이용토록 규정하고 있었으나 칠레-스페인 투자협정에는 이러한 제한이 없었기 때문이다. 해당 사건 판정부는 청구인의 주장을 인용하여 국내 사법 절차가 종료되지 않아도 ICSID에 중재 관할권이 인정된다고 판시하였다.

이 사건 중재 판정부는 *Maffezini vs. Spain* 사건 판정에 대해 treaty shopping의 불확실성을 조장했다고 비판하였다. 아울러 해당 사건 판정부가 단지 투자협정의 문언만을 보고 위와 같이 판시한 것이 아니라 당시 스페인 정부의 관행과 정책이 자국민의 해외 투자에 대해서 투자 유치국의 국내 절차에 구속되지 않고 국제 절차를 이용할 수 있게 하려는 방향이었다는 점도 감안하여 청구인이 스페인 국내 절차를 우선 이용하지 않고 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 해석한 것이라고 설명하기도 하였다.



최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 차용하는 것이 가능한지는 ICSID 중재 판정 대립이 심한 이슈이다. 이에 관한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에 수록하였다.

2) 우산 조항

이 사건에서 청구인과 요르단이 각각 제시한 *SGS vs. Pakistan* 사건과 *SGS vs. Philippines* 사건 판정은 동일한 사안에 대해 상반된 입장을 보이고 있어 투자 분쟁의 우산 조항을 논하는데 있어 흔히 인용되는 판례들이다. *SGS vs. Pakistan* 사건 판정부는 투자 계약 위반이 곧 투자협정 위반을 구성하는 것은 아니며 투자 계약 위반은 계약 내의 분쟁해결 절차를 이용해야 한다는 입장을 취했다. 그 근거로 판정부는 스위스-파키스탄 투자협정 11조의 입법, 행정, 계약상의 약속(commitments)을 항상 준수하여야 한다는 것은 새로운 국제법 의무를 발생시키는 것은 아니라고 보았다. 투자에 관한 약속의 주체는 지방 자치 단체 및 공공 단체 등도 포함하고 있으므로 계약 위반이 협정 위반이 되면 이 조항의 규제 대상이 지나치게 넓어진다고 설명하였다. 또한 유용성 원리(*effet utile*¹⁴³⁾)에 따라라도 계약 위반이 협정 위반을 구성하면 투자협정의 실체적 의무 규정이 무의미하게 된다고 이해했다. 판정부는 계약 위반이 협정 위반을 구성하지 않으면 11조가 무의미하게 된다는 반론에 대해서 우산 조항은 약속 이행에 필요한 입법 등의 조치를 할 의사 표명이라고 이해할 수 있다고 반박하였다. 따라서 계약의 분쟁해결 조항을 투자 유치국이 거부하는 경우 등 예외적인 경우에 한하여 계약 위반이 협정 위반을 구성한다고 볼 수 있으므로 11조가 무의미하게 되는 것은 아니라고 하였다¹⁴⁴.

이와 달리 *SGS vs. Philippines* 사건 판정부는 스위스-필리핀 투자협정 10(2)조의 여하한 의무(any obligation)는 국내법상의 의무, 즉 계약상의 의무도 포함한다고 언명하였다. ‘투자과 관련된 특수한 의무’에서 수용국이 부담하는 의무는 통상적으로 국내법적 의무라고 본 것이다. 아울러 판정부는 투자협정의 목적은 투자에 유리한 환경을 창출하는 것이므로 규정이 불명확한 경우 투자 보호에 유리하게 해석해야 한다고 실시하였다. 판정부는 또한 우산 조항은 계약의 분쟁해결 조항을 원천적으로 우선(override) 하는 것은 아니며 순수한 계약 의무 위반에 대해서는 계약상의 분쟁해결 절차를 이용할 수도 있겠으나 10(2)조에 의해 계약상의 의무가

143] 조약 규정은 실제 의미와 효과를 갖도록 해석하여야 한다는 조약 해석의 기본 원리 중의 하나

144] 김여선, *양자간 투자협정의 우산조항에 관한 연구*, 국제거래법연구 제 18 집 제 1 호 pp 170-171



투자협정의 위반으로 인정되는 사안에 대해서는 투자협정의 분쟁해결 절차가 적용되는 것으로 해석해야 한다고 판단하였다. 이번 사건의 판정부는 상호 대립되는 위 두 사건의 판정에 대해 어느 쪽의 입장이 타당한지에 대해서는 견해를 밝히지 않고 이태리-요르단 투자협정의 우산 조항 문안이 위 사건에서 심리된 투자협정의 문안과 다르다는 점을 들어 자신의 판정 논리를 구축하였다.



47

CDC vs. Seychelles 사건(ARB/02/14)

가. 사건 개요

이 사건은 사업 설계 능력이 없는 세이셸이 거대 개발 금융 회사인 청구인의 내부 자료를 신뢰하여 청구인으로부터 대출금을 기채하였다가 이를 상환하지 못한 것에 대해 해당 계약 위반이 인정된 사건이다.

청구인 CDC Group은 영국 정부가 투자한 개발 금융 전문 회사로서 1990년과 1993년 세이셸 공화국에 총 200만 파운드를 대출하여 주었다. 세이셸은 발전 설비 구매를 위해 기채하였으며 구매하려는 발전 설비가 적절한 것으로 평가한 CDC사의 대출 심사 자료에 근거하여 해당 설비를 구매, 비치하였으나 규격 및 용량 차이로 인해 예상 발전량을 생산하지 못하였고 전기 요금을 징수하여 CDC의 채무를 상환하려는 당초 계획에 차질을 빚게 되었다.

세이셸의 채무 변제가 지연되자 CDC사는 대출 계약상의 조항에 근거하여 2002년 11월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

세이셸은 해당 발전 설비 구매 사업이 타당성이 있다는 CDC사의 심사 자료를 믿고 기채한 것이므로 사업 부진에 대해 CDC사도 일부 책임이 있다고 주장하였다. CDC사가 대출 적정성 판단을 위해 해당 사업 타당성 심사를 한 것은 확인이 되었으나 CDC사는 내부 자료인 심사 결과를 세이셸과 공유한 바 없다고 주장하였으며 세이셸은 공적인 경로를 통해 심사 결과를 전달받은 사실을 입증하지 못했다. 세이셸은 CDC사와 세이셸간 오랜 협력 관계에 비추어 CDC사는 세이셸이 자신의 심사 결과에 의존하고 있다는 것을 인지하고 있었다고 항변하였으나 이를 입증하지는 못하였다.

세이셸은 CDC가 발전 설비 구매 사업의 타당성을 평가할 수 있는 전문성과 인적 능력면에서 압도적이고 개도국 사업에 충분한 경험을 갖추고 있으므로 세이셸의 해당 사업에 대해 주의를



기울여야 할 의무가 있었다고 개진하였다. 정당한 주의의무를 다하지 못한 CDC사에게도 책임이 있다는 주장이다. 그러나 중재판정부는 당사자간의 경험과 능력의 차이가 주의의무를 발생시키지는 않는다고 판정하였다. 세이셸은 대출 계약에 기재된 채무 상환을 조건 없이 보장한다는 규정은 우월한 지위와 교섭력을 갖춘 CDC사의 압력에 의해 포함된 것이라고 주장하였으나 중재판정부는 CDC사가 압력을 행사하였다고 볼 만한 증거가 부족하다고 판정하였다.

다. 평가 및 해설

2016년 CDC사의 총자산은 63억불이며 1,245개의 개발 사업을 수행 중이다. 세이셸은 인구 9만4천의 소국으로 GDP는 27억불이다. 100여 개의 섬으로 구성되어 있다. 이번 사건도 전기가 공급되지 않는 섬에 CDC사 대출금으로 발전기를 설치하려 했던 사업이 용량 및 수요 측정을 잘못하여 차질을 빚은 사건이다. 세이셸과 같은 왜소국가가 사업 설계와 적정 구매, 관리를 계획할 수 있는 능력이 없는 것은 자명하고 CDC사와 같은 국제적인 개발 전문 회사의 심사를 전적으로 수용할 수밖에 없는 처지일 것이다. 모든 금융 회사가 그러하듯이 CDC도 대출에 앞서 대출 사업의 타당성 조사를 실시하며 이는 대출 여부를 결정하기 위한 내부 자료이고 외부에는 아무런 법적인 효력이 없을 것이다. 내부 자료이므로 공식적인 경로를 통해 대출자에게 보낼 의무도 없을 것이다. 그러나 세이셸과 같은 왜소국가는 거대 국제 자본의 사업 심사 자료는 전적으로 신뢰할 수밖에 없는 처지이고 비공식적인 경로를 통해 이를 입수하여 정책 결정의 근거로 삼는 것은 당연하다. 이 심사 자료를 믿고 기재하여 시행한 사업이 차질을 빚게 되었는데 CDC사는 아무 책임을 분담하지 않고 국제중재에서 법적인 측면으로 시비를 가리는 것이 세이셸에게 공정하고 공평한 대우인지 의문이 남는다.

투자자-국가 소송 제도의 의의 자체는 투자 유치국에 비해 열악한 지위에 있는 개인 투자자에게 공정한 사법 절차의 기회를 부여하기 위한 것이다. 그러나 세이셸과 같은 소국에게 투자자-국가 소송 제도는 오히려 자신보다 이미 우월한 투자자의 이익을 한층 더 보호해주는 장치로서 기능할 수 있다. *Lighthouse vs. East Timor* 사건(ARB/15/2)도 비슷한 경우이다. 청구인은 East Timor에게 충분히 알리지도 않고 ICSID 중재 회부가 포함된 첨부 문서를 계약서에 은밀히 첨부한 후 ICSID 중재를 제기하였다. 패소하기는 하였으나 East Timor와 같은 극소 국가를 대하는 거대 외국 자본의 속내를 알 수 있는 사건이다.



48

Sempra vs. Argentina 사건(ARB/02/16)

가. 사건 개요

이 사건은 원 판정에서는 아르헨티나 정부의 2001년 경제 위기 극복 조치가 청구인과 체결한 양허 계약상의 의무를 위반하였고 투자협정의 공정·공평 대우 의무 위반 등에도 해당한다고 판정되었으나 특별 위원회가 위 위반 사항은 안보상의 예외 조항에 의해 면책된다는 논거로 원 판정을 무효화한 사건이다.

청구인인 Sempra Energy International(이하 Sempra)는 미국 회사로서 1990년 초 아르헨티나가 가스 공급을 민영화하자 아르헨티나 민영 가스 공급사 CGP와 CGS에 지분 투자하였다(각각 37.1%, 38.78%). 아르헨티나는 민영 가스 공급사에 대한 외국인 투자를 유치하기 위해 가스 공급가액을 달러화로 산정하고 징수 당시의 변동된 환율에 따라 페소화로 징수할 수 있고 매 6개월마다 가스 공급가액을 미국 생산자 물가 지수를 반영하여 조정할 수 있도록 하였다. 이 조치는 아르헨티나의 관련법과 민영 가스 공급사에 부여한 인가 계약에도 명기되어 있었다. 그러나 1999년 말부터 시작된 외환 위기가 심각해짐에 따라 아르헨티나 정부는 6개월마다 가격 조정을 수차례 연기하다가 2000년 8월 법원 명령을 통해 가스 공급 가격의 달러화 산정과 매 6개월 조정 제도를 정지하였고 급기야 2002년 1월 국가 위기법(법 25,561호)을 공포하여 이 제도를 아예 폐지하였다. 페소화 폭락이 계속됨에 따라 CGS와 CGP의 수익 구조가 악화되었고 파산 위기에 처하자 Sempra는 두 회사에 5600만 불을 대출하여 주었다.

2001년 12월 Sempra사는 아르헨티나-미국 투자협정을 원용하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 아르헨티나가 투자협정의 공정하고 공평한 대우, 차별 금지, 충분한 보호 및 안전 의무를 위반하였으며 아르헨티나의 조치는 사실상의 수용에 해당하므로 배상하여야 하며 양허 계약 위반이 우산 조항에 의해 투자협정 위반에 해당한다고 주장하였다. 아르헨티나는 설사 자신의 조치가 투자협정 위반에 해당한다 하더라도 긴급한 경제위기상 취해진 조치이므로 투자협정의 안보상 예외 조항에 의해 면책이 된다고 항변하였다. 중재판정부는 이를 수용하지 않고 아르헨티나의 조치는 공정·공평 대우와 우산 조항 위반에 해당된다고 판시하였다. 수용, 차별 조치, 충분한 보호 및 안전 위반 주장은 기각하였다.



아르헨티나는 원 판정 무효를 청구하였으며 특별 위원회는 2010년 6월 원 판정부가 안보상의 예외 조항이 적용되지 않는다고 판시한 것은 명백한 권한의 남용에 해당된다며 원 판정 전체를 무효화하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

중재판정부는 아르헨티나의 조치는 Sempra가 투자를 결정하고 시행하던 당시의 법적, 사업상의 환경을 의심할 여지 없이 본질적으로 변경하였으며 따라서 투자협정의 공정하고 공평한 대우 조항을 위반하였다고 판시하였다(판정문 290-304).

2) 우산 조항

중재판정부는 상업 계약의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으며 이러한 구분은 우산 조항의 무한정 또는 부당한 확장을 회피하기 위해 필요하다고 인정하였다. 아르헨티나의 조치는 그러나 통상적인 계약 위반을 훨씬 초과하였으며 국가에 의해 도입된 중요한 법적, 규범적 변경의 결과이며 국가만이 수행할 수 있는 광범위한 정책 변경에 해당한다고 보았다. 판정부는 나아가 해당 인가 계약은 새로 민영화된 회사로 자본을 유입시키려는 특별한 의도 아래 고안된 일련의 복잡한 투자 제도를 표현한 것이라고 이해하고 이러한 양허 계약을 위반한 것은 우산 조항 위반에 해당하다고 판정하였다(305-314).

3) 수용

Sempra는 아르헨티나의 조치는 CGS와 CGP에 대한 자신의 지분 투자와 양허 계약상의 권리를 보상 없이 수용한 것이라고 주장하였다. 중재판정부는 청구인의 소유권에는 변동이 없고 아르헨티나가 수용하려는 의도도 없었으므로 직접적인 수용은 없었다고 판단하였다 (260-282). 판정부는 또한 사업 운영에 대한 투자자의 지배권이 없어지지 않았고 해당 사업의 가치가 사실상 절멸되지도 않았으므로 간접 수용도 인정되지 않는다고 판시하였다(283-285).



4) 자의적 조치 및 차별

중재판정부는 아르헨티나의 조치는 당시 위기 상황에 대해 아르헨티나 정부가 최적의 대응이라고 판단한 것이고 당시의 맥락에 비추어 완전히 놀라운 조치도 아니므로 자의적이라고 볼 수 없다고 판시하였다(318). 판정부는 차별 조치라는 주장도 수용하지 않았다. 당시 아르헨티나의 경제 위기 상황에서 어느 산업 분야도 여타 분야와 비교해서 특별히 가혹한 대우나 혜택을 받은 바 없고 청구인에 대한 조치가 여타 회사나 분야와 비교하여 특별히 자주 변하고 합리적이지 못하거나 터무니없었다고 볼 수 없다고 판시하였다(319).

5) 충분한 보호 및 안전

중재 판정부는 충분한 보호 및 안전 의무를 정치적이거나 법적인 체제의 안전과 보호가 결여된 상황에도 적용할 수 있는지는 아직 증명되거나 충분하게 발전되지 못했다고 언급하고 이 의무를 물리적인 안전 측면에서 이해하였다. 판정부는 해당 회사의 임원, 고용원, 시설 등에 대해 충분한 보호 및 안전이 제공되지 않았다는 주장은 청구인에 의해 제기되지 않았으므로 이 의무 위반 주장을 기각한다고 판시하였다(324).

6) 안보상 예외

아르헨티나는 문제가 된 조치는 국가 비상사태에서 불가피하게 취해진 조치이므로 국내법상, 국제 관습법상, 투자협정상 면책이 된다고 주장하였다. 국내법상 면책이 된다는 주장에 대해 판정부는 아르헨티나 헌정질서가 붕괴될 지경에 있지 않았고 비상 입법이 필요했다 하더라도 이미 정당하게 취득한 권리는 잠정 조치나 재협의를 등을 통해 조정할 수 있었다고 판단하고 이 주장을 수용하지 않았다(328-332).

국제관습법상 면책이 된다는 주장에 대해 판정부는 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 25조¹⁴⁵⁾(긴급피난)를 국가 책임 면책에 원용할 수 있는 국제법이라고 보고 이를 적용하여

145] Article 25 Necessity

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
 - (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
 - (b) the State has contributed to the situation of necessity.



아르헨티나의 주장을 검토하였다. 판정부는 이 초안은 위기 상황을 극단적으로 예외적인 구제(a most exceptional remedy)로 보고 있으며 매우 엄격한 조건을 충족해야 하고(subject to very strict conditions) 초안상의 조건이 모두 충족되었는지(cumulatively met) 심사해야 한다고 보았다. 판정부는 이상의 견지에서 볼 때 아르헨티나의 당시 상황은 초안의 해당 조건을 모두 충족하지는 못했으며 아르헨티나 정부가 당시 상황 발생을 실질적으로 초래하였다는 점도 지적하였다(333-354).

투자협정 IV(3)조¹⁴⁶⁾에 의해 면책이 된다는 아르헨티나 주장에 대해 판정부는 해당 조항이 특별히 중대한 상황에서 채택된 비상 경제 조치에도 적용된다는 점은 인정하였으나 이 조항이 투자협정으로부터의 일탈을 허용하지는 않으며 협정 의무로부터의 포괄적인 도피 조항으로 해석되지도 않고 위법성, 책임, 보상의 배제로 귀결되지도 않는다고 판단하였다. 따라서 이 조항에 의해 국가 비상사태가 정당화되지 않는다고 판시하였다(356-363).

투자협정 XI조¹⁴⁷⁾상 면책이 된다는 아르헨티나 주장에 대해 판정부는 이 조항은 이 조항이 적용될 수 있는 정확한 조건에 대해 언급하고 있지 않으므로 국가 책임 초안 25조를 적용하여야 한다고 판단하였다 판정부는 이미 초안 25조가 적용되지 않는다고 판정하였고 XI조가 초안 25조와 다른 조건을 규정하고 있지 않으므로 XI조에 대해 추가적인 법리적인 심사를 시행할 필요가 없다고 단정하고 아르헨티나의 주장을 기각하였다(364-391).

7) 안보상 예외 조항에 대한 특별 위원회의 판정

아르헨티나는 원 판정부가 투자협정 XI조가 충족 요건에 대해 명확히 언급하고 있지 않으므로 국가 책임 초안 25조의 요건 충족 여부를 적용한 것은 별개의 지위에 있는 두 협정의 조항을 동일 지위에 있는 것으로 취급하고 XI조 해당 여부에 대해 실질적인 심리를 하지 않은 것은 권한을 명백히 일탈한 것이라고 주장하고 2008년 1월 원 판정의 무효를 청구하였다.

특별위원회는 특정 조약을 해석, 적용하는데 국제관습법을 길잡이로 삼을 수는 있지만 국제관습법

146] IV[3] Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.

147] XI This Treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.



(이 사건의 경우 ILC 25조가 국가 위기 상황의 확정적인(peremptory) 정의와 적용 조건이 된다고 단정할 수 없다고 보았다. 어떤 국제관습법은 강제적(peremptory)일 수도 있고 어떤 것은 아닐 수도 있으며 국가가 기존 관습법과 다르게 조약을 체결할 수도 있다고 인정했다(취소 결정문 197).

특별위원회는 투자협정 XI조와 국가 책임 초안 25조는 규율하는 상황이 다른 조항으로서 후자가 전자를 해석하는 길잡이가 될 수 없다고 보았다. 즉 투자협정 XI조는 특정한 상황에서 특정 조치를 채택하는 것을 배제하지 않는다고 규정하고 있으므로 특정 조치의 채택 자체는 해당 국가의 국제법상 의무와 불합치되는 것이 아니며 따라서 불법도 아니라는 것이다. 반면 국가 책임 초안 25조는 국가의 불법행위를 배제하는 근거로서 국가 위기 상황이 특정한 조건을 충족하지 않을 경우 원용될 수 없다고 규정하고 있으므로 이미 국가의 특정 행위가 이미 불법인 것을 전제로 하고 있으며 불법인 행위가 이미 발생한 상황을 규율하고 있다고 보았다(198-200).

원 판정부가 투자협정 XI조는 국가 위기 상황을 정당하게 원용하는데 필요한 법적인 요건을 다루고 있지 않으므로 따라서 이러한 문제를 다루는 규칙은 국제 관습법에서 찾아야 한다고 규정하고 초안 25조 요건을 적용한 것에 대해 특별 위원회는 양자 조약에서 국가 위기 상황을 원용하는 문제가 왜 반드시 국제(관습)법의 규칙에 의해 정당화되어야 하는지 동의하지 않았다. 양 당사국간에 다른 기준을 정할 수도 있는 것이라고 판단했다(201).

원 판정부가 (국제법의) 기본적인 원칙에 관한 한 국제법은 (서로 다르게 규정하는) 갈라진 조각이 될 수 없으므로 초안 25조 조건을 적용해야 한다고 한 것에 대해서도 특별위원회는 우선 국가 위기 상황이 그러한 기본적인 원칙에 해당하는지 동의할 수 없으며 관계되는 국가가 다르게 합의하면 국제법이 조각나는 것인지도 동의하지 않았다. 특별위원회는 현재 국제법상 두 당사국이 투자협정에서 국가 위기 상황을 원용할 수 있는 요건을 강제하고 있지 않으며 두 당사국이 합의한 요건이 정치적, 경제적으로 불합리할 수는 있어도 (국제법상) 불법이 되는 것은 아니라고 판단하였다(202).

특별위원회는 이상에 비추어 볼 때 원 판정부가 투자협정 XI조를 적용하지 않은 것은 명백한 권한의 일탈에 해당한다고 판정하고 원 판정 전체를 무효화였다.



다. 평가 및 해설

1) 안보상 예외

이 사건 원 판정부는 다음과 같은 수순을 거쳐 아르헨티나가 안보상 예외 조항을 적용받을 수 없다는 판정에 도달한 것으로 보인다.

- 투자협정 XI조는 위기 상황에 적용하는 조항이므로 위기 상황에 해당하는지를 우선 판정해야 하나 XI조는 위기 상황이 될 수 있는 요건을 제시하고 있지 않다.
- 위기 상황 아래에서 국가행위의 면책은 국제관습법에서는 인정되어 오던 개념이고 국제법위원회에서 국가의 책임에 관한 국제관습법을 종합하여 성문화하여 놓은 국가책임 초안에 위기 상황의 요건이 제시되어 있다.
- 투자협정과 같은 성문의 국제법이나 국제 관습법은 모두 국제법이라는 동일 체제를 구성하고 있으므로 서로 상치되거나 일관되지 않는 내용이 있어서는 안 될 것이다.
- 따라서 ILC 초안 25조 요건을 적용하여 아르헨티나의 2001년 당시 상황이 국제 행위의 위법성이 조각되는 상황인지 판별할 수 있다.
- 이 요건을 적용하여 보니 사태 발생의 책임이 아르헨티나에게 있어 국가책임이 면제되는 위기 상황이 아니다.
- 위기 상황이 아니므로 위기 상황에 적용되는 XI조를 적용할 수 없으니 굳이 XI조 해당 여부를 심리할 필요가 없다.

이러한 논리 전개는 사실 *CMS vs. Argentina* 사건 원 판정부의 논리와 크게 차이가 나지 않는다. 그러나 CMS 사건 특별위원회는 원 판정을 취소하지는 않은 반면 이번 사건 특별위원회는 아예 원 판정 전체를 취소하였다. 특별위원회의 상이한 판단은 취소판정의 근거를 달리 했기 때문인 것으로 생각된다. 특별위원회가 원 사건 판정을 취소할 수 있는 사유는 ICSID 협약 52(1)조 규정에 판정부 구성의 부적절, 판정부의 권한 이탈, 중재인 부정, 절차 규칙의 중대한 이탈, 판정 이유 불명시 5개항이라고 기재되어 있다. CMS 사건 특별위원회 심리에서 아르헨티나는 XI조를 적용할 수 없는 이유를 충분히 설명하지 않았다는 점을 들어 판정 취소를 요청하였다. CMS 사건 특별위원회는 설명이 충분하지는 않으나 어찌 되었든 언급은 하였으므로 판정을 취소하지 않았다. 다만 자신이 원 판정부였으면 우선 해당 조치의 투자협정의 위반 여부를 살핀



후 그 위반이 XI조에 합당한 조치인지 보고, 해당 조치가 투자협정과 합치되지 않는다고 결정한 후에야 아르헨티나의 국가책임이 면제되는지 여부를 초안 25조에 비추어 판단했을 것이라고 아쉬움을 나타내었다.

반면 이 사건 특별위원회는 원 판정부가 투자협정 XI조는 국가 위기 상황을 정당하게 원용하는데 필요한 요건을 다루고 있지 않으므로 이를 국제관습법에서 찾아야 한다고 생각하고 초안 25조 요건을 적용한 것 자체를 다투었다. 특별위원회는 양자 조약에서 국가 위기 상황을 원용하는 문제가 왜 반드시 국제(관습)법의 규칙에 의해 정당화되어야 하는지 동의하지 않았다. 양 당사국간에 다른 기준을 정할 수도 있는 것이라고 판단했다. 특별위원회는 현재 국제법상 두 당사국이 투자협정에서 국가 위기 상황을 원용할 수 있는 요건을 반드시 국제관습법상의 요건을 채택하도록 강제하고 있지 않으며 두 당사국은 얼마든지 이와 다르게 합의할 수 있고 그것이 불합리할 수는 있어도 (국제법상) 불법이 되는 것은 아니라고 판단하였다. 특별위원회는 따라서 원 판정부가 투자협정 XI조를 적용하지 않은 것은 설명의 부족이 아니라 명백한 권한의 일탈에 해당한다고 판정하고 원 판정 전체를 무효화한 것이다.

아르헨티나 경제 위기와 관련된 사건은 모두 10개이다. 이들 판정을 종합적으로 비교분석한 해설은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 해설에 수록하여 두었다.

2) 우산 조항

이 사건에서 문제된 투자 계약의 위반은 모두 우산 조항의 보호를 받을 수 있는지 여부로서 우산 조항과 관련된 대표적인 쟁점 중의 하나이다. 이 사건 판정부는 계약의 상업상의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으며 이러한 구분은 우산 조항의 무한정 또는 부당한 확장을 회피하기 위해 필요하다고 인정하였다.

Tulip vs. Turkey 사건(ARB/11/28) 판정부도 우산 조항이 모든 계약 위반 사항을 자동적으로 협정 위반 사항으로 상승시키는 것은 아니라고 보았다. 투자협정은 순수한 계약상의 분쟁에는 적용되지 않는다고 확인하였다. 그 근거로 네덜란드-터키 투자협정 8(3)조¹⁴⁸⁾는 ICSID 중재대상을 투자 분쟁으로 한정하고 있고 8(1)조¹⁴⁹⁾는 투자 분쟁을 투자 인가의 해석이나 투자협정상의

148) (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration.

149) 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or



권리 위배 사항으로 정의하고 있는 점을 제시하였다.

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4) 판정부 역시 국가가 투자자와 체결한 계약을 위반한 것이 그 자체로 국제법상의 책임을 야기하지 않는다는 것이 국제법의 일반원칙이며 우산 조항을 투자협정에 포함시킴으로써 투자 계약의 위반을 협정 위반화하여 국제법적인 책임을 발생시킬 수 있으나 이 경우에도 모든 계약상 위반 일체를 투자협정 위반으로 다룰 수 있는 것은 아니라고 이해하였다. 판정부는 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15) 중재판정을 인용하여 우산 조항이 모든 계약 위반을 협정 위반으로 격상시키는 것은 아니며 투자협정 보호 기준에 훨씬 미치지 못하는 경미한 계약 위반까지 투자 유치국에게 국제적인 책임을 지우는 것은 이상하다고 언급하였다. 계약 위반이 협정 위반이 되기 위해서는 해당 우산 조항의 정확한 문언을 분석하는 것이 필요하고 동 문언 상의 요건을 충족해야 계약 위반을 협정 위반으로 취급할 수 있을 것이라고 보았다.

우산 조항과 관련해서는 이 외에도 우산 조항의 적용 대상 범위로서 투자 계약의 위반만을 그 대상으로 하는지 투자 계약 외에 투자 유치국의 법령상의 약속도 포함되는지 여부, 계약 체결자의 계약 위반 행위를 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있는지 투자자가 아닌 투자자의 자회사나 기타 관련자가 체결한 계약도 포함되는지 여부, 위반 행위가 국가의 공적인 주권적 행위이어야 우산 조항이 적용되는지 여부, 우산 조항 위반 시비가 제기된 경우 해당 투자 계약상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 투자협정의 위반을 구성하였으므로 투자협정상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 여부 등이 있다. 각 쟁점별로 ICSID 중재판정부의 견해를 종합한 해설은 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 해설에 기록하여 두었다.

(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.



가. 사건 개요

이 사건은 자신에 대한 세무조사가 정치 보복으로 시행되었으며 수용과 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다는 청구인 주장이 입증 불비로 인해 기각된 사건이다.

청구인 Tokios Tokeles사는 리투아니아 법인으로, 우크라이나 인쇄 회사 Taki Spravy를 소유하고 있었다. 2002년 우크라이나 총선 때 Taki Spravy 경영주는 당시 우크라이나 대통령 Kuchma와 대립하고 있던 Tymoshenko가 이끄는 야당을 지지하고 있었고 야당의 선거 홍보물을 인쇄 납품하였다. 2002년 우크라이나 국세청은 Taki Spravy가 가공 회사와의 위장 거래 방식으로 조세를 포탈한 혐의를 확인하기 위해 대대적인 세무조사에 들어갔으며 이로 인해 Taki Spravy는 신규 주문이 중단되고 채무 상황을 독촉받는 등 경영상 심각한 피해를 입었다. Taki Spravy는 세무조사의 실제 목적은 야당의 선거 홍보물 인쇄에 대한 보복이라고 주장하였다.

투자자인 Tokios사는 우크라이나의 조치는 리투아니아-우크라이나 투자협정의 공정·공평 대우, 수용 금지 의무 위반이라고 주장하고 2002년 12월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 관할권

우크라이나는 청구인의 ICSID 중재 신청은 청구인의 국적 요건과 투자의 정의 요건을 충족하지 못한다고 주장하고 관할권을 부인하였다. 우크라이나는 청구인은 우크라이나 국민이 소유하고 통제하고 있으며 리투아니아에 실질적인 사업 활동을 하고 있지도 않다고 강조하였다. 우크라이나는 청구인 Tokios가 우크라이나 기업이며 자국 정부를 공격하기 위해 국제중재를 이용하려는 것이라고 비난하고 이는 ICSID 협약의 대상과 목적에 부합하지 않는다고 지적하였다. 우크라이나는 또한 Tokios가 설사 리투아니아 법인이라고 인정하더라도 원 투자금이 우크라이나 외부에서 조달되어 우크라이나 국내로 투자된 것이 증명되지 않았으므로 투자협정상의 투자로



볼 수 없다고 주장하였다.

우크라이나의 국적 주장에 대해 중재판정부는 리투아니아-우크라이나 투자협정에 투자자는 리투아니아의 법과 규정을 준수하여 리투아니아 영토 내에 설립된 기관이라고 정의되어 있는데 제출된 자료로 볼 때 Tokios가 리투아니아 관련 법규에 의거하여 설립된 점이 인정된다고 보았다. ICSID 협약 25(2)(b)조¹⁵⁰도 법인의 정의를 상대 계약국의 국적 소지로 명시하고 있고 Tokios가 리투아니아 법인임이 확인되므로 ICSID 제소자격이 인정된다고 판정하였다. 원 투자금의 국외 조달 주장에 대해 중재판정부는 양국간 투자협정에는 투자 원금의 원천에 대해 특별히 규정하고 있지 않으므로 Tokios가 투자 원금이 우크라이나 외부에서 조달된 것을 입증할 필요가 없다고 보았다. 중재판정부는 ICSID 협약은 분쟁 대상이 되는 투자가 국제적 성격을 가져야 하며 투자 원금의 원천이 이에 결정적이라는 요건을 요구하고 있지는 않다고 판단하였다. 이 판단에는 그러나 소수 의견이 첨부되었다. 중재인 중 하나는 내국인이 외국을 거쳐 자국 내에 한 투자까지 보호하는 것은 ICSID의 대상과 목적에 어긋난다고 보았다.

2) 수용

중재판정부는 청구인이 해당 투자가 수용당했다는 사실 자체를 입증하지 못했다고 판정하였다. 판정부는 청구인이 세무당국의 언론 공지로 인해 자신의 명성과 고객 관계가 신규 주문을 획득하지 못할 정도로 손상당했다는 주장을 납득할 만한 수준으로 입증하지 못했으며 관계 당국의 조사 행위가 회사 정상 운영을 심각하게 방해했다는 주장도 입증되지 못했다고 판단하였다(판정문 122).

3) 공정하고 공평한 대우 의무 위반

세무조사가 정치적인 탄압이라는 청구인의 주장에 대해 우크라이나는 조세 회피를 위해 가공 회사와 위장 거래를 한 것으로 의심할 수 있는 정황 근거 및 자료를 제출하였다. 중재판정부는 우크라이나의 항변이 타당하다고 인정하였다. 청구인의 주장과 달리 Taki Spravy 정도의 중소 규모 회사에 여러 기관이 망라된 집중 세무조사가 시행된 적도 있었고 입수한 정보에 근거하여

150] (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.



세무당국이 위장 의심 거래를 조사, 심문할 만한 충분한 이유가 된다고 보았다. 청구인의 정치 탄압 주장이 사실이라면 지지했던 Tymoshenko가 선거 후 정부 요직에 진출한 이후에는 세무조사 및 후속 조치가 중단되었어야 하는데 계속된 점, 비슷한 시기에 유사한 조사를 받은 여타 회사는 조사가 마무리된 반면 Taki Spravy사는 조사가 계속된 점도 청구인 주장의 신빙성을 의심하게 한다고 지적하였다. 결론적으로 중재판정부는 청구인이 정치 탄압이라는 주장을 납득할 수 있는 수준으로 입증하는데 실패하였다고 언급하고 청구인의 투자협정 위반 주장을 모두 기각하였다(134-137).

다. 평가 및 해설

1) 내국민이 통제하는 외국 기업

외국인이 지배하고 있는 국내 기업은 ICSID 중재를 활용할 수 있다. 외국인 투자 보호 증진을 목적으로 하는 ICSID 협약은 이러한 기업을 외국인 기업으로 보기 때문이다. ICSID 협약 25(2)(b)조에 이들 기업도 투자 유치국, 즉 법률상으로는 자신의 국적국을 대상으로 ICSID 중재를 제기할 수 있다고 명기하고 있다. 이 사건은 반대의 경우이다. 자국민이 지배, 통제하고 있는 외국 기업은 외국 기업인가, 국내 기업인가의 문제이다. 국적이라는 법률적 요건, 형식적 요건에서 보면 외국 기업이겠으나 실질적 내용에서 보면 국내 기업이다. ICSID 협약이 외국인이 통제하는 국내 기업은 법적으로 국내 기업이긴 하지만 실질적 내용에서 보면 외국 기업이므로 ICSID 중재 신청권을 부여하였으니 같은 논리라면 자국민이 통제하는 외국 기업은 실질적 내용상 국내 기업으로 보아야 한다. 이 사건에서 소수 의견을 제시한 중재인이 취한 논리이다.

그는 ICSID 협약은 외국 투자자와 투자 유치국 간의 분쟁을 관할하는 것이고 이는 외국인 투자자를 증진하기 위한 것이므로 국내인이 ICSID 중재를 부당하게 이용하기 위해 외국 기업을 이용하는 것을 용인해서는 안 된다고 주장하였다. 판정부 다수의견의 논리는 ICSID 협약상 회사(법인) 국적 요건에 대해서는 별다른 규정이 없고 분쟁 당사국이 아닌 체약국의 국적을 보유할 것만을 요구하고 있으므로 국적 보유 요건, 정당성 여부는 투자협정 규정을 기준으로 심리해야 하는데 리투아니아-우크라이나 투자협정 규정에 각 체약국 국적을 보유한 회사(법인)은 투자자에 해당한다고 규정하고 있고 청구인이 리투아니아 관련법에 의거하여 리투아니아 국적인 것은 사실이므로 ICSID 중재를 신청할 적격이 인정된다는 것이다. 소수의견을 낸



중재인은 이는 지나친 형식주의적 해석이라고 비난하였다. 조약은 그 조약의 대상과 목적에 따라 해석해야 하므로 법인의 국적 요건이 ICSID 협약에 규정되어 있지 않으면 ICSID 협약의 대상과 목적에 따라 판정부가 판단을 해야지 투자협정의 내용에 근거하여 ICSID 관할권 존부를 결정할 수 없다는 것이다. ICSID 관할권은 ICSID 협약에 의해 결정되는 것이고 각 체약국이 임의로 체결하는 투자협정은 체약국을 구속할 뿐 국제 협정인 ICSID의 관할권 문제를 결정할 수 있는 것이 아니라고 지적하였다. 소수의견 중재인은 자국인이 소유, 지배, 통제하는 외국 기업은 실질적인 내용상 자국 기업으로 간주하여 자신의 국적국을 상대로 ICSID 중재를 신청하지 못하게 하는 것이 국제 투자 증진을 목적으로 하는 ICSID 협약의 취지에 맞는 해석이라고 보았다. 이를 허용할 경우 내국인이 국내 사법 절차를 우회하여 ICSID 중재절차를 악용하는 중재절차의 남용으로 본 것이다.

소수의견의 취지는 이해하나 실천하기 어려운 이상론이다. 소수의견대로 하자면 중재판정부는 중재 신청자(기업)의 실제 소유 관계를 분석, 심사하여 중재 신청 자격 보유 여부를 판단해야 한다. 투자 유치국민에 의해 소유, 통제되는지 여부는 물론 ICSID 체약국이 아닌 국가 국민에 의해 소유, 통제되는지 여부도 살펴야 한다. ICSID 협약은 체약국민(법인)에 한해 중재 신청권을 인정하고 있기 때문이다. 다국적 기업이 아닌 일반 중견 기업이라도 외국인(기업)의 지분 소유가 보편화되어 있고 내외국인 소유가 혼재된 기업이 다시 다른 기업의 대주주인 경우도 많은 현실에서 특정 기업의 진정한 지배, 통제 관계를 局外者가 심사하여 판단하기란 쉽지 않다. 주식에는 의결권 행사가 제한되어 있는 것도 있으며 지배 통제의 의사 없이 자산 분배 차원에서 특정 기업 주식을 보유만 하고 있는 기관도 다수 있다.

이러한 복잡한 관계를 하나하나 분석하고 심리하여 진정한 외국 기업 여부를 판정할 수 있는 능력을 중재판정부가 갖추었다 하더라도 국적이라는 주권국가의 전속 권한을 중재인 3인이 임의로 재결하는 결과를 초래하게 된다. 이 사건에서 리투아니아는 소유 관계는 불문하고 리투아니아에 본 사무소가 소재하고 있고 관련법에 따라 등록된 회사는 리투아니아 국적을 부여하였다. 많은 국가가 등록지를 기준으로 회사 국적을 부여하지 실제로 자국민에 의해 소유, 지배되는 회사만 자국 회사로 인정하지는 않는다. 국적 부여 요건은 각국이 임의로 정할 수 있으며 국가만 정할 수 있는 대표적이고 민감한 주권 사항이다. 주권국가가 외국인 지배, 통제 하에 있는 기업이라도 자국 내에 위치하고 등록이 되어 있으면 자국 기업이라는 주권적인 판단을 하였는데 중재 판정부가 임의로 이를 부인하는 것은 지나친 월권이라고 생각된다.



판정부는 외국인 투자 증진이라는 ICSID 협약의 대상과 목적을 고려하여 해석해야 하기 때문이라고 설명하였으나 조약법에 관한 비엔나 협약 31조는 용어의 통상적 의미에 의해 해석하라고도 적시되어 있다. ICSID 협약 25(2)(b)조는 중재 제출 동의일 현재 분쟁이 제기된 국가가 아닌 타방 계약국의 국적을 가진 법인이라고 명기되어 있다. 국적의 통상적 의미는 한 국가의 국민이 될 수 있는 요건 정도일 것이고 그 요건은 각국이 정하는 것이다. 통상적 의미를 무시하고 대상과 목적을 적용해야 하는 이유를 소수의견은 언급하지 않고 있다.

2) 관련 판례

소수의견은 ICSID 중재판정의 관행과도 부합하지 않는다. 국적의 법률적, 형식적 요건 충족 여부로 인적 관할권 심리를 끝내는 것이 ICSID 중재판정의 관행이다. ICSID 계약국이 아닌 캐나다 회사가 스리랑카를 상대로 ICSID 중재를 신청하기 위해 미국적의 같은 계열사 이름으로 중재를 신청한 *Mihaly USA vs. Sri Lanka* 사건(ARB/00/2)에서 판정부는 청구인 자격에 의문을 제기하면서도 미국이 ICSID 계약국이고 해당 미국 회사가 분쟁 제출일 당시 미국적을 보유한 것은 사실이므로 인적 관할권은 성립된다고 판시한바 있다. *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건(ARB(AF)/00/3)에서 멕시코는 청구인의 실제 소유주가 NAFTA 회원국이 아닌 케이만 군도 회사라는 이유로 청구자격에 이의를 제기하였으나 판정부는 NAFTA 투자 챕터에 간접적인 소유도 투자로 인정된다고 적시되어 있다는 이유로 청구자격을 인정하였다.

이번 사건처럼 기업이 아니라 개인의 국적 보유 여부를 판정부가 면밀히 심사하여 관할권을 부인한 예가 있기는 하다. *Soufraki vs. UAE* 사건(ARB/02/7)에서 판정부는 청구인이 정당하게 발급된 이태리 국적 증명 서류를 제출하였음에도 불구하고 이태리 국적법 부합 여부를 다시 심사하여 이태리 정부가 증명한 국적을 인정하지 않았다. 그러나 이 사건은 해당 투자협정이 투자자를 관련법에 의거하여 부여된 국적 보유자라고 규정하고 있어 관련법에 부합하는지를 심사한 것이니 근거 문건의 기재 사항에 충실한 것이다. 국적이라는 명문의 규정을 용어의 의미대로 해석하지 않고 기재되지도 않은 협정의 대상과 목적으로 해석해야 한다는 소수의견과는 차이가 있다. 개인의 국적이 쟁점이 된 ICSID 판정에서는 개인과 국가 간에 진정한 유대관계가 존재하는지 여부를 고려하여 국적의 진정성을 심리하지 않았다. 해당 판정부는 합법적인 국적 보유 사실만 입증되면 ICSID 협약 25(1)조의 인적 관할권을 인정하였다. *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15)에서는 이태리 국적을 근거로 중재를 신청한 두 청구인이 모두 이집트에서 출생, 성장하였거나 수십 년간 이집트 국적을 유지하면서 이집트에 거주하였으므로 이태리와는



진정한 유대 관계가 없다는 항변이 이집트로부터 제기되었다. 이 사건 판정부는 ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 상대방이 타방 계약국적의 투자자임을 요구할 뿐 국적의 진정성을 요구하지 않으므로 법적인 이태리 국적자와의 투자 분쟁은 ICSID 관할권이 적용된다고 판시하였다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20)에서 터키는 청구인이 네덜란드 국민의 자격으로 중재를 신청하였으나 사실은 네덜란드, 요르단 이중 국적자로서 네덜란드와는 실질적인 관계가 없다고 주장하였으나 역시 같은 논리로 기각당했다. *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8)에서 카자흐스탄은 투자자는 실질적이고 실효적인 국적을 가져야 한다고 주장하였으나 중재판정부는 ICSID 협약은 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없고 이 사건 근거 협정인 네덜란드-카자흐스탄 투자협정에서도 실질적이고 실효적인 국적 요건을 규정하지 않았다고 지적하면서 카자흐스탄 주장을 수용하지 않았다.

개인의 경우가 이와 같은데 법인에 대해 합법적인 국적 보유가 증명이 되었는데도 불구하고 판정부가 ICSID 협약에 기재되지도 않은 내용을 근거로 합법적인 국적을 부인하여 중재 청구적격을 인정하지 않는다면 제3자가 일반적으로 수용하기 어려울 것으로 생각한다.



가. 사건 개요

이 사건은 과거 국내 법원에서 판결된 분쟁과 판결 후 ICSID 중재가 신청된 분쟁 간의 동일성 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Empresas Lucchetti사는 칠레 기업으로서 페루 내에 파스타 생산 업체인 Lucchetti Peru사를 설립하였다. 두 회사 모두 청구인이다. Lucchetti 사는 1997년 리마시 당국으로부터 Pantanos de Villa 야생동물 보호구역 인근에 파스타 공장 건축 허가를 받았으나 시 당국은 이후 동물 보호를 이유로 이 건축 허가를 취소하였다. Lucchetti사는 1998년 페루 법원에 취소 무효 확인 소송을 제기하여 1999년 승소하였고 약 2년간 공장을 운영하였다. 리마시 당국은 패소 이후에도 야생동물 보호구역 보존을 위해 파스타 공장 폐쇄를 지속적으로 시도하였으며 페루 법원이 부당하게 판결한 정황이 노출되자 리마시 의회는 2001년 시 조례 258호, 259호를 발령하여 Lucchetti사의 파스타 공장 운영 허가를 취소하고 공장을 폐쇄 조치하였다.

Lucchetti사는 칠레-페루 투자협정을 근거로 리마시의 조치는 공정·공평 대우, 수용 금지 의무 위반이라고 2002년 12월 ICSID에 중재를 신청하였다. 페루는 ICSID의 중재대상이 되지 못한다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

페루는 칠레-페루 투자협정은 2001년 8월 3일에 발효되었고 발효 이전에 발생한 분쟁에는 적용되지 않는다고 명시되어 있으므로 1998년에 이미 시작된 이 사건은 투자협정의 적용 대상이 아니라고 주장하였다. Lucchetti사는 1998년 사건은 1999년 법원 판결로 종료된 것이며 이 사건은 2001년 8월 22일 제정된 리마시 조례 258, 259호를 다투는 것이므로 투자협정이 적용되며 따라서 ICSID의 관할권이 인정된다고 반박하였다. 리마시의 주장은 이 사건은 1998년 제소부터 계속되어 온 하나의 사건이라는 것이고 Lucchetti사는 1998년 제소는 이미 종결된



별도의 사건이고 이 사건은 2001년 시 조례의 제정으로 촉발된 별개의 사건이라는 주장이다.

중재판정부는 동일 분쟁 여부는 분쟁의 대상이 되는 문제(subject matter)가 동일한지에 달려 있다고 보았다. 이전 분쟁을 발생시켰던 사실과 고려가 이후 분쟁에서도 중심에 있는지를 판단하면 될 것으로 보았다. 중재판정부는 Lucchetti사 파스타 공장 폐쇄를 명령한 시 조례 259호 서문에 그 같은 결정이 불가피한 사정과 사태 발단부터 폐쇄 결정에 이르게 된 과정을 길게 서술하고 있고 Lucchetti사 공장의 허가, 운영 등에 관한 리마시의 이전 명령이나 조치 등을 언급하고 있는 점을 주목하였다. 또한 시 조례 258, 259호는 야생동물 보호구역의 보존의 중요성, 보존 관리를 위한 개발 제한, 개발시 엄격한 환경규제 적용 등을 명시적인 목적으로 규정하고 있으며 259호에 언급된 1998년 공장 운영 허가권도 야생동물 보호구역에 미치는 환경 영향 평가 실시, 유해 물질 배출 제한 등의 조건을 부과한 점도 주목하였다. 이에 비추어 중재판정부는 1997/1998년 분쟁을 야기한 사실과 고려는 시 조례 259호와 직접적으로 연관이 되는 것이라고 판단하였다. 실제로 259호에는 1998년 운영 허가권을 확인한 법원의 결정이 법관의 부패에 의해 발부된 정황을 언급하기도 하였다(판정문 50-53).

Lucchetti사는 해당 공장이 2001년 시 조례 공포 이전 이미 2년 이상 정상 운영 중에 있었으므로 두 사건간 상당한 시간 간격이 있으며 1998년 법원 판결은 이전 분쟁을 종결시킨 사법 결정으로서 구속력을 인정해야 하는 *res judicata*라고 항변하였다. 이전 사건 당시 양국간 투자협정이 없었으며 이후 사건은 양국간 투자협정상의 권리 의무 위반을 다투는 것이므로 양자는 별개라고도 주장하였다.

중재판정부는 두 분쟁이 시간 간격이 있다고 해서 별개로 구분되는 것은 아니며 이전 분쟁이 확실히 종료되었다는 점이 증거로 뒷받침되어야 한다고 지적하였다. 이 사건의 경우 법원 판결 이후 리마시는 환경 규정을 Lucchetti사 공장에 적용하기 위해 끊임없이 시도하여 온 점이 인정되며 리마시 스스로 동 분쟁이 종결되었다고 인식하지 않았다는 점을 언급하였다. 법원 판결의 기판력(*res judicata*)에 대해서도 제시된 증거가 이전의 분쟁이 계속되고 있음을 명백히 보여 주고 있으므로 판정부의 결론에 영향을 미치지 못하며 법원 판결의 부정 가능성에 대해서는 중재판정부가 다룰 수 있는 사항이 아니라고 선을 그었다(56-57). 투자협정의 권리 의무를 다투는 것이므로 새로운 분쟁이라는 주장에 대해서는 그와 같은 사실이 투자협정에 명시된 시적 관할에 영향을 미치지 않는 못한다고 지적하고 이 사건에 대한 관할권이 없다고 판시하였다(59).



다. 평가 및 해설

1) 분쟁의 동일성

투자협정에서는 분쟁이 ICSID와 같은 국제중재에 회부되기 전에 갖추어야 할 제한 요건을 규정하여 놓는 경우가 많다. 대표적인 것이 국내 사법 구제와 국제 중재 중 하나를 불가역적으로 선택하게 하는 소위 fork in the road 조항이다. 또는 국내에서 진행 중인 사법 절차가 소진된 후 국제 중재를 신청할 수 있게 하는 국내 구제 소진 조항도 있다. 동일한 분쟁이 복수의 국제 절차에 회부될 수 있도록 허락할 경우 법률관계의 미확정 상태가 장기간 지속되거나 국내 사법 절차가 무시되는 수가 있으며 국제중재에 사건이 집중되는 부작용이 있을 수 있다. 사법기관의 판단결과에 구속되어야 하는지, 선행 판단을 어느 정도까지 고려해야 하는지 등의 문제도 발생할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이미 국내 사법 절차 등에서 심리가 끝난 사건 또는 심리가 진행 중인 사건이 새로운 사건인 것처럼 ICSID에 중재 신청되는 경우가 있다. 이 경우 판정부는 중재 신청된 분쟁과 이전의 분쟁이 동일한지 여부를 심리하여 중재 관할권 존재 여부를 심리해야 한다.

이러한 분쟁 동일성 심리와 관련하여 흔히 제기되는 쟁점은 동일성 여부를 판단하는 기준이다. 투자협정은 서로 다른 사법 절차에 회부된 분쟁의 동일성 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있지는 않다. 분쟁 동일성이 제기된 ICSID 중재 판정이 여러 건 있지만 기준을 제시한 성문의 근거가 원용된 적은 한 번도 없는 것으로 보아 이러한 기준이 기재된 조약도 없어 보인다. 동일성 여부 판단의 기준은 중재 판정의 누적을 통해 이루어지고 있다. 지금까지의 판정을 보면 분쟁의 대상이 된 문제, 분쟁을 발생시킨 사실과 심리상의 고려를 기준으로 동일성 여부를 판단하기도 하였고 사법 심판을 청구하게 된 기본적인 근거, 이유의 동일성 여부를 기준으로 판단하기도 하였다. 분쟁 내용이 동일하더라도 특정 계약 위반 여부를 다투는 분쟁과 투자협정 위반을 다투는 분쟁은 서로 다른 분쟁으로 인정하는 것이 추세이다.

2) 관련 판례

분쟁 동일성 판단 기준과 관련하여 이 사건 중재판정부는 동일 분쟁 여부는 분쟁의 대상이 되는 문제(subject matter)가 동일한지에 달려 있다고 보았다. 이전 분쟁을 발생시켰던 사실과 고려가 이후 분쟁에서도 중심에 있는지를 판단하면 될 것으로 보았다. *Jan de Nul vs. Egypt*



사건(ARB/04/13) 판정부는 이전 분쟁을 야기한 사실과 고려가 후속 분쟁의 중심적인 요소로서 계속된다면 이는 별개 분쟁이 아니라 동일 분쟁이라는 원칙 자체는 유효하다고 보았다. 해당 사건의 경우 이전 분쟁은 후속 분쟁의 원천 중의 하나일 뿐이고 그것도 중심되는 원천은 아니라고 지적하고 현재의 분쟁은 새로운 분쟁으로 보아야 한다고 판단하였다(결정문 123-128).

반면에 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판정부는 알바니아 법정에 제소된 건과 ICSID 중재가 신청된 건의 근본적인 기반이 알바니아 건설부와 계약상 다툼이라는 점에서 동일하므로 두 사건은 동일 사건이고 이미 알바니아 법원에 제소되었으므로 청구인은 다시 ICSID 중재를 이용할 수 없다고 판시하였다. 그러나 알바니아 법원이 부당하게 처리하여 공정한 사법 절차를 제공받을 투자자의 권리가 부인되었는지는 중재 청구할 수 있으며 실제로 이에 근거하여 중재 신청이 이루어졌으므로 본안심리를 진행한다고 밝혔다(판정문 66-68).

H & H vs. Egypt 사건(ARB/09/15) 중재판정부는 청구인이 주장한 동일 분쟁 판별 요건(당사자, 대상, 원인) 대신 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판례에 따라 청구의 근본적인 근거(fundamental basis of the claim)의 동일성 여부를 기준으로 사건의 동일성을 판단하여야 한다고 보았다. 판정부는 이 사건의 불법 수용 청구나 카이로 중재판정부 및 국내 법원에 제출된 청구는 모두 EGOH가 청구인의 매수청구권을 인정하지 않은 것을 근거로 제출된 분쟁으로서 청구의 근본적인 근거가 모두 동일하다고 이해했다(판정문 370-378).

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4) 중재판정부도 동일 분쟁인지 여부를 밝히기 위해서 fundamental basis of claim 기준을 적용하였다. 판정부는 이 기준은 분쟁의 동일성 판단을 위해 우선 규범적 원천의 동일성 여부, 즉 분쟁을 발생시킨 근본적인 원인과 추구하는 구제 효과가 동일한 것인지를 살피고, 목적, 당사자, 행위 원인을 공유하는 다툼이 여타의 사법 구제에 회부되어 있는지를 살피는 것이라고 보았다. 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 두 분쟁 모두 코스타리카의 자동차 점검 수수료 조정 약속 파기에서 발생한 것이고 추구하는 효과 역시 그로 인한 손실 보상이라는 점에서 동일하다고 보았다.

계약 위반을 근거로 제기된 분쟁과 투자협정을 근거로 제기된 분쟁을 서로 다른 분쟁으로 인정한 판례로는 *DLP vs. Yemen* 사건(ARB/05/17)이 있다. 예멘의 국내 중재 절차에서 이미 판정이 난 사건이 ICSID에 중재 신청된 사건에서 중재판정부는 예멘 중재는 도로 건설 계약의 위반을 심리한 것이고 ICSID 중재는 예멘 중재 절차의 간섭, 강요에 의한 해결 약정 체결 등이 투자협정 위반에 해당하는지를 판단하는 것이므로 동일 분쟁이 아니라고 확인하였다(판정문



136-137). *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 중재판정부는 알바니아 법원에 제소된 분쟁과 ICSID 중재 신청된 분쟁의 청구 원인이 동일하기는 하나 청구인은 알바니아 법원이 부당하게 처리하여 공정한 사법 절차를 제공받을 투자협정상 투자자의 권리가 부인되었는지에 근거하여 중재 신청하였으므로 본안심리를 진행한다고 밝혔다(판정문 66-68).



51

Metalpar vs. Agrentina 사건(ARB/03/5)

가. 사건 개요

이 사건은 2001년 경제 위기를 타개하기 위해 아르헨티나가 채택한 조치가 자신의 투자를 수용, 차별 대우하였다는 청구인의 주장이 모두 기각된 사건이다.

청구인 Metalpar S.A.와 Buen Aire S.A.는 각각 칠레의 버스 제작 전문 업체와 투자 자문회사로서 1997년 5월 아르헨티나 버스 회사를 매입하여 이름을 Metalpar Argentina로 개명하였다. 2001년 극심한 외환, 경제 위기에 봉착한 아르헨티나는 국가 비상법 제정 등 일련의 긴급조치를 발동하였다. 2001년 12월 대통령령 1570/2001호를 통해 예금 인출 제한과 해외 송금 금지 조치를 취해 금융 기관의 예금 인출 사태와 외환 유출을 방지하고자 하였다. 2002년 1월에는 국가 비상법(법률 25,561호)을 제정하여 달러화 표시 채권을 폐소화로 전환하였고 달러화와 1:1로 고정되어 있던 폐소화를 행정부가 다시 정할 수 있도록 하였다. 청구인은 Metalpar Argentina는 버스 구매 희망자에게 소요 자금을 달러로 대부하여 주고 구매를 유도하는 영업 전략을 사용하였는데 달러화 표시 채권의 폐소화 전환 및 환율 재조정으로 인해 버스 원매자에게 대부하여 주었던 달러를 폭락한 폐소로 회수해야 할 처지가 되었으므로 막대한 손실을 보았다고 주장하였다.

청구인은 이러한 아르헨티나의 비상조치는 자신의 투자를 간접 수용한 것이며 이외에도 차별 대우, 공정·공평 대우 의무 위반, 해외 송금 보장 위반 등 칠레-아르헨티나 투자협정상의 의무를 광범위하게 위반하였다고 주장하고 2003년 2월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 자신의 투자(Metalpar Argentina의 지분) 자체가 아르헨티나에게 소유권이 이전되는 형태로 직접 수용 당한 것은 아니라는 점은 인정하였다. 청구인이 수용 당한 것은 Metalpar Argentina가 고객과 체결한 대부 계약상의 권리, 즉 여신 금액이라고 주장하였다. 청구인은



Metalpar Argentina에 거액을 투자하였고 Metalpar Argentina는 이를 버스 원매자에게 달러로 대부하여 주었는데 국가 비상법으로 인해 폐소화로 회수하게 되었으므로 대부 계약상의 권리가 침해된 것이며 가치가 폭락한 폐소화 회수분과 원 달러 대부금간의 차액이 Metalpar Argentina의 손실이고 아르헨티나 당국에게 간접적으로 수용당한 금액이라고 주장하였다. 아르헨티나는 폐소화 가치가 하락한 만큼 달러 대 폐소화 환율을 조정하였으므로 청구인의 여신 금액은 아무런 변동이 없다고 반박하고 수용의 요건 자체가 성립하지 않는다고 일축하였다.

중재판정부는 청구인이 자신의 투자와 투자한 회사(Metalpar Argentina)가 체결한 계약을 혼동하고 있다고 지적하였다. 판정부는 수용에 대상 보상은 현재 다두고 있는 조치의 경제적 효과가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 하며 투자의 경제적 가치 전부 또는 대부분에 영향을 미치지 않으면 수용에 대한 보상은 인정되지 않는다는 것이 이전 중재판정의 통설이라고 인용하였다. 비록 수익이 낮아졌어도 투자 사업의 운영이 계속된다면 수용 보상을 필요로 할 정도로 방해한 것이 아니라고 보았다. 판정부는 수용으로 인한 보상의 필요성을 발생시킬 정도로 아르헨티나의 조치가 청구인의 투자에 가혹한 영향을 충분히 미쳤다는 점을 청구인이 입증하지 못했다고 판시했다. 청구인의 주장은 투자 회사의 대부 계약에 대한 영향이지 청구인 투자에 대한 영향은 아니라는 것이다. 판정부는 대부 계약에 대한 영향이 청구인의 주장대로 있다 하더라도 이로 인해 청구인의 투자가 부정적인 영향을 입었다는 아무런 증거가 제시되지 않았다고 판단하였다. 판정부는 아르헨티나의 조치와 무관하게 청구인은 Metalpar Argentina를 경영, 통제할 수 있었고 이 회사는 사업을 계속하고 있으며 원매자와 대부 계약을 계속 체결하고 있으므로 수용이라고 볼만한 근거가 없다고 확인하였다(판정문 165-174).

2) 차별 대우

국가 비상법의 달러화 표시 채권, 계약의 폐소화 전환 조치는 금융기관에 대해서는 일부 다르게 적용되었다. 청구인은 이를 차별 대우라고 주장하였으나 아르헨티나는 차별 대우란 동등한 것의 동일 범주 내에서의 불평등을 의미하는 것이며 범주를 달리 하는 것에 상이한 조치가 적용되는 것은 차별이 아니라고 반박하였다. 중재판정부는 상이한 주체를 규율하기 위해서 상이한 규범을 수립하는 것은 국가의 권한이며 청구인의 투자가 금융기관이 아닌 이상 금융기관과 같이 대우하여 줄 것을 요구할 수는 없다고 일축했다. 다른 범주를 다르게 규율하는 것은 차별이 아니라고 확인하였다(160-164).



3) 송금 보장 위반

청구인은 칠레-아르헨티나 투자협정 5조는 수익금 등의 자유로운 해외 송금을 보장하고 있는데 대통령령 1570/2001호는 해외 송금을 전면 금지하였으므로 투자협정 위반이라고 주장하였다. 청구인은 거래 은행인 BankBoston에 아르헨티나 밖으로의 송금 방법을 문의하니 불가능하다고 회신받았다는 것을 금지의 증거로 제시했다. 중재판정부는 문제의 대통령령은 2조에 해외 송금은 원칙적으로 금지되나 아르헨티나 중앙은행의 인가가 있을 경우 예외적으로 허용하고 있다고 실시한 후, 청구인은 송금 인가권이 없는 BankBoston이 아니고, 중앙은행에 송금 가능 여부, 가능시 방법 등을 문의하였어야 하나 이를 시행하지 않았다고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(176-179).

4) 공정·공평 대우

청구인의 공정·공평 대우 의무 위반 주장에 대해 중재판정부는 차별 대우, 수용이 인정되지 않았고 송금도 자의적으로 금지된 적이 없으며 청구인이 정당한 기대의 근거라고 주장하는 아르헨티나의 인허가, 사업 계약 등은 그렇다고 볼 수 있는 법적 근거도 없으므로 공정·공평 대우 의무 위반을 인정할 수 없다고 기각하였다(180-188).

5) 안보상 예외(긴급피난)

아르헨티나는 청구인이 시비하는 조치는 국가 존망이 위태로운 격심한 위기 상황 속에서 불가피하게 채택된 조치들이므로 설사 위법성이 인정된다 하여도 투자협정에 의해 예외로 인정되는 조치들이라고 주장하였다. 중재판정부는 아르헨티나의 조치로 인해 청구인의 투자가 침해되었다는 점이 입증되지 않았으므로 안보상 예외 해당 여부를 심리하는 것 자체가 불필요하다고 정리하였다. 판정부는 국가책임을 면제하기 위해서는 우선 국가의 투자자 권리 침해행위 발생, 실제 피해 야기, 국가 면책 상황 발생 등이 선행되어야 하나 어느 하나도 발생하지 않았으므로 심리 자체가 무의미하다고 정리하였다(208-213).



다. 평가 및 해설

1) 안보상 예외

투자협정은 공공질서 유지, 안보, 핵심 국가 이익 수호 등을 위해 채택된 조치에 대해서는 적용되지 않는다는 조항을 포함하고 있는 경우가 많다. 외국인 투자자의 이익을 보호하는 것보다 국가의 핵심 이익과 존속이 비교할 수 없을 정도로 중요한 것이므로 반드시 투자협정에 성문으로 기록하여 두지 않더라도 국제관습법상 인정되는 권리이다. 이는 비단 국제관계뿐만 아니라 국가 내부 조치에 대해서도 적용되고 있다. 많은 국가는 국민의 기본권 또는 이익을 국가 안보에 필요한 경우 예외적으로 제한할 수 있다는 법적인 근거를 갖고 있다. 이러한 차원에서 대다수 투자협정에도 예외적인 경우 투자협정을 적용하지 않는 국가의 조치가 있을 수 있다는 조항을 포함하고 있다. 안보상 예외 조항이 ICSID 투자 분쟁에서 제기된 것은 모두 아르헨티나 2001년 경제 위기와 관련된 사건들이다. 해당 사건과 별개로 아르헨티나 이외의 다른 국가에 제기된 적은 없다.

2) 국가책임 초안 25조(긴급피난)과의 관련성

아르헨티나는 2001년 경제 위기가 관련된 사건에서는 모두 이 안보상 예외 조항을 원용하여 시비가 된 조치에는 투자협정이 적용되지 않는다고 주장하였다. 이에 대한 ICSID 중재 판정부의 판단은 일관적이지 않다. 3개 판정부는 이를 용인하였으며 7개 판정부는 이를 부인하였다.

일단 경제 위기가 이 조항에서 언급하는 상황에 포함될 수 있다는 점에 대해서는 판정부의 견해는 일치한다. 공공질서나 안보가 반드시 정치, 군사적인 상황만을 의미한다고 볼 수는 없을 것이며 국가는 치안 유지 및 국가 영속성 확보를 위해서는 일정 수준의 자율성과 재량성을 보유해야 할 것이므로 타당한 견해라고 본다.

판정부의 견해가 일치되지 않는 점의 시작은 안보상 예외 조항이 적용될 수 있는 상황의 구체적인 범위나 긴박성의 심도 등의 요건에 대해서는 침묵하고 있기 때문이다. 판정부는 모두 이 조항이 투자 유치국 정부가 임의로 해당 요건을 결정할 수 있는 자기 결정적 조항은 아니라고 판단하였다. 그러나 조문 자체에 구체적인 요건이 없으므로 판정부는 모두 UN 국제법 위원회(ILC)의 국가책임에 관한 초안 25조에 제시된 요건 충족 여부를 살펴본 후 안보상 예외 조항 충족 여부를 판단하였다. 2가지 문제가 이러한 심리 수순에서 제기되었다.



3) 긴급피난 요건과 안보상 예외 요건과의 동일성

첫째는 국가책임 초안 25조의 요건을 투자협정의 안보상 예외 조항의 요건과 동일시하는 것이 타당한지의 문제이다. 안보상 예외 조항이 적용 요건을 구체적으로 적시하고 있지 않으므로 판정부는 통상 국가책임 초안 25조 요건을 적용하고 있다. 두 건의 취소 판정은 서로 별개인 두 조항의 요건을 동일시할 수 없다는 견해를 취했다. CMS 사건 특별위원회는 투자협정 XI조는 국가 안보와 공공질서 유지를 위해 필요한 조치에 대한 조항이고 국가책임 초안 25조는 책임성이 면제되는 조건에 관한 규정이므로 그 운영과 내용에 있어 상이하므로 원 판정부는 양자간의 관계, 본안 사건에의 적용 가능성 등에 대해 심리하였어야 하나 이를 생략하고 두 조항을 동일한 지위에 있다고 간주하는 오류를 범했다고 보았다(취소 결정문 130-131). 본안 사건이 투자협정의 위반을 다투는 것이므로 원 판정부는 우선 해당 조치의 투자협정의 위반 여부를 살핀 후 그 위반이 XI조에 합당한 조치인지 보아야 했으며, 해당 조치가 투자협정과 합치되지 않는다고 결정한 후에야 아르헨티나의 국가책임이 면제되는지 여부를 초안 25조에 비추어 판단했어야 한다고 설명하였다. 그러나 특별위원회는 비록 원 판정부가 투자협정 XI조를 결합 있게 적용하기는 하였으나 적용하기는 하였으므로 권한을 초과하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다(134-136).

반면에 *Sempra* 사건 특별위원회는 위와 동일한 논리를 전개하였지만 원 판정부의 판정을 취소시켜 버렸다. 특별위원회는 투자협정 XI조와 국가책임 초안 25조는 규율하는 상황이 다른 조항으로서 후자가 전자를 해석하는 길잡이가 될 수 없다고 보았다. 즉 투자협정 XI조는 특정한 상황에서 특정 조치를 채택하는 것을 배제하지 않는다고 규정하고 있으므로 특정 조치의 채택 자체는 해당 국가의 국제법상 의무와 불합치되는 것이 아니며 따라서 불법도 아니라는 것이다. 반면 국가책임 초안 25조는 국가의 불법행위를 배제하는 근거로서 국가 위기 상황이 특정한 조건을 충족하지 않을 경우 원용될 수 없다고 규정하고 있으므로 이미 국가의 특정 행위가 이미 불법인 것을 전제로 하고 있으며 불법인 행위가 이미 발생한 상황을 규율하고 있다고 보았다. 원 판정부가 투자협정 XI조는 국가 위기 상황을 정당하게 원용하는데 필요한 법적인 요건을 다루고 있지 않으므로 이러한 문제를 다루는 규칙은 국제관습법에서 찾아야 한다고 규정하고 초안 25조 요건을 적용한 것에 대해 특별위원회는 양자 조약에서 국가 위기 상황을 원용하는 문제가 왜 반드시 국제(관습)법의 규칙에 의해 정당화되어야 하는지 동의하지 않았다. 양 당사국간에 다른 기준을 정할 수도 있는 것이라고 판단했다(198-201). 특별위원회는 따라서 원 판정부가 XI조를 심리하지 않은 것은 권한을 일탈할 것이라고 지적하고 원 판정 전부를 취소하였다.



그러나 이러한 취소 결정으로 인해 국가책임 초안 25조 요건 충족 여부를 먼저 살펴 안보상 예외 조항 충족 여부를 심리하는 관행이 소멸된 것도 아니다. 그 이후의 *Continental*, *El Paso*, *EDF*, *Impregilo*, *Ubraser* 사건 판정부 모두 초안 25조에 적시되어 있는 요건이 아르헨티나의 조치에 적용되는지 살펴보았다. 특별위원회의 결정이 25조 요건의 충족 여부를 살피는 것 자체가 잘못이라는 것은 아니다. 투자협정과 초안은 별개의 독립적인 문건이므로 25조 요건과 안보상 예외 조항 요건을 별다른 설명 없이 동일시하여 전자가 충족되지 않았다는 이유로 후자의 안보상 예외 조항을 적용할 수 없다고 기계적으로 판단해서는 안 된다는 것이다. 25조의 요건을 살펴 안보상 예외 조항의 적용 여부를 살피는 것 자체는 판정부의 재량으로 할 수 있다고 본다. 안보상 예외 조항 해당 여부를 판정부가 독자적으로 살펴본 것은 *Continental* 사건이 유일하다. *Continental* 사건 판정부는 문제가 된 조치의 필요성 요건 충족 여부를 심리하기 위해 투자협정 XI조와 대동소이한 내용을 담고 있는 GATT XX조(안보상 예외)가 쟁점이 된 WTO 판례¹⁵¹⁾에서 확인된 필요성의 판단 요건을 차용하였다. 이 내용은 ‘필요하다’는 것이 inevitable, indispensable, absolute necessary와 같이 매우 엄격한 필수 불가결성을 의미하는 것은 아니고 일정 범위의 대역을 상정하는 개념이지만 단순히 사태 해결에 공헌한다는 쪽의 극단이 아니라 필수 불가결하다는 반대편의 극단에 가깝게 위치한다는 것이었다. 또한 필요성 충족 여부를 판단하기 위해서는 해당 조치를 통해 제고하려는 이익 또는 가치의 상대적 중요성, 조치 목적 달성을 위한 해당 조치의 공헌도, 국제 교역에 미치는 해당 조치의 충격 등을 고려해야 하며 합리적으로 이용 가능한 대체 조치의 존재 여부도 살펴야 한다는 것이었다. 판정부는 이상의 요건을 토대로 청구인이 다투는 아르헨티나의 조치 각각에 대해 그 필요성 여부를 심리한 결과 당시 아르헨티나 의회는 헌법 규정에 따라 국가 비상사태를 선포하였고 국가 비상법을 입법한 것은 당시 상황의 엄중함을 나타내며 국내 경제 붕괴, 금융기관 마비, 사회 빈곤층 확대 등의 심각성을 고려할 때 이 필요성 요건은 충족된다고 밝혔다(판정문 170-230). 여타 사건 판정부는 *Continental* 사건 판정부처럼 안보상 예외 조항 자체를 천착하지 않고 예외 국가책임 초안 25조 요건 충족 여부를 살펴 안보상 예외 조항 적용 여부를 심리하였으나 *CMS* 사건이나 *Sempra* 사건 판정과 달리 특별위원회에 취소 청구되지는 않았다.

4) 사태 발생에 대한 책임

국가책임 초안 25조에 제시된 요건과 관련된 2가지 문제 중 나머지 하나는 위기 사태 발생에

151) *Korea-Beef*, *EC-tyres*, *US-Gambling*, *Dominican Republic-Cigarettes* 사건



대한 아르헨티나의 귀책 여부이다. 초안 25조는 위기 사태에 시행된(즉 긴급 피난에 해당하는) 국가의 불법행위 중 위법성이 면책될 수 있는 요건으로 i) 심각하고 긴급한 위협이며 발동국의 핵심 이익 보호에 필요한 유일한 대책일 것(1(a)항), ii) 타방 국가의 핵심 이익을 손상하는 조치가 아닐 것(1(b)항), iii) 발동국에게 국가 위기 사태를 인용하지 못하게 하는 국제적 의무가 존재하지 않을 것(2(a)항), iv) 위기 사태 발생에 자국이 원인을 제공하지 말았어야 할 것(2(b)항)을 들고 있다. 25조 요건 충족을 부인한 판정이 원용한 요건은 모두 iv) 항이었다. 아르헨티나가 경제 운용을 잘못하여 사태 발생을 자초한 책임이 있다는 것이다. 아르헨티나의 오류로 지적되는 실책은 아르헨티나 폐소화를 고평가한 고정 환율제, 노동 시장 경직성 등을 들고 있다. 2001년 아르헨티나의 경제 위기는 1997년 동아시아 외환 위기나 2008년 국제 금융 위기와 달리 외생적 요인으로 발생한 것이 아니라 아르헨티나에만 국한되어서 발생한 것이기는 하다. 그러나 외판 섬처럼 절연되어 있는 고립 경제가 아니라 고도로 연계된 국제 경제 속에서 외부와 전혀 무관한 자신의 사유로 한 국가의 경제 전체가 붕괴하게 되는 위기가 발생할 수 있을지는 의문이다.

아르헨티나가 안보상 예외 조항을 원용하여 면책될 수 있다고 판시한 3건의 판정부는 모두 사태 발생에 대한 아르헨티나의 책임을 인정하지 않았다. 이들 판정부가 제시한 책임 발생 요건은 행위와 사태 간의 인과관계를 확인할 수 있어야 한다는 것이었다. 비록 아르헨티나의 과실이 경제 위기 초래에 기여했을 수는 있으나 이를 이유로 투자협정상의 권리를 부인하기 위해서는 아르헨티나의 조치가 사태 발생을 직접적으로 겨냥하였거나 양자 간의 인과관계가 성립해야 한다는 것이다. 이들 판정부의 이러한 엄격한 해석이 타당하다고 본다. 안보상 예외 조항을 원용할 수 있는 권리를 부인하기 위해서 이처럼 엄격한 해석을 하지 않을 경우 안보상 예외 조항을 원용하기란 매우 어려울 것이다. 국가 위기는 사태의 심도와 포괄성에 비추어 수많은 사건의 누적과 연계를 통해 발생하는 경우가 대부분일 것이므로 해당 국가의 일정 조치가 누적과 연계에 포함되어 있는 점은 쉽게 지적할 수 있을 것이며 그 결과 해당 국가는 절체절명의 위기에도 불구하고 협정에 보장되어 있는 면책 조항의 혜택을 부인 당하기 쉽기 때문이다.

지금까지의 투자 분쟁 중에서 안보상 예외 조항이 쟁점이 된 것은 아르헨티나 2001년 경제 위기가 유일하다. 이처럼 안보상 예외 조항은 원용할 수 있는 기회 자체가 매우 희소하다. 이미 적용 가능성 자체가 희소한 조항을 적용하지 않는 방향으로 해석하는 것은 투자 유치국을 필요 이상으로 불리하게 대우하는 것이라고 생각한다.



5) 관련 판례

이 사건처럼 2001년 경제 위기 당시 아르헨티나가 채택한 조치가 안보상의 예외 조항에 의거하여 투자협정의 적용을 배제할 수 있는지가 쟁점이 된 사건은 모두 10개이다. 판정부의 판정은 인용과 기각이 3:7로 나뉜다.

2001년 아르헨티나 경제 위기 관련 안보상 예외 조항 쟁점 사건 판정 일람표

사건명(번호)	쟁점 조항	인용	불인용
<i>Enron</i> (01/3)	마-아르헨 BIT M(3)조 XI 조 ILC 25 조		시비된 조치가 유일한 경제 위기 극복 조치라고 볼 수 없으므로 ILC 25 조 요건 불충족 따라서 XI 조 충족 여부 심리 불요 M(3)조는 무관한 조항이므로 심리 불요
<i>AMS</i> (01/8)	마-아르헨 BIT XI 조 ILC 25 조		위기 발생에 책임, ILC 25 요건 불충족 XI 조 심리하지 않음 특별위원회 25 조와 XI 조 요건을 동일시한 것은 오류이나 판정은 인정
<i>LG & E</i> (02/1)	마-아르헨 BIT XI 조	XI 조 충족	
<i>Sempra</i> (02/16)	마-아르헨 BIT M(3)조 XI 조 ILC 25 조		위기 발생 책임, ILC 25 조 요건 불충족 따라서 XI 조 요건은 심리 불요 M(3)조 책임 회피, 면제 조항 아니므로 적용 불가 특별위원회 XI 조 심리하지 않은 것은 권한 일탈에 해당, 원 판정 취소
<i>Metalpar</i> (03/5)	마-아르헨 BIT M(3)조 XI 조 ILC 25 조	청구인의 피해 사실 자체가 입증되지 않음, 심리하지 않음	左同
<i>Continental</i> (03/9)	마-아르헨 BIT XI 조 ILC 25 조	XI 조 요건 충족 ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미, 그 정도의 책임은 없다고 판시	



ICSID 중재판정례 해설

사건명(번호)	쟁점 조항	인용	불인용
<i>El Paso</i> (03/15)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		M(3)조는 해당 사항 없는 조항 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가 따라서 X 조 적용 불가
<i>EDF</i> (03/23)	佛-아르헨 BIT 5(3)조 ILC 25 조		5(3)조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Impregio</i> (07/17)	伊-아르헨 BIT 4 조 ILC 25 조		4 조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Ubraser</i> (07/26)	스페인-아르헨 BIT X(5)조 ILC 25 조	ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미, 그 정도의 책임은 없다고 판시	



52

MCI Power vs. Ecuador 사건(ARB/03/6)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정 발효 이전에 발생하여 발효 이후까지 계속된 일련의 행위에 대해 판정부의 관할권을 인정하고 협정 발효 이후 행위의 위법 여부 판단을 위해 이전 행위를 참작, 고려할 수 있다고 판시한 사건이다.

청구인 MCI Power Group은 미국 회사로서 Seacoast라는 미국 회사를 소유, 통제하고 있었다. Seacoast는 2개의 전기 발전소를 설치하여 6개월간 전력을 에콰도르 전력청에 판매하기로 계약하였으나(Seacoast 계약) 이내 계약 조건에 관한 이견이 발생하여 1996년 4월 전기 발전소 가동을 중단하였고 에콰도르 전력청은 1996년 5월 26일 Seacoast에 계약 종료를 선언하였다. 계약 종료 문제를 처리하기 위해 발족한 청산 위원회가 해산된 1996년 7월, 계약은 최종 종료되었고 Seacoast는 1997년 3월 모든 자산을 매각하였다. 1996년 7월 Seacoast는 에콰도르 행정법원에 계약 위반을 이유로 전력청을 제소하였으나 1999년 10월 패소하였다. MCI는 에콰도르 내 전기 공급 사업을 위해 여타 투자자를 모집하여 에콰도르에 현지 법인 Ecuapower를 1995년 말에 설립하였으나 1996년 12월 17일 지분 전량을 영국 회사에 매각하였다. Seacoast 계약은 계약 중단, 종료시 청산 위원회를 구성하여 계약 종료에 따른 권리의무관계를 확정하도록 되어 있었다.

청구인은 에콰도르가 청산 위원회 운영에 성실히 참여하지 않았으며 Seacoast의 운영 면허 취소, 중재 과정 방해 및 Seacoast 관계자 박해 등의 행위를 통해 미국-에콰도르 투자협정상의 공정-공평 대우 등 투자자 보호 및 수용 조항을 위반하였다고 주장하고 2002년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 에콰도르는 Seacoast 계약은 미국-에콰도르 투자협정 발효일 이전에 발생한 것이므로 투자협정의 적용 대상이 아니며 따라서 ICSID는 이 사건에 대한 관할권이 없다고 반박하였다.



나. 주요 쟁점

1) 관할권(소급 적용)

미국-에콰도르 투자협정은 1997년 5월 11일 발효하였으며 XII조¹⁵²⁾는 투자협정의 적용 대상을 발효 당시 존재하고 있거나 그 이후에 취득한 투자로 한정하고 있었다. 에콰도르는 Seacoast 계약은 1996년 5월 이미 종료되었으므로 투자협정 발효 당시 청구인의 투자는 존재하지 않았으며 따라서 투자협정 보호 대상이 아니라고 주장하였다.

청구인도 투자협정의 발효일이나 투자협정의 소급효 부재에 대해서는 인정하였다. 그러나 에콰도르의 투자협정 위반 행위는 발효일 이전에 개시되어 이후까지 지속되어 온 복합 행위이므로 발효일 이전의 행위도 심리하여 청구인에 대한 보상액 산정 시 반영해야 한다고 주장했다. 즉 1996년 4월 전력청이 Seacoast의 최초 청구서를 불이행한 행위가 Seacoast의 사업 면허 취소, 행정법원 제소 및 중재로 이어졌으며 이 전체가 복합적인 행위로서 투자협정 위반을 구성한다는 것이다. 청구인은 국제법위원회(ILC)의 국가책임에 관한 초안 14조¹⁵³⁾, 15조¹⁵⁴⁾에서도 조약 발효 전에 개시된 행위가 발효일 이후에도 계속되는 경우 조약 위반을 구성할 수 있다고 규정하고 있다고 제시하였다.

중재판정부는 국가의 행위가 국제법상의 의무를 위반하기 위해서는 우선 국제법상의 의무가 존재해야 하는데 청구인이 주장하는 투자협정의 발효 전 의무 위반은 동 행위 당시 투자협정이 존재하지 않았으므로 성립할 수 없는 주장이라고 일축하였다. 국제법적으로 부당한 행위가 지속되고 복합되기 위해서는 우선 국제법 위반 행위가 발생하여야 하며 투자협정 위반을 다투는 경우 이는 투자협정 위반 행위가 되어야 한다는 것이다. 판정부는 투자협정 발효 전 국제관습법의 위반 행위가 있었다 하더라도 이는 투자협정상상의 중재 관할권을 성립시키지는 못한다고 언급했다. 판정부는 따라서 투자협정 발효 전 에콰도르의 행위는 투자협정상상의

152] XII This Treaty shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter.

153] 14 The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation...

154] 15 Breach consisting of a composite act

The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.



지속적이고 복합적인 부당 행위를 구성하지 못한다고 판정하였다. 그러나 투자협정 발효 이전 행위에 대해 판정부가 일체 검토할 수 없다는 의미는 아니라고 보았다. 판정부는 투자협정 발효 이후의 에콰도르의 행위는 판정부가 투자협정을 위반하는 독립적인 행위인지 복합적이고 지속적인 행위인지 심리할 수 있으며 발효 이후 행위의 배경, 원인, 인과관계를 이해하기 위하여 발효 이전 행위도 고려할 수는 있다고 보았다. 그러나 위반 대상이 되는 규범이 존재하지 않는 행위의 위법성을 의제하여 보상액 산정에 고려할 수는 없다고 선을 그었다(판정문 74-97).

2) 관할권(발효 전 위반)

청구인은 Seacoast의 대금 청구를 기각하고 운영 면허를 취소하는 등의 에콰도르의 행위는 투자협정 발효 전 투자협정의 대상과 목적을 침해하는 행위로서 조약 서명 후 발효 전까지 이와 같은 행위를 금지한 조약법에 관한 비엔나 협약 18조¹⁵⁵⁾ 위반에 해당한다고 주장하였다. 중재판정부는 비엔나 협약 18조는 조약의 대상과 목적을 침해하지 말라는 일반적인 신의(good faith)를 규정한 것으로서 조약의 특정 조항의 조기 적용이나 조약의 소급효를 인정하는 것은 아니라고 설명하였다. 조약 발효 전 대상과 목적 존존과 조약의 소급 적용은 별개의 사항이며 이 사건에서 투자협정 발효 전 에콰도르의 행위가 투자협정의 대상과 목적을 침해하였다는 점은 입증되지 않았다고 지적하였다(108-117).

3) 관할권(투자 존재 여부 및 fork in the road)

에콰도르는 Seacoast 계약이 1996년 7월 종료되었고 Seacoast 자산이 1997년 3월 매각되었으므로 투자협정 발효일인 1997년 5월 11일 당시에 투자자의 투자는 존재하지 않았다고 주장하였다. 청구인은 매각한 것은 물적 자산뿐이며 발효일 당시 Seacoast는 무형 자산과 전력청과의 여타 계약상의 권리를 보유하고 있었다고 반박하였다. 판정부는 투자협정 I(a)조는 투자를 권리 등 무형 재산을 포함한 모든 종류의 자산이라고 광범위하게 정의하고 있으므로 발효일 당시 Seacoast가 보유한 사업 면허, 국내에서 진행 중인 소송상의 권리 등의 무형 재산은 투자의

155] Article 18 : Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or
b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.



정의에 포함된다고 인정하였다. 판정부는 발효일 전 청구인의 투자의 효과가 발효일 이후에도 계속된다고 보았으며 따라서 청구인이 시비하는 협정 발효일 이후의 에콰도르의 행위에 대해 심리할 권한이 있다고 확인하였다(160-170).

미국-에콰도르 투자협정 VI(2)조¹⁵⁶⁾는 분쟁 발생 시 국제중재 또는 국내 사법 절차 중 하나를 불가역적으로 선택하도록 규정하고 있었다. 에콰도르는 Seacoast가 1996년 7월 에콰도르 행정법원에 제소하였으므로 VI(2)조 규정상 ICSID 중재를 신청할 수 없다고 주장하였다. 판정부는 1996년 7월 제소는 당시 투자협정이 발효되지 않았으므로 투자협정 위반에 대한 것이 아니라 Seacoast 계약 위반에 대한 것이어서 투자협정 위반을 다투는 ICSID 중재와는 상이한 절차이므로 투자협정 미발효로 인해 Seacoast는 VI(2)조의 선택 사항 자체를 선택할 수 없었다고 지적하고 VI(2)조를 근거로 한 에콰도르의 관할권 부재 주장을 기각하였다(180-190).

4) 청산 위원회

Seacoast 계약 17조는 계약 만료 또는 중단 시 Seacoast와 전력청 간의 채권채무관계 정리, 전력 공급량 산정 및 대금 지급 관계 정리 등의 기술상, 회계상 문제를 처리하기 위해 청산 위원회를 구성하도록 되어 있었다. 청구인은 이 조항이 양측 계약 당사자에게 계약 이행상의 분쟁을 해결하기 위해 성실히 협의에 임하도록 의무를 부과한 것으로 해석하였다. 청구인은 전력청이 이 조항에서 정한 시한보다 7개월이 지나도록 청산 위원회를 결성하지 않았고 그나마 협상에도 매우 성의 없이 참여하였으며 1997년 12월 이후에는 개최되지도 않다가 1999년 3월에 별 성과도 없이 해산되었다고 주장하였다. 에콰도르는 이 조항은 계약상의 분쟁해결이 아니라 회계상의 문제를 정리하는 기제일 뿐이라고 반박하였다.

중재판정부는 계약 당사자가 청산 위원회의 활동을 통해 최종적인 해결을 보지 못했다고 해서 공정·공평 대우 의무 위반을 구성하는 것은 아니며 당사자의 정당한 기대는 자신의 기대에 기반을 두는 것이 아니라 강제할 수 있는 의무의 존재와 내용에 기반을 두는 것으로서 17조는 당사자간의 기존 분쟁을 해결하라는 의무를 부여하는 것이 아니라고 설명하였다. 즉 청구인은 계약상의 분쟁이 이 조항을 통해 해결될 것으로 정당하게 기대하였으나 기대했던 결과가 나오지

156] VI(2) In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or
(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or
(c) in accordance with the terms of paragraph 3.



않자 자신의 정당한 기대가 에콰도르의 불성실로 인해 침해되었고 따라서 공정·공평 대우 의무 위반이라는 주장이었으나 판정부는 17조는 법적인 의무를 부여하는 조항이 아니므로 정당한 기대 자체를 생성하지 못한다는 것이다(271-280).

5) 면허 취소

Seacoast 계약이 종료된 후 1999년 2월 에콰도르는 Seacoast가 해당 사업을 더 이상 수행하지 않으므로 Seacoast의 운영 면허를 폐지하였다. 청구인은 운영 면허는 투자협정 I조상의 투자 정의에 해당하고 그 자체가 투자이므로 이를 취소하는 것은 수용에 해당하며 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 중재판정부는 청구인의 주장을 일축하였다. Seacoast가 운영 면허의 대상이 되는 행위 자체를 더 이상 수행하고 있지 않으므로 운영 면허를 취소하는 것은 에콰도르 국내법상 당연한 조치이며 운영 면허는 본질적으로 발전 설비 설치, 가동과 연계되어 있는데 운영 면허 취소 당시 Seacoast는 이미 관련 설비를 매각하였으므로 운영 면허의 기반이 존재하지 않게 되었다고 변설하였다. 판정부는 설비 매각으로 인해 소유권 자체가 존재하지 않게 되었으므로 소유권 박탈 또는 사용, 이익 향유의 심대한 박탈을 전제로 하는 수용은 성립할 수 없다고 판시하였다(297-306).

6) 중재 거부 및 세무 조사

청구인은 청산 위원회 해산 후 Seacoast는 해당 문제를 상사중재에 회부하려고 에콰도르측과 협의하여 중재 신청 문안까지 합의하였으나 돌연 에콰도르측은 Seacoast의 사업 면허가 취소되어 더 이상 법적인 자격이 없게 되었으므로 중재 신청서 서명을 거절하였다고 주장하고 이는 신의(good faith)를 배반한 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 중재판정부는 중재 합의 의무의 존재를 청구인이 입증하지도 못했고 에콰도르가 중재 합의서 서명을 사양한 것이 악의적이라고 볼만한 근거가 없으며 이 행위가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(316-324).

Seacoast는 사업 면허 취소 후 1996년 7월 행정소송을 제기하였다. 소송 제기 수일 후 Seacoast에 대한 세무조사가 개시되었다. 청구인은 이는 Seacoast를 박해하기 위한 악의적인 행위로서 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 판정부는 수용하지 않았다. 이미 계획되어 있던 정기 감사였다는 에콰도르의 반박을 수용하였으며 비록 배반적이고 비우호적인 태도일 수는



있으나 정당한 공권력 행사로서 그 자체가 공정·공평 대우, 차별 및 자의적 대우 의무 위반에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하였다(363-371).

다. 평가 및 해설

1) 누적 복합 행위

투자협정 위반이라고 다루는 정부의 조치가 단속적(斷續的)인 하나의 독립 행위가 아니라 상호 연결된 일련의 복수행위로 일정 기간에 걸쳐 이루어질 수 있다. 이 경우 제기될 수 있는 문제 중 하나는 전체 행위 중 일정 행위가 투자협정 발효일 이전에 개시되었다거나 분쟁을 제기할 수 있는 시한을 초과했다는 시적 관할권 충족 여부다. 다른 문제는 일련의 행위를 구성하는 개개 행위는 투자협정 위반에 해당하지 않을 경우이다. 국가책임에 관한 초안 15조¹⁵⁷⁾는 이러한 행위를 복합 행위(composite acts)라고 정의하고 최초의 불법성이 발현된 시점을 기준으로 불법성을 인정하고 그 효과는 연결된 행위 전체의 시기에 걸쳐 발현되는 것으로 본다. 이 사건은 ICSID 판정 가운데 복합 행위 시비가 제기된 최초의 사건이다. 그러나 이 사건 판정부는 비록 복합 행위라 할지라도 투자협정 발효 이전에 시행된 행위에 대해서는 이를 규율한 투자협정 자체가 존재하지 않았으므로 위반 여부를 심리하고 문책할 수 없다고 확인하였다. 다만 투자협정 발효 이후에 발생한 행위의 배경, 원인, 인과관계를 파악하기 위하여 검토할 수는 있다고 보았다.

이 사건과 유사한 사건으로는 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)이 있다. 판정부는 일련의 상호 연계된 조치를 구성하는 각각의 행위는 투자협정의 위반에 해당하지 않더라도 그 누적된 효과로 인해 전체 행위는 투자협정의 위반에 해당할 수 있다고 판정하였다. 대표적인 행위가 점진적 수용으로서 구성 행위 각각은 수용의 효과나 의도가 없을 수 있어도 누적된 전체로서는 수용 행위가 될 수 있다고 설명하였다.

멕시코가 양허 계약에 의거하여 자동차 등록제를 대행하고 있는 회사의 경영권을 장악하고

157] Article 15 Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.
2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.



양허 계약을 취소한 행위가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하는지, 해당할 경우 위반시점은 언제인지가 쟁점이 되었던 *Gemplus & Talsud vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4)에서 판정부는 경영권 장악과 양허 계약 폐지는 하나의 복합된 행위(composite act)로서 공정하고 공평한 대우 의무 위반이며 위반 시점은 경영권이 장악된 시점이라고 판시하였다(판정문 7-76, 77, 78)

Rompetrol vs. Romania 사건(ARB/06/3) 판정부도 개개 행위는 투자협정 위반에 해당하지 않지만 그 누적적인 효과로 인해 전체로는 투자협정 위반을 구성할 수 있다고 보고 비록 청구인에 대한 수사 자체는 부당하지 않더라도 불필요한 구금, 청구인 사업에 지장을 줄 정도로 조사 범위의 불필요한 확대, 검사들의 적대적인 태도 등을 종합하여 볼 때 수사 행태는 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판정하였다(270-279).

투자협정 위반 문제가 제기된 일련의 조치에 대해 베네수엘라는 초기 행위가 분쟁 제기 시한을 초과하였으므로 상호 연결된 전체 행위 모두가 심리될 수 없다고 주장하였으며 청구인은 후기 행위가 시한 내에 있으므로 상호 연결된 시한 초과 행위까지 포함하여 심리해야 한다고 반박한 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인의 주장을 수용하였다. 그러나 이는 상호 연결된 행위에 한한 것이므로 해당 행위 상호 간의 연결성 여부를 판단하여 결정해야 한다고 보았다. 청구인의 주장한 초기 및 후기 행위는 이러한 연결성을 인정하기 어렵다고 판단하였으며 구성 행위 중 하나라도 분쟁 시한을 초과하면 전체 행위도 시한을 초과한 것으로 보아야 한다는 베네수엘라의 주장에 대해 판정부는 상호 연계성이 인정되지 않는 일련의 행위 중 특정 행위가 분쟁 제기 시한을 초과한 효과는 해당 행위에만 적용되는 것이며 여타 행위에는 영향을 미치지 않는다고 해석하였다(판정문 203-240).

2) 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반

공정하고 공평한 대우가 구체적으로 무엇을 의미하는지 어떠한 요건을 충족하지 못하면 위반이 되는 것인지 명시적인 기준을 제시하고 있는 투자협정은 하나도 없다. 결국 판례를 통해 내용과 요건이 정해질 수밖에 없는 사안이다. 그러나 시비가 된 조치나 전후 사정이 모두 다르고 투자자나 투자 유치국의 상황과 사건의 정황이 같을 수 없으므로 어느 정도 축적된 판례라 하여 모든 상황에 그대로 적용할 수 있는 것도 아니다. 결국 개개 상황의 특수성을 판정부가 고려하여 판단하는 수밖에 없다.



그렇다고 판정부가 제한 없는 재량 아래 임의로 공정·공평 대우의 종류와 세부 요건을 정할 수 있는 것도 아니다. 결국 이전부터 축적되어 온 판례를 감안할 수밖에 없을 것인데 현재까지 가장 보편적으로 인정되어 온 공정·공평 대우의 형태는 투자자의 정당한 기대를 투자 유치국이 침해하였는지의 여부이다. 지금까지의 판례는 객관적인 정황상 투자자가 일정한 기대를 가질 만하였고 이를 투자 유치국이 침해한 점이 입증되면 공정·공평 대우 의무 위반을 인정하여 왔다.

외국인 투자자의 정당한 기대의 보호는 주로 투자 유치국의 정책이나 조치로 인하여 발생하여 투자 환경의 변화, 약속의 불이행, 법적 안정성의 침해가 투자자에게 손실을 야기하였을 때 문제가 된다. 특히 법적 안정성은 그 자체가 공정·공평 대우의 또 다른 요소로 제기되기도 하고 정당한 기대의 대상으로 취급되기도 한다. 법적 안정성을 유지하지 못한 것 자체를 공정·공평 대우 의무 위반으로 보기도 하고 법적 안정성이 유지될 것이라는 투자자의 정당한 기대를 훼손한 것이므로 공정·공평 대우 의무 위반으로 취급되기도 한다는 것이다. 정당한 기대는 투자자가 투자를 결정했을 시점의 기대를 의미하며 투자자의 주관적 기대를 의미하는 것은 아니다. 어떠한 기대가 정당한 기대인지가 투자 분쟁에서 쟁점으로 다투어 지는 경우가 빈번하며 사건의 정황상 투자자의 기대가 정당하고 합리적이었는지 여부를 판단하는 것이 판정부의 주된 심리 대상이 된다.

정당한 기대는 공정·공평 대우 의무 위반 시비 중에서도 제기 빈도가 가장 높은 이슈이다. 견해가 대립되어 의견 수렴이 되지 않는 문제는 발생하지 않고 있으며 점진적인 판례 축적을 통해 판단의 기준과 요건이 탄탄하게 성립되고 있는 중이다. 지금까지의 판례로 볼 때 대개 정당한 기대에 대한 요소는 투자자의 주관적 기대는 보호 대상이 아닌 점, 투자 유치국의 법규나 영업 환경의 일관성, 투명성, 지속성이 훼손될 경우 성립한다는 점, 투자자의 기대를 침해하려는 의도적 악의가 있어야 하는 것은 아닌 점, 투자자와 투자 유치국의 사정을 고루 감안해야 한다는 점, 법적 안정성이 투자 유치국의 법령 개정권을 부인하는 것은 아닌 점, 투자 유치국의 명시적인 약속이 있었으며 투자자가 이를 신뢰하였고 그 신뢰가 합리적이었어야 하는 점, 투자 유치국의 사회경제적 환경, 발전 단계, 특수성에 대한 고려가 있어야 하는 점 등이다. 정당한 기대에 관한 ICSID 판례는 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)편에 수록되어 있다.



53

LESI-Dipenta vs. Algeria 사건(ARB/03/8)

가. 사건 개요

이 사건은 투자의 성립요건 중 투자 유치국 경제 기여 요건이 부인되고 청구인의 국적으로 인해 ICSID 중재 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 L.E.S.I.와 Dipenta는 이태리 건설 회사로서 컨소시엄을 구성하여 1993년 12월 알제리 국영 건설公社(ANB)와 Koudiat-Acerdoune 수력 댐 건설 공사에 관한 양허 계약을 체결하였다. 청구인은 해당 지역의 치안 불안으로 인해 공사 진행에 어려움을 겪었으며 1997년 ANB는 댐 건설 계획을 수정하여 새로운 형태의 댐 건설을 요청하였는데 이는 추가적인 재원을 조달해야 하고 재원 공급자의 승인을 필요로 하는 사항이라 좀처럼 진척되지 않았다. 2001년 ANB는 불가항력(*force majeure*)을 이유로 양허 계약을 종료하고 청구인에게 보상하기로 하였으나 양측은 끝내 보상 금액에 합의하지 못하였다.

2003년 2월 청구인은 이태리-알제리 투자협정상의 투자자 보호, 불법 수용 금지 의무 등을 위반하였다는 이유로 알제리에 대한 중재를 ICSID에 신청하였다. 알제리는 청구인의 투자는 투자에 해당하지 않으며 청구인은 ICSID 중재 대상적격을 갖추지 못했다는 점을 근거로 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 요건

알제리는 공사가 개시되지도 않아 청구인은 현장 사무소 설립, 필요 장비 구매 등의 조치를 취하지 않은 상태이므로 투입한 자산 자체가 없고 공사기간 50개월은 투자가 되기 위한 충분한 기간이라고 볼 수 없으며 운영에 참여하지 않으므로 건설 공사에 일반적으로 내재된 위험 외에 달리 부담하는 위험성이 없다는 점을 들어 청구인의 계약은 투자가 아니라고 주장했다.

중재판정부는 투자 여부를 판별하기 위한 소위 *Salini test* 4개 요건 중 투입, 기간, 위험성 3개



요소만 인정하였다. 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여성은 해당 투자가 투자국 경제 발전에 기여한 정도를 판정부가 측정해야 하는 것도 아니고 측정할 수도 없으며 나머지 3개 요소에 드러나지 않게 포함되어 있다는 논거를 들어 기여성은 투자의 요소가 아니라고 판정하였다. 판정부는 산업 시설 공사는 통상 연장되거나 하자 보수 기간이 추가되므로 청구인 투자의 경우 50개월 공사기간은 기간을 충족하며 공사 계약이 취소된 것 자체가 위험성을 확인하는 것이라고 실시했다. 투입의 경우 반드시 재정적인 투입에 국한되는 것은 아니며 반드시 투자 유치국 내에서 투입되어야 하는 것도 아니라고 지적하고 청구인이 사업 준비를 위해 이태리 내에서 지출한 경비의 존재도 확인되므로 투입 요건도 충족하였다고 판단하고 알제리의 주장을 기각하였다(판정문 13-15).

2) 계약 체결 주체

문제된 양허 계약은 LESI와 Dipenta가 설립한 독립된 법인격을 갖춘 컨소시엄이 체결한 것이 아니라 컨소시엄 결성이 논의 중에 있던 단계에서 잠정 컨소시엄의 이름으로 체결되었다. 이 잠정 컨소시엄이란 것은 이태리 상법과 민법상 법인격을 부여받을 수 있는 형태는 아니었으며 실제 법인격을 갖춘 정식의 컨소시엄은 계약 체결 수일 후에야 법인격을 갖추었다. 알제리는 이 점을 들어 청구인은 소송을 제기할 자격이 없다고 주장했다.

중재판정부는 중재를 청구한 주체는 이태리 상법상 등기된 정식의 LESI-Dipenta 컨소시엄이지만 양허 계약 체결자는 이 컨소시엄과 법인격을 달리 할 뿐 아니라 이태리 관련법상 독립적인 법인격이 없는 편의상의 컨소시엄임을 확인하고 청구인은 계약 체결 당사자가 아니므로 중재를 신청할 자격을 갖추지 못했으며 이 사건은 따라서 판정부가 접수할 수 없다고 판정하였다(32-33).

다. 평가 및 해설

1) 기여 요건

이 사건은 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여는 투자의 요건이 될 수 없다고 판정한 최초의 판례다. 이 판정과 같은 입장을 취한 판례는 이 사건을 필두로 계속되어 기여를 투자의 요건으로 인정하지 않는 것이 굳어져 가고 있는 추세이다. 이들 판정은 투자 유치국 경제에 대한 기여 여부는 투자로 인한 결과이지 투자 자체의 내재적인 속성이라고 볼 수 없다거나 기여



여부를 판정부가 주관적으로 판단할 수 없거나 기타 3개 요소에 이미 내재되어 있다는 점 등을 근거로 제시한다.

ICSID 협약의 투자의 의미는 조약 해석에 관한 기본 원칙을 이용하여 이해할 수도 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약 31조는 조약 해석의 기본 원칙으로서 용어를 통상적 의미로 해석하라고 정하고 있다. 통상적 의미란 사전적 의미이다. 표준 국어 대사전에는 투자를 ‘이익을 얻기 위하여 어떤 일이나 사업에 자본을 대거나 시간이나 정성을 쏟는 것’이라고 정의하고 있다. Oxford 사전 정의는 ‘An act of devoting time, effort, or energy to a particular undertaking with the expectation of a worthwhile result’이다. 두 사전 정의 모두 자본, 시간, 정성을 쏟는다는 투입 요건과 가치 있는 결과를 기대한다는 위험성, 그리고 투입 행위와 결과 발현까지 필수적인 일정한 기간 요건을 내포하고 있다. 그러나 어느 정의도 자신의 이익이 아니라 상대방의 이익을 목적으로 한다는 기여 요건은 언급하고 있지 않다. 투자는 본질적으로 자신의 이익을 위한 위험 감수 행위이고 이를 위해 자신의 자원을 투입하는 행위이다. 위험 감수의 정도가 크면 투기가 될 것이고 극단에 이르면 사행행위가 될 것이다. 투입과 결과 발현에는 필수적으로 일정 정도의 시간이 필요하다. 투입과 결과 발현이 동시에 이루어지는 거래나 매매는 이러한 기간 요건을 충족하지 않으므로 투자로 분류되지 않는다. 매매는 투자가 아니라는 것은 확립된 판례이고 어떤 투자협정에는 아예 매매는 투자가 아니라고 적시하기도 한다. 投資의 한자 표현 자체가 던질 投, 자신의 자원을 투입한다는 투입 요건을 나타내고 있다. 국제법상의 해석 원칙을 적용하여도 투자 유치국의 경제 발전에 기여한다는 요소를 투자의 본질적인 속성으로 주장하기는 어려울 것으로 본다.

2) 투자자 여부

청구인이 양허 계약 체결자가 아니라는 중재 신청인적격이 없다는 판정은 해당 조문을 들어 설명할 수도 있다. ICSID 협약 25(1)조¹⁵⁸⁾는 ICSID 관할 대상이 되는 분쟁을 계약국의 국민과 여타 계약국과의 투자에 관한 법적 분쟁이라고 적시하고 있다. 계약국의 국민은 자연인과 법인이라고 적시하고 있으며 25(2)(b)조¹⁵⁹⁾는 법인에 대해 양 당사자가 ICSID 중재를 동의한 날

158] Article 25 [1] The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

159] (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration



현재 투자를 행한 타방 계약국의 국적을 가져야 한다고 규정하고 있다. 양허 계약을 체결한 LESI와 Dipenta간의 콘소시움은 ICSID 중재에 동의한 날, 즉 계약 체결일에 이태리의 국적을 갖추지 못하였으므로 ICSID 협약상의 요건을 충족하지 못한 것이다.

알제리-이태리 투자협정을 근거로도 설명할 수 있다. 대부분 투자협정과 마찬가지로 이태리-알제리 투자협정도 투자자를 타방 계약국의 개인과 법인으로 정의하고 개인과 법인에 대한 정의 규정을 별도로 두고 있다. 해당 협정은 1(3)조¹⁶⁰⁾에서 계약국의 관련 법령에 따라 계약국의 영토 내에 수립되고 본사와 경제 활동의 중심을 갖출 것을 요구하고 있다. LESI와 Dipenta는 이태리 상법 및 민법에 따른 법인 설립 절차 및 신고 등록을 받지 않은 상태에서 계약을 체결하였으므로 투자협정 1(3)조의 규정에 따라 투자자로 인정될 수 없으며 따라서 투자협정의 적용 대상이 될 수 없는 것이다.

160] 1(3) The term 'legal person' means anybody or institution and any company of persons or persons capital, established on the territory of one of the Contracting States in accordance with its legislation and which have their headquarters and the main center of their economic interests, as defined by legislation and regulations of each Contracting State.



54

Continental vs. Argentina 사건(ARB/03/9)

가. 사건 개요

이 사건은 아르헨티나가 2001년 경제 위기 상황에서 채택한 비상 조치에 대해 투자협정 IX조 안보상 예외 조항을 적용하여 위법성이 조각된다고 판시한 사건이다.

청구인 Continental Casualty Co.는 시애틀에 소재한 미국 회사로서 아르헨티나에 CNA라는 보험 회사를 현지 법인으로 두고 있었다. 2001년 아르헨티나는 유례없는 외환 위기, 금융 위기를 맞아 국가 경제 전체가 흔들리고 정권이 교체되는 극심한 혼란을 겪었다. 경제, 사회 위기를 극복하기 위해 아르헨티나 정부는 일련의 비상 조치를 발동하였는데 2001년 12월 은행 인출 제한 및 외화 국외 반출 규제 조치(령 1570호)에 이어 2002년 1월 국가 비상법(법 25,561호)을 제정하여 당시 1:1로 고정시켰던 페소화와 달러화 고정 환율 제도를 폐지하였고 달러 표시화 증권을 페소화로 1:1.4환율을 적용해 강제로 전환하였다. 아울러 2001년 12월 국내외 채무 지급을 동결하고 2002년 4월 국채 상환 조건을 일방적으로 조정하였다(만기 연장, 이자율 인하).

청구인은 이러한 조치로 인해 자신이 투자한 CNA가 심각한 손실을 보았으며 이는 공정·공평 대우 의무 위반, 불법 수용 금지 의무 위반 등 미국-아르헨티나 투자협정상의 의무와 정면으로 배치된다는 이유로 2003년 1월 ICSID 중재를 신청하였다. 아르헨티나는 청구인이 다투는 조치는 국가 비상 상황상 불가피하게 취해진 것으로서 투자협정 XI조 안보상 예외 조항에 의해 면책된다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) 안보상 예외 적용

당시 아르헨티나의 경제 위기는 실로 심각한 것이었다. GDP가 2002년 한 해에 10% 추락하였고 인플레이션은 연 40%를 웃돌았다. 통제할 수 없는 예금 인출 사태가 발생하여 각 금융기관은 아예 영업을 중단하였고 약탈, 방화를 방지하기 위해 아르헨티나 군경은 현행법을 현장에서



사실하기도 하였다. 투자협정 XI조¹⁶¹⁾는 공공질서 유지, 국제 평화 및 안보 보호 유지 또는 계약국의 핵심적인 안보 이익 보호를 위한 조치에는 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 아르헨티나는 청구인이 다투는 자국의 조치는 위와 같은 심각한 국가 위기 상황에서 공공질서와 안보 이익을 보호하기 위해 채택된 것으로서 XI조 규정에 의해 협정이 적용되지 않는다고 주장하였다. 청구인은 ‘안보’란 외부 위협으로부터의 안전을 의미하나 아르헨티나의 위기는 내생적인 것이므로 해당 없고 ‘공공질서(public order)’란 영국 보통법(common law)에서 도출된 개념으로서 국가 사회를 지탱하는 공공 정책과 법, 도덕을 유지하는데 필요한 조치를 의미하는데 문제된 아르헨티나의 조치들은 이러한 가치 보존을 위한 것이 아니라 단순한 경제적 조치이므로 이에 해당하지 않는다고 논박하였다.

중재판정부는 청구인의 이러한 협소한 해석에 동의하지 않았다. 판정부는 국제 관습법이나 투자협정의 해석에 기초하여 볼 때 심각한 경제 위기는 XI조의 적용 범위에서 배제된다고 볼 근거가 없다고 판단했다. 판정부는 보통의 경우라면 협정 위반에 해당하는 조치도 비상 상황에서는 예외적으로 합법적으로 시행될 수 있으며 우선 안보 이익 보호 등을 위해 필요하다는 점이 충족되어야 한다고 실시하였다. 판정부는 계약국이 선의의 의도로 XI조를 원용하면 판정부는 그 결정의 타당성과 조치의 실질에 대해 심리할 수 없다는 것은 아니라고 확인하였다. XI조 원용은 계약국이 아무런 제한 없이 자체적으로 판단(self judging)하는 것이 아니며 계약국이 XI조를 이유로 협정상 의무를 일방적으로 회피하지 않도록 사법적인 주의가 필요하다고 보았다(판정문 170-188).

판정부는 문제된 조치의 필요성 요건 충족 여부를 심리하기 위해 투자협정 XI조와 대동소이한 내용을 담고 있는 GATT XX조(안보상 예외)가 쟁점이 된 WTO 판례¹⁶²⁾에서 확인된 필요성의 판단 요건을 차용하였다. 이 내용은 ‘필요하다’는 것이 inevitable, indispensable, absolute necessary와 같이 매우 엄격한 필수불가결성을 의미하는 것은 아니고 일정 범위의 대역을 상징하는 개념이지만 단순히 사태 해결에 공헌한다는 쪽이 아니라 필수 불가결하다는 쪽에 가깝게 위치한다는 것이었다. 또한 필요성 충족 여부를 판단하기 위해서는 해당 조치를 통해 제고하려는 이익 또는 가치의 상대적 중요성, 조치 목적 달성을 위한 해당 조치의 공헌도, 국제 교역에 미치는 해당 조치의 충격 등을 고려해야 하며 합리적으로 이용 가능한 대체 조치의 존재 여부도 살펴야

161] XI This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.

162] *Korea-Beef, EC-tyres, US-Gambling, Dominican Republic-Cigarettes* 사건



한다는 것이었다.

판정부는 이상의 요건을 토대로 청구인이 다투던 아르헨티나의 조치 각각에 대해 그 필요성 여부를 심리한 결과 당시 아르헨티나 의회는 헌법 규정에 따라 국가 비상 사태를 선포하였고 국가 비상법을 입법한 것은 당시 상황의 엄중함을 나타내며 국내 경제 붕괴, 금융 기관 마비, 사회 빈곤층 확대 등의 심각성을 고려할 때 이 필요성 요건은 충족된다고 밝혔다(170-230). 판정부는 당시 상황상 아르헨티나 정부는 쟁점이 된 조치보다 경제적 법적으로 파괴성이 덜한 대체 조치를 강구할 만한 사정이 아니었다는 점도 수긍하였고 해당 조치를 시행한 결과 사태가 더 이상 악화되지 않았다고 평가하여 아르헨티나의 대응이 투자협정상의 의무에서 벗어날 수 있는 요건을 대체적으로 충족한다고 정리하였다(231-233).

2) 비상사태 발발 책임성

UN 국제법 위원회의 국가책임에 관한 초안 25조(긴급피난)은 국가 비상 조치를 정당화할 수 있는 요건 중의 하나로 해당 사태의 발발에 해당 국가의 책임이 없을 것을 제시하고 있다. 자신의 과오로 위기를 자초하여 놓고 위법성이 조각되는 조치를 시행하는 방종을 허락할 수 없다는 것이다.

판정부는 아르헨티나 경제 위기가 아르헨티나의 과오로 초래된 것인지 여부에 대해 부정적으로 판단하였다. 판정부는 국가란 경제 정책과 그 결과에 대해 궁극적인 책임, 적어도 정치적인 책임을 지는 것이므로 이러한 일반론적인 책임론을 적용하여 자초성 여부를 판단할 수는 없고 정부의 특정 행위가 정부의 과실과 부주의로 인해 채택, 실행되어 특정의 비상사태가 발발하였다는 인과관계가 인정되어야 한다는 취지의 입장을 개진하였다. 아르헨티나 경제 위기의 원인은 아르헨티나가 수년 전부터 시행하여 왔던 달러화(dollarization) 정책, 즉 폐소화 가치를 인위적으로 고평가하여 달러화와의 교환 비율을 1:1로 고정시켰기 때문이라는 것이 중론이었다. 판정부는 이 정책은 아르헨티나의 극심했던 인플레이션을 제어하기 위해 IMF의 제안으로 시행된 것으로서 당시 국제 금융기구 및 정부, 학계로부터 높은 평가를 받았다고 언급하고 지금 와서 이 정책 시행의 모든 책임을 아르헨티나에 지우는 것은 온당치 못하다고 지적하였다(234-236).

3) 공정·공평 대우 등 위반 여부

청구인은 손실을 최소화하기 위해 CNA가 아르헨티나 금융 규정상 필수적으로 준비해야 하는



법정 준비금을 초과하는 재원은 외국으로 반출하려고 했었으나 아르헨티나의 외화 반출 금지령으로 인해 시행할 수 없었다. 청구인은 외화 반출 금지 조치는 투자 수익 등의 자유로운 국외 반출을 보장한 투자협정 V(1)조¹⁶³(송금 보장) 위반이라고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 이 조항은 투자와 관련된 이전(transfer related to an investment)으로 적용 범위가 한정되어 있으며 청구인이 해외 이전을 시도한 재원은 회사의 일반적인 운영 자금이지 특정 투자와 관련된 자금이 아니며 V(1)조에서 예시한 어느 항목에도 해당하지 않는다고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(237-245).

청구인은 아르헨티나의 조치는 법적, 사업 환경의 안정성이 유지되리라는 투자자로서의 청구인의 정당한 기대를 배신한 것으로서 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고도 주장하였다. 판정부는 법적 환경의 안정성이란 그 자체가 목적이 아니고 투자협정의 주목적인 투자 증진의 전제조건이며 국가가 시대와 환경의 변화에도 불구하고 법을 바꾸지 않겠다고 약속한다거나 위기 상황 속에서도 안정성에 얽매어 수수방관하고 있어야 한다는 것은 결코 아니라고 판단하였다. 더구나 청구인이 다투는 아르헨티나의 조치는 청구인이 수행하는 보험 사업과 직결된 것도 아니고 아르헨티나의 보험 사업 관련 법규나 제도, 환경은 아르헨티나에 의해 변경된 바 없다고 지적하고 청구인의 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 기각하였다(246-266).

청구인은 달러 자산의 강제적인 폐소화 조치로 인해 CNA의 달러 표시화 자산의 가치가 폭락하였고 국채 상환 조건 변경으로 인해 상당한 손실을 보았으며 이는 보상 없는 수용에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 청구인이 다투는 조치가 공정·공평 대우 의무 위반 심리시 이미 온당한 조치라고 판정되었으므로 수용 주장을 필요 이상으로 깊게 심리할 필요가 없다고 밝혔으며 다만 수용이란 직접이든 간접이든 사유 재산의 희생을 필요로 하는 것인데 CNA는 자산 소유권에 아무런 변동이 없고 투자협정은 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락까지는 보호해주지 않는다는 언급하고 청구인의 수용 주장을 기각하였다(275-285).

163] V(1). Each Party shall permit all transfers related to an investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

- (a) returns;
- (b) compensation pursuant to Article IV;
- (c) payments arising out of an investment dispute;
- (d) payments made under a contract, including amortization of principal and accrued interest payments made pursuant to a loan agreement directly related to an investment;
- (e) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an investment; and
- (f) additional contributions to capital for the maintenance or development of an investment.



다. 평가 및 해설

2001년 아르헨티나의 경제 위기와 관련되어 안보상의 예외 조항 적용 가능 여부가 쟁점이 되었던 사건은 모두 10개가 있다. 이 사건 판정은 10개 판정 중 매우 중요한 의미를 갖는다. 안보상 예외 조항은 적용에 관한 구체적인 요건이 없으므로 판정부는 모두 UN 국제법위원회(ILC)의 국가책임에 관한 초안 25조에 제시된 국가 비상사태의 요건 충족 여부를 살펴 본 후 안보상 예외 조항 충족 여부를 판단하였다. 2가지 문제가 이러한 심리 수순에서 제기되었다. 첫째는 국가책임 초안 25조의 요건을 투자협정의 안보상 예외 조항의 요건과 동일시하는 것이 타당한지의 문제이다. CMS 사건 특별위원회는 미국-아르헨티나 투자협정 XI조(안보상 예외 조항)는 국가 안보와 공공질서 유지를 위해 필요한 조치에 대한 조항이고 국가책임 초안 25조는 책임이 면제되는 조건에 관한 규정이므로 그 운영과 내용에 있어 상이하므로 원 판정부는 양자간의 관계, 본안 사건에의 적용 가능성 등에 대해 심리하였어야 하나 이를 생략하고 두 조항을 동일한 지위에 있다고 간주하는 오류를 범했다고 보았다(취소 결정문 130-131). *Sempra* 사건 특별위원회는 투자협정 XI조와 국가책임 초안 25조는 규율하는 상황이 다른 조항으로서 후자가 전자를 해석하는 길잡이가 될 수 없다고 보았다. 즉 투자협정 XI조는 특정한 상황에서 특정 조치를 채택하는 것을 배제하지 않는다고 규정하고 있으므로 특정 조치의 채택 자체는 해당 국가의 국제법상 의무와 불합치되는 것이 아니며 따라서 불법도 아니라는 것이다. 반면 국가책임 초안 25조는 국가의 불법행위를 배제하는 근거로서 국가 위기 상황이 특정한 조건을 충족하지 않을 경우 원용될 수 없다고 규정하고 있으므로 이미 국가의 특정 행위가 이미 불법인 것을 전제로 하고 있으며 불법인 행위가 이미 발생한 상황을 규율하고 있다고 보았다. 특별위원회는 따라서 원 판정부가 XI조를 심리하지 않은 것은 권한을 일탈할 것이라고 지적하고 원 판정 전부를 취소하였다.

이러한 취소 결정으로 인해 국가책임 초안 25조 요건 충족 여부를 먼저 살펴 안보상 예외 조항 충족 여부를 심리하는 관행이 소멸된 것도 아니다. 그러나 안보상 예외 조항 해당 여부를 판정부가 독자적으로 살펴 본 것은 이 사건이 유일하다. 이 사건 판정부는 문제가 된 조치의 필요성 요건 충족 여부를 심리하기 위해 투자협정 XI조와 대동소이한 내용을 담고 있는 GATT XX조(안보상 예외)가 쟁점이 된 WTO 판례에서 확인된 필요성 판단 요건을 차용하였다. 판정부는 WTO 판례를 토대로 청구인이 다룬 아르헨티나의 조치 각각에 대해 그 필요성 여부를 심리한 결과 당시 아르헨티나 의회는 헌법 규정에 따라 국가 비상사태를 선포하였고 국가



비상법을 입법한 것은 당시 상황의 엄중함을 나타내며 국내 경제 붕괴, 금융 기관 마비, 사회 빈곤층 확대 등의 심각성을 고려할 때 이 필요성 요건은 충족된다고 밝혔다(판정문 170-230). 여타 사건 판정부는 이 사건 판정부처럼 안보상 예외 조항 자체를 천착하지 않고 국가책임 초안 25조(긴급피난) 요건 충족 여부를 살펴 안보상 예외 조항 적용 여부를 심리하였다.

아르헨티나가 국가책임 초안 25조에 제시된 요건을 충족하지 못하므로 안보상 예외 조항을 적용 받을 수 없다고 판정한 판정부의 논리는 모두 위기 사태 발생에 해당 국가의 책임이 없어야 한다는 요건을 충족하지 못했다는 것이었다. 아르헨티나가 경제 운용을 잘못하여 사태 발생을 자초한 책임이 있다는 것이다. 아르헨티나의 오류로 지적되는 실책은 아르헨티나 폐소화를 고평가한 고정 환율제를 장기간 운영하였다는 점, 노동 시장 경직화 등을 들고 있다. 이 사건 판정부는 최초로 책임의 발생 요건은 행위와 사태 간의 인과관계를 확인할 수 있어야 한다는 인과관계론을 제시하여 아르헨티나의 사태 발생 책임을 부인하였다. 비록 아르헨티나의 실책이 경제 위기 초래에 기여했을 수는 있으나 이를 이유로 투자협정상의 권리를 부인하기 위해서는 아르헨티나의 조치가 사태 발생을 직접적으로 겨냥하였거나 양자 간의 인과관계가 성립해야 한다는 것이다. 이 사건 판정부의 인과관계론은 후에 *Ubraser vs. Argentina* 사건 (ARB/07/26)에서 재확인되었다.

아르헨티나 경제 위기와 관련된 10개 사건에 대한 종합 설명은 *Metalpar vs. Argentina* 사건 (ARB/03/5) 해설에 수록되어 있다.



55

Joy Mining vs. Egypt 사건(ARB/03/11)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 이집트 간의 광산 설비 매매 계약이 투자의 요건을 갖추지 못했다고 판정되어 ICSID 관할권이 부정된 사건이다.

청구인 Joy Mining Machinery Ltd.는 영국 회사로서 1998년 4월 이집트의 Abu Tartour 지역의 인산염 광산 개발 사업에 채굴 시설과 지원 장비를 공급하는 계약을 체결하였다. 채굴 시설은 Longwall Mining System이라고 하는 대규모 장비의 복합체로서 단순한 매매에 그치는 것이 아니라 설치, 검사, 테스트, 가동, 교육 훈련, 부대 장비 공급 등 일련의 추가 의무가 부과되어 있었다. 이집트는 시설 등 기자재 대금은 청구인에게 지불하였으나 청구인이 계약 이행 준수를 담보하기 위해 기탁하였던 보증금은 성능 검사가 제대로 실시되지 않았다는 이유 등으로 돌려주지 않았다.

청구인은 이는 이집트 측의 귀책사유로 인한 것이라고 반발하고 보증금 미반환이 영국-이집트 투자협정상의 투자자 보호 위반에 해당한다는 취지로 2003년 2월 ICSID 중재를 신청하였다. 이집트는 청구인과의 계약은 ICSID 협약상 투자에 해당하지 않는다고 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

이집트는 문제가 된 계약은 광산 시굴 장비 매매 계약으로서 매입 대금이 지불되어 위험성이 존재하지 않으며 대금과 장비가 교환되는 것이므로 기간 요건도, 청구인이 미리 투입한 자산도 없으므로 투입 요건도 충족되지 않는다고 주장하였다.

중재판정부는 해당 계약의 본질은 매매 계약이라고 판단하였다. 시설, 장비 조달 외에 해당 계약은 부품의 설계, 제작, 보관, 정비 및 설치, 검사, 시험, 가동, 교육 훈련 지원 등의 부대 활동에 대해서도 규정하고 있기는 하나 이는 항공기 등 대형 고가 장비 매매에 통상 수반되는 내용으로서 이들 내용의 존재가 매매 계약을 투자로 바꾸지는 않는다고 판단하였다. 아울러



이집트가 해외 투자 인가 및 등록 등 해외 투자에 대해서 적용하는 통상의 행정적 절차를 이 사건에는 적용하지 않았고 청구인도 외국인 투자자에게 제공하는 이집트의 각종 혜택을 신청하지 않았음에 비추어 이 계약이 투자가 아니라는 점에 대해서는 양 당사자가 분쟁 발생 이전부터 인식을 같이 하고 있었던 것처럼 보인다고 언급하였다. 판정부는 장비 대금은 전액 지불되었으므로 기간 요건도 충족하지 않고 모든 매매 계약이 지니고 있는 수준 이상의 위험성도 없으며 이집트 경제 발전에 대한 기여도 미미하여 기여 요건도 갖추지 못하였다고 판단하였다. 판정부는 이를 근거로 ICSID 협약상의 투자 요건을 갖추지 못했으므로 투자라고 볼 수 없고 따라서 ICSID는 이 사건을 심리할 관할권이 없다고 판시하였다(55-63).

다. 평가 및 해설

ICSID 중재 판정은 단순한 물품 매매는 투자로 인정하지 않는다. 물품 매매가 투자 여부인지가 쟁점이 되어 법리 공방이 이루어진 사건은 없다. 즉 청구인의 다툼의 대상이 된 자신의 투자가 매매라는 점을 인정하고 매매도 투자에 해당한다고 적극 주장한 사건은 없다. 판정부가 청구인의 투자는 매매이므로 투자에 해당하지 않는다고 판정한 것은 이 사건 외에 *Global & Globex vs. Ukraine* 사건(ARB/09/11)이 있다. 우크라이나 정부에 매각한 닭고기 대금을 청구하지 못한 이 사건에서 청구인은 자신의 보호받지 못한 투자는 매매 자체가 아니라 매각 대금 청구권이라고 주장하였다. 판정부는 해당 투자협정은 투자와 관련된 자금 청구권을 투자로 인정하고 있는데 닭고기 매매는 투자가 아니므로 청구인의 자금 청구권 주장은 성립할 수 없다고 일축하였다.

매매를 투자로 인정하지 않은 이유는 매매는 투자의 본질적인 속성을 구비하지 못했기 때문이다. 투자란 위험을 감수하고 자신의 재원을 투입하여 일정 기간 후 수익을 도모하는 경제 행위이다. 매매는 대금과 시간 차이 없이 교환되는 것이므로 기간 요건이 충족되지 않으며 물건을 확인하고 지불하는 것이 통례이므로 위험성이 있다 보기 어렵다. 대금을 지불하기는 하였으나 이는 물건과 교환한 것이지 투자처럼 불확실한 이익을 위해 재원을 투입한 것이라 보기 곤란하다.

그러나 대규모의 시설, 장비의 거래는 일반인이 이해하는 단순 매매 조건과 사뭇 다른 조건으로 거래가 이루어지기도 하므로 매매는 투자가 아니라고 단정짓기 어려운 상황이 있을 수 있다.



석유 시추 장비를 매각하고 대금은 일정 기간에 걸쳐 채굴된 석유로 지급받는다는 매매 계약을 가정한다면 석유 채굴 여부를 확신할 수 없으므로 위험성이, 일정 기간에 걸쳐 지급받으므로 기간 요건이, 일단 장비를 이전하였으므로 투입 요건이 충족된다고 볼 수 있다. 이러한 매매의 투자 여부는 충분히 논란이 될 만하다.

투자협정 중에는 투자의 정의에 아예 매매는 투자가 아니라고 적시하는 것도 있다. 한미 FTA 11.28조¹⁶⁴⁾는 상품과 서비스의 상업적 판매에 기인하는 단순한 대금 청구권은 투자의 속성을 갖춘 대부가 아닌 한 투자가 아니라고 명시하고 있다. 이 정의에 따르면 위에서 예시한 석유 시추 장비 매매는 일종의 대부로서 투자에 해당한다고 볼 수 있을 것이며 이 사건의 LMS 장비나 *Global & Globex vs. Ukraine* 사건의 닭고기 매매는 상품의 상업적 판매에 기인하는 단순한 대금 청구권이므로 투자가 아니라고 할 수 있을 것이다.

164) For purposes of this Agreement, a claim to payment that arises solely from the commercial sale of goods and services is not an investment, unless it is a loan that has the characteristics of an investment.



56

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15)

가. 사건 개요

이 사건은 2001년 아르헨티나 경제 위기 상황 타개를 위해 채택된 국가 비상법 및 후속 입법 조치가 투자자의 정당한 기대를 침해하였다는 이유로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 인정된 사건이다.

청구인 El Paso Energy International은 미국 회사로서 아르헨티나 발전 및 석유, 가스(부탄, 프로판 등) 회사 CAPSA와 CAPEX의 지분을 소유하고 있었다. 이들은 아르헨티나 회사였고 청구인이 대주주는 아니었던 관계로 청구인의 지배, 통제 하에 있지는 않았다. 아르헨티나의 전기 시장은 민영 발전 업자가 전기를 생산하여 송배전 업자에게 판매하는 구조로 되어 있었으며 아르헨티나 정부는 민간 기업, 특히 외국인 투자자의 투자를 유도하기 위해 전기 구매 단가를 달러로 책정하였고 미국 생산자 물가 지수를 고려하여 매 6개월 조정하였다. 전기 구매 단가(spot price)는 발전 업자의 변동 생산비에 Mwh 당 10불의 용량 비용(capacity payment)을 추가 책정하여 생산성 제고와 설비 투자가 촉진되도록 하였다. 석유, 가스 업자에 대해서는 자유로운 채취와 판매를 보장하였고 새로운 과세나 수수료 부과 금지를 법으로 보장하였다. 각종 계약 역시 전기 시장과 마찬가지로 달러화로 체결할 수 있어서 페소화의 가치 변동으로부터 발생하는 환 리스크를 예방할 수 있었다. 청구인은 이러한 규제 체제가 지속될 것으로 기대하고 투자를 하였다. 아르헨티나는 2001년 극심한 경제 위기에 봉착하자 이를 타개하기 위해 2002년 1월 국가 비상법(법 25,561호)을 공포하여 페소 대 달러 간 1:1 고정 환율을 폐지하고 달러 표시 채권채무를 페소로 전환하였고 달러로 산정되던 공공 서비스 공급 비용을 페소로 전환하였다. 아울러 전기, 가스를 포함하여 공공 서비스 공급 계약상의 주기적인 가격 조정 제도를 폐지하였고 가스, 전기 회사에 기존 공급 계약상의 의무를 계속 이행하도록 강제하였으며 석유 수출시 일정량을 원천 징수하도록 하였다.

국가 비상법으로 인해 청구인은 기존의 규제 체제 근간이 전면적으로 변경되어 투자 당시의 정당한 기대가 침해되었으며 CAPSA, CAPEX의 이익이 감소되어 해당 지분을 헐값에 매각하게 되었다고 주장하였다. 청구인은 아르헨티나의 조치는 공정·공평 대우 의무 위반이며 직간접적인



수용에 해당한다고 주장하고 미국-아르헨티나 투자협정에 근거하여 2003년 6월 ICSID 중재를 신청하였다. 아르헨티나는 청구인의 주장을 일축하였고 설사 투자협정 위법성이 인정된다 하더라도 국가 비상사태 하에서 어쩔 수 없이 취해진 조치이므로 투자협정의 안보상 예외 조항에 의거, 면책 된다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 아르헨티나의 국가 비상법에 의한 조치로 인해 자신이 투자했던 아르헨티나 회사들의 수익 및 가치가 하락하여 상당한 손실을 감수하고 지분을 매각해야 했으며 이는 수용에 상당한 조치에 의해 자신의 투자가 직접, 간접적으로 수용된 것이라고 주장하였다.

중재판정부는 우선 청구인 소유의 자산이 아르헨티나로 소유권이 정식으로 이전되지는 않았으므로 법적 소유권의 이전을 의미하는 직접 수용은 이 사건의 경우 해당 사항이 없다고 일축하였다. 청구인의 지분 매각이 아르헨티나 조치로 인한 어쩔 수 없는, 사실상 강요된 것이라면 아르헨티나 조치의 수용적 성격을 인정할 수 있다고 판정부는 수긍하였다. El Paso는 전세계 각지에서 활동하는 국제 기업이었으며 아르헨티나 회사 지분 매각은 국가 비상법상 조치가 미치는 영향 외에 El Paso 회사 전체의 재정 상황을 고려하여 이루어진 것이었다. 청구인의 아르헨티나 회사는 아르헨티나의 경제 위기와 국가 비상법 조치에도 불구하고 영업을 계속하였으며 일정 수준의 이익을 창출하고 있었다. 판정부는 청구인의 소유권에 대한 중대한 방해 행위가 없었고 아르헨티나 회사에 대한 청구인 지분이 아르헨티나 정부에 의해 징발되거나 매각을 강요당한 바 없이 청구인의 회사 전체의 재정 상황을 고려하여 자발적으로 매각한 것으로 확인되므로 간접 수용도 인정할 수 없다고 판단하였다(판정문 270-278).

당시 아르헨티나는 외국인 투자자에 대한 세액 공제 제도를 시행하고 있었다. 경제 위기 및 페소 대 달러 환율 조정으로 인해 청구인의 공제 세액이 감소하게 되었다. 청구인은 새로운 경제 상황에 따라 세액 공제 제도를 기존의 공제액이 유지되도록 개정하지 않은 것은 일종의 간접 수용이라고 주장하였다. 중재판정부는 국가가 외국인 투자자에게 최선의 이익을 보장하기 위해서 조세 제도를 조정해야 하는 의무가 있다고 볼 수 없으며 불리한 세액 계산이 수용에 해당한다고도 볼 수 없다고 판단하였다. 국가 비상법은 원유와 LPG 수출시 20%를 공제하도록



하였고 이를 세금으로 환산하면 원유 수출 수입에 대해 16.6%의 세금을 추가로 부과하는 효과가 있었다. 청구인은 이는 일종의 간접 수용이라고 주장하였다. 중재판정부는 원유, 가스에 대한 수출세의 도입은 경제 위기 하에서 채택할 수 있는 합리적인 정부의 규제이며 당시 아르헨티나 페소는 미 달러화 대비 200% 이상 폭락하였고 국제 원유가는 상승하여 청구인의 폐소화 기준 수익 대비 수출세 비중은 5% 전후라고 계산하였다. 판정부는 이는 합리적인 수준이며 청구인의 소유권에 미치는 영향도 제한적이므로 2004년 5월 청구인의 지분 매각을 강제하는 수용적인 조치라고 볼 수 없다고 판정하였다(294-299).

2) 차별적, 자의적 조치

국가 비상법은 금융기관의 달러 표시 예금은 1:1.4로 페소화하였고 대출은 1:1로 페소화하여 금융 기관의 페소화 대출 회수액이 줄어드는 손실을 보게 되었다. 청구인은 석유, 가스에 대해 수출세를 부과한 것은 이러한 금융기관의 손실을 보전해줄 재원을 확보하기 위한 것으로서 청구인의 회사와 같은 석유, 가스 업체가 금융기관에 비해 차별 대우를 받은 것이라고 주장하였다.

중재판정부는 금융기관의 달러 대출을 페소화로 전환함에 있어 금융기관에 불리한 환율을 적용한 것은 시장의 대출 상환 부담을 낮추어 경제를 조기에 활성화하려는 의도였고 석유, 가스 수출시 수출세를 부과한 것은 페소화의 가치 절하로 인해 수출 업체가 막대한 추가적인 이익을 보게 된 점을 고려한 것이라는 아르헨티나 측의 설명이 타당하다고 인정하였다. 판정부는 국가는 상이한 주체를 규율하는 상이한 법규를 제정할 수 있는 주권적인 권한이 있으며 상이한 법적, 사실적 환경에 기초한 상이한 대우는 투자협정 위반을 구성하지 않는다고 판시하였다. 판정부는 아르헨티나가 주장했던 차별 의도의 부재에 대해 투자협정상의 차별 대우가 성립하기 위해 차별의 의도가 있어야 하는 것은 아니며 법적(*de jure*), 사실적(*de facto*) 차별의 존재 여부가 관건이나 이 사건 경우에는 두 가지 모두 존재하지 않는다고 정리하였다(305-316).

3) 공정·공평 대우 기준

아르헨티나의 경제 위기 발생 前 전기 도매 시장(송배전 회사가 발전 회사로부터 다량의 전기를 구매하는 시장)에서는 구매 단가가 변동 생산비에 기초한 spot price로 결정되었다. 따라서 생산성이 높은 발전 회사가 유리하였고 달러로 거래되었다. Spot price는 6개월마다 미국 생산자



물가 지수를 반영하여 조정하였다. 또한 발전 회사의 설비 개선, 확장을 유도하기 위해 MWh 당 10 달러의 용량 비용(capacity payment)을 발전 회사에 지불하였다. 2001년 12월 국가 비상법과 그 후속 입법으로 인해 일률적인 구매 단가가 페소로 고지되었고(미 생산자 물가 지수에 따른 주기적 조정 제도 폐지) 달러화로 지불되던 용량 비용도 페소로 1:1로 환산, 지불되었다.

청구인은 이러한 조치로 인해 자신의 회사가 손실을 보았으며 기존의 제도가 유지되리라고 기대했던 자신의 정당한 기대가 침해되었으므로 이는 공장공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 석유, 가스 시장의 경우 국가 위기법 제정 전에는 석유, 가스 채취, 판매가 자유였으며 로열티, 수수료 등의 추가적인 비용 부과가 금지되었으나 국가 위기법과 그 후속 법령으로 인해 수출세가 새로 부과되고 달러화 기준의 구매 및 판매 계약이 페소화로 1:1로 전환되어 막대한 손실을 보게 되었다고 주장하였다. 청구인은 역시 이전 제도가 지속되리라는 자신의 정당한 기대가 침해된 것으로서 공장공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재판정부는 공장공평 대우의 기준으로 흔히 대립되는 두 가지 견해, 국제관습법상 최소 기준 대우를 의미한다는 주장과 투자협정 체결국이 자율적으로 정할 수 있는 기준이라는 논란에 대해 두 기준의 범위와 내용이 모두 명확하게 정의된 것이 없으므로 논란할 의미가 없다고 평가절하하고 보다 중요한 것은 이러한 기준의 역할이라고 보았다. 판정부는 외국인 투자자에게 부여되는 내국민 대우와 최혜국대우가 특정의 최소 기준에 미치지 못할 경우 이 최소 기준의 대우를 보장하는 것이 공장공평 대우의 역할이라고 논설하였다. 외국인 투자자에게 부여되는 투자 유치국의 대우는 통상 국내법에 의해 부여되는 것인바 설사 국내법에 저촉되지 않는 대우라 하더라도 국제적인 기준에서 최소한 보장받아야 할 수준에 미치지 않는지 검토해야 하므로 판정부는 공장공평 대우란 국제법에 의해 요구되는 최소 기준의 대우라고 이해하였다. 그러나 이 최소 기준은 투자법과 국제법의 발전과 궤를 같이 해야 한다고 첨언하였다(330-337).

판정부는 투자자의 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있으며 투자자의 주관적인 기대가 아니라 해당 상황과 투자 유치국의 권리에 대한 합당한 고려에 기초하여야 한다고 보았다. 즉 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어야 한다는 것이다. 그리고 정당한 기대는 불가피하게 해당 상황에 따라 변동할 수밖에 없다고 보았다. 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면



환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다는 것이다. 그러나 합리적이지 않고 정당화될 수 없는 법적 골격의 변화까지 용인되는 것은 아니며 투자자는 정당한 이유 없이 법규정이 변하지 않으리라고 기대할 수 있다고 보았다. 그렇다고 국가가 어떠한 상황에서도 국내 법규를 변경하지 않겠다고 포괄적으로 외국인 투자자에게 약속하라는 것은 아니며 국내 법규의 동결을 기대하는 것은 비이성적이라고 지적하였다. 판정부는 그러나 법규의 개정이 투자자에 대한 투자 유치국의 특정한 약속을 위반한 것이라면 공정-공평 대우 의무 위반에 해당할 것이라고 보았다. 특정한 약속이란 특정 투자자에 대해 직접적으로 행해진 약속일 수도 있고 투자자에게 안정성을 보장하기 위하여 수립된 특정한 목적일 수도 있다고 설명하였다(356-379).

4) 공정-공평 대우 의무 위반 여부

판정부는 위와 같은 기준을 토대로 청구인이 시비한 아르헨티나 조치의 각각에 대해 심리하였다. 아르헨티나 전기 시장 가격 메커니즘의 변화에 대해 아르헨티나의 전기 및 시장 규제 체제를 통해 아르헨티나 정부가 투자자에게 부여하는 권리가 청구인이 최초 투자를 결정할 때 중요한 요소였다는 점은 의심할 여지가 없으나 어떠한 경제 상황 하에서도 오랜 기간 동안 이 체제가 불변하리라는 권리를 청구인에게 부여한 것은 아니라고 실시하였다. 외국인 투자자를 유치하기 위해 고안된 규제 체제를 아르헨티나가 변경하지 않겠다고 외국인 투자자에게 특별한 약속을 한 것으로는 이해되지 않으며 아르헨티나는 주권 국가로서 전기, 석유, 가스 분야에서 광범위한 규제 권한을 갖고 있다고 확인했다(390-399).

판정부는 석유, 가스 수출세는 간접 수용에 해당하지 않는다고 확인한데 이어 공정-공평 대우 의무 위반도 아니라고 보았으나 설사 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고 하더라도 조세 조치는 투자협정 적용 대상에서 제외된다는 투자협정 XII조 규정에 의해 판정부의 관할권이 적용되지 않는다고 확인했다. 석유, 가스 계약의 폐소화 조치에 대해서도 외국 수출 계약은 계속 달리 표시가 가능하고 석유 가격의 상승으로 인해 폐소화로 인한 손실이 충분히 상쇄되므로 공정-공평 대우 의무 위반이라고 볼 수 없다고 판단하였다(447-458).

청구인은 아르헨티나 회사 지분을 2003년 매각하였다. 청구인은 아르헨티나의 조치로 인해 어쩔 수 없이 이루어진 강요된 행위라고 주장하였으나 판정부는 청구인이 유동성 위기를 해소하기 위해 비핵심 자산을 매각한 것일 뿐이라고 지적했고 아르헨티나 조치가 지분 매각의 일부 원인을 제공했다 하더라도 투자협정의 위반에 해당하는 것은 없다고 판단했다.



조치 각각에 대한 공장공평 대우 심리를 마친 후 판정부는 이러한 조치가 누적되어 투자협정의 위반에 해당하는 효과를 발현할 수 있는지 검토하였다. 판정부는 투자의 요체가 되었던 기준이 전혀 예견할 수 없는 방식으로 전면적으로 변경될 수 있다고 예측된다면 어느 투자자도 투자를 하지 않을 것이라는 주장에 주목했다. 청구인은 아르헨티나 정부가 어떤 위기 상황 속에서도 준수하겠다는 약속이 있었으며 이는 계약 및 주요 가격 산정 기준으로 달러화를 사용한 것이라고 주장하였다. 전기 구매 단가(spot price), 변동 생산비, 용량 비용 모두 달러로 산정되었고 미국 생산자 물가 지수에 연동하여 주기적으로 조정된 것은 페소화의 가치 변동으로부터 투자의 가치를 보호하는 핵심 사항으로서 외국인 투자 유치 및 유지를 위한 핵심 수단이었다고 강조했다. 페소화의 가치 등락이 심했던 아르헨티나의 경제 상황상 이러한 환율 리스크 면제 조치는 강력한 투자 유인책이었다고 평가하였다.

중재판정부는 기존 전기 규제 체제 전반은 페소의 가치 변동이 달러화 전기 구매 단가를 본질적으로 변경시키지 않을 것이라는 정당한 기대를 제공하였으며 각종 계약의 달러화 표시 정책은 청구인과 같은 투자자에게 대한 일종의 특별한 약속에 해당한다고 보았다. 아르헨티나의 국가 위기법 및 후속 입법상의 조치는 개개를 별도로 보면 경제 위기에 대처하기 위한 합리적인 조치로 이해될 수 있으나 그의 누적적인 효과는 기존의 체제의 전반을 전면적으로 변경하였다고 인정하였다. 조치 개개로는 위법성이 없으나 그 전체로는 위법하다는 것이다. 판정부는 점진적인 수용(creeping expropriation)과 같이 여러 조치가 오랜 시간 동안 지속되고 축적됨으로써 조치 개개로는 수용의 효과가 없으나 전체로는 수용에 해당할 수 있는 것과 마찬가지로 보았다. 판정부는 청구인이 다투는 각종 조치는 그 누적적인 효과로 인해 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 상당하다고 판시하였다(510-519).

5) 충분한 보호 및 안전

아르헨티나의 조치는 투자자에 대한 충분한 보호 및 안전을 제공하지 못했으므로 투자협정 위반이라는 청구인의 주장에 대해 판정부는 충분한 보호 및 안전의 의무는 정부 자체의 행위가 아니라 제3자의 행위에 대해 적용되는, 즉 투자자의 안전을 위해하는 조치에 대해 투자 유치국 정부가 정당한 주의와 경계의 의무를 다하라는 것이지 정부의 특정 행위 자체를 대상으로 제기할 수 있는 문제가 아니라고 설명하였다. 판정부는 청구인이 다투는 조치는 모두 아르헨티나 정부의 조치로서 충분한 보호 및 안전 위반 소지가 없다고 판정하였다(522-525).



6) 우산 조항

청구인은 CAPSA나 CAPEX가 향유했던 각종 권리(채취 판매 자유, 추가 세금 부과면제, 달러화 등)는 아르헨티나 정부와의 양허 계약상의 권리이나 투자협정 II(2)(c)조 우산 조항에 의거하여 조약상의 권리로 승격되었으며 이러한 권리를 침해한 아르헨티나의 조치는 투자협정 위반에 해당한다고 주장하였다. 아르헨티나는 우산 조항은 정부와 외국 투자자간의 투자 계약에 적용되는 것이지 아르헨티나 정부와 아르헨티나 국내 기업간의 계약에 적용되는 것은 아니라고 반박하였다.

중재판정부는 투자협정상의 분쟁이란 외국인 투자자와 정부간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 시비를 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 시비는 성립하지 않는다고 판정하였다(531-533).

7) 비상사태로 인한 면책

아르헨티나는 청구인이 시비한 조치가 설사 투자협정의 위반에 해당한다 할지라도 당시의 심각했던 국가적 위기를 타개하기 위한 비상 조치로 시행된 것인 만큼 투자협정 IV(3)조와 XI조에 의해 정당화된다고 주장하였다.

중재판정부는 IV(3)조는 전쟁 또는 기타의 위기 상황의 결과를 완화하기 위해 채택한 조치, 즉 이미 발생한 손실을 보상하는 조치에 적용되는 조항이지 손실을 초래한 조치에 적용되는 조항이 아니라고 설명하고 아르헨티나의 주장을 수용하지 않았다. XI조 적용 주장에 대해 판정부는 비단 군사, 안보상의 위기뿐 아니라 경제 위기도 XI조 적용 대상이 될 수 있다고 인정하였다. 문제는 경제 위기의 발생 책임이 아르헨티나 정부에게 귀속되는지 여부라고 지적하였다. UN국제법 위원회의 국가책임에 관한 초안 25조상 위기 발생 책임이 해당 국가에게 있는 경우 위기 상황을 이유로 한 면책을 주장할 수 없다고 규정되어 있기 때문이다. 판정부는 아르헨티나의 경제 위기 발생 원인에 대해 다수의 경제학자로부터 증언을 청취하고 각종 자료를 분석하였으나 일치된 의견에 이르지 못하는 못하였다. 판정부 다수는 아르헨티나의 누적된 재정 적자, 과도한 국가 채무, 경직된 노동 시장, 보호 무역 정책, 인위적인 1:1 고정 환율제(dollarization) 등이 경제



위기 발생의 중요한 원인이라고 지적한 반면 중재인 1인은 경제 위기 발생에 대한 국가 책임은 가볍게 추정할 수 없으며 충분하고 강력한, 다툼의 여지가 없는 증거로 입증되어야 한다는 입장을 견지하였다. 소수의견은 경제 위기 발생 책임이 아르헨티나 정부에게 있다는 점이 청구인이 제시한 증거로는 충분히 입증되지 않는다고 주장하였으나 다수의견에 따라 사태 발생 책임이 있다고 인정된 아르헨티나는 XI조를 원용하여 면책될 수 없다고 판정하였다(649-670).

다. 평가 및 해설

1) 정당한 기대

이 사건은 정당한 기대 침해가 공정·공평 대우 의무 위반으로 인정되기 위한 요건 등에 관해 면밀하게 심리하였다. 이 사건 판정부의 견해는 이전 판정부에서 언급된 것을 재확인한 것도 있고 새롭게 제시한 것으로서 이후 판정부에서 인용된 것도 있다. 정당한 기대 침해는 공정·공평 대우 의무 위반 문제가 제기된 사건에서 흔히 다루어지는 이슈이다. 이에 관한 종합 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록되어 있다.

2) 우산 조항

이 사건 판정부가 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 외국인 투자자와 투자 유치국 정부 간에 체결된 투자 계약만이 대상이 된다고 판단한 것은 우산 조항과 관련하여 제기되는 쟁점 중의 하나다. 이 사건과 유사한 판정으로는 행위의 책임을 국가로 귀속시킬 수 없는 국립대학이 체결한 계약의 위반은 우산 조항으로 의율할 수 없다고 판시한 *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11)이 있다. 이 사건 중재판정부는 우산 조항은 투자협정의 체결 당사자 또는 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 있는 행위자가 체결한 계약을 위반하였을 때 적용되는 것인데 문제가 된 2003년 계약의 체결 주체는 Shevchenko 대학이고 동 대학의 행위에 대한 책임이 우크라이나에 귀속되지 않는다는 것은 이미 확인된 바이므로 우산 조항을 적용할 수 없다고 판정하였다(판정문 243-246).

이 외에도 우산 조항과 관련된 다양한 쟁점이 ICSID 중재에서 심리되었다. 각 쟁점 별 ICSID의 법리는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29)에 정리하여 두었다.



3) 안보상 예외

이 사건처럼 2001년 경제 위기 시에 아르헨티나가 채택한 조치가 안보상의 예외 조항에 의거하여 투자협정의 적용을 배제할 수 있는지가 쟁점이 된 사건은 모두 10개이다. 판정부의 판정은 인용과 기각이 3:7로 나뉜다. 10개 판정에 대한 종합 설명은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 해설에 수록하여 두었다.

사건명(번호)	쟁점 조항	인용	불인용
<i>Enron</i> (01/3)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		문제된 조치가 유일한 경제 위기 극복 조치라고 볼 수 없으므로 ILC 25 조 요건 불충족 따라서 X 조 충족 여부 심리 불요 M(3)조는 사건과 무관한 조항이므로 심리 불요
<i>AMS</i> (01/8)	마-아르헨 BIT X 조 ILC 25 조		위기 발생에 책임 ILC 25 요건 불충족 X 조 심리하지 않음 특별위원회 25 조와 X 조 요건을 동일시한 것은 오류이나 판정은 인정
<i>LG & E</i> (02/1)	마-아르헨 BIT X 조	X 조 충족	
<i>Sempra</i> (02/16)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조		위기 발생 책임 ILC 25 조 요건 불충족 따라서 X 조 요건은 심리 불요 M(3)조 책임 회피 면제 조항 아니므로 적용 불가 특별위원회 X 조 심리하지 않은 것은 권한 일탈에 해당. 원 판정 취소
<i>Metalpar</i> (03/5)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조 ILC 25 조	청구인의 피해 사실 자체가 입증되지 않음. 심리 자체 하지 않음	左同
<i>Continental</i> (03/9)	마-아르헨 BIT X 조 ILC 25 조	X 조 요건 충족 ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미. 그 정도의 책임은 없다고 판시	
<i>El Paso</i> (03/15)	마-아르헨 BIT M(3)조 X 조, ILC 25 조		M(3)조는 해당 사항 없는 조항 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가 따라서 X 조 적용 불가



사건명(번호)	쟁점 조항	인용	불인용
<i>EDF(03/23)</i>	佛-아르헨 BIT 5(3)조, ILC 25 조		5(3)조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Impregilo(07/17)</i>	伊-아르헨 BIT 4 조, ILC 25 조		4 조 해당 사항 없는 조항(M(3)조와 동일 내용) 사태 발생 책임 있으므로 ILC 25 적용 불가
<i>Ubraser(07/26)</i>	스페인-아르헨 BIT X(5)조 ILC 25 조	ILC 25 조의 사태 발발 책임은 인과관계 수준 의미, 그 정도의 책임은 없다고 판시	



57

ADC vs. Hungary 사건(ARB/03/16)

가. 사건 개요

이 사건은 헝가리 공항 운영권을 청구인으로부터 헝가리 공항 공사로 이관케 한 조치가 부당한 수용에 해당한다고 판시한 사건이다.

청구인 ADC Affiliate Ltd.와 ADC & ADMC Management Ltd.는 캐나다인이 소유하고 있는 사이프러스 회사로서 1995년 헝가리 공항 공사로부터 부다페스트 공항 터미널 개선 및 신축, 운영 사업을 수주하였다. 1995년 사업 시행사를 헝가리 법인으로 설립하여 사업(공사 및 12년간 운영)을 진행키로 공항 공사와 합의한 후 각각 사업 시행사에 출자하였다. 터미널 공사는 2001년 완공되어 사업 시행사는 터미널을 운영하였으나 돌연 2001년 12월 헝가리 교통부는 공항 공사를 대체하는 부다페스트 공항 운영사를 신설하고 2002년 1월부터 공항 운영 업무를 이관하라는 서한을 사업 시행사와 청구인에게 발송하였다.

청구인은 헝가리의 조치는 사이프러스-헝가리 투자협정상 수용 금지, 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 차별 금지 위무 위반이라고 주장하고 2003년 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

중재판정부는 청구인의 주장을 받아 들여 헝가리의 조치는 부당한 수용에 해당한다고 판정하였다. 헝가리-사이프러스 투자협정 4조는 수용을 금지하되 예외적으로 허용되는 경우로 공공 이익, 공정한 절차, 비차별, 정당한 보상을 규정하고 있었다.

헝가리는 해당 조치가 국가 교통 전략상 필요하고 국내 규정과 EU법과의 조화 등을 위해 불가피하다고 주장하였으나 중재판정부는 헝가리 정부의 설명 뒤에 실재하는 이익이 무엇인지 헝가리가 충분히 설명하지 못했다고 지적하였다. 공공의 이익이란 공중을 위한 진실된 이익을 의미한다고 지적하고 헝가리의 주장을 기각하였다(판정문 431-433).



공정한 절차 요건 충족 여부에 대해 중재판정부는 사전 통지, 공정한 청문 기회, 해당 조치를 공정하게 심리할 수 있는 재판관 등이 적시에 이용 가능하고 접근 가능해야 한다고 보았다. 공정한 절차란 일반적으로 투자자가 합리적인 시간 내에 자신의 합법적인 권리와 주장을 제기할 수 있는 합리적인 기회를 부여하는 것이라고 요약하고 이 사건의 경우 2002년 1월부터 사업권을 이관하라는 통보를 2001년 12월에 발송하고 시행한 것은 공정한 절차를 준수하였다고 볼 수 없다고 판단하였다(434-440).

차별 금지에 대해 헝가리는 차별 여부는 동등한 조건의 복수의 비교대상이 필요한 개념인데 이 사건의 경우 외국 회사는 청구인이 유일하므로 비교대상이 없어 차별에 해당하지 않는다고 주장하였다. 중재판정부는 부다페스트 공항 운영사가 받은 대우와 청구인이 받은 대우를 비교하여 차별 여부를 판단할 수 있다고 보았으며 검토 결과 청구인이 차별 대우를 받은 것은 명확하다고 판단하였다(441-443).

정당한 보상은 헝가리도 지불하였다고 주장하지도 않았고 실제 지불된 금액이 없어 판정부는 정당한 보상 의무도 지켜지지 않았다고 판정하였다.

2) 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 등 의무 위반 여부

중재 판정부는 헝가리의 조치는 사이프러스-헝가리 투자협정상의 공정하고 공평한 대우, 충분한 보호 및 안전, 비합리적이고 차별적인 조치 금지에도 해당하나 이 협정이 수용에 한해 ICSID 중재를 인정하고 있으므로 사법 경제상 자세히 심리하지는 않겠다고 밝혔다.

다. 평가 및 해설

1) 투자협정 차별 금지 조항 및 요건

투자 분쟁에서 차별 대우 문제가 제기되는 경로는 다양하다. 우선 최소 기준 대우 의무 위반 문제로 차별 대우가 제기되는 경우가 있다. NAFTA나 한미, 한중 FTA에는 최소 기준 대우 조항에 차별 대우 금지 규정을 같이 규정하고 있다. 최소 기준 대우 조항에 차별 금지가 명문으로 포함되지 않더라도 최소 기준 대우의 핵심인 공정하고 공평한 대우의 중요한 구성 요소가 차별 없는 대우라는 것이 여러 판례와 학설에 의해 확인되고 있으므로 차별 대우는 공정·공평 대우 의무 위반으로 주장할 수 있다. 상당수 투자협정은 차별 대우 금지를 별도의 항에 규정하고



있기도 하다. 그 내용은 공정·공평 대우의 차별 금지와 다를 바 없다. 두 번째 경로는 이 사건에서 심리된 수용 조항이다. 모든 투자협정은 투자 유치국 정부가 외국인 투자를 합법적으로 수용할 수 있는 요건으로 공공 목적, 보상, 적법 절차 그리고 차별금지를 규정하고 있다. 수용 과정에서 차별 대우를 받았을 경우 이 조항을 통해 문제를 제기할 수 있으며 실제로 수시로 위반 문제가 제기되어 왔다.

송금 보장 조항과 이행 의무 부과 금지 조항도 차별 금지를 포함하는 경우가 빈번하다. 한중 FTA의 경우 두 조항 모두에서 차별 없는 대우를 규정하고 있다. 그러나 송금 보장과 이행 의무 부과 금지 위반을 이유로 ICSID 중재가 청구된 사례가 매우 드물고 그 가운데 차별 대우를 이유로 청구된 예는 아직까지 없다.

명시적으로 차별이라는 단어를 사용하여 규정하는 것은 아니지만 덜 불리한 대우(no less favorable)라는 표현을 통해 차별 대우를 금지하는 것이 내국민 대우 조항과 최혜국대우 조항이다. 위의 여타 차별 관련 조항과 달리 내국민 대우와 최혜국대우 조항은 유사한 환경(in like circumstances)에 있는 국내인, 다른 외국인과 차별하지 말 것을 주문하고 있다. 그러나 차별이라는 의미 자체가 같은 범주의 것을 다르게 취급하는 것이므로 유사한 환경 또는 그와 비슷한 어휘의 유무가 차별대우 여부 판정에 큰 영향을 미치지 않는다. ICSID 중재판정은 이 같은 어휘가 없는 여타 차별 관련 조항을 적용하여 차별 존재 여부를 심리할 때 같은 범주의 비교대상이 받은 대우와 교량하여 판단하고 있다.

공정·공평 대우에 기반한 차별 시비를 제외한 여타 차별 시비는 해당 조항 관련 설명에서 따로 논하기로 하고 여기서는 공정·공평 대우 의무 위반으로 제기된 차별 문제가 ICSID 판정부에 의해 처리된 관행을 살펴본다. 차별 여부 심판시 ICSID 판정에서 흔히 제기되는 문제는 차별의 의도가 있어야 차별이 성립하는지 여부이다. 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하기 위해서는 해당 조치나 행위를 시행하는 투자 유치국의 의도, 악의가 있어야 한다는 법리가 1927년 *Neer vs. Mexico* 사건에서 나타난 이후 많은 중재 판정에서 인용하기는 하였으나 국가간 경제 교류의 발전과 외국인 투자 증진 추세에 따라 외국인 투자에 대한 보호 범위가 전반적으로 확대되고 있는 지금은 거의 채택되고 있지 않다. ICSID 중재 판정에서 *Genin vs. Estonia* 사건(ARB/99/2) 판정부가 공정·공평 대우 의무 위반은 시행국의 악의를 전제한다고 판정하였으나 이후의 모든 판정에서 부인되고 있다. 차별 문제가 독립적으로 심리된 ICSID 중재 판정 중에서는 차별을 차별의 의도와 효과가 있는 조치라고 판정된 예가 있기는 하나



차별의 효과가 있더라도 차별 의도가 없었으면 차별이 아니라는 의미는 아니며 차별의 효과만 있더라도 차별이 인정된다는 의미였다.

차별은 그 의미 자체가 비교대상을 전제로 한다. 차별과 관련된 조항에 유사한 환경에 있는 비교대상의 존재가 필수 요소로 적시되어 있지 않더라도 비교할 대상 자체가 존재하지 않으면 차별 주장이 성립할 수 없다. 차별을 심리한 ICSID 중재판정에서는 비교대상의 적정성에 대해 심리된 경우가 많다. 같은 금융기관이라 하여도 주력 업종이 다른 금융기관은 적정 비교대상이 아니라고 보기도 하였고 비교대상은 청구인이 반드시 외국 기업이라고 하여 외국 기업만을 대상으로 하는 것은 아니며 청구인과 업종이 같거나 규모가 비슷하고 문제가 된 조치의 대상이 되는 국내 회사도 적절한 비교대상이 된다고 보고 있다.

차별의 효과가 있고 적절한 비교대상이 있으면 무조건 차별이 인정되는 것은 아니다. ICSID 중재 판정은 차별의 합리성, 적정성, 정당성을 심리하여 차별의 합당한 필요성이 소명될 경우 차별 대우를 인정하지 않고 있다. 투자협정에서는 차별 대우를 흔히 자의적인 대우와 같은 구문에서 언급하고 있는 경우가 많다. 즉 차별 자체가 자의적인 것이 문제이지 설명이 가능한 차별은 차별 대우가 아니라는 점을 이미 투자협정의 문구가 시사하고 있다. 차별 효과의 존재, 차별 대우된 적정한 비교대상의 존재, 차별의 자의성은 ICSID 판정부가 차별 대우 여부 판단시 고려하고 있는 요소들이다. 이들은 비단 공정-공평 대우 상의 차별 문제를 가리는데 적용되는 것은 아니며 여타 차별 금지 조항 위반 여부 판단에도 공히 적용할 수 있는 요소들이다.

2) 관련 판례

자신의 토지 개발 사업은 승인 되지 않고 타인의 유사 사업은 승인된 것에 대해 차별 문제를 제기한 *MTD Equity vs. Chile* 사건(ARB/01/7)에서 판정부는 두 사업의 내용과 경위, 조건의 차이에 대한 칠레의 설명이 타당성이 있다고 보고 북부 지역 개발을 위한 도시 계획 변경이 반드시 이 사건 해당 지구 개발을 위한 도시 계획 변경을 정당화하는 것은 아니라고 보고 청구인의 차별 대우 주장을 기각하였다(판정문 190-196). *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1) 중재판정부는 정부 조치의 자의성은 차별 의도가 있거나 결과적으로 차별 효과가 있어야 한다고 보았으며 청구인 가스 공급업자가 여타 공공 서비스 업자에 비해 차별 대우 받은 것은 명백하다고 판시했다(판정문 146-148). *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8) 판정부는 자의적, 차별적 조치 판정에 있어 차별의 의도가 결정적이거나 필수적인 요소는 아니며 해당 조치가



문제된 투자에 미친 영향이 결정적인 기준이라고 보았다.

Metalpar vs. Argentina 사건(ARB/03/5)에서 청구인이 아르헨티나의 경제 위기 타개 조치가 자신에 적용된 것과 금융기관에 적용된 것이 상이하다고 차별 문제를 제기한 데 대해 중재판정부는 상이한 주체를 규율하기 위해서 상이한 규범을 수립하는 것은 국가의 권한이며 청구인이 금융기관이 아닌 이상 금융기관과 같이 대우하여 줄 것을 요구할 수는 없다고 일축하고 다른 범주를 다르게 규율하는 것은 차별이 아니라고 확인하였다(판정문 160-164). 역시 같은 조치가 문제되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15) 판정부도 금융기관의 달러 대출을 폐소화로 전환함에 있어 금융기관에 불리한 환율을 적용한 것은 시장의 대출 상환 부담을 낮추어 경제를 조기에 활성화하려는 의도였고 석유, 가스 수출시 수출세를 부과한 것은 폐소화의 가치 절하로 인해 수출 업체가 막대한 추가적인 이익을 보게 된 점을 고려한 것이라는 아르헨티나 측의 설명이 타당하다고 인정하였다. 판정부는 국가는 상이한 주체를 규율하는 상이한 법규를 제정할 수 있는 주권적인 권한이 있으며 상이한 법적, 사실적 환경에 기초한 상이한 대우는 투자협정 위반을 구성하지 않는다고 판시하였다. 판정부는 아르헨티나가 주장했던 차별 의도의 부재에 대해 투자협정상 차별 대우가 성립하기 위해 차별의 의도가 있어야 하는 것은 아니며 법적(*de jure*), 사실적(*de facto*) 차별의 존재 여부가 관건이나 이 사건 경우에는 두 가지 모두 존재하지 않는다고 정리하였다(판정문 305-316).

공항 운영사인 청구인이 차별 문제를 주장한 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)에서 헝가리는 차별 여부는 동등한 조건의 복수의 비교대상이 필요한 개념인데 이 사건의 경우 외국 회사는 청구인이 유일하므로 비교대상이 없어 차별 금지에 해당하지 않는다고 주장하였다. 중재판정부는 부다페스트 공항 운영사가 받은 대우와 청구인이 받은 대우를 비교하여 차별 여부를 판단할 수 있다고 보았으며 검토 결과 청구인이 차별 대우를 받은 것은 명확하다고 판단하였다(판정문 441-443). *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8) 중재 판정부는 차별 여부는 비교대상을 전제로 하는 것인데 청구인의 주장은 비교대상을 제시하지 못했으므로 차별을 입증할 증거가 부족하다고 판단하였다(판정문 281-290). 면세점 매장 경매에서 탈락한 청구인이 차별 문제를 제기한 *EDF vs. Romania* 사건(ARB/05/13) 판정부는 청구인과의 임대차 계약이 종료된 매장을 경매 방식을 통해 신규 업자에게 배분하는 것은 합리적인 결정이고 청구인이 유일 입찰자인 관계로 유찰된 1, 2차 경매는 경쟁을 통한 매각이라는 경매의 본질상 어느 국가나 유지하고 있는 규정에 부합하는 것이며 3차 경매에 청구인이 참여하지 못한 것은 당시 경매 요건을 충족하지 못했기 때문임이 제출된 자료상 입증된다고 보았다. 판정부는 제출된 증거에 비추어



경매 절차가 불편부당하게 진행되었다고 볼 만한 근거가 없으며 청구인이 차별적이고 자의적인 대우를 받았다고 볼 수 없다고 판시하였다(판정문 276-278).

상하수도 공급을 담당하는 청구인이 국영 상하수도 공사와의 차별 대우 시비를 제기한 *Ubraser & CABB vs. Argentina* 사건(ARB/07/26)에서 중재판정부는 해당 공사는 국영 기업으로서 청구인의 양허 계약과는 다른 법적, 경제적 조건에서 운용되고 있고 아르헨티나 정부의 재정 지원을 받고 있으나 청구인은 양허 계약상 소요 재원을 자체적으로 조달해야 하는 재정 의무가 있어 두 회사가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판단하고 차별 주장을 기각하였다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20) 판정부는 차별적인 조치는 차별의 의도와 효과가 있는 조치로서 우선 청구인이 차별의 효과가 있는 조치의 대상이 되었다는 점을 입증하여야 하나 실제로 차별적인 조치를 당했다는 점이 입증되지 않았다고 지적하고 청구인의 차별 주장을 수용하지 않았다(판정문 260-277). 베네수엘라가 금 생산 업자의 내수 판매와 수출 비중을 회사 규모에 따라 다르게 적용한 것에 대해 차별 문제가 제기되었던 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인과 같은 대규모 업자와 소규모 업자가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 실시하고 청구인의 차별 주장을 기각하였다(판정문 547-549, 555-564).



58

EDF vs. Argentina 사건(ARB/03/23)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 투자한 아르헨티나 전기 회사와 아르헨티나 주정부 간의 송배전에 관한 양허 계약상의 전기 요금 관련 규정을 아르헨티나가 2001년 경제 위기 극복 조치의 일환으로 개정한 것이 우산 조항과 투자협정 위반에 해당한다고 판정한 사건이다.

청구인 Electricite de France는 프랑스 전력 회사이고 Electricite de France Internationale는 국제 사업을 주로 하는 EDF의 자회사이며 SAUR Internaionale는 프랑스의 물, 에너지 공급 전문 회사이다. 아르헨티나는 전력 시장 민영화 조치의 일환으로 Mendoza주립 전기 공사 EMSE를 3개 회사로 분할하였으며 Mendoza 주정부는 이 가운데 하나인 EDEMSA와 Mendoza주 내 배전 양허 계약을 1998년 7월 체결하였다. 양허 계약 체결 전부터 Mendoza 주정부는 EDEMSA의 주식 51%의 매각을 병행하여 1998년 2월 입찰하였으며 1998년 7월 양허 계약 체결과 같은 시기에 청구인이 구성된 컨소시엄이 해당 지분을 낙찰받았다. 1997년 5월 Mendoza주는 지방 전기법과 전기 공사 민영화법을 제정하였다. 지방 전기법 43조는 송배전사가 부과하는 전기료가 공정하고 합리적이어야 한다는 제한을 부과하는 동시에 각종 고정, 변동 비용을 보전할 수 있는 충분한 수입과 합리적인 수익률을 보장하여 주었다. 전기 공사 민영화법은 국영 전기 회사인 EMSE를 분할하려는 것으로 위 EDEMSA가 설립된 법적 근거였다.

청구인이 지배 지분을 보유하고 있는 EDEMSA와 Mendoza 주정부간에 체결된 양허 계약은 위 지방 전기법의 규정을 반영하여 ‘통화 조항’과 ‘비용 조정 조항’을 포함하고 있었다. 통화 조항은 EDEMSA가 부과하려는 전기료의 총액은 미 달러화로 산정하고 청구서에는 아르헨티나 페소화로 표시하여 징수하는 것이었다. 당시 미 달러화와 페소화는 환전법에 의해 1:1로 고정되어 있었다. 비용 조정 조항은 전기료 총액을 미국 생산자 물가 지수에 따라 6개월마다 조정할 수 있게 하였다.

2001년 하반기부터 아르헨티나는 전례 없는 외환, 금융 위기를 겪기 시작하였다. 상황이 심상치 않게 되자 Mendoza 주정부는 EDEMSA의 수익에 영향을 줄 수 있는 일련의 조치(위기



前 조치)를 채택하였고 이 중 일부에 대해 EDEMSA는 아르헨티나 법원에 소송을 제기하기도 하였다. 2001년 말 대규모 예금 인출 사태가 발생하여 일정액 이상의 예금 인출과 해외 외화송금이 금지되는 등 아르헨티나는 극심한 경제 위기에 봉착하였고 대통령이 사임하고 임시 대통령이 의회에서 지명되는 등 정치, 사회 전 분야로 혼란이 확산되었다. 정부는 국가 위기법을 제정하여 미달러화와 페소화간의 1:1 고정 환율제를 폐지하였고 이내 페소화는 달러화의 1/3 수준으로 하락하였다. 또한 국가 위기법은 달러화 산정 후 페소화 청구 제도 및 미국 생산자 물가 지수에 연동한 정기적인 비용 조정 제도를 금지하여 양허 계약상의 통화 조항과 비용 조정 조항을 적용할 수 없게 되었다. Mendoza 정부는 국가 위기법을 시행하기 위해 ‘긴급 요금 조치(Emergency Tariff Measure)’를 채택하여 공공 서비스 양허 계약을 재협상하기로 하였고 재협상 기간 동안에는 양허 계약자가 의무적으로 국가 위기법상의 가격 산정 방식(달러화 산정 및 주기적 조정 폐지)대로 공공 서비스 공급을 계속하도록 하였다. 2002년 4월 EDEMSA와의 재협상이 개시되었으나 당초 180일로 지정되었던 재협상 기간 동안 합의에 이르지 못하였고 이후 양측의 이견이 첨예하게 대립하여 3년이 지나도록 타결되지 않았다. EDEMSA의 재정 상황은 국가 위기법 발효 직후부터 악화되기 시작하여 이미 2002년 7월 채무를 변제할 수 없었고 재협상이 지연되는 동안 종전의 配電 의무는 계속되어 재정적인 손실이 누적되었다.

청구인은 2003년 6월 ICSID 중재를 신청하였고 2004년 7월 투자금 회수 의사를 Mendoza 주정부에 통보하고 2005년 3월 지분 매각을 완료하였다. 2005년 4월 재협상이 종료되어 청구인 으로부터 지분을 매입한 아르헨티나 회사는 인상된 전기료를 부과할 수 있게 되었다.

나. 주요 쟁점

1) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정의 우산 조항 차용 가능 여부

이 사건의 핵심 쟁점은 Mendoza 주정부의 EDEMSA와의 양허 계약의 통화 조항과 비용 조정 조항 위반이었다. 계약 위반 사항이므로 이를 근거로 투자협정 위반의 책임을 묻기 위해서는 우산 조항이 필요하였으나 프랑스-아르헨티나 투자협정상에는 우산 조항이 포함되어 있지 않았다. 청구인은 투자협정 4조 최혜국대우 조항을 근거로 룩셈부르크-아르헨티나 투자협정과 독일-아르헨티나 투자협정의 우산 조항을 원용하겠다고 주장하였다.

판정부는 청구인의 주장을 수용하였다. 이 사건에서 최혜국대우 조항을 무시하는 것은



제3국에게 보다 유리한 대우를 부여하는 결과에 이르게 되고 이는 최혜국대우 조항이 방지하고자 하는 것이라는 이유를 들었다. 또한 최혜국대우 조항을 통한 우산 조항의 차용은 아르헨티나가 인용한 최혜국대우 조항을 통해 투자자에게 부여하는 권리는 투자협정의 실질적인 사항에 관한 것에 한정된다는 유엔 국제법위원회(ILC) 최혜국대우 조항 초안 8(1)조¹⁶⁵⁾ 내용 이상의 권리를 부여하는 것은 아니라고 설명하였다. 판정부는 최혜국대우를 통해 원용할 수 있는 타 협정상의 내용 중 절차적 또는 분쟁 조항도 포함되는지 실질적인 조항에 국한되는 것인지 판례가 일치하지는 않으나 절차 조항이나 분쟁 조항과 최혜국대우 조항간의 관계에 대해서 자신의 견해를 밝힐 의사는 없고 다만 양허 계약상의 투자 유치국의 약속과 관련된 사항은 명백하게 실질적인 조항이라고 판단한다고 하였다(판정문 929-937).

판정부는 양허 계약은 우산 조항의 적용 대상이기는 하나 모든 계약상의 위반이 곧 조약 위반이 되는 것은 아니라고 이해했다. 룩셈브르크-아르헨티나 투자협정 10(2)조는 투자자와 관련되어 부담한 약속을, 독일-아르헨티나 투자협정 7(2)조는 투자와 연관되어 부담한 약속을 그 적용 대상으로 명시하고 있기 때문이다. 판정부는 이 사건 쟁점인 통화 조항과 비용 조정 조항의 위반은 위 우산 조항의 적용 대상에 해당한다고 판단하였다(938-942).

판정부는 통화 조항은 청구인에게 제반 비용 및 적정 수익을 전기료에 반영할 수 있게 하여 수익성을 보장하는 한편 총 비용 산정은 달러화로 하고 이를 주기적으로 조정할 수 있게 함으로써 아르헨티나의 인플레이션과 통화 가치 변동으로부터 청구인을 보호하는 역할을 한다고 보았다. 그러나 무제한 이익을 보장하는 것이 아니라 양허 계약 내에 전기료 부과 상한선이 규정되어 있으므로 일정 수익을 확보하기 위해서는 청구인이 비용을 절약해야 하는 필요성도 부여되어 있다고 이해하였다. 즉 청구인과 Mendoza 주정부간에 이익과 위험의 배분이 이루어져 있는 상태인데 Mendoza 주정부가 달러화 산정을 금지하고 경제 위기로 가치가 폭락한 페소화로 징수하게 한 것은 이러한 위험 분배 원칙을 훼손한 것이며 청구인에게 실질적인 손실을 발생시켰다고 지적하였다. 아울러 긴급 요금 조치는 청구인이 손실을 감내하면서 이전 서비스를 계속 공급하도록 강제하였고 재협상 기간이 법정 시한인 180일을 초과하여 3년 이상이나 걸렸다는 점을 다시 환기하고 이러한 아르헨티나의 조치는 우산 조항 위반을 구성하기에 충분하다고 판정하였다(943-993).

165] 8(1). The right of the beneficiary State to most-favoured nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause referred to in article 4, or from the clause on most favoured-nation treatment referred to in article 6, in force between the granting State and the beneficiary State.



2) 공정하고 공평한 대우 등

판정부는 양허 계약에 적시된 청구인과 Mendoza 주정부간 이익상의 균형이 Mendoza 주정부의 조치로 훼손되었으면 경제 위기가 진정되는 대로 원상태로 회귀하여야 했으나 Mendoza 주정부는 전기료 인상 등의 이익 균형 회복 조치를 지연하다가 청구인이 EDEMSA 지분을 매각한 후에야 시행한 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판단하였다. 판정부는 아르헨티나는 청구인과 양허 계약을 체결하면서 독립적인 규제 기관(EPRE)을 설치하여 정치적 동기에 의한 조치 위험으로부터 청구인을 격리하였고 통화 조항과 비용 조정 조항을 통해 인플레이션과 환위험으로부터의 안전을 제공하였으며 30년이라는 계약 유효 기간을 통해 기간적 안정성을 부여함으로써 청구인에게 장기 투자에 대한 정당한 기대를 제공하였다고 보았다. 아르헨티나의 양허 계약 위반은 아르헨티나가 청구인에게 보장한 정당한 기대를 훼손한 것으로서 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다(994-1012).

EPRE는 외환 위기가 본격화되기 이전에 일련의 예방 조치를 취하였다. 대규모 사용자에게 대한 전기 요금 부과 방식을 양허 계약과 다르게 일방적으로 변경하였고 전기 사용자와의 계약 기간을 조정하였으며 특정 부류의 소비자에게 적용하는 전기 요금 체계를 변경하였다. 판정부는 이들 조치의 자세한 내용과 청구인에게 미치는 부정적인 영향을 심리한 후 이들 조치는 청구인에 대한 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다. EPRE의 위기 전 조치는 이외에도 양허 계약이 적용되지 않는 지역을 적용 지역으로 포함하거나 농촌 가구의 전기료를 조정하고 전기료를 일정 경우 채권 등으로 납부하게 하는 조치가 있었으나 판정부는 이들로 인한 청구인의 피해 소명이 불충분하거나 피해 발생 여부가 불분명하다는 이유로 공정·공평 대우 의무 위반을 인정하지 않았다.

청구인은 공정·공평 대우 의무 위반 문제 외에도 아르헨티나의 조치가 차별적이고 자의적이며 충분한 보호 및 안전 의무 위반, 간접 수용에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 이미 공정·공평 대우 의무 위반을 확인하였으므로 더 이상의 심리가 불필요하거나 청구인이 자신의 주장을 충분히 입증하지 못했다는 이유로 청구인의 주장을 수용하지 않았다(1101-1118).

3) 아르헨티나 면책 항변

아르헨티나는 위기 전 조치의 경우 청구인이 아르헨티나 국내 법원에 소송을 제기하여 패소하였거나 아직 심리가 진행 중에 있으므로 각각 중재 판정부가 따라야 할 선례(*res judicata*)가



되거나 국내 절차 미소진으로 인한 중재 관할권不在에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 국내 법원은 국내법에 따라 계약 위반 사항을 심리하는 것이나 중재판정부는 협정 위반 사항을 심리하는 국제법상의 쟁점을 다루는 곳이므로 국내 법원의 판결에 구애받지 않으며 프랑스-아르헨티나 투자협정에 국제중재 전 국내 절차 소진 조항이 없으므로 아르헨티나 국내 법원 절차가 진행 중인 조치에 대해 중재 판정부가 심리할 수 없는 것은 아니라고 판단하였다. 특히 중재판정부가 국내 법원 판결을 고려해야 할 경우는 두 분쟁이 동일한 경우인데 국내 소송 당사자는 EDEMSA와 EPRE이고 이 사건 당사자는 EDF와 아르헨티나이므로 당사자가 상이하며 국내 사건은 계약 위반을 다루는 것이나 중재 사건은 협정 위반을 심리하므로 소송 대상이 상이하고 기준 법규도 양허 계약 및 국내법과 투자협정 및 기타 관련 국제법이라는 측면에서 상이하므로 분쟁 동일성이 인정되지 않는다고 판시하고 소송 전 조치도 중재판정부의 관할에 속한다고 판정하였다(1120-1136).

아르헨티나는 긴급 요금 조치에 대해 청구인도 동의하였다고 주장하였으나 판정부는 이를 입증할 증거가 제출되지 않았고 설사 청구인이 당시 아르헨티나 경제 위기 상황의 심각성을 인정하였더라도 그 자체가 양허 계약의 종료나 계약상의 권리 포기에 해당하지는 않는다고 판정하였다(1144-1148).

프랑스-아르헨티나 투자협정 5(3)조는 전쟁 또한 기타 무력 분쟁, 혁명, 국가 비상사태, 반란으로 인한 외국인 투자자의 피해에 대한 국가책임은 국내 투자자나 다른 외국 투자자와 동일한 대우를 부여하는 한 면제된다고 규정하고 있었다. 아르헨티나는 2001년 경제 위기는 이 조항에 적시된 국가 비상사태에 해당하므로 외국인 투자자인 청구인에 대한 책임이 면제된다고 주장하였으나 판정부는 기각하였다. 판정부는 이 조항은 그 문안상 명징하게 비상사태로 인한 피해 보상을 내외국인 투자자를 차별하여 지급하지 말라는 것이지 피해 보상의 책임을 면제하는 것이 아니라고 지적하였다(1153-1162).

아르헨티나는 국제관습법상의 국가 비상사태를 원용하여 책임 면제를 주장하기도 하였다. 국가책임에 관한 ILC 초안 25조, 27조¹⁶⁶⁾를 근거로 제시하였다. 판정부는 비상사태로 인한 국가책임의 면제는 국가의 조약상 의무 회피를 방지하기 위해 매우 엄격하게 해석하여야 하므로 25조, 27조상의 비상사태 요건을 충족해야 한다고 보았다. 즉 불법이라고 주장하는 국가의

166] 27. The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:
/a/ compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;
/b/ the question of compensation for any material loss caused by the act in question.



조치가 해당 국가의 핵심 이익 수호를 위한 유일한 방도였어야 하며 해당 국가가 비상사태 발발에 기여하지 말았어야 하고 사태 진정 후 신속히 사태 이전의 상태로 회귀하거나 피해 보상을 했어야 한다는 것이다. 판정부는 이 사건의 경우 아르헨티나의 전기 요금 달러화 산정 중단 및 폐소화 징수 등의 조치가 아르헨티나 거시경제상 필요했는지 여부는 차치하고 아르헨티나의 핵심 이익을 보전하기 위한 유일한 수단이었다는 아르헨티나의 설명에 수긍할 수 없다고 하였다. 판정부는 2002년 5월 당시 아르헨티나 대통령이 인터뷰에서 아르헨티나 위기는 아르헨티나인에 의해 아르헨티나에서 발생한 것이라고 언급한 것을 예로 들면서 2001년 경제 위기 발생에 아르헨티나가 기여하지 않았다고 볼 수 없다고 확인하였다. 국가 채무 증가를 정지시키지 못해 국가 경제 구조 전반을 부실하게 하였고 폐소화가 고평가된 고정 환율제를 고수하였고 사회보장 등을 위해 정부 지출을 증가시킨 점 등을 구체적인 기여 사례로 나열하기도 하였다. 청구인과의 재협상이 법정시한인 180일을 초과하여 3년이 지나도록 이루어지지 않은 점에 비추어 사태 이전 상황으로의 복귀 조치도 시행하지 않았다고 비난하였다(1163-1181).

다. 평가 및 해설

1) 긴급피난 조항 원용 가능 요건

이 사건은 국제법위원회의 국가책임에 관한 초안 25조를 근거로 2001년 당시 아르헨티나의 상황이 비상사태인지를 살펴보았다. 아르헨티나 경제 위기가 문제가 된 10건의 중재판정에서 *LG & E vs. Argentina* 사건 판정부를 제외하고 모든 판정부는 초안 25조를 근거로 비상사태 여부를 확인했다. *CMS vs. Argentina* 사건과 *Sempra vs. Argentina* 사건에서는 투자협정의 안보상 예외 조항과 국가책임 초안은 별개의 독립적인 문건인데 이를 동일시하여 안보상 예외 요건을 25조 요건으로 심리한 원 판정이 특별위원회에서 비난받거나 심지어 취소되기도 하였다. ILC 초안 25조는 위기 사태에 시행된 국가의 불법 행위 중 위법성이 면책될 수 있는 요건으로 i) 심각하고 긴급한 위협이고 발동국의 핵심적인 이익을 보호에 필요한 유일한 대책일 것(1(a)항), ii) 타방 국가의 핵심적인 이익을 손상하는 조치가 아닐 것(1(b)항), iii) 발동국에게 국가 위기 사태를 인용하지 못하게 하는 국제적 의무가 존재하지 않을 것(2(a)항), iv) 위기 사태 발생에 자국이 원인을 제공하지 말았어야 할 것(2(b)항)을 들고 있다. 25조 요건 충족을 부인한 판정이 모두 지적하는 요건은 iv) 항이었다. 아르헨티나가 경제 운용을 잘못하여 사태 발생을 자초한 책임이 있다는 것이다. 아르헨티나의 오류로 지적되는 실책은 아르헨티나 폐소화를



고평가한 고정 환율제를 장기간 운영하였다는 점, 노동 시장 경직화 등을 들고 있다. 2001년 아르헨티나의 경제 위기는 1997년 동아시아 외환 위기나 2008년 국제 금융 위기와 달리 외생적 요인으로 발생한 것이 아니라 아르헨티나에만 국한되어서 발생한 것이기는 하다. 그러나 섬처럼 절연되어 있는 고립 경제가 아니라 고도로 연계된 국제 경제 속에서 외부와 전혀 무관한 자신의 사유로 한 국가의 경제 전체가 붕괴되는 위기가 발생할 수 있을지는 의문이다. 아르헨티나가 안보상 예외 조항을 원용하여 면책될 수 있다고 판시한 3건의 판정부는 모두 아르헨티나의 사태 발생 책임을 인정하지 않았다. 이들 판정부가 제시한 발생 책임의 요건은 행위와 사태 간의 인과관계를 확인할 수 있어야 한다는 것이었다. 비록 아르헨티나의 실책이 경제 위기 초래에 기여했을 수는 있으나 이를 이유로 투자협정상의 권리를 부인하기 위해서는 아르헨티나의 조치가 사태 발생을 직접적으로 겨냥하였거나 양자 간의 인과관계가 성립해야 한다는 것이다

아르헨티나 경제 위기에 관한 10개 사건 판정을 종합한 해설은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5)에 수록하였다.

2) 최혜국대우 조항을 통한 타 투자협정의 우산 조항 차용

이 사건 판정부는 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 우산 조항을 차용할 수 있다고 판단하였다. 우산 조항의 차용 여부에 대해 ICSID 판례는 일치하지 않는다. 일부는 우산 조항은 투자자 권리 보호의 실체가 되는 조항이라는 이유로 차용이 가능하다고 보는 반면 일부 판정은 해당 협정에 명시적인 근거가 없으면 차용해올 수 없다고 보기도 했다.

Franck Arif vs. Moldova 사건(ARB/11/23) 판정부는 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 실질적 권리 조항을 도입할 수 있으며 우산 조항의 보호 대상인 계약상의 의무, 약속 준수는 실질적인 권리에 해당하므로 우산 조항은 최혜국대우 조항을 통해 차용될 수 있다고 판정하였다.

이와 달리 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1) 판정부는 분쟁 당사자 간의 스페인-아르헨티나 투자협정 IV조¹⁶⁷⁾(최혜국대우)는 명백하게 ‘이 협정에서 다루는 문제에 대해서’라고 적용 범위를 한정하고 있고 우산 조항을 협정 내에 포함시키고자 했다면 이를 언급하였을 것인데 언급되지 않았다는 것은 그리할 의사가 없었던 것으로 이해된다고 판단하였다.

¹⁶⁷⁾ Article IV TREATMENT

Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.

In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favorable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.



판정부는 계약국이 협정에서 배제한 대우나 권리를 최혜국대우 조항을 통해 임의로 도입할 수는 없다고 보았다. 판정부는 최혜국대우는 타 협정의 보다 유리한 대우를 도입하여 본 협정에 이미 기재된 해당 대우의 수준을 개선하는 효과가 있다고 설명하였다(판정문 880-885).

최혜국대우 조항을 통한 타 협정 조항의 차용은 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건 (ARB/09/1) 편에 관련 ICSID 중재 판례를 종합하여 해설하였다.



59

Plama vs. Bulgaria 사건(ARB/03/24)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 매입한 불가리아의 과거 국영기업을 회생시키는 과정에서 불가리아 당국이 협조하지 않았다고 주장하고 에너지 현장 조약을 근거로 투자 유치국의 외국인 투자자 보호의무 위반 문제를 제기하였으나 모두 기각된 사건이다.

청구인 Plama Consortium Ltd.는 사이프러스 회사로서 1998년 11월 불가리아 정유 회사 Nova Plama의 지분 75%를 매입하였다. Nova Plama는 불가리아 국영기업이었으나 1996년 지분 75%가 민간 회사에 매각되어 민영화되었으며 청구인은 이 민간 회사로부터 지분을 재매입한 것이나 지분 변경은 불가리아 민영화청의 승인사항이었고 민영화 과정 중에 불가리아측과 처리해야 할 사항이 많아 별도의 민영화 관련 약정을 불가리아 민영화청과 체결하였다(제2차 민영화 약정). 당시 Nova Plama는 경영 부실로 1996년 이래 가동이 중단된 상태였으며 청산 절차가 진행 중이었고 법원이 지정한 법정 관리인이 경영을 총괄하고 있었다. 청구인과 Nova Plama는 채권단과 협의 끝에 마련한 회생 계획서를 1999년 5월 관할 법원에 제출하여 승인 받았다. Nova Plama는 1999년 8월 잠시 가동을 개시하였으나 12월 중단된 이후 다시는 가동하지 못했다.

청구인은 Nova Plama의 민영화 이전 환경오염 복구비용 부담, 법정 관리인의 위법 활동, 장부상 수익에 대한 과세, 국영 항구 사용 제한, 불가리아 국영 은행의 회생 계획 비협조 등으로 인해 Nova Plama의 회생이 실패하였다고 주장하고 이들 행위는 외국인 투자자에게 안정적, 공평, 유리, 투명한 환경을 조성하고 공정-공평 대우 및 항구적인 보호와 안전을 제공해야 하는 에너지 현장 조약상의 의무를 계약국인 불가리아가 위반한 것이라고 판단하였다. 이에 청구인은 2003년 1월 에너지 현장 조약을 근거로 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 투자 적법성

청구인 PCL은 사실 Nova Plama의 지분을 매입할 목적으로 설립된 회사에 불과하였다. 상당한 자산과 정유 경험을 갖춘 컨소시엄으로 소개되었으나 실상은 그러하지 못하였다. 불가리아는 만약 청구인의 실상이 재원도 없는 개인 회사임을 사전에 알았다면 정유 산업의 전략적인 중요성에 비추어 Nova Plama의 주식 매각을 승인하지 않았을 것이라고 주장하였다.

중재판정부는 청구인이 당초 컨소시엄에서 참여사가 철수하고 자신만 남은 상황을 불가리아에게 알리지 않았고 결국 해당 주식을 매입하는데 성공하였는데 이러한 행위는 불가리아법뿐만 아니라 국제법의 원칙에도 위배된다고 보았다. 에너지 현장 조약에는 투자가 투자 유치국의 법령의 의거하여(in accordance with) 설립되어야 한다는 명문의 규정은 없었으나 그렇다고 하여 에너지 현장 조약이 불법적인 투자까지 보호한다는 의미는 아니라고 설파하였다. 또한 청구인의 행위는 신의칙의 원칙에도 반한다고 보았다. 신의칙은 투자자가 투자와 관련한 중요한 정보를 투자 유치국에게 제공할 의무를 포함하는 개념이며 투자의 승인과 관련한 정보일 때에는 특히 중요하다고 지적하였다. 청구인이 주주 변경(즉 컨소시엄 구성사 변경)에 대하여 보고할 의무가 없었다고 반박하나 투자에 대한 정부의 승인이 법률상 요구되었고 투자자의 재정적, 기술적 능력이 승인 결정의 중요한 요소임을 감안할 때 주주 변경은 당연히 고지했어야 한다고 보았다. 결론적으로 중재판정부는 청구인의 투자에 대하여 에너지 현장 조약상의 실제적 보호 규정을 적용할 수 없다고 판정하였다.¹⁶⁸⁾

2) 정당한 기대 침해(환경 보호법 개정)

1999년 2월 개정된 불가리아 환경 보호법 9(1)조¹⁶⁹⁾는 민영화의 경우 민영화 이전에 발생한 환경 피해 복구 책임은 국가가 부담한다고 명시하였으나 1999년 2월 1일 이전에 체결된 민영화 약정이나 신규 시설 건설 등은 이 혜택에서 제외하였다. 종전의 문안¹⁷⁰⁾은 국가 부담이 명기되지

168) 투자자:국가소송(ISD) 최신 판정 분석(법무부, 2014) pp 108-109

169) In the event of privatisation, with the exception of privatisation agreements concluded prior to 1 February 1999, or in case of restitution, or in the event of investment in new construction facilities by foreign and Bulgarian natural and legal persons, the liability for any environmental damages resulting from past actions or omissions shall be borne by the State under such terms and procedures as set forth by the Council of Ministers.

170) In case of restitution, privatization or investment in new construction facilities by foreign and Bulgarian natural and legal persons, such persons shall not be liable for environmental damages resulting from past actions or ..



않은 채 과거 환경 피해 책임 면제만 적시되었으나 면제되는 주체가 누구인지 불분명하였다. 청구인은 1999년 2월 1일 이후 민영화에만 민영화 이전 환경 피해 복구 책임을 국가에 귀속시킴으로써 불가리아가 법 개정을 통해 자신과 같이 동 일자 이전에 민영화 약정을 체결한 투자자를 불리하게 대우하는 것은 에너지 현장 조약 10(1)조¹⁷¹⁾의 투자자 보호 위반이라고 주장하였다. 청구인은 불가리아의 법 개정으로 이내 Nova Plama가 민영화 이전 환경 피해 복구 비용을 부담할 책임이 발생하였으며 이로 인해 민영화 과정 중에 필요한 재원을 금융기관으로부터 적시에 필요한 만큼 조달할 수 없게 되었고 결국 1999년 12월 공장 가동을 중단하게 되었다고 항변하였다. Neftochim이라는 또 다른 불가리아 정유 회사는 1999년 10월 민영화되었다. 청구인은 개정된 환경 보호법을 통해 Neftochim은 청구인보다 유리한 입장에 서게 되었으므로 불가리아의 법 개정은 청구인을 차별 대우한 것으로서 역시 에너지 현장 조약 10(1)조 위반이라고 주장하였다. 청구인은 민영화 이전 환경 피해 복구비용을 부담하지 않는 것이 Nova Plama 매입 협상의 핵심 중의 하나였으며 만일 이 비용을 부담해야 했다면 Nova Plama를 매입하지 않았을 것이라고 강조하고 당시 환경 보호법 관련 규정과 2차 민영화 약정의 해당 문안에 과거 환경 피해 복구 면책이 규정되어 있다고 주장하였다.

불가리아는 개정 이전 법 조항은 투자자에게 과거 피해 복구 책임을 지우지 않는다는 의미이지 민영화된 회사(이 사건 경우 Nova Plama)가 면책된다는 의미는 아니라고 반박하였다. Nova Plama 지분 가격에는 당시 인지된 과거, 현재, 미래의 책임 사항이 반영된 것이며 특히 Nova Plama 공장의 환경오염 상태는 당시 공지의 사실이었다고 주장하였다. 또한 과거 피해를 복구하지 않았다고 해서 실제로 벌금이 부과되거나 제재 또는 특정 활동을 금지 당한 바 없으므로 청구인이나 Nova Plama에 아무런 침해가 발생하지 않았다고 지적하였다.

중재판정부는 청구인이 제시한 개정 이전의 법 조항과 2차 민영화 약정의 관련 조항 문안이 명료하지 않다는 점은 동의하였다. 청구인이 자신이나 Nova Plama는 과거에 발생한 환경 피해 책임에서 면책된다고 해석하는 것도 일리는 있다고 보았다. 그러나 해당 법규는 과거 피해 복구 책임 소재가 불분명한 것이지 청구인의 면책을 보장하는 것은 아니라고 해석하였다. 청구인

171] (1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. 20 Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.



주장대로 과거 환경 피해 면책이 민영화 약정 체결의 핵심 요건 중의 하나였다면 분명한 면제 조항이 민영화 약정에 포함되어 있어야 하는데 이를 시도한 사실이 입증되지 않는다고 지적하였다. 판정부는 민영화 약정에서의 과거 환경 피해 복구 책임 면책 조항이 핵심 요건이었다는 청구인의 주장은 오히려 당시 불가리아의 환경법이 이 면책을 명시적으로 보장하지 않는다는 점을 청구인이 인지하고 있었다는 반증이라고 판단하였다. 불가리아는 과거 피해 면책 조항이 포함된 민영화 약정을 다수 제시하였다. 판정부는 청구인이 이를 강력히 요청하였다면 이들 민영화 약정처럼 반영이 되었을 것이라고 지적하고 청구인의 주장에 대해 회의적인 태도를 보였다. 판정부는 회계 보고서 등 과거 환경 피해 복구비용 부담 책임이 Nova Plama에게 있음을 시사하는 내부자료가 다수 있다고 확인하였다.

판정부는 불가리아가 청구인을 겨냥하여 환경 보호법을 개정하였다는 증거는 일체 없고 오히려 이 조항 개정은 에너지 현장 조약 10(1)조 상의 투자 우호 환경을 조성하기 위해 세계은행의 권유에 따라 이루어진 것이라고 설명하였다. 판정부는 에너지 현장 조약은 계약국으로 하여금 국내 법규 개정을 금지하지 않으며 법규 개정으로 인해 정당한 기대가 침해되었다는 이유로 공정·공평 대우를 원용하기 위해서는 이성적이고 정당한 기대가 창출되었어야 하나 불가리아가 해당 법규를 개정하지 않겠다고 청구인에게 약속한바 없다고 확인하였다. 판정부는 Nova Plama가 과거 환경 피해 복구를 위해 실제로 비용을 집행하였다는 증거를 청구인이 제시하지 못하였고 복구 지연으로 인해 벌과금, 제재 등이 부과된 바도 없으므로 청구인이나 Nova Plama에게 초래된 실제적인 피해가 인정되지 않는다고 판단하였다. 청구인은 복구비용 부담으로 인한 Nova Plama의 재정 상태를 우려한 금융기관의 소극적인 태도로 인해 민영화 소요 재원을 조달할 수 없는 피해를 보았다고 주장하였으나 중재판정부는 금융기관의 대출 거부는 청구인의 신용 상태가 전반적으로 불량해서였다는 증언에 비추어 수용할 수 없다고 언급하였다.

판정부는 이상의 심리를 근거로 불가리아가 공정·공평 대우, 우호적인 투자 환경 조성 등의 에너지 현장 조약 10(1)조, 13조(수용) 의무를 위반한바 없다고 판시하였다.

3) 법정 관리인 행위

Nova Plama의 법정관리인은 직원 보수를 인상하고 이로 인한 소득세, 사회보장비 추가 소요를 발생시켰다. 횡령 및 (지불 의무가 없게 된) 과거 채권의 인정 등의 불법행위로 인해 기소되기도 하였다. Nova Plama 정유 공장에서는 노동자들의 시위가 발생하기도 하였는데



청구인은 법정관리인이 이를 사주하고 직접 참여하였으며 경찰은 시위 진압에 소극적이었다고 주장하였다. 법정관리인은 청구인이 마련한 회생 계획안과 별도의 안을 작성하여 관할법원에 제출하였으며 청구인은 이로 인해 Nova Plama의 파산 절차 중단이 지연되었다고 주장하였다. 청구인은 법정관리인은 법원에 의해 지명되었으므로 그의 불법행위는 그 책임이 불가리아 정부에 귀속된다고 주장하고 불가리아는 에너지 현장 조약상의 10(1)조 투자자 보호, 12조¹⁷²⁾ 폭동 등의 피해 보상 의무를 위반하였다고 주장하였다.

중재판정부는 청구인의 주장과 상반되는 증거로 인해 청구인의 주장을 전적으로 신뢰할 수 없다고 판단하였다. 시위의 경우 경찰 입회 아래 평화적인 방법으로 진행되었으며 법정관리인이 시위에 참여한바 없고 회사 간부는 경찰 보호 하에 이동했다는 증거와 증언이 있었다. 보수 인상, 신규 채무 부담, 별도 회생 계획안 제출의 적법성에 대해서도 청구인의 주장과 상치되는 반대주장이 오히려 설득력이 있다고 지적하였다. 판정부는 설사 청구인의 주장을 모두 수용하더라도 법정관리인의 행위의 책임이 불가리아 정부에게 귀속되어야 협정 위반을 확인할 수 있는데 이를 위해서는 국제법위원회의 국가책임에 관한 초안 8조¹⁷³⁾에 규정된 대로 법정관리인이 불가리아 정부의 훈령이나 지시, 통제 하에서 해당 행위를 시행했어야 한다고 보았다. 그러나 그러했다는 점이 일체 입증되지 않았다고 지적하였다.

청구인은 법정관리인의 일탈을 불가리아 법원이 적절히 통제하지 못한 책임이 있다고도 주장하였으나 판정부는 불가리아 국내법상 법정관리인은 위임받은 회사 경영에 상당한 자율성을 보장받고 있으며 법원의 통제는 제한된다는 점을 인정하였다. 아울러 법정관리인의 일탈에 대해서는 관할법원에 구제신청할 수 있는 절차가 있는데 청구인이 이를 활용하였거나 또는 법원에 의해 거부된 증거가 없다고 보고 법정 관리인에 대한 청구인의 주장 일체를 기각하였다(248-255).

4) 장부상 수익에 대한 과세 조치

청구인이 제출한 회생 계획안에는 채권단과 합의된 채무 재조정(탕감 및 변제기한 연장,

172) (1) Except where Article 13 applies, an Investor of any Contracting Party which suffers a loss with respect to any Investment in the Area of another Contracting Party owing to war or other armed conflict, state of national emergency, civil disturbance, or other similar event in that Area, shall be accorded by the latter Contracting Party, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, treatment which is the most favourable of that which that Contracting Party accords to any other Investor, whether its own Investor, the Investor of any other Contracting Party, or the Investor of any third state

173) 8. The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.



이자율 인하 등)안이 포함되어 있었다. 당시 불가리아의 과세 회계 규칙에 의하면 재조정된 채무는 동일 액수의 수익으로 취급되어 과세가 가능하였다. 청구인은 회생절차에 있는 회사의 실현되지 않은 장부상 수익에 대해 과세하는 세무관행이 적용되지 않도록 세무당국과 쟁론하는 동안 회사의 재정 보고서를 발표할 수 없었고 이로 인해 금융기관으로부터 회생 계획안 이행에 필요한 재원을 조달하는데 실패하였다고 주장하였다. 불합리한 과세 회계 관행을 유지한 불가리아는 투자자 보호의무를 다하지 못한 책임이 있다고 주장하였다.

중재판정부는 에너지 현장 조약 21(1)조¹⁷⁴⁾에 과세조치는 동 조약의 적용 대상이 아니라고 적시되어 있다고 환기하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다. 판정부는 또한 청구인이 Nova Plama의 지분을 매입하고 채무를 재조정할 당시 국제적인 회계 회사의 자문을 받았으므로 장부상 수익이 과세대상이라는 불가리아의 과세 원칙을 충분히 알 수 있었으며 달리 대우 받으리라는 정당한 기대를 할 수 없었다고 일축하였다. 민영화 약정을 체결하면서 장부상 수익에 대한 과세를 제외하려는 어떠한 시도도 이루어지지 않은 점도 지적하였다. 판정부는 Nova Plama의 장부상 수익에 대해 실제로 납세가 고지되지 않았고 납부되지도 않았으므로 실제적인 손실이 발생한 것이 없으며 금융기관의 대출 거절은 장부상 수익에 대한 과세가 아니라 청구인의 신용 상태가 전반적으로 양호하지 못했기 때문이라고 확인하였다(265-273).

5) 채무 재조정 방해

Nova Plama는 루마니아의 국영은행이었던 Biochim 은행에 대해 상당한 채무가 있었다. 채무 재조정 약정 체결시 Biochim은행은 Nova Plama에 대한 모기지 채권을 포기하기로 하였으나 후에 이를 거부하였다. 청구인은 Biochim 은행의 강요에 의해 회생 계획안을 Nova Plama에 부담되는 방향으로 수정해야 했다고 주장했다. 당시 Biochim은행은 정부 지분의 일반 매각을 통한 민영화가 추진 중에 있었다. 청구인은 루마니아 정부가 Biochim 은행의 민영화 과정에 미칠 부정적인 영향을 우려하여 Nova Plama에 대한 모기지 채권 포기를 거절하도록 하였으며 회생 계획서 수정을 강요하였다고 주장하였고 이는 에너지 현장 조약 10(1)조 하단 우산 조항과 국영기업에게도 외국인 투자자 보호의무를 부과한 22(1)조¹⁷⁵⁾ 위반이라고 강조하였다.

174) [1] Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency

175) [1] Each Contracting Party shall ensure that any state enterprise which it maintains or establishes shall conduct its activities in relation to the sale or provision of goods and services in its Area in a manner consistent with the Contracting Party's obligations under Part III of this Treaty.



중재판정부는 Biochim은행의 의사 결정 과정에 루마니아 정부가 개입하였다는 증거를 청구인이 제시하지 못하였고 채무 재조정 약정은 합의는 되었으나 Biochim은행을 포함하여 일부 참여자들이 서명을 거부하여 발효는 되지 않았으므로 10(1)조 우산 조항 위반을 주장할 수 없다고 보았다. Biochim은행이 모기지 채권 포기를 거부한 것은 수익 추구를 목적으로 하는 상업적 기관의 합리적인 결정으로 보이며 Biochim은행이 회생 계획을 위반하였거나 부당한 수정을 강요하였다는 주장은 청구인이 증거로서 입증하지 못했다고 지적하였다. 제출된 증거만으로는 루마니아 정부가 Nova Plasma의 채권 포기를 거절한 Biochim은행의 합리적인 결정에 개입하였다고 보기에 충분치 않다고 판단하였다. 판정부는 Biochim은행이 아무런 불법적인 행위를 범한 바 없다고 판단되므로 22조 위반 여부를 심리할 실익이 없다고 판단하였다(296-303).

중재판정부는 이 사건의 요체는 Nova Plasma를 인수할 충분한 재원이 없는 청구인이 우선 Nova Plasma를 가동하여 일정 수익을 실현하고 이를 토대로 인수 재원을 금융 기관으로부터 조달하려던 야심차고 지극히 투기성 높은 계획이 당초 계획대로 진행되지 못한 것이라고 정리하고 루마니아 정부에 책임을 귀속시킬 불법적인 조치는 애초에 발생하지 않았다고 일갈하였다(305).

다. 평가 및 해설

1) 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반

이 사건 판정부는 법규 개정으로 인해 정당한 기대가 침해되었다는 이유로 공정·공평 대우를 원용하기 위해서는 이성적이고 정당한 기대가 창출되었어야 한다고 보았다. 공정하고 공평한 대우가 구체적으로 무엇을 의미하는지 어떠한 요건을 충족하지 못하면 위반이 되는 것인지 명시적인 기준을 제시하고 있는 투자협정은 하나도 없다. 결국 판례를 통해 내용과 요건이 정해질 수밖에 없는 사안이다. 그러나 시비가 된 조치나 전후 사정이 모두 다르고 투자자나 투자 유치국의 상황과 사건의 정황이 같을 수 없으므로 어느 정도 축적된 판례라 하여 모든 상황에 그대로 적용할 수 있는 것도 아니다. 결국 개개 상황의 특수성을 판정부가 고려하여 판단하는 수밖에 없다.

그렇다고 판정부가 제한 없는 재량 아래 임의로 공정·공평 대우의 종류와 세부 요건을 정할 수 있는 것도 아니다. 결국 이전부터 축적되어 온 판례를 감안할 수밖에 없을 것인데 현재까지 가장 보편적으로 인정되어 온 공정·공평 대우의 형태는 투자자의 정당한 기대를 투자 유치국이



침해하였는지 여부이다. 지금까지의 판례는 객관적인 정황상 투자자가 일정한 기대를 가질만하였고 이를 투자 유치국이 침해한 점이 입증되면 공정·공평 대우 의무 위반을 인정하여 왔다.

외국인 투자자의 정당한 기대의 보호는 주로 투자 유치국의 정책이나 조치로 인하여 발생한 투자 환경의 변화, 약속의 불이행, 법적 안정성의 침해가 투자자에게 손실을 야기하였을 때 문제가 된다. 특히 법적 안정성은 그 자체가 공정·공평 대우의 또 다른 요소로 제기되기도 하고 정당한 기대의 대상으로서 취급되기도 한다. 법적 안정성을 유지하지 못한 것 자체를 공정·공평 대우 의무 위반으로 보기도 하고 법적 안정성이 유지될 것이라는 투자자의 정당한 기대를 훼손한 것이므로 공정·공평 대우 의무 위반으로 취급되기도 한다는 것이다. 정당한 기대는 투자자가 투자를 결정했을 시점의 기대를 의미하며 투자자의 주관적 기대를 의미하는 것은 아니다. 어떠한 기대가 정당한 기대인지가 투자 분쟁에서 쟁점으로 다투어지는 경우가 빈번하며 사건의 상황상 투자자의 기대가 정당하고 합리적이었는지 여부를 판단하는 것이 판정부의 주된 심리 대상이 된다.

정당한 기대는 공정·공평 대우 의무 위반 분쟁 중에서도 제기 빈도가 가장 높은 이슈이다. 견해가 대립되어 의견 수렴이 되지 않는 문제는 발생하지 않고 있으며 점진적인 판례 축적을 통해 판단의 기준과 요건이 탄탄하게 성립되고 있는 중이다. 지금까지의 판례로 볼 때 대개 정당한 기대에 대한 요소는 투자자의 주관적 기대는 보호 대상이 아닌 점, 투자 유치국의 법규나 영업 환경의 일관성, 투명성, 지속성이 훼손될 경우 성립한다는 점, 투자자의 기대를 침해하려는 의도적 악의가 있어야 하는 것은 아닌 점, 투자자와 투자 유치국의 사정을 고루 감안해야 한다는 점, 법적 안정성이 투자 유치국의 법령 개정권을 부인하는 것은 아닌 점, 투자 유치국의 명시적인 약속이 있었으며 투자자가 이를 신뢰하였고 그 신뢰가 합리적이었어야 하는 점, 투자 유치국의 사회경제적 환경, 발전 단계, 특수성에 대한 고려가 있어야 하는 점 등이다.

2) 관련 판례

Enron vs. Argentina 사건(ARB/01/3) 판정부는 투자를 위한 환경·체제 안정성 유지가 법적 체제의 동결이나 규제 권한 소실을 의미하지는 않는다고 보았다. *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1) 판정부는 투자자의 합리적인 기대(투자 유치국의 일관성, 비모호성, 투명성)가 지켜지지 못할 때에도 공정하고 공평한 대우의 위반이 있으며 투자 유치국의 악의(bad faith)가 있어야만 인정되는 것은 아니라고 실시하였다. *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2) 판정부는



투자자는 투자를 결정할 때 투자 유치국 행동과 정책의 일관성, 투명성, 적용 법규의 지속성 등에 대해 당연한 기대를 하고 이러한 기대를 훼손하는 것은 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 확인하였다. *MCI Power vs. Ecuador* 사건(ARB/03/6) 중재판정부는 정당한 기대는 투자자 자신의 기대에 기반을 두는 것이 아니라 강제할 수 있는 의무의 존재와 내용에 기반을 두는 것이라고 확인하였다. *Continental vs. Argentina* 사건(ARB/03/9) 판정부는 청구인이 정당하게 기대했다는 법적 환경의 안정성이란 그 자체가 목적이 아니고 투자협정의 주목적인 투자 증진의 전제조건이며 국가가 시대와 환경의 변화에도 불구하고 법을 바꾸지 않겠다고 약속한다거나 위기 상황 속에서도 안정성에 얽매어 수수방관하고 있어야 한다는 것은 결코 아니라고 갈파하였다.

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15)에서는 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있으며 투자자의 주관적인 기대가 아니고 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어 정당성 여부를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 정당한 기대는 해당 상황에 따라 변동하므로 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면 환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다고 보았다. 투자자는 정당한 이유 없이 법규정이 변하지 않으리라고 기대할 수 있으나 국가가 어떠한 상황에서도 국내 법규를 변경하지 않겠다고 포괄적으로 외국인 투자자에게 약속한다는 것은 아니며 국내 법규의 동결을 기대하는 것은 비이성적이라고 지적하였다. 투자자에 대한 투자 유치국의 특정한 약속을 위반한 것이라면 정당한 기대를 훼손한 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 것이며 특정한 약속이란 특정 투자자에 대해 직접적으로 행해진 약속일 수도 있고 투자자에게 안정성을 보장하기 위하여 수립된 특정한 목적일 수도 있다고 설명하였다(판정문 356-379).

Plama vs. Bulgaria 사건(ARB/03/24) 판정부는 법규 개정으로 인해 정당한 기대가 침해되었다는 이유로 공정·공평 대우를 원용하기 위해서는 이성적이고 정당한 기대가 창출되었어야 한다고 보았다. *OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia* 사건(ARB/04/6)에서는 자신의 투자가 공정하고 공평하게 대우 받게 되리라는 투자자의 기대가 투자 유치국의 행동을 통해 정당하게 발생되었다면 이러한 기대는 국제법상 존중되어야 한다고 보았다. *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8) 판정부는 투자 결정 당시 청구인이 기대했던 법적 안정성이 훼손되었다는 시비에 대해 정당한 기대란 투자자가 투자 유치국으로부터 명백한 약속이나 보장을 한 경우에 성립하는 것이며



필요한 법령을 제정하는 것은 주권 국가의 특권이고 투자자는 법률 환경이 정당한 입법 활동으로 인해 변할 수 있는 점을 이해해야 한다고 보았다.

Micula vs. Romania 사건(ARB/05/20) 판정부는 정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반이 성립하기 위해서는 i) 투자 유치국이 특정한 약속과 보장을 한데 대해, ii) 청구인이 이를 사실로서 믿었고 iii) 그러한 신뢰가 합리적이었음이 인정되어야 한다는 요건을 제시하였다. *Rompetrol vs. Romania* 사건(ARB/06/3) 판정부는 투자자가 자신이 수사의 대상이 되었을 경우 해당 수사가 공정한 방식으로 진행될 것이며 수사상 불필요한 행위는 수사당국이 회피하거나 최소화 또는 경감하여 줄 것이라고 기대하는 것은 정당하다고 보고 이를 침해하는 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판정하였다.

Toto vs. Lebanon 사건(ARB/07/12) 판정부는 투자자의 정당한 기대 훼손이 공정·공평 대우 의무 위반으로 인정되려면 법적, 영업적 환경의 안정성, 공정·공평 대우의 기준, 국내법상의 권리가 훼손될 정도는 되어야 한다고 판단하였다. *AES vs. Hungary* 사건(ARB/07/22) 중재판정부는 헝가리의 법규 개정이 정당한 기대 위반이라는 청구인의 시비를 헝가리가 법규를 개정하지 않겠다는 약속을 명시적으로 한 바 없다는 점을 확인하고 기각하였다. *Ubraser & CABB vs. Argentina* 사건(ARB/07/26) 중재판정부는 투자 결정 당시 투자자의 기대는 투자 유치국의 법적 환경 뿐 아니라 사회, 경제적 환경도 고려해야 한다고 보았다. 투자자는 발생을 예측할 수 없는, 국가가 책임져야 하는 상황과 문제가 존재함을 인식해야 하며 공정·공평 대우는 공공 이익을 위해 이러한 상황, 문제를 처리하려는 투자 유치국의 노력으로부터 완전히 절연되고 면제된다는 것은 아니라는 견해를 밝혔다.

Un glaube vs. Costa Rica 사건(ARB/08/1, 09/20) 판정부는 정당한 기대 훼손을 이유로 한 공정·공평 대우 의무 위반은 시비 대상이 되는 조치나 결정이 단순한 법적인 실수가 아니라 명백하게 일관성이 없고 불투명하며 비이성적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서는 청구인이 우루과이의 새로운 담배 규제 도입이 자신의 정당한 기대를 침해한 것이라고 주장하였으나 판정부는 담배의 유해성에 비추어 담배에 관한 규제는 시간이 갈수록 엄격해질 것이라는 점을 청구인도 투자 결정 당시 예상했어야 한다고 지적하였다.

Renee Rose Levy vs. Peru 사건(ARB/10/17) 중재판정부는 법적 안정성이란 법적 체제의 동결을 의미하거나 투자 당시 법규의 개정 금지를 의미하지 않는다고 확인하였다. *Mamidoil vs. Albania*



사건(ARB/11/24) 판정부는 정당한 기대가 성립되기 위해서는 행정당국의 확인(identifiable)할 수 있는 약속이 존재해야 한다고 보았다. *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB/12/5) 판정부는 투자자도 상황 변화 가능성을 투자 결정 당시 예측했었어야 한다고 지적하고 정당한 기대 침해 주장을 수용하지 않았다.



가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 국내법을 위반하여 수립된 청구인의 투자에 대해 ICSID 중재 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Fraport AG Frankfurt Service는 독일의 공항 운영 전문 회사이다. 청구인은 1999년 9월 필리핀 국제공항 공사(PIATCO)에 지분 매입 및 대출을 통해 투자하였다. PIATCO가 1997년 7월 Ninoy Aquino 국제공항 여객터미널 3청사 건설 및 운영 계약을 필리핀 정부와 체결하자 투자 가치가 높다고 생각했기 때문이다. 청구인은 PIATCO 지분 30% 외에 필리핀 공항 지상 조업을 담당하는 회사(PAGS), 그 지주 회사(PTH), PTH 소유의 터미널 운영 회사(PTI) 3개사의 지분 40%도 취득하였다. 2002년 터미널 3청사가 완공이 임박하였고 청구인과 PIATCO는 상업 운영 개시 준비를 진행하였으나 수년 전부터 항공 업계와 정계에서 제기되어온 3청사 운영에 대한 반대 여론이 고조되어 가고 있었다. PIATCO의 3청사 독점 운영권이 지나치게 PIATCO에게 유리하게 부여되었고 이로 인해 3청사 운영에서 배제될 것을 우려한 마닐라 공항 서비스 연합회(MASO)의 반대와 고용 안정 및 사업상의 부정적인 영향을 우려한 1, 2청사 운영 업체의 반발이 컸다. 신임 아로요 대통령 정부는 PIATCO와 前 정권간의 유착관계로 인한 부정부패와 특혜를 의심하였다. 2001년 동안 아로요 대통령이 지명한 각료급 인사와 PIATCO간에 이전 양허 계약의 대폭 수정 협상이 진행되었으나 별다른 성과를 거두지 못하자 필리핀 정부는 양허 계약 무효를 검토하기 시작하였다. 이미 사정기관의 조사로 입찰 규정 위반 등의 혐의점을 확보한 상태였다. 2002년 11월 필리핀은 PIATCO와의 양허 계약이 무효라고 발표하였다. 이 결정은 다음 해 5월 필리핀 대법원에서도 확인되었다.

청구인은 필리핀의 조치가 투자협정의 투자자 보호의무를 현저하게 위반하였다고 독일-필리핀 투자협정을 근거로 2003년 9월 ICSID에 중재를 신청하였다. 필리핀은 청구인의 투자는 필리핀 국내법을 위반하여 투자협정상 투자에 해당하지 않는다고 주장하고 따라서 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 항변하였다.



나. 주요 쟁점

1) 투자 적법성

독일-필리핀 투자협정 1(1)조¹⁷⁶⁾는 투자를 계약국의 법과 규정에 의거하여 접수된 모든 종류의 자산이라고 정의하고 있다. 2(1)조¹⁷⁷⁾에서는 타방 계약국 투자자의 자국 내 투자를 증진하고 헌법, 법, 규정에 의해 허가한다고 규정하고 있다. 한편 필리핀 외국인 투자법은 외국인 투자가 금지되는 목록을 규정하고 있으며 공항 청사와 같은 공공시설 운영 및 소유는 40% 이하로 제한되어 있었고 필리핀 헌법도 공공시설 운영 인가는 필리핀 국민 또는 필리핀인이 지분 60% 이상을 보유하고 있는 필리핀 법인에게만 부여되며 이러한 회사의 의사 결정 기관의 외국인 참여 비율은 지분 소유율로 제한된다고 적시하고 있었다. 필리핀은 또한 외국인이 주요 경영직을 장악하거나 법정 지분 이상을 보유, 통제하지 못하도록 형사처벌이 가능한 위장 투자 방지법(Anti-Dummy Law)을 통해 외국인의 의사 결정 가능 직책 취임을 제한하였고 소유 지분 이상의 비율로 이사회에 참여하지 못하도록 통제하였다. 자격이 없는 외국인 투자자에게 특정 권리 등을 이용, 대여, 허가하는 자는 형사처벌한다고 규정하고 있었다.

청구인은 1999년 1월 PIATCO 지분 매입 전에 필리핀 국내 법률회사에게 필리핀의 외국인 투자 제한 법규에 대해 문의하였는데 해당 법률회사는 헌법, 외국인 투자법, 위장 투자 방지법의 관련 규정을 자세히 보고하였다. 필리핀은 청구인이 외국인 지분 40% 이하 규정을 우회하여 PIATCO의 지배, 통제권을 확보하기 위해 PIATCO 지분을 보유하고 있는 여타 필리핀 회사의 지분을 매입하고 이들과 비밀 약정을 체결하여 PIATCO에 관한 지분권 행사를 청구인이 대리 행사하기로 공모했다고 주장하였다. 1999년 7월 청구인과 Paircargo, PAGS, PTI는 지분 공유 약정(Pooling Agreement)을 맺어 공동 입장이 마련되지 않을 경우 공항 청사 유지, 관리, 경영 사항에서는 청구인의 조언대로 행동하며 공동 약정의 내용은 비밀로 하기로 합의하였다. 필리핀은 이는 공항 청사 운영권을 청구인이 행사하겠다는 것으로서 명백한 헌법 및 위장 투자 방지법 위반이며 투자협정 1, 2조 위반이라고 주장하였다. 국내 법령에 의거하여 접수, 허가된 투자가 아니므로 투자협정상의 투자에 해당하지 않으며 따라서 ICSID는 물적

176) [1] The term investment shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively:

(a) ~ (e)

177) Article 2 Promotion and Acceptance

(1) Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment.



관할권이 없다고 강조하였다.

중재판정부 다수의견은 청구인이 위장 투자 방지법에 위반되는 방식으로 자신의 투자를 의도적으로 은밀하게 구성하였으며 이는 PIATCO사의 지분 제한을 우회하여 그 이상의 지배통제권을 장악하기 위한 위법적인 의도가 분명하다고 확인하였다. 판정부 다수는 청구인이 지분 공유 약정을 통해 특정 분야에서 통제권을 부당하게 확보하였고 이러한 위반은 청구인 투자와 무관하거나 우발적인 것이 아니라 청구인 투자의 핵심 사항이며 이 같은 약정이 필리핀 국내법 위반임을 청구인이 명백히 인지하고 있었다는 사실은 약정의 존재를 비밀로 한 것에서 확인된다고 지적하였다. 청구인은 충분한 인식 하에 의도적으로 위장 투자 방지법을 비밀 약정을 통해 우회하였으며 이는 국내 법규에 의거하여 이루어진 투자라고 주장할 수 없게 되었다고 판정부 다수는 확인하였다. 따라서 판정부는 이 사건에 대해 물적 관할권이 없으므로 더 이상 심리를 진행할 수 없다고 결론 내렸다.

2) 소수 의견

중재인 1인은 다수 의견과 달리 관할권이 있다고 주장하였다. 그는 공항터미널 3청사 양허 계약은 지분 60% 이상을 필리핀 국민이나 기업이 소유한 PIATCO와 체결한 것이므로 법 위반 사항이 없고 지분 공유 약정은 PIATCO가 참여하지 않았으며 위법하다는 통제권을 청구인이 실제로 행사한 바가 없고 무엇보다 PIATCO가 청구인이 자신을 허수아비로 이용하여 3청사를 운영하도록 허락한 바가 없다는 논거를 제시하였다. 위장 투자 방지법의 이 사건 해당 조항은 2조 A¹⁷⁸⁾인데 이 조항은 개인, 단체, 협회 외국인 투자 제한에 적용되는 투자나 권리 등을 이용, 사용, 향유, 대여, 이전, 양도, 지원하는 모든 개인, 단체, 기관은 5년 이상 15년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있는바 실제로 이 조항이 적용되는 행위가 발생하지 않았다는 주장이다. 위장 투자 방지법 위반행위가 발생하지 않았으므로 청구인의 투자를 필리핀 국내 법규에 의거하지 않은 투자라고 단정할 수 없으며 따라서 ICSID 관할권이 적용된다는 의견을 개진하였다.

178] Section 2-A

Any person, corporation, or association which, ...
permits or allows the use, exploitation or enjoyment thereof by a person, ...not possessing the requisites prescribed by the Constitution or the laws ...;
or leases, or in any other way, transfers or conveys said right, franchise, ... to a person, ... not otherwise qualified under the Constitution, or ...the existing laws;
or in any manner permits or allows any person, ... not possessing the qualifications required by the Constitution, or existing laws
shall be punished by imprisonment for not less than five nor more than fifteen years



다. 평가 및 해설

1) 투자 적법성

모든 투자협정은 투자에 대한 정의 조항을 포함하고 있다. 투자협정은 외국인 투자 보호가 주목적이고 ICSID 중재는 투자로부터 직접적으로 발생하는 법적 분쟁을 그 물적 관할로 하고 있으므로 투자 해당 여부 판별은 ICSID 중재에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 투자의 요건 중 ICSID 중재에서 자주 등장하는 것이 투자 유치국의 법령의 준수 여부이다. 투자협정상의 투자 정의는 투자 유치국의 ‘법령에 따라(in accordance with the law)’ 설립되었다는 수식 어구를 포함하는 것과 그렇지 않은 것이 혼용되고 있다. ICSID 중재에서 투자 설립의 적법성과 관련하여 제기되는 쟁점은 위와 같은 적법성 문구가 있어야만 투자 유치국 법령에 위반하여 설립된 투자를 투자협정 보호 대상과 ICSID 중재 대상에서 제외할 수 있는지 여부이다. 또 다른 쟁점은 위반의 정도이다. 투자 유치국의 법령을 사소하게라도 위반하였으면 위의 적법성 문구에 의거하여 보호 대상에서 제외할 수 있는지가 논쟁 대상이다. 위반의 대상과 관련된 다툼도 발생한다. 투자 유치국의 정식 법률을 의미하는지 보다 넓은 범위의 법령, 조례, 규칙이나 계약상의 조건 등까지 포함하는지가 문제된다. 적법성에 관한 ICSID 중재 판정의 종합 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)에 수록하였다.

2) 소수의견 평가

투자 적법성 위반에 해당하지 않는다고 판정한 소수의견이 타당하다고 본다. 독일-필리핀 투자협정이 요구하는 투자 적법성은 관련 규정에 맞게 접수되어야 한다는 것이지 접수 뒤의 준법 활동을 투자의 조건으로 내세운 것이 아니다. 즉 투자 설립의 적법성이다. 접수된 뒤의 국내 규정 준수는 외국인 투자자 여부와 무관하게 성립하는 당연한 의무이다. 외국인 투자나 투자자는 주권 국가인 투자 유치국의 영토 내에서 투자 유치국의 법령을 적용받지 않을 수 있는 특권과 면제를 투자 유치국이 부여하지 않는 한 향유하지 못한다. 이 사건 다수의견이 국내 규정을 위반했다고 판시한 것은 지분 공유 약정이 위장 투자 방지법 2조 A를 위반하였다는 것이다. 위장 투자 방지법은 형사법이다. 투자 설립 요건을 규정한 절차적 법률이 아니라 투자와 무관하게 모든 내외국인의 특정 행위를 형벌로 금지하는 형사적 규율로서 투자 성립 요건과는 무관하다. 이 법의 준수 여부가 투자 성립의 요건이 되는 것이 아니다. 외국인 투자자가 형법을 위반하면 그에 합당하게 처벌되는 것이지 정당하게 설립된 그의 투자 자체가



부인되지는 않는 것과 같다. 다수의견은 투자 설립의 적법성을 국내 법규 준수 의무와 혼동한 것이라고 본다.

위장 투자 방지법은 위중한 형사법이다. 범죄는 구성요건을 충족하지 않으면 성립하지 않으며 그 판단은 사법부만이 할 수 있다. 다수의견은 청구인이 위장 투자 방지법을 위반하였다는 사법적인 판단을 한 것이다. 월권이다. 사법적인 판단의 적정성도 의문이 간다. 범죄는 모의, 착수, 실행의 단계를 거친다. 해당 법에 명시적인 규정이 없는 한 모의나 미수 등은 처벌하지 않으며 처벌의 대상은 범인, 즉 행위자이다. 범죄는 실행이 완료되어야 성립하는 것이다. 위장 투자 방지법은 무자격자가 특정 권한을 행사하도록 방조, 협조, 허락한 개인, 단체를 대상으로 하고 있다. 우선 방조, 협조, 허락이라는 범죄 행위가 실행되었어야 하나 지분 공유 약정 체결 자체가 이러한 범죄 행위의 실행에 해당하는 것은 아니다. 만일 그러하다면 필리핀 사법 당국이 약정 체결자들을 의법 처리했을 것이다. 위장 투자 방지법의 적용 대상자는 행위의 실행자이다. 방조, 협조, 허락한 개인과 단체가 처벌 대상이지 방조, 협조, 허락을 받은 자를 규율하는 것이 아니다. 이 사건 청구인은 지분 공유 약정을 통해 허락을 받을 수 있게 된 것이므로 위장 투자 방지법의 적용 대상인지 의문이다. 만일 그렇다면 필리핀 사법당국이 이 사건 전후든 처벌했어야 한다.

물론 판정부도 투자 유치국의 법규 준수 여부를 심리할 수 있다. *Soufraki vs. UAE* 사건(ARB/02/7) 판정부는 투자자가 합법적인 이태리 여권과 국적 증명 공한을 제출하였음에도 불구하고 투자자의 국적이 이태리 국적법의 요건을 충족하고 있는지 심리한 후 해당 요건을 충족하고 있지 못하다고 판정하고 투자자의 이태리 국적을 인정하지 않았다. 그러나 이는 ‘국내법에 따른’ 국적이라는 명문의 규정이 있었기 때문이다. 이 규정에 의해 해당 국내법에 따른 것인지 판정부가 심리할 수 있는 권한이 발생한 것이다. 이 사건 역시 ‘국내법에 의해 접수된’ 투자라고 규정하고 있으므로 접수에 관련된 국내법이라면 판정부가 투자 정의 해당 여부를 판단하기 위해 심층적으로 심리할 수 있을 것이다. 위장 투자 방지법 위반 여부는 투자 성립 여부와 무관하다. 방지법을 준수했다하여 투자 정의에 부합하지 않는 투자가 투자로 인정되는 것도 아니며 방지법을 위반했다하여 이미 적법하게 성립한 투자가 투자 정의에 해당하지 않게 되는 것은 더욱 아니다. 다수의견은 투자 정의와 무관한 법규 준수 여부를 투자 정의 해당 판정에 도입하는 오류를 범했다고 생각한다.



61

Inceysa vs. El Salvador 사건(ARB/03/26)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 법령에 의거하여 이루어지지 않은 투자는 투자협정의 보호 대상이 아니며 ICSID 중재 관할권이 적용되지 않는다고 판시된 사건이다.

청구인 Inceysa Vallisoletana S.L.은 스페인 회사로서 엘살바도르 환경부가 입찰한 자동차 및 배기 가스 검사소 설치 운영 사업에 낙찰되어 2000년 11월 양허 계약을 체결하고 계약 이행 보증서(performance guarantee)를 제출한 후 다수의 검사 시설 건설 부지를 매입하였다. 그러나 엘살바도르측이 청구인의 입찰 서류에 의문점을 발견하고 본격적인 계약 이행을 지연하자 양측간에 분쟁이 발생하였으며 2001년 11월 청구인은 엘살바도르에 분쟁 발생 통지 후 양자 협의를 요청하였다. 2002년 8월 엘살바도르 환경부는 타 회사와 계약하여 청구인에게 양허하였던 사업을 수행하도록 하였고 청구인은 이는 양허 계약의 독점권 보장 의무 위반이라고 주장하였다.

청구인은 2003년 7월 엘살바도르가 투자자 보호 의무를 위반하였다는 요지로 스페인-엘살바도르 투자협정에 근거하여 ICSID 중재를 신청하였다. 엘살바도르는 청구인의 투자는 허위 서류를 제출하여 부당하게 낙찰받은 것으로서 엘살바도르의 관계 법령에 의거하여 이루어진 투자가 아니므로 투자협정의 보호대상이 되지 못하며 엘살바도르의 ICSID 중재 동의는 적법한 투자에 한한 것이므로 이 사건에 있어 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

청구인은 입찰 필수 서류인 1997년~99년도 회사 회계 보고서를 실제와 다르게 조작하여 제출하였다. 청구인은 사업 수행 능력 보증을 위해 스페인의 유명한 자동차 검사 업체 Estacion ITV de Alcantarilla와 전략적 제휴 관계에 있는 것처럼 주장하였으나 실제로는 ITV Alcantarilla라는 별도 회사로서 엘살바도르로 하여금 오인하게 하였다. 청구인은 주요 간부의 자동차 검사 업무



경력을 허위로 기재하였으며 청구인 경영자가 입찰 2위 업체와 밀접한 관련이 있는 인물이어서 담합의 의혹도 상당했다. 중재판정부는 양측의 공방과 제출된 증거와 증언을 종합하여 이러한 사실의 존재를 확인하였다.

청구인은 엘살바도르의 ICISD 중재 동의는 제한이 없는 무조건부 동의라고 주장하였으나 판정부는 ICSID 협약 체결국이 자신의 ICSID 중재 동의 범위에서 특정 형태의 분쟁이나 자국 내 투자에 부과한 특정 요건을 충족하지 못한 분쟁을 제외하는 것은 정당하며 통상적이라고 일축했다. 흔히 사용되는 제한은 투자 유치국의 법령 준수라는 점도 확인했다(판정문 184-185).

스페인-엘살바도르 투자협정이 보호 대상 투자를 체결국 법령에 의거한 투자로 제한하였는지에 대해 협정 본문에는 명시적인 규정이 없었다. 그러나 판정부는 협정 체결 당시 교섭 문건, 서한 등에서 양국은 투자는 체결국의 법령에 의거하여야 한다는 인식을 명백히 표명하였으며 법령을 위반한 투자는 협정의 적용과 보호 범위에서 제외하려는 의사가 의심할 바 없이 확인된다고 판단하였다(192-195). 또한 협정 III조는 각 체결국은 자신의 법령에 따라 이루어진 자국 영토 내 투자를 보호해야 한다고 규정하고 있고 협정 II조에는 협정 발효 전 법령에 따라 이루어진 투자에도 적용된다고 규정하고 있어 엘살바도르와 스페인의 ICSID 중재 동의는 투자 유치국 법령에 따른 투자에 한정된다고 판단하였고 따라서 불법적인 투자에 대해서는 ICSID 관할권이 없다고 판정하였다(201-207).

이 사건 투자가 엘살바도르의 국내 법령에 의거하였는지 여부 판단에 대해 판정부는 청구인의 행태는 신의칙(good faith)이라는 국제법 원칙, 누구도 자신의 부도덕함을 원용하여 주장하는 것은 허용되지 않는다(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)’는 법원리, 부당 이익 금지 원칙에 부합하지 않는다고 보았다(230-257). 판정부는 청구인의 위계 행위는 외국인 입국 이후 국내 법규 준수 의무를 부과한 엘살바도르 헌법 96조와 투자법 4조, 그리고 외국인 투자자에게 조세, 노동, 사회 보장 등의 국내 법규 준수 의무를 부과한 투자법 14조 위반에 해당한다고 지적하였다(258-264).

다. 평가 및 해설

투자협정에서는 흔히 투자는 투자 유치국의 법령에 의거하여(in accordance with) 설립되어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 명문의 규정이 없더라도 투자 유치국의 법령을 위반한 투자에



대해서는 투자협정의 보호 대상이 되는 투자로 인정하지 않고 따라서 ICSID 중재 관할권을 적용하지 않는 것이 지금까지의 ICSID 중재 판정례이다. 이 사건 판정부는 성문의 법령뿐 아니라 무형이지만 널리 인정되고 있는 법 원칙과 상식을 위반한 투자도 보호할 수 없다고 판정하였다. 이 사건 판정부와 의견을 같이 하는 후속 판정도 있다. *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24) 판정부는 투자자에 관한 중요한 정보, 투자 승인 여부를 결정하는데 중요한 요소가 되는 정보를 알리지 않은 것은 신의칙에도 위반된다고 지적하고 청구인의 투자에 대해 에너지 현장 조약상의 실체적 보호 규정을 적용할 수 없다고 판시하였다. *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24) 판정부는 투자가 부정부패, 위계, 사기 행위 등 선의(good faith)에 위반하여 이루어지거나 투자 설립 자체가 ICSID의 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 것일 경우에는 보호할 수 없다는 원칙을 확인하였다.

투자 적법성과 관련된 ICSID 판정의 종합 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)을 참조하기 바란다.



가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자 회사에 대한 페루의 과세 행위가 이전에 체결한 법적 안정성 유지 약정의 위반에 해당한다고 인정한 사건이다.

청구인 Duke Energy International Peru Investments(이하 DEI Bermuda, 청구인)는 미국 發電 회사 Duke Energy International이 간접 소유하고 있는 버뮤다 회사이다. 페루는 1990년부터 외국 자본 유치를 통한 민영화 정책을 추진하고 있었으며 외국 자본 유치에 필요한 페루의 법적 안정성을 보장하기 위한 방안의 일환으로 외국인 투자자와 법적 안정성 유지 약정(Law Stability Agreement, LSA)을 체결하여 동등 대우, 비차별, 과실 송금, 조세 안정성, 환전 자유 등을 보장하였다. 페루는 국영 전기 공사(Electroperu)를 分社하여 민영화하기 위해 Egenor라는 발전 회사를 설립하고 6개 발전소를 이전하였다. 1996년 6월 Egenor는 지분 60%가 또 다른 미국 발전 회사 Dominion이 투자한 페루 회사 IDP에게 매각되어 민영화되었다(잔여 40%는 Electroperu 보유). 페루는 Dominion 및 IDP와 각각 법적 안정성 유지 약정을 체결하였다. 1996년 11월 IDP와 Electroperu는 Egenor와 Power North라는 발전 회사를 합병하여 Egenor S.A.가 되었다. Electroperu가 Egenor에게 이전한 8개 발전소에 대해 어떠한 감가상각율을 적용해야 하는지가 나중에 문제되었다. 후에 페루 국세청은 당시 Egenor가 적용했던 감가상각율이 과다 책정되어 납세액이 낮게 산정되었다고 추가세액을 경정 고지하였다.

1994년 페루는 법인의 합병, 분할로 인한 권리, 자산 이전에 대해서는 면세한다는 합병 가치 산정법(MRL, Merger Revaluation Law)을 제정하였다. 이 법은 1998년 12월 폐지되었다. Egenor와 Power North의 합병에 대해서도 후에 페루 국세청은 과세 회피를 위한 서류상의 합병이라고 주장하고 고액의 세금을 부과하였다. 경정 고지된 추가 과세를 납부해야 했던 것은 1999년 12월 Egenor S.A.를 IDP로부터 매입한 청구인이었다.

청구인은 매입 당시 IDP 및 Dominion이 페루와 체결한 LSA도 승계하였는데 페루 국세청의



추가 과세는 LSA위반이라고 주장하고 분쟁 발생시 ICSID 중재를 활용한다는 LSA 분쟁해결 조항에 의거하여 2003년 10월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 발전소 감가상각율

Electroperu에서 Egenor로 8개 발전소가 이전된 시기는 1996년이었다. Egenor는 8개 발전소에 대해 페루 세율 산정위원회가 1987년 고시한 고정 자산에 대한 일반적인 상각율(소득세법 22조에 반영)을 적용하여 납세하였다. 1994년 9월 발효된 소득세법에는 페루 국세청이 해당 설비의 성질과 특징, 활용도 등을 고려하여 특별한 경우 일반적인 상각율과 다른 상각율을 산정하여 적용할 수 있는 권한을 부여하였다. 이전된 고정 자산에는 이전하는 자에게 적용했던 상각율을 적용한다는 규정도 있었다(105조). Egenor는 8개 발전소에 적용될 상각율에 대해 민영화 관리기관에 문의하였으며 소득법상의 이전에 따른 특정 상각율이 적용될 수 있다는 회신을 받기도 하였다. 회계 법인의 의견은 일치하지 않았다.

2001년 페루 국세청은 청구인이 인수한 Egenor S.A.에 대해 세무조사를 실시하여 1996년부터 1999년까지 발전소에 대한 감가상각율은 소득세법 규정에 의한 내용이 적용되어야 한다고 통지하고 추가세액 및 과징금을 부과하였다. 소득세법에는 기업 재조정(병합, 분할 등)으로 인해 이전된 고정 자산의 감가상각율과 사용기간은 이전한 자에게 적용되었던 내용이 계속하여 적용된다는 것이었다. 이전 후에도 이전되기 전의 사용 목적과 방식 그대로 사용되는 자산은 계속성의 원칙에 따라 이전되기 전의 사용기간과 감가상각율을 적용해야 한다는 것이다(소득세법 105조). 이는 페루 조세법원에서도 견지하고 있는 입장이었다.

청구인은 이 조항을 집행하기 위해서는 시행령이 제정되어야 하는데 8개 발전소가 이전될 당시인 1996년에는 시행령이 제정되지 않았으므로 법적 안정성 유지 약정상 Egenor에 적용되어야 할 상각율은 보편적인 상각율(소득세법 22조)이라고 주장하였다. 신규 상각율 적용을 강요하는 것은 이 협약 위반이라는 것이다. 청구인은 8개 발전소는 계속성 원칙이 적용되어야 하는 기업 재조정이 아니라 신설 기업에 대한 Electroperu의 주주로서의 자본 공여(capital contribution)에 해당한다고 반박하였다. 이전된 자산에 대해 신설 기업은 자신의 상황과 기준에 따라 자산의 가치를 산정하고 주주에게 가치를 배분하는 것이 회계상의 원칙이라는 것이다.



중재판정부는 자산 이전 당시 일반 상각율이나 특정 상각율 모두 규정되어 있었음을 확인하고 어느 조항을 적용해야 하는지는 자신의 권한이 아니며 페루의 상각율 산정이 명시적으로 자의적이고 비합리적인지를 판단하는 것이 자신의 관할 사항이라고 정리하였다. 이러한 측면에서 볼 때 페루의 조치가 특별히 자의적이거나 비합리적이라고 보지 않았다. 특정 고정 자산의 사용 가능 기간과 상각율은 소유주 변동에 따라 변하는 것이 아니며 동일한 용도와 방식으로 계속 사용된다면 이전과 동일한 기간과 상각율이 적용되어야 한다고 판단하였다. 시행령이 제정되지 않아서 적용할 수 없다는 청구인의 주장도 해당 조항 문안이 시행령의 제정을 필수적인 요소로 요구한다고 볼 수 없다고 판단하여 수용하지 않았다(299-307).

청구인은 특정 상각율이 적용될 가능성에 대해 Electroperu가 고지하지 않았고 일반 상각율을 적용한 Egenor의 회계 보고서를 승인하기도 하였으며 일반 상각율이 법적 안정성 유지 약정에 의해 계속 적용될 것이라고 설명하였다는 점 등을 들어 페루측이 선의로 행동하지 않았다고 비난하였다. 중재 판정부는 자산 이전에 따른 특정 상각율이 적용될 수 있다고 민영화 관리 기구의 회신을 받은 바 있으며 적용 상각율 파악을 위해 수차례 시도한 것 자체와 회계법인의 상이한 자문 내용에 따라 Egenor 역시 특정 상각율 적용 가능성을 충분히 인지하고 있었다고 판단하였다. 따라서 페루 측이 선의에 반하여 행동하였다는 주장이 청구인에 의해 충분히 입증되지 않았다고 기각하였다(320-323).

2) 합병 가치 산정법

1994년 페루는 법인의 합병, 분할로 인한 권리, 자산 이전에 대해서는 면세한다는 합병 가치 산정법(MRL, Merger Revaluation Law)을 제정하였다. 이 법은 1998년 12월 폐지되었다. Egenor와 Power North의 합병은 1996년 이므로 이 법에 의하면 합병으로 인한 과세는 면제되어야 한다는 것이 청구인의 주장이다. 그러나 페루 국세청은 관련 규정(Rule III)에 의해 국세청은 과세 가능 사건의 성질 판단은 국세청의 배타적 권한이라고 주장하고 Egenor와 Power North간의 합병은 실질적인 경제적 거래가 아니라 합병 가치 산정법의 세제 혜택을 겨냥한 위장 합병이라고 지적하고 상당액을 납세 고지하였다. 청구인은 합병 가치 산정법이 서류상 합병을 금지하고 있지 않으며 이 법의 혜택을 부인하는 것은 법적 안정성 유지 약정 위반이라고 주장하였다. 또한 Rule III의 규정상 국세청이 합병의 목적까지 심사할 수 있는 것은 아니며 페루 회사법에 명시되어 있는 합병 요건 충족 여부만 판단할 수 있는 것이고 피합병기업의 법인격 소멸, 피합병기업 자산의 총괄 이전, 피합병기업 주주에 대한 자산 배분이라는 회사법상의 합병



요건은 모두 충족되었다고 주장하였다.

중재판정부는 Rule III는 1996년 Egenor LSA 체결 전에 이미 존재하였으므로 LSA에 의해 안정화된 조세 규제의 일부이며 Rule III는 국세청에게 조세 목적상의 위장 거래를 (면세 대상에서) 배제할 수 있는 권한을 부여하였으므로 국세청이 Rule III호를 원용한 것은 해당 LSA 위반은 아니라고 보았다. 그러나 합병 가치 산정법에 의한 면세 혜택은 1996년 Egenor LSA에 포함된 것이며 이를 국세청이 방해하는 것은 LSA 위반이라고 판단하였다. 합병 가치 산정법의 제정 이유는 1980년대의 높은 인플레이션이 진정된 후 자산 가치를 새로운 경제 상황에 맞게 산정하기 위한 것으로서 회계상의 가치 산정 작업 중에 자산의 실제 가치 변동은 없는데도 불구하고 명목상의 표시 가치에 의해 세금이 부과되는 것을 방지하려는 것이라고 이해하였다. 페루 정부는 이러한 가치 재산정 작업이 기업 재조정 과정에서도 보장되게 하기 위해 합병 가치 산정법을 도입한 것이라고 판정부는 언급하였다. 판정부는 1996년 Egenor LSA 체결 당시 형식적인 합병도 합병 가치 산정법 적용 대상이라는 해석이 보편적이었으며 이러한 해석은 LSA에 의해 안정화되었다고 보았다. 2001년 11월 국세청이 당시 합병은 실질적인 경제 행위가 아니라고 해석한 것은 1996년 당시의 보편적인 해석 및 이미 LSA에 보장된 해석과 다른 의미를 부여하는 것으로서 국세청 해석을 근거로 추가 과세하는 것은 LSA 위반에 해당한다고 판정하였다(344-366).

중재판정부는 Egenor와 Power North 간 합병의 주 이유는 면세 혜택이었다는 점이 페루 관계자들도 인지하고 있었으며 Electroperu의 적극적인 지지가 페루 정부의 의사를 반영한다고 당시 청구인이 신뢰한 것이 당연하고 민영화 과정에 개입한 다수의 페루 기관 관계자들이 모두 합병을 지지, 권유한 점이 인정되므로 국세청이 과세 가능 사건에 대한 판단은 자신의 독점적인 권한이라는 이유로 추가 과세를 시도하는 것은 선의의 원칙에도 위반된다고 판단하였다(428-442).

다. 평가 및 해설

공정하고 공평한 대우 의무 위반으로 흔히 제기되는 사유는 투자 결정 당시의 법적, 사업적 환경이 계속 유지되리라는 투자자의 정당한 기대가 침해되었다는 것이다. 기대가 정당한 이유는 투자 유치국이 신뢰할 수 있는 방법과 수준에서 환경 불변경을 약속했고 투자자가 이를 신뢰한 것이 합리적이기 때문이다. 투자자에게는 사업을 수행하는 법적, 제도적 환경이 이처럼 중요하다. 투자를 시행한 후 투자자에게 불리한 내용의 정책이나 법규가 시행될 경우 자신의 투자를



보존하기가 녹록지 않을 것이다. 투자협정의 공정·공평 대우를 통해 투자자의 정당한 기대를 보호하는 것이 충분하지 않을 수 있다. 페루는 아예 외국인 투자자에게 관련 법규를 개정하지 않겠다는 문서상의 약정을 체결하여 주었다. 투자자에게 법적 안정성 유지 약정을 통해 관련 제도, 법규를 개정하지 않겠다고 서약해주는 나라는 페루가 유일하다. 이는 주권국가의 행정적 재량과 입법 주권을 제한하는 것이므로 매우 예외적인 일이다. 투자자에게 있어 법적 안정성이 얼마나 중요한지 알려주는 예화이다.

이 사건 외에 법적 안정성 유지 약정 위반 여부가 쟁점이 된 사건은 *Aguaytia vs. Peru* 사건(ARB/06/13)이 있다. 이 사건은 청구인이 페루 정부와 투자의 조건으로서 체결한 법적 안정성 약정상 페루 정부의 법적 의무에 대해 쟁송한 사건이다. 청구인 *Aguaytia Energy*는 미국 회사로서 1996년 페루 정부가 입찰한 *Aguaytia* 가스전 개발 사업을 수주하고 1996년 5월 페루 해외 투자 기술 유치청(CONITE)과 법적 안정성 약정을 체결하였다. 이 약정은 페루 정부가 *Aguaytia* 가스전 개발 사업의 원활한 진행을 위해 주관사인 *Aguaytia Energy*에게 페루의 특정 법규정 및 제도를 10년간 변경하지 않겠다는 내용이었다. 페루는 조세 체제, 외환 가득, 과실 송금 자유, 환율, 비차별, 직원 채용, 수출 증진 제도 7개 분야에서의 법적 안정성을 보장하였다. 페루는 청구인 외의 건설업자와도 *Aguaytia* 가스전 가스 파이프라인 건설 계약을 맺었으며 또 다른 전기 사업자와 발전 설비 건설 계약을 체결하였다. 청구인은 이들에게 부여된 조건이 자신보다 유리하다고 주장하고 이는 비차별을 약속한 법적 안정성 약정 3(5)조 위반이라고 시비하였다.



63

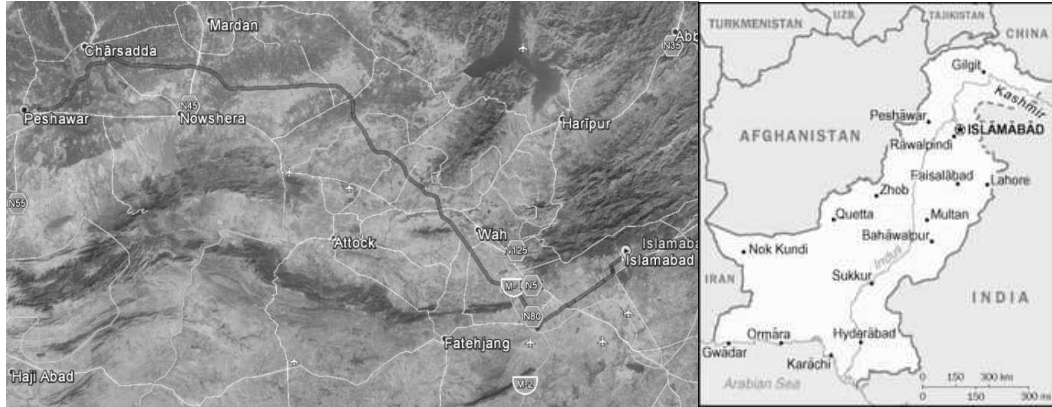
Bayindir vs. Pakistan 사건(ARB/03/29)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자가 투자의 요건을 충족하는지와 계약 위반 사항을 해당 계약 분쟁 조항을 이용하지 않고 직접 투자협정의 분쟁해결 절차에 회부할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Bayindir Insaat는 터키의 건설 회사로서 1993년 파키스탄 도로公社와 이슬라마바드-페샤와르 간 고속도로 건설 계약을 체결하였다. 계약 이행 과정 중 양측 간의 이견이 발생하여 이를 조정한 수정 계약을 1997년 7월 체결하였다. 파키스탄은 공사 착수금으로 공사 총 금액의 30%를 Bayindir에게 지불하였고 Bayindir는 같은 금액의 공사 이행 보증금을 터키 은행을 통해 파키스탄 측에 제공하였다. 공사 진행 중 Bayindir의 요청으로 2~3차례의 공기 연장 결정이 있었으며 어느 당사자의 귀책사유인지에 대해 양측의 공방이 진행되다가 파키스탄 도로 공사는 2001년 4월 공사 계약 종료를 통보하고 공사 보증금을 인출하여 갔다. Bayindir는 계약 종료 행위를 파키스탄 법원에 제소하였으나 패소하였고 파키스탄 도로 공사는 2002년 12월 잔여 공사를 파키스탄 국내 업체와 계약하였다. 잔여 공사임에도 더 긴 공기를 부여하는 등 Bayindir와의 계약 조건보다 유리해 보이는 계약이었다.

Bayindir는 파키스탄이 터키-파키스탄 투자협정상의 내국민 대우, 공정-공평 대우, 수용 조항 등을 위반하였다고 주장하고 2002년 4월 ICSID에 중재를 신청하였다. 파키스탄은 해당 계약은 투자협정과 ICSID 협약상의 투자에 해당되지 않는다는 이유 등을 근거로 ICSID의 관할권을 부인하였다.



| 청구인이 공사에 참여한 이슬라마바드-페샤와르 간 M-1 고속도로 |

나. 주요 쟁점

1) 투자 요건

중재 판정부는 Bayindir가 공사 준비를 위해 60 여명의 전문 엔지니어를 교육, 훈련하였고 건설 장비와 인력을 현장에 반입한데다가 공사 금액의 30%에 달하는 보증금을 기탁한 것은 터키-파키스탄 투자협정 1(2)조의 투자 정의에 부합한다고 보았다(관할권 결정문 118-121). 아울러 이는 ICSID 협약 25조 상의 투자의 요건, 소위 *Salini test* 중 투입성 요건을 충족하는 것이라고 확인했다(130-131).

판정부는 공사 계약상 원 공기 3년, 하자 보수 기간 1년, 유지 기간 4년이 부여되어 있으므로 기간성 요건을 충족하기에 충분한 기간이며 장기간의 계약은 그 자체로 위험성을 내재하고 있고 하자 보수 기간 1년 및 유지 기간 4년의 불확실한 기간 책임은 명백히 청구인에게 위험성을 부여하고 있다고 설명하고 위험성 요건도 충족한다고 정리하였다. 투자 유치국 기여성에 대해서 판정부는 찬반에 관한 자신의 논리를 명료하게 밝히지는 않았으나 *LESI-Dipenta vs. Algeria* 사건에서 기여성 요소는 잔여 3개 요소에 이미 포함되어 있다고 판정되었다는 점과 파키스탄도 고속도로 건설이 경제 발전에 증진한다고 공개적으로 밝힌 점이 많다는 점을 지적하였다. 판정부의 이상의 이유로 Bayindir는 투자협정과 ICSID 협약상의 투자를 행했다고 판시하였다(132-138).



2) 분쟁해결 조항

투자 요건 충족 여부 외에 파키스탄은 청구인이 주장하는 것은 모두 파키스탄 도로 공사와의 계약 위반에 관한 것이므로 투자협정 위반이 아니라고 주장하고 따라서 투자 계약에 규정된 분쟁해결 절차를 이용하지 않고 투자협정의 분쟁해결 절차 이용을 시도하는 것은 부당하다고 주장하였다. 판정부는 동일한 사항이 계약 위반과 조약 위반을 동시에 구성할 수 있으며 조약 위반 사항임이 입증되면 조약의 분쟁해결 절차를 단지 계약에 별도의 분쟁해결 절차가 있다는 이유로 적용하지 못하는 것은 아니며 두 분쟁해결 절차 중 어느 것을 이용할 것인지는 별도로 각자 존재하는 권리라고 설명하고 파키스탄의 주장을 기각하였다(158-167).

분쟁 조항과 관련하여 파키스탄은 청구인은 국제 중재 회부 전에 6개월간의 우호적 해결을 시도해야 한다는 분쟁 조항 7(1), (2)조를 준수하지 않고 ICSID 중재를 신청하였으므로 ICSID는 시간적 관할권이 없다는 주장도 관할권 심리 시 제기하기도 하였다. 그러나 중재 판정부는 7(1)조¹⁷⁹⁾, (2)조의 문안 해석상 6개월간의 우호적 해결 시도가 ICSID 등 국제 중재 회부의 필수적인 전제 조건은 아니라고 보았다. 특히 7(2)조는 6개월 내에 해결되지 않으면(are not settled)이 아니라 해결될 수 없다면(cannot be settled)이라고 기재되어 있는 것은 우호적 해결의 전망에 대한 재량적 판단을 시사하고 있다고 보았다.

3) 차별 및 수용

청구인은 공사 계약이 돌연 종료된 것은 자신을 축출하고 파키스탄 국내 업체에게 공사를 배당하려는 의도였으며 이 국내 업체는 청구인 자신보다 공기 등 여러 면에서 유리한 조건으로 계약하였다는 점을 근거로 내국민 대우 의무 위반, 공정-공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 판정부는 현재는 관할권 유무를 다투는 심리이고 본안 심리가 아니므로 위반 주장에 대한 청구인의 입증 책임은 일견 해당 행위가 있었다는 정도(*prima facie*)면 충분하고 실제 해당 행위의 위반 여부는 본안 심리에 다루겠다고 언급하였다. 이 기준에서 보았을 때 청구인의 입증은 관할권을 인정하고 본안 심리에서 다루기에 충분하다고 판정하였다. 다만 자신의 투자가 파키스탄에

179] 1. Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith.

2. If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification, the dispute can be submitted, as the investor may choose, to ...ICSID, UNCITRAL,...



의해 수용되었다는 청구인의 주장에 대해서는 수용 요건을 충족하지 못한 것이 확실하므로 인정할 수 없다고 판정하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건 판정과 마찬가지로 공사 개시를 위해 청구인이 투입한 용역과 물자, 인적, 재정적 재원이 투자에 해당하는지가 쟁점이 된 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)에서 판정부는 투자협정상의 투자에 해당한다는 점에 대해서는 별 심리 없이 자명하다고 인정하였다.

이외에 투자협정상의 투자 정의 해당 여부가 쟁점이 된 ICSID 중재 판정에 대한 종합 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하였다.



64

Gemplus & Talsud vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4)

가. 사건 개요

이 사건은 멕시코가 양허 계약에 의거하여 자동차 등록제를 대행하고 있는 회사의 경영권을 정약하고 양허 계약을 취소한 것이 수용에 해당하며 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판정된 사건이다.

해당 회사는 3개 프랑스 회사와 1개 아르헨티나 회사가 공동 출자한 회사로서 프랑스와 아르헨티나 회사는 각각 멕시코 정부를 ICSID에 제소하였으나 사안이 동일한 관계로 병합 심리되었다. 청구인 Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A.는 프랑스 회사(이하 Gemplus사로 총칭)이며 청구인 Talsud S.A.는 아르헨티나 기업이다. 이들은 멕시코 기업인 Henry Davis와 함께 1999년 콘소시움을 구성하여 당시 멕시코 정부가 입찰하였던 자동차 등록 사업을 낙찰 받았다. 이들은 사업 수행을 위해 Renave라는 별도 회사를 상호 출자하여 설립하였고 이 회사는 멕시코 정부와 자동차 등록업 위탁 수행을 위한 양허 계약을 체결하였다. 멕시코는 1998년 동 사업의 근거법인 국가 자동차 등록법(National Vehicle Registry Act)를 제정하였고 실제 사업은 민간 회사에 위탁하여 시행할 수 있다는 양허 계약의 근거 조항도 포함시켰다. 당시 멕시코는 전국적으로 통일된 자동차 등록 제도가 없어서 차량의 등록, 유지, 폐차, 소유 변동을 일목요연하게 관리할 수 없었고 차적 조회, 차량 절도 단속 등의 치안 유지에도 어려움이 있었다.

신규 매입 차량부터 의무 등록 제도가 2000년 5월부터 개시되었고 6월부터는 기존 차량의 등록도 의무화되었다. 비싼 등록료, 번거로운 등록 절차, 홍보 부족 등으로 인해 차량 등록제는 초기부터 불만이 많았다. 차량에 대한 새로운 조세처럼 인식되었으며 2000년 7월 대통령 선거를 앞두고 선거 쟁점이 되기도 하였다. 30년만의 정권 교체를 이룩하고 집권한 야당은 차량 등록제에 대해 비판적이었다. 멕시코 신 정부는 2000년 8월 차량 등록료를 50% 인하하여 시행사 Renave사의 수익 구조가 악화되기 시작하였다. 등록제에 반대하는 주지사들은 소관 주에서의 등록제 실시를 중단시키기도 하였다.



당시 Renave사의 사장은 출자사 중 하나인 아르헨티나 기업 Talsud의 대주주인 Cavallo씨였다. 그런데 2000년 8월 멕시코 일간지는 Cavallo가 과거 아르헨티나 군정 당시(1976-83) 해군 장성 출신으로서 군정에 반대하는 정치인, 학생, 종교인의 납치, 고문, 살해에 적극 가담한 인사라고 보도하였다. 그는 즉시 멕시코 경찰에 체포되었고 2003년 스페인으로 인도되었다. Renave사 및 차량 등록제에 대한 비난이 더욱 고조되었으며 멕시코 정부는 Renave사에 대해 세무 조사 및 경영 감독을 실시하였다. 2000년 9월에는 차량 등록제 감독 관청인 멕시코 산업부의 담당 차관 Ramos Tercero가 피사체로 발견되었다. 자살을 위장한 살해 정황이 의심되었으며 차량 등록 사업에 관여한 범죄 조직의 소행이라는 추측이 퍼졌다.

이 사건 이후 차량 등록제에 대한 국민들의 반감과 비난이 더욱 고조되었고 멕시코 정부는 즉시 정부 관리를 파견하여 Renave사의 경영 전반을 관리 감독하게 하였다(1차 행정 개입). 그런데 행정 개입의 원래 목표는 양허 계약을 폐지할 수 있는 근거를 찾기 위해 Renave사의 운영 상태를 점검하라는 것임이 후에 밝혀졌다. 감독관은 2001년 1월부터 주기적으로 행정 개입 진행 경과 보고서를 제출하였는데 초기에는 Renave사가 정상적으로 운영되고 있다는 내용에서 시간이 갈수록 양허 계약의 폐지를 마지못해 시사 하는 내용으로 바뀌어 갔다. 그러나 2001년 5월 최종 보고서에는 Renave사의 경영이 정상적이라는 보고서를 제출하였다. 멕시코 정부는 2001년 5월 2차 행정 개입을 실시하여 차량 등록제에 비판적이었던 인사를 감독관으로 Renave사에 파견하였으며 이미 4월부터 담당 부서인 산업부 내에서 양허 계약의 파기 및 Renave사 접수가 진지하게 검토되고 있었음이 확인되었다. 중재 판정부는 제출된 증거와 증언으로 볼 때 멕시코 정부 내에 Renave사를 겨냥한 악의적인 행동을 합심하여 시행하려는 움직임이 있었다고 판단하였다. 2001년 6월 멕시코 정부는 긴박한 국가 위기 상황이라는 이유로 Renave사의 경영권을 장악(requisition) 하였다. 멕시코 정부는 2002년 12월 Renave사와의 양허 계약 자체를 폐지하였다. 폐지 시에 이미 220만대의 차량이 등록되어 Renave사는 안정적인 수익을 내고 있었다.

청구인은 멕시코의 조치가 프랑스, 칠레-멕시코 투자협정상의 공정-공평 대우 의무 위반, 수용 금지 의무 위반이라고 주장하고 2004년 8월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 공정·공평 대우 의무 위반

중재 판정부는 2001년 6월 경영권 접수 결정 이전의 멕시코 정부의 행위가 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다는 점을 청구인이 충분히 입증하지 못했다고 보았다. 그러나 접수 결정의 근거로 제시된 국가 위기 주장은 구실이며 사실상의 오류라고 지적하였고 접수 결정에 이르기까지의 과정에서 보여준 멕시코 정부의 행위는 비합리적이고 부당하며(perverse) Renave사에 대한 악의로 오염되어 있었다고 혹평하였다. 접수 결정과 양허 계약 폐지는 하나의 복합 행위(composite act)라고 보고 공정하고 공평한 대우 의무 위반이 개시된 시점은 2001년 6월 접수 결정부터라고 판시하였다(판정문 7-76, 77, 78)

2) 수용

멕시코의 조치가 프랑스, 아르헨티나와의 투자협정 중 수용 금지 의무 위반에 해당하는 것은 자명(self-evident)하다고 설명하고 위반에 해당되는 사유나 근거에 대해서는 길게 언급하지도 않았다. 중재 판정부는 보다 중요한 것은 멕시코가 판정 결과 지불해야 할 배상금을 산정하기 위해서 수용이 이루어진 시점을 정하는 것이라고 언급하고 제출된 자료와 증거로 볼 때 2001년 6월 경영권 장악은 간접 수용, 2002년 12월 양허 계약 폐지는 직접 수용에 해당한다고 판시하였다(8-27).

다. 평가 및 해설

1) 직접 수용

투자협정에서 수용은 크게 직접 수용과 간접 수용으로 나뉜다. 간접 수용은 수용에 상당한 조치 또는 점진적인 수용 등으로 나뉘거나 혼용되어 쓰이기도 하는 것과 달리 직접 수용은 개념상의 분류가 일어나지 않는다. 그 개념이 매우 분명하고 뚜렷하기 때문일 것이다. 직접 수용은 국가가 공적인 목적으로 개인의 재산을 물리적으로 탈취하거나 법적인 소유권을 법적으로 박탈하는 것을 의미한다. 한중 FTA의 정의에 따르면 명의의 공식적 이전 또는 명백한 물수를 통하여 투자가 국유화되거나 직접적으로 수용되는 경우이다¹⁸⁰⁾.



ICSID 투자 분쟁에서 직접 수용이 쟁점이 된 사건은 간접 수용에 비해 현저히 적다. 일부 사건에서 직접, 간접 수용이 모두 쟁점이 되는 경우도 있기는 하지만 직접 수용이 제기된 사건은 이 책에 수록된 판례를 기준으로 보면 직접 수용이 11건, 간접 수용이 54건 정도이다. 실제로 국가가 개인의 소유권을 법적으로 탈취하는 행위는 개인의 재산권을 근본적으로 침해하는 일이기 때문에 수시로 시행할 수 있는 조치는 아니다. 더욱이 다른 나라 국민, 그것도 자국 내에 투자한 외국인 투자자의 재산을 투자 유치국이 탈취하는 것은 매우 신중히 해야 할 일이다. 과거 외국인 투자 보호 체제가 정립되지 않았던 시절에는 바로 이러한 행위 때문에 국가 간 분쟁이 발생한 예가 많았고 아무리 법적인 절차를 준수하여 수용한다 하여도 향후 외국인 투자자를 유치하기는 어려울 수 있다.

투자 분쟁에서 직접 수용과 간접 수용은 쟁점이 된 사건 수뿐 아니라 쟁점이 되는 내용도 확연히 다르다. 간접 수용이 쟁점이 된 사건에서는 수용 행위 존부가 심리의 핵심으로 등장한다. 청구인이 자신의 투자가 사실상 수용되었다고 주장하고 상응한 보상을 요구하는 반면 투자 유치국은 공공 이익을 위한 정책을 집행하였을 뿐 수용에 해당하지 않으므로 보상 필요가 없다고 반박하는 것이 보편적인 양상이다. 따라서 중재 판정부의 심리 초점은 해당 투자의 이용 권리, 이익의 향유 권리 등이 심각하게 박탈, 훼손되었는지, 투자의 경제적 가치가 실질적으로 감소되었는지 등 소유권 박탈에 상응한 경제적 충격이 발생하였는지 여부 판단에 놓이게 된다. 반면 직접 수용에서는 수용 사실 존부가 다투어지는 일은 없고 수용의 요건을 충족하였는지가 쟁점이 된다. 직접 수용은 개인재산의 소유권을 법적으로 탈취하는 것이므로 수용령이나 법령 또는 특정의 정책 등 식별할 수 있는 법적인 조치가 있기 마련이다. 따라서 수용의 존부는 이미 명확하게 드러나 있다. 투자협정은 직접 수용이 충족해야 할 요건으로 통상 공공의 목적, 비차별성, 적법 절차, 적절한 보상을 규정하고 있다. 직접 수용이 쟁점이 된 ICSID 중재 판정은 예외 없이 이 요건 충족 여부가 주 심리 대상이었다.

공공의 목적 충족 여부에 대해 어떤 판정부는 주권 국가가 갖는 광범위한 정책 재량권을 존중하여 수용국 정부가 표방하는 공공 이익의 적정성 여부에 대해 심리를 자제하기도 하였다. 그러나 다른 판정부는 수용국 정부가 내세운 공공 이익이 적합하고 진정한지 여부를 심층적으로 분석하기도 하였다.

180] Annex 11-B The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.



2) 보상 요건

직접 수용에서 흔히 문제가 되는 것은 보상의 적정성 여부이다. 대부분의 투자협정은 보상에 대해 자세한 요건을 부과하여 두고 있다. 대표적인 것이 신속, 적정, 효과적인 보상(prompt, adequate and effective)이다. 1930년대 미국의 Cordell Hull 국무장관이 주장한 원칙으로서 그의 이름을 따 Hull 규칙이라고도 한다. 투자협정이나 수용에 관한 국내법에서는 이를 보다 구체적으로 규정하여 두기도 한다. 한미 FTA의 경우 수용에 대한 보상은 신속, 적정, 효과적이어야 한다고 규정하고 별도 항¹⁸¹⁾에서 다시 보상은 지체 없이(prompt), 수용 발생 직전의 공정 시장 가격으로 수용 의도가 미리 알려져서 발생한 가격 변동을 반영하지 않은 채(adequate) 충분히 실현 가능하고 자유롭게 송금할 수 있어야 한다고(effective) 규정하고 있다. 더 나아가 상업적으로 합리적인 이자까지 포함되도록 규정하고 있다.

투자협정에서 제시되는 수용의 요건은 하나도 빠짐없이 모두 충족되어야 한다는 것이 ICSID 중재 판정의 확립된 법리이다. 일부 판정부는 특정 요건이 충족되지 못했다고 판정되면 사법 경제를 적용하여 나머지 요건 충족 여부는 아예 심리하지도 않았다. 다른 판정부는 불충족 요건 발견 후에도 여타 요건 충족 여부를 모두 심리하기도 하였다.

3) 관련 판례

이집트 호텔 公社가 청구인에게 경영을 위탁한 호텔을 직접 경영하기 위해 강제로 탈취하였다가 법원의 명령으로 1년 후 반환한 *Wena Hotel vs. Egypt* 사건(ARB/98/4)에서 판정부는 이집트 당국이 호텔 점거를 허가하였거나 점거에 참가하였는지 여부에 관계없이 강제 점거를 허락함으로써

181] Annex 11-B

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

- (a) be paid without delay;
 - (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (the date of expropriation);
 - (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and
 - (d) be fully realizable and freely transferable.
3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.
4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:
- (a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus
 - (b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.



청구인으로부터 소유권을 탈취하였고 불법적으로 소유권을 1년 가까이 보유하고 있었으며 시설 집기가 훼손된 상태로 반환한 것은 직접 수용에 해당한다고 보았다. 이집트는 소유권 탈취가 영구적이지 않았다고 항변하였으나 중재 판정부는 무력 점거 후 1년 가까이 불법적으로 타인의 소유권을 보유한 것은 일시적이라고 볼 수 없으며 호텔이 반환된 후에도 이집트는 신속, 적정, 효과적인 보상을 하지 않았다고 지적하고 이집트의 주장을 기각하였다(판정문 96-100).

AIG Capital vs. Kazakhstan 사건(ARB/01/6) 은 카자흐스탄이 청구인의 고급 주택 단지 건설 사업 허가를 취소하고 부지를 몰수한 사건으로서 판정부는 관련 사실과 증거가 명료하여 청구인의 투자가 직접, 간접적으로 수용되었다는 점이 입증된다고 판단하였다. 판정부는 카자흐스탄의 조치는 자국법상의 수용 절차도 준수하지 않은 것이며 카자흐스탄이 보상으로서 제의한 대체 부지는 수용에 대한 보상은 자유롭게 유통되는 통화로 지급한다는 투자협정 위반이라고 판정하였다.

청구인이 소유한 헝가리 공항 운영권을 헝가리 공항 공사로 이관케 한 헝가리 교통부의 조치가 수용에 해당한다고 주장된 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)에서 판정부는 예외적 수용 허용 요건인 공공 이익, 공정한 절차, 비차별, 정당한 보상이 모두 준수되지 못하였으므로 불법 수용에 해당한다고 판정하였다. 헝가리는 해당 조치가 국가 교통 전략상 필요하고 국내 규정과 EU법과의 조화 등을 위해 불가피하다고 주장하였으나 중재 판정부는 공공의 이익이란 공중을 위한 진실 된 이익을 의미한다고 지적하고 헝가리의 설명은 공공 이익에 해당하지 않는다고 기각하였다. 판정부는 2002년 1월부터 사업권을 이관하라는 통보를 2001년 12월에 발송하고 시행한 것은 공정한 절차를 준수하였다고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 정당한 보상 의무와 비차별성 요건도 지켜지지 않았다고 판정하였다(판정문 431-440).

Gemplus & Talsud vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4)에서는 멕시코가 양허 계약에 의거하여 자동차 등록제를 대행하고 있는 회사를 장악하고 양허 계약을 취소한 것이 수용에 해당한다고 판정되었다. 판정부는 2001년 6월 경영권 장악은 간접 수용, 2002년 12월 양허 계약 폐지는 직접 수용에 해당한다고 판시하였다(판정문 8-27).

짐바브웨가 청구인의 토지를 수용하였으나 수용 요건을 준수했다고 강변한 *Funnekotter vs. Zimbabwe* 사건(ARB/05/6)에서 판정부는 공공성, 비차별성, 보상 등 수용 요건은 하나도 빠짐없이 모두 충족되어야 하는 것이며 우선 보상 자체가 이루어지지 않은 점이 확인되므로 여타 요건 충족 여부는 심리할 것도 없이 불법 수용에 해당한다고 판정하였다.

이집트가 가스관 건설이라는 공공 목적을 위해 청구인의 부지를 수용한 것은 정당하다고



강변한 *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15)에서 중재 판정부는 합법적인 수용이 되기 위해서는 공공 목적, 적정하고 공정한 보상, 법적 절차 준수, 비차별, 적법 절차의 요건을 모두 충족해야 한다고 환기하였다. 공공 목적의 경우 판정부는 해당 부지는 이미 1996년 6월 몰수 되었고 이집트가 주장하는 가스관 건설은 2003년 발표되었으며 1996년에는 몰수 원인이 기한 내 완공이라는 계약상 의무 불이행이라고 하였다가 나중에는 이스라엘 회사와의 협력 때문이라고 언급하는 등 공공 목적성을 인정하기 곤란하다고 판단하였다. 공공성이 부인되었으므로 잔여 요건은 심리할 필요도 없기는 하지만 중재 판정부는 수용 후 10년 동안 아무 보상이 이루어지지 않았으므로 적정하고 공정한 보상이 있었다고 볼 수 없고, 법원 판결에도 불구하고 부지 반환이 이루어지지 않은 것은 법적 절차를 준수했다고 볼 수 없으며, 최초로 몰수한 령 83호는 완공 시한 수개월 전에 시한 불준수를 이유로 발동된 것이어서 내용상으로도 적법 절차를 준수했다고 볼 수 없고 당사자인 청구인에게 통보도 하지 않은 채 발동되었으므로 절차상으로도 적법 절차를 준수한 것이 아니라고 판정하였다(판정문 429-444).

청구인의 파이프라인 부설 사업권을 국영 기업으로 이전시킨 조치에 대해 조지아가 수용 요건을 충족하였다고 주장한 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에서 판정부는 수용 요건은 모두 충족해야 한다고 밝히고 공공성과 비차별성은 인정되나 수용 전에 피수용자로 하여금 권리를 주장할 충분한 시간과 기회를 부여하지 않았으므로 정당한 절차 요건이, 보상을 하지 않았으므로 보상 요건이 충족하지 못하였다고 판시하였다(판정문 408).

Vestey vs. Venezuela 사건(ARB/06/4)에서 베네주엘라는 청구인의 농장을 몰수한 사실 자체는 인정하였으나 해당 농장이 청구인의 소유가 아니라는 점을 주장하며 수용 주장을 부인하였다. 판정부는 토지 등기 및 시효에 의해 청구인의 소유권이 입증되며 베네주엘라가 표방한 공공성 달성을 위해서라면 오히려 수용하지 말아야 하는 것이 합리적이므로 공공성을 인정할 수 없고 청구인에게 이의 제기 기회를 부여하지 않아 정당한 절차 요건도 준수하지 않았다고 판시하였다.

Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina 사건(ARB/09/1)에서 판정부는 공공 이익을 위한 수용이라는 점은 인정하였으나 약속과 달리 보상 가격 산정을 제 3기관을 통하지 않고 자신이 산정하여 지급한 것은 신속, 적정, 충분한 보상에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 1035-1040). 베네주엘라 정부가 청구인의 석유 운송 회사를 국유화한 후 지급한 보상액이 적정한지가 쟁점이 된 *Tidewater vs. Venezuela* 사건(ARB/10/5)에서 중재 판정부는 판정의 대부분을 수용 보상의 적정액 산정에 할애하여 베네주엘라가 제시한 보상액보다 훨씬 큰 금액을 적정 보상액으로 결정하였다. 이에 따라 판정부는 베네주엘라의 청구인 투자 수용은 보상이 적정하지 않은 불법



수용에 해당한다고 판시하였다. *Garanti Koza vs. Turkmenistan* 사건(ARB/11/20)에서 청구인은 투르크메니스탄이 자신의 공사 현장을 접수한 것은 직접적인 수용에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 투르크메니스탄이 건설 계약 불이행을 이유로 청구인을 국내 법원에 제소하였고 법원의 결정에 따라 해당 현장을 접수한 것이므로 이는 수용에 해당하지 않는다고 판정하였다. 판정부는 계약상의 권리 이행을 강제하기 위한 법원의 행위는 수용에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 363-367).

베네주엘라가 금 산업 국유화 포고령이 문제된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 국가는 공공 정책을 수립함에 있어 광범위한 재량권을 향유하며 주권 국가의 적법한 기관이 채택한 정치, 경제 정책의 적정성 여부를 추론하는 것은 중재 판정부의 역할이 아니라고 확인하였다. 적법 절차 요건과 비차별성은 충족된다고 인정하였으나 보상을 받지 못했다는 사실 자체만으로 수용이 불법화되는 것은 아니며 이 사건처럼 보상이 제시된 경우에는 제시된 조건을 심리해야 한다고 보았다. 판정부는 제시된 보상 금액은 국유화령이 설정한 상한에도 훨씬 못 미치는 것으로서 베네주엘라는 수용의 요건 중 신속, 유효, 적정 보상 요건을 충족하지 못하였다고 판단하였다(판정문 380-410).

직접 수용 관련 ICSID 판정 종합 일람표

사건명	직접 수용 해당 및 요건 충족 여부	직접 수용 불해당
<i>Wena Hotel v. Egypt</i> (98/4)	보상 요건 불충족, 법적 근거 없이 강제 탈취하고 1년 후 반환하였어도 직접 수용 인정	
<i>AIG Capital v. Kazakhstan</i> (01/6)	적법 절차, 보상 요건 불충족	
<i>ADC v. Hungary</i> (03/16)	수용 4개 요건 모두 불충족	
<i>Gemplus v. Mexico</i> (AF)/04/3, 04/4)	수용 요건 불충족	
<i>Furnekotter v. Zimbabwe</i> (05/6)	보상 요건 불충족	
<i>Slag & Vecchi v. Egypt</i> (05/15)	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Kardassopoulos v. Georgia</i> (05/18)	적법 절차, 보상 요건 불충족 공공성 비차별성 충족	
<i>Vestey v. Venezuela</i> (06/4)	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)	공공 목적 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Tidewater v. Venezuela</i> (10/5)	비차별성 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Garanti Koza v. Turkmenistan</i> (11/20)		법원 판결은 수용 불해당
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF)/12/5)	보상 요건 불충족, 공공 목적 심층 심사 사양	



65

ADM & TLIA vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/5)

가. 사건 개요

이 사건은 사탕수수당을 첨가한 음료에는 부과되지 않는 물품세를 음료 가당제로서 사탕수수당과 대체 관계에 있는 HFCS를 첨가한 음료에는 20% 부과한 조치가 내국민 대우 의무 위반 및 이행 의무 부과 금지 위반에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Archer Daniels Midland co.(이하 ADM)와 Tate & Lyle Ingredients Americas Inc.(이하 TLIA)는 HFCS(High Fructose Corn Syrup)를 생산하는 미국 회사로서 멕시코에 HFCS 제조 및 판매 회사 ALMEX를 공동으로 설립하였다. 멕시코 정부는 2002년 2월 세법을 개정하여 사탕수수당을 제외한 가당제(주로 HFCS)를 첨가한 음료(soft drinks and syrup)와 이러한 음료의 중개, 보관, 운송, 유통 서비스에 각각 20%의 세금을 부과하였다. 사탕수수당을 첨가한 음료나 동 음료의 운송, 유통에는 부과하지 않았다. 멕시코 사탕수수와 경쟁 관계에 있는 미국산 HFCS의 수입을 억제하고 멕시코 사탕수수 사용을 촉진하려는 의도가 분명한 조치였다. 당시 멕시코 음료 제조업체는 태반이 자국산 사탕수수당을 이용하고 있었다.

멕시코가 이 조치를 택한 배경에는 미국과 멕시코간의 설탕 교역 문제가 있다. 두 나라는 NAFTA 협정 체결시 설탕 관세는 15년에 걸쳐 철폐하되 그 이전에라도 일정 요건을 갖춘 경우에는 특정 수량 이상의 수입 분에 대해서는 관세를 부과하지 않도록 하였다. 멕시코의 주 생산품인 설탕의 미국 시장 접근을 확대하기 위한 조치였는데 해당 요건 충족 여부 및 해당 특정 수량 산정 여부를 두고 두 나라의 이견이 대립되어 멕시코는 설탕을 무관세로 미국에 수출하지 못하였다. 멕시코의 이 사건 조세 조치는 설탕의 미국 무관세 수출이 제한되는 데에 대한 보복 성격이 있었다.

청구인은 NAFTA 투자챕터상의 내국민 대우, 이행 의무 부과 금지, 수용 금지 의무 위반에 해당하는 조치라고 비난하고 2004년 9월 ICSID 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 내국민 대우

청구인은 멕시코의 조세 조치는 사탕수수당을 첨가한 음료 제조 및 유통업자를 우대하는 조치로서 HFCS 생산자를 사탕수수당 생산 업자에 비해 불리하게 대우한 것이 명백하므로 내국민 대우를 규정한 NAFTA 1102조¹⁸²⁾ 위반이라고 주장하였다. 멕시코는 해당 조세 조치는 미국 정부가 멕시코산 설탕에 대해 취한 제한 조치에 대응하기 위한 조치이며 이는 일방 상대국이 조약상의 의무를 이행하지 않을 경우 타방 당사국이 대항하여 취할 수 있는 혜택 부여 중단 조치로서 NAFTA에서도 인정하고 있는 것이라고 항변하였다.

중재 판정부는 내국민 대우 의무 위반을 심리하기 위해 1102조에 기재된 유사한 환경(in like circumstance)의 요건이 충족되었는지를 살펴보았다. 1102조는 각 체약국이 타 체약국의 투자자에게, 유사한 환경에서 자국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리한 대우를 부여하지 못하도록 규정하고 있다. 멕시코는 자국의 설탕 생산자가 미국 시장에 접근하는데 있어 겪는 상황과 청구인이 멕시코 시장에서 겪는 상황이 다르므로 유사한 환경이 아니라고 주장하였다. 멕시코 설탕 업자는 미국에 무관세로 수출하지 못하고 있는데 미국의 HFCS는 멕시코 시장에 무관세로 수입되고 있는 상황이 다르다는 것이다. 중재 판정부는 멕시코의 주장을 기각하였다. 유사한 환경이란 동일한 경제 분야, 사업 분야에 있는 기업을 비교해야 한다고 보았다. 중재 판정부는 *Feldman vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/99/1) 판례를 인용하여 유사한 환경에 있는 기업이란 동일한 사업 영역에 있는 외국 기업과 국내 기업을 말한다고 재확인하였다. 중재 판정부는 ALMEX와 멕시코 설탕 산업은 동일한 분야에 있고 가당제 공급에 있어 정면으로 경쟁 중이므로 유사한 환경에 있다고 판단하였다(198-203). 중재 판정부는 멕시코의 조치는 투자자의 국적을 근거로 차별 대우하고 있으며 이는 1102조 위반이라고 보았다. 즉, 멕시코의 조치는 사탕수수당 음료와 非사탕수수당 음료로 구분하고 전자에는 부과하지 않는 세금을 후자에 대해서는 20%를 부과하는 차별적인 조치인데 멕시코 음료 업체는 태반이 사탕수수당을 사용하고 있으므로 멕시코의 조치는 외국 투자자를 차별하는 것이라고 판정하였다(207-208).

182] Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.



2) 이행 의무 부과 금지

청구인은 멕시코의 조치는 사탕수수당을 첨가한 음료에는 조세를 부과하지 않으므로 음료업자로 하여금 사탕수수당의 사용을 강제하는 이행 의무를 부과하는 것과 마찬가지로 이는 외국인 투자자에게 투자 유치국 물품사용 등의 이행 의무를 부과하지 말도록 한 NAFTA 1106(3)조¹⁸³⁾ 위반에 해당한다고 주장하였다. 멕시코는 1106(3)조는 투자자의 투자에 직접적으로 부과되는 의무이고 이 사건의 해당 조치는 청구인에게 부과되는 것이 아니므로 1106(3)조는 적용되지 않는다고 반박하였다.

중재 판정부는 멕시코 설탕 산업은 사실상 멕시코 업체들이 독점하고 있는 상황에서 설탕 사용 음료 및 관련 서비스에는 조세를 부과하지 않고 HFCS 사용 음료 및 서비스에는 20%의 조세를 부과하는 멕시코의 조치는 조세상의 혜택을 향유하기 위해서는 멕시코산 설탕을 사용토록 강제하는 것이라고 보았다. 조세 혜택이 설탕 사용의 조건부로 되어 있고 설탕은 멕시코 업자가 지배하고 있으므로 HFCS를 제조, 판매하는 청구인을 차별하는 것이라고 판단하였다(227).

3) 간접 수용

청구인은 문제된 조치로 인해 자신들의 멕시코 내 투자의 가치와 경제적인 이용이 박탈되었으며 합리적으로 기대할 수 있는 경제적인 이익이 감소되었다고 주장하고 비록 자신들의 소유권이 탈취되지는 않았으나 자신들의 투자의 공정 시장 가치가 심각하게 박탈되었다고 주장하였다. 멕시코는 청구인이 주장하는 경제적 손실이 설사 발생하였다고 하여도 수용에 해당한다고 볼 수 있을 만큼 심각하거나 영구적이지 않다고 반박하였다.

중재 판정부는 간접 수용에 해당하기 위해서는 투자 이익의 전부 또는 태반을 박탈하거나 투자에 대한 방해의 정도가 심각한 수준(substantial)에 이르러야 한다고 보았다. 박탈의 정도와 기간이 간접 수용 또는 그에 상응하는 조치를 결정하는 핵심적인 요소라는 데에 학계의 광범위한 동의가 있다고 보았다. 이전 판례에서 간접 수용의 요건으로 제시된 것이 동일하지는

183] 3. No Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:
 (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 (b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;
 (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
 (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.



않으나 공통적인 내용은 지배권의 상실과 경제적 가치의 심각한 상실로 요약된다고 정리하였다.

중재 판정부는 멕시코의 조세 조치가 청구인으로부터 ALMEX의 소유권이나 경영권을 박탈하지는 않았으므로 간접 수용에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 경제적 가치의 상실 측면에서 보았을 때에도 ALMEX사는 조세 부과 이후에도 정상적으로 운영되었고 해당 상품 제조 및 판매를 계속한 점으로 볼 때 멕시코의 조치는 수용에 상당한 조치는 아니라고 판단하였다(240-247).

다. 평가 및 해설

이 사건은 ICSID 중재 판정과 함께 WTO 분쟁해결 기구에도 제소되어 동일한 조치가 투자 측면과 통상 측면에서 사법적인 판단을 받은 유일한 사건이 되었다. 2004년 3월 미국은 멕시코의 HFCS에 대한 20%의 물품세 부과 조치가 GATT 3조 내국민 대우 의무 위반이라고 WTO에 제소하였다. 내국민 대우는 동종 상품에 대해 무역과 관련된 일체의 조치를 동등하게 적용 하라는 GATT의 핵심 조항이다. WTO 분쟁에서 멕시코는 해당 조치는 GATT XX(d)조¹⁸⁴ 일반적 예외 조항에 의해 정당화되는 조치라고 주장하였다. GATT XX조는 안보, 위생, 문화재 보호, 그리고 (d) GATT 협정과 어긋나지 않는 법과 규정의 준수를 확보하기 위해서 필요한 특정 조치를 회원국이 시행하는 것을 금지하지 않는다고 규정하고 있다. 위와 같은 목적 달성을 위한 조치에는 예외적으로 GATT 협정 의무 준수를 면제하여 주는 일반적인 예외 권한을 부여하는 것이다. 단 해당 조치가 비차별적으로 적용되어야 하고 실제로는 무역 규제를 의도하는 위장 조치가 아니어야 한다는 단서가 있다. 멕시코의 일반적 예외 조항 원용에 대해 미국은 물품세는 관련 법규 준수를 확보하기 위해 필요한 것이 아니었고 NAFTA 협정은 별도의 국제 협정이기 GATT에 어긋나지 않는 국내의 법규가 아니라고 반박하였다.

WTO 패널은 멕시코의 조치는 GATT 3조 내국민 대우 의무 위반이라고 확인하였다. 판정의 논리는 이 사건 판정부와 대동소이하다. WTO 패널은 사탕수수당으로 가당(加糖)한 음료와

184] Article XX General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) -(c);

(d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;



HFCS로 가당한 음료는 직접적으로 경쟁 관계에 있고 상호 대체 가능하므로 3조의 동종 상품(like product)에 해당한다고 판단하였고 동종 상품이 달리 대우되고 있는 것은 명백하여 내국민 대우 의무 위반이 인정된다고 보았다.

멕시코는 3조 내국민 대우 의무 위반이라는 판정에 대해서는 수긍하였으나 XX(d)조상 예외로 인정될 수 있는 조치라는 주장마저 기각된 데 대해서는 상소하였다. 그러나 WTO 상소기구 역시 XX(d)조의 준수를 확보하기 위하여(to secure compliance) 취한 조치란 한 국가가 다른 국가로 하여금 WTO가 아닌 조약의 의무를 준수하도록 강제하기 위하여 취한 조치를 포함하지는 않는다고 판단하였다. WTO 판정에 따라 2006년 12월 멕시코 의회는 20% 물품세 부과 조치를 폐지하였다.



가. 사건 개요

이 사건은 에스토니아 정부 및 국영 수산 회사가 독일, 핀란드 은행으로부터의 대출 상환을 해태한 것이 공정하고 공평한 대우, 수용 금지 의무 위반에 해당하는지 쟁점이 된 사건이다.

청구인 OKO와 SAMPO는 핀란드, VTB는 독일 은행으로서 이들은 Estrobprom(에스토니아 해운사, 당시 공산 소련의 국영 기업)과 핀란드 Valio사가 합작 설립한 수산물 가공 회사 ESVA에 1989년 대출을 하여 주었다. Estrobprom과 Valio는 이 대출에 대해 무조건부, 철회 불가부 상환 보증을 하였으며 1991년 에스토니아가 독립한 이후 Estonia 국영 기업이 된 Estrobprom사는 수차례 명의 변경과 업무 범위 변천을 거쳐 RAS Ookean사로 정착되었고 ESVA에 대한 Estrobprom의 상환 보증 의무를 인수하였다. ESVA는 경영 부실과 경기 침체로 인해 대출 상환에 실패하였고 1992년 청구인 은행 3사는 상환 보증 의무 이행을 요구하여 Valio는 자사 부담 분을 상환하였으나 RAS는 상환치 않아 청구인과 대립하게 되었다. 협의 끝에 1993년 청구인과 RAS는 청구인에 대한 채무 재조정과 상환 방식에 대해 새로이 합의하였고 (1993년 상환 계약) 에스토니아 경제부장관은 상환 계약의 이행을 담보하는 각서(1993년 이행 각서)를 작성하였다. 상환 계약은 청구인이 채권 확보 소송을 철회하는 대신 RAS는 소유 선박 6척 등 자산 매각을 통해 상환 자금을 조달한다는 것을 골자로 하고 있었으나 RAS의 경영 상태 역시 부실하여 이 상환 계약을 이행할 수 없었다. 1995년 RAS는 1993년 상환 계약과 이행 각서의 무효 확인 소송을 청구하였고 2001년 에스토니아 대법원은 무효임을 확인하였다. RAS는 1995년 파산하였고 청구인 채권은 회수되지 못하였다.

청구인은 독일-에스토니아, 핀란드-에스토니아 투자협정을 근거로 2003년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 에스토니아 정부가 국유화된 Estrobprom의 자산을 임의 처리, 부실 관리하여 청구인의 채권 담보물을 훼손하였고 상환 계약 및 이행 각서를 준수하지 않고 무효화하였으며 RAS의 파산에 이르는 과정에 책임이 있다는 것이다. 청구인은 일련의 에스토니아 정부의 조치와 행태가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.



나. 주요 쟁점

1) 관할권

에스토니아는 은행 대출은 투자협정상 투자에 해당하지 않으며 최초 대출이 구 소련 국영회사 Estrobprom에게 이루어진 것이고 독일, 핀란드-에스토니아 투자협정 체결 전에 이루어진 데다 투자 장소가 에스토니아 국내가 아니라 당시 소련의 국내였다는 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.

중재 판정부는 독일, 핀란드-에스토니아 투자협정에 투자는 어떠한 형태의 소유권(property holdings of any type), 경제 활동에 관련된 모든 자산(every kind of asset connected with economic activities)이라고 포괄적으로 정의되어 있으므로 비록 투자의 구체적인 양태로서 나열한 항목 중에 은행 대출이 포함되어 있지 않다고 하더라도 위 투자협정의 투자에 해당한다고 보았다. 중재 판정부는 ICSID 25(1)조 관할권 조항에 투자에 대한 정의가 포함되어 있지 않기는 하나 일정 기간성, 수익성, 위험성, 규모성, 경제 기여성 등을 투자의 요건으로 언급한 일련의 중재 판례를 인용하여 청구인의 대출은 ICSID상 투자에 해당한다고 판단하고 따라서 ICSID의 중재 관할권이 인정된다고 판시하였다(판정문 177-209).

2) 공정하고 공평한 대우 의무 위반 여부

중재 판정부는 핀란드-에스토니아 투자협정 3조¹⁸⁵⁾는 국제법을 준수하여(in conformity with international law) 공정·공평 대우를 부여한다고 규정되어 있는 반면 독일-에스토니아 투자협정 2(1)조¹⁸⁶⁾는 이러한 제한이 없으므로 후자의 보호 범위가 전자보다 광범위하다고 보았다. 따라서 에스토니아의 행위가 전자의 협정에 위반이 되는 것이면 자연히 후자의 협정도 위반한 것이라고 정리하고 핀란드-에스토니아 협정 위반 여부를 중점 심리하였다.

중재 판정부는 공정·공평 대우에 관한 국제적인 최소 기준이 있고 고의적인 의무의 방지, 악의, 국제 수준 미달 등이 여기에 해당하는바 이러한 수준의 위반이 있어야 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고는 보지 않았다. 판정부는 핀란드-에스토니아 투자협정의 전체적인

185] 3. Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations and in conformity with international law, at all times ensure a fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party.

186] 2(1) Each Contracting Party shall in its territory and in accordance with its legal provisions permit and if possible promote investments of citizens or companies of the other Contracting Party. Such investments must in all events be treated in just and equitable manner.



대상과 목적, 조문 문안상 공정-공평 대우 의무를 국제 최소 기준으로 제한하였다기보다는 자율적인 수준(autonomous standard)을 내포하고 있다고 판단하였다. 반드시 악의, 고의 등의 행위가 있어야 위반이 인정된다고 제한적으로 해석하는 것이 아니라 투자자 보호를 위해 악의 고의 등에 미치지 못하는 행위라 할지라도 공정-공평 대우 의무 위반을 구성할 수 있다는 입장을 취한 것이다.

판정부는 그러나 in conformity with international law라는 제한이 있으므로 이는 아무런 제한 규정이 없는 독일-에스토니아 관련 규정보다는 보호 정도가 덜한 것이 분명하며 공정-공평 대우의 수준을 판정부가 완전히 자율적으로 정할 수 있는 것이 아니라 국제법상 인정되고 정의된 수준의 공정-공평 대우인지 확인하라는 의미라고 보았다(236-237). 판정부는 그러나 국제법상 인정되고 정의된 수준의 공정-공평 대우가 무엇인지는 애매모호하고 불분명하다고 밝혔다. 판정부는 이전의 유사 판례도 투자 유치국의 고의, 악의, 기망부터 투자자의 정당한 기대의 위반까지 광범위하여 특별히 합의된 수준이 없다고 보았다. 이에 따라 판정부는 새로운 기준을 제시하고 에스토니아 정부의 행위가 이에 해당하는지 살펴보는 연역적인 방법이 아니라 에스토니아 정부 행위 자체를 먼저 살펴보고 그 종합적인 양태와 수준이 공정-공평하다고 볼 수 있는 정도인지 알아보는 귀납적인 방식을 택해 심리하였다.

중재 판정부는 1993년 상환 계약과 이행 각서의 협의 과정과 해당 문서의 내용으로 볼 때 청구인은 에스토니아 정부의 채무 상환 의지를 의심할 바 없이 신뢰할 수밖에 없었고 약속이 이행되리라는 정당한 기대를 당연히 하게 되었다고 보았다. 자신의 투자가 공정하고 공평하게 대우 받게 되리라는 투자자의 기대가 투자 유치국의 행동을 통해 정당하게 발생되었다면 이러한 기대는 국제법상 존중되어야 한다고 언급하였다. 제출된 증거로 볼 때 에스토니아가 청구인의 채권 확보의 담보 재산이 되는 RAS의 자산의 소유권을 이전시킴으로써 결과적으로 담보 재산을 축소시킨 점도 인정된다고 보았다. 에스토니아 정부의 장기간에 걸친 일련의 행위는 공정하지도 않고 이행 각서와도 합치되지도 않는다고 지적하고 이는 독일-핀란드와의 투자협정상의 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판정부는 판시하였다(283).

다. 평가 및 해설

이 사건에서 심리한 정당한 기대 침해 여부는 공정-공평 대우 의무 위반 쟁점 중에서도 제기



빈도가 가장 높은 이슈이다. 견해가 대립되어 의견 수렴이 되지 않는 문제는 발생하지 않고 있으며 점진적인 판례 축적을 통해 판단의 기준과 요건이 탄탄하게 성립되고 있는 중이다. 지금까지의 판례로 볼 때 대개 정당한 기대에 대한 요소는 투자자의 주관적 기대는 보호 대상이 아닌 점, 투자 유치국의 법규나 영업 환경의 일관성, 투명성, 지속성이 훼손될 경우 성립한다는 점, 투자자의 기대를 침해하려는 의도적 악의가 있어야 하는 것은 아닌 점, 투자자와 투자 유치국의 사정을 고루 감안해야 한다는 점, 법적 안정성이 투자 유치국의 법령 개정권을 부인하는 것은 아닌 점, 투자 유치국의 명시적인 약속이 있었으며 투자자가 이를 신뢰하였고 그 신뢰가 합리적이어야 하는 점, 투자 유치국의 사회·경제적 환경, 발전 단계, 특수성에 대한 고려가 있어야 하는 점 등이다.

대표적인 판례로는 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)이 있다. 이 사건 판정부는 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있으며 투자자의 주관적인 기대가 아니고 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어 정당성 여부를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 정당한 기대는 해당 상황에 따라 변동하므로 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면 환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다고 보았다. 투자자는 정당한 이유 없이 법규정이 변하지 않으리라고 기대 할 수 있으나 국가가 어떠한 상황에서도 국내 법규를 변경하지 않겠다고 포괄적으로 외국인 투자자에게 약속하라는 것은 아니며 국내 법규의 동결을 기대하는 것은 비이성적이라고 지적하였다. 투자자에 대한 투자 유치국의 특정한 약속을 위반한 것이라면 정당한 기대를 훼손한 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 것이며 특정한 약속이란 특정 투자자에 대해 직접적으로 행해진 약속일 수도 있고 투자자에게 안정성을 보장하기 위하여 수립된 특정한 목적일 수도 있다고 설명하였다(판정문 356-379). 이외에도 관련 판례를 모두 종합한 해설을 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록하였다.



67

Vanessa vs. Venezuela 사건(ARB(AF)/04/6)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 광산 개발 양허 계약을 위반한 데 대해 베네주엘라 정부가 취한 계약상의 대응 조치는 투자협정의 위반에 해당하지 않는다고 판시된 사건이다.

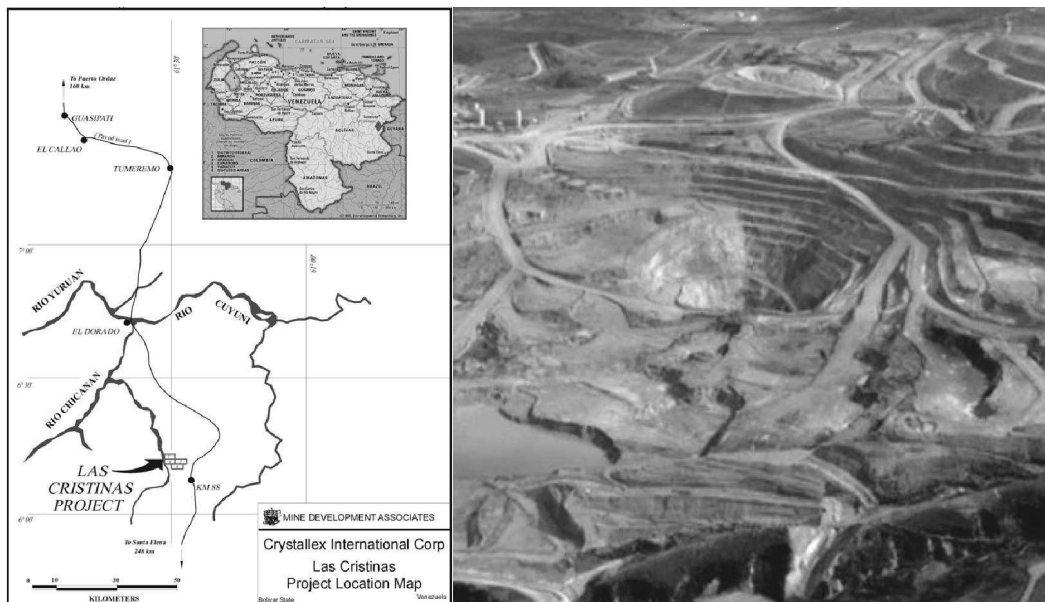
1990년 베네주엘라의 Guayana 지역 개발청(이하 CVG, Corporacion Venezolana Guayana)는 캐나다 광산 개발 회사 Placer Dome Inc(PDI)와 Las Cristinas 광산 개발 사업 계약을 체결하였다. PDI는 동 사업에서 자신을 대행할 베네주엘라 법인 PDV를 설립하였고 CVG와 PDV는 1991년 실제 사업을 수행할 회사 MINCA(Mineras Las Cristinas C.A.)를 공동으로 설립하고 지분 약정을 체결하였다(1991년 지분 약정). 이 약정으로 PDV는 MINCA 지분의 70%를 보유하여 경영권을 행사하고 CVG는 베네주엘라 정부와의 협의, 교섭 업무를 수행하기로 하였다. 또한 일방은 타방의 동의 없이는 자신의 권리나 의무를 제 3자에게 양도할 수 없다고 규정하였다. 1992년 CVG와 MINCA는 사업 계약(1992 Work Contract)을 체결하여 MINCA가 독점적으로 탐사 개발 채취 업무를 수행하기로 하였고 역시 타방의 서면 동의 없이 일방은 사업 계약상의 권리 의무를 제 3자에게 양도, 이전하지 않기로 규정하였다. CVG가 당초 약속했던 자본금 추가 납입을 이행하기 어렵게 되자 CVG와 PDV는 1997년 지분 약정 수정안을 체결하여 PDV의 지분율을 70%에서 95%로 상향시켰으나 타방의 동의 없이 일방이 자신의 권리 의무를 양도할 수 없다는 규정은 변동 없이 포함되었다.

1999년 7월 MINCA는 당시 금 시세가 좋지 않아 Las Cristinas 광산 개발 사업을 2000년 7월까지 잠정 중단하기로 하였다. MINCA의 일방적인 결정이므로 CVG는 1992년 사업 계약에 의거하여 이 계약을 취소할 수 있는 권리가 있었으나 이를 행사하지 않았다. CVG와 MINCA는 2000년 광산 개발 사업 정지를 다시 1년간 2001년 7월까지 연장하는 연장 협약을 체결하였으며 CVG는 이 협약상 정지 시한인 2001년 7월 도과 후 사업 계약을 취소할 수 있는 권리를 보유하게 되었다. 이 연장 계약의 주목적은 연장된 기간 동안 새로운 투자자를 (CVG와 MINCA의 합의에 의해) 물색하려는 것이었다. 그런데 PDI는 MINCA 모르게 캐나다 투자 회사 Vanessa Ventures에게



자신이 보유하고 있는 PDV의 주식과 PDV가 MINCA에 대출하여 준 채권을 판매하는 협상을 진행하여 사업 정지 시한 만료 수 시간 전에 이를 MINCA에게 통보하였다. CVG는 이 거래에 대해 반대하였고 타방 동의 없이 일방이 자신의 권리 의무를 제 3자에게 양도할 수 없다는 연장 계약의 규정을 위반하였다는 이유로 2001년 11월 MINCA에게 Las Cristinas 광산 개발 사업 계약을 취소한다고 통보하고 수일 후 동 사업장을 접수하여 버렸다. 2002년 CVG는 신규 사업자를 물색하여 Las Cristinas 광산 개발 사업을 새로이 체결하였다. MINCA의 새 주인이 된 Vanessa Ventures는 이 새 계약을 무효화하기 위해 10건의 소송을 베네주엘라 법원에 제기하였다. 일부 소송은 청문 절차 개시, 심리 지연 등의 사정이 발생하였다.

2004년 7월 Vanessa는 캐나다-베네주엘라 투자협정에 근거하여 베네주엘라의 일련의 조치(사업 계약 취소, Las Cristinas 광산 접수, 소송 절차 지연 등)가 투자협정의 수용 금지 의무 위반, 공정-공평 대우 의무 위반, 충분한 보호 및 안전 의무 위반이라고 주장하며 ICSID 중재를 신청하였다. 베네주엘라는 Vanessa는 투자협정상 투자에 해당하지 않는다고 주장하며 ICSID 관할권을 부인하였고 투자협정 위반 주장도 근거가 없다고 반박하였다.



| Las Cristinas 노천 금광산 위치 및 전경 |



나. 주요 쟁점

1) 관할권

청구인 Vanessa는 광산 개발 경험과 능력이 없는 투자 회사이다. 베네주엘라는 1991년 지분 약정부터 시작하여 일련의 약정과 협정에 모두 타방의 동의 없이 일방의 권리 의무 이전 불가 규정을 삽입시킨 것은 지분 변경 등의 상황이 발생하더라도 광산 개발사가 당사자가 되게 함으로써 광산 개발 사업이 차질 없이 이루어지게 하려는 것이었다고 주장하고 광산 개발과 무관한 청구인이 PDV의 지분을 획득한 것은 명목적 소유일 뿐 실체(reality)나 진정성(genuineness), 선의(good faith)가 없는 투자여서 ICSID 협약상의 투자 요건에 관한 Salini 요건(투입성, 기간성, 위험성, 기여성)에 부합하지 않으므로 ICSID의 관할권에 해당하지 않는다고 주장하였다(판정문 116).

중재 판정부는 투자 해당 여부는 일차로 해당 투자협정의 규정에 따라 살펴야 한다고 보았다. 청구인인 체약국인 캐나다의 법인이고 베네주엘라 회사의 주식을 소유, 통제하고 있으므로 캐나다-베네주엘라 투자협정 I(f)¹⁸⁷조의 투자 정의에 합치하며 해당 사업과 연관성이 없는 자의 단순 구매라고 하여 투자가 아니라고 볼 근거는 없다고 지적하였다. 청구인이 광산업과 무관하다는 점은 인정하였으나 I(f)조가 반드시 진정성 있고 실질적인 투자이어야 I(f)조 상의 투자가 될 수 있다고 명시적으로 규정하고 있지는 않다는 점을 들어 청구인의 투자가 투자협정상 투자에 해당한다고 판단하였다. 그러나 판정부 중 1인은 소수 의견을 내어 정당한 투자를 보호하기 위한 투자협정의 대상과 목적에 따라 투자는 투자의 진정성, 선의, 실질성이 충족되어야 한다고 주장하며 청구인의 행위는 투자가 아니라고 반대하였다.

베네주엘라는 PDI가 청구인에게 주식을 매각한 것은 타방 동의 없이 이루어진 것이므로 계약 위반이므로 ‘베네주엘라의 법에 따라서’ 이루어져야 하는 I(f)조의 규정과 합치되지 않는다고 주장하였다. 그러나 판정부는 in accordance with the latter's law의 law는 체약국의 정식 법규를 의미하는 것이고 계약 조건의 위반이 곧 법규 위반이라고 볼 수는 없다고 설명하고 베네주엘라의 주장을 기각하였다.

베네주엘라는 광산 개발에 관계된 일련의 계약, 약정은 광산 개발업자 PDI의 참여를 전제로

187] I(f). Investment means any kind of asset owned or controlled by an investor of one Contracting Party either directly or indirectly, including through an investor of a third State, in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's law.



하는 人的性 (*intuitus personae*)이 있으며 이를 위반한 것은 ‘투자’로 볼 수 없다고 주장하였다. 중재 판정부는 in accordance with laws의 law는 국가의 정식 법규이며 따라서 개개인이 일반적인 계약법 하에서 자신의 권한을 사용하는 가운데 창출된 의무가 곧 이 의미의 법이 되는 것은 아니고 충족되지 못하면 어떤 자산의 소유권을 자동적으로 I(f)조 상의 투자 정의 밖으로 두게 하는 요건도 아니라고 설명하였다. 이 사건에서 일련의 계약상, 광산업자 PDI의 참여가 핵심 사항인 것은 인정하지만 그렇다고 하여 청구인의 PDV 주식 소유가 I(f)상의 투자에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다고 판단하였다(152-154).

중재 판정부는 따라서 청구인은 캐나다-베네주엘라 투자협정상의 투자를 보유하고 있으며 판정부는 본 사건의 실질 사항을 심리할 관할권이 있다고 판시하였다(168-169).

2) 수용

2000년 8월 8일 CVG, PDI, PDV, MINCA는 2000년 7월 15일부터 1년 동안 광산 개발 사업 계약의 이행을 연장하는데 합의하였다. 이 연장 계약에 따라 PDI는 2001년 7월 15일까지 새로 사업을 맡은 사업자를 물색해야 했으며 CVG의 동의 없이 일방적으로 제3자를 영입할 수 없었다. 판정부는 그럼에도 PDI가 CVG의 참여 없이 Vannessa를 새로운 사업자로 영입한 것은 위 연장 계약을 위반한 것이고 이러한 PDI의 연장 계약 위반에 따라 피신청국은 정당하게 사업 계약을 해지한 것이라고 인정했다. 판정부는 국제법상 수용이 성립하려면, 문제된 국가의 행위가 계약 당사자의 지위를 넘어 주권 행사(exercise of sovereign authority)에 기한 것이어야 한다고 설시했다. 이 사건에서 CVG는 i) MINCA가 정당한 사유 없이 12개월 이상 공사를 중단한 점, ii) 2년여 동안 MINCA가 세부 공사 실적을 보고하지 않은 점, iii) 계약 상대방의 승인 없이 계약을 제3자에게 양도한 점을 들어 계약을 해지한 것인데, 여기에 국가의 주권 행위가 개입되었다고는 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 청구인이 문제 삼는 피신청국의 행위, 예컨대 관련 부지를 몰수하고 자산을 압류한 것은 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치였으며, 따라서 베네주엘라가 사업 계약을 해지하고 그 후속 조치로 취한 행위는 수용 행위가 아니라고 판정하였다(207-214).

3) 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전

중재 판정부는 사업 계약 취소는 계약 위반 행위에 대한 계약상의 반응으로서 최소 기준 대우



의무 위반에 해당하지 않는다고 단언하였다. 최소 기준 대우에 관한 최대한의 요건을 적용한다 해도 해당되지 않을 수준이라고 첨언하였다(222-223).

청구인이 제기한 일련의 소송 절차가 지연된 것에 대해서도 사법 부인에 해당할 정도의 심각한 사안이 아니며 최소 기준 대우는 투자 유치국의 사법 제도가 이상적인 수준으로 효과적인지를 따지는 것이 아니라 조약 의무를 구성할 정도로 형편없었는지를 살피는 것이라고 지적하였다. 아울러 사법 제도의 불공성은 정황이나 추상적인 주장이 아니라 구체적인 근거와 사실에 입각하여 판단해야 하는 것으로서 청구인이 제시한 증거만으로는 청구인이 제기한 소송 절차가 공정하지 못했다고 판단할 수 없다고 보고 청구인의 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전 위반 주장을 기각하였다(226-228).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 투자 성립의 적법성을 나타내는 *in accordance with the law*는 투자 유치국의 법률을 의미하며 계약을 포함하지는 않는다고 보았다. 투자 적법성이 쟁점이 된 사건에서 흔히 제기되는 사항 중의 하나는 이 사건과 같이 계약상의 위반이 적법성 요건에 해당되는지 여부이다. 통상 법 또는 법령에 의거한다고 규정되어 있으므로 투자 유치국의 정식 법이나 규칙 등 성문의 규제 체제를 저촉하는 것은 적법성 요건을 충족하지 못한다고 볼 것이다. 지금까지 적법성 요건 충족이 부인된 사건들 중 지자체의 조례나 정부가 발포한 령, 규칙 등은 적법성 대상에 포함되지 않는다는 주장이 제기된 바는 없다. 이 사건은 법에 의거하여 라는 문구의 법은 정식의 법률을 의미하지 계약의 조건은 포함되지 않는다고 보았다.

그러나 판례는 비단 투자 유치국의 성문 법규뿐 아니라 신의칙과 같은 국제법의 기본 원칙도 준수되어야 하므로 사기, 사술, 기만에 의한 투자에 대해서는 ICSID 중재 관할을 적용하지 말아야 한다고 보고 있다. *Inceysa vs. El Salvador* 사건(ARB/03/26) 판정부는 청구인의 행태는 신의칙(*good faith*)이라는 국제법 원칙, 누구도 자신의 부도덕함을 원용하여 주장하는 것은 허용되지 않는다(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)’는 법원리, 부당 이익 금지 원칙에 부합하지 않는다고 보고 적법성을 위반하였다고 판시하였다. *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24) 판정부는 투자자에 관한 중요한 정보, 투자 승인 여부를 결정하는데 중요한 요소가 되는 정보를 알리지 않은 것은 신의칙에도 위반된다고 지적하고 청구인의 투자에 대해 에너지 현장 조약상의



실체적 보호 규정을 적용할 수 없다고 판시하였다. *Hamester vs. Ghana* 사건 (ARB/07/24) 판정부는 투자가 부정부패, 위계, 사기 행위 등 선의(good faith)에 위반하여 이루어지거나 투자 설립 자체가 ICSID의 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 것일 경우에는 보호할 수 없다는 원칙을 확인하였다.

투자 설립의 적법성에 관한 쟁점은 이외에도 in accordance with와 같은 적법성 문구가 있어야만 투자 유치국 법령에 위반하여 설립된 투자를 투자협정 보호 대상과 ICSID 중재 대상에서 제외할 수 있는지 여부이다. 또 다른 쟁점은 위반의 정도이다. 투자 유치국의 법령을 사소하게라도 위반하였으면 위의 적법성 문구에 의거하여 보호 대상에서 제외할 수 있는지가 논쟁 대상이다. 관련 쟁점 별로 ICSID 중재 판정을 종합한 해설을 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3) 편에 수록하여 두었다.

투자협정상의 투자 정의에 부합하는지 여부가 쟁점이 된 ICSID 판례를 종합한 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록되어 있다.



68

Jan de Nul vs. Egypt 사건(ARB/04/13)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자 요건 충족 여부, 분쟁 동일성, 국가 책임 귀속성, 사법 부인이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Jan de Nul사와 Dredging International사는 벨기에 회사로서 1992년 7월 이집트의 수에즈 운하 관리 공사(SCA, the Suez Canal Authority)와 운하 준설 계약을 체결하였다. 청구인은 SAC가 제공하는 정보를 토대로 예상되는 준설량을 계산하여 응찰하였던 것인데 실제 공사를 진행하는 과정 중에 예상과 달리 운하 하저의 암석 비중이 높아 준설토의 분량이 적게 나왔다. 청구인은 SAC가 계약 전에 자체적인 준설 작업을 한 적이 있다는 사실과 준설량 사전 계산에 필요한 각종 지리적 정보 및 운하 하저 상태에 관한 정확한 정보를 제공하지 않았기 때문이라고 항의하고 추가적으로 소요된 비용을 지불할 것을 요청하였다. SAC는 이는 응찰 전 정확한 자체 조사를 하지 않은 청구인 책임이며 계약 규정 상 추가 비용을 지불할 의무가 없다고 대응하였다. 1993년 7월 청구인은 이집트 이스마일리아 행정 법원에 이 사건을 제소하였다. 행정 법원은 전문가 패널을 구성하여 공사와 관련된 기술적인 사항에 대해 양측의 주장을 검토할 것을 지시하였고 패널은 입찰 과정 시 제공되었던 운하 정보가 준설 공사 전 단면도와 차이가 나는 등 SCA가 필요한 정보를 정확히 제공하지 않았으며 바닥의 암석 비중이 예상(3%)보다 훨씬 초과(37%)하였다는 요지의 보고서를 1997년 2월 제출하였다.

한편 계약상 SAC는 각종 행정 편의 제공 비용, 반입 기자재 관세, 항만 사용료 등의 부대비용을 일괄해서 매월 청구인에게 지급해야 하는 공사 대금에서 공제하기로 하였다. 청구인은 이 부대비용이 과다 공제되었다고 주장하고 반환 청구 소송을 1995년 12월 이스마일리아 행정 법원에 제기하였다. 1996년 2월 행정 법원은 위 두 사건을 독자적인 결정으로 국가 參事議(commissaire d'Etat)에 송부하여 의견을 구했으며 참사위는 추가 공사비 건은 6천6백만불을, 과다 공제 건은 75만불을 청구인에게 지급하고 두 사건을 병합하여 심리하도록 권고하였다. 행정 법원은 1998년 12월 두 사건을 병합하기로 결정하고 2000년 9월 2차 패널을 구성하여 1차 패널의 검토 결과와 참사위의 보상 권고 금액을 심층 검토하여 보고하도록 지시하였다. 2차 패널은 2002년 추가



공사비는 8백6십만불, 과다 공제비는 100만불이 적정하다는 의견을 제시하였다. 2003년 5월 행정 법원은 청구인이 응찰 전 필요한 자체 조사를 충분히 행하지 못한 책임이 있으며 계약상 실제 준설 상황과 무관하게 공사비는 고정되어 있다는 점을 들어 준설 공사비 추가 청구 소송은 청구인 패소 판결을 내렸고 과다 공제 비용 반환 소송에서는 청구인에게 100만불을 지급하라는 청구인 승소 판결을 내렸다. 소송 제기 10년만의 일이다.

청구인은 2003년 12월 ICSID에 중재를 신청하였다. SCA가 필요 정보를 감추고 입찰을 진행한 것은 사기에 해당하여 투자자 보호에 관한 벨기에이집트 투자협정 위반이며 이스마일리아 행정 법원의 지루한 심리와 불공정한 자세는 사법 부인에 해당한다는 주장이었다. 이집트는 청구인의 투자는 ICSID 협약상의 투자 요건을 충족하지 못했으며 SAC는 행위의 책임이 이집트에 귀속될 수 있는 국가 기관이 아니고 이 사건 분쟁은 당시 발효 중이던 벨기에이집트 투자협정 (2002년 체결)이 발효되기 전에 발생한 것이므로 협정 적용 대상이 아니라는 요지로 ICSID의 관할권을 부인하였다.



| 청구인 Jan de Nul 社の 수에즈 운하 준설 공사 현장 및 확장 후 노선 |

나. 주요 쟁점

1) 관할권

중재 판정부는 *Salini test*의 4개 투자 요건을 적용하여 판별하는 것이 적절하다고 언급하고 청구인이 공사 수행을 위한 고가의 장비 및 운영 인력을 투입하였고 2년 이상의 공사 기간이



결렸으며 공사의 규모와 복잡성에 비추어 상당한 위험성을 부담하였고 준설을 통한 운하 성능 개선은 이집트 경제 발전에 공헌하는 것이 확실하다고 판단하였다(관할권 결정문 90-96).

2) 분쟁 동일성

청구인이 중재 신청의 근거로 활용한 2002년 투자협정의 발효일은 2002년 5월 24일이었다. 이 협정 12조¹⁸⁸⁾는 협정이 발효일 전후 일방 계약국 영토 내에 행해진 타방 계약국 투자자의 모든 투자에 적용되나 단 발효일 전에 이미 발생한 분쟁에는 적용되지 않는다고 규정하고 있었다. 이집트는 청구인이 행정 법원에 최초로 소송을 제기한 것이 1993년이므로 12조 규정 상 2002년 협정이 적용되지 않는다고 주장하였으나 청구인은 그것은 SAC의 계약 위반 건이고 이스마일리아 행정 법원의 판결 및 과정에 대해서 다투는 분쟁은 판결일이 2003년 5월이므로 12조의 시기적 요건을 충족했다고 반박했다.

중재 판정부는 이전 분쟁을 야기한 사실과 고려가 후속 분쟁의 중심적인 요소로서 계속된다면 이는 별개 분쟁이 아니라 동일 분쟁이라고 판정한 판례가 있으며 이 원칙 자체는 유효하다고 보았다. 그러나 이 사건의 경우 이전 분쟁은 후속 분쟁의 원천 중의 하나일 뿐이고 그것도 중심 되는 원천은 아니라고 지적하였다. 판정부는 SCA가 계약 당시 및 이행 과정 중 범했다고 하는 비위의 이유는 계약 이후 이집트 국가 기관이 저질렀다고 제기되는 비위의 이유와는 명백히 다르다고 확인하였다. 청구인이 제기하는 청구의 근거를 이스마일리아 행정 법원의 결정에 두고 있으므로 현재의 분쟁은 새로운 분쟁으로 보아야 한다고 판단하였다. 행정 법원이 새로운 행위자로서 등장한 것은 새로운 분쟁 여부 판단의 결정적인 요소라고 첨언하였다(결정문 123-128).

3) 국가 책임 귀속성

SCA의 위법 행위의 책임을 이집트 정부에 귀속시킬 수 있는지 여부에 대해 중재 판정부는 UN 국제법 위원회의 국가 책임 관한 초안의 관련 규정 즉, 4조, 5조 8조를 기준으로 심리하였다. 동 4조¹⁸⁹⁾는 개인, 단체 여부를 불문하고 국가 기관의 행위는 입법, 사법, 중앙 정부, 지방 정부,

188] 12. This agreement shall apply to all investments made by investors of a Contracting Party in the territory/territories of the other Contracting State(s) prior to or after its entry into force in accordance with the law and regulations of either Contracting State. It shall, however, not be applicable to disputes having arisen prior to its entry into force.

189] Article 4 Conduct of organs of a State

(1) The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.



조직 내 위치 등에 상관없이 국가의 행위로 간주된다고 규정하고 있다. 판정부는 SCA의 기능은 공적 활동을 수행하는 것이라고 볼 수는 있지만 구조적인 면에서는 설립 법령에 독립적인 예산으로 일반 기업의 관행으로 운영된다고 명기된 점에 비추어 국가 기관은 아니라고 보았다. 5조¹⁹⁰⁾는 법에 의해서 국가 기능을 수행하는 개인과 단체의 행위는 국가 기관으로 간주된다고 규정하고 있다. 중재 판정부는 이 조항을 충족하기 위해서는 국가 기능을 수행하는 권능이 부여되어야 하고 문제가 된 행위 자체가 국가 기능의 수행에 해당해야 한다고 보았다. 판정부는 SCA가 수에즈 운하 관리 운영이라는 국가 사무를 수행할 권한을 부여 받은 것은 인정했으나 이 사건에서 문제되는 행위는 통상의 발주자와 다르게 행동한 점이 없다고 보고 5조에 부합하지 않는다고 판정하였다. 판정부는 정부의 지시를 받은 개인 단체의 행위는 국가 기관의 행위라는 8조¹⁹¹⁾도 SCA가 이집트 정부로부터 문제가 되는 행위를 시행하도록 지시를 받은 점이 입증되지 않는다고 지적하고 SCA의 행위 책임은 이집트에 귀속되지 않는다고 판시하였다(판정문 154-174).

4) 사법부인¹⁹²⁾

청구인은 이집트 법원이 소송 절차를 지연시킬 목적으로 1, 2차 소송을 병합했다고 주장하였는데, 이에 대하여 판정부는 그리 했다는 증거를 찾을 수 없고, 비록 두 사건이 2년의 간격을 두고 제기되긴 했으나 동일한 계약으로부터 발생한 사건이었으며, 아울러 병합 결정이 1998년 12월에 내려졌음에도 1년 반이 지나도록 청구인들이 이에 대하여 이의를 제기하지 않은 점을 고려했을 때, 위와 같은 주장을 인정할 수 없다고 판단하였다. 아울러 사건이 매우 복잡한 점과 두 사건을 병합하여 처리한 과정 등을 감안한다면 다소 절차가 오래 걸렸다고 해서 이것이 곧바로 사법 부인에 해당한다고 볼 수는 없다고 실시하였다. 한편, 청구인은 법무부로 하여금 중립적이지 못한 전문가 패널을 새로 선정하여 이집트에 불리한 보고서를 배제시키려 했다고 주장하였는데, 이에 대하여 판정부는 문제된 2000년 5월 29일 제2차 패널 선정 당시 법원은 당사자 일방의 요청에 따라 2차 패널을 선정한 것이고, 비록 법무부가 선정하긴 했으나 이것이 자의적인 결정이었거나 적법 절차에 위반된 것이라 볼 수 없다고 밝혔다. 더구나 청구인들은 패널 선정에

[2] An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

190] 5. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

191] 8. The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

192] 투자자:국가소송(ISD) 최신 판정 분석, 법무부 2014. 4., pp. 176-177



대하여 의견을 개진할 충분한 기회가 있었음에도 아무런 이의를 제기하지 않았고, 이러한 제반 사정을 고려할 때 2차 패널 선정이 적법 절차 위반 또는 사법 부인에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

청구인들은 이스마일리아 행정 법원이 SCA의 사기(fraud) 행위에 대하여 제대로 판단하지 않았으므로 사법 부인이 성립된다고 주장하였다. 판정부는 이 주장의 타당성을 판단하기 위하여 사기 행위가 있었는지, 그리고 있었다면 법원이 이를 제대로 다루었는가를 검토하였다. 이와 관련하여 청구인들은 i) SCA가 문제된 事前 준설 작업 사실을 공개하지 않았고, ii) 사전 준설 작업을 통하여 알게 된 지형과 준설량에 대하여 정확한 정보를 제공하지 않은 점을 지적하였다. 판정부는 제출된 증거 자료에 비추어 볼 때, SCA가 입찰 전에 사전 준설 작업 사실을 고지하지 않은 점은 인정하였다. 그러나 청구인들이 주장하는 양만큼의 사토가 더 매장되어 있을 것이라 믿도록 SCA가 적극 유인하였다는 정황은 없다고 보았다. 다음으로, 작업 지역의 지형과 준설량에 대하여 청구인들은 SCA가 지반의 40%가 딱딱한 암석으로 이루어져 있다는 걸 알고 있으면서도 3% 정도밖에 안된다고 거짓 정보를 주었다고 하나, 이집트는 3%라는 언급을 한 적도 없고 암석 비율에 대하여 보장한 바도 없다고 반박하였다. 또한 이집트는 문제된 구역에 접근한 적이 없어서 해당 지반에 대하여 아무런 정보를 갖고 있지 않았다고 하였다. 문제는 과연 SCA가 암석 비율을 사전에 알고 있었는지, 청구인들 회사가 그러한 지형 상태를 알 수 있었는지 여부이다. 판정부는 본 사안에서와 같은 높은 암석 비율은 누구도 예측할 수 없는 수준이라고 판단하였다. 또한, 중요한 것은 SCA가 그러한 암석 비율을 사전에 알지 못하였다는 것과, 계약 문서 어디에도 암석 비율에 대한 보증이 없었다고 하였다. 결론적으로, 청구인들이 주장하는 SCA의 사기 혐의는 성립하지 않는다고 보았으며, 따라서 판정부는 SCA의 사기가 입증되지 않은 이상 이스마일리아 행정 법원이 그러한 사기를 제대로 판단하지 않아 사법 부인이 있었다는 청구인들의 주장은 수용할 수 없다고 결론지었다.

다. 평가 및 해설

1) 국가 책임 귀속성

이 사건에서 심리된 책임의 국가 귀속성 문제는 투자협정과 관련된 분쟁에서 흔히 제기되는 쟁점 중의 하나이다. 청구인이 특정 주체의 행위로 인해 투자협정에서 보호되는 이익의 손실을



입었으며 해당 주체의 행위 책임은 해당 정부로 귀속된다고 주장하면 판정부는 행위 책임을 정부로 귀속시킬 수 있는 근거를 찾게 된다. 행위의 책임을 정부로 귀속시킬 수 있는 주체나 그 행위의 범위를 투자협정에 적시하여 해결하는 경우는 매우 드물다. 지금까지의 판례는 이 사건을 시작으로 대부분 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 4조, 5조, 8조를 적용하여 왔다.

초안 4조는 정부 기관의 행위이다. 이는 당연한 것이므로 크게 쟁점이 된 적은 없다. 5조는 정부 권한을 행사하도록 법률에 의해 권한이 부여된 기관의 행위이다. 8조는 법률로 권한이 부여되지는 않았으나 정부의 명령, 지시, 통제 아래 행동하는 기관, 개인들의 행위이다. 귀속성이 문제가 된 사건에서 판정부는 문제가 제기된 행위 주체가 5조, 8조에 해당하는지를 살펴본다.

이 사건이 의미가 있는 것은 설사 위 조항에 의거하여 책임의 귀속성을 인정할 수 있는 기관의 위반 행위라 할지라도 문제가 제기된 주체가 공적인 자격으로서 행동한 것과 사적인 자격으로 행동한 것을 구분해야 한다는 점이다. 대개 해당 주체와 체결한 계약이 제대로 이행되지 않았다고 청구인이 주장하는 경우가 많은데 해당 주체의 계약 위반 행위가 통상적인 계약 당사자로서 충분히 있을 수 있는 행위인지, 공적인 자격과 권능을 가진 주체로서의 행위인지를 구별하여 전자일 경우 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 없다는 것이 이 사건에서 시작되어 지금까지 확인된 ICSID 중재 판정례이다.

가나 코코아 이사회(GCB)의 귀속성이 문제된 *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24)에서 판정부는 문제가 되는 GCB의 행동이 가나 정부가 공권력을 행사한 과정이나 결과가 아니라 상업적인 주체인 GCB와 청구인이 각자의 이익을 확보하려는 정상 거래(arms-length) 행위라고 판단하였다. *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28)에서 판정부는 Emlak이 터키 정부의 통제 하에 있다고 판단하였으나 문제가 된 행위는 Emlak의 상업적 손실 최소화를 위해 이사회가 독립적으로 결정한 것이지 별도의 공적인 목적 달성을 위한 주택개발청의 지시나 통제에 의한 것이 아닌 점이 확인된다고 보아 귀속성을 인정하지 않았다.

행위 책임의 국가 귀속성에 관한 종합 해설은 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에 수록되어 있다.

2) 분쟁 동일성

분쟁 동일성 심리와 관련하여 흔히 제기되는 쟁점은 동일성 여부를 판단하는 기준이다. 투자협정은 서로 다른 사법 절차에 회부된 분쟁의 동일성 여부를 판단하는 기준을 제시하고



있지는 않다. 동일성 여부 판단의 기준은 중재 판정의 결과 누적을 통해 이루어지고 있다. 지금까지의 판정을 보면 분쟁의 대상이 된 문제, 분쟁을 발생시킨 사실과 심리상의 고려를 기준으로 동일성 여부를 판단하기도 하였고 사법 심판을 청구하게 된 기본적인 근거, 이유의 동일성 여부를 기준으로 판단하기도 하였다. 이 사건 판정부와 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4) 중재 판정부는 동일 분쟁 여부는 분쟁의 대상이 되는 문제(subject matter)가 동일한지에 달려 있다고 보았다. 이전 분쟁을 발생시켰던 사실과 고려가 이후 분쟁에서도 중심에 있는지를 판단하면 될 것으로 보았다. 반면에 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21), *H & H vs. Egypt* 사건(ARB/09/15), *SyC vs. Costa Rica* 사건(ARB/12/4) 판정부는 분쟁 당사자, 대상, 원인 대신 청구의 근본적인 근거(fundamental basis of the claim)의 동일성 여부를 기준으로 분쟁의 동일성을 판단하여야 한다고 보았다. 이 기준은 분쟁의 동일성 판단을 위해 우선 규범적 원천의 동일성 여부, 즉 청구를 발생하게 한 근본적인 원인과 추구하는 구제 효과가 동일한 것인지를 살피고, 목적, 당사자, 행위 원인을 공유하는 청구가 여타의 사법 구제에 회부되어 있는지를 살피는 것이다.

분쟁 동일성에 관한 종합 해설은 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에 수록하였다.



69

Wintershall vs. Argentina 사건(ARB/04/14)

가. 사건 개요

이 사건은 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 분쟁해결 절차를 이용할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Wintershall사는 독일 회사로서 아르헨티나의 원유 생산, 탐사 전문 회사인 WIAR사의 지분을 100% 소유하고 있었다. WIAR사는 원유 탐사 및 생산에 관한 아르헨티나의 다양한 법률, 규정 등에 의거하여 원유는 자유로운 수출, 가스는 에너지부 승인 하 수출, 수출 신청은 7일내 처리, 7일 이상 경과 시 승인으로 간주, 원유 수출 통제 도입 시 12개월 사전 통보, 우대 환율 적용, 아르헨티나 정부에 제공하는 로열티 상한선 12%, 가스 공급 가격은 달러화로 산정 후 당시 시장 환율에 의거 폐소화로 지급, 가스 가격은 매 6개월 미국 생산자 물가 지수에 의거 조정 등의 각종 권리를 보장받고 있었다. 아르헨티나는 외환 위기로 인하여 2001년부터 2002년까지 새로운 법령을 도입하여 이상의 권리를 심각하게 제한하였고 이로 인해 WIAR의 수익성이 크게 타격을 입었다.

모회사인 Wintershall사는 아르헨티나의 조치가 독일-아르헨티나간 투자협정상의 공정하고 공평한 대우, 충분한 보호 및 안전, 차별 금지 및 수용 금지 의무를 위반하였다고 적시하여 2003년 12월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

독일-아르헨티나 투자협정 10조 분쟁해결 절차 조항은 분쟁 발생 시 양 당사자는 우호적 해결 도모, 6개월 내 합의 불발 시 국내 법원 이용, 18개월 내 판결 불확정 시 국제 중재 절차 이용 등의 요건을 규정하고 있었다. 청구인은 그러나 이 투자협정의 최혜국대우 조항을 원용하여 위 10조보다 훨씬 간략한 절차(6개월간 우호적 해결 시도 후 성과 없을 시 국제 중재 이용 가능)를 규정하고 있는 미국-아르헨티나 투자협정 분쟁해결 조항(VII조(3)¹⁹³⁾에 의거하여 ICSID 중재를



신청하였다. 아르헨티나는 ICSID 관할권을 부인하였다.

중재 판정부는 독일-아르헨티나 투자협정 최혜국대우 조항(3조)은 최혜국대우를 투자 또는 투자에 관련된 행위의 ‘모든 관계’, ‘모든 측면’, ‘투자협정의 모든 문제’에 부여한다고 포괄적으로 기재되어 있지 않음을 주목하였다. 따라서 판정부는 3조 최혜국대우 조항을 근거로 10조 분쟁해결 절차 적용을 회피할 수는 없다고 판단하였다. 3조 최혜국대우 조항이 ICSID 중재 절차를 선택한 투자자의 투자를 보호하지 않는다는 것이 아니라 독일과 아르헨티나가 10(2)조에 부여한 의미가 심대하기 때문이라고 보았다. 판정부는 10(2)조 국내 사법 절차의 18개월 내 종료 요건이 단순한 절차 규정이 아니라 당사자간 분쟁을 최대한 투자 유치국내 사법 절차를 이용하여 해결토록 의무화하되 투자 유치국은 18개월 내 해당 심리를 신속하게 종결해야 하는 의무를 부과한 것이라고 본 것이다(판정문 162).

중재 판정부는 협정 체결국이 최혜국대우 조항을 분쟁해결 절차에도 적용하려는 의도가 있었으면 보다 명확하게 기술할 수 있었을 것이므로 최혜국대우 조항이 ‘모든 문제에 대해 (with respect to all matters)’ 적용된다고 기술되어 있어도 과연 분쟁해결 절차에도 최혜국대우 조항을 적용하려는 충분한 의도를 나타내는 것인지 회의적이라고 지적하였다. 판정부는 통상 최혜국대우 조항은 분쟁해결 절차를 대체하는 방식으로 운영되는 것은 아니라고 보았다. 왜냐하면 상이한 환경과 맥락에서 합의된 타 투자협정의 분쟁해결 절차를 적용하는 것은 계약 당사국 자신들이 협의하여 체결한 협정의 분쟁해결 절차를 제거하는 것이므로 그러한 의도가 명징하게(plainly and unambiguously) 적시되지 않는 한 최혜국대우 조항을 타 협정의 분쟁해결 절차를 이용할 수 있다는 방식으로 해석할 수 없다고 보았다. 판정부는 이 사건의 경우 그러한 의도가 적시되지 않았다고 판단하였다(167).

중재 판정부는 독일-아르헨티나 투자협정과 미국-아르헨티나 투자협정의 분쟁해결 절차는 본질적으로 상이하여 서로 대체할 수도 없다는 점을 지적하였다. 독일-아르헨티나 투자협정 분쟁해결 절차는 아르헨티나 국내 법원에 먼저 제소해야 후에 ICSID 중재도 할 수 있는 구조이나 미국-아르헨티나 투자협정 분쟁해결 절차는 일단 아르헨티나 국내 사법 절차를 개시하였으면 국제 중재를 신청할 수 없고 국내 사법 절차를 포기하고 국제 중재를 선택하더라도

193] VII.3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration: (i) .. ICSID., or (ii) .. ICSID Additional Facility.. or (iii) ..UNCTRAL or (iv) ..any other arbitration institution, as mutually agreed... (b) Once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent.



ICSID 중재와 UNCITRAL 중재 절차 중 하나를 택할 수 있게 되어 있었다. 중재 판정부는 이 두 방식은 의심할 여지없이 상이한 제도로서 서로 대체할 수 없다고 보았다(174-176).

이상을 근거로 중재 판정부는 Wintershall사는 독일-아르헨티나 투자협정상의 분쟁해결 조항 요건 준수를 회피하기 위해 최혜국대우 조항을 원용할 수 없으며 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건은 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용해 올 수 있다는 기존의 판례에 정면으로 도전한 최초의 판례이다. 이 사건에서 제시한 반대 논리는 이후의 판정에서 지지되었다. 지금까지 10건의 ICSID 판정이 이 쟁점을 심리하였으나 판정부의 견해는 일치하지 않는다. 7:3의 비율로 분쟁해결 조항은 최혜국대우 조항을 이용하여 차용해 올 수 없다는 견해가 다수설이다. 이 사건은 다수설 정립에 기여한 판정이다.

소수설의 논거는 대개 분쟁 당사자 간 투자협정의 최혜국대우 조항 문안이 ‘협정에 관계된 모든 문제’에 적용된다는 점을 들고 있다. 명시적으로 해당 조항이 모든 문제에 적용된다고 규정하고 있으므로 분쟁해결 절차도 포함된다는 것이다. 이러한 해석이 체약국의 의도를 반영하는 것이라고도 한다. 또 다른 논거 중의 하나는 분쟁해결은 투자자 보호의 실질에 관한 사항이고 분쟁해결 절차의 적용은 외국인 투자자의 보호를 한층 강화하는 것이므로 투자 보호라는 투자협정의 기본 목적에 부합한다는 것이다.

타 협정의 분쟁해결 조항은 최혜국대우를 이용하여 도입할 수 없다는 다수설의 대표적인 논거는 원 협정의 분쟁해결 절차는 체약국의 명시적인 합의로서 이를 무시하고 임의로 타 협정의 분쟁해결 절차를 도입할 수 없다는 것이다. 만일 타 협정의 분쟁해결 절차를 최혜국대우 조항을 통해 도입할 수 있다는 원 협정 체약국의 의사가 분명하게 명시되어 있지 않은 이상 주권 국가가 합의한 원 협정의 분쟁해결 절차 규정을 적용해야 한다고 보는 것이다. 분쟁 절차는 실질적인 권리가 아니라 최혜국대우 조항이 적용되지 않는 절차 규정으로 보아야 한다는 점, 타 협정 분쟁 절차 도입을 허락할 경우 원 투자협정의 안정성이 침해되고 유리한 분쟁해결 절차 이용을 위한 treaty shopping이 조장된다는 점, 원 투자협정 최혜국대우 조항에 ‘모든 문제’에 적용된다는 문구가 없는 점 등이 논거로 제시되기도 한다.



판례가 대립 중에 있다 보니 최근에 체결되는 투자협정은 아예 최혜국대우 조항 적용 대상에 타 협정의 분쟁해결 절차가 포함되는지 여부를 협정 내에 명시적으로 규정하기도 한다. 한중 FTA 12(3)조¹⁹⁴⁾와 2014년 스위스-조지아 투자협정 5(4)조¹⁹⁵⁾가 대표적인 예이다.

투자자가 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용하려는 이유는 국제 중재 제기 전에 부과된 국내 사법 절차 이용 요건을 회피하려는 것이 대다수이다. 투자협정의 분쟁해결 조항은 대개 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결 시도, 국내 사법 제도 선 이용, y 개월 이내 국내 법원 판결 없을 시 국제 중재 회부 등의 수순으로 구성되어 있는 경우가 많다. 국내 사법 제도 先 이용이나 y 개월의 대기 기간을 회피하기 위해 이러한 전제 조건이 없거나 기간이 짧은 타 협정의 분쟁 조항을 활용하려는 의도에서 최혜국대우 조항을 이용하려고 하는 것이다. 그 외에 피해 발생 후 x 년 이내 제소 등 분쟁 제기 시한을 회피하거나 특정 종류의 분쟁에만 적용된다고 관할 범위를 협소하게 지정한 원 투자협정의 분쟁해결 절차의 범위를 확대하려거나 계약상의 분쟁해결 조항 이용을 회피하려는 의도에서 시도되기도 한다.

최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용 가능 여부에 대한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건 (ARB/14/25)에 수록하여 두었다.

194] 3. It is understood that the treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments as referred to in paragraph 1 does not include treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes between a Party and investors of any non-Party that are provided for in other international agreements.

195] 4. It is understood that the most-favoured nation treatment referred to in paragraphs (2) and (3) does not apply to investment dispute resolution mechanisms provided by this agreement or by other international agreement made by the Contracting Party concerned.



70

Telenor vs. Hungary 사건(ARB/04/15)

가. 사건 개요

이 사건은 최혜국대우 조항을 이용하여 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 적용 받을 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인인 Telenor Mobile Communication사(이하 Telenor)는 노르웨이 무선 통신 회사로서 헝가리 통신 회사 Pannon의 지분 전체를 소유하고 있었다. 헝가리는 통신 사업에 경쟁 체제를 도입하기 위해 국가가 운영하던 무선 통신 사업을 자유화하였으며 Pannon사는 1993년 11월 무선 통신 사업권을 획득하였다. 2001년 헝가리는 일부 유선 통신 사업자만 제공할 수 있는 새로운 통신 서비스를 시작하였다. Telenor사 같은 무선 사업자는 이 서비스 제공자(universal service provider)가 될 수 없었다. 또한 헝가리는 무선 사업자의 수익에서 일정 부분을 공제하여 universal service provider에게 지원하는 제도(ETTA)를 도입하였다. 수익이 높은 무선 사업자 이익의 일부로 사업성이 저하되어 가고 있는 유선 통신 사업자를 지원하려는 목적이었고 이 제도는 2002, 2003년간 시행되었다. 헝가리는 시장 지배적 위치에 있는 통신 사업자의 가격을 통제하는 제도를 도입하였고 Pannon사가 여기에 해당되었다. Pannon사는 이 제도로 인해 수익이 감소되었다고 주장하였다.

Telenor사는 이상의 헝가리 정부의 조치로 인해 100% 자회사 Pannon이 수용에 상당하는 피해를 입었으며 헝가리 조치는 노르웨이-헝가리 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하고 2004년 8월 ICSID 중재를 신청하였다. 헝가리는 양국 투자협정상 ICSID 중재는 수용 분쟁에 국한된다고 명시되어 있으나 Telenor사의 수용 주장은 터무니없으므로 ICSID는 이 사건에 관할권이 없다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

중재 판정부는 투자의 가치나 투자를 향유 또는 이용할 수 있는 권리를 투자자로부터



실질적으로 박탈하거나 투자의 경제적 가치의 실질적인 부분이 박탈되어야 수용으로 볼 수 있다는 이전 판례를 인용하여 전체적으로 보았을 때 헝가리 정부의 조치로 인해 해당 투자의 가치가 실질적으로 침식되었는지 여부를 심리하겠다고 밝혔다. 그리고 이러한 박탈, 가치 침식의 존재는 이를 주장하는 청구인에게 있다고 언급하고 청구인의 최초 중재 신청서에는 수용에 관한 주장이 명시적으로 제시되지는 않았으며 판정부가 이를 확실히 하여 달라고 요구한 이후에 제출된 입장서에 수용되었다는 주장을 뒤늦게 제기한 점을 지적하여 두었다(판정문 72).

판정부는 Pannon사가 발행하는 연감에 자사가 매우 성공적이고 수익을 내는 기업이라고 관행적으로 적시하여 왔으며 자산 가치가 1999년부터 매년 꾸준히 증가하여 2004년에는 1999년 자산 가치의 2배를 초과하였다는 Pannon사의 자료를 인용하였다. 판정부는 ETTA 제도는 Pannon사를 포함하여 모든 무선 사업자에게 동등하게 적용된 점도 확인하였다. 판정부는 Pannon사의 경영권은 정부 간섭 없이 항상 이사회에게 있어 왔고 양허 계약은 계속 유효한 상태이며 Pannon사의 자기 자산 및 수익에 대한 접근권이 부정된 바도 없는 한편 자사의 연감에 스스로 수익과 자산이 매년 증가하는 수익성 높은 기업이라고 자평한 점 등에 비추어 Pannon사는 수용 조치가 있었다는 주장을 일차적으로(*prima facie*) 성립시키지도 못하였다고 판시하였다(79-80).

2) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용

헝가리는 수용 주장이 기각되었으므로 ICSID 관할권을 수용 사건으로 제한한 노르웨이-헝가리 투자협정 XI조상 ICSID는 이 사건에 관할권이 없다고 주장하였다. Telenor사는 양국 간 투자협정에는 최혜국대우는 분쟁해결 같은 절차적 권리에도 적용이 된다고 주장하고 무제한적인 ICSID 중재 관할권을 적시한 헝가리와 타국간의 투자협정상의 분쟁해결 조항이 양국 투자협정 최혜국대우 조항을 통하여 이 사건에도 적용된다고 반박하고 헝가리의 조치가 투자협정 III조 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하는지 심리하여 줄 것을 요구하였다.

판정부는 조약은 조약의 용어에 부여된 통상적인 의미에 따라 선의로 해석해야 한다는 조약에 관한 비엔나 협약 31조를 인용하면서 제 3국 투자자의 투자에 부여된 대우와 동등한 대우를 부여해야 한다는 노르웨이-헝가리 투자협정 IV조 최혜국대우 조항의 통상적인 의미는 투자에 대한 투자자의 본질적인 권리가 여타 투자협정에서 보다 불리하게 대우받아서 안 된다는 의미이지 절차상의 권리에도 적용된다고 확장 해석할 여지가 없다고 보았다(92).

판정부는 최혜국대우 조항을 분쟁해결과 같은 절차적인 사항에도 적용된다고 확장 해석할



경우 투자 유치국을 투자자의 treaty shopping 위험에 노출시키게 된다고 지적하였다. 양 당사국이 분쟁해결 절차에 의도적인 제한을 두었음에도 불구하고 투자자가 이러한 제한이 없는 타 투자협정을 최혜국대우 조항을 통해 당사국의 명시적인 의도를 무산시키도록 방지할 수 없다는 것이다(93).

판정부는 최혜국대우 조항의 확대 해석은 투자협정의 확실성과 안전성을 해친다고도 지적하였으며 판정부는 비록 ICSID 중재 관할권을 인정하는 것이 투자자 보호에 도움이 되는 점이 있다고 하더라도 판정부의 임무는 조약 해석에 관한 통상적인 원칙을 적용하여 주위진 투자협정을 해석하는 것이지 양 당사국이 특별히 합의한 분쟁해결 절차를 다른 절차로 대체하는 것이 아니라고 언급하였다. 판정부는 분쟁해결 절차에 특별한 제한을 둘 지 여부는 순전히 양 당사국의 의사에 따른 것이라고 전제하고 이 사건의 경우 헝가리가 체결한 15개의 양자 투자협정 중 ICSID 중재에 회부할 수 있는 분쟁의 종류를 적시한 것은 노르웨이-헝가리 투자협정이 유일하며 양국은 ICSID 중재 대상이 되는 분쟁을 제한하려는 분명한 선택을 한 것이 확실하다고 지적하였다(95-97). 중재 판정부는 이상에 비추어 이 사건에 대해 ICSID 중재 판정부는 관할권이 없다고 판시하였다(102).

다. 평가 및 해설

1) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정의 분쟁해결 조항 차용

이 사건에서 쟁점이 된 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용 가능 여부는 지금까지 10개 ICSID사건에서 심리되었다. 이 사건 판정부처럼 부정적으로 판단한 판정이 다수설이다. 소수설의 논거는 대개 분쟁 당사자 간 투자협정의 최혜국대우 조항 문안이 ‘협정에 관계된 모든 문제’에 적용된다는 점을 들고 있다. 명시적으로 해당 조항이 모든 문제에 적용된다고 규정하고 있으므로 분쟁해결 절차도 포함된다는 것이다. 이러한 해석이 체약국의 의도를 반영하는 것이라고도 한다. 또 다른 논거 중의 하나는 분쟁해결은 투자자 보호의 실질에 관한 사항이고 분쟁해결 절차의 적용은 외국인 투자자의 보호를 한층 강화하는 것이므로 투자 보호라는 투자협정의 기본 목적에 부합한다는 것이다.

투자자가 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용하려는 이유는 국제 중재 제기 전에 부과된 국내 사법 절차 이용 요건을 회피하려는 것이 대다수이다. 투자협정의



분쟁해결 조항은 대개 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결 시도, 국내 사법 제도 선 이용, y 개월 이내 국내 법원 판결 없을 시 국제 중재 회부 등의 수순으로 구성되어 있는 경우가 많다. 국내 사법 제도 선 이용이나 y 개월의 대기 기간을 회피하기 위해 이러한 전제 조건이 없거나 기간이 짧은 타 협정의 분쟁 조항을 활용하려는 의도에서 최혜국대우 조항을 이용하려고 하는 것이다. 그 외에 피해 발생 후 x 년 이내 제소 등 분쟁 제기 시한을 회피하거나 특정 종류의 분쟁에만 적용된다고 관할 범위를 협소하게 지정한 원 투자협정의 분쟁해결 절차의 범위를 확대하려거나 계약상의 분쟁해결 조항 이용을 회피하려는 의도에서 시도되기도 한다. 이 사건 청구인 Telenor는 원 분쟁 절차가 수용 사건만을 대상으로 하고 있는 점을 회피하기 위해 타 분쟁 조항을 차용하려고 시도하였다.

최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용 가능 여부에 대한 ICSID 판정례

사건명	가부	판정 논거	원용 시도 이유
<i>Mattezzini vs. Spain</i> (97/7)	O	MFN의 all matter 문구상 분쟁 포함 외국인 투자 보호 강화	국내 사법 절차 선 이용 요건 회피
<i>Siemens vs. Argentina</i> (02/8)	O	MFN 분쟁 등 절차 규정에도 적용 가능 외국인 투자 보호 강화	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Salini vs. Jordan</i> (02/13)	X	MFN 분쟁 적용 불명시 all matter 문구도 부재 MFN 분쟁 적용 가능 체약국 의사 불입증	계약상의 분쟁 조항 적용 회피
<i>Wintershall vs. Argentina</i> (4/14)	X	18개월 시도는 의무 분쟁 절차는 체약국 합의 임의 변경 곤란 MFN 조항에 all matters 문구 부재 분쟁 절차 대체 가능 의사 명시되지 않으면 MFN 통한 분쟁 우회 곤란	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Telenor vs. Hungary</i> (4/15)	X	MFN은 실질 권리 대상, 절차에는 부적용 Treaty shopping 조장 우려 분쟁 절차는 체약국 합의 임의 변경 곤란	ICSID 대상을 수용사건으로 한정된 원 협정 회피
<i>Daimler vs. Argentina</i> (05/1)	X	18개월 시도는 의무, MFN은 영토 내 적용, 국제 중재는 외국에서 진행되므로 MFN 부적용, all matters 적용 문구 부재	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Impregilo vs. Argentina</i> (07/17)	O	MFN의 all matters 문구는 분쟁 포함	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>H & H vs. Egypt</i> (09/15)	X	분쟁 절차 자체가 체약국 합의, MFN 통한 분쟁 조항 원용이 불명시되었으면 합의 무시 불가	국제 중재 제기 전 6개월 대기 시한 회피
<i>Kilic vs. Turkmenistan</i> (10/1)	X	조항 위차상 MFN은 실질적 권리만 대상, 체약국, MFN 통한 분쟁 원용 주의도 추론 가능	국내 사법 절차 선 이용 요건 회피
<i>Ansung vs. China</i> (14/25)	X	MFN 적용 대상에 분쟁 불명시, MFN은 국내법규 적용 문제, 국제중재는 국제 문제	분쟁 제기 시한 3년 회피



2) 유사 사건과의 비교

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7)은 이 사건 판정부의 견해와 달리 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 차용하는 것이 가능하다고 주장하였다. 판단은 반대이지만 판단의 근거는 두 사건이 같다. 두 판정부는 모두 투자협정에 나타난 체약국의 의도를 기준으로 분쟁해결 조항 차용 가부 판단을 하였다.

Maffezini 사건에서 이태리-스페인 투자협정의 분쟁해결 조항은 국제 중재 회부는 국내 사법 절차 이용 후 가능하다는 제한을 두고 있었다. 반면 칠레-스페인 투자협정 분쟁해결 조항은 6개월 조정 기간을 거친 후에는 제한 없이 국제 중재를 이용할 수 있게 되어 있었다. *Maffezini*는 이태리-스페인 투자협정상의 최혜국대우 조항을 이용하여 자신도 칠레-스페인 투자협정의 분쟁해결 조항에 따라 ICSID 중재를 이용할 수 있다고 주장하였으며 중재 판정부는 분쟁해결 조항은 투자자 권리 보호에 필수적인 요소라고 보고 청구인의 주장을 수용하였다. 아울러 중재 판정부는 이태리-스페인 투자협정 최혜국대우 조항 문안상 분쟁해결 절차에도 적용할 수 있다고 확대 해석하는 것이 이태리, 스페인의 의도에 부합하기도 한다는 점을 부연하여 밝혀 두었다. 이태리-스페인 투자협정 최혜국대우 조항은 ‘이 협정에 관한 모든 문제에 관하여 제 3국 투자자에 부여된 것보다 불리하지 않은 대우를 부여한다’고 규정되어 있었다. 판정부는 스페인이 체결한 여타 투자협정 중 최혜국대우 적용 대상이 ‘모든 문제’라고 적시한 것은 이태리-스페인 투자협정이 유일하며 여타 투자협정 최혜국대우 조항은 예외 없이 이 표현이 없이 보다 제한적으로 기재되어 있다고 밝혔다. 이는 이태리와 스페인이 최혜국대우의 적용 대상을 여타 투자협정보다 확장하려는 분명한 의도가 있었다는 점을 나타내는 것이며 따라서 최혜국대우 조항을 분쟁해결 절차로까지 확장 해석하는 것이 비록 투자자의 *treaty shopping*을 조장할 우려가 있지만 이러한 우려 때문에 당사국의 분명한 정책적 목적을 훼손할 수는 없다고 판단하였다.

이 사건 판정부나 *Maffezini*판정부의 판정 결과는 달랐지만 투자협정 체결국의 의도를 존중한 면은 같다.



가. 사건 개요

이 사건은 에콰도르가 민간 회사와 체결한 전기 매입 계약상의 의무를 위반한 것이 투자협정 위반 조항 위반이기는 하나 여타 투자자 대우 의무 위반에 해당하지는 않는다고 판정된 사건이다.

청구인 Duke Energy Electroquil Partners(이하 Duke Energy)는 미국 회사로서 또 다른 청구인 에콰도르 發電 회사 Electroquil의 지분 과반을 1998년 2월 매입하였다. Electroquil은 발전기 2대를 새로 설치, 가동하여 생산한 전기를 에콰도르 전력청에 납품하는 계약을 1995년 체결하였다(95 PPA). 이 계약은 전기 매입 및 납품 조건에 관해 상세한 규정을 두고 있었는데 전력청의 매입 의무 및 가격과 Electroquil의 납입 조건 미준수시 벌과금 부과 규정이 핵심이었다. 전력청은 Electroquil이 필요로 하는 연료 공급을 책임진다는 별도 계약을 체결하였고 1996년에는 추가로 2대의 발전기를 설치하여 전기 납품 규모를 늘리기로 합의하였다(96 PPA). 전기 매입 대금의 확보를 위해 에콰도르는 중앙은행에 신탁 구좌를 개설하여 매입 대금을 충당할 수 있는 액수를 입금하여 두고 Electroquil가 정당한 청구서를 제시하면 중앙은행이 해당 금액을 인출하여 주는 방식을 채택하였다.

전기 매입 계약(PPA)이 실행된 직후부터 Electroquil과 에콰도르 전력청 간에는 매입 대금 및 벌과금을 둘러싼 대립이 발생하였다. 에콰도르는 Electroquil이 월 고정 납품 킬로 와트 등의 계약 의무를 이행하지 못했다는 이유로 10여건의 벌과금을 부과하였으며 Electroquil은 신탁 구좌 개설 지연, 청구서 결제 지연 등의 의무를 에콰도르가 이행하지 않았다고 반발하였다. Duke Energy가 Electroquil의 과반 지분을 매입한 때는 이미 6건의 벌금이 부과되었고 전력청의 매입 대금 지불이 지연되어 양측의 다툼이 진행 중에 있었다. Duke Energy는 지분 매입 전에 기존 미지급금 정산을 요청하였으며 에콰도르는 1997년 11월 대금 정시 지급 명령을 전력청에 하달하기도 하였다. 1998년 9월 에콰도르 전력청은 해산되고 95, 96 PPA상의 권리와 의무는 에콰도르 산업부가 승계하였다. 전력청과의 분쟁해결을 위해 청구인과 산업부는 조정-중재 약정을 체결하여 해결하기로 하였으나 원만히 처리되지는 못하였다. 산업부와 청구인은 전기 매입 계약을



종료하기로 하고 비용 정산 등 잔여 문제 처리를 위한 ‘청산 약정’ 2건(95년, 96년)을 2001년 11월 각각 체결하였다. 청산 약정으로 해결되지 못하는 문제가 있으면 ICSID 중재에 회부하기로 하는 ‘중재 약정’을 2004년 4월 체결하였다. 중재 약정은 PPA 상의 계약 분쟁에도 투자협정이 적용된다고 확인하였다.

청구인은 에콰도르가 95, 96PPA를 위반하였으며 미국-에콰도르 투자협정의 우산 조항과 투자자 보호 조항을 위반하였다고 주장하고 2004년 8월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 우산 조항

판정부는 에콰도르가 전기 매입 대금을 미리 예치하여 두는 신탁 구좌를 약속 시한까지 개설하지 않은 점, 전기 매입 대금을 적시에 지급하지 않은 점, 규정을 위반하여 벌금을 과도하게 부과한 점 등은 95, 96 PPA 위반 사항이라고 판정하였다. 판정부는 에콰도르의 PPA 위반은 투자협정 II(3)조 우산 조항 위반에도 해당한다고 보았다. 이 조항 문안상 위반이 인정되기 위해서는 i) 국가의 의무가 존재해야 하고 ii) 투자와 관련된 것이어야 하며 iii) 의무가 준수되지 않았어야 한다고 보았다. i) 의무에 대해 판정부는 이 조항은 ‘모든 의무’에 적용된다고 규정하고 있고 ‘2004년 중재 약정’에도 PPA 계약 분쟁에 투자협정이 적용된다고 두 당사자가 합의하였으며 PPA상의 전력청의 권리 의무를 산업부가 승계한다는 대통령령도 발표되었다는 점을 근거로 에콰도르의 의무가 존재한다는 점이 확인된다고 판단하였다. 이 의무가 투자와 관련된 것이어야 한다는 ii)의 요건은 사건 내용상 자명하며 의무가 준수되지 않았다는 iii)의 요건은 에콰도르가 PPA를 위반하였다고 이미 판정하였으므로 당연히 충족된다고 확인하였다 (판정문 321-325).

2) 공정하고 공평한 대우

청구인은 에콰도르가 자국법과 해당 계약상의 의무에 의거하여 행동하리라는 합리적이고 정당한 기대를 침해하였다고 주장하고 이는 투자협정의 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

판정부는 투자협정이 보호해야 하는 투자자의 기대는 투자자가 투자를 시행할 시점 당시에



있어 정당하고 합리적이어야 하며 이러한 정당성과 합리성은 투자를 둘러싼 사실뿐만 아니라 투자 유치국의 지배적인 정치, 사회, 경제, 문화, 역사적인 환경까지 포함한 모든 환경을 고려하여 판단하여야 한다고 개진하였다. 투자자의 기대는 또한 투자 유치국이 제시한 조건으로부터 발생하여야 하고 투자자가 이 조건을 믿고 투자를 결정하였어야 한다고 보았다. 판정부는 우산 조항을 제외하고 나머지 투자협정의 조항에 있어서 정부의 계약 위반 자체가 조약 위반을 구성하는 것은 아니며 정부는 통상적인 계약의 당사자로서 국제적인 책임을 야기하지 않고 특정 계약을 위반할 수 있다고 설명하였다(338-345).

판정부는 이 사건 경우 에콰도르의 PPA 위반은 신탁 구좌 개설 지연, 부적절한 벌금 부과, 대금 지급 지연 등으로서 통상의 계약 당사자가 범할 수 있는 위반 사항이며 국가의 주권적인 권한 행사를 수반하지 않았다고 언급하였다. Duke Energy는 투자 당시(Electroquil 지분 매입) 미납 벌금이 없다고 합리적으로 기대하였다고 항변하였으나 중재 판정부는 Electroquil이 6회에 걸쳐 150만불 이상의 벌금을 부과 받은 점은 공지의 사실이었으므로 향후 벌금을 부과 받을 수 있다는 것을 Duke Energy가 충분히 알 수 있었다고 기각하였다. 전력청의 벌금 부과는 계약상의 권리 행사이지 정부의 주권적인 권한을 행사한 것도 아니라고 참언하였다(349-354).

95 PPA는 전기 매입 대금 지불 보장을 위해 신탁 구좌를 개설하도록 하였고 96 PPA는 신탁 구좌 개설 및 운영에 에콰도르 재무부가 일정 역할을 수행하도록 규정하고 있었다. Duke Energy가 Electroquil 지분 매입 전에 에콰도르는 전력청에 대금 정시 지급 명령을 하달하였기에 Duke Energy는 향후 전기 매입 대금 지불이 원만히 이루어질 것으로 기대하였다. Electroquil과 Duke Energy는 자신들의 기대가 침해되었으므로 에콰도르가 공장·공평 대우를 위반한 것이라고 주장하였으나 판정부는 Electroquil의 경우 96 PPA에 규정된 에콰도르 재무부의 역할은 계약 당사자로서의 계약상의 의무이지 국가 기관으로서의 주권적인 권한 행사에 관한 것이 아니므로 재무부가 대금 지급을 보장하겠다는 Electroquil의 기대는 합리적이거나 정당하지 않다고 실시하였다. 그러나 Duke Energy의 경우 대금 정시 지급 명령이 대통령령으로써 전력청에 하달되었고 이러한 명령의 발동 배경에는 Duke Energy가 Electroquil의 지분을 매입하기 전에 대금 지급 지연 관행에 대한 시정 요구가 있었던 점에 비추어 Duke Energy가 에콰도르 정부의 대금 지급을 보장하리라고 기대한 것은 정당하고 합리적이라고 보았다(355-361).



3) 자의적인 조치 및 사법부인

청구인은 대금 지급 지연, 과도한 벌금 부과 등이 자의적인 조치로서 이를 금지한 II(3)(b)조¹⁹⁶ 위반이라고 주장하였으나 판정부는 자의성을 적법 절차의 의도적인 무시, 사법적인 적정성을 경악 또는 최소한 놀라게 하는 행위라고 정의한 ICJ 판결¹⁹⁷을 인용하면서 에콰도르의 행동은 정상적인 계약 분쟁과 별다른 차이를 보여 주지 못하며 Electroquil의 청구서는 지연되기는 했지만 모두 지불되었다는 측면에서 볼 때 사법적인 적정성을 경악하게 할 정도는 아니라고 판단하였다(375-383).

미국-에콰도르 투자협정 II(7)조¹⁹⁸는 투자 등에 관한 권리 집행과 효과적인 이의 제기 수단을 제공해야 한다고 규정하고 있다. 2001년 1월 Electroquil은 2000년 5월에 체결한 조정-중재 약정에 의거하여 중재를 신청하였는데 에콰도르 법무부는 해당 약정이 에콰도르 중재법 위반 사항을 포함하고 있어 무효라고 주장하였다. 에콰도르 중재 판정부는 법무부의 주장을 기각하였으나 최종 판정에서는 스스로 조정-중재 약정이 무효라고 판정하였다. 청구인은 에콰도르의 행위는 투자협정 II(7)조 위반이라고 주장하였으나 판정부는 투자 유치국이 관할권 부재 항변을 제기하는 것 자체가 사법 부인은 될 수 없다고 확인하였고 청구인이 에콰도르 중재 판정부의 최종 판정에 대해서는 에콰도르 법원에 소를 제기하지도 않아서 에콰도르 사법 체제는 이 사건 심리에 등장하지 않았으므로 II(7)조 위반 여부를 따지기 어렵다고 판단하였다(390-403).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 우산 조항이 있다 하여 투자 계약의 위반이 바로 조약 위반이 되는 것으로 보지는 않은 것으로 판단한다. 판정부는 우산 조항의 기술 내용에 따라 계약 위반이 조약 위반으로 되는 정도가 다르다고 인식하고 있다. 이 사건에서는 해당 우산 조항이 투자와 관련한 모든 의무라고 명시되어 있으므로 계약상의 의무 위반을 곧 조약 위반으로 인정하였으나 만일

196] II.3.(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For purposes of dispute resolution under Articles VI and VII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the fact that a party has had or has exercised the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.

197] ... willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. *(ELSI judgment, 20 July 1989, ICJ reports, para. 128)*

198] II.7. Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreement, and investment authorizations.



모든 의무와 같은 포괄적인 표현이 아니었다면 계약의 위반 내용을 심사하여 조약 위반 여부를 결정해야 할 것이라는 입장을 취하였다.

우산 조항에 모든 의무라는 포괄적인 표현이 있어도 조약 위반이 된다는 것은 우산 조항을 위반하였다는 것이지 기계적으로 투자협정 여타 조항 위반으로 연결되는 것은 아니라는 입장을 취하였다. 국가의 투자 계약 위반이 투자협정의 특정 조항 위반이 되기 위해서는 국가의 계약 위반 행동에 국가가 주권적인 권한을 행사했어야 한다고 보았다. 정부의 계약 위반 자체가 조약 위반을 구성하는 것은 아니며 정부는 통상적인 계약의 당사자로서 국제적인 책임을 야기하지 않고 특정 계약을 위반할 수 있다는 것이다. 이는 국가도 계약의 당사자로서 계약상의 상무적이거나 절차적인 사항은 위반할 수 있으며 이 경우 계약 위반에 해당하는 것이지 행위자가 국가라는 이유로 곧 자의적인 조치, 차별 대우 등 투자협정의 의무 위반을 구성하는 것은 아니라는 것이다.

중재 판정부의 이와 같은 견해는 *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28) 판정부가 승계하였다. 이 사건 판정부는 다툼 대상이 되는 행위가 협정 위반이 되기 위해서는 공적인 권한 행사를 포함한 주권적인 행위(exercise of sovereign power)이어야 하며 통상적인 계약 당사자로서의 행위는 협정 위반이 될 수 없다고 이해하였다. 판정부는 청구인이 다툼은 계약 상대방 터키 부동산 투자 회사 Emlak의 행위는 그 성질상 계약적인 것이며 협정상의 다툼의 대상이 될 수 없다고 보았다. 또한 제출된 증거상 Emlak이 상업적 이익을 추구하는 통상적인 상업 계약 당사자로서의 행동 범주 이상을 일탈했다고 판단할 근거가 부족하고 협정 위반 사항을 구성한다고 판단할 여지가 없다고 보았다(판정문 348-361).

반면에 *SGS vs. Paraguay* 사건에서 중재 판정부는 약속 준수(observance of commitment)을 요구하는 스위스-파라과이 투자협정 11조¹⁹⁹⁾(우산 조항) 문안 해석상 계약상의 의무 이행 실패는 약속 준수 실패가 되는 것이며 11조 어디에도 정부가 주권 권한을 남용해야만 약속 준수에 실패하는 것이라고 해석하라는 의미가 담겨져 있지 않다고 단언했다. 이 사건에서 스위스 투자자의 투자와 관련된 계약을 파라과이가 위반했으면 투자협정 11조 위반에 해당한다고 정리하였고 파라과이의 주권적 성질의 행위 시행 여부, 정부 권한의 남용 여부는 관련이 없다고 논破하였다(판정문 90-95).

우산 조항에 관한 종합적인 평설은 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 해설에 수록하였다.

199) 11. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



72

Daimler vs. Argentina 사건(ARB/05/1)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정의 최혜국대우 조항을 원용하여 해당 투자협정상의 분쟁해결 조항 대신 타 투자협정상의 분쟁해결 조항을 이용할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Daimler Financial Service사(이하 DFS)는 자동차 구매 전문 독일 금융 회사로서 아르헨티나에서 생산되는 벤츠 등 자사 자동차 구매자와 딜러에게 소요 자금을 대출 또는 리스 자금을 제공하기 위해 1995년 DaimlerChrysler Service Argentina(이하 DCS Argentina)사를 설립하였다. 1990년대 초부터 아르헨티나 정부는 외국인 투자를 유치하기 위해 다양한 유인 정책을 시행하였다. 아르헨티나 페소화와 미 달러화의 교환 비율을 1:1로 고정하고 만기가 도래한 외화 채무는 해당 외화로 변제토록 하였고(1991년 법령 23,928호) 외국인 투자자는 별도 등록이나 정부의 승인 없이 합병, 취득, 합작 등의 형태로 투자할 수 있었으며 언제든지 자본금과 수익을 해외로 송금할 수 있게 하였다(법령 21,382호). 아르헨티나 정부는 이러한 우대 조치를 적극 홍보하였고 계속 적용될 것을 잠재 투자자들에게 공언하였다. 이러한 아르헨티나 법령대로 DCS Argentina사가 대출금을 만기일에 달러로 회수할 수 있다는 기대가 투자 결정의 중요한 요소였다고 DFS는 주장하였다.

2001년 아르헨티나는 정부가 국가 붕괴 상황이라고 지칭할 정도의 심각한 경제 위기 상황에 봉착하였으며 경제 위기 타개를 위한 일련의 긴급 조치를 시행하였다. 현금 인출 한도를 부과하였고 외환 예금 인출 및 송금 제한 조치를 시행하였고 국가 위기법(Emergency Law, 2002년 1월 법령 25,561호)을 제정하여 위 법령 23,926호 및 21,382호를 폐지하였다. 결국 외화 채권은 가치가 폭락한 페소화로 변제할 수 있게 되어 청구인을 포함한 외국인 투자자는 큰 피해를 보게 되었다.

청구인은 아르헨티나 정부의 조치가 독일-아르헨티나 투자협정상의 공정하고 공평한 대우, 자의적이고 비차별적인 조치 금지, 최혜국대우, 수용 금지 의무 등을 광범위하게 위반하였다고 주장하고 2004년 8월 ICSID에 중재를 신청하였다. 아르헨티나는 DFS가 독일-아르헨티나 투자협정의 분쟁해결 절차를 준수하지 않았으므로 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.



나. 주요 쟁점

독일-아르헨티나 투자협정 10조는 분쟁 발생 시 계약국 법원에 먼저 제소하고 18개월 내에 판정이 나지 않을 경우 등의 조건이 충족되면 국제 중재에 회부할 수 있다고 규정되어 있었다. 청구인 DFS는 이 같은 전제 조건이 없는 칠레-아르헨티나 투자협정상의 분쟁해결 조항을 이용하기 위하여 독일-아르헨티나 투자협정의 최혜국대우 조항을 근거로 제시하였다. 아르헨티나는 최혜국대우 조항은 분쟁해결 절차에 적용되지 않는다고 반박하였다.

중재 판정부는 독일-아르헨티나 투자협정 10조는 해야 한다(shall)는 서술상 의무 조항이며 조문 구조상 i) 분쟁 발생시 6개월간 우호적인 타결 시도, ii) 실패 시 국내 법원 제소, iii) 18개월 내 판결 부존재 또는 판결 내용 불만, 또는 당사자 간 합의 조건 충족, iv) 위 조건 충족 시 국제 중재 회부, v) 국제 중재는 ICSID 또는 UNCITRAL 중 당사자 합의 또는 임의 택일의 절차를 단계적으로 거쳐야만 한다고 보았다. 특히 18개월간의 국내 사법 절차는 국제 중재를 개시하기 위한 조약상의 전제 조건으로서 우회하거나 포기할 수 있는 절차가 아니라 당사자가 합의한 실질이라고 보았다(판정문 187-190).

독일-아르헨티나 투자협정 3조는 자국 영토 내의 타방 계약국의 투자에 대해 자국민의 투자나 제 3국의 투자에 부여하는 대우보다 불리한(no less favorable) 대우를 부여하지 못한다고 규정하고 있다. 또한 투자와 관련된 행위에 대해서도 같은 의무를 부과하고 있다. 중재 판정부는 이 조항이 분쟁해결 조항에도 적용될 수 있는지를 심리하기 위해 우선 부여해야 할 대상이 대우(treatment)이며 이 대우의 범위에 국제 중재와 같은 분쟁해결 절차가 포함되는지 여부를 살펴보았다. 그러나 대우가 무엇인지 협정에서 정의된 바 없고 판례도 일치하지 않으므로 이 점에 대해 결론을 내지 않고 심리를 계속 하였다.

중재 판정부는 해당 조문이 자국의 영토 내(in its territory)라는 지리적인 제한 규정을 포함하고 있는 점에 주목하였다. 즉 독일-아르헨티나 투자협정의 최혜국대우 의무는 투자 유치국이 자국의 영토 내에서 최혜국대우를 부여해야 한다는 영토적 제한성이 있으므로 영토 외에서의 대우에 대해서는 적용되지 않는다고 보았다. 만일 계약국이 국내 사법 절차에 있어서 제 3국 투자자에게 보다 유리한 대우를 부여하였다면 이는 최혜국대우 의무 위반이 되지만 영토 외에서 독립적으로 진행되는 국제 중재는 최혜국대우 조항이 적용되지 않는다고 판단하였다(225-230).



중재 판정부는 일부 투자협정에는 투자와 관련된 모든 문제(in all matters)에 대해 최혜국대우를 부여한다고 서술되어 있는 것과 달리 독일-아르헨티나 협정에는 이와 같은 문구가 없는 점도 두 계약국이 영토 내에서의 최혜국대우와 국제 중재를 구분하려는 의도가 있었다는 점을 보충적으로 나타내고 있다고 보았다(236).

독일-아르헨티나 투자협정 3(3)조, 3(4)조는 관세 동맹, 공동 시장, 특혜 무역 협정, 그리고 이중 과세 방지 협정상의 의무에 대해서는 최혜국대우가 적용되지 않는다고 명기하고 있다. 청구인은 최혜국대우가 적용되지 않는다고 나열한 항목에 분쟁해결 조항이 포함되어 있지 않으므로 분쟁해결 조항에는 최혜국대우가 적용된다고 주장하였다. 중재 판정부는 동의하지 않았다. 오히려 3(3)조, 3(4)조에 나열된 내용이 모두 계약국인 자국 영토 내에서 부여해야 하는 사항에 해당하므로 영토 외에서의 사항에 대해서는 최혜국대우가 적용되지 않는다는 중재 판정부의 판단과 상통한다고 보았다(238-239).

최혜국대우는 제 3자가 자신보다 더 유리한 대우를 받았을 경우 성립한다. 청구인은 칠레-아르헨티나의 분쟁해결 조항이 독일-아르헨티나 해당 조항보다 더 유리하므로 최혜국대우 조항에 의거하여 자신도 칠레-아르헨티나 분쟁해결 조항을 이용할 수 있다는 주장이다. 중재 판정부는 이 주장이 성립하기 위해서는 칠레-아르헨티나 분쟁해결 절차가 독일-아르헨티나 절차보다 더 유리해야 할 것으로 보았다. 칠레-아르헨티나 분쟁해결 절차는 우호적 해결 실패 시 국내 사법 절차 또는 국제 중재 중 하나를 비가역적으로 택일하도록 되어 있었다. 선 국내 사법 절차 이용 후 18개월 대기라는 조건이 없기는 하였으나 중재 판정부는 두 분쟁해결 절차는 상호 상이한 것이지 객관적인 기준으로 일방이 타방보다 유리하거나 불리한 것은 아니라고 보았다. 유불리는 당사자의 주관적인 판단이며 어느 것이 유리, 불리한지는 개개 사건의 내용과 상황에 따라 달라지는 것이지 해당 규정 자체만으로 어느 것이 더 유리, 불리하다고 객관적으로 단정할 수 없다고 보았다(244-246).

아르헨티나가 독일과의 투자협정 체결 전후에 체결한 5개의 투자협정 모두 18개월간의 국내 사법 절차 선행 조건을 포함하고 있었다. 독일은 이 선행 조건을 아르헨티나와의 투자협정에만 포함시켰다. 중재 판정부는 두 나라가 만일 최혜국대우 조항이 국제 중재에도 적용이 된다고 생각하였으면 굳이 18개월 선행 조건을 계속해서 투자협정에 포함시키지도, 굳이 타 협정과 달리 이 투자협정에만 포함시키지도 않았을 것이라고 보았다. 두 나라의 투자협정 체결 관행으로 볼 때에도 18개월 선행 조건을 국제 중재의 개시 요건을 적용해야겠다는 의지가



확인된다고 본 것이다(263-266). 중재 판정부는 최혜국대우 조항이 국제 중재에도 적용이 된다고 본 *Maffezini vs. Spain* 사건(ARB/97/7) 이후 이를 확인하는 중재 판정은 없고 모두 이를 부인하는 판정뿐이며 미국-중미 자유무역협정에는 아예 최혜국대우가 국제 중재에는 적용되지 않는다고 각주로 명기하고 있는 점도 제시하였다(273-276). 이상의 심리를 근거로 중재 판정부는 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

지금까지 ICSID 중재에서 최혜국대우 조항을 통한 타 투자협정의 분쟁 조항 차용 가능 여부가 심리된 것은 모두 10건이다. 각 심리의 요지는 아래와 같다. 이 문제에 관한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에 수록되어 있다.

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7) 사건은 이 문제가 최초로 심리된 사건이다. 최혜국대우 조항을 통한 분쟁 조항 차용이 가능하다고 판정하여 판례 대립의 단초를 제공하기도 하였다. 중재 판정부는 해당 최혜국대우 조항이 적용 대상을 in all matters subject to this Agreement로 광범위하게 규정하고 있고 분쟁해결 절차는 본질적으로 투자자 보호와 관련되므로 투자자 보호를 핵심으로 하는 투자협정의 대상과 목적에 비추어 볼 때에도 그렇게 해석하는 것이 합당하다고 보았다(관할권 결정문 45-60).

Siemens vs. Argentina 사건(ARB/02/8) 판정부도 최혜국대우 조항을 통해 타 분쟁 조항을 원용하는 것은 최혜국대우 조항 취지에 부합하고 외국인 투자자에 대한 보호를 증진하는 것이므로 허용되어야 한다고 판시하였다. *Salini vs. Jordan* 사건(ARB/02/13) 판정부는 해당 최혜국대우 조항 문안에 분쟁해결까지 확장된다거나 모든 권리나 모든 문제에도 적용된다고 서술되어 있지 않고 계약국이 그러한 의도를 가지고 있었거나 그러한 관행을 시행하고 있다는 점이 청구인에 의해 입증되지도 않았다고 지적하였다. 판정부는 투자협정 규정을 볼 때 계약상의 분쟁에 대해서는 해당 계약에 규정된 분쟁해결 절차를 배타적으로 적용하려는 것이 계약국의 의도로 보인다고 판단하고 최혜국대우 조항을 이용하여 타 분쟁 조항을 차용하려는 청구인의 주장을 기각하였다(116-119).

Wintershall vs. Argentina 사건(ARB/04/14) 판정부는 해당 최혜국대우 조항(3조)은 최혜국대우를 투자 또는 투자에 관련된 행위의 ‘모든 관계’, ‘모든 측면’, ‘투자협정의 모든 문제’에 부여한다고



포괄적으로 기재되어 있지 않으므로 최혜국대우 조항을 근거로 분쟁해결 절차 적용을 회피할 수는 없다고 판단하였다. 판정부는 협정 체결국이 최혜국대우 조항을 분쟁해결 절차에도 적용하려는 의도가 있었으면 보다 명확하게 기술할 수 있었을 것이므로 최혜국대우 조항이 ‘모든 문제에 대해(with respect to all matters)’ 적용된다고 기술되어 있어도 과연 분쟁해결 절차에도 최혜국대우 조항을 적용하려는 충분한 의도를 나타내는 것인지 회의적이라고 지적하였다. 계약 당사국 자신들이 합의한 분쟁해결 절차가 대체될 수 있다는 의도가 명백하게 (clearly and unambiguously) 적시되지 않는 한 최혜국대우 조항을 타 협정의 분쟁해결 절차를 이용할 수 있다는 방식으로 해석할 수 없다고 보았다. 판정부는 원 분쟁 조항의 18개월 간 국내 사법 절차 진행 대기 요건은 단순한 절차 규정이 아니라 투자자와 투자 유치국 모두에게 부여한 의무라고 보았다.

Telenor vs. Hungary 사건(ARB/04/15) 판정부는 노르웨이-헝가리 투자협정 IV조 최혜국대우 조항의 통상적인 의미는 투자에 대한 투자자의 본질적인 권리가 여타 투자협정에서 보다 불리하게 대우 받아서는 안 된다는 의미이지 절차상의 권리에도 적용된다고 확장 해석할 여지가 없으며 절차적인 사항에도 적용된다고 확장 해석할 경우 투자 유치국을 투자자의 treaty shopping 위험에 노출시키게 된다고 지적하였다. 판정부는 분쟁해결 절차에 특별한 제한을 둘지 여부는 순전히 양 체결국의 자유의사이며 최혜국대우 조항의 확대 해석은 투자협정의 확실성과 안정성을 해친다고도 지적하고 이 사건에 대해 ICSID 중재 판정부는 관할권이 없다고 판시하였다(판정문 102).

Impregilo vs. Argentina 사건(ARB/07/17) 판정부는 해당 최혜국대우 조항에 이 협정의 모든 사안에 적용된다고 명시되어 있으므로 분쟁해결 절차도 포함되는 것으로 해석해야 한다고 판단하였다. *H & H vs. Egypt* 사건(ARB/09/15) 판정부는 투자협정의 분쟁해결 절차 조항은 그 자체가 별도의 합의로서 협정 체결국이 명시적으로 최혜국대우 조항이 분쟁해결 절차에도 적용된다고 규정하지 않은 이상 최혜국대우를 분쟁해결 조항에 적용하여 이미 체결국이 합의한 절차를 무시할 수 없다고 판단하였다(판정문 356-258).

Kilic vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/1) 판정부는 최혜국대우 조항이 터키-투르크메니스탄 투자협정에서 실질적인 권리 조항과 함께 위치하고 있고 분쟁 조항은 절차 사항과 함께 나열되어 있으므로 최혜국대우 조항은 실질적 권리 사항에만 적용되는 것이라고 보았다. 또한 터키와 투르크메니스탄이 굳이 국내 법원 선 이용을 국제 중재 회부의 조건으로 삼는 분쟁해결



조항을 규정한 것은 이 조항이 최혜국대우 조항에 의해 무시되어도 무방하다고 의도하지는 않았을 것이라는 점을 나타낸다고 판단하였다(판정문 7.4.1-7.5.3). *Ansung vs. China* 사건 (ARB/14/25) 판정부는 분쟁 조항은 국제 중재에 동의한다는 국제법에 관한 문제이고 최혜국대우는 국내법의 운영 및 적용에 관한 것이므로 그 범주를 달리하며 최혜국대우 조항은 투자에 대한 국내법 적용에 있어 제 3국과 차별하지 않는다는 의미라고 판단하고 이를 통해 타 협정 분쟁 조항을 차용할 수 없다고 판시하였다(판정문 136-141).



73

Bayview vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/1)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정상의 투자는 타방 당사국의 영토 내에 이루어진 투자를 의미하며 투자자는 타방 당사국 영토 내에 투자를 하거나 하려는 개인, 법인이라는 점이 확인된 사건이다.

청구인 Bayview Irrigation District社와 다수의 텍사스 주민, 단체들은 멕시코 정부의 수자원 보호 조치로 인해 텍사스 지역에 자신들이 투자한 각종 관개 시설의 운영과 수자원 확보에 부정적인 영향을 받았다고 주장하였다. 멕시코 북부와 텍사스 남부 지역의 주민은 리오그란데(멕시코 명 리오 브라보) 강의 수자원에 의존하고 있다. 멕시코 정부는 자국 내 농민에게 수자원을 효과적으로 분배, 공급하기 위한 조치를 취하였는데 이로 인해 하류의 텍사스 지역 농민의 수자원 확보에 영향을 미치게 되었다.

청구인은 2005년 1월 NAFTA의 내국민 대우(1102조), 최소 기준 대우(1105조) 위반을 이유로 멕시코에 대해 ICSID에 중재를 신청하였다. 멕시코는 청구인들은 멕시코 내에 투자한 사실이 없으므로 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

청구인들은 NAFTA 1102조^{200]}와 1105조^{201]}는 투자 및 투자자의 지리적 위치에 대해 명시적으로 언급하고 있지 않으므로 타방 계약국의 투자가 멕시코 내에 있는지 여부와 관계없이 멕시코의 조치가 이들 투자에 영향을 미쳤으면 이들 조항이 적용된다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장을 기각하고 이 건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다. 판정부는 NAFTA 1101조^{202]} 정의상 NAFTA 투자 챕터는 i) 타방 당사국의 투자자와 ii) 당사국의

200] 1102(1) Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

201] 1105(1) Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.



영토 내의 타방 당사국 투자자의 투자에 적용되는데 여기서 당사국이란 투자자의 국적국이 아닌 타방 당사국의 영토임이 분명하다고 설명하였다. 투자에 대해 적용되는 법규는 일차적으로 해당 투자가 위치한 주권국의 관계 법령이며 투자협정은 타국에 존재하고 있는 자국민의 투자를 보호하기 위해 체결하는 것이므로 비록 투자에 해외 투자라는 점이 명기되어 있지 않다 하더라도 투자협정의 본질상 보호 대상이 되는 것은 타국 내에 있는 자국민의 투자라는 것이다. 만일 그렇지 않다면 멕시코 내 멕시코인의 투자가 미국의 조치로 인해 부정적인 영향을 받았다고 미국에 책임을 묻게 되는 어처구니없는 일이 발생하게 된다고 지적하였다. NAFTA는 국제 투자협정으로서 자국 내에 투자한 투자자를 보호하기 위해 체결한 것이 아님은 명백하다고 지적하였다. 청구인은 텍사스 내에 투자한 미국 국내 투자자이지 멕시코 입장에서 보았을 때 멕시코 내에 투자한 외국 투자자가 아니며 따라서 NAFTA 협정의 적용 대상이 아니라고 보았다. 멕시코 입장에서의 1101조상의 투자자는 자국 내에 투자한 타방 당사국 국민이라는 의미라고 해석하였다.

이 사건에서 청구인의 법적 권리는 텍사스 내에서 수자원을 채취, 관개할 수 있는 水利權이고 이 권리는 멕시코 내에서는 적용되지 않으며 멕시코 내의 수자원은 미국 국경을 넘어 가기 전까지는 멕시코의 소유물이지 청구인의 권리가 적용되는 대상도 아니라고 지적하고 이 사건에서 ICSID는 중재 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건 청구인의 주장은 외국인 투자 보호에 대한 기초적인 개념을 이해하지 못하고 있는 것인지 법률 대리인이 승소와 무관하게 일감 확보 및 소송비용 획득을 위해 청구인을 오도한 것인지 의문이 갈 정도로 해괴하다. 투자협정은 외국인 투자를 자국 내로 유치하기 위해 체결하는 국가 간 협정이다. 자국민의 투자 보호는 투자협정의 대상이 아니다. 자국 내에 투자한 외국인 투자자를 보호하기 위하여 내국민 대우, 최혜국대우, 공정-공평 대우, 불법 수용 금지, 이행 의무 부과 금지 등의 실질적인 보호 제도를 제공하는 것이고 투자 유치국의 조치로 인해 부당한 대우를 받았을 시 보다 공정한 사법 구제 제도를 제공하기 위해 ICSID 중재에도 동의하는 것이다.

202] 1101(1) This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

- (a) investors of another Party;
- (b) investments of investors of another Party in the territory of the Party; and
- (c) with respect to Articles 1106 and 1114, all investments in the territory of the Party.



이 사건 청구인의 투자는 자국 내, 즉 미국 내에 이루어졌다. 투자협정의 보호 대상인 외국인 투자 자체가 아닌 것이다. 이러한 자국 내 투자가 상대국, 즉 멕시코의 조치로 인해 부당한 손실을 입게 되었다고 ICSID에 중재를 신청한 것이다. 이는 사실 중재 판정부까지 구성되어 심리할만한 사건은 아니었다고 본다. ICSID 협약 28조²⁰³⁾는 청구인의 중재 신청이 명백하게 ICSID 관할권에 해당하지 않을 경우 사무총장으로 하여금 사건 등록을 거절하도록 규정하고 있다. 청구인의 중재 신청서에는 분쟁 대상에 관한 정보를 기입하도록 되어 있으므로 명백하게 관할권에 해당하는지 여부 판정은 이를 기초로 하게 된다. 해당 정보를 사무총장이 일별하였을 때 복잡한 법률적인 심리를 할 필요도 없이 명백하게 ICSID 관할권 외의 사항이면 접수를 거절해야 한다. 이 사건은 ICSID의 물적 관할인 외국인 투자에 해당하지 않는 것이므로 중재 신청서 심사 시 접수를 거절할 수 있었을 것으로 판단한다. 한중 FTA 12.1조²⁰⁴⁾는 보호 대상이 되는 투자에 대해 별도의 규정을 두어 일방 계약국의 영토 내에 행해진 타방 계약국 투자자의 투자라고 적시하고 있다.

이 사건과 같이 투자협정상의 투자 정의에 부합하지 않는다고 판시되어 ICSID 관할권이 부인된 판례는 흔하지 않다. 청구인이 매입한 증권의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *Gruslin vs. Malaysia* 사건(ARB/99/3)에서는 룩셈부르크-말레이시아 투자협정이 말레이시아의 경우 소관 부서에 의해 승인된 사업(approved project)으로 분류된 사업에 투자된 자산에 한한다는 조건이 투자 정의에 부가되어 있으므로 증권 매입은 투자에 해당하지 않는다고 판시된 바 있다. 청구인이 매입한 그리스 국채가 투자가 될 수 있는지가 쟁점이었던 *Postova & Istrokapital vs. Greece* 사건(ARB/13/8)에서 판정부는 국가 채무는 사채와 구별되는 특징이 있고 투자 예시 목록도 해석상의 의미를 가져야 하므로 국가 채무가 투자로 인정되기 위해서는 슬로바키아-그리스 투자협정상에 상응한 표현이 있거나 예시로 나열되었어야 한다고 보았다. 판정부는 1조는 물론 협정 어디에도 국가 채무는 물론 공공 부채, 공적 의무 등이 투자의 형태로 기재되어 있지

203] Article 28

- (1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.
- (2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
- (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

204] 12.1. Covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter;



않다고 지적하였다. 1(1)(b)조에 회사의 채무 증서(debentures of a company)라는 표현이 있으나 사채는 국채가 아닌 것이 명백하다고 보고 공적인 채무를 명기하지 않은 것은 계약국이 이를 투자로 인정하지 않으려는 의도라고 판단하였다(판정문 330-333).

투자협정상의 투자 정의 해당 여부에 관한 종합 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하여 두었다.



74

Cargill vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/2)

가. 사건 개요

이 사건은 멕시코 정부가 가당제로 高果糖 옥수수 시럽(High Fructose Corn Syrup, 이하 HFCS)를 사용한 음료에는 물품세를 부과하고 설탕을 첨가한 음료에는 부과하지 않은 조세 조치와 청구인에게 HFCS 수입 허가를 발급하지 않은 조치가 투자협정상의 공정·공평 대우, 내국민 대우, 최혜국대우, 수용 금지 의무 위반에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Cargill사는 미국의 식품 회사로서 멕시코에 HFCS를 수입, 판매하는 자회사 Cargill Mexico를 두고 있었다. HFCS는 주로 음료의 가당제로 쓰이는 상품으로서 멕시코에 소비되는 HFCS의 75% 이상이 음료용 가당제로 사용되고 있었고 대부분 미국에서 수입하고 있었다. 멕시코는 사탕수수당을 주로 생산하여 주로 미국에 수출하고 있었으나 NAFTA 협정상 HFCS의 관세는 낮은 반면 사탕수수당은 상대적으로 고율 관세가 부과되고 있었으며 멕시코는 미국 설탕 시장 접근을 위해 일정 조건을 충족할 경우 저관세로 일정량을 미국 시장에 수출할 수 있는 특별 조치를 미국과 합의하여 운영하고 있었다. 멕시코는 미국산 HFCS의 멕시코 수입은 자유로운 반면 자국산 설탕이 미국 시장 진출에 제한을 받고 있는 것에 대해 불만이 있는 상태였다. 한편 음료용 가당제로 HFCS와 설탕은 완전 대체 관계에 있는 경쟁 상품이었다.

2001년 12월 멕시코 정부는 상품 및 서비스에 대한 특별세법(이하 IEPS법)을 개정하여 HFCS를 가당제로 사용하는 음료와 동 음료의 운송, 보관, 유통 행위에 대해서는 20%의 물품세를 부과하기로 하였다. 설탕을 가당제로 사용하는 음료에는 과세하지 않았다. 이 조치는 미국산 HFCS의 수입을 억제하고 자국산 설탕의 사용을 촉진하여 사탕수수 재배 농가 및 설탕 제조업자를 보호하기 위한 조치였다(이하 IEPS 조치). 이 조치로 인해 미국에서 HFCS를 수입, 판매하는 Cargill Mexico사는 조치 시행 수일 내 수익이 80%가 감소하였고 2002년 미국산 HFCS의 수입이 전년 대비 90% 이상 감소하였다. IEPS 조치 시행일에 멕시코 정부는 행정 명령을 발동하여 미국산 HFCS 수입을 위해서는 수입 허가를 받도록 하였으며 수입 허가를 받지 못한 수입자는 1.5%~3%의 NAFTA 관세가 아닌 156%~219%의 MFN 관세를 납부하도록 하였다. 행정 명령상 수입 허가는



신청 시 자동 발급된다고 규정되어 있었으나 신청이 매번 기각되자 Cargill Mexico는 법원에 제소하였다. 20% 물품세 부과 조치와 수입 허가 조치는 Cargill사를 겨냥한 것이라기보다는 미국 정부로 하여금 멕시코산 수입을 확대하도록 압력을 가하기 위해 고안되고 실행된 정책이다. 당시 미국과 멕시코는 멕시코산 설탕 수입 물량에 관해 NAFTA상의 의무를 미국이 이행하지 않고 있다고 주장하고 있었으며 이 조치들은 미국이 이 의무를 준수하도록 압박하기 위한 목적이 있었다.

Cargill사는 2004년 9월 IEPS 조치와 수입 허가 제도가 NAFTA 투자 챕터의 내국민 대우, 최혜국대우, 이행 의무, 수용 금지 의무 위반에 해당한다는 요지로 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 내국민 대우

NAFTA 1102조는 유사한 환경에서(in like circumstances)에서 외국 투자자, 투자에 대해 자국 투자자, 투자보다 불리하게 대우하지 못하도록 규정하고 있다. 멕시코는 당시 멕시코 설탕 업계는 흉작, 대미 수출 부진, 수요 감소 등으로 파탄 상태에 있었고 HFCS 업계는 호황이었으므로 유사한 환경에 있지 않았다고 주장하였다. 중재 판정부는 멕시코 정부가 경영 상태가 심히 부실한 제분소를 공공 이익을 위해 수용한 조치가 경영 상태가 정상이어서 수용되지 않은 제분소를 차별 대우한 것이냐가 문제된 사건에서 해당 사건 판정부가 제분소의 경영 상태라는 경제적 환경이 상이하므로 유사한 환경에 있지 않다고 판단하고 내국민 대우 의무 위반을 인정하지 않은 판례가 있었음을 주목하고(*GAMI vs. Mexico* 사건-UNCITRAL) 이번 사건에도 멕시코의 설탕 업계와 HFCS 업계의 영업 호황 상태의 차이가 유사한 환경 판단에 영향을 미칠 수 있는지 검토하여 보았다. 그러나 중재 판정부는 이 사건 조치는 *GAMI* 사건처럼 열악한 경제 환경에 있는 업계를 지원하려는 것이 아니라 호황 상태에 있는 업계에 불이익을 주어 시장에서 퇴출시킴으로써 미국 정부로 하여금 NAFTA상의 의무를 이행하도록 압박하려는 것이 본래 목적이라고 간파하였다. 따라서 이 조치는 미국 정부에 영향을 미칠 수 있는 자에게 초점이 맞추어진 것이지 경제적 환경이 주로 고려된 것은 아니라고 보았다. 중재 판정부는 이러한 판단을 근거로 Cargill Mexico사는 음료용 사탕수수당을 공급하는 멕시코 업계와 유사한 환경에 있었다고 판시하였다(판정문 208-210).



중재 판정부는 IEPS 조치 및 수입 허가제로 HFCS 공급업체가 받은 대우는 사탕수수당 공급업체가 받은 대우보다 명백히 불리한 것은 자명하다고 천명하였다. 따라서 IEPS 조치와 수입 허가제는 1102조의 내국민 대우 의무 위반이라고 판시하였다.

2) 최혜국대우

청구인 Cargill은 자사의 멕시코 법인 Cargill Mexico는 Cargill로부터 미국에서 HFCS를 수입하는데 수입 허가가 필요한 반면 Coasco라는 캐나다 회사는 그렇지 않으므로 NAFTA 1103조 최혜국대우 의무 위반이라고 주장하였다. 역시 Cargill Mexico와 Coasco사가 유사한 환경에 있는지 여부가 심리의 초점이 되었다. Coasco는 미국의 CPI(Corn Products International)사가 캐나다에 설립한 회사이다. CPI는 멕시코에도 자회사 Coasco Mexico를 설립하였다. 이 자회사가 캐나다의 Coasco로부터 HFCS를 수입 허가를 받지 않고도 수입할 수 있었다. 중재 판정부는 Cargill Mexico는 청구인 Cargill의 멕시코 내 법인, 즉 투자협정상의 투자에 해당하지만 Coasco Mexico는 Coasco 캐나다의 멕시코 내 투자가 아닌 점을 주목하였다. 투자 분쟁에서 쟁점이 되는 투자는 제소 당한 국가 내에 있는 타방 계약국 국민의 투자이어야 한다. 이는 *Bayview vs. Mexico* 사건에서 확인된 판례이기도 하다. 중재 판정부는 캐나다의 Coasco는 Cargill과 달리 멕시코에 투자한 바가 없으므로 Cargill사와 유사한 환경에 있다고 볼 타당한 비교 준거가 되지 못한다고 설명하였다(230-233). 이에 따라 최혜국대우 의무 위반이라는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다.

3) 공정하고 공평한 대우

청구인은 수입 허가 제도가 NAFTA 1105(1)조²⁰⁵⁾에 위반된다고 주장하였다. 중재 판정부는 제출된 자료를 볼 때 수입 허가 제도는 미국의 HFCS 생산자와 멕시코 내 공급자에게 손해를 입혀 미국 정부의 멕시코산 설탕 수입 정책을 변경하려는 노골적인 의도를 갖고 있음이 충분히 증명되었고 국가의 통상 정책 변경을 위해 수입 허가 제도를 도입하는 것은 명백하게 부당하고 악의적인 조치라고 판정하였다(298-299).

205) 1105(1) Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.



4) 이행 의무 부과 금지

Cargill은 IEPS 조치는 외국인 투자자에게 투자 유치국 내 상품 구매를 강제하는 것이므로 이를 금지한 NAFTA 1106(3)(b)조²⁰⁶⁾ 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 투자자의 해당 체약국 내 투자와 관련된(in connection with) 우혜 대우의 조건 즉, 이 사건의 경우 Cargill의 멕시코 내 투자인 Cargill Mexico와 IEPS 조치가 관련된 정도를 살펴보았다. 멕시코는 IEPS 조치가 HFCS 자체가 아니라 이를 가당제로 사용한 음료에 부과되는 것이므로 관련성이 없다고 주장하였으나 중재 판정부는 멕시코의 주장은 in connection with를 직접적으로 영향 받은(directly affected by) 것으로 잘못 해석하고 있다고 지적하고 수용하지 않았다. 판정부는 IEPS 조치의 본래 목적이 HFCS의 멕시코 내 판매를 제한하여 미국 정부로 하여금 멕시코산 설탕 수입을 증대하게 하려는 것이고 세제 혜택이 멕시코산 설탕 사용 조건부로 정책이 고안되었으므로 이러한 조건은 투자자 Cargill의 HFCS 공급 사업에 관련된 것이 자명하다고 판단하였다(313-318).

5) 수용

중재 판정부는 IEPS 조치 및 수입 허가 제도가 간접 수용에 해당한다는 청구인의 주장은 수용하지 않았다. 조치 시행 직후 Cargill Mexico의 수익이 급감한 것은 인정 되나 곧 회복되었고 Cargill Mexico사의 음료용 HFCS 공급 사업 외의 사업에는 큰 영향이 없는 점을 주목하였다. 청구인은 수익 급감 시기가 있었으므로 해당 시기에 국한해서 임시적인 수용(temporary expropriation)의 효과가 있었다는 주장도 제기하였으나 판정부는 수용의 효과는 소유권의 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해 등 영구적인 것이며 이러한 효과가 임시적으로 발생하는 경우에 대해서도 수용을 인정하는 법리나 선례가 없다고 기각하였다(370-377). 중재 판정부는 수용에 해당할 정도의 손상을 입었다는 것을 청구인이 입증하지 못했다고 지적하고 해당 조치가 수용에 해당하지는 않는다고 판시하였다.

206] 1106(3). No Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:

(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;



6) 불법 행위에 대한 대응 조치

멕시코는 설사 IEPS 조치나 수입 허가제가 NAFTA 투자 챕터 규정 위반이라고 인정된다 하더라도 이들 조치는 미국의 NAFTA 의무 불이행에 대응하기 위해 채택된 것이므로 국제법상 이들 조치의 불법성이 조각된다고 주장하였다. 멕시코가 인용한 국제법은 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 22조²⁰⁷⁾였다. 특정 국가의 의무 위반에 대한 대응 조치일 경우 해당 국가에 대한 의무와 합치되지 않는 행위의 불법성이 배제된다는 것이다.

중재 판정부는 미국이 NAFTA상의 의무를 위반했는지 여부에 대해서는 중재 판정부의 권한이 아니라는 이유로 심리하지 않았다. 그러나 멕시코의 조치가 형평성을 초과한 점은 인정했다. 대응 조치는 원 위반 행위를 한 국가에 대해서 취해야 하는 것이지 그 국가의 국민을 겨냥한 것은 그릇되었다고 지적하였다. 멕시코는 국가를 겨냥한 조치의 적용 대상이 국민은 될 수 없다는 것은 불합리하다고 항변하였으나 판정부는 국민을 대상으로 하지 않고 해당 국가에 대응할 수 있는 조치를 고안할 수 있다고 보았다. 대응 조치가 반드시 그 국민을 대상으로 해야 할 이유는 없다고 본 것이다. 그러나 중재 판정부는 멕시코의 조치가 대응 조치에 해당하는지 여부에 대해서는 판단하지 않았다. 다만 합법적인 대응 조치에 해당한다 할지라도 이 사건의 청구인은 대응 조치의 대상이어야 하는 미국이 아니라 제 3자이므로 대응 조치의 적법성 여부를 불문하고 멕시코 조치의 불법성이 조각되는 것은 아니라고 판시하였다(420-426).

다. 평가 및 해설

1) 유사 사건

이 사건은 *ADB & TLIA vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/5)과 쌍둥이 사건이다. ADB 사건에서도 내국민 대우, 이행 의무 부과 금지, 수용이 쟁점으로 제기되어 이 사건 판정부와 동일한 논리에 의거하여 동일한 판정을 받았다. 내국민 대우 의무 위반과 이행 의무 부과 금지 위반은 인정되었으나 수용 주장을 받아들여지지 않았다. 이 두 사건은 대상 물건이 HFCS이고 문제된 조치는 물품세를 부과한 IEPS 조치이다. 대상 물건이 담배이기는 하나 역시 IEPS 조치를 다룬 사건으로는 *Feldman vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/99/1)이 있다.

207] 22. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with Chapter II of Part Three.[Chapter II, Part Three 는 대응 조치가 충족해야 할 요건에 대해 서술]



2) 최혜국대우 의무 위반

이 사건에서는 청구인의 주장한 최혜국대우 의무 위반 주장이 인정되지 않았다. ICSID 중재 판정에서 투자 유치국이 최혜국대우 조항을 위반하였다는 청구가 수용되는 경우는 매우 드물다. 이 청구가 기각되는 주된 이유는 이 사건 판정부에서 지적한 바와 같이 청구인과 비교 대상이 된 3국 기업이 유사한 환경에 있지 않다는 것이다. 최혜국 조항 위반 청구가 제기된 사건의 경우 모두 준거 대상이 된 투자협정이 최혜국대우의 적용 대상을 유사한 환경에 있는 3국 투자자로 한정하고 있다.

이 사건 외에 최혜국대우 의무 위반 청구가 인정되지 않은 사례로는 *Parkerings v. Lithuania* 사건 (ARB/05/8) 사건에서 청구인은 리투아니아 수도 Vilnius시 구시가에 주차 시설을 건설하려는 자신의 계획은 기각된 반면 타 회사(Pinus Propius社)가 해당 지역 건설을 허가 받은 것은 최혜국대우 의무 위반이라고 주장하였으나 중재 판정부는 청구인의 계획은 UNESCO에 의해 문화유산으로 지정된 성당 근처까지 주차 시설이 건설되는 것이고 Pinus사의 계획은 문화유산에 대한 위험도가 훨씬 낮다는 점을 주목하였다. 문화유산 보호를 위해 청구인의 계획이 관련 부처 및 주민의 거둬진 항의를 받은 점도 확인되었고 Pinus사에 적용된 행정 절차나 심사 강도가 청구인에 비해 다른 바 없음도 확인하고 두 회사가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 중재 판정부는 Pinus사가 체결한 계약과 청구인에게 제시되었으나 체결되지 못한 계약의 내용이 상이하여 역시 유사한 환경에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. *Apotex vs. USA* 사건(ARB(AF)/12/1)에서는 청구인이 제조하는 의약품이 적정 제조 기준을 준수하지 못했다는 이유로 미국 당국에 의해 수입 경보 처분을 받았으나 마찬가지로 적정 제조 기준을 준수하지 못한 외국의 두 회사(캐나다, 이스라엘)는 청구인과 달리 수입 경보 처분을 받지 않았다고 주장하고 최혜국대우 의무 위반을 주장하였다. 중재 판정부는 이스라엘 회사의 경우 취급 약품이 당시 미국 내 수요가 크게 부족한 긴급 의약품이었고 캐나다 회사의 경우 문제 시정 방안의 충실성과 시행 의지가 청구인과 크게 달랐다는 점에서 미국 당국(FDA)이 재량에 의거하여 달리 처분하였을 뿐이며 이들 두 회사는 위와 같은 점에서 청구인과 유사한 환경에 있지 않았다고 인정하고 청구인의 주장을 기각하였다.

유사한 환경 이외에도 최혜국대우 조항의 적용을 제한하거나 배제하는 요소가 있다. 이에 대한 설명은 *Apotex vs. USA* 사건(ARB(AF)/12/1) 판례 해설에 기재되어 있다.



75

TSA vs. Argentina 사건(ARB/05/5)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 외국인의 통제 하에 있다는 점을 입증하지 못하여 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Thales Spectrum de Argentina사(이하 TSA)는 아르헨티나의 통신 회사로서 네덜란드 법인 TSI Spectrum International(이하 TSI)가 소유하고 있었다. TSA는 1997년 아르헨티나 방송위원회로부터 무선 주파수 관리, 운영 사업을 낙찰 받아 15년 기한의 양허 계약을 체결 하였으나 아르헨티나는 2004년 1월 계약상 의무 불이행 및 부당 이익 편취를 이유로 계약을 종료하였다(방통위령 242/04호). TSA는 2004년 3월 령 242/04호 취소를 요청하고 네덜란드-아르헨티나 투자협정의 분쟁해결 조항에 의거하여 우호적 해결 개시를 요청하는 서한을 발송하였다. 아르헨티나 방송위가 이 취소 요청을 기각하는 령 1231/04호를 2004년 5월 채택하자 TSA는 2004년 6월 령 1231/04호 취소 요청서를 아르헨티나 통신부 장관에게 제출하였다. 청구 요청 발송 후 30일 내에 회신이 없을 경우 기각된 것으로 간주한다는 아르헨티나 국내법을 인용하여 TSA는 자신의 취소 요청 청구가 기각된 것으로 간주한다는 서한을 2004년 12월 10일 아르헨티나 대통령에게 송부한 후 불법 수용과 투자자 보호 위반을 이유로 네덜란드-아르헨티나 투자협정을 근거로 2004년 12월 20일 ICSID 중재를 신청하였다. 2005년 5월 아르헨티나 정부(기획투자서비스부)는 TSA의 령 242/04호 취소 청구를 기각한다고 통지하였다. 이와 별도로 아르헨티나 검찰은 TSA의 양허 계약 체결 과정에 위법 사항이 있는 혐의를 수사하였으며 연루된 TSA 관계자 2명(Jorge Neuss, Jean Nicolas d'Ancezune)을 불구속 기소하고 뇌물 공여 혐의에 대해서는 수사를 진행 중에 있었다.

아르헨티나는 TSA의 ICSID 중재 신청은 별도 중재를 이용토록 규정하고 있는 양허 계약 분쟁 조항, 국내 사법 절차 선 이용을 규정한 투자협정 분쟁 조항, 분쟁 당사국적 기업이 ICSID 중재를 신청하기 위해서는 외국인의 통제 하에 있어야 한다는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 위반한 것이고 TSA 관계자의 사법 처리에서 확인되었듯이 TSA는 아르헨티나 관련 법규에 의거하여 수립된 기업이 아니므로 투자협정상의 투자에 해당되지 않는다는 논거로 ICSID 관할권을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) 분쟁해결 조항 적용 가능성

1997년 양허 계약 29조는 분쟁 발생 시 아르헨티나 연방 행정 법원 또는 부에노스아이레스 중재 판정부를 활용하도록 규정하고 있었고 양자 투자협정 4(1)조²⁰⁸⁾는 특별한 합의에 따른 투자는 투자협정 및 해당 합의의 조항에 의해 규율된다고 규정하고 있었다. 아르헨티나는 TSA의 주장은 명백히 양허 계약에 관한 것이고 이 계약은 4(1)조상의 특별 합의에 해당하므로 양허 계약의 분쟁 조항이 적용되어야 한다고 주장하였다.

중재 판정부는 투자 분쟁은 조약과 계약상의 문제를 동시에 포함할 수 있으며 이 경우 조약 위반과 계약 위반 여부는 서로 다른 문제로서 별도로 심리해야 하고 설사 해당 계약이 특정한 분쟁해결 조항을 포함하고 있어도 조약상의 분쟁해결 절차를 배제하는 것은 아니므로 조약 위반 사항에는 조약의 분쟁해결 절차가 적용되는 것이라고 실시하였다. 판정부는 아르헨티나 방송위 및 기타 기관의 작위, 부작위의 조치가 양허 계약 이행의 문제뿐 아니라 투자협정의 의무 준수 여부도 포함할 수도 있으며 투자협정 위반에 대해서는 양허 계약상의 분쟁해결 기구는 심리 권한이 없고 투자협정의 분쟁 조항을 통해 구제되어야 한다고 지적하면서 아르헨티나의 주장을 기각하였다(판정문 58-66).

투자협정 10조²⁰⁹⁾는 (1)항에서 투자 분쟁은 가능한 한 우호적 해결 시도, (2)항에서는 우호적 해결 요청 후 3개월 내 해결 실패 시 투자 유치국의 행정 또는 사법 기관에 제소, (3)항에서는 동 기관에 제출 후 18개월 이내에 이들 기관이 최종 판결하지 못하거나 판결 후에도 분쟁이 계속될 경우 투자자는 국제 중재 원용 가능의 수순으로 분쟁을 해결하도록 규정하고 있다.

아르헨티나는 청구인이 18개월 소진 의무를 준수하지 않고 ICSID 중재를 청구하였으므로

208] 4(1) Investments which are subject to a special agreement between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party shall be ruled by the provisions of this Agreement and by those of such special agreement.

209] 10(1) Disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party regarding issues covered by this agreement shall, if possible, be settled amicably.

(2) If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) of this article within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, either party may submit the dispute to the administrative or judicial organs of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made.

(3) If within a period of eighteen months from submissions of the dispute to the competent organs mentioned in paragraph (2) above, these organs have not given a final decision or if the decision of the aforementioned organs has been given but the parties are still in dispute, then the investor concerned may resort to international arbitration or conciliation. Each Contracting Party hereby consents to the submission of a dispute as referred to in paragraph (1) of this Article to international arbitration.



ICSID는 관할권이 없다고 주장하였다. 중재 판정부는 최종 판결이란 더 이상의 이의 제기나 구제 방안이 없는 최종적인 결정이라고 보고 TSA의 우호적 해결 제의 서한에 대해 아르헨티나 방송위가 2004년 령 1231/04로 거절한 것은 동 령 접수 이후에 다시 TSA가 통신부 장관에게 취소 청구를 한 점에서 확인되듯이 최종 판결은 아니라고 개념을 정리하였다. 판정부는 2004년 6월 TSA가 통신부 장관에게 취소 청구를 한 이후 2005년 6월 기획투자서비스부로부터 최종 기각 통보를 받았으므로 18개월 기한 중 불과 3개월이 남은 시점이었다고 지적하고 이 3개월 동안에 (TSA가 제소한다 하더라도) 법원의 판결이 날 수는 없을 것이라고 단정하였다. 비록 TSA가 성급하게 ICSID 중재를 신청한 점은 인정되지만 투자협정 10(3)조 18개월 요건 불충족을 이유로 기각하는 것은 지나치게 형식에 얽매이는 것이며 설사 기각하더라도 18개월 잔여기간이 3개월만 지나면 충족되므로 곧 다시 ICSID 중재를 신청할 것이므로 굳이 지나친 형식문을 고집할 필요는 없다고 보고 아르헨티나의 주장을 기각하였다(101-112).

2) 관할권

ICSID 협약 25(2)(b)조는 ICSID 중재 동의일 현재 외국의 통제 하에 있는 분쟁 당사국의 기업은 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 아르헨티나는 청구인 TSA의 모기업은 영업 활동 실적이 없고 소재지에는 무려 255개의 기업이 등록되어 있으며 TSA 설립 5일전에 설립된 회사인 점에 비추어 ICISD 협약과 판례가 요구하는 것처럼 TSA를 실질적으로 통제 (effective control)하고 있지 않다고 주장하였다.

판정부는 TSI가 네덜란드 등록 법인이고 TSA의 지분 100%를 소유하고 있으므로 ICSID 협약 25(2)(b)조의 외국인 통제 요건은 충족한다고 보았다. 그러나 이 조항은 ICSID 중재 동의일 기준으로 외국인 통제 하에 있었다는 것을 요구하고 있다고 지적하고 이 사건의 경우 TSA가 ICSID 중재 신청 하겠다는 의사를 표명한 2004년 12월 10일 대통령 앞 서한 발송일이 동의일이라고 판단하였다. 판정부는 TSA가 제출한 자료를 볼 때 동일자에는 아르헨티나인 Jorge Neuss가 과반 지분을 소유하고 있으므로 TSA는 외국인의 통제 하에 있었다고 볼 수 없다고 판정하고 따라서 판정부는 이 사건 관할권이 없다고 결론 내렸다(155-162).

아르헨티나는 투자협정 1(a)조 규정 상 투자는 투자 유치국 법률과 규정에 따라 투자 유치국 내에 투자된 모든 종류의 자산인데 TSA의 핵심 관계자 Jorge Neuss가 양허 계약 과정 중의 위법 행위로 불구속 기소되었고 뇌물 공여 혐의는 수사 중이므로 TSA가 아르헨티나의 법률과



규정에 맞게 투자된 것이라고 볼 수 없으며 따라서 ICSID의 관할권이 인정되지 않는다고 주장하였다. 중재 판정부는 아직 확정 판결이 나지 않았고 수사가 진행 중이므로 선불리 예단할 수 없다는 이유로 아르헨티나의 주장을 기각하였다(174-176).

다. 평가 및 해설

1) 분쟁해결 조항 해석의 적정성

투자협정 10(3)조의 18개월 대기 규정을 준수하지 않은 점을 인정하고도 중재 판정부가 이를 이유로한 아르헨티나의 관할권 부인 주장을 기각한 것은 이해하기 곤란하다. 판정부가 근거로 제시한 논거는 허망하다. 어차피 기각하더라도 수개월 후 18개월 기한이 충족되면 그 즉시 청구인이 ICSID 중재를 다시 신청할텐데 지나치게 형식에 구애될 필요가 없다는 것이다.

우선 판정부에게 18개월의 대기 규정을 임의로 적용하지 않을 권한이 있는지 의문이다. 18개월 기한은 주권 국가인 네덜란드와 아르헨티나가 문서로 합의한 사항이며 판정부는 물론 그 어느 재판부나 기관도 이 의문의 여지가 없는 수치상의 규정을 임의로 단축, 연장할 수 있는 권한이 없다. 이는 투자협정 개정을 통해 이루어져야 할 사항이다.

if ~, may로 구성된 투자협정 10(3)조의 18개월 기한 문장은 다음 단계로 진입하기 위한 사전 조건으로서 이를 충족하지 않으면 다음의 분쟁해결 절차를 이용할 수 없다고 보아야 한다. 10(2)조 역시 우호적 해결이 3개월 이내에 이루어지지 않으면 사법, 행정 기관에 제출할 수 있다는 if ~, may의 구문으로 3개월을 다음 사법, 행정 기관 이용의 전제 조건으로 하고 있다.

판정부는 18개월의 기점도 잘못 적용하였다. 투자협정 10조는 분쟁해결 절차의 이용 순서와 조건, 시기상의 기점을 명확히 규정하고 있다. 10(2)조는 우선 ‘어느 일방 당사자가 우호적인 분쟁해결을 요청한 날로부터 3개월 이내에 우호적으로 해결되지 않을 경우’ 라고 3개월의 기점을 적시하고 있다. 이 사건 경우에는 TSA가 우호적 해결 의사를 방송위에게 서한으로 통보한 2004년 3월 25일이 될 것이다. 3개월 경과 후 분쟁 당사자는 해당 분쟁을 투자가 이루어진 계약국(이 사건 경우 아르헨티나)의 행정 또는 사법 기관에 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 아르헨티나 방송위는 2004년 5월 25일 우호적 해결 요청에 대한 기각 결정 1231/04호를 발령하였으므로 3개월 내 우호적 해결 실패 조건은 이 날짜로 충족한 것으로 보아야 한다. TSA는 이 날 이후에는 언제든지 행정, 사법 기관에 제출할 수 있고 2006년 6월 4일 아르헨티나 행정부(통신부 장관)



앞으로 1231/04호 취소 청구 서한을 발송한 것은 3개월 이내 우호적 해결 실패 시 행정 기관에 분쟁을 제출할 수 있다는 요건을 충족한 것이 된다.

투자협정 10(3)조는 (2)항에 언급된 권한 있는 기관(즉, 분쟁을 제출한 행정, 사법 기관)에게 분쟁이 제출된 때부터 18개월 이내에 이들 기관이 최종 판결을 내리지 않으면 분쟁 당사자는 국제 중재를 원용할 수 있다고 규정하고 있다. 또는 18개월 이내에 최종 판결은 내려졌으나 당사자들이 여전히 분쟁 중이면 국제 중재를 원용할 수 있다. 18개월의 기산 시점은 해당 기관에게 분쟁이 제출된 날, 즉 이 경우 2004년 6월 4일 아르헨티나 행정부(통신부 장관) 앞 서한 발송일이다(접수일은 6월 17일). 그런데 중재 판정부는 이 18개월 기산일을 TSA가 우호적 해결 의사를 표명한 방송위 앞 서한 발송일 2004년 3월 2일로 잘못 이해하고 있다. 이 날짜는 10(2)조의 3개월 기산점이고 10(3)조의 18개월 기산점은 우호적 해결이 실패한 이후 권한 있는 기관에 분쟁을 제출한 날, 즉 2004년 6월 4일이다. 18개월 요건의 만료일은 2005년 12월 4일(접수일 기준으로는 12월 17일)이 될 것이다. 판정부는 이 만료일을 2005년 9월 2일로 잘못 보았다. 기산일을 잘못 본 당연한 결과이다.

2005년 6월 27일, 아르헨티나 기획투자서비스부는 242/04(방송위의 양허 계약 종료 결정)호에 대한 TSA의 취소 청구에 대한 심리 결과를 최종 통보해 왔다. 이 통보는 10(3)조의 권한 있는 기관의 최종 판결에 해당하는 것이 문안상, 상황상 명백하다. 그러나 판정부는 이 통보가 10(3)조의 최종 판결인지에 대해서는 명확한 의견을 표명하지 않은 채 이 판결 이후 TSA가 추가적인 상소나 구제 절차를 취할 수 있을 지 염려했고 18개월 만료일로 오인한 2005년 9월 2일까지 3개월도 채 못 되는 기간에 또 다른 사법 심리가 종료되지 못할 것으로 확신했다. 이는 18개월의 성격을 잘못 이해한 소치로 보인다. 만일 기획투자서비스부의 통보가 최종 판결이 아니라고 보았다면 TSA는 10(3)조 규정대로 권한 있는 행정, 사법 기관에 분쟁을 제출할 수 있으며 이에 따라 또 다른 기관에 실제로 제출하다면 그 제출 일자부터 다시 18개월이 기산되어야 할 것이므로 판정부의 3개월 미만의 기간 우려는 그 근거가 없는 것이다.

아르헨티나 기획투자서비스부의 통보는 2005년 6월 4일, 18개월 만료일은 2005년 12월 4일(접수일 기준으로는 17일)이다. 만료일 이전에 최종 판결이 난 것이며 TSA는 이에 불복하는 것이므로 10(3)조의 두 번째 상황, 18개월 내 최종 판결이 났지만 당사자가 여전히 분쟁 중인 상황인 것이다. 이 경우 TSA는 18개월 만료를 기다릴 필요가 없이 2005년 6월 4일(접수일 기준으로는 17일)부터 ICSID 중재 신청이 가능하다. TSA의 ICSID 중재 신청일은 2004년 12월



20일이다. 이는 명백히 투자협정 규정을 위반한 것이다.

3개월 후 재신청이 예상되므로 규정을 위반한 신청에 대해 관할권을 인정한 판정부의 논리는 근거가 취약하거나 잘못된 이해에 바탕을 두고 있다. 판정부가 다른 관할권 부인 주장을 수용하여 기각하였기에 망정이지 만일 관할권을 인정하고 본안 심리에 착수하여 심리를 마쳤다면 판정 취소를 위한 특별 위원회에 제소되었을 가능성이 농후하다.

2) 외국인 통제 하의 자국 기업

이 사건은 ICSID 협약 25(2)(b)조가 규정하고 있는 외국인 통제 하에 있는 기업이 자국 정부를 상대로 투자자-국가 소송을 제기할 수 있는 사건 판례로도 자주 인용된다. 이에 대한 종합적인 설명은 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1)에 수록하였다.



76

Funnekotter vs. Zimbabwe 사건(ARB/05/6)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 소지한 농장을 보상 없이 수용한 짐바브웨의 조치가 투자협정 위반이라고 판시된 사건이다.

청구인 Bernadus Funnekotter 등 10여명은 짐바브웨에 농장을 소유하고 있었던 네덜란드인 들이다. 짐바브웨 농민과 1980년 독립 전쟁 참전 군인들은 2001년부터 2003년간 청구인 소유 농장을 비롯하여 다수의 외국인 소유 농장에 무단 침입하여 거주하기 시작하였고 짐바브웨는 1992년 토지몰수법과 2005년 헌법을 통해 이들이 무단 점거한 외국인 소유 토지를 수용하였다. 보상은 이루어지지 않았다. 청구인은 짐바브웨의 조치가 네덜란드-짐바브웨 투자협정의 수용 조항 위반이라고 주장하고 2003년 6월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

청구인의 수용 주장에 대해 짐바브웨는 토지 몰수법과 헌법상의 조치가 수용에 상당한 조치라는 점을 인정하였으나 수용 조항 6조²¹⁰⁾의 요건을 위반한 것은 아니라고 반박하였다.

중재 판정부는 6조 요건 위반 여부를 심리하기 전에 해당 요건은 모두 충족해야 하는 중첩적인 요건, 즉 어느 하나라도 위반하면 6조 위반에 해당한다는 점을 확인하고 우선 c)항 보상 요건 충족 여부를 먼저 살펴보기로 하였다. c) 요건 위반이 인정되면 a) 공공성 b) 차별성 충족

210] 6. Neither Contracting Party shall subject nationals of the other Contracting Party to any measures depriving them, directly or indirectly, of their investments unless the following conditions are complied with:

- a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;
- b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the former Contracting Party may have given;
- c) the measures are accompanied by provision of just compensation.

Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any free convertible currency accepted by the claimants. The genuine value of the investments shall include, but not exclusively, the net asset value thereof as certified by an independent firm of auditors.



여부는 심리할 필요가 없기 때문이다. 짐바브웨는 보상하지 않은 이유는 짐바브웨 법에 따른 확인 절차나 감정 평가 절차를 거치지 않았기 때문이라고 개진하였으나 중재 판정부는 보상을 하기 위해 해당 절차를 마쳐야 한다는 규정이 없다고 일축하였다. 짐바브웨는 청구인의 자산 가치가 6(c)조 말미 단서대로 독립적인 회계사에 의해 산정되지 않았기 때문이라고도 주장하였으나 판정부는 짐바브웨 정부가 6(c)조상의 가치 산정을 시도하지 않았고 제출된 증거상 청구인의 피해를 전액 보상하려고 고려했던 바 없다고 지적하고 이 주장을 수용하지 않았다. 짐바브웨는 당시는 국가 비상 상황이었으므로 보상하기가 어려웠다고도 설명하였으나 중재 판정부는 동 기간 중 짐바브웨 정부에 의해 국가 비상 상황이 선포된 바 없고 폭동, 봉기 등에 관한 투자협정 7조²¹¹⁾는 짐바브웨가 주장하는 바와 달리 6조 의무를 면제하는 것이 아니라 피해 보상 시 내외국민을 동등하게 대우하라는 것이라고 확인하였다. 또한 판정부는 국가 비상 상황으로 인해 청구인에 대한 보상을 산정, 지불하는 것이 왜 불가능했는지에 대해서는 짐바브웨가 해명하지 못했다고 지적하였다. 이상에 따라 판정부는 짐바브웨가 투자협정 6(c)조 요건을 충족하지 못했으며 짐바브웨의 청구인 농장 수용은 6조를 위반한 것이라고 판정하였다. 6(c)조 위반이 확인되었으므로 a), b) 위반 여부는 굳이 심리할 필요가 없다고 정리하였다 (98-107).

다. 평가 및 해설

투자협정은 외국인 투자의 수용을 금지하지는 않는다. 일정 요건을 충족하는 수용은 합법적인 것으로 인정된다. 수용 요건 중 투자자에게 가장 직접적인 영향을 미치는 것은 이 사건에서 쟁점이 된 보상이다. 대부분의 투자협정은 보상에 대해 자세한 요건을 부과하여 두고 있다. 대표적인 것이 신속, 적정, 효과적인 보상(prompt, adequate and effective)이다. 1930년대 미국의 Cordell Hull 국무장관이 주장한 원칙으로서 그의 이름을 따 Hull 규칙이라고도 한다. 투자협정이나 수용에 관한 국내법에서는 이를 보다 구체적으로 규정하여 두기도 한다. 한미 FTA의 경우 수용에 대한 보상은 신속, 적정, 효과적이어야 한다고 규정하고 별도 항²¹²⁾에서 다시 보상은 지체

211] 7. Nationals of the one Contracting Party who suffer losses in respect of their investment in the territory of the other Contracting Party owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than which that Contracting Party accords to its own nationals or nationals of any third State, whichever is more favourable to the nationals concerned.

212] Annex 11-B

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

(a) be paid without delay;

(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took



없이(prompt), 수용 발생 직전의 공정 시장 가격으로 수용 의도가 미리 알려져서 발생한 가격 변동을 반영하지 않은 채(adequate) 충분히 실현 가능하고 자유롭게 송금할 수 있어야 한다고(effective) 규정하고 있다. 더 나아가 상업적으로 합리적인 이자까지 포함되도록 규정하고 있다.

보상이 문제가 된 직접 수용 관련 판례는 다수 있다. *AIG Capital vs. Kazakhstan* 사건(ARB/01/6)은 카자흐스탄이 청구인의 고급 주택 단지 건설 사업 허가를 취소하고 부지를 몰수한 사건으로서 판정부는 관련 사실과 증거가 명료하여 청구인의 투자가 직접, 간접적으로 수용되었다는 점이 입증된다고 판단하였다. 판정부는 카자흐스탄의 조치는 자국법상의 수용 절차도 준수하지 않은 것이며 카자흐스탄이 보상으로서 제의한 대체 부지는 수용에 대한 보상은 자유롭게 유통되는 통화로 지급한다는 투자협정 위반이라고 판정하였다. 청구인이 소유한 헝가리 공항 운영권을 헝가리 공항 공사로 이관케 한 헝가리 교통부의 조치가 수용에 해당한다고 주장된 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)에서 판정부는 예외적 수용 허용 요건인 공공 이익, 공정한 절차, 비차별, 정당한 보상이 모두 준수되지 못하였으므로 불법 수용에 해당한다고 판정하였다. 이집트가 가스관 건설이라는 공공 목적을 위해 청구인의 부지를 수용한 것은 정당하다고 강변한 *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15)에서 중재 판정부는 수용 후 10년 동안 아무 보상이 이루어지지 않았으므로 적정하고 공정한 보상이 있었다고 볼 수 없다고 판정하였다(판정문 429-444).

청구인의 파이프라인 부설 사업권을 국영 기업으로 이전시킨 조치에 대해 조지아가 수용 요건을 충족하였다고 주장한 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에서 판정부는 공공성과 비차별성은 인정되나 수용 전에 피수용자로 하여금 권리를 주장할 충분한 시간과 기회를 부여하지 않았으므로 정당한 절차 요건이, 보상을 하지 않았으므로 보상 요건이 충족하지 못하였다고 판시하였다(판정문 408). *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1)에서 판정부는 공공 이익을 위한 수용이라는 점은 인정하였으나 약속과 달리 보상 가격 산정을

place (the date of expropriation);

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.



제 3기관을 통하지 않고 자신이 산정하여 지급한 것은 신속, 적정, 충분한 보상에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 1035-1040). 베네주엘라가 금 산업 국유화 포고령이 문제된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 보상을 받지 못했다는 사실 자체만으로 수용이 불법화되는 것은 아니며 이 사건처럼 보상이 제시된 경우에는 제시된 조건을 심리해야 한다고 보았다. 판정부는 제시된 보상 금액은 국유화령이 설정한 상한에도 훨씬 못 미치는 것으로서 베네주엘라는 수용의 요건 중 신속, 적정, 유효적 보상 요건을 충족하지 못하였다고 판단하였다(판정문 380-410).

| 직접 수용 관련 ICSID 판정 종합 일람표 |

사건명	직접 수용 해당 및 요건 충족 여부	직접 수용 불해당
<i>Wena Hotel v. Egypt</i> (98/4)	보상 요건 불충족, 법적 근거 없이 강제 탈취하고 1년 후 반환하였어도 직접 수용 인정	
<i>AIG Capital v. Kazakhstan</i> (01/6)	적법 절차, 보상 요건 불충족	
<i>ADC v. Hungary</i> (03/16)	수용 4개 요건 모두 불충족	
<i>Gemplus v. Mexico</i> (AF)/04/3, 04/4)	수용 요건 불충족	
<i>Funnekotter v. Zimbabwe</i> (05/6)	보상 요건 불충족	
<i>Siag & Vecchi v. Egypt</i> (05/15)	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Kardassopoulos v. Georgia</i> (05/18)	적법 절차, 보상 요건 불충족 공공성 비차별성 충족	
<i>Vestey v. Venezuela</i> (06/4)	공공 목적, 적법 절차 불충족	
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)	공공 목적 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Tidewater v. Venezuela</i> (10/5)	비차별성 충족, 보상 요건 불충족	
<i>Garanti Koza v. Turkmenistan</i> (11/20)		법원 판결은 수용 불해당
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF)/12/5)	보상 요건 불충족, 공공 목적 심층 심사 사양	



77

Saipem vs. Bangladesh 사건(ARB/05/7)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 중재 판정을 이행 받을 권리도 수용 대상이 될 수 있는 재산이며 계약상의 분쟁해결 기구로 지정된 중재 판정부의 판정을 부인하는 투자 유치국 국내 법원의 판결 자체가 수용 행위로 인정된 사건이다.

청구인 Saipem(Società Anonima Italiana Perforazioni E Montaggi)사는 이탈리아의 석유, 가스 개발 회사로서 1990년 2월 방글라데시 국영 석유 공사(Petrobangla)와 400km의 석유가스 파이프라인 건설 계약을 체결하였다(1990 계약). 계약에 따르면 분쟁은 국제 상공 회의소 중재 법원에 회부하기로 규정되어 있었다. 공기는 당초 1991년 4월까지였으나 공사가 지연되자 Petrobangla와 Saipem간에 공기 지연에 따른 배상금을 서로 지불해야 한다는 다툼이 발생하였다. 일단 공기 연장에는 합의하고 양측은 지체 상금 부담 주체 및 규모에 대해 협의하여 1992년 7월 타협에 이르렀으나 양측의 이해가 차이가 있었다. Petrobangla는 일정 조건 충족 조건으로 약 1400만불을 지불하기로 했다고 주장하고 Saipem은 부대조건이 없었다고 주장했다. 이견이 지속되자 Saipem은 1993년 6월 국제 상공 회의소(ICC) 중재 법원에 제소하였고 중재 심리 과정 중 Petrobangla가 요청한 4건의 절차 진행상의 요청 사항이 기각되기도 하였다.

1997년 11월 Petrobangla는 ICC 중재인이 자신의 절차적 권리를 보장하지 않는다는 이유로 ICC 판정 취소 청구 소송을 제기하자 방글라데시 법원은 2000년 4월 이를 인용하는 판결을 내렸다. 2001년 4월 ICC 중재 법원은 이 사건 관할권은 방글라데시 법원의 판결을 비난하면서 심리를 재개하였고 2001년 5월 Saipem 승소 판정을 내렸다. 이에 대해 Petrobangla는 ICC 판정 무효 청구 소송을 제기하였으며 방글라데시 대법원은 2004년 4월 ICC 판정 부존재 판결을 내렸다.

Saipem은 이 판결에 대응하는 대신 ICSID 중재를 이용하였다. 2004년 10월 Saipem은 중재를 신청하고 ICC 중재 판정에 따라 집행할 자신의 권리는 경제적 가치를 갖는 계약상의 권리이므로 투자에 해당하고 이 투자가 ICC 권한을 부인한 방글라데시 법원의 판결로 인해



침해된 것은 보상 없는 수용에 해당한다고 주장하고 이태라-방글라데시 투자협정에 근거하여 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 해당 여부

관할권 심리 단계에서 판정부는 청구인은 방글라데시에 투자하였고 이 사건은 투자로 직접적으로 발생한 법적인 분쟁이라고 확인하였다. 중재권이 수용되었다는 청구인의 주장도 만일 해당 권리가 실존하고 Petrobangla와 방글라데시 법원이 양자 투자협정을 위반하였으며 그 행위 책임이 방글라데시에게 귀속된다는 것이 본안 심리에서 입증이 된다면 수용으로 인정할 수 있다고 판정하였다.

2) 수용

청구인이 주장하는 것은 방글라데시의 1990 계약 위반이 아니라 방글라데시 법원과 Petrobangla의 ICC 중재 심리 과정에 대한 불법적인 간섭이었다. 청구인은 ICC에 중재할 수 있는 권리, ICC 판정으로 확인된 1990년 계약상의 대금 수령 권리, ICC 판정을 인정, 집행할 권리가 방글라데시와 Petrobangla에 의해 침해되었고 보상도 받지 못했으므로 이는 불법 수용에 해당한다는 주장이었다.

판정부는 수용이란 ‘자산’이 ‘탈취’되는 것이므로 일단 수용될 수 있는 ‘자산’의 존재에 대해 살펴보았다. 판정부는 ICC 판정문에서 확인된 청구인의 1990년 계약상의 권리가 수용될 수 있는 자산이라고 인정하였다. 수용 대상이 되는 자산은 반드시 유형이어야 하는 것은 아니며 무형물도 수용이 될 수 있고 경제적 가치를 갖는 권리는 투자협정상의 투자에 해당하기 때문이다. ‘탈취’에 대해서 판정부는 방글라데시 법원의 판결은 직접적인 수용 행위는 아니지만 이태라-방글라데시 투자협정 5(2)조에서 규정하고 있는 수용과 유사한 효과를 갖는 조치라고 확인했다. 방글라데시 법원은 ICC 판정을 존재하지 않는 것으로 무시해버림으로써 청구인으로부터 ICC 판정의 혜택을 박탈하였고 결과적으로 1990년 계약상의 권리를 탈취하였다고 판단하였다. Petrobangla의 행위에 대해서는 수용 행위는 정부의 공적인 행위이나 Petrobangla는 계약 당사자로서 행동하였을 뿐이라고 인정하였다(124-132).



판정부는 방글라데시 법원의 행위가 곧 수용 행위라고 판정한 것은 아니다. 판정부는 청구인의 ICC 판정 혜택 향유 권한이 탈취된 사실만으로는 방글라데시 법원의 간섭을 수용에 상당하다고 결론내릴 수는 없다고 설명했다. 법원의 정당한 법적인 근거가 있는 중재 판정 무효 판결이 모두 수용 행위가 될 수도 있기 때문이다. 수용 행위로 인정되려면 법원의 판결이 불법적이어야 했다. 청구인은 ICC 중재 규칙 상 판정의 취소는 당사자가 청구할 수 있다고 규정되어 있음에도 불구하고 방글라데시 법원이 취소한 것은 당사자 자율성이라는 원칙을 위반한 것이라고 주장했다. 그러나 판정부는 국내 법원은 ICC 중재 규칙에 구속되지 않으며 국가의 중재법은 ICC 중재 규칙과 상위할 수도 있다고 실시하고 청구인의 주장을 인용하지 않았다. 청구인은 방글라데시 중재법에 중재 판정 취소를 금지하는 규정이 있다고 항변하였으나 판정부는 해당 조항은 방글라데시 내에서 진행되는 중재에 적용되는 것이라는 방글라데시의 반론을 받아 들였다(137-144).

3) 사법부인

청구인은 법원의 판결이라도 심각하게 불공평하고 자의적이며 부당하고 터무니없으면 국제법 위반을 구성할 수 있다고 주장하였다. 판정부는 대법원의 ICC 판정 무시 판결은 하급심의 ICC 중재 판정 취소 판결에 기초한 것이라고 밝히고 있으므로 판정의 정당성 여부는 중재 판정 취소 판결만 살펴보면 될 것으로 보았다. 이 취소 판결은 ICC 판정부가 Petrobangla의 절차적 요구 사항(추가 증인 요구, 증인 기록 삭제 등)을 거절한 것을 판단의 근거로 제시하였을 뿐 판단에 이르게 된 이유는 설명하지 않고 있으며 해당 판정부의 의견을 조회하지도 않았다는 사실을 확인하였다. 판정부는 Petrobangla의 요청은 중재 판정에서 흔히 제기되는 것으로서 수용 여부는 해당 중재 판정부의 재량 사항이고 많은 판정에서 당사자의 절차적 요구 사항이 모두 접수되는 것도 아니라는 점도 확인하였다. 판정부는 이 외에는 ICC 판정부가 부적절하거나 불법적, 편파적으로 행동했다는 근거나 주장이 없고 Petrobangla 측도 판정부의 행동에 대한 문제를 제기하지 않았음을 주목하였다. 이상에 비추어 판정부는 ICC 판정부의 정상적인 권한 행사에 대해 방글라데시 법원이 특별한 설명도 없이 중재 판정 취소 판결을 내린 것은 통상적인 감독권을 일탈한 것이며 국제적으로 수용되는 권한 남용 금지 원칙을 위반한 것이라고 판정하였다(149-161).

방글라데시는 외국 중재 판정의 승인 및 집행에 관한 협약 가입국이다. 이 협약 2(1)조는 당사자 간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자 간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다고 규정하고 있다. 청구인은 방글라데시가 이 의무를 위반하였다고 주장하였다. 판정부는 방글라데시 법원의 판정은 이 조항에서 언급하는



중재나 중재 합의를 거당한 것이 아니고 판정을 취소한 것이기는 하나 이를 통해 사실상 중재 합의를 이행하려는 중재를 방해하고 무력화하였으며 이 협약의 정신을 완전히 좌절시켰다고 비난하였다.

이상을 종합하여 판정부는 방글라데시 법원의 중재 판정 취소 판결은 국제법, 특히 권한 남용 금지 원칙과 뉴욕 협약에 합치되지 않는다고 판시하였다(163-170). 판정부는 ICC 중재 판정을 부인한 대법원 판결 역시 상사 중재 판정의 승인과 집행 의무를 방글라데시에 부과한 뉴욕 협약 위반이며 이 사건 ICC 중재 절차에 대한 결정적 타격으로서 방글라데시 법원의 간섭에 대한 판정부의 확신을 보장해주었다고 비난하였다.

4) 국가 책임 귀속성

방글라데시 법원의 판정이 불법적이라 하더라도 그 책임을 방글라데시에 귀속시킬 수 없으면 수용이 성립하지 않는다. 수용은 국가 기관의 공적이고 주권적인 행위이기 때문이다. 판정부는 법원은 국가 기관이므로 그 행위 책임이 직접적으로 방글라데시에 귀속되는 것은 자명하고 Petrobangla는 국가의 지시나 위임에 의해 공적인 자격으로서가 아니라 1990 계약 당사자로서 활동한 점이 인정되므로 굳이 국가 책임 귀속성 여부를 심리할 필요가 없다고 보았다(188-191).

다. 평가 및 해설

1) 중재 판정의 투자 해당

이 사건은 국제 중재 판정 자체가 투자에 해당할 수 있는지에 대해 의미 있는 판결이다. 이 사건 청구인은 ICC 중재 판정 자체를 자신의 투자이고 불법적으로 수용당했다고 주장하지는 않았다. 청구인은 ICC에 중재할 수 있는 권리, ICC 판정으로 확인된 1990 계약상의 대금 수령 권리, ICC 판정을 인정, 집행할 권리가 방글라데시와 Petrobangla에 의해 침해되었고 보상도 받지 못했으므로 이는 불법 수용에 해당한다는 논리를 제시하였다. 판정부도 ICC 중재 판정 자체가 청구인의 투자에 해당하는지에 대해서는 심리하지는 않았다. 판정부는 방글라데시 법원이 ICC 판정을 존재하지 않는 것으로 부당하게 무시해버림으로써 청구인으로부터 ICC 판정의 혜택을 박탈하였고 결과적으로 1990년 계약상의 권리를 탈취하였다고 판단하였다.

반면에 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서는 ICC의 중재 판정 자체가 청구인의 투자라는



주장이 제기되었으나 수용되지 않았다. 이 사건 청구인은 우크라이나로 하여금 자신에게 300만 불을 지급하라고 한 ICC 중재 판정은 일종의 자금 청구권에 해당하므로 투자라고 주장하였으나 중재 판정부는 중재 판정은 권리, 의무 관계를 서술하는 법적 문서이며 그 자체로는 자산 등이 우크라이나에 투입된 것도, 경제 활동을 포함하는 것도 아니므로 투자협정 1(1)조와 ICSID 25(1)조상의 투자 요건을 충족하지 못한다고 판단하였다(판정문 158-162).

다툼 대상이 되는 물건이 투자협정상의 투자 정의에 해당하는지 여부에 대한 종합 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하였다.

2) 사법부인

이 사건은 국내 법원의 판결 자체가 사법 부인이라고 판정한 유일한 사례이다. 사법 부인은 ICSID 중재에서 흔히 제기되는 문제이기는 하나 판정부는 사법 부인은 투자 유치국가의 사법 체제 전반에 대한 부정적 판단을 내포하는 것이므로 매우 엄격한 기준을 적용하고 있다. 실제로 사법 부인이 인정된 예는 이 사건 외에 *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2)이 유일하다. 그러나 이 사건은 소송 제기 후 7년이 넘도록 판결을 내리지 않은 절차 지연이 사법 부인에 해당한다는 것이었고 법원 판결 내용 자체에 대한 사법부인 판정은 아니었다.

ICSID 중재 판정부는 주로 국내 법원의 판결에 대한 상소심, 상급심이 아니라는 점을 들어 국내 법원의 판결의 적정성 여부를 심리하는데 소극적이다. 이 사건은 ICC 중재 판정이 특별한 흠결이 없음에도 불구하고 별다른 설명도 없이 이를 취소한 방글라데시 법원의 판결은 권한 남용, 국제법 위반이라고 판단하였다. 국내 법원의 판결에 대해 사법부인 주장이 제기된 여타 사건 중에는 국내 법원 판결이 사법 부인에 해당할 수 있는 기준을 제시한 것이 있다. 대개는 이러한 기준을 제시하고 해당 국내 법원 판결이 이에 부합하는지를 살펴 사법부인 존부 여부를 가리는 수순으로 판정한다.

Lowen vs. USA 사건(ARB(AF)/98/3) 판정부는 국내 법원 판결이 수치스러운 정도로 편향적이고 불공정하며 지나치게 징벌적일 경우 사법 부인이 있을 수 있음을 시사 하였다. *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 국내 법원의 판결이 명백하게 부당하고 믿을 수 없어서(clearly improper and discreditable) 그 결과 투자자가 불공정하고 불공평한 대우를 받게 되어야 사법 부인에 해당할 것이라는 기준을 제시하였다. *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판정부는 사법 부인은 법규 해석 및 적용의 실수 정도가 아니라 자격 있는 판관이라면 상식적으로 범할



수 없는 수준의 실수이거나 해당 국가가 적정한 사법 체제를 최소 수준으로도 구비하지 못했다는 정도는 되어야 한다고 보았다.

사법부인에 관한 종합 해설은 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38)편에 수록하여 두었다.



78

Pakerings vs. Lithuania 사건(ARB/05/8)

가. 사건 개요

이 사건은 주차장 건설 및 주차 시설 정비 관리에 관한 양허 계약을 관련 국내 법규 개정으로 준수하기가 어려워져서 종료한 것이 투자협정상의 의무 위반에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Pakerings Compagniet A.S.는 노르웨이 회사다. 리투아니아 수도 빌니우스 시당국은 시내 주차 환경을 개선하기 위해 1999년 주차장 건설, 도로변 주차 관리 사업을 입찰하여 Pakerings의 리투아니아 자회사 Baltijos Pakerings(이하 BP)에게 낙찰되었다. 1999년 12월 BP와 빌니우스 시당국은 양허 계약을 체결하였으며 BP는 빌니우스 주차 종합 계획 입안, 도로변 주차 시설 개선 및 관리(미터기 설치 등), 교통 표지 설치, 종합 주차 정보 시스템 도입, 최소 10개 복합 주차 시설 건설 의무를 부담하였고 빌니우스 시당국은 BP의 투자 수익 보전을 위해 BP에게 주차 위반 차량 단속권(바퀴에 족쇄 설치)을 부여하고 징수한 벌과금 중 70%를 가져 갈 수 있도록 하였다. 또한 주차료를 공과금(charge)과 서비스료(fee)로 구분하여 서비스료와 BP가 건설하는 주차 시설 주차료는 모두 BP가 가져 갈 수 있도록 하였다. 그런데 주차료를 공과금과 서비스료로 이원화 하여 서비스료를 일반 회사가 가져 갈 수 있도록 한 빌니우스 시의 조치에 대해 중앙 정부가 관련 규정 위반이라고 지적하였고 2000년 6월에는 관련 법규가 개정되어 명시적으로 불가능하게 되었다. 당시 이원화 주차료 징수가 위법 소지가 있다는 점을 빌니우스 시당국은 중앙 정부와의 협의 과정에서 인지하였으나 이를 즉시 BP에 통보하지는 않았다. 위법 가능성은 BP도 인지할 수 있는 상황이었다.

2000년 9월에는 주차 위반 차량 족쇄 설치에 일반 회사가 아니라 경찰이 하거나 최소한 경찰 입회하에 해야 한다고 관련법이 개정되어 BP는 수익에 상당한 손실을 입게 되었다. 징수된 벌과금 중 시청 귀속분을 납입할 수 없게 되었는데 BP사는 법규 개정이 불가항력(force majeure)에 해당하므로 면책이 된다고 주장한 반면 시당국은 이를 인정치 않고 시청 귀속분 제출 전까지는 변화된 상황에 맞는 새로운 양허 계약을 체결할 수 없다고 압박하였다. 주차 시설 건설을 위해 빌니우스 시는 부지를 제공해야 했는데 공용 부지에 민간 회사가 시설을 건설하여 운영하기 위해서는 공동 행동 약정(Joint Action Agreement)이라는 협약을 체결하여야 했다. 그런데 2000년



12월 리투아니아 의회는 지자체의 공동 행동 약정 체결 권한을 심하게 제약하는 지자체법 개정안을 통과시켜 빌니우스 시가 구상한 주차 시설 건설 운영은 이 개정법상 시행할 수 없게 되었다.

BP사는 빌니우스 시 주차 종합 계획안을 작성, 제출하였고 여기에는 구시가 중심가 지하에 주차 시설을 건설하는 계획(Gedimino 주차장)을 포함되어 있었다. 이 시설을 건설, 운영하기 위해서는 공동 행동 약정을 체결하여야 했는데 주차 시설이 문화재 보호 구역 침해 우려가 있다는 시 문화재 당국 및 주민 반대에 부딪혀 지연되다가 지자체법 개정으로 체결되지 못하게 되었다. 반면 Pinius Proprius라는 별도 회사는 같은 위치에 주차 시설 건설안을 제출하여 공동 행동 약정을 체결하였고 후에 개정된 지자체법에 이 약정이 위배되자 주요 내용은 동일한 협력 약정으로 변경하였다. 주차료 이원화 징수(공과금+서비스료)도 국내 소송까지 진행하였으나 빌니우스 시가 패소하여 시당국은 BP에게 1999년 양허 계약상의 관련 규정을 취소한다고 통보하였다. BP와 빌니우스 시당국은 주차료 징수 및 분배 방안에 대해 협의하였으나 합의에 이르지 못하였다. 2004년 1월 빌니우스 시는 1999년 양허 계약을 종료하기로 결정하였다.

2005년 3월 BP의 모회사 Parkerings는 노르웨이 투자협정상의 공정·공평 대우, 차별 금지, 충분한 보호 및 안전, 수용 금지 의무 등의 위반을 이유로 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정·공평 대우(차별 및 자의적 조치)

청구인은 위반 차량 족새 설치권이 제한된 법규 제정을 불가항력으로 인정해주지 않은 점, 시청 귀속분 벌과금을 납부하기 전에는 양허 계약 개정 협상을 시작할 수 없다는 빌니우스 시의 태도는 차별이라고 주장하였다. 중재 판정부는 빌니우스 시의 계약 위반이 곧 투자협정이라는 조약 위반을 구성하는 것은 아니라고 전제하고 차별 여부는 비교 대상을 전제로 하는 것인데 청구인의 주장은 비교 대상을 제시하지 못했으므로 차별을 입증할 증거가 부족하다고 판단하였다 (판정문 281-290).

청구인은 이원화 주차료 불가능성 불통보, 불가항력 불인정, 주차 시설 부지 선정 과정에서의 잦은 변동, 양허 계약 종료 등이 자의적 조치에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 주차료를 공과금과 서비스료로 구분하여 민간 업자가 서비스료 부분을 취득하는 것이 위법



소지가 있다는 점이 빌니우스 시와 중앙 정부 간의 논의 시 거론되었고 이를 BP사에 통지하지 않은 점은 인정이 되나 당시 이 건은 공개적으로 제기되어 BP사도 위반 가능성을 인지, 법률 회사에 스스로 문의한 바도 있으며 비록 해당 법률 회사가 위법성이 없다는 견해를 제출하기는 하였지만 타 법률 회사에 의견도 추가적으로 확인할 수도 있었다고 보았다. 중재 판정부는 투자 유치국이 투자자의 현명하지 못한 사업 결정이나 주의 부족까지 책임질 수 없다고 지적하고 빌니우스 시가 위법 가능성을 사전에 적시에 통지하지 않은 것이 자의적으로 행동한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하였다(304-309, 341-345).

청구인은 리투아니아의 법률 개정으로 투자 결정 당시 청구인이 기대했던 법적 안정성이 훼손되었으며 이는 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 2000년 일련의 리투아니아 입법으로 인해 당초 합의하였던 서비스료 징수, 족쇄 설치, 공동 행동 약정 체결 등이 무산된 점은 인정하였다. 그러나 정당한 기대란 투자자가 투자 유치국으로부터 명백한 약속이나 보장을 한 경우에 성립하는 것이며 필요한 법령을 제정하는 것은 주권 국가의 특권이고 투자자는 법률 환경이 정당한 입법 활동으로 인해 변할 수 있는 점을 이해해야 한다고 보았다. 해당 법규 개정으로 청구인의 수익 구조에 영향을 미친 점은 인정되나 리투아니아가 관련 법규를 개정치 않겠다고 사전에 확약한 바도 없으므로 리투아니아가 공정·공평 대우를 위반하였다고 볼 수는 없다고 판정하였다(331-334).

2) 충분한 보호 및 안전

청구인은 도로변 주차 미터기가 파손되었을 때 리투아니아 경찰이 혐의자를 잡지 못한 점, 청구인의 권리 침해에 대해 리투아니아 총리에게 탄원하였으나 보호받지 못한 점, 기존 양허 계약 변경 과정에서의 빌니우스 시측이 무성의하고 나태한 태도를 보인 점 등이 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 미터기 파손범을 색출하기 위해 수사가 개시된 것은 다툼이 없는 사실이어서 경찰 보호권이 제공된 점은 확실하고 리투아니아 총리가 의무를 해태했다는 점은 청구인이 입증할만한 근거를 제시하지 못했으며 투자협정은 투자 유치국으로 하여금 계약 당사자 간의 다툼에 개입해야 하는 의무를 부여하지 않는다고 언급하였다. 계약 당사자의 의무 해태가 계약 위반에 해당하면 이를 국내 법원에 제소할 수 있는바 청구인이 이러한 권리를 행사하는 것을 방해받았다는 근거가 없다고 지적하고 충분한 보호 및 안전 의무를 위반에 해당하지 않는다고 판시하였다(354-361).



3) 최혜국대우

청구인은 구시가에 주차 시설을 건설하려는 청구인의 계획은 기각된 반면 타 회사(Pinus Propius)는 해당 지역 건설을 허가 받았고 빌니우스 시는 이 회사와 공동 행동 약정도 체결하였으며 후에 협력 약정으로 변경하여 주기도 하였으나 BP사는 동등한 대우를 받지 못했다는 점을 근거로 최혜국대우 의무 위반을 주장하였다.

중재 판정부는 최혜국대우는 유사한 환경에서 동등한 대우를 부여하라는 것이므로 최혜국대우 의무 위반을 심리하기 위해서는 BP사와 Pinus사가 유사한 환경(in like circumstance)에 있었는지를 살펴봐야 한다고 보았다. 중재 판정부는 BP사의 계획은 UNESCO에 의해 문화유산으로 지정된 성당 근처까지 주차 시설이 건설되는 것이고 Pinus사의 계획은 문화유산에 대한 위험도가 훨씬 낮다는 점을 주목하였다. 문화유산 보호를 위해 BP사 계획이 관련 부처 및 주민의 거듭된 항의를 받은 점도 확인되었고 Pinus사에 적용된 행정 절차나 심사 강도가 BP사에 비해 다른 바 없음도 확인되었다. 두 회사가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

중재 판정부는 Pinus사가 체결한 공동 행동 약정과 BP사에게 제시되었으나 체결되지 못한 공동 행동 약정의 내용이 상이하여 역시 유사한 환경에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. Pinus사는 주차 시설 건설 후 이를 빌니우스 시에 매각하는 조건인 반면 BP사의 공동 행동 약정 초안은 주차 시설 건설 후 BP사가 이를 소유하며 빌니우스 시로부터 토지를 리스하거나 매입하는 조건이었다. 2000년 12월 개정 지차체법은 일반인의 공유토지 사용 시 반드시 경매 절차를 거치라는 것인데 Pinus사는 주차 시설을 시에 매각하는 조건이므로 경매가 필요 없는 반면 BP사는 토지를 리스 또는 매입하는 조건이므로 경매 절차를 거쳐야 하고 경매 결과 해당 토지가 BP사에 낙찰된다는 보장도 없는 상황이므로 두 회사가 유사한 환경에 있지 않다고 판단한 것이다(416-424).

4) 수용

청구인은 빌니우스 시의 양허 계약 종료는 BP사의 수익에 심대한 영향을 미쳤으므로 간접 수용에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 수용은 계약 당사자가 아니라 주권 기관이 행사하는 공적인 조치인데 양허 계약의 종료는 계약의 일방 당사자인 빌니우스 시가 이 계약의 종료 조항에 근거하여 행사한 계약 당사자의 행위로서 설사 잘못된 점이 있으면 해당 계약 의무 위반 여부를 따질 일이지 투자협정의 의무 위반 여부를 따질 일은 아니라고 정리하였다(443-448).



다. 평가 및 해설

1) 공정하고 공평한 대우와 공평하고 합리적인 대우

노르웨이-리투아니아 투자협정 3조²¹³⁾는 통상의 fair and equitable treatment라는 표현과 다르게 equitable and reasonable treatment라고 표현되어 있었다. 중재 판정부는 3조 위반 여부 심리에 앞서 양자가 상호 상이한 지 여부를 살펴보았는데 fair는 편견(bias), 사의(fraud), 부정(injustice)이 없고 공정(equitable)하고 정당(legitimate)하다는 의미이며 equitable은 평등(equity), 공정성(fairness), 정의(just), 합리적(reasonable)이라는 의미라고 해석하였다. 아울러 판례상 공정하고 공평한 대우는 광범위하게 해석되어 왔으며 그 결과 fair와 reasonable의 차이는 설사 있다 해도 미미하다고 보았다.

2) 차별 대우 성립 요건

차별 여부 심판 시 ICSID 판정에서 흔히 제기되는 문제는 차별의 의도가 있어야 차별이 성립하는지 여부이다. 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하기 위해서는 해당 조치나 행위를 시행하는 투자 유치국의 의도, 악의가 있어야 한다는 것이 1927년 *Neer vs. Mexico* 사건에서 천명된 이후 많은 중재 판정에서 인용하기는 하였으나 국가 간 경제 교류의 발전과 외국인 투자 증진 추세에 따라 외국인 투자에 대한 보호 범위가 전반적으로 확대되고 있는 지금은 거의 채택되고 있지 않다. ICSID 중재 판정에서 *Genin vs. Estonia* 사건(ARB/99/2) 판정부가 공정·공평 대우 의무 위반은 시행국의 악의를 전제로 한다고 판정하였으나 이후의 모든 판정에서 부인되고 있다. 차별 쟁점이 독립적으로 심리된 ICSID 중재 판정 중에서는 차별을 차별의 의도와 효과가 있는 조치라고 판정된 예가 있기는 하나 차별의 효과가 있더라도 차별 의도가 없었으면 차별이 아니라는 의미는 아니며 차별의 효과만 있더라도 차별이 인정된다는 의미였다.

차별은 그 의미 자체가 비교 대상을 전제로 한다. 차별과 관련된 조항에 유사한 환경에 있는 비교 대상의 존재가 필수 요소로 적시되어 있지 않더라도 비교할 대상 자체가 존재하지 않으면 차별 주장이 성립할 수 없다. 차별을 심리한 ICSID 중재 판정에서는 비교 대상의 적정성에 대해 심리된 경우가 많다. 같은 금융 기관이라 하여도 주력 업종이 다른 금융 기관은 적정 비교

213] 3. Each contracting party shall promote and encourage in its territory investments of investors of the other contracting party and accept such investments in accordance with its laws and regulations and accord them equitable and reasonable treatment and protection. Such investment shall be subject to the laws and regulations of the contracting party in the territory of which the investments are made.



대상이 아니라고 보기도 하였고 비교 대상은 청구인이 반드시 외국 기업이라고 하여 외국 기업만을 대상으로 하는 것은 아니며 청구인과 업종이 같거나 규모가 비슷하고 문제가 된 조치의 대상이 되는 국내 회사도 적절한 비교 대상이 된다고 보고 있다.

차별의 효과가 있고 적절한 비교 대상이 있으면 무조건 차별이 인정되는 것은 아니다. ICSID 중재 판정은 차별의 합리성, 적정성, 정당성을 심리하여 차별의 합당한 필요성이 소명될 경우 차별 대우를 인정하지 않고 있다. 투자협정에서는 차별 대우를 흔히 자의적인 대우와 같은 구문에서 언급하고 있는 경우가 많다. 즉 차별 자체가 자의적인 것이 문제이지 설명이 가능한 차별은 차별 대우가 아니라는 점을 이미 투자협정의 문구가 시사하고 있다.

차별 효과의 존재, 차별 대우된 적정한 비교 대상의 존재, 차별의 자의성은 ICSID 판정부가 차별 대우 여부 판단 시 고려하고 있는 요소들이다. 이들은 비단 공정·공평 대우 상의 차별 존부를 가리는데 적용되는 것은 아니며 여타 차별 금지 조항 위반 여부 판단에도 공히 적용할 수 있는 요소들이다.

차별 대우에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)에 수록되어 있다.

3) 최혜국대우

이 사건에서는 청구인의 주장한 최혜국대우 의무 위반 문제가 인정되지 않았다. ICSID 중재 판정에서 투자 유치국이 최혜국대우 조항을 위반하였다는 주장이 수용되는 경우는 매우 드물다. 이 주장이 기각되는 주된 이유는 이 사건 판정부에서 지적한 바와 같이 청구인과 비교 대상이 된 3국 기업이 유사한 환경에 있지 않다는 것이다. 최혜국 조항 위반 주장이 제기된 사건의 경우 모두 준거 대상이 된 투자협정이 최혜국대우의 적용 대상을 유사한 환경에 있는 3국 투자자로 한정하고 있다.

이 사건 외에 최혜국대우 의무 위반 주장이 인정되지 않은 사례는 다음과 같다. *Cargill vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/05/2)에서 청구인 Cargill은 자사의 멕시코 법인 Cargill Mexico는 Cargill로부터 미국에서 HFCS를 수입하는데 수입 허가가 필요한 반면 Coasco라는 캐나다 회사는 그렇지 않으므로 1103조 최혜국대우 의무 위반이라고 주장하였다. 중재 판정부는 Cargill Mexico는 청구인 Cargill의 멕시코 내 법인, 즉 투자협정상의 투자에 해당하지만 Coasco Mexico는 Coasco 캐나다의 멕시코 내 투자가 아닌 점을 주목하였다. 중재 판정부는 캐나다의



Coasco는 Cargill과 달리 멕시코에 투자한 바가 없으므로 Cargill사와 유사한 환경에 있다고 볼 비교 준거가 될 수 없다고 지적하고 최혜국대우 의무 위반이라는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다. *Apotex vs. USA* 사건(ARB(AF)/12/1)에서는 청구인이 제조하는 의약품이 적정 제조 기준을 준수하지 못했다는 이유로 미국 당국에 의해 수입 정보 처분을 받았으나 마찬가지로 적정 제조 기준을 준수하지 못한 외국의 두 회사(캐나다, 이스라엘)는 청구인과 달리 수입 정보 처분을 받지 않았다고 주장하고 최혜국대우 의무 위반을 주장하였다. 중재 판정부는 이스라엘 회사의 경우 취급 약품이 당시 미국 내 수요가 크게 부족한 긴급 의약품이었고 캐나다 회사의 경우 문제 시정 방안의 충실성과 시행 의지가 청구인과 크게 달랐다는 점에서 미국 당국(FDA)이 재량에 의거하여 달리 처분하였을 뿐이며 이들 두 회사는 위와 같은 점에서 청구인과 유사한 환경에 있지 않았다고 인정하고 청구인의 주장을 기각하였다.

유사한 환경 이외에도 최혜국대우 조항의 적용을 제한하거나 배제하는 요소가 있다. 이에 대한 설명은 *Apotex vs. USA* 사건(ARB(AF)/12/1) 판례 해설에 기재되어 있다.



79

EMELEC vs. Ecuador 사건(ARB/05/9)

가. 사건 개요

이 사건은 신탁 회사가 원 소유주와의 계약에 의거하여 청구인의 지분을 법적으로만(실제 소유주는 원 소유자) 소유할 경우 신탁 회사를 청구인의 소유주로 인정해야 하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Empresa Electrica del Ecuador Inc.(EMELEC)은 미국 전기 회사로서 1925년 에콰도르와 체결한 60년 기한의 양허 계약을 통해 발전, 송배전 사업을 에콰도르 Guayaquil 지역에서 진행하였다. 1985년 양허 계약이 종료되었으나 양측의 양해 아래 사업을 계속 수행하고 있던 중 에콰도르 Progreso은행 소유주인 Fernando Aspiazu는 자신이 바하마 기업 NEPEC(North East Power Energy Co.)를 통해 EMELEC을 지배하고 있다고 소개하고 발전, 송배전 양허 계약 갱신 협상을 진행할 것을 에콰도르 정부에 제의하였다.

그러나 1999년 Progreso 은행은 부실 경영으로 에콰도르 예금 보험 공사가 경영권을 장악했고 Aspiazu는 채권 확보를 위한 예비 조치로 연금되었다가 곧 횡령 혐의로 구속, 기소되어 2006년 12월에 출소하였다. 1999년 5월 구속되기 수개월 전 Aspiazu 부부는 바하마에 PRT 1이라는 신탁 회사²¹⁴⁾를 설립하고 NEPEC과 EMELEC 주식의 소유권을 이전하였다. Aspiazu 부부는 신탁 계약을 종료, 새 수탁자와 계약하는 방식으로 2003년 3번째 신탁 회사와 계약을 체결하였다. 이 3번째 신탁 회사가 이 사건 청구인 EMELEC의 법률상 소유주이고 EMELEC은 이 소유주의 국적이 바하마인 점을 근거로 ICSID 중재를 신청한 것이다.

2000년 5월 EMELEC 본사가 에콰도르 군경에 의해 접수된 후 일체의 자산이 수용되었고 EMELEC 명의의 구좌도 동결되었다. EMELEC은 이러한 조치가 미국-에콰도르 투자협정 위반이라고 주장하며 2004년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 에콰도르는 EMELEC 주식을 소유하고 있다는 제 3 신탁 회사가 신탁 계약상 적법한 소유자가 될 수 없다고 주장하고 청구인과의 소유 관계가 인정되지 않으므로 ICSID 중재 신청은 기각되어야 한다고 반박하였다.

214) 엄밀히 말하면 통상의 회사를 설립하는 것이 아니라 자신의 자산을 맡아 관리할 수탁자 또는 법인과 자산 관리 및 소유 관계, 수탁자의 권리 의무, 수익의 처리, 신탁자의 권한 등에 대해 계약을 체결하는 것이다. 신탁자의 자산의 소유권을 수탁자에게 이전하되 신탁 계약상에 기재된 목적으로 자산 운용을 위임하고 그 수익은 신탁자 또는 신탁자가 지정한 지에게 귀속하는 형태이다.



나. 주요 쟁점

Aspiazu 부부는 1999년 5월 PRT 1 신탁 계약을 종료하고 2000년 2월 PDT 와 신탁 계약을 체결하여 PRT 1에게 신탁한 자산을 이전시켰다. 공증까지 받은 종료 통지문에는 PDT라는 신탁 계약을 새로 수립한다고 명시되어 있어 PRT 1 종료 통지문이 곧 PDT의 설립 근거였다. PDT 신탁 계약 기간은 6년, 계약 기간 만기 전 계약 종료는 금지되어 있었다. PRT 2라는 3번째 신탁 계약이 2003년 5월 체결되어 PDT에 신탁된 Aspiazu 부부의 자산을 전부 인수하였는데 PRT 2 계약 내용에 신빙성이 의심되고 상호 상충되는 문안이 다수 있었으며 체결 과정도 석연치 않은 점이 있었다. 계약 서문에 자산 신탁자 중 1명이 PRT 1 계약을 종료시켰다고 기재되어 있었기에 Aspiazu 부부 2명의 공동 명의로 작성 시행된 PRT 1 종료 통지문이 사실과 다르다는 것인지, PDT가 무효라는 기술이 있었기에 그렇다면 PRT 1을 종료하고 PDT를 수립한다고 명기한 종료 통지문은 어떻게 되는 것인지 불확실했다. PDT는 계약 기간 만료 전 종료 불가라는 규정이 있었고 공증까지 받았는데 PRT 2는 신탁자 필요에 의해 만기 전 종료가 가능했으나 공증은 없었다.

에콰도르는 이러한 정황 등을 들어 PRT 2는 신탁자 Aspiazu 부부의 자산을 정당하게 수탁받은 것인지 불확실 하므로 청구인 EMELEC의 소유자임을 인정할 수 없다고 주장하고 따라서 EMELEC은 이 사건 중재를 신청할 자격이 없다고 강조했다.

중재 판정부는 에콰도르의 주장을 수용하였다. 2번째 신탁 계약 PDT는 중도 종료 불가 계약이었고 이 경우 아무리 신탁 자산의 원 소유주라 하더라도 바하마 법에서 정한 절차가 아니고 신탁 계약을 종료할 수 없으므로 PDT에 신탁된 자산의 소유, 관리권이 정당하고 합법적으로 PRT 2 신탁으로 이전되었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 Aspiazu는 새로운 신탁을 창설하여 이전의 자산을 처분할 아무 법적 권한이 없다고 지적하였다. EMELEC 주식 소유 증명서가 PDT가 관리하는 금고에 보관되어 있는 점도 감안하여 PDT로부터 PRT2 로의 실질적이고 효과적인 자산 이전이 이루어졌다는 점도 수긍할 수 없다고 보았다. 이상을 근거로 PRT 2가 청구인을 대표할 법적인 자격을 구비하지 못했다고 판단하였다. 따라서 중재 판정부는 청구인이 ICSID 중재 신청 자격이 있음을 판정부가 만족할만한 수준으로 입증하지 못했다고 정리하고 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다(111-132).



다. 평가 및 해설

ICSID에 중재를 신청할 수 있는 자격은 ICSID 협약 25(2)(a)조에 기재된 분쟁 당사국이 아닌 계약국의 국민이다. 물론 분쟁 당사국에 투자를 한 투자자이어야 한다. 25(2)(b)조 규정에 따라 분쟁 당사국이 아닌 계약국의 법인도 신청 자격이 있다. 25(2)(b)조는 당사국의 동의가 있을 경우 외국인이 지배하는 분쟁 당사국의 법인도 신청할 수 있다. 분쟁 당사국이 아닌 계약국의 법인으로 간주되기 때문이다.

이 사건에서 EMELEC은 에콰도르인이 소유하고 있고 에콰도르에 등록된 에콰도르 법인이다. EMELEC이 ICSID 중재 자격을 갖추 수 있는 유일한 방법은 25(2)(b)조에서 규정한대로 외국인 통제 하에 있어야 한다. 에콰도르 기업인 Aspiazu가 신탁을 통해 법적인 소유권을 PRT2로 이양했기에 형식상 EMELEC은 외국인 통제 하에 있는 에콰도르 법인으로서 ICSID 중재 자격을 갖춘 것으로 보인다. 그러나 그 신탁 계약의 하자, 그리고 이전 신탁 계약과의 관계에 비추어 중재 판정부는 PRT 2가 정당하고 EMELEC의 정당하고 합법적인 소유자로 볼 수 없다고 판단한 것이다. 이 경우 PRT 2는 에콰도르에 투자한 투자자가 아니므로 자신의 명의로 ICSID 중재 신청을 할 법적인 자격이 없고 EMELEC은 외국인 통제 하에 있음이 입증되지 않은 에콰도르 법인이므로 역시 자신의 명의로 ICSID 중재를 신청할 수 없다. 중재 판정부의 판단을 반대 해석하면 PRT 2 신탁 계약에 아무 하자가 없어 EMELEC의 지분을 정당하고 합법적으로 소유하고 있다면 EMELEC이나 PRT 2는 ICSID 중재를 신청할 수 있다는 것으로 이해된다.

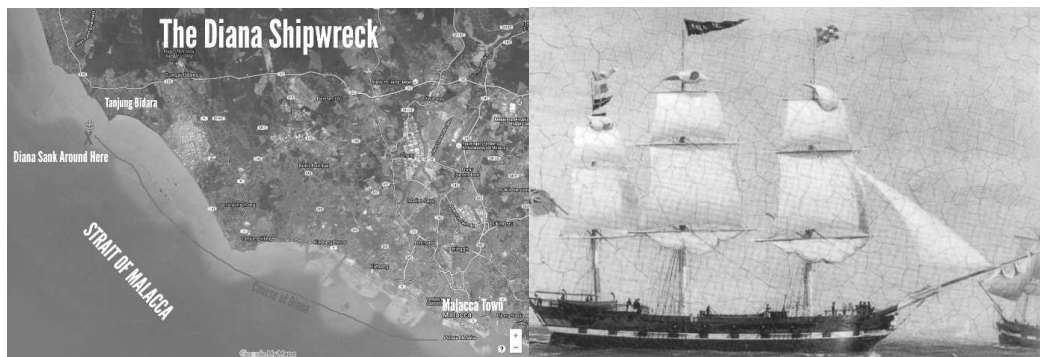
역시 신탁 회사의 소유권 인정 여부가 논란이 된 *GFT vs. Macedonia* 사건(ARB/12/31) 판정부도 유사한 견해를 취했다. 이 사건에서 원 소유주가 실효적 통제권 행사를 자제하고 그의 동의하에 법적인 소유주, 즉 신탁 회사 이를 행사했을 수도 있다고 보고 해당 사건의 신탁 회사가 실제로 통제권을 행사한 증거가 있는지 살펴보아야 한다고 판단하였다. 그러나 해당 신탁 회사가 실제로 통제 행위를 하였다는 증거를 아무것도 제시하지 못하였고 판정부는 이러한 상황에서는 신탁 회사가 청구인을 직접, 간접적으로 통제했다고 볼 수가 없다고 판시하고 이 사건에 대해 ICSID는 인적 관할권(*ratione personae*)이 없다고 판시하였다(판정문134-136). 만일 신탁 회사가 실효적인 통제권을 행사하여 왔음이 입증되면 신탁 회사도 중재 적격이 인정된다는 것으로 해석된다.

가. 사건 개요

이 사건은 유물 채취를 위한 침몰선 인양 및 수익 분배 계약이 ICSID 협약 25(1)조의 투자의 요건에 해당되지 않는다는 이유로 ICSID 관할권이 부인된 판례이다.

청구인 Malaysian Historical Salvors사는 선박 인양 등 해난 구조를 전문으로 하는 영국 회사로서 1991년 말레이시아 정부와 1817년 말라카 해협에서 침몰한 영국 화물선 Diana호 인양 계약을 체결하였다. 이 계약은 no-finds no-pay 조건으로서 청구인은 인양에 필요한 인원, 장비, 비용을 모두 부담하되 유물이 인양되어 경매 수입이 1천만 불 미만이면 70%, 1천만 불에서 2천만 불 사이일 경우 60%, 2천만 불 이상일 경우 50%를 배당받기로 하였다. 1995년 인양 결과 24,000점의 유물이 수습되어 그 해 3월 경매에 부쳐졌으나 총 판매고는 298만 불에 그쳤다. 청구인은 계약 조건대로 70%의 수익 배분을 요구하였으나 40%, 120만 불만 수령하였다고 주장하였다. 청구인은 인양 계약상의 분쟁해결 조항에 의거하여 말레이시아 상사 중재법에 따라 중재를 신청하였으나 패소하였다. 청구인은 이 중재 판정에 대해 말레이시아 고등 법원에 이의를 제기하였으나 담당 판사가 제대로 심리도 하지 않고 이의 제기를 기각하였다고 주장하고 이는 영국-말레이시아 투자협정상의 사법 부인에 해당한다고 보았다.

청구인은 말레이시아의 행위는 이 외에도 투자 보호, 수용 금지, 투자금 송환 보장 의무 위반에 해당한다고 주장하며 이 사건을 2004년 9월 ICSID에 중재 신청하였다.



| Diana 호 항해 경로와 침몰 위치 및 복원도 |



나. 주요 쟁점

1) 투자 요건

말레이시아는 청구인과의 계약은 영국-말레이시아 투자협정의 투자의 정의에 해당하지 않으며 특히 동 협정상 투자의 형태로 예시된 승인 사업(approved project)도 아니고 이 분쟁은 순전히 인양 계약상의 분쟁이지 투자협정 위반을 다룰 사안이 아니라는 이유로 ICSID의 관할권을 부인하였다.

중재 판정부는 관할권이 성립하기 위해서는 해당 계약이 ICSID 협약 25(1)조의 투자 정의에 해당하는지와 투자협정의 투자 정의에 해당하는지 판단하여야 하며 이러한 2단계 심리(two barrel test)는 판례로 수립된 ICSID의 법리(juris prudence)에 해당한다고 언급하였다(판정문 43). 그러나 중재 판정부는 협약 25(1)조의 투자를 정의하지는 않았으며 투자의 특징(features)을 기간성, 이익 규칙성, 위험성, 실질성, 투자 유치국 경제 기여성이라고 나열한 C. Schreuer 교수의 저작을 인용²¹⁵⁾하고 협약 25(1)조 투자 해당 여부가 심리되었던 판례²¹⁶⁾ 요지를 나열하였다. 중재 판정부는 실제 심리는 Schreuer 교수가 제시한 투자 특징과 소위 *Salini test* 기준을 혼용하여 해당 계약이 25(1)조의 투자에 해당하는지를 살펴보았다. Schreuer 교수가 제시한 규칙적인 수익(regularity of profit and returns)의 충족 여부에 대해 1회성 인양 사업의 성격상 이 요건은 이 사건에 해당되지 않으나 이 요건의 충족 여부는 반드시 필수적인 것은 아니고 여타 유사 판례에서도 핵심적인 특징으로 다루어 지지 않았다고 언급하고 이 특징의 부재는 본질적인 것은 아니라고 판단하였다(108).

청구인이 인양 비용, 장비, 인원 등을 자비로 투입한 것이 확실하고 해당 작업이 4년여에 걸쳐 이루어졌으며 인양 유물의 존재 여부를 확인할 수 없는 상태에서 계약한 것이므로 위험을 부담한 것이 확실하므로 각각 투입성, 기간성, 위험성이 충족된다고 보았다(109-112).

215] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* [2001], at 140.

‘...But it seems possible to identify certain features that are typical to most of the operations in question: the first such feature is that the projects have a certain duration. Even though some break down at an early stage, the expectation of a longer term relationship is clearly there. The second feature is a certain regularity of profit and return. A one-time lump sum agreement, while not impossible, would be untypical. Even where no profits are ever made, the expectation of return is present. The third feature is the assumption of risk usually by both sides. Risk is in part a function of duration and expectation of profit. The fourth typical feature is that the commitment is substantial. This aspect was very much on the drafters’ mind although it did not find entry into the Convention... The fifth feature is the operation’s significance for the host State’s development. This is not necessarily characteristic of investments in general. But the wording of the Preamble and the Executive Directors’ Report... suggest that development is part of the Convention’s object and purpose. These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention.’

216] *Salini, Joy Mining, Jan de Nul, L.E.S.I-Dipenta, Bayindir, CSOB, Patrick Mitchell*



2) 기여성

중재 판정부는 협약 25(1)조상의 투자가 되기 위해서는 투자 유치국의 경제 발전에 중요한 기여를 해야 한다고 단정하였다. 그렇지 않을 경우 금액이 아무리 작더라도 GDP를 어느 정도라도 증대시킬 수 있는 계약은 모두 투자가 될 수 있으며 이 사건처럼 일부 특징은 본질적인 요소가 될 수 없거나 나머지 요건은 액면상 충족하는 경우 실질적인 심리는 기여성의 중요성 정도에 따라 심리해야 타당하다는 논지를 제시하였다(123-124). 중재 판정부는 대규모 사회 간접 시설 건설도 아닌 본 건 계약은 말레이시아의 공공 이익이나 국가 경제에 중요하게 기여하지 않는다고 판단하였다. 청구인은 비록 발전소, 석유 시추, 고속도로 건설에 비하면 작은 액수일지는 몰라도 지금까지의 해난 구조 사업 중 가장 큰 액수라고 주장하였으나 중재 판정부는 받아들이지 않았다(131-135).

말레이시아는 해당 계약은 고고학적 관심과 역사 유물 연구가 목적이며 계약서에도 교육, 관광, 박물관, 문화, 역사 증진 외에는 상업적으로 이용하지 않는다는 조항이 있다고 제시하였다. 해당 계약은 말레이시아의 국가 경제 발전에 중요한 기여를 하지 않는다는 주장을 반복하였다.

중재 판정부는 말레이시아의 주장을 받아 들여 해당 계약이 설사 말레이시아에게 일정 이익을 제공한다 하더라도 협약 25(1)의 투자에 해당할 정도로 말레이시아의 경제 발전에 충분한 기여를 하는 것은 아니라고 판정하였다. 판정부는 투자 해당 여부는 지불 비용의 과다에 의해 결정되는 것이 아니라는 판례를 인지하고 있다고 언급하면서도 해당 계약이 말레이시아 경제에 제공하는 혜택은 여타 판례(*CSOB*, *Jan de Nul*, *Bayindir*)에서 다루어진 것과 필적할만한 실질적인 혜택에 이르지 못하므로 실질적인 기여가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다(143).

중재 판정부는 따라서 해당 계약은 ICSID 협약 25(1)조가 의미하는 범위 내의 투자에 해당하지 않으며 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다(146).

다. 평가 및 해설

중재 판정부의 판정을 간단히 말하자면 해당 계약의 액수가 미미하여 말레이시아의 경제에 중요한 기여를 하지 못하므로 투자가 아니라는 것이다. 투자 유치국 경제에 중요한 기여를 해야 투자가 될 수 있다는 중재 판정부의 판정은 여러 측면에서 문제가 있다.

판정부는 중요한 기여의 척도가 계약 가액이라고 명시적으로 밝히지는 않았다. 그러나 다른



척도를 제시하지도 않았으나 판정문 143항 각주에서 *Joy Mining vs. Egypt* 사건(ARB/03/11) 판정부는 쟁점이 된 960만 GBP의 은행 보증이 이집트 경제에 중요한 기여를 하는 것은 아니라고 한 점을 인용한 점, 이 사건을 쟁점 대상이 모두 대규모 사업이었던 유사 판례와 비교하여 중요한 기여에 해당하지 않는다고 판정한 점에 비추어 쟁점이 되는 사업, 계약 등의 액수가 상당해야 투자 유치국 경제에 중요한 정도로 기여했다고 보는 것이 확실하다. 그러나 액수가 큰 사업은 모두 국가 경제에 중요한 정도로 기여하는가에 대한 일반론은 성립하지 않는다. 어떤 사업의 국가 경제 기여성은 액수 1개 측면에서 결정되는 것이 아니라 사업의 내용, 적절성, 시의성 등 모든 측면을 종합적으로 검토해서 판단할 사항이다. 대규모 투자를 잘못해서 국가 경제를 망친 사례도 있으며 작은 액수의 사업이나 국가 경제에 크게 기여하는 경우도 많다.

설사 액수가 기여의 척도가 된다 하더라도 어느 정도의 액수여야 중요한 기여가 되는 것인지 판정부는 침묵하고 있다. 국가 경제에 중요한 기여가 될 수 있는 특정 액수를 과연 정할 수 있을 것인지 의문이다. 같은 액수의 사업이더라도 경제 규모가 큰 국가에서는 경제에 미치는 영향이 극미할 수 있으며 왜소국가의 경제에는 주목할 만한 성과를 낼 수도 있을 것이다. 액수에 따라 투자 해당 여부가 결정된다면 거대국가와 왜소국가의 투자 분쟁에서 쟁점이 된 사업이 한 국가에서는 투자로 인정되고 다른 국가에서는 투자로 인정되지 않는 모순이 발생할 수도 있다.

투자의 기준을 액수로 삼을 경우 소액 투자자는 ICSID 체제의 보호를 받을 수 없는 모순을 낳는다. ICSID는 투자자와 투자 유치국간의 투자에서 발생한 법적인 분쟁을 관할한다고 명시하고 있다. ICSID 협약 어느 조항에도 소액 투자자는 대상에서 제외한다는 규정은 없으며 투자 유치국에 비해 열악하고 왜소한 지위에 있는 외국인 투자자를 보호하려는 ICSID의 설립 취지, 존재 의의 상에 비추어 볼 때에도 투자 규모가 작으므로 ICSID 관할권이 인정되지 않는다는 것은 앞뒤가 맞지 않는 논리이다. 판정부는 자신도 비교적 소액의 현금이라고 투자가 되지 못한다고 생각해서는 안 되며 투자는 금액 외에 인적 자본, 지재권 등 다른 요소를 통해 평가되어야 한다고 판정문에 명기하여 두었으면서도²¹⁷⁾ 중국에는 금액이 적어 국가 경제에 중요하게 기여하지 않는다고 판시하는 자기모순을 범했다. 판정부가 투자 특징 판단의 기준으로 인용한 C. Schreuer 교수의 저작도 해당 사업의 국가 경제에 대한 중요성을 언급하였지 그 중요성이 반드시 사업 가액의 대규모성이라고 언급하지는 않았다.

217) Para. 139

'It should not be thought that investments of relatively small cash sums can never amount to an 'investment.' Investment can be valued in ways other than pure cash, e.g. as human capital or intellectual property rights.'



판정부가 협약 25(1)조상의 투자의 특징을 판단하는 데 있어 기준으로 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4) 판정을 비롯하여 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29), *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13) 판정 역시 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여성을 제시하였지 그 기여성의 정도가 중대해야 한다고 언급하지는 않았다. 그러나 이 사건 판정부는 액수가 작아 경제에 대한 기여성이 중요한 정도가 아니라는 요지로 판정하여 이전 판례와는 다른 기준, - 즉 기여성 여부가 아니라 기여성 정도 - 을 구체적인 설명도 없이 제시하는 오류를 범하였다고 본다.

판정부가 판정의 기준으로 활용한 C. Schreuer 교수의 저작은 자신이 제시한 투자의 특징이 투자 여부를 판정하는 사법적인 요건이 아니라 ICSID 협약상의 투자의 통상적인 성격으로 보아야 한다고 명기하였다. 그럼에도 불구하고 이 사건 판정부는 투자의 기여성을 중대한 기여로 변형하여 적용하였을 뿐 아니라 충족되지 않는다는 이유로 투자 자체를 부인하는 사법 판단의 요건으로 적용하는 모순을 저질렀다. *Salini* 사건 판정부는 투입성, 기간성, 위험성과 달리 기여성은 투자의 추가적인(additional) 특징이라고 제시하였다. 그러나 이 사건 판정부는 이 특징을 결정적인 기준으로 활용하여 투자 자체를 부인하는 판정을 내렸다.

판정부가 판정의 기준으로 인용한 *Salini* 사건, *Bayindir* 사건, *Jan de Nul* 사건 판정부는 예외 없이 투자 여부를 판단하기 위해서는 투자의 특징을 종합하여 각 사건의 경우에 맞게 판정해야 한다고 언급하였다²¹⁸. 즉 제시된 기준 어느 하나라도 충족되지 않으면 투자라고 인정하지 말라는 것이 아니라 각 기준은 상호 연계되어 있으므로 모두 심사하여 전체를 종합하여 판단하고 또한 각 사건 개개의 맥락과 환경을 고려하여 투자에 해당하는지 여부를 판단해야 한다는 것이다. 설사 이 사건 판정부가 판단한 것처럼 중대한 기여성은 인정되지 않더라도 다른 요소의 충족 여부 및 정도, 이 사건의 상황 등을 종합하여 판단해야 했을 것이다. 그러나 이 사건 판정부는 여타 기준은 충족되었다고 확인한 후 경제에 대한 중대한 기여성은 충족되지 않았으므로 투자가 아니라는 판단에 성급하게 도달하였다.

218] *Bayindir vs. Pakistan* [ARB/03/29] Award, para. 99.

"..held that the notion of investment presupposes the following elements: (a) a contribution, (b) a certain duration over which the project is implemented, (c) sharing of the operational risks, and (d) a contribution to the host State's development, being understood that **these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality, and will normally depend on the circumstances of each case.**" (emphasis added)

Jan de Nul vs. Egypt [ARB/04/13] Award, para. 101

"The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called '*Salini test*.' Such test identifies the following elements as indicative of an 'investment' for the purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution, (ii) a certain duration over which the project is implemented, (iii) a sharing of operational risks, and (iv) a contribution to the host State's development, **being [sic] understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case.**" (emphasis added)



81

EDF vs. Romania 사건(ARB/05/13)

가. 사건 개요

이 사건은 공항 면세점 운영 등에 관한 계약 위반의 존부와 루마니아 당국의 세무 조사 및 면세점 사업자 단속을 위한 특별 조치가 투자협정상의 공정·공평 대우, 차별 대우, 수용, 우산 조항 위반에 해당하는지가 논란이 된 사건이다.

청구인 EDF Service Ltd.는 공항 면세점 운영을 전문으로 하는 영국 회사이다. EDF는 1991년 루마니아 부카레스트 Otopeni 공항 공사(이하 AIBO)와 루마니아 국영 회사 중 하나인 CASROM사와 합작으로 ASRO라는 면세점 운영 회사를 설립하였다(EDF는 현금 투자하여 지분 68% 보유, AIBO는 영업장소, CASROM은 장비 등 현물 투자하여 각각 5%, 27% 지분 보유). 루마니아 국영 항공사(이하 TAROM)이 지분 매수를 통해 추가로 참가하여 1997년에는 AIBO 지분 상황이 EDF 73%, TAROM 22%, AIBO 5%가 되었다. 1991년 ASRO 설립 계약상 기한은 10년이고(기한은 2002년 1월 27일) 주주 총회 의결에 따라 10년 연장할 수 있었으며 AIBO는 ASRO에게 Otopeni 공항 내 상업 시설 및 소매 매장을 독점 공급해야 하는 의무가 있었고 ASRO는 AIBO에게 임대료를 납부해야 했다. 1998년에는 Otopeni 공항²¹⁹⁾ 신축 터미널 완공시 매장 공간을 ASRO에게 우선 배정한다는 내용이 추가되었다.

이와 별도로 ASRO는 루마니아 Constana 공항과 Timisoara 공항 면세점 사업권을 획득하여 각각 1995년과 1997년에 면세점을 개장하였다. ASRO는 2001년 세후 이익 140만불, 직원 400명, 연 수익 성장을 37%의 우수한 경영 실적을 달성하였다. EDF의 주장에 따르면 2000년 12월 취임한 루마니아 신 정부는 외국계 회사 ASRO의 공항 면세점 사업 수익에 불만을 품고 비협조적인 태도를 취하였다. EDF는 루마니아 고위 관료가 요구한 뇌물을 거절한 것이 주된 이유라고 확신했다.

2002년 1월 EDF는 AIBO와 TAROM의 ASRO 지분을 매입하기 위해 협상하였으며 TAROM과 AIBO는 주식 가액 산정 및 이전 시기 등에 관한 실행 협약을 체결하는 조건으로 매각에 동의하였다. 단독 주주가 된 EDF는 형식상 주총 결의로 계약을 무기 연장기로 하고 부카레스트

219) 현재는 Bucharest Henri Coandă International Airport 로 개명



상업 등기소에 주주 변동 및 계약 기한 무기 연장을 등기하였으나 AIBO와의 주가 산정에 관한 실행 협약이 난항 끝에 체결되지 못하였다. AIBO는 ASRO의 주주 변동 등기에 대해 지방 법원에 무효 확인 소송을 제기하였고 그 와중에 최초 계약 기한 10년이 종료되었다. AIBO는 2002년 4월 승소하였으며 AIBO와의 기존 면세점 임대 계약이 종료된 2002년 3월부터 신규 임대 계약 체결을 거절하였다. (ASRO 설립 계약상 AIBO는 매장 제공 의무가 있으며 ASRO는 임대 계약에 따른 임대료 납부 의무 보유) EDF는 AIBO의 주주 변동 무효 확인 소송은 면세점 사업 계약 기한 연장을 봉쇄하기 위한 조치라고 비난하였고 신규 임대 계약 체결을 거부한 것도 부당하다고 주장하였다. AIBO는 ASRO의 면세점을 경매에 부쳤으나 1, 2차는 ASRO가 유일한 참가자여서 유찰되었고 3차 경매에서 ASRO는 경매 요건상 필수인 재무 정보 제공을 거절하여 탈락하였다.

2002년 9월 루마니아 정부는 면세점 사업에 만연한 부정부패를 시정하기 위해 정부 긴급 명령 104호(GEO 104호)를 발령하여 기존 면세 사업 면허를 취소하고 새로 인가하기로 하였으며 결과적으로 ASRO는 Constanța, Timisoara 공항 면세점 사업권이 취소되었고 Otopeni 공항 면세점에서는 경매 실패로 철수하게 되었다. EDF는 GEO 104호의 주된 목적이 최대 면세 사업자로 군림하고 있는 ASRO를 퇴출시키기 위한 것이라고 주장하였다. GEO 104호 발령 이후 공항 면세점 경매가 AIBO 주관 하에 시행되었으나 EDF는 자격 미달로 배제되었고 과거 EDF의 면세점은 타 사업자에게 임대되었다.

2002년 1월 최초의 면세 사업권이 종료된 후에도 ASRO는 연장 등기 및 소송, 경매 참여 및 낙찰 등의 과정을 거치는 동안에 공항 내 면세 사업을 계속하여 왔다. 무면허 사업자에 의한 영업 행위에 해당한다. 이를 고발하는 투서가 있어 ASRO는 2002년 11월 세무 조사를 받게 되었고 그 결과 면허가 종료된 2001년 1월 이후 영업 수익을 차압당하고 막대한 벌과금을 부과받았다. 이로 인해 ASRO는 경영 압박을 받다가 2004년 9월 파산하였다.

EDF는 2005년 6월 영국-루마니아 투자협정상의 의무 위반을 이유로 ICSID 중재를 신청하였다.



| 청구인의 면세점 운영권이 문제된 Otopeni 공항, Constanța공항, Timisoara 공항 청사 |



나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

루마니아 신 정부 등장 후 ASRO에 대한 비협조적인 태도 및 연장 거부가 뇌물 요구를 거절한 데 대한 보복이라는 청구인의 주장에 대해 판정부는 제출된 자료와 증언상 청구인이 자신의 주장을 입증하지 못했다고 지적하고 인정하지 않았다.

청구인은 ASRO 계약이 10년 연장될 것이라는 합리적이고 정당한 기대를 갖고 있었다고 주장하고 최초 계약 협상 당시의 분위기와 ASRO의 경영 실적을 근거로 제시하였다. 그러나 판정부는 계약 협상 당시 10년 연장이 하나의 권리로서 인정되었다고 볼만한 근거를 청구인이 충분히 제시하지 못했다고 지적하였다. 판정부는 ASRO 계약의 기한 연장 문구는 연장 여부를 검토하겠다는 의사를 표시할 뿐이지 적법하고 정당한 기대의 근거가 될 수는 없으며 연장의 법적인 의무를 나타내는 것은 아니라고 설시하였다(판정문 243-245).

ASRO의 주주 변동 및 계약 기한 연장 등기가 AIBO의 제소로 무산된 데 대해 청구인은 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 판정부는 당초 지분 매각 계약이 주가 산정 등을 위한 실행 협약 체결 조건부 합의였고 이 실행 계약은 체결되지 못하였으며 AIBO가 등기 무효 확인 소송을 제기한 것은 주주로서의 권리를 확보하기 위해 취한 조치로서 투자협정의 위반에 해당되지 않는다고 변설하였다(255-260).

AIBO의 신규 임대 계약 체결 거부에 대해 청구인은 투자협정 위반이라고 주장하였으나 판정부는 AIBO의 매장 제공 의무는 ASRO의 주주로서 부담하는 것으로서 주주가 아닌 상태에서는 이 의무를 부담할 이유가 없다고 지적하고 투자협정 위반에 해당하지 않는다고 정리하였다(268-269).

면세점 매장 경매에서 ASRO가 탈락한 것에 대해서도 청구인은 자의적이고 차별적인 대우이므로 투자협정 위반에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 ASRO와의 임대차 계약이 종료된 매장을 경매 방식을 통해 신규 업자에게 배분하는 것은 합리적인 결정이고 ASRO가 유일 입찰자인 관계로 유찰된 1, 2차 경매는 경쟁을 통한 매각이라는 경매의 본질상 어느 국가나 유지하고 있는 규정에 부합하는 것이며 3차 경매에 ASRO가 참여하지 못한 것은 당시 경매 요건을 충족하지 못했기 때문임이 제출된 자료상 입증된다고 보았다. 판정부는 제출된 증거에 비추어 경매 절차가 불편부당하게 진행되었다고 볼 만한 근거가 없으며 ASRO가 차별적이고 자의적인 대우를 받았다고 볼 수 없다고 천명하였다(276-278).



2002년 11월 세무 조사에 대해서도 판정부는 ASRO가 면세점 면허가 만료된 2001년 1월 27일 이후 무면허 상태에서 영업을 계속한 것은 사실로서 확인되고 이에 대해 세무 당국이 불법 영업 이익을 몰취하고 벌과금을 부과한 것은 루마니아 관련법상 합법적인 조치라고 판단하였다. 청구인은 자신을 겨냥한 루마니아 정부 당국의 합동 공격(concerted attack)이라고 주장하였으나 입증하지는 못하였다. 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반이라는 청구인 주장은 근거가 없다고 천명하였다(283-285).

GEO 104호는 면세점을 통한 밀수 단속 및 면세점 인가 운영상의 부조리를 단속하기 위한 루마니아 정부의 특별 조치이다. 청구인은 그러나 이 조치는 청구인을 차별하고 청구인의 면세 사업권을 박탈하기 위해 특별히 고안된 조치라고 주장하였다. 판정부는 루마니아의 면세점이 밀수 통로로 이용되는 사례가 당시 빈번하였음은 사실로 확인된다고 판단하였고 밀수 단속을 위한 루마니아 정부의 특별 조치는 정당하고 공공 이익에 부합한다고 보았다. 또한 청구인 외에 모든 면세 사업자에 공히 적용된 것이 확실하며 기존 사업 인가권의 회수 및 재발급 조치를 통해 대부분 면세 사업자가 상당한 영업 손실을 입은 점도 인정되므로 이 조치가 특별히 청구인을 차별하거나 청구인을 겨냥하는 조치라고 볼 수 없다고 정리하였다(292-294).

2) 불합리하고 차별적인 조치

청구인은 루마니아 정부 조치가 불합리하고 차별적이라고 주장하였으나 판정부는 청구인이 주장하는 루마니아 정부의 조치(ASRO 계약 불연장, 임대 계약 불갱신, AIBO의 매장 경매, 세무 조사, GEO 104호)는 모두 계약 규정에 적합하거나 정부의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 판시하였으므로 불합리하거나 차별적이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 위 조치 중 어느 것도 개인적인 재량이나 편견, 선호에 기반을 두고 있는 것이 아니고 공식적으로 표명된 이유 외에 숨겨진 목적을 위해 채택된 것도 아니며 청구인이 이 조치에 대해 주장할 수 있는 정당한 사법 절차가 부인된 것도 없다고 설명하였다(305).

3) 수용

청구인은 자신의 재산이 간접 수용되었다고 주장하였으나 판정부는 수용에 해당할 수 있는 조치는 세무 조사와 GEO 104호 두 건인데 모두 공공 이익을 위한 정당한 국가 권력의 행사라고 판시하였으므로 수용에 해당하지 않는다고 단정하였다(308).



4) 우산 조항

청구인은 영국-루마니아 투자협정 2(2)조²²⁰⁾의 내용을 근거로 루마니아가 우산 조항을 위반하였다고 주장하였으나 판정부는 청구인이 이 조항을 잘못 이해하였다고 지적하였다. 우산 조항은 투자협정의 당사자가 계약의 당사자가 된 사건에서 그 계약을 위반했을 경우에 투자협정도 위반한 것으로 의제하는 조항인데 이 사건에서 문제가 된 계약은 루마니아 정부가 체결한 것이 아니므로 계약 체결자 AIBO가 설사 계약을 위반한 점이 인정된다 하더라도 루마니아 정부가 투자협정을 위반한 것이 아니라는 점을 설명하였다. 더욱이 AIBO가 ASRO 계약을 위반한 점이 없다고 판시하였으므로 우산 조항 위반은 수립되지 않는다고 정리하였다(316-318).

다. 평가 및 해설

이 사건에서 청구인이 문제제기 한 조치 가운데 루마니아 정부가 직접 수행한 것은 ASRO에 대한 세무 조사와 GEO 104호 발령이다. 그 외 ASRO 계약 불연장, 주주 변경 등기 무효 소송 제기, 경매 과정 불공정 등의 조치는 AIBO의 조치이다. AIBO는 공향 공사(公社)로서 정부의 기관은 아니며 정부 기관과는 별도의 법인격을 보유하고 있는 영리 기업이다. 정식의 정부 기관이 아닌 기업의 행위에 대해 정부의 책임을 물을 수 있는지가 문제될 수 있다. 판정부도 본안 심사에 앞서 AIBO의 행위가 국가에 귀속될 수 있다는 점을 살펴보았다. 판정부가 근거로 사용한 것은 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안이다. 이 초안 5조²²¹⁾는 국가의 기관은 아니나 법에 의해 정부 권한을 행사할 수 있는 자격을 부여받은 개인이나 단체의 행위는 국가의 행위로 간주된다고 규정하고 있다. 판정부는 공사인 AIBO는 이 규정에 언급된 정부 권한 행사 자격을 부여받은 단체에 해당한다고 보았다.

그러나 반드시 법에 의해서 정부 권한 행사를 위임받은 개인이나 단체만이 국가 기관으로 의제되는 것은 아니다. 국가는 특정 개인에게 특정한 행위를 하도록 지시하거나 통제할 수 있다. 국가 책임에 관한 초안 8조²²²⁾는 이러한 경우에도 해당 개인의 행동을 국가에 귀속할 수

220] 2[2] Each contracting party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other contracting party.

221] 5. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State, under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided that the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

222] 8. The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or the group of persons is in fact acting on the instruction of, under the direction or control, of that State in carrying out the conduct.



있는 근거를 적시하여 두었다. 명시적인 법규에 의해서가 아니라 외형상의 공식성이 없이 사실상 정부의 지시 또는 통제 하에서 행동한 경우 국가 귀속성을 인정하고 있으며 정부의 지시 또는 통제가 해당 개인이나 그룹의 활동 전반을 관장하는 것이 아니라 문제가 된 해당 행위에 대한 지시 통제만 확인되어도 국가 책임성을 물을 수 있는 조항이다.

이 사건 외에도 책임의 귀속성이 쟁점이 된 사건은 *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13), *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28), *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18), *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11) 등이 있다. 귀속성에 관한 종합적인 해설은 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에 수록되어 있다.



82

Siag & Vecchi vs. Egypt 사건(ARB/05/15)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 국적으로 인한 인적 관할권 성립 여부와 투자 유치국의 계약 위반의 수용과 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Mr. George Siag 와 Ms. Clorinda Vecchi 母子는 이태리 국적자로서 이집트에 두 개의 관광 개발 회사 SIAG와 Taba를 운영하고 있었다. 이 두 회사는 1989년 시나이 반도 해변 토지를 이집트 관광청으로부터 매입하고 해변 휴양 시설로 개발하는 계약을 체결하였다. 개발 사업은 3단계로 추진되며 1단계 공사를 1996년 12월까지 종료하기로 합의되었다. 1994년 8월 두 회사는 휴양 시설 개발 사업 자금 조달을 위해 이스라엘 회사 Lumir Holdings와 계약을 체결하였고 이스라엘 기업이라는 정치적 민감성을 고려하여 이 사실을 1995년 3월 해당 사업 지분은 일부라도 이스라엘 기업에게 양도할 의사가 없다는 점을 포함하여 이집트 관광부에 통보하였다.

1995년 5월 이집트 관광부는 이스라엘 회사와의 관계를 이유로 해당 사업부지 매각 계약을 취소하고 부지를 회수할 수도 있다는 점을 시사 하였으며 청구인은 1995년 6월 Lumir와의 계약을 종료하였다고 통보하였다. SIAG사는 1995년 5월 1단계 공사를 개시하여 상당한 진척을 이루었으나 관광부는 1996년 4월 공사 진척이 부진하다고 지적하고 1996년 12월말까지 완공되지 않을 경우 부지를 회수하겠다고 통보하였으며 청구인은 시한까지 완공 가능하다고 회신하였다. 1996년 5월 관광부는 12월말 완공 의무 미준수를 이유로 해당 부지와 시설물을 회수한다는 부령 83호를 청구인에게 사전 통보하지 않은 채 발표하였다. 1996년 6월 해당 지역 경찰은 부령 83호 이행(부지 및 시설 몰수) 준비를 하고 있다고 청구인에게 통보하였으며 청구인의 항의 방문 시 83호 집행에 찬반 여부를 묻고 반대 의사를 밝히자 청구인을 체포, 상급 경찰청에 압송하였다가 검찰의 지휘로 방면하였다.

1996년 6월 청구인은 83호 집행 정지 처분과 취소 청구 소송을 카이로 행정 법원에 제기하였으며 나흘 후 이집트 경찰은 해당 부지를 몰수하여 관광청에게 이전하였다. 집행 정지 처분 소송과



관련하여 1996년 7월 행정 법원은 령 83호는 완공 시한 만료 이전에 발동되었고 개인 재산 몰수는 사법부 결정에 의해서만 가능하다는 헌법에 위반된다는 이유로 불법이며 몰수된 부지는 반환하라고 판결하였다. 1996년 8월 청구인은 해당 부지를 반환받았으나 불과 36시간 후 이집트 경찰은 무력을 동원하여 부지를 재차 점령하고 몰수하였다. 1996년 9월 이집트 정부는 행정 법원의 판결에 불복하고 최고행정법원에 상소하였다. 이집트 정부는 청구인이 해당 부지와 이권을 이스라엘에게 매각하였기 때문에 국익 수호 차원에서 청구인과의 계약을 취소하고 부지를 회수한다고 밝혔다. 1997년 2월 최고행정법원은 상소를 기각하고 하급심의 결정(부지 반환)을 집행하라고 판결하였으나 이행되지 않았다.

청구인이 제기한 령 83호 취소 청구 소송과 관련하여 1999년 9월 집행 정지 처분을 내린 재판부와 인적 구성을 달리한 카이로 행정 법원은 SIAG사 1996년 말까지 공사를 완료할 수 있을 것으로 판단된다는 건축 전문가 패널의 결정에도 불구하고 령 83호가 적법하다는 판결을 내렸다. 그러나 청구인의 상소에 따라 2001년 8월 최고행정법원은 위 판결을 파기하였다. 령 83호는 불법이므로 폐기한다고 확인하였고 부지 매각 및 휴양 시설 건설 계약은 유효하며 구속력이 있고 이집트 정부에 의해 일방적으로 이행을 거부할 수 없다고 판결하였다. 그러나 이집트 정부는 이 판결을 무시하고 이행하지 않았다.

2001년 9월 이집트 관광부는 새로운 령 279호를 발동하여 청구인과의 계약을 취소하였다. 청구인은 령 279호 취소 청구 소송을 카이로 행정 법원에 제기하였으며 심리 시 이집트 관광부는 이스라엘 회사와의 관계를 이유로 공공 이익상 계약 폐지가 불가피하다고 주장하였으나 2002년 3월 재판부는 령 279호 취소 판결을 내렸다. 관광부는 최고행정법원에 상소하였으나 이 법원은 2005년 5월 상소를 기각하고 청구인이 해당 부지를 이스라엘 회사에 매각한 사실이 없으며 문제의 이스라엘 회사와의 계약은 이미 1995년에 폐지되었다고 확인하였다. 그러나 이집트 정부는 이 판결도 무시하고 이행하지 않았다.

최고행정법원 판결 이전 카이로 행정 법원에서의 1심 패소 이후 2002년 7월 이집트 대통령은 해당 부지 수용 명령을 발표하였고(대통령령 205호) 2003년 2월 국무총리는 해당 부지를 가스관 건설을 위해 가스 회사에 불하하였다(총리령 315호). 2003년 3월 이집트 관광청은 해당 부지를 가스 회사에 양도하였다. 청구인은 대통령 및 총리령 취소 청구 소송을 제기하였고 승소하였으나 이집트 정부는 아무 조치도 취하지 않았다.

청구인은 이집트 정부의 조치는 자신의 투자를 보상 없이 수용하였고 공장·공평 대우, 충분한



보호 및 안전, 비합리적 조치 금지 등의 투자자 보호 의무를 광범위하게 위반하였다고 주장하고 2005년 5월 이태리-이집트 투자협정을 근거로 ICSID에 중재를 신청하였다. 이집트는 청구인이 국적국인 이태리와 진정한 유대(genuine link)가 없다는 이유로 이태리 국적의 투자자가 아니며 따라서 ICSID의 인적 관할권이 적용되지 않는다고 주장하였다. 설사 인정된다 하더라도 이집트의 행위는 공공의 목적을 위한 적법적인 수용에 해당한다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 인적 관할권

Clorinda Vecchi는 이태리 태생으로서 이집트 남자와 결혼한 후 이집트 국적을 취득하고 남편과 사별 후 이태리 국적을 1993년 회복하였다. 아들 George Siag는 이집트 국적을 유지하다가 이태리 여성과 결혼하면서 이태리 국적을 1993년 취득하였다. 이집트 국적법은 결혼 등으로 타국적을 취득했어도 1년 이내에 이집트 국적 유지 신청을 할 경우 이를 허락하고 있었다. Siag는 이집트 국적 유지가 신청 조건부임을 인지하지 못한 채 자신의 이집트 국적이 유지되고 있다고 생각하고 SIAG사 및 Taba사 설립과 해양 휴양 단지 건설 사업을 추진하였었다.

이집트는 두 청구인 모두 이집트에서 출생하거나 수십 년간 이집트 국적을 유지하면서 이집트에 거주하였고 이태리와의 진정한 유대 관계가 없으므로 이태리 국적자라고 볼 수 없다고 주장하였다. 설사 형식상으로는 이태리 국적자임이 인정된다 하더라도 Siag는 이집트 관광청과의 해당 사업 협의 과정에서 자신이 이집트 사람이라고 소개하였고 이집트 관계자들은 이를 선의로 받아들였다고 항변하였다. 청구인이 ICSID 중재에서 이태리 국적을 주장하는 것은 이전의 이집트 국적 주장을 번복하는 것이고 이는 금반언(禁反言)의 원칙에 의거, 부인된다고 주장하였다.

판정부는 ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 상대방이 타방 계약국적의 투자자임을 요구할 뿐 국적의 진정성 등 그 관계의 농밀성은 요구하지 않으므로 법적인 이태리 국적 보유자와의 투자 분쟁은 ICSID 관할권이 적용된다고 판시하였다. 또한 청구인이 이태리 태생으로 결혼 전까지 이태리 국적자였거나 모친, 조부모, 배우자가 이태리 국적인 정도면 진정한 유대가 있다고 보는 것이 타당하다고 판단하였다(판정문 468-480).

금반언의 원칙 위반 주장에 대해 판정부는 국제법 학설을 인용하여 금반언의 원칙은 타인으로 하여금 특정 상황이나 사실을 믿게 하려는 의도성 내지 악의성이 전제되는 것이라고 보았다.



청구인 Siag가 자신이 이집트인이 아님을 알고 있으면서도 타인이 이집트인이라고 믿게 하려는 악의를 갖고 행동한 것은 아니며 자신이 국적 유지 신청을 하지 않음으로써 이미 이집트 국적을 망실했음을 인지하지 못한 채 이집트 국적자인 것처럼 언급하고 행동한 것이 확실하다고 판단하였다(481-483).

2) 수용

이집트는 청구인의 사업 부지를 수용한 것은 인정하였으나 가스관 건설이라는 공공의 목적을 위한 것이므로 합법적이라고 주장하였다.

중재 판정부는 이태라-이집트 투자협정상 합법적인 수용이 되기 위해서는 공공 목적, 적정하고 공정한 보상, 법적 절차 준수, 비차별, 적법 절차의 요건을 모두 충족해야 한다고 환기하였다. 공공 목적의 경우 판정부는 해당 부지는 이미 1996년 6월 몰수 되었고 이집트가 주장하는 가스관 건설은 2003년 발표되었으며 1996년에는 몰수 원인이 기한 내 완공이라는 계약상 의무 불이행이라고 하였다가 나중에는 이스라엘 회사와의 협력 때문이라고 언급하는 등 공공 목적성을 인정하기 곤란하다고 판단하였다(429-433).

판정부는 적법한 수용이 되기 위해서는 해당 요건이 모두 충족되어야 하는 것이므로 공공 목적성이 부인된 것만으로도 이집트의 몰수 행위가 적법한 수용이 아니라고 확인하고 여타 요건의 충족 여부 심리는 불요하다고 보았다. 그러나 심리의 완전성을 위해 각각 요건의 충족성 여부 심리를 계속하겠다고 하였다. 중재 판정부는 수용 후 10년 동안 아무 보상이 이루어지지 않았으므로 적정하고 공정한 보상이 있었다고 볼 수 없고, 법원 판결에도 불구하고 부지 반환이 이루어지지 않은 것은 법적 절차를 준수했다고 볼 수 없으며, 최초로 몰수한 령 83호는 완공 시한 수개월 전에 시한 불준수를 이유로 발동된 것이어서 내용상으로도 적법 절차를 준수했다고 볼 수 없고 당사자인 청구인에게 통보도 하지 않은 채 발동되었으므로 절차상으로도 적법 절차를 준수한 것이 아니라고 판정하였다(429-444).

3) 공정·공평 대우 등

중재 판정부는 청구인의 감금은 충분한 보호 및 안전 위반에 해당한다고 판정하였고 이집트 법원의 판결을 이집트 정부가 수차에 걸쳐 무시한 것은 법치주의 위반 및 사법 부인에 해당한다고 판정하였다. 이집트 정부의 조치는 의문의 여지없이 매우 불합리한 행위로서 이는 투자자의



투자 경영, 유지, 향유, 처분 등이 투자 유치국의 불합리한 조치로 인해 침해되지 않도록 해야 한다는 투자협정 2(2)조 위반에 해당한다고 판시하였다(445-456).

다. 평가 및 해설

1) 실효적 국적 요건 여부

청구인의 국적 요건과 관련된 이 사건 판정부의 판정은 그 이후의 유사 사건에서 일관되게 견지되고 있다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20)에서 터키는 청구인이 국적국인 네덜란드와 실효적인 관계가 없는 요르단 이중 국적자라고 항변하였으나 판정부는 ICSID 25(2)(a)조 문안은 ICSID 체약국적자일 것, 분쟁 당사국 국적자가 아닐 것, 두 가지의 적극적, 소극적 요건만을 부과할 뿐 실질적인 국적 요건은 기재되어 있지 않고 네덜란드-터키 투자협정도 투자자를 해당 법에 따른 체약국의 국민이라고 정의하고 있으므로 실질적인 국적 요건을 요구하고 있다고 볼 수 없다고 해석하였다. 투자자가 비록 자연인이 아니라 기업이기기는 하지만 *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8)에서 카자흐스탄은 ICSID 협약과 투자협정상 투자자는 실질적이고 실효적인 국적(real and effective nationality)를 가져야 한다고 주장하였으나 중재 판정부는 협약과 협정의 규정이 이를 요구하지 않는다고 기각하였다. 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조는 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없으므로 투자협정 체결국은 임의로 국적 요건에 합의할 수 있으며 네덜란드와 카자흐스탄은 투자협정 1조에서 실질적이고 실효적인 국적 등의 부대 요건이 없이 국민을 체약국의 법에 의해 설립된 법인이라고 매우 개괄적으로 정의하였으므로 네덜란드 법에 의해 설립된 KT Asia는 네덜란드 국민이라고 판단하였다.

2) 외교적 보호권과의 관계

투자자와 국적국 간에 형식적, 법률적인 국적 외에 실질적 관계의 존재를 요구하지 않는 판정의 근거는 ICSID 협약의 규정이다. 해당 규정은 투자자는 타방 체약국의 국민일 것을 요구하고 있을 뿐 더 이상의 요건을 주문하고 있지는 않다. ICSID 중재가 외교적 보호권을 배척하고 있기 때문이라고 생각한다. 국적국과의 진정한 유대(genuine link)는 외교적 보호권의 대표적인 판례인 *Nottebohm* 사건에서 인정된 개념으로서 이후 외교적 보호권의 핵심 요소로 인식되어 왔다. 이 사건에서 리히텐슈타인은 과테말라 기업인 *Nottebohm*에 대해서 외교적



보호권을 행사하려 하였으나 상대국인 독일이 이를 인정하지 않았다. *Nottebohm*은 명목상으로 리히텐슈타인 국적을 보유하고 있을 뿐 30년 이상 과테말라에서 거주하고 사업을 영위해 온 기업인이다. ICJ 재판부는 외교적 보호권의 행사 대상인 자연인과 행사 주체인 국가 간에는 진정한 유대 관계가 있어야 된다고 판시하였다.

ICSID 중재는 분쟁 당사국과 투자자 간의 투자 분쟁을 관련된 국가의 영향력에서 독립하여 중립적으로 판단하려는 구제 절차이다. 이 구제 절차의 결과에 투자자의 국적국이 불만을 품고 또는 패소한 투자자의 적극적인 요청에 의해 투자자 국적국이 개입하게 된다면 ICSID 중재 제도 자체의 존립에 부정적인 영향을 미칠 것이다. 이에 따라 ICSID 협약 26조²²³⁾는 ICSID 중재에 대한 계약국의 동의는 여타 구제 제도를 배제하는 것에 동의하는 것으로 간주한다고 적시하고 있다. 이는 외교적 보호권을 행사하지 않겠다는 것을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 진정한 유대를 핵심 요건으로 하는 외교적 보호권을 배제하였으므로 ICSID 중재가 다시 투자자와 국적국 간에 진정한 유대 관계를 요구할 실익이 없게 된 것이다. ICSID 중재 판정부는 투자자와 국적국 간의 실효적 관계, 실질적 관계, 진정한 유대 등 국적의 실효성을 요구하고 있지는 않다. 그러나 이것이 곧 국적의 진정성에 대해서도 눈을 감겠다는 것은 아니다. 투자자의 국적이 해당 국가의 관련 법률과 절차에 의해 정당하게 부여된 것인지 중재 판정부는 확인할 수 있다. 실제로 *Soufraki vs. UAE* 사건(ARB/02/7)에서 판정부는 투자자가 합법적인 이태리 여권과 국적 증명 공한을 제출하였음에도 불구하고 투자자의 이태리 국적이 이태리 국적법의 요건을 충족하고 있는지 심리한 후 해당 요건을 충족하고 있지 못하므로 투자자의 이태리 국적을 인정할 수 없다고 판시했다.

223] 26. Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.



83

Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan 사건(ARB/05/16)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과의 통신 사업 계약을 부당하게 종료시키고 청구인이 투자한 회사를 정부와 유착 관계에 있는 국내 회사에 매각한 것이 공정·공평 대우 의무 위반과 불법적인 수용에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Rumeli Telekom과 Telsim Mobil은 모두 터키 통신 회사로서 1998년 5월 카자흐스탄 기업 Investel과 합작하여 KaR-Tel이라는 무선 통신 회사를 설립하였다. KaR-Tel은 그 해 8월 카자흐스탄 운수통신부와 무선 통신 사업을 시행할 수 있는 계약을 체결하였으며 10월에는 카자흐스탄 해외 투자 위원회와 투자 계약을 체결하여 면세 및 기타 혜택을 보장받았다. Investel이 보유하고 있던 KaR-Tel 지분 40%는 2000년 12월 Telecom Invest라고 하는 또 다른 카자흐스탄 회사에 매각되었다. 청구인에 따르면 Telecom Invest는 지분 취득 후 아예 KaR-Tel을 탈취하기 위해 카자흐스탄 대통령 일가와 결탁하여 각종 정부 부처를 동원하기 시작하였다고 한다. 카자흐스탄 투자 위원회는 KaR-Tel사가 사업 결과 보고 등 보고 의무를 다하지 않았다는 이유로 투자 계약을 종료하였고 Telecom Invest는 청구인에게 충분히 사전 고지하지 않고 주주 총회를 개최하여 청구인에게 계약 종료 책임을 물어 청구인의 지분을 강제로 Telecom Invest에게 헐값으로 매각하는 결의를 하였으며 카자흐스탄 법원은 이러한 불법적인 결의를 승인하였다고 주장하였다.

청구인은 카자흐스탄의 이러한 조치는 터키-카자흐스탄 투자협정에 규정된 공정·공평 대우 의무 위반이며 불법적인 수용에 해당한다고 주장하고 2005년 7월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정·공평 대우

청구인은 투자 위원회가 연장하여준 보고서 제출 시한이 2002년 3월 23일이나 이 날이 토요일인



관계로 휴무 후 첫 근무일인 3월 25일이 실질적인 마감일이며 자신은 이날 2001년도 3, 4 분기 보고서를 송부했다는 근거를 제시하였다. 청구인은 투자 위원회가 스스로 부여한 마감일도 준수하지 않았고 종료 결정전에 앞서 일단 계약을 정지했어야 한다고 항의하였다. 청구인은 일방적인 계약 종료는 신의와 국제적인 관행을 무시한 비이성적, 자의적인 조치이며 터무니없이 부당하다고 주장하고 이는 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 투자 유치국의 조치가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있는 요건으로서 기존 판례를 통해 확인된 사항은 투명성, 선의 준수 여부, 조치 및 수행상의 자의성, 부당성, 터무니없음, 차별성, 정당 절차 결여, 절차적 정당성 준수 여부 등이라고 나열하였다. 판정부는 투자 계약 19.3조상 투자 위원회는 계약을 우선 정지하고 청구인이 정지 사유를 시정하지 않을 경우에 계약을 종료할 수 있다는 점을 확인하였다. 카자흐스탄은 자국 투자법에 정지 없이 계약을 종료할 수 있다는 조항이 있다고 반박하였으나 국내법 규정을 근거로 국제법 의무를 면탈할 수 없다는 것이 국제법의 확인된 원칙이라고 일축하였다. 카자흐스탄은 2003년 6월 청구인의 계약 의무 이행 여부와 투자 위원회 결정을 검토하는 부처 간 협의회를 구성하였는데 개최 이틀 전 그것도 청구인 임원에 대한 사법 수사 개시를 통보한 당일 청구인에게 참석 통보를 하였으며 계약 종료 사유로 보고 의무 해태 외에 새로운 사실을 제시하였으나 청구인이 사전에 인지하고 준비, 항변할 수 있는 기회를 부여하지 않은 채 불과 3-4쪽의 검토 결과문으로 계약 종료가 정당하다는 결론을 내렸다. 판정부는 이러한 점을 포함하여 계약 종료에 이르게 된 저간의 과정을 볼 때 자의성, 부당성, 불투명성 등 공정하고 공평한 대우 의무 위반 요건을 충족한다고 판시하였다(609-619).

2) 사법 부인, 충분한 보호 및 안전, 자의적/차별적 조치 등

청구인은 카자흐스탄의 조치가 사법 부인에도 해당되며 충분한 보호 및 안전, 그리고 자의적이고 차별적인 조치를 금지하는 투자협정의 규정에도 위반된다고 주장하였으나 판정부는 이 개념이 모두 공정·공평 대우에 포함되고 이미 공정·공평 대우 의무 위반을 확인하였다고 언급하고는 더 이상 자세히 심리하지는 않았다. 카자흐스탄의 조치가 자신의 재산을 탈취하기 위해 카자흐스탄 대통령 일가가 배후에서 지시, 조정한 것이라는 청구인의 주장에 대해 판정부는 정황상의 개연성은 인정하면서도 이를 판시하기 위해서는 고도의 입증 요건을 적용해야 하나 제출된 정황상의 추정 근거만으로는 이를 사실로 확인하기는 어렵다고 판단하였다.



3) 수용

청구인이 의무적으로 매각해야 하는 KaR-Tel 지분 60%의 매각가는 3000불로 책정되었다. Telecom Invest는 수년 후 이를 350만불에 제 3국 기업에 매각하였다. 청구인은 적절한 보상을 받지 못했으므로 불법 수용을 주장하였고 중재 판정부는 이를 인정하였다. 카자흐스탄은 비록 적절한 보상이 아니라 할지라도 그 혜택은 정부가 아니라 사적 주체인 Telecom Invest가 본 것이므로 공적 행위인 수용이 될 수 없다고 반박하였으나 판정부는 수용은 정부에 명시적인 수혜가 없어도 존재할 수 있다고 판정하였다. 판정부는 2002년 3월 25일 투자 위원회가 계약 종료 서한을 발송한 다음 날 Telecom Invest가 비상 주주 총회를 소집하는 등 저간의 과정을 볼 때 Telecom Invest는 카자흐스탄 정부의 꼭두각시이고 카자흐스탄과의 유착 관계에 있다는 점이 인정되며 지분 매각가를 최종 확인한 재판의 시작 자체가 이러한 카자흐스탄 정부 기관과 Telecom Invest의 공모에 의해 개시된 것이고 터무니없이 낮은 매각가를 확정한 재판의 판결까지 종합하여 볼 때 이는 점진적 수용에 해당한다고 판시하였다(705-708).

다. 평가 및 해설

이 사건은 점진적 수용이 인정된 드문 사례이다. 간접 수용이 쟁점이 되었던 ICSID 중재 판정 중 이 책에 수록된 54건 가운데 수용이 인정된 사례는 13건, 그중 점진적 수용이 인정된 예는 이 사건 외에 2건에 불과하다. 그러나 점진적 수용 여부는 8건의 판정에서 심리되어 점진적 수용의 개념에 대해서는 판례 축적을 통한 의미가 정립되었다고 본다. *Generation Ukraine vs. Ukraine* 사건(ARB/00/9) 중재 판정부는 점진적 수용이란 특정 시점에 존재하는 투자에 대해 국가에 귀책되는 연속적인 행위가 시행되어 해당 투자에 대한 투자자의 권리가 수용에 관한 국제법을 위반할 정도로 침식되는 것이라고 설명하였다. *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8)에서 점진적 수용을 구성하는 개개 조치 역시 수용의 부정적 효과를 가져야 한다는 아르헨티나 주장에 대해 판정부는 조치 각각이 독립적으로 수용의 효과를 가지지 않아도 전체로서 수용에 해당하는 효과를 가져 올 수 있다고 논설하였다.

점진적 수용은 수용을 발생시킨 조치가 복수 존재하고 일정 기간에 걸쳐 시행된 것이 다를 뿐 수용 해당 여부에 대한 판정 기준은 어느 간접 수용과 동일하다. ICSID 중재 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 주장되는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인



영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

| 간접 수용 인정 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)
<i>SPP(IME) v. Egypt (84/3)</i>	무형의 권리도 수용 가능, 영업권 취소는 간접 수용 해당
<i>Metalclad v. Mexico (AF/97/1)</i>	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치
<i>Middle East Cement v. Egypt (99/6)</i>	시멘트 처리 업자에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당
<i>Tecmed v. Mexico (AF/00/2)</i>	매립장 업자에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당
<i>Siemens v. Argentina (02/8)</i>	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당
<i>Gempus & Talsud v. Mexico (AF/04/3)</i>	경영권 탈취는 간접 수용, ※같이 제기된 직접 수용도 인정
<i>Saipem v. Bangladesh (05/7)</i>	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정
<i>OPC v. Ecuador (06/11)</i>	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 자체 취소는 과도하며 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당
<i>Alpha v. Ukraine (07/16)</i>	경제적 가치가 보상 없이 실질적 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당
<i>Unglaube v. Costa Rica (08/1, 09/20)</i>	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당
<i>Inmaris v. Ukraine (08/8)</i>	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/투자 가치의 영속적 파괴 해당
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka (09/2)</i>	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan (13/13)</i>	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료



가. 사건 개요

이 사건은 예멘 정부의 강압에 의해 도로 건설 대금을 당초 계약보다 훨씬 적게 수령기로 한 합의가 무효이며 합의에 이르게 된 과정상의 예멘 정부의 행위가 투자협정의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Desert Line Projects社(DLP)는 오만의 건설사로서 1999년부터 2002년에 걸쳐 예멘 내에 아스팔트 포장 도로 1,000여 km를 건설하는 8개의 계약을 체결하였다. DLP는 공사 완공 보장을 위한 담보를 예멘 은행에 제공하였다. 2003년 일부를 제외하고 대부분의 도로 건설을 마쳤으나 공사 대금 잔금 규모를 둘러싸고 양측의 대립이 시작되었다. 예멘 정부는 거듭되는 DLP의 요청에도 불구하고 공사 대금을 지불하지 않았으며 DLP는 공사가 진행중인 구간의 하청업자에게 소요 경비를 지불하지 못하게 되었고 하청업자가 공사장을 점거하고 DLP 직원을 구금 협박하는 사태가 발생하기도 하였다.

2004년 4월 DLP 잔금 지급 및 은행 담보 해제를 요구하는 소송을 제기하는 한편 일부 지역 공사는 계속 진행되되 일부 구간은 공사를 중단하고 철수하는 방안을 제시하는 등 잔금 확보를 위한 일련의 시도를 하였다. 예멘 대통령은 친필 메모를 보내 공사 완공분은 제 3자의 평가에 따라 지불할테니 염려 말고 잔여 공사를 계속하라고 종용하였다. DLP는 예멘 군대가 장비 반출을 금지하고 있다고 예멘 대통령에게 항의하였으며 예멘 군사령관은 DLP 장비 및 인원에 대한 포위를 풀고 이 사태를 우호적으로 해결하자고 대통령에게 건의하기도 하였다. 2004년 6월 예멘 대통령은 완공분은 영국 및 요르단 건설 회사가 산정한 평균 단가를 적용하여 비용을 지불하고 진행중인 공사 2곳 중 한 곳은 계속 공사하되 나머지 한 곳은 장비를 철수하도록 제시하였다. 자금 사정이 악화된 DLP는 예멘의 중재 절차를 통해 대금 문제를 해결하기로 예멘측과 합의하였고 6주 후 도출된 중재 판정은 예멘 정부가 DLP에 1억불을 지불하고 은행 담보를 해제하도록 결정하였다. DLP는 이 중재 절차가 공정히 진행되지 않았다고 보았다.

예멘 정부도 이 판정을 이행하지 않았으며 DLP 공사장에서 직원과 예멘 군대가 대치하여



직원이 체포, 방면되는 등 DLP에 대한 예멘 당국의 압박, 위협, 절도 등이 발생하는 가운데 예멘 정부는 중재 판정 무효 소송을 제기하기도 하였다. DLP는 중재 판정 유효를 확인하는 반대 소송을 제기하였다. 예멘 정부는 중재 판정이 제시한 액수의 20%에 해당하는 금액을 수령하고 종결하자는 제의를 해왔으며 DLP가 불응하자 예멘 대통령이 합의를 종용해오기도 하였다. 자금난에 몰린 DLP는 결국 2004년 12월 합의 협약을 체결하였다. 그러나 2005년 5월 합의 협약이 무효라는 청원을 수 차례 예멘 정부에 제기하였다. 청구인은 예멘 정부가 오만-예멘 투자협정상의 공정-공평 대우를 위반하였고 합의 협약이 원천 무효라고 주장하고 2005년 8월 ICSID 중재를 신청하였다. 예멘은 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 관할권

예멘은 오만-예멘 투자협정 1(1)조²²⁴⁾상 투자는 투자 유치국의 법과 규정에 따라 투자로서 투자 유치국에 의해 접수되어야 하고 투자 인증서가 발행되어야 하나 DLP의 투자는 예멘 정부가 투자로서 접수한 바도 없고 투자 인증서를 발행하지도 않았으므로 투자협정상의 투자에 해당하지 않으며 따라서 ICSID 관할권 대상이 아니라고 주장하였다.

중재 판정부는 접수에 관한 예멘의 주장을 몇 가지 근거를 들어 수용하지 않았다. 우선 투자협정의 서문을 고려할 때 투자 유치국의 법과 규정은 투자의 보호와 증진을 지원하는 것이지 방해하는 것이 아니라고 보았다. 1(1)조의 법과 규정에 따라서(according to the laws and regulations) 접수된다는 주장은 예멘의 관련 법규에 투자 접수에 관한 메커니즘이 있다는 것인데 중재 판정부는 예멘측이 그러한 메커니즘이 무엇인지, 투자협정의 투자의 정의에 우선하는 예멘 법규상의 투자 정의가 무엇인지 제시하지 못했다고 지적하였다. 중재 판정부는 법과 규정에 따른다는 구문은 투자협정에서 흔히 볼 수 있는 표현으로서 이는 투자 유치국의 법제의 중요한 원칙을 위반하여(예컨대 허위 대표, 소유권 위장 등) 이루어진 투자를 배제함으로써 투자의 적법성을 보장하려는 취지라는 것이 이전의 판례를 통해 확인된다고 보았다. 판정부는 이 사건에서 이러한 불법성은 발견되지도 않았다고 확인하였다(판정문 100-105).

224] 1(1) The term 'investment' shall mean every kind of assets owned and invested by an investor of one Contracting Party, in the territory of the other Contracting Party, and that is accepted, by the host Party, as an investment according to its laws and regulations, and for which an investment certificate is issued.



투자 인가서가 없다는 주장도 수용하지 않았다. 1(1)조가 추구하는 기준이 단순한 요식 행위인지 실질적인 목적인지의 문제인데 판정부는 1(1)조가 추구하는 바는 투자의 증진과 보호라는 실질적인 목적에 있다고 천명하였다. 단순한 요식 행위를 충족하지 않았다고 투자로 인정하지 않는다면 투자자로부터 투자협정이 본래 의도하였던 보호를 박탈하는 함정이 된다고 지적하였다. 더구나 투자 인가는 법과 규정에 따른다는 구문으로 수식되고 있지 않으므로 투자협정의 목적을 감안하여 일반적인 의미로 이해해야 한다고 보았다(106-107). 이 사건에서 제출된 자료와 증언에 비추어 볼 때 예멘이 DLP에 대해 투자 인가를 면제한 것이 확실하며 관할권을 부인하기 위해 투자 인가를 원용하는 것은 금반언(禁反言)의 원칙에 반한다고 설파하였다 (118).

2) ICSID 중재 선택의 적법성

오만-예멘 투자협정 분쟁해결 조항 11조는 분쟁 발생 시 6개월 간 우호적 해결 시도 후 국내 사법 절차, 국내 중재 절차, 아랍 투자 법원, ICSID 중재 중 하나를 선택하도록 되어 있고 중재 판정은 최종적이고 당사국을 구속한다고 규정하고 있다. 예멘은 DLP와 예멘 중재 절차를 이용하여 판정까지 받았고 이 판정은 최종적이며 당사자를 구속하므로 11조 규정에 의거하여 ICSID의 관할권은 인정되지 않는다고 주장하였다. 또한 4개 분쟁해결 절차 중 하나의 이용은 당사국간 우호적인 합의가 이루어지지 않았을 것을 전제로 하는데 이 사건의 경우 당사자간 해결 약정 체결이라는 우호적 합의가 이루어졌으므로 ICSID 중재를 선택하는 것이 원천적으로 부인된다고 항변하였다.

중재 판정부는 예멘 중재와 ICSID 중재는 동일 사항을 다루는 것이 아니라 근본적으로 상이한 행위를 관장한다고 보았다. 분쟁 동일성을 부인한 것이다. 예멘 중재는 도로 계약의 위반을 심리하는 것이고 ICSID 중재는 예멘 정부의 행위의 투자협정 위반 여부를 다루는 것이므로 동일 사안의 재심이 아니라고 확인하였다. ICSID는 예멘 중재 절차의 간섭, 강요에 의한 해결 약정 체결 등이 투자협정 위반에 해당하는지를 판단하는 것이므로 이 사건에 대해 관할권이 있다고 판정하였다(136-137).

3) 해결 약정의 유효성

해결 약정의 요지는 공사 대금 2,000만불 지급, 은행 담보 해제, 장비 반출 허용으로 분쟁을



종결하고 모든 소송을 취하한다는 것이었다. 예멘은 당사자간 합의에 의한 최종 해결이라고 주장한 반면 DLP는 강박에 의해 부득이 하게 체결된 것이므로 무효이고 취소돼야 한다고 반박하였다.

중재 판정부는 예멘 중재 및 해결 약정에 이르게 된 과정을 검토하였다. 증거상 예멘이 공사 대금을 기한 내 지불하지 않은 것은 확실하고 건설 공사의 성격상 DLP는 하청 업체에게 소요 자금을 계속 지급하여야 했으므로 자금 압박에 시달렸다. 예멘 대통령이 대금 지불을 약속하였으므로 DLP측에서는 공사를 계속할 유인이 있었다. 공사 현장이 하청 업자에게 점거당하고 예멘군이 봉쇄한 상황에서 DLP는 신속한 해결을 위해 예멘 중재에 동의하였으나 이 중재는 공사 가액 측정을 타 공사의 km 건설 단가 평균을 적용하는 등 예멘 산악 지형의 특수성을 인정하지도 않았고 청문 절차, 정보 출처 비공개, 예멘 실무자 채용 등 공정한 절차 진행이 의심되었다. 또한 중재 결과가 이행되지도 않았다(164-172).

해결 약정의 체결 과정도 정상적이지 않다고 보았다. 중재 판정부는 통상 거래 당사자가 합의를 할 경우에는 양측의 상호 양보가 있는 것이 정상적이나 해결 약정은 DLP의 일방적인 양보에 의해 체결되었다고 판단했다. 즉 예멘 중재는 예멘 중재법상 최종적이고 이행 의무가 부과되는 것이므로 DLP는 중재 결과를 확보해 놓은 상태에서 아무런 반대 급부를 받지 않고 중재 결과보다 훨씬 불리한 해결 약정을 체결한 것이다. 중재 판정부는 공정하고 공평한 협상의 결과라고 볼 수 없다고 판단하였다. DLP는 공사 진행을 위해 상당 자금을 선 투입했었고 예멘의 대금 불지급 상황에서도 대통령의 지급 언급 등을 믿고 공사를 계속 진행하느라 파산 지경에 까지 몰린 재정적 강박 상황에서 어쩔 수 없이 해결 약정에 동의하였다고 설명하였으며 중재 판정부는 이를 인정하였다.

아울러 DLP는 당시 공사장이 예멘군에게 봉쇄당하고 직원이 구금되는 등 물리적인 강박 상황에 있었다고 주장하였다(176-185). 중재 판정부는 이를 인정, 해결 약정은 강박 상황에서 체결되었고 예멘이 이행 의무가 있는 중재 판정을 이행하지 않고 해결 약정 체결을 압박한 것은 투자협정 3조 위반에 해당한다고 판시하였다. 중재 판정부는 2004년 예멘 중재 결과가 최종적이고 구속력이 있으므로 완전히 이행되어야 한다고 추가하였으며 *pacta sunt servanda* 와 금반언의 원칙상으로 볼 때에도 그러하다고 훈시하였다(205-207).



다. 평가 및 해설

1) 분쟁 동일성

이미 국내 사법 절차 등에서 심리가 끝난 사건 또는 심리가 진행 중인 사건이 새로운 사건인 것처럼 ICSID에 중재 신청되는 경우가 있다. 이 경우 판정부는 중재 신청된 분쟁과 이전의 분쟁이 동일한 지 여부를 심리하여 중재 관할권 존재 여부를 심리해야 한다. 이러한 분쟁 동일성 심리와 관련하여 흔히 제기되는 쟁점은 동일성 여부를 판단하는 기준과 계약 위반과 투자협정 위반을 상이한 분쟁으로 인정할 지 여부이다. 지금까지의 판정을 보면 분쟁의 대상이 된 문제, 분쟁을 발생시킨 사실과 심리상의 고려를 기준으로 동일성 여부를 판단하기도 하였고 사법 심판을 청구하게 된 기본적인 근거, 이유의 동일성 여부를 기준으로 판단하기도 하였다. 분쟁 내용이 동일하더라도 특정 계약 위반 여부를 다투는 분쟁과 투자협정 위반을 다투는 분쟁은 서로 다른 분쟁으로 인정하는 것이 추세이다.

계약 위반을 근거로 제기된 분쟁과 투자협정을 근거로 제기된 분쟁을 서로 다른 분쟁으로 인정한 판례로는 이 사건 외에 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)이 있다. 중재 판정부는 알바니아 법원에 제소된 분쟁과 ICSID 중재 신청된 분쟁의 청구 원인이 동일하기는 하나 청구인은 알바니아 법원이 부당하게 처리하여 공정한 사법 절차를 제공받을 투자협정상 투자자의 권리가 부인되었는지에 근거하여 중재 신청하였으므로 본안 심리를 진행한다고 밝혔다(판정문 66-68).

분쟁 동일성에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에 수록하였다.

2) 투자 적법성

모든 투자협정은 투자에 대한 정의 조항을 포함하고 있다. 투자협정은 외국인 투자 보호가 주목적이고 ICSID 중재는 투자로부터 직접적으로 발생하는 법적 분쟁을 그 물적 관할로 하고 있으므로 투자 해당 여부 판별은 ICSID 중재에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 투자의 요건 중 ICSID 중재에서 자주 등장하는 것이 투자 유치국 법령의 준수 여부이다. 투자협정상 투자 정의는 투자 유치국의 ‘법령에 따라(in accordance with the law)’ 설립되었다는 수식 어구를 포함하는 것과 그렇지 않은 것이 혼용되고 있다. ICSID 중재에서 투자 설립의 적법성과 관련하여



제기되는 쟁점은 위와 같은 적법성 문구가 있어야만 투자 유치국 법령에 위반하여 설립된 투자를 투자협정 보호 대상과 ICSID 중재 대상에서 제외할 수 있는지 여부이다. 또 다른 쟁점은 위반의 정도이다. 투자 유치국의 법령을 사소하게라도 위반하였으면 위의 적법성 문구에 의거하여 보호 대상에서 제외할 수 있는지가 논쟁 대상이다. 위반의 대상과 관련된 다툼도 발생한다. 투자 유치국의 정식 법률을 의미하는지, 보다 넓은 범위의 법령, 조례, 규칙이나 계약상의 조건 등까지 포함하는지가 문제가 된다.

투자 유치국 법령의 위반 정도와 관련하여 ICSID 판례는 경미하고 사소하거나 요식 행위의 위반에 대해서는 적법성 요건을 충족한 것으로 보고 있다. 가급적 투자협정의 본래 목적인 외국인 투자 보호와 증진을 위해 유연한 자세를 취해 왔다. 이 사건 판정이 대표적이다. 건축 허가를 받지 않고 시설물을 건설한 것이 문제되었던 *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/11/24)에서 판정부는 투자의 적법성을 부인할 정도의 법규 위반은 경미하고 사소한 것이 아니라 실질적이고 심각한 수준이어야 한다고 설명하였으며 무허가 건설은 경미하고 사소한 수준의 위반으로 볼 수 없다고 판단하였다. *Tokios Tokeles vs. Ukraine* 사건(ARB/02/18)에서도 사소한 흠결을 이유로 투자라고 인정하지 않는 것은 투자협정의 대상과 목적에 합치되지 않는다고 판결되었다.

투자 설립의 적법성에 관한 ICSID 판정의 종합 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)에 수록하여 두었다.



가. 사건 개요

이 사건은 유전 개발 및 파이프라인 관리, 운영, 개발 등에 관한 청구인과 조지아 석유 회사간의 합작 계약의 범위와 이 계약상 사업권의 이관 및 배상 과정에서의 조지아 정부의 행위가 투자협정의 수용 및 투자자 보호에 합치하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Ioannis Kardassopoulos와 Rony Fuchs는 각각 그리스, 이스라엘 국적의 원유 판매상이다. 이들은 1991년 조지아가 구 소련으로부터 독립한 직후 조지아 내 유전 및 파이프라인 관리, 개발, 시추, 판매 등에 관해 조지아 정부에 조인하였고 조지아 정부는 자국의 원유 생산, 수송 능력을 신속히 구축하여 국제 사회에서 신생 독립국으로서의 위상을 서둘러 구축하려고 하였다. 양측의 이해 관계가 부합하여 Kardassopoulos와 Fuchs는 공동으로 투자하여 Tramex라는 원유 개발 회사를 설립하였고 조지아 국영 석유 회사인 SakNavtobi는 Tramex와 1992년 3월 GTI라고 하는 원유 개발, 수송 회사를 설립하는 합작 계약에 서명하였다. 1993년 4월에는 GTI가 수행할 사업 범위를 적시한 양허 증서가 채택되었다. GTI의 조지아 내 유전 관련 사업 범위 및 그로부터 발생하는 사업 권리는 이 합작 계약과 양허 증서에 기재되었는데 당시 조지아 내에 설치되어 있던 기존 시설 외에 향후 건설하는 시설, 특히 미래의 파이프라인 건설 사업에 대한 GTI의 권리 보유 여부가 후에 이 사건의 쟁점이 되었다.

당시 조지아는 소련의 영향권에서 벗어나고 국제 사회에서의 위상을 높이기 위해 친 서방 정책을 추진하였고 역시 소련으로부터 독립한 인접국 아제르바이잔 역시 소련의 영향권에서 신속히 벗어나기 위해서는 자국의 원유를 기존의 소련 경유 파이프라인을 이용하지 않고 수출할 수 있도록 새로운 라인을 건설해야 할 필요성이 있었다. 미국, 유럽 등 서방 세계도 아제르바이잔은 물론 당시 대규모 매장이 확인된 카스피해의 원유가 소련을 거치지 않고 서방으로 수출될 수 있는 새로운 파이프라인을 건설해야 할 전략적인 이해 관계를 공유하고 있었다. 이리하여 아제르바이잔 수도 바쿠에서 시작하여 조지아의 Tbilisi를 거쳐 터키의 남부 항구 도시 Ceyhan을 잇는 파이프라인 건설 사업이 시작되었다(Baku-Tbilisi-Ceyhan Line).



Exxon, BP, Socar(아제르바이잔 국영 석유 회사), Amoco등 거대 석유 회사들이 출자하여 설립한 AIOC(Azerbaijan International Operating Co.)가 사업 주관사가 되어 조지아 정부와 협의하기 시작하였다. 조지아의 유전 개발 및 파이프라인 건설은 이제 그 규모와 중요성이 막대해진 국제 전략적 사업이 되었으며 동 사업의 성공은 조지아 정부의 국가적 과제가 되었다. 조지아 정부는 이제 자국 유전 개발 및 파이프라인 유지, 보수, 건설, 관리를 개인 석유업자가 설립한 회사에 맡길 수 없게 되었다. 조지아는 먼저 에너지부의 일개 부서에 불과했던 SakNavtobi를 1995년 11월 국영 석유 회사(GIOC, Georgian International Oil Corporation)로 확대 개편하였고 1996년 2월 정부령 178호를 발령하여 GIOC가 조지아 내 유전 개발, 원유 수송 등에 관해 독점적인 권리를 행사하도록 하였다. 이에 따라 과거의 관련 계약을 GIOC가 승계하도록 하였고 GTI의 양허 사업도 GIOC에게 이전되었다. 청구인은 합작 회사 GTI의 파트너였던 SakNavtobi가 GIOC로 확대되고 GTI의 계약상의 권리 의무를 승계받는 과정에서 행한 일련의 작위, 부작위 행위가 GTI의 권익을 확보하는 것을 방해하였다고 불만을 갖게 되었다.

조지아 정부는 1997년 4월 정부령 84호를 발동하여 GIOC로 권리를 이전하게 된 과거 유전 관련 계약 당사자들의 피해와 손실을 산정하기 위한 배상 위원회를 설치하였다. 청구인은 이 배상 위원회가 자의적 기준 사용, 심의 지연, 청문 기회 불보장 등의 행태를 보여 자신들의 이익을 충분히 보장받지 못하였다고 생각하였다.

청구인 Kardassopoulos는 2005년 8월, Fuchs는 2007년 4월 각각 ICSID 중재를 신청하였다. 쟁점 사안이 동일한 관계로 두 청구는 병합 심리되었다. 사건 발생 후 10년이 지난 후에 중재를 신청할 수 있는지, SakNavtobi가 GTI의 이해에 반하여 행한 각종 작위 부작위의 책임을 조지아 정부로 귀속시킬 수 있는지, GTI의 사업 권리 범위가 미래에 건설된 파이프라인도 포함하는지, 청구인의 GTI 투자가 조지아 정부에 의해 수용된 것인지, 청구인이 불공정·불공평 대우, 차별 대우를 받았는지가 쟁점이 되었다. 그리스-조지아 투자협정, 이스라엘-조지아 투자협정과 더불어 그리스와 조지아가 모두 가입한 에너지 헌장 조약(Energy Charter Treaty)에 근거한 중재 신청이었고 조지아 정부가 이 3개 협정에 위반되었는지가 쟁점에 따라 선택적으로 심리되었다.



| 당초 청구인이 수주한 Baku-Spsa 라인과 후에 건설된 BTC 라인 |

나. 주요 쟁점

1) 중재 신청 시한성

조지아는 지연 청구는 핵심 증거의 결손으로 인해 피청구인의 방어권 행사에 악영향을 끼칠 수 있으므로 지나친 지연 청구 심리를 진행하는 것은 공정하지 못하다고 주장하고 분쟁 발생 후 30년이 지난 청구에 대해 관할권을 부인한 판례를 인용하였다.

중재 판정부는 지나친 지연 청구의 경우 증거의 망실, 증인의 기억 부실 등으로 인해 심리가 곤란할 수 있는 개연성은 인정하였다. 그러나 이 사건의 경우 제출된 증거를 종합하여 판단할 때 분쟁이 공정하게 해결될 수 있을 것이라고 청구인이 믿을만한 충분한 이유가 있음이 명백하다고 단언하였다. 아울러 청구인은 1996년부터 2004년까지 조지아 정부와 수용에 대한 보상 협상을 진행하여 왔으므로 분쟁 발생 후 30년간 아무 이의 제기가 없다가 갑자기 제소한 경우와는 성질이 다르다고 설명하였다. 아울러 이 사건의 경우 양측이 방대한 자료와 수십 명의 증인을 섭외하여 판정부가 사안을 충분히 이해할 수 있다고 보고 조지아의 주장을 기각하였다(판정문 259-265).

2) 국가 책임 귀속성

SakNavtobi는 조지아 국영 석유 회사이며 동시에 에너지부 부서 중의 하나였다. SakNavtobi는 1992년 12월에는 조지아 국영 석유 파이프라인 회사 Transneft를 흡수하기도 하였다. 중재 판정부는 SakNavtobi/Transneft의 행위(작위, 부작위)의 책임이 조지아 정부로 귀속될 수 있다고 판단하였다. 두 회사가 모두 내각령 1105호에 의해 명시적으로 조지아 연료에너지부 조직 구성에 포함(incorporated)되었고 정부의 권한을 명시적으로 행사했으며 Tramex와 SakNavtobi의



합작 계약은 내각령에 의해 승인되었을 뿐 아니라 조지아 정부 관료는 합작 계약과 양허 증서의 내용대로 행동했다고 지적하였다. 따라서 SakNavtobi/Transneft의 불법 행위는 곧 조지아 정부의 책임으로 귀속된다고 판시하였다(275-280).

3) GTI의 사업권 범위

합작 계약 및 양허 증서의 문안상 GTI의 사업권의 범위가 다소 모호했다. 특히 석유 및 가스 시설 항목에 currently under the control of the Georgian partner and future ones라는 구절의 future ones가 향후 조지아 내에 건설되는 새로운 파이프라인을 포함하는 것인지 기존 파이프라인의 연장, 연결되는 부분을 의미하는 것인지 양측의 해석이 달랐다.

조지아는 GTI의 사업권은 계약 당시 존재하고 있었던 조지아 관통 파이프라인(Gachiani-Supsa)의 관리, 운영, 보수, 연결 시설 등에 국한되는 것이고 이 권리는 GIOC에 이전되었으므로 조지아가 배상해야 할 범위는 동 사업에 국한된다고 주장했다. 조지아는 합작 계약이나 양허 증서 어디에도 향후 건설되는 파이프라인 사업을 GTI에 부여한다는 구절이 없으며 BTC라인 같은 전략적인 대사업이 논의되던 당시의 지정학적인 상황과도 합치되지 않는다고 주장하였다. 청구인은 향후 석유 가스 관련 사업시 GTI에게 1차 거절권(right of first refusal)을 부여한 점, 외국인과 석유 가스 관련 사업 논의시 GTI에게 조지아 대표권을 배타적으로 부여한 점, 석유 및 가스 구매, 판매, 수출 협상권을 부여한 점에 비추어 미래의 석유 가스 파이프라인 건설 사업권이 GTI 소관이라고 반박하였다.

중재 판정부는 제출된 자료와 증언에 비추어 미래의 석유 가스 파이프라인 건설권이 GTI에 약속되었다고 보기는 무리라고 판단하였다. 1차 거절권을 부여한 것으로 보아 조지아 정부가 파이프라인 건설 계획이 있을 시 GTI와 우선 협상하고 결렬시 공개 발주하는 권리를 보유하고 있음을 나타내며 이는 GTI에게 명백한 권리로 부여한 것은 기존 조지아 내 파이프라인의 관리, 운영, 사용권에 국한된다고 판단하였다(327-328).

4) Kardassopoulos의 GTI 내 권리 수용 여부

Kardassopoulos는 자신이 투자한 GTI의 사업권이 정부령 178호에 의해 GIOC로 이전된 것과 미래 파이프라인 사업권이 인정되지 않은 것은 조지아 정부의 직접 수용에 해당한다고 주장하였다. 합법적인 수용으로 인정되려면 에너지 현장 조약의 수용 조항 13(1)조²²⁵⁾의 4개 요건을 모두



충족해야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 미래 사업권은 원래부터 GTI에게 부여되지 않았다고 판정하였으므로 GTI의 기존 석유 시설 관련 사업권이 GIOG로 이전된 것이 에너지 현장 조약 수용 요건을 충족하는지 살펴보았다.

중재 판정부는 파이프라인 건설은 신생국 조지아의 정치적인 독립성 유지와 경제 발전을 위해 치명적으로 중요한 국가 과제였다는 점에서 첫 번째 공공 이익 요건은 충족했다고 보았다. 두 번째 비차별 요건 역시 GTI 뿐 아니라 기존 석유 관련 계약이 모두 GIOG로 이관된 점에서 볼 때 충족되었다고 보았다. 중재 판정부는 수용을 하기 전에 피수용자로 하여금 자신의 정당한 권리를 주장하고 이를 청취하게 할 수 있는 충분한 시간과 기회를 부여해야 하나 이 사건 경우 정부령 178호 시행에 앞서 이러한 기회가 부여된 바가 없음을 확인하고 이는 수용에 따른 세 번째 요건 정당한 절차를 보장하지 않은 것이라고 간파하였다(391-396). 네 번째 요건 신속, 적정, 효과적인 보상은 보상 자체가 이루어지지 않은 점은 다툼이 없는 사실이므로 조지아 정부는 ECT의 수용 요건을 충족하지 못하였다고 판시하였다(408).

5) 청구인 Fuchs에 대한 불공정 대우

Fuchs는 배상 위원회가 수립된 이후 GTI 수용에 대한 적절한 배상이 이루어질 것이라는 자신의 적법한 기대가 충족되지 못하였고, 배상 과정에서의 조지아 정부의 의무 해태, 자의적 행동, 비효율성이 심각하였으며, 조지아 정부는 배상 과정상 정당한 절차를 보장하지도 못했을 뿐 아니라 일관성 없고 불투명하며 비합리적으로 행동하였다고 비난하고 이는 이스라엘-조지아 투자협정 2(2)조²²⁵ 투자자 대우 조항 위반이라고 주장하였다. 중재 판정부는 적절한 배상이 이루어 질 것이라고 수 차례 공언된 바 있으나 배상 위원회는 운영 과정이 불투명하고 효과적이지 못한 점이 인정되며 관계자들의 잦은 변동 및 책임 회피, 무시, 태만의 행태가 계속된 점이 증거로 확인된다고 보고 조지아는 Fuchs에 대해 투자협정상 보장된 대우를 제공하지 못하였다고 판정하였다(434-451).

225] Article 13 Expropriation

(1) Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subject to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as 'Expropriation') except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

226] 2. Investments made by investors of each Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party.



다. 평가 및 해설

1) 시간적 관할권

ICSID 중재 관할권은 물적, 인적, 시간적 관할권으로 나뉜다. 관할권 존부 판단의 근거가 되는 것은 ICSID 협약과 해당 투자협정이다. 물적 관할권은 쟁송 대상 물건의 투자 해당 여부이다. 투자협정상의 투자 정의와 ICSID 협약 서문에 언급된 경제 발전 기여 등 투자의 본질적 속성 보유 여부를 기준으로 투자 여부를 판단하는 것이 ICSID 중재 판정부의 심리 관행이다. 인적 관할권은 분쟁 상대방의 국민, 투자자 해당 여부이다. ICSID 협약은 25(2)(a),(b)조에 국민의 요건에 대해 상술하고 있다. 각 투자협정도 투자자의 정의에 대해 기술하고 있으므로 협약과 협정의 요건 충족 여부 판단이 곧 인적 관할권 존부를 가르는 중요한 요소이다.

시간적 관할권은 그러나 ICSID 협약에 특별한 언급이 없어 해당 투자협정의 내용에 의거하여 판단하는 것이 통례이다. 주로 투자협정의 분쟁해결 조항을 기준으로 시간적 관할권 존부를 판단한다. 시간적 관할권을 부인하는 대부분의 항변이 해당 투자협정상의 분쟁해결 조항이 규정하고 있는 냉각 기간, 국내 구제 절차 대기 기간, 분쟁 제기 제척 기간 등의 시한 요건을 준수하지 않았다는 주장이기 때문이다.

투자협정에서는 신청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날로부터 3년 내지 5년이 경과한 경우에는 중재 신청을 할 수 없다고 규정하는 경우가 있다. 이와 관련한 중재 판정에서는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*), 즉 손실이나 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 한 날이 언제인지 확정하는 문제가 주된 쟁점으로 등장한다. 이는 사실 관계의 판정이므로 그 자체는 법리적인 해석이나 이론이 작용할 여지는 적다. 이 사건은 제척 기간이 명시되지 않았지만 사건 발생 후 상당한 시간이 경과하여 제기된 분쟁의 접수 가능성이 다투어진 특별한 경우이다. 판정부는 지나친 지연 청구의 경우 증거의 망실, 증인의 기억 부실 등으로 인해 심리가 곤란할 수 있는 개연성은 인정하였으나 이 사건의 경우 양측이 방대한 자료와 수십 명의 증인을 섭외하여 판정부가 사안을 충분히 이해할 수 있다고 보고 관할권이 있다고 판단하였다.

제척 기간이 쟁점이 된 판정으로는 분쟁 제기 시한이 3년으로 설정된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인이 시비하는 조치가 중재 신청일 기준 3년 이전에 발생하였고 피해, 손실 발생 가능성을 인지한 시점도 3년 이전이라고 확인하고 이들 조치에



대해서는 관할권이 없다고 판정한 것이 있다. 제척 기간이 3년으로 설정된 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에서 판정부는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*)은 손실 규모가 수치로 확정된 날이 아니라 손실 발생을 최초로 인지한 날이며 중재 신청 마감일(*dies ad quem*)은 중재 신청일이라고 확인하고 제척 기간 3년이 도과하였으므로 시간적 관할권이 없다고 판정하였다.

2) 귀속성

투자협정은 주권 국가 간에 체결되는 국제 협정이다. 이에 따라서 각 계약국은 상대방 국가 국적의 투자자와 그의 투자를 보호해야 하는 국제적인 의무를 지게 된다. 의무 부담의 주체는 국가 또는 정부이지만 위반 시비가 제기되는 조치의 시행 주체는 정부 기관, 직원이 된다. 정부 기관, 소속 직원의 행위는 당연히 정부가 책임을 져야 할 것이다. 그러나 정부는 반드시 정부 기관, 직원을 통해서만 행동하지 않으며 법률에 의해 특정한 공적 기능을 수행하는 기관, 또는 정부의 지시, 명령, 통제를 받은 개인이나 기관으로 하여금 대신 행동하게 할 수 있다. 외국인 투자자가 상대하는 투자 유치국의 기관이나 단체, 개인은 정식의 정부 기관이나 그 소속원이 아닌 경우가 빈번하다. 이 경우 이들의 행동이 투자협정을 위반하였을 경우 그 책임은 투자협정을 체결한 당사자, 즉 국가/정부에 물을 수 밖에 없다. 그러기 위해서는 이들의 투자협정 위반 행동의 책임을 정부에 합법적으로 귀속시킬 수 있어야 한다. 해당 정부로서도 자신과 무관한 기관, 단체, 개인의 행위 책임까지 부담할 수는 없는 일이다.

이는 투자협정과 관련된 분쟁에서 흔히 제기되는 쟁점 중의 하나이다. 통상 행위 책임의 국가 귀속성 문제라고 칭한다. 청구인이 특정 주체의 행위로 인해 투자협정에서 보호되는 이익의 손실을 입었으며 해당 주체의 행위 책임은 해당 정부로 귀속된다고 주장하면 판정부는 행위 책임을 정부로 귀속시킬 수 있는 근거를 찾게 된다. 행위의 책임을 정부로 귀속시킬 수 있는 주체나 그 행위의 범위를 투자협정에 적시하여 해결하는 경우는 매우 드물다. 지금까지의 판례는 대부분 UN 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 4조, 5조, 8조를 적용하여 왔다.

초안 4조는 정부 기관의 행위이다. 이는 당연한 것이므로 크게 쟁점이 된 적은 없다. 5조는 정부 권한을 행사하도록 법률에 의해 권한이 부여된 기관의 행위이다. 8조는 법률로 권한이 부여되지는 않았으나 정부의 명령, 지시, 통제 아래 행동하는 기관, 개인들의 행위이다. 귀속성이 쟁점이 된 사건에서 판정부는 주장이 제기된 행위 주체가 5조, 8조에 해당하는지를 살펴본다.

소략한 법 규정을 주장이 제기된 상황에 기계적으로 적용해서는 문제를 해결할 수 없다. 각



사건의 내용과 맥락이 다르므로 판정부는 사건을 해석하고 판단하여 해당 조항에 부합하는지 여부를 고민해야 한다. 귀속성에 관한 사건은 대부분 주장이 제기된 기관이나 개인이 어떠한 이유와 근거로 해당 조항의 적용을 받는지 또는 받지 않는지에 대한 판정부의 논리가 담겨져 있다.

스페인 Galicia 지역 산업 개발 공사(SODIGA)가 행위 책임을 국가로 귀속시킬 수 있는지가 쟁점이 된 *Maffezini vs. Spain* 사건(ARB/97/7)에서 판정부는 그 구조와 기능 면에서 귀속 가능 여부를 심리하였다. 구조적인 측면의 경우(structural test) SODIGA 설립 근거가 산업부령이고 지분 88% 이상이 정부 소유인 점에 비추어 직간접적으로 정부 통제 하에 있는 정부 기관이라고 추론할 수 있다고 보았다. 기능면의 경우(functional test) 특정 지역 산업 개발 및 투자 유치라는 정부의 기능을 수행하고 있으며 설립 과정에 이러한 기능 수행에 책임이 있는 정부 부처가 다수 관련되어 있고 내각 회의에서 최종 설립이 승인된 점에 비추어 정부 기능을 수행하고 있다고 보았다.

EDF vs. Romania 사건(ARB/05/13) 판정부는 국가 책임에 관한 초안 5조²²⁷⁾를 적용하여 부타레스트 공항 공사(AIBO)는 국가의 기관은 아니나 법에 의해 정부 권한을 행사할 수 있는 자격을 부여받은 단체에 해당한다고 보았다. *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13) 판정부는 수에즈 운하 관리 공사(SCA)의 기능은 공적 활동을 수행하는 것이라고 볼 수는 있지만 구조적인 면에서는 설립 법령에 의거, 독립적인 예산으로 일반 기업의 관행으로 운영된다고 명기된 점에 비추어 국가 기관은 아니라고 보았다. 터키 부동산 투자公社(Emlak)의 귀속성이 문제되었던 *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28)에서 판정부는 국가의 과반 지분 소유 사실 자체만으로는 국가 귀속성을 확인하는데 충분하지 않다고 보았다. 주택개발청이 필요한 시점마다 Emlak의 이사회 과반수 투표권을 통제하였고 이사회 성원 과반이 주택개발청 직원이며 Emlak의 정관에 주택개발청이 주투자자이며 그 지분이 경영상의 지배적 위치를 점한다고 규정이 되어 있는 점을 근거로 Emlak이 주택개발청, 즉 터키 정부의 통제 하에 있다고 결론내렸다. 이외에도 귀속성이 쟁점이 된 사건으로는 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18), *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11)이 있다.

귀속성 쟁점 중의 하나는 주장이 제기된 주체가 공적인 자격으로서 행동한 것과 계약 당사자 자격으로 행동한 것을 구분해야 한다는 점이다. 대개 해당 주체와 체결한 계약이 제대로 이행되지

227] 5. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State, under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided that the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.



않았다고 청구인이 주장하는 경우가 많은데 해당 주체의 계약 위반 행위가 통상적인 계약 당사자로서 충분히 있을 수 있는 행위인지, 공적인 자격과 권능을 가진 주체로서의 행위인지를 구별하여 전자일 경우 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 없다는 것이 지금까지 확인된 ICSID 중재 판정례이다.

Jan de Nul vs. Egypt 사건 판정부는 수에즈 운하 관리 공사(SCA)가 수에즈 운하 관리 운영이라는 국가 사무를 수행할 권한을 부여 받은 것은 인정했으나 이 사건에서 문제되는 행위는 통상의 발주자와 다르게 행동한 점이 없다고 보고 국가 책임 초안 5조에 부합하지 않는다고 판정하였다. 가나 코코아 이사회(GCB)의 귀속성이 문제된 *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24)에서 판정부는 시비가 되는 GCB의 행동이 가나 정부가 공권력을 행사한 과정이나 결과가 아니라 상업적인 주체인 GCB와 청구인이 각자의 이익을 확보하려는 정상 거래(arms-length) 행위라고 판단하였다. *Tulip vs. Turkey* 사건 판정부는 Emlak이 터키 정부의 통제 하에 있다고는 판단하였으나 시비가 된 행위는 Emlak의 상업적 손실 최소화를 위해 이사회가 독립적으로 결정한 것이지 별도의 공적인 목적 달성을 위한 주택개발청의 지시나 통제에 의한 것이 아닌 점이 확인된다고 보아 귀속성을 인정하지 않았다.



86

Helnan vs. Egypt 사건(ARB/05/19)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 이집트 관광 공사간의 호텔 운영 계약의 종료에 이르게 된 과정이 투자협정의 투자자 보호 규정 및 수용 규정에 합치되는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Helnan International Hotels사는 덴마크의 호텔 운영 전문 회사로서 1986년 이집트 관광 호텔 공사(이하 EGOTH, Egyptian Organization for Tourism and Hotels)와 카이로 소재 5성급 Shepherd 호텔 관리 계약을 체결하였다. 계약상 Helnan사가 5성 등급을 유지하지 못할 경우 EGOTH는 계약을 종료할 수 있었으며 Shepherd 호텔을 매각할 상황이 발생할 경우 Helnan사는 운영자로서의 지위를 계속 유지하거나 적절한 보상을 받고 운영권을 포기할 수 있었다.

2000년 이집트 관광청의 점검 결과, Shepherd 호텔의 시설 및 관리 상태가 낙후되어 4성급으로 하향 조정되지 않으려면 개선이 필요하다는 실사 보고서가 채택되었으나 개선에 필요한 투자금 분담 문제가 Helnan사와 EGOTH간에 조정이 되지 않아 개선 작업은 이루어지지 않았다. 2003년 6월 이집트 관광청의 Shepherd 현장 조사가 통상 이상의 대규모 조사단에 의해 매우 엄격하게 진행되었고 예외적으로 신랄하게 작성된 결과 보고서는 통상의 경우와 달리 운영사인 Helnan이 아니라 EGOTH에 송부되었고 EGOTH는 한 달 이상 이 보고서를 Helnan에게 전달하지 않아 적시에 지적 사항을 시정할 기회를 놓쳤다. 결과 보고서는 4성급으로의 강등 필요성을 적시하고 있었으나 Helnan사는 이에 대해 이의를 제기하지는 않았다. 대신 강등 책임을 EGOTH의 불투자 탓으로 돌리려는 시도를 하였다. 2003년 9월 3개월만에 재조사가 예고도 없이 이루어졌으며 조사 보고서는 당일 작성되어 관광청 내부에 회람되었고 3일 후 4성급으로 하향 조정하는 결과가 채택되었다.

2003년 10월 EGOTH는 Helnan이 계약 종료 요구를 거절하자 계약 분쟁해결 조항 상의 중재를 신청하였고 중재 판정부는 양측의 계약 위반 사항은 없으나 5성급 회복을 위한 투자 의지가 없으므로 계약을 종료하라고 판정하였다. 2006년 3월 Helnan사는 Shepherd 호텔에서 방출되었고 EGOTH가 직접 운영하게 되었다.



Helnan사는 이 사건의 본질은 1986년 관리 계약상 Helnan에 대한 보상 의무를 회피하면서 Shepherd 호텔을 민영화하기 위해 Shepherd 등급을 하향 조정하여 Helnan을 퇴출시킬 의도로 이집트 관련 부처가 공모하여 현장 조사 등 일련의 조치를 취한 것이라고 주장하였다.

Helnan사는 덴마크-이집트 투자협정상의 공정-공평 대우, 비차별 대우, 자의적 조치 금지 등 투자자 대우 의무 위반에 해당한다는 요지로 2005년 3월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 2003년 6월 현장 조사

중재 판정부는 2003년 6월 조사가 휴일에 대규모 조사단을 동원하여 이루어진 점 등 일부 미심쩍은 부분이 있기는 하나 등급 하향 조정을 피하기 위해 필요한 개선 필요성을 지적한 것은 2000년 조사에서도 이미 지적되어 Helnan도 인정한 사항이라는 맥락에서 전체적으로 살펴야 한다고 보았다. 개선을 위한 투자금 분담 문제로 2000년 지적 사항이 시정이 안 되고 있는 상태에서 시행된 2003년 6월 조사는 일상적인 것이 아니라 Shepherd 호텔 등급을 겨냥한 특별한 범위와 목적 아래 시행된 것으로서 일부 미시적인 의심 사항에 천착하지 않고 전체적인 맥락에서 보았을 때 이집트 당국이 2003년 6월 조사를 시행한 것이 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당하지는 않는다고 판정하였다(판정문 141-143).

2) 2003년 9월 현장 조사

중재 판정부는 9월 조사는 호텔 시설 개선 필요 사항 발견 및 시정에 초점을 둔 것이 아니라 객실 점유율, 가격, 청결 상태 및 직원의 적절성 등에 주안점을 둔 것을 지적하였다. 그리고 이미 6월 조사 후 내부 보고서에 4성급으로 강등 불가피성이 적시되어 있어 개선 필요 사항을 위해서라면 굳이 다시 할 필요가 없는 조사를 시행한 것이라고 보았다. 조사 당일 결과 보고서가 작성되어 4성급으로의 격하 명령서 초안과 함께 관광청 내부에 회람되었고 불과 3일 후 등급 강등이 시행된 것으로 보아 9월 조사는 강등 조치의 즉각 시행을 위해 필요한 요식상 행위로 시행된 것이라고 확인하였다. 중재 판정부는 그러나 의도가 의심스러운 요식상의 조사를 시행하였다고 해도 그 자체가 이집트의 투자협정 위반이 되는 것은 아니며 호텔 등급 강등 조치 자체는 그 과정이 의심스럽다고 해도 투자협정 위반은 아니라고 판단하였다(144-147).



3) 카이로 중재

중재 판정부는 EGOTH가 이집트 중재 절차를 신청한 것은 관리 계약상의 권리를 행사한 것이므로 투자협정 위반에 상당하지 않다고 보았다. 청구인도 중재 판정 과정이나 판정 결과에 대해서는 다투지 않았다. 청구인은 카이로 중재 판정부가 Helnan사의 관리 계약 위반이 없다고 하면서도 계약을 종료하라고 판정한 것을 다투었다. 중재 판정부는 카이로 중재 판정부의 결정은 비록 양측 당사자 모두 관리 계약을 위반한 것은 없지만 관리 계약을 실행(5성급 유지)하는 것이 양측의 의지나 상황을 볼 때 달성하기 불가능하므로 차라리 계약을 종료하라는 것이므로 상호 모순되는 결정이 아니라고 설명하였다(149-152).

4) 이집트 관련 부처의 공모

관리 계약을 종료시키고 수용하기 위해 이집트 관련 당국이 함께 공모하여 Shepherd 호텔의 등급을 강등했다는 Helnan의 주장에 대해 중재 판정부는 일부 정황을 인정하였다. 2003년 9월 조사는 단지 요식 행위였고 카이로 중재 신청 수십 일 전에 EGOTH내 간부가 관리 계약 종료를 언급했다는 증언도 있으며 9월 조사 당일 조사 보고서와 계약 종료령 기안이 끝난 후 3일 후에 시행된 점을 볼 때 관리 계약 종료를 위해 EGOTH, 관광청 등 다수의 이집트 당국이 중요한 역할을 한 점은 인정된다고 판단하였다. 그러나 Shepherd 호텔을 민영화하고자 Helnan 방출 작전을 이집트가 총괄했다고 확신할만한 증거는 부족하다고 지적하였다. 관련 증언도 상충되고 신빙성이 의심스럽다고 지적하였다. 중재 판정부는 일련의 사안이 호텔 민영화를 위해 이집트 당국이 기획했다는 청구인의 주장보다는 호텔 시설 개선을 위한 투자금 분담과 관련된 분쟁을 종료하기 위해 EGOTH가 기획했을 가능성이 높아 보인다고 판단했다. 중재 판정부는 민영화를 위해 자신을 축출하려고 이집트 당국이 총괄 기획 시행하였다는 주장을 청구인이 충분한 입증하지 못했다고 판정하였다(153-160).

다. 평가 및 해설

1) 공정하고 공평한 대우 의의

ICSID를 포함하여 투자자-국가 간의 투자 분쟁을 다루는 사법 기관에 제소되는 사건의 거의 전부는 공정하고 공평한 대우 의무 위반을 포함하고 있다. 이 책에 수록된 사건 중 관할권이



부인되어 본안 심리를 진행하지 못한 사건을 제외하고 나머지 본안 심리가 진행된 사건은 대부분 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 다루고 있다. 투자협정 위반을 근거로 제기된 투자자-국가 투자 분쟁 499건 중 공정·공평 대우 의무 위반 주장이 제기된 것이 412건이다^{228]}. 투자협정은 예외 없이 보호 대상 투자에게 공정하고 공평한 대우를 부여할 것을 투자 유치국의 의무로 규정하고 있다. 대부분은 대우의 최소 기준 항목에 충분한 보호 및 안전과 함께 기술하고 있어 공정·공평 대우와 충분한 보호 및 안전은 투자 유치국이 보호 대상이 되는 외국인 투자에 부여해야 하는 절대적인 최소한의 대우이다. 절대적이라 함은 내국민 대우나 최혜국대우와 같이 유사한 환경에 있는 대상과 비교하여 동등한 정도의 보호를 제공할 수 있다는 것이 아니라 설사 내국민이 국내적인 사정에 의해 더 열악한 대우를 받는 처지라 할지라도 외국인 투자에게는 반드시 제공해야 할 최소한의 대우라는 의미이다.

2) 판정 요건

공정하고 공평한 대우가 구체적으로 무엇을 의미하는지 어떠한 요건을 충족하지 못하면 위반이 되는 것인지 명시적인 기준을 제시하고 있는 투자협정은 거의 없다. NAFTA 1105조(최소 기준 대우) 해석 노트에 국제 관습법에서 인정되는 수준 이상의 대우를 의미하는 것은 아니라고 제한을 두거나 한중 FTA 12.5(2)(a)조^{229]}에서 공정·공평 대우는 사법 부인을 포함한다고 규정하고 있는 정도이다. 공정, 공평의 의미와 범위가 무엇인지 공정·공평 대우의 적용 대상이 무엇인지 어느 수준이 공정하고 공평한 것인지 의미있는 해석이나 요건을 구체적으로 언급하고 있는 투자협정은 없다. 수용의 경우에는 수용이 인정되는 요건(공공 목적, 비차별적, 보상, 적법 절차)과 보상의 내용(신속, 적정, 유효) 및 방식(태환 가능한 국제 통화)이 규정되어 있는 것과 대비된다. 투자자가 제기하는 투자 분쟁은 투자 유치국의 조치가 부당하다고 주장하는 것이므로 그 내용이 무엇이든 공정하거나 공평하지 못하다고 일단 주장할 수 있다. 주장 대상이 되는 조치나 그로 인한 투자자의 피해, 손실이 사전에 충족해야 할 요건이 있을 수 있다. 내국민 대우나 최혜국대우는 차별이 존재해야 하며 이행 요건 부과 금지 의무 위반은 이행을 강제하는 요건이 존재해야 주장이 가능하다. 그러나 공정·공평 대우 의무 위반은 이러한 구성 요건이 존재하지 않는다. 청구인이 주관적으로 공정하고 공평하지 못하다고 판단되는 투자 유치국의 모든 조치가 이론상으로는 주장될 수 있다. 대단히 가치 편향적이고 주관적인 개념이라 매우 확장적으로

228] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>

229] [a] 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process of law; and



해석될 수 있는 소지가 많다.

주관적이고 확장적인 공정-공평 대우를 개개 분쟁에 적용함에 있어 제기되는 사안은 첫째 의무가 적용되는 조치의 양태와 정도이다. 양태란 주장 대상이 되는 조치나 행위가 불공정하고 불공평하다고 비난받을 수 있는 이유를 의미한다. 학설이나 판정에서 제시되는 예로는 정당한 기대 침해, 부주의, 의무의 해태, 적법 절차 무시, 사법 부인, 차별 및 자의, 비밀관성, 불투명성, 법적 안정성 보장 실패 등이다. 정도란 이와 같은 양태 중의 하나 또는 그 이상에 해당하는 조치나 행동이 어느 수준이어야 하는지의 문제이다. 예컨대 적법 절차 불준수에도 사소하고 경미한 수준부터 터무니없고 지독히 악의적인 수준까지 매우 다양한 정도가 있을 것이다. 일정 수준의 정도를 지나치는 과한 수준은 되어야 공정-공평 대우 의무 위반이라는 법적인 효과를 부여할 수 있을 것이다. 공정-공평 대우 의무 위반의 양태나 정도는 투자협정에서 언급하고 있지 않으므로 판정의 축적을 통해 이루어질 수밖에 없다. 그렇다고 판정부가 제한 없는 재량 아래 임의로 공정-공평 대우의 종류와 세부 요건을 정할 수 있는 것도 아니다. 결국 이전부터 축적되어 온 판례를 감안할 수밖에 없을 것인데 현재까지 가장 보편적으로 인정되어 온 공정-공평 대우의 형태는 투자자의 정당한 기대를 투자 유치국이 침해하였는지의 여부이다. 지금까지의 판례는 객관적인 정황상 투자자가 일정한 기대를 가질 만하였고 이를 투자 유치국이 침해한 점이 입증되면 공정-공평 대우 의무 위반을 인정하여 왔다. 정당한 기대의 대상은 주로 투자 결정 당시의 법적, 제도적, 사업적 환경이 유지될 것이라는 점이다. 또는 투자 유치국이 명백하고 확실하게 밝힌 약속이 준수될 것이라는 점이다. 투자의 법적, 제도적, 환경상의 안정성 자체를 공정-공평 대우의 독립된 양태로 보는 판정부도 있다. 차별적이고 자의적인 행위나 조치를 공정-공평 대우의 한 양태로 보기도 한다. 사법 부인, 적법 절차의 부적용도 널리 인정되는 공정-공평 대우 의무 위반의 양태이다. 차별, 자의, 사법 부인을 공정-공평 대우의 한 구성 요소로 다루지 않고 별도로 존재하는 투자협정상의 의무로서 규정하는 경우도 있다.

위반의 정도에 있어서 논쟁의 대상이 되는 것은 공정-공평 대우 의무 위반의 양태에 속한 행위나 조치를 행함에 있어 의도성이나 악의의 존재 여부이다. 예를 들어 차별의 의도는 없었지만 우발적으로 또는 의도하지 않은 결과로서 상당한 차별이 발생하였을 경우 차별로 인한 공정-공평 대우 의무 위반을 인정할 것인가의 여부이다. 1927년 *Neer vs. Mexico* 사건 판정부는 공정-공평 대우 의무 위반 행동의 판단 기준으로 악의가 있어야 한다고 보았다(outrageous, egregious, in bad faith, or so below international standard that a reasonable person would easily recognize it as such). 그러나 ICSID 중재 판정은 *Genin vs. Estonia* 사건 외에는 악의나 의도성을



공정·공평 대우의 전제 조건으로 인정하지 않는 추세이다. *Genin vs. Estonia* 사건(ARB/99/2) 판정부는 willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith가 공정·공평 대우 의무 위반으로 볼 수 있는 조치라고 하였다. 악의, 의도성 외에 공정·공평 대우 의무 위반의 정도로 제시되는 기준은 대부분 주관적인 형용사이다. *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건 (ARB(AF)/00/3) 중재 판정부가 제시한 ‘자의적이고 총체적으로 불공정하며 부당하고 유별하며 차별적이고 인종적인 편견을 드러내거나 공정한 절차를 결여하고 있다’는 표현이 좋은 예이다. 역시 그 자체만으로는 어느 판정부가 적용하더라도 동등한 판정이 나올 수 있는 객관적인 요건이 될 수 없으며 각 사건 별로 판정부의 주관적인 판단에 의존할 수밖에 없다.

ICSID 중재 판정에서 제시되고 수용된 양태나 정도는 서술적인 정의나 표현이 아니라 일종의 예시이다. 판정부의 참고 사항이지 절대적인 판단 기준은 아니다. 사안의 내용과 발생한 환경에 따라서 판정부의 철학과 사고에 따라 대우 의무 위반 여부가 판단될 수밖에 없다. ICSID 중재 판정에서는 공정·공평 대우 의무 위반 판단은 이미 정해 둔 기준과의 부합 여부를 연역적으로 판단하는 것이 아니라 문제가 된 행위 자체의 종합적인 양태와 수준이 공정·공평하다고 볼 수 있는 정도인지 알아보는 귀납적인 방식이 적용되고 있다. 시비가 된 조치나 전후 사정이 모두 다르고 투자자나 투자 유치국의 상황과 사건의 정황이 같을 수 없으므로 결국 개개 상황의 특수성을 판정부가 고려하여 판단하는 수밖에 없다.

3) 관련 판례

Metalclad vs. Mexico 사건(ARB(AF)/97/1) 중재 판정부는 청구인의 유해 물질 매립장 건설 허가 과정상의 멕시코 정부 행위가 투명하고 예측 가능하지 않았다는 이유로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판정하였다. 중재 판정부는 NAFTA 1804조에 별도로 규정되어 있는 투명성 의무를 공정·공평 대우의 구성 요소로 본 것이다. 나중에 이 판정은 별도 조항에 규정된 투명성을 최소 기준 대우 조항의 요건인 것으로 잘못 해석하였다는 이유로 취소되기는 하였으나 NAFTA 협정의 기술 방식에 기인한 것이고 일반적으로 투명성이 심각하게 결여된 투자 유치국의 조치에 대해서는 공정·공평 대우 의무 위반이 인정된다. *Lowen Group vs. USA* 사건(ARB(AF)/98/3) 판정부는 악의나 사악한 의도가 공정·공평 대우나 사법 부인의 핵심적인 요소가 아닌 점은 국가의 관행이나 국제 중재 판정 및 학설에 의해서도 확인된다고 밝혔다(판정문 132). *Genin vs. Estonia* 사건(ARB/99/2) 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반에



해당하기 위해서는 의무의 의도적인 해태, 국제 기준에 심히 미흡한 행위의 불충분성, 주관적인 악의(a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith) 가 있어야 한다고 보았다.

Mondev vs. USA 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 과거와 달리 현재에는 공정·공평 대우 의무 위반이 터무니없거나(outrageous) 유별나야(egregious) 인정될 필요는 없으며 특히 국가는 반드시 악의에 의해서 행동하지 않더라도 외국인 투자를 불공정하고 불평등하게 대우할 수 있다는 점을 유념해야 한다고 언급했다(판정문 116). *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2) 판정부는 공정·공평 대우의 기준을 일관성 있고 애매모호 하지 않으며 명백히 투명한 것이라고 보았다(판정문 154). *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건(ARB(AF)/00/3) 중재 판정부는 공정·공평 대우는 청구인에게 해를 미친 국가의 행위가 자의적이고 총체적으로 불공정하며 부당하고 유별나며 차별적이고 인종적인 편견을 드러내거나 공정한 절차를 결여하고 있어야 위반에 해당한다고 보았다. 공정한 절차의 결여는 자연스런 정의가 사법 절차상 명백히 실패하였거나 행정 과정상의 투명성과 솔직성이 완전히 결여되어 사법적인 타당성을 침해하는 결과를 수반하는 것이라고 부연했다²³⁰⁾.

Azurix vs. Argentina 사건(ARB/01/12) 중재 판정부는 공정하고 공평한 대우의 의미와 구성 요건에 대해서는 해당 협정은 물론 동일한 내용을 기재하고 있는 모든 투자협정이 정확히 규정하고 있지 않으므로 협정의 대상과 목적에 맞게 맥락에 맞게 통상적인 의미로 해석해야 한다고 보았다. 또한 그 의미와 요건은 특정 시기의 해석에 고정되는 것이 아니라 시대의 변화와 시간의 흐름에 따라 변할 수 있다고 인정하였으나 공정·공평 의무 위반을 구성하기 위해 악의, 적의가 있어야 한다고 보지는 않았다. *PSEG vs. Turkey* 사건(ARB/02/5) 판정부는 명백한 태만(해당 기관의 무책임, 부주의, 무반응, 비일관성), 권한의 남용, 법령의 잦은 변경은 투자협정상 의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다. *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8) 판정부는 공정, 공평 대우 판단의 기준이 국제 관습법에 따른 엄격하고 제한적이라고는 보지 않았다. 특히 주장 대상이 된 조치를 시행함에 있어 해당 국가의 악의 여부가 공정·공평 대우 의무 위반 판단 기준인지에 대해 판정부는 기존의 판례를 검토한 후 1개 사례 외에는 모두 악의나 적대적인 의도가 있어야

230] Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposed claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety-as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. [Award para. 98]



공정·공평 대우 의무 위반이 되는 것은 아니라고 판시하였다는 점을 강조하였다. 판정부는 투자협정의 목적은 투자의 보호와 증진인데 악의 있는 조치라야 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있다는 논리는 이러한 목적과 부합하지 않는다고 지적하였다

Sempra vs. Argentina 사건(ARB/02/16) 중재 판정부는 아르헨티나의 조치는 청구인이 투자를 결정하고 시행하던 당시의 법적, 사업상의 환경을 본질적으로 변경하였으므로 공정하고 공평한 대우 조항을 위반하였다고 판시하였다(판정문 290-304). *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15) 판정부는 투자자의 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있다고 보았다. 정당한 기대는 공정·공평 대우의 핵심 내용이므로 악의가 없이도 공정·공평 대우가 침해될 수 있다는 견해와 마찬가지로 본다. *EDF vs. Argentina* 사건(ARB/03/23) 판정부는 양허 계약에 적시된 청구인과 Mendoza 주정부간 이익상의 균형이 Mendoza 주정부의 조치로 훼손되었으면 경제 위기가 진정되는 대로 원 상태로 회귀하여야 했으나 Mendoza 주정부는 전기료 인상 등의 이익 균형 회복 조치를 지연하다가 청구인이 EDEMSA 지분을 매각한 후에야 시행한 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판단하였다.

OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia 사건(ARB/04/6) 중재 판정부는 공정·공평 대우에 관한 국제적인 최소 기준이 있고 고의적인 의무의 방기, 악의, 국제 수준 미달 등이 여기에 해당하는 바 이러한 수준의 위반이 있어야 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고는 보지 않았다. 판정부는 그러나 국제법상 인정되고 정의된 수준의 공정·공평 대우가 무엇인지는 애매모호하고 불분명하다고 보았다. 판정부는 이전의 유사 판례도 투자 유치국의 고의, 악의, 기망부터 투자자의 정당한 기대의 위반까지 광범위하여 특별히 합의된 수준이 없다고 보았다. 이에 따라 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반 판단은 이미 정해 둔 기준과의 부합 여부를 연역적으로 판단하는 것이 아니라 문제가 된 행위 자체의 종합적인 양태와 수준이 공정·공평하다고 볼 수 있는 정도인지 알아보는 귀납적인 방식을 택해야 한다고 보았다. *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8) 판정부는 fair는 편견(bias), 사의(fraud), 부정(injustice)이 없고 공정(equitable)하고 정당(legitimate)하다는 의미이며 equitable은 평등(equity), 공정성(fairness), 정의(just), 합리적(reasonable)이라는 의미라고 해석하였다. *Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan* 사건(ARB/05/16) 중재 판정부는 투자 유치국의 조치가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 수 있는 요건으로서 기존 판례를 통해 확인된 사항은 투명성, 선의 준수 여부, 조치 및 수행상의 자의성, 부당성, 터무니없음, 차별성, 정당 절차 결여, 절차적 정당성 준수 여부 등이라고 나열하였다.



Biwater vs. Tanzania 사건(ARB/05/22) 중재 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반 여부를 판단하는 기준으로 정당한 기대의 보호, 선의, 투명성, 일관성, 비차별, 사법 부인(denials of justice) 금지를 제시하였다(판정문 602). *OPC vs. Ecuador* 사건(ARB/06/11) 중재 판정부는 에콰도르 정부가 사소한 이유로 청구인과의 계약을 취소한 것은 비례성을 무시한 과도한 조치이며 투자협정상의 공정하고 공평한 대우를 위반한 것이라고 판시하였다. *Alpha vs. Ukraine* 사건(ARB/07/16) 판정부는 공정·공평 대우는 유사한 상황에 있는 비교 대상을 참작해야 하는 상대적 대우가 아닌 절대적인 최소한의 대우이며 차별하지 않을 의무, 투자자의 정당한 기대를 해치지 않을 의무, 자의적인 정부 조치를 취하지 않을 의무를 포함한다는 견해를 밝혔다. 아울러 공정·공평 대우의 핵심은 모든 상황에서 공정, 공평했는지 여부라는 UNCTAD의 견해²³¹⁾를 인용하였다(판정문 417-422).

Ubraser & CABB vs. Argentina 사건(ARB/07/26) 판정부는 공정·공평 대우는 공공 이익을 위해 이러한 상황, 문제를 처리하려는 투자 유치국의 노력을 무시하거나 고려하지 않을 수 없다고 보았다. 예를 들어 만일 투자 유치국이 국민 다중에게 위해가 되는 전염병에 노출되었을 경우 투자자에게 해가 되는 조치를 포함하여 상황이 필요로 하는 모든 대책을 강구해야 한다고 지적했다. 물론 투자 유치국이 상황이 회복되도록 투자자의 이해를 효과적으로 보전하는 조치를 취해야 할 것을 전제로 하였다. 공정·공평 대우 적용에 있어 투자자와 투자 유치국 간의 이익의 균형, 상황의 불가피성, 비례성을 고려해야 한다는 것이다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20) 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반을 입증하기 위해서는 시비 대상이 되는 조치나 결정이 단순한 법적인 실수가 아니라 명백하게 일관성이 없고 불투명하며 비이성적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. 아울러 정부 기관이 권한 내의 사안을 규율할 수 있는 권리에 대해 존중해주어야 하나 정부 기관도 외국인 보호를 위한 정당한 주의를 기울여야 하며 자의적이고 차별적인 조치에 대해 책임이 있다고 확인했다(판정문 244-248). *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2) 판정부는 공정·공평 대우란 투자자가 투자 결정을 할 당시의 정당하고 합리적인 기대의 보호, 선의의 행동 (악의가 있어야 공정·공평 대우 의무 위반이 성립하는 것은 아님), 투명하고 일관되며 비차별적인 행동, 정당한 절차와 청문 기회를 보장하는 사법적인 정당성을 그 구성 요소로 한다는 견해를 밝혔다(판정문 420). *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7) 판정부는 특정 대우가 공정·공평한지 여부는 해당 사건의 특정한

231] 'where the fair and equitable standard is invoked, the central issue remains simply whether the actions in question are in all the circumstances fair and equitable, or unfair and equitable.' UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* 40, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement, (1996).



상황에 따라 다를 것이라는 입장을 취하고 선부른 일반화를 경계하였다. 판정부는 공정·공평 대우의 범위를 서술적으로 정의하지 않고 투명성, 정당한 기대 보호, 강요 및 압력으로부터의 자유, 절차적인 정당성, 공정한 절차, 선의 등을 공정·공평 대우가 포함하는 원칙이라고 나열하였다.



87

Micula vs. Romania 사건(ARB/05/20)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국이 외국인 투자자에게 보장한 투자 유인 제도를 일방적으로 중단한 것이 우산 조항 위반에는 해당되지 않으나 공정하고 공평한 대우 의무 위반에는 해당된다고 판시된 사건이다.

청구인 Ioan Micula와 Viorel Micula는 루마니아 출신의 스웨덴 국적의 기업가로서 2000년대 초 고향인 루마니아 Stei-Nucet-Drăganesti 지방에 식품 가공 회사 등 3개 공장을 설립하였다. 당시 루마니아 정부는 낙후 지역 경제 개발을 위해 정부가 낙후 지역으로 지정하는 지역에 투자하는 외국인 기업에 대해서는 원자재 관세, 부가세, 소득세 등을 면제하여 주는 제도를 운영하고 있었다. 1998년 정부 긴급 명령 24호(Emergency Government Ordinance, 이하 EGO 24호/1998)로 도입된 이 제도는 정부가 특정 요건에 부합하는 지역을 낙후 지역으로 최대 10년간 지정할 수 있으며 이 지역에 투자하는 외국인에게는 투자 후 10년간 각종 면세 혜택을 부여할 수 있는 원칙을 세웠고 면세 범위, 조건 등 구체적인 세부 사항은 별도 입법(정부 명령 194/1999호)을 통해 시행하였다. 청구인은 이 제도 혜택이 법 규정대로 해당 기간 동안(구체적으로는 2009년 4월까지) 시행될 것으로 믿고 고향에 투자한 것이다.

당시 루마니아는 EU 가입 교섭도 병행하고 있었는데 통상적인 가입 조건 중의 하나는 국내 규정을 EU의 기존 법규정에 합치하도록 제·개정하는 것이었다. 교섭 과정 중 루마니아의 EGO 24호/1998 체제 상의 면세 혜택이 EU 전체의 국가 보조금 규정과 합치되지 않는다고 판정되어 루마니아는 불가피하게 이를 폐지하여야 했다. 루마니아는 2005년 2월 EGO 24호를 개정하여 청구인에게 부여되어 왔던 원자재 면세 혜택을 중단하였다.

청구인은 루마니아의 조치는 우산 조항, 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하고 스웨덴-루마니아 투자협정을 근거로 2005년 8월 ICSID 중재를 신청하였다. 루마니아는 스웨덴-루마니아 투자협정은 2003년 4월 1일자로 발효되었는데, 청구인들이 문제 삼는 투자 인센티브는 그전에 이미 폐지된 것이므로 조약의 소급효 금지 원칙에 따라 ICSID는 이 사건에 대한 시간적 관할권이 없다고 항변하였다.



나. 주요 쟁점

1) 시간적 관할권

청구인들은 투자협정 발효 전 개시된 불법 행위가 발효 이후에도 계속되고 있다는 ‘계속적 조약 위반’을 이유로 중재 판정부의 관할이 인정된다고 반박하였다. 루마니아는 문제된 투자 혜택 철회 조치 또는 법 개정은 특정 시점에 일회적으로 이루어진 것이므로 지속적 위반이라 볼 수 없다고 주장하였다. 반면, 청구인은 투자협정 7조 및 9조의 규정에 따르면, 분쟁에 이르게 된 사건이 비록 협정 발효 이전에 발생하였더라도, 분쟁 자체가 협정 발효 후에 생긴 경우라면 중재 판정부의 관할은 성립된다고 하였다. 또한 루마니아의 협정 위반은 일련의 법 개정을 통하여 계속적으로 발생하였으며, BIT 발효 후에도 문제된 개정 법률이 여전히 효력을 갖고 있으므로 관할이 성립한다고 주장하였다.

판정부는 스웨덴-루마니아 투자협정은 시적(時的) 적용 범위에 대하여 7조에서 ‘본 협정은 그 발효 전 또는 후에 이루어진 투자에 관하여 적용된다. 다만, 투자와 관련하여 협정 발효 전에 발생한 분쟁에 대해서는 그러하지 아니하다’고 규정하고 있는 것을 강조하였다. 중재 판정부는 위 조문에 비추어 볼 때 투자협정 9조상의 중재 판정부의 관할과 당사자간의 중재 합의의 범위를 확정하는 기준일은 분쟁이 발생한 시점이라고 보았다. 즉, 이 사건 분쟁이 투자협정 발효일 이후에 발생했다는 점에 대해서는 당사자간 다툼이 없으나, 루마니아 관할 항변의 요점은 분쟁을 야기한 사건들이 협정 발효 이전에 발생했다는 것이다. 투자 인센티브의 철회가 협정 발효 이전에 이루어졌다는 점은 판정부도 인정하였다. 그러나 관할 존부를 판단하는 기준일은 7조에 명시되어 있듯이, 문제된 사건들이 발생한 시점이 아니라 분쟁이 구체화된 시점이라고 판단하고 이 사건은 판정부의 관할에 속한다고 결론내렸다.

2) 우산 조항

청구인은 투자협정 2(4)조²³²⁾ 우산 조항의 의무는 투자협정 각 조항의 의무와 별도로 이에 추가하여 국가가 투자자에게 행한 약속 모두(any obligation)에 미치는 것이며 따라서 우산 조항상의 주장은 공장공평 대우, 차별 대우 등 조항 상의 의무 위반 주장과 별개로 제기되는 것이라고 주장하였다. 아울러 우산 조항의 의무는 비단 국가가 투자자와 체결한 계약상의 의무에 국한 되는

232) 2(4) Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an investor of the other Contracting Party with regard to his or her investment.



것이 아니라 모든 의무, 예컨대 법령상의 의무처럼 일방적인 약속(undertaking)도 포함한다고 주장하였다. 청구인은 EGO 24호를 통해 루마니아가 청구인에 대하여 10년간 면세 혜택을 부여한다는 특정한 의무를 맺은 것이며(enter into) 2005년 2월 EGO 24호를 개정하여 원자재 면세 혜택을 종료한 것은 이 특정 의무를 위반, 즉 우산 조항을 위반한 것이라고 주장하였다. 루마니아는 청구인의 주장은 우산 조항의 문안상의 해석과 기존 판례와 부합하지 않는다고 반박했다. 루마니아는 청구인과 어떠한 특정 의무도 맺은(enter into) 적이 없다는 것이다.

중재 판정부는 우산 조항 위반을 심리할 수 있는 경로가 2개 있을 수 있다고 보았다. 첫째 경로는 우산 조항의 의무는 2(4)조 문안 그대로 특정한 투자자와 그의 투자에 관하여 체결된(enter into) 의무이면 그 성질이나 원천을 불문하고 어떤 의무든지 확장적으로 적용될 수 있다는 것이다. 청구인의 주장대로 루마니아의 일방적인 약속(undertaking)이 우산 조항상의 의무가 되기 위해서는 루마니아의 국내 법규에 근거한 법적인 의무여야 하고 청구인에게 법으로 부여된 권리(vested right)여야 할 것이라고 보았다(410-419). 이 사건의 경우 청구인에게 2009년 4월까지 면세 혜택을 부여할 루마니아의 의무가 루마니아의 법률상 존재하는지의 여부라고 판단했다. 그리고 이를 입증할 책임은 청구인에게 있다고 지적하였다. 중재 판정부는 EGO 24호는 특정 지역 내 투자자에 대한 면세 혜택이라는 일반적인 틀을 수립한 것이고 이러한 일반적인 원칙이 투자 면허를 통해 특정 투자자에게 구체적인 권리 형태로 체화되는 것인데 투자 인가 소지자에 대한 면세 혜택이 특정 기간 동안 변경할 수 없게 고정된 권리로 루마니아 법에 의해 보장되는지는 입증이 부족하다고 판단하였다(446-454). 중재 판정부는 위 입장에서 보면 루마니아의 우산 조항 위반은 인정되지 않는다고 판단하였다.

그러나 우산 조항 위반을 논증하는 또 다른 경로로서 루마니아가 청구인에 대해 특정한 약속을 하였는지 여부, 그리고 약속의 내용이 특정 기간 동안 동일한 혜택을 부여한다는 것인지 여부를 심리하는 것이라고 보았다. 이 경로로 심리할 경우 루마니아는 낙후 지역 개발을 위해 면세 혜택이라는 불특정 다수를 향한 ‘청약’을 하였고 청구인은 이를 ‘수락’하여 상호간의 권리, 의무라는 계약 관계가 ‘투자 인가’라는 구체적인 형태로 성립하였다고 보았다. 청약의 핵심은 특정 혜택을 특정 기간 동안 보장한다는 것이고 이러한 혜택의 안정성은 루마니아가 준수해야 할 계약상의 법적인 의무라고 보았다. 두 번째 경로로 볼 때에는 루마니아의 우산 조항 위반이 인정된다고 보았다.

판정부 다수 의견은 두 경로 중 첫째 경로가 더 타당하다고 보았고 루마니아의 입증이 불충분하다고 판단하여 루마니아의 우산 조항 위반을 인정하지 않았다(455-459).



2) 공정하고 공평한 대우

청구인은 면세 혜택이 10년간 계속되리라는 정당한 기대가 투자 결정의 핵심적인 요소였으며 루마니아는 이와 관련된 법규를 개정함으로써 안정적이고 예측 가능한 법적, 영업적 환경을 제공하는데 실패하였다고 주장하였다. 또한 EGO 24호 체제상의 투자 혜택을 약속하면서 뒤에서는 이를 철회해야 하는 EU 가입 교섭을 하는 불투명하고 악의적인 행동을 하였다고 비난하였다. 청구인은 이와 같이 법적 안정성 침해, 정당한 기대 훼손, 불투명, 악의로 인한 공장·공평 대우 의무 위반을 주장하였다.

중재 판정부는 정당한 기대 침해로 인한 공장·공평 대우 의무 위반이 성립하기 위해서는 i) 루마니아가 특정한 약속과 보장을 한 데 대해, ii) 청구인이 이를 사실로서 믿었고 iii) 그러한 신뢰가 합리적이었음이 인정되어야 한다는 요건을 제시하였다. 판정부는 당시 루마니아 정부가 낙후 지역 개발을 국가적인 과제로 추진하였고 외국인 투자를 유치하기 위해 적극적으로 노력하였으며 그 일환으로 매우 구체적인 면세 혜택을 제시하였다고 인정하고 i)의 요건은 충족된다고 판단하였다. ii) 요건 역시 청구인에게 무조건적 혜택을 약속한 것이 아니라 청구인에게도 반대 급부로서 고용 및 투자 확대, 특정 기간 동안의 투자 유지 의무를 부과하여 청구인이 면세 혜택의 약속이 사실이라고 믿었다고 보았으며 iii) 전체적인 상황을 고려할 때 청구인이 자신의 의무를 준수하기만 하면 루마니아의 면세 혜택이 10년간 지속되리라고 믿는 것이 합리적이라고 판단하였다. 판정부는 EGO 24호 면세 체제의 지속성에 대한 청구인의 정당한 기대를 루마니아가 침해하였다고 판단하였다(665-725).

판정부는 루마니아의 조치가 공장·공평 대우 의무 위반임을 확인하였으나 여타 제기된 이슈에 대해서도 심리를 계속하였다. EU 가입을 위한 불가피하고 합리적인 조치였다는 루마니아의 항변에 대해 판정부는 EU 가입은 투자 혜택 부여의 실익보다 막대한 이익을 제공하는 루마니아의 국가적 과제였고 EU 가입을 위해 면세 혜택을 조정하라는 EU 집행위의 압력 하에 있었으며 EU 가입을 위해 EGO 24호 체제의 개편은 불가피하였다고 인정하였다. 루마니아가 EGO 24호 체제 확대와 증진을 추진하는 한편 EU와 동 제도 폐지를 협의하였다는 청구인의 비합리적 행위 주장에 대해서도 판정부는 EGO 24호 체제 존속을 EU측과 협의하다 결국 무망하다는 것이 확인된 이후 루마니아가 EGO 24호 체제의 확대, 증진을 추구한 사실은 확인되지 않는다고 기각하였다. 루마니아는 청구인에 대한 원자재 면세 혜택은 종료하면서 EGO 24호 체제 상의 투자자 의무, 즉 혜택 향유 기간의 2배 기간 이상 투자 유지 등의 의무는 계속 부과하였다. 판정부는 루마니아의 이러한 조치는



합리적이지 않다고 판단하였다(797-827).

청구인은 루마니아의 조치가 악의를 갖고 행해진 것이라고 주장하였으나 판정부는 EU 가입이라는 합리적인 정책 목표를 달성하기 위해 취해진 합리적 행위라고 확인하고 청구인의 주장을 기각하였다(834-836). 판정부는 루마니아의 행위에 악의는 없었으나 그 과정은 투명하거나 일관되지 못했다고 판단하였다. EU 집행위와의 협의 시 문제의 면세 혜택 유지가 불가하다는 점이 드러나고 있었는데 루마니아 정부가 주기적으로 발표한 경과 보고서에는 존치 가능성이 수차 기재되었고 루마니아 정치 지도자들도 같은 요지로 공개 언급한 사례가 적지 않다고 지적하였다.

이상을 종합하여 판정부는 루마니아는 청구인의 EGO 24호 면세 혜택이 특정 시한까지 계속되리라는 정당한 기대를 침해하였고 예상 기한보다 조기에 종료해야 한다는 점을 적시에 청구인에게 알리지 않음으로써 불투명하게 행동하였으며 이는 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다(864-872).

다. 평가 및 해설

1) 우산 조항 의의 및 판례

우산 조항이 주장의 대상이 된 사건에서 흔히 제기되는 쟁점은 우산 조항의 적용 대상이 계약 위반인지 법령 위반도 포함되는지 여부이다. 이 사건 판정부는 투자 유치국의 법령에 적시된 내용이 투자 인가 등의 절차를 통해 투자자에게 제공될 것이라고 확정되었으나 준수되지 않았다면 우산 조항 위반이라고 인정하였다. 이 사건과 비슷하게 법령상의 의무도 우산 조항의 적용 대상이라고 판단한 사건이 다수 있다. *Enron vs. Argentina* 사건(ARB/01/3) 판정부는 우산 조항에 모든 의무(any obligation)라고 기재되어 있으므로 이는 대금 지급과 같은 계약상의 의무뿐 아니라 법령상의 의무도 포함하는 것이며 다만 투자와 관련되는 의무로 제한되는 것이라고 해석하였다. 아르헨티나가 청구인에게 부여 했던 가스 공급 대금의 달러화 산정, 주기적인 가격 조정 등은 가스법 및 시행령 등에 규정되어 있는 사항이고 청구인의 투자와 관련된 의무임이 명백하므로 이들 의무의 위반은 우산 조항 위반에 해당한다고 판정하였다.

CMS vs. Argentina 사건(ARB/01/8) 판정부도 위와 유사한 사건에서 같은 논리로 아르헨티나의 법령 위반은 우산 조항 위반에 상당하다고 판정하였으나 판정 취소 특별 위원회는 이 판정을



취소하였다. 특별 위원회는 원 판정부가 투자협정 II(2)(c)조를 아래와 같이 지나치게 확대 해석했다고 보았다.

- 우산 조항은 투자협정과 별도로 독립된 상호 합의된 의무(consensual obligation)를 말하며 따라서 투자와 관계된 당사자간의 특정성 있는 의무임.
- 합의된 의무는 불특정인에게 적용되는 것이 아니라 특정인에게 적용되고 의무의 이행은 의무 부담자(obligor)와 의무 요구자(oblige) 간에 발생하는 것임.
- 주주는 투자한 회사의 권리를 위해 독자적으로 중재 청구할 수는 있지만 해당 회사가 합의한 의무에 구속되는 것이 아님.
- 우산 조항을 확대 해석하면 ICSID 협약 25(2)(b)조가 유명무실하게 됨.

특별 위원회는 원 판정부의 우산 조항 위반 판결은 정확한 이유를 설명하지 않은 것이므로 취소해야 한다고 판시하였다(취소 결정문 95-97).

LG & E vs. Argentina 사건(ARB/02/1) 판정부는 가스 공급업에 외국인 투자를 유치하기 위해 아르헨티나 정부가 취한 가격 달러화 산정 및 매 6개월 조정 조치는 해당 법령에 명기되어 있고 외국인 투자자 유치시 홍보했던 사항임에 비추어 미국-아르헨티나 투자협정 II(2)(c)조²³³⁾가 의미하는 ‘의무’에 해당한다고 보았다. 이 조치를 준수하지 못한 것은 이 조항 위반에 상당하다고 판시하였다(판정문 175). 청구인의 상표 사용을 제한한 우루과이의 조치가 쟁점이 되었던 *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서 판정부는 상표는 투자 유치국 정부가 특정 의무를 부담하겠다는 약속이 아니라 지재권 보호 법제의 일부일 뿐이므로 스위스-우루과이 투자협정 우산 조항 (11조)상의 약속에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 480-482). 이를 반대 해석하면 만일 지재권 보호법상 특정 의무를 부담한다는 것이었으면 우산 조항 위반을 인정한다는 것이니 판정부는 우산 조항의 적용 대상에 법령상의 의무도 포함된다고 이해한 것으로 판단된다.

2) 정당한 기대와 법적 안정성

이 사건 판정부가 심리한 외국인 투자자의 정당한 기대의 보호는 주로 투자 유치국의 정책이나 조치로 인하여 발생한 투자 환경의 변화, 약속의 불이행, 법적 안정성의 침해가 투자자에게 손실을 야기하였을 때 문제가 된다. 특히 법적 안정성은 그 자체가 공정-공평 대우의 또 다른

233] II(3)(c) Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.



요소로 제기되기도 하고 정당한 기대의 대상으로서 취급되기도 한다. 법적 안정성을 유지하지 못한 것 자체를 공정-공평 대우 의무 위반으로 보기도 하고 법적 안정성이 유지될 것이라는 투자자의 정당한 기대를 훼손한 것이므로 공정-공평 대우 의무 위반으로 취급되기도 한다는 것이다. 정당한 기대는 투자자가 투자를 결정했을 시점의 기대를 의미하며 투자자의 주관적 기대를 의미하는 것은 아니다. 어떠한 기대가 정당한 기대인지가 투자 분쟁에서 쟁점으로 다투어 지는 경우가 빈번하며 사건의 상황 상 투자자의 기대가 정당하고 합리적이었는지 여부를 판단하는 것이 판정부의 주된 심리 대상이 된다.

이 사건 판 정부는 정당한 기대 침해로 인한 공정-공평 대우 의무 위반이 성립하기 위해서는 i) 투자 유치국이 특정한 약속과 보장을 한데 대해, ii) 청구인이 이를 사실로서 믿었고 iii) 그러한 신뢰가 합리적이었음이 인정되어야 한다는 요건을 제시하였다. 이와 비견할 만한 판례를 소개하자면 *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1) 판 정부는 투자자의 합리적인 기대(투자 유치국의 일관성, 비모호성, 투명성)가 지켜지지 못할 때에도 공정하고 공평한 대우의 위반이 있으며 투자 유치국의 악의(bad faith)가 있어야만 인정되는 것은 아니라고 설사하였다. *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2) 판 정부는 투자자는 투자를 결정할 때 투자 유치국 행동과 정책의 일관성, 투명성, 적용 법규의 지속성 등에 대해 당연한 기대를 하고 이러한 기대를 훼손하는 것은 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고 확인하였다. *MCI Power vs. Ecuador* 사건(ARB/03/6) 중재 판 정부는 정당한 기대는 투자자 자신의 기대에 기반을 두는 것이 아니라 강제할 수 있는 의무의 존재와 내용에 기반을 두는 것이라고 확인하였다.

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15)에서는 정당한 기대는 투자 유치국의 주관적인 악의가 없어도 침해될 수 있으며 투자자의 주관적인 기대가 아니고 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어 정당성 여부를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 정당한 기대는 해당 상황에 따라 변동하므로 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면 환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다고 보았다. 투자자는 정당한 이유 없이 법규정이 변하지 않으리라고 기대 할 수 있으나 국가가 어떠한 상황에서도 국내 법규를 변경하지 않겠다고 포괄적으로 외국인 투자자에게 약속하라는 것은 아니며 국내 법규의 동결을 기대하는 것은 비이성적이라고 지적하였다. 투자자에 대한 투자 유치국의 특정한 약속을 위반한 것이라면 정당한 기대를 훼손한 공정-공평 대우 의무 위반에 해당할 것이며 특정한 약속이란 특정 투자자에 대해 직접적으로 행해진 약속일 수도 있고



투자자에게 안정성을 보장하기 위하여 수립된 특정한 목적일 수도 있다고 설명하였다(판정문 356-379).

Toto vs. Lebanon 사건(ARB/07/12) 판정부는 투자자의 정당한 기대 훼손이 공정·공평 대우 의무 위반으로 인정되려면 법적, 영업적 환경의 안정성, 공정·공평 대우의 기준, 국내법상의 권리가 훼손될 정도는 되어야 한다고 판단하였다. *Ubraser & CABB vs. Argentina* 사건(ARB/07/26) 중재 판정부는 투자 결정 당시 투자자의 기대는 투자 유치국의 법적 환경 뿐 아니라 사회, 경제적 환경도 고려해야 한다고 보았다. 투자자는 발생을 예측할 수 없는, 국가가 책임져야 하는 상황과 문제가 존재함을 인식해야 하며 공정·공평 대우는 공공 이익을 위해 이러한 상황, 문제를 처리하려는 투자 유치국의 노력으로부터 완전히 절연되고 면제된다는 것은 아니라는 견해를 밝혔다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20) 판정부는 정당한 기대 훼손을 이유로 한 공정·공평 대우 의무 위반은 주장 대상이 되는 조치나 결정이 단순한 법적인 실수가 아니라 명백하게 일관성이 없고 불투명하며 비이성적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/11/24) 판정부는 정당한 기대가 성립되기 위해서는 행정 당국의 확인(identifiable)할 수 있는 약속이 존재해야 하고 한다고 보았다.

정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 심리한 ICSID 중재 판정부의 견해는 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)편에 수록되어 있다.



가. 사건 개요

이 사건은 탄자니아가 청구인과 맺은 상하수도 시설 운영, 관리 계약을 취소한 것이 불법 수용 금지, 공장·공평 대우, 차별 금지, 충분한 보호 및 안전, 송금 보장 의무 위반에 해당하는지 가쟁점이 된 사건이다.

2002년 탄자니아 정부는 수도 다르 에스 살람 일대의 상수도 공급과 하수 처리 사업을 시행하기 위해 국제 입찰을 하였으며 영국 Biwater사와 독일 Gauff사가 구성한 컨소시움에 낙찰되었다. 두 회사는 낙찰 후 사업을 관리할 별도의 회사 BGT(Biwater Gauff Tanzania)사를 설립하였고 실제 사업은 현지 회사를 통해 수행해야 한다는 낙찰 조건에 따라 BGT는 City Water라고 하는 탄자니아 회사를 설립하였다. BGT(Biwater Gauff Tanzania)사가 이 사건 청구인이다.

City Water사는 2003년 2월 다르 에스 살람 상하수도청(이하 DAWASA)과 사업 계약을 체결하였다. 계약 주요 골자는 City Water사가 상하수도 생산, 수송, 분배, 처리 시스템을 유지, 보수, 운영, 관리하고 새로운 시설, 설비 투자를 하되 사용 요금을 10년간 징수하는 것이었다. City Water사는 기존의 DAWASA의 각종 시설, 설비, 자산을 배타적으로 이용하되 임대료를 지불해야 했다. 계약 이행 보증을 위해 City Water사는 탄자니아 CRDB 은행을 통해 이행 보증 증권(performance bond)를 DAWASA측에 제공하였다. City Water사의 수입(사용 요금 징수)과 지출(임대료, 설비 투자, 경상 경비 등)이 일정 정도 수익을 보장할 수 있도록 설계되었는지 점검하기 위해 최초 12개월 운영 후 재조정기로 하였고 이후에도 연도별 점검, 중간 점검(5년차), 중요 점검(긴박한 조정 필요시) 등의 조정 기제가 마련되었다. City Water는 부가세도 면제되었다. 계약 이행이 부실할 시 양측은 계약을 종료할 수 있는 권한이 있었다.

City Water는 2003년 8월부터 상하수도 공급 업무를 개시하였으나 얼마 되지 않아 자신들의 사업 설계가 잘못 되어(예상보다 수입 저조, 지출 초과) 수익 창출은 고사하고 정상적인 서비스 제공이 어렵다는 것을 알게 되었다. 점검 기제를 통해 요금을 조정하여 문제를 해결하는 데에도 한계가 있었으며 이는 제공 서비스의 부실로 귀결되었다. City Water와 DAWASA는 2004년



전면적인 계약 재협상에 들어갔으나 실패하였다. DAWASA는 은행에 이행 보증금 지급을 요구하였고 부가세 면제를 철회하였으며 계약 종료를 통보하였다. City Water사의 간부 추방, 계약 종료 통보 전 정부 관리에 의한 일방적 언론 발표, 시민 시위 등도 발생하였고 2003년 6월 City Water사의 자산이 압류되고 일체의 사업권이 회수되었다.

청구인 BGT는 이러한 탄자니아의 행위가 영국-탄자니아 투자협정상의 수용 금지, 공정-공평 대우, 차별 금지, 충분한 보호 및 안전, 송금 보장 등의 위반에 해당한다고 주장하고 2005년 8월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인 BGT는 사업 계약을 종료시키기 위해 탄자니아 정부가 취한 수단 및 City Water사 점거 및 경영권 탈취, 회사 간부 추방, 계약 종료 언론 발표 행위는 투자협정 5(1)조²³⁴⁾ 수용에 해당한다고 주장하였다. 탄자니아는 이 경우 수용의 대상이 되는 것은 계약권(contractual right)인데 City Water의 계약 의무 불이행으로 인해 이미 이 계약이 경제적으로 무가치한 상태였다고 주장하고 City Water는 수용의 대상이 될 계약권이 없다고 반박하였다.

중재 판정부는 경제적 손실의 부재는 수용의 보상액 산정시 고려될 수는 있으나 투자자의 심각한 경제적 손실이 수용의 전제 조건이 되는 것은 아니라고 보았다. 경제적 손실이 없거나 정부의 개입이 재정적으로 수량화할 수 없다 하더라도 수용에 해당하는 정부의 심각한 간섭이 있을 수 있다고 설명하였다(판정문 465-466).

중재 판정부는 City Water가 너무 낮은 가격으로 입찰하였고 사업 계약을 전면 재협상하지 않고서는 사업을 계속 진행할 수 없는 상태였으나 재협상이 결렬된 상태에서 계약 종료는 계약상의 규정대로 진행될 수밖에 없는 상황이었다고 이해하였다. DAWASA를 소유하고 있는 탄자니아 정부가 계약 종료 과정에 정상적인 계약 당사자로서 참여하고 시행한 행위는 문제될 것이 없다고 보았다. 그러나 계약상의 종료 절차를 진행하고 있던 중 2003년 5월 갑자기 탄자니아 총리가

234) 5(1) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation.



계약 종료를 공개 발표한 것은 계약 당사자로서의 행위를 벗어나는 일이고 이후의 비난 시위 방조, 부가세 면제 철회, City Water 시설 점거, 경영권 탈취, 회사 간부 추방 행위는 모두 비합리적이고 과도한 공권력의 행사로서 수용에 해당한다고 판시하였다(485-519).

2) 공정하고 공평한 대우

청구인은 독립된 규제자 불선임, 시설 개선에 대한 과도한 기대 통제 실패, 정부 기관의 수도 사용료 불납, 사업 계약 조건 개정 요구 불응 등이 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 공정-공평 대우를 규정한 투자협정 2(2)조²³⁵⁾가 대우의 정도를 스스로 정할 수 있는 자율적(autonomous)인 것인지 국제 관습법상의 최소 대우에 한정되는 것인지에 대해서는 판례와 학설에 다툼이 있다고 소개하고 뚜렷한 견해를 밝히지는 않았다. 그러나 대우 의무 위반 여부를 판단하는 기준으로 정당한 기대의 보호, 선의, 투명성, 일관성, 비차별, 사법 부인(denials of justice) 금지를 제시하였다(602). 중재 판정부는 수용에 해당한다고 판시된 행위, 즉 언론 공표, 시위 조장, 부가세 면제 철회, 점거 및 탈취, 추방은 공정하고 공평한 대우에 위반한다고 보았다(605). 그러나 청구인이 공정-공평 대우 의무 위반이라고 적시한 행위는 계약 당사자의 권한에 해당하거나 해당 계약의 위반에 해당하는 것이므로 투자협정상의 공정-공평 대우 의무 위반에 해당하지는 않는다고 판시하였다(608-675).

3) 비합리적이고 차별적인 조치

중재 판정부는 청구인이 비합리적이고 차별적인 조치로서 투자협정 2(2)조 위반에 해당한다고 주장한 조치 중에서 총리의 언론 발표, 시위 조장, 부가세 면제 철회, City Water 시설 점거, 경영권 탈취, 간부 추방은 이 조항 위반에 해당하나 이행 보증금 청구의 문제점, 이행 보증금 하자 치유 통지(cure notice) 적정성 여부는 사업 계약상의 문제이므로 투자협정상의 비합리적이고 차별적인 조치에 해당하는지 판단할 권한이 없다고 정리하였다(696-709).

235) 2(2) Investment of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment...



4) 충분한 보호 및 안전

중재 판정부는 충분한 보호 및 안전이란 충분하다는 수식어의 존재로 볼 때 단순히 물리적인 안전만을 의미하는 것이 아니라 상업적, 법률적인 안전을 포함하고 제 3자의 행위를 예방하는 것뿐 아니라 정부 기관, 대표자의 행동에도 적용된다고 보았다(729-730). 중재 판정부는 비록 탄자니아 당국이 City Water사의 시설을 점거하고 관계자를 추방하는 과정에 물리력을 사용하지 않았다 하더라도 이는 불필요하고 권력 남용적인 행위로서 충분한 보호 및 안전 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다(731).

5) 송금 보장

청구인은 City Water 주식의 2005년 6월 무효화 되어 주식 매각 대금을 송금할 수 없었고 City Water가 배당을 하지 못한 관계로 투자에 대한 수익을 송금할 수 없었으며 탄자니아 내 주거래 은행 계좌에서 인출할 수 없어서 송금할 수 없었으므로 이는 투자협정상의 송금 보장 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 송금 보장 조항은 투자자가 금원이 있을 경우 이를 자유롭게 송금할 수 있는 절차를 보장한다는 의미이지 투자자에게 송금할 수 있는 금원을 보장하는 것은 아니라고 지적하였다. 이 조항은 송금 자유를 제한하는 조치, 즉 외화 통제, 투자자의 재원 봉쇄 등에 해당하는 것이라고 부연하고 주거래 은행 계좌 접근이 제한된 것은 해당 은행과 협의하여 해결해야 할 사적인 법률 문제라고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(735).

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용

이 사건에 취급된 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정례는 그 수요가 많아 간접 수용에 관한 법리는 굳어졌다고 볼 수 있다. 가장 대표적인 것이 간접 수용의 인정 기준이다. 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 주장되는 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도



등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 이 사건에서와 같이 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 판례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 주장되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았어도 간접 수용으로 인정되며 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융 당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제, 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용 주장이 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

간접 수용 판정 중에는 점진적 수용도 인정한 사례가 수 건 있다. 점진적 수용 자체에 대해서는 합의된 정의가 없으나 판정부는 일정 기간에 걸쳐 행해진 일련의 복수의 조치가 개개로는 수용에 해당하지 않더라도 전체를 종합하여 중국에는 수용과 대등한 효과를 투자자에게 발현시켰을 때에는 간접 수용인 것으로 인정하고 있다.

이 사건 판정부와 같이 수용이 반드시 피수용자에게 경제적 손실을 발생시켜야 하는 것은 아니라고 본 판정이 또 있다. *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서 판정부는 수용은 피수용 자산에 대한 소유주의 권리 박탈 또는 행사 방해가 필수 요소로 하지만 반드시 경제적 손실을 수반해야 하는 것은 아니라고 적시했다. 경제적 손실은 보상액 산정 시 고려해야 할 요소이지 그 자체의 존부가 수용 여부를 결정하는 것은 아니라고 이해했다.

2) 송금 보장

투자 유치국이 외국인의 자국 내 투자를 유치하기 위해 각종 혜택을 제공하고 자국의 사법권까지



일부 자제하면서 ICSID와 같은 국제 중재 이용을 보장하는 이유는 그들의 자본과 기술, 선진 기법을 수용하고 자국의 고용 증진과 산업 발전에 도움을 받기 위해서일 것이다. 그러나 외국인 투자자 입장에서는 자국 내에서의 기업 활동보다 훨씬 더 많은 수익을 얻기 위해서 외국에 진출하는 것이다. 따라서 아무리 많은 수익을 거두었다 하더라도 이를 통용이 가능한 국제 통화의 형태로 투자 유치국 외로 반출하지 못한다면 해외에 투자할 이유가 없을 것이다. 투자 유치국 입장에서는 자국 내에서 축적한 부를 외국 기업이 국외로 송출하는 것이 불편할 수 있다. 선진 외국 기업에 의한 착취로 비추어질 가능성도 있으며 결국 자국의 자원과 노동력, 구매에서 발생한 수익이므로 국부 유출로 취급될 수 있다. 반 외국인 정서가 보편화 될 경우 투자 유치국 정부나 지도자에게 이는 무시할 수 없는 정치적 현안이 되기도 한다.

실제로 국제 투자 규범이 정립되기 이전의 20세기 초까지는 외국인의 투자를 유치하여 일정 정도 성장한 후 이를 국유화하는 노골적인 불법이 성행하기도 하였다. 이에 대해 국제적 비난이 높아지고 외국인 투자자의 투자 기피가 발생하자 보다 세련된 통제 방안으로 널리 사용된 것이 바로 국내에서의 기업 활동은 보장하되 수익이나 투자 원금의 본국 송출을 봉쇄하는 것이었다. 따라서 외국인 투자자 입장에서는 투자협정의 어떠한 보호 기제보다 실질적으로 더 중요한 것이 바로 과실 송금의 자유이다. 투자협정에 송금 보장 조항이 포함되게 된 배경이다. 자본과 상품의 국경 이동과 교차 투자가 보편화되고 이를 보호하기 위한 각종 국내외 법규가 체계적으로 정비된 지금, 송금 보장 조항 위반 주장 발생은 상당히 희소하다. 이 책에 수록된 해설 중 4개 사건에서 송금 보장 위반 주장이 제기되었으나 모두 기각되었다. 투자협정의 송금 보장 규정은 대개 송금 보장의 원칙을 천명하고 송금 대상이 되는 재원의 양태를 예시적으로 나열하는 항목, 태환이 가능한 국제 통화로의 송금을 보장하는 항목이 주 요소로 구성되어 있다. 협정에 따라서는 투자의 수익이 현물로 발생한 경우 현물의 송출을 보장하는 세항을 추가하거나 국내법에 따라 송금을 제한할 수 있는 경우를 추가하기도 한다. 한중 FTA의 경우 파산, 지급 불능 또는 채권자의 권리 보호, 유가 증권 등의 발행, 거래 또는 취급, 형사 범죄, 사법 또는 행정 절차에서의 명령 등이다(한중 FTA 12.10조²³⁶).

236] Article 12.10: Transfers

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:
 - (a) contributions to capital, including the initial contribution;
 - (b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;
 - (c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;
 - (d) payments made under a contract, including a loan agreement;
 - (e) payments made pursuant to Articles 12.5.4, 12.5.5 and 12.9;



송금 보장 주장이 제기된 4개 사건 중 2건이 2001년 아르헨티나의 경제 위기와 관련되었다. 당시 급격한 외환 유출을 방지하기 위하여 공포한 대통령의 외화 반출 금지 명령이 송금 보장 위반이라고 주장된 것이다. 1997년 외환 위기를 겪은 우리나라로서는 충분히 수긍이 가는 명령이고 국가 경제 붕괴를 방지하기 위하여 필수적으로 외환의 급격한 유출을 막기 위해 국내 외국인 투자자의 해외 송금을 통제할 필요성을 절실히 느꼈다. 그 이후 우리나라가 체결하는 투자협정에는 송금 보장 조항에 추가하여 급격한 국제 수지 악화 방지와 외환 위기 대처를 위해 일시적으로 송금을 제한할 수 있는 내용을 별도의 부속서로 추가하고 있다(한중 FTA 12-다 송금 부속서²³⁷⁾).

- (f) payments arising out of a dispute; and
- (g) earnings and remuneration of a national of a Party who works in connection with a covered investment in the territory of the other Party.
- 2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.
- 3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.
- 4. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws relating to:
 - (a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;
 - (b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;
 - (c) criminal or penal offenses;
 - (d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or (e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

237] ANNEX 12-C TRANSFERS

1. Nothing in this Chapter, Chapter 8 (Trade in Services), or Chapter 9 (Financial Services) shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining temporary safeguard measures with regard to payments and capital movements:
 - (a) in the event of serious balance of payments or external financial difficulties or threat thereof; or
 - (b) where, in exceptional circumstances, payments and capital movements cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Party.
2. The measures referred to in paragraph 1:
 - (a) shall not exceed a period of one year; however, if extremely exceptional circumstances arise such that a Party seeks to extend such measures, the Party will coordinate in advance with the other Party concerning the implementation of any proposed extension;
 - (b) shall be consistent with the Articles of the *Agreement of the International Monetary Fund*;
 - (c) shall not exceed those necessary to deal with the circumstances described in paragraph 1;
 - (d) shall avoid unnecessary damage to the commercial, economic, or financial interests of the Parties;
 - (e) shall not otherwise interfere with investors' ability to earn a market rate of return in the territory of the Party on any restricted assets;
 - (f) shall be temporary and phased out progressively as the situation described in paragraph 1 improves;
 - (g) shall not be confiscatory;
 - (h) shall promptly be notified to the other Party;
 - (i) are applied in a manner consistent with Articles 12.3 and 8.4 (National Treatment) and Articles 12.4 subject to the Schedule of Specific Commitments; and
 - (j) shall not constitute a dual or multiple exchange rate practice.
3. Nothing in this Chapter, Chapter 8 (Trade in Services) or Chapter 9 (Financial Services) shall be regarded to affect the rights enjoyed and obligations undertaken by a Party as a party to the Articles of the *Agreement of the International Monetary Fund*.



Metalpar vs. Argentina 사건(ARB/03/5)에서 청구인은 아르헨티나가 경제 위기 대책으로 시행한 외환 반출 금지령이 송금 보장 조항 위반이라고 주장하였으나 판정부는 중앙은행 인가가 있을 경우 예외적으로 허용하고 있으므로 위반이 아니라고 판시하였다.

아르헨티나 경제 위기가 확산되자 금융업을 영위하는 청구인이 법정 준비금 외의 재원을 외국으로 반출하려 하였으나 외화 반출 금지령에 의해 좌절되자 투자협정 송금 보장 위반 주장을 제기한 *Continental vs. Argentina* 사건(ARB/03/9)에서 판정부는 이 조항은 투자와 관련된 이전으로 적용 범위가 한정되어 있으며 청구인이 해외 이전을 시도한 재원은 회사의 일반적인 운영 자금이지 특정 투자와 관련된 자금이 아니므로 이 조항 적용 대상이 아니라고 판정하였다 (판정문 237-245). *Biwater vs. Tanzania* 사건(ARB/05/22)에서 청구인은 사업에 실패한 자신 회사의 주식을 매각할 수 없고 송금할 이익 배당을 받지 못했으며 채권 확보용으로 동결된 예금을 인출할 수 없어 송금을 할 수 없게 된 것은 투자협정상의 송금 보장 의무 위반에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 송금 보장 조항은 투자자가 금원이 있을 경우 이를 자유롭게 송금할 수 있는 절차를 보장한다는 의미이지 투자자에게 송금할 수 있는 금원을 보장하는 것은 아니라고 지적하였다(판정문 735).

베네주엘라 정부가 악화된 외환 부족 사태 대응책의 일환으로 금 채광 업자의 금 수출을 제한한 것이 송금 보장 의무 위반이라고 제기된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 투자한 기업의 상품 수출 대금(price)은 상품과 교환하여 영수한 대금이지 투자로부터 유래한 수익(return)이 아니므로 송금 보장 대상이 아니라고 판시하였다(판정문566-582).



89

Roussalis vs. Romania 사건(ARB/06/1)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 추가 자본금 불입을 조건으로 루마니아 국영 회사를 매입하였고 자본금을 불입하였음이 루마니아 법원에서 확인되었음에도 불구하고 루마니아 정부가 추가 자본금 불입 약속이 이루어지지 않았다면 지속적인 제소를 거듭한 행위가 공장·공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 수용 금지 의무 위반에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Spyridon Roussalis는 그리스 사업가로서 자신이 100% 소유하고 있는 루마니아 회사 Continent SRL 명의로 1998년 10월 루마니아 국유 재산 관리청(AVAS)이 보유하고 있는 국영 기업 S.C. Malimp S.A.의 주식 70%를 매입하는 계약을 체결하였다(이하 민영화 계약). 계약 조건 중에는 주식 매입 후 Continent SRL이 2년 내에 자본금 140만불을 추가 납입하는 의무가 있었다. Continent SRL은 S.C. Malimp S.A.의 사명을 Continent SA로 개명한 후 140만불에 상당하는 현물(in-kind)을 납입하고 이에 상응하는 신주를 인수하였다. Continent SA는 현물 납입 금액이 140만불에 해당한다는 회계 전문가의 평가를 받은 후 2000년 12월 주주 총회를 개최하여 신주 발행을 승인하고 상업 등기 절차를 마쳤다. Continent SA는 등기 사실을 AVAS에 통지하였으며 등기에 대한 이의 제기 시한인 15일 이내에 AVAS는 이의를 제기하지 않아 신주 발행 등기는 확정되었다.

등기 확정 수개월 후 AVAS는 Continent SRL의 140만불 투자가 당초 계약 조건대로 새로운 재원의 불입이 아니라 Continent SA의 기존 재산을 새로운 재원인 것처럼 위장 투자된 정황이 있다는 이유로 관련 자료를 요구하기 시작하였다. 청구인은 AVAS의 이러한 행동은 S.C. Malimp SA 매각 후 루마니아의 부동산 가격이 급등하자 헐값에 매각했다고 후회하고 이를 회복하기 위한 의도라고 보았다. AVAS는 새로운 재원 투자 의무를 준수하지 않은 정황이 뚜렷하기 때문이라고 반박했다.

2001년 4월 AVAS는 Continent SRL이 추가 투자 의무 불이행시 주주 일부를 AVAS에게 반환토록 되어 있는 민영화 계약에 따라 부카레스트 상업 재판소에 주주 반환 청구 소송 소송을 제기하였으나 1, 2심에서 모두 패소하였다. 그러자 AVAS는 2002년 11월 당시 루마니아 법에



따라 검찰총장에게 하급심 판결 무효 요청안을 대법원에 제출하여 줄 것을 요청하였으며 2003년 7월 대법원은 검찰청장의 요청을 수용하여 1,2심 판결을 파기하고 환송하였다. 2006년 5월 1차 파기 환송심에서 Continent SA는 다시 승소하였으며 AVAS는 2심 및 대법원에 상소하였으나 2009년 6월 모두 패소하였다. 이와 별도로 AVAS는 2007년 8월 파기 환송 2심 패소 직후 청구 원인을 달리하여 신주 발행을 승인한 Continent SA의 2000년 12월 주주 총회 결의 및 신주 발행 등기 무효를 청구하는 소송을 제기하였으나 패소하였다.

청구인은 루마니아의 우호적 해결 제의 거절, 주주 반환 청구 소송, 검찰총장의 대법원장에 대한 하급심 판결 무효 요청, 주총 결의 및 등기 무효 청구 소송이 그리스-루마니아 투자협정의 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 수용 금지 의무 위반에 해당한다는 요지로 2006년 1월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 우호적 해결 제의 묵살

중재 판정부는 투자협정 9조상 분쟁은 가능한 경우(if possible) 우호적으로 해결되어야 한다고 규정되어 있으므로 우호적 해결이 협정 위반을 구성하는 의무도 권리도 아니라고 지적하고 루마니아는 당시 상황 및 사안의 내용상 우호적 해결이 가능하지 않다고 합리적으로 선의에 기반하여 판단했을 것으로 보인다고 우호적 해결 제의 불응이 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라는 청구인의 주장을 수용하지 않았다(판정문 333-337).

2) 주주 반환 소송, 검찰총장의 하급심 판결 무효 요청 및 파기 환송심

청구인은 위 루마니아의 일련의 조치가 수용에 해당하고 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 의무 위반이라고 주장하였으나 중재 판정부는 루마니아의 일련의 행동이 합리적이고 적정하였으므로 정당하다고 판시하였다.

민영화 계약에 따르면 Continent SRL은 140만불을 자신 또는 자신을 대표하는 자의 재원(from personal sources or sources attracted on its behalf)에서 조달하도록 되어 있었다. 중재 판정부는 제출된 증거로 볼 때 Continent SRL이 이 의무를 준수하지 않다고 AVAS가 의심할만한 객관적인 이유가 있으며 AVAS는 계약상의 권리와 국가 기관으로서의 의무에 따라 행동한 것이라고



판단하였다. Continent SRL 자신이 제출한 서류에도 문제가 된 투자가 Continent SRL이 아니라 Continent SA의 자체 재원에서 유래된 것으로 나타나 있고 회계 전문가의 평가 보고서와 Continent SA의 보고서에도 문제가 된 투자가 Continent SRL이 Continent SA에게 어차피 지불해야 할 비용이라고 기재되어 있는 점 등을 판단의 근거로 삼았다. AVAS는 Continent SRL에게 이러한 의혹을 해소할만한 추가적인 해명과 자료 제공을 요청하였으나 제공되지 않았으므로 AVAS가 자신의 권리 확보를 위해 사법 절차를 개시한 것은 정당하고 합리적이라고 판단하였다(338-344).

2001년 상업 재판소의 1, 2심은 新株 발행 등기를 토대로 심리하였다. 등기소의 신주 발행 등기는 신주가 발행되어서 Continent SA의 전체 주주 수가 증가하였다는 것을 공적으로 인정하는 것이지 신주 발행의 재원에 대해서는 심의할 권한이 없었다. 신주가 발행되었다는 근거로는 회계 전문가의 평가 보고서를 이용하였으나 동 보고서 내에 소요 재원이 Continent SRL에서 나온 것이 아니라 Continent SA의 자체 재원이라는 기술에 대해서는 살펴보지 않았다. 중재 판정부는 AVAS는 소요 재원의 출처를 다투는 것이므로 단순히 주주 수가 증대되었다는 점에 대해서만 인정하는 신주 발행 등기를 토대로 이루어진 1, 2심에 대하여 수긍하지 못할 이유가 충분히 있다고 인정하였다. 따라서 AVAS가 최후의 법적 구제 수단으로서 검찰총장에게 대법원으로 하여금 1, 2심 판결을 무효화하여 줄 것을 요청토록 한 것은 정당하고 합리적이라고 판단하였다. 투자 자금 출처에 관한 자료에 많은 허점이 있고 투자 자금이 조달된 경로가 불투명하며 Continent SA와 SRL간에 위장 거래로 의심되는 정황이 있는 점 등에 비추어 볼 때 검찰총장이 AVAS의 신청을 수용하여 대법원에 하급심 결정의 무효화를 요청한 것과 대법원이 하급심 결정을 파기하고 환송한 것 모두 타당한 이유가 있다고 보았다(345-352).

청구인의 수용 주장은 인용되지 않았다. 중재 판정부는 청구인이 Continent SA와 SRL의 유일한 경영자이고 Continent SA가 2004년~2008년간 청구인에게 송금한 액수가 280만불을 초과하는 점 루마니아가 Continent SRL에 대한 청구인의 경영권과 통제에 대해서는 개입하였다고 볼 근거가 없다고 판단하였다. 해당 회사들은 정상 영업하고 있고 청구인은 배당을 받고 있다는 자료와 증언에 비추어 볼 때 루마니아가 청구인의 투자 이용권, 향유권을 탈취했다고 볼 근거도 없다고 판단하였다(354-355).

중재 판정부는 청구인의 투자에 대한 경영, 유지, 사용, 향유, 처분이 부당하거나 차별적인 조치로 방해받은 증거가 없고 루마니아의 행위가 충분한 보호 및 안전 위반에 해당될 정도로 법적 안정성이나 비례성을 해친 것도 없다고 판단하였다(358).



3) 2007년 신규 소송

AVAS가 2007년 주총 결의 및 신주 발행 등기 무효 소송을 제기한 것에 대해서도 중재 판정부는 자기 권리를 확보하기 위한 조치이므로 합리적이고 동기가 충분하다고 보았다. 공정·공평 대우나 충분한 보호 및 안전 대우 의무 위반에 해당되지 않으며 수용은 더욱 아니라고 판단하였다.

다. 평가 및 해설

1) 계약 위반과 조약 위반과의 관계

이 사건 중재 판정부 심리의 쟁점은 Continent SRL이 신규 재원으로의 추가 자본 납입 의무를 준수했는지 여부가 아니라 AVAS가 의심을 품고 복수의 사법 절차를 거듭하여 제기한 것이 투자협정 위반에 해당하는지 여부였다. 특정 계약의 위반이 쟁점이 된 사건에 대해 ICSID 중재가 신청될 경우 중재 판정부는 해당 쟁점의 계약 위반 여부에 대해서는 판단할 권한이 없다. 이는 해당 계약에 적시된 분쟁해결 절차가 담당할 몫이다. ICSID의 판단은 그러한 계약 위반, 또는 그로부터 파생된 사안이 투자협정에 위반되는지 여부를 가리는 것이다.

이처럼 계약 분쟁에 대해 투자협정의 위반 여부를 심리한 사건을 통해 나타난 ICSID 중재 판정부의 견해는 계약 위반 사항이라도 그로 인해 투자협정의 위반이 초래되었다는 점이 입증되면 ICSID 중재 관할 대상이나, 국가나 공공 기관이 계약 당사자로서 계약을 위반하였을 경우 주권적인 권한 행사로 인한 위반이 아니라 대등한 계약 당사자로서의 통상적인 위반에 대해서는 관할권이 없다는 것이다.

계약 위반이 곧 조약 위반으로 변경되는 경우는 우산 조항이 있을 경우이다. 그러나 이 경우에도 모든 계약 위반 사항이 조약 위반화하는 것인지에 대해 판례와 학설이 나뉘고 있다. 우산 조항에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 SGS vs. Paraguay 사건(ARB/07/29)에 수록되어 있다.

2) 관련 판례

CAA & Vivendi vs. Argentina 사건(ARB/97/3)에서 청구인은 양허 계약 체결 상대방인 주정부가 계약 의무를 이행하지 않자 아르헨티나 정부를 상대로 ICSID 중재를 신청하였다. 판정부는 주정부의 행위가 투자협정 위반에 해당하는지 여부는 불가피하게 양허 계약상의 의무 이행 여부와 함께



심리할 수밖에 없는데 이 문제는 계약 규정에 따라 주 행정 법원만 심리할 수 있으므로 ICSID 중재 판정부가 심리할 수 없다고 판단하였다. 판정 취소 특별 위원회는 계약상의 분쟁 관할권 문제와 투자협정 위반 여부 판단에 특정 계약의 조건을 고려하는 것은 별개의 문제이므로 청구인이 제기한 투자협정 위반 여부는 투자협정, 관련 국제법 원칙 등에 따라 의당 청구인의 주장을 검토하고 결정을 내렸어야 했다고 판시하였다

Salini vs. Morocco 사건(ARB/00/4)에서, 판정부는 자신의 관할권은 문제된 계약의 위반에 대해 있는 것이 아니라 해당 계약 위반이 이태라-모로코 투자협정의 위반에 해당될 경우에만 존재하는 것이며 계약 위반이 조약 위반에 해당하는 것임은 청구인이 본안 심리에서 입증해야 할 사항이라고 첨언하였다. *Salini vs. Jordan* 사건(ARB/02/13)에서 청구인이 주장하는 행위는 계약 위반 행위이므로 ICSID는 관할권이 없다고 주장하는 아르헨티나에 대해 판정부는 계약 위반 행위라도 그로 인해 투자협정의 의무 위반에 해당한다고 입증이 되면 ICSID 중재 관할 대상이라고 확인했다. *Sempra vs. Argentina* 사건(ARB/02/16) 중재 판정부는 상업 계약의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으므로 ICSID 관할이 아니라고 보았다.

계약 위반 사항을 해당 계약 분쟁 조항을 이용하지 않고 직접 투자협정의 분쟁해결 절차에 회부할 수 있는지가 쟁점이 된 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)에서 판정부는 동일한 사항이 계약 위반과 조약 위반을 동시에 구성할 수 있으며 조약 위반 사항임이 입증되면 조약의 분쟁해결 절차를 단지 계약에 별도의 분쟁해결 절차가 마련되어 있다는 이유로 적용하지 못하는 것은 아니라고 보았다. *Impregilo vs. Argentina* 사건(ARB/07/17) 중재 판정부는 계약상의 권리는 조약상의 권리와 분리해야 하며 국가나 그 기관의 행위가 주권적인 권한 소지자로서의 행위인지 계약 당사자로서의 행위인지 분리해야 한다고 전제하고 청구인이 다투는 아르헨티나의 행위는 모두 계약 위반에 해당하므로 투자협정 위반이 될 수 없다고 판정하였다(판정문 296-309). *AES vs. Hungary* 사건(ARB/07/22) 중재 판정부는 자신의 관할권은 계약 위반을 포함하지 않고 조약 위반에 국한된다고 확인하였다. *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24) 판정부는 가나의 행위가 청구인 주장대로 합자 계약 위반에 해당한다 하더라도 이는 사적인 상업 계약 위반이지 원두 공급이 가나 정부의 권한을 행사한 것은 아니므로 그 책임을 가나 정부에게 귀속시킬 수 없다고 보았다(판정문 265-268).



90

Quiborax vs. Bolivia 사건(ARB/06/2)

가. 사건 개요

이 사건은 볼리비아 광산업에 투자한 청구인이 투자자에 해당하는지와 청구인의 투자가 투자에 해당하는지가 쟁점이 된 관할권 사건이다.

청구인 Quiborax S.A.는 칠레의 비철금속 전문 광산 회사이며 Allan Fosks는 칠레인으로 Quiborax의 재무 책임자이고 Non Metallic Minerals S.A.(이하 NMM)는 Quiborax 등이 설립한 볼리비아 광산 회사이다. 볼리비아 광산 업체 Rio Grande와 Quiborax는 볼리비아 붕소 광산 개발을 위해 별도의 합작 회사 NMM을 2001년 설립하였다. NMM은 Rio Grande가 보유하고 있던 채굴 면허를 인수하여 붕소 채굴을 시작하였으나 볼리비아 정부와 2004년 6월 다양한 내용의 다툼이 발생하였다.

Quiborax, Allan Fosks, NMM은 볼리비아가 칠레-볼리비아 투자협정상의 공정-공평 대우 등을 위반하였다고 주장하고 2005년 10월 ICSID 중재를 신청하였다. 볼리비아는 분쟁 발생 당시인 2004년 6월 당시 Quiborax와 Allan Fosks는 NMM의 주주가 아니었고 따라서 NMM은 칠레인의 지배 하에 있지 않았으므로 청구인 3인은 모두 투자협정상의 투자자에 해당되지 않으며 NMM 역시 투자협정과 ICISID 협약상의 투자에 해당하지 않는다고 주장하고 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자자 요건

볼리비아는 청구인 Quiborax와 Allan Fosk가 2001년 7~8월 NMM의 주식을 취득하였다고 하나 이를 입증할 매매 계약서, 주주 명부, 주식 양도 증명서 등 실체적인 근거가 없고 수익 배당을 받은 근거도 없으며 NMM의 사규상 경쟁사에게는 주식을 매각하지 못하도록 되어 있다는 점, 주주 총회 회의록이 마치 이들이 참석한 것처럼 조작되었다는 점 등을 제시하면서



Quiborax와 Allan Fosc는 NMM의 주주가 아니라고 주장하였다. 따라서 투자협정상의 투자자에 해당하지 않기에 ICISD 중재를 신청할 자격 자체가 없으므로 이 사건은 ICSID 관할이 아니라고 주장했다.

중재 재판부는 청구인이 제출한 각종 자료와 관계자 증언, 판정부가 추가적으로 요청한 자료 등을 토대로 청구인의 NMM 주식 매입 경위, 과정 등을 조사하여 Rio Grande사가 NMM 주식을 취득한 당일 Quiborax에게 명의 변경한 사실이 기재된 2001년 8월 17일자 임시 주주 총회 회의록, 주주 명부, 주주 증명서 등을 토대로 청구인이 분쟁 발생 이전에 적법하게 NMM 주식 자격을 취득한 점을 확인하였다. 볼리비아가 이들 서류가 조작이라고 주장하여 그 진위성에 대해 전문가 감정 등의 과정을 거쳐 검증하였으나 서류가 조작이라는 점을 볼리비아는 입증하지 못하였다. Allan Fosc가 해외 출장 중인 기간에 개최된 주주 총회에 마치 참석한 것처럼 기재된 점, 사규 위반 사항 등 일부 흠결 사항이 있기는 하나 주주 자격을 부인할 정도에 이르지 않는 못하였다고 중재 판정부는 보았다.

중재 판정부는 심리 결과를 종합하여 청구인의 주장이 일관되고 문서로 증명되며 일부 문서상의 흠결은 청구인의 주주 자격을 입증하는 충분한 증거를 무효화할 정도로 심각한 것이 아니라고 판정하고 Quiborax와 Allan Fosc는 NMM의 주주로서 투자자에 해당하며 칠레인 지배하에 있는 NMM 역시 중재 청구인 자격이 있다고 판시하였다(관할권 결정문 192).

2) 투자 요건

볼리비아는 청구인의 NMM 주주 자격이 인정되더라도 주식 보유와 NMM의 광업 면허권 보유를 위해 자금이나 기타 자산을 투입한 바 없고 볼리비아 경제에 기여하지도 않으므로 ICSID 협약상 투자가 갖추어야 할 투입성, 기여성 요건을 충족하지 못한다고 주장하였다.

중재 판정부는 볼리비아의 주장을 기각하였다. 중재 판정부는 주식과 광업권은 칠레-볼리비아 투자협정 투자의 정의와 예시에 부합하고 주식과 광업권 취득을 위해 청구인이 자산과 인력, 기술 등을 투입하여 이미 3년 동안 광업권을 행사하였고 통상의 광업 사업처럼 이익을 보지 못할 위험성을 갖추었으므로 ICSID 협약상의 투자 요건인 투입성, 기간성, 위험성을 충족했다고 판단하였다(200-208). 중재 판정부는 ICSID 협약상 투자의 특징으로 제시되는 투입성, 기간성, 위험성, 기여성 중 기여성은 투자의 특징이나 요건으로 볼 수 없다고 설명하기는 하였으나 청구인 활동이 광산 개발 인근 지역의 경제 활성화, 고용 창출, 운송 수요 발생 등을 통해 볼리비아의 경제에 기여한다는 점을 언급하기도 하였다(209).



다. 평가 및 해설

1) 투자 요건

중재 판정부는 볼리비아의 주장을 모두 기각하고 청구인은 ICSID 중재 신청 자격이 있는 투자자이며 청구인의 투자도 투자협정 및 ICSID 협약상의 투자에 해당한다고 판단하여 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 있다고 판시하였다. 그러나 이후 분쟁 당사자들의 요청으로 본안 심사는 개시되지 않은 채 현재까지 최종 판정은 나지 않고 있다. 이 판례는 중재 판정문이 아니라 관할권 결정문을 설명한 것이다.

이 관할권 결정이 의미를 갖는 것은 중재 판정부가 통상 *Salini test*에서 제시하는 4개의 투자 요건 중 투입성, 기간성, 위험성 3개만 인정하고 투자 유치국 경제 발전 기여성은 부인하였기 때문이다. 판정부는 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여는 성공한 투자의 결과이지 투자의 요건은 아니라고 보았다. 투자가 실패하면 투자 유치국의 경제에 아무런 기여도 하지 못하게 될 수는 있으나 설령 그렇다 하더라도 투자가 아닌 것은 아니라는 입장이다. 중재 판정부와 같이 기여성을 투자의 요건으로서 인정하지 않은 판례로는 *LESI vs. Algeria* 사건(관할권 결정문), *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건, *Phoenix vs. Czech* 사건, *Saba Fakes vs. Turkey* 사건이 있다.

Casado 판정부는 이 사건 판정부와 마찬가지로 경제 발전에 대한 기여는 투자의 결과이므로 요건이 될 수 없다는 입장을 취했다^{238]}. *Phoenix* 판정부는 경제 발전에 대한 기여는 확인할 수 없고 가정해야 하는 것이므로 투자의 요건으로 삼을 수는 없다는 입장을^{239]}, *Saba Fakes* 판정부는 경제 발전 기여가 ICSID 협약 서문에 명기된 투자의 목적이기는 하나 그 자체가 투자의 독립적인 기준이 될 수는 없다는 입장을^{240]} 취했다.

238] 'It is true that the Preamble to the ICSID Convention mentions contribution to the economic development of the host State. However, this reference is presented as a consequence and not as a condition of the investment: by protecting investments, the Convention facilitates the development of the host State. This does not mean that the development of the host State becomes a constitutive element of the concept of investment' Victor Pey Casado vs. Chile (ARB/98/2, Award, Para. 232)

239] '[T]he contribution of an international investment to the development of the host State is impossible to ascertain. A less ambitious approach should therefore be adopted, centered on the contribution of an international investment to the economy of the host State, which is indeed normally inherent in the mere concept of investment as shaped by elements of, contribution/duration/risk, and should therefore in principle be presumed' (Phoenix Action vs. Czech (ARB/06/5), Decision on Jurisdiction para. 85)

240] '[W]hile the economic development of a host State is one of the proclaimed objectives of the ICSID Convention, this objective is not in and of itself an independent criterion for the definition of an investment' (Saba Fakes vs. Turkey (ARB/07/20) Award para. 111)



이 사건 중재 판정부는 투자 여부를 판단하는데 있어 해당 투자협정의 투자 정의 조항 합치 여부와 ICSID 협약상의 투자 요건으로 제시되는 사항의 합치 여부 두 가지 모두를 살펴야 한다는 견해를 밝혔다. 판정부는 소위 double test, double barrel test라고 지칭되는 이러한 심리 기준이 필요한 근거로 첫째 ICSID 협약 초안 기초 당시 ‘투자’는 통상적인 의미에서의 투자를 의미한다고 초안자들 간에 협의되었다는 사실, 이미 많은 판례에서 같은 입장을 견지했다는 사실을 들었다.

투자의 본질적인 속성에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 수록하였다.

2) 실질적 소유성

이 사건 판정부는 청구인이 문제가 된 투자를 소유하고 있는지에 대한 사실 여부를 조사하여 긍정적으로 판단하였다. 이 사건과 달리 판정부가 사실 관계를 조사하여 소유 관계를 부정한 사건도 있다. *Cementownia vs. Turkey*, *Libananco vs. Turkey*, *Europe Cement vs. Turkey* 3개 사건에서는 청구인이 해당 투자를 소유하고 있다는 사실이 인정되지 못해 관할권이 부인되었다. 이 3개 사건은 모두 터키 재벌 Uzan가문이 소유하고 있던 터키의 전기 회사 CEAS와 Kepez가 Uzan가문 수장과 터키 총리와의 정치적 갈등으로 인해 터키 정부에 수용될 위기에 처하자 Uzan가문이 재산 보호 차원에서 소유 지분을 친분이 있던 외국인 청구인에게 이전한 것과 관련이 있다. 3개 사건 청구인은 모두 CEAS와 Kepez의 소유 지분을 Uzan가문으로부터 매입하여 투자자 자격을 획득하였다고 주장하였으나 터키는 국제 중재를 이용하여 재산을 보호하려는 Uzan가문의 위장 거래라고 비난하고 청구인은 실제로 CEAS와 Kepez를 소유하고 있지 않다고 반박하였다. 판정부는 주식 거래에 관한 사실 관계를 조사한 후 분쟁 발생 시점에 CEAS와 Kepez를 소유하고 있었다는 사실을 입증하지 못했으며 따라서 ICSID에 제소할 수 있는 투자자에 해당하지 않는다고 판시하였다.

투자자와 투자 간의 실질적 소유 관계에 관한 ICSID 판정을 종합하여 해설한 내용은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에 수록하여 두었다.



가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자가 국내 법원의 관할권을 회피하고 국제 중재 보호를 확보하려는 악의적인 동기에 의한 것이라는 이유로 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Cementownia NOWA HUTA S.A.는 폴란드 회사로서 2003년 5월 30일 터키 發電 회사CEAS와 Kepez의 지분을 취득하였다. CEAS와 Kepez는 1950년대 설립 당시 터키 정부가 지분 40% 이상을 보유한 準 공공 기업이었으나 터키 정부의 사회 간접 자본 민영화 정책에 따라 정부 지분을 지속적으로 민간에 매각하여 왔다. 1992년 터키 정부는 당시까지 보유하고 있던 두 회사의 잔여 지분을 전량 Uzan 가문 소유 회사 Rumeli Elektrik에게 매각하였다. 1998년 3월 두 회사는 터키 에너지부와 발전, 송전, 배전 양허 계약을 체결하였고 해당 사업에 필요한 설비는 국가 설비를 사용하되 계약 종료 시 국가에 반납하기로 하였다. 2001년 2월 터키 정부는 전기 시장법을 제정하여 송전 업무는 국영 송전 회사에 전속시키기로 하였으며 이에 따라 CEAS와 Kepez는 사용하여 왔던 송전 설비를 국가에 당초 1998년 계약 보다 이른 시기에 반환하여야 했다. 두 회사는 터키 정부의 조치는 1998년 양허 계약을 일방적으로 변경하는 것으로서 자신들의 법적, 재정적 권리를 심각하게 침해하는 것이라고 반발하였다. 당시 CEAS와 Kepez는 터키 정부와 양허 계약 이행을 두고 다투고 있었는데 돌연 Cementownia가 지분 취득을 이유로 터키 정부에 대해 에너지 현장 조약 위반을 제기하고 나섰다(폴란드와 터키는 모두 동 조약 가입국). CEAS와 Kepez는 당시 터키 정부와 반목하고 있던 Kemal Uzan의 소유였는데 터키 정부는 Kemal Uzan이 두 회사를 보호할 수단으로 투자협정을 이용하기 위해 자신의 지분을 Cementownia에게 위장 매각한 것으로 확신하였다. 중재 관정부 심리는 주로 청구인의 CEAS 및 Kepez 지분 매입의 정당성 여부 판별에 집중되었다.

양측의 다툼이 진행되던 중 폴란드 회사 Cementownia는 2003년 5월 30일 Kemal Uzan 소유의 CEAS 지분 12.23%, Kepez 지분 10.74%를 동인으로부터 매입하였고 주식 증명서도 인수하였다고 발표하였다. 터키 정부는 이 발표 직후 CEAS와 Kepez의 송전 설비 반환 거부 등 1998년 양허 계약 의무 불준수를 이유로 이 계약을 종료하였고 경찰력을 동원하여 두 회사를 접수, 각종 집기,



서류 등을 몰수하였다.

청구인은 터키가 에너지 현장 조약 상의 투자자 보호 의무를 위반하였다고 주장하고 2006년 9월 ICSID 중재를 신청하였다. 터키는 청구인은 CEAS와 Kepez의 지분을 소유하고 있지 않으며 중재 신청은 위계에 의한 것이므로 기각되어야 한다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

터키는 Kemal Uzan 소유의 CEAS와 Kepez 지분 소유권이 사실은 청구인에게 이전되지 않았으며 설사 실제로 이전되었다 하더라도 이는 해당 회사에 대한 터키 국내 법원 관할권을 회피하고 국제 중재로 보호하려는 전형적인 treaty shopping이며 선의의 거래가 아니라 인위적으로 국제 중재 관할권을 위조하려는 술책이라고 주장하였다.

중재 판정부는 해당 지분 거래 진정성을 파악하기 위해 소유자(청구인)가 서명한 주식 증명서 원본 제출을 수차례 요청하였으나 청구인은 석연치 않은 이유(운송 중의 보안 취약 등)로 끝내 이 증명서를 제출하지 않았다. Kemal Uzan은 당시 유럽 인권 재판소에서 터키 정부를 상대로 소송을 진행 중에 있었다. 이 소송에서 Kemal Uzan은 자신이 CEAS와 Kepez의 지분을 2003년 6월 30일 이후에도 소유하고 있었다고 증언한 바 있다. 중재 판정부는 이 증언은 2003년 5월 30일 지분을 매각하였다는 이 사건에서의 청구인 주장과 상치된다고 지적하였다. 터키는 2003년 9월 CEAS가 터키 정부를 상대로 제기한 소송에서 CEAS는 완전히 터키 국내 자본이 소유하고 있다고 확인한 내용을 증거로 제출하였고 판정부는 이를 청구인의 주장과 상치되는 또 다른 사실 증거로 인정하였다.

청구인에 따르면 해당 지분 거래는 Kemal Uzan과 2003년 5월 30일 전화 통화로 합의되었고 수일 후 5월 30일자로 소급하여 문서화되었다. 그런데 이 계약서가 A4 용지 한 장 분량이었으며 4매의 사본 중 1매만 Uzan의 서명이 있을 뿐 나머지는 무서명 상태였다. Uzan은 Krakow라는 도시에서 Cementownia 이사회 의장이 서명하였다고 증언하였으나 계약서에 서명이 없는 점은 설명하지 못하였다. 청구인은 계약 체결 후 주식 증명서가 Rumeli 그룹의 신뢰할 수 있는 직원에 의해 직접 청구인에게 배달되었다고 주장하였으나 아무런 문서상의 근거나 신뢰할 수 있는 직원의 신분 또는 증언을 제시하지 못하였다.

Cemetownia의 2003년 2004년 연차 회계 보고서는 2003년 5월에 있었다는 해당 지분 매입이



기입되지 않았고 2006년 이 사건 중재가 신청된 이후 발간된 2005년 보고서에 구체적인 거래 일자도 명시하지 않고 해당 거래가 2003년에 있었다는 사실만 기재되었다. 2003년 5월 거래 당시 청구인 Cementownia는 Kemal Uzan이 소유하고 있던 Rumeli 그룹사의 소유 하에 있었다. 청구인이 CEAS와 Kepez의 지분 매입에 지불한 비용은 5만불 남짓이나 3년 후 이 사건 중재를 신청하면서 요구한 보상 금액은 46억불인 점도 판정부는 미심쩍게 생각하였다. 46억불의 이권을 창출할 수 있는 거래가 한 번의 전화 통화로 이루어지고 서명도 없는 한 장짜리 계약서로 정리된 후 주주 총회에 제출하여 승인받아야 하는 회계 보고서에 누락된 일련의 정황이 거래의 진정성을 매우 합리적으로 의심하게 한다고 지적하였다. 판정부는 아울러 10% 이상의 대규모 지분 변동은 터키나 폴란드의 해당 감독 관청에 신고되었어야 하나 이 신고가 이루어진 적이 없다는 점도 주목하였다.

중재 판정부는 위와 같은 사실에 입각하여 볼 때 청구인은 CEAS와 Kepez의 지분을 소유하고 있다거나 에너지 현장 조약상의 투자자에 해당한다는 점을 입증하지 못했다고 판정하였다. 아울러 청구인의 투자는 상업적인 목적의 선의의 투자가 아니라 국제 중재 활용권을 확보하려는 악의적인 것이며 터키 정부를 상대로 위계에 의한 주장을 제기한 것이라고 천명하였다(판정문 116-172).

다. 평가 및 해설

1) 중재 절차 남용의 의의와 유형

ICSID 중재 절차를 남용하기 위한 위장된 투자에 대해서는 비록 투자협정이나 ICSID 협약상의 관할권을 충족했다 하더라도 관할권을 인정하지 않는 것이 ICSID 중재 판정의 일관된 입장이다. 중재 절차를 남용한다는 것은 정상적으로는 중재 절차의 대상이 되지 않는 투자 또는 중재를 신청할 수 없는 투자자가 투자 유치국의 사법 절차 이용을 회피하기 위하여 ICSID 중재 관할권을 위장하여 취득하는 것을 의미한다.

지금까지의 관련 판례를 보면 이러한 위장은 크게 3가지 방식으로 시도된다. 첫째는 ICSID 중재 신청 자격이 없는 실 소유자가 ICSID 중재 적격을 갖춘 타인에게 자신 투자의 소유권 또는 통제권을 명목상으로 이전하는 것이다. 타인 입장에서 보면 해당 투자의 구매 의사나 자기 재원의 투입은 물론 실질적인 경제 활동 의사 자체가 없이 단순히 명의만 제공하는 위장 매입을 하게 되는 것이다. 둘째는 투자 유치국과 원 투자 간에 분쟁이 발생한 후에 또는 발생한 조짐이



농후한 시점에 ICSID 중재 신청이 가능한 자를 소유자로 초빙하거나 ICSID 중재에 회부하여 승소한 후 보상금을 획득할 목적으로 해당 투자를 매입하는 경우이다. 원 투자 소유자와 무관하고 국제 중재 승소 경험과 확신이 있는 제 3의 투자자가 실제 자신의 재원을 투입하여 분쟁 발생 가능성이라는 하자 있는 투자를 저렴한 가격에 매입할 수도 있을 것이다. 셋째는 ICSID 관할 대상이 아닌 원 투자자가 중재 적격이 있는 동일 계열사에게 지분을 이전하는 경우이다. ICSID 중재 적격이 있는 수직 계열선 상의 회사가 각각 중복하여 중재를 신청하는 경우도 포함된다.

2) 관련 판례

이 사건처럼 ICSID 중재 자격을 획득하기 위해 소유권을 형식적으로 이전한 사례로는 체코 정부와 분쟁이 있는 회사의 소유주가 이스라엘 국적을 취득한 후 이스라엘 회사(Phoenix)를 설립하고 이를 통해 자신이 체코 국민으로서 체코에 거주할 당시 소유하였던 회사를 도로 매입하여 ICSID 중재를 신청한 *Phoenix vs. Czech* 사건(ARB/06/5)이 있다. 동 사건 판정부는 Phoenix의 행위는 회사의 현재 및 미래 가치에 근거한 경제적 투자가 아니며 투자가 이루어진 전후에 아무런 경제적 활동도 없었으므로 ICSID 중재권을 획득하기 위한 가족 내의 자산 재배치에 불과하다고 정리하였다. 이러한 거래는 선의의 거래라고 할 수 없으며 ICSID 체제 하에서 보호될 수 없는 거래라고 판단하고 관할권을 인정하지 않았다(판정문 135-146).

터키 정부와 대립하고 있던 터키 기업인이 자신 소유인 터키 전기 회사의 지분을 자신이 매입한 사이프러스 회사에 넘기고 ICSID 중재를 신청하게 한 *Libananco vs. Turkey* 사건(ARB/06/8)에서 판정부는 고액 거래를 입증할 수 있는 서류가 작성, 보관되지도 않은 점, 청구인의 지분 획득이 터키 법령에도 불구하고 공지되지 않은 점, 주식 이전 약정 서명이 이루어진 사이프러스에 매도인(원 소유주)의 방문 사실이 입증되지 않는 점 등을 들어 매매 사실 자체를 인정하지 않고 따라서 청구인은 ICSID에 제소할 수 있는 투자자에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 530-538).

Saba Fakes vs. Turkey 사건(ARB/07/20) 역시 터키 기업인이 자신 소유의 회사 지분을 명목상 매각하고 매수인으로 하여금 ICSID 중재를 신청하게 한 사건이다. 판정부는 청구인이 지배 주주로서 실질적인 권한 행사와 권리 보유 사실을 입증하지는 못하고 터키 법상의 대주주 지위 획득 신고도 시행하지 않은 점 등에 비추어 ICISD 협약상의 투자에 해당하지 않으므로 ICSID는



관할권이 없다고 판시하였다.

Alapli Elektrik vs. Turkey 사건(ARB/08/13)에서는 청구인이 실제 자신의 자산을 투자한 것이 아니라 타인 자산이 투자되는 통로로 이용되었을 뿐이고 국제 중재 청구 자격을 구비하기 위한 목적으로 청구인에게 외형상의 투자자 자격을 부여한 것으로 판단된다는 이유로 관할권이 부인되었다. 중재인 1인은 거래 요건을 모두 충족하였으므로 관할권이 있다고 주장하였으나 중재인 2인이 자기 자산을 투입하지 않았으므로 투자의 투입성 요건을 충족하지 못했고 분쟁 발생 시 국제 중재를 활용하기 위한 보험으로서 청구인의 명의를 이용했을 뿐이므로 관할권을 인정할 수 없다고 판단하였다.

Gambrinus vs. Venezuela 사건(ARB/11/31)에서 판정부는 청구인의 투자 요건 충족과 투자자 및 중재 신청 적격을 인정하기는 하였으나 국제 중재 절차 이용이 불가능한 원 소유자가 이를 이용하기 위한 수단으로 투자를 타인에게 이전하는 것은 절차의 남용(abuse of process)에 해당하고 분쟁이 개시된 이후에 청구인이 관할권을 획득한 행위는 관할권 성립의 정당한 근거가 될 수 없다는 원칙을 재확인하였다.

원 소유주가 파나마 정부와의 국내 분쟁이 본격화 된 때 청구인에게 지분을 매각한 *Transglobal vs. Panama* 사건(ARB/13/28)에서 중재 판정부는 기존에 진행 중인 국내 분쟁해결 절차 위에 새로이 국제 중재 관할권을 창설하려는 시도로서 이는 절차의 남용에 해당한다고 판정하였다(판정문 100-118).

| 중재 절차 남용으로 인한 관할권 부인 판정 |

사건명	관할권 획득 시도 방식	관할권 부인 방식
<i>Banro v. Congo</i> (98/7)	동일 계열사에 이전	투자자 요건 불충족
<i>Cementownia v. Turkey</i> (AF)/06/2)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Pheonix v. Czech</i> (06/5)	위장 명의 이전	거래는 인정 선의 위반
<i>Libananco v. Turkey</i> (06/8)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Hamester v. Ghana</i> (07/24)	국제 중재 절차 남용 목적의 투자는 불인정 원칙 확인	



ICSID 중재판정례 해설

사건명	관할권 획득 시도 방식	관할권 부인 방식
<i>Alapli Elektrik v. Turkey</i> (08/13)	위장 명의 이전	투자 요건 불충족 및 선의 위반 (관할권 인정하는 소수의견)
<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	분쟁 후 투자 매입시 투자자 자격 불인정 원칙 확인	
<i>Levy and Grecoitel v. Peru</i> (11/17)	분쟁 발생 후 투자자 자격 획득	형식 요건은 충족, 중재 남용 목적이므로 불인정
<i>Gambrinus v. Venezuela</i> (11/31)	중재 자격 획득 위한 위장 명의 이전 및 분쟁 후 투자자 자격 획득시 관할권 부인 원칙 재확인	
<i>OTMT v. Algeria</i> (12/35)	동일 계열사에 이전	수직 계열사의 중복 제소는 중재 남용
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	상이한 法源을 근거로 한 중복 중재 청구는 중재 남용 불해당	
<i>Transglobal v. Panama</i> (13/28)	분쟁 발생 후 투자자 자격 취득	거래 성립은 인정 중재 남용 목적이므로 불인정



가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 일련의 개개 행위가 투자협정 위반을 구성하지는 않더라도 그 효과의 누적으로 인해 전체적으로는 협정 위반을 구성할 수 있다고 판시된 사건이다.

청구인 Rompetrol Group N.V.는 루마니아 출신의 기업가 Dinu Patriciu가 1999년 11월 루마니아 석유 사업에 투자하기 위해 네덜란드에 설립한 회사이다. Rompetrol 그룹은 정유 공장과 석유 화학 단지를 소유하고 있는 루마니아 최대 정유 회사 Petromidia Rafinare의 지분 과반 이상을 2000년에 매입하고 회사명을 Rompetrol Rafinare로 바꾸었다. 이 사건은 Petromidia 지분 매입 과정에 대한 루마니아 사법 당국의 조사의 정당성, 과잉성에 대한 다툼이다.

청구인에 따르면 Petromidia를 인수한 후 경영이 정상화되어 기대 이상의 수익을 내게 되자 루마니아 굴지의 정유 회사 중의 하나였던 Rafo Onesti사가 자신의 지분도 매입하여 줄 것을 요청하여 왔다. Dinu Patriciu가 이를 거절하자 당시 대통령 국가 안보 보좌관이었던 Talpes가 Rompetrol Group 사장 Patriciu와 2004년 초 회동하였고 이 자리에서 Rafo사 인수를 강권하였다. Patriciu는 거절하였다. 이후 Rompetrol그룹이 Petromidia를 인수하는 과정에 불법 행위가 있었음을 주장하는 문서가 공개되었고 국가 안보실에서 작성, 배포된 것으로 의심되는 정황이 농후하였다. 2004년 4월 루마니아의 반부패청(PNA)은 돌연 Petromidia 인수 과정상의 부정부패 혐의 명목으로 수사를 개시하였으나 별다른 혐의를 찾지 못하고 2004년 10월 수사를 종결하였다. 그러나 2004년 9월에는 루마니아 검찰청이 부패 이외의 일반 형사 혐의로 수사를 개시하였으며 Patriciu 및 그의 동업자들의 개인 비리에 초점을 두어 진행된 수사의 범위 및 행태가 매우 집요하고 악의적인 수준에 이르렀다. 청구인은 검찰청 인사와 Rafo사 간의 유착을 의심하였다. 대부분의 투자 분쟁은 투자 유치국의 특정 조치가 투자 기업 또는 그의 현지 법인 등을 대상으로 이루어진 것을 다투는 것과 달리 이 사건은 특정 개인을 겨냥한 조치, 특히 수사 조치가 쟁점이 되었다. 청구인은 이 사건의 배후에는 Patriciu를 겨냥한 루마니아 정계의 시기와 반목, 견제가 있다고 보았다.



청구인은 루마니아의 조치가 공정·공평 대우, 자의적이고 비합리적인 조치 위반 등에 해당한다고 주장하고 네덜란드-루마니아 투자협정을 근거로 2005년 12월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) Talpes 보고서의 적법성

청구인이 Petromidia를 인수하기 이전 이 회사의 경영 상태는 매우 부실하였으나 인수 직후 과거 이 회사가 1980년 대에 리비아에 제공하였던 채권을 회수하게 되었다. 이 덕분에 Petromidia의 경영 실적은 눈에 띄게 개선되었고 기대 이상의 수익을 창출하게 되었다. 청구인은 Rafo사 경영주 및 배후 인사들이 Petromidia의 개선된 재정 환경에 편승하고자 경영 부실 상태였던 Rafo사와의 합병을 강요하였고 이를 관철하기 위해 정계 인사를 동원하였다고 주장하였다. 그 일환으로 추진 된 것이 Talpes 국가 안보 보좌관의 개입이며 Patriciu가 합병을 거절하자 Talpes의 지시 아래 존재하지도 않았던 Petromidia 인수 과정상의 불법 행위에 대해 기술하고 대응 방안을 대통령에게 건의하는 비망록 형식의 문건이 작성되었다고 주장하였다. 청구인은 정유 회사 합병 건은 국가 안보 보좌관의 권한 외의 업무이므로 권한 남용에 해당하며 Patriciu를 탄압하려는 루마니아 정계의 음모의 존재를 나타내주는 핵심이라고 역설하였다.

Talpes 보고서가 정치적인 동기에 의해서 작성되어 정부 요로에 배포되었다는 주장의 핵심 근거는 Stanescu라는 증언 언론인의 증언이었다. 그는 상당히 축적된 근거를 제시하며 Patriciu를 겨냥한 루마니아 정계의 은밀한 동향이 있다고 주장하였으나 그 정보의 출처는 취재원 보호를 이유로 밝히지 않다가 중재 판정부 심리 하루 전에 돌연 실명을 공개하겠다고 천명하였다. 판정부는 출처의 실명까지 공개된 정보의 증거 채택 여부를 두고 고심한 끝에 이를 수용하지 않기로 하였다. Stanescu가 Patriciu의 결혼 증인이며 자녀들의 代父일 정도로 매우 긴밀한 관계에 있는 자로서 증언의 신빙성과 실명 공개의 의도가 의심된다는 이유에서였다.

판정부는 Talpes 보고서는 대통령에게 정확히 보고하기 위해 Petromidia 인수 과정상의 확인되지 않은 불법 행위에 관한 정보를 요청하는 것이 주요 골자로서 정보의 요청은 불법, 적법을 따질 사항이 되지 않으며 보고서를 접수한 루마니아 정부 어느 부처도 제공해서는 안 될 정보를 제공토록 강요, 종용당한 사실이 없다고 지적하였다. 아울러 Talpes의 공식 직책은 안보 보좌관이었으나 실상은 비서실장의 역할을 수행하였으며 일견 안보와 무관한 행정 사항도 Talpes에게 보고,



취합된 점이 인정되므로 국가 경제에 큰 영향을 미치는 정유 회사의 합병 건에 대해 Talpes가 개입되는 것이 부적당해 보이지는 않는다고 언급하였다. Patriciu에 대한 악의는 정황상 추정되지만 증거로 입증되지는 않는다고 판단하였다(판정문213-230).

2) 반부패청 조사

Talpes 보고서 작성 직후, 루마니아 반부패청의 청구인에 대한, 특히 Patriciu에 대한 조세 회피, 자금 세탁 등의 부패 혐의 조사가 2004년 4월 개시되었다. 반부패청의 조사 권한은 일반 형사 사항이 아닌 부패 혐의에 국한되어 있었다. 청구인은 반부패청의 조사는 정치적 동기에 의해 작성된 Talpes 보고서와 시기적으로 일치하며 이는 동 조사가 악의적인 의도에서 개시된 것을 증명하며 이는 투자협정 3(1)조 위반이라고 주장하였다.

판정부는 설사 Talpes 보고서와 반부패청의 조사 간의 연계를 작업상의 가설(working hypothesis)로 인정하더라도 큰 의미가 없다고 보았다. 형사 수사의 적법성은 정보의 출처에 의해 결정되는 것이 아니라 정보의 품질에 의해 결정되는 것이며 내부자 고발, 인지, 언론 보도 등 다양한 방법에 의해 개시될 수 있는 것이라고 언급하였다. 중재 판정부는 Talpes 보고서가 반부패청의 조사를 개시하게 했다는 점은 문서상의 증거로 입증된 것 같기는 하지만 그 사실 자체가 3(1)조 위반에 해당하는 것은 아니라고 판정하였다(231-233).

3) 검찰 수사

반부패청은 조사 끝에 특별한 부패 혐의를 찾아 내지 못하자 조사를 종결하면서 관련 정보를 검찰청에 이관하였다. 검찰청은 2004년 9월부터 Patriciu의 주가 조작, 자금 세탁, 횡령 혐의에 대해 수사하기 시작하였다. 청구인은 이 수사 행태가 매우 악의적이고 집요하여 투자협정 3(1)조 위반을 구성한다고 주장하였다. 청구인은 루마니아 검찰청은 Patriciu에 대한 적개심과 편견에 사로잡혀 수사에 필요하지 않은 자료까지 금융 기관 및 거래처로부터 광범위하게 입수, 요청하고 자산을 포괄적으로 동결하였으며 Patriciu와 동업자를 일시 구금하는 등 무리한 수사를 진행하였고 그로 인해 Patriciu의 평판과 사업에 실질적인 손실을 초래하였다고 호소하였다.

판정부는 청구인이 주장한 검찰의 개개 수사 행태에 대해서 심리한 결과 특정 행태가 그 자체로 공정·공평 대우에 위반되거나 탈법적이라고 보지는 않았다. 일부 행태는 그 필요성을 인정하였으며 일부 행태는 불필요하고 과도한 것이라고 지적하기도 하였다. 어느 행태는 악의적인



의도가 의심되기는 하나 청구인의 입증이 부족하다고 기각하기도 하였다. 그러나 개개 행위는 투자협정 위반에 해당하지 않지만 그 누적적인 효과로 인해 일련의 개개 행위가 전체로는 투자협정 위반을 구성할 수 있다고 보았다. 비록 수사 자체는 부당하지 않더라도 수사 과정상의 부당한 행위의 패턴에 의해 공정·공평 대우 의무 위반이 있을 수 있다고 지적하였다. 다만 그 패턴은 충분할 정도로 심각하고 집요해야 하며 투자자의 이해가 영향을 받았어야 하고 투자자를 보호하기 위한 적당한 수준의 고려도 하지 않은 정도여야 한다고 논시하였다. 투자자는 자신이 수사의 대상이 되었을 경우 해당 수사가 공정한 방식으로 진행될 것이며 수사상 필요하지 않은 부정적인 효과는 수사 당국이 회피하거나 최소화 또는 경감하여 줄 것이라고 기대하는 것은 정당하다고 보았다. 이러한 정당한 기대를 침해하는 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라는 것이다.

판정부는 루마니아 검찰청의 수사 행태 중 Patriciu의 불필요한 구금, 청구인 사업에 지장을 줄 정도로 조사 범위의 불필요한 확대, 검사들의 적대적인 태도 등을 볼 때 루마니아가 투자자의 피해 가능성을 회피, 최소화, 경감하려는 시도를 했다고 볼 수 없고 이들 행태를 종합하여 볼 때 그 범위 안에서는 루마니아가 공정·공평 대우 의무를 위반했다고 판정하였다(270-279).

다. 평가 및 해설

이 사건 외에도 개개 행위는 위법이 아니어도 상호 연계된 전체 행위가 위법이 될 수 있다고 판시한 사건은 수 건이 있다. *MCI Power vs. Ecuador* 사건(ARB/03/6)에서 청구인은 에콰도르의 투자협정 위반 행위가 1개의 단속성 행위가 아니라 상호 연결되는 복수의 행위로 구성되어 있고 이중 초기 행위는 비록 투자협정 발효 이전에 발생하였으나 이후 연결된 행위는 투자협정 발효 이후에 시행되었으므로 초기 행위까지 포함하여 투자협정 위반 여부를 판단해야 한다고 주장하였다. 판정부는 그러나 투자협정 발효 이전의 행위 자체에 대해서는 설사 투자협정 위반에 해당한다 하더라도 위반의 책임을 국가에 물을 수 없다고 확인하였다. 다만 투자협정 발효 이후 시행된 위반 행위의 배경, 원인, 인과관계를 이해하기 위하여 발효 이전 행위도 고려할 수는 있다고 보았다.

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15) 판정부는 일련의 상호 연계된 조치의 구성 행위 각각은 투자협정의 위반에 해당하지 않더라도 그 누적된 효과로 인해 전체 행위는 투자협정의



위반에 해당할 수 있다고 판정하였다. 대표적인 행위가 점진적 수용으로서 구성 행위 각각은 수용의 효과나 의도가 없을 수 있어도 누적된 전체로서는 수용 행위가 될 수 있다고 설명하였다.

멕시코가 양허 계약에 의거하여 자동차 등록제를 대행하고 있는 회사의 경영권을 장악하고 양허 계약을 취소한 행위가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하는지, 해당할 경우 위반 시점은 언제인지가 쟁점이 되었던 *Gemplus & Talsud vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4)에서 판정부는 경영권 장악과 양허 계약 폐지는 하나의 복합된 행위(composite act)로서 공정하고 공평한 대우 의무 위반이며 위반 시점은 경영권이 장악된 시점이라고 판시하였다(판정문 7-76, 77, 78)

투자협정 위반 주장이 제기된 일련의 조치에 대해 베네주엘라는 초기 행위가 분쟁 제기 시한을 초과하였으므로 상호 연결된 전체 행위 모두가 심리될 수 없다고 주장하였으며 청구인은 후기 행위가 시한 내에 있으므로 상호 연결된 시한 초과 행위까지 포함하여 심리해야 한다고 반박한 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인의 주장을 수용하였다. 그러나 이는 상호 연결된 행위에 한한 것이므로 해당 행위 상호 간의 연결성 여부를 판단하여 결정해야 한다고 보았다. 청구인의 주장한 초기 및 후기 행위는 이러한 연결성을 인정하기 어렵다고 판단하였으며 구성 행위 중 하나라도 분쟁 시한을 초과하면 전체 행위도 시한을 초과한 것으로 보아야 한다는 베네주엘라의 주장에 대해 판정부는 상호 연계성이 인정되지 않는 일련의 행위 중 특정 행위가 분쟁 제기 시한을 초과한 효과는 해당 행위에만 적용되는 것이며 여타 행위에는 영향을 미치지 않는다고 해석하였다(판정문 203-240).



93

Vestey vs. Venezuela 사건(ARB/06/4)

가. 사건 개요

이 사건은 베네주엘라가 청구인 소유의 농장을 자국법상의 불법 점유지 회수 조치를 통해 몰수한 것이 투자협정의 수용 조항 위반에 해당되는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Vestey Group은 영국의 종합 식품 회사로서 1900년대 초부터 베네주엘라에 다수의 목축 농장을 운영하고 십만 마리 이상의 소를 방목하고 있었다. 1999년 차베스 대통령 집권 후 베네주엘라는 헌법을 개정하여 토지 개혁과 광활한 유휴지 정리 조항을 신설하였고 2001년 토지법을 제정하여 정부에게 불법적으로 점유되어 있는 광역 유휴지를 회수(recovery)할 수 있는 권한을 부여하였다. ‘회수’ 조치는 불법 점유된 토지를 보상 없이 몰수하는 것이었다. 문제는 토지 구획과 소유 등기 내역이 완벽히 정리되어 있지 않은 베네주엘라의 상황상 Vestey와 같은 대규모 농장을 다수 소유하고 있는 외국 기업이 해당 농장의 소유 이력 증명을 충실히 제출하기가 어려운 측면이 있었다. 베네주엘라 정부와 대통령이 부추기는 반 외국 정서 및 토지 회수 정책에 고무된 베네주엘라 농민은 Vestey 소유 농장에 무단 침입하여 거주하기 시작하였고 농장 내 가축을 절취하거나 도살하기도 하였다. 정부는 이를 단속하지 않았으며 베네주엘라 농민이 점거한 지역의 소유권을 인정하는 조치를 취하기도 하였다. Vestey는 2001년부터 2005년까지 수 건의 회수 통지를 받았으며 농장 및 가축, 축사, 관리 시설 등을 보상 받지 못하고 몰수당했다.

Vestey는 베네주엘라의 조치가 영국-베네주엘라 투자협정상의 수용 조항을 위반하였다고 주장하고 2005년 10월 ICSID 중재를 신청하였다. 이와 별도로 Vestey는 잔여 농장 보존을 위해 2006년 베네주엘라 정부와 약정을 체결하여 농장 1곳은 정부에 매각하고 다른 한 곳은 기증하기로 하고 ICSID 중재를 잠정 중단하였다(2006년 약정). 그러나 이후 잔여 농장 여러 곳도 회수당하자 ICSID 절차를 재개하였다. 베네주엘라는 청구인의 농장을 몰수한 사실 자체는 인정하였으나 해당 농장이 청구인의 소유가 아니라는 점을 주장하며 수용 주장을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) 소유권 보유 여부

베네주엘라는 Vestey의 토지 등을 ‘회수’한 것은 인정하였다. 베네주엘라의 입장은 불법적으로 소유하고 있던 토지를 법령에 의거하여 회수했다는 것이고 청구인의 주장은 합법적으로 소유하고 있던 토지를 탈취했다는 것이다. 결국 청구인의 해당 토지 소유의 합법성 여부가 심리의 쟁점이 되었다.

중재 판정부는 청구인 토지를 수용한 법적 근거는 2001년 토지법이고 청구인은 이 법 자체가 자신의 투자를 탈취한 수용적인 조치의 하나라고 주장하고 있으므로 이 법에 근거하여 청구인의 해당 토지 소유 여부를 판단할 수는 없으며 이 법 도입 직전에 청구인이 토지를 정당하게 소유하고 있었는지 여부를 검토하겠다고 하였다. 청구인은 2006년 약정 체결 당시와 생산성 증명서 발급 시 베네주엘라가 청구인의 토지 소유권을 인정하였으므로 이를 다시 다투는 것은 금반언의 원칙에 위배된다고 주장하였다. 아울러 토지 소유권은 소유 등기의 존재로 입증된다고 주장하였다. 베네주엘라는 소유권은 소유 등기만으로 입증되는 것이 아니라 (자신의 소유에 이르기까지의) 적법한 소유권 이전 내역이 제시되어야 한다고 반박하였다.

판정부는 청구인의 주장대로 2006년 약정에 의거, 베네주엘라가 생산성 증명서를 발급할 때 소유권을 인정하였다 하여 부동산의 소유권이 입증되는 것이 아니라 베네주엘라 민법상의 관련 규정에 의거하여 입증되는 것이며 베네주엘라 민법 796조²⁴¹⁾는 소유권이 성립될 수 있는 경로를 법령에 의한 이전, 상속, 계약, 취득 시효로 한정하고 있으므로 청구인의 주장대로 금반언의 원칙으로 소유권이 성립될 수는 없다고 판정하였다. 청구인이 원용한 2006년 약정이나 생산성 증명서는 토지 매매, 양도와는 무관한 내용을 규율하고 있다고 첨언하고 금반언의 원칙 상 소유권이 인정된다는 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 256-261).

토지 등기가 소유권을 입증한다는 청구인의 주장은 판정부가 수용하였다. 판정부는 베네주엘라 토지등기법상 등기부는 법적 효력이 있는 공문서라고 적시되어 있고 민법은 공문서는 유효한 것으로 간주된다고 규정하고 있다고 환기하고 공문서는 공중의 신뢰를 창출하는 것이므로 법원에서 정식으로 달리 판결되지 않는 한 유효한 것이라고 논시하였다. 베네주엘라는 민법 796조는 소유권 창출 경로로 등기부 등재를 적시하고 있지 않으므로 등기부에 등재하는 행위가 소유권을 창출하는

241) 796. Property and other rights can be acquired and transferred by virtue of the law, by succession, and by contract. They can be also acquired through prescription.



것이 아니라 이 조항에 나열된 바와 같이 계약이 소유권을 창출하는 것이므로 청구인은 해당 토지를 합법적으로 취득하게 된 계약의 존재를 입증해야 한다고 반박하였다. 그러나 판정부는 물론 등기 자체가 자산 취득의 독립적인 양태는 아니지만 등기 대상 행위가 유효하다는 적법한 추정을 창출하는 것이며 이 사건에 있어 그 대상 행위는 해당 토지 이전(매매) 계약이라고 설명하였다. 해당 계약은 소유권 창출의 적법한 양식이며 등기는 관련 법에서 규정한 방식으로 부정되지 않는 한 이 중재 판정부를 포함한 제 3자로 하여금 해당 소유권이 유효하게 이전되었다고 신뢰할 수 있게 하는 것이라고 정리하였다. 판정부는 등기부가 물론 타당하지 않거나 부정확한 내용을 포함할 수도 있고 등기 자체가 불법적인 법적 행위를 합법화할 수도 없지만 해당 행위가 유효하다는 추정을 제공하는 것이며 이는 전체 公衆에 대해서 이루어진 법적인 행위이므로 제 3자는 등기부에 등재된 법률 행위가 유효하다고 추정해야 할 의무가 있다고 설명하였다. 물론 이는 반증할 수 있는 추정이나 사법적인 결정에 의해서 가능하고 베네주엘라 등기법은 등기의 효과는 오직 상소할 수 없는 법원의 최종 판결로만 취소할 수 있다고 규정하고 있는 점을 환기하였다. 따라서 판정부는 이러한 판결이 없는 한 청구인이 제시한 해당 토지 이전 계약의 등기는 청구인이 해당 토지를 적법하게 이전받았고 따라서 소유권이 있다는 사실을 인정해야만 한다고 판단하였다. (262-275).

중재 판정부는 설사 등기가 유효한 소유권을 창출하지 못한다고 가정한다 하더라도 청구인은 해당 토지를 10년 이상 점유하고 있었으므로 베네주엘라 민법 1979조에 의거하여 시효에 의한 소유권이 인정된다고 보았다. 해당 조항은 적법한 서식으로 등재한 자산을 선의로 10년 이상 점유한 자에게는 소유권을 인정한다고 규정하고 있었다. 판정부는 청구인은 해당 토지 소유권을 선의로 취득하였고 해당 토지 등기를 마지막으로 한 시점이 이미 1988년이므로 위 조항에 의거하여 2001년 토지법 시행 이전에 이미 합법적인 소유권을 보유하고 있었다고 판단하였다(276-284).

판정부는 베네주엘라 민법이 소유권 창출을 위해 소유권 이전 내역을 요구하고 있지 않으므로 베네주엘라의 주장을 수용하지 않았으며 문제가 된 조치가 시행되기 이전에 청구인은 해당 토지에 대한 완전한 소유권을 보유하고 있었으므로 베네주엘라 정부가 이를 탈취한 것은 영국-베네주엘라 투자협정상의 수용에 해당한다고 판시하였다.

2) 공공의 목적

투자협정 5(1)조²⁴²⁾는 수용은 공공의 목적을 위한 것이라고 규정하고 있었다. 베네주엘라는



청구인 토지 접수는 식량 자급자족 정책의 일환으로 국민의 식량에 대한 적시적인 접근성과 가용성 확보라는 공공 목적을 위한 것이었다고 주장하였다.

판정부는 식량 자급자족, 식량 접근성, 가용성은 공공의 목적이 될 수 있다는 점은 인정하였다. 그러나 이 주장이 설득력을 갖기 위해서는 수용 이후의 행태가 당초의 목적과 부합하여야 한다고 보고 수용 이후의 정부의 행위를 살펴 보았다. 정부가 당초 천명하였던 공공 목적 달성과 무관하게 행동하였다면 문제가 된 조치는 천명된 목적 달성을 위해 채택된 조치가 아니라고 볼 수 있기 때문이다. Vestey는 매우 생산적인 기업이었고 Vestey가 생산한 쇠고기는 시중에서 고시된 가격으로 판매되고 있었다는 점은 베네주엘라도 인정한 사실이었다. 당시 베네주엘라는 국내 소비를 충당하기 위해 쇠고기를 국내 고시 가격보다 비싸게 수입하여 정부 보조금을 통해 고시 가격으로 공급하고 있었다. 이는 정부 재정에 큰 부담이 되었다. 판정부는 이러한 상황에서 쇠고기를 고시 가격으로 다량 공급하는 생산성 높은 기업의 존재가 당초 정부가 천명한 공공 목적 달성에 도움이 될 것인 바 왜 이 기업을 수용해야 식량 접근성이 더 개선된다는 것인지 이해하기 곤란하다고 통박하였다. 또 수용 이후 생산량이 증가되었거나 가격이 하락하였다는 증거도 없고 오히려 베네주엘라 정부 개입 이후 생산량이 감소했다는 것은 공지의 사실이라고 지적하였다. 베네주엘라는 유전적으로 우월한 Vestey축牛에의 접근성 향상을 또 다른 공공 목적으로 제시하였으나 판정부는 Vestey는 정기적으로 순종 축우를 판매하여 왔고 수용 이후 축우 가격은 오히려 인상되었으며 만일 베네주엘라가 순종 축우 접근성 향상을 모색하였더라면 순종 축우 판매량 확대 강제 조치 등 수용보다는 훨씬 유연하고 효과적인 조치를 취할 수 있었을 것이라고 지적하였다.

3) 공정한 절차

영국-베네주엘라 투자협정 5(1)조는 투자 유치국 수용 조치에 대해 사법부, 또는 독립적인 당국의 검토 기회를 규정하고 있으며 베네주엘라 수용법도 상세한 이의 제기 및 검토 절차를 규정하고 있었으나 청구인에게 이와 같은 절차적 권리가 보장되지 않았다. 베네주엘라는 청구인

242] 5(1) Investment of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to 'expropriation') in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to be genuine value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. The rational or company affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph.



농장 회수 조치가 자국 수용법상의 수용 조치가 아니라 토지법상의 ‘회수’라는 별도의 행위이므로 수용법상의 절차가 적용되지 않는다고 주장하였다.

중재 판정부는 토지법상의 회수는 수용된 토지의 보상은 물론 가축, 시설물 등 함께 몰수된 자산에 대해서도 보상하지 않고 있으며 독립적인 기관의 정당한 가치 평가, 이의 제기 기회 부여 및 심리 등의 절차적 권리도 부여하고 있지 않음을 확인하였고 특정 토지에 대한 회수 결정시 60일 이전에 이를 소유주에게 통보하여야 하나 이 사건 경우 청구인에 대한 통보도 이루어지지 않았음을 확인하였다. 판정부는 토지법상의 회수 행위에 적용되는 절차는 투자협정상의 공정한 절차 의무를 준수하기에는 심히 미흡하며 청구인에 대해 사전 고지도 해태함으로써 미흡한 절차마저 활용할 수 있는 기회를 박탈하였다고 지적하고 이는 투자협정 5(1)조 위반에 해당한다고 판정하였다(301-309).

다. 평가 및 해설

이 사건은 투자협정상 수용이 합법적으로 인정되기 위한 요건에 대해 유용한 참고가 되는 사건이다. 대부분의 투자협정은 ① 공공목적을 위하여, ② 비차별 방식으로, ③ 신속하고, 적정하며, 효과적인 보상을 지불하며, ④ 법적 절차를 준수하여 외국인 투자를 수용할 수 있다고 규정하고 있다.

‘공공 목적’의 측면에서 이 사건은 투자 유치국이 표방한 공공 목적이 정당하지 못한 의도를 위장하려는 것이 아님을 확인하기 위해 그 필요성, 정당성을 직접 심리하였다. 이는 보편적인 태도는 아니다. 상당수 ICSID 중재 판정은 표면적으로 제시된 공공 목적이 큰 무리없이 공공성에 해당하는 내용이면 이를 인정하고 여타 요건의 충족 여부를 심리하였다. 공공 목적의 진실성에 대해 이 사건 판정부처럼 밀도있는 심리를 하여 공공 목적 자체를 부인한 사건은 거의 없다.

‘비차별 방식’은 수용의 실체나 절차 측면에서 외국인 투자자를 차별하지 않을 것을 의미한다. 내국민 대우 조항이나 최혜국대우 조항에서 차별을 금지하고 있는 조항을 별도로 두고 있으므로 사실 수용 요건으로 비차별을 적시하지 않더라도 차별적인 수용에 대해서는 이들 조항을 원용하여 주장할 수도 있다.

‘신속, 적정, 유효한 보상’ 요건은 ICSID 수용 사건에서 제일 빈번하게 제기되는 문제이다. 투자자 입장에서 신속, 적정, 유효한 보상을 받았음에도 막대한 소송 비용을 지불하면서 투자자-국가 분쟁을 제기할 실익이 없을 것이다. ‘신속한 보상’이란 합리적인 기간 안에 보상이 이루어져야



한다는 의미이고, ‘적정한 보상’이란 충분한 보상을 의미하며 구체적으로는 수용일의 시장 가치에 따라 이루어지고 실제 지급일까지의 이자를 포함하여야 한다고 보충적으로 적시되는 경우가 많다. ‘효과적인 보상’이란 보상이 자유 태환 통화(freely convertible currency)에 의해 수용일 당일의 환율로 이루어져야 한다고 해석된다.

‘법적 절차’란 수용 행위에 적용되는 투자 유치국의 절차로서 비단 행정적인 절차뿐만 아니라 수용에 대한 이의를 제기하고 심사할 수 있는 사법 절차를 포함하기도 한다(예, 한중 FTA12.9(4)조^{243]})

243] 4. Without prejudice to the provisions of Article 12.12, the investors affected by expropriation shall have a right of access to the courts of justice or the administrative tribunals or agencies of the Party making the expropriation to seek a prompt review of the investors' case and the amount of compensation in accordance with the principles set out in this Article.



94

Phoenix vs. Czech 사건(ARB/06/5)

가. 사건 개요

이 사건은 외국 회사가 국내에서 분쟁을 진행 중인 회사를 인수한 후 외국인 투자자 자격으로 해당 분쟁을 ICSID에 중재 신청한 것에 대해 ICSID의 관할권을 부인한 사건이다.

청구인 Phoenix Action Ltd.는 체코계 이스라엘인 Vladimir Beno가 설립한 이스라엘 기업이다. Beno는 합금 수출입 회사인 Benet Phraha사(이하 BP)의 대표로서 2001년 BP사의 관세, 소득세 탈세 혐의로 수사를 받던 중 이스라엘로 탈출하였다. BP는 합금 국제 중개 회사 Benet Group(이하 BG)의 지분을 100% 소유하고 있었으며 당시 BG는 두 체코 회사를 매입 과정에서 한 체코인과 민사 소송을 진행중에 있었다. Beno는 이스라엘 도착 후 10월 Phoenix라는 회사를 새로 설립하였고 Phoenix는 2002년 12월 BP와 BG의 주식을 전량 매입하여 단독 소유주가 되었다.

Phoenix사는 2004년 2월 BP에 대한 체코 당국의 수사, BG에 대한 민사 소송 절차 등에 대해 이스라엘-체코 투자협정상의 투자자 보호 위반을 이유로 ICSID에 중재를 신청하였다. 체코는 Beno가 BG, BP에 대한 합법적인 체코 국내 사법 절차를 국제 중재에 회부하기 위해 이스라엘 회사를 설립하여 BG, BP를 재매입한 것에 불과하며 이는 ICISD 25(1)조와 이스라엘-체코 투자협정상의 투자에 해당하지 않으므로 ICISD의 관할권이 인정되지 않는다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 요건

중재 판정부는 투자로 인정되기 위해서는 ICSID 협약 25(1)조와 양자 투자협정상의 투자의 정의, 두 개 기준을 모두 충족해야 한다는 것이 ICSID 판례라고 보았다. 특히 ICSID 협약 25(1)조의 투자의 기준(투입성, 기간성, 위험성, 기여성)을 제시한 소위 *Salini test*가 많은 판정부에 의해 이용되어 왔음도 인정하였으나 다만 투자 유치국 경제에 대한 기여성에 대해서는 이를 인정하지



않는 판례도 있음을 소개하고 자신도 Salini 기준에 대해서는 이견이 있다고 언급하였다. 판정부는 국제 투자의 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여는 확인하기가 불가능하다고 지적하고 투자 유치국에서의 경제적 활동(economic activity) 정도로 낮출 필요가 있다는 견해를 개진하였다. 투자자가 아무런 경제적 활동을 하지 않으면 설사 투입성, 기간성, 위험성을 충족하고 있어도 투자로 보기에는 무리라는 주장이다(판정문 83-86).

중재 판정부는 투자협정의 규정 상 투자 유치국의 법령에 부합하지 않는 투자는 투자로 볼 수 없다고 확인하였다. ICSID 협약은 국내 규정에 어긋나는 불법 투자까지 보호할 수 없으며 투자가 국내 규정을 준수하여야 한다는 것은 설사 투자협정에 명기가 되지 않더라도 필수적인 투자의 요건이라고 보았다(101-102).

중재 판정부는 ICSID 중재 제도는 선의로 이루어지지 않은 투자에까지 제공될 수는 없다는 입장을 취했다. 국제 중재의 보호가 국제법의 일반 원칙에 상반되어서는 안되며 선의는 대표적인 국제법 일반 원칙이라고 보았다. 선의 원칙은 당사자로 하여금 정직하고 공정한 거래를 하고 자신들의 동기와 목적을 진실되게 나타내며 부당한 이익을 취하지 않는 것이라고 부연하였다. 조약의 권리가 남용되는 것도 선의의 원칙에 위반된다고 지적하였다. 외국인 투자자에게 중재를 통한 보호를 제공하는 국제 협약도 선의로 적용되어야 하며 판정부는 ICSID 협약의 국제 투자 보호 제도의 남용을 방지해야 한다고 보았다. 이는 선의라는 국제 원칙을 준수하여 이루어진 투자만 ICSID 중재의 대상이 될 수 있다고 본 것이다(106-113)

이에 따라 중재 판정부는 투자 여부를 판단하기 위해서는 아래 6가지 요소를 고려해야 한다고 보았다(114).

- 자금 또는 기타 자산의 투입
- 어느 정도의 기간
- 위험성
- 투자 유치국내에서 경제적 활동을 개발하기 위한 운영
- 투자 유치국의 법령에 따라 투자된 자산
- 선의로 투자된 자산



2) 6개 투자 요소의 충족 여부

중재 판정부는 청구인 Phoenix사가 체코의 BP, BG사의 지분을 매입한 것이 위 6개 요소를 충족하는지 여부를 살펴 보았다. 지분 매입을 위해 자금이 소요되었고 BP, BG가 2002년 매입된 후 수년간 유지되었으며 해외 회사를 구매하는 것은 일정 정도의 위험성을 내포하는 것이므로 투입성, 기간성, 위험성은 충족된다고 보았다. 체코 국내법 규정에 따라 회사 매입이 이루어진 점도 확실하다고 인정하였다.

Phoenix사의 매입 당시 BP, BG는 민사 소송 대응과 탈세 수사 대응 활동을 제외하고 1년 이상 아무런 경제적 활동을 하지 않고 있었다. Phoenix사는 두 회사를 재활시키기 위해 매입하였다고 주장하였으나 체코는 ICSID 중재 절차를 이용하기 위해 구매한 것이 분명하다고 반박하였다. 중재 판정부는 Phoenix의 주장을 일단 받아들였다. 투자가 반드시 수익을 창출하는 기업에 대해서만 이루어져야 하는 것은 아니며 파산 상태의 기업을 염가로 구매하여 재활을 통해 투자 수익을 올리는 것도 당연한 투자라고 보았다. 경제 활동이란 예정 또는 의도하였어야 하나 반드시 성공적이어야 하는 것은 아니며 투자 유치국 상황에 따라 투자가 일정 기간 정체될 수도 있다고 보았다. 중재 판정부는 Phoenix가 매입한 회사가 의미있는 경제 활동을 하지 않았다고 하여 투자에 해당하지 않는다고 볼 수는 없으나 그 전제는 Phoenix가 경제 활동의 의사가 있었고 선의의 노력을 다했으며 설사 실패하였다면 그 원인이 투자 유치국 정부의 간섭의 결과였어야 한다고 언급하였다.

판정부는 경제 활동 요건의 충족 여부는 판단을 잠시 유보하고 경제 활동의 의사, 선의 여부를 살펴 보았다(129-133). 중재 판정부는 투자 시점, 청구 시기, 거래 본질, 운영의 본질상 경제 활동의 의사, 투자의 선의성이 인정되지 않는다고 판단하였다. 투자 시점의 경우 판정부는 Phoenix가 투자(매입) 당시 이미 BP, BG 두 회사는 수사 대상, 소송 대상이었으며 청구인 Phoenix가 주장하는 피해는 투자 이전에 존재하였다고 지적하였다. Beno씨는 이스라엘로 도피하여 이스라엘 국적을 취득한 후 이스라엘 회사를 설립하고 이를 통해 자신이 체코 국민으로서 체코에 거주할 당시 소유하였던 두 회사를 도로 매입한 점을 지적하여 두었다. 중재 신청 시기와 관련하여 중재 판정부는 자료와 정황상 Phoenix의 투자는 단지 양자 투자협정 위반을 주장하기 위해 이루어진 것으로 보인다고 판단하였다. 회사 매입 후 두 달 만에 그것도 매입한 두 회사의 소유권 등기를 하기도 전에 Phoenix는 체코 정부에 투자 분쟁을 통지하였고 11개월이 지나서 ICSID 중재를 신청한 것은 그 기간 동안 공정·공평 대우 등 투자협정 위반 사항을 유도하거나



수집하기 위한 것으로 보인다고 판단하였다. 회사 매입 거래의 내용과 관련하여 중재 판정부는 Phoenix가 BP 지분은 Beno씨의 부인, BG 지분은 Beno씨의 딸에게서 구매한 것이 확인되므로 이는 투자라기 보다는 가족 내의 자산 재분배에 해당한다고 보았다. 회사 운영의 본질에 관해 중재 판정부는 Phoenix는 BP, BG 매입 후 아무런 경제적 활동을 수행하였거나 의도하지 않았다고 지적하였다.

이상에 비추어 볼 때 중재 판정부는 Phoenix의 행위는 회사의 현재 및 미래 가치에 근거한 경제적 투자가 아니며 투자가 이루어진 전후에 아무런 경제적 활동도 없었으므로 ICSID 중재권을 획득하기 위한 가족 내의 자산 재배치에 불과하다고 정리하였다. 이러한 거래는 선의의 거래라고 할 수 없으며 ICSID 체제 하에서 보호될 수 없는 거래라고 재결하였다. 중재 판정부는 청구인의 중재 개시는 ICSID 체제를 악용하는 것이며 ICSID 및 투자협정상의 국제 투자 보호 제도의 악용을 방지하는 것이 판정부의 의무라고 천명하였다. 판정부가 ICSID관할권을 인정하면 국내 경제적 이익을 외국에 이전하여 이미 존재하고 있던 국내 분쟁을 ICSID에 회부하도록 조작하는 것이며 ICSID 협약과 양자 투자협정의 기본 목적과도 상치되는 것이라고 판단하였다(135-144).

이상을 토대로 중재 판정부는 Phoenix의 투자는 ICSID 협약 25(1)과 양자 투자협정상의 투자에 해당하지 않으며 따라서 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다(145-146).

다. 평가 및 해설

투자 해당 여부 판단을 위해 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지를 살펴야 한다는 견해는 오래 전부터 제기되어 왔다. *CSOB vs. Slovakia* 사건(ARB/97/4)에서는 슬로바키아가 투자란 투자자가 자원의 지출을 통해 투자 유치국 영토 내에서 획득한 자산으로서 양측에게 혜택을 부여하고 미래의 수익을 제공할 것으로 기대되지만 위험 부담의 불확실성이 있는 것이라고 주장하고 청구인 CSOB가 투자라고 주장하는 것은 이 요소 어느 하나도 해당하지 않는다고 항변하였다. 이와 같은 판례 및 학설을 종합하여 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4) 판정부는 투자에 해당하기 위해서는 투자협정상의 투자 정의에 부합해야 하고 투자의 내재적이고 본질적인 속성, 즉 투입성, 기간성, 위험성, 기여성을 갖추고 있어야 한다고 설명하였다. 이후 이 기준은 소위 *Salini test*라는 이름으로 널리 수용되고 있으나 투자 유치국의 경제 발전에



기여해야 한다는 기여성 요건은 다툼의 대상이 되어 왔다.

기여성을 투자의 필수적으로 인정한 판정부가 근거로 제시하는 것은 ICSID 협약 서문이다. 협약 서문의 첫 문장은 체결국들이 경제 개발을 위한 국제 협력의 필요성과 그에 대한 민간의 국제 투자의 역할을 고려하여 ICSID 협약 내용에 합의한다고 기술되어 있다²⁴⁴⁾. 판정부는 이를 근거로 국제 투자는 투자 유치국의 경제 개발에 기여해야 한다는 요건을 투자의 필수 속성으로 이해한다. 반면에 이를 부인하는 판례는 투자 유치국 경제에 대한 기여 여부는 투자로 인한 결과이지 투자 자체의 내재적인 속성이라고 볼 수 없다거나 기여 여부를 판정부가 주관적으로 판단할 수 없다거나 기타 3개 요소에 이미 내재되어 있다는 점 등을 근거로 제시한다.

이 사건 판정부는 이러한 기여성 논란에 의미있는 대안을 제시하였다. 투자 유치국 경제 발전에 기여했는지 여부를 살펴기보다는 투자 유치국 내에서 경제적 활동을 하였는지를 살펴보는 것이다. 투자자가 아무리 투자 유치국의 경제 발전에 기여하겠다는 선의의 의도를 갖고 투자를 시행했어도 본의 아니게 실패하여 아무런 기여도 못할 수도 있으며 본질적으로 투자자의 이익을 도모하려는 이기적인 행위인 투자에 타국의 경제 발전에 기여하라는 이타적인 요건을 강제하기도 무리가 있다. 그러나 이 사건 판정부가 제시한대로 투자 유치국 내에서 경제적으로 의미있는 활동을 할 것을 투자의 요건으로 삼게 되면 기여성 문제가 상당 부분 해결된다. 선의의 의도 속에 경제 활동을 열심히 하였으나 상황상 경제 발전에 기여하지 못한 투자도 투자로 인정될 수 있으며 의미 있는 경제 활동은 수행하지 않은 채 투자자의 이익만을 확보하기 위한 행위를 투자협정의 보호 밖에 둘 수도 있다. 도박, 사행 행위에 대한 투자도 의미 있는 경제 활동이 아니라는 이유로 투자에서 제외할 수 있다. *Salini* 판정부가 제시한 요건보다 타당하고 실효적인 대안이라고 판단한다. 유감스럽게 이 사건 판정부의 견해를 추종한 후속 판결은 아직 나오지 않고 있다.

*Salini test*에 관한 종합 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 수록하였다.

244) The Contracting States

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Have agreed as follows:



| 기여성의 투자 속성 해당 여부에 대한 ICSID 중재 판정 일람표 |

기여성 인정 판례 및 논거		기여성 부인 판례 및 논거	
		<i>Casado v. Chile</i> (98/2)	기여성은 투자의 결과이지 요소가 아님
<i>CSOB v. Slovakia</i> (97/4)	투자자의 경제 기여성 강조	<i>LEI v. Algeria</i> (03/8)	기여성 측정 불가, 타 3 요소에 포함
<i>Salini v. Morocco</i> (00/4)		<i>Quiborax v. Bolivia</i> (06/2)	기여성 투자 요건 부인
<i>Joy Mining v. Egypt</i> (03/11)	4개 기준 충족 여부 심사, 기여성 별도 언급 없음	<i>Phoenix v. Czech</i> (06/5)	기여성 대신 경제 활동으로 대체 제안
<i>Bayindir v. Pakistan</i> (03/29)	상동	<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	기여는 투자의 결과, 기여성은 심리해야 할 내용 불제시
<i>Jan de Nul v. Egypt</i> (04/13)	상동	<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	기여는 투자의 목적, 투자의 요건은 아님
<i>M.H.Salvors v. Malaysia</i> (05/10)	경제 기여성 해당하지않는 점을 상세 설명	<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	기여성 심리 없이 투자 인정
<i>Pantechniki v. Albania</i> (07/21)	4대 요소 충족 확인, 기여성 별도 언급 무	<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	기여성 충족은 주관적 판단, 투자 요건 부인
		<i>KT Asia v. Kazakhstan</i> (09/8)	기여는 투자의 결과, 실패하여 기여 못한 투자도 투자
		<i>Ikale v. Turkmenistan</i> (10/24)	기여성 필수 요인 아님, 진여 요소로만 투자 여부 판정



95

Libananco vs. Turkey 사건(ARB/06/8)

가. 사건 개요

이 사건은 ICISD 중재를 제소한 청구인이 쟁점이 된 투자를 적법하게 소유하고 있다는 사실을 입증하지 못하여 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Libananco Holdings 사는 사이프러스 법인으로서 터키 전기 회사 CEAS와 Kepez를 소유하고 있었다. 두 전기 회사는 1998년 터키 정부와 전력 공급에 관한 양허 계약을 체결하였는데 2003년 터키 정부는 이를 취소하고 두 회사를 몰수하였다. 이 분쟁은 외형상 자신이 투자한 회사의 사업권이 취소되고 몰수된 것에 대한 투자자의 국제 중재이나 실상은 Libananco사의 투자자 적격 여부가 쟁점이 되었고 그 배경에는 터키의 정치적 알력이 투영되어 있다.

CEAS와 Kepez는 원래 터키의 국영 전기 회사였으나 터키의 전력 시장 민영화 정책에 따라 1993년 정부 소유 지분을 민간에 매각할 때 터키의 재벌 Uzan 가문에게 낙찰되었다. Uzan 가문은 당시 터키 최대 재벌 가문으로 16억불이 넘는 자산과 130여개 사업체를 운영하고 있었다. 가문의 수장이었던 Cem Uzan이 새로운 야당을 창당하여 정치에 투신하자 정국 변천으로부터 자산을 보호하기 위해 외국 기업으로 자산 이전 및 사업의 국제화를 모색하였다. 그 일환으로 Uzan 가문은 대리인을 통해 사이프러스 국적의 Libananco사를 매입하고 CEAS와 Kepez의 주식을 이전하였다. 2003년 6월 13일 터키 정부는 CEAS와 Kepez가 양허 계약상의 의무를 이행하지 않았다는 이유로 계약을 취소하고 회사의 동산, 부동산을 몰수하였다. 2003년 8월 CEAS와 Kepez는 터키 최고 행정 기관인 국무위원회(Council of State)에 소송을 제기하였으나 2005년 5월 패소하였다.

청구인 Libananco는 터키의 취소 및 몰수 조치가 에너지 현장 조약(ECT)의 13조(수용), 10(1)조(투자자 보호) 위반에 해당한다고 2006년 2월 ICSID에 중재 신청을 하였다. 터키는 해당 사건 발생일인 2003년 6월 13일 당시 Libananco사가 CEAS 및 Kepez의 지분을 소유하고 있지 않았으므로 ICSID 중재 관할인 투자자도 아니며 설사 투자자로 인정된다고 해도 이미 CEAS와 Kepez가 터키 국내 소송을 제기하였고 터키는 사이프러스 기업에 대해 ECT 혜택을 부인할 수 있는 ECT 상의 권리가 있다는 이유로 ICSID의 관할권을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) 투자자 자격 보유 여부

청구인의 설명에 따르면 당초 CEAS 및 Kepez의 주식은 Cem Uzan의 형제들이 나누어 소유하고 있었으나 가문 내 지분 정리를 위해 Cem Uzan에게 전량 양도하였고 Cem Uzan은 이를 청구인 소유자이며 Cem Uzan의 친구인 Turkkan에게 매각하였다고 한다. 그러나 청구인은 가문 내 지분 정리나 청구인에의 주식 매각을 입증할 수 있는 문서나 공증 서류, 소유 증명서 등을 제시하지 못했고 정황 상의 설명만 하였다. 특히 청구인은 주식 매각을 입증할 수 있는 CEAS와 Kepez의 주식 소재에 대해서는 Cem Uzan과의 양해 아래 Cem Uzan이 매각 전부터 보관하고 있던 장소에 계속 보관 중이라고 언급하고 이들 주식의 자신의 소유라는 점을 추론할 수 있는 정황 증거만을 제시하였다.

중재 판정부는 청구인의 설명이 설득력이 없으며 증언과도 상충한다고 일축하였다. 고액 거래를 입증할 수 있는 서류가 작성, 보관되지 않다는 점은 상식에 부합되지 않고 청구인의 CEAS 및 Kepez 지분 획득이 터키 법령에도 불구하고 공지되지 않은 점, 청구인에게로의 주식 이전 약정이 사이프러스에서 서명되었다고 하나 당시 Cem Uzan의 사이프러스 방문 사실이 입증되지 않는 점, 제출된 증거, 증언이 상호 불일치, 상충되는 점 등에 비추어 중재 판정부는 청구인이 분쟁 발생 시점인 2003년 6월 13일 당시 CEAS와 Kepez를 소유하고 있었다는 사실을 입증하지 못했다고 판단하였다. 따라서 ICSID에 제소할 수 있는 투자자에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 530-538).

2) 국내 법원 제소로 인한 ICSID 관할권 부재

ECT 분쟁해결 조항 26조는 분쟁 발생 후 3개월 내 우호적 해결 실패 시 (a) 국내 법원 제소, (b) 합의된 분쟁해결 방안 이용, (c) 기타(ICSID 중재 회부) 중 하나를 선택하도록 규정되어 있었다^{245]}. (b), (c) 방법에 한해 계약국은 미리 무조건적으로 동의한다는 의사를 제출해 두어야

245] Article 26

(1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

(2) If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

(a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;



하나(26(3)(a)조²⁴⁶⁾), 투자자가 (a), (b) 절차에 이미 회부했을 경우에는 이와 같은 무조건적 동의를 제출하지 않는다는 국가의 명단을 부속서에 적어 두었다(26(3)(b)(i)조²⁴⁷⁾).

터키는 이 부속서에 기재된 국가이다. 터키는 청구인이 이미 2003년 8월 이 분쟁을 터키 국내 사법 절차에 제소하였으므로 국제 중재 이용에 대한 자신의 무조건적인 동의는 이 사건에 적용되지 않는다는 입장이었다. 청구인은 부속서에 기재된 국가는 이와 관련된 자신의 정책, 관행, 조건을 서면으로 제출해야 하는데(26(3)(b)(ii)조²⁴⁸⁾) 터키의 통지는 국내 비준 절차 완료가 주 요지였고 국제 중재 재판에 동의하지 않는 구체적인 내용(당사자, 분쟁 대상, 법적 구제 등)이 적시되어 있어야 하나 그러하지 못했다고 지적하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장을 기각하였다. 중재 판정부는 26(3)(b)조의 목적은 일부 계약국은 ECT 가입국이 됨에 있어 국제 중재에 제한된 동의를 하겠다는 점을 수용하고 이를 조약 내에 포함하려는 것이 분명하며 그 제한의 범위는 특정 부류의 분쟁, 즉 국내 사법 절차에 회부되었거나 기타 기 합의된 분쟁해결 절차에 회부된 분쟁을 적시하는 것이라고 보았다. 따라서 동의의 제한 효과는 이미 예견되어 있고 자동적으로 발동되는 것이지 26(3)(b)(ii)조의 요건 충족을 조건으로 하는 것이 아니라고 설파하였다(545-546). 해당 조문에 명기되어 있듯이 이는 투명성을 위한 보충 설명이지 이미 ECT가 부여한 26(3)(b)조 동의 제한의 권리의 행사 범위와 요건을 규정하는 것이 아니라는 것이다.

다. 평가 및 해설

이 사건과 *Europe Cement vs Turkey*, *Cementownia vs. Turkey* 사건은 모두 청구인이 주장하는 해당 투자를 소유하고 있다는 사실이 판정부에 의해 부인된 것이다. 반면에 소유에 관한 증언 및 각종 사실 관계를 조사, 평가하여 실질적 소유성을 인정한 판례도 있다. 청구인 소유의

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or
(c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

246] [3] (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

247] (b) (i) The Contracting Parties listed in Annex ID do not give such unconditional consent where the Investor has previously submitted the dispute under subparagraph (2) (a) or (b).

248] (ii) For the sake of transparency, each Contracting Party that is listed in Annex ID shall provide a written statement of its policies, practices and conditions in this regard to the Secretariat no later than the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval in accordance with Article 39 or the deposit of its instrument of accession in accordance with Article 41



회사(NMM)와 볼리비아 정부가 대립한 *Quiborax vs. Bolivia* 사건(ARB/06/2)에서 볼리비아는 청구인 Quiborax와 Allan Fosk가 NMM의 주식을 소유하고 있음을 입증할 매매 계약서, 주주 명부, 주식 양도 증명서 등 실체적인 근거가 없거나 위조한 것이라고 주장하였으나 판정부는 사실 관계를 조사하여 청구인이 분쟁 발생 이전에 적법하게 NMM 주식 자격을 취득한 투자자인 점이 인정된다고 판정하였다.

위의 사건들은 사실 관계가 주로 쟁점이 되었으므로 법리적 측면에서는 큰 참고가 되지 못한다. 투자 분쟁에서 법적인 쟁점이 될 수 있는 투자자와 투자 간의 쟁점은 투자자가 해당 투자를 소유하고 있는 점이 입증이 되기는 하나 허위, 위장 소유일 경우 이를 인정해야 하는지의 문제다. 지금까지의 판례는 의견이 나뉘고 있다. 투자자와 투자 간의 실질적 소유성에 관한 종합 해설은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에 수록하여 두었다.

Cem Uzan은 터키 대통령 에르도간의 정적이다. 그 창당한 중도 좌파 성향의 Genc Party는 2002년 총선에서 7%를 득표하였으나 2007년에는 3%선으로 추락하여 터키 정국에서 의미있는 영향력을 행사하고 있지는 못하다. 이 사건 이후 Cem Uzan과 에르도간의 대립은 격화되어 그의 사업체는 에르도간 정부의 조직적이고 체계적인 압박 속에 놓였고 Cem Uzan은 사기 혐의로 기소되었다. 그는 현재 프랑스에 망명 중에 있고 궤석으로 개최된 재판에서 그는 24년형을 언도받았다.



가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 귀책 사유를 이유로 에콰도르 정부가 청구인과 체결한 유전 개발 계약을 취소한 것은 비례성의 원칙을 일탈한 것으로서 투자협정의 공정·공평 대우 및 수용 금지 의무 위반에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Occidental Petroleum Corp.(이하 OPC)는 미국의 유전 탐사 및 개발 전문 회사로서 에콰도르에 자회사 Occidental Exploration and Production co.(이하 OEPC)를 운영하고 있었다. 1999년 OEPC는 에콰도르 국영 석유 회사 PetroEcuador와 아마존 밀림 내 15광구의 탐사 개발 계약을 체결하였다(이하 1993년 참여 계약). 계약 주요 골자는 OEPC가 유전 탐사, 개발에 소요되는 자원, 기술, 장비 등을 자체 조달하되 생산 원유의 일정량을 배분받는 조건이었다. 계약은 에콰도르 국내법의 규제를 받았으며 OEPC는 조세, 공과금 납부 의무 및 주기적인 사업 진척 보고, 환경 보호 의무 등을 부담하였다.

OEPC는 15광구 개발에 소요되는 자원을 안정적으로 조달하기 위하여 예전부터 15광구 매입에 관심을 보여 왔던 Alberta Energy Corp.(이하 AEC)와 i) AEC가 OEPC의 15광구 생산 지분의 40%를 취득하되 ii) 그 대가로 15광구 탐사, 개발, 운영 비용의 40%를 부담한다는 임대(farm-out) 계약과 이 계약의 구체적인 실행 방식을 규정한 공동 운영 약정을 2000년 10월 체결하였다. 그런데 1993 참여 계약에는 에콰도르 석유법 74조, 75조, 76조를 위반하거나 참여 계약상의 권리 의무를 에콰도르 정부의 사전 승인 없이 타인에게 이전할 경우 에콰도르 정부는 이 계약을 취소할 수 있다고 규정되어 있었다. 석유법 79조 역시 계약이나 계약상의 권리를 정부의 사전 승인 없이 제 3자에게 이전 또는 위임할 경우 해당 계약은 무효화된다고 규정하고 있었다.

OEPC가 AEC와 임대 계약 및 공동 운영 계획을 체결했다는 사실을 에콰도르 정부 관리에게 시사하거나 설명했다는 정황은 다수 제시되었으나 정식으로 사전에 승인을 요청하거나 받았다는 증거는 없었다. OEPC 내부 논의 과정에서 사전 승인이 필요하다는 입장과 불요하다는 입장이 검토된 바는 있었으나 승인을 요청하기로 결정되지는 않았다.



에콰도르 정부 내에서는 OEPC가 정부의 사전 승인 없이 임대 계약을 체결한 것이 명백한 석유법 및 계약 위반 사항이므로 계약을 취소해야 한다는 주장이 제기되기 시작하였으며 당시 정국 불안과 해외 석유 업자들에 대한 국민의 반감이 고조되기 시작하였다. 2004년 8월 에콰도르 검찰총장은 참여 계약 취소를 에너지부 및 대통령에게 건의하였고 2005년 4월 Guiterrez 대통령이 의회에서 탄핵되는 한편 2006년 3월 외국 자원 개발 기업에 반대하는 시위와 파업이 확산되었다. OEPC와의 계약 취소시 파업을 중단하겠다는 파업 지휘부의 발표도 있었다. 2006년 5월 에너지부장관은 석유법 74조 11, 12, 13항에 의거 참여 계약을 취소한다는 명령을 발표하였으며 다음 날 에콰도르 경찰은 OEPC 사무실을 접수하고 각종 서류와 장비를 압수하였다.

OEPC와 모회사 OPC는 에콰도르의 참여 계약 취소는 미국-에콰도르 투자협정상의 공정·공평 대우 및 수용 금지 의무 위반이라고 주장하며 2006년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 계약 권리 이전의 위법성

중재 판정부는 임대 계약과 공동 운영 계약의 내용을 분석한 후 OEPC가 참여 계약상의 모든 권리와 이익에 대한 소유권을 40%이기는 하지만 AEC에게 양도한 것은 분명하다고 보았다. 참여 계약의 권리 양도의 금지 규정이 반드시 전체 권리를 양도하는 경우에 국한하여 적용되는 것도 아니므로 양도 금지 의무는 사전에 에콰도르 정부의 승인을 받지 않는 한 부분 양도에도 적용된다고 지적하였다(판정문 304-305).

이전된 권리의 성질에 대해 AEC는 15광구 운영 위원회 참석 권한이 있을 뿐이고 운영 위원회의 결정이 AEC의 동의를 요하는 것도 아니므로 AEC에게 양도된 권리는 15광구 경영 및 장기 전략 수립에 행사할 수 있는 권리가 아니라는 것이 청구인의 주장이었다. 에콰도르는 AEC는 양도 받은 권리를 통해 15광구 사업의 운영에 영향을 미치고 OEPC의 참여 계약 의무 수행을 통제할 수 있는, 행사할 수 있는 권리라고 반박하였다. 중재 판정부는 임대 계약 및 공동 운영 계약으로 인해 OEPC의 참여 계약상의 권리가 AEC로 이전되었는지가 쟁점이며 이전된 권리가 행사 가능한지 여부는 본 건과 무관하다고 지적하고 임대 계약의 2.1조 규정 상 OEPC가 자신의 15광구 독점 개발권을 AEC와 공유한 것은 사실이라고 재확인하였다(328).

OEPC는 AEC와 에콰도르 사이에는 권리 이전에 관한 합의(privity)가 없었으므로 참여 계약



이행에 대해서는 여전히 자신이 에콰도르에 대해 전적인 책임이 있으며 임대 계약에 의해 자신의 참여 계약상의 권리가 AEC에게 이전된 것이 아니라고 주장하였으나 중재 판정부는 수용하지 않았다. OEPC 주장대로라면 권리 이전에 대해 AEC와 에콰도르 사이에 합의가 있었다면 이는 권리 이전을 승인했다는 의미인데 이 사건에서는 승인하지 않았으므로 청구인의 주장은 논리적이지 않다고 일축하였다. 합의(privy)가 있어야 OEPC의 권리가 AEC로 이전되는 것은 아니며 이와 무관하게 OEPC는 자신의 권리 40%를 정부 사전 승인 없이 AEC에게 이전하였고 이는 참여 계약과 석유법 규정에 어긋나는 조치라고 확인하였다(332-336).

중재 판정부는 사전 승인 없이 계약상의 권리를 이전한 OEPC의 조치를 명문으로 금지한 규정은 참여 계약 16.1조, 석유법 76.11.조 79조라고 제시하였다. 이 조항 상의 규정은 워낙 분명하여 OEPC 내부에서도 법률 부서를 중심으로 사전 승인을 받아야 한다는 논의가 제시되었으나 사업 부서에서 이를 간과하고 AEC와의 임대 계약을 진행한 점이 인정된다고 지적하고 사전 승인이 불요하다는 OEPC의 해석은 잘못된 것이라고 단언하였다.

2) 계약 취소 조치의 비례성

청구인은 설사 사전 승인을 득하지 않고 계약상의 권리를 이전한 것이 해당 계약과 에콰도르 석유법 위반에 해당한다 할지라도 에콰도르 정부가 계약 자체를 취소한 것은 위반과 규제간의 비례성을 무시한 과도한 조치로서 미국-에콰도르 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 에콰도르는 사전 승인 없는 권리 이전 발생시의 규제 조치로서 계약 취소가 이미 계약과 법률에 규정되어 있으므로 비례성 원칙은 이 사건에 적용되지 않는다고 반박하였다.

중재 판정부는 OEPC의 임대 계약이나 사전 승인 불취득이 악의에 기초하고 있지 않다는 점은 인정하였다. 임대 계약은 대규모 자본이 소요되는 유전이나 광산 개발 사업에서는 흔히 있는 일이고 OEPC 내부 논의 과정에서 승인 필요 여부가 검토되었으나 선의의 논의 끝에 굳이 필요하지 않다는 방향으로 결정된 것일 뿐 불순한 의도가 내재된 것은 아니라고 보았다. 참여 계약 22.1조는 이 계약이 에콰도르 국내법에 의해 규율된다고 규정하고 있는데 에콰도르 헌법 24.3조는 위반과 처벌간에는 비례성이 적용되어야 한다고 규정되어 있을 뿐 아니라 비례성 원칙은 국제법상의 일반 원칙으로서 이전의 여러 판례에서도 적용되었다고 지적하였다.

중재 판정부는 OEPC가 AEC와의 임대 계약을 15광구 개발 자원 조달을 위한 일종의 은행



대출과 유사한 개념으로 생각하였으며 AEC의 참여로 인해 15광구 개발 재원이 증대됨으로써 에콰도르에게도 이익이 되었다는 점을 주목하였다. AEC가 이미 오래 전부터 에콰도르 유전 개발 사업에 참여해온 기업으로서 에콰도르 정부와도 우호적인 관계를 유지하여 왔고 AEC 참여로 인해 에콰도르에게 아무런 손실이 초래되지 않은 점도 언급하였다. 판정부는 또한 에콰도르가 계약 취소라는 극단적인 조치를 취한 데에는 당시의 국내 정국 상황도 영향을 미쳤다고 추정하였다. 중재 판정부는 이상에 비추어 에콰도르 정부가 사전 승인 미취득을 이유로 OEPC와의 참여 계약을 취소한 것은 비례성을 무시한 과도한 조치이며 투자협정상의 공정하고 공평한 대우를 위반한 것이라고 판시하였다.

3) 수용

OEPC는 에콰도르의 조치는 수용에 해당하는 조치라고 주장하였으며 에콰도르는 법규 및 계약에 명시된 정당한 제재라고 반박하였다. 중재 판정부는 OEPC의 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 에콰도르의 취소는 수용에 상당하는 조치라고 판정하였다(454-455).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 OEPC의 사업권이 탈취되었으므로 수용에 해당한다고 판시하였다. 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정례를 보면 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 다투어지는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

이 사건에서 언급한 비례성을 간접 수용 해당 여부 판단에 필수적으로 명시한 투자협정도 있다. 한미 FTA와 한중 FTA에서는 별도 부속서²⁴⁹⁾를 통해 간접 수용은 당사국의 행위 또는

249] Annex 12-B

3. The second situation is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect



일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 가지는 경우라고 정의하고 있으며 간접 수용 여부 결정 시 고려해야 할 요소로 i) 경제적 영향, ii) 정당한 기대를 침해하는 정도 iii) 목적과의 비례성, 행위의 성격 및 목적을 제시하고 있다. 아울러 공공 복지 목적의 비차별적 규제 행위는 목적에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 기재하고 있다.

equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

- (a) The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors,:
 - (i) the economic impact of the action or series of actions, although the fact that such action or series of actions has an adverse effect on the economic value of investments, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
 - (ii) the extent to which the action or series of actions interferes with distinct and reasonable expectations arising out of investments; and
 - (iii) the character and objectives of the action or series of actions, including whether such action is proportionate to its objectives.
- (b) Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation



97

Aguaytia vs. Peru 사건(ARB/06/13)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 페루 정부와 투자의 조건으로서 체결한 법적 안정성 약정상 페루 정부의 법적 의무에 대해 쟁송된 사건이다.

청구인 Aguaytia Energy는 미국 회사로서 1996년 페루 정부가 입찰한 Aguaytia 가스전 개발 사업을 수주하고 1996년 5월 페루 해외 투자 기술 유치청(CONITE)과 법적 안정성 유지 약정을 체결하였다. 이 약정은 페루 정부가 Aguaytia 가스전 개발 사업의 원활한 진행을 위해 주관사인 Aguaytia Energy에게 페루의 특정 법규정 및 제도를 10년간 변경하지 않겠다는 내용이었다. 이 약정 3조는 특히 조세 체제, 외환 가득, 과실 송금 자유, 환율, 비차별, 직원 채용, 수출 증진 제도 7개 분야에서의 법적 안정성을 보장하였다. 1996년 6월 페루와 청구인은 Aguaytia 가스전 개발 양허 계약을 체결하였다.

페루는 이와 별도로 청구인 외의 건설업자와도 Aguaytia 가스전 가스 파이프라인 건설 계약을 맺었으며 또 다른 전기 사업자와 발전 설비 건설 계약을 체결하였다. 청구인은 이들에게 부여된 조건이 자신보다 유리하다고 주장하고 이는 비차별을 약속한 법적 안정성 약정 3(5)조 위반이라고 주장하였다. 페루는 이 약정이 청구인에게 보장한 것은 차별받지 않는다는 법적 권리가 계속 보장된다는 의미이지 실질적인 권리를 비차별적으로 부여하겠다는 것은 아니라고 반박하였다.

분쟁 발생시 ICSID 중재를 이용한다는 이 약정 규정에 의거하여 청구인은 2006년 5월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

중재 판정부는 이 사건의 쟁점은 법적 안정성 약정 3(5)조^{250]}가 i) 실질적인 권리를 비차별적으로

250] 5. The term of effectiveness of this juridical Stability Agreement is ten (10) years counted as from the date of its



부여하는 것인지 ii) 양허 사업 기간 동안 안정적인 법적, 규제 환경 속에서 청구인이 사업을 진행할 수 있도록 나열된 분야에서의 법, 규정, 제도를 변경하지 않겠다는 것인지의 해석 문제라고 보았다.

중재 판정부는 이 약정 3(5)조는 페루의 어떤 국가 기관도 청구인에게 국적, 경제 활동 분야, 회사의 지리적 위치 등을 이유로 차별 대우하지 않을 것이며 향후 10년간 관련 법규를 개정하지 않고 설사 개정이 된다 해도 청구인에게 적용하지 않겠다는 원칙을 천명한 것이라고 이해했다. 동 3(5)조에 인용된 페루 국내법 662호 10조는 외국인 투자자에게 사법적인 안정성을 부여한다는 원칙을 표명하고 있고 CONITE에게 이 법 2조에 의거하여 외국인 투자자와 비차별을 포함한 법적 안정성 약정을 체결할 권한을 부여하였는 바 이 법 2조는 외국인 투자자와 국내 투자자간의 동등 대우 원칙을 규정하고 있다고 확인하였다.

중재 판정부는 관계되는 문건의 문안상 법적 안정성 약정이 보장하는 것은 약정 체결 당시의 7개 분야의 법규정, 제도를 사업 기간 동안 외국인 투자자에게 불리하게든 유리하게든 변경하지 않겠다는 것이지 청구인에게 특정 개개 사안 별로 차별 받지 않을 실질적인 권리를 부여한 것은 아니라고 설명하고 청구인의 주장을 기각하였다(85-89).

다. 평가 및 해설

이 사건 외에도 법적 안정성 유지 약정 위반 여부가 쟁점이 된 사건은 *DEI Bermuda vs. Peru* 사건 (ARB/03/28)이 있다. 페루 정부는 국영 전기 회사를 미국 발전 회사에 매각하면서 페루의 법적 안정성을 보장하기 위한 방안의 일환으로 법적 안정성 유지 약정(Law Stability Agreement, LSA)을 체결하여 동등 대우, 비차별, 과실 송금, 조세 안정성, 환전 자유 등을 보장하였다. 후에 페루의 과세 행위가 법적 안정성 유지 약정의 일부 위반에 해당한다고 판정되었다.

execution. Accordingly, throughout this term, it may not be amended by either of the parties individually, regardless of whether the national legislation could be eventually amended and notwithstanding the fact that such amendments to the national legislation may turn out to be more beneficial or harmful to any of the Parties, than those agreed hereunder.



98

Azpetrol vs. Azerbaijan 사건(ARB/06/15)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID 중재 절차를 중단하고 타협으로 해결하자는 당사자 간의 의견 합치 여부에 대해 당사자간의 이견이 발생하여 판정부가 해당 의사 표현이 타협에 해당하는지 여부를 심리한 사건이다.

청구인 Azpetrol International Holdings 등은 아제르바이잔인이 소유하고 있는 네덜란드 회사로서 아제르바이잔 내 석유 도소매, 거래, 저장, 수송 사업을 수행하고 있는 Azpetrol Group과 Azpetrol Oil Service의 지분을 추가로 매입하였다. 아제르바이잔 정부가 매입 적격성에 의문을 제기하여 소송이 제기 되었고 그 결과 매입 계약이 무효로 판정되어 원 소유자에게 주식을 되돌려 주게 되었다. 청구인은 아제르바이잔의 이러한 조치는 자신의 투자를 보상 없이 수용한 것으로서 에너지 현장 조약 13조 수용 조항 위반이라고 주장하고 2006년 7월 ICSID 중재를 신청하였다. 중재 판정부는 구성되었으나 양측은 당사자간 타협을 위해 심리 진행을 중단하였다.

나. 주요 쟁점

2008년 12월 16일 청구인측은 타협 조건을 제시하는 e-mail을 발송하였고 아제르바이잔이 수정 제안을 하자 12월 19일자 메일로 이를 수락하였다. 아제르바이잔은 당사자간 타협이 성립된 것으로 이해하고 2008년 12월 31일 중재 판정부에 심리 종결을 요청하였다. 청구인측은 이에 대해 양측이 합의한 것은 잠시 심리를 동결하자는 것이었으며 최종 타협이 이루어진 것은 아니라고 반박하였다. 양측 당사자간에 교환된 12월 16일자, 19일자 메일이 당사자간 타협에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 이 사건 쟁점이었다.

2008년 12월 16일 청구인측이 발송한 e-메일의 요지²⁵¹⁾는 그 이전에 협의된 타협안 수용

251] 'Thank you for your email of earlier today. Our client appreciates the efforts being made but requires certainty in relation to the headline terms (of course we will need time for drafting). As to the settlement figure you have proposed something in the region of US\$ 2 million. Our client counter offers as set out below. Upon receipt of your acceptance (which should expressly state your authority on behalf of all Fondel and Azpetrol claimants) Azerbaijan is prepared



조건으로 200만불 지급, 비밀 유지 등을 제시하였다. 같은 날 아제르바이잔측은 회신 메일을 통해 청구인 조건 수용 의사를 밝히는 한편 중재 비용 半分, 아제르바이잔 책임 불인정, 비밀 유지 등에 관한 수정 제안을 하고 중재 판정부에 12월 31일까지 중재 심리를 중단하여줄 것을 요청하겠다고 밝혔다. 또한 이 타협은 2008년 12월 31일까지 문서화하는 조건부 타협이나 단 아제르바이잔은 이 조건을 면제할 수 있다고 적시하였다.

청구인은 2008년 12월 19일 e-메일을 통해 아제르바이잔의 위와 같은 16일자 타협안을 수용하겠다고 확인하였다^{252]}. 이에 따라 아제르바이잔은 중재 판정부에 12월 31일까지 문서화 조건부 타협이 진행 중이니 동일까지 심리를 중단하여 줄 것을 요청하는 메일을 판정부에 발송하였고 12월 31일에는 문서화 조건을 면제하기로 결정하여서 해당 타협안이 최종 성립하였으니 ICSID 중재 규칙 43(1)조^{253]}에 의거, 심리 종결을 선언하여 줄 것을 요청하였다. 이에 대해 청구인은 12월 31일까지 심리 중단만 합의한 것이지 최종 타결에 합의한 것은 아니라는 반박 서한을 판정부에 송부하였다.

아제르바이잔은 청약과 승낙, 그리고 승낙에 대한 확인을 통해 당사자간의 계약이 성립한 것이라고 주장하였다. 16일자 메일은 타결안에 대한 청구인의 청약이고 동일자 회신 메일을 통해 아제르바이잔은 수정 청약을 하였으며 이를 다시 청구인이 19일자 메일을 통해 승낙한 것이므로 민법상의 계약 성립 과정에 정확히 합치한다고 주장하였다. 청구인은 12월 31일까지 중재 심리를 중단하자는 청약이었지 최종 타결 청약은 아니었다고 항변하고 심리 중단 이상의 법률 관계를 성립시킬 의사가 없었으며 두 당사자간에 심리 중단 이상에 대한 의사 일치(meeting of mind)가 없었고 최종 타결의 핵심 사항에 대한 조건을 포함하고 있지 않으므로 청약과 승낙의 과정이 불완전하다고 반박하였다. 메일 발송 전후의 당사자 행동을 보아서도 해당 메일이 최종 타결에 합의하려고 의도한 것이 아닌 점이 인정된다고도 항변하였다.

판정부는 청구인의 항변을 기각하고 해당 e-메일은 최종 타결안에 대한 청약과 승낙에 해당한다고 판단하였다. 우선 해당 메일의 문안 상 이러한 점이 명확히 인정된다고 보았다. 청구인 대리인의

immediately to inform the Fondel and Azpetrol Tribunals that a standstill is agreed until 31 December 2008. The settlement is conditional upon on [sic] all documentation being executed by 31 December 2008, such condition being for the benefit of (and thus can only be waived by) Azerbaijan.'

이하 Withdrawal of claims, payment, liability, confidentiality 등 자세한 조건 제시

252] 'I refer to your email dated 16 December 2008 containing your without prejudice offer of settlement on both the Fondel and Azpetrol arbitrations. I can now confirm that we hereby accept the offer set out in your 16 December 2008 email.'

253] [1] If, before the award is rendered, the parties agree on a settlement of the dispute or otherwise to discontinue the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall, at their written request, in an order take note of the discontinuance of the proceeding.



12월 16일자 메일은 ‘우리 고객(즉 청구인)의 수정 제안은 아래와 같습니다(our clients counteroffers as set out below)’라고 적시하고 있고 12월 19일자 메일은 ‘아제르바이잔측의 타협 조건을 포함한 16일자 서한을 언급합니다. 우리는 16일자 서한에 기재된 조건 수락을 확인합니다’라고 명시하고 있어 최종 타협안을 수락한다는 의사가 명백히 표명, 전달되었다고 판단하였다. 심리 중단 이상의 법률 관계를 성립시킬 의사가 없었다는 항변에 대해서 판정부는 문제는 법률 관계 성립 의사 존부가 아니라 그 표명된 의사가 미친 범위인데 문안상 그 의사는 최종 타협안 성립에 도달한 것이라고 판단하였다. 당사자간의 일치된 의사 부재 항변에 대해서 판정부는 합리적인 관찰자라면 당사자간에 최종 타결하려는 의사가 있었다고 판단할 수준이며 핵심 사항이 결여되지도 않았다고 판단하였다. 아울러 준거법인 영국법상(청구인, 아제르바이잔 대리인 모두 영국 소재) 합의 이후의 행동은 합의 해석의 준거가 될 수 없다고 기각하였다. 합의에 불만을 품은 당사자가 합의와 어긋나는 행동을 의도적으로 함으로써 합의를 무산시킬 수 있기 때문이다.

판정부는 이 사건 당사자는 타협하기로 합의하였고 이 경우 ICSID 중재 규칙 43(1)조에 의거, 중재 판정부는 심리를 중단해야 하므로 이 사건에 대해 ICSID는 더 이상의 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건은 소송 대리인이 실수로 실제 의도와 달리 합의 종결 의사를 표명, 전달하여 중재 심리를 종결시켜버린 어이없는 사건이다. ICSID 중재가 신청된 사건 상당수는 심리 도중에 당사자간 합의로 종결되는 경우가 많다. 실제 최종 판정문이 채택되어 종결된 사건보다 당사자간 합의로 중도에 심리가 중단되어 종결되는 사건 수가 더 많다. 분쟁 상대방을 압박하는 수단으로 중재를 신청하기도 하고 중재 심리 진행 동향이 당초의 예상과 달라 합의로 종결짓는 것이 양측 모두에게 이롭다고 판단하여 합의로 해결하는 수도 있다.

당사자 합의하여 중재 심리를 종결할 경우 판정부는 중재 절차 종료 명령서를 채택하거나 당사자간의 합의문을 판정부의 판정문으로 채택하기도 한다. 후자의 경우에는 당사자들의 요청이 있어야 한다. 즉 분쟁 당사자가 합의문에 서명하여 ICSID 사무총장에게 제출하고 판정부에 해당 합의문을 중재 판정에 포함시켜 달라고 서면으로 요청하면 판정부는 합의문을 중재 판정 형식으로 기재할 수 있다(ICSID 중재 규칙 43(2)조).



중재 절차는 일방 당사자의 요청에 대해 타방 당사자가 일정 기간 반대 의사를 표명하지 않아도 종결될 수 있다. 일방 당사자의 종료 요청이 있으면 판정부 타방 당사자로 하여금 일정 기간 내에 의견을 진술하도록 명령하게 된다. 이 기간 내에 서면으로 이의 제기가 없는 경우 타방 당사자가 종료를 묵인한 것으로 간주되어 중재 심리는 종결된다(ICSID 중재 규칙 44조).

분쟁 당사자들이 연속해서 6개월간 절차상 아무 조치도 취하지 않은 경우 중재 절차를 종료한 것으로 간주되어 판정부는 당사자들에게 통지한 후 종결 처리한다(45조).



99

Europe Cement vs. Turkey 사건(ARB(AF)/07/2)²⁵⁴⁾

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 터키와 분쟁 중에 있는 회사의 지분을 소유하고 있다고 주장하였으나 판정부가 관련된 사실 관계를 종합적으로 평가하여 그 사실을 인정할 수 없다고 관할권을 기각한 사건이다.

청구인 Europe Cement Investment and Trade S.A.은 폴란드 국적의 회사로서 터키 내 CEAS와 Kepez, 2개의 전기회사에 대한 지분을 매입하는 방식으로 터키에 투자를 하였다. 이 사건 분쟁은 터키가 1998년 이들 터키 회사들과 체결한 양허계약을 2003년 6월 11일자로 해지함에 따라 발생하였다. 청구인은 자신들이 2003년 5월 터키 국적의 CEAS와 Kepez의 지분을 매입하였는 바, 같은 해 6월 11일자로 이들 회사가 유지하고 있는 양허계약을 터키가 불법적으로 해지함으로써 손실을 입었다고 주장하였다. 또한 위 양허 계약을 해지한 뒤에는 터키 경찰이 두 회사의 부지에 불법 난입하여 직원들을 폭행하고 회사 장부와 문서를 압수해 갔다고 주장하였다. 청구인은 터키가 양허 계약을 불법적으로 해지한 것은 에너지 현장 조약(ECT) 13조에서 규정하고 있는 수용 금지 의무를 위반한 것이며, 또한 10(1)조에서 규정한 공정하고 공평한 대우 의무에도 위반된다고 주장하였다.

청구인은 터키 정부가 에너지 현장 조약(ECT) 상의 투자 보호 의무를 위반하여 자신의 투자에 약 380만 달러 상당의 손실을 입혔다고 주장하며, 2007년 3월 6일 ICSID에 중재를 신청하였다. 터키는 청구인이 CEAS와 Kepez를 소유하고 있다는 사실 자체가 허구라고 반박하며 ICSID 중재 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

CEAS와 Kepez의 지분을 보유한 사실을 입증하기 위하여 청구인은 2003년 5월에 매입하였다는

254) 투자자-국가소송(ISD) 최신 판정 분석, 법무부 2014.4. pp115-116.



주식 증명서와 주식 양도 증명서 사본을 제출하였다. 터키는 이들 증명서의 원본 제출을 요청하였으나 청구인은 제출하지 않았다. 이에 터키는 청구인의 청구는 투자의 실체도 없으며 법적 근거 없이 허위 문서에 기초하여 제기된 것이므로 모두 각하되어야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 비록 터키의 서류 위조 주장이 없었더라도 청구인이 스스로 투자의 존재를 입증하지 못한 것은 관할권 부재를 판단하기에 충분한 이유가 된다고 보았다. 결국 중재 판정부는 청구인이 터키 내 투자의 존재를 입증 하지 못하였다고 보고 청구를 각하하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건과 *Cementownia vs. Turkey*, *Libananco vs. Turkey* 사건은 모두 청구인이 주장하는 해당 투자를 소유하고 있다는 사실이 판정부에 의해 부인된 것이다. 반면에 소유에 관한 증언 및 각종 사실 관계를 조사, 평가하여 실질적 소유성을 인정한 판례도 있다. 청구인 소유의 회사(NMM)와 볼리비아 정부가 대립한 *Quiborax vs. Bolivia* 사건(ARB/06/2)에서 볼리비아는 청구인 Quiborax와 Allan Fosk가 NMM의 주식을 소유하고 있음을 입증할 매매 계약서, 주주 명부, 주식 양도 증명서 등 실체적인 근거가 없거나 위조한 것이라고 주장하였으나 판정부는 사실 관계를 조사하여 청구인이 분쟁 발생 이전에 적법하게 NMM 주식 자격을 취득한 투자자인 점이 인정된다고 판정하였다.

위의 사건들은 사실 관계가 주로 쟁점이 되었으므로 법리적 측면에서는 큰 참고가 되지 못한다. 투자 분쟁에서 법적인 쟁점이 될 수 있는 투자자와 투자 간의 쟁점은 투자자가 해당 투자를 소유하고 있는 점이 입증이 되기는 하나 허위, 위장 소유일 경우 이를 인정해야 하는지의 문제다. 지금까지의 판례는 의견이 나뉘고 있다. 외형상의 소유 관계가 문제가 된 사건으로는 *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건(ARB(AF)/00/3)이 있다. 청구인인 Waste Management사는 멕시코 당국과 양허 계약을 체결할 당시 미국 회사가 Cayman 군도의 회사를 통해 소유하고 있었다. 법적인 소유자는 페이퍼 컴퍼니인 Cayman 군도 회사였던 관계로 멕시코 정부는 NAFTA 회원국이 아닌 제3국 국민이 소유하고 있는 투자는 NAFTA 협정상의 투자가 아니라고 주장하였다. 중재 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 내국민 대우, 수용 등은 부여 대상이 투자자가 아니라 투자 자체로 한정되어 있고 NAFTA 협정이 상대국 투자의 정의를 상대국 국민이 직, 간접적으로 소유하고 있는 투자라고 적시하고 있으므로 미국 회사가 Cayman 군도 회사를 경유하여 간접적으로 청구인을 소유하고 있는 것이 문제가 되지는 않는다고 보았다.



Alapli Elektrik vs. Turkey 사건(ARB/08/13)에서는 청구인이 터키와 분쟁이 발생한 현지 회사를 법적으로 소유하고 있었다. 그러나 재원의 실체는 타인의 소유였고 청구인은 단지 그의 재원이 해당 현지 회사에 투자되는 통로 역할만 했을 뿐 투입된 재원에 대해 청구인은 아무런 의미있는 통제권을 갖지 못했으며 재원 투입에 따른 아무런 위험성도 부담하지 않은 사실이 확인되었다. 판정부는 투자자란 위험성을 부담하고 일정 기간 자신의 재원을 투자하는 사람이라는 사전적 의미까지 제시하면서 투자자가 되기 위해서는 자기 재원의 투입이라는 의미의 실질적인 투자를 행해야 하나 청구인은 이를 입증하지 못했으므로 투자자로 볼 수 없다고 밝혔다. 또 다른 중재인은 청구인이 현지 회사의 소유자로 등장하게 된 시점은 이미 현지 회사와 터키 간의 이견이 노골화되기 시작한 때이고 이 시기에 청구인이 현지 회사지분을 매입하게 된 사유는 향후 분쟁 발생 시 국제 중재를 활용하기 위한 보험으로서 행해진 것이 확실히 된다고 판단하고 선의의 투자가 아니라는 이유로 투자자 자격을 인정하지 않았다. 반면 소수 의견을 낸 중재인 1인은 어찌 되었든 소유라는 법적 관계를 충족하였으므로 투자자로 인정해야 한다는 의견을 내었다.

LESI-Dipenta vs. Algeria 사건(ARB/03/8)에서는 시비가 된 양허 계약을 체결한 회사와 중재를 청구한 회사의 법인격이 다르다는 이유로 투자자 자격이 인정되지 못했다. 중재 판정부는 중재를 청구한 주체는 이태리 상법상 등기된 정식의 LESI-Dipenta 콘소시움이나 양허 계약 체결자는 이 콘소시움과 법인격을 달리 할 뿐 아니라 이태리 관련법상 독립적인 법인격이 없는 편의상의 콘소시움임을 확인하고 청구인은 계약 체결 당사자가 아니므로 중재를 신청할 자격을 갖추지 못했으며 이 사건은 따라서 판정부가 접수할 수 없다고 판정하였다(판정문 32-33).

투자자와 투자 간의 실질적 소유성에 관한 종합 해설은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에 수록하여 두었다.



100

East Kalimantan vs. PT KPC 사건(ARB/07/3)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID를 분쟁해결 절차로 지정한 국가와 기업 간의 계약에서 당해 계약의 당사자가 아닌 지방 정부가 ICSID 중재를 신청할 수 있는 당사자 자격이 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인은 인도네시아 東칼리만탄 주정부(이하 주정부)이며 피청구인은 광산 개발 회사 PT Kaltim Prim Coal(이하 KPC)와 그 지주 회사 등 10개 관련 외국 회사들이다. 1982년 4월 PT KPC사는 인도네시아 국영 기업 PTBA사와 인도네시아 東칼리만탄에 소재하고 있는 석탄 광산 개발 계약(이하 KPC 계약)을 체결하였으며 이 계약에는 5년차부터 매년 일정 비율의 KPC 지분을 인도네시아 정부, 개인, 기업에 판매하고 판매되지 않을 경우 인도네시아에게 판매된 지분이 51%에 달할 때까지 다음 연도로 이월하여 판매한다는 규정이 있었다. 외국계 기업이 광산 개발 이익을 영구히 독점하지 못하도록 일정 기간이 지난 후 인도네시아가 회사의 경영권을 확보하겠다는 조치이다. 이 조치는 1998년부터 개시되었으나 매년 의도했던 판매분이 매각되지 않아 다음 년도로 계속 누적되었으며 2001년 KPC는 지분 51%를 인도네시아 정부가 승인하는 구매자에게 판매하기로 인도네시아 정부와 합의하였다. 구체적인 구매자가 지정되지 않은 가운데 칼리만탄 주정부는 해당 지분은 주정부에 판매되어야 한다고 주장하기 시작하였다. KPC와 인도네시아 정부는 이후 주식 매각 방식, 가액 등에 관한 기본 협약을 체결하고 인수 기업이 거론되는 등 51% KPC 지분 양도에 관한 협의와 시도가 다양하게 진행되었다. 주정부는 이에 반대하여 국내 법원에 제소하는 등 사법적인 절차를 시작하였으나 패소하였다.

주정부는 51%의 KPC지분을 주정부에 매각하지 않는 것은 해당 계약 위반이라고 주장하며 2006년 4월 ICSID 중재를 신청하였다. KPC는 주정부가 ICSID 협약의 체약국도 아니고 체약국에 의하여 당사자 자격이 인정된 정부의 하위 기관이라고 지정되지도 않았으며 KPC 계약 당사자도 아니므로 ICSID 제소 자격이 없다고 반박하였다. 청구인은 인도네시아 정부를 대표하며 당사자 자격자라고 인도네시아 정부에 의해 지정되었다고 주장하였다.



나. 주요 쟁점

청구인은 이 분쟁은 당사자간의 계약에 관한 분쟁이고 인도네시아에서 체결된 계약은 인도네시아의 법률에 따라야 하는 것이므로 이 사건에서 ICSID 당사자 적격에 관한 ICSID 협약 25(1)조는 인도네시아의 국내법을 고려하여 해석되어야 한다고 주장하였다. 청구인은 중앙 정부와 지방 정부간의 관계에 관한 인도네시아 국내법 관련 조항을 제시하면서 지방 정부가 중앙 정부를 대신하여 행동할 수 있는 국내법의 근거라고 주장하고 이에 따라 주정부의 당사자 적격이 인정될 수 있는 방향으로 관할권을 우호적으로 해석해야 한다고 강조하였다.

그러나 중재 판정부는 인도네시아 정부 스스로가 이 사건에 관하여 주정부에 아무런 권한도 위임한 바 없다고 확인하고 있고 주정부가 제시한 국내법이나 기타 자료는 주정부가 ICSID 중재에서 인도네시아 정부를 대리한다는 명시적인 근거가 아니라 주정부가 그리 해석하는 것일 뿐이며 중재 판정부는 그러한 해석에 동의하지 않는다고 정리한 후 주정부는 ICSID 중재에서 인도네시아 정부를 대리할 수 없다고 판정하였다(판정문 177-185).

중재 판정부는 주정부가 인도네시아 정부에 의해 ICSID 중재 당사자가 될 수 있는 정부의 하위 기관이라고 지정되지 않았으므로 ICSID 제소 적격이 없다고 판시하였다. 중재 판정부는 ICSID 협약 규정이나 협의 과정상의 토의, 학자들의 견해를 종합할 때 정부가 특정 하위 기관을 ICSID 당사자가 될 수 있다고 지정할 경우 지정된 사실을 ICISD에 통보하는 특별한 양식이나 경로는 없으며 지정 의사를 확실히 표명하기만 하면 되는 것으로 이해하였다. 중재 판정부는 ICSID 중재 규칙1(1)(b)조는 분쟁 당사자가 체약국의 정부 기관이거나 헌법상의 하위 기관일 경우 중재 청구서는 협약 25(1)조에 따라 (해당 기관이) 체약국에 의해 당사자로 지정되었다는 것을 명기해야 한다고 규정하고 있으므로 지정 요건은 체약국이 발행한 문서에 특정 기관을 협약 25(1)조상의 기관이라고 지정한다는 체약국의 의사가 나타나야 한다고 보았다. 중재 판정부는 청구인이 이러한 문서라고 제시한 자료는 이 지정과 직접 관련이 없는 KPC 계약에 관련된 문서로서 청구인은 문안 중의 일부가 ICSID당사자로 지정한 것으로 해석된다고 일방적으로 주장하고 있을 뿐 설득력 있는 설명을 하지 못하고 있다고 지적하였다. 판정부는 인도네시아 정부가 명시적으로 주정부를 ICSID 중재 당사자로 지정한 바 없다고 확인하고 있는 점도 들어 주정부가 ICSID에 지정 통보된 사실이 없으므로 주정부는 ICSID 중재 청구 자격이 없다고 판시하였다(191-200).



다. 평가 및 해설

칼리만탄 주정부가 KPC 계약의 당사자도 아니면서 이 계약에 대해 ICSID 중재를 신청한 것은 계약의 영향을 직접적으로 받는 제 3자도 계약의 이행에 관한 분쟁을 제소할 수 있다고 인도네시아 국내법에 규정되어 있기 때문이었다. 주정부는 이를 근거로 ICSID 협약 25(1)조를 국제법 전지에서만이 아니라 국내법도 감안하여 해석해야 한다고 주장한 것이다. 주정부의 또 다른 주장은 계약은 계약이 체결된 국가의 법에 의해 규율된다는 원칙이다. 이 점은 중재 판정부도 인정했다. 판정부는 ICSID 관할권이 국제법에 의해 정해져 있다고 해서 관할권 조항을 해석할 때 국내법을 고려할 수 없다거나 해서는 안 된다는 원칙이 있는 것은 아니라고 인정하였다. 계약은 체결지 법에 의해 규율되므로 이 사건처럼 분쟁 발생 시 ICSID 중재를 이용하자는 규정이 해당 계약에 기재되어 있는 경우에는 더욱 그러하다고 보았다. 문제는 인도네시아가 주정부를 ICSID 중재 적격이 있다고 ICSID 협약 25(1)조에 의거하여 지정한 사실을 입증할 수 없었기 때문에 관할권을 부인한 것이다.

국가는 ICSID 중재를 신청할 수 있는가? 국가가 투자자를 상대로 ICSID 중재를 제기하는 것이 가능한지의 문제이다. ICSID 협약 25(1)조는 ICSID의 중재 대상을 일방 체약국과 타방 체약국 국민 간의 투자로부터 직접적으로 발생한 법적인 분쟁이라고 규정하고 있다. 중재를 제기할 수 있는 당사자를 특정하지 않았기 때문에 이론상으로는 국가가 투자자를 상대로 제소하는 것이 가능하다. 그러나 이는 이번 사건처럼 계약의 당사자로서 계약 의무 위반을 주장할 때만 가능하다. 그것도 해당 계약에 분쟁 발생 시 ICSID 중재를 활용한다고 규정이 되어 있어야 가능하다. 국가도 투자자와 계약을 체결할 수 있고 타방 계약 당사자의 계약 의무 위반이 있으면 계약의 당사자로서 해당 분쟁해결 조항에 의거하여 중재를 제기할 수 있다. 그러나 청구 원인이 투자협정의 의무 위반일 경우에는 국가는 중재의 대상일 될 뿐 중재 개시의 주체가 될 수는 없다. 투자협정은 체결 주체가 국가로서 상대방 투자자에 대해 부담해야 할 국가의 의무를 규정하고 있다. 국가는 그 의무의 시행 주체이므로 의무 불이행을 주장하는 중재를 자신이 제기할 수 없는 것은 당연하다.



101

Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica 사건(ARB(AF)/07/3)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인들이 코스타리카에서 불법 대부업을 운영하는 Villalobos 형제들이 운영하는 환전소에 예치한 돈이 캐나다-코스타리카 투자협정상의 투자에 해당하는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인들은 Alasdair Ross Anderson를 비롯하여 모두 137명이다. 이들이 예치한 대금을 Villalobos 형제들은 고리로 대부하여 수익을 창출한 후 예치자들에게 시장 금리 이상의 수익을 송금하였다. 불법 대부업 단속에 Villalobos 형제가 적발되어 예치금이 몰수되자 예치자들은 캐나다-코스타리카 투자협정상의 투자에 해당한다고 주장하고 2004년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

중재 판정부는 이 사건 분쟁에 대한 관할권이 성립하려면 청구인들의 예치금 및 이에 따라 청구인들과 Villalobos 형제간에 형성된 법률 관계가 투자협정상의 ‘투자’에 해당한다는 점이 입증되어야 한다고 보았다. 캐나다-코스타리카 투자협정은 1(g)조²⁵⁵⁾에 일방 계약국의 투자자가

255] ‘[g] ‘investment’ means any kind of asset owned or controlled either directly, or indirectly through an enterprise or natural person of a third State, by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter’s laws and, in particular, though not exclusively, includes:

- i . movable and immovable property and any related property rights, such as mortgages, liens or pledges;
 - ii . shares, stock, bonds and debentures or any other form of participation in an enterprise;
 - iii . money, claims to money, and claims to performance under contract having a financial value;
 - iv . goodwill;
 - v . intellectual property rights;
 - vi . rights, conferred by law or under contract, to undertake any economic and commercial activity, including any rights to search for, cultivate, extract or exploit natural resources;
- but does not mean real estate or other property, tangible or intangible, not acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes.

For further certainty, investment does not mean, claims to money that arise solely from:

- i . commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of one Contracting Party to a national or an enterprise in the territory of the other Contracting Party; or
- ii . the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, where the original maturity of the loan is less than three years.

Without prejudice to subparagraph (ii) immediately above, a loan to an enterprise where the enterprise is an affiliate of the investor shall be considered an investment.

For purposes of this Agreement, an investor shall be considered to control an investment if the investor has the power



직·간접적으로 소유, 통제하는 모든 종류의 자산을 투자라고 정의하고 (i)호 내지 (vi)호를 통하여 적용 대상인 투자의 유형을 열거하면서 배제되는 자산의 유형을 함께 규정하였다. 배제되는 자산의 유형에 문제의 예치금이 포함되지는 않았으나 ‘자산’의 정의를 따로 두고 있지도 않았다. 판정부는 통상적으로 자산이란 ‘모든 가치물(anything of value)’로 이해되는데, 청구인들이 Villalobos 형제에게 자금을 예치함으로써 이자와 원금에 대한 채권이 발생하였고 이는 가치물에 해당하므로 청구인들이 Villalobos 형제에게 예치한 금액은 투자협정상의 ‘자산’에 해당한다고 판단하였다.

그러나 중재 판정부는 1(g)조의 투자 정의는 일방 계약국의 ‘법령에 의거하여’ 투자되어야 한다는 적법성 요건을 포함하고 있으나 Villalobos 형제의 대부업은 코스타리카 중앙은행법을 위반한 불법 대부업이므로 Villalobos 형제와 청구인들 간의 거래는 투자협정상의 적법성 요건을 위반한 합법적인 투자가 아니라고 판정하고 관할권을 부인하였다.

다. 평가 및 해설

1) 투자협정상의 투자 정의

ICSID 중재 판정부는 투자에서 발생하는 법적인 분쟁을 관할한다. 따라서 분쟁의 대상이 ‘투자’에 해당하는지, 무엇이 투자인지를 결정하는 것은 ICSID 중재 판정의 물적 관할권 존부를 쟁론함에 있어 자주 등장하는 쟁점이다. 중재 판정에서 대상물이 투자에 해당하는지를 판단하는 방식은 관련 판례를 통해 정착이 되어 있다. 투자협정상의 투자 정의에 해당하는지와 투자로서의 본질적인 속성을 보유하고 있는지 2단계로 살피는 것이다. 이를 *double barrel test*라고도 한다. 투자로서의 본질적인 속성 보유 여부는 따로 살펴보기로 하고 여기서는 투자협정상의 정의에 부합되는지 여부가 쟁점이 되었던 판례를 종합해 본다.

투자협정은 예외 없이 투자에 대해 정의하고 있다. 가장 대표적이고 보편적인 정의 방식은 투자자가 직간접적으로 소유, 통제하는 모든 종류의 자산(any kind of asset)으로 규정한 후 예시가 되는 투자의 형태를 나열하는 방식이다. 이 예시 목록이므로 예시되지 않은 투자도 있을 수 있으므로 통상 *include but not limited to*라는 문구를 추가하기도 한다. 투자로 예시되는

to name a majority of the board of directors or otherwise to legally direct the actions of the enterprise which owns the investment. Any change in the form of an investment does not affect its character as an investment. For greater clarity, returns shall be considered a component of investment. For the purpose of this Agreement, ‘returns’ means all amounts yielded by an investment, as defined above, covered by this Agreement and in particular, though not exclusively, includes profits, interest, capital gains, dividends, royalties, fees or other current income.



자산은 투자협정마다 다소간의 차이가 있을 수 있지만 대개 기업, 주식 및 증권 등 기업의 자본 참여와 관련된 권리, 채권 및 회사채 등 각종 부채 증서와 그로부터 파생되는 권리, 금전적 가치를 갖는 각종 계약상의 권리, 지적 재산권(상표권, 저작권, 특허권 등), 천연 자원의 개발과 관련된 개발권 및 채굴권, 각종 유형 자산(상품, 동산, 부동산 등)과 무형 자산(담보, 리스, 유치권, 질권, 영업권 등) 등이다.

협정에 따라서는 투자에 포함되는 않는 자산을 열거하기도 한다. 한중 FTA에서는 상품 및 서비스 거래에서 발생하는 자금 청구권을 제외한다고 명시하였다²⁵⁶⁾. 즉 거래는 투자가 아니라는 것이다. NAFTA 협정에서는 모든 자산이라는 전제 설명 없이 투자에 해당하는 자산을 나열하는 방식으로 투자를 정의하였다. 그러나 열거 항목 중에 ‘경제적 혜택이나 영업적 목적에 대한 기대 하에 취득되거나 그러한 목적을 위해 사용된 유형 또는 무형의 부동산 또는 기타 재산’이라는 포괄적 항목이 있어 실질상으로는 모든 종류의 자산을 투자로 정의하는 것과 큰 차이는 없다.

경제가 발달하고 국가간 자본 및 자산 이동이 활발해져 감에 따라 투자의 범위는 꾸준히 확대되어 왔다. 기술 발전과 함께 새로운 경제 현상이 등장하고 새로운 영업 방식과 영역이 확대되고 있는 현실이므로 투자협정은 투자의 범위를 확장적으로 기재하는 것이 추세이다.

2) 관련 판례

투자 분쟁에서 쟁점이 된 대상이 투자협정상의 투자에 해당하는지 여부는 준거가 되는 당사국 간 투자협정의 투자 정의를 적용하면 판단할 수 있으므로 판례 간 법리적 대립이나 판례 축적에 의한 법리 정립이 두드러지지 않고 있다.

Fedax vs. Venezuela 사건(ARB/96/3)에서는 약속 어음이 투자로 인정할 수 있다고 판단되었으며 비록 어음 구입이 계약국 내에서 이루어지지 않았다 하더라도 전산 거래가 활발한 자본 투자에는 영토성 요건을 적용할 수 없다고 보았다. 청구인이 매입한 증권의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *Gruslin vs. Malaysia* 사건(ARB/99/3)에서는 룩셈부르크-말레이시아 투자협정이 말레이시아의 경우 소관 부서에 의해 승인된 사업(approved project)으로 분류된 사업에 투자된 자산에 한한다는 조건이 투자 정의에 부가되어 있으므로 증권 매입은 투자에 해당하지 않는다고 판시된 바 있다. 법률 자문 사업이 투자가 될 수 있는지가 쟁점이 되었던 *Mitchell vs. Congo* 사건(ARB/99/7)에서

256) For purposes of this Agreement, a claim to payment that arises solely from the commercial sale of goods and services is not an investment, unless it is a loan that has the characteristics of an investment.



판정부는 비록 청구인의 법률 자문업이 투자에 해당한다고 판단하였지만 그 근거에 대해 충분한 설명을 하지 않았다는 이유로 특별 위원회에서 판정이 취소되기도 하였다.

Bayindir vs. Pakistan 사건(ARB/03/29) 중재 판정부는 청구인 Bayindir가 공사 준비를 위해 60 여명의 전문 엔지니어를 교육, 훈련하였고 건설 장비와 인력을 현장에 반입한데다가 공사 금액의 30%에 달하는 보증금을 기탁한 것도 터키-파키스탄 투자협정 1(2)조상의 투자 정의에 부합한다고 보았다(관할권 결정문 118-121). 단순한 투자 회사인 청구인이 광산 회사 지분을 매입한 것이 투자에 해당하는지가 논란이 되었던 *Vannessa vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/04/6) 에서 중재 판정부는 투자협정 I(f)조²⁵⁷상의 투자 요건에 합치하면 해당 사업과 연관성이 없는 자의 단순 구매라고 하여 투자가 아니라고 볼 근거는 없다고 판단하였다. 은행 대출의 투자 해당 여부가 논란이 되었던 *OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia* 사건(ARB/04/6)에서 판정부는 독일, 핀란드-에스토니아 투자협정에 투자는 모든 형태의 소유권(property holdings of any type), 경제 활동에 관련된 모든 자산(every kind of asset connected with economic activities)이라고 포괄적으로 정의되어 있으므로 비록 투자의 구체적인 양태로서 나열한 항목 중에 은행 대출이 포함되어 있지 않다고 하더라도 위 투자협정상의 투자에 해당한다고 보았다.

Bayview vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/1) 판정부는 멕시코의 수량 통제 조치로 인해 미국 내 수리 시설에 투입한 자신의 투자가 영향을 받았다고 주장하는 청구인에 대하여 투자협정상의 투자란 상대국에 투자한 것을 의미하지 자국 내의 투자를 의미한 것은 아니라고 지적하였다. 청구인에게 유리한 ICC 중재 판정을 방글라데시 법원이 취소한 *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7)에서 청구인은 중재를 신청하고 판정을 이행 받을 자신의 권리는 경제적 가치를 갖는 계약상의 권리이므로 투자에 해당하고 방글라데시 법원의 판결은 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였고 판정부는 중재권이 수용되었다는 청구인의 주장도 만일 해당 권리가 실존하고 Petrobangla와 방글라데시 법원이 양자 투자협정을 위반하였으며 그 행위 책임이 방글라데시에게 귀속된다는 것이 본안 심리에서 입증이 된다면 수용으로 인정할 수 있다고 판정하였다. 즉 중재권도 투자에 해당한다고 본 것이다. 불법 대부업자에게 예치한 청구인의 자금이 투자에 해당하는지에 대해 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3) 판정부는 모든 종류의 자산을 투자로 정의하고 있는 해당 투자협정상 예치금도 일종의 자산이므로 일견 투자일수는 있으나 해당 투자협정이 투자 유치국의 법령에 의거한 것만 투자라고 규정하고 있으므로 불법 대부업에

257] I(f). Investment means any kind of asset owned or controlled by an investor of one Contracting Party either directly or indirectly, including through an investor of a third State, in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's law.



투자된 예치금은 투자로 볼 수 없다고 판시하였다.

호텔 공동 경영 약정이 실상은 대출 약정에 불과하여 투자가 아니라고 주장된 *Alpha vs. Ukraine* 사건(ARB/07/16)에서 판정부는 경영 약정 내용을 검토한 후 대출 약정이라고 볼 수 없다고 판정하였고 실사 대출 약정일지라도 ‘경제적 가치 창출을 위해 지급한 대금에 대한 청구권’ (공동 경영 지분 및 월정 최소 지급액 포함)을 투자의 한 형태로 정의한 오스트리아-우크라이나 투자협정상의 1(1)(c)조²⁵⁸⁾상의 투자 정의에 의거하여 투자에 해당한다고 정리하였다. 공사 개시를 위해 청구인이 투입한 용역과 물자, 인적, 재정적 재원이 투자에 해당하는지가 쟁점이 된 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)에서 판정부는 투자협정상의 투자에 해당한다는 점에 대해서는 별 심리없이 자명하다고 인정하였다. 청구인이 원료인 나프타를 공급하고 석유 화학 제품으로 되돌려 받는 계약이 투자에 해당하는지가 쟁점이 되었던 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 계약 내용이 단순한 상품 거래가 아니라 투자협정 1(1)(e)조 경제 활동 행사권에 해당하는 투자에 상당하며 청구인이 원료 공급 대가로 회수하는 석유 화학 제품은 1(1)(a)상의 동산에 해당하므로 해당 계약은 전체적으로 투자에 해당한다고 판단하였다.

석유 가격 상승 위험 회피를 위한 Hedging 계약의 투자 해당 여부가 논란이 되었던 *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서는 Hedging 계약이 경제적인 가치를 갖는 도이체 은행의 법적 자산이고 투자협정 1조에 ‘모든 종류의 자산’이 투자라고 정의하고 있으므로 투자에 해당한다고 판단되었다. 투자는 투자 유치국의 법령에 의해 실행(implemented)되어야 한다는 의미가 단순한 설립인지 설립 이후의 운영까지 포함하는지가 논란이 되었던 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)에서 판정부는 Investments shall comprise any kind of assets, implemented in accordance ...라는 1(1)조 문안상 implemented는 assets를 수식하고 있고 대부분의 투자협정은 투자를 any kind assets invested라고 정의하고 있는 점에 비추어 implemented 는 invested 의 의미로 기안된 것으로 보이며 이는 협정 1(2)조²⁵⁹⁾에도 assets are invested라는 표현이 있어 이 협정에서 implemented는 invested를 의미한다고 보아도 무방하고 assets implemented는 assets invested로 해석하는 것이 적절하다고 강조하였다. 이에 따라 판정부는 1(1)조는 투자가 투자

258] 1(1) The term ‘investment’ means every kind of asset invested in connection with the economic activity of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter Contracting Party and, in particular but not exclusively:

(c) Claims to money which has been given in order to create an economic value, or claims to any performance having an economic value;

259] 2. A change in the form in which assets are invested or reinvested, in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, does not affect their character as investments within the meaning of this Agreement.



유치국의 법령에 의거하여 설립되어야 한다는 규정하고 있을 뿐이며 설립된 후 합법적으로 운영되어야 한다는 의무까지 부과하는 것은 아니라고 정리하였다(판정문 185-193). *Rafat Ali Rizvi vs. Indonesia* 사건(ARB/11/13)에서는 청구인의 은행 지분 매입 및 합병이 인도네시아 투자 조정 이사회의 승인을 거치지 않았으므로 ‘투자’에 해당되지 않는다는 인도네시아의 주장이 관련 법규 해석상 투자 조정 이사회 이외의 기관(금융업의 경우 중앙은행)의 승인을 통해 이루어질 수 있다는 판정부의 판단에 의해 기각되었다. 그러나 투자법상의 절차를 위반한 점이 인정되어 궁극적으로는 투자로 인정받지 못하였다.

청구인이 매입한 그리스 국채가 투자가 될 수 있는지가 쟁점이었던 *Postova & Istrokapital vs. Greece* 사건(ARB/13/8)에서 판정부는 국가 채무는 사채와 구별되는 특징이 있고 투자 예시 목록도 해석상의 의미를 가져야 하므로 국가 채무가 투자로 인정되기 위해서는 슬로바키아-그리스 투자협정에 상응한 표현이 있거나 예시로 나열되었어야 한다고 보았다. 판정부는 1조는 물론 협정 어디에도 국가 채무는 물론 공공 부채, 공적 의무 등이 투자의 형태로 기재되어 있지 않다고 지적하였다. 1(1)(b)조에 회사의 채무 증서(*debentures of a company*)라는 표현이 있으나 사채는 국채가 아닌 것이 명백하다고 보고 공적인 채무를 명기하지 않은 것은 채약국이 이를 투자로 인정하지 않으려는 의도라고 판단하였다(판정문 330-333).



102

Toto vs. Lebanon 사건(ARB/07/12)

가. 사건 개요

이 사건은 레바논으로부터 고속도로 건설 공사를 수주한 청구인이 레바논의 비 협조(공사 부지 수용 지연, 원 토지 소유자 시위 불 단속, 관세율 변경 등)로 인해 공기를 초과하게 되었다고 주장하고 레바논의 행위가 투자협정의 투자자 보호 의무 위반에 해당한다고 주장한 사건이다.

청구인 Toto Construzioni Generali S.A.는 이태리 건설사로서 1997년 12월 레바논 기반 시설청(이하 CEPG)과 베이루트-다마스커스를 잇는 고속도로 중 높이 80m의 다리(Mdeirej Bridge)를 포함한 약 5km 상당 구간의 공사 계약을 체결하였으며 계약상 1년간의 시험 운영 및 보수를 거친 후 2000년 10월까지 납품하도록 규정되어 있었다. 공사 개시 직후 일부 설계가 Toto의 제의에 의해 변경되었고 공기 연장에 따른 보상을 요구하지 않는다는 조건 하에 공사 기간이 4차례에 걸쳐 연장되어 2004년 12월에야 고속도로가 레바논에 납품되었다.

Toto는 공기 연장의 주 원인은 레바논 당국의 비 협조 때문이며 이는 투자협정상 의무 위반에 해당하므로 레바논은 공기 연장으로 인한 보상을 해야 한다고 주장하고 2007년 4월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공사 부지 제공 지연

계약에 공사 부지는 레바논 당국이 수용하여 순차적으로 제공하기로 규정되어 있었다. Toto는 공사를 개시하기 충분한 시간 전에 부지가 수용되어 제공되지 않은 관계로 고가로 임차한 장비가 대기해야 하는 등 손실을 입었다고 주장하고 공사 부지 수용 지연과 지연 제공은 이태리-레바논 투자협정 2260(1)조, 2(4)조 투자 보호와 우호적 환경 조성 및 유지 의무 위반이라고 주장하였다.

260] 2(1) Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its laws and regulations.

(2) ...



아울러 공사 부지가 적시에 일관되게 공급되리라는 정당한 기대가 훼손되었으므로 이는 투자협정 3(1)조²⁶¹⁾ 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 2조 위반이 성립하기 위해서는 수용이 지연되었고 지연 책임이 레바논에 있다는 점이 각각 입증되어야 한다고 전제하고 수용이 지연된 점은 인정되나 그 이유가 Toto가 설계 변경을 제의하여 새로운 부지를 수용해야 했기 때문이며 수용에 수반되는 복잡한 절차에 비추어 레바논이 12개월만에 소요 토지를 수용한 것은 합리적이라고 판단하였다. 레바논이 투자를 보호하기 위하여 성실하게 행동하지 않았다는 점을 Toto는 증거로서 입증하지 못했고 토지 수용 지연이 어떻게 투자에 우호적인 법적, 경제적 환경 조성 및 유지 실패에 해당한다는 것인지 보여주지 못했다고 지적하였다(판정문 183-189).

공장공평 대우 의무 위반 주장에 대해서도 중재 판정부는 Toto가 수용 부지가 적시에 공급되리라는 정당한 기대를 할 수 없는 상황이었음을 지적하였다. Toto의 제안에 의해 노선이 변경되었고 새 노선상의 부지를 수용하는 데에는 수용의 특성상 불가피하게 상당한 시간이 소요되며 Toto 스스로 공기 지연을 보상 청구권 포기를 조건으로 요청한 점에 비추어 부지의 지연 제공은 Toto도 충분히 인지하고 있었다고 지적하였다. Toto는 레바논 당국이 일관된 태도로 수용 작업을 수행하지 않았다고 주장하나 증거로 입증하지 못했다고 지적하였다(190-194).

2) 시리아軍 주둔

Toto가 당초 현장 사무소를 건설하고자 하는 지역에 1998년 9월까지 시리아軍이 주둔하고 있어서 인근에 건설하여야 했으며 시리아軍 철수 이후 주둔지에 새로이 현장 사무소를 건설해야 했다. Toto는 이로 인해 추가적인 손실이 발생하였다고 주장하고 시리아軍을 적시에 철수시키지 못한 것은 투자협정 2(4)조 우호적 환경 조성 의무 위반, 3(1)조 공장공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 레바논은 Toto가 시리아 주둔 사실을 당연히 알았거나 알 수 있었다는

[3] Each Contracting Party shall protect within its territory investments made in accordance with its laws and regulations by investors of the other Contracting Party and shall not impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale or liquidation of such investments. In particular, each Contracting Party or its competent authorities shall issue the necessary permits mentioned in paragraph 2 of this Article.

[4] Each Contracting Party shall create and maintain, in its territory favourable economic and legal conditions in order to ensure the effective application of this Agreement.

261] 3(1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the other Contracting Party. This treatment shall not be less favourable than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory by its own investors, or than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory by investors of any third State, if this latter treatment is more favourable.



증거를 제시하고 주둔지 외에 다른 곳부터 공사를 시작하였어도 되며 시리아軍 철수를 레바논에 적시하여 요청하지도 않았고 군 주둔이 공사에 지장을 초래할 수 있다는 우려를 전달했을 뿐이라고 반박하였다. 레바논은 1998년 4월 시리아軍과 협의하여 5월부터는 철수가 시작되었고 8월에 철군이 완료된 것은 상대가 외국군임을 감안할 때 매우 신속하게 절차가 진행된 것이라고 주장하였다.

중재 판정부는 레바논의 주장을 수용하여 Toto의 투자를 보호하기 위해 레바논이 2조상의 의무를 해태한 점이 없다고 보았다. 투자협정 3(1)조 의무 위반 주장에 대해서도 레바논이 시리아軍을 철수 시키는 데 있어서 나태하거나 일관성 없이 차별적으로 행동했다는 점을 Toto가 사실로써 입증하지 못했다고 지적하였다(197-205).

3) 수용 토지 소유주 시위

Toto는 고속도로 건설 현장에 수용당한 토지 소유주들이 수시로 몰려와서 항의하느라 공사에 차질을 초래하였다고 주장하고 이들의 공사 현장 접근을 막지 못한 레바논 당국은 투자협정 2조 및 3(1)조, 4조(충분한 보호 및 안전) 의무 불준수 책임이 있다고 주장하였다.

중재 판정부는 수용은 원래 긴 시간과 당사자의 반발, 설득, 보상의 복잡한 과정을 거치는 작업이며 레바논 당국이 토지 소유자들의 불만 표현을 금지해야 할 의무가 있는 것도 아니라고 전제하고 Toto가 레바논 당국이 소유자의 항의로 인한 공사 지연 사실을 인지했거나 할 수 있었다는 것을 입증하지 못했고 Toto의 공사 진행 기록부에 소유자 시위가 공사에 중대한 차질을 초래할 정도의 사건으로 기록되어 있지도 않다고 지적하였다.

3(1)조 위반 주장에 대해서도 중재 판정부는 소유자가 수용에 대해 반대하지 않고 해당 부지에 접근하지 않도록 레바논이 보장해야 한다는 기대는 합리적이지 않으며 투자자의 정당한 기대가 훼손된 것이 3(1)조 공정-공평 대우 의무 위반으로 인정되려면 법적, 영업적 환경의 안정성, 공정-공평 대우의 기준, 국내법상의 권리가 훼손될 정도는 되어야 하나 이 사건의 경우 Toto가 이들 요건이 충족되었음을 입증하지 못했다고 지적하였다.

4조 충분한 보호 및 안전에 대해서도 중재 판정부는 이 의무가 외국인 투자가 어떠한 상황에서도 점거되거나 방해받지 않게 하는 의무는 아니라는 판례와 사업장을 점거한 파업이 투자자에게 위협을 가한 것은 아니라는 판례 등을 거론하며 토지 소유자의 행위가 투자자의 신체적 안전에 위해가 될 정도는 아니었다고 지적하였다(217-230).



4) 법규정 변경

공사 기간 중 시멘트 등 건설 자재의 관세가 인상되었다. Toto는 이는 우호적인 경제적 법적 환경을 유지하지 못한 것으로서 투자협정 2조 위반에 해당하고 3(1) 공장·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 투자 환경 유지 및 공장·공평 대우가 조세 및 관세 관련 법규의 불변동을 투자자에게 보장하는 정도는 아니라고 지적하였다.

다. 평가 및 해설

1) 충분한 보호 및 안전

투자자가 외국인 투자자에게 부여해야 하는 의무 중 내국민 대우와 최혜국대우는 비교 대상이 되는 자국민과 제 3국민에 비해 불리한 대우를 하지 말라는 상대적인 보호 기준이다. 이와 달리 외국인 투자자에게 절대적으로 최소한 보장해야 하는 기준이 최소 기준 대우이다. 최소 기준 대우는 크게 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전 2가지로 구분된다. 여기서는 충분한 보호 및 안전에 대해 살펴본다. 이 의무의 핵심은 보호 및 안전의 대상에 관한 이견이다. 대부분의 투자협정에는 외국인 투자에게 충분한 보호 및 안전을 제공해야 한다는 원칙만 천명하고 있을 뿐 그 내용과 범위에 대해서는 밝히지 않고 있다. 이로 인해 제공 범위를 좁게 설정하려는 투자 유치국과 넓게 확장하려는 투자자 간의 이견이 국제 중재에서 흔히 제기되어 왔다.

명확한 명문의 규정이 없으므로 판례의 축적을 통해 법리가 완성되는 사항 중의 하나이며 이러한 판결 결과를 감안하여 향후 다툼의 소지를 차단하기 위해 대우의 범위를 투자협정에 명문으로 기재하는 경우도 발생한다. 한중 FTA의 경우 충분한 보호 및 안전은 국제 관습법에서 요구되는 경찰 보호를 제공하는 것이라고 규정하였다(한중 FTA 12.5(2)(b)조²⁶²). 경찰 보호를 명시한 것은 완전한 보호 및 안전의 대상이 외국인 투자의 물리적 안전에 국한되는 것인지 법적, 제도적인 투자 환경의 안전까지 포함되는 것인지 여부가 그간 중재 판정의 이 항목과 관련된 주요 쟁점이었기 때문이다.

법리가 완성되지 않은 쟁점 사항이 중재 판정이 거듭됨에 따라 일정한 방향으로 수렴되는 경우가 많은 것과 달리 충분한 보호 및 안전에 관한 ICSID 중재 판정부의 법리는 아직 단정할

262) (b) 'full protection and security' requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.



수 있을 수준으로 성립되지 않았다. 보호 대상을 해당 투자의 물리적인 안전, 경찰 보호에 국한해야 한다는 판정과 투자 환경의 보호까지 포함한다는 판정이 교차되고 있다. ICSID 중재 판정에서 수용, 공정·공평 대우와 더불어 가장 많이 제기되는 이슈이나 모든 중재 판정부가 적용 범위에 대해 자신의 견해를 밝히지는 않는다. 다만 청구인은 비단 투자의 물리적 안전과 보호가 미흡한 행위에 대해서만 충분한 보호 및 안전 위반 주장을 제기하지는 않고 이와 직접적인 관련이 없는 행위에 대해서도 이 의무 위반 주장을 제기하는 것이 뚜렷한 추세이다. 물리적 안전과 무관한 이슈에 대해 청구인의 입증이 부족하다는 이유로 충분한 보호 및 안전 시비를 기각하는 판정이 많은데 이를 만일 입증이 충분했다면 그 보호 대상이 물리적 안전 이상을 포함한다고 판정했을 것으로 간주할 경우 보호 대상의 범위를 확장하려는 것이 ICSID 중재 판정의 다수설이라고 볼 수는 있다.

보호 대상 외에 ICSID 중재 판정에서 충분한 보호 및 안전과 관련되어 심리된 것은 보호 및 안전 위해 행위의 발생 그 자체에 대해 투자 유치국의 책임이 있는 것인지, 발생을 예방하기 위한 정당한 주의 의무와 노력을 다했으면 보호와 안전 책임을 다한 것인지의 여부이다. ICSID 판정은 위해 행위 자체가 발생하지 못하게 하는 원천적 책임까지 투자 유치국에 요구하고 있지는 않다. 비례성의 원칙을 적용한 판례도 있다. 투자 유치국에 기대하는 충분한 보호 및 안전 대우의 정도는 해당 상황의 내용과 심도, 그리고 투자 유치국의 능력에 따라 비례한다는 것이다. 선진국에 기대하는 정도와 개도국에 기대하는 정도가 동일할 수 없다는 의미이다. 충분한 보호 및 안전의 의무는 정부 자체의 행위가 아니라 제 3자의 행위에 대해 적용되는, 즉 투자 안전을 위해하는 행위, 사태, 상황에 대해 투자 유치국 정부가 정당한 주의와 경계의 의무를 다하라는 것이지 정부의 특정 행위 자체를 대상으로 제기할 수 있는 주장이 아니라는 판례도 있다.

2) 관련 판례

충분한 보호 및 안전에 관해 자신의 견해를 밝힌 ICSID 판정을 중심으로 시간 순으로 살펴 보자면 아래와 같은 판례가 대표적이다. *AAPL vs. Sri Lanka* 사건(ARB/87/3)에서 청구인은 충분한 보호 및 안전은 투자 유치국의 무조건적인 의무(unconditional obligation), 엄격하고 절대적인 책임(strict and absolute liability)을 의미하며 투자의 피해가 발생한 이유에 관계 없이 또한 피해를 초래한 자를 따지지 않고 투자 피해로 인한 손실 보상을 보장하거나 보해를 의미한다고 주장하였다. 중재 판정부는 조약 해석의 원칙상 조약의 단어는 그 단어가 통상적으로 사용되어온



방식에 의해서 고착된 자연스럽고 공정한 의미로 해석해야 한다고 보았으며 full protection and security가 아무런 피해도 없을 것임을 보장하는 엄격한 책임을 투자 유치국에 부담하는 것으로 해석되는 경우를 알지 못한다고 언급하였다(판정문 45-48). 판정부는 조약 단어의 해석은 그 조약의 전반적인 대상과 목적도 고려해야 할 것인바 투자협정은 투자에 대해 적절한 수준의 법적 보호 환경을 보장함으로써 투자를 촉진하려는 것이라고 지적하고 영국과 스리랑카가 이 투자협정에 투자 보호 수준을 기존의 관습적인 국제법상의 보호 수준에서 투자 유치국에 엄격한 책임(strict liability)을 부과하는 정도로 격상하였다고 볼 근거가 없다고 판단하였다(51).

AMT vs. Zaire 사건(ARB/93/1)에서 청구인은 미국-자이레 투자협정 II(4)조 (충분한 보호 및 안전)에 의거, 자이레는 외국인 투자가 보호와 안전을 향유할 수 있도록 주의를 다하여야 하며 국제법상 요구되는 최소 수준보다 낮지 않은 보호 조치를 취했어야 한다고 주장하였다. 판정부는 자이레가 폭도들의 난입 저지는 물론 예방, 사전 경고 등 사태의 발생을 방지하거나 완화하기 위한 조치를 취하였는지 세심히 심리하였다. 그 결과 이 사건 발생과 관련하여 외국인 투자 보호 및 안전을 보장할 어떤 조치도 취하지 않았음을 확인하고 이는 해당 조항 위반이라고 판정하였다. 청구인의 투자에 해로운 영향을 끼친 참사를 예방하지 못한 책임이 있다고 질책했다. 자이레는 문제의 폭동으로 인해 자국 회사들도 유사한 피해를 입었다고 주장하고 청구인이 자신의 피해가 유사한 환경에 있는 자이레 국민보다 불리한 대우(less favorable treatment)를 받았다는 점을 입증하지 못했다고 항변하였다. 판정부는 자이레의 주장은 외국인 투자에게 최소 수준의 보호와 안전을 제공하라는 투자협정상의 의무 준수 여부와는 무관한 주장이라고 일축하였다. 자이레가 국제법상의 최소 수준의 외국인 보호 의무를 준수하지 못한 책임과 동일한 의무를 자국민 및 여타 제 3국민에게도 제공하지 못한 사실은 별개라는 입장이다. 타국민도 동일한 피해를 입었다는 사실이 청구인에 대한 투자협정상의 보호 의무를 다하지 못한 자이레의 책임을 면책시켜 주지 못한다는 점을 지적하였다. 중재 판정부는 충분한 보호 및 안전이란 투자 보호를 위해 모든 예방 조치를 강구하는 것이라고 언급하여 단순한 신체적 안전 이상의 의무로 이해하였다. (판정문 6.05-6.10).

Azurix vs. Argentina 사건(ARB/01/12) 중재 판정부는 미국-아르헨티나 투자협정에 충분한 보호 및 안전 의무가 경찰 보호에 국한된다는 제한이 없고 충분하다(full)는 형용사의 통상적인 의미상 경찰 보호 이상을 의미한다고 판정하였다(판정문 408). 반면에 *PSEG vs. Turkey* 사건(ARB/02/5) 판정부는 충분한 보호 및 안전은 물리적인 안전을 의미한다고 판정하였다(판정문 257-258).



Siemens vs. Argentina 사건(ARB/02/8)에서 충분한 보호 및 안전의 대상은 물리적인 안전에 국한된다는 아르헨티나의 주장에 대해 판정부는 무형 자산의 (있지도 않은) 물리적 안전을 보장할 수는 없을 것이며 충분한 보호 및 안전은 단순한 물리적 안전을 넘어 선 보다 넓은, 법적인 안전을 포함하는 개념이라고 판단하였다. 이와 달리 *Sempra vs. Argentina* 사건(ARB/02/16) 중재 판정부는 충분한 보호 및 안전 의무를 정치적이거나 법적인 체제의 안전과 보호가 결여된 상황에도 적용할 수 있는지는 아직 증명되거나 충분히 발현되지 못했다고 언급하고 이 의무를 물리적인 안전 측면에서 이해하였다.

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15) 에서 청구인은 아르헨티나의 조치가 투자자에 대한 충분한 보호 및 안전을 제공하지 못했다고 주장하였으나 판정부는 충분한 보호 및 안전의 의무는 정부 자체의 행위가 아니라 제 3자의 행위에 대해 적용되는, 즉 투자 안전을 위해하는 조치에 대해 투자 유치국 정부가 정당한 주의와 경계의 의무를 다하라는 것이지 정부의 특정 행위 자체를 대상으로 제기할 수 있는 주장이 아니라고 설명하였다. 판정부는 청구인이 주장하는 조치는 모두 아르헨티나 정부의 조치로서 충분한 보호 및 안전 위반 소지가 없다고 판정하였다(판정문 522-525). *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15) 판정부는 청구인 자산 수용 명령에 항의하는 청구인을 일시 체포, 감금한 이집트 경찰의 행위에 대해 충분한 보호 및 안전 위반을 인정하였다.

Biwater vs. Tanzania 사건(ARB/05/22) 중재 판정부는 충분한 보호 및 안전이란 충분하다는 수식어의 존재로 볼 때 단순히 물리적인 안전만을 의미하는 것이 아니라 상업적, 법률적인 안전을 포함하고 제 3자의 행위를 예방하는 것뿐 아니라 정부 기관, 대표자의 행동에도 적용된다고 보았다. 중재 판정부는 비록 탄자니아 당국이 City Water사의 시설을 점거하고 관계자를 추방하는 과정에 물리력을 사용하지 않았다고 하더라도 이는 불필요하고 권력 남용적인 행위로서 충분한 보호 및 안전 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다(판정문 729-731). *Toto vs. Lebanon* 사건(ARB/07/12) 판정부는 충분한 보호 및 안전 의무가 외국인 투자가 어떠한 상황에서도 점거되거나 방해받지 않게 하는 의무는 아니라는 판례와 사업장을 점거한 파업이 투자자에게 위협을 가한 것은 아니라는 판례 등을 거론하며 토지 소유자의 행위가 투자자의 신체적 안전에 위협이 될 정도는 아니었다고 지적하였다(판정문 217-230).

청구인은 공사 현장이 시위대에 의해 약탈될 때 알바니아 경찰의 보호를 받을 수 없었던 것에 대해 충분한 보호 및 안전 의무 위반 주장이 제기되었던 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)에서



판정부는 국가 통제력이 정비되어 있어 쉽게 진압될 수 있는 시위보다는 그러한 능력을 구비하지 못한 열악한 국가에서의 작은 규모의 시위에서 국가의 보호와 안전을 다하지 못하는 경우가 많을 것임을 지적하고 국제 재판부는 해당 사건의 발생 시점에서의 해당 국가의 능력 범위를 고려하여 사건에 맞는 평가를 하여야 할 것이라는 의견을 전개했다. 이 사건에서 당시 현장 관계자는 당시 상황이 경찰이 개입하기를 거부한 것이 아니라 개입할 수 없는 심각한 상황이었고 사태의 규모 상 알바니아 경찰이 무력화된 것이라고 증언하였다. 판정부는 청구인이 이러한 상황에서 충분한 보호 및 안전 의무를 준수하지 못했다는 주장을 입증하지 못했다고 판정하였다(76-77, 82-83).

UNCITRAL 중재 사건인 *Saluka vs. Czech* 사건 판정부는 투자협정의 투자 보호 측면을 지나치게 해석하면 투자 유치국의 외국인 투자 접수를 주저하게 하여 결과적으로 상호 경제 관계 강화 및 확대라는 투자협정의 본래 취지를 손상시킬 수 있으므로 투자협정의 실질적 보호와 관련된 조항은 균형되게 해석해야 한다고 언급하여 충분한 보호 및 안전 의무의 확대 해석을 경계하였다.



103

Alpha vs. ukraine 사건(ARB/07/16)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 호텔 공동 경영 협약이 양자 투자협정과 ICSID 협약상 투자의 정의에 부합하는지와 우크라이나 정부의 조치로 이 협약이 사실상 중단된 것이 수용에 해당하는지 등이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Alpha Projektholdings GmbH는 오스트리아 기업 2곳과 우크라이나 회사 Konitch가 우크라이나 국영 Dnipro 호텔 일부 객층을 개보수하여 공동 경영하기 위해 1993년 오스트리아에 설립한 회사이다. 청구인과 Dnipro 호텔은 호텔 11층과 12층을 개보수하여 공동 경영하는 협약을 1998년 체결하였다(이하 1998 공동 경영 협약, 또는 1998 JAA²⁶³). 주요 골자는 Alpha는 공사비 152만불 투자, 호텔은 공동 경영용 객실 제공, 2004년 7월까지 공동 경영, 운영 수익은 5:5 균등 배분, 호텔은 Alpha에게 최소한 3.5만불을 매달 지급, 계약 종료 후 공동 경영 객실은 Alpha에게 별도 보상 없이 호텔로 귀속된다는 것 등이었다. 후에 일부 부속 약정이 추가되어 호텔의 경영 부실로 인해 이미 2000년 9월부터 지급되지 못했던 월 3.5만불 최소 지급액을 5만불로 상향 조정하되 2006년 7월까지 중단하기로 하였고 미지급금 누적액 44만불을 Alpha가 출자 전환하기로 하였다.

청구인과 호텔, 공사업체 Pakova 3자는 1999년에는 8층~10층을 공동 경영하는 별도의 협약을 체결하였다(이하 1998 공동 경영 협약, 1999 JAA). 주요 골자는 8~10층 개보수 후 공동 경영, Alpha는 170만불 투자, 호텔은 객실 제공, Pakova는 공사 진행, 이윤 3자 균분하되 호텔은 Alpha와 Pakova에게 각각 매월 최소 5만불 지급, Pakova 공동 경영 이탈시 이윤은 5:5 균분 및 월 5만불 지급을 계속한다는 것 등이었다. Alpha는 투자금 170만불을 Pakova의 사이프러스 구조로 송금하였다.

공동 경영이 지속되던 중 우크라이나 정부는 2001년 7월 Dnipro 호텔을 민영화하지는 않되 국영 공사화(corporatization) 대상 기관으로 지정하였다. 공사화 절차가 2003년 2월 개시되어

263] 당초 1994년에 최초 체결하고 1996년에도 수정안이 체결되었으나 이전 계약을 1998년 취합 정리하여 다시 체결함.



호텔의 Alpha에 대한 재정적 의무 가액을 포함한 전반적인 자산 실사 작업이 실시되었다. 2004년 2월 Dnipro 호텔은 OJSC 호텔로 개명되어 관할권이 관광청에서 국가 행정청으로 이관되었으며 행정청은 호텔 접수 즉시 세무 당국에 요청하여 호텔의 재무 장부 일체를 압수하고 Alpha와의 계약 내용을 재평가하여 최소한 1999 JAA의 170만불은 투자가 아니며 Pakova의 실제 공사액은 39만불에 불과한데 호텔이 Pakova에 보상하기 위해 170만불을 과다 지출하였다고 결론내렸다. 2004년 6월 호텔측은 1999 JAA상의 월정 지급액 5만불의 지급을 중단하였고 2006년에는 1998, 1999 JAA가 무효라는 소송을 제기하였다. OJSC 호텔로 개명된 후 Alpha와의 공동 경영은 중단된 상태였다.

청구인은 월정액 5만불 지급 중단, 공동 경영 배제 등의 조치가 수용에 해당하며 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하고 2007년 7월 ICSID 중재를 신청하였다. 우크라이나는 Alpha의 투자는 투자에 해당하지 않는다는 논거로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자협정상 투자 여부

우크라이나는 1998년, 1999년 JAA는 호텔 공동 경영에 관한 합의가 아니라 단순한 대출 약정과 공사 계약의 병합에 불과하다고 주장하였다. 즉 호텔과 Pakova가 공사 계약을 맺고 공사에 필요한 재원을 호텔이 Alpha로부터 대출한 것에 불과하며 월정 지불액은 월별 대출금 상환에 해당한다고 주장했다.

중재 판정부는 Alpha와 호텔이 수년 간 호텔 개선 사업에 몰두했고 수 차례의 단계에 걸쳐 여러 개의 약정서가 체결되었으며 단순한 공사 이외에 수익 분배, 이행 보장 등 각 단계별로 계약 당사자의 의무가 규정되어 있는 점, 채권을 출자 전환한 점, Alpha 대표자가 수 차례 방문하여 경영 조언을 한 점 등에 비추어 볼 때 단순한 대출 약정이라고 폄하할 수 없다고 지적하였다. 청구인은 제공 금액의 단순한 상환 이상의 경제적 수익, 즉 영업 수익 배분, 공동 경영 지분, 투자 금액 수익을 기대하고 약정을 체결한 것이 분명해 보이며 공동 경영 약정은 단순한 대출 약정 이상이라고 판단했다(판정문 268-272).

중재 판정부는 설사 공동 경영 약정이 단순한 대출 약정에 불과하다고 할지라도 투자협상의 투자에 해당하지 않는 것은 아니라고 설명했다. 청구인은 최소한 ‘경제적 가치 창출을 위해 지급한 대금에 대한 청구권’(공동 경영 지분 및 월정 최소 지급액 포함)을 보유하고 있으며 이는



오스트리아-우크라이나 투자협정 1(1)(c)조²⁶⁴상의 투자 정의에 부합하며 이 사실 하나만으로도 청구인의 투자는 투자협정의 투자에 해당한다고 정리하였다(303).

우크라이나는 투자협정 1조상 투자에 해당하기 위해서는 우크라이나 내 ‘청구인의 경제적 활동과 관련’이 있어야 하는데(*invested in connection with the economic activity...in the territory of the other Contracting Party*) 청구인의 재원은 사이프러스 내 Pakova에게로 직송되었으므로 우크라이나에 투자된 것이 아니라 사이프러스에 투자된 것이라고 주장했다. 중재 판정부는 동 구절에 따르면 우크라이나 영토 내에서 이루어져야 하는 것은 경제적 활동이지 투자가 아니라고 지적하고 호텔 개선 공사와 영업은 우크라이나 내에서 이루어진 것이 확실하고 Pakova 구조로의 송금은 우크라이나 내의 경제적 활동에 관련되어 이루어진 것이므로 투자협정상의 요건에 부합한다고 판정하였다(279-281).

우크라이나는 1(1)(c)조의 대금 청구권은 제 3자에 대한 것이어야 한다고 주장하였으나 기각당했다. 우크라이나에 따르면 대금 청구권은 제 3자에 대한 것이어야 공동 경영에 긍정적인 기여가 되는 것이지 공동 경영 당사자, 즉 호텔에 대한 대금 청구는 공동 경영에 기여를 하는 것이 아니라 오히려 공제하는 것이므로 투자로 볼 수 없다는 것이다. 중재 판정부는 우크라이나의 주장은 청구인이 공동 경영에 정당한 기여를 했는지 여부로서 별개의 문제이며 청구인의 대금 청구권은 투자협정상의 투자에 해당한다고 일축했다. Alpha의 지출은 호텔의 수입과 자산 가치를 증대시킴으로써 ‘경제적 가치를 창출’하려는 희망 속에 ‘지급’된 것이 분명하므로 1(1)(c)조의 투자에 해당한다고 판단하였다(287-288).

오스트리아-우크라이나 투자협정은 투자는 투자 유치국의 법규에 따라서(*in accordance with laws and regulations*) 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 우크라이나는 일부 약정이 실제 작성 일자보다 사후에 작성되었고 적절하게 등록되지 않았으며 최소 월정액 지급 보장은 규정상 불가하다는 이유로 우크라이나 법규를 준수하지 않았으므로 투자에 해당하지 않는다고 주장하였다. 판정부는 사후 작성된 계약서는 모두 1998 JAA로 대체되었고 1998 JAA와 이후의 약정을 근거로 중재 판정부가 이미 이 사건 관할권을 인정하였으므로 다시 심리할 실익이 없다고 일축했다.

투자 미등록 또는 부정 등록 주장에 대해서는 설사 우크라이나의 주장이 일부 인정된다고

264] 1(1) The term ‘investment’ means every kind of asset invested in connection with the economic activity of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter Contracting Party and, in particular but not exclusively:

(c) Claims to money which has been given in order to create an economic value, or claims to any performance having an economic value;



하더라도 우크라이나측이 등록 서류가 적절하지 못하다는 행정 관청이나 법원의 결정을 제시하지 못하고 있는 점을 지적하고 유사 사건에서 중재 판정부는 같은 이유로 우크라이나의 등록 흠결로 인한 투자 부존재 주장을 기각하였음을 환기하였다²⁶⁵. 아울러 역시 우크라이나 투자 등록 절차 흠결이 문제가 된 사건에서 해당 중재 판정부가 투자협정상의 투자에 해당된다고 인정된 것이면 일부 국내법상의 관료적 요식 절차의 불준수를 이유로 투자의 성격을 변경할 수 없다는 판례²⁶⁶를 인용하여 등록 서류상의 흠결을 이유로 청구인의 투자를 중재 판정부의 관할권에서 배제할 수 없다고 판단하였다(295-297).

중재 판정부는 투자협정 1(1)조에 투자의 형태로 나열된 (a)~(e)항은 예시에 불과한 것이며 1(1)조 본문에서 아무런 조건을 부여하지 않고 모든 종류의 자산(every kind of asset)을 투자로 정의하였으므로 설사 청구인이 주장하는 투자가 (a)~(e)항에 해당하지 않는 경우가 있다 하여도 투자임에는 분명하다는 점을 첨언하면서 청구인의 공동 경영 계약과 부속 약정은 모두 양자 협정상의 투자에 해당한다고 판시하였다(307).

2) ICSID 협약상 투자 해당 여부

중재 판정부는 ICSID 25(1)조 상의 투자 해당 여부를 판별하기 위해 흔히 사용되어 온 소위 *Salini test*를 이용하였다. 그러나 동 기준 부합 여부를 심리하기에 앞서 경제 발전 기여성 기준의 적합성에 대해 회의적인 견해를 피력하였다. *Salini* 기준 중 투입성, 기간성, 위험성은 어떤 거래의 투자 여부를 판단하는데 의미가 있으나 기여성은 여타 3개 기준의 결과에 해당하고 투자 여부 심사에 독립적인 내용을 가져다 주지 못한다고 지적하였다. 또한 이 기준은 중재 판정부로 하여금 투자라고 주장하는 청구인의 행위의 경제, 재무, 정책적 효과를 사후에 심사,

265) [우크라이나가 청구인의 투자가 우크라이나의 국내법 절차에 따라 등록되지 않았다고 주장한 사건에서 판정부는 우크라이나의 주장을 아래와 같이 기각]

‘Respondent has not produced any decision of a competent Ukrainian court on the validity of the state registration.... In these circumstances, the tribunal must accept the status quo of [the corporation’s] effective existence as a Ukrainian legal entity because this Tribunal has no jurisdiction to investigate and rule upon the alleged formal defect raised by Respondent.’

Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, September 16, 2003. Para. 9.3

266) [투자 등록 서류가 다양한 오류를 포함하고 있다는 점이 쟁점이 된 사건에서 중재 판정부는 사소한 오류를 이유로 투자 자체를 부인할 수 없다고 판시함]

‘[e]ven if we were able to confirm Respondent’s allegations, which would require a searching examination of minute details of administrative procedures in Ukrainian law, to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty. In our view, Respondent’s registration of each of Claimant’s investments indicates that the „investment” in question was made in accordance with the laws and regulations of Ukraine.’ ‘If the assets were in reality investments within the meaning of the Investment Treaty[,] a failure to observe bureaucratic formalities of the domestic law could not have caused their character to change.’

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, para. 72, para. 97



즉 짐작(second guessing)하게 하는 것이어서 부적절하다고 보았다. 중재 판정부는 투자라고 보기에 명백히 불합리한 거래가 투자협정의 투자 정의상 투자로 불가피하게 인정되는 경우에 중재 판정부가 Salini 기준을 적용하는 것은 의미가 있으나 대부분의 경우 양자 투자협정상의 투자 정의를 존중하는 것이 바람직하다고 보았다. 투자협정 당사국이 특정 경제 활동을 투자로서 보호하기로 합의하였고 이와 관련된 분쟁을 ICSID에 회부하도록 합의하였다면 중재 판정부는 당사국의 합의를 존중하여 해당 경제 활동이 ICSID 협약상의 투자에 해당되는 방향으로 투자협정을 해석해야 적절하다고 주장하였다(312-314).

중재 판정부는 청구인의 공동 경영 계약이 수 년간 진행되어 왔고 우크라이나의 정정 불안 상황에서 수익을 보장받지 못할 수 있다는 위험성을 감수하였으며 320만불 정도의 금원을 투입하였고 선진 관광 호텔이 우크라이나의 경제 발전에 기여할 수 있으므로 청구인의 투자는 Salini 기준을 모두 충족하는 ICSID 협약상의 투자에 해당한다고 판단하였다(317-331).

3) 투자자 여부

청구인 Alpha의 소유 구조는 사이프러스 법인 Konitch 50%, 오스트리아 법인 Alpha Baumanagement GmbH 10%, 오스트리아 법인 Ecco Versicherungsmakler GmbH 40%로 되어 있었다. 사이프러스 법인 Konitch는 우크라이나 국민인 Piotr Kovalenko와 Nichiporenko가 각각 50%씩 소유하고 있었다. Konitch라는 회사명 자체가 두 사람 이름의 앞 글자를 따서 만든 것이었고 Piotr Kovalenko는 호텔의 개선 공사를 담당한 Pavko사 대표의 부친이었다.

양자 투자협정 및 ICSID 협약상 분쟁은 투자 유치국 정부와 상대국 국민인 투자자와의 분쟁이므로 청구인 Alpha는 양자 투자협정과 ICSID 협약상의 투자자 요건을 충족해야 했다. 법률적으로 오스트리아 국적의 법인이므로 협약, 협정상의 형식적인 투자자 요건을 충족하고 있는 점에 대해서는 이견이 없었다. 그러나 우크라이나는 청구인 Alpha가 자국민의 심각한 이해와 영향 하에 있다는 점을 들어 청구인 제소의 접수성(admissibility)에 의문을 제기하였다. 중재 판정부는 우크라이나는 Konitch사가 Alpha에 대해 결정적이고 직접적인 통제권을 행사하지 않았다는 증언에 이의를 제기한 바 없고 분쟁 발생 및 중재 신청 시점에 Konitch는 Alpha의 주주가 아니었으며 창사 당시의 소유 구조가 중재 신청 시점에서 Alpha가 오스트리아 법인이라는 사실에 영향을 미치지 못한다고 지적하고 우크라이나의 주장을 수용하지 않았다(342-344).



4) 수용

청구인은 우크라이나 정부가 Dnipro 호텔을 회사화하는 과정에서 호텔의 자산 평가 시 청구인의 호텔에 대한 권리와 소유분을 과소 평가, 누락하였고 이는 청구인의 투자를 수용한 것과 마찬가지라고 주장하였다. 특히 월정 최소 지급액을 과소 산정하였고 호텔의 개선 공사로 증가된 호텔의 고정 자산 증가분에 대한 청구인의 소유권을 누락하였다고 적시하였다.

우크라이나는 호텔의 회사화 및 이를 위한 자산 평가는 청구인과 호텔의 기존 권리 의무 관계를 존중하였다고 주장하고 다만 고정 자산 증가분에 대한 청구인의 소유권은 원 계약에도 인정되지 않은, 처음부터 존재하지 않는 권리라고 반박하였다.

중재 판정부는 회사화 작업 진행중에도 월정 최소 지급액이 청구인에게 계속 지급된 사실이 확인되고 운영 수익을 5:5 양분하기로 한 원 계약 조건이 변경된 바도 없으므로 회사화 작업이 공동 경영 약정상의 권리 의무 관계를 변경시키지는 않았다고 확인하였다. 고정 자산 증가분에 대한 소유권의 경우 해당 공동 경영 약정 및 부속 서류를 볼 때 공동 경영 종료시 고정 자산은 호텔에 반환한다고 규정되어 있고 청구인의 소유권 공유를 적시한 내용이 없는 점에 비추어 청구인은 공동 경영으로 인한 고정 자산에 대해 소유권을 갖고 있지 못하다고 정리하였다(353-364).

청구인에 대한 최소 월정액 지급은 2004년 6월 중단되었다. 그러나 우크라이나는 이 지급 중단이 호텔의 자체적인 결정이라고 주장했고 청구인은 우크라이나 당국이 강요한 것이라고 반박했다. 중재 판정부는 지급 중단이 우크라이나 정부의 지시라는 것을 입증할 증거는 충분하다고 보았다. 당국이 처음부터 호텔과 청구인과의 공동 경영 약정에 부정적인 태도를 보인 것은 증언으로도 확인되고 2004년 4월 호텔에 대한 세무 조사와 경영진에 대한 사법 소추에서도 확인된다고 보았다. 호텔이 국가 행정청으로 관리 이전된 후 OJSC 호텔로 변경되는 과정에서 확인된 불투명, 비합리적인 조치를 제시하면서 중재 판정부는 공정-공평 대우 의무 위반에 해당하는 행위가 있었다고 판단하였다(372-380).

중재 판정부는 우크라이나 당국에 의해 월정액 지급이 2004년 중단된 이후 청구인이 공동 경영 약정상의 수익을 받은 사실이 없고 공동 약정 종료 지분을 호텔측이 청구인에게 지급하지 않을 것도 확실한 점을 지적하였다. 중재 판정부는 경제적 가치가 실질적으로 탈취된 것이고 그 효과가 영구적이며 그 주체는 정부이므로 이는 투자협정 4(1)조상의 수용에 해당한다고 판단하였다. 우크라이나가 정당한 보상을 하지 않았으므로 4(1)조 위반에 해당한다고 적시하였다.

우크라이나는 이러한 조치는 호텔의 상업적 판단에 의한 것이고 정부 당국의 주권적인 권력



행사가 아니라고 반박했으나 중재 판정부는 국가 행정청 소속의 호텔의 행위는 우크라이나 정부에 그 책임이 귀속되는 것이며 정부 조치의 상업성, 주권성이 구별되는지도 의문이지만 설사 양자가 구별된다 하더라도 정부가 상업적인 기관을 통제하여 그 기관 계약상의 권리를 위반토록 조치한 것이고 그 결과 청구인의 재산이 사실상 수용된 것이라고 정리하였다 (409-412).

5) 공정·공평 대우

청구인의 공정·공평 대우 의무 위반 주장에 대해 우크라이나는 투자협정 2조²⁶⁷⁾ 문안상 공장공평 대우는 투자 증진 즉 투자 前단계(pre-investment period)에 적용되는 것이며 공평(equitable)의 의미는 비차별과 유사, 동일하므로 공장공평 대우는 불가피하게 유사한 환경(in similar situations)에 있는 타인에 대한 대우와 비교해야 한다고 반박했다.

중재 판정부는 2조에 ‘그리고 각 경우에 공정·공평 대우를 부여해야 한다’고 기재되어 있으며 ‘그리고’로 이어진 구문 구조상 공장공평 대우는 투자 증진과 별개로 그 이후의 각 경우에 적용되는 것으로 해석해야 한다고 일축하였다. 유사한 환경 비교 주장에 대해서도 공장공평 대우에 관한 법리는 이미 국제법상 충분히 성립되어 있으며 오스트리아-우크라이나 투자협정이 이러한 원칙에서 벗어나도록 기안되었다고 볼 근거가 없다고 했다. 중재 판정부는 공장공평 대우는 차별 요소 포함과 무관하게 투자자의 정당한 기대를 해치지 않을 의무, 자의적인 정부 조치를 취하지 않을 의무를 포함한다는 견해를 밝혔다. 아울러 공장공평 대우의 핵심은 모든 상황에서 공정, 공평했는지 여부라는 UNCTAD의 견해²⁶⁸⁾를 인용하였다. 이에 따라 중재 판정부는 청구인은 우크라이나 정부가 자신과 Dnipro 호텔의 계약에 개입하지 않으리라는 정당한 기대를 가졌으며 이 기대가 우크라이나 정부의 조치에 의해 훼손되었으므로 우크라이나는 공정하고 공평한 대우 의무를 위반하였다고 판정하였다(417-422).

6) 우산 조항

청구인은 우크라이나가 계약상의 의무를 위반하였으므로 투자협정 8(2)조 우산 조항도 위반한

267] 2. Each Contracting Party shall in its territory promote, as far as possible, investments of investors of the other Contracting Party, admit such investments in accordance with its legislation and in each case accord such investments fair and equitable treatment.

268] ‘where the fair and equitable standard is invoked, the central issue remains simply whether the actions in question are in all the circumstances fair and equitable, or unfair and inequitable.’

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* 40, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement, (1996).



것이라고 주장하였으나 중재 판정부는 우산 조항은 투자협정의 당사국이 당사자로서 체결한 계약을 위반하였을 경우 성립되는 것으로서 이 사건의 경우 문제가 된 공동 경영 계약의 우크라이나측 당사자는 우크라이나 정부가 아니라 Dnipro 호텔이므로 우산 조항은 해당 사항이 없다고 설명하였다(423-424).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 투자 여부를 판별하는 기준으로 투자의 본질적인 속성을 보유하고 있는지를 살펴보는 소위 Salinitest중 기여성에 대해 부정적인 견해를 표명하였다. 판정부와 유사한 입장을 택한 ICSID 판정은 다수 존재한다. *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2) 판정부는 ICSID 협약 서문이 투자 유치국의 경제 발전 기여를 언급한 것은 투자의 결과이지 투자의 보호의 조건이나 투자의 구성 요소라는 것은 아니라는 견해를 표명한 바 있으며 *LESI-Dipenta vs. Algeria* 사건(ARB/03/8) 판정부는 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여성은 해당 투자가 투자국 경제 발전에 기여한 정도를 판정부가 측정해야 하는 것도 아니고 측정할 수도 없으며 나머지 3개 요소에 드러나지 않게 포함되어 있다는 논거를 들어 기여성은 투자의 요소가 아니라고 판정하였다. *Quiborax vs. Bolivia* 사건(ARB/06/2) 판정부는 투입성, 기간성, 위험성, 기여성 중 기여성은 투자의 특징이나 요건으로 볼 수 없다고 설명하기는 하였으나 청구인 활동이 광산 개발 인근 지역의 경제 활성화, 고용 창출, 운송 수요 발생 등을 통해 볼리비아의 경제에 기여한다는 점을 언급하기는 하였다(판정문 209). *Phoenix vs. Czech* 사건(ARB/06/5) 판정부는 국제 투자의 투자 유치국 경제 발전에 대한 기여는 확인하기가 불가능하다고 지적하고 투자 유치국에서의 경제적 활동(economic activity) 정도로 낮출 필요가 있다는 견해를 개진하였다. 투자자가 아무런 경제적 활동을 하지 않으면 설사 투입성, 기간성, 위험성을 충족하고 있어도 투자로 보기에는 무리라는 주장이다(판정문 83-86).

Alpha vs. Ukraine 사건(ARB/07/16) 중재 판정부는 투입성, 기간성, 위험성은 어떤 거래의 투자 여부를 판단하는데 의미가 있으나 기여성은 여타 3개 기준의 결과에 해당하고 투자 여부 심사에 독립적인 내용을 가져다 주지 못한다고 지적하였다. 또한 이 기준은 중재 판정부로 하여금 투자라고 주장하는 청구인의 행위의 경제, 재무, 정책적 효과를 사후에 심사, 즉 짐작(second guessing)하게 하는 것이어서 부적절하다고 보았다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20) 중재 판정부는 투입성, 기간성, 위험성은 투자가 갖는 일반적인 속성이라고 볼 수 있으나 투자



유치국 경제 기여성은 ICSID 협약이 표방하는 투자의 목적이지 그 자체가 투자의 독립적인 요소는 아니라고 판단했다. 해외 투자가 투자 유치국 경제 발전에 기여할 것으로 기대할 수 있는 것이지 기여가 투자의 성립 요건은 아니라는 것이다(판정문 107-114). 청구인이 원료를 공급하고 완제품을 인수하는 계약의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 기여성 여부는 따로 심사하지 않고 청구인이 상당 기간 동안 나프타 등과 수송 자산 및 전문 지식을 투입하였고 자신이 수행하는 경제 활동의 위험성을 부담하였으므로 ICSID 25(1)조의 투자에도 부합한다고 판정하였다(판정문 146-153).

Hedging 계약의 투자 해당 여부가 쟁점이 되었던 *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서 판정부는 Hedging 계약이 스리랑카의 국가 이익을 위해 고안, 시행된 것은 의심할 여지가 없다고 인정하였지만 기여성 요건에 대해서는 충족 여부가 주관적이고 투자 요건으로 보아야 할 필요는 없다는 견해를 밝혔다(판정문 297-307). *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8) 중재 판정부는 Salini 요건 중 투자 유치국 경제 발전의 기여 여부는 성공적인 투자의 결과이지 투자가 실패하여서 경제 발전에 아무 기여를 하지 못했다고 하여 투자가 없었다고 할 수 없으므로 이 요건은 배제해야 한다고 논설하였다. *Ickale vs. Turkmenistan* 사건(ARB/10/24) 판정부는 기여성이 필수적인 투자 요건이 되어야 하는 것은 아니라는 견해를 밝히고 투입성, 기간성, 위험성 충족 여부만으로 투자 해당 여부를 심사하였다.

투자 해당 여부는 통상 위와 같이 투자의 본질적 요소 보유 여부와 투자협정상의 투자 정의 해당 여부 2단계 심리를 통해 판단한다. 투자협정상의 투자 정의 해당 여부에 관한 ICSID 판정 종합 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하여 두었다.



104

Impregilo vs. Argentina 사건(ARB/07/17)

가. 사건 개요

이 사건은 아르헨티나가 채택한 경제 위기 타개책이 청구인의 정당한 기대를 훼손하여 공장·공평 대우 의무 위반에 해당하고 아르헨티나가 경제 위기 발생에 책임이 있으므로 비상 사태로 인한 국가 책임 면제가 인정되지 않는다고 판시된 사건이다.

청구인 Impregilo 사는 이태리 회사로서 아르헨티나 상하수도 공급 처리 업체인 Aguas del Gran Buenos Aires(이하 AGBA)의 상당 지분을 소유하고 있었다. AGBA는 1999년 7월 부에노스 지역 수도청(이하 ORAB)과 부에노스 아이레스 지역의 상수도 공급 하수도 처리 용역을 제공하는 양허 계약을 체결하였다. AGBA는 계약 지역 내 주민에게 상수도를 공급하고 요금을 징수하는 한편 상수도망 확장 등 서비스 개선을 위한 계획을 5년마다 입안, 이행해야 했다. 요금은 달러로 산정하고 부과 시의 환율에 따라 페소로 징수할 수 있었다. 양허 계약이 개시된 지 얼마 지나지 않아 당초 ORAB측이 제시한 데이터가 실제 상황과 괴리가 있는 관계로 AGBA는 예상보다 낮은 요금 징수율로 인해 안정적인 재정 운영에 곤란을 겪었으며 5개년 확장 계획 수립도 영향을 받았다. 이외에도 양허 계약 이행을 위한 AGBA와 ORAB 각각의 의무 이행에 대해 양측은 서로 준수하지 않는다고 다툼이 있었다. ORAB의 하수처리장 불공급, 체납자에 대한 수도 공급 중단 조치 불허, 하수 처리 요금 산정에 대한 이견, 새로운 규제 제도 도입 등이었다.

한편 2002년 1월 아르헨티나 정부는 극심한 경제 위기에 봉착하여 국가 비상법(법령 25,561호)을 공포하여 외국 양허 계약 업자에게 부여한 요금 달러화 산정권한을 폐지하고 고정된 달러화-페소화 환율을 적용하여 페소화로 징수하게 하였다. 이 조치로 수입이 급감한 AGBA는 수차례 양허 계약 조건 재협약과 요금 인상을 요청하였으나 거절당했으며 수도 공급에도 차질을 빚게 되었다. AGBA는 자신들의 요청이 수락되지 않으면 부득이 양허 계약을 취소할 수밖에 없다고 ORAB에게 통보하였으며 ORAB는 2006년 6월 AGBA가 양허 계약상의 의무를 불이행하였다는 이유로 해당 조항에 따라 계약을 취소하였다.

청구인은 2007년 7월 아르헨티나의 조치는 이태리-아르헨티나 투자협정상의 공장·공평 대우 및



불법 수용 금지 의무 위반에 해당한다고 주장하고 ICSID에 중재를 신청하였다. 아르헨티나는 청구인의 주장은 근거도 없지만 설사 있다 해도 국가 위기 상황에서 취해진 조치이므로 협정 4조에 의해 면책된다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용

아르헨티나는 분쟁 발생 시 국내 법원 선 제소 후 18개월 대기 요건을 규정한 이탈리아-아르헨티나 투자협정 분쟁 조항 8조 규정을 청구인이 준수하지 않았으므로 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 주장하였다. 청구인은 이탈리아-아르헨티나 투자협정 3(1)조 최혜국대우 조항을 통하여 미국-아르헨티나 투자협정 7조를 원용하겠다고 하였다. 이 조항에 따르면 투자자는 국내 법원이나 행정 재판소에 제소하거나, 분쟁 발생일로부터 6개월 후에 국제 중재에 회부할 것을 선택할 수 있었다. 따라서 이 사건에서처럼 중재 제기 전에 18개월 동안 국내 법원을 경유할 의무가 없었다. 이에 대하여 아르헨티나는 중재 제기 전 18개월의 냉각 기간은 이-아르헨티나 투자협정의 본질적인 조항이고, 따라서 이를 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용하는 것은 허용되지 않는다고 하였다. 또한 이-아르헨티나 투자협정 3(1)조에 포함된 MFN 조항의 대상은 ‘다른 계약 당사국 투자자에 의한 투자, 그 투자와 관련된 수입과 활동 및 이 협정에 의하여 규율되는 기타 모든 사안 (investments made by the investors of the other Contracting Party, income and activities related to such investments and all other matters regulated by this Agreement)’이라고 명시되어 있으므로 투자와 관련된 사안에 한정되는데, 이-아르헨티나 투자협정 8조(분쟁해결 절차)의 국내 절차 사전 요건은 ‘투자’에 관한 것이 아니라 ‘분쟁해결 절차’에 관한 것이며, 결과적으로 MFN 조항은 8조에 적용되지 않는다고 주장하였다.

중재 판정부는 ‘대우(treatment)’라는 용어 자체는 분쟁해결과 같은 절차적 사안에도 적용될 수 있으며, 또한 ‘이 협정에 의하여 규율되는 기타 모든 사안(all other matters regulated by this Agreement)’이라는 문언은 분쟁해결 절차를 포함하는 광범위한 개념이라고 보았다. 아울러 다른 투자협정의 분쟁해결 절차를 원용할 수 있는가의 문제는, 국내 법원에 제소하는 것이 국제 중재에 회부하는 것보다 투자자에게 더 유리하거나 불리한지의 문제가 아니며, 중요한 것은 미국-아르헨티나 BIT에서처럼 국내 절차와 국제 중재 중에 선택하도록 선택권을 주는 것이 국제 중재에 앞서



국내 절차를 반드시 거치도록 하는 이-아르헨티나 투자협정보다 유리한지 여부라고 하였다. MFN 조항을 분쟁해결 조항에 적용할 수 있는가에 대한 판례는 통일되어 있지 않으나, 그럼에도 불구하고 MFN 조항에서 ‘모든 사안(all matters)’ 또는 ‘투자협정이 규율하는 모든 사안(any matter)’이라고 규정한 경우에는 대체로 분쟁해결 절차를 포함하는 것으로 해석하였다고 언급하였다. 결론적으로, 중재 판정부는 청구인이 MFN 조항을 통하여 미국-아르헨티나 투자협정의 분쟁해결 절차를 원용할 자격이 있다고 보고, 8조의 국내 법원 사전 활용 요건(18개월 대기)을 준수하지 않아 관할 요건이 흠결되었다는 아르헨티나의 주장을 기각하였다.

2) 수용

청구인의 수용 주장에 대해 중재 판정부는 청구인이 투자자로서 보유하고 있는 권리는 AGBA의 주식 소유권인데 청구인의 주식 소유권이 한시라도 박탈된 적이 없고 주주로서의 권리 행사나 이익 향유가 아르헨티나에 의해 봉쇄된 바도 없다고 확인하였다. 계약 기간 중 AGBA의 권리에 영향을 미친 다수의 조치가 있었으나 개별적이든 총체적이든 양허권 상실이나 재산권의 상실로 간주될 수 있는 것은 없으며 유일한 손실은 양허 계약의 취소 조치이나 이는 계약의 취소 조항에 의거한 계약상의 행위로서 수용으로 볼 수 없다고 주장하였다. ORAB는 AGBA가 계약 의무를 이행하지 못한 내역을 수량화하여 제시하였으며 중재 판정부는 AGBA의 계약 의무 불이행을 사실이라고 인정하였다. 중재 판정부는 ORAB는 AGBA가 대체적으로 계약상의 의무를 이행하지 못하였다고 판단하였고 이를 근거로 계약을 취소하였다고 보았으며 이러한 계약 종료는 수용 행위로 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 275-283).

3) 공정하고 공평한 대우

중재 판정부는 공정-공평 대우 심리에 앞서 계약상의 권리는 조약상의 권리와 분리해야 하며 국가나 그 기관의 행위가 주권적인 권한 소지자로서의 행위인지 계약 당사자로서의 행위인지 구분해야 한다고 전제하였다. 물론 투자자와 계약을 체결한 국가 기관이 계약 위반에도 해당하고 동시에 국가 기관이라는 지위를 남용하여 투자자에게 손실을 초래함으로써 투자협정의 국가 책임에 해당하는 행위를 할 수도 있다고 보았다. 따라서 중재 판정부는 청구인이 공정-공평 대우 의무 위반이라고 주장하는 아르헨티나의 행위가 단순한 계약 위반 사항인지, 계약 위반임과 동시에 국가 책임을 물을 수 있는 행위인지 나누어 검토하였다.



중재 판정부는 청구인이 제시한 행위 - 제공 자료의 부실, 공사 대금의 미납, 하수 처리 비용 산정 방법, 채납자에 대한 수도 공급 중단 금지, 수도 계량기 설치 의무 부과 등을 각각 계약서에 비추어 검토하고 이들 조치는 모두 계약 위반에 해당한다고 정리하고 따라서 투자협정의 공정·공평 대우와는 무관하다고 판정하였다(296-309).

계약 당사자로서의 행위이나 그 책임을 국가에 귀속시킬 수 있는 작위, 부작위의 행위가 있었는데 있어 중재 판정부는 아르헨티나가 경제 위기 극복 대책으로 시행한 국가 위기법(법령 25,561호)이 계약 이행에 미친 파장에 주목하였다. AGBA가 재정 위기에 봉착한 근본 원인은 요금의 달러화 산정을 금지한 이 법 때문이었다고 AGBA도 인정하였다. 중재 판정부는 비록 AGBA가 아르헨티나의 환율 관련 법안이 절대 변하지 않을 것으로 기대할 수는 없고 아르헨티나가 이를 보장할 의무도 없으나 이 위기법으로 인해 AGBA는 궤멸적인 타격을 보았다고 지적하는 한편, 양허 계약 12.1.1.조에 요금은 운용, 관리, 감가상각 비용을 보전하고 합리적인 수익을 제공해야 한다고 규정하고 있으므로 ORAB는 AGBA를 공정하고 공평하게 대우하기 위해 적절한 대응 방안을 강구했어야 한다고 보았다. 실제로 AGBA는 양허 계약 조건 재협의를 수차례 요구하였으나 ORAB는 이를 등한시하였다고 지적하고 위기법이 미치는 영향을 감안할 때 ORAB는 AGBA와 양허 계약상의 의무를 합리적으로 재조정하여 양허 계약 당사자 사이의 새로운 평형을 찾아야 한다고 언급하였다. 이러한 상황에서 중재 판정부는 아르헨티나가 양허 계약의 합리적인 평형을 복원하는데 실패함으로써 공정·공평 대우를 부여해야 하는 투자협정상 의무를 위반할 정도로 상황을 악화시켰다고 판정하였다(320-331).

4) 국가 위기 상황

아르헨티나는 자신의 조치가 위법 사항이 있다 하더라도 당시의 긴박한 국가 위기를 극복하기 위한 자구책으로 취해 진 것이므로 투자협정 4조에 의해 면책된다고 주장하였으나 중재 판정부는 4조는 소요, 봉기, 위기 상황 등으로 초래된 손실에 대해 내국민과 동일한 대우를 하라는, 즉 발생한 손실에 대한 조치이지 손실을 초래한 조치에 적용되는 것은 아니라고 설명하고 아르헨티나에 의해 수행된 어떠한 위반도 4조에 의해 용인되지는 않는다고 확인하였다(340-341).

오히려 중재 판정부는 아르헨티나의 위법 행위가 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 25조의 긴급 피난으로 인한 면책 범위에 해당되는지를 심사하였다. 그 결과 당시의 경제 위기가 심각하고 긴급한 위협이었고 아르헨티나의 핵심적인 이익을 보호해야 했다는 점(1(a)항), 타방



국가(이 경우 이태리)의 핵심적인 이익을 손상하는 조치는 아니었다는 점(1(b)항), 아르헨티나에 국가 위기 사태를 인용하지 못하게 하는 국제적 의무가 존재하지는 않는다는 점(2(a)항)은 충족하였으나 2(b)항 긴급 사태 발생에 자국이 원인을 제공하지 말았어야 한다는 요건은 충족하지 못했다고 판단하였다. 아르헨티나 경제 위기의 근본 원인이 외생적인 것이 아니라 아르헨티나 정부의 누적된 경제 정책 및 운영 실패에 기인한다고 보았다. 이에 따라 아르헨티나의 국가 위기를 이미 확인된 투자협정의 위반의 위법성을 배제하는 근거로 인용할 수 없다고 판단하였다(350-359).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 2001년 경제 위기 발생의 책임이 아르헨티나에게 있다고 판단하여 아르헨티나가 안보상 예외 조항을 적용받을 수 없다고 판단하였다. 경제 위기와 관련된 아르헨티나 사건은 모두 10 건이며 이 중 3건을 제외하고는 모두 이 사건 판정부와 같은 논리로 안보상 예외 조항 적용을 부인하였다. 아르헨티나 경제 위기 사건에 대한 해설은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5)에 수록하여 놓았다.



105

Saba Fakes vs. Turkey 사건(ARB/07/20)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID 협약상 투자가 갖추어야 할 요건을 밝히고 국내법에 따라서 성립되어야 하는 투자 요건의 범위를 제시한 사건이다.

청구인 Saba Fakes는 네덜란드 기업인으로서 2003년 8월 터키의 재벌 Uzan 가문으로부터 터키 2대 통신업체인 Telsim의 지분 67%를 이전 받았다. 당시 Uzan 가문의 수장 Cem Uzan은 터키 Erdogan 총리와 정치적으로 대립하다가 망명한 상태로서 터키 정부는 Uzan 가문의 자산 해외 반출 저지, 은닉 자산 색출, 범법 사항 적발 등을 위해 Uzan 가문의 재산을 면밀히 조사하고 있었으며 Telsim의 지분 이전이 자산 은닉을 위한 위장 행위라고 의심했다. 터키 당국은 법원으로부터 Telsim사를 포함한 Uzan 가문의 재산 동결 명령을 받아내고 2004년 Telsim 주주 권리를 동결한 후 2005년 12월 Telsim의 자산을 프랑스 Vodafone에게 매각하였다.

Saba Fakes는 이 주주 권리 동결과 자산 매각 조치로 인해 자신의 지분이 사실상 수용되었으며 터키의 조치는 공정·공평 대우 등 투자자 보호 의무를 중대하게 위반한 것이라고 주장하며 네덜란드-터키 투자협정을 근거로 2007년 8월 ICSID 중재를 신청하였다. 터키는 Saba Fakes 투자, 즉 Telsim 지분 인수는 원 소유자 Uzan의 재산 보전을 위한 위장 거래로서 ICSID 협약과 투자협정상의 투자 요건에 해당하지 않으며 터키 국내법을 위반한 불법행위이므로 투자에 해당하지 않는다고 주장하고 따라서 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 실질적 국적성

ICSID 협약 25(2)(a)조²⁶⁹⁾는 ICSID 중재 청구인의 자격을 분쟁 당사국이 아닌 ICSID 체약국적을

269] [2] 'National of another Contracting State' means:

[a] any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on



가진 모든 자연인이라고 규정하고 있다. 청구인은 네덜란드 국적자이므로 이 요건을 충족하였으나 터키는 이 조항은 실효적 국적자(effective nationality)일 것을 요구한다고 주장하고 청구인은 네덜란드와 요르단 이중 국적자이므로 실질적인 네덜란드 국적자가 아니라고 강조하였다.

판정부는 이 조항의 문안은 ICSID 계약국적자일 것, 분쟁 당사국 국적자가 아닐 것, 두 가지의 적극적, 소극적 요건만을 부과할 뿐 실효적 국적 요건은 기재되어 있지 않고 네덜란드-터키 투자협정도 투자자를 해당 법에 따른 계약국의 국민이라고 정의하고 있으므로 실효적 국적 요건을 요구하고 있다고 볼 수 없다고 해석하였다(판정문 59-67).

2) 투자 요건

터키는 ICSID 중재 관할이 될 수 있는 투자는 투입성, 기간성, 위험성, 기여성 등 판례를 통해 축적된 ICSID 협약상의 투자 요건을 충족해야 하는데 청구인 투자는 그러하지 못 하다고 주장하고 ICSID의 관할권을 부인하였다.

중재 판정부는 ICSID 협약상의 투자는 다음과 같이 해석해야 한다고 보았다. 우선 투자협정 당사국이 투자의 의미 범위에 동의했다고 해서 모두 ICSID 상의 투자로 인정할 수는 없으며 통상의 투자가 갖는 객관적인 정의를 ICSID상의 투자로 보아야 한다는 입장을 표명하였다. 둘째 *Salini test* 4개 기준 중 투입성, 기간성, 위험성은 투자가 갖는 일반적인 속성이라고 볼 수 있으나 투자 유치국 경제 기여성은 ICSID 협약이 표방하는 투자의 목적이자 그 자체가 투자의 독립적인 요소는 아니라고 판단했다. 해외 투자가 투자 유치국 경제 발전에 기여할 것으로 기대할 수 있는 것이지 기여가 투자의 성립 요건은 아니라는 것이다. 셋째 *Phoenix vs Czech* 사건(ARB/06/5) 판정부가 투자의 요건으로 제시한 선의와 적법성도 ICSID 협약에 명문의 근거가 없다는 이유로 투자의 필수 요소로 볼 수는 없다고 판단하였다(107-114).

3) 투자 적법성

네덜란드-터키 투자협정 2(2)조는 투자 유치국의 법령에 따라서 행해진 투자에 적용된다고 규정하여 투자협정의 적용 대상의 요건으로 유치국 법령을 준수한 적법성(legality)를 적시하고 있다. 터키는 투자 유치국의 모든 법령을 준수하라는 의미라고 해석한 반면 중재 재판부는 투자

which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and



유치를 관장하는 법, 투자를 행하는데 관련되는 법을 준수해야 한다는 의미라고 해석하였다. 투자와 무관한 법령 위반을 이유로 보호하지 않는 것은 투자 보호라는 투자협정의 대상과 목적과 합치되지 않으며 투자협정상 명문의 규정이 없는 데에도 불구하고 막연한 국내법 위반을 이유로 투자협정이라는 국제법상의 의무를 회피할 수는 없다는 것이다. 국내법 위반이 있으면 해당 법에 따른 조치를 해야 할 일이지 투자로 인정하지 않거나 투자 보호를 제공하지 않는 것은 부당하다는 취지이다. 판정부는 투자는 투입성, 기간성, 위험성의 요건과 투자 유치국 투자 관련 법규를 준수해야 하는 적법성 요건을 갖추어야 한다고 정리하였다(107-121).

중재 판정부는 이 기준을 적용하여 청구인의 투자가 투자의 요건을 충족하는지 심리하였다. 청구인은 Telsim지분의 66%가 Uzan 가문으로부터 자신에게 이전되었음을 증명하는 주주 지위 잠정 확인서(temporary share certificate)를 증거로 제출하기는 하였으나 지배 주주로서 실질적인 권한 행사와 권리 보유를 입증하지는 못하였다. 판정부는 Telsim의 지배 구조에서 청구인의 위치와 역할도 불분명하다는 점을 지적하였고 터키는 청구인이 대주주 지위 획득 신고 등 투자법상의 규정을 준수하지 않았음을 입증하였다(130-145).

중재 판정부는 청구인의 투자가 투자가 되기 위한 필수 요건을 충족하지 못하였다고 판단하고 ICISD 협약상의 투자에 해당하지 않으므로 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

1) 기여성

이 사건은 투자의 본질적인 요건으로서의 기여성을 부인하였다. 무엇이 투자의 본질적인 속성인가에 대해서 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4) 판정부는 일정한 자기 재원의 투입, 일정 정도의 이행 기간, 거래 위험성, 투자 유치국 경제 개발에 대한 기여를 포함한다고 제시하였다²⁷⁰⁾. 그러나 *Salini* 판정부가 제시한 투자의 4개 속성이 모두 필수적인 투자의 요건으로 인정되는 것은 아니다. ICSID 중재 판정에서 *Salini test* 를 투자 여부 판정에 적용함에 있어 문제가 되는 것은 투자 유치국의 경제 발전에 기여하는지 여부이다. *Salini* 요소를 투자가 갖추어야 할 요건으로 인정한 판정 중에는 기여성 충족은 불필요하다는 입장을 밝히고 3개 요소 충족

270] The doctrine generally considers that investment infers: contribution, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.



여부만 확인한 것이 많다. 최근에는 일반적인 추세로 굳어지는 분위기이다. 투자 유치국 경제에 대한 기여 여부는 투자로 인한 결과이지 투자 자체의 내재적인 속성이라고 볼 수 없다거나 기여 여부를 판정부가 주관적으로 판단할 수 없다거나 기타 3개 요소에 이미 내재되어 있다는 점 등을 근거로 제시한다.

ICSID 협약의 투자의 의미는 조약 해석에 관한 기본 원칙을 이용하여 이해할 수도 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약 31조는 조약 해석의 기본 원칙으로 용어의 통상적 의미로 해석하라고 천명하고 있다. 통상적 의미란 사전적 의미이다. 표준 국어 대사전에는 투자를 ‘이익을 얻기 위하여 어떤 일이나 사업에 자본을 대거나 시간이나 정성을 쏟는 것’이라고 정의하고 있다. Oxford 사전 정의는 ‘An act of devoting time, effort, or energy to a particular undertaking with the expectation of a worthwhile result’ 이다. 두 사전 정의 모두 자본, 시간, 정성을 쏟는다는 투입성과 가치있는 결과를 기대한다는 위험성, 그리고 투입 행위와 결과 발현까지 필수적인 일정 정도의 기간성을 내포하고 있다. 그러나 어느 정의도 자신의 이익이 아니라 상대방의 이익을 목적으로 한다는 기여성은 언급하고 있지 않다. 투자는 본질적으로 자신의 이익을 위한 위험 감수 행위이고 이를 위해 자신의 자원을 투입하는 행위이다. 위험 감수의 정도가 크면 투기가 될 것이고 극단에 이르면 사행 행위가 될 것이다. 투입과 결과 발현에는 필수적으로 일정 정도의 시간이 필요하다. 투입과 결과 발현이 동시에 이루어지는 거래나 매매는 이러한 기간성이 없으므로 투자로 분류되지 않는다. 매매는 투자가 아니라는 것은 확립된 판례이고 어떤 투자협정에는 아예 매매는 투자가 아니라고 적시되어 있기도 한다. 投資의 한자 표현 자체가 던질 投, 자신의 자원을 투입한다는 투입성을 나타내고 있다. 국제법상의 해석 원칙을 적용하여도 투자 유치국의 경제 발전에 기여한다는 요소를 투자의 본질적인 속성으로 주장하기는 어려울 것으로 본다.

그러나 기여성을 투자의 요건으로 인정한 판례도 적지 않다. *Salini vs. Morocco* 사건 판정부가 투자의 속성을 정리하여 제시하기 이전에 이미 기여성을 토대로 투자 여부를 판정한 *CSOB vs. Slovakia* 사건(ARB/97/4) 판정부는 청구인이 상대국인 슬로바키아의 금융 산업 발전에 기여하는 점을 이유로 청구인의 투자를 인정하면서 ICSID 협약 서문을 인용하였다. *Malaysian Historic Salvors vs. Malaysia* 사건(ARB/05/10) 판정부는 난파선 인양 계약 위반을 시비한 청구인에 대해 난파선 인양 사업의 가액이 적고 고고학적인 가치는 있을지 모르나 말레이시아의 경제 개발에 기여한다고 볼 수는 없다는 이유로 난파선 인양 계약을 청구인의 투자로 인정하지 않았다. 이외에 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29), *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13), *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판정부는 기여성 요소를 특정하여 별도의 설명은 하지 않고 여타 4개



요소 충족 여부를 심리하여 투자 해당 여부를 판단하였다.

Salini test 및 기여성에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 수록하였다.

2) 실효적 국적성

통상 청구인이 자연인일 경우 그 국적국과의 실효적인 관계, 진정한 유대 등 국적의 진정성에 대한 시비가 자주 제기된다. 이 사건 판정부는 ICSID 협약은 투자자 자격으로서 ICSID 체약국적자일 것, 분쟁 당사국 국적자가 아닐 것, 두 가지의 적극적, 소극적 요건만을 부과할 뿐 실효적인 국적 요건은 기재되어 있지 않고 네덜란드-터키 투자협정도 투자자를 해당 법에 따른 체약국의 국민이라고 정의하고 있으므로 실효적인 국적 요건을 요구하고 있다고 볼 수 없다고 해석하였다.

이러한 판정부의 견해는 청구인이 보유한 이태리 국적의 진정성이 시비가 되었던 *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15) 판정부의 견해를 이어 받은 것이다. 동 사건 판정부는 ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 상대방이 타방 체약국적의 투자자임을 요구할 뿐 국적의 진정성 등 그 관계의 농밀성은 요구하지 않으므로 법적인 이태리 국적 보유자와의 투자 분쟁은 ICSID 관할권이 적용된다고 판시하였다. 이러한 견해는 이번 사건 후에도 계속 존중되어 왔다. *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(09/8)에서 카자흐스탄은 ICSID 협약과 투자협정상 투자자는 실질적이고 실효적인 국적(real and effective nationality)를 가져야 한다고 주장하였으나 중재 판정부는 협약과 협정의 규정이 이를 요구하지 않는다고 기각하였다. 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조는 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없으므로 투자협정 체결국은 임의로 국적 요건에 합의할 수 있으며 네덜란드와 카자흐스탄은 투자협정 1조에서 실질적이고 실효적인 국적 등의 부대 요건이 없이 국민을 체약국의 법에 의해 설립된 법인이라고 매우 개괄적으로 정의하였으므로 네덜란드법에 의해 설립된 *KT Asia*는 네덜란드 국민이라고 판단하였다.

3) 투자 적법성

이 사건 판정부는 투자의 적법성에 대해서도 의미 있는 판정을 내렸다. 통상 설립의 적법성과 관련하여 제기되는 쟁점 중의 하나는 투자가 준수해야 할 투자 유치국의 법령의 범위이다. 투자 유치국의 모든 법규인지 투자와 관련된 법규에 한정되는 것인지, 계약상의 위반이나 무형의 법 원칙도 해당되는지 여부이다. 통상 법 또는 법령에 의거한다고 규정되어 있으므로 투자 유치국의



정식 법이나 규칙 등 성문 상의 규제 체제에 저촉되는 것은 적법성 요건을 충족하지 못한다고 볼 것이다. 지금까지 적법성 요건 충족이 부인된 사건들 중 지자체의 조례나 정부가 발포한 령, 규칙 등은 적법성 대상에 포함되지 않는다는 주장이 제기된 바는 없다. 이 사건은 그러나 투자 유치국의 모든 법을 의미하는 것은 아니며 투자와 관련된 법을 의미한다고 판정하여 성문의 법규라고 해서 무조건 준수의 대상이 되는 것은 아니라는 점을 제시하였다. 적법성과 관련된 ICSID 중재 판정의 종합 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)에 수록하여 두었다.



106

Pantechniki vs. Albania 사건(ARB/07/21)

가. 사건 개요

이 사건은 시민 봉기로 인해 피해를 본 청구인이 알바니아 정부에 손해배상을 청구하였으나 거절된 것에 대해 공장·공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 국내 소송 절차 개시 후 ICSID 중재 절차 이용 가능 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Pantechniki Contractors & Engineers는 그리스 건설 회사로서 1994년 알바니아 건설부와 2건의 도로 건설 계약을 체결하고 공사를 진행하던 중 1997년 3월 알바니아에서 일어난 전국적인 시민 봉기 와중에 시위대에 의해 공사장이 약탈당하는 사건을 겪었다. 당시 건설 현장은 산간벽지에 위치하여 경찰도 올 수 없었고 시위대의 규모와 위세가 대단하여 회사 자체 경비도 방어할 수 없는 상황이었다.

청구인은 계약 규정에 따라 알바니아 건설부에 피해 보상을 요구하였고 정확한 보상액을 산정하기 위한 특별 위원회가 구성되어 180만불로 양측은 합의하였다. 건설부는 알바니아 재무부에 동 금액 지급을 요청하였으나 재무부는 타 부처의 계약상의 의무를 부담할 수 없으므로 별도의 예산이 책정되지 않는 한 지불할 수 없다고 거절하였다. 청구인은 법원의 지급 명령이 있으면 지불할 수 있다는 재무부 장관의 귀뜸을 받고 이 건을 알바니아 법원에 제소하였으나 1, 2심 모두 소요 등 불가항력으로 발생한 손실을 건교부가 부담한다는 해당 계약 조항 자체가 알바니아 법률에 저촉된다고 판시하였다.

청구인은 2007년 8월 그리스-알바니아 투자협정을 근거로 ICSID 중재를 신청하였다. 신청 후 알바니아 대법원 심리를 취하하였다. 알바니아는 청구인의 건설 공사 계약은 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않으며 분쟁 발생 시 국내 절차, 국제 절차 중 1개를 배타적으로 선택하도록 한 투자협정 26조에 의거, 이미 국내 법원에 제소된 이 사건은 ICSID 관할권 밖이라고 항변하였다.



나. 주요 쟁점

1) 투자 해당 여부

청구인은 이 사건 공사를 위해 청구인이 용역과 물자를 투입하였고 인적, 재정적 재원을 동원하였으며 이에 대한 보상권이 있으므로 그리스-알바니아 투자협정의 투자 정의에 부합하다고 주장하였다. 알바니아는 기존 도로의 개보수 정도에 불과한 단순한 계약이고 가액도 작아서 투자로 볼 수 없다고 항변하였다.

중재 판정부는 투자협정상 투자에 해당하다는 점에 대해서는 별 심리 없이 자명하다고 인정하였으며 ICSID 25(1)조 상의 투자 요건을 충족하는지가 관건이라고 언급하고 이의 목적으로 흔히 사용되는 소위 *Salini test*에 대해 자신의 비판적인 견해를 밝혔다. 그러나 궁극적으로는 청구인이 수익을 기대하고 재원과 장비를 투입하였고 위험성을 부담하였고 가액도 상당하다는 점을 나열하며 ICSID 협약상의 투자에 해당한다고 판시하였다(판정문 48-49).

2) 국내 절차 개시로 인한 ICSID 중재 청구권 상실

ICSID 중재 동의에 조건을 부과할 수 있다는 ICSID 협약 26조²⁷¹⁾에 따라 알바니아는 국내 행정 사법 절차 종결 조건으로 ICSID에 가입하였고 청구인은 1997년에 알바니아 법원에 이 사건을 제소하였으며 ICSID 중재 신청 후에도 대법원에 상소하였다는 점을 지적하였다. 아울러 그리스-알바니아 투자협정 10(2)조상 6개월간의 우호적 해결 실패 시 국내 법원 또는 국제 중재 중 하나를 선택하여 제소할 수 있도록 규정되어 있으므로 국내 법원에 이미 제소한 청구인은 ICSID 26조와 투자협정 10(2)조상 ICSID에 중재를 신청할 자격이 없다고 주장하였다. 청구인은 알바니아 법원에 제소한 것은 계약 의무 위반에 관한 것이므로 ICSID 중재 신청 건과는 사안의 성질이 다르다고 반박하였다.

중재 판정부는 알바니아 법정에 제소된 건과 ICSID 중재가 신청된 건의 분쟁 동일성 여부가 관건인데 소구(訴求)하는 가액이 동일하고 그 기반이 알바니아 건설부와의 계약상의 다툼이라는 점에서 동일하므로 두 사건은 동일 사건이고 이미 알바니아 법원에 제소되었으므로 청구인은 다시 ICSID 중재를 이용할 수 없다고 판시하였다. 그러나 알바니아 법원이 부당하게 처리하여

271] Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.



공정한 사법 절차를 제공받을 투자자의 권리가 부인되었는지는 중재 청구할 수 있으며 실제로 이에 근거하여 중재 신청이 이루어졌으므로 본안 심리를 진행한다고 밝혔다(66-68).

중재 판정부는 국내 사법 절차를 개시하였으므로 ICISD 중재 자격이 없다는 것이 국내 사법 절차의 부실을 이유로 한 사법 부인 청구마저 제기할 수 없게 하는 것은 아니라고 전제하고 심리를 개시하였다. 판정부는 그러나 사법 부인의 기준은 엄격한 것으로서 법규 해석 및 적용의 실수 정도가 아니라 자격 있는 판관이라면 상식적으로 범할 수 없는 수준의 실수이거나 해당 국가가 적절한 사법 체제를 최소 수준으로도 구비하지 못했다는 정도는 되어야 한다고 보았다. 또한 사법상의 중대한 실수를 교정할 수 있는 합리적인 기회가 해당 사법 체제 내에 갖추어져 있다면 사법 부인은 인정되지 않는다고 보았다.

중재 판정부는 알바니아 법원의 이 사건 처리 과정과 판결 내용으로 볼 때 사법 부인에 해당할 정도의 심각한 흠결이 없고 무엇보다 청구인이 ICSID 중재 신청 후 대법원에 상소한 것은 (하급심의 흠결을 해결할 기회가 있다는 것을 청구인 스스로가 입증하는 것이므로) 사법 부인을 주장하는 청구인의 주장에 치명적이라고 지적하였다(93, 94, 102).

3) 충분한 보호 및 안전

청구인은 공사 현장이 시위대에 의해 약탈될 때 알바니아 경찰의 보호를 받을 수 없었으며 알바니아 정부는 사건 당시의 보호는 물론 예방 의무가 있었으나 이를 이행하지 못한 것은 충분한 보호 및 안전의 의무 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 국가의 국제적 책임은 그 국가의 능력에 맞게 비례성을 인정해야 한다고 보았다. 국가 통제력이 정비되어 있어 쉽게 진압될 수 있는 시위보다는 그러한 능력을 구비하지 못한 열악한 국가에서의 작은 규모의 시위에서 국가의 보호와 안전을 다하지 못하는 경우가 많은 것임을 지적하고 국제 재판부는 해당 사건의 발생 시점에서의 해당 국가의 능력 범위를 고려하여 사건에 맞는 평가를 하여야 할 것이라는 의견을 전개했다. 이 사건에서 당시 현장 관계자는 당시 상황이 경찰이 개입하기를 거부한 것이 아니라 개입할 수 없는 심각한 상황이었고 사태의 규모상 알바니아 경찰이 무력화된 것이라고 증언하였다. 판정부는 청구인이 이러한 상황에서 충분한 보호 및 안전 의무를 준수하지 못했다는 주장을 입증하지 못했다고 판정하였다(76-77, 82-83).



4) 공정하고 공평한 대우

그리스-알바니아 투자협정에는 투자자가 투자 유치국으로부터 공정하고 공평한 대우를 받아야 한다는 규정이 명기되어 있지 않았다. 청구인은 대신 최혜국대우 조항을 원용하여 타국에 비해 공정·공평 대우를 부여 받지 못했다고 주장하였으나 알바니아 소요의 여타 피해자가 청구인보다 유리한 대우를 받았다는 점을 입증하지 못해서 이 주장은 수용되지 않았다(89).

다. 평가 및 해설

1) *Salini test*에 대한 비판

이 사건 중재 판정부는 ICSID 협약상의 투자 해당 여부를 가리기 위해 흔히 사용되어 왔던 소위 *Salini test*에 대해 비판적인 입장을 서술하였다. *test*라고 하나 이는 사실 이는 투자의 특징이라고 나열했을 뿐이며 한 특징이 존재하지 않을 경우 더 뚜렷하게 존재하는 다른 특징으로 보충이 된다고 보았다. 투입성, 기간성, 위험성, 기여성, 수익성 중에서 특히 ‘충분한’ 기간성과 투자 유치국 경제 발전에 대한 ‘중요한’ 기여성은 주관적이므로 부적절하다고 지적하였다. 판정부는 투자협정과 별도로 ICSID 협약 자체가 독자적이고 제한적인 투자의 정의를 내릴 수 있는지와 협약 기초자들이 의도적으로 투자의 정의를 내리지 않았음에도 불구하고 중재 판정부가 정의를 내릴 수 있는지에 회의적이었다. 투자의 특징, 속성이라고 서술된 것을 관할권의 판단의 요건으로 임의로 격상시킬 수도 없으며 판정부의 주관적인 판단이 불가피하므로 객관적이어야 할 판정부를 정책 결정자로 변환시키는 것이고 ICSID 이용 가능성에 예측불가능성을 초래한다고 지적하였다. 중재 판정부는 아울러 *Salini test*는 투자협정 체결국이 투자라고 합의한 일정 부류의 거래를 투자로 인정하지 않을 수 있다는 점을 지적하였다. 통상 *Salini* 기준으로 단순한 판매(예컨대 트랙터 1대의 FOB 판매)는 투자로 인정되지 않지만 만일 수 많은 트랙터를 지연 지불 조건부로 양도하여 지금 당장 현금이 없는 구매자가 나중에 돈을 벌어 지불할 수 있게 하면 당연히 투자가 된다고 지적하고 이런 투자에게도 ICSID 협약 접근성을 부여하여 투자협정 체결국이 이러한 방식의 거래를 투자로 인정하도록 장려해야 한다고 언급하였다.



2) 분쟁 동일성

이 사건 판정부는 분쟁의 동일성 여부를 판별하는 기준으로 사법 심판을 청구하게 된 근본적인 근거, 이유(fundamental basis of claim)의 동일성을 제시하였다. 이전의 판례는 분쟁의 대상이 되는 문제(subject matter), 이전 분쟁을 발생시켰던 사실과 고려가 동일한지를 살펴보았다. 이전 분쟁을 야기한 사실과 고려가 후속 분쟁의 중심적인 요소로서 계속된다면 이는 별개 분쟁이 아니라 동일 분쟁이라는 것이다(*Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4), *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13)) 이 사건 판정부가 제시한 청구의 근본적 근거를 기준으로 분쟁 동일성 여부를 판별한 판정으로는 *H & H vs. Egypt* 사건(ARB/09/15)과 *SyC vs. Costa Rica* 사건(ARB/12/4)이 있다. 이 사건 판정부들은 모두 분쟁의 동일성 판단을 위해서는 우선 규범적 원천의 동일성 여부, 즉 시비를 발생하게 한 근본적인 원인과 추구하는 구제 효과가 동일한 것인지를 살피고, 목적, 당사자, 행위 원인을 공유하는 시비가 여타의 사법 구제에 회부되어 있는지를 살피는 것이라고 보았다.

분쟁 동일성에 관한 종합 해설은 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에 수록되어 있다.



107

AES vs. Hungary 사건(ARB/07/22)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국이 도입한 전기 구매 가격 고시 제도가 이전에 청구인과 체결한 전기 구매 약정 상의 청구인의 정당한 기대를 침해하는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 AES는 영국의 發電 회사로서 1996년 7월 당시 헝가리 국영 전기 회사 APV와 MVM 지분 과반을 매입하고 AES Tisza로 개명하였다. AES Tisza의 주요 자산으로는 Tisza II, Borsod, Tiszapalkonya 발전소가 있었다. 지분 매입 계약상 AES는 Tisza II 발전소 설비 개선과 Borsod에 새로운 발전소를 건립하기로 하였고 헝가리는 Tisza II가 생산하는 전기를 기존 전기 매매 약정(original Tisza II PPA)대로 계속 구매하기로 하였다.

2000년 10월 AES는 APV와 MVM이 위 계약 의무를 준수하지 않는다는 이유로 상업 중재와 에너지 현장 조약(ECT) 및 영국-헝가리 투자협정상의 중재를 각각 개시하였고 이 두 중재는 2001년 12월 청구인과 헝가리 간의 해결 약정으로 종결되었다(2001 해결 약정). original Tisza II PPA는 2001 해결 약정에 따라 일부 수정되어 2001 PPA가 되어 original Tisza II PPA의 조건은 2016년 12월까지 연장되었고 법규 개정으로 약정 이행 행위가 불법, 이행 불가 행위로 될 시 협의로 해결 또는 취소할 수 있다는 조항이 추가되었다. AES는 Tisza II 발전소 설비 개량을 위해 자금 지출을 시작하였다. 또한 original Tisza II PPA상의 전기 가격 책정표(pricing schedule)이 일부 수정되어 첨부되어 있었고 당시 헝가리 정부가 시행하고 있었던 발전 업자로부터의 전기 구매 가격 지정 제도가 폐지될 경우 적용할 가격 책정표도 포함하고 있었다.

당시 헝가리는 전기법에 의해 2004년 1월부터 정부가 행정적으로 고지한 가격으로 발전 업자로부터 전기를 매입하는 제도를 폐지하기로 되어 있었다. 전기 시장을 민영화하기 위한 조치의 일환이었다. 이 법이 시행에 따라 MVM이 AES Tisza와 같은 발전 업자에게 지불해야 할 전기 구매료가 인상되어 일반 국민이 부담해야 하는 전기료 인상 등의 조치가 불가피하였다. 전기 구매료 인상을 억제하기 위해서는 발전 업자의 수익률을 낮추는 등의 조치가 필요하였다. 2005년 11월 헝가리 에너지청은 의회와의 협의 후 AES Tisza의 수익률이 정당화될 수 없을



정도로 높다고 비난하고 7.1%의 수익률 상한을 제시하였다. 2006년 3월 헝가리 의회는 전기법을 개정하여 당초 2004년 부로 폐지되었던 전기 구매 가격 지정 제도를 재도입하였고 이에 따른 2006년, 2007년 가격 고시령은 각 발전 업자에게 일률적으로 고정 가격을 적용하여 2001 PPA 상의 가격 책정표는 더 이상 적용되지 않았다.

AES와 AES Tisza는 이 고시령으로 인해 수익의 35%~45%가 감소하였으며 Tisza II 발전소 설비 개선을 위해 도입하려던 수신 조건이 악화되는 피해를 입었다고 주장하고 2007년 7월 ICSID 중재를 신청하였다. 에너지 현장 조약(ECT) 상의 공정-공평 대우, 차별 금지, 내국민 대우, 최혜국대우, 불법 수용 금지 의무를 위반했다는 주장이었다.



| AES의 Tisza II 수력 발전소 및 Borsod화력 발전소 |

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

청구인은 2006년 전기법 개정과 이에 따른 전기 가격 고시령에 의해 헝가리는 MVM이 2001 PPA와 해결 약정 상의 의무를 준수하지 않도록 조장했으며 이는 전기 가격 고시 제도가 도입되지 않으리라는 AES의 2001년 해결 약정 당시의 정당한 기대를 훼손하는 행위라고 주장하였다. 헝가리는 청구인의 투자 결정은 1996년 AES Tisza 지분 매입 시 이루어진 것으로서 그 당시에는 가격 고시 제도가 폐지된다는 기대를 할 수 없었다고 주장하였다.

중재 판정부는 자신의 관할권은 계약 위반을 포함하지 않고 조약 위반에 국한되며 ECT 조약의 우산 조항을 헝가리가 유보하였으므로 헝가리의 계약 위반이 조약 위반화되지도 않는다는 점을 우선 지적하였다. 정당한 기대를 발생시킨 투자 시점이 1996년인지 2001년인지에 대해 중재



판정부는 1996년도 투자에 해당되나 2001년부터 AES가 Tisza II 발전소 설비 개량을 위한 자금을 집행하기 시작하여 2005년까지 9800만유로가 투입된 것 역시 사실이므로 AES의 투자 결정은 2001 해결 약정에 의해 재확인된 것이라고 보았다. 따라서 중재 판정부는 헝가리 정부가 2001년 당시 앞으로 가격 고시 제도가 도입되지 않으리라고 청구인에게 확인한 바 있는지 그러한 확인에 어긋나게 행동한 바 있는지가 쟁점이라고 정리하였다. 중재 판정부는 제출된 자료와 증언, 2001년 해결 약정상 헝가리 정부가 이러한 확인을 행한 바 없으며 2001년 해결 약정은 법규 불개정을 확인하는 소위 안정 조항(stabilization clause)도 없을 뿐 아니라 오히려 법규 개정으로 인해 약정 이행이 불법화 될 경우를 예상한 조문²⁷²⁾을 포함하고 있음을 지적하고 이는 청구인이 향후 가격 고시 제도가 도입되지 않으리라고 기대하도록 헝가리 정부의 의사가 정당하게 표시된 바 없다는 것을 의미한다고 판단하였다(판정문 9.3.15-9.3.26) 이 조문상 투자자는 2001년 및 이후의 투자 당시 해당 법령이 개정되어 2001 PPA의 이행이 불법화 되거나 이행 불가능한 상황이 될 수 있음을 인지하고 있었다고 지적하였다.

에너지 현장 조약 10(1)조²⁷³⁾상 안정적인 법적, 영업적 환경을 제공해야 한다는 의무 위반 주장에 대해 중재 판정부는 투자 유치국이 조장하고 창설해야 할 안정적, 공평, 우호적, 투명한 환경에서 안정적이란 안정성 조항(stability clause)를 의미하는 것이 아니라고 언명하였다. 법적 환경이란 새로운 환경에 따라 변하는 것이며 투자 유치국은 입법권을 포함한 주권을 행사할 권리가 있다고 지적하였다. 이 사건에서 중재 판정부는 헝가리가 법 개정 주권을 제한하거나 개정이 일어나지 않으리라고 투자자가 정당하게 신뢰할만한 약속을 한 바 없다고 보았다(9.3.28-9.3.31)

이상을 근거로 중재 판정부는 헝가리가 공정-공평 대우를 위반한 사항이 없다고 판시하였다(9.3.35).

272] 3.7 (a) If, during the term of this Agreement, a Change in Law occurs as a result of which either party's obligations under this Agreement become illegal, ..., the Parties ... shall be obliged for the Negotiating Period following such notice to conduct good faith negotiations ...

273] 10(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.



2) 비합리적, 차별적 조치

청구인의 ECT 10(1)조 비합리적이고 차별적인 조치 주장에 대해 중재 판정부는 비합리성 판단을 위해서는 합리적인 정책의 존재와 국가 행위의 합리성 두 측면을 검토해야 한다고 보았다. 합리적 정책이란 공공 이익의 목적과 논리적인 설명 하에 채택된 것을 말하며 합리성이란 정책 목적과 이를 달성하기 위한 조치간의 적절한 관련성을 의미한다고 설명하였다(10.3.7-10.3.9).

헝가리는 가격 고시제의 재도입이 불가피했던 사유로 발전업자가 전기 자유 시장 매각분을 증가시키도록 고시제 가격 인하를 통해 PPA 판매분을 축소해야 했으며 PPA 가격은 정부 보조금의 성격이 있으므로 EU 집행위의 단속 대상이었고 높은 PPA 가격으로 인해 공공재를 판매하는 발전업자의 수익이 지나치게 높았다는 점을 제시하였다. 중재 판정부는 사적 계약의 의무 변경을 위해 정부가 개입하는 것은 합리적이지 못하다는 이유로 첫째 이유를 기각하였으며 EU 집행위의 단속 가능성도 합리적인 사유라고 보지는 않았다. 그러나 정부가 공공재를 통한 과다 수익 문제를 해결하려는 것은 매우 합리적이고 정당한 정책 목적이라는 견해를 표명하였다. 정책 목적과 조치간의 관련성에 대해서도 당초 헝가리 정부가 발전업자와 PPA 개정을 모색하였으나 어느 업자도 응하지 않았던 상황에서 가격 고시제 재도입이 채택된 점을 환기하고 이는 정책 목적과 비례적이고 일관된다고 판단하였다(10.3.4-10.3.6)

3) 항구적인 보호와 안전

헝가리의 조치가 ECT 10(1)조상의 항구적인 보호와 안전(most constant protection and security) 의무 위반이라는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 이 의무는 제 3자나 국가 행위자로부터 투자자를 보호하라는 의미이며 적절한 상황에서는 신체 보호 이상으로 확장되기도 할 것이나 합리적인 공공 정책 목적상 특정 투자자의 투자에 대해 부정적인 영향을 미치는 방식으로 국가의 입법권 또는 규제권을 행사하는 것 자체까지 금지하지는 않는다고 확인하였다(13.3.2).

4) 내국민 대우, 최혜국대우

청구인은 가격 고시령에 의해 AES Tisza에 적용된 가격이 발전업자 중에서 가장 낮은 가격임을 제시하고 이는 국내 업자 및 제 3국 업자에 비해 AES Tisza를 동등하게 대우하지 않은 것이므로 ECT 10(7)조²⁷⁴⁾ 내국민 대우, 최혜국대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는

274) 10(7) Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their



헝가리가 모든 발전 업자에게 동일한 가격 산정 공식을 적용한 점이 인정되고 AES Tisza의 낮은 가격은 동 공식에 의한 결과일 뿐이라고 지적하고 청구인의 주장을 기각하였다.

5) 수용

중재 판정부는 개정 전기법과 가격 고시 제도가 청구인의 투자에 대한 소유권이나 사용권을 방해한 바 없고 청구인은 시종일관 AES Tisza에 대한 지배권을 유지하였으므로 소유권, 지배권이 박탈되지 않았다고 언급하였다. 또한 상당한 수익을 회수한 것이 확인되므로 투자의 가치가 심각하게 감소되거나 박탈되지도 않았다고 지적하고 청구인의 수용 주장을 기각하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건에서 심리된 공정하고 공평한 대우가 구체적으로 무엇을 의미하는지 어떠한 요건을 충족하지 못하면 위반이 되는 것인지 명시적인 기준을 제시하고 있는 투자협정은 하나도 없다. 결국 판례를 통해 내용과 요건이 정해질 수 밖에 없는 사안이다. 그러나 시비가 된 조치나 전후 맥락이 모두 다르고 투자자나 투자 유치국의 상황과 사건의 정황이 같을 수 없으므로 어느 정도 축적된 판례라 하여 모든 상황에 그대로 적용할 수 있는 것도 아니다. 결국 개개 상황의 특수성을 판정부가 고려하여 판단하는 수밖에 없다.

그렇다고 판정부가 제한 없는 재량 아래 임의로 공정·공평 대우의 종류와 세부 요건을 정할 수 있는 것도 아니다. 결국 이전부터 축적되어 온 판례를 감안할 수밖에 없을 것인데 현재까지 가장 보편적으로 인정되어 온 공정·공평 대우의 형태는 투자자의 정당한 기대를 투자 유치국이 침해하였는지의 여부이다. 지금까지의 판례는 객관적인 정황상 투자자가 일정한 기대를 가질 만 하였고 이를 투자 유치국이 침해한 점이 입증되면 공정·공평 대우 의무 위반을 인정하여 왔다.

외국인 투자자의 정당한 기대의 보호는 주로 투자 유치국의 정책이나 조치로 인하여 발생한 투자 환경의 변화, 약속의 불이행, 법적 안정성의 침해가 투자자에게 손실을 야기하였을 때 문제가 된다. 특히 법적 안정성은 그 자체가 공정·공평 대우의 또 다른 요소로 제기되기도 하고

related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.



정당한 기대의 대상으로서 취급되기도 한다. 법적 안정성을 유지하지 못한 것 자체를 공정·공평 대우 의무 위반으로 보기도 하고 법적 안정성이 유지될 것이라는 투자자의 정당한 기대를 훼손한 것이므로 공정·공평 대우 의무 위반으로 취급되기도 한다는 것이다. 정당한 기대는 투자자가 투자를 결정했을 시점의 기대를 의미하며 투자자의 주관적 기대를 의미하는 것은 아니다. 어떠한 기대가 정당한 기대인지가 투자 분쟁에서 쟁점으로 다투어 지는 경우가 빈번하며 사건의 상황 상 투자자의 기대가 정당하고 합리적이었는지 여부를 판단하는 것이 판정부의 주된 심리 대상이 된다.

정당한 기대는 공정·공평 대우 의무 위반 시비 중에서도 제기 빈도가 가장 높은 이슈이다. 견해가 대립되어 의견 수렴이 되지 않는 문제는 발생하지 않고 있으며 점진적인 판례 축적을 통해 판단의 기준과 요건이 탄탄하게 성립되고 있는 중이다. 지금까지의 판례로 볼 때 대개 정당한 기대에 대한 요소는 투자자의 주관적 기대는 보호 대상이 아닌 점, 투자 유치국의 법규나 영업 환경의 일관성, 투명성, 지속성이 훼손될 경우 성립한다는 점, 투자자의 기대를 침해하려는 의도적 악의가 있어야 하는 것은 아닌 점, 투자자와 투자 유치국의 사정을 고루 감안해야 한다는 점, 법적 안정성이 투자 유치국의 법령 개정권을 부인하는 것은 아닌 점, 투자 유치국의 명시적인 약속이 있었으며 투자자가 이를 신뢰하였고 그 신뢰가 합리적이었어야 하는 점, 투자 유치국의 사회·경제적 환경, 발전 단계, 특수성에 대한 고려가 있어야 하는 점 등이다.

정당한 기대 침해로 인한 공정·공평 대우 의무 위반이 쟁점이 되었던 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록되어 있다.



108

RDC vs. Guatemala 사건(ARB/07/23)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 철도 용익권 계약을 취소한 과테말라의 조치가 간접 수용에는 해당되지 않으나 자의적이고 불공평한 조치임이 인정되어 투자협정 위반으로 판시된 사건이다.

청구인 RDC(Railroad Development Co.)는 미국의 철도 투자 및 운영 회사로서 과테말라에 자신이 소유하고 있는 FVG(Ferrovias Guatemala)를 두고 있었다. RDC는 1000만불을 투자하여 과테말라 철도망을 단계적으로 현대화하되 50년간 사용권을 갖는다는 요지의 用益權을 과테말라 정부로부터 획득하였다. 실제 이행을 위해 FVG가 과테말라 국영 철도 회사(FEGUA)와 1997년 11월 용익권 실행 계약을 체결하였다(계약 402호). 이 계약은 철도 이용 외에 송유관, 전기망 부설을 위한 철도 인근 부지 사용권(right of way)을 포함하고 있었다. FVG와 FEGUA는 2003년 8월 또 다른 철도 노선의 용익권 계약 143호를 체결하였다.

그러나 양측은 관련 계약 이행을 둘러싸고 대립하기 시작하였으며 2005년 6월 FVG는 과테말라가 철도 인근 부지 내의 무단 점유자 퇴거 의무 위반 등을 이유로 국내 중재를 신청하였다. FEGUA의 요청을 받은 과테말라 검찰총장은 계약 143호가 국가 이익에 위해하다는 견해를 발표하고 정부에 계약 취소를 건의하였다. 2006년 8월 이 계약이 국가 이익에 위해하다는 정부 결정(Lesivo 선언²⁷⁵⁾)이 채택되었고 검찰총장은 정부를 대리하여 이 계약의 취소 소송을 행정 법원에 제기하였다.

청구인은 과테말라의 조치가 자신의 투자를 간접 수용한 것이며 내국민 대우, 최소 기준 대우, 충분한 보호 및 안전 위반에 해당한다고 주장하고 중미자유무역협정(CAFTA)에 근거하여 2007년 6월 ICSID에 중재를 신청하였다.

275] 스페인 및 남미 국가의 행정법상의 조치로서 특정 계약이나 조치가 국가에 유해하다고 판정될 경우 검찰총장의 건의에 따라 심사하여 발동하는 정부 결정. 동 결정시 검찰총장은 해당 계약이나 조치의 무효를 행정 법원에 제소한다.



나. 주요 쟁점

1) 간접 수용

청구인은 과테말라의 Lesivo 선언으로 인해 FVG 고객이 FVG와의 거래를 거절하였고 상품, 용역, 단기 신용 공급자들이 외상 거래와 서비스 공급을 축소, 중단하였으며 잠재적인 사업 후보자들이 위축되어 상담이 진전되지 않았고 경찰, 지방 공무원들의 방관 속에 FVG 설비 절도 및 훼손이 빈발하였다고 주장하였다.

그러나 중재 판정부는 Lesivo 선언 발표 후 5년 이상 경과한 시점에도 계약 143호, 402호는 유효한 상태로 남아 있고 철도 시설을 청구인이 계속 점유하고 있으며 계약 402호 상의 부지 임대 수입이 계속되고 있고 이 수입이 FVG 수입의 92%를 차지하고 있는 점을 들어 과테말라의 Lesivo 선언이 청구인의 투자를 간접 수용한 것이라는 주장을 기각하였다(판정문 152).

2) 최소 기준 대우

중재 판정부는 과테말라 정부가 계약 143호가 국가 이익에 유해하다고 판단한 근거가 애매모호하고 Lesivo 선언을 채택한 과정 및 근거, 그리고 불가피성에 대해 제출된 자료와 증언을 종합하여 볼 때 과테말라의 조치는 자의적이고 전체적으로 불공평하며 부당하다고 지적하고 CAFTA 10(5)조상의 최소 기준 대우에 부합하지 않는다고 판정하였다(235).

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부는 청구인의 간접 수용 주장을 기각하였다. 이 책에 수록된 해설 중 간접 수용이 제기된 것이 54건이다. 그중 실제로 인정된 것은 13건으로서 간접 수용 주장을 관철시키기는 용이한 일이 아니다. UNCTAD 통계에 따르면 투자협정 위반 사건 499 건에서 간접 수용이 제기된 것이 366건, 인정된 것이 55건이다.



| 간접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>SPP(ME) v. Egypt</i> (84/3)	무형의 권리도 수용 가능 영업권 취소는 간접 수용 해당	
<i>Tradex v. Albania</i> (94/2)		수용에 상당한 효과(해당 토지의 소유권 탈취, 동 토지 이용권 제한, 정부 귀책 등) 부재
<i>Metalclad v. Mexico</i> (AF)/97/1)	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치	
<i>Eudoro Oguin v.</i> <i>Paraguay</i> (98/5)		금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실은 수용 아님
<i>Feldman v. Mexico</i> (AF)/99/1)		지배, 통제가 계속되고 있으므로 수용 불해당
<i>Middle East</i> <i>Cement v. Egypt</i> (99/6)	시멘트 처리 업자에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당	
<i>Teconed v. Mexico</i> (AF)/00/2)	매립장 업자에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당	
<i>Waste Management</i> <i>v. Mexico 2차</i> (AF)/00/3		재산의 탈취 효과가 없는 단순 계약 위반
<i>Generation Ukraine</i> <i>v. Ukraine</i> (00/9)		투자 사용, 향유, 처분권에 대해 지속적으로 회복 불가능하게 방해하지 않았으므로 수용 불해당
<i>Enron v.</i> <i>Argentina</i> (01/3)		지분 소유권 온존, 처분 가능 상황이므로 수용 불해당
<i>QMS v. Argentina</i> (01/8)		지배와 소유권이 박탈되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Noble Ventures v.</i> <i>Romania</i> (01/11)		청구안 정부 공동 소유 회사 에 대한 정부의 증자 조치, 법정 관리 추진은 수용 불해당
<i>Azurix v. Argentina</i> (01/12)		개별 조치 중복으로 인한 수용 가능, 지배, 통제 계속되고 경영상 부정적인 영향이 수용 인정하기에 불충분
<i>LG & E v.</i> <i>Argentina</i> (02/1)		소유권 방해 정도 및 기간이 심각해야 수용, 투자 향유권 불박탈, 지배권 불상실, 수용 효과 한시적이므로 수용 아님



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Fireman's Fund v. Mexico</i> (AF/02/1)		외화 표시 채권의 가치 급락은 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취 아니므로 수용 아님
<i>PSEG v. Turkey</i> (02/5)		지배권, 경영권 박탈, 관리/배당/인사 방해 등 심각한 조치나 방해 존재해야 간접 수용, 없으므로 아님
<i>Siemens v. Argentina</i> (02/8)	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당	
<i>Sempra v. Argentina</i> (02/16)		지배권과 투자의 가치가 훼손되지 않았으므로 수용 아님
<i>Metalpar v. Argentina</i> (03/5)		경제적 영향이 가혹하지 않고 경영 통제/영업 계속 중
<i>Continental v. Argentina</i> (03/9)		소유권 불변동, 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락은 수용 아님
<i>El Paso v. Argentina</i> (03/15)		소유권 방해 행위 부재, 지분 매각은 강요된 것이 아니라 자발적 행위이므로 수용 아님
<i>Gemplus & Talsud v. Mexico</i> (AF/04/3, 04/4)	경영권 탈취는 간접 수용 *같이 제기된 직접 수용도 인정	
<i>ADM & TLJA v. Mexico</i> (ARB(AF)/04/5)		소유권/경영권 불박탈, 영업 계속은 경제적 상실 정도 불심각 의미, 따라서 수용 아님
<i>Vannessa v. Venezuela</i> (AF/04/6)		당사자로서의 계약 해지, 주권 행위 아니며 부지 몰수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치, 수용 아님
<i>Telenor v. Hungary</i> (04/15)		투자 가치/향유, 이용권 실질 박탈 또는 투자의 경제적 가치실질 훼손 있어야 수용, 경영권 온존, 영업 계속이므로 수용 불해당
<i>Cargill v. Mexico</i> (AF/05/2)		소유권 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해가 영구적이어야 수용, 일시적이므로 수용 아님
<i>Saipem v. Bangladesh</i> (05/7)	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정	
<i>Parkerings v. Lithuania</i> (05/8)		계약 당사자로서의 정당한 계약 종료 행위



ICSID 중재판정례 해설

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>EDF v. Romania</i> (05/13)		세무 조사/면세점 사업자 부정 단속 조치는 국가 권력의 행사로서 수용 아님
<i>Roussalis v. Romania</i> (06/1)		경영 통제 계속, 투자 이용/향유권 존속 중
<i>OFC v. Ecuador</i> (06/11)	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 취소는 과도하며 사업권 영구 파탈로 인한 수용 해당	
<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	경제적 가치가 무보상, 영구 파탈되었으므로 수용 해당	
<i>Impregilo v. Argentina</i> (07/17)		소유권 불박탈, 주주 권리 행사/이익 향유 불봉쇄, 청구인 귀책으로 인한 계약 취소는 수용 아님
<i>AES v. Hungary</i> (07/22)		소유권/사용권/지배권 존속, 수익 실현, 투자 가치의 심각한 감소박탈 불발생
<i>RDC v. Guatemala</i> (07/23)		계약 유효, 해당 시설 계속 점유, 부지 수입 계속 중
<i>Ubraser & CABB v. Argentina</i> (07/26)		일부 수입 감소일뿐 권리 탈취 아님
<i>Mobil v. Venezuela</i> (07/27)		투자가 실효적 박탈(투자 가치/지배권 전체의 항구적 손실)되어야 수용 해당, 불충족
<i>Unglaube v. Costa Rica</i> (08/1, 09/20)	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당	
<i>Immaris v. Ukraine</i> (08/8)	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/ 투자 가치의 영속적 파괴 해당	
<i>Bosh, B&P v. Ukraine</i> (08/11)		권리의 실질적 박탈되어야 수용, 시비 행위는 정부의 계약 종료 지시로 볼 수 없음
<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)		소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취가 수용, 명령, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아님
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)		실질적/항구적 소유권 박탈 부재 *같이 제기된 직접 수용은 보상 의무 위반으로 판정



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당	
<i>Swisslion v. Macedonia</i> (09/16)		청구인의 계약 의무 불이행 근거한 계약 종료 판결은 수용 불해당
<i>Minotte and Lewis v. Poland</i> (AF/10/1)		금융 감독 당국의 정당한 업무 범위 해당, 당국이 타 투자자의 탈퇴/불참 증용 주장 불입증
<i>Philip Morris v. Uruguay</i> (10/7)		가치 박탈, 사용/향유권 실질적 탈취 불발생, 담배 제한 조치 경찰권 행사에 해당
<i>Renee Rose Levy v. Peru</i> (10/17)		부실 은행 청산 조치는 정당한 경찰권 행사
<i>Vigotop v. Hungary</i> (11/22)		계약 종료는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사, 남용아니므로 수용 아님
<i>Franck Arif v. Moldova</i> (11/23)		계약 무효 판결은 수용 아님, 영업 계속·소유권 활용 및 수익 불탈취
<i>Mamidil v. Albania</i> (11/24)		용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등에 대한 영향으로 가치/이익 손상 부재, 수익성 일부 감소뿐 통제권 온존
<i>Al Tamimi v. Oman</i> (11/33)		수용이 아니라 계약상의 분쟁으로 종료된 계약
<i>Ermis v. Hungary</i> (12/2)		수용 대상 기능 권리 보유 사실 불입증
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF/12/5)		점진적 수용이 인정되기 위해서는 수용 계획이 개개 조치들을 통해 이행된 점 입증 필요, 외환 위기 타개 위한 외환/금 확충 계획은 수용 계획 아님 *같이 제기된 직접 수용(국유화령)은 보상 요건 불충족
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료	



109

Hamester vs. Ghana 사건(ARB/07/24)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 합작 회사를 설립한 가나의 코코아 이사회의 행위 책임이 가나 정부에 귀속되는지 여부와 청구인 투자의 적법성이 시비된 사건이다.

청구인 Hamester GmbH & Co KG는 독일 회사로서 1992년 8월 가나 코코아 이사회와 합자하여 Wamco I 이라는 코코아 가공 회사를 설립하였다. 코코아 이사회(Ghana Cocoa Board, 이하 GCB)가 소유하고 있던 공장을 개선하여 사용하는 것으로서 Hamester는 신규 설비 구입 비용, 경영 기술, 노하우 등을 제공하고 코코아 이사회는 구 공장과 코코아 콩을 공급하기로 하고 6:4로 지분 투자를 하였다. 합자 계약 7조에 GCB는 Wamco I이 필요로 하는 등급과 물량의 코코아 원두 공급 의무가 있었고 가격 등 판매 조건은 Wamco I과 GCB가 협의하여 정하기로 하였다. Wamco I은 1994년부터 가동하기 시작하였고 곧 Wamco II, Wamco III로 확장하였다. Wamco 생산품은 전량 Hamester가 구입하였으나 구입 가격이 낮고 지불이 지연되어 1997년부터 Wamco의 재정 상황은 악화되기 시작하였다. GCB에 코코아 원두 구매 대금이 정산되지 못하고 부채로 누적되기 시작하였다. GCB는 Hamester가 Wamco 생산품 실제 구매 가격과 장부상 가격상의 차이 유지, 과도한 수수료 부과 등의 기망 행위를 통해 장부에 기재된 것보다 더 많은 이익을 회수해가고 있다고 의심하였다. Wamco와 GCB는 2001년 12월 원두 가격 협상을 우여곡절 끝에 체결하였으나 후에 청구인은 GCB가 원두 공급을 중단하겠다는 등의 압력을 가해 강박 속에 체결된 것이므로 무효라는 주장을 하였다. 2002년 전반적인 코코아 원두 부족 현상이 발생하여 GCB는 Wamco 요구 물량을 공급할 수 없었고 Wamco가 구매 대금을 지불하지 않겠다고 위협하자 GCB는 이전 공급분 대금 정산이 이루어지지 전까지는 원두 공급을 중단하겠다고 반격하는 등 원두 공급을 둘러싸고 양측간의 대립이 심화되었다.

경영 상태가 악화되자 Hamester는 Wamco에서 철수하겠다는 의사를 표명하였고 지분 40%를 갖고 있는 GCB는 이에 반발하였다. 2003년 2월 Hamester는 가나 재정부 장관에게 철수 의사를 서한으로 통지하였고 Wamco 이사회의 GCB 대표는 Wamco 제품의 수출 금지를 요청하였다. Hamester가 지명한 Wamco 사장은 신변의 안전을 이유로 출국하여 버렸고 Wamco는 GCB의



관리 하에 운영되었다.

청구인은 물량 공급 실패 등 합자 계약 위반 사항은 우산 조항에 의거하여 가나 정부의 투자협정 위반을 구성한다고 주장하고 공정-공평 대우 의무 위반 및 불법 수용의 피해를 입었다는 요지로 독일-가나 투자협정에 근거하여 2007년 5월 ICSID 중재를 신청하였다. 가나는 Hamester는 기망과 위계 행위를 통해 Wamco의 이익을 과도하게 회수하였으므로 이는 투자협정의 보호 대상인 선의에 의한 투자가 아니고 GCB의 행위는 계약상의 행위일 뿐이며 설사 공적인 행위라 할지라도 GCB의 성격상 가나 정부에 책임을 귀속시킬 수 없으므로 ICSID 관할권이 없다고 주장하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 적법성

가나는 청구인이 우월적 지위를 이용하여 Wamco 생산품을 저가 구매한 후 고가에 단순 재판매하였고 Wamco 연 총 수익을 초과하는 고액의 판매 수수료를 Wamco에게서 징수해 갔다고 비난하였다. 그 외 청구서 위조, 가나 축구 선수 유럽 구단 이적 주선료 명목의 회사 수익 부당 이전 등 다수의 불법 행위가 있었다고 주장하였다. 가나는 청구인의 이러한 불법, 위계 행위로 인해 청구인의 투자는 투자협정상의 보호 대상이 되는 투자 유치국의 법령에 따른 적법한 투자가 아니라고 주장했다.

중재 판정부는 투자가 부정부패, 위계, 사기 행위 등 선의(good faith)에 위반하여 이루어지거나 투자 설립 자체가 ICSID의 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 것일 경우에는 보호할 수 없다는 원칙을 확인하였다. 투자 유치국의 관련 법령에 위반하여 이루어진 투자도 역시 보호받지 못한다고 확인하였다. 그런데 투자의 적법성에는 투자 성립의 적법성과 투자 운영의 적법성이 있으며 독일-가나 투자협정 10조²⁷⁶⁾는 보호 대상이 되는 투자를 투자 유치국의 법령을 준수하여 이루어진 투자라고 적시하고 있어(made ~ consistent with the latter's legislation) 투자 성립의 적법성 여부가 ICSID 관할권 존부의 관건이 된다고 보았다. 투자 운영의 적법성은 본안 심리 대상이라고 보았다. 판정부는 이 사건 투자가 창립 당시부터 적법성을 충족하지 못했는지에 대해 검토한 결과 청구인의 투자분이 실제보다 다소 과장된 것은 인정되나 이 사실을 GCB가 미리

276] 10. This Treaty shall also apply to investments made prior to the Treaty's entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, consistent with the latter's legislation.



알았다면 합자 투자에 참여하지 않았을 것이라는 증거가 없다고 지적하고 청구인의 투자는 성립의 적법성은 충족하였으며 따라서 ICSID 중재 관할권이 적용된다고 판시하였다(판정문 123-139).

2) 귀속성

가나는 GCB는 가나 국내법에 의해 설립되었고 일부 독점권과 규제권을 행사하기는 하나 본질적으로는 코코아 원두 판매 회사라고 주장하였다. GCB의 주 업무는 코코아 원두를 재배 농가로부터 구매하고 판매 및 수출하는 것이며 코코아 재배 독려, 코코아 판매 및 수출 규제, 가공 공장 운영, 코코아 재배 산업 개발 지원 등의 부수적인 업무를 수행하고 있다고 설명하였다. 따라서 GCB의 행위는 그 책임이 가나 정부에 귀속될 수 없으므로 GCB의 행위에 대해 가나 정부에 시비하려는 이 사건에 ICSID는 관할권이 없다고 주장하였다.

중재 판정부는 GCB의 행위 책임을 가나 정부에 귀속시키기 위해서는 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 4조에 의거 GCB가 국가 기관이거나 5조에 의거, 국가 권한을 행사하였거나 8조에 의거, GCB의 활동이 가나 정부의 지시, 통제 하에 있어야 한다고 보았다. 판정부는 가나의 정부 조직상 GCB가 정부 기관이 아닌 것은 확실하다고 보았다. 판정부는 제출된 증거로 볼 때 GCB가 가나 정부의 지시나 통제 하에 있었다는 것도 입증되지 않는다고 보았다. GCB가 가나 정부의 권한에 해당하는 역할을 수행했는지는 시비 대상이 되는 구체적인 행위 각각에 대해 심층 검토한 후에 결정할 수 있는 일이라고 보았다(182-200).

청구인이 시비한 행위는 2001년 가격 약정, 2002년 원두 공급 중단, 2003년 계약 종료에 의한 수용 세 가지였다. 청구인은 2001년 원두 구매 가격 협상에서 GCB는 가나 정부의 사주에 의해 움직였고 원두 공급 중단을 협박하여 어쩔 수 없이 체결하였으므로 GCB의 행위를 가나 정부에 귀속시킬 수 있다고 주장하였으나 판정부는 이를 수용하지 않았다. 판정부는 제출된 증거와 증언에 비추어 볼 때 2001년 가격 약정은 가나 정부가 공권력을 행사한 과정이나 결과가 아니라 상업적인 주체인 GCB와 Wamco가 각자의 이익을 확보하려는 정상 거래(arms-length)라고 판단하였다. Wamco는 이미 공급받은 원두 대금 지불 지연을, GCB는 향후 추가 공급 중단을 지렛대로 삼아 협상한 것이지 GCB를 통해 특정 가격을 관철시키려는 가나 정부의 행위는 발견되지 않는다고 지적하였고 강박에 의해 체결되었다는 청구인의 주장도 아무런 증거로서 입증되지 않는다고 기각하였다(248-253).

판정부는 2002년 원두 공급 중단이 청구인의 주장대로 합자 계약 7조 위반에 해당한다 하더라도



이는 사적인 상업 계약 위반이지 원두 공급이 가나 정부의 권한을 행사한 것은 아니므로 그 책임을 가나 정부에게 귀속시킬 수 없다고 보았다(265-268).

3) 수용

2003년 수용 주장의 근거로 청구인이 제시한 조치는 GCB의 Wamco 파견 경영자가 내린 Wamco 생산품 선적 중지 지시, Hamester에 대한 투자 철수 공식 통지 서한 발송 요청, Hamester 파견 Wamcom 사장이 독일 무단 귀국시 내린 Wamco 공장 가동 중지 지시 무시 등이었다. 판정부는 이러한 행위는 공장을 폐쇄하려는 대주주와 계속 운영하려는 소주주간의 일반적인 사내 주도권 다툼이지 어느 하나도 정부의 공권력 행사에 해당하지 않는다고 지적하였다. 가나 정부의 지시나 명령이 있었다는 증거도 없다고 강조했다. 실제 가나 정부의 행위에 해당하는 것은 Wamco의 독일인 사장에 대한 경찰 조사, 가나 관세청의 Wamco 생산품 수출 통관 중지, 2003년 4월 가나 재정부 장관과 Wamco 경영진 간의 회합 정도인데 경찰 조사는 동인의 횡령 혐의에 대한 정상적인 경찰권 행사임이 증거로 확인되고 재정부 장관이 회합 시 Wamco 폐쇄 및 철수를 협박했다는 청구인 주장은 당시 회의록에 의해 배척되며 통관 증지는 우선 6주간 시행되었을 뿐으로 수용을 인정하기 위한 항구성 요건을 충족하지 못하고 전후 사정 상 투자 철수를 공공연히 언급해온 외국 투자자가 회사 재산을 과다, 부당하게 인출해 갈 것을 예방하기 위한 조치로 인정되므로 설사 그 행위의 책임성이 국가에 귀속된다고 볼 수 있다 하여도 수용에 해당한다고는 볼 수 없다고 결론지었다(281-312).

4) 우산 조항

청구인은 GCB의 원두 공급 의무 불이행 행위는 합자 계약 7조 위반이며 투자협정 9(2)조²⁷⁷⁾ 우산 조항에 의거하여 투자협정상의 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 9(2)조의 문안상 국가가 부담한 의무(any other obligation it has assumed)에 한해서 준수해야 하는 것이므로 국가 책임성 귀속이 인정되지 않은 GCB가 부담한 의무는 9(2)조 적용 대상이 아니라고 판시하였다(347-348).

277) 9(2) Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to its investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party.



다. 평가 및 해설

1) 귀속성

우산 조항과 귀속성 시비에서 쟁점 중의 하나는 계약 위반이 모두 조약 위반이 되는지의 여부이다. 일반적으로 국가 책임은 국제법 위반에서 발생한다. 계약의 위반은 그 자체로 국제법 위반이 될 수는 없다. 국가나 정부도 또한 정부의 기관이나 그와 관련된 산하 기관, 연관 단체도 계약 상대방과 대등한 사적인 관계에서 계약을 체결할 수 있을 것이다. 이 사건은 시비가 제기된 주체가 공적인 자격으로서 행동한 것과 계약 당사자 자격으로 행동한 것을 구분해야 한다고 판정했다는데 의미가 있다. 대개 해당 주체와 체결한 계약이 제대로 이행되지 않았다고 청구인이 시비하는 경우가 많은데 해당 주체의 계약 위반 행위가 통상적인 계약 당사자로서 충분히 있을 수 있는 행위인지, 공적인 자격과 권능을 가진 주체로서의 행위인지를 구별하여 전자일 경우 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 없다는 것이 지금까지 확인된 ICSID 중재 판정례다.

Jan de Nul vs. Egypt 사건(ARB/04/13) 판정부는 수에즈 운하 관리 공사(SCA)가 수에즈 운하 관리 운영이라는 국가 사무를 수행할 권한을 부여 받은 것은 인정했으나 이 사건에서 문제되는 행위는 통상의 발주자와 다르게 행동한 점이 없다고 보고 국가 책임 초안 5조에 부합하지 않는다고 판정하였다. *Tulip vs. Turkey* 사건(ARB/11/28)에서 판정부는 터키 부동산 투자 公社(Emlak)이 터키 정부의 통제 하에 있다고는 판단하였으나 시비가 된 행위는 Emlak의 상업적 손실 최소화를 위해 이사회가 독립적으로 결정한 것이지 별도의 공적인 목적 달성을 위한 터키 정부의 지시나 통제에 의한 것이 아닌 점이 확인된다고 보아 귀속성을 인정하지 않았다.

2) 적법성

이 사건 판정부는 투자 설립의 적법성 요건에 대해 투자 유치국의 성문의 법규만 위반하지 않으면 적법성이 완성된다고 보지 않았다. 선의에 위반하여 이루어지거나 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 목적의 투자는 설사 투자 유치국의 법규를 위반하지 않았다 하더라도 정당한 투자로 볼 수 없다는 입장을 취했다. *Inceysa vs. El Salvador* 사건(ARB/03/26)에서 판정부는 청구인의 행태는 신의칙(good faith)이라는 국제법 원칙, ‘누구도 자신의 부도덕함을 원용하여 자신이 옳다고 주장하는 것은 허용되지 않는다(Nemo auditur propriam turpitudinem allegans)’는 법원리, 부당 이익 금지 원칙에 부합하지 않는다고 보고 적법성을 위반하였다고 판시하였다. *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24) 판정부는 투자자에 관한 중요한 정보, 투자 승인 여부를



결정하는데 중요한 요소가 되는 정보를 알리지 않은 것은 신의칙에도 위반된다고 지적하고 청구인의 투자에 대해 에너지 헌장 조약상의 실체적 보호 규정을 적용할 수 없다고 판시하였다.

투자 설립의 적법성과 관련하여 제기되는 쟁점별 ICSID 중재 판정의 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건에 수록하여 두었다.



110

Ubraser & CABB vs. Argentina 사건(ARB/07/26)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인 자회사가 아르헨티나와 체결한 상하수도 양허 계약이 아르헨티나의 경제 위기로 인해 준수되지 못하고 취소된 건에 대해 수용 및 공정·공평 대우, 차별 금지 위반을 주장하였으나 기각된 사건이다.

청구인 Ubraser와 CABB 콘소시움은 스페인 회사로서 아르헨티나 상하수도 공급 처리 업체인 Aguas del Gran Buenos Aires(이하 AGBA)의 상당 지분을 소유하고 있었다. AGBA는 2000년 초 부에노스 아이레스 지역 수도청(이하 ORAB)과 그 지역의 상수도 공급 하수도 처리 용역을 제공하는 양허 계약을 체결하였다. AGBA는 계약 지역 내 주민에게 상수도를 공급하고 요금을 징수하는 반면 상수도망 확장 등 서비스 개선을 위한 계획을 5년마다 입안, 신규 투자를 통해 이행해야 했다. 요금은 달러로 산정하고 부과시의 환율에 따라 페소로 징수할 수 있었다. 양허 계약이 개시된 지 얼마 지나지 않아 발생한 경제 위기로 인해 2002년 1월 아르헨티나 정부는 극심한 경제 위기에 봉착하여 국가 비상법(법령 25,561호)을 공포하여 외국 양허 계약 업자에게 부여한 요금 달러화 산정 권한을 폐지하고 고정된 달러화 페소화 환율을 적용하여 페소화로 징수하게 하였다. 이 조치로 수입이 급감한 AGBA는 수차례 양허 계약 조건 재협의를 요구했으나 요청하였으나 거절당했으며 수도 공급에도 차질을 빚게 되었다. AGBA는 자신들의 요청이 수락되지 않으면 부득이 양허 계약을 취소할 수밖에 없다고 ORAB에게 통보하였으며 ORAB는 2006년 6월 AGBA가 양허 계약상의 의무 이행에 실패하였다는 이유로 이 계약의 해당 조항에 따라 계약을 취소하였다.

청구인은 아르헨티나의 조치는 스페인-아르헨티나 투자협정의 공정·공평 대우 및 불법 수용 금지 의무 위반에 해당한다고 주장하고 2007년 7월 ICSID에 중재를 신청하였다.



나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

청구인은 아르헨티나의 조치가 투자 결정 당시 청구인이 가졌던 정당한 기대와 배치되는 것으로서 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 공정·공평 대우의 기준은 투자 유치국의 법적 환경 뿐 아니라 사회, 경제적 환경을 포함하여야 하며 투자 결정 당시 투자자의 기대는 이에 대한 고려도 있어야 한다고 보았다. 판정부는 물 공급은 국가의 기본 의무이며 국민의 기본권으로서 이와 같은 보편적인 인권의 보장은 투자자가 정당한 기대를 형성하는 범위 내에 있다고 언급하였다(622-624). 중재 판정부는 투자자는 발생을 예측할 수 없는, 국가가 책임져야 하는 상황과 문제가 존재함을 인식해야 하며 공정·공평 대우는 공공 이익을 위해 이러한 상황, 문제를 처리하려는 투자 유치국의 노력으로부터 완전히 절연되고 면제된다는 것은 아니라는 견해를 밝혔다. 만일 투자 유치국이 국민 다중에게 위해가 되는 전염병에 노출되었을 경우 투자자에게 해가 되는 조치를 포함하여 상황이 필요로 하는 모든 대책을 강구해야 한다고 지적했다. 물론 투자 유치국이 상황이 회복되는 대로 투자자의 이해를 효과적으로 보전하는 조치를 취해야 할 것을 전제로 하였다.

2) 보상 조치

판정부는 2001년 중순 이후 시작된 당시 아르헨티나의 경제 위기는 극심하여 2002년 2월 아르헨티나 정부가 취한 일련의 보상 조치를 긴급 피난으로 인정할 만한 충분한 상황이었다고 보았다. 중재 판정부는 2001년 시작된 아르헨티나의 경제 위기가 내·외생적 요인으로 발생하였다는 것만으로는 아르헨티나가 위기 발생을 자초한 것이므로 국가 긴급 피난으로 인한 면책을 주장할 수 없다고 단정하기에는 충분하지 않다고 지적하였다. 자초한 것이므로 인용할 수 없다는 수준에 이르기 위해서는 국가의 행위가 해당 위기를 직접 겨냥하는 수준이 되거나 해당 위기가 자신의 경제, 재정 정책의 결과라고 해당 국가가 인지했음이 분명한 수준은 되어야 한다고 보았다. 결국 정부 행위와 위기 발생간의 인과관계가 있어야 한다는 것이다.

청구인은 보상 조치 이외의 대안을 강구하지 않았다고 지적하였으나 판정부는 대안 중의



하나인 수도 공급망 확대가 양허 계약상 청구인의 추가 투자 의무 불이행으로 무산되었음을 지적하였다. 중재 판정부는 ORAB과 AGBA간의 수도 요금 재산정을 위한 양허 계약 재협상 협의가 제안되었으나 이루어지지 못했고 아르헨티나가 양허 계약 취소가 불가피할 수 있음을 사전에 언질한 점 등을 추가하여 함께 볼 때 아르헨티나의 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 수용할 수 없다고 판시하였다.

3) 수용

중재 판정부는 수도 요금의 폐소화 및 동결로 인해 AGBA의 단기적인 수입이 감소하기는 하였으나 ORAB이 재협상을 제안하였고 상호 합의를 통해 손실의 전부 또는 일부가 장래에 보상될 수 있는 가능성이 있으므로 아르헨티나의 비상 조치는 AGBA의 권리를 탈취한 것과는 거리가 멀다고 보았다. 청구인은 ORAB의 태만으로 인해 재협상이 지연되어 비상 조치의 부정적 효과가 장기간 계속되었고 AGBA의 양허권과 주주 이익의 손실이 커졌다고 주장하였으나 재협상 지연이 ORAB 책임이라는 것을 청구인이 증거로서 입증하지 못했고 AGBA도 재협상에 참여하였으므로 이 주장도 수용되지 않았다.

4) 차별 및 정당하지 못한 조치

청구인이 주장하는 차별 조치는 ASBA라고 하는 국영 상하수도 공사에 대한 ORAB의 대우가 AGBA와 차이가 있다는 것이었다. 중재 판정부는 ASBA는 국영 기업으로서 AGBA의 양허 계약과는 다른 법적, 경제적 조건에서 운용되고 있고 아르헨티나 정부의 재정 지원을 받고 있으나 AGBA는 양허 계약상 수도망 확장을 위한 5개년 계획을 수립하고 소요 재원을 자체적으로 조달해야 하는 재정 의무가 있어 ASBA와 AGBA가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 청구인이 정당하지 못하다고 주장하는 대부분의 조치가 양허 계약상의 조치라고 지적하고 AGBA의 주주에게 투자협정이 제공하는 보호는 양허 계약하의 AGBA 권리를 보호하는 것이 아니라고 설명하였다. 이에 따라 청구인의 차별 및 정당하지 못한 조치 주장을 기각하였다.



다. 평가 및 해설

1) 긴급 피난 인과관계

이 사건은 2001년 아르헨티나의 경제 위기 시 채택된 조치가 안보상의 예외에 해당하는지에 대해 시비가 제기되었던 10개의 사건 중 *LG & E vs. Argentina* 사건, *Continental vs. Argentina* 사건과 함께 국가 비상시에 취해진 불가피한 조치였으므로 안보상 예외 조항을 적용하여 투자협정의 위반으로부터 면책된다고 판시한 3건 중의 하나이다. 여타 사건은 모두 경제 위기 발생에 아르헨티나가 책임이 있으므로 안보상 예외 조항을 적용할 수 없다고 판시하였다. 10개 사건에 대한 ICSID 중재 판정을 종합하여 평결한 것은 *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 해설에 수록하였다.

이 사건 판정부는 경제 위기 발생에 아르헨티나의 책임을 묻기 위해서는 아르헨티나의 행위와 경제 위기 간에 인과관계가 있어야 한다고 보았다. 인과관계론은 *Continental vs. Argentina* 사건(ARB/03/9) 판정부가 처음 제시한 것이다. 동 사건 판정부는 국가란 경제 정책과 그 결과에 대해 궁극적인 책임, 적어도 정치적인 책임을 지는 것이므로 이러한 일반론적인 책임론을 적용하여 자초성 여부를 판단할 수는 없고 정부의 특정 행위가 정부의 과실과 부주의로 인해 채택, 실행되어 특정의 비상 상태가 발발하였다는 인과관계가 인정되어야 한다는 취지의 입장을 개진하였다. 이와 달리 *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1) 판정부는 사태 발생 책임 여부에 대해서는 심리하지 않고 당시 상황의 심각성과 규모, 해당 조치의 필요성에 대해서만 검토한 후 예금 인출과 송금이 정지된 2001년 12월 1일부터 새 대통령이 취임한 2003년 4월 16일까지가 안보상 예외 조항을 적용할 수 있는 국가 위기 상황에 해당한다고 보고 동 기간 중 시행된 조치는 위법성이 조각되므로 국가의 책임(liability)이 면제된다고 판시하였다(판정문 259-265).

2) 정당한 기대

이 사건 판정부는 투자자의 정당한 기대는 투자 유치국의 법적 환경, 사회, 경제적 환경도 고려해야 하며 투자 유치국이 공공 이익을 위해 국가가 책임져야 하는 상황과 문제가 예측 불가능하게 발생할 수 있다는 점도 고려해서 판단해야 한다고 함으로써 투자자의 주의 의무도 있음을 환기하였다. 판정부 견해와 궤를 같이 하는 판례가 다수 있다. *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서는 정당한 기대는 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어 정당성 여부를 판단해야



한다고 보았다. 그리고 정당한 기대는 해당 상황에 따라 변동하므로 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면 환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다고 보았다. *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서는 청구인이 우루과이의 새로운 담배 규제 도입이 자신의 정당한 기대를 침해한 것이라고 주장하였으나 판정부는 담배의 유해성에 비추어 담배에 관한 규제는 시간이 갈수록 엄격해질 것이라는 점을 청구인도 투자 결정 당시 예상했어야 한다고 지적하였다. *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB/12/5) 판정부는 투자자도 상황 변화 가능성을 투자 결정 당시 예측했었어야 한다고 지적하고 정당한 기대 침해 주장을 수용하지 않았다.



111

Mobil vs. Venezuela 사건(ARB/07/27)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 베네주엘라 국영 석유 공사와 체결한 2건의 유전 탐사, 개발, 생산 계약이 후에 收用되는 과정에서 베네주엘라 정부가 취한 조치가 투자협정의 공정·공평 대우 의무 위반인지 여부와 수용의 적법성이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Mobil Corporation, Venezuela Holdings 등 6개사는 네덜란드, 미국, 바하마 국적의 석유 관련 회사로서 1997년 10월 베네주엘라 국영 석유 회사 PDVSA와 Cerro Negro 지역의 유전 개발 계약을 체결하였다. 계약 주요 내용은 Cerro Negro 유전 개발, 인근 해변에 1차 처리 공장 건설, 송유관 부설, 1차 처리된 석유를 재처리할 정유 공장의 미국 내 건설 등이었으며 베네주엘라 정부의 차별적인 조치 채택 시 PDVSA가 보상한다는 조항을 포함하고 있었다. 계약 요지는 서명 전에 베네주엘라 국회의 승인을 받았다. 청구인과 PDVSA는 1996년 1월 La Ceiba 지역의 유전을 개발하는 또 다른 계약을 체결하였으며 계약 조항에 따라 청구인은 유전 개발 계획을 작성하여 2007년 1월 정부 승인 절차를 개시하였으나 해당 사업이 수용됨에 따라 진전되지 못하였다.

베네주엘라 정부는 유전 개발에 외국인 투자자를 유치하기 위해 정부에 지불해야 하는 로열티, 소득세를 인하하는 유인책을 부여하기도 하였다. 그러나 1998년 12월 휴고 차베스가 베네주엘라 대통령으로 당선된 이후 2001년 석유법을 개정하여 석유 생산은 정부가 독점하되 기존 외국인 투자 기업은 베네주엘라 정부가 지분의 50% 이상을 보유하는 기업과의 합작을 통해 석유를 생산할 수 있고 이 합작 기업은 생산량의 30%를 베네주엘라 정부에 로열티로 납부해야 하며 잔여 석유는 PDVSA나 기타 국영 회사에게만 판매할 수 있도록 하였다. 이에 따라 청구인의 Cerro Negro 사업과 La Ceiba 사업이 종료되었고 투자 당시 인하였던 로열티가 대폭 상승되었으며 소득세 및 석유 試錐稅도 인상되었다. Cerro Negro 유전의 생산 및 수출량이 제한되었고 합작 기업 협의가 지연되자 2007년 1월 통과된 법(Enabling law) 규정에 따라 대통령령 5200호에 의해 Cerro Negro 및 La Ceiba 사업은 베네주엘라 정부에 의해 수용되었다.



청구인은 베네주엘라의 일련의 조치가 네덜란드-베네주엘라 투자협정상의 공정·공평 대우, 불법 수용 금지 의무 위반이라고 주장하고 2007년 9월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 시추세 인상

베네주엘라 정부의 시추세 인상 조치에 대해 청구인은 투자협정 3(1)조²⁷⁸⁾ 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 투자 결정 당시 시추세 등이 인상되지 않으리라는 자신의 정당한 기대를 훼손했다는 이유를 들었다. 베네주엘라는 시추세는 재정 조치이며 투자협정 4조²⁷⁹⁾에 의거, 재정 조치에는 비차별 의무만 부여되고 3(1)조의 공정·공평 대우는 적용되지 않는다고 주장하였다. 재정 조치는 4조에 의해 3(1)조 적용 대상에서 배제된다는 것이다.

중재 판정부는 4조는 적용 대상을 조세, 수수료, 공과금, 재정적인 감축이나 면제로 특정하고 있고 적용 대우도 내국민, 최혜국민 대우이며 공정하고 공평한 대우는 명기되어 있지 않다는 점을 주목하였다. 4조는 일반적인 투자 대우를 규정하고 있는 3조에 비해 특정적이라는 점도 지적하였다. 또한 4조는 적용이 배제되는 3개 사항(이중과세방지협정, 관세·경제동맹, 제3국과의 상호 조치)을 특정하고 있는데 이 중 이중과세방지협정과 상호 조치는 투자자 대우가 적용되지 않는 사항을 규정하고 있는 3(3)조²⁸⁰⁾에는 적시되어 있지 않은 점에 주목하였다. 중재 판정부는 만일 청구인의 주장대로 3(1)조가 재정 조치에 대해서도 4조와 병행하여 적용되는 것이라면 4조의 배제 3개 사항 중 3(3)조에 적시되지 않은 2개항(이중과세방지협정, 상호조치)은 3(1)조를 통해 규율할 수 있으므로 4조가 무의미해지는 결과가 된다고 지적하였다. 반대로 4조와

278] 3(1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of nationals of the other Contracting Party and shall not impair, by arbitrary or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals.

279] 4. With respect to taxes, fees, charges, and to fiscal deductions and exemptions, each Contracting Party shall accord to nationals of the other Contracting Party with respect to their investments in its territory treatment not less favourable than that accorded to its own nationals or to those of any third State, whichever is more favourable to the nationals concerned. For this purpose, however, there shall not be taken into account any special fiscal advantages accorded by that Party;

(a) Under an agreement for the avoidance of double taxation; or
(b) by virtue of its participation in a customs union, economic union, or similar institutions; or
(c) on the basis of reciprocity with a third State.

280] 3(3) If a Contracting Party has accorded special advantages to nationals of any third State by virtue of agreements establishing customs unions, economic unions, monetary unions or similar institutions, or on the basis of interim agreements leading to such unions or institutions, that Contracting Party shall not be obliged to accord such advantages to nationals of the other Contracting Party.



3(3)조에 모두 기재된 관세동맹조치는 중복 규제되고 청구인의 해석을 따르면 두 조항 중 적어도 하나는 잉여가 되는 셈이라고 비판하였다. 따라서 청구인의 해석은 3조와 4조의 구조와 표현상 지지받을 수 없으며 두 조항은 각각 별개의 조항이고 4조는 재정 조치에 대해 배타적으로 적용되는 것이라고 판단하였다. 판정부는 재정 조치는 4조상 내국민, 최혜국민 대우만 적용되며 시추세는 재정 조치이므로 3(1)조의 공정-공평 대우 적용 대상이 아니라고 정리하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 243-247).

2) 생산 및 수출 제한

베네주엘라는 2006년부터 2007년 상반기까지 Carro Negro 사업의 생산량과 수출량을 각각 56만 배럴, 550만 배럴 감축시켰다. 청구인은 생산, 수출량 감소는 국제 의무 준수를 위해서 부과하되 베네주엘라 내 모든 생산 업자에게 비례적(pro rata)으로 적용한다는 Carro Negro 사업 계약 규정과 배치된다고 주장하고 투자협정 3(1)조의 공정-공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인이 투자 결정 당시 생산량, 수출량이 계약서 내 조건 외의 방식으로 감축되지 않으리라는 정당한 기대를 가졌는지 살펴보았다. 사업 계약 골자가 베네주엘라 의회에서 사전에 승인된 점, 계약 교섭 당시 일일 생산량과 수출량이 특정 조건 하에서만 조정될 수 있다고 중요하게 협의된 점 등을 근거로 판정부는 청구인이 생산량과 수출량이 자의적으로 감축되지 않을 것이라고 정당하게 기대할 만했다고 판단하였다. 이러한 기대를 훼손한 베네주엘라의 감축 조치는 따라서 3(1)조 위반이라고 판시하였다(257-264).

3) 수용

Carro Negro 사업과 La Ceiba 사업은 2007년 6월 대통령령 5200호에 의해 수용되었다. 4개월간 합작 법인으로서의 이전을 협의하되 결렬될 시 수용한다는 골자였다. 청구인은 그러나 이 명령 발효 이전에 고율의 소득세를 적용, 시추세 인상, 생산 및 수출량 감축 등의 조치로 인해 자신의 투자가 사실상 수용당한 상태였다고 주장하였다. 중재 판정부는 수용에 상당한 조치는 해당 투자 전체를 실효적으로 박탈하는 정도가 되어야 인정되는 것이며 이러한 박탈이란 투자 가치 전체의 손실, 지배권의 전체적인 손실이 항구적이어야 한다고 설명하고 이 사건에서는 이러한 조건이 충족되지 않았으므로 수용에 상당한 조치가 있었다고 볼 수 없다고 판시하였다(286-287).



대통령령 5200호에 의한 수용에 대해서도 청구인은 정당한 절차 불비, 베네주엘라가 보장한 약속과의 배치, 정당한 보상의 불시행을 이유로 투자협정 6조²⁸¹⁾ 수용 요건을 충족하지 못했다고 주장하였다. 판정부는 베네주엘라의 유전 사업 수용은 2001년 석유법에 의해 수 년전부터 시행되어 왔고 5200호는 청구인을 포함하여 같은 조건에 있는 여타 업자에게도 공히 적용되어 일부는 4개월간의 협의 기한 내에 합의를 본 레도 많으며 4개월간의 협상 기한을 부여하는 등 공정한 절차를 거쳐 이루어졌다고 보았다.

베네주엘라 정부의 이전 약속과 배치된다는 청구인의 주장은 2001년 석유법이 Carro Negro 및 La Ceiba 사업에 적용되지 않는다고 베네주엘라가 약속했다는 것이다. 판정부는 두 사업이 의회의 승인을 받을 때 베네주엘라에게 주권을 제약하는 어떠한 의무도 부과하지 않을 것이 명문으로 확인된 점을 지적하였고 모든 국가는 수용의 권한을 가지고 있으며 이 사건에서 베네주엘라 정부가 수용권을 행사하지 않겠다고 약속한 바가 없다고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다.

적정한 보상이 이루어지지 않았다는 주장에 대해 판정부는 단지 보상이 없었다는 사실만으로는 수용이 불법이 되는 것은 아니며 보상이 제시되었을 경우 그 내용에 따라 불법 여부를 심리해야 할 것으로 보았다. 판정부는 베네주엘라 정부가 보상 규모를 제시하였고 2007년 중 양측 간 보상 규모 획정을 위한 협의가 진행 중에 있었음을 확인하고 비록 협의 결렬로 인해 보상 자체는 이루어지지 않았으나 보상을 위한 베네주엘라측이 노력한 점은 인정이 되므로 수용은 수용 요건을 충족하여 이루어진 것이라고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

수용에 대한 보상은 신속, 적정, 효과적으로 해야 하는 것이 원칙이다. 수용 보상에 관한 시비 중 쟁점이 되기 쉬운 것은 보상의 적정성 여부이다. 신속 여부는 수용 시점과 보상 시점 간의 기간 차이, 유효 여부는 태환 가능한 통화로 하게 되어 있어 쉽게 파악이 가능하므로 논란의

281] 6. Neither Contracting Party shall take measures to expropriate or nationalise investments of nationals of the other Contracting Party or take measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation with regard to such investments, unless the following conditions are complied with:

- a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;
- b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party taking such measures may have given;
- c) the measures are taken against just compensation.



소지가 적다. 적절한 보상이란 충분한 보상, 즉 수용된 자산의 가치에 합당한 보상을 의미한다. 그 가액은 측정 시기, 측정 기준, 측정자에 따라 큰 차이를 보이기 마련이다. 보통은 투자자와 당국 간 협상을 통해 정해진다. 이 사건은 이러한 보상액 산정 협의가 진행 중에 개시된 것이다. 비록 협의가 결렬되어 수용 보상금이 지급되지는 않았으나 판정부는 베네주엘라가 성의를 갖고 진지하게 협의에 임한 점을 감안하여 베네주엘라의 이 사건에서의 수용은 수용 요건을 충족한 것이라고 판정하였다.

그렇다면 수용에 대한 보상은 지급하지 않아도 되는 것인가? 그렇지 않다. 수용은 공공 목적, 적법 절차, 비차별, 보상 4개 요건을 빠짐 없이 모두 충족하여야 한다. 보상은 합법적인 수용이 되기 위한 필수 요건이다. 이 사건 판정부의 견해가 보상 협의만 진지하게 하면 보상금을 지급하지 않아도 된다는 것은 아니다. 베네주엘라 정부가 적절한 보상 금액도 제시하였고 협의도 진행하였으나 아직 결론이 나지는 않은 상태로서 당사자간 지속적인 협의를 통해 보상금액이 확정될 가능성이 높으므로 판정 단계에서 단지 보상이 지급되지 않았다는 이유만으로 보상 요건을 충족하지 못한 불법 수용이라고 기계적으로 단정하지 않겠다는 의미로 해석해야 한다. *Tidewater vs. Venezuela* 사건(ARB/10/5) 중재 판정부는 공정한 보상 여부를 기다리는 수용은 동 결정이 내려질 때까지 잠정적으로 합법적인 수용으로 인정된다고 보았다(판정문 139-142). 동 사건 판정부는 적정 보상액이 어느 정도인지 계산하지는 않았으나 *Tidewater* 판정부는 적정한 보상액을 직접 산출하여 판정문에 포함하였다. 이외에 적법하게 수용된 청구인 소유 토지의 적정 보상액수가 쟁점이 되었던 *CDSE vs. Costa Rica* 사건(ARB/96/1)에서 판정부는 보상 기준일과 금액을 획정하여 판정하였다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20)에서도 청구인의 소유 토지에 대한 수용 보상이 지연되자 중재 판정부가 적정 보상가를 산정하였다.

보상의 적정성을 판단하는 기준이 구속력 있게 확립되지는 않았다. 사건의 내용에 따라 판정부 재량으로 판단할 사항이다. *Tidewater* 중재 판정부는 보상의 적정성 여부를 세계 은행의 해외 투자 가이드라인²⁸²⁾에 따라 심사하였다. 이 가이드라인에 따르면 보상액이 탈취된 자산의 공정 시장 가격, 즉 수용 발생 시점 또는 수용 결정의 공지 시점 직전의 가격에 근거하고 있으면 적절한 것으로 본다. 그리고 이러한 시장 가격의 결정이 국가와 투자자 간의 합의된 기준 또는 이들이 지명한 판정부나 기관에 의해 내려진 것이면 받아들여 질 수 있다고 규정하고 있다. 보상 결정에 관한 국제 판정만이 요구되는 수용은 불법 수용으로 취급되지 않는다고도

282) World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment

1992년에 발표된 지침서로 적용 범위, 접수, 대우, 수용 및 일방적 계약 종료, 분쟁해결 등으로 구성되어 있다.



규정되어 있다.

투자협정은 논란의 소지를 방지하기 위하여 가액 산정의 기준을 적시하고 있는 것도 있다. 한중 FTA 12.9(2)조^{283]}는 보상은 수용이 발표되거나 시행된 시점 중 빠른 시점의 공정한 시장 가격과 상응해야 하며 수용 의사로 인한 가치 하락을 반영해서는 안 된다고 적시하고 있다. 한중 FTA 12.9(3)조^{284]}는 상업적으로 합리적인 이자율로 산정한 수용 시점과 지불 시점간의 이자도 포함할 것을 주문하고 있다.

283] 2. The compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is the earlier. The fair market value shall not reflect any change in market value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.

284] 3. The compensation shall be paid without delay and shall include interest at a commercially reasonable rate, taking into account the length of time from the time of expropriation to the time of payment. It shall be effectively realizable and freely transferable and shall be freely convertible, at the market exchange rate prevailing on the date of expropriation, into the currency of the Party of the investors concerned, and into freely usable currencies.



112

SGS vs. Paraguay 사건(ARB/07/29)

가. 사건 개요

이 사건은 파라과이가 청구인과 체결한 선적 전 검사 계약상의 비용 지불 의무를 이행하지 않은 것에 대하여 우산 조항에 의거, 파라과이의 투자협정 위반이 인정된 사건이다.

청구인 SGS는 스위스 회사로서 국제적인 선적 전 검사 대행 회사이다. 선적 전 검사는 세관의 능력이 부족한 개도국이 자국으로 수입되는 외국의 물품의 관세 산정, 통관 적정 여부, 구비 서류 완비 여부 등의 통관 절차를 수출 항구에서 선적 전에 미리 마치는 것으로서 통상 SGS와 같은 전문 회사를 통해 이루어진다.

청구인 SGS는 1996년 5월 3년 기한의 선적 전 검사 대행 계약을 파라과이 정부와 체결하였다. 본선引渡(FOB) 가격의 1.3% 또는 280\$ 중 큰 금액을 조사 건당 수령하기로 하고 월별 청구서를 토대로 월별로 지불하기로 하였다. SGS는 25만불 규모의 이행 보증금을 납입했다. 선적 전 검사 외에 SGS는 파라과이 세관 공무원을 교육하고 통관 데이터를 정리하여 제출하기로 하였다. 계약상 분쟁 발생 시 페루 국내 법원을 이용토록 규정되어 있었다. 계약 기간 중 SGS는 10만 건을 검사하고 35개월분의 청구서를 제출하였으나 실제 지불이 이루어진 것은 10개 청구서에 불과하고 25건 총 3,900만 불이 지급되지 않았다. 미지급금 회수를 위해 양측은 수년간 교섭하였으나 파라과이측은 구두, 서면 상으로 지불 약속을 하다가 1998년 9월부터는 계약 적정성에 대한 회계 감사원의 감사 요청, 감사 종료 전까지는 지불 불가, 선적 전 검사 외 의무 수행 정도에 대한 평가 등을 이유로 미지급금의 청산을 미루었다.

청구인은 2007년 10월 파라과이의 선적 전 계약 위반은 스위스-파라과이 투자협정의 우산 조항에 의해 투자협정 위반에 해당한다고 주장하고 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

파라과이는 우산 조항 위반이 성립하기 위해서는 계약 위반뿐 아니라 계약국의 주권 권한의



남용이 있어야 한다고 주장하고 청구인과의 계약 불이행은 파라과이가 단순한 시장 행위자 (market player)로서 한 행위이지 주권 남용을 포함하고 있지 않다고 항변하였다.

중재 판정부는 파라과이의 주장을 일축하였다. 약속 준수(observance of commitment)을 요구하는 투자협정 11조²⁸⁵⁾(우산 조항) 문안 해석상 계약상의 의무 이행 실패는 약속 준수 실패가 되는 것이며 11조 어디에도 정부가 주권 권한을 남용해야만 약속 준수에 실패하는 것이라고 해석하라는 의미가 담겨져 있지 않다고 판시했다. 이 사건에서 스위스 투자자의 투자와 관련된 계약을 파라과이가 위반했으면 투자협정 11조 위반에 해당한다고 정리하였고 파라과이의 주권적 성질의 행위 시행 여부, 정부 권한의 남용 여부는 관련이 없다고論破하였다(90-95).

파라과이는 계약상 분쟁은 파라과이 국내 법정을 이용하도록 규정되어 있으므로 파라과이의 계약 위반 여부 판단은 파라과이 국내 법정의 권한이며 ICSID 중재 판정부는 파라과이의 계약상의 약속 준수 실패 책임을 판단할 수 없다고 주장하였다. 파라과이 법원의 판결 전까지 파라과이는 계약 의무를 위반한 것이 아니므로 투자협정 11조 위반에 해당하지 않는다는 것이다.

중재 판정부는 계약상 대금 지급과 분쟁해결은 상호 연관된 의무가 아니라 별도의 독립적인 의무로서 파라과이는 대금을 지급하거나 분쟁을 파라과이 법원에 제소하는 선택권을 가진 것이 아니며 이미 대금 지급 의무 위반은 사실로서 확인되었다고 설명했다. 또한 파라과이는 계약상의 특정 법원 제소 의무에 동의한 것과 별개로 이미 그 이전에 투자협정에 따른 중재에 동의하였으며 이를 통해 파라과이는 스위스 투자자에게 대체적인 분쟁해결 기구를 제안한 것이며 이는 반복할 수 없는 거래의 한 부분이라고 지적하였다(103-107).

파라과이는 SGS도 교육 의무, 통관 데이터 작성 의무, 청구서 중복 발행, 검사 실수 등의 계약 위반 행위를 저질렀다고 주장하였으나 중재 판정부는 파라과이가 이러한 사실을 증거로서 입증하지 못했다고 지적하였으며 설사 SGS의 계약 의무 불이행이 사실이라고 하더라도 그렇다고 파라과이의 대금 지급 의무가 면제된다는 아무런 법적 근거가 없고 계약상에도 이러한 내용이 존재하지 않는다고 일갈하였다.

285] 11. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



다. 평가 및 해설

1) 우산 조항의 의의

외국인 투자를 보호하기 위해 투자협정은 공정-공평 대우, 불법 수용 금지 등 각종 실체적 의무와 절차적 의무를 기재하여 두고 이를 위반하였을 경우 이용할 수 있는 분쟁해결 절차 조항도 마련하여 두고 있다. 그러나 외국인 투자자의 입장에서는 투자협정에 나열된 외국인 투자(자)의 권리가 설사 침해당하지 않는다 하더라도 투자 유치국이 약속한 사항을 이행하지 않음으로써 발생할 수 있는 손실도 우려하지 않을 수 없다. 예를 들어 투자자가 일정 투자를 하는 대신 투자 유치국에서는 일정 조치를 약속하였는데 투자가 이루어진 후 이 약속이 이행되지 않았고, 그 약속 위반이 공정-공평 대우 등 투자협정상의 실체적, 절차적 권리에 해당되지는 않는다면 외국인 투자자로서는 매우 불리한 위치에 놓이게 된다. 이를 방지하기 위한 것이 우산 조항이다. 이 조항은 투자자와 투자 유치국 정부나 기관이 체결한 계약, 투자자의 투자와 관련되어 투자 유치국 정부가 행한 약속이나 의무를 위반할 경우 이는 곧 투자협정의 위반이 된다고 규정하는 것이다. 투자 유치국 입장에서도 세계 모든 나라가 공통적으로 제공하는 투자협정상의 권리, 의무 준수만으로는 외국인 투자를 유치하는데 충분하지 않을 수도 있으며 위와 같은 잠재적인 외국인 투자자의 정당한 우려를 해소할 필요성을 갖게 될 것이다. 이를 위해 도입된 것이 투자협정에 투자와 관련하여 체결된 모든 약속을 준수한다는 문구의 조항을 삽입하는 것이다. 이 조항이 있을 경우 투자 계약의 위반은 투자와 관련하여 체결된 약속을 준수하지 않은 것이 되므로 곧 투자협정의 위반을 구성하게 되어 협정상의 보호를 받게 된다. 당초 협정에 포함되지 않은 약속에 대해서도 투자협정의 보호를 우산처럼 제공한다 하여 이 조항을 통상 우산 조항이라고 칭한다.

투자 분쟁에서 우산 조항 위반 시비는 흔하게 제기된다. 시비의 주된 쟁점은 우선 우산 조항의 적용 대상 범위로서 투자 계약의 위반만을 그 대상으로 하는지 투자 계약 외에 투자 유치국의 법령상의 약속도 포함되는지 여부다. 투자 계약 위반은 모두 우산 조항을 통해 협정 위반이 되는 것인지, 투자 계약의 위반 중 우산 조항이 적용되지 않는 것도 있는지도 투자 분쟁의 쟁점이 되어 왔다. 투자 계약의 주체에 대한 시비도 있다. 계약 체결자의 계약 위반 행위를 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있는지, 투자자가 아닌 투자자의 자회사나 기타 관련자가 체결한 계약도 포함되는지 여부이다. 위반 행위가 국가의 공적인 주권적 행위이어야 우산 조항이 적용되는지 여부도 쟁점이 되고 있다. 계약에는 通常 분쟁해결 조항이 포함되어 있다. 우산 조항 위반 시비가



제기된 경우 해당 투자 계약상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 투자협정의 위반을 구성하였으므로 투자협정상 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지도 우산 조항과 관련되는 쟁점이다.

2) 관련 판례

지금까지의 투자 분쟁 판례는 일부 쟁점에 대해서는 동일한 견해가 누적된 것도 있으나 상반된 판정이 내려진 경우도 많아 위에 열거한 모든 쟁점에 대해 적용할 수 있는 일반적인 원칙은 아직 수립되어 있지 않다. 각 사안의 내용과 맥락, 근거가 되는 투자협정의 내용에 따라 판정이 달라질 수 있다.

우산 조항의 적용 대상이 계약 위반인지 법령 위반도 포함되는지에 대해 *Enron vs. Argentina* 사건(ARB/01/3) 판정부는 우산 조항에 모든 의무(any obligation)라고 기재되어 있으므로 이는 대금 지급과 같은 계약상의 의무뿐 아니라 법령상의 의무도 포함하는 것이며 다만 투자와 관련되는 의무로 제한되는 것이라고 해석하였다. 아르헨티나가 청구인에게 부여했던 가스 공급 대금의 달러화 산정, 주기적인 가격 조정 등은 가스법 및 시행령 등에 규정되어 있는 사항이고 청구인의 투자와 관련된 의무임이 명백하므로 이들 의무의 위반은 우산 조항 위반에 해당한다고 판정하였다.

CMS vs. Argentina 사건(ARB/01/8) 판정부도 위와 유사한 사건에서 같은 논리로 아르헨티나의 법령 위반은 우산 조항 위반에 상당하다고 판정하였으나 판정 취소 특별 위원회는 이 판정을 취소하였다. 특별 위원회는 원 판정부가 투자협정 II(2)(c)조를 아래와 같이 지나치게 확대 해석했다고 보았다.

- 우산 조항은 투자협정과는 별도로 독립된 상호 합의된 의무(consensual obligation)을 말하며 따라서 투자와 관계된 당사자 간의 특정성 있는 의무임.
- 합의된 의무는 불특정인에게 적용되는 것이 아니라 특정인에게 적용되고 의무의 이행은 의무 부담자(obligor)와 의무 요구자(oblige) 간에 발생하는 것임.
- 주주는 투자한 회사의 권리를 위해 독자적으로 중재 청구할 수는 있지만 해당 회사가 합의한 의무를 구속되는 것이 아님.
- 우산 조항을 확대 해석하면 ICSID 협약 25(2)(b)조가 유명무실하게 됨.



특별 위원회는 원 판정부의 우산 조항 위반 판결은 정확한 이유를 설명하지 않은 것이므로 취소해야 한다고 판시하였다(취소 결정문 95-97).

LG & E vs. Argentina 사건(ARB/02/1) 판정부는 가스 공급업에 외국인 투자를 유치하기 위해 아르헨티나 정부가 취한 가격 달러화 산정 및 매 6개월 조정 조치는 해당 법령에 명기되어 있고 외국인 투자자 유치시 홍보해던 사항임에 비추어 미국-아르헨티나 투자협정 II(2)(c)조²⁸⁶가 의미하는 ‘의무’에 해당한다고 보았다. 이 조치를 준수하지 못한 것은 이 조항 위반에 상당하다고 판시하였다(판정문 175).

Micula vs. Romania 사건(ARB/05/20)에서 중재 판정부는 청구인의 우산 조항 시비를 기각하기는 하였으나 우산 조항의 적용 대상이 법령상의 의무도 포함한다는 점은 인정하였다. 스웨덴-루마니아 투자협정 2(4)조²⁸⁷ 우산 조항 상의 의무는 문안 그대로 특정한 투자자와 그의 투자에 관하여 체결된 (enter into) 의무이면 그 성질이나 원천을 불문하고 어떤 의무든지 확장적으로 적용될 수 있다는 것이다 판정부는 루마니아의 일방적인 약속(undertaking)이 우산 조항 상의 의무가 되기 위해서는 루마니아의 국내 법규에 근거한 법적인 의무여야 하고 청구인에게 법으로 부여된 권리(vested right)여야 할 것이라고 보았다. 다만 청구인이 이를 충분히 입증하지 못했다는 이유로 우산 조항 위반 시비를 인정하지 않았다.(판정문 410-419).

청구인의 상표 사용을 제한한 우루과이의 조치가 쟁점이 되었던 *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서 판정부는 상표는 투자 유치국 정부가 특정 의무를 부담하겠다는 약속이 아니라 지재권 보호 법제의 일부일 뿐이므로 스위스-우루과이 투자협정 우산 조항 (11조)상의 약속에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 480-482). 이를 반대 해석하면 만일 지재권 보호법상 특정 의무를 부담한다는 것이었으면 우산 조항 위반을 인정한다는 것이니 판정부는 우산 조항의 적용 대상에 법령상의 의무도 포함된다고 이해한 것으로 판단된다.

투자 계약 위반 중 일정 요건을 갖춘 것만 우산 조항의 적용을 받을 수 있는지에 대한 판례로 대표적인 것은 *Sempra vs. Argentina* 사건(ARB/02/16)이다. 이 사건 판정부는 계약의 상업상의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으며 이러한 구분은 우산 조항의 무한정 또는 부당한 확장을 회피하기 위해 필요하다고 인정하였다.

Tulip vs. Turkey 사건(ARB/11/28) 판정부도 우산 조항이 모든 계약 위반 사항을 자동적으로

286] II(3)(c) Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.

287] 2(4) Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an investor of the other Contracting Party with regard to his or her investment.



협정 위반 사항으로 상승시키는 것은 아니라고 보았다. 투자협정은 순수한 계약상의 분쟁에는 적용되지 않는다고 확인하였다. 그 근거로 네덜란드-터키 투자협정 8(3)조²⁸⁸⁾는 ICSID 중재 대상을 투자 분쟁으로 한정하고 있고 8(1)조²⁸⁹⁾는 투자 분쟁을 투자 인가의 해석이나 투자협정상의 권리 위배 사항으로 정의하고 있는 점을 제시하였다.

SyC vs. Costa Rica 사건(arb/12/4) 판정부 역시 국가가 투자자와 체결한 계약을 위반한 것이 그 자체로 국제법상의 책임을 야기하지 않는다는 것이 일반 국제법 원칙이며 우산 조항을 투자협정에 포함시킴으로써 투자 계약의 위반을 협정 위반화하여 국제법적인 책임을 발생시킬 수 있으나 이 경우에도 모든 계약상 위반 일체가 투자협정 위반으로 시비할 수 있는 것은 아니라고 이해하였다. 판정부는 *El Paso vs. Argentina* 사건 중재 판정을 인용하여 우산 조항이 모든 계약 위반을 협정 위반으로 격상시키는 것은 아니며 투자협정 보호 기준에 훨씬 미치지 못하는 경미한 계약 위반까지 투자 유치국에게 국제적인 책임을 지우는 것은 이상하다고 언급하였다. 계약 위반이 협정 위반이 되기 위해서는 해당 우산 조항의 정확한 문언을 분석하는 것이 필요하고 동 문언의 요건을 충족해야 계약 위반을 협정 위반으로 취급할 수 있을 것이라고 보았다.

우산 조항을 적용하기 위해서는 해당 투자 계약의 체결자가 일정 요건을 갖추어야 한다는 쟁점도 있다. 청구인이 아르헨티나에 설립한 자회사와 아르헨티나 정부 간에 체결된 계약 위반이 문제가 되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서 중재 판정부는 투자협정의 분쟁이란 외국인 투자자와 정부 간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 시비를 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 시비는 성립하지 않는다고 판정하였다 (판정문 531-533).

Bosh, B&P vs. Ukraine 사건(ARB/08/11) 중재 판정부는 우산 조항은 투자협정의 체결 당사자 또는 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 있는 행위자가 체결한 계약을 위반하였을 때 적용되는 것인데 문제가 된 2003년 계약의 체결 주체는 Shevchenko 대학이고 이 대학의 행위 책임이 우크라이나에

288) (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration.

289) 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or

(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.



귀속되지 않는다는 것은 이미 확인된 바이므로 우산 조항을 적용할 수 없다고 판정하였다(243-246).

위반 행위가 국가의 공적인 주권적 행위이어야 우산 조항이 적용되는지 여부도 쟁점이 되고 있다. *Duke Energy & Electroquil vs. Ecuador* 사건(ARB/04/19) 판정부는 국가의 투자 계약 위반이 투자협정의 특정 조항 위반이 되기 위해서는 국가의 계약 위반 행동에 국가가 주권적인 권한을 행사했어야 한다고 보았다. 정부의 계약 위반 자체가 조약 위반을 구성하는 것은 아니며 정부는 통상적인 계약의 당사자로서 국제적인 책임을 야기하지 않고 특정 계약을 위반할 수 있다는 것이다. 이는 국가도 계약의 당사자로서 계약상의 상무적이거나 절차적인 사항은 위반할 수 있으며 이 경우 계약 위반에 해당하는 것이지 행위자가 국가라는 이유로 곧 자의적인 조치, 차별 대우 등 투자협정의 의무 위반을 구성하는 것은 아니라는 것이다.

Tulip vs. Turkey 사건 판정부는 시비 대상이 되는 행위가 협정 위반이 되기 위해서는 공적인 권한 행사를 포함한 주권적인 행위(exercise of sovereign power)이어야 하며 통상적인 계약 당사자로서의 행위는 협정 위반이 될 수 없다고 이해하였다. 판정부는 청구인이 시비하는 계약 상대방 터키 부동산 투자 공사(Emlak)의 행위는 그 성질상 계약적인 것이며 협정상의 시비가 될 수 없다고 보았다. 또한 제출된 증거 상 Emlak이 상업적 이익을 추구하는 통상적인 상업 계약 당사자로서의 행동 범주 이상을 일탈했다고 판단할 근거가 부족하고 협정 위반 사항을 구성한다고 판단할 여지가 없다고 보았다(판정문 348-361).

반면에 *SGS vs. Paraguay* 사건 중재 판정부는 약속 준수(observance of commitment)을 요구하는 스위스-파라과이 투자협정 11조²⁹⁰⁾(우산 조항) 문안 해석상 계약상의 의무 이행 실패는 약속 준수 실패가 되는 것이며 11조 어디에도 정부가 주권 권한을 남용해야만 약속 준수에 실패하는 것이라고 해석하라는 의미가 담겨져 있지 않다고 단언했다. 이 사건에서 스위스 투자자의 투자와 관련된 계약을 파라과이가 위반했으면 투자협정 11조 위반에 해당한다고 정리하였고 파라과이의 주권적 성질의 행위 시행 여부, 정부 권한의 남용 여부는 관련이 없다고 論破하였다(판정문 90-95).

우산 조항 위반 시비가 제기된 경우 해당 투자 계약상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 투자협정의 위반을 구성하였으므로 투자협정상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지도 자주 발생하는 우산 조항 관련 쟁점이다.

290] 11. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



Salini vs. Jordan 사건에서 판정부는 이태라-요르단 투자협정 2(4)조²⁹¹⁾의 문안은 통상의 우산 조항 문안과 달리 청구인과 체결한 모든 의무를 준수한다거나 자신이 부담한 의무를 이행한다고 적시되어 있지 않고 관련 법적 구조를 수립한다는 것으로서 요르단이 계약상의 의무를 준수해야 할 의무는 있으나 그러한 약속이 양자 투자협정에 반복되지 않았으므로 요르단의 의무는 그 성격상 계약에 국한되는 것이며 계약상의 분쟁해결 절차의 구속을 받는 것이라고 판정하였다(판정문 123-127).

SGS vs. Paraguay 사건에서 판정부는 계약상 대금 지급과 분쟁해결은 상호 연관된 의무가 아니라 별도의 독립적인 의무로서 파라과이는 대금을 지급하거나 분쟁을 파라과이 법원에 제소하는 선택권을 가진 것이 아니며 이미 대금 지급 의무 위반은 사실로서 확인되었고 파라과이는 계약상의 특정 법원 제소 의무에 동의한 것과 별개로 이미 그 이전에 투자협정에 따른 중재에 동의하였다고 언급하고 국내 법원을 거치지 않고 ICSID 중재 절차가 가능하다고 판단하였다(판정문 103-107).

Bosh, B&P vs. Ukraine 사건 판정부는 청구인과 우크라이나 대학 간의 계약 분쟁은 계약 규정에 따라 우크라이나 국내 법원이 배타적인 관할권을 갖는다고 밝혔다. 이 사건에서 B&P는 이미 계약의 분쟁해결 조항에 따라 우크라이나 법원에 제소하여 3심 절차를 모두 마쳤고 우크라이나 법원은 2003년 계약을 종료한다는 최종 판결을 내렸으므로 청구인은 B&P의 2003년 계약상의 권리를 우산 조항에 의거 다시 주장할 수 없다고 확인하였다(판정문 256-259).

청구인이 계약 당사자로서 체결한 계약에 대해서만 우산 조항 시비를 제기할 수 있는지에 대해서는 판례가 일관되지 않다. *Azurix vs. Argentina* 사건(ARB/01/12) 판정부는 우산 조항이 적용되기 위해서는 당해 계약 체결 당사자가 분쟁 당사자, 본 사건의 경우 청구인 Azurix와 아르헨티나가 되어야 하나 문제가 된 양허 계약은 청구인이 투자한 현지 회사 ABA와 부에노스 아이레스시 간에 체결된 것이므로 우산 조항이 적용되지 않는다고 판정하였다(판정문384). *Syc vs. Costa Rica* 사건 판정부는 스페인-코스타리카 우산 조항이 투자와 관련하여 맺은 모두 의무를 준수할 것을 포괄적으로 요구하고 있으므로 청구인이 반드시 해당 계약의 체결 당사자여야 하는 것은 아니라고 판단하였다

청구인이 아르헨티나에 설립한 자회사와 아르헨티나 정부 간에 체결된 계약 위반이 문제가

291] Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all understanding assumed with regard to each specific investor.



되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건에서 중재 판정부는 투자협정상의 분쟁이란 외국인 투자자와 정부간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 시비를 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 시비는 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문 531-533).

3) 유사 사건과의 비교

청구인 SGS가 제기한 ICSID투자 분쟁은 이외에도 두 건이 더 있다. 공교롭게 모두 계약 위반의 투자협정 위반 여부, 우산 조항, 계약상의 분쟁해결 절차 및 투자협정 분쟁해결 절차의 우선 여부가 쟁점이 되었다. 하나는 *SGS vs. Pakistan* 사건이고 다른 하나는 *SGS vs. Philippines* 사건이나 두 건 모두 본안 심리에는 이르지 못해서 중재 판정문은 채택되지 않았고 관할권 결정문만 발표되었다.

SGS vs. Pakistan 사건과 *SGS vs. Philippines* 사건 판정은 동일한 사안에 대해 상반된 입장을 보이고 있어 투자 분쟁의 우산 조항을 논하는데 있어 흔히 인용되는 판례들이다. *SGS vs. Pakistan* 사건(ARB/01/13) 판정부는 투자 계약 위반이 곧 투자협정 위반을 구성하는 것은 아니며 투자 계약 위반은 계약상의 분쟁해결 절차를 이용해야 한다는 입장을 취했다. 그 근거로 판정부는 스위스-파키스탄 투자협정 11조의 입법, 행정 계약상의 약속(commitments)을 항상 준수하여야 한다는 것은 새로운 국제법 의무를 발생시키는 것은 아니라고 보았다. 투자에 관한 약속의 주체는 지방 자치 단체 및 공공 단체 등도 포함하고 있으므로 계약 위반이 협정 위반이 되면 이 조항의 규제 대상이 지나치게 넓어진다고 설명하였다. 또한 유용성 원리(*effet utile*²⁹²⁾)에 따라서도 계약 위반이 협정 위반을 구성하면 투자협정상의 실제 의무 규정이 무의미하게 된다고 이해했다. 판정부는 계약 위반이 협정 위반을 구성하지 않으면 11조가 무의미하게 된다는 반론에 대해서 우산 조항은 약속 이행에 필요한 입법 등의 조치를 할 의사 표명이라고 이해할 수 있다고 반박하였다. 따라서 계약의 분쟁해결 조항을 투자 유치국이 거부하는 경우 등 예외적인 경우에 한하여 계약 위반이 협정 위반을 구성한다고 볼 수 있으므로 11조가 무의미하게 되는 것은 아니라고 하였다²⁹³.

292] 조약 규정은 실제 의미와 효과를 갖도록 해석하여야 한다는 조약 해석의 기본 원리 중의 하나

293] 김여선, *양자간 투자협정의 우산조항에 관한 연구*, 국제거래법연구 제 18집 제 1호 pp 170-171



이와 달리 *SGS vs. Philippines* 사건(ARB/02/6) 판정부는 스위스-필리핀 투자협정 10(2)조의 어떠한 의무(any obligation)는 국내법상의 의무, 즉 계약상의 의무도 포함한다고 언명하였다. ‘투자자와 관련된 특수한 의무’에서 수용국이 부담하는 의무는 통상적으로 국내법적 의무라고 본 것이다. 아울러 판정부는 투자협정의 목적은 투자에 유리한 환경을 창출하는 것이므로 규정이 불명확한 경우 투자 보호에 유리하게 해석해야 한다고 실시하였다. 판정부는 또한 우산 조항은 계약의 분쟁해결 조항을 원천적으로 무시(override)효로 하는 것은 아니며 순수한 계약 의무 위반에 대해서는 계약상의 분쟁해결 절차를 이용할 수도 있겠으나 10(2)조에 의해 계약상의 의무가 투자협정의 위반으로 인정되는 사안에 대해서는 투자협정의 분쟁해결 절차가 적용되는 것으로 해석해야 한다고 판단하였다.

이 사건(*SGS vs. Paraguay*) 판정부는 파라과이의 대금 지급 의무 위반이 이미 사실로 확인되었고 파라과이는 계약상의 특정 법원 제소 의무에 동의한 것과 별개로 이미 그 이전에 투자협정에 따른 중재에 동의하였다는 논리로 투자협정 분쟁해결 절차가 적용된다고 확인하였다. 이는 계약 위반은 우산 조항에 의거하여 협정 위반을 구성하고 협정 위반에는 협정상상의 분쟁해결 절차가 적용된다는 것으로서 *SGS vs. Philippines* 사건 판정부의 견해를 추종하는 것으로 보인다.

이 사건 판정이 위 두 사건과 다른 점은 우산 조항 위반이 성립하기 위해서는 계약 위반뿐 아니라 계약국의 주권 권한의 남용이 있어야 하는지 여부가 쟁론된 점이다. 파라과이는 청구인 SGS와의 계약 불이행은 파라과이가 단순한 시장 행위자(market player)로서 한 행위이지 주권 남용을 포함하고 있지 않다고 항변하였다. 중재 판정부는 정부가 주권 권한을 남용해야만 11조에 적시된 약속 준수에 실패하는 것이라고 해석하라는 의미가 담겨져 있지 않다고 단언했다. 이 사건에서 스위스 투자자의 투자와 관련된 계약을 파라과이가 위반했으면 투자협정 11조 위반에 해당한다고 정리하였고 파라과이의 주권적 성질의 행위 시행 여부, 정부 권한의 남용 여부는 관련이 없다고 판단하였다.



113

Unglaube vs. Costa Rica 사건(ARB/08/1, 09/20)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 소유 토지에 대한 수용 보상이 지연되자 중재 판정부가 적정 보상가를 산정한 사건이다.

청구인 Ms. Marion Unglaube와 Mr. Reinhard Unglaube는 독일인으로서 코스타리카의 태평양 해변 Playa Grande에 토지를 소유하고 있었다. 이 해변은 멸종 위기종인 장수거북(leatherback turtle)의 산란지로서 1991년 코스타리카 정부는 환경 보호 및 eco tourism 활성화를 위해 이 일대에 국립 해양 공원(Las Baulas National Marine Park)을 설치할 계획을 발표하였다(1991년 고시). 이에 따라 청구인 소유 토지 상당 부분이 수용될 예정이었다. 청구인을 비롯한 토지 소유자와 코스타리카 환경부(MINAE)는 1992년 공원 개발 및 주변 택지 개발 계획에 대해 개괄적으로 합의하였고(1992년 약정). 코스타리카는 1995년 국립공원법을 채택하고 Las Baulas 해양 공원의 경계를 확정하였는데 불분명한 문구가 있어 청구인이 소유한 제 2 필지 일부가 공원 내에 속하는지 여부가 후에 논란이 되었다.



| Las Baulas 국립 해양 공원 및 Grande Playa 위치, 산란하는 장수 거북 |



나. 주요 쟁점

1) 1992년 약정, 2008년 로드맵

청구인이 소유한 제 1 필지 택지 조성 사업은 1993년 완료되고 2004년까지 전부 매각되었다. 그런데 한 환경 단체가 제 1필지 내 있는 호텔 확장 사업 중지 및 2005년~2008년간의 1 필지 내 건축 허가 중지 소원을 코스타리카 대법원에 제출하였고 대법원은 2008년 12월 공원 내 사유지 수용 절차 개시, 공원 지역 내 사유지 개발을 위한 환경 영향 평가 중지, 공원 주변에 폭 500m 완충 지대 설치 필요성 검토, 동 검토 종료 시까지 신규 건축 허가 및 환경 영향 평가 중지를 명령하였다. 청구인은 이는 1992년 약정 위반이며 투자자와의 약속 준수 의무를 규정한 독일-코스타리카 투자협정 7(2)조²⁹⁴⁾ 위반이라고 주장하였다.

판정부는 코스타리카 대법원에 소원을 제출한 것이 코스타리카 당국이 아니고 민간 환경 단체이며 민주 국가에서 시민의 합법적인 권리 행사로 인한 공사 지연의 책임을 정부에 물을 수는 없다고 보았다. 투자협정이나 1992년 약정 어디에도 민간인(단체)의 공사 중단 권리 행사를 금지하는 규정이 없다고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(181-184). 2008년 로드맵에는 청구인이 신청하면 30일 이내에 환경 영향 평가를 한다는 규정이 있었다. 청구인은 2 필지에 대한 환경 영향 평가를 신청하였으나 코스타리카 환경기술청(SETENA)은 2008년 12월 대법원 판결에 따라 이를 이행할 수 없었다. 제 2 필지의 일부가 공원 내에 속한다고 판단했기 때문이다.

청구인은 2008년 로드맵 위반이라고 주장하였으나 판정부는 2 필지 일부의 공원 내 위치 여부는 양측의 다툼이 있는 상태이고 코스트리아 행정 당국은 대법원의 판결에 복종해야 하는 의무가 있으므로 청구인의 환경 영향 평가 시행 청구가 기한 내 이행되지 않은 것이 2008년 로드맵 위반이라고 볼 수는 없으며 따라서 투자협정 7(2)조 위반 주장도 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문 185-191).

2) 수용

청구인이 소유한 제 2필지 일부(폭 75m의 긴 지대)는 1991년 고시부터 해양 공원 경계 내에 속하는 것으로 정해져 있었으나 수용 절차는 2003년에야 부분 개시되었을 뿐 2008년 문제의

294) 7(2) Each Contracting Party shall comply with any other commitment it has contracted with respect to investments of nationals or companies of the other Contracting Party in its territory.



대법원 판결 시까지 완료되지 않았고 중재 신청일까지 보상도 이루어지지 않았다 청구인은 보상 의무를 이행하지 않은 불법 수용이라고 주장하였고 판정부는 이를 수용하였다. 판정부는 수용의 통상적인 요건 - 공공의 목적, 정당한 절차, 비차별, 신속적장우효한 보상은 모두 충족되어야 하는 축적적인 요건이고 보상 규정은 독일-코스타리카 투자협정 4(2)조에 강조하여 규정되어 있을 뿐 아니라 협정 의정서 5(2)조에는 아예 수용 후 2달 이내라고 명확한 기간까지 적시하고 있다고 환기하였다. 판정부는 청구인 75m 지대가 1991년 고시부터 사용과 처분에 제한을 받기 시작했고 2003년부터 수용 절차가 지지부진하게 진행되어 적정하고 적시적인 보상이 이루어지지 않은 것은 수용과 상응한 조치(tantamount to appropriation)에 해당한다고 판시하였다(202-223).

2008년 12월 대법원 판결 중 새로이 폭 500m의 완충 지대 설립 필요성에 대해 검토하라는 부분에 대해 판정부는 대법원이 아무런 과학적, 기술적 근거를 제시하지 않고 이러한 결론을 내린 점이 놀랍고 당혹스럽다고 지적하였다. 이미 1992년 약정에 환경 보호를 위한 건축 제한 지침이 포함되어 있어 청구인은 물론 부지 내 토지 소유자들이 이를 충분히 인지, 협조해오고 있는 상황임을 지적하고 2009년 10월 전문가의 조언에 따라 대법원이 제시한 가이드라인도 기존 1992년 약정 내 지침과 대동소이했다. 이후 완충 지대 내 청구인을 비롯한 토지 소유자들이 200년 12월 대법원 판결 전과 다름없이 토지 거래, 개발에서 별다른 제약을 받고 있지 않다는 점을 확인하고 판정부는 이 부분에 대해서는 수용을 인정하지 않았다(231-234).

3) 공정·공평 대우

청구인은 공원 경계 획정 지연, 국립공원법 지연 입법 및 오류, 수용 과정상의 관계 기관 조치 간의 상충, 지연, 불일치, 적법성이 결여된 수용절차, 대법원 판결 및 이행 조치 간의 상충성, 불투명성, 지연 등은 집합적으로 공정하고 공평한 대우 부여 의무 위반에 해당한다는 시비를 제기하였다. 동 행위들로 인해 청구인이 기대했던 투명하고 일관되며 예측 가능한 법적, 영업 환경이 제공되지 못했고 토지 개발에 대해 적법한 제한만이 있을 것이라는 청구인의 정당한 기대가 훼손되었다는 것이다.

판정부는 공정·공평 대우 의무 위반을 입증하기 위해서는 시비 대상이 되는 조치나 결정이 단순한 법적인 실수가 아니라 명백하게 일관성이 없고 불투명하며 비이성적이라는 점을 입증해야 한다고 보았다. 아울러 정부 기관이 권한 내의 사안을 규율할 수 있는 권리에 대해 존중해주어야 하나 정부 기관도 외국인 보호를 위한 정당한 주의를 기울여야 하며 자의적이고 차별적인 조치에



대해 책임이 있다고 확인했다(244-248).

판정부는 청구인이 자신의 토지 개발 계획이 1991년 고시나 1992년 약정을 통해 확정되었다는 것을 입증하지 못했고 청구인의 환경 영향 평가 신청 처리 중단이 2008년 로드맵 위반이 아님은 이미 확인했으며 폭 75m 지대는 사실상 수용 당했으나 보상이 이루어지지 않고 있음도 확인했다는 점을 지적하여 두었다. 대법원이 법적, 기술적 근거가 없는 폭 500m 완충 지대 설립을 제시한 것에 대해서는 판정부도 비난하였으나 이 후 청구인 및 소유자들이 자유롭게 완충 지대 내 소유 토지를 사용, 매각할 수 있었다는 점, 그리고 청구인도 知的이고 경험 많은 기업인으로서 이미 공원 설립이 진작부터 예고된 토지 매입, 처분, 개발에 상당한 주의를 기울여 관련 법령과 절차를 숙지했을 것으로 판단되는 점 등을 고려할 때 코스타리카의 조치가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 정도로 부당성이 충분히 입증되지 않는다고 판단하였다(250-258).

4) 투자 향유 방해

75m 지대 내 청구인의 토지는 수용에 상응한 조치를 당했다고 인정되었으나 동일 지대 내에 있는 장수거북 보존을 위한 민간 단체의 건물은 별다른 제지를 받지 않고 계속 운영 중에 있었다. 아울러 공원 부지 내 토지 소유자 중 40%에 대해서는 수용 절차가 개시되지도 않았다. 청구인은 이처럼 자의적이고 차별적인 조치로 인해 자신의 투자를 관리, 사용, 향유할 수 있는 투자협정상의 권리가 침해되었다고 주장하였다. 그리고 이러한 조치가 정당하다면 그 근거를 코스타리카가 입증해야 한다고 주장하였다.

판정부는 우선 거증 책임에 대해 청구인이 동등하지 않은 대우를, 그러한 차별이 합리적인 것으로 보이지 않는 상황에서 받았다는 점을 우선 입증해야 한다고 보았다. 판정부는 차별적인 조치는 차별의 의도와 효과가 있는 조치로서 우선 청구인이 차별의 효과가 있는 조치의 대상이 되었다는 점을 입증한 후에야 추가적인 심리를 진행할 수 있을 것이라고 보았다. 판정부는 장수거북 보호 단체가 75m 지대 내 계속 존속하는 것은 단체의 성격상 이해할 수 있으며 40%는 아직 수용이 되지 않았다는 서술이 아니라 청구인 및 수용 대상이 된 60%의 소유자가 실제로 차별적인 조치를 당했다는 점이 증거로서 입증되지 않았다고 지적하고 청구인의 주장을 수용하지 않았다(260-277).



5) 중재 접수성

코스타리카는 공원 부지 내 청구인 토지의 수용 보상가액에 관한 소송이 이미 진행 중이므로 굳이 중재 판정부가 중재를 진행하여 보상가액을 산정할 실익이 없다는 논거로 이 사건 중재 신청을 접수할 이유가 없다고 주장하였다. 그러나 판정부는 수용 고지 후 수년, 수용 절차 개시 후 수년은 물론 보상가액 소송이 제기된 지 이미 수년이 지났음에도 불구하고 아직 확정 판결이 언제 이루어질지 모르는 상황이라고 지적하고 보상가액 산정을 더 이상 미룰 실익이 없다고 지적하였다(295-296).

다. 평가 및 해설

이 사건은 각각 중재 신청된 두 사건이 병합되어 심리된 사건이다. 투자 유치국의 동일한 조치를 시비하는 복수의 투자자가 비슷한 시기에 각각 중재를 신청할 경우 별도의 판정부를 구성하는 것보다는 단일 판정부에서 병합하여 심리하는 것이 심리 진행의 효율을 도모하고 동일 사안에 대해 상이한 판정이 나올 위험을 회피하기 위해 바람직할 것이다. ICSID 협약에는 두 사건을 병합할 수 있는 명시적인 규정이 없다. 이 사건의 청구인은 부부이다. 각각 별도로 중재를 신청하였으나 시비하는 조치가 동일하고 대상이 된 투자가 부부의 공동 소유이므로 굳이 별도로 중재를 진행할 이유가 없었을 것이다. 당사자가 동의하거나 요청이 있으면 ICSID는 단일 판정부를 구성하게 된다. NAFTA 협정은 병합 심리에 관해 자세한 규정을 두고 있다. NAFTA 1126조²⁹⁵⁾는 이전 제출된 중재 청구와 공통적인 사실 관계나 법률 문제를 공유하고 있을 경우 판정부는

295] Article 1126: Consolidation

1. A Tribunal established under this Article shall be established under the UNCITRAL Arbitration Rules and shall conduct its proceedings in accordance with those Rules, except as modified by this Section.
2. Where a Tribunal established under this Article is satisfied that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, in the interests of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:
 - (a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or
 - (b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others.
3. A disputing party that seeks an order under paragraph 2 shall request the Secretary-General to establish a Tribunal and shall specify in the request:
 - (a) the name of the disputing Party or disputing investors against which the order is sought;
 - (b) the nature of the order sought; and
 - (c) the grounds on which the order is sought.

4.~13. [생략]



신속한 판정을 위하여 당사자의 의견을 청취한 후 심리 및 판정을 병합 명령을 내릴 수 있다고 규정하고 있으며 분쟁 당사자도 이를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

코스타리카는 청구인의 중재 청구를 수리하여 심리할 필요가 없다는 소위 접수성 또는 수리 가능성(*inadmissibility*) 주장을 제기하였다. 수리 가능성은 관할권 존부와 상통한 점이 있다. 중재나 재판을 제소당한 측에서는 심리 진행을 봉쇄하기 위해 흔히 재판부나 중재 판정부가 청구된 심리를 진행할 수 있는 권한, 즉 관할권이 없다는 주장을 제기한다. 투자 중재에서는 중재 청구인의 투자가 투자협정이나 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않거나 청구인이 투자자에 해당하지 않는다는 주장이 관할권을 부인하는 주장으로서 흔히 제기된다. 수리 가능성 주장은 관할권은 인정되지만 여러 가지 사정으로 재판부나 중재 판정부가 심리를 개시할만한 필요성이 인정되지 않는다는 주장이다. 이 사건에서 코스타리카는 토지 수용 보상가액 산정을 위한 국내 사법 절차가 이미 진행 중이므로 중재 판정부가 굳이 심리를 진행할 필요가 없다는 논리를 전개하였다. 수리 가능성은 비단 투자 중재에서만 제기되는 것은 아니며 ICJ와 같은 국제 사법 기구의 심리에서도 자주 제기된다. *Oil Platforms* 사건에서 ICJ 재판부는 수리 가능성 주장은 보통 재판부가 관할권을 보유하고 있거나 청구인이 주장하는 사실이 정당하다고 인정하더라도 더 이상의 심리를 진행하지 않아야 할 이유가 있다는 형태로 제기된다고 언급하였다²⁹⁶. 관할권 부재 주장과 수리 가능성 주장 간의 차이점을 이해할 수 있는 설명이다.

296] "Objections to admissibility normally take the form of an assertion that, even if the Court has jurisdiction and the facts stated by the applicant State are assumed to be correct, nonetheless there are reasons why the Court should not proceed to an examination of the merits."([*Judgment, ICJ Reports 2003, p. 177, para. 29*])



114

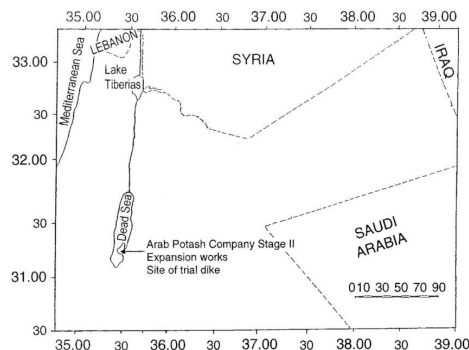
ATA vs. Jordan 사건(ARB/08/2)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 제기한 시비 일부가 투자협정 발효 이전에 발생한 것이므로 시간적 관할권이 없다고 판시된 사건이다.

청구인 ATA Construction사는 터키의 건설사로서 1998년 5월 사해 인근의 제방 건설 공사 계약을 요르단 공기업인 APC(Arab Potash Co.)와 체결하였으나 저수 과정 중에 제방 일부가 붕괴되는 사고가 발생하였다. 양측은 계약에 따라 국제 컨설팅 엔지니어링 연맹(FIDIC)에 중재를 의뢰하였고 2003년 9월 FIDIC 중재 판정부는 청구인의 책임이 아니며 요르단측이 일부를 배상하라고 판정하였다. 해당 계약서에는 요르단 국내 중재도 활용할 수 있다고 규정되어 있었다. 2003년 10월 APC는 FIDIC 중재 판정 무효 소송을 제기하였고 2006년 1월 요르단 항소 법원은 FIDIC 판정을 무효화하였다. 청구인은 요르단 대법원(court of cassation)에 상소하였으나 2007년 1월 패소하였다. 2001년 개정된 요르단 중재법은 중재 판정 취소 시 중재 권리가 소멸된다는 규정을 도입하였다. 이 조항에 따르면 요르단 국내 중재를 활용할 수 있다는 공사 계약서상의 규정은 무의미하게 된다.

청구인은 터키-요르단 투자협정을 근거로 요르단 법원의 FIDIC 중재 판정 취소 행위는 자신의 투자를 수용한 것과 마찬가지로 사법 부인을 통해 공정하고 공평한 대우 의무를 위반하였다는 취지로 2008년 1월 ICSID 중재를 신청하였다.



청구인 ATA의 계약사인 APC의 제방 위치, APC는 사해에서 칼륨 등 금속을 채취하는 기업이다. 사해 인근의 APC 공장



나. 주요 쟁점

1) 관할권

요르단은 이 분쟁은 i) 양자 투자협정 발효일 2006년 1월 이전에 이미 발생한 것이고 ii) 동 협정 투자 정의상 발효 시점에 존재하고 있거나(investment existing), 그 후에 시행되고 획득된(made or acquired thereafter) 투자라야 투자로 인정되는데 청구인의 투자는 이에 해당하지 않다는 논리로 ICSID의 관할권을 부인하였다.

요르단의 관할권 부인 주장에 대해 청구인은 사법 부인은 실체적인 문제가 아니라 절차상의 문제에서 발생하는 분쟁으로서 요르단 법원의 청구인 패소 판결에 대해 사법 부인으로 제기하는 것이므로 항소심 판결일인 2006년 1월, 대법원 판결일인 2007년 1월이 분쟁 발생일이며 이 분쟁은 제방 붕괴와는 별개의 분쟁으로서 요르단 법원의 행위를 문제 삼는 투자협정상의 분쟁이고 투자협정 발효일 이후 발생하였으므로 ICSID 관할권이 성립한다고 반박하였다.

투자에 해당하지 않는다는 요르단의 주장에 대해 청구인은 양자 투자협정이 투자를 모든 종류의 자산이라고 광범위하게 정의하고 있고 예시적으로 나열한 항목에도 재투자된 수익, 자금 청구권, 재무적 가치가 있는 법적인 의무 이행에 대한 권리를 포함하고 있다고 환기하고 자신은 요르단 법원이 부당하게 부인한 법적, 계약상의 권리를 보유하고 있으며 이 권리는 투자의 정의에 부합하는 제방 건설 계약에 기반하고 있고 자금 청구권과 법적인 의무 이행에 대한 권리로 구성되는 FIDIC 중재 판정을 포함하고 있으므로 투자에 해당한다고 반박하였다.

중재 판정부는 FIDIC 중재 판정 자체를 취소한 행위에 대해서 자신은 관할권이 없다고 보았다. 투자협정 IX(1)조는 발효일 현재 존재하는 투자에 대해서는 소급효가 있다고 규정하고 있으나 발효일 이전에 발생한 분쟁에 대해서는 소급효를 인정하고 있지 않고 문제가 된 분쟁이 2000년 9월에 발생하였다는데 대해서는 양측이 다툼이 없으므로 관할권이 없다는 것이다. 사법 부인이라는 별도의 투자협정 위반 청구라는 청구인 주장에 대해서도 사법 부인이 제기된 분쟁 자체가 투자협정 발효 전에 발생되었으므로 ICSID는 관할권이 없다고 판정하였다(94-108). FIDIC의 중재 판정 자체가 투자에 해당한다는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 *Saipem vs. Bangladesh* 사건 판정부가 해당 사건에서 계약, 공사, 자금 보증, ICC 중재 등 모든 행위 전체를 하나의 투자로 간주한 예가 있음을 언급²⁹⁷⁾하고 이 사건의 FIDIC 중재 판정이 투자로서의 전체 행위 중의

297) The rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the Contract. The ICC Award crystalized the parties' rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award



하나에 해당한다는 점은 인정하였다. 그러나 FIDIC 중재 판정에 대한 양측 당사자 간의 분쟁이 이미 투자협정 발효일 전에 개시되었고 여기에는 ICISD의 시간적 관할권이 적용되지 아니하므로 중재 판정의 취소에 관계되는 사항에 대해서는 관할권이 없다고 고사하였다(판정문 113-115).

2) 중재 권리 소멸

2001년 요르단 중재법은 중재 판정이 취소되면 당사자 간의 중재 합의를 소멸시킨다는 규정^{298]}을 도입하였다. 판정부는 중재 할 수 있는 권리는 재무적 가치가 있는 법적 이행에 관한 청구권이므로 투자협정 1(2)(a)조^{299]}상에 예시된 ‘투자’에 해당한다고 보았다. 그러데 2007년 1월 요르단 대법원이 FIDIC 중재 판정을 취소함으로써 결과적으로 계약서 67조상의 요르단 국내 중재 활용 권리도 소멸시켜 버렸는데 이는 투자협정 발효 이후에 발생된, 그리고 기존의 투자(시간적 관할권이 부인된)와 구별되는 별개의 건이므로 ICISD의 시간적 관할권에 해당한다고 판정하였다(116-120).

판정부는 요르단 중재 제도 이용 권리는 공사 계약서 67조에 명시된 권리이고 투자협정상 ‘자산’에 해당하는 투자라고 확인했다. 판정부는 투자협정상 요르단은 이 투자를 보호해야 할 의무가 있으며 중재 권리를 소멸시킨 것은 청구인과 같은 투자자에게서 귀중한 자산을 박탈한 행위로서 투자협정의 보호 의무 위반에 해당한다고 지적하였다. 판정부는 또한 외국 중재 판정의 승인 및 집행에 관한 협약 2조^{300]}에 따라 터키는 당사자 간의 중재 합의를 승인할 의무가 있는데

itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystalized by the Award constitute an investment within Article 1(1)(c) of the BIT.

[*Saipem vs. Bangladesh*, ICISD ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, para. 127.]

298] Article 51

If the competent court approves the arbitral award, it must decide its execution and such decision is final. If, otherwise, the court decides the nullity of the award, its decision is subject to challenge before the Court of Cassation within thirty days following the date of notifying that decision. The final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement.

299] 1(2)(a) The term ‘investment’, in conformity with the hosting Party’s laws and regulations, shall include every kind of asset in particular, but not exclusively:

(i) ... (ii) returns reinvested, claims to money or any other rights to legitimate performance having financial value related to an investment, (iii) ... ~ (v) ...

300] Article II

Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. The term ‘agreement in writing’ shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.



이 같은 국제법상의 의무 위반에도 해당된다고 지적하였다. 판정부는 요르단 중재법 51조는 굳이 적용하자면 2001년 이후의 중재 합의에 적용되었어야 하고 요르단 법원은 FICID 취소 판결 시 2001년 중재법 51조는 이 사건에 소급 적용되지 않는다고 보호해 주었어야 한다고 정리하였다(123-128).

중재 판정부는 이상의 판단을 토대로 FIDIC 중재 판정 자체의 취소 판결은 ICISD 관할권 대상이 아니나 중재 권리마저 소멸시킨 판결은 관할권에 속하고 소멸 행위는 요르단의 투자협정 및 국제법 위반에 해당하므로 청구인은 제방 붕괴에 관한 분쟁을 계약의 분쟁 조항에 의거하여 요르단 중재에 회부할 수 있다고 판시하였다(131).

다. 평가 및 해설

1) 협정 발효 이전의 분쟁 및 투자

이 사건처럼 투자협정 중에는 투자협정의 보호 대상이 되는 투자를 협정 발효 시점에 존재하였거나 발효 이후 시행된 투자로 국한하는 경우가 있다(한중 FTA 12.1조³⁰¹⁾). 그러나 투자협정 발효 이전에 종료된 투자일지라도 일정 범위 안에서는 투자협정의 보호를 제공해야 한다고 본 판례도 있다. *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 투자의 존속 기간보다 투자에 대한 보호의 존속 기간이 더 길 수 있으며 협정 발효 시점에서 투자는 이미 종료되었더라도 그 투자에 대한 보호는 협정의 적용을 받아야 하는 점을 제기하였다. 판정부가 예로 든 것은 수용과 공정·공평 대우이다. 투자가 협정 발효 이전에 수용되었더라도 수용과 동시에 보상이 이루어지는 것은 아니므로 보상에 대한 시비 기간 중 투자협정이 발효하였다면 협정의 보호 대상이 되어야 한다는 것이다.

투자는 이미 종료하였으나 그에 대한 보호가 시간 지체를 두고 발생할 수도 있는 점을 감안하면 *Mondev* 사건 판정은 이 사건 터키-요르단 투자협정처럼 보호 대상 투자를 협정 발효 시점 및 이후 투자로 제한한 투자협정의 보호 범위를 확대하는데 논거로 사용될 수 있는 유용한 판례이다. 투자협정 중에는 이러한 점을 감안하여 보호 대상 투자는 협정 발효 이전의 투자도 포함하되 협정 발효 이전에 이미 발생한 분쟁에는 적용하지 않는다고 명기한 것도 있다 (중국-벨기에 2009년 투자협정 10(2)조³⁰²⁾).

301] 1. covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter;



2) 투자로서의 국제 중재 판정

이 사건에서와 같이 ICSID 중재 심리 이전의 국제 중재 판정이 투자에 해당하는지, 판정 결과를 ICSID 중재 판정부가 다시 심리할 수 있는지, 청구인의 중재할 수 있는 권리는 투자로 인정될 수 있는지 등 국제 중재와 관련된 사항이 심리된 사건이 있다. *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7)은 국제 중재 판정 자체가 투자에 해당할 수 있는지에 대해 의미있는 판결이다. 이 사건 청구인은 ICC 중재 판정 자체를 자신의 투자이고 불법적으로 수용당했다고 주장하지는 않았다. 청구인은 ICC에 중재할 수 있는 권리, ICC 판정으로 확인된 계약상의 대금 수령 권리, ICC 판정을 인정, 이행 받을 권리가 방글라데시와 Petrobangla에 의해 침해되었고 보상도 받지 못했으므로 이는 불법 수용에 해당한다는 논리를 제시하였다. 판정부도 ICC 중재 판정 자체가 청구인의 투자에 해당하는지에 대해서는 심리하지는 않았다. 판정부는 방글라데시 법원이 ICC 판정을 존재하지 않는 것으로 부당하게 무시해버림으로써 청구인으로부터 ICC 판정의 혜택을 박탈하였고 결과적으로 청구인의 계약상의 권리를 탈취하였다고 판단하였다.

반면에 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서는 ICC의 중재 판정 자체가 청구인의 투자라는 주장이 제기되었으나 수용되지 않았다. 이 사건 청구인은 우크라이나로 하여금 자신에게 300만불을 지급하라고 한 ICC 중재 판정은 일종의 자금 청구권에 해당하므로 투자라고 주장하였으나 중재 판정부는 중재 판정은 권리, 의무 관계를 서술하는 법적 문서이며 그 자체로는 자산 등이 우크라이나에 투입된 것도, 경제 활동을 포함하는 것도 아니므로 투자협정 1(1)조와 ICSID 25(1)조상의 투자 요건을 충족하지 못한다고 판단하였다(판정문 158-162).

302] 2. The present Agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, whether made before or after the entry into force of this Agreement, but shall not apply to, any dispute or any claim concerning an investment which was already under judicial or arbitral process before its entry into force. Such disputes and claims shall continue to be settled according to the provisions of the Agreement of 1984 mentioned in paragraph 1 of this Article.



115

Brandes Investment vs. Venezuela 사건(ARB/08/3)

가. 사건 개요

이 사건은 베네주엘라 투자법 22조를 베네주엘라가 외국인 투자자와의 분쟁을 ICSID 중재에 회부하기로 동의한 것으로 해석할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Brandes Investment Partners LP는 미국의 투자 자문 및 자산 운영 회사로서 2000년초 베네주엘라 석유 산업에 투자하였으나 계약 이행과 관련하여 베네주엘라 측과 다툼이 발생하였다. 청구인은 베네주엘라 투자법 22조를 원용하여 2008년 2월 ICSID에 중재를 신청하였으나 베네주엘라는 이 조항은 이 사건과 같은 종류의 분쟁을 ICSID에 회부하는 데에 동의한 것으로 해석할 수 없으며 ICSID 협약 25(1)조상 ICSID 관할권은 당사국의 ICSID 중재에 대한 문서상의 동의가 있어야 하는 바 베네주엘라는 해당 동의를 시행한 바 없으므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

ICSID 협약 25(1)조는 계약국이 투자자-국가 분쟁을 ICSID 중재에 회부할 것을 문서로 동의할 것을 요구하고 있으며 통상 국가의 이러한 동의 행위는 투자협정 또는 국내 관련법, 특정 계약상에 적시하는 방식으로 이루어진다. 협정 또는 관련법에 적시되어 있을 경우 특정 분쟁이 발생했을 경우 계약국의 추가적인 동의 의사 통보는 필요하지 않으며 투자자가 중재를 신청하면 양 분쟁 당사자의 동의가 충족된 것으로 보고 관련 절차가 진행된다. 청구인이 베네주엘라의 동의에 해당한다고 주장하는 투자법의 22조는 아래와 같다.

Disputes arising between an international investor, whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement for the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provisions of the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration, according to the terms of the



respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of using, if appropriate, the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect, when applicable.

베네주엘라는 이 조항은 문안대로 ICSID 중재 동의를 있는 해당 협정에 의거하여 해당 분쟁을 중재에 제출한다고 서술했을 뿐이며 그 자체가 ICSID 중재 동기에 해당하는 것은 아니라고 주장하였다.

중재 판정부는 양 당사자가 투자법 22조에 대한 문언상의 해석, 문법적인 해석에 대해서 충분히 의견을 개진하였고 각각의 주장이 상당한 타당성이 인정될 정도로 22조의 문안이 불명확하다고 지적하였다. 따라서 문리적인 해석으로 ICSID 중재 동의 여부를 판단하는 것은 어렵다고 보고 대신 22조의 맥락과 투자법이 제정된 당시의 상황, 제정 목적에 비추어 이 조항을 해석해야 한다고 보았다(판정문 79-86).

맥락의 경우 판정부는 투자법의 전체 구조가 일반적인 투자협정과 유사하다는 점에 주목하였다. 투자 증진의 목적을 천명하는 서문을 필두로 공정-공평 대우 등 투자자 보호, 내국민 대우, 비차별, 최혜국대우, 수용 조항 등으로 구성되어 있으며 그 내용이 해석의 논란이 없도록 매우 직접적인 용어로 정확하게 규정되어 있다고 지적하였다. 판정부는 베네주엘라가 ICSID 중재 동의 의사를 천명하려 했으면 여타 조항처럼 직접적이고 정확하게 기재하였을 것이며 22조의 애매모호한 기술은 여타 조항과 대비가 된다고 적시하였다. 또한 이 법 제정 시 체결되어 있던 베네주엘라와 여타 국가 간의 투자협정에 ICSID 중재 동의 조항이 역시 매우 분명하고 확실한 용어와 표현으로 동의 의사를 기재하고 있는 것과도 좋은 대비가 된다고 보았다.

청구인은 베네주엘라 헌법 258조에 중재, 조정, 기타 대체적인 분쟁해결 수단의 활용을 증진해야 한다고 규정되어 있는 점, 베네주엘라의 투자 위원회 발간 자료에 광범위한 ICSID 중재 활용 가능성을 언급한 점을 들어 투자법 22조가 ICSID 중재 동의로 해석될 수 있다고 주장하였으나 판정부는 헌법 258조는 그 문언 상 ICSID 중재 동의를 추론할 수 없음은 명백하고 베네주엘라 국내법 어디에도 중재 동의로 해석할 수 있는 분명한 기술이 없다고 확인하였다. 판정부는 투자 위원회가 정부 기관이 아닌 것은 별론으로 하더라도 투자 위원회 발간물 어디에도 투자법 22조가 ICSID 중재 동의를 의미한다는 기술이 없다고 정리하였다(87-101).

판정부는 당시 상황으로 볼 때 베네주엘라가 외국인 투자 유치를 적극 추진한 것은 인정되나



이를 근거로 베네주엘라가 기꺼이 ICSID 중재 동의를 일방적으로 천명했다고 보는 것은 논리적이지 않으며 중재란 당사자의 동의를 전제로 하는 것이므로 그 동의 의사는 의심의 여지를 남기지 않을 정도로 명백, 분명, 확실(manifest, clear, unequivocal)하게 표시되어야 한다고 판단하였다. 판정부는 투자법 22조는 이상의 검토에 비추어 베네주엘라의 ICSID 중재 동의로 해석할 수 없고 따라서 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다(102-118).

다. 평가 및 해설

ICSID 체약국이란 사실만으로 ICSID 중재 동의를 성립하는 것은 아니다. ICSID 협약 25(1)조의 규정에 추가하여 ICSID 협약은 서문에서 분쟁을 ICSID에 회부한다는 당사자 상호 동의(mutual consent)는 판정 결과를 준수한다는 구속력 있는 합의를 구성하며 이 협약에 가입 서명하였다는 사실만으로 별도의 동의 없이 특정 분쟁을 중재에 회부할 의무를 부담하지 않는다고 천명하고 있다³⁰³⁾. ICSID 가입국이라는 사실 외에 분쟁 당사자 간의 명시적인 상호 동의가 있어야 ICSID 중재 관할권이 성립하는 것이다.

명시적 상호 동의를 확인하는 방법 중 하나는 특정 건에 대해 투자자와 투자 유치국이 ICSID 중재에 회부하기로 개별적으로 합의하는 것이다. 대개 투자자와 투자 유치국 간 특정 계약을 체결할 경우 계약상의 분쟁 발생 시 ICSID 중재에 회부하기로 규정하여 두는 방법이 많이 사용된다. 그러나 이는 계약상의 의무 위반에 관한 분쟁이다. 국가와 투자자가 대등한 계약 당사자로서 상대방의 계약 의무 위반을 다투는 것으로서 이 책에 소개된 판례에서 주로 다루어진 투자 유치국의 투자협정상의 의무 위반을 심리하는 것이 아니다. 계약 당사자 간 분쟁이므로 국가도 계약 당사자로서 ICSID 중재를 청구할 수 있다. 분쟁 발생 시 ICSID 중재를 청구한다는 문장을 기재하는 대신 그러한 내용이 포함된 별도의 문서를 해당 계약에 언급함으로써 ICSID 중재 동의에 갈음하는 수도 있다(reference by integration). 이 경우 중요한 것은 ICSID 중재 동의라는 의사를 계약 당사자가 진정으로 의도했고 충분히 인지했느냐의 여부이다. *CSOB vs Slovakia* 사건(ARB/97/4)에서는 당사자들이 해당 문서의 첨부 이유와 효과에 대해 충분히 인지하고 그러한 의도를 가졌다는 점이

303] Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with; and Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,



인정이 되었으나 *Lighthouse vs. East Timor* 사건(ARB/15/2)에서는 해당 문서의 첨부가 ICSID 중재 동의를 의미한다는 것을 인지하지 못했다고 판시되어 관할권이 부인되었다.

보다 보편적인 방법은 투자협정에 분쟁 발생 시 ICSID 중재에 회부한다고 미리 규정하여 두는 방법이다. 투자자는 투자 유치국의 조치에 대해 시비할 경우 ICSID 중재에 동의한다는 투자 유치국의 의사는 이미 투자협정에 명시되어 있으므로 따로 추가적의 동의를 구할 필요 없이 ICSID에 중재를 신청할 수 있다. 다만 이 경우 중재 심리의 대상이 되는 것은 투자 유치국의 작위, 부작위의 조치가 투자협정상의 의무에 위반하는지 여부이다. 투자협정 중에는 투자협정의 보호 범위를 통상적인 투자협정의 범위를 넘어 투자자와 체결한(enter into) 모든 약속까지 포함시키기 위해 소위 우산 조항을 두는 경우도 있다. 우산 조항이 있으면 투자 계약 위반 사항이 투자협정의 위반 사항이 되어 ICSID 중재 대상이 될 수 있다.

투자협정처럼 체결국이 합의하여 ICSID 중재 동의를 미리 천명하는 두는 경우와 달리 ICSID 중재 동의 의사를 국가가 일방적으로 밝혀 둘 수도 있다. 보통은 외국인 투자법 등 외국인 투자 유치 및 보호 등에 관한 국내법에 외국인 투자자와의 분쟁은 ICSID 중재에 회부한다 규정하여 둔다. 이 사건이 그러한 경우이다. 이 사건 외에 국내법상의 규정을 근거로 ICSID 중재 관할권을 주장한 사건은 *Commerce Group vs. El Salvador* 사건(ARB/09/17)이 있다. 이 사건과 동일하게 베네주엘라 투자법 22조의 해석이 쟁점이 된 판박이 사건이 있다. *OPIC vs Venezuela* 사건(ARB/10/14)이다.



116

Murphy International vs. Ecuador 사건(ARB/08/4)

가. 사건 개요

이 사건은 ICSID 중재 개시 전에 특정 기간 동안 우호적 해결을 모색하라는 투자협정상의 소위 냉각 기간을 준수하지 않을 경우 ICSID 관할권이 부인된다고 판시한 사건이다.

청구인 Murphy Exploration and Production International은 미국 유전 개발 회사이다. 1986년 일련의 회사로 구성된 콘소시움이 에콰도르 정부와 아마존 정글 유전 지대 16광구의 탐사 및 개발 계약을 체결하였다. 청구인의 자회사 Murphy Ecuador 및 Canam사가 이 콘소시움에 참가하였다. 2001년 스페인 Repsol사가 콘소시움 지분 35%를 취득하여 주관사가 되었다. 2006년 4월 에콰도르 정부는 석유법을 개정하여(법령 42호) 석유의 시장 가격이 개발 계약의 기준 가격을 초과하는 부분의 50%를 개발 사업자로부터 징구하도록 하였다. 2006년 7월 에콰도르는 16광구 콘소시움에게 법 42호상의 초과분을 납부하도록 통지하였다. 콘소시움 주관사 Repsol은 2007년 11월 에콰도르 정부에게 스페인-에콰도르 투자협정에 의거 분쟁 사실을 통보하고 6개월간의 우호적 해결을 개시하자는 서한을 발송하였다. Murphy International은 2008년 2월 29일 같은 요지의 서한을 에콰도르에 송부하였고 사흘 후 2008년 3월 3일 미국-에콰도르 투자협정에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다.

에콰도르는 이 사건과 같은 석유 개발과 관련된 투자 분쟁에 대해서는 ICSID 회부에 대해 동의하지 않는다는 의사를 ICSID 협약 25(4)조에 의거하여 2007년 12월 ICSID에 통보하였으므로 ICSID는 관할권이 없다고 주장하였으며 또한 청구인 Murphy International은 미국-에콰도르 투자협정상 국제 중재 요청 전 6개월간의 우호적 해결 의무를 마치지 않았으므로 역시 ICSID 관할권이 없다고 주장하였다.



나. 주요 쟁점

1) ICSID 협약 25(4)조 통보

ICSID 협약 25(4)조³⁰⁴⁾는 계약국으로 하여금 ICISD 관할에 제출하거나 하지 않을 분쟁의 종류를 ICSID에 통보할 수 있도록 규정하고 있다. 이 통보는 계약국들의 동의를 받아야 하는 것은 아니다. 사무총장은 통보 접수 시 계약국에 통지하여야 하여야 한다.

에콰도르는 이 조항에 따라 2007년 12월에 석유와 같은 자연 자원 개발과 관련된 분쟁은 ICSID 관할에서 제외하며 이러한 분쟁을 ICSID 관할에 두겠다는 에콰도르의 이전 의사가 표시되었으나 상대국의 명시적인 동의가 통보일 현재까지 표시되지 않아 완성되지 않은 문건(instrument)은 에콰도르가 이를 철회한다고 통보하였다³⁰⁵⁾.

에콰도르는 청구인이 ICSID 분쟁에 동의한 일자는 분쟁 사실을 에콰도르 정부에 서한으로 통보한 2008년 2월 29일이나 이미 2007년 12월에 에콰도르는 석유 개발 관련 분쟁은 ICSID 관할에서 제외한다고 통보하였으므로 미국-에콰도르 투자협정은 석유 분쟁 포함 의사가 표현되었으나 이를 제외한다는 에콰도르의 통보에 대하여 상대국의 명시적인 동의가 통보일 현재까지 표시되지 않은 문건이라고 설명하고 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 하였다. 청구인은 협약 25(4)조 통보는 이미 투자협정을 통해 부여된 ICSID 관할권 동의를 철회할 수 없다고 반박했다.

중재 판정부는 협약 25(4)조의 의미는 향후에 ICSID 관할에 두거나 두지 않을 분쟁의 종류를 회원국에게 통보하는 것이지 이 통보를 통해 타 조약상의 합의를 일방적으로 개정할 수는 없다고 보았다. 투자협정에 의한 ICSID 관할권 동의는 동 협정 당사국들이 명시적으로 합의한 방식 외의 것으로 철회되거나 취소될 수 없다고 지적하였다. 판정부는 조약에 관한 비엔나 협약 상 국제 협약은 협약의 철회, 종료, 개정은 당사국간 합의나 협약상의 규정에 따른다고 규정하고 있다고 환기하고 미국과의 합의가 없으므로 에콰도르가 미국과의 투자협정상 의무(즉 ICSID

304] 25(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).'

305] 'The Republic of Ecuador will not consent to submit to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) disputes that arise in matters concerning the treatment of an investment in economic activities related to the exploitation of natural resources, such as oil, gas, minerals or others. Any instrument containing the Republic of Ecuador's previously expressed will to submit that class of disputes to the jurisdiction of the Centre, which has not been perfected by the express and explicit consent of the other party given prior to the date of submission of the present notification, is hereby withdrawn by the Republic of Ecuador with immediate effect as of this date.'



관할권 동의)를 철회, 종료, 개정을 통해 일방적으로 소멸시킬 수 없다고 확신한다고 밝히고 에콰도르의 주장을 기각하였다(판정문 72-89).

2) 분쟁 발생일 후 6개월 경과

미국-에콰도르 투자협정 6(3)조³⁰⁶⁾는 분쟁이 발생한 날로부터 6개월이 경과한 후 ICSID 중재에 회부할 수 있다고 규정하고 있다. 에콰도르는 분쟁 발생일은 청구인이 서한으로 통보한 2008년 2월 29일이고 ICSID 중재 신청일은 2008년 3월 3일이므로 6개월 도과 의무를 준수하지 않았다고 주장하였으며 청구인은 분쟁 발생일은 법 42호가 통과된 2006년 4월이라고 반박하였다. 투자 분쟁의 정의와 유형을 규정하고 있는 미국-에콰도르 투자협정 6(1)조는 투자협정의 위반을 투자 분쟁의 전제로 하고 있다. 이에 따라 중재 판정부는 협정 위반 주장이 있어야 분쟁이 성립하며 협정 위반이 주장된 날이 6개월 냉각 기간의 기산점이고 냉각 기간이 개시되기 위해서는 협정 위반 주장이 상대방에게 전달되어야 한다고 설명했다. 판정부는 2008년 2월 29일 이전에 에콰도르가 청구인이 주장하는 분쟁의 존재를 인지하였다는 증거가 없다고 판단했다. 따라서 6개월 냉각 기간을 준수하지 못했다고 판시하였다.

청구인은 ICSID 회부 전 6개월 냉각 기간 동안에 실시해야 하는 6(2)조³⁰⁷⁾상의 우호적 해결을 위한 협의와 협상이 콘소시움 주관사인 Repsol사에 의해 콘소시움을 대표하여 시행되었으며 청구인의 자회사 Murphy Ecuador가 콘소시움 참가사라고 반박했다. Repsol사는 2007년 11월 에콰도르 정부에게 스페인-에콰도르 투자협정에 의거, 분쟁 사실을 통보하고 6개월간의 우호적 해결을 개시하자는 서한을 발송한 바 있다.

중재 판정부는 Repsol사와 에콰도르 간 협의는 스페인-에콰도르 투자협정상의 협의로서 미국-에콰도르 투자협정이 요구하는 협의와 대체될 수 없고 청구인이 에콰도르에 대해 주장하는

306] 'Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2(a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration.'

(i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('Centre') established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ('ICSID convention'), provided that the Party is a party to such Convention-...

307] 2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute, under one of the following alternatives, for resolution: ...

(a)

(b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedures.



청구는 Repsold의 청구가 기반을 두고 있는 협정과는 다른 협정에 기반하고 있다고 지적하였다. Repsol이 콘소시움 주관사로서 참가사를 대표할 수는 있으나 참가사의 주주까지 대표한다고 볼 수는 없고 비록 자.모회사 관계이기는 하나 Murphy Ecuador와 청구인 Murphy International은 별개의 법인격을 가진 다른 회사라고 지적하였다(110-119).

중재 판정부는 Repsol의 협의는 청구인과 에콰도르간의 분쟁 발생 이전에 이미 개시되었고 근거 협정이 상이하므로 별개의 청구이며 청구인은 6개월의 냉각 기간과 동 기간 동안의 협의와 협상 의무가 있다고 정리하였다(131-132).

3) 우호적 해결을 위한 협의의 실익과 성격

청구인은 에콰도르와의 입장 차이가 현격하여 6개월간의 협의와 협상이 사실상 無益하고 이 요건은 절차적인 것이므로 이 요건을 충족하지 않았다고 하여 실질적인 권리인 ICSID 중재 신청 권한이 제한될 수 없다고 주장하였다.

중재 판정부는 협의 의무는 어떤 수단을 활용하라는 의무이지 결과를 도출하라는 의무가 아니라고 언급하고 합의에 도달할 의무는 없으나 합의를 시도할 의무는 있으며 협의 성공 여부를 결정하기 위해서는 우선 시작해야 한다고 언급하였다. 협의 가능성이 희박하다는 청구인의 주장에 대해 에콰도르와 협의로 해결한 회사도 있다고 지적하고 청구인의 주장을 기각하였다.

냉각 기간과 협의의 의무가 절차적인 요건이라는 주장에 대해 중재 판정부는 절차적인 요건이 관할권 요건보다 하위의 부류이므로 준수하지 않아도 법적인 결말을 초래하지 않는다는 인식은 잘못된 것이며 순전히 절차적인 요건의 불충족이 심각한 결과를 초래하는 경우는 일반 법 관행에서 흔히 발생하는 일이라고 설명하였다. 판정부는 또한 냉각 기간과 협의 의무가 절차적인 요소도 아니며 ICSID 중재 신청 전에 반드시 의무적으로 준수해야 하는 중대한 요건이라고 성격을 규정하였다(140-149).

중재 판정부는 이상의 심리를 토대로 청구인은 투자협정 6조의 요건(냉각 기간 및 협의)을 준수하지 않았으며 이는 심각한 의무 위반이고 이로 인해 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다



다. 평가 및 해설

1) 시간적 관할권

ICSID 중재 관할권은 물적, 인적, 시간적 관할권으로 나뉜다. 관할권 존부 판단의 근거가 되는 것은 ICSID 협약과 해당 투자협정이다. 물적 관할권은 쟁송 대상 물건의 투자 해당 여부이다. 투자협정상의 투자 정의와 ICSID 협약 서문에 언급된 경제 발전 기여 등 투자의 본질적 속성 보유 여부를 기준으로 투자 여부를 판단하는 것이 ICSID 중재 판정부의 심리 관행이다. 인적 관할권은 분쟁 상대방의 국민, 투자자 해당 여부이다. ICSID 협약은 25(2)(a),(b)조에 국민의 요건에 대해 상술하고 있다. 각 투자협정도 투자자의 정의에 대해 기술하고 있으므로 협약과 협정의 요건 충족 여부 판단이 곧 인적 관할권 존부를 가르는 중요한 요소이다.

시간적 관할권은 그러나 ICSID 협약에 특별한 언급이 없어 해당 투자협정의 내용에 의거하여 판단하는 것이 통례이다. 주로 투자협정의 분쟁해결 조항을 기준으로 시간적 관할권 존부를 판단한다. 시간적 관할권을 부인하는 대부분의 항변이 해당 투자협정상의 분쟁해결 조항이 규정하고 있는 냉각 기간, 국내 구제 절차 대기 기간, 분쟁 제기 제척 기간 등의 시한 상 요건을 준수하지 않았다는 시비이기 때문이다. 분쟁이 투자협정 발효 전에 발생하였으므로 시간적 관할권이 성립하지 않는다는 항변도 수시로 제기된다. 국가의 국제법상의 책임은 시비되는 행위 당시의 국제법에 의해 성립하므로 투자협정 발효 이전의 사건, 분쟁에 대해서는 투자협정상의 위반 시비가 제기될 수 없다. 투자협정 발효 여부 이전 해당 분쟁의 발생에 관한 사실 판단 및 무엇을 분쟁으로 볼 것인지에 대한 법리적 판단, 협정 발효 이전에 발생한 사건의 발효 이후 계속 여부 등이 쟁점으로 등장한다. 각 항목 별로 ICSID 중재 판정의 심리 결과를 살펴본다.

2) 분쟁해결 조항과 시간적 관할권

투자협정 중에는 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결을 시도하도록 규정하고 있는 것이 많다. 협정에 따라서는 우호적 해결 기간 개시 시점을 투자 유치국 정부에 분쟁 발생을 통지한 날이라고 보다 명확하게 규정하고 있는 것도 있다. 냉각 기간을 설정하는 취지는 상당한 경비와 시간이 소모되는 사법적 구제 절차를 회피하고 당사자 간 원만한 협의를 통해 신속한 해결을 도모하려는 것이지만 대개 분쟁은 당사자 간 협의에도 불구하고 만족할만한 결과가 나오지 않아서 발생하는 것이므로 또 다시 냉각 기간을 부여하는 것은 사법 구제 절차의 지연 효과만 있을 뿐이라는 비난도 있다. 냉각 기간 준수가 ICSID 중재의 전제 조건인지에 대해 상반된



판정이 있다. 그러나 근거가 된 투자협정상의 문안이 상이하여 판정부의 해석이 달라진 것으로서 법리적인 쟁론이 있다는 것은 아니다.

Murphy International vs. Ecuador 사건(ARB/08/4) 판정부는 미국-에콰도르 투자협정 6(3)조³⁰⁸⁾에서 명시된 6개월 냉각 기간 요건과 투자협정의 위반을 투자 분쟁의 전제로 규정하고 있는 6(1)조를 함께 검토하여 냉각 기간 개시일은 협정 위반이 통보된 날이며 청구인이 투자협정 위반 시비를 ICSID 중재 신청 6개월 전에 에콰도르에 통보한 사실이 없으므로 시간적 관할권이 없다고 판단하였다.

냉각 기간이 도과하기 전에 ICSID 중재가 신청된 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)에서 판정부는 터키-파키스탄 투자협정 7³⁰⁹⁾(1), (2)조의 문안 해석상 6개월간의 우호적 해결 시도가 ICSID 등 국제 중재 회부의 필수적인 전제 조건은 아니라고 보았다. 특히 7(2)조는 6개월 내에 해결되지 않으면(are not settled)이 아니라 해결될 수 없다면(cannot be settled)이라고 기재되어 있는 것은 우호적 해결의 전망에 대한 재량적 판단을 시사하고 있다고 보았다. *SyC vs. Costa Rica* 사건(ARB/12/4) 판정부는 청구인이 분쟁 발생 통보 후 6개월간의 냉각 기간을 준수하지 않았다는 이유로 관할권이 없다고 판시하였다.

투자협정 중에는 분쟁을 국내 사법 기관에 우선 제출하여 해결을 모색하되 일정 기간이 지나도록 판결이 나지 않을 경우 국제 중재를 이용할 수 있다고 규정하는 경우가 많다. 이 대기 시간을 준수하지 않을 경우에도 대개는 시간적 관할권이 부인된다. 최혜국대우 조항을 이용하여 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 차용해오려는 시도가 빈번하게 발생하는데 차용해 오려는 분쟁해결 조항은 대개 이 국내 절차 진행 대기 시간이 원 투자협정보다 짧거나 국내 절차 우선 시도 요건이 없는 경우가 많다. 이는 곧 대기 시간 준수 의무를 판정부가 엄격하게 해석하기 때문이다. 또는 판정부가 재량을 발휘할 수 있는 여지가 없을 정도로 대기 시간 준수 의무가

308] 'Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2(a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration.'

(i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('Centre') established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ('ICSID convention'), provided that the Party is a party to such Convention....'

309] 1. Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith.

2. If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification, the dispute can be submitted, as the investor may choose, to ...ICSID, UNCITRAL,...



명확히 기재되어 있기 때문이다. 그러나 판정부가 재량을 발휘하여 대기 시간을 충족하지 않은 사건도 접수한 예도 있다.

18개월 대기 시간 중 3개월을 남기고 중재 신청된 *ISA vs. Argentina* 사건(ARB/05/5)에서 판정부는 청구인이 성급하게 ICSID 중재를 신청한 점은 인정되지만 18개월 요건 불충족을 이유로 기각하는 것은 지나치게 형식에 얽매이는 것이며 설사 기각하더라도 18개월 잔여 기간이 3개월만 지나면 충족되어 곧 다시 ICSID 중재를 신청할 것이므로 굳이 지나친 형식론을 고집할 필요는 없다고 보고 시간적 관할권이 있다고 판정하였다(101-112). *Dede & Elhuseyni vs. Romania* 사건(ARB/10/22) 판정부는 투자협정 규정대로 ICSID에 분쟁을 회부하기 위해서는 국내 구제 절차를 완료하거나 국내 법원 제소 후 1년이 경과되어야 한다고 확인하고 이 요건이 준수되지 않았으므로 시간적 관할권이 없다고 판단하였다. *Wintershall vs. Argentina* 사건(ARB/04/14) 판정부는 국내 사법 절차의 18개월 내 종료 요건이 단순한 절차 규정이 아니라 당사자 간 분쟁을 최대한 투자 유치국내 사법 절차를 이용하여 해결토록 의무화하되 투자 유치국은 18개월 내 해당 심리를 신속하게 종결해야 하는 의무를 부과한 것이라고 보았다(판정문 162).

투자협정에서는 신청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날로부터 3년 내지 5년이 경과한 경우에는 중재 신청을 할 수 없다고 규정하는 경우가 있다. 이와 관련한 중재 판정에서는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*), 즉 손실이나 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 한 날이 언제인지 확정하는 문제가 주된 쟁점으로 등장한다. 이는 사실 관계의 판정이므로 그 자체는 법리적인 해석이나 이론이 작용할 여지는 적다.

제척 기간이 정해져 있지는 않지만 1996년에 시행된 조치를 2005년에 중재 신청한 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에서 판정부는 지나친 지연 청구의 경우 증거의 망실, 증인의 기억 부실 등으로 인해 심리가 곤란할 수 있는 개연성은 인정하였으나 이 사건의 경우 양측이 방대한 자료와 수십 명의 증인을 섭외하여 판정부가 사안을 충분히 이해할 수 있다고 보고 관할권이 있다고 판단하였다.

분쟁 제기 시한이 3년으로 설정된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인이 시비하는 조치가 중재 신청일 기준 3년 이전에 발생하였고 피해, 손실 발생 가능성을 인지한 시점도 3년 이전이라고 확인하고 이들 조치에 대해서는 관할권이 없다고 판정하였다. 제척 기간이 3년으로 설정된 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에서 판정부는 중재 신청 가능



개시일(*dies ad quo*)은 손실 규모가 수치로 확정된 날이 아니라 손실 발생을 최초로 인지한 날이며 중재 신청 마감일(*dies ad quem*)은 중재 신청일이라고 확인하고 제척 기간 3년이 도과하였으므로 시간적 관할권이 없다고 판정하였다.

3) 협정 발효 이전 분쟁 적용

시간적 관할권에서 가장 빈번하게 제기되는 이슈는 투자협정이 발효되기 전에 발생한 분쟁에 대해 투자협정을 적용하려는 청구인의 시도와 이를 일축하는 투자 유치국 간의 다툼이다. 투자협정 중에는 협정의 발효일 이전에 발생한 행위에 대해서는 협정이 적용되지 않는다고 규정된 것이 많다. 협정에 따라서는 발효일 이전에 시행된 투자에는 적용되지만 발효 이전에 발생한 분쟁에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하는 경우도 있다. 별도의 의사가 조약에 나타나 있지 않는 한 조약은 소급 적용되지 않는 것이 국제법 원칙이다. 국가의 국제적 책임은 행위 당시 존재했던 법규에 의거하여 발생하는 것이지 존재하지 않는 법규에 의한 책임을 부담할 이유는 없다. 이 원칙을 부인한 ICSID 판정은 없다. 협정 발효 이전 분쟁, 사건에 대해서는 관할권이 없다는 것이 ICSID 중재 판정의 일관된 입장이다. 관련 사건에서 주로 다투어지는 쟁점은 소급효 적용 여부가 아니라 협정 발효 이전에 발생한 행위의 위법 효과가 계속되는 경우, 협정 발효 이전에 분쟁 또는 사건의 발생 사실 여부, 분쟁 자체는 발효 이후에 발생하였으나 분쟁을 야기한 행위가 발효 이전에 발생하였을 경우 등에 관한 것들이다.

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7) 판정부는 분쟁은 일순간에 발생하는 것이 아니라 쟁점이 될 사안의 발생 조짐, 협의, 이견의 노정과 대립, 시비 조치의 공식적인 확정 등의 과정(sequence of events)을 거쳐 발생하는 것으로서 분쟁의 단초가 되는 사안 발생일이 분쟁 발생일이 되는 것은 아니라고 보았다. 판정부는 분쟁이란 법적인 견해나 이해의 충돌을 의미하는 바 이 사건 경우 분쟁은 투자협정 발효 이후에 발생한 것이므로 ICSID는 시간적 관할이 있다고 판시하였다 (결정문 90-98) *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2)에서는 1975년 *El Clarin* 신문사의 몰수는 투자협정 발효 이전의 문제이므로 시간적 관할권이 없다고 판정되었다. *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 NAFTA 발효일 이전에 발생한 미국의 작위, 부작위는 관할할 수 없다고 인정하였으나 협정 발효 전의 행위라도 그 효과가 협정 발효 이후까지 계속되는 경우에는 NAFTA 의무 위반이 성립할 수 있다고 보았다. 중재 판정부는 계속성을 갖는 행위와 이미 종료되었으나 계속적으로 손실 및 피해를 야기하는 행위는 구별이 필요하다고 전제하고



협정 위반이라고 주장되는 행위가 계속성을 갖는지는 개개 사실 관계에 따라 결정해야 할 것이라고 보았다.

Empresas Lucchetti vs. Peru 사건(ARB/03/4) 청구인은 투자협정 발효 이전에 발생한 분쟁과 발효 이후에 발생한 분쟁의 내용이 동일하므로 발효 이전 분쟁에 대해서도 ICSID관할권이 있다고 주장하였으나 상이한 분쟁이라고 판단한 판정부는 발효 이전 분쟁에 대해서는 관할권을 부인하였다. *MCI Power vs. Ecuador* 사건(ARB/03/6) 판정부는 투자협정 발효 이전의 행위에 대해서는 관할권이 없으나 발효 이후 행위의 배경, 원인, 인과관계를 이해하기 위하여 발효 이전 행위도 고려할 수는 있다고 보았다. 분쟁은 투자협정 발효일 이후에 발생하였으나 분쟁을 야기한 사건들이 협정 발효 이전에 발생한 점이 논란이 된 *Micula vs. Romania* 사건(ARB/05/20)에서 판정부는 관할 존부를 판단하는 기산점은 문제된 사건들이 발생한 시점이 아니라 분쟁이 구체화된 시점이라고 판단하고 이 사건은 판정부의 관할에 속한다고 결론 내렸다. *ATA vs. Jordan* 사건(ARB/08/2)에서 청구인은 협정 발효일 이후 발표된 요르단 법원의 판결에 대해 사법 부인 시비를 제기하는 것이므로 관할권이 있다고 주장하였으나 판정부는 법원의 심리 대상이 발효 이전에 발생한 청구인과 요르단 간의 분쟁이므로 ICSID는 관할권이 없다고 판정하였다(판정문 94-108).



117

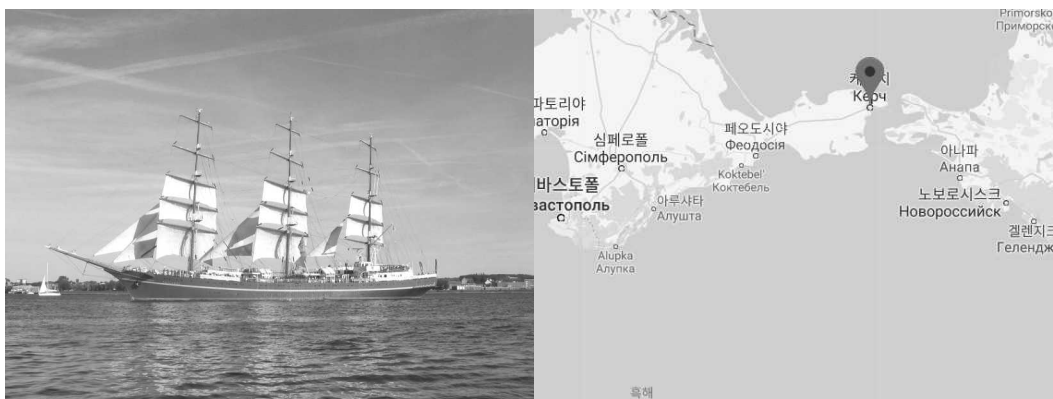
Inmaris vs. ukraine 사건(ARB/08/8)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 계약상 사용 권리가 있는 선박의 출항을 금지한 우크라이나의 조치가 공정·공평 대우 의무 위반 및 수용에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services 및 여타 수 개의 관련 회사는 1991년부터 2006년간 우크라이나 농림부 산하 Kerch항해기술대학(Kerch Maritime Technological Institute, KMTI)와 계약을 체결하여 KMTI 소유의 항해 훈련용 대형 범선 Khersones호를 항해 관광에 사용하는 대신 정비, 시설 개선 등 여타 반대급부를 제공하여 왔다. 계약 의무 이행에 관해 양측 간에 이견이 발생하여 다툼이 진행되던 중 2006년 우크라이나 농림부는 문제 해결 시까지 Khersones호의 출항을 금지시켰다. 이로 인해 청구인은 예약을 받아 두었던 2006년 여름 시즌 항해를 포기해야 했으며 그 이후 이 선박에 대한 통제권을 회복하지 못했다. 사태가 장기화되자 청구인 중 2개 관광 회사는 재정 상태가 악화되어 파산 절차가 개시되었다.

청구인은 우크라이나의 출항 금지 조치는 수용에 해당하고 공정·공평 대우 등 투자자 보호 의무 위반이라고 주장하고 독일-우크라이나 투자협정에 의거하여 2008년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다.



| 이 사건에서 시비된 Khersones호와 KMTI가 위치한 우크라이나 케르치 항구 |



나. 주요 쟁점

1) 공정·공평 대우

우크라이나는 청구인과 계약을 체결한 KMTI는 우크라이나의 국가 기관도 아니고 정부의 지시와 위임을 통해 공적인 권한을 행사하는 기관도 아니므로 KMTI의 행위는 우크라이나 정부에 그 책임이 귀속되지 않는다고 주장하였다. 중재 판정부는 출항 금지령 이전에 발생한 행위는 투자협정의 위반 수준에 도달하지 않으므로 이 행위의 책임이 우크라이나 정부에 귀속되는지 여부는 심리할 실익이 없다고 확인하였다. 판정부는 문제가 된 조치는 출항 금지령이며 이는 다툼의 여지없이 우크라이나 국가 기관인 농림부의 지시이므로 이 조치는 우크라이나 정부에 귀속된다고 판정하였다.

출항 금지 외에 청구인은 여타 조치 및 KMTI의 행위에 대해서도 투자협정의 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 중재 판정부는 기존 계약 재계약 과정상의 교섭 행위의 일환으로서 공정·공평 대우 의무 위반에 미치지 못했다고 기각하였다. 중재 판정부는 계약 당사자가 계약 내용에 의문을 제기하고 거래 조건의 변경을 시도하는 것은 당연한 행동이나 법령의 범위 내에서 적합한 경로를 통해 시도해야 하며 일방적으로 정부의 권한을 이용하여 계약의 이행을 방해하는 것은 부당하다고 언급하고 우크라이나의 출항 금지 행위가 바로 여기에 해당한다고 지적하였다. 우크라이나는 계약 개정 교섭을 더 이상 시도하지 않고 일방적이고 강제적으로 계약을 폐지하고 자신에 유리한 내용으로 재교섭할 것을 강제하였다고 비난하였다. 설사 기존 계약에 부당성이 있을 경우 사법 절차 개시 등 적법한 권리 구제 수단을 이용하려 하지 않고 문제를 우월적인 권한을 이용하여 자력 구제하려 했다고 지적하였다. 중재 판정부는 우크라이나의 이러한 조치는 투자협정상 공정한 대우 의무 위반이며 청구인의 투자 사용, 경영, 향유 등을 방해한 자의적인 조치에 해당한다고 확인하였다(판정문 267-282).

2) 수용

중재 판정부는 해당 선박의 소유권은 청구인에게 있지 않으므로 직접 수용에는 해당되지 않으나 출항 금지로 인해 해당 선박에 대한 접근과 통제권이 박탈되었고 따라서 선박을 활용할 수 있는 계약상의 권리라는 청구인의 투자에 심한 피해가 발생하였으므로 출항 금지는 최소한 청구인의 투자 가치를 영속적으로 파괴한 간접 수용에 해당한다고 판단하였다. 우크라이나는 출항 금지 기간은 1년에 불과하다고 항변하였으나 이미 당해 연도 여름 시즌을 취소해야 했고



관광 영업은 아무 일이 없었던 것처럼 재개할 수 있는 상황이 아니며 청구인 회사 중 일부는 파산하게 되었다고 일축하였다. 청구인은 출항 금지가 공적인 목적에 의해 채택된 것이 아니라고 주장하기도 하였으나 판정부는 수용은 해당 행위의 공적 목적성 여부와 무관하게 성립된다고 설명하였다. 판정부는 출항 조치가 정치적인 동기나 사익 추구를 위해 시행되었다는 증거는 없고 우크라이나 농림부가 갖고 있는 계약상의 이익 확보와 해외에서 (계약 불이행으로 인한) 역류 가능성을 예방하려는 공적인 목적에서 취해진 것으로 볼 수 있다고 판단하였다. 그러나 수용이라고 확인된 조치에 대해서는 그 목적이 공적이라 할지라도 보상을 해야 하며 이 사건에서는 아무 보상이 이루어지지 않았으므로 투자협정에서 금지하고 있는 불법 수용에 해당한다고 판시하였다(300-304)

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용의 배경

수용이란 국가가 공적인 목적을 위해 개인의 재산권을 강제적으로 취득하는 것을 말한다. 수용은 공익사업을 위한 재산권의 징수라는 점에서 경찰상의 견지에서 행해지는 몰수나 국방상의 목적에서 행하는 징발과 구별된다. 반드시 유체물에 적용되는 것은 아니고 광업권, 특허권, 어업권 등 무형의 재산권도 수용의 대상이 된다. 이는 대표적인 국가 권한의 하나이며 대부분의 국가는 헌법과 법률을 통해 구체적인 행사 방법, 대상 등을 규율하고 있다. 국가의 고유한 권한이므로 외국인 투자자 자산도 예외가 될 수는 없다. 그러나 외국에 투자한 자신의 자산이 수용 위험에 노출된다면 해외 투자는 크게 위축될 것이다. 실제로 개발도상국에 투자한 외국인의 자산은 빈번하게 국유화되어 왔다. 투자협정은 외국인 투자의 증진과 국가 고유 권한 간의 균형을 맞추기 위해 일정 요건을 갖춘 수용이나 국유화만을 인정하고 있다. 대부분 수용을 공익 목적에 한해 비차별적인 방법으로 효과적인 보상을 통해 적법 절차를 따라 행하도록 제한하고 있다.

투자 유치국 정부가 수용임을 표방하고 공식적이고 공개적인 방법으로 이를 진행할 때에는 투자자와 국가 간의 분쟁이 발생할 여지가 상대적으로 적다. 우선 시비가 되는 수용 행위가 무엇인지 특정하기가 쉽다. 공개적인 수용은 수용령 공포 등 다중이 인지할 수 있는 방식으로 상세한 내용과 조건이 천명되기 때문이다. 이러한 공개적이고 직접적인 수용은 시행 목적의



공공성, 비차별성, 보상의 적정성 및 절차 준수 여부가 주 시비 대상이 된다. 그러나 외국인 투자자가 특히 우려하는 것은 외형상 형태는 수용이 아닌데 그 효과는 수용과 동등한 조치이다. 외국인 투자를 탈취하려는 투자 유치국은 지나치게 노골적이고 상당한 보상이 수반되는 수용이나 국유화를 시도하기 보다는 별도의 공공 목적을 가진 정책을 통해 은밀한 방식으로 외국인 투자자의 자산을 사실상 탈취하는 것을 선호할 것이다. 이러한 악의가 없이 순수한 의도로 투자 유치국이 시행한 공공 정책으로 인해 선의의 외국인 투자자가 자신의 자산을 수용당한 것과 똑 같은 피해를 볼 수도 있다. 이 경우 해당 조치는 공개적으로 천명된 정식의 수용 조치가 아니므로 차별적으로 시행되거나 보상이 행해지지 않더라도 해당 외국인 투자자는 적절한 구제를 받을 길이 없게 된다.

2) 간접 수용에 관한 ICSID 중재 법리

투자자-국가 분쟁에서 이러한 간접 수용은 압도적으로 많이 제기되는 이슈이다. 이 책에 수록된 판정 164건 중 54건이 간접 수용 사건이다. 쟁점이 간접 수용이나 관할권이 부인되어 본안 심리가 진행되지 못한 사건까지 포함하면 그 수효는 더욱 늘어날 것이다. 이처럼 압도적인 비중을 차지하는 사건임에도 불구하고 간접 수용의 개념이나 요건은 성문으로 정리된 것이 드물다. 간접 수용이라는 표현도 간접 수용(indirect expropriation), 수용에 상당한 조치(measure equivalent, or tantamount to expropriation, creeping expropriation), 점진적 수용 등 유사한 개념과 혼용되어서 쓰이기도 하고 판정부에 따라서는 이를 구분하기도 하여 정확한 개념 정리가 안 되어 있다. 투자협정 중에는 아예 간접적인 수용 또는 이와 유사한 개념이 규정되어 있지 않은 것도 있고 이를 적시하기는 하였으나 그 내용이 무엇인지 따로 적시하지 않은 것도 있다. 간접 수용의 내용과 요건은 주로 투자-국제 분쟁에 관한 국제 중재 판정을 통해 정리되고 있다. 간접 수용에 대한 판정을 고려하여 투자협정에 관련 내용을 기재하는 추세도 발생하고 있다. 판례 축적을 통한 법리의 완성과 투자협정에의 반영, 그 내용을 적용하는 새로운 판례의 발생이라는 순환 구도가 이루어지고 있는 좋은 예이다.

한중 FTA에서는 별도 부속서³¹⁰⁾를 통해 간접 수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가

310] Annex 12-B

3. The second situation is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors,:

(i) the economic impact of the action or series of actions, although the fact that such action or series of actions has



명의를 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 가지는 경우라고 정의하고 있으며 간접 수용 여부 결정 시 고려해야 할 요소로 i) 경제적 영향, ii) 정당한 기대를 침해하는 정도 iii) 목적과의 비례성, 행위의 성격 및 목적을 제시하고 있다. 아울러 공공복지 목적의 비차별적 규제 행위는 목적에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 기재하고 있다. 이 규정의 기원은 외국인 투자가 자국 내에서 환경 보호에 부합하는 방식으로 이루어지도록 여하한 조치를 채택, 유지, 집행하는 것을 방해하지 않는다고 규정한 NAFTA 1114(1)조³¹¹⁾이다. 멕시코 지방 정부가 환경 보호를 이유로 미국 기업의 유해 물질 매립장 가동을 방해한 것이 *Metalclad vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/97/1)에서 간접 수용으로 인정된 이후, 수용을 의도하지 않은 자국의 정당한 공공 정책이 간접 수용으로 시비될 것을 우려하여 투자협정에 이와 같은 안전장치를 포함하려는 시도가 증가하고 있다. 그러나 투자 유치국의 이러한 안전장치가 강화될수록 그에 비례하여 외국인 투자자는 자신의 투자가 명목상의 소유권만 남은 채 실질적으로는 사용과 이익 향유가 박탈되는 상황이 증가할 것을 우려하게 된다. 이는 국가간 투자를 위축시키는 부정적인 결과를 초래할 우려가 있다.

이러한 고민은 지금까지의 ICSID 중재 판정에도 드러나 있다. 중재 판정부는 간접 수용을 포괄적으로 인정할 경우 국가의 정당한 공공 정책 추진이 불가피하게 우려될 것을 감안하여 국가의 정당한 권한 행사에 대해서는 간접 수용 인정을 자제하는 경향을 보이고 있다. 반면에 투자 유치국의 조치로 인한 투자자의 투자에 대한 사용이나 이익 향유가 실질적으로 침탈되었을 때에는 예외 없이 간접 수용을 인정함으로써 투자자의 권리 보호에 유념하고 있다. 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정례는 그 수요가 많아 간접 수용에 관한 법리는 굳어졌다고 볼 수 있다. 가장 대표적인 것이 위에서 언급한 간접 수용의 인정 기준이다. 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 시비하는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해

an adverse effect on the economic value of investments, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the action or series of actions interferes with distinct and reasonable expectations arising out of investments; and

(iii) the character and objectives of the action or series of actions, including whether such action is proportionate to its objectives.

(b) Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation

311] Article 1114: Environmental Measures

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.



수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 판례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 시비되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았어도 간접 수용으로 인정되며 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융 당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제 등 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용 시비가 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

간접 수용 판정 중에는 점진적 수용도 인정한 사례가 수 건 있다. 점진적 수용 자체에 대해서는 합의된 정의가 없으나 판정부는 일정 기간에 걸쳐 행해진 일련의 복수의 조치가 개개로는 수용에 해당하지 않더라도 전체를 종합하여 중국에는 수용과 대등한 효과를 투자자에게 발현시켰을 때에는 간접 수용인 것으로 인정하고 있다.

3) 간접 수용 관련 판례

간접 수용에 관한 ICSID 판례를 살펴보면 청구인의 관광 지구 개발 사업권이 유적 보호를 이유로 취소된 *SPP(ME) vs. Egypt* 사건(ARB/84/3)에서 이집트가 수용은 부동산 등 실체적 물건에 대해 적용되는 것이며 취소 조치는 청구인의 소유권을 박탈한 것이 아니므로 국유화도,



몰수(confiscation)도 아니라고 주장한 데 대해 판정부는 계약상의 권리도 간접적으로 수용될 수 있으며 계약상의 권리도 국제법의 보호 대상이고 이를 회수할 때에는 상당한 보상 의무가 있다는 점을 확인하였다(판정문163-165). 청구인의 토지 사용을 방해한 인근 주민들의 행위를 촉발시킨 행정 구역 변경, 국영 농장 민영화 및 구조 조정 조치가 수용에 해당하는지가 쟁점이 된 *Tradex vs. Albania* 사건(ARB/94/2)에서 판정부는 이들 조치가 각각 또는 전체적으로 수용에 상당한 효과(해당 토지의 소유권 탈취, 동 토지 이용권 제한, 정부 귀책 등)를 나타내지 않았으므로 수용에 해당할 수는 없다고 판단하였다(판정문 144-145). *Metalclad vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/97/1) 판정부는 소유권 자체는 박탈하지 않더라도 재산 사용을 은밀하거나 부수적인 방법으로 방해하여 소유자로부터 재산의 사용이나 합리적인 기대 이익 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 것은 수용에 상당한 조치라고 보고 청구인의 유해 물질 매립장 가동을 방해한 멕시코 지방 정부의 행위는 청구인의 투자를 보상 없이 간접 수용한 것이라고 판시하였다(109-112).

Eudoro Olguin vs. Paraguay 사건(ARB/98/5) 판정부는 수용이란 투자자가 정부의 소유권 탈취 행위로 인해 자신의 자산을 박탈당하는 것이지 금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실을 수용이라고 볼 수 없다고 지적하였다. 담배를 국내에서 구매하여 수출할 경우 세금을 환급해 주지 않아 청구인이 투자한 회사가 수출 사업을 포기하게된 것이 간접 수용에 해당하는지가 쟁점이 된 *Feldman vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/99/1)에서 판정부는 해당 회사에 대한 청구인의 지배, 통제가 계속되고 있는 점 등을 들어 수용을 인정하지 않았다. 시멘트 수입 금지 조치는 청구인의 시멘트 선적, 하역, 재포장, 보관 영업 허가를 취소한 것과 같으므로 사실상 수용이라는 시비가 쟁점이 된 *Middle East Cement vs. Egypt* 사건(ARB/99/6)에서 중재 판정부는 시멘트 수입 금지로 인해 청구인이 시멘트 처리 영업을 진행할 수 없었던 것은 투자자가 자신의 투자를 활용하거나 이익을 향유하는 권리가 박탈당한 것이므로 수용에 상당한 조치(tantamount to expropriation)에 해당한다고 판시하였다(판정문 104-107). 멕시코의 매립장 운영 면허 불연장 조치로 인해 자신이 투자한 매립장이 쓸모없게 되었으므로 사실상 수용된 것이라는 시비가 제기된 *Tecmed vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/00/2)에서 판정부는 개인의 권리나 자산을 박탈하는 목적을 명시적으로 표현하지 않으나 실제로는 그러한 효과를 갖는 조치와 행동은 수용에 해당한다고 보았다. 판정부는 이러한 유형의 수용은 반드시 점진적으로 은밀하게 행해져야 하는 것은 아니며 하나의 행동, 또는 단기간 내 일련의 행동이나 동시적인 복수의 행동을 통해 이루어질 수 있다고 보고 청구인의 자산 활용도를 사실상 소멸시킨 멕시코의 조치는 수용에 해당한다고 판시하였다.



Waste Management vs. Mexico 2차 사건(ARB(AF)/00/3) 판정부는 청구인의 물리적 재산이 점거, 탈취되지 않았으며 시정부의 계약상 의무 불이행으로 인해 자신의 양허 계약상의 권리가 수용된 것이나 다름 없다는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 정부의 계약 불준수를 수용과 동일 또는 상당한 것과 동일하다고 단정할 수 없다고 지적하고 시정부가 일부 계약상의 의무를 위반한 것은 인정되나 단순한 계약 위반이 재산의 탈취나 수용에 상당한 조치가 되는 것은 아니라고 언급했다. *Generation Ukraine vs. Ukraine* 사건(ARB/00/9) 중재 판정부는 점진적 수용이란 특정 시점에 존재하는 투자에 대해 국가에 귀책되는 연속적인 행위가 시행되어 해당 투자에 대한 투자자의 권리가 수용에 관한 국제법을 위반할 정도로 침식되는 것이라고 설명하고 당국이 청구인에게 취했던 행위가 투자자의 투자 사용, 향유, 처분권에 대해 지속적이고 회복 불가능하게 방해하였다고 볼 만한 근거가 없다고 판단하였다(판정문 20.25-20.38). 2001년 경제 위기 타개를 위해 실시한 아르헨티나의 일련의 조치가 수용에 해당한다는 주장이 제기된 *Enron vs. Argentina* 사건(ARB/01/3)에서 판정부는 청구인의 현지 투자 회사 지분 소유권은 아무 영향도 받지 않았으며 자유롭게 처분할 수 있는 상황에 있고 2005년, 2006년에는 실제로 청구인이 이 지분 매각 협상을 제 3의 기업과 진행하기도 하였다는 점을 들어 아르헨티나의 조치는 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 241-246). *CMS vs. Argentina* 사건(ARB/01/8) 판정부도 투자 회사에 대한 청구인의 완전한 지배와 소유권이 아르헨티나 정부의 조치에 의해 박탈되지 않았다는 점을 근거로 청구인의 수용 시비를 기각하였다.

경영 부실 상태에 이른 청구인의 투자 회사에 루마니아가 증자를 하고 법정 관리를 추진한 것이 수용이라는 주장이 제기된 *Noble Ventures vs. Romania* 사건(ARB/01/11)에서 판정부는 감독 관청의 적절한 사전 조치이고 대주주인 청구인이 추가적인 재원을 조달해오지 못한 상황에서 루마니아 당국의 조치가 수용에 해당한다고 볼 수는 없다고 판단하였다(판정문 211-216). *Azurix vs. Argentina* 사건(ARB/01/12)에서 청구인 Azurix는 아르헨티나의 일련의 조치는 개별로는 아니지만 전체를 종합할 때는 수용에 상응한 조치(measures tantamount to expropriation)에 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 개별 조치가 중복하여 일정 시간에 걸쳐 수용에 상응한 효과를 낼 수 있다는 점은 인정하였으나 Azurix는 해당 조치에도 불구하고 계속하여 투자 회사 지분율 90%를 보유하면서 이를 지배, 통제하였고 아르헨티나의 조치가 투자 회사의 경영에는 일부 부정적인 영향을 미쳤으나 수용에 상당하다고 인정하기에는 충분하지 않다고 설명하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 322). *LG & E vs. Argentina* 사건(ARB/02/1) 중재 판정부는 수용이 인정되기 위해서는 소유권에 대한 방해가 정도와 기간의 측면에서 심각한 것이어야 한다고 보았다. 즉



투자의 향유와 경제적인 사용이 박탈당해서 투자와 관련된 권리가 존재하지 않게 될 정도이고 수용의 효과가 항구적이어야 한다는 것이다(189-193). 판정부는 아르헨티나의 조치에도 불구하고 LG & E의 투자를 향유할 수 있는 권리가 박탈된 것은 아니며 주식에 대한 직접적인 지배를 상실한 것도 아니고 회사 가치가 아르헨티나 경제 위기가 진정됨에 따라 재상승하였으므로 수용의 효과가 항구적인 것도 아니었다고 지적하고 아르헨티나의 조치가 수용에 상당하다고 볼 수는 없다고 판시하였다(판정문 198-200).

은행에 출자 전환한 외화 표시 채권의 가치가 급락하여 가치가 망실된 것이 수용에 해당하는지 논란이 되었던 *Fireman's Fund vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/02/1)에서 중재 판정부는 청구인으로부터 멕시코 당국이 달러 표시 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취했다고 볼 수 없으므로 수용에 해당하지 않는다고 판정하였다. *PSEG vs. Turkey* 사건(ARB/02/5) 중재 판정부는 간접 수용이 발현되는 형태는 다양할 수 있으나 간접 수용으로 인정되기 위해서는 투자에 대한 지배권, 일상적인 경영권의 박탈이나 관리 방해, 이익 배당 방해, 간부 임명 방해 등이 필수적으로 존재해야 한다고 보고 이러한 심각한 형태의 조치나 방해가 존재하지 않은 이 사건에서는 간접 수용이 인정되지 않는다고 판단하였다(판정문 279). *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8) 판정부는 점진적 수용을 구성하는 조치 각각이 독립적으로 수용의 효과를 가지지 않아도 전체로서 수용에 해당하는 효과를 가져 올 수 있다고 보았으며 아르헨티나가 취한 계약상의 조치가 아닌 정부 권한 행사에 해당하는 조치 다수가 개개로 보면 수용의 효과가 없음에도 불구하고 경제 위기 타개 조치를 통해 수용으로 귀결되었다고 보았고 수용의 공공성 요건은 충족하였으나 보상은 지불된 바 없음이 확인되므로 아르헨티나의 조치는 보상 없는 수용으로서 투자협정 위반에 해당한다고 판시하였다(판정문 262-273).

Sempra vs. Argentina 사건(ARB/02/16) 판정부는 사업 운영에 대한 투자자의 지배권이 없어지지 않았고 해당 사업의 가치가 사실상 절멸되지도 않았으므로 간접 수용도 인정되지 않는다고 판시하였다(판정문 283-285). *Metalpar vs. Argentina* 사건(ARB/03/5) 판정부는 수용은 시비하는 조치의 경제적 효과가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 하며 투자의 경제적 가치 전부 또는 대부분에 영향을 미치지 않으면 수용에 대한 보상은 인정되지 않는다는 것이 이전 중재 판정의 통설이라고 인용하였다. 비록 수익이 낮아 졌어도 투자 사업의 운영이 계속된다면 수용 보상을 필요로 할 정도로 방해한 것이 아니라고 보았다. 판정부는 아르헨티나의 조치의 경제적 영향이 가혹한 점이 입증되지 않았으며 청구인은 투자한 회사를 계속 경영, 통제할 수 있었고 이 회사는 사업을 계속하고 있으므로 수용이라고 볼만한 근거가 없다고 확인하였다(판정문 165-174).



아르헨티나의 달러화 표시 자산의 폐소화 조치로 인한 달러 자산의 가치 폭락이 수용에 해당하는지가 시비된 *Continental vs. Argentina* 사건(ARB/03/9)에서 판정부는 수용이란 직접이든 간접이든 사유 재산의 희생을 필요로 하는 것인데 청구인의 자산 소유권에 아무런 변동이 없고 투자협정은 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락까지는 보호해주지 않는다고 언급하고 청구인의 수용 주장을 기각하였다(판정문 275-285).

El Paso vs. Argentina 사건(ARB/03/15)에서 청구인은 아르헨티나의 경제 위기 타개 조치로 인해 자신이 투자했던 아르헨티나 회사들의 수익 및 가치가 하락하여 상당한 손실을 감수하고 지분을 매각해야 했으므로 이 조치는 수용에 상당하다고 시비하였으나 중재 판정부는 청구인 자산 소유권이 아르헨티나로 이전되지는 않았으므로 직접 수용은 아니며 청구인의 지분 매각이 아르헨티나 조치로 인한 어쩔 수 없는, 사실상 강요된 것이라면 아르헨티나 조치의 수용적 성격을 인정할 수 있다고 판정부는 수긍하였다. 판정부는 청구인의 소유권에 대한 중대한 방해 행위가 없었고 아르헨티나 회사에 대한 청구인 지분이 아르헨티나 정부에 의해 징발되거나 매각을 강요당한 바 없이 청구인의 회사 전체의 재정 상황을 고려하여 자발적으로 매각한 것으로 확인되므로 간접 수용도 인정할 수 없다고 판단하였다(판정문 270-278). *Gemplus & Talsud vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/3, 04/4) 판정부는 청구인의 투자 회사 경영권을 멕시코가 장악한 것은 간접 수용에 해당한다고 판정하였다.

ADM & TLLA vs. Mexico 사건(ARB(AF)/04/5) 판정부는 간접 수용에 해당하기 위해서는 투자 이익의 전부 또는 태반을 박탈하거나 투자에 대한 방해의 정도가 심각한 수준(substantial)에 이르러야 하며 박탈의 정도와 기간의 심각성, 지배권의 상실과 경제적 가치의 심각한 상실이 간접 수용, 수용에 상당한 조치의 요체라고 정리하였다. 중재 판정부는 멕시코의 조세 조치가 청구인의 소유권이나 경영권을 박탈하지는 않았고 경제적 가치의 상실 측면에서 볼 때 청구인의 회사가 정상적인 영업을 계속한 점으로 볼 때 멕시코의 조치는 수용에 상당한 조치는 아니라고 판단하였다(판정문 240-247). *Vannessa vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/04/6) 판정부는 국제법상 수용이 성립하려면, 문제된 국가의 행위가 계약 당사자의 지위를 넘어 주권 행사(exercise of sovereign authority)에 기한 것이어야 하는데 베네주엘라는 청구인의 계약 위반 행위에 대해 계약 당사자로서 이를 해지한 것이며 여기에 국가의 주권 행위가 개입되었다고는 볼 수 없고 청구인이 시비하는 관련 부지 몰수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치이지 수용 행위가 아니라고 판정하였다(판정문 207-214). *Telenor vs. Hungary* 사건(ARB/04/15) 중재 판정부는 투자의 가치나 투자를 향유 또는 이용할 수 있는 권리를 투자자로부터 실질적으로



박탈하거나 투자의 경제적 가치의 실질적인 부분이 박탈되어야 수용으로 볼 수 있다는 이전 판례를 인용하여 전체적으로 보았을 때 헝가리 정부의 조치로 인해 청구인 투자의 가치가 실질적으로 침식되었는지 여부를 심리한 결과, 청구인 회사 Pannon사의 경영권은 정부 간섭 없이 항상 이사회에게 있어 왔고 양허 계약은 계속 유효한 상태이며 Pannon사의 자기 자산 및 수익에 대한 접근권이 부정된 바도 없는 한편 자사의 연감에 스스로 수익과 자산이 매년 증가하는 수익성 높은 기업이라고 자평한 점 등에 비추어 Pannon사는 수용 조치가 있었다는 주장을 일차적으로(*prima facie*) 성립시키지도 못하였다고 판시하였다(판정문 79-80).

Cargill vs. Mexico 사건(ARB(AF)/05/2)에서 청구인은 멕시코의 조치로 인해 수익이 급감한 시기가 있었으므로 해당 시기에 국한해서 임시적인 수용(temporary expropriation)의 효과가 있었다고 주장하였으나 판정부는 수용의 효과는 소유권의 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해 등 영구적인 것이며 이러한 효과가 임시적으로 발생하는 경우에 대해서는 수용을 인정할 수 없다고 판시하였다(판정문 370-377). *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7)에서는 청구인의 중재할 수 있는 권리도 수용 대상이 될 수 있는 재산이며 계약상의 분쟁해결 기구로 지정된 중재 판정부의 판정을 부당하게 부인하는 방글라데시 법원의 불법적인 판결 자체가 수용 행위로 인정되었다. 리투아니아의 양허 계약 종료에 수용에 해당하는지가 쟁점이 되었던 *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8)에서 중재 판정부는 수용은 계약 당사자가 아니라 주권 기관이 행사하는 공적인 조치인데 양허 계약의 종료는 계약의 일방 당사자인 리투아니아측이 이 계약의 종료 조항에 근거하여 행사한 계약 당사자의 행위이므로 수용은 아니라고 정리하였다(판정문 443-448). *EDF vs. Romania* 사건(ARB/05/13) 판정부는 청구인이 수용이라고 시비하는 세무 조사와 기존 면세점 사업자 단속을 위한 특별 조치는 모두 공공 이익을 위한 정당한 국가 권력의 행사로서 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 308). *Roussalis vs. Romania* 사건(ARB/06/1) 중재 판정부는 청구인이 수용되었다는 회사의 유일한 경영자이고 청구인이 경영, 통제하고 있고 루마니아가 청구인의 투자 이용권, 향유권을 탈취했다고 볼 근거도 없으므로 수용으로 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 354-355).

OPC vs. Ecuador 사건(ARB/06/11) 판정부는 에콰도르가 청구인의 귀책 사유를 빌미로 석유 개발 사업 계약 자체를 취소한 조치는 과도하며 청구인의 사업권이 영구적으로 탈취 당했으므로 수용에 상당하는 조치라고 판정하였다(판정문 454-455). 우크라이나의 호텔 공동 경영 협약 중단 조치가 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 *Alpha vs. ukraine* 사건(ARB/07/16)에서 중재 판정부는 청구인의 경제적 가치가 보상 없이 실질적으로 탈취된 것이고 그 효과가 영구적이며 그 행위의



주체는 정부이므로 수용에 해당한다고 보았다. 우크라이나는 경영 협약 중단 조치는 해당 호텔의 상업적 판단에 의한 것이고 정부 당국의 주권적인 권력 행사가 아니라고 반박했으나 중재 판정부는 국가 행정청 소속의 호텔의 행위는 우크라이나 정부에 그 책임이 귀속되는 것이며 정부가 상업적인 기관인 호텔을 통제하여 계약상의 의무를 위반토록 조치한 결과, 청구인의 재산이 사실상 수용된 것이라고 정리하였다(판정문 409-412). *Impregilo vs. Argentina* 사건(ARB/07/17) 판정부는 청구인의 주식 소유권이 한 시도 박탈된 적도 없고 주주로서의 권리 행사나 이익 향유가 아르헨티나에 의해 봉쇄된 바도 없으며 청구인의 귀책사유로 인해 아르헨티나가 양허 계약을 취소한 것은 계약상의 행위로서 수용으로 볼 수 없다고 실시하였다(판정문 275-283). *AES vs. Hungary* 사건(ARB/07/22) 중재 판정부는 개정 전기법과 가격 고시 제도가 청구인의 투자에 대한 소유권이나 사용권 지배권을 박탈하지 않았고 상당한 수익을 회수한 것이 확인되므로 투자의 가치가 심각하게 감소되거나 박탈되지도 않았으므로 수용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

청구인이 보유한 철도 용익권이 국가 경제에 위해하다는 선언 이후 사업 진행에 곤란을 겪은 것이 수용에 해당하는지가 쟁점이 되었던 *RDC vs. Guatemala* 사건(ARB/07/23)에서 판정부는 해당 선언 발표 후 5년 이상 경과한 시점에도 용익 계약은 유효한 상태로 남아 있고 철도 시설을 청구인이 계속 점유하고 있으며 부지 임대 수입이 계속되고 있는 점을 들어 해당 선언이 청구인의 투자를 간접 수용한 것이라는 주장을 기각하였다(판정문 152). *Ubraser & CABB vs. Argentina* 사건(ARB/07/26) 판정부는 아르헨티나의 경제 위기 타개 조치가 청구인의 수입을 감소시키기는 했으나 권리를 탈취한 것과는 거리가 멀다고 보았고 수용 시비를 기각하였다. *Mobil vs. Venezuela* 사건(ARB/07/27) 중재 판정부는 수용에 상당한 조치는 해당 투자 전체를 실효적으로 박탈하는 정도가 되어야 인정되는 것이며 이러한 박탈이란 투자 가치 전체의 손실, 지배권의 전체적인 손실이 항구적이어야 한다고 설명하고 이 사건에서는 이러한 조건이 충족되지 않았으므로 수용에 상당한 조치가 있었다고 볼 수 없다고 판시하였다(판정문 286-287). 수용 절차가 10년 이상 개시되지 않았고 개시 후 수년간 진행이 지지부진했던 *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1, 09/20)에서 판정부는 청구인의 토지가 1991년 고시부터 사용과 처분에 제한을 받기 시작했고 2003년부터 수용 절차가 지지부진하게 진행되어 적정하고 적시적인 보상이 이루어지지 않은 것은 수용에 상당한 조치(tantamount to appropriation)에 해당한다고 판시하였다(202-223).

청구인이 사용권이 있는 선박의 출항 금지 조치가 수용에 해당하는지 쟁점이 되었던 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에서 판정부는 출항 금지로 인해 해당 선박에 대한 접근과 통제권이 박탈되었고 따라서 선박을 활용할 수 있는 계약상의 권리라는 청구인의 투자에 심한 피해가



발생하였으므로 출항 금지는 최소한 청구인의 투자 가치를 영속적으로 파괴한 간접 수용에 해당한다고 판단하였다(판정문 300-304). 청구인과 국립대학 간에 체결된 계약이 정부 권고에 의해 종료되었다고 주장된 *Bosh, B&P vs. ukraine* 사건(ARB/08/11)에서 청구인은 재무부가 국립대학에 계약 종료를 지시한 것은 사실상 수용에 해당한다고 주장하였으나 중재 재판부는 수용이 인정되기 위해서는 재무부의 행위가 계약상의 청구인의 권리를 실질적으로 박탈(substantial deprivation)할 정도라야 하나 재무부는 대학으로 하여금 계약 종료까지도 포함하여 검토할 것을 권고한 것이 명백하므로 계약 종료를 지시한 것이라고 볼 수 없다고 판단하고 수용 주장을 배척하였다(판정문 213-220).

GEA vs. ukraine 사건(ARB/08/16)에서 청구인은 우크라이나 당국의 묵인 방조 없이는 12만톤 횡령이 일어날 수 없다는 점, 사적인 횡령, 절도라면 우크라이나 정부가 엄히 수사하여 자신이 연계되지 않았음을 입증했을 것인데 그러지 않았다는 점, 청구인 국적국(독일) 정부 견해도 자신과 같다는 점을 들어 해당 행위가 수용이라고 주장하였으나 중재 판정부는 수용은 소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취 등이 입증되어야 인정되는 것이지 횡령 물량의 과다, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아니라고 판정하였다(판정문 211-226). 우크라이나 법원은 청구인과의 약정이 무자격자에 의해 서명되었으므로 무효이고 따라서 이를 근거로 한 ICC 중재 판정을 인정할 수 없다고 판시하였다. 청구인은 이는 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였으나 중재 판정부는 청구인의 기대와 다르게 판결했다는 이유만으로는 수용 주장이 성립할 수 없다고 지적하였다(판정문 236). *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1)에서 청구인은 아르헨티나가 청구인 회사를 매입하기 전까지의 일련의 행태가 점진적인 수용에도 해당된다고 주장하였으나 판정부는 수용의 요건인 소유권의 실질적이고 항구적인 박탈이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 이 주장을 기각하였다(판정문 949). Hedging 계약 파기가 수용이 될 수 있는지 쟁점이 되었던 *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서 판정부는 수용은 피수용 자산에 대한 소유주의 권리 박탈 또는 행사 방해를 필수 요소로 하지만 반드시 경제적 손실을 수반해야 하는 것은 아니라고 적시했다. 경제적 손실은 보상액 산정 시 고려해야 할 요소이지 그 자체의 존부가 수용 여부를 결정하는 것은 아니라고 이해했다. 판정부는 대법원의 2008년 11월 28일 임시 명령, 12월 16일 중앙은행의 지불 중지 명령은 Hedging 계약상 청구인 채권이 보유하고 있는 경제적 가치를 박탈하여 채권을 수용한 것과 마찬가지라고 판정하였다. *Swisslion vs. Macedonia* 사건(ARB/09/16)에서 청구인은 마케도니아 법원 판결로 인해 자신의 투자가 보상도 없이 불법적으로 수용 당했다고 주장하고 문제가 된 계약을 종료시킨 법원의



판결 자체와 보상을 하라는 판결이 없었다는 점 모두를 시비하였으나 중재 판정부는 마케도니아 법원이 청구인이 계약상의 의무를 이행하지 않은 점을 근거로 계약을 종료하라고 판결한 것에는 불법성이 없으므로 수용 주장을 인정하지 않았다(판정문 310-321).

Minnotte and Lewis vs. Poland 사건(ARB(AF)/10/1)에서 청구인은 자신의 대출 요청을 은행이 거부한 것은 폴란드 정부의 압력 때문이고 주요 투자자가 폴란드의 압력에 의해 해당 사업에서 철수하거나 불참한 것이 수용에 해당한다고 주장하였으나 중재 판정부는 폴란드 정부의 해당 은행에 대한 연락은 금융 감독 당국으로서 취해야 할 정당한 업무 범위에 속한 것이고 주요 투자자의 탈퇴나 불참을 중용한 증거를 청구인이 제시하지 못했다고 지적하고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 166-190). 담배 브랜드 사용을 일정 정도 제한한 우루과이 조치는 청구인의 등록 상표 사용권을 제한하는 간접적인 수용에 해당한다고 시비된 *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서 판정부는 우루과이의 조치가 청구인 회사의 영업 가치를 박탈하거나 청구인 투자의 가치나 사용 또는 향유를 실질적으로 탈취하는 것과는 거리가 있으며 해당 조치 시행 후에도 상당한 가치가 잔존하고 있는 한 수용이라고 판단할 수는 없다고 보았다. 중재 판정부는 담배 소비를 제한하기 위한 우루과이의 해당 조치는 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 확인하였다(판정문 283-287). 페루의 부실 은행 청산 조치에 대해 해당 대주주가 점진적 수용 시비를 제기한 *Renee Rose Levy vs. Peru* 사건(ARB/10/17)에서 판정부는 페루 금융 시장 불안 상황을 감안할 때 은행 관련 규정을 준수하지 않는 해당 은행의 청산은 불가피했고 금감원의 조치는 수용이 아니라 공공의 복지를 위한 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 보았다(판정문 473-478).

헝가리가 공공적인 목적 아래 청구인과의 관광 지구 개발 사업 계약을 종료한 것이 수용에 해당한다고 시비된 *Vigotop vs. Hungary* 사건(ARB/11/22)에서 판정부는 계약 종료에 대한 공공의 목적이 인정되지만 헝가리의 양허 계약 종료 행위는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사이며 부당하게 남용되지 않았으므로 수용에 해당한다고 볼 수가 없다고 판시하였다. *Franck Arif vs. Moldova* 사건(ARB/11/23)에서 청구인은 몰도바 법원이 청구인과 몰도바 간의 면세점 관련 계약을 무효화한 것은 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였으나 판정부는 해당 계약이 몰도바 법원에 의해 무효라고 판결된 것은 청구인의 권리를 수용한 것이라고 볼 수 없으며 청구인의 면세점이 여전히 영업 중에 있어, 청구인의 투자 소유권, 활용 및 수익이 탈취된 것이 아니므로 수용에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 415-418). *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/11/24)에서



청구인은 알바니아의 유조선 출입 금지 등의 조치로 인해 자신의 저유 시설의 가치가 훼손된 것이 수용에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 수용은 자산의 본질적인 특성, 즉 자산의 용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등의 하나 이상이 영향을 받고 그 결과로서 가치나 이익이 손상되면 수용 시비가 제기될 수 있는 것이라고 이해하였다. 판정부는 투자의 수익성을 감소시켰으나 완전히 소멸시키지는 않았고 투자자의 통제권을 온존시킨 조치는 일반적으로 간접 수용이라고 볼 수 없으며 유조선 입항 금지 조치로 인해 청구인 투자의 경제적 가치가 소실되었으나 알바니아의 항만 시설 정비라는 공공 정책 때문이었고 이러한 조치로 저유 시설에 대한 청구인의 사용, 소유, 통제, 처분에 관한 권한은 아무 영향을 받지 않았으므로 수용 주장이 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문 565-573).

Al Tamimi vs. Oman 사건(ARB/11/33) 판정부는 청구인의 투자는 주권적인 수용 조치에 의해서가 아니라 상대방과의 계약상의 분쟁으로 인해 종료된 것이라고 정리하였다(판정문 351-354). 기존의 면허가 만료된 방송 송출 업자가 해당 주파수 입찰에 응찰하였으나 낙찰 받지 못한 후 자신의 권리가 수용 당했다고 주장한 *Emmis vs. Hungary* 사건(ARB/12/2)에서 중재 판정부는 수용이란 개인이 소유하고 있는 유무형의 금전적 가치가 있고 양도 가능한 재산을 탈취하는 것이나 기존 면허 종료 이후 신규 입찰 과정에서 청구인이 소유하고 있는 권리가 존재하지 않으므로 수용 주장이 성립하지 않는다고 판정하였다. *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 청구인은 베네주엘라의 금 보유 관련 각종 조치가 실은 금 산업을 점진적으로 수용하려는 조치라고 주장하였으나 판정부는 점진적인 수용(*creeping expropriation*)이 인정되기 위해서는 국유화 계획이 있었어야 하고 이 계획이 청구인이 시비하는 조치들을 통해 이행되었다는 점이 입증되어야 한다고 보았다. 판정부는 청구인이 시비하는 조치는 외환위기를 타개하기 위해 외환 및 금 보유고를 확충하려는 것이며 외환 사정이 개선된 후 완화되었으므로 점진적인 국유화 조치라고 인정할 수는 없다고 판단하였다(판정문 427-438). *Caratube & Hourani vs. Kazakhstan* 사건(ARB/13/13)에서 카자흐스탄의 일방적인 계약 종료로 인해 자신의 투자가 수용 당했다는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 계약 종료 당시 청구인이 보유하고 있었던 계약상의 권리, 즉 해당 광구 내 독점적인 탐사 및 생산권, 탐사 및 생산을 위해 지표면 사용권, 계약 기간 연장권이 보상 없이 박탈되었으므로 불법 수용에 해당한다고 판시하였다(843-846).



| 간접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합 일람표 |

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>SPP(IME) v. Egypt</i> (84/3)	무형의 권리도 수용 가능 영업권 취소는 간접 수용 해당	
<i>Tradex v. Albania</i> (94/2)		수용에 상당한 효과(해당 토지의 소유권 탈취, 동 토지 이용권 제한, 정부 귀책 등) 부재
<i>Metalclad v. Mexico</i> (AF)/97/1)	재산의 사용이나 기대 이익 박탈은 수용에 상당한 조치	
<i>Eudoro Oguin v.</i> <i>Paraguay</i> (98/5)		금융 기관의 파산과 금융 감독 당국의 업무 소홀로 인한 투자자의 손실은 수용 아님
<i>Feldman v. Mexico</i> (AF)/99/1)		지배, 통제가 계속되고 있으므로 수용 불해당
<i>Middle East</i> <i>Cement v. Egypt</i> (99/6)	시멘트 처리 업자에게 시멘트 수입 금지 조치는 수용 해당	
<i>Tecmed v. Mexico</i> (AF)/00/2)	매립장 업자에게 매립 면허 불연장 조치는 수용 해당	
<i>Waste Management</i> <i>v. Mexico 2차</i> (AF)/00/3)		재산의 탈취 효과가 없는 단순 계약 위반
<i>Generation Ukraine</i> <i>v. Ukraine</i> (00/9)		투자 사용, 향유, 처분권에 대해 지속적이고 회복 불가능하게 방해하지 않았으므로 수용 불해당
<i>Enron v.</i> <i>Argentina</i> (01/3)		지분 소유권 온존, 처분 가능 상황이므로 수용 불해당
<i>OMIS v. Argentina</i> (01/8)		지배와 소유권이 박탈되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Noble Ventures v.</i> <i>Romania</i> (01/11)		청구인-정부 공동 소유 회사에 대한 정부의 증자 조치, 법정 관리 추진은 수용 불해당
<i>Azurix v. Argentina</i> (01/12)		개별 조치 중복으로 인한 수용 가능, 지배, 통제 계속되고 경영상 부정적인 영향이 수용 인정하기에 불충분
<i>LG & E v.</i> <i>Argentina</i> (02/1)		소유권 방해 정도 및 기간이 심각해야 수용, 투자 향유권 불박탈, 지배권 불상실, 수용 효과 한시적이므로 수용 불해당



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Fireman's Fund v. Mexico</i> (AF/02/1)		외화 표시 채권의 가치 급락은 채권의 경제적 사용이나 향유를 탈취아니므로 수용 불해당
<i>PSEG v. Turkey</i> (02/5)		지배권 경영권 박탈, 관리/배당/인사 방해 등 심각한 조치나 방해 존재해야 간접 수용 없으므로 불해당
<i>Siemens v. Argentina</i> (02/8)	점진적 수용 해당, 공공성 요건은 충족하였으나 불보상이므로 수용 해당	
<i>Sempra v. Argentina</i> (02/16)		지배권과 투자의 가치가 훼손되지 않았으므로 수용 불해당
<i>Metalpar v. Argentina</i> (03/5)		경제적 영향이 가혹하지 않고 경영 통제/영업 계속 중
<i>Continental v. Argentina</i> (03/9)		소유권 불변동, 환율 변동으로 인한 자산의 가치 하락은 수용 불해당
<i>El Paso v. Argentina</i> (03/15)		소유권 방해 행위 부재, 자본 매각은 강요된 것이 아니라 자발적 행위이므로 수용 불해당
<i>Gemplus & Talsud v. Mexico</i> (AF/04/3, 04/4)	경영권 탈취는 간접 수용 *같이 제기된 직접 수용도 인정	
<i>ADM & TLIA v. Mexico</i> (ARB(AF)/04/5)		소유권/경영권 불박탈, 영업 계속은 경제적 상실 정도 불심각 의미, 따라서 수용 불해당
<i>Vannessa v. Venezuela</i> (AF/04/6)		당사자로서의 계약 해지, 주권 행위 아니며 부지 몰수 및 자산 압류는 계약 해지의 결과에 따른 정당한 조치, 수용 아님
<i>Telenor v. Hungary</i> (04/15)		투자 가치/향유, 이용권 실질 박탈 또는 투자의 경제적 가치실질 훼손있어야 수용, 경영권 온존, 영업 계속이므로 수용 불해당
<i>Cargill v. Mexico</i> (AF/05/2)		소유권 박탈, 경제적 혜택 향유의 심각한 방해가 영구적이어야 수용, 일시적이므로 수용 불해당
<i>Saipem v. Bangladesh</i> (05/7)	중재 판정을 부인한 법원 판결 자체를 수용 행위로 인정	



ICSID 중재판정례 해설

사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>Parkerings v. Lithuania</i> (05/8)		계약 당사자로서의 정당한 계약 종료 행위
<i>EDF v. Romania</i> (05/13)		세무 조사/면세점 사업자 부정 단속 조치는 국가 권력의 행사로서 수용 불해당
<i>Roussalis v. Romania</i> (06/1)		경영 통제 계속, 투자 이용/향유권 존속중
<i>OPC v. Ecuador</i> (06/11)	청구인의 귀책 사유를 빌미로 계약 자체 취소는 과도하며 사업권이 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	경제적 가치가 보상 없이 실질적 영구적으로 탈취되었으므로 수용 해당	
<i>Impregilo v. Argentina</i> (07/17)		소유권 불박탈, 주주 권리 행사/이익 향유 불봉쇄, 청구인 귀책으로 인한 계약 취소는 수용불해당
<i>AES v. Hungary</i> (07/22)		소유권/사용권/지배권 존속, 수익 실현, 투자 가치의 심각한 감소 박탈 불발생
<i>RDC v. Guatemala</i> (07/23)		계약 유효, 해당 시설 계속 점유, 부지 수입 계속 중
<i>Ubraser & CABB v. Argentina</i> (07/26)		일부 수입 감소일뿐 권리 탈취 불해당
<i>Mobil v. Venezuela</i> (07/27)		투자가 실효적 박탈/투자 가치/지배권 전체의 항구적 손실돼야 수용 해당, 불충족
<i>Unglaube v. Costa Rica</i> (08/1, 09/20)	수용 절차 부진 및 보상 지연은 수용에 상응한 조치 해당	
<i>Inmaris v. Ukraine</i> (08/8)	출항 금지는 선박 접근/통제권 박탈, 활용권에 심각한 피해/ 투자 가치의 영속적 파괴 해당	
<i>Bosh, B&P v. Ukraine</i> (08/11)		권리의 실질적 박탈돼야 수용, 시비 행위는 정부의 계약 종료 지시로 볼 수 없음



사건명	수용 인정(총 13 건)	수용 불인정(총 41 건)
<i>GEA v. ukraine</i> (08/16)		소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취가 수용, 횡령, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아님
<i>Teinver v. Argentina</i> (09/1)		실질적/향구적 소유권 박탈 부재 *같이 제기된 직접 수용은 보상 의무 위반으로 판정
<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	Hedging 계약 종료 유발 행위는 투자 가치 박탈 해당, 청구인의 경제적 손실 발생은 수용 요건 불해당	
<i>Swisslion v. Macedonia</i> (09/16)		청구인의 계약 의무 불이행 근거한 계약 종료 판결은 수용 불해당
<i>Minotte and Lewis v. Poland</i> (AF)/10/1)		금융 감독 당국의 정당한 업무 범위 해당, 당국이 타 투자자의 탈퇴/불참 중용 주장 불입증
<i>Philip Morris v. Uruguay</i> (10/7)		가치 박탈, 사용/향유권 실질적탈취 불발생, 담배 제한 조치 경찰권 행사에 해당
<i>Renee Rose Levy v. Peru</i> (10/17)		부실 은행 청산 조치는 정당한 경찰권 행사
<i>Vigotop v. Hungary</i> (11/22)		계약 종료는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사, 남용 아니므로 수용 불해당
<i>Franck Arif v. Moldova</i> (11/23)		계약 무효 판결은 수용 불해당영업 계속-소유권, 활용 및 수익 불탈취
<i>Mamidil v. Albania</i> (11/24)		용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등에 대한 영향으로 가치/이익 손상 부재, 수익성 일부 감소뿐 통제권 온존
<i>Al Tamimi v. Oman</i> (11/33)		수용이 아니라 계약상의 분쟁으로 종료된 계약
<i>Emmis v. Hungary</i> (12/2)		수용 대상 가능 권리 보유 사실 불입증
<i>Rusoro v. Venezuela</i> (AF)/12/5)		점진적 수용이 인정되기 위해서는 수용 계획이 개개 조치들을 통해 이행된 점 입증 필요, 외환 위기 타개 위한 외환/금 확충 계획은 수용 계획 불해당 *같이 제기된 직접 수용(국유화령)은 보상 요건 불충족
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	청구인 권리를 무보상 박탈한 일방적인 계약 종료	



118

Bosh, B&P vs. ukraine 사건(ARB/08/11)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 우크라이나 대학 간의 계약 종료에 개입된 우크라이나 정부의 행위가 수용에 해당하는지 여부 및 우크라이나 대학의 행위 책임이 국가에 귀속되는지 여부, 우산 조항 위반 여부 등이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Bosh Interanational inc.은 미국 법인으로 우크라이나에 자회사 B&P를 두고 있었다. B&P는 2003년 우크라이나 Taras Shevchenko 국립대학과 대학 소유 건물 1동을 B&P의 투자를 통해 회의 시설을 갖춘 호텔로 개조하고 운영 수입을 회수하는 계약을 체결하였다. 2005년 8월 호텔은 영업을 개시하였고 계약상 B&P는 이 호텔을 상당 부분 교육, 연구 활동에 사용할 의무가 있었다.

2006년 10월 대학 감사실은 교육, 연구용도로의 호텔 사용도가 부족하고 호텔 별도의 구좌를 운영하지 않는 등의 계약 불이행 사항을 포함하여 계약 불이행 사항을 적발하였다. 대학이 정부로부터 예산 지원을 받는 관계로 우크라이나 감사원의 회계 감사 대상이었다. 우크라이나 재무부 감사처는 2006년 12월 위 위반 사항을 확인하는 감사 보고서를 작성하고 2007년 5월 계약 종료 검토를 포함한 是正 권고 서한을 대학에 발송하였다. 2007년 9월 대학은 B&P에게 계약 불이행을 이유로 계약 종료를 요청하였으나 B&P가 거절하자 2007년 10월 Kiev 법원에 계약 취소 청구 소송을 제기하였다. 그러나 재판부는 이 사건은 ICSID 관할 사항이므로 법원은 관할권이 없다고 판정하였다. 대학은 다시 소송을 제기하였고 새 재판부는 법원의 관할권을 인정하였다.

재판이 진행되는 동안 B&P는 2007년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 2008년 대학 승소 판정(계약 취소 판정)이 내려졌으며 2008년 1월 B&P는 상소하였으나 기각되었고 상급 법원에 다시 상소하였으나 역시 기각되었다. 2008년 3월 대학은 B&P에 호텔 퇴거를 요청하였으나 거부당하자 2009년 1월 법원의 강제 집행 허가를 받아 물리력을 동원하여 B&P를 퇴거시켰다.



| Taras Shevchenko 국립 대학 |

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 2006년 감사처의 감사가 i) 우크라이나 법에 의해 수행되지 않았고 ii) 감사 과정 중 공정 절차(due process)가 준수되지 않았으며 iii) 대학에 계약 종료를 지시한 2007년 5월 재무부 서한은 권한 남용이며 이들 사항은 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하고 사실상 청구인의 재산을 수용한 것이라고 주장하였다. 중재 재판부는 청구인이 i), ii) 주장은 사실로서 입증하지 못했다고 일축하였으며 iii) 2007년 5월 시정 사항을 적시한 서한 내용은 대학으로 하여금 계약 종료까지도 포함하여 검토할 것을 권고한 것이 문언 상 명백하므로 계약 종료를 지시한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서 감사처가 투자자의 재산을 수용한 것이라는 청구인의 주장도 배척하였다 (판정문 213-220).

청구인은 2007년 5월 재무부의 서한은 대학으로 하여금 계약 종료를 명령하는 것이므로 재무부가 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였다. 판정부는 수용이 인정되기 위해서는 재무부 감사처의 행위가 2003년 계약상의 청구인의 권리를 실질적으로 박탈(substantial deprivation)할 정도라는 것을 청구인이 입증해야 하나 그러하지 못했다고 일축하였다. 판정부는 재무부 감사처의 행위는 우크라이나 법에 따라 이루어진 것이며 계약 종료의 최종 결정은 대학이 자율적으로 했다고 판단하였다(218-220).



2) 대학 행위 책임의 국가 귀속성

청구인은 2003년 계약 불이행 사정이 있다면 대학 측이 원만한 시정을 위해 청구인과 협의하지 않고 계약을 종료할 구실을 찾거나 외적인 절차에 의존한 것은 선의에 배치되는 행위라고 주장하고 공정·공평 대우 의무 위반이라고 비난하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장은 대학의 그릇된 행위의 책임이 결국 우크라이나 정부에 귀속된다는 것인데 대학의 행위 자체의 불법 여부를 살펴 볼 필요도 없이 대학의 행위에 우크라이나 정부가 책임질 일이 없으므로 청구인의 주장을 수용하지 않는다고 밝혔다. 즉 불법 행위의 책임을 국가에 귀속시키기 위해서는 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 4, 5, 8조상 행위자가 국가의 기관이거나 법에 의해 국가 권한을 행사하거나 국가의 지시, 통제 하에 해당 행위를 했어야 하는데 Shevchenko 대학은 어디에도 해당되지 않으므로 대학의 행위 책임을 우크라이나에 귀속시킬 수 없다고 확인하였다(228).

3) 우산 조항

청구인은 투자협정 II(3)(c)조³¹²의 우산 조항 상 우크라이나 정부가 2003년 계약 위반 책임이 있다고 주장하였으나 중재 판정부는 우산 조항은 투자협정의 체결 당사자 또는 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 있는 행위자가 체결한 계약을 위반하였을 때 적용되는 것인데 문제가 된 2003년 계약의 체결 주체는 Shevchenko 대학이고 동 대학의 행위 책임이 우크라이나에 귀속되지 않는다는 것은 이미 확인된 바이므로 우산 조항을 적용할 수 없다고 판정하였다(243-246).

2003년 계약에는 분쟁 발생 시 우크라이나 국내 법원을 이용해야 한다고 규정하고 있었다. 대학은 이 사건을 우크라이나 법원에 제소하였고 법원은 3심 절차를 모두 마친 끝에 이 사건에 대한 관할권이 있고 계약을 종료하라는 판결을 내렸다. 청구인은 투자협정도 우크라이나 법체계의 일부를 구성하는 것이므로 B&P와 대학 간의 분쟁을 우산 조항에 의거, 투자협정의 분쟁해결에 회부할 수 있다고 주장하였다. 판정부는 B&P와 대학 간의 계약 분쟁은 계약 규정에 따라 우크라이나 국내 법원이 배타적인 관할권을 갖는다고 밝혔다. 이 사건에서 B&P는 이미 계약의 분쟁해결 조항에 따라 우크라이나 법원에 제소하여 3심 절차를 모두 마쳤고 우크라이나 법원은 2003년 계약을 종료한다는 최종 판결을 내렸으므로 청구인은 B&P의 2003년 계약상의 권리를 우산 조항에 의거 다시 주장할 수 없다고 확인하였다(256-259).

312] II.3.c. Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.



4) 우크라이나 법원 및 법무부의 공정·공평 대우 의무 위반

우크라이나 법원은 당초 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판정하였으나 다른 재판부에 의해 관할권이 있다고 번복되었고 이 판정은 3심까지 계속 확인되었다. 청구인은 관할권이 없다는 최초의 판정은 일종의 기판력(*res judicata*)이 있어 우크라이나 법원이 국제법 원칙인 기판력의 원칙을 준수하지 않은 것은 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 기판력의 원칙이 일반 국제법상의 원칙이기는 하나 최종 판결의 기판력이 인정되는 것이지 절차상의 모든 결정이 기판력이 있는 것은 아니며 우크라이나의 사법 절차가 이 사건을 심리함에 있어 법 규정 및 절차대로 진행된 것이 확인되므로 청구인이 정당한 절차(*due process*)를 제공받았다고 보고 청구인의 주장을 기각하였다(281-283).

다. 평가 및 해설

1) 공정하고 공평한 대우 의무 위반 기준

이 사건 판정부는 공정·공평 대우 의무 위반이 되기 위해서는 시비되는 국가의 작위 부작위가 일정 수준의 적정성을 위배하고 투자자에게 피해를 초래하며 피해와 인과관계가 있어야 한다고 보았다. 구체적인 요소로서 정당한 절차의 부인, 사법 절차나 국가 행위상의 투명성 부재, 투자 유치국의 횡방, 강요, 권한 남용, 악의, 국가 행위의 자의성, 차별성, 비일관성을 제시하였다. 공정·공평 대우 의무 위반이 되기 위한 행위의 정도와 양태에 대해 이전의 판례를 종합하여 제시한 사건은 *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건(ARB(AF)/00/3)이 있다. 이 사건 판정부는 최소 기준 대우는 청구인에게 해를 미친 국가의 행위가 자의적이고 총체적으로 불공정하며 부당하고 유별하며 차별적이고 인종적인 편견을 드러내거나 공정한 절차를 결여하고 있어야 위반에 해당한다고 보았다. 공정한 절차의 결여는 자연스런 정의가 사법 절차상 명백히 실패하였거나 행정 과정상의 투명성과 솔직성이 완전히 결여되어 사법적인 타당성을 침해하는 결과를 수반하는 것이라고 부연했다³¹³⁾.

313] Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposed claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. [Award para. 98]



2) 우산 조항

이 사건 판정부와 유사하게 청구인이 아르헨티나에 설립한 자회사와 아르헨티나 정부 간에 체결된 계약 위반이 문제가 되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서 중재 판정부는 분쟁이란 외국인 투자자와 정부 간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 시비를 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 시비는 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문531-533). *El Paso* 사건은 투자 계약의 청구인측 체결자의 자격이 문제된 것이나 이번 사건은 투자 유치국 측의 체결자의 자격이 문제된 것이 다르다. 우산 조항과 관련된 여타 쟁점에 관한 ICSID 중재 판정에 대한 해설은 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 설명에 기록하여 두었다.

3) 기판력(*res judicata*)

엄밀한 의미에서의 기판력이란 이미 최종 판결이 난 사항에 대해서는 같은 분쟁 당사자 간 동일한 내용의 쟁송을 금하는 것이다. 당사자가 다르고 쟁송되는 내용도 다를 경우에는 구속력 있는 원칙은 아니며 동일 내용의 이전 판결을 존중해야 한다는 의미 정도이다. 이전 재판에서 어떤 법률적 사실적 판결이 이미 내려진 경우 후속 재판부가 이에 구속되어야 한다는 원칙은 없다. 동일한 법률이 체계적으로 조직되어 있는 사법부에 의해 적용, 해석되는 경우 상급심, 특히 최종심의 판결이 선례가 되어 후속심을 구속하기는 하나 사안의 내용과 시대의 변천에 따라 이전 선례와 상이한 후속 판례가 나오기도 한다. 국제 중재에 있어서는 기판력의 개념이 국내 사법 제도와 비교할 때 현저히 약하다. 국제 중재 판정부는 상하급심의 위계 개념도 없으며 타 사건 판정부와는 독립적이다. 국내 법원과는 전혀 별개의 사법 체제이다. 투자 유치국의 국내 법원의 판결이나 타 국제 중재의 판정 및 기타 국제 재판의 결과에 국제 중재가 구속되지는 않는다. ICSID 협약 42(1)조³¹⁴⁾는 중재 판정부로 분쟁 당사자가 동의하는 법규에 의해 판결하되 당사자가 동의하지 못할 경우 투자 유치국의 국내법과 국제법을 적용하도록 하고 있다. 타 사법

314) [1] The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.



기관의 판정에 의무적으로 구속되도록 규정하고 있는 조항은 없다. 판정 무효로 인해 신규 판정부가 구성되더라도 무효화되지 않은 원 판정은 심리할 수 없다는 규정은 있다.

이 사건을 포함하여 ICSID 중재 판정에서 *res judicata*가 언급된 사례를 살펴 보면 *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건에서 원 판정이 일부 무효화된 후 구성된 신규 판정부는 무효화되지 않은 원 판정은 신규 판정부가 심리할 수 없다는 ICSID 중재 규칙 55(3)조³¹⁵⁾ 규정에 따라 자신들은 원 판정의 무효화되지 않은 부분은 검토할 수 없고 이 부분은 기판력(*res judicata*)이 인정되며 그 판정에 종속된다고 자신의 심리 범위 한계를 환기시켰다. 국내 법원에서 판결된 분쟁과 ICSID 중재 신청된 분쟁의 동일성 여부가 쟁점이 되었던 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에서 중재 판정부는 두 분쟁이 동일하다고 판단하였고 페루 국내 법원 판결 내용이 자신의 결론에 영향을 미치지 못한다고 언급하여 기판력(*res judicata*)을 인정하지 않았다. (판정문 56-57). *EDF vs. Argentina* 사건(ARB/03/23)에서 아르헨티나는 청구인이 아르헨티나 국내 법원에 소송을 제기하여 판결이 난 사항은 중재 판정부를 구속하는 기판력(*res judicata*)이 있다고 주장하였으나 판정부는 국내 법원은 국내법에 따라 계약 위반 사항을 심리하는 것이나 중재 판정부는 협정 위반 사항을 심리하는 국제법상의 쟁점을 다루는 곳이므로 국내 법원의 판결에 구속되지 않는다고 확인했다. 특히 중재 판정부가 국내 법원 판결을 고려해야 할 경우는 두 분쟁이 동일한 경우인데 국내 소송 당사자와 이 사건 당사자가 상이하며 국내 사건은 계약 위반을 다루는 것이나 중재 사건은 협정 위반을 심리하므로 소송 대상이 상이하고 기준 법규도 양허 계약 및 국내법과 투자협정 및 기타 관련 국제법이라는 측면에서 상이하므로 분쟁 동일성이 인정되지 않는다고 판시하였다.

이 사건(*Bosh, B&P vs. ukraine* 사건)에서 판정부는 청구인은 하급심의 판단을 무시한 상급심의 행위가 기판력 위반으로 인한 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 중재 판정부는 기판력의 원칙이 일반 국제법상의 원칙이기는 하나 최종 판결이 선례로서 인정되는 것이지 절차상의 모든 결정이 선례가 되는 것은 아니며 우크라이나의 사법 절차가 이 사건에 심리에 있어 법 규정 및 절차대로 진행된 것이 확인되므로 청구인이 적법절차(*due process*)를 제공 받았다고 보고 청구인의 주장을 기각하였다(판정문 281-283). 청구인이 과거에 이미 ICSID 중재 판정에서 패소한 사안을 청구인을 추가하고 근거 협정을 바꾸어 다시 중재를 신청한 *RSM vs. Grenada* 사건(ARB/10/6)에서 Grenada는 청구인의 위반 주장은 이미 1차 판정에서 심리되고

315) [3] If the original award had only been annulled in part, the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled.



판정이 난 것과 동일 사안이므로 쟁점효(collateral estoppels) 원칙³¹⁶에 의해 기각되어야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 1차 중재의 사실 관계, 쟁점, 권리에 대한 판정의 결과에 구속된다고 판단하고 1차 중재에서 판정된 사실은 쟁점효의 원칙에 따라 이번 중재에서 다시 다룰 수 없다고 보았다. 중재 판정부는 ICSID 판정은 분쟁 당사자를 구속하고 상소나 다른 구제 수단의 대상이 되지 않는다고 규정한 ICSID 협약 53조³¹⁷에 따라 1차 판정 내용을 재심리할 수 없다고 결론 내렸다. 설사 1차 심리가 ICSID 중재가 아니라 국내 법원의 판결이라 할지라도 투자협정상의 쟁송 기관은 사법 부인을 다투는 것이 아니라면 이를 재심리할 수 없다고 첨언하였다.

분쟁 내용 중 일부가 이미 이전 ICSID 중재 판정에서 심리된 후 다시 ICSID 중재 판정부가 구성된 *Caratube & Hourani vs. Kazakhstan* 사건(ARB/13/13)에서 카자흐스탄은 이전 *Caratube vs. Kazakhstan* 사건(ARB/08/12) 판정부가 이미 판정한 것은 배제효(collateral estoppels) 원칙에 따라 이번 중재에서는 심리하지 말아야 한다고 주장하였으나 중재 판정부는 이전 중재에서 판정된 관할권 문제는 ICSID 25(2)(b)조의 요건 충족 여부를 투자협정에 근거하여 판정하였으나 이번 중재는 투자협정 외에 2002년 체결된 계약과 카자흐스탄 투자법에 근거하여 제기되었으므로 결정해야 할 사항이 반드시 이전 중재와 동일하지 않고 이전 중재 판정이 쟁점 사항에 대해 최종적인 판정을 내린 것도 아니라고 지적하고 중재 판정부는 이번 심리에서 쟁점 배제효에 구애 받지 않는다고 밝혔다(판정문 471-475). 같은 논리로 이전 중재 판정의 기판력(res judicata)도 중재 판정부는 인정하지 않았다.

316] 이전 재판에서 재판부가 심리하고 판단한 쟁점, 사실 관계에 대해 나중의 다른 재판 심리에서 동일한 쟁점, 사실을 다투게 되었을 경우 이전 재판의 판단에 반하는 주장·증명을 허용하지 않고 이것과 모순되는 판단을 금지하는 효력

317] 53(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.



119

Caratube vs. Kazakhstan 사건(ARB/08/12)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 ICSID 협약 25(2)(b)조에 규정된 외국인 통제 하에 있는지와 ICSID 협약 및 투자협정상의 투자를 실제 실행하였는지가 쟁점이 된 관할권 사건이다.

청구인 CIOC(Caratube International Oil Company)는 카자흐스탄 유전 개발 회사이다. 이 회사 창업자와 친척 관계에 있는 Devincci Hourani는 2004년 5월 이 회사의 주식 85%를 약 6,500불에 구입하였고 추가 구매 및 매각 등을 통해 2006년 5월 이후에는 주식의 92%를 소유하고 있었다. 그는 팔레스타인인으로서 2001년 7월 미국 국적을 취득하기 전까지는 무국적자로서 1990년대 초부터 형제들과 함께 카자흐스탄에서 축산, 언론 등 각종 사업을 영위하였다. 유전 개발 사업은 시행한 적이 없었다.

2002년 5월 카자흐스탄 에너지부는 CCC(Consolidated Contractors Co.)라는 회사와 Caratube 유전 지대 탐사 및 개발 계약을 체결하였다. CCC는 이 계약을 2002년 8월 CIOC에게 9,400만 불에 매각하였다. 개발 계약상의 권리 의무를 승계한 CIOC는 계약 규정에 따라 탐사정 굴착, 지질 조사 등 5개년 작업 계획을 수립하고 매년마다 이행 상황을 카자흐스탄 당국으로부터 평가받아야 했다.

2003년 12월 카자흐스탄 당국은 당해 년도 사업 진척도가 44%에 불과하다고 지적하고 시정을 요구한 이래 유사한 환경이 매년 반복되었으며 2007년 10월 개발 계약 종료 의사를 통보하였다. CIOC의 즉시 시정 약속을 감안하여 실제 종료 통지는 이루어지지 않았으나 약속 사항이 이행되지 않자 2008년 5월 카자흐스탄 에너지부는 계약 종료를 통보하였고 2008년 6월 CIOC의 계좌가 동결되었다. CIOC의 계약 수행 의지나 역량을 심각하게 의심하게 된 카자흐스탄 사법 당국은 2007년부터 소유주 Devincci Hourani를 수 차례 연행, 조사하였고 청구인 CIOC를 압수 수색하는 등의 수사가 진행되기도 하였다.

청구인 CIOC는 카자흐스탄의 개발 계약 종료와 부당한 수사 행위가 미국-카자흐스탄 투자협정상의 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 차별 대우 및 보상 없는 수용 금지 위반이라고 주장하고



2008년 6월 ICSID 중재를 신청하였다. 카자흐스탄은 청구인이 외국인 통제 하에 있지 않으며 Hourani가 실제 투자한 바가 없다는 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) ICSID 협약 25(2)(b)조 및 투자협정 VI(8)조 요건

ICSID 협약 25(2)(b)조³¹⁸⁾는 분쟁 당사국의 회사라 할지라도 분쟁을 제기하는 청구인의 국가의 국민에 의해 통제되고 있으면 분쟁 당사국의 동의 아래 ICISD 중재 관할권이 적용된다고 규정하고 있다. 청구인 CIOC는 카자흐스탄 기업이지만 미국인 Hourani의 소유이므로 이 조항에 의거하여 ICSID 중재를 제기한 것인데 카자흐스탄은 이 조항의 통제란 단순한 명목상의 소유가 아니라 실질적으로 통제하고 있음이 증명되어야 한다는 입장이었다. 또한 Hourani가 CIOC 주식을 취득한 가액이 소소하고 특별한 위험을 부담한 것도 아니므로 CIOC가 Hourani의 투자에 해당하는 것도 아니라고 주장하였다.

중재 판정부는 미국-카자흐스탄 투자협정 VI(8)조에 ICSID 협약 25(2)(b)조와 유사한 내용을 규정하고 있으므로 두 조항을 함께 고려해야 한다고 보았다. 투자협정 VI(8)조³¹⁹⁾는 분쟁 발생 직전에 적법하게 설립된 일방 계약국의 회사는 타방 계약국 국민 또는 회사의 투자이면 ICSID 협약 25(2)(b)조에 의거하여 타방 당사국의 국민이나 회사로 취급된다고 규정하고 있었다. 판정부는 이 조항에서 언급하고 있는 국민, 회사의 의미는 투자협정 I조에 적시된 각각의 정의상 매우 명료하나 투자의 경우는 I(1)(a)조³²⁰⁾에 투자란 모든 종류의 투자를 의미한다고(‘investment’

318) [2] ‘National of another Contracting State’ means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

319) 8. For purposes of an arbitration held under paragraph 3 of this Article, any company legally constituted under the applicable laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof but that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of nationals or companies of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party in accordance with Article 25(2)(b) of the ICSID Convention.

320) 1. For the purposes of this Treaty,

(a) ‘investment’ means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly



means every kind of investment) 정의되어 있어 보다 심층적인 분석이 필요하다고 보았다. 통상의 투자협정에는 투자란 모든 종류의 자산(investment means every(or any) kind of asset)이라고 규정하고 있는데 반해 굳이 asset 대신 investment로 기재한 데에는 필시 asset 과는 다른 의미를 부여하려는 의도가 있어 보인다고 판단하였다. 판정부는 미국-카자흐스탄 투자협정 서문에 사적 자본의 흐름과 이를 통한 경제 발전을 언급하고 있는 점에 주목하여 해당 서문의 견지에서 볼 때 투자란 본질적으로 경제와 관련된 자본의 흐름(flow of capital that is economic in nature)으로 이해된다고 논시했다. 따라서 특정 투자가 특정 투자자의 투자라고 인정되기 위해서는 투자된 자본과 투자자 간에 일정 정도의 경제적인 연계가 있어야 한다고 보았다(판정문 333-360). 이는 곧 경제적인 의도나 목적 아래 일정 정도의 자본(반드시 금원을 의미하는 것은 아님)을 투입하는 것을 투자로 이해하는 것으로서 결국 *Salini test*의 투입성, 위험성 요건을 의미하는 것이다.

2) 투자 요건 충족 여부

중재 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조와 투자협정 규정을 종합할 때 이 사건 관할권 존부 판단 요소는 아래와 같이 요약된다고 정리하였다(361).

- CIOC가 카자흐스탄의 기업일 것
- CIOC가 미국민의 투자일 것
- CIOC에 대한 미국민의 소유나 통제가 입증될 것
- 수익 창출을 위한 자본의 투입과 일정 정도의 위험성이 입증될 것
- 미국 국민일 것
- b)항 요건은 분쟁으로 이어지는 사건 발생의 직전에 존재했을 것

판정부는 a)항과 b)iii)항은 확실한 증거도 제출되었고 카자흐스탄도 인정하고 있으므로 충족된다고 확인했다. b)i)항 소유와 관련하여 판정부는 청구인은 Hourani가 CIOC의 주식 92%를 매입을 증명할 수 있는 문서 제출을 요구하였으나 청구인은 카자흐스탄 사법 당국에게 압수당했다고 주장했으며 카자흐스탄은 이 문서를 제출하지 않았다. Hourani가 CIOC의 주식 92%를 보유하고 있는 사실이 언급된 별도의 문서를 통해 간접적으로 확인되고 카자흐스탄도 주식 보유 사실

by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:



자체에 대해서는 시비하지 않고 있으므로 판정부는 비록 청구인이 Hourani의 소유 사실에 대한 입증 책임을 다하지 못했다는 이유만으로 관할권을 부인할 수는 없다고 결론 내렸다(385-396).

b)i)항 통제와 관련하여 카자흐스탄은 소유권이 통제를 증명하는 것은 아니며 실질적으로 통제권을 행사하였다는 점이 입증되어야 한다고 주장했다. 판정부는 이를 수용하여 통제권 존재는 청구인에게 입증 책임이 있다고 판단하였다. 청구인은 CIOC의 이사회 의사록 등 Hourani의 역할을 입증할 수 있는 직접적인 자료는 제출하지 못했으며 제출된 일부 자료는 위조, 허위임이 밝혀져 심리 중에 철회하기도 하였다. 판정부는 청구인 이 같은 행태는 Hourani의 실효적 통제권 행사 사실을 입증하는 문서상의 증거를 제기하지 못한 점을 평가할 때 고려하겠다고 질책하였다. 청구인은 회사 정관이나 조직표 등을 제출하여 소유주가 일정 권한이 있음을 입증하려 하였으나 판정부는 실효적 통제권을 행사하였다는 증거로 보기에 불충분하다고 판단하고 청구인이 ICSID 협약 25(2)(b)조가 요구하는 ‘통제’의 입증 책임을 다하지 못했다고 결론내렸다(401-407).

b)ii) 재원의 투입 여부에 대해 판정부는 Hourani가 청구인 지분 92%를 매입하기 위해 지불한 금액은 6,500 미불이나 당시 청구인은 이미 940만 불을 지불하고 유전 개발 계약을 인수하였고 이 번 중재에서 카자흐스탄에게 10억불 이상을 청구하고 있는 점에 비추어 볼 때 거래의 적정성을 의심할 수밖에 없는 상황이라고 지적하였다. 청구인이 Hourani가 실제로 6,500불을 지불했는지도 입증하지 못하고 있는 점도 지적하였다. Hourani는 개발 계약 매도인 CCC의 대주주의 부채를 자신이 보증했기 때문에 현저히 낮은 가격으로 CIOC 주식을 매수할 수 있었다고 증언하였으나 판정부는 부채 인수 및 보증에 관한 문서의 내용이 금액 규모에 비해 워낙 소략하고(1 page) 내용도 부채 인계, 인수자를 반대로 기입하는 등 치명적인 오류가 있으며 합의 이후의 미래 상황이 기재되어 있는 등 그 진실성을 인정하기가 어렵다고 보았다. 투자자와 투자간의 경제적 연계에 대해서도 판정부는 940만불을 지불하여 대규모 유전 개발 계약을 인수하고 10억불 손해 배상을 청구하는 기업의 주식 태반을 6,500불로 매입하였다고 하나 Hourani가 실제 자본을 투입하였다는 증거도 없고 감수해야 할 위험성도 없는 거래이므로 어떠한 경제적 연계도 확인되지 않는다고 판단하였다(439-457).

카자흐스탄은 Hourani의 주식 매입은 그의 미국 국적을 이용하여 ICSID 중재 관할권을 확보하기 위한 것일 뿐이며 선의에 기반한 것이 아니므로 투자로 볼 수 없다는 주장도 제기하였다. 판정부는 Hourani의 주식 매입 시점 전에 이미 CIOC의 개발 계약 의무 불이행이 지적된 점을 볼 때 그러한 추론이 신빙성이 있어 보이는 하나 미국적이 해당 거래의 유일한 동기라는 충분한 증거도



없고 투자의 동기가 투자의 정의나 요건도 아니므로 선의 여부는 더 이상 심리하지 않겠다고 밝혔다(458-467).

판정부는 이상의 심리를 종합할 때 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판정하였다.

다. 평가 및 해설

외국인 통제로 인해 ICSID의 관할권이 적용되는 사건에서 흔히 쟁점으로 제기되는 것은 통제의 판단 요건과 시점이다. 통제가 실효적인 지배와 통제 권한의 행사를 의미하는지 소유권과 같이 통제할 수 있는 잠재적 법적인 권한의 보유를 의미하는지, 단순한 외견상의 소유권을 보유하는 것이 아니라 실질적인 소유자로서 보유해야 하는 것인지 등이 통제의 판단 요건에 관한 것이다. 이에 대해 지금까지의 ICSID 판정부의 견해는 일치된 것이 없다. 실효적 통제를 의미한다고 해석한 판정부도 있으며 형식적인 소유권 보유를 인정한 경우도 있다. 이 사건 판정부는 소유권이 통제를 증명하는 것은 아니며 실질적으로 통제권을 행사하였다는 점이 청구인에 의해 입증되어야 한다고 보았다.

GFT vs. Macedonia 사건(ARB/12/31)에서는 판정부는 ‘통제(controlled)’란 실제 통제 행위가 행사된다는 것을 의미하는 것인지 명목상의 소유권이나 통제할 수 있는 잠재적 능력을 뜻하는 것은 아니라는 마케도니아의 주장을 수용하여 형식상의 법적인 소유주가 실효적 통제권을 행사한 증거를 아무것도 제시하지 못하였으므로 청구인을 직접, 간접적으로 통제했다고 볼 수가 없다고 판시하였다(판정문134-136).

반면에 *TSA vs. Argentina* 사건(ARB/05/5)에서 아르헨티나는 청구인 TSA의 모기업은 영업 활동 실적이 없고 소재지에는 무려 255개의 기업이 등록되어 있으며 TSA 설립 5일전에 설립된 회사인 점에 비추어 TSA를 실효적으로 통제(effective control)하고 있지 않다고 주장하였으나 판정부는 모기업이 네덜란드 등록 법인이고 TSA의 지분 100%를 소유하고 있으므로 ICSID 협약 25(2)(b)조의 외국인 통제 요건은 충족한다고 보았다. 베네주엘라 기업 Polar사가 Gambrinus라는 바베이도스 기업의 통제 하에 있는지가 쟁점이 된 *Gambrinus vs. Venezuela* 사건(ARB/11/31)에서 판정부는 근거 협정인 바베이도스-베네주엘라 투자협정에 실효적으로 통제된다는 구절이 있음에도 불구하고 체약국이 동의할 경우 타국에 의해 소유, 통제되는 자국 기업에 대해서도 ICSID 중재를 적용할 수 있다는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 투자협정에 반영한 것일 뿐이라고 해석하여 실효적



통제에 의미를 부여하지 않았다.

이 사건은 외국인 통제 하에 있어야 하는 시점을 분쟁으로 이어지는 사건 발생 직전으로 보았으나 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1) 판정부는 25(2)(b)조 후단의 on that date란 전단의 ‘양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날(the date on which the parties consented to submit such dispute to ... arbitration)’을 의미한다고 확인하였고 *TSA vs. Argentina* 사건(ARB/05/5) 판정부 역시 ICSID 중재 동의일 기준으로 외국인 통제 하에 있었다는 것을 요구한다고 판단하였다.

외국인 통제에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건 (ARB/92/1)에 수록되어 있다.



120

Alapli Elektrik vs. Turkey 사건(ARB/08/13)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 실제 자신의 자산을 투자한 것이 아니라 타인 자산이 투자되는 통로로 이용되었을 뿐이고 국제 중재 청구 자격을 구비하기 위한 목적으로 청구인에게 외형상의 투자자 자격을 부여한 것으로 판단된다는 이유로 관할권이 부인된 사건이다.

터키 정부는 건설사가 화력 발전소를 설계, 자원 조달, 건설, 소유, 운영 후 터키 정부에 이전하는 방식의 발전소 건설 계획을 구상하고 있었다. 1995년 터키인 2명은 정부와 발전소 건설 계약을 체결하기 위해 회사(Fisrt Project Company, FPC)를 설립하였고 1998년 9월 터키 정부와 계약을 체결하였다. FPC는 미국의 한 회사와 이 발전소 건설을 위한 EPC(Engineering, procurement, construction) 하청 계약을 체결하였고 이 미국 회사의 계열 회사와 자원 조달에 관한 별도 약정을 체결하였다. FPC는 복수의 투자자를 유치하여 실제 공사 및 향후 운영 등 프로젝트 전반을 관장할 시행사(Second Project Company, SPC)를 터키 법인으로 설립하였다. SPC 투자자 중 하나가 100% 소유하고 있는 네덜란드 지주 회사가 1999년 4월 설립한 자회사가 이 사건 청구인 Alapli Elektrik이다. 이 회사는 SPC의 지분을 소유하였다. 터키 정부는 2000년 초 이 계약 진행과 수익 확보에 부정적인 영향을 줄 수 있도록 국내법을 재개정하였고 청구인은 이러한 조치는 자신의 투자에 손실을 초래하는 등 투자협정상의 투자자 보호 의무를 위반한다고 시비하였다.

청구인은 2008년 7월 네덜란드-터키 투자협정 및 에너지 헌장 조약(Energy Charter Treaty) 조약을 근거로 ICSID 중재를 신청하였다. 터키는 청구인이 투자협정상의 투자자, 투자 요건을 충족하지 못했다고 주장하며 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

판정부 중 1인은 청구인의 재원이 SPC에 투입된 과정을 심사한 결과 EPC 계약을 체결한



미국 회사가 실제 재원의 소유자이고 청구인은 단지 그의 재원이 SPC에 투입되는 통로로 이용된 것으로 판단했다. 청구인 구좌에서 타 구좌로 송금될 경우 수수료까지 해당 미국 회사가 나중에 청구인에게 보전해 준 것을 확인하였고 투입된 재원에 대해 청구인은 아무런 의미있는 통제권을 갖지 못했으며 재원 투입에 따른 아무런 위험성도 부담하지 않은 사실을 확인하였다. 중재인은 투자협정 및 ETC 상 투자자가 되기 위해서는 적극적인 투입이라는 의미의 실질적인 투자를 행해야 하나 청구인은 이를 입증하지 못했다고 보았다. 중재인은 해당 조항에 investment of investor로 기재되어 있음을 지적하고 investor란 위험성을 부담하고 일정 기간 자신의 재원을 투자하는 사람이라는 사전적 의미까지 제시하면서 SPC는 청구인의 투자가 될 수 없다고 밝혔다.

또 다른 중재인은 위 중재인과 다른 측면에서 SPC는 청구인의 선의의 투자가 아니라고 판단했다. 네덜란드 지주 회사가 청구인의 지분을 명목상일 수는 있어도 보유하고 있는 것은 사실이나 청구인이 SPC의 소유자로 등장하게 된 시점은 이미 SPC와 터키 간의 이권이 노골화되기 시작한 때이고 이 시기에 청구인이 SPC 지분을 매입하게 된 사유에 대한 각종 자료와 증언에 비추어 볼 때 향후 분쟁 발생 시 국제 중재를 활용하기 위한 보험으로서 행해진 것이 확실시 된다고 판단했다. 중재인 2인은 이러한 논거로 이 사건에 대한 관할권은 인정되지 않는다고 판시하였다. 3인 중재인 중 1인은 ICSID는 이 사건에 대해 물적, 인적, 시간적 관할권을 모두 갖는다는 소수 의견을 밝혀 다수 의견에 동의하지 않았다.

다. 평가 및 해설

1) 투자자 요건

투자협정에서 투자자란 일방 계약국의 영토 내에 투자를 한 타방 계약국의 기업이나 국민을 말한다. 투자협정의 보호 범위를 넓히기 위해 투자를 하고 있거나 할 예정인 기업이나 국민을 포함하기도 한다. 투자협정에서 투자자가 중요한 이유는 내국민 대우나 최혜국대우 등 실체적인 권리가 부여되는 대상이며 동시에 투자 분쟁을 제기하는 주체이기 때문이다. 투자자의 요건은 ICSID 협약에 기재되어 있기도 하다. 투자 분쟁에서는 분쟁의 객체와 주체가 되는 투자자가 투자협정상의 투자자 요건을 충족하였는지 여부가 흔히 쟁점으로 제기된다. ICSID 중재 관할권은 분쟁이 제기되는 협약 당사국과 타방 당사국 국민 간의 투자와 직접적으로 관련된 법적인



분쟁에 적용된다. 타방 당사국 국민이 곧 투자협정상의 투자자가 된다. ICSID 협약은 타방 당사국 국민의 요건을 자세히 나열하고 있다. 투자협정도 타방 체약국의 기업이나 국민에 대해 정의하고 있다.

ICSID 협약 25(2)조에 규정된 ‘타방 체약국의 국민’이 되기 위한 요건은 자연인일 경우 i) 분쟁 당사자들이 해당 분쟁을 (ICSID) 중재에 회부하기로 동의한 날 또는 ICSID 사무총장이 중재 신청을 등록한 날에, ii) 분쟁이 제기된 체약국이 아닌 체약국의 국적을 가진 자연인이되, iii) 위의 두 날짜 중 어느 한 날짜에도 분쟁이 제기된 체약국의 국적을 갖고 있지 않을 것 3개이다(25(2)(a)³²¹조).

법인일 경우 i) 분쟁 당사자들이 해당 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에, ii) 분쟁이 제기된 체약국이 아닌 체약국의 국적을 가진 법인이거나, iii) 위의 날짜에 분쟁이 제기된 체약국의 국적을 가진 법인이지만, iv) 외국인 통제로 인해, iv) 분쟁 당사자들이 타방 체약국의 국민으로 대우하기로 합의한 경우이다(25(2)(b)³²²조).

국적 보유 기준일(중재 회부 동의일 또는 중재 신청 등록일)을 제외하면 결국 ICSID 협약의 투자자 요건은 분쟁 당사국이 아닌 체약국의 국적 보유 여부로 요약된다. 국적 보유 자격 및 요건은 각 회원국의 주권 사항이므로 ICSID 협약에서는 아무런 기준을 제시하고 있지 않다. 결국 국적 보유 문제는 개별 투자협정의 규정을 살펴 볼 수밖에 없는데 보통은 체약국의 관련 법령에 의거하여 국적을 보유한 자연인 또는 법인이라고 규정하는 것이 보통이다. 투자협정에서 투자자란 일방 체약국의 영토 내에 투자를 한 타방 체약국의 기업이나 국민으로 정의되는 것이 통상이므로 ICSID 투자 분쟁에서 투자자와 관련되어 제기되는 쟁점은 국적성, 시일성, 외국인 통제성 그리고 해당 투자와의 실질적 관계성이다. 여기에서는 실질적 관계성에 관한 ICSID 중재 판정 사례를 살펴본다.

실질적 관계성은 투자를 했는지 여부이다. 투자자란 표면적인 의미 자체가 나타내듯이 투자를

321] [2] ‘National of another Contracting State’ means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

322] (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.



한 사람이다. 투자를 한 사실은 그 투자가 투자자의 소유인지가 중요한 판단 기준이 된다. NAFTA 1139조³²³⁾에서는 상대국의 투자를 상대국 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하고 있는 투자라고 정의하고 있다. ICSID 중재에서는 청구인이 시비가 된 투자의 정당한 소유자인지 여부가 흔히 제기되었다. 정당한 소유 여부 사실 자체가 시비가 되어 사실 관계 조사와 심리가 주로 진행된 판정이 있고 외형상, 형식상의 소유 관계는 인정이 되나 실질적인 소유 관계를 위장하기 위한 허위, 가장 소유의 처리 방안이 주로 다투어진 판정이 있다. 전자의 경우는 *Quiborax vs. Bolivia* 사건과 *Cementownia vs. Turkey*, *Libananco vs. Turkey*, *Europe Cement vs. Turkey* 사건이 대표적이다. 후자의 경우는 *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건, *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건이 있다.

2) 소유의 실질성 관련 판례

청구인 소유의 회사(NMM)와 볼리비아 정부가 대립한 *Quiborax vs. Bolivia* 사건(ARB/06/2)에서 볼리비아는 청구인 Quiborax와 Allan Fosk가 NMM의 주식을 소유하고 있음을 입증할 매매 계약서, 주주 명부, 주식 양도 증명서 등 실체적인 근거가 없거나 위조한 것이라고 주장하였으나 판정부는 사실 관계를 조사하여 청구인이 분쟁 발생 이전에 적법하게 NMM 주식 자격을 취득한 투자자인 점이 인정된다고 판정하였다. 이와 반대로 *Cementownia vs. Turkey*, *Libananco vs. Turkey*, *Europe Cement vs. Turkey* 3개 사건에서는 청구인이 해당 투자를 소유하고 있다는 사실이 인정되지 못해 관할권이 부인되었다. 이 3개 사건은 모두 터키 재벌 Uzan 가문이 소유하고 있던 터키의 전기 회사 CEAS와 Kepez가 Uzan 가문 수장과 터키 총리와의 정치적 갈등으로 인해 터키 정부에 수용될 위기에 처하자 Uzan 가문이 재산 보호 차원에서 소유 지분을 친분이 있던 외국인 청구인에게 이전한 것과 관련이 있다. 3개 사건 청구인은 모두 CEAS와 Kepez의 소유 지분을 Uzan 가문으로부터 매입하여 투자자 자격을 획득하였다고 주장하였으나 터키는 국제 중재를 이용하여 재산을 보호하려는 Uzan 가문의 위장 거래라고 비난하고 청구인은 실제로 CEAS와 Kepez를 소유하고 있지 않다고 반박하였다. 판정부는 주식 거래에 관한 사실 관계를 조사한 후 분쟁 발생 시점에 CEAS와 Kepez를 소유하고 있었다는 사실을 입증하지 못했으며 따라서 ICSID에 제소할 수 있는 투자자에 해당하지 않는다고 판시하였다.

외형상의 소유 관계가 문제가 된 사건으로는 *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건

323) investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such party



(ARB(AF)/00/3)이 있다. 청구인인 Waste Management사는 멕시코 당국과 양허 계약을 체결할 당시 미국 회사가 Cayman 군도의 회사를 통해 소유하고 있었다. 법적인 소유자는 페이퍼 컴퍼니인 Cayman 군도 회사였던 관계로 멕시코 정부는 NAFTA 회원국이 아닌 제3국 국민이 소유하고 있는 투자는 NAFTA 협정상의 투자가 아니라고 주장하였다. 중재 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 내국민 대우, 수용 등은 부여 대상이 투자자가 아니라 투자 자체로 한정되어 있고 NAFTA 협정이 상대국 투자의 정의를 상대국 국민이 직, 간접적으로 소유하고 있는 투자라고 적시하고 있으므로 미국 회사가 Cayman 군도 회사를 경유하여 간접적으로 청구인을 소유하고 있는 것이 문제가 되지는 않는다고 보았다.

LESI-Dipenta vs. Algeria 사건(ARB/03/8)에서는 시비가 된 양허 계약을 체결한 회사와 중재를 청구한 회사의 법인격이 다르다는 이유로 투자자 자격이 인정되지 못했다. 중재 판정부는 중재를 청구한 주체는 이태리 상법상 등기된 정식의 LESI-Dipenta 콘소시움이나 양허 계약 체결자는 이 콘소시움과 법인격을 달리 할 뿐 아니라 이태리 관련법상 독립적인 법인격이 없는 편의상의 콘소시움을 확인하고 청구인은 계약 체결 당사자가 아니므로 중재를 신청할 적격을 갖추지 못했으며 이 사건은 따라서 판정부가 접수할 수 없다고 판정하였다(판정문 32-33).



121

GEA vs. Ukraine 사건(ARB/08/16)

가. 사건 개요

이 사건은 원료를 공급하고 생산품을 회수하는 계약의 위반(생산품 일부 횡령)에 대해 우크라이나 정부의 수용과 공장·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 대우 의무 위반이라는 청구인의 주장이 입증 불비로 기각된 사건이다.

New Klockner라는 독일 회사는 1995년 우크라이나 국영 기업인 Oriana 콤비나트에 연 20만 톤의 나프타 공급 계약 체결하였다. Oriana는 이를 원료로 사용하여 석유 화학 제품을 최종 생산품으로 생산하여 공급하는 내용이었다. New Klockner는 석유 화학 분야를 KCH라는 이름의 자회사로 분사하였고 KCH는 1996-98년 Oriana와 협의하여 이전의 공급 계약을 대폭 수정하였다. 1997년 12월 GEA Group Aktiengesellschaft(이하 GEA)라는 독일 기업이 KCH의 주식을 매입하였다. GEA가 이 사건 청구인이다.

1998년 7월 공급된 원료 나프타와 최종 생산품간의 격차가 발견되어 조사한 결과, 최종 생산품 12만 톤이 Oriana에 의해 절도 내지 횡령된 것으로 의심하게 되었다. 이를 조사하던 KCH의 조사관이 총격을 받고 부상을 당하는 일이 발생하였으며 청구인은 우크라이나 당국의 조사가 불성실, 미흡하다고 불만을 표시하였다.

1998년 8월 Oriana와 KCH는 미배달된 상품 목록을 작성하고 차액을 KCH에 대한 Oriana의 부채로 기록한 해결 약정을 작성하였고 Oriana는 실제 공급된 물량이 공급되었어야 하는 물량에 12만 톤 미달함을 인정하였다. 이를 지불하는 방법에 관해 양측은 27.6백만 불 상당의 현물을 Oriana가 KCH에 지급한다는 지불 약정을 1998년 9월 체결하였다. 지불 약정은 Oriana의 이사회 의장Sljuzar이 서명하였는데 당시 등기부에는 사장이 다른 사람으로 기재되어 있었다. 두 약정 모두 분쟁 시 국제 상공 회의소(ICC) 중재 법원을 이용토록 규정되어 있었다. 2001년 7월 KCH는 Oriana의 지불 약정 불이행을 이유로 ICC 중재를 신청하였고 2002년 11월 ICC 중재 판정부는 Oriana에게 300만 불을 KCH에 지급하도록 판결하였다.

2003년 3월 Oriana의 배상금 지급이 늦어지자 KCH는 ICC 중재 판정의 집행을 우크라이나



법원에 청구하였고 Oriana는 동 청구를 기각하여 줄 것을 요구하였다. 2003년 5월 우크라이나 법원은 지불 약정 서명 당시 Oriana의 이사회 의장은 등기부상 Mr. Chernik이므로 의장이 아닌 자가 서명한 지불 약정은 우크라이나 민법상 원인 무효라고 판시하고 ICC 중재 판정 집행 청구를 기각하였다. KCH는 2심 법원에 항소하였으나 패소하자 최고 법원에 상소하였고 최고 법원은 2004년 8월 1, 2심 판결을 파기 환송하였다. 파기 환송 1심은 KCH의 지불 요청은 청구 시한이 초과되어 권한이 없다고 판정하였고 2심, 대법원도 같은 견해를 표명하여 KCH는 결국 지불 약정상의 금액을 수령하지 못하였다.

GEA는 독일-우크라이나 투자협정을 근거로 2008년 10월 ICSID 중재를 신청하였다. 12만톤의 횡령, ICC 중재 미집행 등이 수용에 해당하며 우크라이나가 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 의무 등을 위반하였다는 주장이다. 우크라이나는 ICSID의 관할권을 부인하였고 설사 관할권이 인정되더라도 청구인의 주장은 근거가 없으므로 기각되어야 한다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 물적 관할권(투자 여부)

우크라이나는 1995년 공급 계약은 단순한 판매 계약이므로 투입성, 수익성, 위험성 등 ICISD 25(1)조상의 투자 요건과 투자협정 1(1)조³²⁴⁾상의 투자 정의에 해당하지 않는다고 주장하고 따라서 GEA는 우크라이나에 ‘투자’한 것이 없다고 지적하였다.

중재 판정부는 투자협정 1(1)조에 자산의 투자된 형태의 변화는 투자로서의 성질에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있어 투자는 광범위한 맥락에서 해석해야 한다고 언급하고 공급 계약은 단순한 원료를 배달하고 운송료를 받는 계약이 아니라 KCH가 우크라이나 국내 수송자 수배 및 지불, 통관 절차 관리, Oriana 공장에 필요 물품 공급 등의 행위를 자기 책임 하에 해야 하므로 우크라이나 내에서의 경제 활동 권리를 KCH(를 통해서 청구인)에게 부여하고 있다고 보았다. 따라서 투자협정 1(1)(e)조 경제 활동 행사권에 해당하는 투자에 상당하며 KCH가 원료 공급 대가로 회수하는 Oriana의 최종 생산품은 1(1)(a)조상의 동산에 해당하므로 공급 계약은

324] 1. For purposes of this agreement

1) the term ‘investments’ means assets of any kind, in particular

a) movable and immovable property and other rights in rem such as mortgages and security interests;

b) - e)

Any change to the form in which assets are invested shall not affect their nature as investments.



전체적으로 투자에 해당한다고 판단하였다. 판정부는 또한 청구인은 상당 기간 동안 나프타 등과 수송 자산 및 전문 지식을 투입하였고 자신이 수행하는 경제 활동의 위험성을 부담하였으므로 ICSID 25(1)조의 투자에도 부합한다고 보았다(판정문 146-153).

청구인은 해결 약정과 지불 약정은 투자협정 1(1)(c)조의 자금 청구권에 해당하므로 투자라고 주장하였다. 중재 판정부는 해결 약정은 미배달된 상품의 목록과 차액을 Oriana의 부채로 기록한 것이고 지불 약정은 이 부채를 지불하는 방법에 관한 합의이므로 그 자체가 투자에 해당하지는 않는다고 판단하였다(154-157).

청구인은 ICC 중재 판정도 자금 청구권에 해당하므로 투자라고 주장하였다. 우크라이나는 중재 판정은 우크라이나에 투입된 자산도 아니므로 투자로 볼 수 없다고 반박하였다. 중재 판정부는 중재 판정은 권리, 의무 관계를 서술하는 법적 문서이며 그 자체로는 자산 등이 우크라이나에 투입된 것도, 경제 활동을 포함하는 것도 아니므로 투자협정 1(1)조와 ICSID 25(1)조상의 투자 요건을 충족하지 못한다고 판단하였다(158-162).

2) 시간적 관할권

우크라이나는 투자협정 위반이라고 주장하는 사건 발생 이후에 청구인이 KCH를 매입하였으므로 청구인은 중재 신청 자격이 없다고 주장하였으나 청구인은 사건 발생 전에 KCH를 매입하였다고 반박하였다. 우크라이나는 청구인의 KCH 매입에 대해 EU 집행위가 승인한 1998년 1월 29일이 매입일이라고 주장한 반면 청구인은 KCH 주식 매입 약정의 효력 발생일인 1997년 12월 31일이 매입일이라고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인이 KCH에 이해관계를 갖게 된 1997년 12월 31일부터 KCH 지분을 타인에게 매각한 2004년 6월까지가 투자자로서의 지위를 보유한 기간이라고 판단하였고 문제가 된 쟁점 사건(12만 톤 생선품 횡령, 총격 사건 부실 조사, ICC 중재 미집행 등)은 1997년 12월 이후에 발생하였으므로 청구인은 소송 적격이 있으며 ICSID 중재 관할권이 성립된다고 판시하였다(203).

3) 수용

청구인은 12만톤 횡령과 ICC 중재 판정 미집행은 수용에 해당한다고 주장하였다. 우크라이나 당국의 묵인 방조 없이는 12만 톤 횡령이 일어날 수 없다는 점, 사적인 횡령, 절도라면 우크라이나 정부가 엄히 수사하여 자신이 연계되지 않았음을 입증했을 것인데 그러지 않았다는 점, 독일



정부 견해도 자신과 같다는 점을 논거로 들었다. 중재 판정부는 청구인이 자신의 주장을 증거로서 입증하지 못했다고 일축하였다. 설사 청구인의 주장이 사실이라고 인정한다 하여도 그것이 곧 수용 요건을 충족했다고 볼 수 없다고 설명하였다. 수용은 소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취 등이 입증되어야 인정되는 것이지 횡령 물량의 과다, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아니라는 것이다(211-226).

우크라이나 법원은 지불 약정은 무자격자에 의해 서명되었으므로 무효이고 따라서 ICC 중재 판정을 인정할 수 없다고 판시하였다. 청구인은 이는 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였고 국제 중재 판정을 인정하지 않은 것에 대해 수용이라고 인정한 판례³²⁵⁾를 인용하였다. 중재 판정부는 해당 판례는 문제가 된 법원이 차별적인 법률을 적용하였고 불합리한 판결을 하였다는 점이 증거로 제시되었으나 이 사건에서는 청구인이 이를 입증하지 못했고 청구인의 기대와 다르게 판결하는 이유만으로는 수용 주장이 성립할 수 없다고 지적하였다(236).

4) 충분한 보호 및 안전

청구인은 횡령 불처벌, 총격 사건 수사 부실, Mr. Sljuzar의 불법 서명 불처벌 등이 충분한 보호 및 안전 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

중재 판정부는 횡령 사실 발견 시 KCH는 우크라이나 관계자의 권고에도 불구하고 경찰에 신고하지 않았음을 기록으로 확인하고 중재 판정 심리 과정에서 정부의 불개입을 문제 삼는 것은 앞뒤가 맞지 않는 주장이라고 일축하였고 총격 사건 수사는 범인 검거에 실패했을 뿐 정상적으로 진행된 점이 확인된다고 지적하였다. 판정부는 Sljuzar의 불법 서명이 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 해당되기 위해서는 우크라이나 정부의 책임에 해당하는 일인지 여부를 가려야 한다고 보았다. Oriana는 국영 기업이기에는 하나 정부와는 별개의 법인격을 갖고 완전히 독립적으로 행동한다는 점이 기록상 여러 차례 청구인에게 확인된 바 있음을 지적하고 중재 판정부는 충분한 보호 및 안전 의무 위반 주장을 기각하였다(267).

5) 공정하고 공평한 대우(사법 부인)

청구인은 우크라이나가 횡령 손실을 보상하겠다는 약속이 이행되리라는 정당한 기대를 하였으나 무산되었고 우크라이나 법원이 청구인의 권리를 충분히 보장하지 못한 것이 사법 부인에 해당한다는

325] *Saipem vs. Bangladesh*, ICSID ARB/05/07



논거로 우크라이나의 공정·공평 대우 의무 위반을 주장하였다.

중재 판정부는 기록상 우크라이나가 횡령 손실을 보상하겠다는 약속 자체를 하였다는 점이 입증되지 않았다고 청구인의 주장을 일축하였다. 사법 부인에 대해서는 이전 판례³²⁶⁾가 사법 부인의 기준으로 법원의 판정이 명백하게 타당하지 못하고 믿을 수 없어야 한다(*clearly improper and discreditable*)고 제시한 점을 예로 들고 청구인은 우크라이나 법원이 타당하지 못하고 믿을 수 없다는 점을 증거로서 입증하지 못했다고 지적하였다. 중재 판정부는 우크라이나 법원이 청구인의 주장을 고려하지 않고 판결하였다는 증거도 없고 정당한 절차를 진행하지 못했거나 청구인으로부터 그러한 권리를 박탈했다는 일체의 증거가 제시된 바 없을 뿐만 아니라 오히려 기록상 청구인에게 충분한 소명의 기회가 부여된 점이 인정된다고 확인하였다(312-323).

다. 평가 및 해설

투자에 해당되는지 판별하기 위해서는 해당 투자협정상의 정의나 예시한 항목에 부합하는지 여부와 ICSID 협약상의 투자 요건 충족 여부 두 가지 모두를 심리해야 한다는 견해가 통설이다. 비록 일부 중재 판정에서 ICSID 협약 투자 요건의 필요성, 적합성에 대해 회의적인 견해가 표명되기도 하였으나 이를 전적으로 부인, 제척한 판정은 아직 없으며 설사 소위 *Salini test*에 회의적인 입장을 표명하여 놓고 이를 적용하여 해당 사건의 투자 여부를 심리한 판정도 있다.

이처럼 투자협정 및 ICSID 협약 요건 두가지 모두를 측정하는 소위 *double barrel test*의 이유는 양자 협정의 당사국이 자신들의 편의로 투자에 해당하지 않는 것을 투자로 정의하여 ICSID 중재 체제를 남용하는 것을 방지하기 위함이다. 그런데 ICSID 협약상의 투자 요건과 투자협정의 정의 규정 간의 상호 관계는 어떠한가? 상호 보완적인 관계인지 위계적 관계인지 논란이 있을 수 있다. 그 논란은 특히 어느 문건에 더 중점을 두어야 하는지의 우선 순위와도 관계될 수 있다. 이에 대해 문서상이나 관행상 확립된 견해는 아직 없다 ICSID 중재 판정부의 견해도 서로 부합하지 않는다.

326] *Mondev vs. USA*, ICSID ARB(AF)/99/2, Award. Para. 127

"In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities."



이 사건 판정부는 투자 여부 판단에 앞서 소위 *Salini test*에 대해 찬반의 의견 대립이 있다는 점을 소개하였다. 중재 판정부는 ICSID 협약상 투자의 객관적인 기준이 있으며 이 기준은 다른 문건(예, 양자 투자협정)의 계약자에 의해 무시될 수 없다는 주장과 양자 투자협정 체결국의 협의를 존중해야 한다는 주장의 대립이 있음을 언급하였다. 전자 즉 투자의 본질적인 속성을 중시한 예로 이 사건 중재 판정부가 소개한 것은 *Patrick Mitchell vs. Congo* 사건의 원 판정 취소 특별 위원회다. 특별 위원회는 ICSID 협약은 투자협정보다 우위에 있으므로 투자협정 체결국이 자신들이 임의적으로 투자에 해당한다고 결정한 행위에 대해 ICSID 관할권을 열어 줄 수 없다³²⁷고 판정하였다는 점을 들었다. 이와 유사한 견해를 표명한 사건으로는 *Phoenix vs. Czech* 사건이 있다. *Phoenix* 중재 판정부는 기존의 *Salini test*에 적법성과 선의 두 가지의 요소를 추가하여 ICSID 협약상의 투자가 갖추어야 할 요소로 제시하고 투자협정의 투자 정의는 다자 협약인 ICSID 협약의 투자 정의를 무시할 수 없으며 투자의 본질적인 속성을 무시하거나 확장할 수도 없다고 보았다³²⁸.

이와 비슷한 주장으로 이 사건 판정부가 소개한 것은 *Romak vs. Uzbekistan* 사건이다. 해당 사건 판정부는 투자는 ICSID 협약에 언급되어 있진, 투자협정에 언급되어 있진 그 자체가 내재적인 의미(특징)를 가지고 있으며 투입성, 기간성, 위험성 등이 그것이라고 하였다. 해당 사건 판정부는 만일 투자협정의 정의나 예시에 해당하는 투자라 하더라도 이러한 내재적인 특징을 구비하고 있지 못하면 투자로 인정될 수 없다는 견해를 밝혔다³²⁹. 이러한 견해는 ICSID

327] The parties to an agreement and the States which conclude an investment treaty cannot open the jurisdiction of the Centre to any operation they might arbitrarily qualify as an investment. It is thus repeated that, before ICSID arbitral tribunals, the Washington Convention has supremacy over an agreement between the parties or a BIT.
Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006, ¶ 31.

328] "At the outset, it should be noted that BITs, which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a test agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement. As long as it fits within the ICSID notion, the BIT definition is acceptable, it is not if it falls outside of such definition. For example, if a BIT would provide that ICSID arbitration is available for sales contracts which do not imply any investment, such a provision could not be enforced by an ICSID tribunal."
[*Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009. Para. 82]

329] The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk.... By their nature, asset types enumerated in the BIT's non-exhaustive list may exhibit these hallmarks. But if an asset does not correspond to the inherent definition of 'investment,' the fact that it falls within one of the categories listed in Article 1 does not transform it into an 'investment.' In the general formulation of the tribunal in *Azinian*, 'labelling ... is no substitute for analysis.'
[*Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan* (PCA Case No. AA280), Award, 26 November 2009, ¶ 180 and ¶ 207. Emphasis in the original.]



협약상의 투자 정의가 양자 투자협정에 우선한다는 주장과 결국 일맥상통하는 같은 류의 주장이다. 투자 자체가 가지고 있는 내재적인 특징이라고 제시된 것이 ICSID 협약상의 투자 요건으로 제시되는 것과 동일하고 이러한 요건을 충족하지 못하면 설사 양자 투자협정상의 투자 정의와 예시에 해당한다 하더라도 투자에 해당되지 않는다는 것은 곧 ICSID 등 국제 협약이 양자 협정에 우선한다는 논리와 같기 때문이다.

위의 판정부의 견해와 대치되는 주장으로는 ICSID 협약이 투자의 정의를 적시하고 있지 않으므로 그 정의는 합의하기 나름이며 투자협정과 같은 합의의 당사국이 제정하는 주관적인 정의에 따라야 한다는 논리가 있다. 대표적인 것이 *Biwater vs. Tanzania* 사건 판정부의 견해이다. 이 판정부는 ICSID 협약이 엄격하고 객관적인 투자의 정의를 의도적으로 내리지 않았는데 불구하고 개별 중재 판정부가 모든 사안이나 목적에 적용되는 정의를 부과하는 것이 온당한지 의문이라고 언급했다. 나아가 *Salini test* 역시 투자의 정형적인 특징에 불과한 것을 고착되고 유연성이 없는 기준으로 상승시켜 버렸으며 그 결과 특정 형태의 거래를 자의적으로 투자에서 배제하는 위험성을 자초했다고 비난하였다. 대다수의 국가가 *Salini test*보다 광범위한 내용으로 투자를 정의하게 될 경우 ICSID 협약을 이 보다 협소하게 해석해야 하는지 이해할 수 없다고 지적하였다. 중재 판정부는 투자를 정의함에 있어 보다 유연하고 실용적인 접근을 해야 한다고 권고하였다. 그러나 *Biwater* 판정부가 *Salini test*를 부인하거나 ICSID 협약상의 투자 요소를 무시해야 한다고 주장한 것은 아니다. 이 판정부의 입장은 각 중재 판정부가 투자를 정의함에 있어 보다 유연하고 실용적인 접근을 해야 하며 이는 *Salini test*를 포함하여 각 사안의 상황에 부합해야 한다는 것이다³³⁰⁾.

330] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, ¶¶ 312 - 316.



122

Malicorp vs. Egypt 사건(ARB/08/18)

가. 사건 개요

이 사건은 위조가 의심되는 청구인의 제출 서류를 믿고 체결한 사업 계약을 취소한 것이 자의적인 조치와 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Malicorp은 영국 회사로서 2000년 11월 이집트 민간 항공청(ECAA)과 Ras Sudr 공항을 BOT (Build-Operation-Transfer)방식으로 건설하는 사업을 수주하였다. 이후 체결된 사업 계약 규정상 Malicorp은 공사를 담당할 수권 자본금³³¹⁾ 1억 이집트 파운드(약 3000만 USD) 규모의 이집트 회사를 설립해야 했고 공사 보증금 2천만 파운드를 납입해야 했다. 2001년 1월 ECAA는 Malicorp사가 위 의무를 이행하지 않고 있다고 경고하고 이행을 촉구하였으나 진전이 없자 2001년 8월 이집트 교통부는 BOT 계약 취소를 통보하였다. 사업 수주시 청구인이 밝혔던 자본금 규모도 수주 참여 기준에 미치지 못했으나 청구인이 이를 은폐, 호도하였다고 주장하였다. 2004년 4월 Malicorp은 계약상의 분쟁 조항에 따라 카이로 지역 국제 상사 중재 센터(CRCICA)에 제소하였고 2006년 3월 CRCICA는 이집트가 청구인이 제출한 서류가 위조된 것인지 여부를 불분명하나 이집트가 오인하여 계약을 체결한 것이 확인되므로 이집트의 계약 취소는 정당하다고 판정하였다. 따라서 이집트가 계약 무효로 인한 Malicorp의 손해를 배상할 필요는 없으나 Malicorp이 지출한 임금, 경비 등 14백만 불을 지불하라고 판정하였다.

Malicorp는 이집트의 사업 계약 취소는 자의적인 조치이고 불법 수용에 해당한다고 주장하고 영국-이집트 투자협정을 근거로 2008년 10월 ICISD 중재를 신청하였다.

331) 수권자본이란 주식회사가 발행할 수 있는 주식의 총수를 뜻한다. 주식회사를 설립함에 있어서 자금조달의 편의를 위하여 인가된 자본금의 일부(발행할 주식총수의 4분의 1 이상)에 대해서만 전액 납입의 주식을 발행하고 나머지 미발행주식은 후일 자금이 필요할 때에 발행할 수 있다. 이때 정관이나 설립등기에 그 회사가 필요하다고 생각하는 자본금의 최고액이 기재되고 따라서 회사의 설립 등기가 끝나면 그와 동시에 그 최고한도액까지의 주식을 발행할 수 있는 권한이 부여되는데 이 자본금액을 수권자본금이라 한다.



나. 주요 쟁점

1) 관할권

이집트는 BOT 계약이 Malicorp의 詐術에 의해 체결된 것이므로 선의가 아닌 투자는 보호 대상이 아니라는 이유로 ICSID 관할권을 인정해서는 안 된다고 주장하였다. 이집트는 선의는 국제법의 기본 원칙으로서 투자 보호에도 적용되고 이 기본 원칙에 위배되는 투자는 국제적인 보호 대상에서 배제된다고 강조했다. 이 사건에서 이집트는 청구인의 위조된 서류를 믿고 서명하였다고 호소하고 투자협정이나 ICSID 협약상의 투자자의 권리는 선의의 투자에만 적용되는 것이지 이 사건과 같은 악의의 투자에는 적용해서는 안 된다고 역설하였다.

중재 판정부는 투자의 기망, 사기 여부는 관할권 단계에서 살펴 보거나 본안 심리 단계에서 살펴보는 두 가지 접근법이 모두 가능하다고 보았다. 중재 판정부는 당사자 간의 중재 합의의 자율성 측면에서 보았을 때 법률관계의 유효성을 침해하는 결함이 반드시 중재 합의의 자율성까지 손상시키는 것은 아니며 분쟁 시 중재를 이용하자는 당사자간 동의를 훼손시키는 결함이 있어야 중재 판정부로부터 중재 관할권을 박탈할 수 있을 것이라고 보았다. 이 사건의 경우 중재 합의가 실수나 부정, 사칭에 의해 취해졌다는 근거는 없으며 양허 계약의 유효성에 대해 논란이 있을 뿐이라고 지적했다. ICISD 중재 권한은 양허 계약이 부여한 것이 아니라 투자협정상의 중재 합의에 근거하고 있으며 따라서 중재 합의는 해당 투자의 유효성 여부까지 포함한 모든 투자 관련 분쟁에 적용된다고 설명하였다. 중재 판정부는 투자가 무효라는 이유는 사기, 실수, 사칭 등 다양할 수 있고 계약의 내용과 밀접하게 얽혀있어 관할권 단계에서 심층적으로 분석하기가 곤란하므로 본안 심리 단계에서 본격적으로 심리하는 것이 필요하다고도 보았다 (판정문 117-119).

2) 사업 계약 취소의 정당성 여부

중재 판정부는 청구인이 이집트의 계약 취소가 자의적이고 불법적인 수용이라고 주장하는 근거는 정당한 근거가 없는 취소이기 때문이므로 계약 취소 행위의 정당성 여부가 쟁점이라고 보았다. 이집트가 제시하는 취소의 근거는 첫째 계약 자체가 실제보다 과장된 청구인의 재정 능력을 믿고 체결되었다는 것이었다. 이집트는 공항 운영이라는 대규모 공공사업을 안정적으로 운영하기 위해서는 운영 사업자의 튼튼한 재정 능력이 중요하였으므로 입찰 고지 시 일정 액 이상의 자본금 등 재정 능력 구비 조건을 제시하였다. 청구인은 입찰 직전인 1999년 9월 수권 자본금을 100만 파운드로 증액하였으나 입찰 당시 실제 납입 자본금은 1000파운드에 불과하였다.



수주 결정 전 청구인의 재정 능력을 확인하기 위해 소집된 이집트 항공청 관계자와의 회의 기록에 보면 양측이 수권 자본금과 납입 자본금 중 어느 것을 기준으로 협의하는지 불명확하였다. 이집트는 당시 당연히 납입 자본금을 확인하였다고 주장하였으나 청구인이 작성한 회의록에는 이 점이 분명히 기록되지 않았다. 이집트는 위조 혐의가 있다고 주장하였으나 CRCICA 중재는 이 회의록의 위조 여부를 확인할 수 없다고 판단하였다. 다만 이집트가 청구인의 재정 능력을 오인하여 계약을 체결한 점은 충분히 인정되므로 사업 계약을 취소할 수 있다고 판정하였다.

중재 판정부는 회의록 위조 여부를 판정부가 조사하여 결론을 내릴 위치에 있지 않고 제시된 자료와 증언을 종합하여 당시의 정황을 판단할 때 이집트가 청구인의 재정 능력을 오인하였고 여기에는 청구인의 책임도 상당하므로 이집트가 계약 당사자의 권리로서 계약을 취소하는 것은 정당하다고 판단하였다(130-137).

이집트가 제시하는 계약 취소의 두 번째 근거는 청구인의 계약 의무 불이행이었다. 계약상 청구인은 실제 공항 운영을 담당할 이집트 회사를 특정 시한까지 설립해야 했으나 이를 이행하지 못하였다. 청구인은 이집트가 운영 부지를 제공하지 않았기 때문이라고 반박하였으나 판정부는 두 건은 서로 별개의 사안이고 판정부가 보기에는 이집트로부터 부지를 제공받으면 이를 담보로 자금을 대출 받아 공항 운영사를 설립할 심산이었으나 부지가 제공되지 않자 운영사를 설립할 자금을 확보하지 못해 회사 설립이 지연되는 것 같다고 지적하였다. 회사 설립 지연 외에도 사업 계약을 이행하려는 청구인의 활동 실적이 미미하여 이집트가 사업 계약의 정상적인 이행에 대해 의구심을 갖는 것도 당연하다고 판단하였다(138-142).

판정부는 이상을 근거로 이집트의 사업 계약 취소는 그 근거가 정당하며 계약상의 권리를 행사한 것이므로 자의적이거나 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건과 유사하게 입찰 서류를 부정하게 제출하여 낙찰받은 청구인과 분쟁이 발생한 사건은 *Inceysa vs. El Salvador* 사건(ARB/03/26)이 있다. 청구인 *Inceysa Vallisoletana S.L.*가 엘살바도르 환경부가 입찰한 자동차 및 배기가스 검사소 설치 운영 사업에 낙찰되어 2000년 11 양허 계약을 체결하였으나 엘살바도르측이 청구인의 입찰 서류에 의문점을 발견하고 본격적인 계약 이행을 지연하자 양측 간에 분쟁이 발생하였다. 엘살바도르는 청구인의 투자는 허위 서류를 제출하여



부당하게 낙찰 받은 것으로서 엘살바도르의 관계 법령에 의거하여 이루어진 투자가 아니므로 투자협정의 보호 대상이 되지 못하며 엘살바도르의 ICSID 중재 동의는 적법한 투자에 한한 것이므로 이 사건에 있어 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였으며 판정부는 청구인의 행태는 신의칙(good faith)이라는 국제법 원칙, 누구도 자신의 부도덕함을 원용하여 주장하는 것은 허용되지 않는다(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)’는 법원칙, 부당 이익 금지 원칙에 부합하지 않는다고 보고 관할권을 부인하였다.

이 사건 청구인은 이집트로부터 공항 운영사용 부지를 제공받으면 이를 담보로 대출하여 공항 운영사를 설립할 심산이었다. 이와 같이 청구인이 충분한 투자 재원을 마련하지 않고 투자 유치국으로부터 일정 자산을 제공받은 후 이를 토대로 당초 투자 약속한 재원을 조달하려던 사건은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)이 있다. 이 사건 청구인은 불가리아 국영 정유 회사 Nova Plama 를 인수한 뒤 우선 가동하여 일정 수익을 실현하고 이를 토대로 잔여 인수 재원을 금융 기관으로부터 조달하려 하였으나 불가리아 당국이 해당 공장 가동에 협력하지 않자 각종 시비를 제기하였다. 판정부는 청구인의 야심차고 지극히 투기성 높은 계획이 당초 계획대로 진행되지 못한 것이라고 정리하고 루마니아 정부에 책임을 귀속시킬 아무런 불법적인 조치는 애초에 발생하지 않았다고 일갈하였다(판정문 305).



123

Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina 사건(ARB/09/1)

가. 사건 개요

이 사건은 아르헨티나의 항공 요금 정책이 투자자 보호 위반과 점진적 수용에 해당하는지와 수용에 대한 적절한 보상이 이루어졌는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Teinver S.A., Transportes de Cercanías, Autobuses Urbanos del Sur 3개사는 모두 스페인 회사이다. 청구인은 아르헨티나 항공사 Air Comet를 소유하고 있었으며 Air Comet는 2001년 10월 Interinvest 회사를 인수하였다. Interinvest는 아르헨티나 항공사 ARSA와 AUSA의 지분 92.1%와 90%를 각각 소유하고 있었다. 청구인은 Air Comet와 Interinvest를 통해 두 항공사를 간접 소유하고 있는 형국이었다. ARSA는 과거 아르헨티나의 국영 항공사로서 당시 아르헨티나 정부가 5.34%의 지분을 보유하고 있었다.

당시 아르헨티나 항공 영업법 42조³²⁾는 경제적으로 합리적인 가격 개념에 따라 항공 요금이 책정되어야 한다고 규정하고 있으며 아르헨티나 당국은 국내 노선에 대해 요금 상하선을 정하고 각 항공사가 이 범위 내에서 요금을 책정하도록 하고 있었다. 경제적으로 합리적인 가격의 구체적인 기준은 직간접 비용, 재무 비용, 항공사 수익을 포함하도록 되어 있었다(령6875/1971). 청구인의 항공사 인수 직후인 2001년부터 아르헨티나 경제 위기가 시작되어 항공 시장이 위축되었고 정부가 지정한 요금 대역으로는 수지를 맞출 수 없게 되자 아르헨티나 항공사 협회 등은 수차례에 걸쳐 요금 인상을 요구하였으며 일부는 수용되고 일부는 기각되는 일이 수년 간 반복되었다.

ARSA는 조종사 노조의 임금 인상 압박을 받았으며 청구인은 조종사 노조 출신인 교통부 간부의 사주를 의심하기도 하였다. 아르헨티나 정부는 회사의 재정 보고서의 정확성에 대해 주주 자격으로 이익을 제기하기도 하였다.

항공사의 경영 상태가 지속적으로 악화되자 아르헨티나 정부는 ARSA에 대한 정부 지분을

32] 42. Airfares shall be established taking into consideration the interests of the nation, of the users and of the operators, in accordance with the concept of an economically reasonable airfare for each route and route segment.



20%로 인상하되 항공 요금을 20% 인상한다는 요지의 약정을 체결하기도 하였다(2006년 약정). 아르헨티나 정부는 2006년 8월 항공 산업 비상 사태를 선포하고 요금 20% 인상, 부가세 감면 등의 혜택을 제공하는 조치를 시행하였다(령 1012/2006). 2008년 5월 아르헨티나 정부 주선으로 청구인은 항공사 지분을 아르헨티나 기업인에게 매각하는 약정을 체결하였으나 이견이 있어 실제 이행하지는 않았고(2008년 5월 약정) 2008년 7월에는 아르헨티나 정부에게 직접 매각하는 내용의 약정(2008년 7월 약정)을 체결하였다.

2008년 9월 아르헨티나 의회는 경영 위기에 있는 민간 항공사를 정부가 매입할 수 있도록 승인하는 법령(26,412호)을 제정하였고 수용 보상가 산정 기준(TTN)을 제시하였다. 이 방식에 따르면 청구인 항공사의 가격은 -832만 불이었으며 청구인이 의뢰한 Credit Suisse의 산정 가격은 +330만불-540만불 수준이었다. 2008년 10월 아르헨티나 의회는 청구인 항공사 수용 법안(26,466호)을 채택하였고 아르헨티나 정부는 2009년 1월 TTN 산정가를 통보하였으나 청구인이 반발하자 수용을 위한 소송을 제기하였다. 2014년 2월 TTN 방식으로의 수용을 승인하는 1심 판결이 있었으며 2015년 4월 2심도 같은 요지로 판결하였다.

법안 26, 466호 채택 후 2008년 12월 청구인은 스페인-아르헨티나 투자협정에 근거하여 ICSID 중재를 신청하였다. 아르헨티나가 경제적으로 합리적인 가격 원칙에 어긋나게 항공 요금 인상을 거부하여 경영난을 초래하게 한 것이 공정-공평 대우 등 투자자 보호 위반이며 점진적 수용(creeping expropriation)에 해당한다는 것이다. 아울러 정당하게 보상하지 않고 수용한 불법 수용에도 해당한다고 주장하였다. 조종사 출신의 교통부 간부가 조종사들의 임금 인상 요구 파업을 조장한 것이나 재정 보고서에 대해 이의를 제기한 것, 청구인의 지분 매각 강요, 비상식적인 수용 보상 산정 기준 등에 대해서도 시비하였다.



| 청구인이 투자한 Aerolineas Argentinas, (ARSA), Austral-cielos del sur(AUSA) 항공사 |



나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우(항공 요금 인상 억제 조치)

청구인은 항공 요금 억제, 재정 보고서 시비, 2006년 약정, 2008년 5월 약정 위반, 2008년 7월 약정 위반 및 차후의 사실상의 수용 행태가 공장공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

본격 심리에 앞서 중재 판정부는 항공법 42조의 문언 상 경제적으로 합리적인 요금 원칙은 항행 규정이며 령 6875가 제시한 4개 요소(직, 간접 비용, 재무 비용, 수익)를 고려하여 산정해야 한다고 확인하고 청구인이 항공사를 보유했던 2001년~2008년 기간 중 아르헨티나 교통부가 규율했던 항공 요금대는 제출된 회계 자료 등을 볼 때 항공사의 비용과 수익을 보장하지 못했다고 판단하였다. 그러나 청구인 항공사의 경영 부실이 이로 인한 것인지 아르헨티나 정부가 주장하는 것처럼 경영 실패에 기인하는 지는 판단할 수 없다고 확인하였다.

경제적으로 합리적인 요금 원칙 미준수가 공장공평 대우 의무 위반에 해당하는지에 대해 중재 판정부는 아르헨티나의 항공 요금 규제 체제가 매우 개괄적으로 서술되어 있고 42조 경제적으로 합리적인 요금에 따라 항공 요금이 산정된다는 원칙이 있으나 요금 산정의 통화 또는 외국 가격 기준(foreign price index)에 따른 조정 등 보다 구체적인 규정이 없다는 점을 지적하였다. 결과적으로 판정부는 청구인이 항공 요금 규정에 대해 정당한 기대를 가졌다는 객관적인 근거가 무엇인지 제시하지 못했다고 판단하였다(판정문 665-678).

그러나 청구인이 투자한 이후 아르헨티나가 공정하고 공평하게 행동하리라고 청구인이 기대할 수 없다는 것은 아니라고 언급하고 아르헨티나의 구체적인 행태를 점검하였다. 즉 아르헨티나의 항공 요금 규정 내용에 비추어 보면 청구인이 항공 요금이 항시 수익을 보장하는 수준으로 유지될 것이라고 정당하게 기대할 수는 없지만 아르헨티나가 공장공평하지 않게 행동했을 가능성은 인정된 것이다.

청구인은 아르헨티나 당국이 항공 요금 인상을 불허하여 항공사가 경제적으로 합리적인 요금을 부과할 수 있다는 약속을 위배하였다고 주장하였다. 중재 판정부는 비록 허가된 항공 요금 인상이 당시 경제 상황 상 항공사의 비용을 감당하기에 충분할 정도에는 미치지 못하였지만 수차 인상은 해주었고 항공 산업 비상사태를 선포하여 요금 인상 외에 세제 혜택도 도입하는 등 아르헨티나가 항공사의 경영난을 완화시켜 주기 위한 나름의 조치를 취한 점은 인정하였다. 또한 항공 요금 관련 규정 자체는 변경이 없었다는 점도 주목하였다. 중재 판정부는 2001년 ~



2008년간(청구인이 투자자 자격을 유지한 기간) 아르헨티나의 항공 요금 책정 행위나 청구인의 인상 요구 거절이 공정·공평 대우 의무 위반에 해당할 정도는 아니라고 판단하였다(679-690).

청구인이 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장한 아르헨티나의 행위는 항공 요금 억제 조치 외에 항공사에 적대적인 노조 출신 인사의 교통부 차관 등용, 노조를 통한 청구인 항공사에 대한 압박, ARSA 재정 보고서에 대한 아르헨티나의 이의 제기, 2006년 약정 체결 강박, 항공사 지분 매각 압박 등이 있었다. 항공사 지분 매각 압박 외에는 모두 공정·공평 대우 의무 위반으로 인정받지 못하였다.

중재 판정부는 교통부 차관 건에 대해서는 동인의 임용이 공정·공평 대우 의무 위반이라는 주장을 청구인이 입증하지 못하였고 동인이 항공사나 그 소유주 외의 이해 관계자에게 더 동정적일 수는 있으나 그 자체로는 공정·공평 대우 의무 위반에 해당되지 않고 동인의 임명은 아르헨티나 정부의 재량에 해당한다고 설명하였다(706). 아르헨티나 정부가 교통부 차관이나 노조를 통제하여 파업을 지시하였다는 청구인의 주장은 제출된 증거로 볼 때 제척되며 아르헨티나가 노조에 대해 효과적인 통제권을 행사하지 못한다는 점이 증거로 인정되고 노조의 행위 책임을 아르헨티나 정부에 귀속시킬 수 없다고 판단하였다(723).

중재 판정부는 아르헨티나 정부는 ARSA의 소지분 주주였고 주주가 재정 보고서에 이상이 있다고 판단할 시 이의를 제기할 수 있는 것은 상법으로 보장되는 주주의 권리이므로 ARSA 재정 보고서의 이상 유무와는 무관하게 이의 제기 자체를 시비할 수는 없으며 제출된 자료로 볼 때 ARSA의 2002년~2004년 재정 보고서에 오류가 있다고 볼만한 상당한 이유가 있다고 확인하였다. (725-729).

2006년 6월 아르헨티나와 ARSA는 2005년 재정 보고서 인정, 기존 재정 보고서에 대한 아르헨티나의 이의 제기 취하, 아르헨티나 지분 20%로 상향, 항공 요금 20% 인상에 합의하였으나 청구인은 이 합의가 항공 요금 인상을 위해 어쩔 수 없이 이루어진 것이며 아르헨티나의 강박에 의해 마지못해 서명한 것이라고 주장하고 공정·공평 대우 의무 위반을 주장하였으나 중재 판정부는 입증 부족을 이유로 청구인의 주장을 기각하였다(749).

2) 공정·공평 대우(항공사 지분 매각 압박)

2007년말~2008년초 청구인 항공사의 경영 상태는 더욱 악화되었다. 청구인은 아르헨티나 정부가 항공사 지분을 정부에 매각하도록 압박하였다고 주장하였으나 아르헨티나 정부는 국가 기간산업인



항공 서비스의 원활한 운영을 위해 국유화 정책을 검토, 시행했을 뿐이라고 반박하였다.

양측은 2008년 5월 매각 협상을 진행하였으나 최종 합의에 이르지 못하는 못하였다. 중재 판정부는 합의 실패가 청구인의 주장대로 아르헨티나의 부당한 압박이나 태도에 기인한다고 단정할 수 없으며 합의 실패가 특정 일방의 귀책이라고 결론 내릴 수 없다고 보았다.

2008년 7월 청구인 자회사 Interinvest 는 자신의 ARAS, AUSA 항공사 지분 전량을 가격 산정 공식 가액으로 아르헨티나 정부에 매각하기로 합의하였다. 양측은 60일 이내에 매각을 위해 각각이 취해야 조치를 완료하고 이 기간 중 항공사 운영 및 매각 과정 진행을 위한 공동 위원회를 설립하기로 하였다. 아울러 이 합의에는 지분 매각가 산정을 위한 방식(cash flow method)이 규정되어 있었고 산정 가격에 대한 이견 발생시 제 3의 기관에 의뢰한다는 규정이 있었다. 2008년 9월 아르헨티나 의회는 민간 항공사 지분 매입을 승인하는 법 26,412호를 채택하였다(가격 산정 방식으로 TTN 제시). 양측은 매각가 산정을 위한 자료 제출과 심사 및 협상을 시작하였으나 아르헨티나는 청구인이 의뢰한 Credit Suisse의 산정가를 인정하지 않았고 청구인 역시 아르헨티나의 TTN 산정가액을 거부하는 등 이견이 심하였다. 2008년 11월 아르헨티나 의회는 청구인 항공사를 TTN 가격으로 수용하는 법안 26,466호를 통과시켰다.

청구인은 아르헨티나의 이러한 행태는 2008년 7월 약정 위반(매각가 산정 방식 cash flow method 무시)이며 그 자체로 공장공평 대우 의무 위반에 해당하고 지분 매각 과정상의 투명성을 훼손하였으며 제 3기관의 매각 산정가를 악의적으로 무시하였다고 주장하였다. 2008년 7월 약정 상의 지분 매각가 산정 방식을 이행하지 않으려고 수용 절차를 개시하였다고 비난하였다.

2007년 8월 약정의 핵심은 지분 매각가 산정 방식에 있었다. 양측의 의견이 다를 경우 제 3의 기관에 의뢰하여 산정가를 계산기로 하였으나 아르헨티나는 수용 소송을 제기하여 법원에 법정 관리인 지정을 요청하였고 수용 관련 법안을 통과시켜 아르헨티나가 고집했던 방식으로 수용 가격을 산정하였다.

중재 판정부는 아르헨티나가 2008년 7월 약정을 위반했다고 판단하고 이는 공장·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판정하였다. 판정부는 2008년 7월 약정은 양측 모두를 구속하는 강행 규범이고 산정가에 대해 이견이 있을 시 제 3기관에 의뢰하도록 명기되어 있으나 아르헨티나는 이를 준수하지 않았으며 준수할 수 없었다는 핑계로 제시한 청구인의 자료 제출 지연 주장도 인정할 수 없다고 판단하였다. 판정부는 청구인은 아르헨티나가 2008년 7월 약정을 준수하여 이 약정에 규정된 방식으로 산정된 가격으로 자신의 지분이 매각되리라고 정당하게 기대하였으며



이 약정의 의무를 준수하지 않은 아르헨티나의 행태는 공장·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다(845-857).

3) 최혜국대우 조항을 통한 우산 조항 원용

스페인-아르헨티나 투자협정 IV조³³³⁾는 공장·공평 대우와 최혜국대우를 규정하고 있었다. 청구인은 IV(2)조의 최혜국대우를 원용하여 미국-아르헨티나 투자협정 2조³³⁴⁾에 적시되어 있는 우산 조항이 이 사건에도 적용이 된다고 주장하였다. 아르헨티나는 IV(2)조 최혜국대우는 조문 구조상 IV(1)조 공장·공평 대우에 대해서만 적용되는 것이라고 반박했다.

중재 판정부는 IV(2)조에 최혜국대우가 in all matters governed by this Agreement에 대해 적용된다고 적시되어 있으므로 이 조항의 such treatment는 공장·공평 대우에 국한되는 것이 아니라고 일축하였다. 그러나 협정에 명백히 언급되지 않은 내용을 최혜국대우 조항을 원용하여 규율할 수 있는지에 대해서는 심층적인 심리가 필요하다고 보았다. 이에 대해 청구인은 두 협정 모두 투자협정으로서 같은 종류에 해당하고 외국인 투자 보호라는 동일 대상을 규율하고 있으므로 한 협정에 없는 조항을 최혜국대우 조항을 원용하여 타 협정에서 수입할 수 있다고 주장하였다.

중재 판정부는 IV(2)조의 조문이 명백하게 ‘이 협정에서 다루는 문제에 대해서’라고 최혜국대우의 적용 범위를 한정하고 있고 우산 조항을 협정 내에 포함시키고자 했다면 계약국이 분명히 그러하였을 것인데 이를 명시적으로 제외한 것은 그리할 의사가 없었던 것으로서 최혜국대우 조항에 근거하여 계약국이 협정에서 배제한 대우나 권리를 임의로 도입할 수는 없다고 보았다. 청구인은 그럴 경우 최혜국대우 조항 자체의 의미가 없어진다고 반박하였으나 판정부는 최혜국대우를 통해 타 협정의 보다 유리한 대우를 도입하여 본 협정에 이미 기재된 해당 대우의 수준을 개선하는 효과가 있다고 설명하였다(880-885).

스페인-아르헨티나 투자협정 III(1)조는 투자 보호 의무를 규정하고 있으나 충분한 보호 및 안전이라는 통상의 용어는 사용하지 않았다. 청구인은 ‘보호’나 ‘충분한 보호와 안전’간에 심각한

333] Article IV TREATMENT

3. Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.

4. In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favorable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.

334] Article II

5. a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.



차이가 없으므로 굳이 최혜국대우를 이용하지 않아도 될 것으로 생각하나 만일 판정부가 III(1)조의 보호가 충분한 보호 및 안전을 요구하지 않는다고 판단한다면 최혜국대우 조항을 원용하여 미국-아르헨티나 투자협정 II(2)(a)조의 충분한 보호 및 안전 대우를 도입하여 달라고 요구하였다. 중재 판정부는 최혜국대우는 협정에서 다루는 문제에 대해 적용되고 보호는 III(1)조에서 다루는 문제이므로 최혜국대우 조항을 원용하여 타 협정의 충분한 보호 및 안전 대우를 도입할 수 있으나 청구인의 주장대로 보호와 충분한 보호간의 심각한 차이가 없다고 지적하였다.

청구인은 구체적으로 아르헨티나 당국의 요금 인상 억제 조치, 청구인에 적대적인 교통부 차관의 임명, 2008년 7월 약정 위반을 충분한 보호 및 안전 의무 위반이라고 주장하였다. 아르헨티나는 충분한 보호 및 안전은 신체적인 안전에 국한되는 것이라고 반박하였다. 중재 판정부는 요금 인상 억제 조치와 교통부 차관 건은 이미 공장공평 대우 의무 위반에 해당되지 않는다고 판시하였으므로 같은 이유로 충분한 보호 및 안전 위반에 해당하지 않는다고 보았다. 동 위반에 해당한다는 것을 청구인이 입증하지 못했다는 것이다. 2008년 7월 약정 위반 건은 수용 여부에서 판단할 일이라고 보고 충분한 보호 위반 여부에 대해서는 심리하지 않았다 (905-910).

4) 부당하고 차별적인 조치

청구인은 교통부 차관 건, 요금 인상 억제, 재정 보고서 시비, 2008년 7월 약정 위반 및 수용이 협정 III(1)조에서 금지하고 있는 부당하고 차별적인 조치라고 주장하였다. 중재 판정부는 앞의 2건은 공장공평 대우, 충분한 보호 및 안전 위반이 아니라고 확인하였으므로 부당하고 차별적인 조치라고 볼 수 없다고 판시하였다. 청구인이 이를 입증하지도 못했다고 보았다. 그러나 2008년 7월 약정을 위반하여 제 3기관의 지분 매각가 산정을 받아들이지 않고 수용을 진행한 것은 이미 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였고 이 같은 행태는 부당하고 차별적인 조치에도 해당한다고 판단하였다(924-925).

5) 점진적인 수용

청구인은 아르헨티나의 행태가 점진적인 수용에도 해당된다고 주장하였으나 판정부는 수용의 요건인 소유권의 실질적이고 항구적인 박탈이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 이 주장을 기각하였다(949). 판정부는 2008년 7월 약정 이후 법정 관리인 취임 및 이후 일련의 조치로 인해 청구인의 투자가 간접 수용되었고 따라서 점진적 수용은 아니라고 보았다.



6) 불법 수용

중재 판정부는 2008년 7월 약정 이후 간접 수용이 발생하였다고 보았고 법령 26,466호에 의해 직접 수용된 것에 대해서는 양측의 다툼이 없었다. 문제는 수용 요건인 공공성, 준법성, 적정 보상금 준수 여부였다.

중재 판정부는 아르헨티나의 항공 운수업 규제 체제가 항공 운수가 공공 서비스라는 전제 아래 수립, 시행되고 있고 아르헨티나의 지리상 항공 운수는 국가적인 연결성 확보에 긴요한 요소이며 국가는 수익성이 낮은 노선을 유지해야 하는 의무가 있다는 아르헨티나의 주장을 인정하여 청구인 항공사를 수용한 것은 공공 이익을 위한 선의라는 점을 인정하였다.

중재 판정부는 2008년 7월 약정을 위반하여 일방적인 지분 매입가를 산정하여 적용하고 법정 관리인을 취임시켜 경영권을 장악한 것은 공정-공평 대우 의무 위반이며 부당하고 차별적인 조치에 해당하고 아르헨티나의 수용법상의 규정에도 부합하지 않는다고 지적하고 이러한 간접 수용은 아르헨티나 법에 따라야 한다는 요건을 위반한 것이라고 판정하였다(1001-1010).

중재 판정부는 아르헨티나가 2008년 7월 약정을 위반하여 제 3 기관에 지분 가격 산정을 의뢰하지 않고 자신의 산정 가격으로 수용한 것은 신속, 적정, 충분한 보상에 해당하지 않는다고 판단하고 따라서 아르헨티나의 수용은 불법 수용이라고 판시하였다(1035-1040).

다. 평가 및 해설

투자 분쟁에서 최혜국대우 조항이 쟁점이 되는 경우는 크게 3가지이다. 우선 최혜국대우 조항 자체의 위반 여부가 시비되는 경우로서 최혜국대우의 보호 대상(투자자, 투자, 투자 활동)에 해당하는지와 비교 대상이 되는 제 3국 투자자와 유사한 환경에 있는지가 주로 다투어진다. 두 번째 쟁점은 최혜국대우 조항을 이용하여 타 투자협정에 기재되어 있는 조항을 차용하여 시비가 된 사건에 적용할 수 있는지 여부이다. 동일하거나 유사한 조항이 이미 분쟁 당사자 간의 투자협정에 기재되어 있지만 타 협정에 기재되어 있는 조항이 보다 유리하여서 차용하려는 경우도 있고 분쟁 당사자 간의 투자협정에 아예 기재되어 있지 않은 내용을 타 협정에서 차용하여 공백을 채우려는 시도도 있다. 이러한 타 협정 조항 차용 시도는 차용하려는 조항의 성격에 따라 실질 조항 차용과 절차 조항 차용으로 나눌 수 있다. 이러한 구분이 더 보편적이다. 실질 조항 차용은 투자자 보호와 직접적으로 관련되는 실질적인 보호 조항 (공정-공평 대우 등)을 차용하려는 것이고 절차



조항은 가장 대표적인 것이 타 협정의 분쟁해결 조항을 차용하여 분쟁 당사자 간 투자협정의 분쟁해결 조항을 대체하려는 것이다.

ICSID 투자 분쟁에서 최혜국대우가 쟁점이 된 경우는 최혜국대우 조항 자체의 위반 시비보다 뒤의 2가지 즉, 실체적 조항의 차용과 절차적 조항의 차용 시비가 더욱 빈번하다. 여기서는 실체적 권리 조항의 차용에 대해 알아본다.

실체적 조항의 차용에서 주로 제기되어 온 쟁점은 우산 조항의 차용 가능 여부, 정의 조항의 차용 가능 여부, 기타 실체 권리 조항 적용 가능 여부로 나눌 수 있다. 우산 조항 차용 가능 여부에 대해서는 ICSID의 판례가 일관되지 않다. 타 투자협정의 정의 조항은 최혜국대우 조항을 원용하여 차용할 수 없다고 판례가 지금까지는 통일되어 있다. 공정-공평 대우와 관련된 사항은 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 관련 조항을 원용하는 것에 대해 ICSID 판정은 긍정적이나 투자 유치국의 책임을 보다 확대하려는 시도에 대해서는 각 사안에 따라 판정이 다르다.

우산 조항 차용 가능 여부에 대해 *EDF vs. Argentina* 사건(ARB/03/23) 판정부는 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 우산 조항을 차용할 수 있다고 판단하였다. 판정부는 그렇지 않을 경우 제 3국에게 보다 유리한 대우를 부여하는 결과에 이르게 되고 이는 최혜국대우 조항이 방지하고자 하는 것이라는 이유를 들었다. 유엔 국제법 위원회(ILC) 최혜국대우 조항 초안 8(1)조³³⁵⁾는 최혜국대우 조항이 투자자에게 부여하는 권리는 투자협정의 실질적인 사항에 관한 것에 한정된다고 규정하고 있으며 양허 계약상의 투자 유치국의 약속과 관련된 사항은 명백하게 실질적인 조항이므로 최혜국대우 조항을 통한 우산 조항의 차용은 허락되어야 한다고 보았다. (판정문 929-937).

Franck Arif vs. Moldova 사건(ARB/11/23) 판정부는 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 실질적 권리 조항을 도입할 수 있으며 우산 조항의 보호 대상인 계약상의 의무, 약속 준수는 실질적인 권리에 해당하므로 우산 조항은 최혜국대우 조항을 통해 차용될 수 있다고 판정하였다.

이와 달리 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1) 판정부는 분쟁 당사자 간의 스페인-아르헨티나 투자협정 IV조³³⁶⁾(최혜국대우)는 명백하게 ‘이 협정에서 다루는 문제에

335] 8[1]. The right of the beneficiary State to most-favoured nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause referred to in article 4, or from the clause on most favoured-nation treatment referred to in article 6, in force between the granting State and the beneficiary State.

336] Article IV TREATMENT

1. Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.



대해서'라고 적용 범위를 한정하고 있고 우산 조항을 협정 내에 포함시키고자 했다면 이를 언급하였을 것인데 언급되지 않았다는 것은 그리할 의사가 없었던 것으로 이해된다고 판단하였다. 판정부는 체약국이 협정에서 배제한 대우나 권리를 최혜국대우 조항을 통해 임의로 도입할 수는 없다고 보았다. 판정부는 최혜국대우는 타 협정의 보다 유리한 대우를 도입하여 본 협정에 이미 기재된 해당 대우의 수준을 개선하는 효과가 있다고 설명하였다(판정문 880-885).

타 협정의 정의 조항을 최혜국대우 조항을 통해 차용해 올 수 있는지에 대한 판정은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)이 대표적이다. 투자 설립의 적법성이 시비된 이 사건에서 청구인은 투자 적법성 문구가 없는 그리스-우즈베키스탄 투자협정 1(1)조³³⁷⁾를 원용하겠다고 주장하였다. 청구인은 그리스-우즈베키스탄 투자협정의 투자 정의는 자신에게 보다 유리한 대우를 제공할 수 있으며 따라서 타국과의 동등 대우를 규정하고 있는 3(2)조 최혜국대우 적용 대상이라고 주장하였으나 중재 판정부는 수용하지 않았다. 판정부는 투자나 투자자 등의 정의는 해당 협정상의 정의를 따라야 하며 타 협정 정의를 최혜국대우 조항을 이용하여 도입해 올 수는 없다고 보았다. 특정 조약을 통한 시비는 우선 그 조약 하에서 이루어져야 한다는 것이다. 판정부는 각 투자협정은 보호 대상이 되는 투자와 개인을 임의로 정의할 수 있으므로 그 정의는 각 투자협정별로 다를 수 있는 상황에서 최혜국대우 조항은 각 협정이 정의한 투자에 부여되는 '대우'에 적용되는 것이지 정의 그 자체에 적용되는 것은 아니라고 보았다.

Vannessa vs. Venezuela 사건(ARB(AF)/04/6) 판정부도 투자의 정의를 타 협정에서 차용하려는 청구인의 주장을 위와 같은 논리로 기각하였다.

기타 실질적 권리에 관한 사례로 *AAPL vs. Sri Lanka* 사건(ARB/87/3)에서 스리랑카 정규군과 반군 간의 교전으로 인해 피해로 본 청구인은 전쟁이나 사회 혼란 등을 이유로 한 투자 유치국의 면책 규정이 기재되어 있지 않은 타 투자협정(스위스-스리랑카)을 원용하여 스리랑카의 책임을 확보하려고 하였다. 중재 판정부는 청구인의 주장은 스위스-스리랑카 투자협정의 투자자 보호 기준이 일반적인 국제법상의 보호 수준(최소 기준)보다 더 엄격한 책임 수준을 상정하고 있다는 것인데 스위스-스리랑카 투자협정이 일반적인 국제법상의 원칙을 버리고 엄격한 책임이라는 기준을 채택하였다고 볼 근거가 없다고 실시하고 청구인의 주장을 기각하였다 (판정문 54)

청구인에 대한 개발 허가 발급 지연이 시비가 된 *MTD Equity vs. Chile* 사건(ARB/01/7)에서

2. In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favorable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.

337] 1. The term 'investment' means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: a) ~ e)



청구인은 체약국은 필요한 허가를 관련 법령에 의거하여 투자자에게 발부해야 한다는 크로아티아-칠레 투자협정 3(2)조를 최혜국대우 조항을 이용하여 차용하겠다고 하였으나 중재 판정부는 해당 조항의 의미는 허가 신청이 관련 법령 요건에 부합하면 허가를 부여하라는 것이지 허가를 위해 투자 유치국의 법령 자체를 변경하라는 것은 아니라고 지적하고 이 사건에서 청구인에게 개발 허가를 부여하기 위해서는 산티아고 도시 개발 계획이라는 규제 체제 변경을 필요로 하는 것이므로 위 조항을 최혜국대우 조항을 통해 차용하여 적용할 수 없다고 판정하였다.

위의 판례와 달리 최혜국대우 조항을 통해 타 투자협정의 공정하고 공평한 대우 조항을 도입해 올 수 있다고 판정한 판례로는 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)이 있다. 이 사건에서 터키 파키스탄 투자협정은 본문 조항에 최혜국대우는 있었지만 공정하고 공평한 대우 조항은 없었다. 다만 서문에서 공정하고 공평한 대우가 안정적인 투자 환경 유지와 경제적 자원의 효과적인 사용을 위해 바람직하다는 원론적으로 서술되어 있었다. 이 사건 중재 판정부는 그러나 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 공정·공평 대우 조항을 적용할 수 있다는 견해를 표명하였다. 비록 본문에 의무 조항으로 기재되어 있지 않더라도 협정의 대상과 목적, 전체적인 맥락상 최혜국대우를 원용하여 최혜국대우를 도입할 수 있다는 것이다. 해당 체약국은 공장·공평 대우의 중요성을 분명히 의도하고 있었으며 비록 본문에는 명기되어 있지 않지만 공장·공평 대우를 도입할 수 있다고 최혜국대우 조항을 해석하는 것이 서문에 합당하다고 판단하였다³³⁸. 이외에도 *ADF vs. USA* 사건(ARB(AF)/00/1), *ATA vs. Jordan* 사건(ARB/08/2) 판정부가 위와 같은 취지로 판정하였다.

338] [t]he fact that the States parties to the Treaty clearly contemplated the importance of the FET rather suggests the contrary. Indeed, even though it does not establish an operative obligation, the preamble is relevant for the interpretation of the MFN clause……. [*Bayindir vs. Pakistan* para. 155]



124

Deutsche Bank vs. Sri Lanka 사건(ARB/09/2)

가. 사건 개요

이 사건은 도이체 은행과 체결한 석유 수입가격 위험회피 계약(이하 ‘Hedging 계약’)상의 지불 의무를 회피하기 위해 시행된 스리랑카 대법원의 지급정지 명령, 중앙은행의 조사 등의 행위가 투자협정 상의 수용에 해당하고 공정·공평 대우 의무 위반이라고 판정된 사건이다.

청구인 도이체 은행은 2008년 7월 스리랑카 국영 석유회사(CPC)와 석유 수입가격 위험 회피계약(Hedging 계약)을 체결하였다. 2003년 1월 당시 국제 석유 가격은 28불이었던 것이 2008년 7월에는 130불까지 치솟은 결과, 석유 수입국인 스리랑카는 석유 가격 상승으로 인해 심한 외환 압박을 받게 되자 중앙은행은 CPC에 Hedging 계약을 체결할 것을 권고하였고, 의회도 2006년 10월 Hedging 계약을 체결하기 위한 내각 검토 회의를 설치하였다. 2008년 체결된 Hedging 계약의 요지는 석유 가격이 배럴 당 112불을 넘어 설 경우 월 평균 석유 수입 가격과의 차액을 도이체 은행이 스리랑카에 지급하고, 112불 이하로 떨어질 경우 월 평균 석유 수입가격과의 차액을 스리랑카가 도이체 은행에게 지급하는 것이었다. 스리랑카가 이 계약으로 이익을 보기 위해서는 국제 석유가가 112불 이상을 유지해야 했었는데 스리랑카의 예측과 달리 국제 유가는 계약 체결 직후부터 떨어지기 시작하여 스리랑카는 2008년 9월 도이체 은행으로부터 3만 불을 수령하였을 뿐 10월에는 160만 불, 11월에는 450만 불을 도이체 은행에 지급해야 했다.

2008년 11월 26일 CPC는 체결 권한이 없는 Hedging 계약을 체결하였고 해당 금액을 지불할 권한이 없으며 계약 자체가 도이체 은행에 유리하게 구성된 사악한 계약이라는 시민 권리 청원이 스리랑카 대법원에 제출되었다. 권리청원이란 시민의 핵심적인 기본권이 침해되었을 경우 대법원에 제출할 수 있도록 스리랑카 헌법에 기재된 청원 제도이다. 11월 28일 대법원은 이 청원에 대한 임시명령을 발동하여 도이체 은행에 대한 지급정지, CPC 사장 직무정지, 석유부장관 직무정지 권고, 석유 직접 구매(Hedging 계약 불이용) 등을 지시하였다. 2008년 11월 13일 스리랑카 중앙은행은 Hedging 계약이행 과정 상 도이체 은행이 규정과 절차를 준수하였는지 여부에 대한 조사를 개시하였으며 2009년 1월 도이체 은행의 규정 위반을 지적하는 보고서를 발표하였다. 2008년 12월 스리랑카 금융위원회는 각 은행에 CPC의 Hedging 계약과 관련한



대외 지급을 중지하라는 명령을 각 은행에 하달하여 도이체 은행은 Hedging 계약상 수령해야 할 금액을 받지 못했다. 2008년 12월 도이체 은행은 CPC의 계약 위반을 근거로 Hedging 계약을 종료한다고 통보하고 미수령 금액이 6000만불에 달한다고 스리랑카에 통지하였다.

도이체 은행은 스리랑카의 대금 미지급 행위는 독일-스리랑카 투자협정상의 수용에 해당하며 공정-공평 대우 의무 위반이라고 주장하면서 2009년 2월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 관할권

스리랑카는 Hedging 계약이 투자협정 상의 투자에 해당하지 않는다고 주장하였다. 협정 1조³³⁹⁾에 예시된 투자의 양태 중 가장 근접한 것이 c) 대금청구권인데, 문안상 투자와 결부된(associated with an investment) 대금 청구권만이 투자에 해당하고 Hedging 계약은 따로 결부되어 있는 투자가 없으므로 투자 정의에 부합하지 않는다고 주장했다. 판정부는 투자협정 제1조는 ‘모든 종류의 자산’이 투자라고 정의하고 있는바, Hedging 계약은 경제적인 가치를 갖는 도이체 은행의 법적 자산이므로 투자에 해당한다고 판단하였다. 투자와 결부된다는 문안은 해석상 ‘대금청구권’을 수식하는 것이 아니라 ‘경제적 가치를 갖는 모든 의무의 이행에 관한 청구 (claims to any performance having an economic value)’를 수식하는 것이며 Hedging 계약은 이에 부합하는 청구라고 보았다(판정문 284-286).

스리랑카는 투자란 투자 유치국 영토 내에 이루어져야 하나 도이체 은행과의 Hedging 계약은 싱가포르 지점과 주로 협상하였고 계약서 내에 준거법과 법정이 영국으로 적시되어 있으므로 영토성 요건을 충족하지 못한다는 주장도 제기하였다. 판정부는 국제 주요 은행은 전세계적으로 일체가 되어 운영되므로 특정 서류 작업을 특정 지점에서 수행했다는 것이 해당 투자가 그 지점 소재국에 이루어진다는 것을 의미하지는 않는다고 지적하였다. 런던이 국제 금융 중심지인 관계로 다수의 국제 금융 계약이 영국법을 준거법으로 체결되므로 이 사실이 이 사건 투자의 영토성 충족 여부와는 무관하다고 보았다. 중재 판정부는 도이체 은행이 Hedging 계약대로 스리랑카에 지불한 금액이 있으며 이는 스리랑카에서 발생한 활동과 연계되어 있고 스리랑카

339] 1. The term investments comprises every kind of asset, in particular: a), b),

c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value and associated with an investment



경제에 자금을 공급한 것이므로 투자의 영토성 요건은 충족된 것이라고 결론 지었다(287-292).

ICSID 협약상의 투자 해당 여부에 대해 판정부는 도이체 은행이 계약 체결을 위해 전문 지식, 인력을 동원하였고 실제 3만 불을 스리랑카에 지불하였으므로 투입성 요건이, Hedging 계약은 교섭기간이 2년, 계약 기간 자체는 1년이어서 이런 종류의 투자에 통상적인 기간이 소요되었으므로 기간성 요건이, Hedging 계약의 성질 자체가 위험성을 내포하고 있으며 분쟁이 제기된 사실 자체가 위험성의 존재를 나타내는 것이므로 위험성 요건도 모두 충족되었다고 설명했다. 판정부는 기여성 요건에 대해서는 충족 여부가 주관적이고 투자 요건으로 보아야 할 필요는 없다는 견해를 밝히면서도 Hedging 계약이 스리랑카의 국가 이익을 위해 고안, 시행된 것은 의심할 여지가 없다고 밝혀 기여성 요건도 충족한다는 점을 시사했다(297-307).

스리랑카는 Hedging 계약이 통상적인 상업 거래 또는 우발 채무에 해당하므로 투자가 아니라는 의견도 개진하였으나 판정부는 내각 검토 회의를 거쳐 스리랑카 최고위층의 재가를 받고 스리랑카 국가 이익 증진을 위해 시행된 계약이 단순한 상업 거래로 보이지는 않는다고 논설하였다. 우발 채무 주장에 대해서도 국제 회계 기준의 정의상 증권, 파생 상품에서 발생하는 미래 수익이나 손실은 재무 자산으로 분류되지 우발 자산/채무로 분류되지 않는다고 지적하고 수용하지 않았다(308-313).

스리랑카는 CPC가 자신의 권한을 초고하여 Hedging 계약을 체결하였고, Hedging 계약은 본질적으로 투기이므로 스리랑카 국내법상 성립할 수 없는 무효 계약이라고 주장하기도 하였으나 판정부는 스리랑카가 CPC의 월권 행위임을 증거로서 입증하지 못했고 Hedging 계약은 위험 회피를 위해 광범위하게 행해지는 재무 행위로서 투기라고 볼 수는 없으므로 투기가 CPC 권한에 해당하는지 여부는 판정부가 굳이 심리할 필요가 없다고 밝혔다(344-346). 이상의 검토를 토대로 판정부는 이 사건에 대해 관할권이 있다고 판시하였다.

2) 공정·공평 대우

중재 판정부는 스리랑카 대법원이 청원을 접수한 후 48시간도 안 되는 시간 내에 당사자의 소명도 청취하지 않고 매우 복잡한 계약 서류도 생략한 채 청구인에 대한 일체의 지급금지 명령을 내린 점은 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 판정하였다. 중앙은행은 외환 보유고가 충분치 못한 상황에서 CPC의 대규모 달러화 지급 요청이 이례적이어서 감사를 개시하게 되었다고 하였으나 판정부는 이미 국제 석유 가격이 하락하여 외환 사정은 다소 나아지고 있었고 CPC의 Hedging 계약에 따른 지급 의무는 이미 중앙은행도 인지하고 있었다고 지적하며 감사



개시 목적이 석연치 않다고 보았다. 제출된 증거상 중앙은행장은 감사 개시 전에 이미 CPC의 대금 지급을 중단하라는 지시를 내렸고 이후 감사가 한 달 이상 지속되었다고 하면서, 이런 종류의 감사가 통상 매우 방대한 문서 검토가 필수적임을 고려할 때 아무 문서 기록이 없다는 설명은 수긍할 수 없다고 일축하였다. 판정부는 2008년 12월 금융위원회의 지급 금지 명령도 당사자인 도이체 은행에게는 사전에 통지되지 않아 항변의 기회도 부여되지 않았다고 지적하면서 스리랑카의 일련의 조치는 도이체 은행에게 고액의 Hedging 계약상의 지불금을 건네지 않기 위해 사전에 공모, 시행된 것으로 판단되므로 자의성, 불투명성에 비추어 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다(474-491).

3) 수용

청구인의 수용 주장 심리에 앞서 판정부는 수용은 피수용 자산에 대한 소유주의 권리 박탈 또는 행사 방해할 필수 요소로 하지만 반드시 경제적 손실을 수반해야 하는 것은 아니라고 적시했다. 경제적 손실이 발생하지 않는 수용도 있을 수 있으며 경제적 손실은 향후 수용에 대한 보상액 산정 시 주로 고려해야 할 요소이지 그 자체의 존부가 수용 여부를 결정하는 것은 아니라고 이해했다. 그러나 청구인에게 경제적 손실이 발생하지 않았다는 점을 지적하려는 것은 아니었다. 판정부는 대법원의 2008년 11월 28일 임시 명령, 12월 16일 중앙은행의 지급정지 명령은 Hedging 계약상의 청구인의 채권을 수용한 것과 마찬가지라고 판정하였다. 스리랑카의 조치는 청구인의 채권의 경제적 가치를 박탈한 것이며 11월 28일 이후 대법원, 중앙은행 등 관련 기관의 긴밀한 협의와 공모 아래 시행된 수용 조치일 뿐 아니라 그 의도와 과정이 권한 남용, 불순한 동기, 심각한 절차 위반, 악의로 점철되어 있다고 비난하였다. 특히 중앙은행에 대해서는 당초 CPC에게 Hedging 계약 체결을 권유하고 도이체 은행을 상대역으로 주선까지 해주었다는 점을 들어 통박하였다. 스리랑카는 대법원이나 중앙은행의 법적인 규제 행위라고 항변하기도 하였으나 독립성이 부족한 규제 기관이 금전적인 동기에서 개시한 불법적인 수용이라고 단정지었다(520-525).

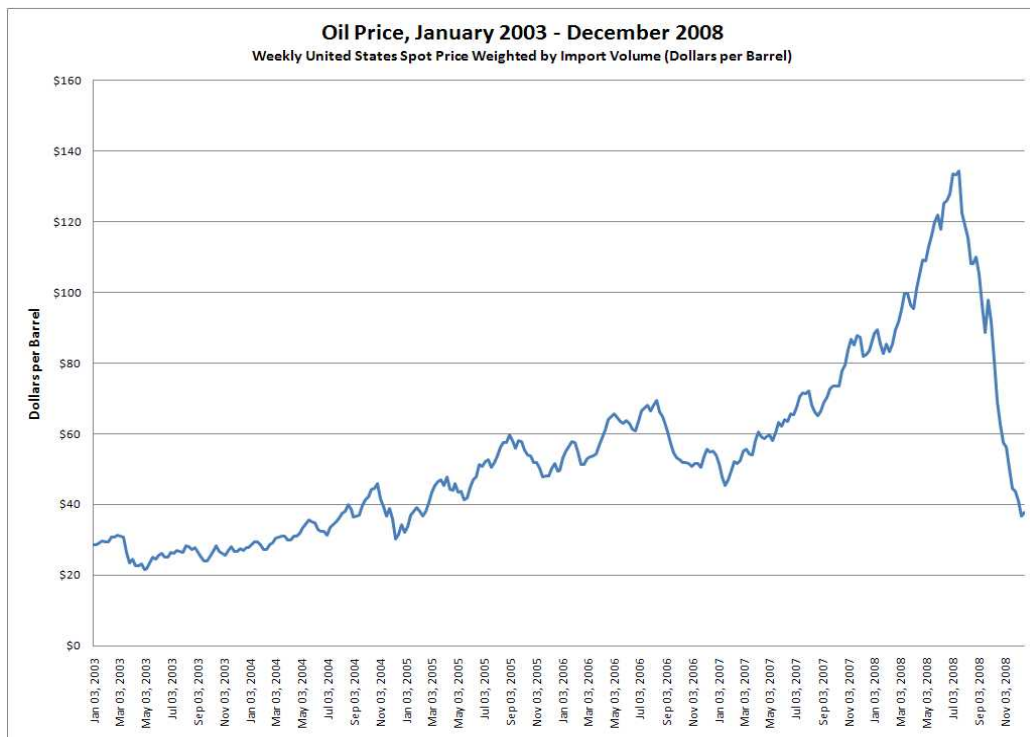
다. 평가 및 해설

1) Hedging 계약 체결 당시의 상황

스리랑카가 Hedging 계약을 체결한 시점은 2008년 7월, 2007년초부터 비정상적으로 급등하던



국제 유가가 최고점에 달한 시기였다. 유가는 2008년 9-10월 이후 폭락하였다. 당시 원유價 급등 추세는 수요, 공급 상황에 부합하지 않고 생산 전망과도 어긋나는 것이어서 국제 금융 자본의 투기설이 비중있게 제기되었다. 스리랑카와 같은 작은 나라가 국제 유가의 전망을 비교적 정확하게 내릴 수 있는 위치는 아니었을 것이다. 급등 추세가 당분간 계속될 것이라는 국제 금융 기관의 전망을 믿고 나름대로 자구책을 강구한 것이 Hedging 계약의 체결이었다. 당시 국제 금융 기관, 투자 은행 등은 유가가 배럴당 200불을 돌파할 것이라는 전망을 내놓기도 하였다. 만일 당시의 유가 급등이 항간에서 의심하는 대로 투기 세력의 소행이라거나, 국제 금융 기관 자신들이 중요한 투자자로서 유가 매매를 통해 가격 변동에 영향을 미치고 있는 가운데 스리랑카와 Hedging 계약을 체결한 것이라면, 향후 유가 전망에 대해 스리랑카와 Deutsche Bank 중 어디가 더 신빙성 있게 예측할 수 있었을까? 국제 중재 제도는 외국인 자본을 유치해야 하는 절박한 처지에 있는 개도국이 사법 주권을 일정 부분 제약하는 대신 외국인 투자자에게 보다 우호적인 투자 환경을 제공하여 그들의 자본을 유치하려는 타협적인 제도이다. 감정이 없는 법으로 규율되는 제도이므로 때로는 당사자의 딱한 처지를 배려할 수 없는 한계가 노정되기도 한다. 이 사건이 그 예일 것이다.



| 2003년 - 2008년 국제 원유가 변동 추세 |



2) 투자 범위의 확대

경제가 발달하고 국가 간 자본 및 자산 이동이 활발해져 감에 따라 투자의 범위는 꾸준히 확대되어 왔다. 기술 발전과 함께 새로운 경제 현상이 등장하고 새로운 영업 방식과 영역이 확대됨에 따라 투자협정은 투자의 범위를 확장적으로 기재하는 추세이다. Hedging 계약도 이러한 경제 영역과 활동의 확대와 무관하지 않다. 투자 분쟁에서 쟁점이 된 대상이 투자협정상의 투자에 해당하는지 여부는 준거가 되는 당사국 간 투자협정의 투자 정의를 적용하면 판단할 수 있으므로 판례 간 법리적 대립이나 판례 축적에 의한 법리 정립이 두드러지지 않고 있다. 이 사건 판정부와 마찬가지로 해당 투자협정의 규정을 적용하여 투자에 해당한다고 판단된 특별한 자산으로는 *Fedax vs. Venezuela* 사건(ARB/96/3)에서는 약속어음이 투자로 인정할 수 있다고 판단되었으며 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)에서는 공사 개시 전의 준비(엔지니어 교육, 훈련, 장비와 인력 현장 반입, 보증금 기탁)도 투자로 인정되었다. *OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia* 사건(ARB/04/6)에서는 은행 대출이, *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7)에서는 중재를 신청하고 판정을 이행받을 권리가 투자로 인정된 바 있다.

투자협정상의 투자 정의에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록되어 있다. 투자의 본질적 속성 보유 여부를 기준으로 ICSID 협약상의 투자에 해당하는지를 심리한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 정리하여 두었다.



125

KT Asia vs. Kazakhstan 사건(ARB/09/8)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과 국적국 간의 관계가 반드시 실질적이고 실효적일 필요는 없다는 점과 투자가 투자 유치국 경제 발전에 반드시 기여해야 하는 것은 아니라는 점이 확인된 사건이다.

청구인 KT Asia Investment는 네덜란드 회사이나 카자흐스탄 기업인, 정치인인 Mukhtar Ablyazov의 이익 보호를 위해 설립된 명목상의 회사였다. 1998년 Ablyazov는 카자흐스탄 BTA 은행을 매입하였고 2001년 11월에는 야당을 창설하여 나자바예프 대통령과 반목하게 되었다가 2002년 3월말 구속되었다. 그는 석방된 후 2005년 5월 BTA의 이사회 의장이 되었으나 BTA의 지분 75%를 소유하고 있으면서도 그 사실을 정치적 탄압 및 탈취를 염려하여 카자흐스탄 금감원에 비밀로 하였다. Ablyazov는 은행 지분 10% 이상 소유시 금감원의 관리 감독을 받아야 한다는 규정을 회피하기 위해 여러 명목 회사를 동원하여 10% 이하로 분산하였다. 유사한 목적으로 2007년 12월 네덜란드에 KT Asia Investment라는 명목 회사를 설립하였다. KT Asia Investment는 Ablyazov 통제 하에 있는 기업으로부터 BTA 지분 9.96%를 액면가 이하로 구입 하였으나 구매 비용을 실제 지불하지는 않았다. 지분 매집 후 여타 명목 회사에 이전하기 위한 일시적인 통로로 설립한 것이었으나 사정상 16개월간 지분을 보유하게 되었고 ICSID 중재 주체도 되었다.

2009년 2월 카자흐스탄 정부는 14억 불의 신규 자본을 BTA 은행에 투입하고 신주를 발행하게 한 후 전체 지분의 75.1%를 보유하게 되었다. 2010년 9월에는 정부 지분이 81% 이상이 되었으며 Ablyazov의 지분은 크게 희석되었다. Ablyazov는 이러한 국유화 조치가 자신의 지분을 탈취하기 위한 것이라고 주장하였으나 카자흐스탄은 Ablyazov의 약탈에 가까운 은행 부실 경영으로부터 BTA 은행을 보호하기 위한 조치라고 반박하였다.

KT Asia는 카자흐스탄의 신주 발행 조치가 BTA를 불법적으로 수용하는 조치에 해당한다고 2009년 7월 ICSID에 중재를 신청하였다. KT Asia는 BTA 은행 주식 외에 일체의 자산이 없는 Ablyazov의 BTA 은행 주식 관리용 명목 회사였으며 실제 ICSID 중재 비용도 Ablyazov가



지불하였다. 카자흐스탄은 KT Asia는 외형만 네덜란드 국적일 뿐 카자흐스탄인의 지배 하에 있으므로 ICSID 협약과 네덜란드-카자흐스탄 투자협정상의 투자자가 아니며 실제 카자흐스탄에 실행한 투자도 없으므로 ICSID 관할권이 없다고 주장하였다.



| 정적 관계인 청구인 Ablyazov(왼쪽)과 Nazarbayev 카자흐스탄 대통령 |

나. 주요 쟁점

1) 투자자 국적

카자흐스탄은 ICSID 협약과 투자협정상 투자자는 실질적이고 실효적인 국적(real and effective nationality)를 가져야 한다고 주장하였으나 중재 판정부는 협약과 협정의 규정이 이를 요구하지 않는다고 기각하였다. 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조는 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없으므로 투자협정 체결국은 임의로 국적 요건에 합의할 수 있으며 네덜란드와 카자흐스탄은 투자협정 1조에서 실질적이고 실효적인 국적 등의 부대 요건이 없이 국민을 체약국의 법에 의해 설립된 법인이라고 매우 개괄적으로 정의하였으므로 네덜란드법에 의해 설립된 KT Asia는 네덜란드 국민이라고 판단하였다. 더욱이 체약국 법에 의해 설립되지 않은 법인이라 할지라도 체약국민의 직간접적인 지배 하에 있어도 국민에 해당한다고 규정되어 있음에 비추어 네덜란드와 카자흐스탄은 국민 요건을 매우 넓게 확장했다고 지적하였다. 투자협정상의 대상과 목적에 비추어 보아도 국민의 정의를 협소하게 정했다는 점을 찾을 수 없으며 카자흐스탄이 맺은 여타 투자협정 중에는 실질적인 국적 관계가 없을 경우 투자협정의 혜택을 부인할 수 있는 조항을 포함한 것이 있는 데에도 불구하고 네덜란드와의 협정에 이를 명기하지 않은 것은 그리할 의사가 없었기 때문이라고 보았다. 중재 판정부는 카자흐스탄이 주장하는 실질적이고 실효적인 국적 요건은 이중 국적자에 대해 외교적 보호권이 충돌할 때 적용하는 원칙으로서 외교적



보호권을 배제하기 위해 활용하는 국제 중재와는 무관한 원칙이라고 설명하였다. 이에 따라 중재 판정부는 KT Asia는 ICSID 중재를 신청할 수 있는 투자자에 해당한다고 판시하였다(114-128).

2) 투자 여부

중재 판정부는 KT Asia의 BTA 지분 소유가 ICSID 협약과 투자협정상의 투자에 해당되는지 판단하기 위해 소위 *Salini test*를 적용하는 것에 대해서는 인정하였다. 그러나 *Salini* 요건 중 투자 유치국 경제 발전의 기여 여부는 성공적인 투자의 결과이지 투자가 실패하여서 경제 발전에 아무 기여를 하지 못했다고 하여 투자가 없었다고 할 수 없으므로 이 요건은 배제해야 한다고 논설하였다. 중재 판정부는 청구인이 BTA 지분을 획득하기 위해 지불한 것이 없고 지불한 것이 없으므로 위험성도 부담하지 않았으며 원래 수 주간 정도 BTA 주식을 보유하려는 의도였으므로 기간성도 충족하지 못했다고 지적하고 투자에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(188-203).

다. 평가 및 해설

1) 투자의 기여성

이 사건처럼 투자유치국의 기여성을 투자의 요건으로 보지 않은 판례는 많이 있다. *Salini* 판정부가 제시한 투자의 4개 요건을 수용한 판례는 다수 있으나 이중 기여성을 특별히 강조하여 심리한 판정부는 2개에 불과한 반면, 기여성을 부인한 판례는 그 이유에 대해 자신의 견해를 상세히 개진하였다. 주로 제시되는 이유는 투자유치국 경제에 대한 기여 여부는 투자로 인한 결과이지 투자 자체의 내재적인 속성이라고 볼 수 없다거나 기여 여부를 판정부가 주관적으로 판단할 수 없다거나 기타 3개 요소에 이미 내재되어 있다는 점 등을 근거로 제시한다.

ICSID 협약의 투자의 의미는 조약 해석에 관한 기본 원칙을 이용하여 이해할 수도 있다. 조약법에 관한 비엔나 협약 31조는 조약 해석의 기본 원칙으로 용어의 통상적 의미로 해석하라고 천명하고 있다. 통상적 의미란 사전적 의미이다. 표준 국어 대사전에는 투자를 ‘이익을 얻기 위하여 어떤 일이나 사업에 자본을 대거나 시간이나 정성을 쏟는 것’이라고 정의하고 있다. Oxford 사전 정의는 ‘An act of devoting time, effort, or energy to a particular undertaking with the expectation of a worthwhile result’ 이다. 두 사전 정의 모두 자본, 시간, 정성을 쏟는다는 투입성과 가치있는 결과를 기대한다는 위험성, 그리고 투입 행위와 결과 발현까지 필수적인



일정 정도의 기간성을 내포하고 있다. 그러나 어느 정도도 자신의 이익이 아니라 상대방의 이익을 목적으로 한다는 기여성은 언급하고 있지 않다. 투자는 본질적으로 자신의 이익을 위한 위험 감수 행위이고 이를 위해 자신의 자원을 투입하는 행위이다. 위험 감수의 정도가 크면 투기가 될 것이고 극단에 이르면 사행 행위가 될 것이다. 투입과 결과 발현에는 필수적으로 일정 정도의 시간이 필요하다. 투입과 결과 발현이 동시에 이루어지는 거래나 매매는 이러한 기간성이 없으므로 투자로 분류되지 않는다. 매매는 투자가 아니라는 것은 확립된 판례이고 어떤 투자협정에는 아예 매매는 투자가 아니라고 적시하기도 한다. 投資의 한자 표현 자체가 던질 것, 자신의 자원을 투입한다는 투입성을 나타내고 있다. 국제법상의 해석 원칙을 적용하여도 투자 유치국의 경제 발전에 기여한다는 요소를 투자의 본질적인 속성으로 주장하기는 어려울 것으로 본다. 투자의 요건 및 기여성에 관한 ICSID 판정을 종합한 해설은 *Salini vs. Morocco* 사건(ARB/00/4)에 정리하였다.

기여성의 투자 속성 해당 여부에 대한 ICSID 중재 판정 일람표

기여성 인정 판례 및 논거		기여성 부인 판례 및 논거	
		<i>Casado v. Chile</i> (98/2)	기여성은 투자의 결과이지 요소가 아님
<i>CSOB v. Slovakia</i> (97/4)	투자자의 경제 기여성 강조	<i>LESI v. Algeria</i> (03/8)	기여성 측정 불가, 타 3 요소에 포함
<i>Salini v. Morocco</i> (00/4)		<i>Quiborax v. Bolivia</i> (06/2)	기여성 투자 요건 부인
<i>Joy Mining v. Egypt</i> (03/11)	4개 기준 충족 여부 심사, 기여성 별도 언급 없음	<i>Phoenix v. Czech</i> (06/5)	기여성 대신 경제 활동으로 대체 제언
<i>Bayindir v. Pakistan</i> (03/29)	상동	<i>Alpha v. Ukraine</i> (07/16)	기여는 투자의 결과, 기여성은 심리해야 할 내용 불제시
<i>Jan de Nul v. Egypt</i> (04/13)	상동	<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	기여는 투자의 목적, 투자의 요건은 아님
<i>M.H. Sallors v. Malaysia</i> (05/10)	경제 기여성 해당하지 않는 점을 상세 설명	<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	기여성 심리 없이 투자 인정
<i>Pantechniki v. Albania</i> (07/21)	4대 요소 충족 확인, 기여성 별도 언급 무	<i>Deutsche Bank v. Sri Lanka</i> (09/2)	기여성 충족은 주관적 판단, 투자 요건 부인
		<i>KT Asia v. Kazakhstan</i> (09/8)	기여는 투자의 결과, 실패하여 기여 못한 투자도 투자
		<i>lokale v. Turkmenistan</i> (10/24)	기여성 필수 요인 아님, 진여 요소로만 투자 여부 판정



2) 투자자 국적 관련 판례

이 사건에서 카자흐스탄이 주장한 실질적이고 실효적인 국적 원칙은 자연인이 아니라 네덜란드 법인인 KT Asia에 대한 것이었다. KT Asia의 실질적인 소유주는 카자흐스탄 사람인 Ablyazov이므로 KT Asia와 네덜란드 간에는 실질적이고 실효적인 국적 관계가 없다는 것이었다. 이러한 실질적인 국적 관계가 제기되는 것은 통상 청구인이 자연인일 경우이다. 이제까지의 판례를 보면 ICSID 중재 판정부는 자연인과 그의 법적인 국적국 간에 실질적인 관계, 진정한 유대 등의 조건을 충족해야 한다고 보지 않는다. ICSID 협약이 단순히 체약국의 국민일 것만을 규정(ICSID 협약 25(1)조, 25(2)(a)조) 하고 있다는 점이 판단의 근거로 주로 제시되어 왔다. *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15) 사건에서는 이태리 국적을 근거로 중재를 신청한 두 청구인이 모두 이집트에서 출생, 성장하였거나 수십년 간 이집트 국적을 유지하면서 이집트에 거주하였으므로 이태리와의 진정한 유대 관계가 없다는 항변이 이집트로부터 제기되었다. 이 사건 판정부는 ICSID 협약 25(1)조는 분쟁 상대방이 타방 체약국적의 투자자임을 요구할 뿐 국적의 진정성을 요구하지 않으므로 법적인 이태리 국적자와의 투자 분쟁은 ICSID 관할권이 적용된다고 판시하였다.

Rompetrol vs. Romania 사건(ARB/06/3) 판정부는 국제법이 특정 협정을 체결하려는 국가로부터 회사의 국적 결정 요소로서 장소 또는 해당 법을 제정, 허가하는 권한을 박탈한다는 주장의 정당한 논거를 찾을 수 없으며 따라서 실질적이고 실효적인 국적 원칙이 ICSID 협약 25조나 투자협정상의 규정에 우선한다는 주장할 수 있는 여지가 없다고 단정했다³⁴⁰⁾.

Saba Fakes vs. Turkey 사건(ARB/07/20)에서 터키는 청구인이 네덜란드 국민의 자격으로 중재를 신청하였으나 사실은 네덜란드, 요르단 이중 국적자로서 네덜란드와는 실질적인 관계가 없다고 주장하였으나 역시 같은 논리로 기각당했다. *KT Asia vs. Kazakhstan* 사건(ARB/09/8)에서 카자흐스탄은 투자자는 실질적이고 실효적인 국적을 가져야 한다고 주장하였으나 중재 판정부는 ICSID 협약은 국적 요건에 대해 특별한 언급이 없고 이 사건 근거 협정인 네덜란드- 카자흐스탄 투자협정에서도 실질적이고 실효적인 국적 요건을 규정하지 않았다고 지적하면서 카자흐스탄 주장을 수용하지 않았다.

340) The Tribunal cannot find any trace of justification for an argument that international law deprives the States concluding a particular treaty – whether a multilateral Convention like ICSID or a bilateral arrangement like a BIT – of the power to allow, or indeed to prescribe, the place and law of incorporation as the definitive element in determining corporate nationality for the purpose of their treaty.

In the light of these conclusions, the Tribunal is clear in mind that there is simply no room for an argument that a supposed rule of ‘real and effective nationality’ should override either the permissive terms of Article 25 of the ICSID Convention or the prescriptive definitions incorporated in the BIT.

(*Rompetrol* award para. 92-93)



다만 *Soufraki vs. UAE* 사건(ARB/02/7)에서 판정부는 청구인의 이태리 국적이 실제 이태리 국적법에 의해 정당하게 부여된 것인지를 심리하여 해당 요건을 충족하지 못했다는 이유로 청구인이 합법적으로 발부받은 여권과 국적 증명 서한을 제출하였음에도 불구하고 이를 인정하지 않았다. 이는 실효적 관계를 살핀 것이 아니라 국적법 준수 여부를 살핀 것이다.

Saluka vs. Czech 사건 판정부는 투자협정 체결국은 국적 문제에 있어 완전한 자유가 있으며 투자자로 볼 수 있는 자격을 제한하기로 결정했으므로 중재 판정부가 투자자가 합의한 것 이상의 새로운 정의를 부과할 수 없다고 확인했다^{341]}.

341] The parties had complete freedom of choice in this matter, and they chose to limit entitled 'investors' to those satisfying the definition set out in Article 1 of the Treaty. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of 'investor' other than which they themselves agreed.
[*Saluka vs. Czech* UNCITRAL Award para. 241]



126

Global & Globex vs. ukraine 사건(ARB/09/11)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 우크라이나에게 판매한 가금육 거래가 단순 상품매매이므로 투자에 해당하지 않는다고 판시되어 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Global Trading co.와 Globex International Inc.는 미국의 육류 수출회사로서 2008년 6월 우크라이나 정부와 닭고기 수출계약을 체결하였다. 과점 상태의 우크라이나 육류 시장 구조로 인해 수입이 제한되고 닭고기 가격이 상승하자 청구인이 제안하고 당시 우크라이나 총리였던 Tymoshenko가 직접 지시하여 이루어진 계약이었다. 그러나 우크라이나가 화물 인수와 구매대금 지급을 거절하여 청구인은 상당한 손실을 보게 되었고 2009년 5월 미국-우크라이나 투자협정에 의거, ICSID 중재를 신청하였다. 우크라이나는 단순 매매 계약은 투자에 해당하지 않는다고 주장하고 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

청구인은 자신의 우크라이나 정부에 대한 판매 대금청구권은 투자협정 1(1)(a)조³⁴²⁾ (iii)항의 자금청구권에 해당하고 (v)항의 계약상의 권리에도 해당하는 투자라고 주장하였다. 또한 이 계약은 단순한 상품매매 계약이 아니라 우크라이나 최고위층이 국내 닭고기 시장의 독점 구조 타파, 가격 인하, 소비자 보호라는 경제 사회적 목적을 위해 요청한 것이고 이행을 보증한 특별한 계약이라고 강조하였다.

중재 판정부는 우크라이나의 주장을 수용하여 1(1)(a)(iii)조의 자금 청구권은 조문에 명백히 적시된대로 ‘투자에 연관된(associated with an investment)’ 것에 한해 투자로 인정된다고 보았고

342] 1(1)(a) 'investment' means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:
 ...
 (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;
 ...
 (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law.



청구인의 계약은 투자와 연관되는 연결 요소가 없는 단순 계약에 불과하다고 판단하였다. (v)항 계약상의 권리에 대해서 판정부는 해당 항목 조문을 (a)항 본문의 영토 요건을 같이 고려하여 해석해야 할지 (v)항 조문 내용만을 문안상 낱말 뜻 그대로 해석해야 할지 견해가 다를 수 있다는 점을 인정하고 ICSID 25(1)조상의 투자 요건에 해당하는지 여부를 살핀 후 검토키로 하고 특별한 판단을 내리지는 않았다(판정문 50-53).

ICSID 협약상의 투자 요건 충족 여부에 대해 청구인은 무엇이 투자에 해당하는지 정의하는 이미 밝혀진(*a priori*)투자 요건에 얽매이지 말고 개별 사건의 상황에 맞게 유연하고 실용적으로 접근해야 한다고 강조하였다. 우크라이나는 아무리 실용적인 접근법을 취하더라도 투자로 볼 수 있는 외연이 있으며 순수한 상업 거래는 이 경계 밖에 있다는 판례³⁴³⁾를 존중하여 줄 것을 요청하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장을 감안하더라도 문제가 된 계약은 청구인과 우크라이나 간의 물품을 CIF 거래 조건으로 매매한다는 순수한 상업 거래에 불과하다고 판단하였다. 매매 거래에 대한 정책적인 우선 순위나 정부 고위층의 관심과 보장 등은 매매계약을 투자로 변환시키지는 못한다고 지적하였다(56-57). 중재 판정부는 따라서 청구인의 계약은 투자협정과 ICSID 협약상의 투자 요건을 충족시키지 못하여 투자에 해당하지 않으므로 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

청구인의 자금 청구권에 의한 투자 주장이 기각된 것은 해당 조문에 ‘투자에 연관된’이라는 조건이 부가되어 있었기 때문이다. 중재 판정부는 문언 해석상 명백히 기재되어 있는 부대 조건을 충족하지 못한 닭고기 판매대금 청구권을 투자로 인정할 수 없다고 본 것이다. 그러나 중재 판정부는 미국 정부가 미국-우크라이나 투자협정 비준을 의회에 요청하면서 발송한 설명 서한에도 자금 청구권에 매매계약은 포함되지 않는다고 명기되어 있다는 점도 감안하였다. 해당 서한에서 미국 정부는 상품의 국경 간 거래와 같은 교역 거래로부터 발생하는 청구권은 투자와 연관된 자금 청구권에서 배제된다고 설명하고 있다. 이 사건과 마찬가지로 상품매매의 투자 여부가 쟁점이 되었던 사건으로는 *Joy Mining vs. Egypt* 사건(ARB/03/11)이 있다.

343] *Jan de Nul vs. Egypt*(ARB/04/13), *Joy Mining vs. Egypt*(ARB/03/11), *Salini vs. Morocco*(ARB/00/4) 사건



127

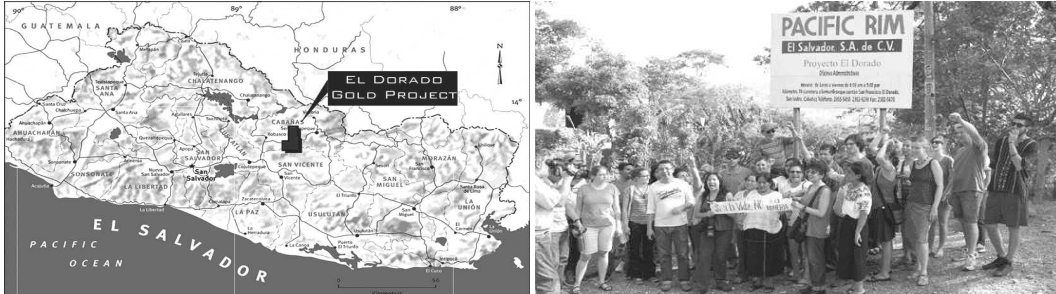
Pac Rim vs. El Salvador 사건(ARB/09/12)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 채굴 면허 신청이 투자 유치국 관련 법규의 요건을 충족하였는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Pac Rim Cayman은 미국 광산 회사로서 외국 자본 유치를 통해 광업을 현대화하려는 엘살바도르 정부의 권유로 2002년부터 2008년간 수백만 불을 투자하여 엘살바도르 현지 법인을 설립하고 다수의 광구에서 탐사 및 채취, 가공 사업을 수행하였다. 청구인의 엘살바도르 내 사업은 정부 최고위층은 물론 광구 주변 주민들에 이르기까지 환영을 받았으며 청구인은 각종 사회 사업과 환경 보존 사업은 물론 엘살바도르 정부의 광산법 개정에 조언을 하기도 하였다. 청구인 현지 법인이 엘살바도르 정부의 요청에 의해 수행한 El Dorado 광구의 채산성 검사 결과, 다량의 금광이 발견 되어 기술적, 경제적 타당성이 있는 것으로 확인했다. 이에 청구인은 2002년 해당 광구를 매입하였다. 당시 소유자는 2005년 1월 만료되는 채굴 면허를 소지하고 있었다. 청구인 현지 법인은 2004년 해당 광구 환경 허가와 채굴 면허를 신청하였으나 발급이 지연되었다. 엘살바도르 환경부 장관이 환경 면허 발급권을 엄격하게 적용하여 광산 난개발을 통제하겠다고 발표하였다가 후임 장관에 의해 번복되기도 하였고 새 광산법 제정 시까지 신규 채굴 면허 발급이 중단되기도 하는 등 곡절이 있었다. 그러던 중 2008년 3월 엘살바도르 대통령은 금속 채굴 사업을 사실상 동결하는 조치를 발표하였다. 이로 인해 청구인의 엘살바도르 내 투자는 타격을 입었고 특히 현지 법인이 신청한 El Dorado 광구의 면허 발급 동결은 청구인과 엘살바도르간 대립의 주된 대상이 되었다. 핵심 쟁점은 청구인이 광산법 규정대로 필수 서류를 구비하여 면허를 신청하였는데 엘살바도르는 필수 서류가 구비되지 않았다는 이유로 면허 발급을 거절한 것이었다. 청구인은 수년 간 엘살바도르 고위 관리가 El Dorado 채굴 면허를 신청하면 발급하겠다고 공언하였는데 이를 거부하는 것은 금반언 원칙에 위배된다는 주장도 제기하였다.

청구인은 분쟁 발생 시 ICSID를 활용한다는 엘살바도르 투자법 규정에 의거하여 2009년 4월 ICSID 중재를 신청하였다.



| El Dorado 광산 위치와 청구인 Pacific Rim사에 대한 현지 주민 반대 시위 |

나. 주요 쟁점

엘살바도르는 이 사건의 원인은 청구인이 탐사 채굴 면허 준비 기간이 촉박함에도 불구하고 엘살바도르 정부가 광산법 해당 규정을 엄격히 적용하지 않고 면허를 발급하여 줄 것으로 기대하고 El Dorado 광구를 매입한 경영상의 실책이라고 지적했다. 청구인이 El Dorado 광구를 매입할 당시 인수했던 채굴권은 만료가 2년 반밖에 남지 않았으므로 합리적인 투자자라면 광물 매장이 유력했던 소지구의 탐사, 채굴 계획을 집중 준비하여 새로운 면허를 신청했어야 하나 청구인은 그 소지구 외에 여타 기초 탐사도 제대로 진행되지 않았던 전체 지구를 대상으로 면허를 신청한 것이며 2년 반 기간 중 전체 지구의 탐사 면허 신청에 필요한 필수 구비 서류를 갖추지 못한 것은 기술적, 시간적 제약상 당연하다는 입장이다. 아르헨티나는 필수 구비 서류를 갖추지 못한 면허 신청을 법 규정대로 기각한 것일 뿐 투자자의 권리를 침해한 것이 없다고 진술하였다.

구비 서류에 관한 법 규정은 광산법 37(2)조로서 기술적 명세가 기재된 地區 계획, 지도, 지질도 및 소유권 증명서 등을 제출해야 한다고 규정하고 있었다. 엘살바도르는 전 지구의 지하 도면 및 기술적 상세를 의미한다고 주장하였고 청구인은 지표면 지도에 구획을 표시하는 수준의 기술적 상세를 의미한다고 주장하였다. 중재 판정부는 조약 해석에 관한 국제법 원칙과 당사자의 주장, 기존의 적용 관행, 전문가 증언 등을 종합하여 청구인의 채굴 면허는 광산법 37(2)조가 규정한 제출 서류 구비 요건을 충족하지 못했으며 따라서 이를 기각한 엘살바도르 당국의 조치가 타당하다고 판정하였다(판정문 8.1-8.44).

청구인은 엘살바도르가 금반언의 원칙을 위반하였다고 주장하였으나 엘살바도르는 청구인에게



광산법 규정을 준수하지 않은 채 채굴 면허를 신청해도 발급하겠다고 공언한 적은 없으며 엘살바도르 국내법에 금반언 원칙이 명문의 규정으로 적시되어 있지도 않다고 반박하였다. 중재 판정부는 금반언의 원칙을 적용하려면 우선 상대방의 분명하고 애매모호하지 않는 행위를 타방이 선의로 의존하였어야 하나 제출된 증거와 증언상 청구인이 이를 입증하지 못했다고 판정하였다(8.45-8.52).

다. 평가 및 해설

금반언은 자신이 이전에 했던 약속을 부인하지 못한다는 원칙으로서 국제법 및 국내법에서 널리 인정되고 있다. ICSID 중재 판정에서도 이 사건을 포함하여 다수의 사건에서 금반언 원칙이 분쟁 당사자에 의해 제기되었다. *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15)에서 이집트는 청구인이 계약 협의 과정에서 이집트 인이라고 소개하였던 청구인이 중재 심리에서 이탈리아 국적을 주장하는 것은 禁反言의 원칙에 위반된다고 주장하였으나 판정부는 국제법 학설을 인용하여 금반언의 원칙은 타인으로 하여금 특정 상황이나 사실을 믿게 하려는 의도성 내지 악의성이 전제되는 것이라고 보았다. 청구인 Siag가 자신이 이집트 인이 아님을 알고 있으면서도 타인이 이집트 인이라고 믿게 하려는 악의를 갖고 행동한 것은 아니며 자신이 국적 유지 신청을 하지 않았으므로 이미 이집트 국적을 망실했음을 인지하지 못한 채 이집트 국적자인 것처럼 언급하고 행동한 것이 확실하다고 판단하였다(판정문 481-483).

DLP vs. Yemen 사건(ARB/05/17)에서 예멘은 청구인이 적법한 투자 인가를 받지 못했다고 시비하였으나 판정부는 제출된 자료와 증언에 비추어 볼 때 예멘이 청구인에 대해 투자 인가를 면제한 것이 확실하며 중재 심리에서 관할권을 부인하기 위해 투자 인가를 원용하는 것은 금반언의 원칙에 반한다고 설파하였다(판정문 118). 청구인의 적법한 토지 소유 여부가 쟁점이 되었던 *Vestey vs. Venezuela* 사건(ARB/06/4)에서 청구인이 수년 전 베네수엘라와 특정 약정을 체결하고 관련 증명서를 발급받은 것은 베네수엘라가 그 소유를 인정한 것이고 이를 다시 다투는 것은 금반언의 원칙에 위배된다고 주장하였다. 판정부는 소유권은 베네수엘라 민법 규정에 의해 규율되는 것이며 베네수엘라 민법은 소유권이 성립될 수 있는 경로를 법령에 의한 이전, 상속, 계약, 취득 시효로 한정하고 있으므로 청구인의 주장대로 금반언의 원칙으로 소유권이 성립될 수는 없다고 판정하였다(판정문 256-261).



128

H & H vs. Egypt 사건(ARB/09/15)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정 상의 국내외 구제 절차 중 불가역적 택일 원칙(fork in the road)을 회피하기 위해 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있는지 여부와 분쟁 동일성 판단 기준 등이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 H & H Enterprises Investments Inc.는 미국 회사로서 이집트 관광 호텔 공사(Egyptian General Company for Tourism and Hotels, 이하 'EGOTH')와 수에즈 만에 있는 한 휴양 시설의 관리 운영 계약을 체결하였다. 청구인에 따르면 계약 당시 일정 기간 경영 실적을 증명하면 해당 휴양 시설을 청구인이 매수할 수 있는 권리가 EGOTH와 양해되었다고 하며 청구인이 이를 실행하려고 하였으나 EGOTH는 부정적인 태도를 보였고 EGOTH의 특정 관계자는 반대자 무마 및 사업 촉진을 위해 뇌물을 제공하라고 시사하기도 하였다고 한다. 청구인은 EGOTH의 매수청구권 불인정이 관리 운영 계약 위반이라고 카이로 중재 판정부에 제기하였으나 1995년 2월 카이로 판정부는 관리 운영 계약상 매수청구권이 인정되지 않는다고 판정하였다. 청구인은 다시 카이로 법원에 제소하였으나 1997년 6월 패소하였고 이 판결은 2001년 4월 대법원에서 확정되었다.

청구인은 2009년 7월 매수청구권 불인정으로 인해 자신의 투자가 수용당했으며 EGOTH 직원의 뇌물 요구, 카이로 법원에 의한 사법 부인이 투자자 보호 의무 위반에 해당한다고 주장하며 ICSID 중재를 신청하였다. 이집트는 근거 협정인 미국-이집트 투자협정 분쟁해결 조항에 일단 국내 사법 절차를 선택하였으면 국제중재를 신청할 수 없다고 규정되어 있으므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 반박했다.

나. 주요 쟁점

1) 최혜국대우 조항의 분쟁해결 조항 원용

미국-이집트 투자협정 VII3(a)조³⁴⁴⁾는 분쟁이 협의로 해결되지 않을 경우 또는 사전 합의된



분쟁해결 절차에 제출되지 않았을 경우 또는 투자 유치국의 국내 법원에 제소하지 않았을 경우 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 청구인은 우선 미국-이집트 투자협정 II(2)조 최혜국대우 조항을 원용하여 ICSID 중재에 위와 같은 제한을 부여하고 있지 않은 독일-이집트 투자협정을 자신의 ICSID 청구 근거로 제시하였다.

그러나 중재 판정부는 투자협정의 분쟁해결 절차 조항은 그 자체가 별도의 합의로서 여타 조항과 분리된다고 보았다. 협정 체결국이 명시적으로 최혜국대우 조항이 분쟁해결 절차에도 적용된다고 규정하지 않은 이상 최혜국대우를 분쟁해결 조항에 적용하여 이미 체결국이 합의한 절차를 무시하고 적용하지 않을 수는 없다는 입장이었다. 판정부는 마-이집트 투자협정의 최혜국대우 조항은 분쟁해결 절차에도 적용하겠다는 체결국의 의도가 나타나 있지 않을 뿐만 아니라 독일-이집트 투자협정은 2009년 11월에 발효되었으나 이 사건 중재 청구는 2009년 7월에 이미 이루어졌으므로 마-이집트 협정의 최혜국대우를 통해 독일-이집트 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수는 없다고 판정하였다(판정문 356-258).

2) 분쟁 동일성

청구인은 국내 법원에 제소된 분쟁을 다시 국제중재에 제출하지 못한다는 원칙은 동일 사건에 적용되는 것으로서 동일 사건이란 당사자, 대상, 원인이 모두 같다는 것을 의미한다고 주장하였다. ICSID에 중재 신청한 건은 청구인이 카이로 국내 법원에 제기한 건과는 달리 뇌물 요구, 사범 부인 등을 추가로 포함하고 있으므로 별개의 건이라는 입장이다.

중재 판정부는 투자협정 VII3(a)조는 문언상 명백하게 사전에 합의된 분쟁해결 절차에 회부되지 않았거나 국내 법원에 제소되지 않았을 경우 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있으며 이 사건 분쟁은 카이로 중재 판정부와 법원에 제기되어 이미 판결까지 마친 상태이므로 ICSID 중재 신청 대상이 아님은 분명하다고 보았다. 판정부는 청구인의 동일 분쟁 판별 요건(당사자,

344] VII.3.(a) In the event that the legal investment dispute is not resolved under procedures specified above, the national or company concerned may choose to submit the dispute to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('Centre') for settlement by conciliation or binding arbitration, if, within six (6) months of the date upon which it arose:

- (i) the dispute has not been settled through consultation and negotiation; or
- (ii) the dispute has not, for any good faith reason, been submitted for resolution in accordance with any applicable dispute-settlement procedures previously agreed to by the Parties to the dispute; or
- (iii) the national or company concerned has not brought the dispute before the courts of justice or administrative tribunals or agencies of competent jurisdiction of the Party that is a Party to the dispute.



대상, 원인) 대신 기존 중재 판례에 따라 청구의 근본적인 근거(fundamental basis of the claim)의 동일성 여부를 기준으로 사건의 동일성을 판단하여야 한다고 보았다. 판정부는 이 사건의 불법 수용 청구나 카이로 중재 판정부 및 국내 법원에 제출된 청구는 모두 EGOTH가 청구인의 매수청구권을 인정하지 않은 것을 근거로 제출된 분쟁으로서 청구의 근본적인 근거가 모두 동일하다고 이해했다. 따라서 이 사건이 이미 카이로 중재 판정부와 법원에 제출되어 판결까지 마쳤으므로 ICSID에 제출할 수 있는 조건을 충족할 수 없으므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판정하였다(370-378).

3) 사법 부인

판정부는 청구인이 제기한 뇌물 및 사법 부인은 카이로 중재 판정부와 법원에서 심리된 바 없으므로 fork in the road 원칙이 적용되지 않고 ICSID가 관할권을 갖는다고 판단하였다. 청구인은 EGOTH 직원이 뇌물을 요구한 것도 투자협정 위반이며 이집트 법원의 절차와 판결이 부당하여 사법 부인을 당했다고 주장하였으나 중재 판정부는 두 주장 모두 확인될 경우 전자는 형사 처벌, 후자는 주권 국가의 사법 체제 부정에 해당하므로 매우 엄격한 증거 기준을 적용해야 한다고 전제하였다. 판정부는 뇌물의 경우 청구인이 증거 수준을 충족할 정도로 충분히 자신의 주장을 증거로서 입증하지 못했다고 판단하였다. 그리고 설사 이를 입증했다고 가정하더라도 뇌물을 요구한 행위와 청구인의 피해 간의 인과관계가 성립하지 않는다고 판단하여, 뇌물 주장을 액면대로 인정하여도 그것이 협정 위반 주장을 지지하지는 않는다고 보았다. 청구인이 주장하는 피해는 이집트의 수용에 상당한 조치로 인해 자신의 투자를 박탈당했다는 것인데 EGOTH 직원의 뇌물 요청과 거부가 청구인 피해의 원인이라는 인과관계가 불명하다고 본 것이다(388-398).

사법 부인 주장에 대해서도 판정부는 청구인이 이집트 법원의 판결이 명백하게 부당하거나 심각하게 훼손되었다는 점, 그리고 심리 과정상의 적법한 절차가 훼손되었다는 점을 충분히 입증하지 못했다고 판정하였다. 청구인이 제출한 자료를 보더라도 청구인에게 자신의 견해를 밝히고 상대 주장에 대한 반박의 기회가 충분히 보장되었다고 보이며 판결 내용이 부당해 보이지도 않는다고 판단하여 청구인의 주장을 기각하였다(400-406).



다. 평가 및 해설

1) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용

투자협정에서 최혜국대우는 투자자 보호의 핵심조항으로서 제3국 투자자와 동등한 대우를 보장하는 기능을 한다. 투자협정의 각종 권리 보장 조항은 그 대상이 외국인인 투자 유치국 내에 행한 투자를 그 대상으로 하지만, 최혜국대우 조항과 내국민대우 조항은 투자자까지 보호 대상으로 하고 있다. 최혜국대우의 이러한 광범위한 보호 기능이 발현되는 통로는 최혜국대우 조항 자체의 위반을 규제하는 것과 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 보다 유리한 조항을 차용해오는 것이다. 타 협정의 실질적 권리 보장에 관한 조항을 최혜국대우 조항을 통해 해당 사건에 원용할 수 있다는 것은 널리 받아들여지고 있다. 반면, 타 협정의 절차적 규정도 원용해 올 수 있는지는 논쟁이 되고 있다. 특히 분쟁 조항의 원용 여부는 논쟁의 핵심으로서 지금까지 10건의 ICSID 판정이 이 쟁점을 심리하였으나 판정부의 견해는 일치하지 않는다.

판정례가 대립 중에 있다 보니 최근에 체결되는 투자협정은 아예 최혜국대우 조항 적용 대상에 타 협정의 분쟁해결 절차가 포함되는지 여부를 협정 내에 명시적으로 규정하기도 한다. 한-중 FTA 12(3)조³⁴⁵⁾와 2014년 스위스-조지아 투자협정 5(4)조³⁴⁶⁾가 대표적인 예이다.

투자자가 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용하려는 이유는 국제중재 제기 전에 부과된 국내 사법 절차 이용 요건을 회피하려는 것이 대다수이다. 투자협정의 분쟁해결 조항은 대개 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결 시도, 국내 사법 제도 선 이용, y 개월 이내 국내 법원 판결 없을 시 국제중재 회부 등의 수순으로 구성되어 있는 경우가 많다. 국내 사법 제도 선 이용이나 y 개월의 대기 기간을 회피하기 위해 이러한 전제 조건이 없거나 기간이 짧은 타 협정의 분쟁 조항을 활용하려는 의도에서 최혜국대우 조항을 이용하려고 하는 것이다. 그 외에 피해 발생 후 x 년 이내 제소 등 분쟁 제기 시한을 회피하거나, 특정 종류의 분쟁에만 적용된다고 관할 범위를 협소하게 지정한 원 투자협정의 분쟁해결 절차의 범위를 확대하려거나, 계약상의 분쟁해결 조항 이용을 회피하려는 의도에서 시도되기도 한다.

345] 3. It is understood that the treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments as referred to in paragraph 1 does not include treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes between a Party and investors of any non-Party that are provided for in other international agreements.

346] 4. It is understood that the most-favoured nation treatment referred to in paragraphs (2) and (3) does not apply to investment dispute resolution mechanisms provided by this agreement or by other international agreement made by the Contracting Party concerned.



최혜국대우 조항이 분쟁해결 절차에도 적용되는지 여부에 대한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)편에 수록하였다.

2) 분쟁 동일성

이 사건 판정부와 마찬가지로 분쟁의 동일성 여부를 판단하기 위해 청구의 근본적 근거가 동일한지를 기준으로 삼은 판정은 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21)이 있다. 이 사건 판정부는 알바니아 법정에 제소된 건과 ICSID 중재가 신청된 건의 근본적인 기반이 알바니아 건설부와의 계약상의 다툼이라는 점에서 동일하므로 두 사건은 동일 사건에 해당하고, 위 건은 이미 알바니아 법원에 제소되었으므로 청구인은 다시 ICSID 중재를 이용할 수 없다고 판시하였다. 그러나 알바니아 법원이 부당하게 처리하여 공정한 사법 절차를 제공받을 투자자의 권리가 부인되었는지에 대하여는 중재를 신청할 수 있으며, 실제로 이에 근거하여 중재 신청이 이루어졌으므로 본안 심리를 진행한다고 밝혔다(판정문 66-68).

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4) 중재 판정부도 동일 분쟁인지 여부를 밝히기 위해서 *fundamental basis of claim* 기준을 적용하였다. 판정부는 이 기준은 분쟁의 동일성 판단을 위해 우선 규범적 원천의 동일성 여부, 즉 청구를 발생하게 한 근본적인 원인과 추구하는 구제 효과가 동일한 것인지를 살피고, 목적, 당사자, 행위 원인을 공유하는 청구가 여타의 사법 구제에 회부되어 있는지를 살피는 것이라고 보았다. 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 두 분쟁 모두 코스타리카의 자동차 점검 수수료 조정 약속 파기에서 발생한 것이고 추구하는 효과 역시 그로 인한 손실의 보상이라는 점에서 동일하다고 보았다.

분쟁의 동일성에 관한 종합 해설은 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에 수록하여 두었다.

3) 사법 부인

이 사건 판정부가 심리한 사법 부인은 ICSID 중재에서 흔히 제기되는 쟁점 중의 하나이다. 사법 부인에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38)편에 수록되어 있다.



129

Swisslion vs. Macedonia 사건(ARB/09/16)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 투자 유치국과의 계약 의무를 이행하지는 못하였으나 투자 유치국 정부가 청구인과 진지하게 협의하지 않은 행태는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시된 사건이다.

청구인 Swisslion DOO Skopje는 스위스 회사인 DRD Swisslion AG가 소유하고 있는 마케도니아 법인으로 2006년 5월 파산 상태에 있던 마케도니아 국영 회사 Agropod 주식 1차분을 매입하고(1차 매집) 추가 투자를 통해 회사를 재생시키기로 하였다. Swisslion은 Agropod를 식품, 농산물, 관광 3개 부문으로 분할하는 회생 계획을 제시하였으나 마케도니아 정계에 영향력이 있는 유력 주주 Kitinov의 집요한 반대에 부딪혔다. 2006년 6월 마케도니아 경제부는 Swisslion의 회생 계획을 승인하고 경영권 장악에 필요한 추가 주식을 Swisslion에 매각하는 주식 매각 계약을 체결하였다(2차 매집). 이 계약상 Swisslion은 2006년말까지 추가 투자와 고용원 승계, 그리고 투자 약속 확인을 위해 Agropod 재정 보고서를 월별로 경제부에 제출할 의무가 있었다. Swisslion의 추가 투자 시 경영권을 완전 장악하는 지분을 갖게 되므로 Kitinov가 이를 방해하였다고 Swisslion은 주장하였다.

2007년 3월 경제부는 Swisslion에게 상기 의무 준수 여부 회보를 요청하였고 재무부 및 노동부에게 Swisslion의 의무 이행 여부를 조사하여 줄 것을 요청하였다. Swisslion은 Agropod에 대한 투자 이행이 곤란하여 대신 Agropod 지분을 보유한 Swisslion의 별도 자회사에 대한 투자를 시행하였다고 설명하고 이러한 사정과 조치가 계약상의 투자 이행 준수에 해당하는지 검토하여 줄 것을 요청하였다. 경제부는 이에 대한 회신을 지연하고 계약 의무가 이행되고 있지 않다는 재무부, 노동부의 부정적인 회신 입수한 후, 검찰총장에게 Swisslion의 계약 위반에 대한 사법 절차를 개시하여 줄 것을 요청하였다. 검찰총장은 계약 종료를 청구하는 소송을 제기하는 한편 임시 조치로 2차 매집 주식에 대한 주주권 행사 중지를 신청하였으나 기각당했다. 그러자 검찰총장은 마케도니아 증권감독원에 Swisslion의 Agropod 주식 2차 매집분에 대해 주주권 행사 중지를



요청하였다. 증감원은 Swisslion에 대한 별도 통보 없이 주주권을 정지하였다. 계약종료 청구 소송에서는 Swisslion이 대법원 심리에서도 패소하여 2차 매집분을 경제부에 반환하라는 최종 판결을 받게 되었다. 2008년 12월에는 Swisslion의 Agroplod 경영진이 횡령 등의 혐의로 수사 중이라는 보도가 있었다. 2009년 3월 마케도니아 검찰은 이를 부인하였다.

Swisslion은 스위스-마케도니아 투자협정에 근거하여 투자자 보호 위반, 불법 수용 등을 이유로 마케도니아에 대한 2009년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

청구인은 주식 판매 약정에 따른 투자 시행 확인 요청에 대한 마케도니아 경제부의 회신 해태, 계약 준수 여부에 대한 경제부의 검토에 1년 이상 소요, 금감원(SEC)의 차별적, 비합리적 행태, 2008년 12월 내무부의 청구인 관계자 수사 사실 발표 등이 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인이 Agroplod사의 식품 가공업을 활성화하기 위해 노력한 점은 명백하게 확인되고, 이를 위해 계약상의 의무인 투자를 실행하려 하였으나 현실적으로 실행할 수 없는 여건이었으며, 투자를 시행하지 않으면 계약 불이행이 되므로 청구인의 투자 시행 해당 여부 문의에 대해 경제부는 신속히 회신해 주었어야 했다고 보았다. 투자자가 계약 의무 이행과 관련되는 계약 준수 문제에 대해 계약 상대방인 투자 유치국에게 설명하여 자신이 계약을 위반할 의도가 없으며 계약을 준수하고 있음을 확인받는 상황이므로 투자 유치국은 우려 사항이 있거나 투자자의 계약상의 의무가 준수되지 않고 있다고 생각되면 이를 투자자에게 신속히 정확히 알리고 협의하는 것이 공정한 대우라고 중재 판정부는 서술했다. 그러나 마케도니아 경제부는 청구인의 질의에 회신을 지연하여 결과적으로 청구인으로 하여금 Agroplod 경영 및 추가 투자를 계속하게 하는 반면 타 기관에게 청구인의 계약 준수 여부를 심사하게 하였다. 1년 후 경제부는 사전 통지 없이 해당 계약 종료 소송을 개시하였다. 중재 판정부는 경제부가 청구인이 주식 매각 약정상의 의무를 준수하지 않는다고 생각하거나 사법 절차를 개시하는 것은 권한 내의 일이지만 그럼에도 불구하고 청구인과 적시에 이러한 문제를 진지하게 논의하지 않은 것은 적절치 못하다고



비판하였다. 판정부는 청구인이 계약 규정에 따라 제출해야 하는 보고서가 부정확하고 계약 위반 소지도 있어 경제부가 재무부와 노동부에게 검토를 요청하고 그 결과 계약 종료를 시도하게 할 정도의 부실한 측면이 있다고 경제부가 판단할 수는 있다고 보았다. 그러나 경제부가 자신의 질의와 재무부와 노동부의 검토보고서에 대한 청구인의 답변을 진지하게 검토했다고 볼 만한 증거가 없다는 점, 경제부의 진지한 분석의 부재는 우려할만하다고 지적하였다. 그러나 판정부는 계약 준수 문제에 청구인을 충분히 관계시키지 못한 것 자체만으로 공정·공평 대우 의무 위반을 결정하기에는 부족하다고 판단했다(판정문 283-291).

2008년 3월 검찰총장은 청구인이 Agropod 주식 매입 2차분에 대해 주주권 행사를 하지 못하도록 법원에 청구하였다. 법원이 이를 거절하자, 검찰총장은 SEC에 동일한 내용을 요청하였고, SEC는 이를 승인하였다. 청구인은 SEC 절차에 대해 통지받지 못하였고 SEC 결정 후 행정법원에 제소하였으나 패소하였으며 2008년 10월 대법원에서 SEC 조치가 권한을 일탈한 것이라는 판결을 받아냈다. 2008년 7월 대법원 심리가 진행되는 도중 SEC는 청구인의 1차 주식 매입분 일부에 대해 투표권과 배당받을 권리를 정지하는 조치도 내렸으며, 청구인은 이와 같은 조치에 대하여도 대법원까지 상소하여 종료시켰다. 이와 같은 조치는 주식 매입 2차분에 대한 SEC의 주주권 정지 조치는 민영화 과정에서 정부에 의해 매각된 주식에는 적용되지 않는다는 마케도니아 관련 법의 규정에도 부합되지 않았으며, 청구인이 2차분을 매집한 7개월 후에 적용할 수 있는 것으로 개정되기는 하였으나 이를 청구인에게 소급 적용한 것이라고 보았다. 판정부는 소급 적용 문제 외에도, 검찰총장이 SEC를 활용한 것은 계약상의 소송 외에 추가적인 행정적인 절차로 청구인을 압박하려는 의도가 의심된다고 지적하였다(292-296).

Swisslion사의 간부 직원에 대해 수사가 진행 중임을 마케도니아 내무부가 발표하였으나 검찰청은 이후 이를 부인하였다. 언론에 수사진행 보도는 크게 보도되었으나 정정 보도는 작게 보도되어 청구인의 이미지가 훼손되었다(297-299).

중재 판정부는 위와 같은 마케도니아 정부의 행위 전체는 스위스-마케도니아 투자협정 상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다.

2) 수용

청구인은 마케도니아 법원 판결로 인해 자신의 Agropod 주식 2차 매입분이 적정한 보상도



없이 불법적으로 수용당했다고 주장하였다. 주식 매각 약정을 종료시킨 법원의 판결 자체와 보상을 하라는 판결이 없었다는 점 모두를 주장하였으나 설사 계약 종료가 합법적이라 할지라도 보상 판결을 하지 않았으므로 불법 수용이라는 논리를 전개하였는바, 법원의 계약 종료 판결 자체에 대해서는 부당하다는 근거와 주장을 정확히 제시하지 못하였다.

중재 판정부는 마케도니아 법원이 청구인이 계약상의 의무를 이행하지 않은 점을 근거로 계약을 종료하라고 판결한 것에는 불법성이 없으므로 청구인의 수용에 관한 주장을 인정하지 않았다. 청구인의 보상에 관한 주장에 대해 마케도니아는 청구인이 소송 과정 중 보상을 요구하지도 않았으며 통상 계약 종료 판결에 대해 별도의 소송을 제기하여 보상액을 산정하는 것이 마케도니아의 사법 관행이라고 반박했다. 중재 판정부는 이러한 상황을 감안하여 청구인이 보상이 없었다는 주장의 법적 근거가 되는 사실, 즉 해당 소송 과정에서 자신이 주가의 매입 가격을 회수할 분명한 권리를 가졌으며 법원이 그와 같이 판결하지 않은 것은 수용에 해당한다는 사실을 입증하지 못했다고 지적하면서 청구인의 수용 주장 전체를 기각하였다(310-321).

3) 기타

청구인은 투자협정 12조³⁴⁷⁾ 외국인 투자와 관련된 약속의 준수 의무 위반에도 해당한다고 주장하였으나, 판정부는 오히려 청구인이 행한 약속도 이 조항에서 언급하는 약속에 해당하고, 청구인의 약속의 내용과 성질이 상이할 뿐만 아니라 상충되게 해석되며 청구인이 그 약속을 준수하지 않은 점도 확인된다고 지적하였다. 판정부는 마케도니아 경제부가 계약을 일방적으로 종료한 것도 아니고 계약 규정에 따라 사법 절차에 따랐으므로 약속을 항시 준수할 의무를 위반한 것이 아니라고 판시하였다(322-324).

청구인은 공정-공평 대우 의무 위반이라고 주장했던 사실들이 비합리적인 조치이므로 비합리적 대우를 금지하는 협정 4(1)조 위반에 해당한다고도 주장하였으나, 판정부는 이미 공정-공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였고, 추가적으로 비합리적 대우 금지 의무 위반이라고 판시하더라도 청구인에 대한 배상 금액이 증액되지 않을 것이므로 굳이 이를 심리할 경제성이 없다고 하여 기각하였다(328-329).

347] 2. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



다. 평가 및 해설

이 사건처럼 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용에 해당한다는 주장이 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나, 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용으로 판단되어 그에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

Saipem vs. Bangladesh 사건(ARB/05/7)에서는 청구인의 중재할 수 있는 권리도 수용 대상이 될 수 있는 재산이며 계약상의 분쟁해결 기구로 지정된 중재 판정부의 판정을 부당하게 부인하는 방글라데시 법원의 불법적인 판결 자체가 수용 행위로 인정되었다.

GEA vs. Ukraine 사건(ARB/08/16)에서 청구인은 우크라이나 당국의 목인 방조 없이는 12만톤에 대한 횡령이 일어날 수 없다는 점, 사적인 횡령 내지 절도라면 우크라이나 정부가 엄정히 수사하여 자신이 연계되지 않았음을 입증하였어야 할 것임에도 그러지 않았다는 점, 청구인 국적국(독일) 정부 견해도 자신과 같다는 점을 들어 해당 행위가 수용이라고 주장하였다. 그러나 중재 판정부는 수용은 소유권 박탈, 경제적 향유권 탈취 등이 입증되어야 인정되는 것이지 횡령물의 과다, 수사 부진, 타국 정부의 견해로 성립하는 것은 아니라고 판정하였다(211-226). 우크라이나 법원은 청구인과의 약정이 무자격자에 의해 서명되었으므로 무효이므로, 이를 근거로 한 ICC 중재 판정을 인정할 수 없다고 판시하였다. 청구인은 이는 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였으나 중재 판정부는 청구인의 기대와 다르게 판결했다는 이유만으로는 수용에 해당한다는 주장이 성립할 수 없다고 지적하였다(판정문 236).

Franck Arif vs. Moldova 사건(ARB/11/23)에서 청구인은 몰도바 법원이 청구인과 몰도바 간의 면세점 관련 계약을 무효화한 것은 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였다. 그러나 판정부는 해당 계약이 몰도바 법원에 의해 무효라고 판결된 것은 청구인의 권리를 수용한 것이라고 볼 수 없으며, 청구인의 면세점이 여전히 영업 중에 있으므로 청구인의 투자 소유권, 활용 및 수익이 탈취된 것이 아니므로 수용에 해당하지 않는다고 판단하였다(판정문 415-418).



130

Commerce Group vs. El Salvador 사건(ARB/09/17)

가. 사건 개요

이 사건은 엘살바도르의 채광 허가권 갱신거부에 대해 ICSID 중재를 신청한 청구인이 ICSID 중재 신청에 관한 근거 협정(중미-도미니카 FTA)의 규정을 준수하지 못했고, 대체 근거로 제시한 외국인 투자법의 위반임을 입증하지 못해 관할권이 부인된 사건이다.

미국 국적의 회사 Commerce Group Corp(CGC)와 San Sebastian Gold Mines (SSGM, 이하 ‘청구인들’)은 1968년부터 엘살바도르에서 희귀 금속을 채광해 오다가 1987년부터 2006년까지는 정식으로 엘살바도르 정부의 인가와 환경 허가권을 얻어 사업을 확장하였다. 그러나 2006년 10월 엘살바도르 정부가 환경 허가권을 취소한 뒤로 이를 다시 갱신해주지 않자, 청구인들은 엘살바도르 정부의 위 조치가 중미-도미니카 FTA(이하 ‘CAFTA’)에 규정된 투자 보호 의무에 위반된다며 2009년 7월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

CAFTA 분쟁해결 조항은 분쟁 발생 시 투자자로 하여금 ICSID 또는 UNCITRAL 중재를 신청할 수 있는 권한을 부여하였다. 다만 중재 신청 시 해당 분쟁에 대해서 투자 유치국의 사법, 행정적인 구제 절차를 포기한다는 서한을 반드시 첨부하도록 규정하고 있다. 엘살바도르는 청구인이 ICSID 중재를 신청할 때 의무적으로 제출케 되어 있는 국내 절차 포기 선언문을 첨부하지 않았으므로 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다. ICSID 중재에 대한 엘살바도르의 동의는 위와 같은 절차를 준수한 분쟁에 관한 것이므로 이를 준수하지 않은 분쟁의 ICSID 중재 회부에 대해서는 엘살바도르가 ICSID 협약 25(1)조상의 ‘문서상 동의’를 행한 바 없다는 것이다.

청구인들은 자신들의 중재 신청이 2개의 중재 동의에 기초하여 이루어졌다고 주장하였다. 즉, 중미-도미니카 FTA의 중재 조항과 엘살바도르 외국인 투자법에 명시된 중재 조항에 의하여 중재 동의가 성립한다고 주장하였다. 엘살바도르 외국인 투자법은 투자자가 엘살바도르를 상대로 ICSID 중재를 청구할 수 있다고 규정하고 있었다. 청구인은 FTA 상의 포기 조항은 외국인



투자법에 근거한 청구에 아무런 효력이 없으나, 설령 포기 조항 규정 때문에 FTA 상의 중재 판정부의 관할권이 부인된다고 하더라도 외국인 투자법에 근거한 청구는 유효하다고 주장하였다. 이에 대하여 엘살바도르는 청구인의 ICSID 중재 신청은 CAFTA를 근거로 한 것이고 외국인 투자법을 근거 법령으로 적시하지 않았으므로 중재 심리 개시 후에 외국인 투자법에 의한 청구라고 주장하는 것은 중재 신청의 정정에 해당되는 것이나, ICSID 중재 규칙과 중미-도미니카 FTA에서는 중재 신청의 정정을 허용하지 않는다고 반박하였다. 더 중요한 것은 외국인 투자법의 어느 규정이 위반되었는지를 청구인들이 구체적으로 밝히지 못하였다고 하였다.

청구인의 주장에 대하여 중재 판정부는 청구인들이 외국인 투자법에 근거한 청구를 구체적으로 적시하지 못하였다고 보았다. 청구인들은 엘살바도르가 환경 허가권을 취소하고 채광을 사실상 금지한 것이 CAFTA뿐만 아니라 외국인 투자법에도 위반된다고 주장하였으나, 정작 외국인 투자법의 어느 규정을 위반한 것인지 밝히지 못했다. 청구인들은 외국인 투자법 5조(동등한 대우), 6조(차별 금지), 8조(수용 및 보상)의 규정을 언급하였으나, 구체적으로 엘살바도르가 어느 부분을 어떻게 위반했는지는 여전히 명시하지 못하였다. 따라서 중재 판정부는 CAFTA상 포기 조항 규정의 적용 여부와 관계없이 외국인 투자법에 기초한 청구인들의 청구는 중재의 대상이 아니라는 이유로 관할권을 부인하였다.

다. 평가 및 해설

ICSID 중재는 분쟁 당사자의 동의가 있어야 한다. 중재 신청서에 양측의 동의가 있음을 기재하지 않으면 접수 자체가 되지 않는다. 분쟁 당사자 간의 동의를 확인하는 방법으로는 개개 분쟁이 발생할 때마다 당사자가 협의하는 방법은 잘 쓰이지 않는다. 대신 당사자 간 계약, 투자협정 또는 투자 유치국의 국내법에 미리 규정하여 두는 방식이 보편적으로 사용된다. 이 사건은 투자협정에 기재된 동의를 활용할 수 없게 되자 엘살바도르의 투자법에 기재된 사전 동의 선언을 이용하여 중재를 개시하려 하였으나 좌절된 사례이다. 국내 관련법에 ICSID 중재 회부를 사전에 동의한 조항이 쟁점이 된 사건으로는 이외에도 *Brandes Investment vs. Venezuela* 사건 (ARB/08/3) *OPIC vs. Venezuela* 사건 (ARB/10/4), *PNGSDP vs. PNG* 사건 (ARB/13/33), *Lighthouse vs. East Timor* 사건 (ARB/15/2)이 있다.



131

Kilic vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/1)

가. 사건 개요

이 사건은 국제중재 제기 전에 국내 사법 제도를 먼저 이용해야 한다는 투자협정 조항이 국제중재를 이용하기 위한 필수적인 전제 조건인지 여부와 투자협정의 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Kilic은 터키의 건설 회사로서 투르크메니스탄에서 다수의 건설 공사를 진행하고 있었다. 발주자는 주로 투르크메니스탄 정부 부처, 공공기관, 지방정부 등이었는데 2009년 건설계약 의무 이행 여부에 대해 상호간 의견이 대립하게 되었다. 협의에 의한 해결 노력이 진전이 없자, 청구인은 터키-투르크메니스탄 투자협정을 근거로 2009년 12월 ICSID에 중재를 신청하였다. 투르크메니스탄은 투자협정의 분쟁해결 조항은 ICSID 중재 회부 전에 투자 유치국의 국내 사법 절차를 먼저 이용하도록 의무화되어 있는데 청구인이 이를 준수하지 않았으므로 ICSID은 이 사건에 대해 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자협정 VII(2)조 해석

터키-투르크메니스탄 투자협정 VII(2)^{348]}조는 국내 사법 절차 제소 후 1년 이내에 판결이 선고되지 않으면 투자자는 ICSID 등 국제 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있는데, 그 문안이 명확하지 않아서 국제중재 신청 전에 반드시 국내 사법 절차를 필수적으로 먼저 이용해야 하는 것인지 아니면 투자자가 임의로 국내 사법 절차를 먼저 시도하거나 이를 생략하고 바로 국제중재를 신청할 수 있다는 것인지 그 의미가 불분명하였다. 청구인은 후자로 해석하였고 투르크메니스탄은 전자로 해석하였다.

348] VII(2) "..., provided that, if the investor concerned has brought the dispute before the courts of justice of the Party that is a party to the dispute and a final award has not been rendered within one year.



중재 판정부는 동등한 정보인 러시아본을 근거로 문안 서두의 ‘provided that, if’는 ‘on the condition that’의 의미로서 국내 법원 제소는 국제중재 회부의 사전 전제조건이라고 판단하였다. 동일한 사건이 2010년 10월 터키 회사에 의해 제기되어 투자협정 VII(2)조 부대 문안의 해석이 쟁점이 된 바 있다. 심리의 내용과 결과는 두 사건 판정부가 동일하였다(*Ickale Insaak vs. Turkmenistan* 사건(ARB/10/24) 판례 참조).

2) 관할권

중재 판정부는 ICSID 중재의 사전 필수 조건인 국내 법원 제소가 충족되지 않았으므로 이 사건 관할권이 없다고 판단하였다. 국내 법원 사전 제소는 투르크메니스탄이 ICSID 중재에 동의하면서 부과한 조건으로 본 것이다. 중재 재판부는 ICSID 협약 25조상 계약국은 ICSID 중재에 동의한다는 의사를 문서상으로 표현해야 하고 그 동의는 국내 사법 절차 이용 등을 조건으로 부과할 수 있다고 ICSID 협약 26조³⁴⁹⁾에 명기되어 있는 점을 들어 투르크메니스탄의 ICSID 중재에 관한 문서상의 동의는 국내 법원 사전 이용 조건부라고 판단하였다. 판정부는 또한 계약이 성립하기 위해서는 청약과 승낙이 있어야 하는 점을 근거로 들기도 하였다. 즉 투르크메니스탄은 ICSID 중재는 투자자가 사전에 국내 사법 절차를 먼저 이용하고 최종 판결이 1년 이내에 나지 않을 것을 조건으로 동의한다는 점을 청약(offer)한 것이고, 승낙은 투자협정에 명백히 제시된 청약자의 조건을 토대로 이루어져야 하는 것이 원칙이라는 것이다. 따라서 VII(2)조 부대 문안의 요건은 투르크메니스탄이 ICSID 중재 동의를 조건으로 청약한 것이며 이 조건이 충족되지 않으면 ICSID 관할권이 성립하지 않는다고 보았다(판정문 6.2.1-6.3.15). 그러나 중재 중재인 1인은 부대 문안의 요건은 동의를 조건으로 볼 수 없으며 ICSID 중재를 개시할 수 있는 접수성(admissibility)의 요건으로 보아야 한다는 소수 의견을 견지하였다(6.5.1-6.5.4).

3) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용 가능 여부

청구인은 투자협정 II.2조³⁵⁰⁾ 최혜국대우 조항을 근거로 국내 사법 절차 선이용 조건을 부과하지 않은 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있다고 주장하였다.

349] Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

350] II.2. Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.



중재 판정부는 이에 동의하지 않았다. 우선 터키-투르크메니스탄 투자협정은 9개 조항으로 구성되어 있는데 2조~6조는 실질적인 권리에 대한 규정인 반면, 6조~9조는 절차적 권리에 대해 규정하고 있으므로, 2조 최혜국대우 조항은 실질적 권리 사항에 적용되는 것이며 절차적 권리 부분에 기재된 7조 분쟁해결은 그 대상이 아니라고 보았다(7.3.1-7.3.9). 또한 터키와 투르크메니스탄이 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있다고 의도하였다면 굳이 국내 법원 선 이용을 국제중재 회부의 조건으로 삼는 분쟁해결 조항을 규정할 필요가 없었을 것이므로 터키와 투르크메니스탄은 이 분쟁해결 조항이 최혜국대우 조항에 의해 무시되도록 의도하지는 않았을 것이라고 보았다(7.4.1-7.5.3). 중재 판정부는 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있다고 판시한 여타 판정례가 있기는 하나 해당 투자 분쟁의 최혜국대우 조항은 ‘투자협정 상의 모든 문제’ 또는 ‘투자자의 모든 활동’에 적용된다고 적시하여 최혜국대우의 적용 범위가 터키-투르크메니스탄 투자협정보다는 훨씬 광범위하다고 설명하였다(7.6.6-7.6.17).

다. 평가 및 해설

1) 관할권과 접수성

Ickale vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/24)은 이 사건과 똑같이 터키-투르크메니스탄 투자협정 VII(2)조의 해석이 주요 쟁점이 된 사건이다. *Ickale* 판정부는 이 사건 판정부와 동일하게 국제중재 전 국내 법원 선 이용이 임의 사항이 아니라 의무적인 요건이라고 판단하였다. 그러나 국내 법원 선 이용 요건의 법적인 성질에 대해서 두 판정부는 견해를 달리하였다. 이 사건 판정부는 투르크메니스탄의 ICSID 중재 동의가 국내 법원 선 이용을 조건으로 이루어졌다고 판단하고 이를 관할권 문제로 본 반면, *Ickale* 중재 판정부는 투르크메니스탄의 ICSID 동의는 무조건부로 이루어졌으며 국내 법원 선 이용 요건은 접수성의 문제로 보아야 한다는 것이다. 즉 국내 법원 선 이용 요건을 충족하지 않은 사건에 대해서는 ICSID의 관할권이 원래 없는 것이 아니라 관할권 대상이기는 하지만 필수 요건을 충족하지 않았으므로 심리하기에 충분히 성숙되지 않은 것이므로 접수할 수 없다는 것이다.

이 사건 중재 판정부는 투르크메니스탄은 국내 법원 선 이용을 조건으로 ICSID 중재에 동의한다고 청약한 것이며 특정 분쟁이 ICSID 중재에 회부된다는 것은 투자자가 이 조건부 동의 청약을 승낙한다는 것으로 보았다. 따라서 국내 법원 선 이용은 ICSID 동의의 조건이고 이 조건이 충족되지



않은 사건은 ICSID 관할권 대상이 아니라고 본 것이다. 그러나 Ickale 판정부는 민사 계약상의 청약/승낙 관계를 국가간 조약에 적용하는 것은 개념적으로 부정확하고 법리적으로 오류라고 반박하였다. Ickale 판정부는 투르크메니스탄의 ICSID 중재 동의는 VII에서 아무 조건을 적시하지 않은 채 표명되었고 다만 투자자가 이 동의를 원용하여 ICSID 중재를 신청하기 위해서는 이 조항 후단에 제시한 국내 법원 선 이용 요건을 충족해야 하는 것이므로 이 요건은 관할권이 아니라 접수성의 요건이라는 견해를 취했다.

2) 분쟁해결 조항 차용

이 사건 판정부는 최혜국대우를 통해 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 없는 근거 중의 하나로 II조 최혜국대우 조항은 실질적인 권리를 규정하는 것이고 분쟁해결은 절차적 권리라는 점을 제시하였다. 최혜국대우 조항이 실질적인 권리에 국한하여 적용되므로 분쟁해결과 같은 절차적 사항은 적용 대상이 아니라는 판정례는 이 사건 외에도 다수 있기는 하다. 그러나 이 사건 판정부는 II조 최혜국대우 조항이 실질적인 권리에 관한 것이고 분쟁해결은 절차적 사항에 해당한다는 논리로 투자협정 6조까지는 실질 사항이, 6조 이하는 절차 사항이 규정되어 있다는 다소 황당한 주장을 하였다. 최혜국대우 조항이 실질 사항에 국한하여 적용되는 것은 최혜국대우 조항의 위치에 따라 결정되는 것이 아니며 조항에 기재된 내용에 따라 결정되는 것일텐데 조항 위치를 비록 유일한 근거로 제시한 것은 아니지만 이를 토대로 논리를 전개한 것은 설득력이 높아 보이지 않는다.

최혜국대우 조항을 근거로 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 원용할 수 있다고 판시한 판정례로는 *Maffezini vs. Spain*, *Impregilo vs. Argentina*, *Siemens vs. Argentina* 사건 등이 있다. 이 중 가장 많이 원용된 것은 아르헨티나-스페인 투자협정이다. 이 투자협정 4(2)조³⁵¹⁾는 최혜국대우가 해당 협정상의 모든 문제라고 적시하고 있으므로 분쟁해결도 적용 대상이 된다고 쉽게 판정할 수 있다. 이와 비슷한 문안으로는 아르헨티나-이탈리아 투자협정 3조³⁵²⁾가 있다. 동 3조는 최혜국대우의 적용 대상으로 투자의 수익과 활동을 우선 제시하고 추가적으로 이 협정에 의해 규율되는 기타 모든 사항이라고 확장적으로 제시하고 있다. 아르헨티나-독일 투자협정(*Siemens*

351) 4(2) ... in all matters subject to this agreement, this treatment shall not be less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.

352) 3. Each Contracting Party shall within its own territory, accord to investments made by investors of the other Contracting Party, to the income and activities related to such investments, and to all other matters regulated by this agreement, a treatment that is no less favourable than that accorded to its own investors or investors from third-party countries.



vs. *Argentina* 사건에서 원용)은 3(2)조^{353]}에서 최혜국대우 적용 범위를 투자자의 활동으로 규정하고 활동에 해당하는 사항을 예시적으로 나열하여, 이 예시에 포함되지 않는 사항(ex. 분쟁해결)도 최혜국대우 적용 대상이라고 해석될 수 있는 여지를 다분히 포함하고 있다.

최혜국대우 조항을 통한 타 협정의 분쟁해결 조항 차용 가능 여부에 대한 종합 해설은 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에 수록되어 있다.

353] 3(2) Neither Contracting Party shall subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(a) The following shall, more particularly, but not exclusively, be deemed 'activity' within the meaning of Article 3, paragraph 2; the management, utilization, use and enjoyment of an investment:.....



132

Minnotte and Lewis vs. Poland 사건(ARB(AF)/10/1)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 투자한 의료 회사가 파산한 것이 폴란드 정부의 방해 조치 때문이고, 이는 간접 수용에 해당하며, 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장한 사건이다.

청구인 David Minnotte와 Robert Lewis는 미국인으로서 혈장에서 의료용 단백질을 추출하는 폴란드 의료 업체에 투자한 대주주이다. 폴란드는 혈장에서 의료용 단백질을 추출하고 이를 이용한 의약품을 국내에서 생산하기 위해 혈장 분류(分溜, fractionation) 전문 회사를 설립하기 위한 국제 입찰을 실시하여 1995년 Nedepole이라는 폴란드 업체를 선정하였다. Nedepole은 이 사업 수행을 전담할 별도 회사 Laboratorium Frakcjonowania Osocza(이하 ‘LFO’)를 설립하였고 청구인으로부터 투자를 유치하였다. LFO는 폴란드 정부로부터 성공적인 사업 추진을 위해 적극 협력하겠다는 언약을 받았으며 폴란드 정부 보증 하에 Kredyt Bank로부터 초기 자금을 대출받았다.

1997년 10월 폴란드 보건부와 LFO는 혈장 분류 약정을 체결하여 보건부는 혈장을 공급하고 LFO는 분류 공장을 건설, 의료용 단백질을 생산 납품하기로 하였다. 1997년 약정의 내용에 대해 LFO는 분류 공장 건설 전이라도 폴란드 보건부는 혈장을 공급할 의무가 있다고 주장하였으나, 폴란드는 혈장 공급은 분류 공장 건설 조건부라고 주장하였다. 공장 건설에 대해서도 LFO는 2000년에 공장이 완공되었다고 주장한 반면 폴란드는 그 상태의 공장은 완공이라 볼 수 없다고 반박하였다.

1999년 보건부와 LFO는 1997년 약정을 개정하기 위한 협상을 개시하여 2000년 6월 LFO는 의료용 혈장 단백질 추출에 관한 무기한 면허를 발급받되 2001년 1월부터 혈장 단백질 및 의약품을 납품한다는 요지의 신규 약정에 합의하였다. 이 약정은 LFO가 충분한 재정적, 기술적 능력을 보유한 외부 투자자를 유치한다는 조건부였다. LFO는 신규 투자자를 모집하기 위해 노력하였으나 결국 실패하여 신규 약정은 끝내 발효되지 못했고 2002년 8월 폴란드 보건부는 1997년 약정을 종료 조항에 따라 종료하였다. LFO는 2006년 6월 결국 파산하였다.

청구인은 폴란드 정부가 혈장 불공급, 은행에 대한 압력, 유력 투자자의 참여 방해 등을 통해



LFO를 간접 수용하였고, 이들 행위는 공장·공평 대우에 위반한다는 요지로 미국-폴란드 투자협정에 근거하여 2010년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 폴란드 정부의 압력에 의해 Kredyt Bank가 추가 대출 요청을 거부하였고 이로 인해 채무 상환 요구가 가속화되었으며 궁극적으로는 파산에 이르게 되었다고 주장하였다. 또한 폴란드가 1997년 약정을 위반하여 혈장을 공급하지 않았고 주요 투자자가 폴란드의 압력에 의해 LFO의 사업에서 철수하거나 불참하였다는 점을 간접 수용의 근거로 들었다. 중재 판정부는 청구인이 자신의 주장을 객관적으로 입증하지 못했다고 보았다. 폴란드 정부의 Kredyt Bank에 대한 연락은 금융감독 당국으로서 취해야 할 정당한 업무 범위에 속하는 것이고 1997년 약정이 혈장 공급을 의무화하지는 않았으며 주요 투자자의 탈퇴나 불참을 중용한 증거를 청구인이 제시하지 못했다고 지적하면서 청구인의 주장을 기각하였다(166-190).

2) 공정·공평 대우

청구인은 위 수용 해당 사항은 공장·공평 대우 의무 위반에도 해당된다고 주장하였으나 중재 판정부는 사실 자체를 입증하지 못했으므로 받아들일 수 없다고 하였다. 청구인은 폴란드 정부가 혈장을 공급하여 주리라는 정당한 기대를 하였으나 이 기대가 충족되지 못했으므로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 중재 판정부는 이러한 기대가 정당하다는 점을 증거로서 입증하지 못했다고 일축하였다(192-196).

3) 우산 조항

청구인은 1997년 약정을 위반하여 혈장을 공급하지 않은 것은 투자협정 II(6)조 우산 조항에 의거하여 폴란드의 투자협정을 위반한 것이 된다고 주장하였으나 판정부는 혈장 불공급이 1997년 약정 위반이 된다는 점 자체가 입증되지 못했으므로 청구인의 주장은 이유 없다고 보았다(203).



다. 평가 및 해설

이 사건에서 심리한 간접 수용은 ICSID 중재 판정에서 압도적으로 많이 제기되는 핵심적인 이슈이다. ICSID 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 문제되는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한 해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 즉, 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 판정례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 문제되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았다고 하더라도 간접 수용으로 인정되며, 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제 등 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며, 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서는 간접 수용 시비가 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

간접 수용 판정 중에는 점진적 수용도 인정한 사례가 수 건 있다. 점진적 수용 자체에 대해서는 합의된 정의가 없으나 판정부는 일정 기간에 걸쳐 행해진 일련의 복수의 조치가 개개로는 수용에 해당하지 않더라도 전체를 종합하여 중국에는 수용과 대등한 효과를 투자자에게 발현시켰을 때에는 간접 수용으로 인정하고 있다.



133

Metal-Tech vs. Uzbekistan 사건(ARB/10/3)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자가 투자 유치국의 법령에 위반하여 설립된 것이므로 투자협정상의 투자의 요건에 해당하지 않는다고 판시하여 ICSID 관할권이 부인된 사건이다. 청구인 Metal-Tech Ltd는 이스라엘 광업 회사로서 2000년 1월 우즈베키스탄 국영 광업 회사인 UzKTJM과 AGMK와 함께 물리브덴 채굴, 정련, 판매 회사인 Uzmetal을 설립하였다. 회사가 운영을 개시한 직후부터 Metal-Tech와 UzKTJM 및 AGMK 간에는 경영상의 이견과 수익 분배 문제로 다툼이 발생하였고 급기야 2006년 6월 우즈베키스탄 검찰은 Uzmetal의 범법 행위 여부에 대해 수사하기도 하였다. AGMK와 UzKTJM은 합작계약상 의무인 물리브덴 원광 공급을 중단하거나 배당 요구, 특정 사업 계약 종료 등의 조치를 통해 자신들의 요구를 관철하려고 하였으며, 이것이 여의치 않자 2007년 7월 Uzmetal에 대해 파산 소송을 제기하고 2007년 9월 채권자 총회에서 Uzmetal 청산 결의를 통과시켰다. Uzmetal은 2008년 1월 대법원에서 청산이 최종 확인되었고 2009년 12월 위 회사는 상업 등기부에서 삭제되었다.

2010년 1월 Metal-Tech는 국영 회사인 AGMK와 UzKTJM의 행위는 자신의 투자를 탈취하려는 우즈베키스탄 정부의 사주에 의한 것으로서 불법 수용에 해당할 뿐 아니라, 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 적법 절차 등의 의무 위반에 해당한다고 시비하고 이스라엘-우즈베키스탄 투자협정에 의거하여 ICSID 중재를 신청하였다. 우즈베키스탄은 청구인의 투자는 우즈베키스탄 공직자들에게 뇌물을 공여하여 설립된 것으로 우즈베키스탄 관련 법령을 준수하지 않았으므로 투자협정의 보호 대상 투자에 해당하지 않고 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 정의의 해석

이스라엘-우즈베키스탄 투자협정 1(1)조³⁵⁴⁾는 투자가 이루어지는(made) 계약국의 법령에



의해서 실행된(implemented) 모든 종류의 자산으로 구성된다고 정의하고 있다. 이러한 적법성 요건을 충족하지 못하였다는 우즈베키스탄의 주장에 대해 청구인은 일단 투자협정 3(2)조³⁵⁴ 최혜국대우 조항에 의거하여 이러한 투자의 적법성 요건을 적시하고 있지 않은 그리스-우즈베키스탄 투자협정 1(1)조³⁵⁶를 원용한다고 주장하였다. 청구인은 그리스-우즈베키스탄 투자협정의 투자의 정의는 자신에게 보다 유리한 대우를 제공할 수 있으며 따라서 타국과의 동등 대우를 규정하고 있는 3(2)조 최혜국대우의 적용 대상이라고 주장하였다. 또한 이스라엘-우즈베키스탄 투자협정 7(c)조³⁵⁷는 1992년 1월 이전에 발효된 협정의 투자의 정의 등에는 이 협정이 적용되지 않는다고 규정하고 있다고 제시하고 이를 반대 해석하면 1992년 1월 이후에 발효된 협정 (이스라엘-우즈베키스탄 협정은 97년 발효)의 투자 정의에는 이 협정이 적용되는 것이므로 3(2)조 최혜국대우 조항의 적용 대상에는 투자의 정의가 포함된다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다. 판정부는 투자나 투자자 등의 정의는 해당 협정상의 정의를 따라야 하며 타 협정 정의를 최혜국대우 조항을 이용하여 도입해 올 수는 없다고 보았다. 특정 조약을 통한 시비는 우선 그 조약 하에서 이루어져야 한다는 것이다. 판정부는 각 투자협정은 보호 대상이 되는 투자와 개인을 임의로 정의할 수 있으므로 그 정의는 각 투자협정 별로 다를 수 있는 상황에서 최혜국대우 조항은 각 협정이 정의한 투자에 부여되는 ‘대우’에 적용되는 것이지 정의 그 자체에 적용되는 것은 아니라고 보았다. 정의는 대우가 아니며 대우를 받을 수 있는 기준선에 해당할 뿐이며, 어떤 형태의 투자가 어떤 협정에서 최혜국대우를 받게 되어 있는데 또 다른 협정에서는 또 다른 형태의 투자가 최혜국대우를 받을 수 있게 되어 있다는 사실 자체는 최혜국대우 의무 위반에 해당하지 않는다고 지적하였다. 즉, 투자의 정의는 각 협정 체결자의 재량이라는 것이다.

판정부는 7(c)조를 반대 해석하여 타 협정의 투자의 정의를 원용할 수 있다는 청구인의 주장에 대해 우선 최혜국대우는 정의가 아니라 정의에 부여된 대우에 적용되는 것이고, 해당

354] 1(1) The term ‘investments’ shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to: a) movable and immovable properties..., b), c), d), e)

355] 3(2) Neither Contracting Party shall, in its territory, subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favorable than that which it accords to... investors of any third state.

356] 1. The term ‘investment’ means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: a) ~ e)

357] 7. The provisions of this Agreement relative to, the grant of treatment not less favorable than that accorded to the investors of either Contracting Party or of any third state shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: (a) - (b) (c) the definitions of ‘investment’ (Article 1, paragraph 1) and ‘reinvestment’ (Article 1, paragraph 2) and the provisions of Article 6 contained in Agreements entered into by the State of Israel prior to January 1, 1992.



문안상 이스라엘과 우즈베키스탄이 1992년 1월 이후 발효 협정의 투자 정의에 최혜국대우 조항을 적용하겠다는 점이 확인되지 않는다고 판단하였다. 판정부는 7(c)조는 투자 수익의 송금에 연관된 것이지 투자 정의 자체에 관한 것이 아니라고 지적하였다. 통상의 투자협정은 조세 및 기 체결된 다자 통상협정 상의 조치에는 해당 투자협정의 대우를 배제하는 조항을 두고 있으며 이스라엘은 1992년 이전 외국인 투자에 대해서 투자 및 그 수익의 해외 송금에 대해 제한을 두어 왔는데 이제 그 제한을 여타 국가에도 부여할 필요가 없게 되어 통상적인 협정의 적용 배제 조항에 이를 추가한 것이라고 7(c)조의 제정 배경을 설명하였다.

판정부는 이상에 비추어 이스라엘-우즈베키스탄 1(1)조에 투자의 적법성 요건이 적시되어 있으므로 특정 투자가 동 협정상의 투자 정의를 충족해야 하는 것은 해당 협정의 보호를 받기 위한 필수불가결한 조건이라고 판단하였다(판정문 143-157).

이스라엘-우즈베키스탄 투자협정 1(1)조는 투자 유치국의 법령에 의해 실행(implemented)되어야 한다고 규정하고 있다. 청구인은 이를 설립(establish)로 해석하여 청구인이 우즈베키스탄 내에 투자를 설립할 시점에 우즈베키스탄의 법령을 위반한 사실이 없으므로 투자의 적법성 요건을 충족하였다고 주장하기도 하였다. 우즈베키스탄은 실행(implemented)란 설립(made), 수행(carried out), 운영(operated)을 의미하는 것이며 청구인은 최초 투자금 유입 이후의 과정에서 우즈베키스탄 법령을 준수하지 않았으므로 적법성 요건을 위반했다고 반박하였다. implemented의 의미가 단순한 설립(establish)인지 설립 및 그 이후의 운영(established and operated)인지가 쟁점이었다.

판정부는 설립을 의미한다고 판단하였다. ‘Investments shall comprise any kind of assets, implemented in accordance ...’라는 1(1)조 문안상 ‘implemented’는 ‘assets’를 수식하고 있고 대부분의 투자협정은 투자를 ‘any kind assets invested’라고 정의하고 있는 점에 비추어 ‘implemented’는 ‘invested’의 의미로 기안된 것으로 보이며, 이는 협정 1(2)조^{358]}에도 ‘assets are invested’라는 표현이 있어 이 협정에서 ‘implemented’는 ‘invested’를 의미한다고 보아도 무방하다고 판단하였다. 판정부는 ‘implemented’의 사전적이 의미보다 ‘assets’와의 관련된 문맥상에서의 의미를 파악하는 것이 중요하다고 보았다. 판정부는 이 협정 6(1)조 현행 투자가 실행된(implemented) 일자에 유효한 투자 및 그 수익의 자유로운 송금을 보장한다는 문안에서도 확인할 수 있듯이 ‘implemented’의 의미가 지속적인 행위가 아니라 설립이라는 일시적인 행위를 지칭한다고 이해했다. 청구인은

358] 2. A change in the form in which assets are invested or reinvested, in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, does not affect their character as investments within the meaning of this Agreement.



1(1)조에 ‘implemented’와 ‘made’가 병행하여 쓰인 점은 협정 기초자들이 ‘made’와 ‘implemented’의 의미를 분리하여 사용하려는 의도가 분명하므로 ‘made’가 설립의 일시적 행동이고 ‘implemented’는 설립 이후의 과정을 포함하는 지속적인 개념이라고 항변하였으나, 판정부는 1(1)조 외에는 ‘investment made ...’처럼 ‘made’가 ‘investment’와 같이 쓰였지 ‘assets’를 수식하지는 않았으며 ‘assets implemented’는 ‘assets invested’로 해석하는 것이 적절하다고 강조하였다. 이에 따라 판정부는 1(1)조는 투자가 투자 유치국의 법령에 의거하여 설립되어야 한다는 규정하고 있을 뿐이며 설립된 후 합법적으로 운영되어야 한다는 의무까지 부과하는 것은 아니라고 정리하였다 (185-193).

2) 투자 정의의 충족 여부

판정부는 청구인의 투자 설립 당시 위법 사항이 있는지 여부를 심리하였다. 우즈베키스탄이 적법성 위반으로 제기한 시비는 청구인이 자문역이라는 3인의 우크라이나 공무원에게 뇌물을 제공하였다는 것이었다. 청구인의 우즈베키스탄 내 투자, 즉 Uzmetal은 2001년 설립되었다. 2001년부터 2006년까지 상당한 금액이 이들 3인에게 지급되었다. 지급된 시점이 설립 당해 년도 이상으로 연장되기 때문에 우즈베키스탄은 ‘implemented’를 설립 이후의 운영 과정까지 포함하는 개념으로 해석하고자 한 것이다.

판정부는 대부분의 자문 용역이 투자 설립 전후에 집중되었고 청구인의 투자가 원만히 설립되면 자문료를 지급하겠다고 이미 1998년부터 청구인이 자문역에게 약속한 바 있음을 제출된 증거를 통해 확인하였다. 자문역 개개인을 심리하기 전에 판정부는 청구인의 전체 자문료 규모와 시기, 내용, 송금 방법 등을 살펴 보았다. 판정부는 청구인의 초기 투자금이 50만 불인데 비해 3인의 자문료가 440만 불이라는 점에 의문을 제기하였다. 청구인의 총 투자비와 비교해서도 20%에 가까운 비용이 자문료로 지급되었다는 것은 일반적인 상식에 부합하지 않는다고 보았다. 자문자들의 우즈베키스탄 내 급여가 월 100불에 불과한데 1인당 백수십만 불이 자문료로 지급된 것도 상식에 맞지 않으며, 청구인은 이들이 로비스트라고 주장하나 우즈베키스탄은 로비스트를 법으로 인정하고 있지 않으며 이들이 광업과는 무관한 조세, 보험, 회계, 약무 실무자라는 증언이 있고 청구인이 이들의 로비 활동에 대한 증거를 제시하고 있지 못하는 점도 지적하였다.

자문 용역이 제공된 시점도 Uzmetal 설립을 전후하여 밀집되어 있었으며 후에 체결된 자문 계약도 대부분 설립 당시 체결되었던 계약을 대체, 보완하는 것이어서 판정부는 비록 자문



용역료는 설립 이후 수년 후까지 지급되었다고 하여 이러한 비용 지불이 청구인 투자의 설립에 관한 것이라고 판단내리는 것을 방해하지는 못한다고 정리하였다(267-273).

자문 용역이 투자 설립에 관한 것임을 확인한 판정부는 자문료의 지불이 우즈베키스탄 국내법에 저촉되는지를 살펴보았다. 우즈베키스탄 형법상 공무원의 뇌물 수수는 금지되어 있었다. 판정부는 자문역 3인에 대해 각각 심리하였고 자문 용역 제공 당시 공무원이었고 특정 영역에 대해 전문적인 자문을 할 수 있는 전문성을 입증하지 못했으며 자문 용역을 제공받았다는 문서상의 근거도 없고 그의 지위를 보고 고용한 것이라는 증언도 있음을 감안할 때 2명에 대해서는 청구인의 투자 설립 편의를 도모하기 위해 우즈베키스탄 정부 내 그들의 공적인 지위를 이용하려는 목적으로 비용이 지불된 것이라고 결론 내렸다. 자문역 중 1인에 대해서 판정부는 정당한 자문 서비스를 제공하였고 그러한 전문성을 갖추었음이 인정된다고 보았다. 판정부는 자문료 명목의 비용 지급은 우즈베키스탄 법을 위반한 것이며 따라서 투자협정 1(1)조의 적법성 요건을 충족하지 못한 것이라고 판단하였다. 판정부는 ICSID 중재에 대한 동의를 천명한 투자협정 8(1)조는 동의의 대상을 투자에 관한 분쟁이라고 적시하고 있고 투자는 1(1)조에 정의되어 있으므로 이 정의를 충족하지 못하는 투자는 ICSID 중재 동의 대상이 되는 투자가 아니므로 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 없다고 판시하였다. (364-373).

다. 평가 및 해설

1) 투자 적법성

모든 투자협정은 투자에 대한 정의 조항을 포함하고 있다. 투자협정은 외국인 투자 보호가 주목적이고 ICSID 중재는 투자로부터 직접적으로 발생하는 법적 분쟁을 그 물적 관할로 하고 있으므로 투자 해당 여부 판별은 ICSID 중재에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 투자의 요건 중 ICSID 중재에서 자주 등장하는 것이 투자 유치국의 법령의 준수 여부이다. 투자협정 상의 투자의 정의는 투자 유치국의 ‘법령에 따라(in accordance with the law)’ 설립되었다는 수식 어구를 포함하는 것과 그렇지 않은 것이 혼용되고 있다. ICSID 중재에서 투자 설립의 적법성과 관련하여 제기되는 쟁점은 위와 같은 적법성 문구가 있어야만 투자 유치국 법령에 위반하여 설립된 투자를 투자협정 보호 대상과 ICSID 중재 대상에서 제외할 수 있는지 여부이다. 또 다른 쟁점은 위반의 정도이다. 투자 유치국의 법령을 사소하게라도 위반하였으면 위의 적법성 문구에 의거하여 보호



대상에서 제외할 수 있는지가 논쟁 대상이다. 위반의 대상과 관련된 다툼도 발생한다. 투자 유치국의 정식 법률을 의미하는지 보다 넓은 범위의 법령, 조례, 규칙이나 계약상의 조건 등까지 포함하는지가 문제가 된다.

2) 국내법 준수 관련 판례

적법성 문구의 기재 여부와 무관하게 외국인의 투자는 투자 유치국의 관련 법규를 준수해야 한다는 것이 ICSID 중재 판정부의 일관된 견해이다. *Inceysa vs. El Salvador* 사건(ARB/03/26)에서 근거 협정이었던 스페인-엘살바도르 투자협정에는 법령에 의거한다는 명시적인 규정이 없었다. 그러나 판정부는 협정 체결 당시 교섭 문건, 서한 등에서 양국은 투자는 계약국의 법령에 의거하여야 한다는 인식을 명백히 표명하였으며 법령을 위반한 투자는 협정의 적용과 보호 범위에서 제외하려는 의사가 의심할 바 없이 확인된다고 판단하였다(판정문 192-195). 청구인이 당초 컨소시엄의 참여사가 이탈하여 자원과 능력이 부족한 상태임을 숨기고 정유소 지분을 매입한 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에서 판정부는 비록 근거 협정인 에너지 현장 조약에 적법성 문구가 없다 할지라도 불법적인 투자까지 보호한다는 것은 아니라고 판단하였다. *Phoenix vs. Czech* 사건(ARB/06/5) 판정부는 ICSID 협약은 국내 규정에 어긋나는 불법 투자까지 보호할 수 없으며 투자가 국내 규정을 준수하여야 한다는 것은 설사 투자협정에 명기가 되지 않더라도 필수적인 투자의 요건이라고 보았다(판정문 101-102). *Hamester vs. Ghana* 사건 (ARB/07/24) 판정부도 투자 유치국의 관련 법령에 위반하여 이루어진 투자는 보호받지 못한다고 확인하였다. 불법 대부업자에게 예치한 청구인의 자금이 투자에 해당하는지에 대해 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3) 판정부는 모든 종류의 자산을 투자로 정의하고 있는 해당 투자협정상 예치금도 일종의 자산이므로 일견 투자일수는 있으나 해당 투자협정이 투자 유치국의 법령에 의거한 것만 투자라고 규정하고 있으므로 불법 대부업에 투자된 예치금은 투자로 볼 수 없다고 판시하였다.

3) 법령 위반 정도 관련 판례

투자 유치국 법령의 위반 정도와 관련하여 ICSID 판례는 경미하고 사소하거나 요식 행위의 위반에 대해서는 적법성 요건을 충족한 것으로 보고 있다. 가급적 투자협정의 본래 목적인 외국인 투자 보호와 증진을 위해 유연한 자세를 취해 왔다. *DLP vs. Yemen* 사건(ARB/05/7)에서



중재 판정부는 법과 규정에 따른다는 구문은 투자협정에서 흔히 볼 수 있는 표현으로서 이는 투자 유치국의 법제의 중요한 원칙을 위반하여(예컨대 허위 대표, 소유권 위장 등) 이루어진 투자를 배제함으로써 투자의 적법성을 보장하려는 취지라는 것이 이전의 판정례를 통해 확인된다고 보았다. 건축 허가를 받지 않고 시설물을 건설한 것이 문제되었던 *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/13/24)에서 판정부는 투자의 적법성을 부인할 정도의 법규 위반은 경미하고 사소한 것이 아니라 실질적이고 심각한 수준이어야 한다고 설명하였으며 무허가 건설은 경미하고 사소한 수준의 위반으로 볼 수 없다고 판단하였다.

4) 위반 대상 관련 판례

위반의 대상과 관련하여 쟁점이 되는 것은 적법성 구문이 의미하는 법령의 범위이다. 투자 유치국의 모든 법규인지 투자와 관련된 법규에 한정되는 것인지, 계약상의 위반이나 무형의 법 원칙도 해당되는지 여부이다. 통상 법 또는 법령에 의거한다고 규정되어 있으므로 투자 유치국의 정식 법이나 규칙 등 성문 상의 규제 체제를 저촉하는 것은 적법성 요건을 충족하지 못한다고 볼 것이다. 지금까지 적법성 요건 충족이 부인된 사건들 중 지자체의 조례나 정부가 발포한 법령, 규칙 등은 적법성 대상에 포함되지 않는다는 주장이 제기된 바는 없다. 그러나 투자 유치국의 모든 법을 의미하는 것은 아니며 투자와 관련된 법을 의미한다는 판정이 있다. *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20)에서 터키는 in accordance with the law를 투자 유치국의 모든 법령을 준수하라는 의미라고 해석한 반면 중재 판정부는 투자 유치를 관장하는 법, 투자를 행하는데 관련되는 법을 준수해야 한다는 의미라고 해석하였다. 투자와 무관한 법령 위반을 이유로 보호하지 않는 것은 투자 보호라는 투자협정의 대상과 목적과 합치되지 않으며 투자협정상 명문의 규정이 없는 데에도 불구하고 막연한 국내법 위반을 이유로 투자협정이라는 국제법 상의 의무를 회피할 수는 없다는 것이다. 국내법 위반이 있으면 해당 법에 따른 조치를 해야 할 일이지, 투자로 인정하지 않거나 투자 보호를 제공하지 않는 것은 부당하다는 취지이다.

5) 계약 관련 판례

계약의 조건이나 입찰 과정에서의 부정에 대해서는 적법성 요건이 적용되지 않는다는 판정례가 있다. *Vannessa vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/04/6)에서 베네수엘라는 특정 공기업이 정부의 동의 없이 청구인에게 주식을 매각한 것은 계약 위반이므로 ‘베네수엘라의 법에 따라서’ 이루어져야



하는 투자협정의 규정과 합치되지 않는다고 주장하였다. 그러나 판정부는 ‘in accordance with the latter’s law’의 ‘law’는 계약국의 정식 법규를 의미하는 것이고 계약 조건의 위반이 곧 법규 위반이라고 볼 수는 없다고 설명하면서 베네수엘라의 주장을 기각하였다. 비단 투자 유치국의 성문 법규뿐 아니라 신의칙과 같은 국제법상의 기본 원칙도 준수되어야 하므로 사기, 사술, 기만에 의한 투자에 대해서는 ICSID 중재 관할을 적용하지 않고 있다. *Inceysa vs. El Salvador* 사건(ARB/03/26)에서 판정부는 청구인의 행태는 신의칙(good faith)이라는 국제법 원칙, 즉, 누구도 자신의 부도덕함을 원용하여 자신이 옳다고 주장하는 것은 허용되지 않는다(*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)’는 법원리, 부당 이익 금지 원칙에 부합하지 않는다고 보고 적법성을 위반하였다고 판시하였다. *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24) 판정부는 투자자에 관한 중요한 정보, 투자 승인 여부를 결정하는데 중요한 요소가 되는 정보를 알리지 않은 것은 신의칙에도 위반된다고 지적하고 청구인의 투자에 대해 에너지 현장 조약 상의 실체적 보호 규정을 적용할 수 없다고 판시하였다. *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24) 판정부는 투자가 부정부패, 위계, 사기 행위 등 선의(good faith)에 위반하여 이루어지거나 투자 설립 자체가 ICSID의 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 것일 경우에는 보호할 수 없다는 원칙을 확인하였다.



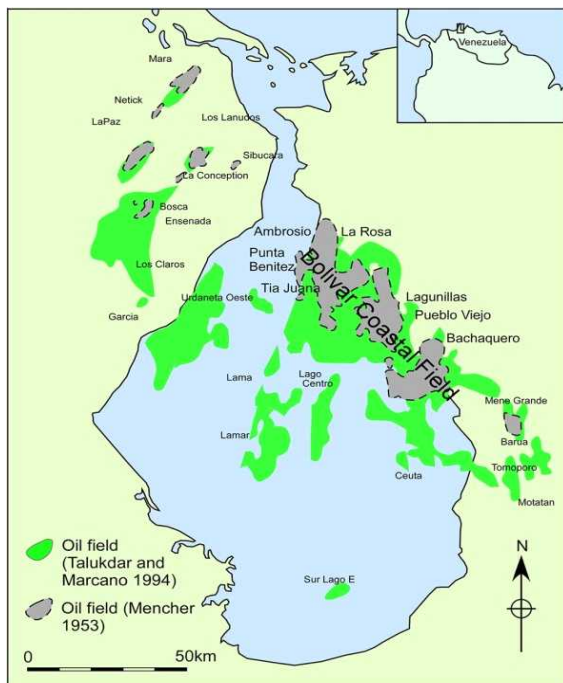
134

Tidewater vs. Venezuela 사건(ARB/10/5)

가. 사건 개요

이 사건은 베네수엘라 정부가 청구인의 석유 운송 회사를 국유화한 후 지급한 보상액이 적정하지 않다고 확인된 사건이다.

청구인인 Tidewater Investment는 미국 Tidewater사가 실제 소유하고 있으나 법적으로는 Barbados의 회사이다. 청구인은 베네수엘라에서 1950년대부터 석유 해운 사업을 영위해온 Tidewater Marine Service(이하 ‘SEMARCA’)를 소유하고 있었다. SEMARCA는 베네수엘라의 유전 지대인 Maracaibo



호수 내에서의 운송 산업에 주로 종사하다가 일부 해양 운송에도 선박 대여를 통해 간접적으로 참여하고 있었다. 베네수엘라는 1975년 유전을 국유화하여 국영 석유 회사(PDVSA)와 3개의 자회사가 독점하고 있었고 SEMARCA는 50여년 이상 베네수엘라에서 영업을 하여 왔으나 장기간의 양허 계약이 아니라 PDAVSA 및 그 자회사와 수개월 단위의 단기 계약을 연장하는 형식으로 영업을 하여 왔다. 이 사건에서 문제가 된 국유화 조치 당시 SAMERCA는 Maracaibo 호수 내 2건, 해양 운송에 2건의 단기 계약이 진행 중이었고 특히 해양 운송 1건에 대해서는 SAMERCA가 4척의 선박을 용선하여 주는 계약이었다.

2009년 5월 베네수엘라 정부는 Maracaibo 호수 보호를 이유로 이 지역 내 석유 산업과 관련되는 자산(선박, 부두, 시설 등)을 장부 가격으로 국유화하는 (Maracaibo 호수 위치 및 원유 지대) 법령(Reserve Act)을 채택하였고 다음 날 SEMARCA가 포함된 국유화 대상 회사 목록을 발표하고 당일 SEMARCA의 선박 11척, 본사를 물리적으로 접수하였다. 2009년 7월에는 SEMARCA가



해양 수송에 용선해 준 4척도 접수하였다.

청구인은 베네수엘라의 이러한 행태는 적절한 보상, 비차별 의무를 조건으로 하는 바베이도스-베네수엘라 투자협정 상의 수용 조항 5조를 위반한 것이라고 주장하며 2010년 2월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 차별 대우

투자협정 5조는 통상의 수용 조항과 마찬가지로 수용의 조건으로 공공의 목적, 비차별, 신속, 적정, 실효적인 보상을 규정하고 있었다. 베네수엘라 Reserve Act의 공공성에 대해서는 청구인이 시비하지 않았으며, 차별 및 적정 보상에 대해서 문제를 제기하였다. 차별의 경우 청구인은 한 외국 회사는 선박을 수용당했으나 곧 돌려 받았고 두 베네수엘라 회사는 수용되지 않았다고 제시하면서 베네수엘라의 조치가 차별적이므로 불법 수용에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 외국 회사의 경우 제3국에 편의치적 된 선박이어서 반환한 것이며 이는 SEMARCA의 제3국 편의치적선도 같은 대우를 받았다고 지적하였다. 두 베네수엘라 회사 중 한 곳은 Maracaibo 호수 내에서 영업을 하지 않고 있으므로 Reserve Act 대상이 아니고 나머지 회사는 수용되었다는 점이 증거로 확인된다고 지적하면서 청구인의 차별 주장을 기각하였다.

2) 보상의 적정성

청구인은 Reserve Act는 수용 직전의 시장 가격으로 보상하라는 투자협정 5조 기준과 어긋나게 장부 기준으로 보상하라고 명시하고 있으므로 적정 보상 조건을 준수하지 않은 불법 수용이라고 주장하였다.

중재 판정부는 보상의 적정성 여부를 세계은행의 해외 투자 가이드라인³⁵⁹⁾에 따라 심사하였다. 이 가이드라인에 따르면 보상액이 탈취된 자산의 공정시장 가격, 즉 수용 발생 시점 또는 수용 결정의 공시 시점 직전의 가격에 근거하고 있으면 적절한 것으로 본다. 그리고 이러한 시장 가격의 결정이 국가와 투자자 간의 합의된 기준 또는 이들이 지명한 판정부나 기관에 의해 내려진 것이면 받아들여질 수 있다고 규정하고 있다. 보상 결정에 관한 국제 판정만이 요구되는

359] World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment

1992년에 발표된 지침서로 적용 범위, 접수, 대우, 수용 및 일방적 계약 종료, 분쟁해결 등으로 구성되어 있다.



수용은 불법 수용으로 취급되지 않는다고도 규정되어 있다. 중재 판정부는 공정한 보상 여부를 기다리는 수용은 이 결정이 내려질 때까지 잠정적으로 합법적인 수용으로 인정된다고 보았다(139-142). 이 판정 후반부에서 보상액의 적정성 여부를 심도 있게 심리할 것이므로 동 심리 전에 베네수엘라의 수용이 불법이라고 단정할 수 없다는 것이다.

장부가격 기준으로의 보상에 대한 청구인의 주장과 관련하여 투자협정 5조가 적시하고 있는 것은 수용 직전의 시장가격이지 그 시장가격을 판단하는 방법에 대해서는 언급하고 있지 않으며, 분쟁 발생시 ICSID 중재를 활용토록 규정한 분쟁해결 조항에 의거하여 바베이도스와 베네수엘라는 시장가격 평가를 ICSID 중재에 위탁한 것이고 ICSID 중재는 세계은행 가이드라인에 언급된 양 당사자가 지명한 판정부에 해당한다고 정리하였다(143-145).

청구인은 베네수엘라의 조치가 자신의 투자가 수용되지 않거나 수용되더라도 정당하게 보상되리라는 기대를 훼손하였으므로 공정-공평 대우 의무 위반에도 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 핵심 쟁점이 수용의 절차적 공정성이 아니라 수용 자체의 합법성인 사건에서 공정-공평 대우 측면에서 사건을 심리하는 것이 법적 책임성이나 피해 규모 산정에 아무 영향을 미치지 못하므로 심리하지 않겠다고 하였다. 중재 판정부는 판정의 대부분을 수용 보상의 적정액 산정에 할애하여 베네수엘라가 제시한 보상액보다 훨씬 큰 금액을 적정 보상액으로 결정하였다. 이에 따라 판정부는 베네수엘라의 청구인 투자 수용은 보상이 적정하지 않은 불법 수용에 해당한다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건 판정부가 보상의 적정성 여부를 판정하기 위해 참고한 세계은행의 해외투자 가이드라인은 비단 수용뿐 아니라 외국인 투자자에 대한 대우 및 보호, 분쟁해결 등 보통의 투자협정에 규정되어 있는 내용을 포괄적으로 포함하고 있다. 가이드라인 IV조는 수용에 대해 상세히 규정하고 있다. IV(1)조³⁶⁰는 수용과 그와 유사한 효과를 갖는 조치는 원칙적으로 금지되나 예외적으로 법적 절차에 의해 선의에 의한 공공 목적을 추구하기 위해서 국적을 차별하지 않고 적절한 보상 하에 시행할 수 있다고 규정하고 있다. 통상의 투자협정에 기재된 수용의 요건과 동일하나

360] 1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.



공공목적이 선의에 의한 것임을 명기하여 공공목적을 위장하여 부당하게 수용해서는 안 된다는 점을 강조하였고, 차별의 근거를 국적에 기반한 차별이라고 적시한 점이 주목된다. 통상의 투자협정에서는 차별 자체에 초점을 두고 있고 국적을 이유로 하지 않는 차별이라고 하여 용인되지는 않는다.

이 사건과 같은 직접 수용에서 가장 쟁점이 되는 것은 보상의 적정성 여부이다. 간접 수용의 경우 수용 해당 여부 자체가 주된 쟁점인데 비해, 직접 수용은 수용 사실 자체를 부인하기 어려우므로 수용에 대한 보상이 적정하였는지가 쟁점이 되는 것이다. 세계은행 가이드라인은 보상의 적절성에 대해 상세히 규정하고 있다. 우선 IV(2)조³⁶¹⁾에서 보상이 적정하고 효과적이고 신속하면 적절한 보상이라고 규정하여 적절한 보상의 요건을 제시하고 있다. 이 요건은 소위 Hull 규칙으로서 대부분의 투자협정에서 규율하고 있는 것과 동일하다. 그러나 중재 심리에서 쟁점이 되는 것은 적정성, 효과성, 신속성의 판단 요건이다. 세계은행 가이드라인은 이에 대해 주의 깊게 천착할만한 내용을 기술하고 있다. 가이드라인은 우선 보상이 수용당한 자산의 공정시장 가격에 기반하고 있으면 적정하다고 보았다. 그 시점은 수용 직전 또는 수용 사실이 공개적으로 알려지기 직전이다(IV(3)조³⁶²⁾). 가이드라인의 이러한 기술은 투자협정에 반영되기도 한다. 한-중 FTA 12.9(2)조³⁶³⁾가 그러하다. 문제는 공정시장 가격의 결정 방식이다. 가이드라인은 수용 국가와 투자자가 합의한 방식에 의해 산정되었거나 이러한 합의가 없을 경우 정상적인 거래될 경우의 가격에 기초하여 수용 국가가 결정한 방식에 의해 산정되었으면 용인할 수 있다고 규정하고 있다(IV(4, 5)조³⁶⁴⁾)

가이드라인은 투자자가 투입한 통화가 국제통화기금에 의해 자유롭게 사용할 수 있다고

361] IV(2). Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed "appropriate" if it is adequate, effective and prompt.

362] 3. Compensation will be deemed "adequate" if it is based on the fair market value of the taken asset as such value is determined immediately before the time at which the taking occurred or the decision to take the asset became publicly known.

363] 2. The compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is the earlier. The fair market value shall not reflect any change in market value occurring because the expropriation had become publicly known earlier.

364] 4. Determination of the "fair market value" will be acceptable if conducted according to a method agreed by the State and the foreign investor (hereinafter referred to as the parties) or by a tribunal or another body designated by the parties. 5. In the absence of a determination on agreed by, or based on the agreement of, the parties, the fair market value will be acceptable if determined by the State according to reasonable criteria related to the market value of the investment, i.e., in an amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller after taking into account the nature of the investment, the circumstances in which it would operate in the future and its specific characteristics, including the period in which it has been in existence, the proportion of tangible assets in the total investment and other relevant factors pertinent to the specific circumstances of each case.



지정된 여타의 통화로 태환될 수 있다면 그 투입된 통화로 지급하는 것이 효과적인 보상이라고 규정하고 있다(IV(7)조³⁶⁵). 투자자가 투자한 통화가 여전히 국제적으로 태환이 가능하면 그 통화로 보상금을 지급하라는 것이다. 이 내용 역시 상당수의 투자협정에서 명문의 규정으로 수용되고 있다. 한-중 FTA 12.9(3)조³⁶⁶가 그 내용이다. 신속한 보상이란 투자협정에 대개 ‘지체 없이(without delay)’라고 표현된다. 가이드라인도 마찬가지이다. 다만 특별한 외환 부족 사정이 있을 경우 5년을 초과하지 않는 기한 내에서 분할 지급할 수 있다고 규정하고 있다(IV(8)조³⁶⁷). 그러나 지체하지 말아야 한다는 요건을 가이드라인처럼 구체적으로 기재한 투자협정은 없다. 신속한 보상인지의 여부는 수용의 내용과 당시의 상황, 투자자와 수용 시행 국가의 처지를 살펴 종합적으로 결정하는 것이 보편적인 방법이다.

365] 7. Compensation will be deemed "effective" if it is paid in the currency brought in by the investor where it remains convertible, in another currency designated as freely usable by the International Monetary Fund or in any other currency accepted by the investor.

366] 3. The compensation shall be effectively realizable and freely transferable and shall be freely convertible, at the market exchange rate prevailing on the date of expropriation, into the currency of the Party of the investors concerned, and into freely usable currencies.

367] 8. Compensation will be deemed to be "prompt" in normal circumstances if paid without delay. In cases where the State faces exceptional circumstances, as reflected in an arrangement for the use of the resources of the International Monetary Fund or under similar objective circumstances of established foreign exchange stringencies, compensation in the currency designated under Section 7 above may be paid in installments within a period which will be as short as possible and which will not in any case exceed five years from the time of the taking, provided that reasonable, market-related interest applies to the deferred payments in the same currency.



135

RSM vs. Grenada 사건(ARB/10/6)

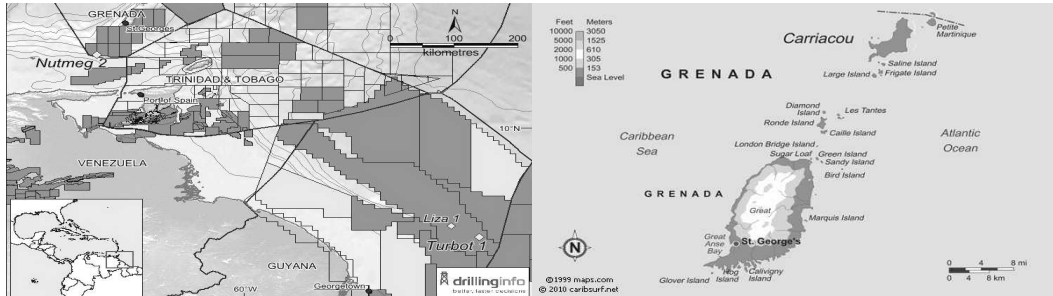
가. 사건 개요

이 사건은 청구인이 과거에 이미 ICSID 중재 판정에서 패소한 사안에 대하여 청구인을 추가하고 근거 협정을 바꾸어 다시 중재를 신청한 것이 적법한지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인은 RSM Production Corp.와 그의 대주주 Grynberg 일가이다. RSM은 미국 석유 개발 회사로서 1996년 7월 Grenada 정부와 유전 탐사 계약을 체결하였다. 계약 내용상 청구인은 90일 이내 탐사 면허를 신청하도록 되어 있었으나 청구인은 불가항력에 해당하는 사안의 발생을 이유로 면허 신청기간 연장을 요청하였다.

RSM은 2004년 1월 불가항력 기간 종료를 통보하는 서한을 Grenada에 발송하였으며 90일 신청 시한이 재개시되었다. RSM은 같은 해 2월 다시 불가항력으로 인한 면허 신청기간 연장을 요청하는 서한을 발송하였으나 Grenada에 그 기간 내에 도달하지 못하였고 90일 신청기간이 마감된 후 2004년 4월 14일 RSM은 탐사 면허를 신청하였으나 Grenada는 기한 도과를 이유로 이를 기각하고 2005년 7월 RSM과의 계약을 종료하였다. RSM은 2004년 8월 Grenada의 계약 위반을 이유로 ICSID 중재를 신청하였고 중재 판정부는 Grenada의 계약 위반 사항이 없으며 RSM의 면허 청구 기간은 경과하였고 계약은 합법적으로 종료된 것이라고 판정하였다.

RSM은 RSM 주주 Grynberg 일가3인을 청구인에 추가하여 Grenada가 미국-Grenada 투자협정을 위반하였다는 이유로 2010년 1월 ICSID에 중재를 청구하였다. 주요 쟁점 사안은 以前 중재와 동일하였다. 탐사 면허 신청을 기각하고 보상하지 않은 것은 불법 수용에 해당하며 자의적, 차별적 대우, 충분한 보호 및 안전, 공정·공평 대우 의무 위반이라는 것이다. Grenada는 이미 이전 중재 판정에서 심리하고 판결이 내려진 동일한 사안이므로 청구인의 투자협정 위반 주장은 심리한 법적인 실익이 없으므로 기각되어야 한다고 주장하였다.



| Grenada 위치 및 주변 해역 광구, 왼쪽 상단의 작은 섬이 Grenada이다. Grenada는 인구 10만 면적은 300km²로 우리나라 거제도보다 약간 작은 섬나라이다 |

나. 주요 쟁점

1) 1차 심리

Grenada는 청구인의 위반 주장은 이미 1차 판정에서 심리되고 판정이 난 것과 동일 사안이므로 쟁점효(collateral estoppels) 원칙³⁶⁸에 의해 기각되어야 한다고 주장하였다. 청구인은 1차 판정은 계약 위반을 다룬 것이고 이번 중재는 Grenada의 투자협정 위반을 다루는 것이므로 동일 사안이 아니라고 반박하였다. 판정부는 쟁점효는 국제 재판이나 중재에 적용될 수 있는 확립된 국제법 원칙이라고 확인하고, Grenada도 1차 판정이 투자협정 위반을 다루었다고 주장하는 것은 아니고 권리 관계, 쟁점, 사실에 대한 1차 판정부의 판정이 현 중재 판정부를 구속하며 청구인의 협정 위반 주장이 명백하게 법적인 실익이 없는지 평가하는데 있어 1차 판정의 결과가 적용되어야 한다고 주장하는 것이라고 이해하였고 이에 동의하였다(판정문 7.1.1-7.1.3).

RSM은 1차 중재는 RSM이 단독 신청한 것이고 이번 중재는 3명의 주주가 추가된 것이므로 1차 중재와 다르다고 주장하였다. 중재 판정부는 주주와 회사는 별도의 법인격을 갖고 있고 양자의 이해가 반드시 동일한 것은 아니므로 주주가 회사와 별도로 중재 신청의 자격자가 될 수 있다는 원칙과 관행은 인정하였다. 그러나 이번 사건의 경우 1차 판정 때나 지금이나 주주 3인이 RSM 지분 100%를 소유하고 있고 주주의 투자는 RSM의 탐사 계약이 전부이며 RSM을 통해서 자신들의 손실을 보상받으려고 하는 것이므로 그들도 1차 중재의 사실 관계, 쟁점, 권리에 대한 판정의 결과에 구속된다고 판단하였다(7.1.4-7.1.6)

368] 이전 재판에서 재판부가 심리하고 판단한 쟁점, 사실 관계에 대해 나중에 다른 재판 심리에서 동일한 쟁점, 사실을 다뤄게 되었을 경우 이전 재판의 판단에 반하는 주장증명을 허용하지 않고 이것과 모순되는 판단을 금지하는 효력



중재 판정부는 아래 사실은 1차 중재에서 판정되었으므로 쟁점효의 원칙에 따라 이번 중재에서 다시 다룰 수 없다고 보았다.

- Grenada는 RSM과의 계약을 위반하지 않았음.
- RSM의 2004년 1월 서한으로 인해 불가항력으로 인한 면허 신청기간의 시효는 중단되며 탐사 면허 신청 기한은 2004년 3월 28일 만기됨.
- RSM은 2004년 4월 13일 또는 14일 탐사 면허를 신청하였음(기한 종료 2주 후).
- 불가항력을 재차 원용하는 RSM의 2004년 2월 22일자 서한은 2004년 4월 14일까지 Grenada에 송달되지 않았음.
- 따라서 3월 28일 신청 기간이 경과되도록 방지하기 위해 Grenada가 일부러 악의로 침묵한 것이 아님.
- 유전 탐사 계약은 2005년 7월 합법적으로 종료됨.

중재 판정부는 ICSID 판정은 분쟁 당사자를 구속하고 상소나 다른 구제수단의 대상이 되지 않는다고 규정한 ICSID 협약 53조³⁶⁹⁾에 따라 1차 판정 내용을 재심리할 수 없다고 결론 내렸다. 설사 1차 심리가 ICSID 중재가 아니라 국내 법원의 판결이라 할지라도 투자협정 상의 쟁송 기관은 사법 부인을 다투는 것이 아니라면 이를 재심리할 수 없다고 참언하였다. (7.1.9).

청구인은 Grenada가 청구인의 면허 신청을 기각한 실제 이유는 뇌물을 제공한 러시아 회사 Global Petroleum에게 면허를 부여하기 위해서라고 주장하고 이와 같은 사실을 1차 중재 판정 후 인지하게 되어 2차 중재를 신청한 것이라고 주장하였다. 중재 판정부는 청구인의 주장이 사실이라고 하더라도 ICSID 협약 51조³⁷⁰⁾상 판정에 결정적인 영향을 줄 수 있는 성질의 새로운 사실이 발견될 경우 중재 판정의 재심을 요청할 수 있는데 청구인은 그 대신 새로운 중재를 요청하였다는 점을 지적하였다. 재심을 신청하더라도 청구인에게 불리한 판정을 내린 1차 판정부의 여타 사실에 대한 판단은 변함이 없으므로 새로운 중재를 시도하는 것 아니냐는 힐난이다.

369] 53(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

370] 51(1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.



2) 본안 심리

중재 판정부는 이상의 판단에 비추어 청구인의 주장은 명백히 법적인 실익이 없다고 지적하였다. 수용 주장의 경우 이미 1차 중재가 Grenada의 계약 위반 사실이 없고, 청구인이 면허 신청 기간을 준수하지 못했으며, Grenada는 국내법상 해당 계약을 준수할 권리가 있다고 판시하였으므로 수용 주장은 이유가 없다고 일축하였다. 청구인은 불가항력을 원용하는 2004년 2월 서한에 대해 회신하지 않은 것, 러시아 회사에 면허를 부여한 것이 자의적이고 차별적인 조치라고 주장하였으나, 중재 판정부는 1차 중재가 Grenada의 면허 기간 산정에 하자가 없고 지연 도달한 2월 서한에 회신할 수 없었다고 판시하였으므로 청구인 주장을 수용할 수 없다고 기각하였다. 충분한 보호 및 안전, 공정·공평 대우 의무 위반 주장에 대해서도 RSM이 면허 신청 기간을 준수하지 못한 것이 원인이고 Grenada는 계약상, 국내법상의 규정에 합치되게 행동한 것이므로 투자협정 상의 투자자 대우 의무를 위반한 것이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

ICSID 협약은 청구인의 주장이 명백하게 법적인 실익(manifestly without merit)이 없을 경우 심리 자체를 개시하지 않거나 더 이상의 심리를 진행하지 않을 수 있는 여지를 규정하여 놓았다. 이 규정은 이 사건에서 언급되기는 하였으나 이를 이유로 심리가 중단되지는 않았다. ICSID 중재 규칙 41(5)조³⁷¹⁾에 따라 분쟁 당사자는 판정부 구성 30일 이내 또는 아무리 늦더라도 1차 심리 기일 이전에 상대방의 시비가 명백하게 법적인 실익이 없다는 항변을 제기할 수 있다. 판정부는 각 당사자에게 소명 기회를 부여한 후 1차 심리 기일 또는 그 직후 해당 항변에 대한 결정을 발표해야 한다.

이와 유사한 사항으로 명백하게 관할권 외(manifestly without jurisdiction)에 해당할 경우 아예 중재 신청 등록을 봉쇄할 수 있는 규정도 있다. ICSID 협약 28(1, 2)조³⁷²⁾에 의거, 중재를

371) [5] Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.

372) [1] Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.



신청하고자 하는 국가나 투자자는 일정 요건을 갖춘 신청서를 ICSID 사무총장에게 제출하여야 한다. ICSID 협약 28(3)조³⁷³⁾는 신청서에 기재된 내용상 명백하게 ICSID 관할 대상이 아닌 경우 사무총장에게 중재 신청 등록을 거절할 수 있는 권한을 부여하고 있다. ICSID 중재의 모든 절차는 등록이 된 후 개시되므로 등록 거부는 ICSID 중재 절차 개시를 원천 봉쇄하는 효과를 갖는다.

(2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.

373] (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.



136

Philip Morris vs. Uruguay 사건(ARB/10/7)

가. 사건 개요

이 사건은 우루과이 정부의 담배 소비 제한 조치에 대해 Philip Morris사가 자사 등록 상표 사용권을 침해하였고 이로 인한 영업 손실이 사실상 수용에 해당하며 우루과이 정부의 조치가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 주장한 사건이다.

청구인 Philip Morris Sarl.는 다국적 담배 회사 Philip Morris Inc.의 스위스 법인으로서 같은 청구인인 우루과이인 담배 제조 회사 Abal Hermanos S.A.(이하 Abal)를 100% 소유하고 있었다. 우루과이 보건부는 2008년 8월 부령 514호를 통해 동일 담배 브랜드로는 1개 제품만을 제조, 판매토록 하는 조치(Single Presentation Requirement, 이하 ‘SPR조치’)를 발동하였다. 예컨대 Marlboro Red, Marlboro Gold, Marlboro Blue 등 같은 브랜드의 복수의 파생 제품을 판매할 수 없고 이 중 하나만을 제조, 판매할 수 있다는 조치였다. 우루과이 보건부는 2009년 6월 대통령령 287호를 통해 담배갑 표면의 흡연 경고 표시 점유비를 기존 50%에서 80%로 확대하는 조치(이하 ‘80/80조치’)를 발동하였다. 담배 회사는 담배 브랜드 및 상품명, 기타 안내 문구 등을 게재할 수 있는 공간이 담배갑의 20%로 축소됨에 따라 브랜드, 상품명 등을 원래 디자인대로 삽입하기가 곤란하여 이를 왜곡, 축소하여야 했다.

Abal은 위 조치로 인하여 자사 제품의 판매가 감소하는 등 심각한 영업 손실을 감수해야 했고 자사의 등록 상표 사용권이 제한되었으므로 사실상 수용에 해당한다고 주장하였다. 아울러 등록 상표의 사용권이 제한된 것은 투자협정이 보장하는 투자의 사용과 향유권 위반이고 해당 조치가 자의적이며 투자 당시의 정당한 기대와 우루과이의 법적 안정성에 대한 기대를 침해하였으므로 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. Abal은 해당 조치에 대해 우루과이 행정법원과 헌법재판소에 제소하였는데 두 법원의 판단이 상충되었다. 행정법원에 제소한 사건에서는 재판부가 별도 사건에서 제출된 타 회사의 증거와 주장을 대폭 인용하여 판결을 내리는 절차상의 흠결이 있었다. Philip Morris와 Abal은 판결 상충과 흠결이 사법 부인에 해당하므로 역시 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다.



Philip Morris와 Abal은 스위스-우루과이 투자협정에 근거하여 2010년 2월 ICISD에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 간접 수용

SPR조치로 인해 Abal은 기존 13개 상품 중 7개를 폐지해야 했다. 80/80조치로 인해 추가로 2개를 퇴출시킬 수밖에 없어 4개 상품군만 유지할 수 있었으며 이로 인해 매출이 20% 감소하는 등 실질적인 손실을 보았다고 주장하였다. 청구인은 담배 브랜드는 그 자체가 투자에 해당하고 청구인의 지적재산권이며 등록 상표로서 브랜드 사용 제한은 등록 상표의 사용권을 제한하는 간접적인 수용에 해당한다고 주장하였다.

우루과이는 Abal의 영업 이익은 해당 조치 시행 3년 후인 2012년에는 2004년 이후 최고 수준으로 오히려 증대하였고 총 이익은 2008년 이후 매년 최고치를 갱신하였다는 자료를 근거로 청구인의 손실 주장을 반박하였다. 우루과이는 또한 공중 보건 유지 보호는 대표적인 경찰권 행사이며 이는 국가 주권의 핵심 사항이라고 전제하고 담배 소비 제한은 국민 건강 보호를 위한 경찰권 행사이므로 수용에 해당하지 않는다고 항변하였다.

청구인의 등록 상표 주장에 대해 우루과이는 우선 청구인이 주장하는 상표(Marlboro Red, Gold, Blue, etc.)는 우루과이 상표청에 등록되지 않았다고 일축하였다. 우루과이 상표법은 원 등록 상표의 일부 변형 상표는 그 자체가 별도의 상표로서 새로 등록되지 않는 한 원 등록 상표의 보호를 확장하여 함께 보호받지 못한다는 것이다. 또한 우루과이 상표법이 등록 상표에 대해 부여하는 권리는 타인이 이를 사용하지 못하도록 소극적으로 금지해주는 것이지 적극적으로 상업 활동에 사용할 수 있도록 보장하는 적극적인 권리는 아니라고 설명하였다.

중재 판정부는 우루과이의 논리를 수용하여 청구인의 수용 주장을 기각하였다. 지재권에 관한 파리 협정이나 WTO의 TRIPs 협정에서도 상표에 부여하는 권리는 타인의 사용을 금지하는 배타적인 권리이지 등록권자의 사용을 보장하여 주는 권리는 아니라고 확인하였다(260-271). 판정부는 우루과이의 조치가 Abal로부터 영업 가치를 박탈하거나 청구인 투자의 가치나 사용 또는 향유를 실질적으로 탈취하는 것과는 한참 거리가 있으며 해당 조치 시행 후에도 상당한 가치가 잔존하고 있는 한 수용이라고 판단할 수는 없다고 보았다. 중재 판정부는 담배 소비를



제한하기 위한 우루과이의 해당 조치는 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 확인하였다(판정문 283-287).

2) 공정하고 공평한 대우

청구인은 우루과이의 조치가 그 효과성에 대한 과학적인 증거, 정부 관계자의 심도있는 검토, 조치를 통해 달성하려는 목적과 해당 조치의 효용성 간의 합리적인 연관 관계도 없이 채택되었다는 이유로 이는 자의적인 조치이므로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

우루과이의 조치는 WHO가 효과적이라고 판단하여 권고하는 것이었고 우루과이가 가입한 담배 통제에 관한 기본 협정(Framework Convention on Tobacco Control, 이하 'FCTC')에서도 제시된 담배 소비 제한 방안이었다. WHO는 이러한 방안이 과학적인 근거에 입각하고 있다고 공식적인 견해를 발표하기도 하였다. 우루과이는 WHO와 FCTC의 담배 소비 제한 논의에 적극 참여하고 그로부터 제시된 방안을 국내에 적용하는데 있어 모범적인 국가라고 평가되고 있었으며 우루과이는 2004년 FCTC를 비준하여 2005년 2월부터 우루과이에 적용되고 있었다. 쟁점이 된 우루과이의 조치는 FCTC 내용을 국내에 적용하기 위해 채택된 것이었다. 판정부는 이러한 상황에서 우루과이가 해당 조치의 과학성이나 효과성, 정책 목표와의 합리적 연관 관계에 관한 추가적인 증거를 수집하거나 연구를 해야 할 필요는 없다고 정리하고 청구인의 주장대로 자의적이라고 볼 수 없다고 판시하였다(391-396).

청구인은 우루과이의 조치는 투자 결정 당시 청구인의 정당한 기대와 우루과이의 법적 안정성을 침해하였으므로 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였으나 수용되지 않았다. 판정부는 담배의 유해성에 비추어 담배에 관한 규제는 시간이 갈수록 엄격해질 것이라는 점을 청구인이 오히려 투자 결정 당시 예상했어야 하며 우루과이의 담배 규제 강화는 법 개정의 受忍限度 내의 조치이므로 투자자의 이해를 침해할 정도로 법적 안정성이 보장되지 않은 것도 아니라고 판단하였다(430-435).

3) 투자 향유권

청구인은 우루과이의 조치는 Philip Morris 담배 브랜드와 지적 재산권을 사용, 향유, 확장하지 못하게 하는 비합리적인 조치이므로 투자협정 3(1)조³⁷⁴ 위반이라고 주장하였다. 중재 판정부는

374) 3(1) Each Contracting Party shall protect within its territory investments made in accordance with its legislation by



비합리적이란 것은 자의적인 것과 상호 대체적으로 사용할 수 있는 개념이라고 인정하였으나 이미 우루과이의 조치가 자의적이지 않다고 판단하였으므로 비합리적이지도 않는다고 결론지은 후 3(1)조 위반이라는 청구인의 주장을 기각하였다(444-446).

4) 우산 조항

청구인은 우루과이의 조치는 청구인의 상표 사용권을 보호하겠다는 약속을 위반한 것이므로 투자협정 11조³⁷⁵⁾ 우산 조항 위반이라고 주장하였다. 우루과이가 청구인의 상표 등록을 접수하였으므로 우루과이는 청구인에게 등록 상표 보유자의 권리를 보장하겠다고 약속한 것이며 이 권리는 상표를 사용하고 타인의 사용을 배제하는 것을 모두 포함한다고 주장하였다. 우루과이는 해당 조치를 통해 이 권리를 보장하지 못했으며 이는 11조 위반에 해당한다는 것이다.

판정부는 상표 등록은 사용권을 의미하지 않는다고 이미 판시하였으므로 우루과이가 상표에 대해 특별히 약속한 것이 없다고 일축하였다(457-458). 특별한 의무를 생성하는 계약과 달리 우루과이는 등록 상표를 부여함으로써 투자에 관해 약속을 한 것이 없고 단지 상표 등록 희망자에게 모두 개방되어 있는 우루과이의 지재권 체제에 청구인이 접근할 수 있도록 허가했을 뿐이라고 보았다. 또한 상표는 투자 유치국 정부가 특정 의무를 부담하겠다는 약속이 아니라 지재권 보호 법제의 일부일 뿐이므로 11조상의 약속에 해당하지 않는다고 판단하였다(480-482).

5) 사법 부인

80/80조치를 발동한 대통령령 287호의 근거 법령 18,256호 해당 조항의 문안 해석을 두고 청구인은 우루과이 헌법재판소와 행정법원에 각각 제소하였다. 이 조문은 경고 표시가 외부 포장의 최소 50% 이상을 차지한다고 규정하고 있었는데 경고 표시 적정성의 심사, 승인을 보건부 소관으로 지정하고 있었다. 우루과이 법제는 재산권의 제약은 행정부가 아닌 입법부 소관이었다. 청구인은 50% 이상 경고 표시 강제 권한이 보건부에 위임된 것이라면 법 18,256호는 위헌이라는 입장 아래 청구인은 헌법재판소에 법 18,256호의 합헌성 여부의 판단을 구하였다. 헌법재판소는 이 법이 보건부에게 50% 이상의 경고 표시 강제 권한을 부여하지 않았으므로 합헌이라고 판결하였다.

investors of the other Contracting Party and shall not impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale and, should it so happen, liquidation of such investments.
375] 11. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



청구인은 법 18,256호가 보건부에게 경고 표시 50% 강제 권한을 부여한 것이므로 그 이상을 초과한 80%를 요구하는 80/80 조치는 위법하다는 소송을 행정 법원에 제기하였다. 행정 법원은 법 18,256호가 보건부에게 50% 이상의 경고 표시 강제 권한을 부여하였으므로 80/80 조치가 위법이 아니라고 판결하였다. 현재와 행정 법원의 판결이 상충되었다.

청구인은 동일 사안에 대하여 우루과이 법원의 상충되는 판결은 사법 부인에 해당한다고 주장하였다. 우루과이는 행정법원과 현재는 상하 관계가 아니라 관할 사항을 달리하는 동격의 기관으로서 우루과이 법 체제상 일단 현재에 의해 합헌성이 인정된 법에 대해서는 행정법원이 현재의 논리를 추종할 필요는 없으며 재량에 의해 해당 법에 관해 해석, 적용할 수 있다고 설명하였다.

중재 판정부는 이러한 우루과이의 법체제가 이상하기는(unusual) 하나 판결간 상충을 이유로 사법 부인을 인정하는 것은 적절치 않다고 판단하였다. 두 법원이 해당 조치의 합법성에 대해 각자의 관할권 내에서 자신의 법적인 기준을 적용하여 독립적으로 판단하였고 규정된 심리 절차를 준수하였으므로 사법 부인에 해당하지는 않는다는 것이다. 또한 중재 판정부는 사법 부인을 판단하기 위한 상급심도 아니며 주권 국가의 사법 체계 개선 권한은 더욱 없다고 언급하였다. 비록 행정법원이 현재의 해석을 수용하지 않는 것이 이상하게 보이기는 하나 그 자체가 경악할만 하거나 사법 부인을 구성할 정도로 심각하지는 않다고 판단하였다(527-529).

청구인은 행정 법원에 SPR 조치의 부당성을 소구(訴求)하였으나 합법적이라는 행정법원의 판결문 표지에 청구인 관련 사항이 기재되어 있을 뿐 판결 본문에는 타 담배 회사(British American Tobacco, 이하 'BAT')의 자료와 주장, 증언이 기재되어 있었다. 동일한 건으로 타 담배 회사가 제출한 별도의 사건 자료를 수정 없이 절취하여 첨부한 것이었다. 청구인은 법원의 이러한 무성의와 흠결은 사법 부인에 해당한다고 주장하였다. 우루과이는 절차적인 흠결이 없었다면 판결이 달라졌을 것이라고 입증되지 않는 한 절차적 흠결을 이유로 사법 부인을 인정할 수는 없다고 항변하였다.

판정부는 우루과이의 주장에 동의하지는 않았다. 판정부는 사법 부인 판단은 절차적 흠결이 그 자체로 사법 부인을 인정할 수 있을 정도로 심각한지 여부와 절차적 흠결에도 불구하고 청구인의 소구가 공정하게 결정되었는지 살펴서 결정해야 한다고 보았다. 첫째 사항의 경우 비록 타인 주장을 절취하여 첨부한 점은 인정되지만 판결 요약문에는 청구인의 주장과 심리 요지가 기재되어 있는 점을 지적하였다. 그 흠결 정도가 그 자체로 사법 부인에 해당할 정도는



아니라는 것이다. 둘째의 경우 청구인 소구 요지는 보건부는 SPR 조치를 발동할 권한이 없다는 것이고 BAT 소구 요지는 입법부만이 재산권을 제한할 수 있다는 것인데 같은 사안에 대해 시각을 달리한 동일한 주장이기는 하나 행정법원은 판결에서 보건부는 법 18,256호에 의거하여 재산권을 제한할 권한이 있다고 판시하였으므로 행정법원은 청구인 주장의 실질을 심리한 것으로 볼 수 있다고 중재 판정부는 판단하고 사법부인 주장을 기각하였다(569-580).

다. 평가 및 해설

1) 공정·공평 대우의 수준

공정하고 공평한 대우 의무 위반 심리에 앞서 청구인과 우루과이는 스위스-우루과이 투자협정 3(2)조³⁷⁶의 공정·공평 대우 조항의 해석에 관해 의견을 달리하였다. 우루과이는 공정·공평 대우의 범위가 국제 관습법상의 최소 수준의 대우를 의미하는 것으로서 그 범위를 좁게 해석하였고 청구인은 해당 조문 문안상 국제 관습법상의 대우를 의미한다는 내용이 기재되어 있지 않으므로 스위스-우루과이 투자협정 자체적인(autonomous) 공정·공평 대우 수준이 있다고 보아야 하며 그 수준은 최소 기준 대우보다 확장적이라고 주장하였다. 중재 판정부는 ‘treatment in accordance with international law’ 또는 ‘to customary international law or a minimum standard of treatment’ 등의 제한 문안이 없다고 해서 해당 투자협정이 자체적인 공정·공평 대우 수준을 창설하는 것은 아니라고 보았다. 그러나 이러한 수식 어귀가 없으므로 3(2)조는 국제법상의 최소 기준 대우에 의해 요구되는 대우로 해석할 수는 없다고 판단하였다.

이 사건 중재 판정부는 자체적인 기준도 인정하지 않았지만 지나치게 협소하게 해석하지도 않고 많은 중재 판정의 사례에 따라 국제 관습법도 시대의 발전에 따라 진화하는 것처럼 공정·공평 대우의 수준, 범위도 진화하여 현재의 기준은 비록 그 내용을 정확하게 규정할 수는 없지만 이 사건 청구인이 원용했던 1927년 *Neer* 사건 수준보다 훨씬 확대되었다는 입장을 취했다. 중재 판정부의 이러한 시대 발전에 따른 공정·공평 대우 범위 확장 견해는 *Mondev vs. USA* 사건 판정부의 견해³⁷⁷를 따른 것이다. 이러한 확장적 입장을 취한 판례로는 *Genin vs.*

376] 3[2] Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party.

377] Both the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable development. In the light of these developments it is unconvincing to confine the meaning of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ of foreign investments to what those terms - had they been current at the time - might have meant in 1920s when applied to the physical security of an alien. To the modern eye, what is unfair or inequitable need



Estonia 사건^{378]}, *Saluka vs. Czech* 사건^{379]}, *Waste Management vs. Mexico* 사건^{380]} 등이 있다.

이 사건 판정부는 특정 대우가 공정·공평한지 여부는 해당 사건의 특정한 상황에 따라 다를 것이라는 입장을 취하고 선부른 일반화를 경계하였다. 이 사건 판정부는 위 사건 판례와 마찬가지로 공정·공평 대우의 범위를 서술적으로 정의하지 않고 투명성, 정당한 기대 보호, 강요 및 압력으로부터의 자유, 절차적인 정당성, 공정한 절차, 선의 등을 공정·공평 대우가 포함하는 원칙이라고 나열하였다(320).

2) 우산 조항

이 사건 판정부는 우루과이가 등록 상표를 부여함으로써 투자에 관해 약속을 한 것이 없고 단지 상표 등록 희망자에게 모두 개방되어 있는 우루과이의 지재권 체제에 청구인이 접근할 수 있도록 허가했을 뿐이라고 보았다. 또한 상표는 투자 유치국 정부가 특정 의무를 부담하겠다는 약속이 아니라 지재권 보호 법제의 일부일 뿐이므로 우산 조항 상의 약속에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이는 달리 말하면 법령을 통해 투자자에게 특정 사항을 법적 의무로서 약속한 것이 있으면 우산 조항의 적용 대상이 된다는 의미인 것으로 이해된다. 우산 조항의 적용 대상이 계약 위반인지 법령 위반에도 확장되는 것인지에 대해서는 일부 취소된 판례도 있기는 하지만 대개는 인정되는 추세이다. 법령 위반 포함 여부가 쟁론이 된 사건에는 *Enron vs. Argentina*, *CMS vs. Argentina*, *LG & E vs. Argentina*, *Micula vs. Romania* 사건 등이 있다. 우산 조항 전반에 관한 설명과 종합된 판례는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 설명에 수록하여 두었다.

not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitable without necessarily acting in bad faith. [*Mondev vs. USA*, Award para. 118]

378] Acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith[*Genin vs. Estonia*, Award para. 395]

379] A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the host State will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable(i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory(i.e. based on unjustifiable distinctions). [*Saluka vs. Czech*, Award. para. 309]

380] ...the relevant standard is breached by the State conduct that is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposed the claimant to sectional or racial prejudice. [*Waste Management vs. Mexico*, Award para. 98]



137

OPIC vs. Venezuela 사건(ARB/10/14)

가. 사건 개요

이 사건은 외국인 투자자와의 분쟁 발생시 ICSID 등 국제중재 절차를 이용할 수 있다고 기재한 베네수엘라 투자법의 조문이 ICSID 협약 25조에 명시된 체약국의 문서 상의 동의에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

OPIC Karimun Corp.는 파나마 회사로서 1996년 베네수엘라 국영 석유 공사와 함께 콘소시움을 구성하여 두 건의 베네수엘라 석유 개발 사업에 참여하였으나 2007년 석유 국유화 조치로 인해 베네수엘라 정부로 통제권이 이전되었고 보상 액수를 협의중에 있었다. 보상 협상이 좀처럼 타결될 전망이 없자 OPIC은 베네수엘라 투자법을 근거로 2010년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

베네수엘라 투자법 22조³⁸¹⁾는 베네수엘라와 투자협정이 체결된 국가 투자자와의 분쟁 또는 ICSID 협약 등이 적용될 수 있는 분쟁은 국제중재에 회부해야 한다고 규정되어 있었다. OPIC은 자신의 국적국 파나마와 베네수엘라 간에는 투자협정이 체결되어 있으므로 위 조항에 따라 자신과 베네수엘라 간의 분쟁은 ICSID 중재 대상이라고 주장하였다.

베네수엘라는 ICSID 협약 25조³⁸²⁾상 ICSID 관할권이 성립하기 위해서는 분쟁을 ICSID에 회부하겠다는 문서상의 동의가 있어야 하는데 투자법 22조를 이러한 동의로 해석할 수 없으며

381] 22. Disputes arising between an international investor whose country of origin has in effect with Venezuela a treaty or agreement on the promotion and protection of investments, or disputes to which are applicable the provisions of the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (OMIGI-MIGA) or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), shall be submitted to international arbitration according to the terms of the respective treaty or agreement, if it so provides, without prejudice to the possibility of making use, when appropriate, of the dispute resolution means provided for under the Venezuelan legislation in effect.

382] 25(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.



따라서 동 분쟁에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 반박하였다.

청구인과 베네수엘라는 이 조문으로 인하여 해당 협약상의 조건을 충족하는 분쟁을 국제중재에 회부해야 한다는 의무가 창설된다는 데에는 견해를 같이 했으나, 이 조항이 적용될 수 있는 조건의 충족 여부에 대해서는 대립하였다. 베네수엘라는 ICSID가 분쟁 회부 동의 절차를 따로 제공하고 있지 않으므로 분쟁을 ICSID에 회부하겠다는 동의는 별도의 수단을 통해 표현되어야 하는데 베네수엘라는 별도의 수단을 통해 이 동의를 표현한 바 없다고 확인하였다. 따라서 22조에 기재된 국제중재 회부의 조건, 즉 ‘if it so provides’는 충족되지 않았으므로 이 건 분쟁은 ICSID 중재에 회부될 수 없다고 주장했다. 베네수엘라의 해석에 따르면 ‘if it so provides’의 ‘it’은 ICSID 협약 25조상의 문서상의 동의(consent in writing)라는 것이다. 베네수엘라는 22조는 베네수엘라에게 새로운 의무를 추가적으로 부과하는 것이 아니라 기존의 투자협정, 다자간 투자 보증 기구(MIGA) 협약, ICSID 협약상의 의무를 준수하겠다는 의도를 재확인한 것일 뿐이며 ICSID 중재 회부 동의 의사를 내포하지 않고 있다고 주장하였다. 그 근거로 베네수엘라가 체결한 투자협정상의 ICISD 중재 회부에 대한 동의 문안과 22조 문안은 판이하게 다르다는 점을 제시하였다.

청구인은 ‘if it so provides’를 ‘해당 협약, 조약’이 ‘분쟁해결을 위한 국제중재’를 ‘제공’한다는 것으로 해석하였다. ‘it’을 22조에 예시된 투자협정, MIGA 협정³⁸³, ICSID 협약으로 본 것이다. 따라서 해당 협정들이 국제중재를 제공하고 있으므로 22조의 국제중재 회부 조건을 충족하였다는 입장이다.

중재 판정부는 22조의 평이한 의미(plain meaning)만으로는 베네수엘라가 ICSID 중재에 동의한다는 의사를 나타내는 것이라고 단정하기가 곤란하다고 보았다. 22조에 내포된 베네수엘라의 의사를 파악하기 위해서는 문언 해석 이상이 필요하다고 판단하고 동 조문을 기초한 베네수엘라 법학자 2명을 초치하여 어떠한 의도 하에 동 조문을 기안하였는지를 문의하였다. 베네수엘라 투자법 제정시 법학자 2명이 초안을 기초하였고 문제의 22조는 초안 내용 그대로 확정되어 법안에 반영되었었다. 법학자 2명은 청구인의 해석과 같이 ICSID 중재에 대한 문서상의 동의에 해당한다는 의사가 표현되도록 문안을 기초하였다고 언급하였다.

판정부는 이러한 초안 기초자의 의사가 그대로 입법자에게 전달이 되었는지, 입법자들이 초안 기초자들과 동일한 의사를 갖고 최종 법안을 채택하였는지 확인해야 한다고 보았다. 조약

383] 다자간 투자보증기구(Multilateral Investment Guarantee Agency) 비상업적 위험에 대한 보증과 광범위한 투자진흥 활동으로 개도국에 대한 투자촉진을 목적으로 1988년 워싱턴에서 설립된 세계은행(World Bank Group)의 산하기구이다.



해석의 수단으로 인정되는 것은 입법자의 의도이지 기초자의 의도는 아니기 때문이다.

투자법 문안을 확정한 것은 경제장관회의와 내각회의였다. 초안자들은 투자법 내용을 두 회의 참석자들에게 설명하였다. 경제장관회의와 내각회의가 ICSID 중재에 대한 문서상의 동의에 해당되게 하겠다는 의사로 22조를 확정하였는지가 관건이었으나 두 법학자는 경제장관회의 시 외국인 투자자에게 국제 중재 회부권을 제공해야 한다는 견해에 대해 반대 의사를 표명한 참석자도 있었으며 내각회의 설명 시 ICSID 중재를 특정하여 설명하지는 않았다고 증언하였다. 판정부는 제출된 여타 증거와 종합하여 볼 때 경제장관회의와 내각회의가 22조를 ICSID 중재 동의로 하겠다고 의도하는 것은 고사하고 그러한 의도로 기초하였다는 초안자 의사 자체도 정확히 전달되지 않았다고 판단하였다(165-178). 따라서 투자법 22조가 ICSID 협약 25조상의 문서상의 동의에 해당한다고 볼 수 없으므로 ICSID는 이 사건에 대한 관할권이 없다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건과 동일하게 베네수엘라 투자법 22조의 ICSID, 중재 동의 여부가 쟁점이 된 사건이 있다. *Brandes Investment vs. Venezuela* 사건(ARB/08/3) 판정부는 베네수엘라의 여러 상황을 종합 검토할 때 베네수엘라가 외국인 투자 유치를 적극 추진한 것은 인정되나 이를 근거로 베네수엘라가 기꺼이 ICSID 중재 동의를 일방적으로 천명했다고 보는 것은 논리적이지 않으며 중재란 당사자의 동의를 전제로 하는 것이므로 그 동의 의사는 의심의 여지를 남기지 않을 정도로 명백, 분명, 확실(manifest, clear, unequivocal)하게 표시되어야 한다고 판단하였다. 판정부는 투자법 22조는 이상의 검토에 비추어 베네수엘라의 ICSID 중재 동의로 해석할 수 없고 따라서 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다(판정문 102-118).



138

Renee Rose Levy vs. Peru 사건(ARB/10/17)

가. 사건 개요

이 사건은 페루의 부실 은행 청산 조치에 대해 은행 대주주가 공정·공평 대우, 내국민 대우, 충분한 보호 및 안전, 간접 수용을 이유로 항변하였으나 자신의 주장을 입증하지 못해 모두 기각된 사건이다.

청구인 Ms. Renee Rose Levy는 프랑스인으로서 페루 BNM(Banco Nuevo Mundo) 은행의 대주주였다. BNM은 1993년부터 영업을 개시하였으나 경영 부실로 인해 1999년부터 페루 금감원 으로부터 상시 및 특별 감사를 통해 다수의 사항을 시정토록 요구받았고 벌금을 부과받기도 하였다. 대주주와 관련한 소수 특정인에게의 과도 대출, 부동산 투자 집중(대주주는 부동산 임대업, 펀드 운용), 부채 분류 부적정(부실 채권을 우량 채권으로 분류), 회계 부정, 페루 은행 감독 규정 위반 등은 중재 판정부도 확인한 내용이었다. 부실이 심해지자 2000년 7월부터 국가 기관이 BNM 은행으로부터 예금을 인출하기 시작하였고 8월에는 일반 예금자의 인출이 시작되었다. 2000년 12월 BNM은 중앙은행에 대출을 요청하였으나 담보 부족으로 거절당했고 과다 채무로 인해 은행간 청산 시스템에서 제외되었다. 같은 날 페루 금감원은 BNM 경영에 개입하였고 2001년 4월 부실 은행 관리를 위한 특별조치 대상으로 포함시켰으며 2001년 7월 법정관리를 거쳐 2001년 10월 청산키로 결정하였다.

BNP의 최대 주주인 Renee Rose Levy는 페루 금감원 등이 취한 일련의 조치가 프랑스-페루 투자협정상의 투자자 보호 의무 위반에 해당한다고 주장하고 2010년 6월 ICSID에 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 공정하고 공평한 대우

청구인은 금감원의 잦은 감사, 예금 인출, 중앙은행 대출 거절, 채권 구성 시정 조치, 회계



부실 시정 조치, 청산 결정 등에 대해 투자 당시의 정당한 기대와 법적 안정성을 침해하였고 자의적, 차별적 조치이며 권한 남용에 해당하고 악의(bad faith)적인 조치라고 비난하고 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

그러나 중재 판정부는 금융기관의 건전성 유지는 국가 경제 관리를 위해 긴요한 정책 목표로서 페루 정부가 부실화된 BNM을 관련 법규에 따라 지도, 통제, 처리한 점이 인정되며 청구인이 자신의 주장을 사실로서 충분히 입증하지 못했다고 지적하였다. 중재 판정부는 법적 안정성이란 법적 체제의 동결을 의미하거나 투자 당시 법규의 개정 금지를 의미하지 않으며 국가가 금융 체제의 안정을 유지하기 위한 조치를 취하는 것은 당연하다고 지적하였다.

2) 내국민 대우

청구인은 특정 페루 국내 은행은 BNM보다 나은 대우를 받았으며 이는 투자협정상의 내국민 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다. 페루는 청구인이 제시한 페루 은행은 BNM과 유사한 환경에 있지 않았으므로 비교 준거로 사용할 수 없으며 최종적으로는 BNM과 마찬가지로 청산되었으므로 내국민 대우 의무 위반을 구성하지 않는다고 반박하였다.

판정부는 차별은 유사한 환경에 있는 그룹이나 분류 사이에 존재하는 것으로서 청구인이 제시한 금융기관은 은행이기는 하나 은행도 자산 관리 은행, 투자 은행, 소매 은행 등 종류가 다양하므로 비교 준거로 적합한지를 살펴 보아야 한다고 보았다. 판정부는 BNM이 제시한 은행의 규모와 중점 업무 영역이 현저하게 차이가 나므로 비교 준거로 삼을 수 없다고 보았으며 내국민 대우 주장을 기각하였다(393-400).

3) 충분한 보호 및 안전

청구인은 페루의 국내 사법 절차가 자신의 이익을 충분히 보장해주지 못한다는 요지로 충분한 보호 및 안전 의무 위반을 주장하였다. 판정부는 청구인이 페루 법원에의 제소를 방해받았다고 주장하는 것도 아니고 사법 절차가 부당하게 지연된 바도 없으며 법원 이용이 제한받거나 심리 절차상의 흠결도 입증하지 못했다고 지적하였다. 판정부는 이어 침해 받은 권리가 무엇인지 청구인이 특정하지도 못했고 법원 판결이 불공정하다는 주장을 사실로서 입증하지도 못했다고 지적하고 청구인의 충분한 보호 및 안전 위반 주장을 기각하였다(406-412).



4) 간접 수용

청구인은 청산에 이르기까지 일련의 조치는 자신의 투자를 점진적으로 수용한 것으로서 정당한 보상이 이루어지지 않았으므로 수용 조항 위반이라고 주장하였다. 판정부는 BNM의 경영 부실과 이로 인한 페루 경제에 미칠 악영향이 우려되는 상황이었고 BNM이 은행 감독 규정 등 일련의 페루 금융 규정을 위반, 무시하였으므로 이를 시정하기 위한 금감원의 조치는 수용이 아니라 공공의 복지를 위한 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당한다고 보았다. 판정부는 당시의 국내 금융 시장 불안 상황을 감안할 때 은행 관련 규정을 준수하지 않는 BNM의 청산은 불가피했다고 보았다(473-478).

다. 평가 및 해설

이 사건을 포함하여 지금까지 ICSID 투자 분쟁에서 내국민 대우의 쟁점이 된 것은 대개 유사한 환경 여부이다. ICSID 중재 판례를 보면 유사한 환경은 동일한 사업 영역, 동일한 경제 분야, 산업 영역이라고 넓게 정의한 판례도 있고 이번 사건처럼 같은 금융 기관이라 할지라도 중점 업무 영역이 다르면 유사한 환경에 있다고 보지 않은 판례도 있다.

UNCITRAL 중재 판정까지 포함하여 검토하면 내국민 대우 의무 위반의 요건은 유사한 환경 외에도 차별의 존재와 차별의 정당화가 심리된 것이 있다. *S.D. Myers vs. Canada* 사건 판정부는 내국민 대우 의무 위반은 법률상(*de jure*)으로나 사실상(*de facto*)으로 모두 가능하다고 보았다. 따라서 내국민 대우 의무 위반과 관련한 분석의 범위는 법령에 근거한 차별은 물론 표면적으로는 차별적이지는 않으나 실질적으로는 외국인 투자자에게 차별적인 영향을 미치는 사실상의 차별 대우도 포함된다. 이와 같이 내국민 대우 기준이 사실상의 차별 조치에 따라 인정될 수 있다는 점은 이후 중재 판정부에서 일관되게 인정되고 있다. 또한 이 사건 판정부는 외국인 투자자가 사실상의 차별을 주장하는데 있어 투자 유치국의 차별 의도까지 입증할 필요는 없다고 보았다. 이후 중재 판례에서도 투자 유치국의 차별 의도는 입증할 필요가 없다는 점이 널리 인정되고 있다.

GAMI vs. Mexico 사건 판정부는 외국인 투자자와 자국 투자자가 서로 다른 대우를 받고 있는 경우에도 그러한 차별이 합리적인 정책 목표에 비추어 정당화될 수 있는지 검토해야 한다고 보았다. 이 사건 판정부는 멕시코 정부가 경영 상태가 심히 부실한 제분소를 공공 이익을 위해



수용한 조치가 경영 상태가 정상이어서 수용되지 않은 외국인 제분소를 차별 대우한 것인지에 내국민 대우 의무 위반이 아니라고 판시하였다. 그러나 이는 정당한 목적이 있으면 차별 대우가 무방하다는 의미는 아니다. 판정부는 경영 상태 부실, 안정적인 식량 공급이라는 차원에서 내외 제분업자가 동일한 경제적 환경에 있지 않으므로 유사한 환경에 있는 것으로 볼 수 없다고 판정한 것이지, 정당한 정책적 목적이 있으면 내국민 대우 의무 위반이 성립하지 않는다는 것은 아니다. ICSID 중재 판정인 *ADM & TLLA vs. Mexico* 사건(ARB(AF)/04/05)에서 미국의 음료 가당제 공급 업체를 멕시코 업체와 차별 대우한 것은 미국의 협정 준수를 압박하기 위한 수단이라고 항변하였으나 인정받지 못하였다.



139

Dede & Elhuseyni vs. Romania 사건(ARB/10/22)

가. 사건 개요

이 사건은 터키-루마니아 투자협정 6조 분쟁 조항의 해석(ICSID 중재 회부 전 조건 충족 필요 여부)에 관한 사건이다.

청구인 Omer Dede와 Serdar Elhuseyni는 터키 국적자로서 SC IMUM SA라는 루마니아의 농기계 회사의 지분 55%를 2006년 8월 매입하였다. 이 회사는 당초 루마니아의 국영 기업이었으나 민간인 지배 주주 2명이 2004년 이 회사의 지분 60%를 매입하여 민영화되었다. 청구인은 이 회사 주식 매입(형식상으로는 지배 주주의 지분이 이전)으로 민영화 당시 체결된 지분 매각 약정의 당사자가 되었는데 이 약정에는 지배 주주의 투자 의무 등이 규정되어 있었다. 2009년 7월 루마니아 민영화청은 이 약정상의 의무 이행 사항 점검을 위한 감사를 실시하였으며 그 결과 의무 투자 불이행 등 심각한 위반 사항을 확인하였고 청구인이 해당 투자 금액 납입을 거부하자 민영화청은 2009년 9월 청구인의 주식 명의를 민영화청으로 변경 등기하여 줄 것을 루마니아 상업 등기소에 청구하여 즉시 시행되었다.

청구인은 루마니아의 명의 변경 조치가 자신의 투자를 보상 없이 탈취한 수용에 해당한다고 주장하고 터키-루마니아 투자협정에 근거하여 2010년 11월 ICSID에 중재를 신청하였다. 루마니아는 ICSID 중재를 신청하기 위해서는 분쟁 발생 통보, 우호적 해결 모색, 국내 구제 절차 완료 등의 절차를 거쳐야 하는데 청구인은 이를 이행하지 않았으므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 분쟁과 투자와 관련된 분쟁

터키-루마니아 투자협정 6(1)조 분쟁해결 조항은 투자 분쟁(investment dispute)을 투자 인가의 해석이나 적용, 투자협정 위반에 관한 분쟁이라고 정의하고 있다. 6(2)조는 투자에 관한 모든



분쟁(any dispute... concerning investment)은 가능한 협의, 협상을 통해 우호적으로 해결해야 한다는 원칙을 천명하고 있고 6(3)조는 분쟁이 3개월 내에 협의, 협상으로 해결되지 않을 경우 상호 합의해 둔 분쟁해결 절차에 회부한다고 규정하고 있다. 6(4)조는 투자 분쟁(investment dispute)이 6(2)조, 6(3)조 방식으로 해결되지 않을 경우 국내 구제 절차가 소진된 후 또는 국내 법원에 회부된 지 1년이 지난 후 ICSID 중재에 회부할 수 있다고 규정하고 있으며 6(5)조는 투자 분쟁(investment dispute)을 ICSID에 회부할 때는 ICSID 절차에 따라야 한다고 규정하고 있다.

청구인은 분쟁해결 조항 6조는 투자 분쟁과 투자에 관련된 분쟁 2가지를 대상으로 하고 있으며 투자 분쟁이라는 용어를 사용하고 있는 6(1)조, 6(5)조가 투자 분쟁에 적용되는 조항이고 6(2)조는 모든 분쟁이라고 규정하고 있으므로 투자 분쟁과 투자와 관련된 분쟁 모두에 적용된다고 주장하였다. 6(3)조와 6(4)조는 투자에 관련된 분쟁을 대상으로 하고 있는 조항이며 투자에 관련된 분쟁은 6(1)조 정의에 국한된 투자 분쟁보다는 더 넓은 범위의 분쟁이라는 것이 청구인의 해석이었다. 6(4)조는 투자 분쟁(investment dispute)라고 적시되어 있으나 이는 영어본의 오타이며 동등한 정보인 터키어 본과 루마니아어 본에는 6(3)조와 같이 분쟁(dispute)이라고 기재되어 있다고 주장하였다. 청구인은 자신이 제기하는 분쟁은 투자협정의 수용 조항 위반을 시비하는 것이므로 6(1)조 정의상 투자 분쟁에 해당하고 6(3)조와 6(4)조가 적용되지 않는 까닭에 이들 조항에 규정되어 있는 상호 합의된 분쟁해결 절차 회부, 국내 구제 절차 소진, 국내 법원 제소 후 1년 경과 등의 조건에 구애 받지 않고 6(5)조에 의거, ICSID 중재를 신청할 수 있다고 주장하였다.

판정부는 청구인의 해석을 해괴하다고 기각하였다. 판정부는 6조³⁸⁴⁾는 이 조항상의 정의를

384] 6(1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

- a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party, or
 - b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.
- [2] Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, concerning an investment of that investor in the territory of the former Contracting Party shall be settled, as far as possible amiably, by consultations and negotiations between the parties to the dispute.
- [3] If the dispute cannot be settled by consultations and negotiations within three months from the date of request for settlement then the dispute shall be submitted for settlement in accordance with the specific dispute settlement procedures upon which a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party have mutually agreed.
- [4] In the event that the investment dispute cannot be resolved through the foregoing procedures, the investor concerned is entitled to submit the dispute, for conciliation or arbitration, to the International Center for Settlement of Investment Disputes, at any time after the exhaustion of domestic remedies or after expiry of one year from the date when the dispute has been submitted by the concerned investor to the tribunals of the Contracting Party which is a party to the dispute and there has not been rendered a final award.
- [5] The submission of the investment disputes to the International Center for the Settlement of Investment Disputes will be done in accordance with the procedure provided for in the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington on 18 March 1965.



충족하는 투자 분쟁에 관련된 시비에 대해 중재 절차에 회부한다는 상시적인 청약을 표명한 조항이지 중재 대상이 되는 분쟁을 분류한 것이 아니라고 설명하였다. 조문상의 ‘분쟁’ 또는 ‘투자와 관련된 분쟁’이란 용어는 궁극적으로는 중재 대상이 되는 다툼(즉 투자분쟁)의 전개 상황상의 맥락에서 사용된 것이지 별도 부류의 분쟁을 의미하는 것은 아니라고 보았다. 6(2)조 ‘투자에 관한 모든 분쟁’이란 표현은 대립의 초기 단계에서는 협의를 통한 해결이 있을 수 있고 당사자 간의 의견차가 아직 조약 위반 시비로 발전하지 않는 시기를 염두에 두고 있다고 설명하였다. 즉 일정 시기에는 투자에 관련된 분쟁이 실제 조약 위반 시비를 다투는 투자분쟁으로 발전하기까지 다소간의 시간이 걸릴 수 있음을 투자협정이 인정하고 있다는 것이다. 6(3)조 역시 당사자 간의 다툼이 국제중재 이전의 추가적인 해결 절차에 회부될 수 있다는 것을 기대하고 있을 뿐이지 분쟁(dispute)라는 용어를 사용한 어느 문맥도 투자분쟁 이외에 추가적으로 중재에 회부할 수 있는 새로운 부류의 분쟁을 상정한 것이 아니라고 설명하였다.

6(4)조의 투자 분쟁은 분쟁을 잘못 적은 것이라는 청구인의 주장에 대해 터키어 본과 루마니아어 본에는 단순히 분쟁이라고 기재되어 있는 것은 사실이나 해석의 상위시에는 영어본이 우선한다고 투자협정에 적시되어 있다고 지적하였다. 청구인은 이는 조약의 해석이 아니라 오타 여부를 확인하는 것이므로 영어본 우선 원칙이 적용되지 않으며 3개의 정본 중 2개가 ‘분쟁’이라고 적혀 있으므로 영어본의 ‘투자분쟁’은 오타라고 주장하였다. 판정부는 투자분쟁의 분류 여부는 해석상의 문제이며 조약은 조약 해석의 원칙에 의거하여 용어의 통상적인 의미에 따라 해석하여야 한다고 언급하고 영어본의 ‘투자분쟁’은 적혀 있는 그대로 ‘투자분쟁’으로 해석하는 것이 투자협정의 대상과 목적에도 부합한다고 정리하였다(판정문 175-190, 198-211).

2) ICSID 중재 회부 조건 충족 여부

판정부는 6(4)조 규정대로 ICSID에 분쟁을 회부하기 위해서는 국내 구제 절차를 완료하거나 국내 법원 제소 후 1년이 경과되어야 한다고 확인하였다. 루마니아는 ICSID 협약 25(1)조 상의 ICSID 중재 동의에 이와 같은 조건을 부가한 것이므로 이 조건을 충족하지 않은 사건에 대해 루마니아는 ICSID 중재 동의를 하지 않은 것이며 따라서 ICSID는 관할권이 없다고 인정하였다. 판정부는 청구인이 제기하는 시비에 대해 국내 구제 절차를 소진하지도 않았고 국내 법원에 제소한 바도 없다는 점을 확인하고 6(4)조 규정에 따라 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다.



다. 평가 및 해설

1) 국내 구제 이용 관련 주요 쟁점 사항

ICSID 중재 관할권은 물적, 인적, 시간적 관할권으로 나뉜다. 관할권 존부 판단의 근거가 되는 것은 ICSID 협약과 해당 투자협정이다. 그러나 시간적 관할권은 ICSID 협약에 특별한 언급이 없어 해당 투자협정의 내용에 의거하여 판단하는 것이 통례이다. 주로 투자협정의 분쟁해결 조항을 기준으로 시간적 관할권 존부를 판단한다. 시간적 관할권을 부인하는 대부분의 항변이 해당 투자협정의 분쟁해결 조항이 규정하고 있는 냉각 기간, 국내 구제 절차 대기 기간, 분쟁 제기 제척 기간 등의 시한 상 요건을 준수하지 않았다는 시비이기 때문이다.

2) 냉각 기간

투자협정 중에는 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결을 시도하도록 규정하고 있는 것이 많다. 협정에 따라서는 우호적 해결 기간 개시 시점을 투자 유치국 정부에 분쟁 발생을 통지한 날이라고 보다 명확하게 규정하고 있는 것도 있다. 냉각 기간을 설정하는 취지는 상당한 경비와 시간이 소모되는 사법적 구제 절차를 회피하고 당사자 간 원만한 협의를 통해 신속한 해결을 도모하려는 것이지만 대개 분쟁은 당사자 간 협의에도 불구하고 만족할만한 결과가 나오지 않아서 발생하는 것이므로 또 다시 냉각 기간을 부여하는 것은 사법 구제 절차의 지연 효과만 있을 뿐이라는 비난도 있다. 냉각 기간 준수가 ICSID 중재의 전제 조건인지에 대해 상반된 판정이 있다. 그러나 근거가 된 투자협정상의 문안이 상이하여 판정부의 해석이 달라진 것으로서 법리적인 쟁론이 있다는 것은 아니다.

Murphy International vs. Ecuador 사건(ARB/08/4) 판정부는 미국-에콰도르 투자협정 6(3)조³⁸⁵⁾에서 명시된 6개월 냉각 기간 요건과 투자협정의 위반을 투자 분쟁의 전제로 규정하고 있는 6(1)조를 함께 검토하여 냉각 기간 개시일은 협정 위반이 통보된 날이며 청구인이 투자협정 위반 시비를 ICSID 중재 신청 6개월 전에 에콰도르에 통보한 사실이 없으므로 시간적 관할권이 없다고 판단하였다.

385] 'Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2(a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration.'

(i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ('Centre') established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ('ICSID convention'), provided that the Party is a party to such Convention....'



냉각 기간이 도과하기 전에 ICSID 중재가 신청된 *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)에서 판정부는 터키-파키스탄 투자협정 7³⁸⁶(1), (2)조의 문안 해석 상 6개월 간의 우호적 해결 시도가 ICSID 등 국제중재 회부의 필수적인 전제 조건은 아니라고 보았다. 특히 7(2)조는 6개월 내에 ‘해결되지 않으면(are not settled)’이 아니라 ‘해결될 수 없다면(cannot be settled)’이라고 기재되어 있는 것은 우호적 해결의 전망에 대한 재량적 판단을 시사하고 있다고 보았다.

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4) 판정부는 청구인이 분쟁 발생 통보 후 6개월 간의 냉각 기간을 준수하지 않았다는 이유로 관할권이 없다고 판시하였다.

3) 국내 절차 진행 대기 기간

투자협정 중에는 분쟁을 국내 사법 기관에 우선 제출하여 해결을 모색하되 일정 기간이 지나도록 판결이 나지 않을 경우 국제중재를 이용할 수 있다고 규정하는 경우가 많다. 이 대기 시간을 준수하지 않을 경우에도 대개는 시간적 관할권이 부인된다. 최혜국대우 조항을 이용하여 타 투자협정의 분쟁해결 조항을 차용해오려는 시도가 빈번하게 발생하는데 차용하고자 하는 분쟁해결 조항은 대개 이 국내 절차 진행 대기 시간이 원 투자협정보다 짧거나 국내 절차 우선 시도(국제구제절차 완료??) 요건이 없는 경우가 많다. 이는 곧 대기 시간 준수 의무를 판정부가 엄격하게 해석하기 때문이다. 또는 판정부가 재량을 발휘할 수 있는 여지가 없을 정도로 대기 시간 준수 의무가 명확히 기재되어 있기 때문이다. 그러나 판정부가 재량을 발휘하여 대기 시간을 충족하지 않은 사건도 접수한 예도 있다.

18개월 대기 시간 중 3개월을 남기고 중재 신청된 *TSA vs. Argentina* 사건(ARB/05/5)에서 판정부는 청구인이 성급하게 ICSID 중재를 신청한 점은 인정되지만 18개월 요건 불충족을 이유로 기각하는 것은 지나치게 형식에 얽매이는 것이며 설사 기각하더라도 18개월 잔여 기간이 3개월만 지나면 충족되어 곧 다시 ICSID 중재를 신청할 것이므로 굳이 지나친 형식론을 고집할 필요는 없다고 보고 시간적 관할권이 있다고 판정하였다(101-112).

Dede & Elhuseyni vs. Romania 사건(ARB/10/22) 판정부는 투자협정 규정대로 ICSID에

386] 1. Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith.
2. If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification, the dispute can be submitted, as the investor may choose, to ...ICSID, UNCITRAL,...



분쟁을 회부하기 위해서는 국내 구제 절차를 완료하거나 국내 법원 제소 후 1년이 경과되어야 한다고 확인하고 이 요건이 준수되지 않았으므로 시간적 관할권이 없다고 판단하였다.

Wintershall vs. Argentina 사건(ARB/04/14) 판정부는 국내 사법 절차의 18개월 내 종료 요건이 단순한 절차 규정이 아니라 당사자 간 분쟁을 최대한 투자 유치국내 사법 절차를 이용하여 해결토록 의무화하되 투자 유치는 18개월 내 해당 심리를 신속하게 종결해야 하는 의무를 부과한 것이라고 보았다(판정문 162).

4) 제척 기간

투자협정에서는 신청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날로부터 3년 내지 5년이 경과한 경우에는 중재 신청을 할 수 없다고 규정하는 경우가 있다. 이와 관련한 중재 판정에서는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*), 즉 손실이나 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날이 언제인지 확정하는 문제가 주된 쟁점으로 등장한다. 이는 사실 관계의 판정이므로 그 자체는 법리적인 해석이나 이론이 작용할 여지는 적다.

제척 기간이 정해져 있지는 않지만 1996년에 시행된 조치를 2005년에 중재 신청한 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에서 판정부는 지나친 지연 청구의 경우 증거의 망실, 증인의 기억 부실 등으로 인해 심리가 곤란할 수 있는 개연성은 인정하였으나 이 사건의 경우 양측이 방대한 자료와 수십 명의 증인을 섭외하여 판정부가 사안을 충분히 이해할 수 있다고 보고 관할권이 있다고 판단하였다.

분쟁 제기 시한이 3년으로 설정된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인이 시비하는 조치가 중재 신청일 기준 3년 이전에 발생하였고 피해, 손실 발생 가능성을 인정한 시점도 3년 이전이라고 확인하고 이들 조치에 대해서는 관할권이 없다고 판정하였다.

제척기간이 3년으로 설정된 *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25)에서 판정부는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*)은 손실 규모가 수치로 확정된 날이 아니라 손실 발생을 최초로 인지한 날이며 중재 신청 마감일(*dies ad quem*)은 중재 신청일이라고 확인하고 제척 기간 3년이 초과하였으므로 시간적 관할권이 없다고 판정하였다.



140

Ickale vs. Turkmenistan 사건(ARB/10/24)

가. 사건 개요

이 사건은 터키-투르크메니스탄 투자협정상의 분쟁해결 조항의 해석과 투자 해당 여부, 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정상의 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전 대우 등 투자자 보호 의무 위반을 주장할 수 있는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Ickale Insaat 사는 터키의 건설 회사로서 2007년 투르크메니스탄 정부 부처 및 공공 기관과 13건의 건설 계약을 체결하고 공사를 진행 중에 있었다. 청구인은 2008년 투르크메니스탄 신임 대통령 취임 후 기존의 공사 진행과 계약 이행이 투르크메니스탄 정부의 부당한 간섭과 조치 등으로 인해 진전되지 못하였고 공사 대금도 지급이 지연되거나 지급되지 않았으며 부당하게 계약이 종료되었다고 주장하면서 2010년 11월 ICSID에 중재를 신청하였다. 투르크메니스탄은 ICSID 중재 전에 국내 사법 절차를 완료해야 하는 양국간 투자협정 규정을 준수하지 못했고 공사 계약은 투자에 해당하지 않으므로 ICSID 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자협정 VII(2)조 해석

터키-투르크메니스탄 투자협정 분쟁해결 조항은 투자자와 국가간 분쟁 발생시 투자자가 이를 국가에 통보한 후 협의를 통한 해결을 모색하고(VII(1)조) 6개월 내 협의 해결이 이루어지지 않을 경우 투자자는 ICSID 중재, UNCITRAL 중재, 파리 국제 상공 회의소 중재 중 하나를 선택하여 회부할 수 있다고 규정하고 있었다(VII(2)조³⁸⁷). 그런데 VII(2)조 말미에는 아래와 같은 부대

387] VII(2) If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned in paragraph 1. the dispute can be submitted, as the investor may choose, to:

- (a) The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) set up by the 'Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States', (in case both Parties become signatories of this Convention.)
- (b) an ad hoc court of arbitration laid down under the Arbitration Rules of Procedure of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL), (in case both parties are members of U.N.)
- (c) the Court of Arbitration of the Paris International Chamber of Commerce,



문안이 추가되어 있었다.

“... provided that, if the investor concerned has brought the dispute before the courts of justice of the Party that is a party to the dispute and a final award has not been rendered within one year.

‘provided that’ 자체가 ‘if’라는 뜻이므로 중복 소지가 있었으며 ‘;’로 분리된 별도 구문이라면 뒤의 ‘if’에 대구가 되는 ‘then~’에 해당하는 구문이 있어야 했는데 ‘and’로 이어지므로 ‘if~’, ‘then~’의 해석도 매끄럽지 못하였다. 이 부대 문안을 청구인은 ‘만일 투자자가 해당 분쟁을 투자국 법원에 제소하였는데 1년이 지나도록 최종 판결이 나지 않았을 경우’로 해석하여 투자국 법원 제소를 굳이 하지 않아도 되지만 했을 경우 1년 내에 판결이 이루어지지 않는 상황이라면 3개 국제 중재 중 하나에 회부할 수 있다고 주장하였다. 국내 제소는 선택 사항이지 의무가 아니라는 입장이다. 투르크메니스탄의 해석은 ‘provided that, if’는 ‘provided that’의 오기이며 투자자가 국내 법원에 제소하고 최종 판결이 1년 내에 이루어지지 않았을 경우의 의미로서 국내 법원 제소는 국제중재 회부에 반드시 선행되어야 하는 의무 사항이라는 것이었다. 청구인이 13개 건설 계약에 대해 투르크메니스탄 정부의 방해와 간섭을 이유로 국내 법원에 제소하지 않았으므로 선행 조건이 충족되지 않은 ICSID 중재 신청은 투자협정 위반이며 따라서 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 강조하였다.

중재 판정부는 위 부대 문안이 영어 문법에 맞지 않는 면이 있어 그 뜻을 정확히 파악하기가 곤란하다고 보고 영어본과 동일한 정보인 러시아본을 살펴 보았다. 러시아본은 영어본과 달리 그 의미가 명확하다는 복수의 전문가의 평가가 있었으며 판정부의 이에 따라 문제가 된 ‘provided that, if’의 러시아 표현의 의미는 ‘on the condition that’으로서 국내 법원 제소와 1년 내 불판결이 국제중재를 이용하기 위해 사전에 충족해야 할 의무적인 조건을 의미한다고 판단하였다. 중재 판정부는 투자협정에 영어본과 러시아본은 동등한 정보이라고 규정되어 있으므로 해석이 상위할 경우 우선할 수 있는 것이 없으나 이 경우 조약법에 관한 비엔나 협약 33(4)조는 조약의 대상과 목적을 고려하여 최선으로 조약문과 조화되는 의미를 채택한다고 규정하고 있다고 확인하고 러시아본이 이 취지에 비추어서도 옳다고 보았다. 중재 판정부는 투자협정 VII(2)조는 국제중재 전에 국내 법원 제소가 선행되어야 하는 것으로 해석해야 한다고 판단하였다(판정문 221-228).



2) ICSID 중재 동의 해당 여부

중재 판정부는 국내 법원 제소가 국제중재를 이용하기 위해 선행되어야 하는 의무적인 요건이라고 보았으나 이 요건이 투르크메니스탄의 ICSID 중재 이용 동의의 조건은 아니라고 밝혔다. 투자협정 VII조상 양국의 중재 동의는 조건이 부가되어 있지 않다고 지적하고 중재 판정부는 VII조는 투자자가 분쟁해결을 위해 밟아야 할 절차, 체약국의 ICSID 중재 동의를 원용하기 위해서 따라야 하는 수순을 규정한 것이지 ICSID 관할권 성립 요건을 규정한 것은 아니라고 보았다. 국내 재판을 거치지 않은 분쟁에 대해서는 ICSID 중재 관할권이 성립하지 않는다는 투르크메니스탄의 주장을 수용하지 않은 것이다. 판정부는 국내 재판은 관할권 성립 요건이 아니라 분쟁해결을 위한 절차적 요건으로서 이 요건을 충족하지 않은 분쟁은 ICSID 관할권 외에 있는 것이 아니라 ICSID 중재 판정부가 충분히 접수할 수 있도록 숙성되지 않은 것이라고 설명하였다. 국내 법원 이용이 관할권의 문제가 아니라 접수성의 문제라고 본 것이다(234-247).

청구인은 투르크메니스탄의 사법부의 독립성이 취약하고 본 건은 신임 투르크메니스탄 대통령의 지시 아래 범 정부적으로 방해하고 있는 사건이므로 국내 법원을 이용하는 것이 무익하다고 주장하였으나 중재 판정부는 VII(2)조 조문은 하자 있는 국내 법원의 경우 생략할 수 있다고 규정되어 있지 않으므로 타당한 주장이 아니라고 기각하였다.

3) 투자 해당 여부

투르크메니스탄은 청구인의 공사 계약은 ICSID 협약상의 투자 요건(투입성, 기간성, 위험성, 기여성)을 충족하지 않고 투자협정상의 투자 정의에도 포함되지 않으므로 투자라고 볼 수 없다고 주장하였으나 기각당하였다.

중재 판정부는 기여성이 필수적인 투자 요건이 되어야 하는 것은 아니라는 자신의 견해를 밝히고 충족 여부를 심리하지 않았으나 청구인이 공사 시행 및 준비 등을 위해 상당 자산 및 인력, 기술을 투입하였고 계약 기간도 2년 정도의 기간성을 갖추고 있으며 자금 회수, 정치적 변동 등의 위험성도 감수하였으므로 ICSID 협약상의 투자 요건을 충족하고 투자협정에 나열된 투자의 예시에도 해당된다고 보았다(291-293).

4) 최혜국대우 조항을 통한 타 투자협정의 투자자 보호 의무 원용

터키-투르크메니스탄 투자협정은 여느 협정과 달리 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전,



차별 금지 등 통상적이고 보편적인 투자자 대우에 대한 조항이 없었다. 청구인은 자신의 투자에 대한 투르크메니스탄의 부당한 조치를 투자협정의 위반으로 규율하려 하여도 합당한 조항이 없는 상태였다. 투자자 대우 의무 위반을 성립시키기 위해 청구인은 터키-투르크메니스탄 투자협정 II조³⁸⁸⁾ 최혜국대우 조항과 국제적인 의무 등을 위반해서는 안된다는 VI조³⁸⁹⁾ 이탈 방지 조항(non-derogation), 그리고 서문을 원용하여 타 투자협정의 투자자 대우 조항을 이 사건에 도입하려고 하였다.

중재 판정부는 II조 최혜국대우는 유사한 환경에서 부여되는 대우라고 적시되어 있으므로 그 적용 범위가 유사한 환경으로 제한되는 것이라고 지적하고 투자자는 단지 해외에 투자했다는 점만으로 서로 유사한 환경에 있다고 볼 수 없으므로 타 협정의 대우를 원용할 수 없다고 판단하였다. VI조 이탈 방지 조항도 여타의 법적 근거에 의해 타인에게 부여된 더 유리한 대우를 원용할 수 있다는 것이 아니라 단지 그러한 대우가 보존되어야 하고 이 투자협정에 의해 훼손되지 말아야 함을 확인할 뿐이라고 보았다. 서문에 대해서도 중재 판정부는 조약의 서문은 구속력 있는 법적인 의무를 창설하지는 않으며 조약 상의 문맥이나 대상과 목적을 해석하는데 사용될 수는 있어도 독립적인 법적 권리나 의무의 원천으로 의존할 수는 없다고 설명하였다(329-337).

5) 수용

청구인은 문제가 된 건설계약이 투르크메니스탄 정부의 부당한 개입과 방해로 인해 취소, 지연, 정지되었다는 점을 제시하며 이는 간접적인 수용에 해당한다고 주장하였다. 그러나 판정부는 제출된 자료와 증거로 볼 때 수용이라고 결정을 내릴 수가 없다고 판단, 청구인의 주장을 모두 기각하였다. (350-352).

388] Article II Promotion and Protection of Investments

1. Each Party shall permit in its territory investments, and activities associated therewith, on a basis no less favourable than that accorded in similar situations to investments of investors of any third country, within the framework of its laws and regulations.
2. Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations Agreement between the Republic of Turkey and Turkmenistan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.

389] Article VI Derogation

This agreement shall not derogate from:

- (a) laws and regulations, administrative practices or procedures or administrative or adjudicatory decisions of either Party,
- (b) international legal obligations, or
- (c) obligations assumed by either Party, including those contained in an investment agreement or an investment authorization that entitle investments or associated activities to treatment more favourable than that accorded by this Agreement in like situations.



다. 평가 및 해설

국제중재 전 국내 사법 절차 이용이 선택 사항이 아니라 국제 중재를 이용하기 위한 의무적인 요건이기는 하나, 그렇다고 ICSID관할권의 요건은 아니며 분쟁해결을 위해 밟아야 할 절차적 요건이라고 판단한 중재 판정부의 견해는 동일한 조항에 대해 *Kilic vs. Turkmenistan* 사건(ARB/10/1) 판정부의 견해와는 배치된다. 이 사건 중재 판정부는 국내 법원 선 이용 요건을 계약 성립을 위한 청약과 승낙의 관계로 본 *Kilic* 판정부와 달리 투자협정은 조약이지 계약이 아니므로 민사상 계약 요건인 청약과 승낙으로 설명할 수 없다고 보았다. 분쟁해결 조항을 계약국이 잠재적인 투자자에게 제시하는 상설 청약(*standing offer*)로 보는 것은 개념적으로 부정확하고 법적으로 오류라고 지적하였다. VII조는 계약국의 중재 동의를 나타내는 조항이며 그 동의는 국가를 구속하고 외국 투자자에 대해 일방적으로 약속하는 것이라고 보았다. 다만 그 동의는 투자자가 일정한 절차적 요건을 사전에 충족해야 원용할 수 있는 것일 뿐이라고 보았다. 즉 계약국의 ICSID 중재 동의는 VII조에 의해 표명된 것이고(ICSID 협약25조 상의 ‘문서상 동의’에 해당) 조건이 부과되지 않았으며 투자자가 이러한 계약국의 무조건부 동의를 원용하기 위해서는 VII조에 적시된 요건을 이행해야 하는 것이며 투자자의 동 요건 이행 여부는 계약국의 동의 자체에는 영향을 미치지 못하고 다만 투자자가 계약국의 ICSID 동의를 활용할 수 있는 권리에 영향을 미칠 뿐이라는 것이다.

ICSID 협약 25조 규정에 의해 투자자와의 분쟁을 ICSID 관할권 하에 두기 위해서 계약국은 이러한 분쟁을 ICSID에 회부하겠다는 동의를 문서상으로 표시해야 한다. 계약국은 원할 경우 이러한 동의에 일정한 조건을 부가할 수 있으나 투르크메니스탄은 국내 법원 제소를 ICSID 중재에 대해 동의하는 조건으로 하지는 않았다. 터키-투르크메니스탄 투자협정 VII조에 양 국가의 ICSID 관할권 동의는 아무런 조건을 포함하고 있지 않다. 중재 판정부는 이 점을 지적하며 양 국가의 동의는 어떠한 사전 조건을 포함하지 않은 채 무조건부로 이루어졌으므로 국내 법원 이용이 관할권의 요건이 아니라고 본 것이다. 그러나 ICSID 중재 등 국제 중재 이용을 위해서는 반드시 선행되어야 할 의무적인 사항이라고 보았으므로 국내 법원을 이용하지 않은 분쟁은 비록 ICSID 관할권 하에 있다 하더라도 아직 ICSID가 접수할 수 없다는 것이다. 국제 중재에서 관할권과 접수성(*admissibility*)은 흔히 제기되는 문제로서 관할권은 해당 재판부의 법적인 권한 행사 대상 범위나 자격의 문제이고 접수성은 관할권 내의 사안에 대해 재판부의 권한을 행사할 여건의 문제이다.



중재 판정부는 투르크메니스탄이 ICSID 중재에 대한 동의의 조건으로 국내 법원 사용을 명시하지 않았으므로 국내 법원을 거치지 않은 분쟁이라 해도 ICSID 관할권 하에 있기는 하나 국제중재 이용의 필수 조건인 국내 법원 이용 요건을 충족하지 않았으므로 동 요건이 충족되기 전까지는 ICSID가 접수할 수 없다는 입장인데 관할권이 없어서이든, 접수할 수 없어서이든 국내 법원을 사전에 이용하지 않은 분쟁에 대해서는 ICSID가 심리할 수 없다는 사실은 불변이다. 접수성 또는 수리 가능성 주장은 투자 중재만이 아니라 ICJ 등과 같은 국제 사법 절차에서 재판부의 심리 진행을 봉쇄하려는 피청구인의 방어 전략으로서 흔히 제기된다. 심리 진행 봉쇄라는 목적상 관할권 부인 주장과 궤를 같이 하나 관할권은 성립되지만 심리를 진행할 수 없는 다른 법적인 이유를 제시한다는 점에서 다소 차이가 있다.



141

Rafat Ali Rizvi vs. Indonesia 사건(ARB/11/13)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자가 투자협정 상의 협정 적용 범위에 관한 규정에 부합하지 않는다는 이유로 ICSID의 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Rafat Ali Rizvi는 영국인으로서 바하마 국적의 회사 Chinkara Capital Ltd.를 통해 인도네시아 은행의 지분을 매입하는 방식으로 인도네시아에 투자하였다. 후에 청구인 투자 은행에 대한 인도네시아의 조치에 대한 시비가 발생하여 2011년 4월 청구인은 ICSID를 중재를 신청하였으나 인도네시아는 청구인의 은행 투자는 영국-인도네시아 투자협정 적용 대상이 아니므로 ICSID는 관할권이 없다고 항변하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자에의 해당 여부

영국-인도네시아 투자협정 2(1)조³⁹⁰⁾는 협정의 적용 대상을 인도네시아 영토 내에 행해진 영국인의 투자로서 인도네시아 해외자본 투자법 또는 대체 법에 의거하여 허가된 투자로 국한하고 있다. 해외자본 투자법 1조³⁹¹⁾는 투자를 이 법의 조항에 의해 행해진 직접 투자로 정의하고 있었고 5조³⁹²⁾는 인도네시아 정부가 해외 투자 개방 분야를 정하고 각 분야에서 외국인 투자자들이 충족해야 할 조건을 정하도록 규정하고 있다.

인도네시아는 청구인이 직접 투자한 것이 아니라 바하마 회사를 경유하여 투자한 간접 투자이므로

390] 2(1) This Agreement shall only apply to investments by nationals or companies of the United Kingdom in the territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with the Foreign Capital Investment Law No. 1 of 1967 or any amending or replacing it.

391] 1. Investment in this Law denotes only direct investment of foreign capital made in accordance with or based upon the provision of this Law for the purpose of carrying on the enterprise in Indonesia, with the understanding that the owner of the capital directly bears the risk of the investment.

392] 5(1) The government shall determine the fields of activity open to foreign investment, according to an order of priority, and shall decide upon the conditions to be met by the investor of foreign capital in each such field.



해외자본 투자법 1조 요건을 충족하지 않으며 따라서 투자협정의 적용 대상이 아니라는 주장이었다. 인도네시아는 투자법 규정상 직접 투자란 인도네시아 투자 조정 이사회가 관장하는 절차에 따라 외국인 투자 법인이라는 특정한 형태의 법인으로 설립된 투자라는 점과, 청구인의 은행 지분 매입 및 지분 매입한 은행의 합병은 투자 조정 이사회 소관 사항이 아니고 이 법에서 정한 외국인 투자 법인도 아니므로 투자협정상외 투자가 될 수 없다고 강조하였다.

청구인은 투자협정 2(1)조의 해외자본 투자법에 의거(in accordance with)한다는 의미는 이 법과 상충되지 않는 것(not in contradiction with)을 의미한다고 해석해야 하며 해외투자 개방 분야와 충족 조건을 규정한 이 법 5조는 투자 조정 이사회 이외의 기관에게도 해외투자를 허가할 수 있는 재량권을 부여한 것으로 해석해야 하고 은행업의 경우 허가 조건은 인도네시아 중앙은행이 관장한다고 반박하였다. 청구인은 해외자본 투자법 1조의 ‘직접’ 투자는 투자협정 1조에 규정된 투자의 정의를 변경할 수 없으며 투자협정 1조는 투자를 ‘직접’ 투자로 한정하고 있지 않다고 지적하고 자신의 간접 투자도 투자협정 상의 투자에 해당된다고 주장하였다.

중재 판정부는 ‘in accordance with’가 ‘not in contradiction with’를 뜻한다는 청구인의 해석에 동의하지 않았다. 판정부는 투자협정 2(1)조의 문언과 통상적인 의미는 명시적인 투자 허가 절차를 규정하고 있으며 단지 투자가 해외 자본 투자법에 상충되지 않는다는 것만으로는 허가 절차를 충족했다고 볼 수 없다고 판단하였다. 더욱이 2(1)조는 일반적인 인도네시아 법률이 아니라 해외자본 투자법을 특정하고 있으므로 이 법상의 요건을 준수해야 한다고 지적하였다 (65-66).

인도네시아는 투자 조정 이사회가 해외투자 자본법의 운영을 담당하는 유일한 규제 기관이고 간접 투자와 은행 분야는 투자 조정 이사회의 관장 분야가 아니므로 청구인의 투자는 해외투자 자본법에 의거하여 행해진 투자가 아니라고 주장하였다.

중재 판정부는 해외자본 투자법 5조는 해외 투자 허가 분야 및 조건을 정할 수 있는 정부의 재량을 명시하고 있고 허가 분야 및 조건이 반드시 해외자본 투자법 내에서 규정된다고 제한하고 있지는 않은 점을 주목하였다. 판정부는 따라서 모든 해외 투자가 예외 없이 투자 조정 이사회 절차에 종속되는 것은 아니며 특정 분야의 투자는 투자 조정 이사회의 관할 밖에 있다고 확인하였다. 은행업의 경우 중앙은행이 규제하고 있으며 이 분야 해외 투자는 중앙은행의 관장 하에 점진적인 자유화 과정을 거치고 있고 은행 분야 해외 투자 허가 절차는 중앙은행 소관이라는 점에도 주목하였다. 중재 판정부는 이런 점을 근거로 투자협정 2(1)조는 투자 조정 이사회에 의해 허가된 투자뿐 아니라 투자 조정 이사회 외의 기관에 의해 허가된 투자에도 적용된다고 판단하였다(136-140).



청구인의 주장을 수용한 것이기는 하나 청구인의 투자가 2(1)조 적용 대상임을 최종 확인하기 위해서는 청구인의 은행 투자가 중앙은행이 규율하는 절차와 조건에 의해 허가된 것인지를 살펴 보아야 했다. 이에 대한 입증 책임은 청구인에게 있었다. 중재 판정부는 중앙은행의 은행 투자 허가 절차 및 요건에 대한 인도네시아의 관련 규정과 청구인이 제출한 증거 및 주장, 증언을 대비하여 심리하였으며 그 결과 청구인이 제시한 증거로는 중앙은행의 허가 절차 및 요건을 충족했다고 확인할 수 없다고 결론지었다. 일례로 청구인은 자신에 대한 중앙은행의 은행 대주주 적격 심사를 통과하였고 중앙은행이 자신이 외국인임을 인지하고 통과시켰다고 주장하였으나 이를 부인하는 중앙은행의 주장에 대해 반박하는 증거를 제시하지 못하였다. 결국 청구인의 투자는 해외자본 투자법에 의거하여 허가된 투자라는 점이 입증되지 못했으므로 투자협정 2(1)조의 적용 대상이 될 수 없다고 판시하였다(181-198).

2) 최혜국대우 조항

청구인은 투자협정 2(1)조는 투자에 대한 정의 조항이 아니라 투자를 허가 받을 수 있는 요건과 국내법 준수에 관한 조항이라고 규정하고 이는 실체적인 권리에 해당하므로 최혜국대우 조항이 적용될 수 있다고 주장하였다. 따라서 국내법 준수 및 투자 허가 요건에 관해 보다 완화된 내용을 규정하고 있는 여타의 투자협정상의 대우가 최혜국대우 조항에 의거하여 청구인에게도 적용되어야 한다고 주장하였다.

중재 판정부는 2(1)조는 투자자가 투자협정의 대상이 되기 위해서 충족해야 할 요건을 규정한 조항으로 보았다. 이 요건을 충족하지 않은 투자는 투자협정 자체가 적용되지 않는 관할권의 문제이며 이미 청구인의 투자가 2(1)조에 합치되지 않는다고 판시하였으므로 최혜국대우 조항의 적용 범위를 살펴 볼 실익은 없다고 보았다. 2(1)조에 의거하여 허가되지 않은 투자는 투자협정의 대상이 아니고 따라서 최혜국대우 조항이 적용되지도 않는다고 판정하였다(221-225).

다. 평가 및 해설

ICSID 중재 판정부는 투자에서 발생하는 법적인 분쟁을 관할한다. 따라서 분쟁의 대상이 ‘투자’에 해당하는지, 무엇이 투자인지를 결정하는 것은 ICSID 중재 판정의 물적 관할권 존부를 쟁론함에 있어 자주 등장하는 쟁점이다. 투자협정은 예외 없이 투자에 대해 정의하고 있다.



가장 대표적이고 보편적인 정의 방식은 투자자가 직·간접적으로 소유, 통제하는 모든 종류의 자산(any kind of asset)으로 규정한 후 예시가 되는 투자의 형태를 나열하는 방식이다. 이는 예시적 목록이어서 여기에 예시되지 않은 투자도 있을 수 있으므로 통상 ‘include but not limited to’라는 문구를 추가하기도 한다. 투자로 예시되는 자산은 투자협정마다 다소간의 차이가 있을 수 있지만 대개 기업, 주식 및 증권 등 기업의 자본 참여와 관련된 권리, 채권 및 회사채 등 각종 부채 증서와 그로부터 파생되는 권리, 금전적 가치를 갖는 각종 계약상의 권리, 지적 재산권(상표권, 저작권, 특허권 등), 천연 자원의 개발과 관련된 개발권 및 채굴권, 각종 유형 자산(상품, 동산, 부동산 등)과 무형 자산(담보, 리스, 유치권, 질권, 영업권 등) 등이다.

투자의 정의에 투자 유치국의 관련 법령에 의거하여야 한다는 부대 문안을 추가하는 투자협정도 다수 존재한다. 이러한 문구가 적시되지 않았다고 하여 치안, 사회 상규에 어긋나는 불법적인 투자가 허용되는 것은 아니지만 해당 법규의 준수성 여부를 관찰권 심리 단계에서 보다 농밀하게 제기할 수 있는 근거는 된다.

ICSID 중재 판정에서 시비 대상 물건이 투자협정의 투자 정의에 부합하는지가 쟁점이 되었던 사건을 종합한 해설은 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica* 사건(ARB(AF)/07/3)에 수록하였고 투자 유치국의 법령을 준수해야 한다는 적법성 요건에 관한 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건(ARB/10/3)에 종합하여 두었다.



142

Levy and Gremcitel vs. Peru 사건(ARB/11/17)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자자 자격 취득이 형식상의 요건은 충족하였으나 실상은 국제중재 절차를 이용하기 위해서 악의로 취득된 것이라는 이유로 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Ms. Renee Rose Levy는 프랑스인으로서 같은 청구인인 페루 회사 Gremcitel의 대주주이다. Gremcitel은 페루 정부가 전쟁 사적지로 지정한 구획 내에 위치한 Morro Solar 해안 지대를 관광 휴양 지구로 개발하기 위해 매입하였다. 당시 페루 정부는 개발이 제한되는 사적지를 정확히 확정하지는 않았으며 그 후 일련의 행정 조치를 통해 史蹟 보호 지역의 정확한 획정과 개발 범위 및 정도를 정해 나가기 시작하였고 Gremcitel은 이 과정에서 이의 제기, 문의, 협의 등의 관계를 통해 페루 정부와 긴장 및 협조 관계에 있었다. 페루 정부는 2007년 10월 7일 페루 정부는 사적 지구의 정확한 경계를 확정 고시하였다.

청구인은 이 경계 고시는 그 이전에 사적 지구로 언급되지 않던 지역까지 광범위하게 포함하여 사실상 Gremcitel의 관광휴양 지구 개발 사업을 무의미하게 만들었다고 주장하고 2011년 5월 ICSID에 중재를 신청하였다. 페루는 청구인 Levy가 2007년 획정 고시 직전에 Gremcitel의 대주주가 된 것은 ICSID 중재 신청 자격을 확보하기 위한 것으로서 이는 ICSID 중재 체제를 남용하려는 시도이므로 중재 신청 적격성이 부인되어야 한다고 주장하였다.



청구인의 토지가 위치한 Morro Solar 언덕, 1881년 페루와 칠레 간의 전쟁 시 Chorrillos 전투가 벌어졌던 곳이다.



나. 주요 쟁점

1) 청구인의 중재 신청 적격성

Levy가 ICSID 협약 25(2)(b)조의 규정대로 중재 동의일에 ICSID 페루가 아닌 체약국적(여기서는 프랑스)을 보유하고 있고 프랑스-페루 투자협정 1(2)조의 국적 요건(페루인이 아닐 것)을 충족한다는 데에는 이견이 없었으나 투자협정상 요구되는 해당 투자를 소유 통제해야 하는 시점이 언제인지 청구인과 페루의 의견이 상충되었다. 페루는 청구인이 시비하는 상황이 발생한 시점, 즉 분쟁 발생 시점에 청구인이 해당 투자를 소유, 통제하고 있어야 한다고 주장한 반면 청구인은 투자협정은 이러한 시점상의 요건을 제시하지 않고 있다고 반박했다.

중재 판정부는 투자협정 8조³⁹³⁾ 분쟁해결 조항은 타방 체약국민이나 법인이 투자협정상의 중재 신청권을 보유하기 위해 해당 투자를 획득해야 하는 시점을 특정하고 있지는 않다고 인정하였다. 그러나 투자협정 위반이 주장이 제기된 사건에서 판정부의 관할권은 위반 사항 발생 이전에 투자를 획득한(소유, 통제를 의미) 자연인 또는 법인과 투자 유치국 사이의 분쟁에 국한된다는 것은 당연하다고 보았다. 판정부 관할권이 있기 위해서는 투자협정이 발효되었어야 하고 타방 체약국민 또는 법인이 이미 투자를 했어야 하며 그 후에 그 투자에 대한 협정 위반 사항이 발생했어야 한다고 부연하였다. 협정 위반 사항이 발생하기 전 어느 시점부터 투자를 획득했어야 하는지에 대해 판정부는 청구인이 시비하는 조치가 채택된 날 - 이 사건 경우는 관보 게재일인 2007년 10월 18일이라고 판단하였다. 시비 대상이 되는 조치가 최종 채택되기 전부터 이견이 발생하고 이를 제출, 조정, 협의하는 과정이 일정 기간을 두고 진행될 수 있으나 권리 의무 관계가 법적으로 확정되는 일자는 해당 조치가 공식적으로 채택되는 날로 보아야 한다는 것이다. 이 사건 경우 Levy는 2007년 확정 고시일 이전까지는 투자협정상의 투자자 자격을 갖추고 있었어야 한다고 판정하였다(판정문 140-150).

청구인은 Levy가 2005년부터 Gremcitel에 대해 간접적인 소유 관계(Gremcitel 지분 보유사의 지분 보유)를 보유하고 있었다고 주장하였으나 중재 판정부는 제출된 증거에 흠결이 많아 신뢰할 수 없다고 기각하였고, 다만 2007년 10월 9일자로 Levy가 Gremcitel의 지분을 획득, 대주주 자격을 보유하게 된 점을 인정하여 일단 ICSID 협약과 투자협정상의 중재 신청 적격성 요건을 갖추었다고 보았다.

393] 8. Any dispute relating to an investment between of the Contracting Parties and a national or a company of the other Contracting Party shall be submitted to ICSID arbitration.



Gremcitel의 경우 ICSID 협약 25(2)(b)조와 투자협정 8(3)조에 규정된 중재 신청 적격을 갖추기 위해서는 i) 페루 회사일 것 ii) 2007년 10월 18일 현재 iii) 외국인 통제 하에 있을 것 iv) 외국 회사로 간주한다는 계약국간 동의가 있을 것이라는 4개 요건을 충족해야 한다고 나열하였다. 판정부는 페루에 등록되어 있고 2007년 10월 18일 현재 프랑스인 Levy가 대주주로서 통제하고 있으며 이러한 조건을 충족하는 회사는 타방 계약국 회사로 본다고 프랑스, 페루가 이미 ICSID 협약 및 투자협정 관련 조항을 통해 동의하였으므로 4개 요건을 충족한 Gremcitel은 ICSID 중재 신청 적격이 있다고 판시하였다(162-173).

2) 중재 절차 남용

페루는 청구인이 ICSID 중재 신청 적격성을 갖추고 있다고 하더라도 쟁점이 된 조치 채택 수 일전에 대주주가 된 것은 이 사건을 ICSID 중재에 회부하기 위한 목적이 분명하고 이는 ICSID 중재를 남용하려는 시도이므로 관할권이 부인되어야 한다고 주장하였다. 2005년부터 사적지 예고 및 관련 조치, 의견 수렴, 조정 등의 과정이 있었으므로 잠재적인 분쟁은 이미 2005년부터 시작된 것이며 확정 고시 발표 수 일전에 Gremcitel 소유 구조에 관련 사업 경험이나 지식이 없는 Levy를 갑자기 투입한 것은 그의 프랑스 국적을 활용하여 순전히 국내 분쟁인 이 사건을 국제 분쟁화하기 위한 것이라는 주장이다.

중재 판정부는 페루의 주장을 인용하였다. 판정부는 회사의 구조를 투자협정의 보호를 받기 위해 재구성하는 행위 자체는 불법이 아니라고 보았다. 그러나 그러한 행위가 분쟁이 확실히 예견되는 시점에 임박해서 이루어진 경우는 중재 체제의 남용에 해당한다고 인정하였다. 다만 남용의 기준은 선의의 피해자가 발생하지 않도록 엄격하여야 하며 일반화할 수 있는 기준이 아니라 개개 사건의 상황과 맥락을 살펴서 결정해야 한다고 보았다. 판정부는 Levy에게 Gremcitel 지분이 이전된 것은 2007년 확정 고시가 발표되기 하루 전, 관보 게재되기 9일전이며 이러한 시기적 근접성은 2005년부터 분쟁 발생 가능성이 있어 왔고 시간이 갈수록 더욱 강화되어 가고 있는 상황이었던 점에 비추어 볼 때 단순히 우연이라고 볼 수 없다고 판단하였다. Levy가 해당 사업에 특별한 경험과 지식이 있었던 것도 아니며 사업 국제화를 위해 가족의 결정으로 지분을 소유하게 되었다는 해명에 수긍할 수 없다는 점을 들어 중재 판정부는 급작스런 지분 이동은 국제중재를 활용하기 위해 Levy의 프랑스 국적이 필요했기 때문인 것으로 보인다고 지적하면서 이는 곧 중재 절차의 남용에 해당하므로 이 사건에 대해 관할권을 행사할 수 없다고 판시하였다(184-195).



다. 평가 및 해설

1) 중재 절차 남용

중재 절차를 남용한다는 것은 정상적으로는 중재 절차의 대상이 되지 않는 투자 또는 중재를 신청할 수 없는 투자자가 투자 유치국의 사법 절차 이용을 회피하기 위하여 ICSID 중재 관할권을 위장하여 취득하는 것을 의미한다. 지금까지의 관련 판례를 보면 이러한 위장은 크게 3가지 방식으로 시도된다. 첫째는 ICSID 중재 신청 자격이 없는 실 소유자가 ICSID 중재 적격을 갖춘 타인에게 자신 투자의 소유권 또는 통제권을 명목적으로 이전하는 것이다. 타인 입장에서 보면 해당 투자의 구매 의사나 자기 재원의 투입은 물론 실질적인 경제 활동 의사 자체가 없이 단순히 명의만 제공하는 위장 매입을 하게 되는 것이다. 둘째는 투자 유치국과 원 투자 간에 분쟁이 발생한 후에 또는 발생한 조짐이 농후한 시점에 ICSID 중재 신청이 가능한 자를 소유자로 초빙하거나 ICSID 중재에 회부하여 승소한 후 보상금을 획득할 목적으로 해당 투자를 매입하는 경우이다. 원 투자 소유자와 무관하고 국제중재 승소 경험과 확신이 있는 제3의 투자자가 실제 자신의 재원을 투입하여 분쟁 발생 가능성이라는 하자 있는 투자를 저렴한 가격에 매입할 수도 있을 것이다. 셋째는 ICSID 관할 대상이 아닌 원 투자자가 중재 적격이 있는 동일 계열사에게 지분을 이전하는 경우이다. ICSID 중재 적격이 있는 수직 계열선상의 회사가 각각 중복하여 중재를 신청하는 경우도 포함된다.

명백한 ICSID 중재 절차 남용 시도로 밝혀지면 ICSID 중재 판정부는 예외 없이 관할권을 사양하였다. 흔히 제기되는 판단의 근거는 ICSID 중재 체제의 보호와 선의의 원칙이다. 전자는 실질적인 외국인 투자가 아닌 투자가 ICSID 중재 절차를 이용하는 것은 ICSID 체제를 악용하는 것이며 ICSID 및 투자협정상의 국제투자 보호 제도의 악용을 방지하는 것이 판정부의 의무라고 보는 시각이다. 후자는 국제중재 제도도 대표적인 국제법 일반 원칙 중의 하나인 선의의 원칙에 충실해야 한다는 것이다. 일반적으로 조약의 권리 남용은 선의의 원칙에 위반된다는 것이 국제관습법상 인정되어 왔으므로 ICSID 협약의 국제 투자 보호 제도 역시 선의라는 국제 원칙을 준수하여 이루어진 투자에만 적용해야 한다는 입장이다.

ICSID 판정부가 중재 남용을 이유로 관할권을 부인하는 판정을 내리는 방식은 2가지이다. 첫째는 해당 사건의 사실 관계를 엄밀히 살펴 명문의 규정이 있는 물적, 인적, 시간적 관할권 요건이 충족되지 않았다고 판시하는 것이다. 둘째는 관할권 요건은 외형상 충족하였으나 선의의 투자가 아니거나 분쟁 발생 후에 취득한 투자이므로 기각하는 방식이다.



2) 관련 판례

이 사건과 같이 분쟁 발생 후에 투자를 획득한 것이 쟁점이 된 사건은 다수 있다. 청구인이 해당 투자를 매입한 시점이 분쟁 발생 전 또는 후인지가 쟁점이 된 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 사실 관계를 심리한 후 발생 전에 매입한 것이 인정되므로 관할권이 있다고 판정하였다.

Gambrinus vs. Venezuela 사건(ARB/11/31)에서 판정부는 청구인의 투자 요건 충족과 투자자 및 중재 신청 적격을 인정하기는 하였으나 국제중재 절차 이용이 불가능한 원 소유자가 이를 이용하기 위한 수단으로 투자를 타인에게 이전하는 것은 절차의 남용(abuse of process)에 해당하고 분쟁이 개시된 이후에 청구인이 관할권을 획득한 행위는 관할권 성립의 정당한 근거가 될 수 없다는 원칙을 재확인하였다.

원 소유주가 파나마 정부와의 국내 분쟁이 본격화 된 때 청구인에게 지분을 매각한 *Transglobal vs. Panama* 사건(ARB/13/28)에서 중재 판정부는 기존에 진행 중인 국내 분쟁해결 절차 위에 새로이 국제중재 관할권을 창설하려는 시도로서 이는 절차의 남용에 해당한다고 판정하였다(판정문 100-118). *Pac Rim vs. El Salvador* 사건과 *Tidewater vs. Venezuela* 사건에서도 분쟁 발생 후의 ICSID 중재 자격 취득을 목적으로 한 투자 지분 조정은 인정할 수 없다는 원칙이 확인된 바 있다.

| 중재 절차 남용으로 인한 관할권 부인 판정 |

사건명	관할권 획득 시도 방식	관할권 부인 방식
<i>Banro v. Congo</i> (98/7)	동일 계열사에 이전	투자자 요건 불충족
<i>Cementownia v. Turkey</i> 사건(AF/06/2)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Phoenix v. Czech</i> (06/5)	위장 명의 이전	거래는 인정, 선의 위반
<i>Libananco v. Turkey</i> (06/8)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Hamster v. Ghana</i> (07/24)	국제 중재 절차 남용 목적의 투자는 불인정 원칙 확인	
<i>Alpli Elektrik v. Turkey</i> (08/13)	위장 명의 이전	투자 요건 불충족 및 선의 위반 (관할권 인정하는 소수의견)



ICSID 중재판정례 해설

사건명	관할권 획득 시도 방식	관할권 부인 방식
<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	분쟁 후 투자 매입시 투자자 자격 불인정 원칙 확인	
<i>Levy and Gremillet v. Peru</i> (11/17)	분쟁 발생 후 투자자 자격 획득	형식 요건은 충족, 중재 남용 목적이므로 불안정
<i>Gambrinus v. Venezuela</i> (11/31)	중재 자격 획득 위한 위장 명의 이전 및 분쟁 후 투자자 자격 획득시 관할권 부인 원칙 재확인	
<i>OTMTI v. Algeria</i> (12/35)	동일 계열사에 이전	수직 계열사의 중복 제소는 중재 남용
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	상이한 法源을 근거로 한 중복 중재 청구는 중재 남용 불해당	
<i>Transglobal v. Panama</i> (13/28)	분쟁 발생 후 투자자 자격 취득	거래 성립은 인정, 중재 남용 목적이므로 불안정



143

Burimi & Eagle Games vs. Albania 사건(ARB/11/18)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 사업 면허권 취소가 수용에 해당한다고 시비하는 투자자에 대해 투자 유치국이 투자자는 외국 국적자가 아니라는 이유로 ICSID 관할권을 부인한 사건이다.

청구인 Burimi sarl.은 이탈리아 회사이고 Eagle Games는 불가리아의 복권 회사이다. Eagle Games는 불가리아인 Ms. Alma Leka와 2인이 소유하고 있었으며 Alma Leka의 지분율은 35%였다. Leka는 2004년 Burimi사와 대출 약정과 주식 담보 약정을 맺어 Leka가 Eagle Games에 투자하는 재원 모두를 Burimi사가 제공하되 수익의 90%를 가져가기로 하였고 Leka는 자신의 주식을 담보로 제공하기로 하였다. 2005년 12월 Eagle Games의 여타 주주 2명은 지분 65% 전량을 이탈리아, 알바니아 이중 국적자인 Mr. Ilir Burimi에게 매각하였다. 2007년 5월 알바니아는 도박법을 개정하여 기존 복권 사업자의 면허를 적정 보상금을 지급하여 모두 회수하고 국영의 단일 중앙 복권 회사를 설립하여 복권 및 사행 산업을 관리하기로 하였다. Eagle Games의 면허도 취소되었고 양측의 보상금 산정 협상이 원만하게 진전되지 못하였다.

2011년 6월 Ilir Burimi와 Burimi사, Eagle Games는 알바니아 정부의 면허권 취소가 수용에 해당하며 이탈리아-알바니아 투자협정상의 투자자 보호 의무를 위반하였다고 주장하고 ICSID 중재를 신청하였다. 알바니아는 Eagle Games는 알바니아인이 소유한 알바니아 회사이고 Burimi사는 알바니아, 이탈리아 이중 국적자인 Ilir Burimi가 소유하고 있는 알바니아 회사이므로 ICSID 중재 적격이 없다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 인적 관할권(이중 국적자)

ICSID 협약 25(2)(b)조³⁹⁴⁾ 규정 상 Eagle Games가 중재 적격을 갖추기 위해서는 i) 분쟁 당사국이

394) (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the



아닌 계약국의 법인이거나 ii) 분쟁 당사국의 기업이지만 외국인 통제로 인하여 해당 당사국이 타방 계약국 법인으로 취급하기로 동의했어야 했다. 중재 판정부는 Eagle Games가 알바니아 기업인 것은 확실하여 i)항은 적용할 수 없고 ii)항이 입증되어야 하는데, 이태라-알바니아 투자협정 8(2)(c)조³⁹⁵⁾는 분쟁 당사국(즉 알바니아)의 기업이라도 지분 과반이 타방 계약국(이탈리아)의 투자자에 의해 소유되고 있으면 타방 계약국 기업으로 간주된다고 규정하고 있으므로 Eagle Games 과반 지분이 이탈리아 국적자의 소유인 점만 입증되면 된다고 보았다.

청구인은 Ilir Burimi가 65% 지분을 보유하고 있고 Leka 지분 35%는 대출 약정과 담보 약정을 통해 Ilir Burimi가 확보하고 있으므로 Eagle Games는 사실상 100% 이탈리아 人 Ilir Burimi 소유라고 주장하였다. 중재 판정부는 대출 약정과 담보 약정은 소유권 이전 약정은 아니고 사인 간의 자금 수수 및 보장 방안에 대한 합의일 뿐이라고 지적하면서 Leka의 지분 35%도 Ilir Burimi 소유라는 주장은 수용하지 않았다. Ilir Burimi가 65%를 소유하고 있으나 이중 국적자가 지분 과반을 소유할 경우에도 ‘외국인 통제’로 인정할 것인지가 문제되었다. 중재 판정부는 ICSID 협약 25(2)(a)조³⁹⁶⁾에 이중 국적자는 관할권을 성립시키기 위해 국적 중 하나를 원용할 수 없다고 명시되어 있다고 환기하면서 이에 따라 Ilir Burimi는 이 사건에서 이탈리아 국적자라고 주장할 수 없으므로 판정부는 Eagle Games에 대해서는 인적 관할권(ratione personae)이 없다고 판시하였다 (판정문 109-122).

2) 물적 관할권

알바니아는 Burimi사가 알바니아 이중 국적자인 Ilir Burimi의 소유여서 외국인 통제 하에 있지 않으므로 소송 자격이 없다고 주장하였으며, 청구인은 Burimi사는 이탈리아 상업 등기부에 등재된 이탈리아 회사이고 Ilir Burimi는 Burimi사를 대표하여 Eagle Games사 지분 65%를 매입했으며 Burimi사는 이 65% 지분을 통해 Eagle Games를 통제하였다고 반박하였다.

date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

395] 8(2)(c) For the purpose of Article 25 of the Washington Convention March 18, 1965 and as of the date on which this will be applicable for both Contracting Parties, a company having legal nationality of a Contracting Party to the dispute, but with a majority of capital owned by investors of the other Contracting Party or other third party, will be considered as having the nationality of the latter.

396] [a] any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute;



중재 판정부는 알바니아는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 잘못 이해하고 있다고 지적하였다. 동 조 전항에 의거, 분쟁 당사국(이 경우 알바니아)이 아닌 계약국의 법인은 모두 타방 계약국의 법인, 즉 이탈리아 법인으로 등록된 Burimi는 이탈리아 법인이며 동 조 후항 외국인 통제로 인해 외국 기업으로 인정되는 것은 분쟁 당사국적의 기업, 즉 알바니아 기업에 적용되는 조항이라고 설명하였다. 판정부는 Burimi사가 이탈리아 국적인 점은 확실하므로 동 사에 대해서는 인적 관할권을 가지고 있다고 판시하였다(128-133).

그러나 Burimi사가 알바니아에 투자한 것인지 즉 Eagle Games이 Burimi사의 투자인지에 대해서 중재 판정부는 부정적으로 판단하였다. 청구인은 Ilir Burimi가 Burimi사를 대표하여 지분 65%를 매입하였으므로 Eagle Games는 Burimi의 소유라고 주장하였으나 판정부는 지분 매매계약, 공증인 증언, 거래명세표 및 회계장부 어디에도 Ilir Burimi가 Burimi를 대리하여 지분을 매입하였다는 증거가 없다고 지적하였다. Leka의 지분 35%는 매매가 아니라고 이미 판단하였음을 환기하면서 판정부는 Burimi사에 대해서는 물적 관할권(*ratione materiae*)이 없다고 판시하였다 (143-146).

다. 평가 및 해설

외국인 통제 하에 있는 자국 기업에 대해 ICSID 중재 관할권을 인정하는 문제에 있어서 쟁점이 되는 것은 ‘통제’의 요건이다. ICSID 협약 25(2)(b)조는 이에 대해 침묵하고 있어 통제가 실효적인 지배와 통제 권한의 행사를 의미하는지, 소유권과 같이 통제할 수 있는 잠재적 법적인 권한의 보유를 의미하는지, 단순한 외견상의 소유권을 보유하는 것이 아니라 실질적인 소유자로서 보유해야 하는 것인지 등 통제의 판단 요건에 관해 지금까지의 ICSID 판정부의 견해는 일치된 것이 없다. 실효적 통제를 의미한다고 해석한 판정부도 있으며 형식적인 소유권의 보호를 인정한 경우도 있다.

이 사건 판정부는 청구인의 지분 65%가 외국인 소유임이 인정되므로 외국인 통제 하에 있는 기업으로서 ICSID 중재 적격이 성립된다고 판시하였다. 그러나 이는 근거 협정인 이탈리아-알바니아 투자협정 8(2)(c)조³⁹⁷⁾에 분쟁 당사국(즉 알바니아)의 기업이라도 지분 과반이 타방 계약국(이탈리아) 투자자에 의해 소유되고 있으면 타방 계약국 기업으로 간주된다고 규정하고 있었기 때문이다.

397) 8(2)(c) For the purpose of Article 25 of the Washington Convention March 18, 1965 and as of the date on which this will be applicable for both Contracting Parties, a company having legal nationality of a Contracting Party to the dispute, but with a majority of capital owned by investors of the other Contracting Party or other third party, will be considered as having the nationality of the latter.



청구인 Vacuum Salt Production Ltd.의 창업주가 이 회사를 통제하고 있는지 여부가 쟁점이 된 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/92/1)에서 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조는 foreign control의 요건이 무엇인지에 대해서는 침묵하고 있으므로 foreign control이 특정한 비율의 지분 소유를 요구하거나 시사하고 있지 않다고 보았으며 각 사건의 사실과 환경에 기초하여 판단해야 한다고 결정했다. 어느 정도의 주식 보유율이면 충분한지도 정할 수 없으며 지배라는 개념도 광범위하고 유동적이라고 이해하였다(판정문 43).

Aucon vs. Venezuela 사건(ARB/00/5) 판정부는 ICSID 협약 25(2)(b)조에 foreign control이 정의되어 있지 않고 실효적인 지배로 해석해야 할 문안 상의 근거가 없으며 ICSID 협약 초안 작성 시의 기록을 볼 때 협약 기초자들이 foreign control의 의미 확정이 실용적이지 않고 실제 상황에 적용하기 어려운 측면이 있으므로 개별 상황에 따라 계약국들이 재량에 따라 해석할 수 있는 여지를 남겨 놓은 것이라고 이해했다(판정문 111-113)

TSA vs. Argentina 사건(ARB/05/5)에서 판정부는 실효적 통제(effective control) 여부를 살피지 않고 모기업이 네덜란드 등록 법인이고 TSA의 지분 100%를 소유하고 있으므로 ICSID 협약 25(2)(b)조의 외국인 통제 요건은 충족한다고 보았다. 청구인 CIOC가 미국적 기업인 통제 하에 있는지가 쟁점이 되었던 *Caratube vs. Kazakhstan* 사건(ARB/08/12)에서 판정부는 CIOC 지분 92%를 미국적 기업인이 소유하고 있는 것은 인정하였으나 소유권이 통제를 증명하는 것은 아니며 실질적으로 통제권을 행사하였다는 점이 청구인에 의해 입증되어야 한다고 보았다.

외국인 투자자에 의한 통제 여부가 쟁점이 되었던 ICSID 중재 판정을 종합하여 비교한 해설은 *Vacuum Salt vs. Ghana* 사건(ARB/02/1)에 수록하였다.



144

Garanti Koza vs. Turkmenistan 사건(ARB/11/20)

가. 사건 개요

이 사건은 투르크메니스탄 정부의 간섭으로 인해 청구인이 계약상 제출 의무 자료와 다른 별도의 자료를 제출하게 된 것이 우산 조항과 공정·공평 대우 의무 위반으로 인정된 사건이다.

청구인 Garanti Koza LLP는 터키 Garanti Koza 그룹의 소속사로서 법적으로는 영국에 설립된 건설 회사다. Garanti Koza는 2007년 12월 투르크메니스탄 도로公社 TAY가 발주한 투르크메나바드-메리市간 고속도로 내 28개 교량 건설 공사를 수주하였고 투르크메니스탄은 2008년 1월 대통령령 9429호를 통해 이를 확인하였다. 대통령령은 공사 금액을 세금 포함 1억 불로 확정하였고 2008년 2월 공사 개시하여 2008년 10월 종료할 것을 의무화하였으며 청구인에게 공사 대금 20%를 선급금으로 지불하라고 지시하였다. TAY와 청구인 간의 정식 계약은 2008년 3월 체결되었으며 TAY가 투르크메니스탄 정부를 대표하고 이는 대통령령 9429호를 근거로 한다고 적시되어 있었다. 완공 시한은 대통령령에 지시된대로 2008년 10월로 기재되었고 총 계약 금액은 완공 이전 일괄 금액 방식(lump sum final turn key)으로 1억 불로 결정되었다. 세금을 제외한 8700만 불을 투르크메니스탄이 실제로 청구인에게 지급하고 청구인은 각종 고정, 변동 비용 변동과 무관하게 이 금액을 수령할 권리가 인정되었다. 청구인의 공사개시 비용 부담을 고려하여 총 계약 금액 20%를 투르크메니스탄이 우선 지급하되(실지급금은 세금 제외 1700만 불) 청구인은 이에 상응한 공사 이행 보증금을 예치하기로 하였다. 잔여 공사대금은 공사 진척 비율에 따라 청구인의 공사 진척 확인서에 의거하여 지급하고 이행 보증금도 대금 수령액에 비례하여 감액해 나가기로 하였다.

공사는 예정보다 다소 지연되어 시작되었고 2010년 10월까지 완공되지 못하였다. 당초 공사 대금은 공사 진척도에 따라 지급받기로 되어 있었으나 투르크메니스탄은 공사대금 청구서의 자세한 내역을 제출하도록 요구하여 양측 간의 다툼이 발생하였고 공사대금 지급이 6개월 지연되었다. 이행보증 시한이 2009년 2월에 도과하였으나 청구인은 투르크메니스탄과의 악화된 관계를 고려하여 이행보증 시한을 연장하거나 새로운 보증으로 대체하지 않았고 이에 투르크메니스탄은 공사대금 지급을 거부하는 것으로 맞대응하였다. 2009년 중반 청구인은 교량



| 투르크메나바드-메리 市간 고속도로 |

건설 공사를 포기하고 현장에서 철수하였으며 2010년 2월 투르크메니스탄은 법원 명령에 따라 건설 현장을 접수하였다.

청구인은 투르크메니스탄의 조치가 우산 조항 위반, 수용, 공장·공평 대우 의무, 충분한 보호 및 안전 의무 위반이라고 주장하면서 영국-투르크메니스탄 투자협정에 근거하여 2011년 5월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 선금금

청구인의 공사 이행 보증금은 실제 금액을 투르크메니스탄에 납입하는 것이 아니라 신뢰할 수 있는 대형 유럽 은행이 투르크메니스탄 중앙은행에 지급을 보증하는 것이었다. 청구인은 해당 유럽 은행에 보증 수수료를 제공하였다. 공사 이행 보증은 청구인이 선금금만 수령하고 공사를 진행하지 않을 위험에 대한 담보 수단이므로 공사 개시 이전 또는 동시에 제공되고 그 반대급부로 선금금을 수령하여야 했으나 투르크메니스탄의 선금금은 2008년 7월에야 지급되었다. 청구인의 공사 이행 보증은 2008년 7월에야 제공되었고 2009년 2월 만료되었다. 이행보증 기한 만료 이후 투르크메니스탄은 既成³⁹⁸⁾에 따른 공사대금을 지불하지 않았다. 청구인은 이를 계약 위반이라고 주장하였으나 판정부는 선금금 지급 지연은 청구인의 공사 이행 보증이 지연되어 발생한 것으로서 투르크메니스탄의 귀책사유로 인하여 발생한 것이 아니고, 당초 계약상 완공 시한은 2008년 10월이었으나 청구인이 이를 준수하지 못해 공사 이행 보증 시한인 2009년 2월까지 공사가 완공되지 못하였으며 투르크메니스탄은 이행 보증이 없는 상태이므로 기성에 따른 공사 대금을 지급하지 않은 것 역시 청구인에게 책임이 있다고 보았다.

398) 공사의 시공 도중에 공정 계획에 따라 이미 공사 완료된 부분



공사대금 지급 중단은 만일 청구인이 공사 이행 보증을 연장하였다면 발생하지 않았을 것이나 청구인은 이러한 조치를 취하지 않았다. 당시까지의 공사 진척도를 감안할 때 수령한 선급금 중 1100만불이 남아 있는 상태였으므로 이 금액에 대한 새로운 이행 보증을 하였다고 하더라도 기성고율에 따른 공사 대금은 지불되었을 것이나 청구인은 새로운 이행보증 은행을 물색하지도 않았다. 청구인은 당시 공사 이행을 둘러싸고 투르크메니스탄과의 관계가 악화되어 의도적으로 공사 이행 보증을 연장하거나 대체하지 않았다고 인정하였다. 판정부는 청구인의 이와 같은 상업적인 결정이 자신이 감수해야 할 손해 발생의 1차 원인이라고 지적하고 공사 이행 보증 종료 이후의 공사대금 지급 중단에 대해서는 투르크메니스탄의 보상 의무가 없다고 판시하였다(판정문 333-345).

2) 공사 대금

계약상 기성에 따른 공사대금은 공사 진척율에 의거하여 주기적으로 지급하기로 규정되어 있었다. 투르크메니스탄 재무부, 중앙은행 등은 TAY로 하여금 청구인이 Smeta 방식으로 청구서를 제출하지 않는 한 기성 대금을 지급하지 말도록 지시하였다. Smeta³⁹⁹⁾ 방식은 청구 금액의 구체적인 명세와 입증 서류를 같이 제출해야 하는 방식으로서 작성에 시간과 노력이 소요되었고 공사 대금의 수령 지연으로 인해 공사 진행도 같이 지연되는 부작용이 있었다. 청구인이 공사 진척율에 의한 최초 청구서를 2008년 4월 제출한 이후 Smeta 방식에 의한 두 번째 청구서를 제출할 수 있었던 때는 2008년 11월로서 6개월간 청구인은 공사 대금을 수령하지 못하였고 이는 공사 지연으로 연결되었다. 아울러 청구인은 계약상 수령이 보장되어 있는 총 계약 금액을 Smeta 방식으로 입증해야 하는 부담이 있었다. 공사 진척도 방식은 청구 금액이 공사 진척도와 상응한 점만 입증하면 되므로 공사만 완공시키면 추가적인 부담 없이 총 계약 금액을 수령할 수 있었으나 Smeta 방식은 청구 금액의 구성 내역, 즉 자재 구입 비용, 인건비, 금융 비용 등 각종 비용 명세를 증명 서류와 함께 제출하고 적정 이윤을 추가하여 제출해야 했으므로 그 내역의 합이 총 계약 금액과 일치된다는 보장이 없었고 총 계약 금액을 수령하려면 청구 내역을 그 금액에 일치되도록 조정해야 했다. 계약서대로의 공사 진척도 방식은, 비용을 절감하면 청구인의 수익이 증가되지만 Smeta 방식은 비용 지출을 입증하고 일정액의 수익을 추가하는 방식이므로 비용 절감을 통한 수익 확대를 도모할 수 없었다.

399) SMETA(Sedex Members Ethical Trade Audit)는 50,000 여개 이상의 기업이 자발적으로 조직한 SEDEX 라는 비영리 단체의 회계 감사 방식으로서 각 사업 분야(노동, 환경, 기업 윤리 등)별로 최선의 회계 감사 방식을 마련하기 위해 회계 감사 기술 우수 사례를 집적하여 놓은 것이다.



청구인은 총괄 지급 방식이 본 건 계약의 가장 중요한 요소로서 계약 당시부터 Smeta 방식을 요구하였으면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 주장하였다. 청구인은 Smeta 방식은 투르크메니스탄 국내법상 강행 규정이며 이 사건 계약은 투르크메니스탄 법을 준수해야 하므로 Smeta 방식의 청구서 제출은 당연하다고 반박하였다.

판정부는 공사 진척도에 따른 총액 지급이 계약서와 대통령령에 명시되어 있고 Smeta 방식이 적용되지 않은 공공 공사도 있는 점에 비추어 모든 공사에 필수적으로 적용되는 투르크메니스탄 법정 요구 사항이라는 주장이 설득력이 있지 않다고 지적하였다. 판정부는 공사 진척도에 따른 기성 지급은 TAY가 투르크메니스탄 정부를 대표하여 체결한 건설계약 상의 의무이며 재무부 등 투르크메니스탄 정부기관이 개입하여 이를 준수하지 못하게 한 것은 영국-투르크메니스탄 투자협정의 우산 조항 위반이라고 판시하였다(346-354).

Smeta 방식의 청구서 요구로 기성 지급은 6개월 정도 지연되었다. 그러나 판정부는 공사 지연의 책임이 모두 여기에 귀속시킬 수는 없다고 보았다. 청구인은 이미 선급금을 수령하였으므로 기성 수령 지연에도 불구하고 공사를 진척시킬 재정적인 여유가 있었으며 기성 지급 지연 외에도 공사가 지연된 여타 사정이 다수 존재하였다고 판단하였다. 우선 청구인의 공사 개시 자체가 지연되었다고 지적하였다. 청구인은 투르크메니스탄의 공사 부지 양도가 지연되었기 때문이라고 변명하였으나 판정부는 증거로서 입증되지 않는 주장이라고 기각하였다. 청구인은 핵심 공사 장비가 투르크메니스탄에 도착하기 위해 경유해야 하는 조지아의 정세 불안으로 장비 수령이 지연되었기 때문이라고도 해명하였으나 판정부는 청구인이 관련 절차를 좀 더 일찍 개시하였더라면 정세 불안으로 인한 경유 지연을 상쇄할 수 있었을 것이라고 일축하였다. 이를 감안하여 판정부는 Smeta 방식 청구서 요구로 인한 투르크메니스탄의 투자협정 2조⁴⁰⁰⁾ (공정·공평 대우 등) 위반이 청구인의 교량 건설 사업 실패의 한 요인을 될 수 있어도 유일한 이유는 아니라고 확인하였다(355-359).

400] 2(1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for nationals or companies of the other Contracting Party to invest capital in its territory, and, subject to its rights to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital.

(2) Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it, may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.



3) 수용

청구인은 2010년 2월 투르크메니스탄이 자신의 공사 현장을 접수한 것은 직접 수용에 해당한다고 주장하였으나 판정부는 투르크메니스탄이 건설계약 불이행을 이유로 청구인을 국내 법원에 제소하였고 법원의 결정에 따라 해당 현장을 접수한 것이므로 이는 수용에 해당하지 않는다고 판정하였다. 판정부는 계약상의 권리 이행을 강제하기 위한 법원의 행위는 수용에 해당하지 않으며 이러한 법원의 행위는 대부분 청구인의 선택(은행의 이행 보증 불연장, 공사 중단 등)으로 야기되었다고 지적하였다. Smeta 적용을 요구한 투르크메니스탄 정부 부처의 개입으로 공사가 지연되기도 하였으나 이는 이미 우산 조항 위반으로 판시되었고 직접 수용에 해당한다고 보기에는 무리이며 설사 직접 수용에 일정 부분 기여하였다고 인정하더라도 그에 대한 보상은 이미 우산 조항 위반으로 인정된 보상과 중복될 것이므로 무의미하다고 판정하였다(363-367).

청구인은 투르크메니스탄의 행위가 간접 수용에도 해당한다고 주장하였으나 판정부는 청구인이 시비하는 투르크메니스탄의 행위는 우산 조항과 직접 수용에서 주장한 행위와 동일하다는 점을 확인하고 이미 투자협정 위반으로 확인되었고 청구인이 자초한 행위라는 점을 들어 인정하지 않았다(370-371).

청구인은 최혜국대우 조항을 이용하여 프랑스-투르크메니스탄 투자협정의 수용 조항(5조)과 UAE-투르크메니스탄 투자협정의 수용 조항(6조)을 원용할 수 있다고 주장하면서 이들 조항에 의하면 투르크메니스탄의 행위는 수용에 해당한다고 주장하였다. 프랑스-투르크메니스탄 투자협정 5조는 수용은 투자 유치국의 특정 약속과 상치되어서는 안 된다는 문언이, UAE-투르크메니스탄 투자협정 6조는 투자 약정에 포함된 특정 조항이나 계약상의 안정성 또는 수용 조항을 위반하여서는 안 된다는 문언이 추가되어 있었다. 청구인은 기존 영국-투르크메니스탄 투자협정의 수용 조항과 이들 조항을 함께 적용하면 투르크메니스탄의 행위는 수용에 해당한다고 주장하였다.

판정부는 두 가지 측면에서 청구인의 주장이 문제가 있다고 지적하였다. 우선 청구인은 서로 다른 조약의 조항을 혼합하여 투르크메니스탄이 체결한 어느 조약에도 나타나지 않는 새로운 조항을 창설하려는 것으로 보인다고 지적하였다. 둘째, 청구인은 프랑스, UAE-투르크메니스탄 투자협정의 수용 조항 하에서 자신에게 부여될 수 있는 대우가 영국-투르크메니스탄 투자협정상의 수용 조항 하에서 부여되는 대우보다 더 유리하다는 점을 입증하지 못했다고 지적하였다. 프랑스,



UAE-투르크메니스탄 투자협정의 수용 조항을 청구인 주장대로 최혜국대우 조항을 통해 원용하여 투르크메니스탄이 특정한 약속이나 투자 약정의 특정 조항 등을 위반하였다고 판정하더라도 수용이 발생하지 않았다는 중재 판정부의 결론을 바꾸지는 못하며 이미 우산 조항 위반이라는 판정을 재확인하는 것일 뿐이므로 더 유리한 대우를 제공하지 못한다는 것이다(372-378).

4) 공정·공평 대우 등

투르크메니스탄은 청구인이 공사를 중단한 후 2009년 12월 청구인에 대한 과세 산정을 다시 하였고 2010년 2월에는 300만 불의 지체(遲滯)상금을 부과하였다. 청구인은 투르크메니스탄의 공사대금 지연과 함께 이들 조치가 투자협정상의 공정하고 공평한 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

판정부는 계약 규정을 무시하고 청구인에게 Smeta 방식으로 청구서를 제출할 것을 요구한 것은 공정·공평 대우 의무 위반이라고 인정하였다. 그러나 세금 산정은 정식의 납세 통지로 이어져 청구인이 납세한 것도 아니고 지체상금 역시 청구인이 지불하지 않았으므로 두 조치에 대해서는 공정·공평 대우 의무 위반 여부를 심리하지 않았다. 다만 지체 상금 산정의 경우 실제 공사 지연 시점 이전을 기준으로 과도하게 산정하였고 공기 연장 여부를 청구인에게 충분히 설명하지 않은 점은 투르크메니스탄의 잘못이라고 지적하여 두었다(382-390). 청구인은 투르크메니스탄의 조치가 충분한 보호 및 안전 의무 위반이고 자의적인 조치에도 해당한다는 주장을 제기하였으나 판정부는 모두 기각하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건은 우산 조항에 의해 계약 위반이 투자협정 위반으로 인정된 사건이다. 그러나 모든 계약 위반이 바로 투자협정 위반을 구성하는 것은 아니다. 투자 계약 위반 중 일정 요건을 갖춘 것만 우산 조항의 적용을 받을 수 있다는 판정례가 다수 있다. *Sempra vs. Argentina* 사건 (ARB/02/16) 판정부는 계약의 상업상의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으며 이러한 구분은 우산 조항의 무한정 또는 부당한 확장을 회피하기 위해 필요하다고 인정하였다. *Tulip vs. Turkey* 사건 (ARB/11/28) 판정부도 우산 조항이 모든 계약 위반 사항을



자동적으로 협정 위반 사항으로 상승시키는 것은 아니라고 보았다. 투자협정은 순수한 계약상의 분쟁에는 적용되지 않는다고 확인하였다. 그 근거로 네덜란드-터키 투자협정 8(3)조⁴⁰¹⁾는 ICSID 중재 대상을 투자 분쟁으로 한정하고 있고 8(1)조⁴⁰²⁾는 투자 분쟁을 투자 인가의 해석이나 투자협정상의 권리 위배 사항으로 정의하고 있는 점을 제시하였다.

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4) 판정부 역시 국가가 투자자와 체결한 계약을 위반한 것이 그 자체로 국제법상의 책임을 야기하지 않는다는 것이 일반 국제법 원칙이며 우산 조항을 투자협정에 포함시킴으로써 투자 계약의 위반을 협정 위반으로 보아 국제법적인 책임을 발생시킬 수 있으나, 이 경우에도 모든 계약상 위반 일체를 투자협정 위반으로 주장할 수 있는 것은 아니라고 이해하였다. 판정부는 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15) 중재 판정을 인용하여 우산 조항이 모든 계약 위반을 협정 위반으로 격상시키는 것은 아니며 투자협정 보호 기준에 훨씬 미치지 못하는 경미한 계약 위반까지 투자 유치국에게 국제적인 책임을 지우는 것은 타당하지 않다고 언급하였다. 계약 위반이 협정 위반이 되기 위해서는 해당 우산 조항의 정확한 문언을 분석하는 것이 필요하고 동 문언 상의 요건을 충족해야 계약 위반을 협정 위반으로 취급할 수 있을 것이라고 보았다.

투자 분쟁에서 우산 조항 위반에 관한 주장은 빈번하게 제기된다. 그 주장의 주된 쟁점은, 우선 우산 조항의 적용 대상 범위로서 투자 계약의 위반만을 그 대상으로 하는지, 투자 계약 외에 투자 유치국의 법령상의 약속도 포함되는지 여부다. 투자 계약 위반은 모두 우산 조항을 통해 협정 위반이 되는 것인지, 투자 계약의 위반 중 우산 조항이 적용되지 않는 것도 있는지도 투자 분쟁의 쟁점이 되어 왔다. 투자 계약의 주체에 대한 시비도 있다. 계약 체결자의 계약 위반 행위를 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있는지, 투자자가 아닌 투자자의 자회사나 기타 관련자가 체결한 계약도 포함되는지 여부이다. 위반 행위가 국가의 공적인 주권적 행위이어야 우산 조항이 적용되는지 여부도 쟁점이 되고 있다. 계약에는 통상 분쟁해결 조항이 포함되어 있다. 우산 조항 위반 시비가 제기된 경우 해당 투자 계약상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지 투자협정의 위반을 구성하였으므로 투자협정상의 분쟁해결 절차가 적용되어야 하는지도 우산

401] (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration.

402] 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or

(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.



조항과 관련되는 쟁점이다. 지금까지의 투자 분쟁 판례는 일부 쟁점에 대해서는 동일한 견해가 누적된 것도 있으나 상반된 판정이 내려진 경우도 많아 위에 열거한 모든 쟁점에 대해 적용할 수 있는 일반적인 원칙은 아직 수립되어 있지 않다. 각 사안의 내용과 맥락, 근거가 되는 투자협정의 내용에 따라 판정이 달라질 수 있다.

우산 조항과 관련된 ICSID 판정례는 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29) 해설에 수록하였다.



145

Vigotop vs. Hungary 사건(ARB/11/22)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 계약 당사자로서의 계약상 종료 조항에 의거한 양허 계약 종료 행위는 계약상 종료 권한을 수용 보상을 회피하기 위해 부당하고 악의적으로 행한 점이 입증되지 않는 한 수용으로 볼 수 없다고 판시한 사건이다.

청구인 Vigotop Ltd.는 사이프러스 회사로서 2008년 12월 헝가리에 KC Bidding이라는 회사를 설립하여 2009년 10월 헝가리 재무부와 대규모 종합 관광 위락 단지 건설 및 운영에 관한 양허 계약을 체결하였다(King City 사업). 이 계약 체결 전부터 청구인과 헝가리는 동 사업에 관한 협의 및 준비를 진행하여 왔으며 헝가리 중부 지역에 소재한 발렌스 호수 인근에 위치한 국유지(이하 Sukoro 부지)를 사업 부지로 사용하기 위해 청구인이 헝가리에 보유하고 있는 토지와 교환하기로 하였다. 헝가리 국내법상 국유지 매각은 공개 입찰로만 가능하였으나 사회 간접 자본 건설 및 기타 공공 이익에 관한 사업에 한해서 해당 사업에 필요한 토지를 확보하기 위해 국유지와 교환할 수 있었다. 청구인 소유 토지를 경유하는 고속도로를 건설하기 위해 동 토지와 Sukoro 부지를 교환한 것이다. 청구인이 자신의 부지 2건과 국유지인 Sukoro 부지의 감가가 차액을 지불하는 조건으로 성립한 토지 교환 약정은 2008년 7월 청구인과 헝가리 국영지주회사(MNV)간에 체결되었다.

청구인은 실제 King City 건설 및 운영 사업을 수행할 현지 회사 KC Management를 추가로 설립하였다. 헝가리 투자교역개발공사는 King City 사업 진행 지원을 위해 재정적 지원(incentive)을 제공할 용의가 있음을 밝히고 재정 지원 수령 자격 요건인 ‘특별지위사업’으로 지정되도록 신청하라고 KC Management에게 조언하였고 King City 사업은 2008년 4월 이 지위를 획득하였다.

2009년 3월 King City 사업에 우호적이었던 헝가리 총리가 사임한 이후 2008년 토지 교환 약정의 적정성에 관한 의문이 헝가리 의회에서 제기되었다. 청구인의 토지 감정가를 실제보다 높게 산정하여 정부에게 납부해야 할 국유지와의 차액을 의도적으로 축소하였다는 것이다. 헝가리 국유 재산 관리 위원회는 정부 지시에 의거, 이 약정의 적정성에 대한 감사를 실시하였으나 2009년 7월 이상 없다는 결론에 도달하였다. 별도 조사를 시행한 재무부도 같은 결론을 내렸다.



2009년 8월 재무부는 King City 사업 입찰 결과 KC Bidding에게 낙찰되었다고 발표하였다. 발표 직후 헝가리 회계감사원은 토지 교환은 공공 사업 부지 확보를 위한 것인데 청구인 토지 2건 중 고속도로 건설 상 소요되는 면적은 전체의 5.6%에 불과하여 동 토지가 공공 사업 부지인지 의문이며 청구인에게 Sukoro 부지를 제공하기 위해 취해진 조치로 의심된다는 이유로 2008년 토지 교환 약정은 무효라는 의견을 제시하였다. 헝가리 검찰청이 의뢰한 감정 평가사는 청구인 소유 토지 2건의 가액을 토지 교환 약정시 평가액의 30%정도로 평가하였다. 2009년 10월 헝가리 재무장관은 이를 청구인에게 알리고 우려를 표명하는 서한을 발송하였으며 재무부, MNV는 청구인과 만나 토지 교환 약정 폐지 등을 협의하였다고 주장하였으나 청구인은 이를 부인하였다.

2009년 10월 재무부와 KC Bidding은 King City 사업 양허 계약을 체결하였으며 사업 부지는 특정하지 않고 Sukoro 부지를 포함한 후보 지역 리스트를 첨부하였다. 계약 체결 2시간 후 재무부는 MNV에게 토지 교환 약정 폐지를 30일 내에 청구인과 합의하고 합의 실패시 이 약정 파기를 위한 법적 조치를 취하도록 지시하였다고 발표하였다. 청구인과 MNV의 합의가 이 시간 내에 도달하지 못하자 2009년 11월 MNV는 토지 교환 약정 무효 청구 소송을 제기하였다. 헝가리 투자교역개발공사 조안대로 특별지위사업 자격을 획득하였음에도 불구하고 투자교역개발공사는 실제 재정 지원 제공을 위해서는 정부 승인이 필요하다는 이유로 약정 체결을 지연하였고 끝내 체결되지 못하였다. 2010년 4월 총선에서 King City 사업에 부정적인 야당이 승리하였고 의회에서는 발렌스 호수 연안에 카지노와 같은 위락 시설 건설이 부적절하다는 의견이 제기되었다. 2010년 9월 특별지위사업 자격도 철회되었다.

양허 계약 규정에 따라 KC Bidding은 동 사업 운영사 SDI Europe 을 설립하였고 주 소재지를 Szekesfehervar라는 도시에 두었다. 양허 계약상 사업 운영사는 사업 부지에 소재하도록 되어 있었다. 청구인은 King City 소재지에 대한 신정부의 부정적인 의견을 의식하여 Szekesfehervar를 포함하여 여러 곳의 대체 부지를 물색하였으나 실패하였다. Szekesfehervar는 부지 제공에 합의하였으나 주지사에 의해 철회되었다. 청구인은 총선 이후 새 정부 관계자와 회합을 시도하였으나 무산되었고 King City 사업 진행 협조 요청 서한도 발송하였으나 무시당했다. 2011년 1월 헝가리 재무부는 양허 계약 종료를 통보해왔다. 사업 부지는 사업 시행사 소재지에 있어야 한다는 조항을 위반하였고 Sukoro 부지가 사업 부지라고 인정한다 하더라도 소유주 명의로 사업 시행사가 아니라 헝가리 정부 명의로므로 사업 시행사 소유 부지에 사업을 시행한다는 조항도 위반하였으며 사업 시행사의 사업 시행 보증을 위한 보증금 납부가 이루어져야 한다는 조항을 위반하였다는 이유에서였다.



청구인은 헝가리의 양허 계약 위반이 부당하며 계약 위반에 이르기까지 청구인의 사업 부지 확보 방해, 재정 지원 의사 철회, 특별지위사업 지정 철회 등 일련의 불법부당한 조치를 취해 왔으며 이로 인해 청구인의 투자가 수용당했다고 주장하고 사이프러스-헝가리 투자협정에 근거하여 2011년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.



| 발렌스 호수 위치 및 전경, 호수 건너편이 청구인의 King city 사업 추진 부지 Sukoro 지역이다 |

나. 주요 쟁점

사이프러스-헝가리 투자협정은 7(1)조는 수용 사건에 한해서 ICSID와 같은 국제 중재에 회부할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 판정부는 수용 발생 여부에 대해 우선 살펴보았다. 외견상 헝가리는 계약의 당사자로서 상대방의 계약 의무 불이행을 근거로 계약의 종료 규정에 의거하여 양허 계약을 종료한 것이었다. 이는 주권 국가의 공적인 행위라기보다는 통상적인 계약 당사자의 행위로 보였다. 이에 대해 청구인은 계약 당사자로서의 종료 조항에 의한 종료라는 것은 구실이고 실상은 헝가리가 주권적인 권한 하에서 공공 정책상의 이유로 계약을 종료한 것이라고 주장하였다. 헝가리는 계약 조항에 의거한 종료는 수용에 해당하지 않는다고 반박하였다.

판정부는 수용 여부를 가리기 위해서는 우선 헝가리가 공공 정책적인 목적으로 계약을 종료하였는지 살펴보아야 하나 설사 그러한 점이 인정되더라도 헝가리가 해당 계약의 당사자로서 계약을 종료할 수도 있으므로 그 자체만으로 수용이라고 단정할 수 없다고 보았다. 헝가리가 계약의 당사자로서 계약상의 권리 행사를 통해 계약을 종료한 것이라면 그 종료 행위가 충분한 근거가 있고 타당하지 여부를 살펴보아야 한다고 보았다. 공공 목적도 존재하고 종료 행위가 계약상 타당할 경우 계약 종료 행위가 수용에 따른 보상을 회피하기 위해 계약상의 권리를 남용한 것은 아닌지 심리해야 최종적으로 수용 여부를 판단할 수 있을 것으로 보았다.



양허 계약을 종료해야 할 공적인 목적의 존재 여부에 대해 판정부는 제출된 증거와 상황 전개를 볼 때 헝가리 신 정부가 구 정부의 토지 교환 약정 체결에 부정이 개입되었다고 의심하고 있었고 이에 따라 이 약정이 무효라는 입장을 견지하였으며 발렌스 호수 주변을 환경친화적으로 개발하려는 관광 정책상의 목적을 갖고 있었다고 보았다. 헝가리 신 정부가 카지노 단지를 발렌스 호수 인근의 Sukoro 지역에 건설하는 것에는 부정적이었으나 카지노 사업 자체에 대해서는 부정적인 입장을 갖고 있지 않았다고 판단하였다. 판정부는 청구인이 제출한 증거로 볼 때 발렌스 호수 주변을 환경친화적으로 유지, 보존, 개발하려는 의도는 충분히 확인되며 이에 따라 헝가리가 양허 계약을 종료할 때 주권적인 권능을 행사한 것으로 보는 것이 타당하다고 결론내렸다. 토지 교환 약정 체결의 부정 가능성도 일부 고려된 것으로 보인다고 판단하고 이 역시 공공적인 목적에 해당한다고 생각하였다.

판정부는 다음 단계로 양허 계약을 종료할 수 있는 계약상의 근거가 타당했는지 여부를 따져 보았다. 헝가리가 계약 종료의 근거로 제시한 청구인의 양허 계약 위반 사항은 사업 시행사 SDI Europe이 사업 시행 부지를 확보하지 못한 점, Sukoro 부지 소유권을 획득하지 못한 점, 사업 시행 보증금 미납 등이었는데 모두 사실로 인정된다고 판단하였다.

판정부는 계약 종료 행위가 타당하다 할지라도 수용의 보상을 회피하기 위해 악의적으로 취해진 것은 아닌지 살펴보았다. 판정부는 재무장관의 서한이나 회합을 통해 KC Bidding은 양허 계약에 서명할 당시 Sukoro 부지가 사업 부지로 정해지지 않을 가능성을 인지하고 있었고 토지 교환 약정의 적법성에 대한 소송도 제기되어 Sukoro 부지의 불확실성도 증가되었지만 청구인은 양허 계약에 여타 후보 부지를 포함시키는 것으로 이 위험성이 분산된다고 안이하게 판단한 것으로 보았다. 그러나 청구인이 대체 부지를 확보하기 위해 충분한 노력을 기울였다는 점도 확인되지 않는다고 지적하였다. 특히 2010년 신 정부 출범 이후에는 더 이상의 부지 확보를 시도하지 않았다고 지적하였다. 이상의 심리를 토대로 판정부는 헝가리의 계약 종료 행위가 악의적이고 부당한 계약상 종료 권한의 남용에 해당한다고 판단할 수 없다고 정리하였다.

판정부는 따라서 계약 종료에 대한 공공의 목적이 인정되지만 헝가리의 양허 계약 종료 행위는 계약 당사자로서의 정당한 권리 행사이며 부당하게 남용되지 않았으므로 수용에 해당한다고 볼 수가 없다고 판시하였다.



다. 평가 및 해설

흔히 제기되는 간접 수용 조치는 투자 유치국이 청구인과 체결한 계약을 파기, 종료하는 것이다. 판례는 투자 유치국이 계약의 당사자로서 행한 행위인지 주권적인 공적 행위인지를 구분하여 전자의 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 시비되는 조치로 인해 투자자가 경제적인 손실을 입어야 간접 수용으로 인정하는 것은 아니다. 실질적인 권리 박탈이 인정되면 실제로 투자자에게 경제적인 손실을 초래하지 않았어도 간접 수용으로 인정되며 반대로 해당 조치로 인해 정부가 혜택이나 이익을 보아야 간접 수용이 되는 것도 아니다. 간접 수용이 제기된 물적 대상은 유체물인 경우는 없고 모두 계약상의 권리, 영업권, 중재권 등 무형의 권리들이다. 금융 당국의 감독 조치, 부실 은행 청산 조치, 담배 규제 등 경찰권 등 정당한 공권력 행사에 대해서는 간접 수용을 인정치 않고 있으며 비단 이러한 행정부의 조치뿐 아니라 법원의 판결 자체에 대해서도 간접 수용 주장이 제기되는 경우가 있다. 판정부는 국내 법원의 판결 자체의 정당성 여부에 대해서는 심리를 자제하나 명백히 부당한 판결로 인해 투자자의 투자가 수용에 해당하는 피해를 입었을 경우에는 간접 수용으로 판정하기도 하였다.

간접 수용 판정 중에는 점진적 수용도 인정한 사례가 수 건 있다. 점진적 수용 자체에 대해서는 합의된 정의가 없으나 판정부는 일정 기간에 걸쳐 행해진 일련의 복수의 조치가 개개로는 수용에 해당하지 않더라도 전체를 종합하여 중국에는 수용과 대등한 효과를 투자자에게 발현시켰을 때에는 간접 수용인 것으로 인정하고 있다.

간접 수용은 ICSID 중재에서 압도적으로 많이 제기되는 단골 이슈이다. 이 책에 수록된 사례만해도 54건이다. 간접 수용이 주장되었으나 관할권이 부인되어 본안 심리에 이르지 못한 것을 포함하면 그 수효는 더욱 늘어날 것이다. 간접 수용이 인정된 판정은 제기된 수에 비하면 많지 않다. 54건 중 11건만이 인정되었다. 이는 간접 수용에 대해 ICSID 중재 판정부가 매우 엄격히 판단하고 있기 때문이다. 지금까지의 판례를 보면 판정부는 투자에 대한 투자자의 지배, 통제, 경영권이 문제되는 조치에도 불구하고 계속되고 있거나 정상적인 영업을 통해 수익을 창출하고 있을 경우에는 간접 수용을 인정하지 않는다. 간접 수용이 인정되는 경우는 해당 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우로서 이를 초래한



해당 조치의 정도가 충분할 정도로 가혹한 것이어야 한다는 입장이다. 간접 수용도 수용이므로 소유권이 사실상 탈취된 것과 동등한 효과가 있어야 한다고 보는 것이다.

투자협정의 규정에 의해서 간접 수용 인정이 까다로워지는 경우도 있다. 한미, 한중 FTA에서는 별도 부속서^{403]}를 통해 간접 수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명목의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 가지는 경우라고 제한적으로 정의하고 있다. 아울러 간접 수용 여부 결정 시 i) 경제적 영향, ii) 정당한 기대를 침해하는 정도 iii) 목적과의 비례성, 행위의 성격 및 목적을 고려하도록 요구하고 있다. 그것도 부족하여 아예 공공 복지 목적의 비차별적 규제 행위는 목적에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 기재하고 있다. 이 규정의 기원은 외국인 투자가 자국 내에서 환경 보호에 부합하는 방식으로 이루어지도록 여하한 조치를 채택, 유지, 집행하는 것을 방해하지 않는다고 규정한 NAFTA 1114(1)조^{404]}이다. 멕시코 지방 정부가 환경 보호를 이유로 미국 기업의 유해 물질 매립장 가동을 방해한 것이 *Metalclad vs. Mexico* 사건에서 간접 수용으로 인정된 이후 수용을 의도하지 않은 자국의 정당한 공공 정책이 간접 수용으로 시비될 것을 우려하여 투자협정에 이와 같은 안전 장치를 포함하려는 시도가 증가하고 있다.

403] Annex 12-B

3. The second situation is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors,:

(i) the economic impact of the action or series of actions, although the fact that such action or series of actions has an adverse effect on the economic value of investments, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the action or series of actions interferes with distinct and reasonable expectations arising out of investments; and

(iii) the character and objectives of the action or series of actions, including whether such action is proportionate to its objectives.

(b) Except in rare circumstances, such as when an action or a series of actions by a Party is extremely severe or disproportionate in light of its purpose, non-discriminatory regulatory actions adopted by the Party for the purpose of legitimate public welfare do not constitute indirect expropriation

404] Article 1114: Environmental Measures

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.



146

Franck Arif vs. Moldova 사건(ARB/11/23)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국 법원의 판결, 특히 최종심 이전 단계의 판결이 사법 부인의 대상이 될 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Mr. Franck Charles Arif는 프랑스인으로서 몰도바 기업인 Le Bridge사를 100% 소유하고 있었다. 2008년 7월 몰도바-루마니아 국경 5곳의 세관 지역에 면세점을 운영하는 계약을 몰도바 재정부와 체결하였다(2008년 약정). 청구인은 이 약정이 면세점 독점 개점, 운영권을 부여했다고 주장하였으나 몰도바 정부가 타 기업에게도 면세점 개점을 일정 조건 하에 허락할 때까지라는 조건이 부대되어 있어 완전한 독점권은 아니었다. Le Bridge는 2008년 약정을 근거로 실제 면세점을 개장할 세관과 입차 계약을 체결하였으며 개점 준비를 하였으나 소방 시설 기준 미달 문제가 발생하여 일부 점포의 개점이 지연되었다. 몰도바 공정거래위원회는 2008년 약정이 독점 금지 법령에 위반된다고 주장하여 점포의 개점이 지연되었고 재정부와 공정거래위원회간의 협의가 진행되는 동안 Le Bridge는 일단 준비가 된 면세점을 개점하였다. 몰도바 국내 면세점 업체 Dufremol사는 2008년 약정이 독점 금지법 위반이라고 행정 법원에 제소하였으며 가처분, 상소 등의 법정 다툼 끝에 2010년 11월 2008년 약정이 무효라는 대법원 판결이 나왔다. 2008년 약정을 근거로 체결한 5곳 세관과의 입차 계약도 취소되었으나 실제 취소되기 전까지 상당 기간 Le Bridge는 국경 면세점을 운영하였다.

Le Bridge는 국경 면세점 외에 Chisinau 국제 공항에도 면세점을 개점하기 위한 입차 계약을 2008년 7월 공항 관리 공사와 체결하였다. Dufremol사는 이 계약 무효 소송을 2009년 11월 10일 공항공사와 Le Bridge를 상대로 제기하여 일단 동일 면세점 개점 중지 가처분을 받아 냈다. 공항공사는 즉시 Le Bridge의 면세점 상품 반출을 위한 접근도 금지하였고 소송 당사자임에도 불구하고 Le Bridge에 비해 미온적으로 대처한 반면 자신이 Le Bridge와 체결한 입차 계약 중단 등의 조치는 신속하게 처리하였다. Le Bridge는 Dufremol사를 상대로 반대 소송을 제기하여 승소하는 등 우여곡절을 겪었으나 2011년 3월 대법원은 공항 면세점 승인 취소 판결을 최종 확정하였고 공항 공사는 Le Bridge 퇴거시키기 위한 소송을 개시하였다.



청구인 Arif는 몰도바의 조치가 수용, 사법 부인, 공정·공평 대우 의무 위반 등에 해당한다고 주장하며 프랑스-몰도바 투자협정에 근거하여 2011년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 수용

청구인은 몰도바 법원이 2008년 약정과 임차 계약을 무효화한 것은 자신의 투자를 수용한 것이라고 주장하였다.

중재 판정부는 2008년 약정과 임차 계약이 대법원까지 참여한 몰도바의 사법 체제 전체의 최종 판결로써 무효화되었고 청구인도 적용된 몰도바 법 자체의 흠결을 주장하는 것이 아니라 몰도바 사법부가 법의 적용을 잘못 했다는 주장인 점에 주목하였다. 판정부는 몰도바 사법부와 청구인 경쟁사간의 결탁이 있었다는 청구인의 주장과 몰도바 사법부의 행위가 사법 부인에 해당한다는 주장도 기각된 점을 환기하고 몰도바 법원이 청구인 경쟁사가 제소한 일련의 소송에서 몰도바 법률을 정당하고 신의에 맞게 적용하지 못했다는 청구인의 주장이 증거로 입증되지 않는다고 지적하였다.

판정부는 Le Bridge사는 몰도바 법에 의거 몰도바 법정에서 항변할 공정한 기회를 부여받고 활용하였으며 판정부는 국내심에 대한 상소심이나 최종심의 역할을 하는 것이 아니므로 몰도바 사법부의 2008년 약정 무효 판결을 새로이 심리할 권한이 없다고 확인하였다. 판정부는 2008년 약정 등이 몰도바 법에 의해 무효라고 판결된 것은 청구인 Arif의 권리를 수용한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 더구나 국경 면세점(2008년 약정이 무효화되었으므로 조만간 취소, 종료될 법적인 불안정성이 있기는 하지만) 여전히 영업 중에 있으므로 청구인의 투자 소유권, 활용 및 수익이 탈취된 것이라 볼 수 없고 따라서 수용된 것이라고 판단할 수 없다고 하였다 (판정문 415-418)

2) 사법 부인

청구인은 2008년 약정과 임차 계약을 무효화한 몰도바 법원의 판결은 관련 법을 잘못 적용한 것이고 제소자인 청구인의 몰도바 국내 경쟁 회사와 법원간의 결탁 의혹 등을 근거로 몰도바는 사법 부인의 책임이 있다고 주장하였다.



판정부는 사법 부인의 범위와 개념에 대해 관련 판례와 학설을 제시하였다. 판정부는 국내 법원이 조약상의 의무를 준수하지 않아 국제적 의무를 위반할 수는 있으나 그것이 곧 사법 부인에 해당하지는 않으며 사법 부인의 요체는 사법부에 의한 국내법의 적용 오류나 절차 또는 판결을 통한 국제법 위반이 아니라 외국인에 대한 불공정성의 불발생이나 시정을 보장하는 사법 체제의 수립, 유지 여부라는 학설⁴⁰⁵⁾을 인용하였다(429). 판정부는 아울러 사법 부인은 해당 소송 절차에 당사자로 참여한 자가 주장할 수 있는 것이나 청구인 Arif는 소송 당사자가 아니었으므로 사법 부인을 주장할 수 없다고 판정하였다(435).

판정부는 그러나 사법 부인은 투자자에 대한 공정하고 공평한 대우 차원에서도 심리할 수 있으며 공정-공평 대우는 국내 회사(이 사건 경우 Le Bridge)의 외국인 주주(즉 Mr. Arif)에도 적용되므로 청구인이 사법 부인이라고 주장하는 행위가 공정-공평 대우를 침해했다면 몰도바는 외국인 주주에 대한 공정-공평 대우 의무 위반의 책임이 있다고 보았다. 그러나 이에는 두 가지 제한, 즉 첫째, 국제 중재는 국내심의 상소심이나 최종심이 아니므로 해당 국내법에 대한 자신의 해석이나 적용으로 국내 법원의 해석이나 적용을 대체할 수 없으며 둘째 국내 사법 체제의 최종심이 나온 후에야 사법 부인을 통한 공정-공평 대우 의무 위반 여부를 살펴 볼 수 있다는 것이다. 사법부가 불공정하고 편향된 절차를 거쳐, 정상적인 재판부라면 도저히 할 수 없을 정도의 터무니없고 틀린 방식으로 관련 법률을 잘못 적용하여 최종 판결을 내린 경우야 사법 부인에 의해 공정-공평 대우가 침해된 것이며 국가는 하급심의 부당한 판결에 항변할 수 있는 기제를 보장하는 한 하급심의 부당한 판결과 행위에 책임이 없다는 것이다. 중재 판정부는 사법부가 근본적으로 불공정한 절차와 명백하게 틀린 최종의 구속적인 결정을 내린 경우에 국가는 공정-공평 대우의 책임이 있다고 요약하였다(438-445).

중재 판정부는 이 기준에 따라 2008년 약정과 임차 계약이 무효화된 심리 과정을 살펴 볼 때 Le Bridge에게 항변의 기회가 제공되지 않는 등의 현저히 부당한 절차 속에 진행되었다고 볼 근거가 없고 법원의 판결도 매우 자세하고 타당한 근거를 제시하고 있다고 지적하고 청구인의 주장을 기각하였다.

3) 공정하고 공평한 대우

청구인은 사법 부인을 통한 공정-공평 대우 의무 위반 주장 외에 몰도바 정부의 작위, 부작위

405] Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge Press 2005, page 72-84.



조치로 인해 초래된 공정·공평 대우 의무 위반 주장도 제기하였다. 구체적으로 자신의 정당한 기대를 훼손하였으며 몰도바 정부 기관의 행위와 판단이 일관성이 없었으며 공항 공사의 면세점 폐쇄 및 퇴거 과정 상의 조치가 부당했다는 주장이었다.

중재 판정부는 공항 면세점의 경우 공정·공평 대우가 보장되지 못했다고 판단하였다. 공항 면세점 임차 계약이 2009년 11월 10일, 면세점 개장 이틀 전에 경제 순회 법원에 의해 정지되자마자 공항 당국이 Le Bridge의 접근을 즉각 봉쇄하고 2011년 11월에야 접근을 허가하여 개장 준비를 위해 진열된 상품을 반출하지도 못하게 한 점, 법원 명령 집행에는 신속했으면서도 임차 계약의 당사자로서 Le Bridge의 투자를 유치했으면서도 Le Bridge의 투자가 붕괴되는 상황에서 책임 있는 국가 기관으로서가 아니라 방관자처럼 행동하여 Le Bridge의 매장 접근을 허가하는데 지지부진한 점 등은 청구인의 투자자로서의 정당한 기대를 훼손한 것이고 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다고 판단하였다(547).

판정부는 국경 면세점의 경우 청구인이 개점 및 운영 독점권이 있다고 주장하는 2008년 약정이 전속적인 독점권을 부여했다고 해석하기 어려워 독점권에 청구인의 기대가 정당하다고 볼 수 없고 정당한 기대란 청구인이 기대하는 모든 것에 적용되지는 않는 것이므로 몰도바 국가 기관 행위 간의 비일관성, 소방 검열로 인한 개점 지연 등은 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하는 정도는 아니라고 판시하였다(553-555).

다. 평가 및 해설

1) 최혜국대우 조항을 이용한 타 협정 조항 차용

프랑스-몰도바 투자협정에는 계약 위반을 조약 위반화 하는 우산 조항이 없었다. 청구인은 영국, 미국-몰도바 투자협정의 우산 조항을 프랑스-몰도바 투자협정의 최혜국대우 조항을 이용하여 이 사건에 차용하여 적용해야 한다고 주장하였다. 판정부는 청구인의 주장을 수용하였다. 판정부는 최혜국대우 조항을 통해 타 협정의 실질적 권리 조항을 도입할 수 있으며 우산 조항의 보호 대상인 계약상의 의무, 약속 준수는 실질적인 권리에 해당하므로 우산 조항은 최혜국대우 조항을 통해 차용될 수 있다고 판정하였다. 하지만 이는 굳어진 판례는 아니다.

EDF vs. Argentina 사건(ARB/03/23) 판정부는 최혜국대우 조항을 원용하여 타 투자협정의 우산 조항을 차용할 수 있다고 판단하였다. 판정부는 그렇지 않을 경우 제 3국에게 보다 유리한



대우를 부여하는 결과에 이르게 되고 이는 최혜국대우 조항이 방지하고자 하는 것이라는 이유를 들었다. 유엔 국제법 위원회(ILC) 최혜국대우 조항 초안 8(1)조⁴⁰⁶는 최혜국대우 조항이 투자자에게 부여하는 권리는 투자협정의 실질적인 사항에 관한 것에 한정된다고 규정하고 있으며 양허 계약상의 투자 유치국의 약속과 관련된 사항은 명백하게 실질적인 조항이므로 최혜국대우 조항을 통한 우산 조항의 차용은 허락되어야 한다고 보았다. 판정문 929-937).

이와 달리 *Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina* 사건(ARB/09/1) 판정부는 분쟁 당사자 간의 스페인-아르헨티나 투자협정 IV조⁴⁰⁷(최혜국대우)는 명백하게 ‘이 협정에서 다루는 문제에 대해서’라고 적용 범위를 한정하고 있고 우산 조항을 협정 내에 포함시키고자 했다면 이를 언급하였을 것인데 언급되지 않았다는 것은 그리할 의사가 없었던 것으로 이해된다고 판단하였다. 판정부는 체약국이 협정에서 배제한 대우나 권리를 최혜국대우 조항을 통해 임의로 도입할 수는 없다고 보았다. 판정부는 최혜국대우는 타 협정의 보다 유리한 대우를 도입하여 본 협정에 이미 기재된 해당 대우의 수준을 개선하는 효과가 있다고 설명하였다(판정문 880-885).

Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina 사건(ARB/09/1) 해설에 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 조항 차용에 관한 ICSID 판례를 종합하여 수록하였다.

2) 사법 부인

이 사건 판정부는 국제 중재는 국내심의 상소심이 아니므로 해당 국내법에 대한 자신의 해석이나 적용으로 국내 법원의 해석이나 적용을 대체할 수 없으며 둘째 국내 사법 체제의 최종심이 나온 후에야 사법 부인 존부를 심리할 수 있다고 보았다. 이는 판례 축적을 통해 확립된 원칙이어서 현재까지 이를 부인하는 판정은 나온 바 없다.

Azinian vs. Mexico 사건(ARB(AF)/97/2) 판정부는 국제 중재가 국내 재판의 상소심이 아니므로 국내 법원 판결의 정당성을 심리할 수 없다고 보았으며 *Lowen vs. USA* 사건(ARB(AF)/98/3) 판정부는 상급심의 교정 가능성이 있으면 부당한 하급심 판정은 사법 부인이라고 볼 수 없고

406] 8(1). The right of the beneficiary State to most-favoured nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause referred to in article 4, or from the clause on most favoured-nation treatment referred to in article 6, in force between the granting State and the beneficiary State.

407] Article IV TREATMENT

1. Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.
2. In all matters governed by this Agreement, such treatment shall be no less favorable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of a third country.



최종 판정은 잔여 사법 절차가 종료되어야 내릴 수 있으며 ICSID 중재가 국내 법원의 상소심이 아니라고 정리하였다. *Mamidoil vs. Albania* 사건(ARB/11/24) 판정부는 중재 판정은 국내 법원 심리에 대한 상소심이 아니라는 원칙을 재확인하였고 *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38) 판정부는 국내 최종심 판결이 정상적인 재판부라면 도저히 도달할 수 없는 변명의 여지가 없는(*inexcusable*) 수준인지를 심리하는 것이 사법 부인이라고 밝혔다.



147

Mamidoil vs. Albania 사건(ARB/11/24)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 경고에도 불구하고 항구 내에 저유 시설을 건설한 청구인이 투자 유치국의 유조선 입항 금지 등의 조치에 대해 수용, 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 제기한 사건이다.

청구인 Mamidoil Jetoil Product S.A.는 유류 매집, 유통, 판매를 업종으로 하는 그리스 회사이다. 1998년 7월 청구인은 알바니아 Durres 항에 유류 저장 시설(tank farm)을 건설하기 위해 투자 인가를 신청하였다. 투자 결정 수년 전부터 알바니아 정부 고위 당국자의 적극적인 투자 권유와 협조 약속이 있었다. 당시 알바니아는 공산 정권 붕괴 이후 시장 경제를 도입하고 경제 개발을 위해 서방 자본의 투자 유치에 적극적이었다. 1999년 6월 청구인은 알바니아 경제자유화부와 유류 저장 시설 건설을 위해 Durres항 내 14000㎡ 부지를 20년간 임차하는 계약을 체결하고 그 해 9월 해당 부지를 인수하였다.

한편 시급한 경제 건설을 위해 알바니아 정부는 공산 정권 하에서 낙후된 각종 사회 간접 자본 개보수 및 신설을 적극 추진하였다. 1998년 7월 알바니아 정부의 요청에 의해 세계은행은 Durres항 시설 개선 사업을 지원하기로 하고 12월 미국 건설사 Berger사가 실사 보고서 작성을 위한 현지 조사를 개시하였다. 1999년 9월 유류 저장 시설 건설 부지 임차 계약이 체결될 무렵 Durres 항은 컨테이너 및 여객 전용 항만으로 변경하는 방안으로 보고서가 작성 중에 있었다. 1999년 11월 Durres 항만청과 알바니아 교통부는 청구인에게 향후 Durres 항에서는 유류 저장 시설 운영이 어려울 수 있음을 알리고 대체 부지 물색을 권유하는 서한을 발송하였으나 청구인은 이를 무시하였다. 2000년 2월 Durres 항만청은 2차 경고 서한을 발송하였다. 2000년 3월 Berger사는 Durres 항이 인구 밀집 지역과 인접하여 있는 점 등을 감안하여 컨테이너선 및 여객선 전용 부두로 변경하는 내용의 부지사용계획서를 제출하였으며 세계은행과 알바니아 정부는 이를 승인, 2000년 6월 알바니아 각료회의는 세계은행 경비 지원을 받아 부지 사용 계획서 대로 Durres 항만 개조 사업을 시행하기로 의결하였다. 2000년 7월 알바니아 교통부와 경제자유화부는 Durres



항만 내에 유류 저장 시설을 운영할 수 없게 되었다는 사실을 청구인에게 통보하고 유조선 전용으로 선정된 항구로 사업 부지를 이전할 것을 권유하였다. 청구인의 Durres 항 내 유류 저장 시설 공사는 이미 2000년 3월 개시된 상태였다. 2000년 9월부터 12월간 공사는 중단되었고 문제 해결을 위해 청구인은 그리스 정부의 개입을 요청하여 양국 정부 협의 끝에 2001년 2월 알바니아 정부는 청구인에게 유류 저장 시설을 10년간 운영할 수 있는 허가권을 부여하였다. 저장 시설 공사는 재개되었다. 건설 공사에는 건설 부지 허가, 건설 허가, 환경 허가, 준공 허가 등이 필요했으나 청구인은 환경 허가 외에는 명시적인 허가를 취득하지 않았고 알바니아측도 이를 문제삼지 않았다. 2001년 10월부터 유조선 접안 및 유류 저장이 시작되어 2009년 6월 유조선 입항이 금지될 때까지 청구인은 선박을 이용한 유류 반출입 영업을 수행하였다. 알바니아 정부는 유류 전용 항만이 완성되자 2009년 6월 Durres 항에 유조선의 입항을 금지하였다. 그러나 청구인은 허가권 유효 기간이 남아 있었으므로 차량을 이용하여 Durres 항 내 유류 저장 시설에 유류를 계속 반출입하였다. 2011년 청구인은 허가권 갱신을 신청하였으나 기각되었고 허가권은 2011년 2월 만료되었다.

그러자 청구인은 유조선 입항 금지 조치 등이 자신의 투자를 수용한 것이며 공정·공평 대우 등을 위반하였다고 주장하고 그리스-알바니아 투자협정에 근거하여 2011년 7월 ICSID 중재를 신청하였다.



| Durres 항구 위치 및 전경 |



나. 주요 쟁점

1) 관할권

알바니아는 투자협정에 투자는 투자 유치국 법령에 의거하여 시행되어야 한다고 규정되어 있으나 청구인은 건설 허가 등을 취득하지 않고 저장 시설을 건설하였으므로 이는 투자협정상 투자에 해당하지 않는다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인의 해당 허가 신청 여부, 해당 허가 미취득 하 공사의 불법성 여부, 알바니아의 불법성 원용 가능 여부 순으로 심리를 진행하였다. 중재 판정부는 제출된 증거와 증언 등을 종합하여 판단할 때 청구인이 건설 부지 사용 허가, 건설 허가, 준공 허가를 신청하지 않은 점이 인정된다고 보았다. 환경 허가는 적법하게 발급되었으나 나머지 허가는 발급받지 못한 상태에서 공사가 완공되었고 알바니아의 건설법 등 관련 법령상 무허가 건설은 법규 위반인 점이 인정된다고 보았다. 판정부는 투자를 적법성을 부인할 정도의 법규 위반은 경미하고 사소한 것이 아니라 실질적이고 심각한 수준이어야 한다고 설명하였으며 무허가 건설은 경미하고 사소한 수준의 위반으로 볼 수 없다고 판단하였다.

그러나 청구인이 중대한 법규 위반을 범한 것과 알바니아가 이러한 위법성을 주장할 수 있는 것은 별개의 문제로 보았다. 판정부는 알바니아 당국이 청구인의 건설 허가 신청이 없었고 허가가 없는 상태에서 공사를 진행 중에 있다는 것을 알고 있었으면서 건설 중단, 불법 건축물 등 관련 법령상의 제재 조치를 취하지 않았으며 지속적으로 적법한 신청(구비 서류 완비, 적정 신청 양식 사용 등)을 하도록 종용하였고 신청 요건이 완비되면 언제든지 허가를 부여하여 청구인 공사의 불법성을 해소하여 주겠다는 협조적인 자세를 견지하여 왔다는 사실을 주목하였다. 양측의 협조를 통해 환경 허가는 적법하게 신청, 발급되었으나 여타 허가는 이러한 협조에도 불구하고 발급되지 않았다. 판정부는 알바니아의 이러한 태도는 과거의 불법성은 무시하겠으며 현재의 불법성은 잠정 중단하고 미래의 불법성은 해소하여 주겠다는 것으로 해석된다고 지적하고 이러한 상황에서 알바니아는 불법성 발생, 유지의 책임을 공유하는 것이므로 청구인 투자의 적법성을 문제삼을 수 없다고 판단하고 따라서 ICSID는 이 사건에 대해 관할권이 있다고 판시하였다(판정문 370-379, 479-495).



2) 간접 수용

청구인은 알바니아의 유류 저장 시설 이전 협박, Durres 항의 새로운 부지 사용 계획, 유조선 Durres 항 입항 금지, 유류 거래 허가권 갱신 신청 기각 조치로 인해 Durres 항구 내 자신의 저장 시설이 경제적 가치를 상실하였고 이로 인해 자신의 주식 가치가 탈취되었으며 자사의 명성이 심각하게 훼손되었다고 주장하고 이는 간접 수용에 해당한다고 역설하였다. 청구인은 소유권은 침해되지 않았더라도 투자의 경제적 용도나 향유, 가치, 효과적인 통제 등이 탈취되었으면 수용에 해당한다는 것이다.

중재 판정부는 수용의 문언적인 해석상 자산 자체에 대한 특별한 효과를 의미하는 것이지 자산에 부과된 손실을 의미하는 것은 아니라고 전제하고 자산에 대한 특별한 효과란 직접적일 수도 간접적일 수도 있으나 자산의 본질적인 특성 중의 하나 또는 복수가 탈취되어야 한다고 보았다. 그 특성이란 해당 자산의 용도, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등으로서 이들 중 하나가 영향을 받고 그 결과로서 가치나 이익이 손상되면 수용 주장이 제기될 수 있는 것이라고 이해하였다. 따라서 단순한 가치나 이익의 손실을 초래한 행위는 수용이 될 수 없고 불법적인 행위라도 자산의 본질적인 속성을 하나라도 침해하지 않았으면 수용이라고 할 수 없으며 적법한 행위라도 이러한 속성을 침해하였으면 수용이라고 설명하였다. 판정부는 투자의 수익성을 감소시켰으나 완전히 소멸시키지는 않았고 투자자의 통제권을 온존시킨 조치는 일반적으로 간접 수용이라고 볼 수 없다는 *El Paso vs. Argentina* 사건 판정^{408]}에 동의하였다(565-573).

판정부는 이 사건의 경우 알바니아는 시장 경제 전환 후 시급히 경제를 개발하기 위해 국제 기구 등의 원조를 받아 항만 등 국가 기반 시설을 정비하려는 정책을 시행하고 있었고 청구인도 유류 저장 시설 공사 개시 당시 이를 충분히 인지하고 있었다고 보았다. 알바니아는 부지사용계획서 공표 후 청구인 공사 중단 및 재개 허용, 그리고 유류 거래 허가권 부여를 통해 청구인의 사정을 충분히 배려하였고 청구인은 유조선 입항 금지 조치 이후에도 허가권 유효 기간까지 저장 시설의 유류 반출입 영업을 계속할 수 있었다고 지적하였다. 유조선 입항 금지로 인해 청구인 투자자가 경제적 가치가 소실되었으나 이는 알바니아의 항만 시설 정비라는 공공 정책이었고

408] 255. Regulations that reduce the profitability of an investment but do not shut it down completely and leave the investor in control will generally not qualify as indirect expropriations even though they might give rise to liability of other standards of treatment, such as national treatment or fair and equitable treatment.

256. In conclusion, the Tribunal, consistently with mainstream case-law, finds for an expropriation to exist, the investor should be substantially deprived not only of the benefits, but also of the use of its investment. A mere loss of value, which is not the result of an interference with the control or use of the investment, is not an indirect expropriation.

(*El Paso Energy International Company v. Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, paras. 255-256)



청구인도 예견하였던 조치였다고 언급하였다. 이러한 조치의 결과는 투자 자산의 본질적인 속성의 훼손에서 기인한 손실이 아니라고 확인하였다. 저장 시설에 대한 청구인의 사용, 소유, 통제, 처분에 관한 권한은 아무 영향을 받지 않았기 때문이다. 이상을 근거로 판정부는 청구인의 조치는 수용이 아니라고 판정하였다(574-580).

3) 공정·공평 대우(법적 안정성)

청구인은 Durres 항만 사용 계획 변경 가능성을 사전에 알려 주지 않았고 유조선 입항 금지 결정시 청구인에게 시설 이전을 명령하거나 이전 조건을 제시하지 않은 점 등은 투명하고 안정적인 법적 환경을 투자자에게 제공하여야 하는 의무를 위반한 것이라고 주장하였다.

판정부는 투자자는 법적 환경의 투명성과 안정성을 기대할 수 있으나 투자 상황을 평가할 의무도 있다고 보았다. 투자 결정 전 알바니아 고위 관리들과의 사전 회합 등에서 청취한 이들의 고무적인 언사는 그 자체로서는 법적인 기대를 창출하지 못하고 실질적이고 구체적인 보장이 아니라 일반적인 긍정적인 언급으로서 청구인의 투자에 관한 법적 환경의 안정성을 보장하는 약속 또는 특정한 대표성에 해당하지는 않는다고 판단하였다. 청구인은 부지 임차 계약이 유조선에 의한 유류 하역이 계속될 수 있으리라는 기대를 포함한다고 주장하기도 하였으나 판정부는 해당 계약은 부지 임차료와 부지 내 저유 시설 건설을 명기하고 있을 뿐 유조선에 의한 유류 하역은 언급이 없으며 그와 같이 중요한 사업 내용이 명시적인 기재가 아니라 암묵적인 추론으로 정해질 이유가 없다고 지적하였다.

판정부는 부지 임차 계약 및 부지 이전 시까지 양측 모두는 Durres 항에 각종 화물이 선적, 하역될 것으로 믿었을 뿐 유조선이 계속 입항할 수 있다는 고시나 면허, 행정상의 확인은 물론 그리 해석될 수 있는 알바니아 측의 행위가 없었다고 확인하였다. 하나 당시 알바니아의 사회 간접 시설은 매우 낙후되어서 항구를 포함한 교통 시설의 전반적인 개선이 필요하다는 점은 공지의 사실이었으며 이를 중요한 국가 정책으로 추진하는 알바니아 정부가 Durres항 부지사용계획서를 승인하고 항만 부지를 새로 구획하고 유조선의 입항을 금지하는 것은 주권적인 권한에 속한다고 보았다. 그럼에도 불구하고 알바니아는 청구인의 사정을 배려하기 위해 저유 시설 공사를 계속하고 유조선 유류 하역을 2009년까지 허가하였다고 판정부는 인정하였다. 중재 판정부는 2000년의 부지사용계획서와 2009년의 입항 금지 조치는 청구인 뿐만 아니라 모든 회사에 공히 적용된 것으로 자의적이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 판정부는 정책이나 규제의 변경은 안정적인



법적 체계 제공 의무의 위반이라고 볼 수 없다고 언급하고 청구인이 주장하는 Durres 항 부지 사용 변경과 유조선 입항 금지는 안정적이고 투명한 법적 체계 제공 의무를 위반한 것이 아니라고 판정하였다(633-663).

4) 공정·공평 대우(정당한 기대)

청구인은 자신의 정당한 기대가 침해되었다고도 주장하였다. 비록 명기되어 있지는 않지만 부지 임차 계약서 및 부속서 내용 및 알바니아 관리의 확약 상 자신은 임차 기간인 20년간 유조선의 유류 하역이 계속되리라고 정당하게 기대하였다는 것이다.

중재 판정부는 문건상 또는 외형상 확인되는 유조선 출입에 대한 인가나 보장이 없다는 점은 확인되므로 알바니아의 행위나 기타 정황상 청구인이 주장하는 기대의 정당성이 입증되는지 살펴보았다. 저유 시설 건설의 경우 적법한 건설 허가 없이 공사가 진행되었고 알바니아는 제재 조치를 취하지 않는 대신 적법한 신청서가 제출되도록 종용하고 협조하였으므로 판정부는 청구인이 건설 공사의 불법성을 인지하였다고 판단하였으며 이러한 불법성이 용인되리라는 기대가 창출되도록 알바니아가 특정한 행위나 문서상의 승인을 표시한 바 없다고 확인하였다. 이러한 상황에서 판정부는 청구인이 저유 시설 건설의 불법성에도 불구하고 자신의 영업 활동을 계속할 수 있으리라고 정당하게 기대할 수 없다고 판정하였다.

Durres 항 유조선 입항 금지 조치에 관해서도 판정부는 부지 임차 계약 종료 시점까지 유조선 저유가 가능하리라고 청구인이 정당하게 기대할 수 없었다고 판정하였다. 부지 임차 계약에 해당 언급이 없는 것은 물론이고 2000년 초 청구인의 공사가 개시되기 이전에 알바니아는 청구인에게 경고 서한을 발송하여 공사 중단 및 저유 시설 이전을 권고하였고 항만 시설 정비는 알바니아 정부가 국가 과제로 추진하는 기반 시설 개선 사업의 주요 요소라는 점은 청구인도 충분히 인지하고 있었다고 보았다. 특히 알바니아의 공사 중단 권유는 정당한 기대 여부 판정에 특별한 의미를 부여해야 한다고 판단하였다. 판정부는 청구인이 공사 개시 전 저유 시설 존속 여부에 대해 알바니아와 보다 확실하게 협의할 수 있었을 것이나 이를 시행하지 않았고 알바니아가 항만 부지 사용이 변화 없이 계속되리라는 보장이나 대표성 있는 행위를 한 바 없다는 점을 확인하였다. 판정부는 청구인이 주관적인 희망을 할 수는 있었겠으나 주관적인 희망을 정당한 기대로 치환하기 위해서는 행정 당국의 약속이 존재해야 하고 확인(identifiable)할 수 있어야 한다고 보았다. 이상을 토대로 판정부는 청구인의 정당한 기대가 침해되었다는 주장을 기각하였다(710-735).



5) 공정·공평 대우(부당 압력)

청구인은 유조선 유류 하역이 2009년부터 금지된다는 것이 확실해 진 2007년 정당한 보상이 있으면 저유 시설 이전을 검토할 수 있다고 알바니아에 제의하였으나 묵살당했고 이후 알바니아는 저유 시설 이전을 부당하게 압박하여 왔으며 이는 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 판정부는 2000년 2월 저유 시설 공사가 개시될 즈음 알바니아는 공사 중단을 요청하고 공사 계속 시 재정적인 손실이 있을 것임을 서한으로 경고한 점, Durres 항구 부지 사용 계획서를 설명하고 공포한 점, 그리스 정부와 협의하여 유류 거래 허가권을 부여하여 저유 시설을 이용할 수 있게 한 점, 2009년 유조선 입항 금지 이후에도 저유 시설을 이용하게 한 점 등은 공정한 대우였다고 판단하였다. 그와 반대로 청구인은 알바니아의 선의의 경고를 무시하고 저유 시설 건설을 강행하였고 알바니아의 보상이 있을 시 이전 용의가 있음을 표명하였으나 그러한 보상의 법적 근거는 없다고 일축하고 청구인의 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 기각하였다(742-749).

6) 공정·공평 대우(사법 부인)

청구인이 수입한 유류에 부과된 조세의 적정성 여부를 둘러싸고 다툼이 발생하여 청구인은 소송을 제기하였으나 2007년 대법원에서 기각된 바 있었다. 청구인은 이를 사법 부인이라고 주장하였으나 판정부는 중재 판정은 국내 법원 심리에 대한 상소심이 아니므로 알바니아 법원의 판정의 적정성 여부에 대해서는 심리할 권한이 없고 투자 유치국의 사법 체제 전체가 투자자에게 공정하고 공평한 대우를 제공할 수 없을 정도로 무력하였는지 여부를 가리는 것이 사법 부인이나 이 사건 경우는 해당 사항이 없다고 판단하였다(764-771).

다. 평가 및 해설

1) 간접 수용 판례

ICSID 중재 판정은 소유권은 침해되지 않았더라도 투자의 경제적 용도나 향유, 가치, 효과적인 통제 등이 탈취되었으면 수용에 해당한다고 본다. 이른바 간접 수용이다. 다만 그 탈취의 정도가 사실상 소유권을 박탈당한 것과 마찬가지로 가혹, 심각해야 간접 수용으로 인정한다. 간접 수용에 해당할 수 있는 요건 또는 정도를 제시한 판례로서 이 사건 청구인이 심리 과정 중



제시한 것은 *Tecmed vs. Mexico* 사건^{409]}, *AES vs. Hungary* 사건과 *Bayindir vs. Pakistan* 사건^{410]} 등이다.

2) 투자 설립의 적법성

이 사건 판정부는 투자 설립의 적법성과 관련하여 투자 유치국의 법령의 위반이 있더라도 그 위반의 정도가 사소하고 미미하면 적법한 투자로 보아야 한다는 입장을 취했다. 비슷한 사건으로는 *DLP vs. Yemen* 사건(ARB/05/17)이 있다. 이 사건 판정부는 법과 규정에 따른다는 구문은 투자협정에서 흔히 볼 수 있는 표현으로서 이는 투자 유치국의 법제의 중요한 원칙을 위반하여(예컨대 허위 대표, 소유권 위장 등) 이루어진 투자를 배제함으로써 투자의 적법성을 보장하려는 취지라는 것이 이전의 판례를 통해 확인된다고 보았다. 역시 사소한 위반에 대해서는 관대한 입장을 유지한 것이다.

투자 설립의 적법성에 관한 ICSID 판례의 종합 해설은 *Metal-Tech vs. Uzbekistan* 사건 (ARB/10/3)에 수록하여 두었다.

3) 정당한 기대

이 사건에서 심리한 투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공장·공평 대우 의무 위반 주장은 ICSID 중재에서 흔히 제기되는 쟁점이다. 이에 관한 종합 해설은 *Plama vs. Bulgaria* 사건(ARB/03/24)에 수록되어 있다.

409] "To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation [...], it must be first determined if Claimant, [...] was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto – such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation – had ceased to exist. In other words, if due to the actions of Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder ..." [*Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 115.]

410] "For an expropriation to occur, it is necessary for the investor to be deprived, in whole or significant part, of the property in or effective control of its investment: or for its investment to be deprived, in whole or significant part, of its value." [*AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para. 14.3.1; cf. also: *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 444.]



148

Tulip vs. Turkey 사건(ARB/11/28)

가. 사건 개요

이 사건은 터키 건설 공사의 행위 책임이 터키 정부에 귀속될 수 있는지와 우산 조항 위반 여부 등이 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Tulip Real Estate & Development는 2007년 10월에 설립된 네덜란드 부동산 개발 회사이다. 2006년 8월 터키의 부동산 투자 공사 (Emlak)이 발주한 이스탄불 내 주상 복합 단지 개발 사업(Ispartakule III)이 Tulip Joint Venture에게 낙찰되었다. Tulip JV의 주관사는 Tulip I이라는 터키 회사로서 네덜란드 Van Herk Group과 이 그룹 회장 Van Herk의 오랜 동업자인 Mr. Meyer Benitah가 이 사업 수주를 위해 설립한 현지 투자 수단이였다. FMS라는 터키 회사가 지분 25%를 갖고 2대 주주로 Tulip JV에 참여하였으며 2개의 터키 회사가 소액 지분을 갖고 JV에 참여하였다. Ispartakule III 사업 수주 후 Tulip JV, Tulip I, Emlak은 건설 및 분양 수익 분배 계약을 체결하였다. 이 계약상에는 서명 후 270일 이내에 사업자가 건축 허가를 취득하도록 되어 있었으나 Tulip JV는 이 시한을 지키지 못하였다. Tulip JV는 건축 허가 신청 과정 중에 사업 부지가 속해 있는 지역의 도시 계획의 입안 주체에 관해 터키 주택개발청(TOKI)과 공공사업부 간에 분쟁이 진행 중임을 인지하게 되었다. 터키 행정 법원의 판결에 따라 주택개발청이 해당 지역의 도시 계획을 입안하게 되었고 2008년 주택개발청이 입안한 새 도시 계획이 발효하였다. Tulip JV는 기존 설계를 도시 계획에 맞게 일부 수정하여 건축 허가를 신청하여 2008년 9월 건축 허가를 취득하였다. 청구인은 2008년 8월 Tulip I의 지분 65%를 매입하고 이후 동 사업 진행을 주관하게 되었다. 2008년 10월 Tulip JV는 도시 계획 분쟁으로 인한 사업 지연을 감안하여 사업 기간을 655일 연장하여 줄 것을 Emlak에게 신청하였고 471일 연장을 승인 받았다.

청구인은 2008년 3월 이 사업 경비로서 Tulip I에게 2천만 유로를 대출하여 주었고 2009년 2월에는 2백만 유로를 추가로 제공하였다(1,2차 대출). 건설 허가 취득 이후에도 이 사업 진행은 상당히 지연되었다. 2008년 12월 사업자가 제출한 공사 계획서에 따르면 2010년 5월 완공 예정이었으나 2009년 1월 실제 공사 진척률은 1%에 불과하였다. Emlak은 인력과 장비 추가 투입 등 공기 준수 노력을 다해 줄 것을 요청하였고 Tulip JV는 수 차례 공기 연장을 요청하였다.



부진한 공사 진척율은 심각한 상황에 이르렀고(2009년 12월 예상 진척율 68% 대비 실 진척율 4.5%) Emlak은 공사 진척율을 획기적으로 상승시킬 수 있는 방안 모색 실패 시 계약 종료는 불가피하다는 점을 Tulip JV에게 통보하였으나 Tulip JV는 2년 가까운 추가 공기 연장을 요구하는 것으로 맞섰다. 2010년 5월 Emlak은 Tulip JV의 공기 준수 실패를 근거로 건설 계약을 종료하고 Tulip JV가 은행에 예탁하였던 공사 이행 보증금을 인출하였다.

청구인은 Emlak의 계약 종료는 네덜란드-터키 투자협정상의 공정·공평 대우 의무 위반이며 불법 수용에 해당하고 우산 조항을 위반한 것이라고 주장하고 2011년 10월 ICSID에 중재를 신청하였다. 터키는 Emlak의 행위는 터키에 그 책임이 귀속될 수 없으므로 설사 투자협정 위반 주장이 인정된다고 하더라도 이 사건에 대한 ICSID의 관할권에 동의할 수 없다고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 국가 귀속성

Emlak의 행위 책임이 터키에 귀속될 수 있는지에 대해 청구인은 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 4조(국가 기관), 5조(공적 권한의 행사), 8조(정부의 명령, 지시)상 Emlak의 행위는 터키 주택개발청을 거쳐 터키 정부의 책임으로 귀속될 수 있다고 주장하였다. 청구인은 Emlak이 국가 기관처럼 취급되어 왔으며 주택개발청이 상당 지분을 소유하고 있다는 점에서 5조를, 도시계획법에 의해 건축 허가 취득상의 특혜를 받고 있다는 점에서 5조를, 주택개발청이 이사회 투표권을 장악하고 있고 이사 과반을 임명하고 있다는 점에서 8조를 충족한다고 주장하였다.

중재 판정부는 Emlak은 그 설립 정관에 영리 사업을 수행하는 상업 회사라고 정의하고 있고 터키 상법상의 주식회사로 등재되어 있으며 이사회 이사는 상법상의 요건을 준수하여 독립성이 보장된다는 점을 근거로 사적인 기구라고 보았다. 청구인은 지분 과반이 정부 소유이면 해당 기관의 국가성을 추론할 수 있다고 제기하였으나 판정부는 국가가 소유하고 있다고 하여 해당 회사를 국가 기관으로 간주할 수 있는 국제법적인 근거는 없고 국가 소유성은 특정한 상황에서 국가 귀속성 판단의 한 요소는 될 수 있어도 독립적인 회사를 국가 기관으로 치환할 수는 없다고 언급하였다. 국가와 구별되는 독립적인 법인격을 갖춘 국영 기업은 국가 기관으로 볼 수 없다는 것이다(판정문 286-291).



판정부는 Emlak이 정부 권한을 행사한다고 보기 위해서는 터키 법령에 의해 그러한 권능이 부여되었어야 하고 청구인이 문제삼는 Emlak의 행위가 정부의 권한 행사와 관련이 있어야 한다고 보았다. 판정부는 청구인이 Emlak에게 특정의 정부 권한을 위임한 어떠한 터키 법령도 제시하지 못하였고 공공 기관을 포함하여 특정의 기관에게는 건축 허가 부여 시 특혜 대우를 부여할 수 있다고 규정한 도시계획법 26조는 문안 그대로를 의미하는 것이지 Emlak에게 특정한 정부 권한 행사 권능을 부여한 것이라고 볼 수 없다고 확인하였다. 청구인이 주장하는 Emlak의 공기 연장 거부는 청구인과의 계약상에 적시되어 있는 계약 당사자로서의 권한이지 어떠한 공적인 권한의 행사와도 관련이 없다고 논파하였다(292-297).

정부의 지시나 통제와 관련하여 판정부는 Emlak이 주택개발청의 실효적 통제 하에서 그 지시와 지침에 따라 청구인과의 계약을 이행, 종료하였는지가 관건이라고 보았다. 우선 판정부는 단순한 과반 지분 소유 사실 자체만으로는 이러한 국가 귀속성을 확인하는데 충분하지 않다고 전제하였다. 판정부는 주택개발청이 필요한 시점마다 Emlak의 이사회 과반수 투표권을 통제하였고 이사회 성원 과반이 주택개발청 직원이며 Emlak의 정관에 주택개발청이 주된 투자자이며 그 지분으로 경영 상의 지배적 위치를 점한다고 규정이 되어 있는 점을 확인하였다. 이에 비추어 일단은 Emlak이 주택개발청, 즉 터키 정부의 통제 하에 있다고 결론내렸다. 판정부는 주택개발청이 수시로 Emlak을 특별한 공공 목적을 수행하기 위한 수단으로 이용하여 왔으며 국가 정책 목적을 수행하기 위해 Emlak에 일정 수준의 통제권을 행사할 수 있다는 터키 법 전문가의 증언도 수용하였고 주택개발청이 그러한 정부 권한을 행사하는 범위 내에서 Emlak의 행위는 국가에 그 책임이 귀속될 수 있다고 판단하였다.

그러나 이 사건 경우 Emlak이 Tulip JV와의 문제가 된 계약을 운영함에 있어 회사의 상업적인 이익을 추구하는 이사회 다수의 통상적인 통제가 아니라 공적인 목적을 수행하려는 주택개발청의 지시, 통제 하에 있었는지 여부가 입증되어야 한다고 보았다. 청구인은 Emlak이 Ispartakule III 계약을 종료한 것이 주택개발청과 그의 공적인 권한 행사와 연결이 되어 있다고 주장하고 있으나 판정부는 제출된 증거로 볼 때 청구인의 주장을 수용할 수 없다고 기각하였다. 이사회 회의록, 안건 등을 종합하여 볼 때 계약 종료는 Emlak의 상업적 손실 최소화를 위해 이사회가 독립적으로 결정한 것이지 별도의 공적인 목적 달성을 위한 주택개발청의 지시나 통제에 의한 것이 아닌 점이 확인된다고 보았다. 판정부는 청구인이 문제삼는 공기 연장 요청 기각과 관련하여 공기 연장 필요성의 원인 자체가 청구인의 불성실한 계약 이행 자세에 있다고 지적하였다. 즉 청구인은 1, 2차 대출을 통해 공사 개시에 필요한 최초 자금을 공여하였을 뿐 더 이상의 공사



대금은 제공하지 않았고 선분양 대금으로 공사를 진행하려 하였으나 판매가 부진하여 공사 소요 대금을 조달할 수 없었던 것이 공사 지연의 주 원인이라고 지적하였다. 이상에 따라 판정부는 Emlak의 행위 책임은 터키 정부에 귀속되지 않는다고 판시하였다(301-328).

2) 우산 조항

판정부는 우산 조항이 모든 계약 위반 사항을 자동적으로 협정 위반 사항으로 상승시키는 것은 아니라고 보았다. 투자협정은 순수한 계약상의 분쟁에는 적용되지 않는다고 확인하였다. 그 근거로 네덜란드-터키 투자협정 8(3)조⁴¹¹⁾는 ICSID 중재 대상을 투자 분쟁으로 한정하고 있고 8(1)조⁴¹²⁾는 투자 분쟁을 투자 인가의 해석이나 투자협정상의 권리 위배 사항으로 정의하고 있는 점을 제시하였다.

판정부는 대상이 되는 행위가 협정 위반이 되기 위해서는 공적인 권한 행사를 포함한 주권적인 행위(exercise of sovereign power)이어야 하며 통상적인 계약 당사자로서 행위는 협정 위반이 될 수 없다고 이해하였다. 판정부는 청구인이 문제삼는 Emlak의 행위는 그 성질상 계약적인 것이며 협정상의 쟁점이 될 수 없다고 보았다. 또한 제출된 증거상 Emlak이 상업적 이익을 추구하는 통상적인 상업 계약 당사자로서의 행동 범주 이상을 일탈했다고 판단할 근거가 부족하고 협정 위반 사항을 구성한다고 판단할 여지가 없다고 보았다(348-361).

3) 공정·공평 대우

청구인은 Ispartakule III 사업 시행 부지에 관한 도시 계획 분쟁의 존재를 Emlak과 주택개발청이 본 건 계약 체결 전에 인지하고 있었으며 이를 청구인에게 고지하지 않은 것은 본 건 투자에 관한 청구인의 정당한 기대를 침해한 것이라고 주장하였다. 도시 계획 분쟁으로 인한 공기 지연의 책임이 Emlak과 주택개발청에 있다는 것이다.

판정부는 청구인의 정당한 기대가 생성되기 위해서는 Ispartakule III 사업에 관해 터키의 구체적인 보장이 있었어야 청구인 투자 계획에 대해 일반적인 지지 의사 표명 이상의 약속이나

411] (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration.

412] 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or

(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.



보장을 한 점이 증명되지 않고 동 사업 입찰 고지문에 사업 수행에 필요한 행정적인 요건, 허가 등에 관해 낙찰자가 정당한 주의를 기울여야 한다고 적시되어 있는 점에 비추어 터키의 특별한 보장이나 약속이 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 주택개발청과 Emlak이 사업 부지에 관한 도시 계획 분쟁이 있었다는 사실을 사전에 알고 있었다는 주장에 대해 판정부는 이를 입증할 증거가 없고 설사 알고 있었다고 가정해도 Emlak은 도시 계획 분쟁을 감안하여 471일의 공기를 연장하여 주었으므로 청구인의 불평에 대해서는 합당한 조치를 취했다고 보았다. 청구인은 Emlak의 계약 종료 위협이 공사 진행에 부정적인 영향을 미쳤다고 주장하였으나 판정부는 제출된 증거는 오히려 청구인의 귀책 사유(부족한 경비 등)로 공사가 지연되었다고 밝히고 있으며 선분양으로 공사 대금을 충당할 수 없을 경우 소요 대금 조달 책임은 Tulip JV에 있다고 건설 계약에 명시되어 있고 청구인의 초기 대출금은 공사 초기에 이미 소진되었다는 점을 감안할 때 Emlak의 공기 연장 거부 및 계약 종료는 차별적이거나 자의적이라고 볼 수 없고 계약 당사자의 재량에 해당한다고 판정하였다. 이에 따라 판정부는 청구인의 투자협정 3(1)조 공정-공평 대우 주장을 기각하였다(401-414).

4) 수용, 충분한 보호 및 안전

청구인은 Emlak의 건설 계약 종료는 청구인 투자를 수용한 것이라고 주장하였으나 판정부는 계약 당사자의 계약상의 재량 행위라고 이미 판정하였다고 환기하고 청구인의 주장을 기각하였다.

청구인은 Emlak이 계약 종료 후 사업 부지에 청구인 허가 없이 출입한 것은 충분한 보호 및 안전 위반에 해당한다고도 주장하였으나 판정부는 사업 부지는 Emlak 소유이고 계약 종료 후 사업 부지를 회수하려는 계약상의 권리 행사를 위해 출입한 것이라고 설명하였고 제출된 자료를 볼 때 출입 시 청구인이 주장하는 대로 폭력 행사가 발생하지도 않았다고 지적하고 청구인의 충분한 보호 및 안전 주장을 일축하였다(417-418, 430-437).

다. 평가 및 해설

1) 우산 조항

이 사건과 마찬가지로 투자 계약을 체결한 정부나 기관이 설사 계약 규정을 위반하였다 하더라도



공적인 권한을 행사하는 주권 기관으로서의 행위가 아니라 대등한 계약 당사자로서의 일상적인 위반에 대해서는 우산 조항 위반을 주장할 수 없다고 판시한 판정이 있다.

Duke Energy & Electroquil vs. Ecuador 사건(ARB/04/19)에서 판정부는 국가의 투자 계약 위반이 투자협정의 특정 조항 위반이 되기 위해서는 국가의 계약 위반 행동에 국가가 주권적인 권한을 행사했어야 한다고 보았다. 정부의 계약 위반 자체가 조약 위반을 구성하는 것은 아니며 정부는 통상적인 계약의 당사자로서 국제적인 책임을 야기하지 않고 특정 계약을 위반할 수 있다는 것이다. 이는 국가도 계약의 당사자로서 계약상의 상무적이거나 절차적인 사항은 위반할 수 있으며 이 경우 계약 위반에 해당하는 것이지 행위자가 국가라는 이유로 곧 자의적인 조치, 차별 대우 등 투자협정의 의무 위반을 구성하는 것은 아니라는 것이다. 반면에 *SGS vs. Paraguay* 사건(ARB/07/29)에서 중재 판정부는 약속 준수(observance of commitment)을 요구하는 스위스-파라과이 투자협정 11조⁴¹³⁾(우산 조항) 문안 해석상 계약상의 의무 이행 실패는 약속 준수 실패가 되는 것이며 11조 어디에도 정부가 주권 권한을 남용해야만 약속 준수에 실패하는 것이라고 해석하라는 의미가 담겨져 있지 않다고 단언했다. 이 사건에서 스위스 투자자의 투자와 관련된 계약을 파라과이가 위반했으면 투자협정 11조 위반에 해당한다고 정리하였고 파라과이의 주권적 성질의 행위 시행 여부, 정부 권한의 남용 여부는 관련이 없다고 論破 하였다(판정문 90-95).

2) 국가행위 귀속

쟁점 중의 하나는 문제된 주체가 공적인 자격으로서 행동한 것과 사적인 자격으로 행동한 것을 구분해야 한다는 점이다. 대개 해당 주체와 체결한 계약이 제대로 이행되지 않았다고 청구인이 주장하는 경우가 많은데 해당 주체의 계약 위반 행위가 통상적인 계약 당사자로서 충분히 있을 수 있는 행위인지, 공적인 자격과 권능을 가진 주체로서의 행위인지를 구별하여 전자일 경우 그 책임을 국가로 귀속시킬 수 없다는 것이 이 사건을 포함하여 지금까지 확인된 ICSID 중재 판정례이다. 이 사건 판정부와 유사하게 판정한 사건으로는 *Jan de Nul vs. Egypt* 사건(ARB/04/13)이 있다. 이 사건 판정부는 수에즈 운하 관리 공사(SCA)가 수에즈 운하 관리 운영이라는 국가 사무를 수행할 권한을 부여 받은 것은 인정했으나 이 사건에서 문제되는 행위는 통상의 발주자와 다르게 행동한 점이 없다고 보고 국가 책임 초안 5조에 부합하지 않는다고 판정하였다. 가나 코코아 이사회(GCB)의 국가행위 귀속이 문제된 *Hamester vs. Ghana* 사건(ARB/07/24)에서

413] 11. Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.



판정부는 문제되는 GCB의 행동이 가나 정부가 공권력을 행사한 과정이나 결과가 아니라 상업적인 주체인 GCB와 청구인이 각자의 이익을 확보하려는 정상 거래(arms-length) 행위라고 판단하였다.

국가행위 귀속에 관한 종합 해설은 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에 수록되어 있다.



149

Gambrinus vs. Venezuela 사건(ARB/11/31)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 투자(베네주엘라 비료 회사의 일부 지분)가 보상 없이 수용된 사건에 대해 소송 적격 및 시간적, 물적 관할권 존부가 문제된 사건이다.

1998년 4월 베네주엘라는 식량 증산을 위해 베네주엘라 석유 회사의 자회사인 Pequiven을 최대 주주로 하여 Polar사와 네덜란드, 스위스 회사 4개 기업은 비료 제조 회사인 Fertinitro를 설립하였다(공동 투자 계약 체결). Polar의 지분은 10%였다. 공동 투자 계약 6.7조에는 지분 보유사의 권리 이전, 양도 등의 행위는 반드시 현금 또는 현금 상응 방식으로 이루어져야 한다는 내용이 있었다. Fertinitro 설립 자체가 국내 식량 증산을 위한 비료 생산이었으며 베네주엘라 정부는 Fertinitro 설립 이후 국내 식량 확보를 위한 일련의 조치를 취해 왔다. 1998년 4월 Pequiven은 Fertinitro가 생산하는 비료를 전량 구매하는 계약을 체결하였으나 동 내용에는 Pequiven이 Fertinitro 생산량의 최소 10%를 베네주엘라 국내 시장에 매각해야 하고 그 비율은 3년후에는 15%로 증가시킨 뒤 매년 1%씩 상향 조정하도록 되어 있었다. Pequiven의 구매가가 낮아 Polar등 여타 Fertinitro 주주와 이견이 있었으나 Pequiven은 2007년 국내 수용 공급의 재량권을 보다 확대하기 위해 타 주주의 지분을 매입할 의사를 표명하기도 하였다.

2008년 1월 Polar는 자신의 지분 전량을 공동 투자 계약상의 지분 이전 관련 조항 상의 의무를 모두 준수하면서 이 사건 청구인인 바베이도스 기업 Gambrinus에게 매각하겠다는 의사를 밝히고 30일 이전 통보 의무 적용 보류를 요청하였다. 여타 주주가 이를 승인하여 Polar와 Gambrinus간 지분 매매 약정이 체결되었다. 가액은 8000만불이었는데 2008년 2월 두 회사는 공동 지분 발행 약정을 체결하여 Gambrinus가 신주 80만주(액면가 100불)를 발행하고 이를 Polar에게 이전하는 형식으로 결제하였다. 실제 현금 거래는 발생하지 않은 것이다.

2005년 12월 베네주엘라는 석유화학산업진흥법을 개정하여 Pequiven및 Pequiven 투자 회사로 하여금 석유화학 생산품을 국내 시장에 우선 공급토록 하였으며 2007년 2월에는 보관법을 제정하여 비료 등 식량 생산에 관련되는 상품은 식량 안보 목적상 불가피할 경우 행정 명령을 통해 수용할



수 있는 법적 근거를 마련하였다. 2007년 3월에는 포고령 5218호를 통해 질소 비료 가격 통제 및 수출 통제를 시작하였고 2009년 6월에는 석유화학조직법이 제정되어 관련 회사에 투자한 정부 지분을 51% 이상으로 확대하여 경영권을 장악하도록 하였다. 2010년 10월에는 포고령 7713호가 발동되어 Pequiven사 주도로 Fertinitro 수용 절차가 개시되어 보상가액을 산정하는 협상이 시작되었다.

보상가액 협상이 진척이 없자 Gamubrinus는 2011년 11월 베네주엘라의 보상 없는 수용은 바베이도스-베네주엘라 투자협정 위반이라고 ICSID에 중재를 신청하였다. 베네주엘라는 Gambrinus가 아무 실체는 없는 위장 회사로서 원 소유주인 Polar사가 국제 중재를 이용하기 위해 지분 매매를 허위로 시행한 것이며 이는 지분 매매는 반드시 현금 이전을 수반해야 한다는 공동 투자 약정 위반이므로 Gambrinus와의 지분 매매 약정 자체가 무효이며 따라서 Gambrinus는 ICSID 관할 대상이 되는 투자 자체를 소유하고 있지 않다는 요지로 ICSID의 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 인적 관할권

청구인 Gambrinus는 바베이도스의 페이퍼 컴퍼니이다. 등기만 되어 있을 뿐 아무런 실제적인 경제적, 상업적 행위를 수행하고 있지는 않았다. 베네주엘라는 이를 근거로 Polar사와 Gambrinus는 사실상 동일 회사이며 국제 중재 절차 이용이 불가능한 Polar사가 이를 이용하기 위한 수단으로 활용하는 것이므로 청구인의 중재 신청은 절차의 남용(abuse of process)에 해당한다고 주장하고 기각하여 줄 것을 청구하였다. 바베이도스-베네주엘라 투자협정 1(d)조⁴¹⁴⁾는 분쟁해결 조항 8조의 ‘회사’는 타방 당사국 국민이나 회사에 의해 소유, 실효적으로 통제되는 일방 당사국의 회사를 포함한다고 규정하고 있었다. 베네주엘라는 이 조항은 투자 유치국 내에 설립되었으나 타방 당사국의 소유, 통제에 있지 않은 회사에 분쟁 관할권을 부여하는 한편 투자 유치국 내에 설립되었으나 타방 당사국의 소유, 통제 하에 있는 기업이 자국 정부를 상대로 소송하지 못하도록 이들 기업에 대해서는 분쟁 관할권을 배척하는 방향으로 해석해야 한다고 주장하였다. ‘실효적 통제’라는 표현은 경제적인 현실을 고려하려는 바베이도스와 베네주엘라의 의도가 담겨 있다고 주장하였다.

414] d. ‘companies’ means, in respect of each Contracting Party, corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in that Contracting Party;

For the purposes of the Convention referred to in Article 8 ‘Company’ shall include any company incorporated or constituted under the law in force in one Contracting Party which is owned or effectively controlled by nationals or companies of the other Contracting Party.



중재 판정부는 베네주엘라의 주장을 기각하였다. 이 조항을 문안상으로 해석하면 일방 당사국 법령에 의해 설립되었으나 타방 당사국에 의해 소유, 통제 되는 회사도 8조 분쟁해결 조항을 활용할 수 있다는 것이며 이러한 확장적인 의미는 계약국이 동의할 경우 타국에 의해 소유, 통제되는 자국 기업에 대해서도 ICSID 중재를 적용할 수 있다는 ICSID 협약 25(2)(b)조를 투자협정에 반영한 것일 뿐이라고 보았다. 1(d)조의 문안은 베네주엘라가 배제하려는 종류의 회사 (실질적으로는 타방에 의해 소유, 통제되는 형식상의 자국 회사)도 포함하려는 의도가 명백하고 Gambrinus는 이러한 범주에 해당하는 것이 분명하다고 보았다. 해당 중재 판정 관할권 부여 대상 획정은 투자협정 체결 당사국의 재량 사항이며 이 사건 경우 회사가 일방 당사국의 법령에 의해 설립되기만 하면 된다고 보았다. 국제 중재 절차를 남용하기 위한 시도라는 베네주엘라의 주장에 대해 판정부는 특정 사건에 대한 관할권 판정은 ICSID 협약의 목적과 부합 여부도 함께 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다는 점에 대해서는 동의하였다. 회사가 일방 당사국의 법령에 의해 설립되었으면 일단 인적 관할권은 성립하는 것이고 ICSID 목적 부합 여부 등은 물적 관할권에서 살펴 볼 것이라고 하였다(판정문 138-147).

2) 시간적 관할권

베네주엘라는 이 사건 쟁점이 되는 분쟁은 청구인이 Fertinitro 지분 매입 이전부터 개시되었다고 주장하고 분쟁이 개시된 이후에 청구인이 관할권을 획득한 행위는 관할권 성립의 정당한 근거가 될 수 없다고 주장하였다. 그 근거로서 2007년 2월 보관법, 2007년 3월 포고령 5218호(질소 비료 가격 및 수출 통제), 석유화학조직법 제정 움직임 등을 제시하였다. 베네주엘라는 Polar와 같은 숙련되고 신중한 기업이라면 점증되는 규제 강화 움직임이 결국은 Fertinitro 수용으로 귀결되리라는 것을 짐작할 수 있었을 것이며 이와 관련된 분쟁은 따라서 지분 매매 당시 실존하지는 않았어도 충분히 발생할 것으로 예측할 수 있었다고 주장하였다.

중재 판정부는 동의하지 않았다. 판정부는 2007년 중 Pequiven이 여타 주주의 지분을 매입하기 위해 진지하게 논의한 정황을 주목하였다. 매매 조건, 가격 등이 논의된 각종 자료 등을 검토한 후 판정부는 만일 베네주엘라가 2008년 1월 Fertinitro를 수용할 의사가 있었다면 2007년 내내 Pequiven이 위와 같은 매매 협의를 심도있게 진행할 이유가 없었을 것이라고 보았다. 베네주엘라는 포고령 5218호가 Fertinitro의 영업에 부정적인 영향을 미쳤으므로 이미 분쟁이 개시된 것으로 볼 수 있다고도 주장하였으나 판정부는 이 조치 이후 Fertinitro의 신용 평가가 상승하는 등 청구인이 제시한 증거로 볼 때 령 5218호의 영향은 미미했으며 설사 부정적인 영향이 있었다고



가정하더라도 분쟁의 발생이 (여타 중재 판정부에서 인정한 기준인) 합리적으로 예측가능하다거나 (reasonably foreseeable) 발생 가능성이 매우 높다고(highly probable) 볼 정도로 충분하지는 않다고 판단하였다. 중재 판정부는 분쟁이란 법과 사실에 관한 이견, 당사자 간의 이해 또는 법적 견해의 충돌이라는 국제법상의 정의에 비추어 볼 2008년 1월 지분 거래 당시 이러한 이견이나 충돌이 있었다고 볼 수 없다고 정리하고 따라서 시간적 관할권이 인정된다고 판시하였다(190-199).

3) 물적 관할권

Polar와 청구인 간의 Fertinitro 지분 거래 당시 현금의 이전은 없었다. 청구인이 Polar 명의로 자신의 주식 80만주를 발행하였을 뿐이다. 청구인의 주식은 비상장 주식이어서 시장 거래 가격이 형성되지 않았다. Fertinitro를 설립하기 위한 공동 투자 약정에는 해당 주주들이 지분을 양도, 매각, 할당, 이전 등의 처분(disposition)을 원칙적으로 금지하고 예외적으로 일정 조건 하에 허용하고 있었다. 그러나 예외적으로 허용된 처분도 반드시 현금 거래로 정산되어야 한다는 별도 조항이 있었다(6.7조⁴¹⁵). 베네주엘라는 청구인의 지분 매입은 현금 지급이 아닌 주식 발행을 통해 이루어진 것이므로 공동 투자 약정 6.7조 위반이며 원천 무효라고 주장하였다. 즉 청구인의 Fertinitro 지분 매입 자체가 존재하지 않는 것이므로 청구인은 투자협정상의 보호 대상인 투자 자체를 갖고 있지 못하며 투자 자체가 처음부터 존재하지 않았으므로 투자에 관련된 법적 분쟁을 관할로 하는 ICSID의 물적 관할권이 성립되지 않는다고 주장하였다.

중재 판정부는 베네주엘라 민법 12조에 사인간의 계약이 불분명, 애매모호, 흠결이 있을 경우 재판부가 계약의 목적과 의도 등을 감안하여 해석한다는 규정이 있기는 하나 공동 투자 약정 해당 조항은 매우 명료하게 모든 처분은 현금으로 이루어져야 한다고 적시하고 있어서 판정부가 당사자들의 동의를 수정하거나 달리 해석할 여지가 없다고 확인하였다. 아울러 Polar가 자신의 지분을 청구인에게 매각하기 위하여 여타 주주들에게 사전에 발송한 서한에 보면 공동 투자 약정의 제반 조항을 준수하겠다고 약속하였으나 현금 개입 없이 신주 발행으로 지분이 매각된 것은 청구인도 인정하는 사실이므로 청구인과 Polar간의 지분 거래는 공동 투자 약정의 해당 조항을 위반한 것이 분명하다고 보았다. 따라서 지분 거래는 무효이며 청구인은 결과적으로 베네주엘라 내에 투자를 보유하고 있지 않은 것이 되므로 ICSID는 이 사건 관할권이 없다고 판시하였다(265-277).

415] 6.7. Additional Interest Transfer Requirements. Any Disposition of Interests is subject to the satisfaction of each of the following conditions:

(i) Any Disposition shall be made exclusively for cash or cash equivalents to the exclusion of any other consideration;



다. 평가 및 해설

투자협정에서 투자 분쟁을 제기할 수 있는 상대국의 투자자는 대개 타방 당사국 내의 투자를 소유하거나 통제하고 있는 주체(자연인, 법인)으로 정의된다. 이 경우 소유의 실질성이 문제가 될 수 있다. 이 사건처럼 청구인이 문제가 된 투자에 대해 법적이고 형식적인 소유 관계를 보유하고 있기는 하나 아무런 실체나 활동이 없는 허상의 관계이고 실제로 문제가 된 투자를 실질적으로 소유하고 있는 자가 따로 존재할 경우 청구인을 투자자로 인정할 것인지의 여부이다. 이 사건처럼 외형상의 형식적 요건을 갖추었을 경우 투자자 자격을 인정하는 판례도 있고 실질 소유를 위장하고 투자의 진의를 은닉하려는 투자라는 이유로 투자자 자격이 부인된 판례도 있다.

전자의 예로는 *Waste Management vs. Mexico* 2차 사건(ARB(AF)/00/3)이 있다. 청구인인 Waste Management사는 멕시코 당국과 양허 계약을 체결할 당시 미국 회사가 Cayman 군도의 회사를 통해 소유하고 있었다. 법적인 소유자는 페이퍼 컴퍼니인 Cayman 군도 회사였던 관계로 멕시코 정부는 NAFTA 회원국이 아닌 제3국 국민이 소유하고 있는 투자는 NAFTA 협정상의 투자가 아니라고 주장하였다. 중재 판정부는 이 사건에서 쟁점이 된 내국민 대우, 수용 등은 부여 대상이 투자자가 아니라 투자 자체로 한정되어 있고 NAFTA 협정이 상대국 투자의 정의를 상대국 국민이 직, 간접적으로 소유하고 있는 투자라고 적시하고 있으므로 미국 회사가 Cayman 군도 회사를 경유하여 간접적으로 청구인을 소유하고 있는 것이 문제가 되지는 않는다고 보았다.

후자의 예로는 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)이 있다. 이 사건에서는 청구인이 터키와 분쟁이 발생한 현지 회사를 법적으로 소유하고 있었다. 그러나 재원의 실체는 타인의 소유였고 청구인은 단지 그의 재원이 해당 현지 회사에 투자되는 통로 역할만 했을 뿐 투입된 재원에 대해 청구인은 아무런 의미 있는 통제권을 갖지 못했으며 재원 투입에 따른 아무런 위험성도 부담하지 않은 사실이 확인되었다. 판정부는 투자자란 위험성을 부담하고 일정 기간 자신의 재원을 투자하는 사람이라는 사전적 의미까지 제시하면서 투자자가 되기 위해서는 자기 재원의 투입이라는 의미의 실질적인 투자를 행해야 하나 청구인은 이를 입증하지 못했으므로 투자자로 볼 수 없다고 밝혔다. 또 다른 중재인은 청구인이 현지 회사의 소유자로 등장하게 된 시점은 이미 현지 회사와 터키 간의 이견이 노골화되기 시작한 때이고 이 시기에 청구인이 현지 회사 지분을 매입하게 된 사유는 향후 분쟁 발생 시 국제 중재를 활용하기 위한 보험으로서



행해진 것이 확실히 된다고 판단하고 선의의 투자가 아니라는 이유로 투자자 자격을 인정하지 않았다. 반면 소수 의견을 낸 중재인 1인은 어찌 되었든 소유라는 법적 관계를 충족하였으므로 투자자로 인정해야 한다는 의견을 내었다.

투자자와 투자 간의 소유 실질성에 관한 종합 해설은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건 (ARB/08/13)에 수록하였다.



150

Al Tamimi vs. Oman 사건(ARB/11/33)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인과의 계약을 종료 조항에 의거하여 종료한 투자 유치국의 행위에 대해 수용과 공정-공평 대우 의무 위반으로 제기된 사건이다.

청구인 Adel A Hamadi Al Tamimi는 미국인으로서 2006년 오만에서 석회석을 채석하여 두바이에 공급할 목적으로 Emrock과 SFOH사를 설립하고 오만의 국영 광산 회사(OMCO)와 각각 석회석 광산 임차 약정을 체결하였다(OMCO-Emrock 임차 약정- 2006년 4월, OMCO-SFOH 임차 약정-2006년 5월). 채석 개시를 위해 환경 영향 평가, 채석 허가 등 각종 행정 조치가 필요했으며 OMCO가 자문 및 취득 지원을 하기로 하였으나 부처 간 이견, 몰이해, 권한 상충 및 불명 등으로 인해 해당 부처는 수 차례의 경고, 항의, 벌금 부과 등의 조치를 취하는 등 곡절과 반목이 있었다. 석회석 채취는 2007년 9월부터 개시되었으나 OMCO와 SFOH는 오만 내 회사 등록 문제로 반목하여 OMCO는 2008년 6월 SFOH와의 약정을 무효라고 통보하였고 Emrock과는 환경 규정 불준수 및 벌금 납부 문제로 반목하여 OMCO는 Emrock과의 약정을 2008년 7월 종료하였다(2009년 2월 종료 통지 서한을 재송부). 2009년 5월 오만 경찰은 허가된 채석장 외에서의 채석, 약정 종료 후 무단 채취, 허가 대상이 아닌 모래 채취 등의 혐의로 Al Tamimi를 기소하였다. 상소심에서 무죄 방면되기는 하였으나 별건으로 벌금을 부과받기도 하였다. 청구인은 폐쇄된 채석장의 시설, 장비를 상당 기간 방치한 후 반출하였으나 대부분 훼손, 파괴된데 대해 오만 경찰의 소행이라고 주장하였다.

Al Tamimi는 미국-오만 FTA를 근거로 2011년 12월 ICSID에 중재를 신청하였다. 자신의 투자가 불법 수용되었으며 OMCO와 오만 정부의 각종 조치가 공정-공평 대우 등 투자자 보호와 내국민 대우 의무 위반이라는 것이 주요 청구 이유였다.



나. 주요 쟁점

1) 관할권

미국-오만 FTA는 2009년 1월 1일 발효했다. 미국-오만 FTA 10.1항은 FTA의 적용 대상이 되는 투자를 발효일 현재 존재하거나 그 이전에 수립, 획득, 확장된 투자라고 정의하고 있으므로 FTA 발효일 이전의 투자에 대해 채택, 유지되는 조치에 대해 투자 보호를 주장할 수 없었다. 오만은 청구인의 투자인 OMCO-Emrock 임차 약정은 2008년 7월 20일 종료되었고 OMCO-SFOH 임차 약정은 2008년 6월 2일 무효 통보되었으므로 FTA 발효일 현재 청구인의 투자는 존재하지 않는다고 주장하고 따라서 ICSID의 관할권 대상이 아니라고 주장하였다.

중재 판정부는 OMCO-Emrock 임차 약정은 오만 주장대로 2008년 7월 20일 종료된 것으로 볼 수 없다고 판정하였다. 판정부는 OMCO가 청구인에게 동 임차 약정 종료 통보를 동일한 내용으로 2008년 7월 20일, 2009년 2월 17일 2회 발송한 것에 주목하였다. OMCO는 청구인이 OMCO가 대납한 청구인의 벌금을 납부하지 않은 것을 이유로 동 임차 약정 관련 조항을 원용하여 2008년 7월 20일 동 임차 약정을 종료하고 그 효력은 즉시 발생한다는 요지로 통보하였는데 2009년 2월 동일한 이유와 문안으로 재차 종료 통보하였다. 오만은 OMCO 이사회가 신임 이사장 취임 시까지 2차 서한을 발송을 연기한 것이라고 설명하였는데 판정부는 이는 OMCO 이사회가 최초 종료 통보 서한이 유효하지 않다고 간주한 것이라고 하였다. 판정부는 2차 서한 상의 *we hereby terminate, with immediate effect* 문구로 볼 때 단순히 1차 서한을 재확인할 뿐이라고 볼 수 없으며 오히려 임차 약정이 종료되지 않았다는 점을 시사한다고 지적하였다. 판정부는 OMCO-Emrock 임차 약정이 종료 통보된 것은 따라서 2009년 2월 17일로 보아야 하며 FTA 발효일(2009년 1월 1일) 당시에는 유효하게 존재하고 있었으므로 ICSID 관할 대상이 된다고 판정하였다(286-292).

OMCO는 수 차례 요청하였음에도 불구하고 SFOH가 오만 관계 당국에 등록 절차를 마치지 않았다는 점을 이유로 2008년 6월 2일 OMCO-SFOH 임차 약정이 그 날짜로 무효(null and void)라고 통보하였다. 판정부는 사실 관계가 입증되므로 이 약정에 대해서는 관할권이 없다고 판정하였다.

2) 국가 책임 귀속

청구인은 OMCO가 오만의 국영 기업이므로 OMCO의 위법, 부당한 행위의 책임은 오만에게 귀속된다고 주장하였다. 판정부는 통상의 경우라면 그렇게 볼 여지가 상당하나 미국-오만 FTA



10.1.2조⁴¹⁶⁾는 투자 챗터상의 계약국의 의무는 규제, 행정, 기타 위임된 정부 권한을 행사하는 국영 기업에게 적용될 수 있다고 명기하고 있으므로 OMCO의 행위 책임을 오만에게 귀속시키기 위해서는 OMCO가 규제 권한, 행정 권한, 기타 정부로부터 위임된 권한을 행사한다는 점이 입증되어야 하나 그러하지 못했으므로 OMCO의 행위 책임을 오만에게 귀속할 수 없다고 판정하였다(314-319).

3) 수용

청구인은 자신의 투자가 오만의 OMCO-Emrock 약정, OMCO-SFOH 약정 종료, 청구인 구금 및 기소, 경찰에 의한 채석 중지 각서 서명 강요, 채석장 인부 및 장비의 강제 반출 조치 등을 통해 간접적, 점진적으로 수용당했다고 주장하였다.

중재 판정부는 OMCO-SFOH 약정에 대해서는 관할권이 없고 OMCO-Emrock 약정은 OMCO의 상업적인 판단에 의해 합법적으로 종료되었고 OMCO는 FTA 상의 국영 기업이 아니므로 이 약정 종료의 책임을 오만에게 귀속시킬 수 없으며 청구인의 투자는 주권적인 수용 조치에 의해서가 아니라 계약 상대방과의 계약상의 분쟁으로 인해 종료된 것이라고 정리하였다(351-354).

판정부는 청구인 Al Tamimi가 구금, 보석 석방되고 기소 후 상소심에서 방면 처리되는 일련의 사법상의 과정은 형사 사안으로서 본 건 내용과 무관하고 법원이 청구인의 투자인 OMCO-Emrock 약정의 내용과 지위에 개입한 것이 아니므로 수용 조치로 볼 수 없다고 판정하였다. 채석 중지 각서 서명 강요 및 인부, 장비의 반출에 대해서 판정부는 이는 2009년 2월 17일 OMCO-Emrock 약정이 종료된 후에도 청구인이 법적 근거 없이 채석 활동을 무단으로 계속한데 대한 경찰 조치이지 수용 조치가 아니라고 일축하고 청구인의 수용 주장 일체를 기각하였다(351-376).

4) 최소 기준 대우

청구인은 투자 기간 중 환경 평가, 채석 허가 등에 관해 오만 정부 당국 간의 혼선과 협조 지연, 안내 오류 등의 지시 상충 행위, 채석 중지, 청구인 구금 및 기소 등의 국가 방해 행위, 채석장 장비, 시설 훼손 등의 채석장 파괴 행위는 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전 등 최소 기준 대우 의무 위반이라고 주장하였다.

416] 10.1.2 A Party's obligations under this Section shall apply to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party.



미국-오만 FTA 10.5조⁴¹⁷⁾는 투자에 대해 공정·공평 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제 관습법에 따른 대우를 부여하며 그 대우 수준은 최소 수준의 대우이고 그 수준 이상의 대우나 추가적인 권리는 생성되지 않는다고 못 박고 있다. 중재 판정부는 위 조항 상 공정·공평 대우, 충분한 보호 및 안전은 그 범위가 협소하고 엄격하다고 전제하고 투자 기간 중의 상충되는 행정 조치 등은 최소 기준 대우 의무 위반에 해당되지 않는다고 판단하였다. 청구인은 잠정적인 환경 영향 평가 승인이 부여된 후 그가 원하는 모든 것을 할 수 있을 것으로 생각한 것 같으나 이 사건과 같은 대규모 사업 진행을 위해서는 여러 기관이 관련되고 충족해야 할 행정적인 요건이 많이 있으며 시간 지체나 지시 상충 등은 행정 진행상에 흔히 발생하는 것으로서 이를 이유로 공정·공평 대우 의무 위반을 주장하는 것은 무리라는 의견이다.

청구인 Al Tamimi가 (평화적으로) 체포되어 (수 시간) 구금되고 경미한 환경법 위반으로 기소되었다가 무죄 방면된 것은 정당한 사법 집행 행위이지 투자자 보호 위반에 해당하지 않는다고 보았으며 채석장 파괴 행위도 파괴 주체가 불분명할 뿐 아니라 OMCO와의 약정 종료 후의 무단 채취가 금지된 후 거듭되는 요청에도 불구하고 청구인이 관련 시설 장비를 반출하지 않고 방치한 것에 원인이 있다고 보고 투자자 보호 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다 (447-451).

5) 내국민 대우

청구인은 청구인 채석장 주변의 오만인이 운영하는 채석장 2곳의 관계자 발언을 근거로 이들은 오만 정부로부터 (청구인이 받은 것과 유사한) 부당한 간섭이나 개입, 구금 및 기소, 채굴 약정 취소 등의 조치를 받은 바 없으므로 이는 내국민 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 중재 판정부는 내국민 대우는 다분히 逸話的인 증거로 입증되는 것이 아니며 내국민 대우 의무 위반을 주장하기 위해서는 내국민 비교 대상자가 청구인과 본질적으로 동일한 상황에 있음을 실체적으로 입증해야 한다고 지적하고 청구인의 주장을 기각하였다.

417] 10.5.1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

10.5.2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investors. 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 that standard, and do not create additional substantive rights.



다. 평가 및 해설

1) 정확한 의사 표시의 중요성

이 사건에서 오만측은 임차 약정 종료 서한을 두 번 종료하는 바람에 자신들의 원래 의도와 다르게 ICSID 관할권을 성립시키는 잘못을 범했다. 이와 유사하게 자신의 의사 표시를 잘못하여 불리한 상황을 자초한 사건으로는 *Azpetrol vs. Azerbaijan* 사건(ARB/06/15)이 있다. 이 사건 청구인은 중재 심리를 잠시 중단하겠다는 의도로 특정 내용의 메일을 아제르바이잔 측에 송부하였으나 아제르바이잔이 이를 당사자 간 화해를 통한 ICSID 중재 절차 종결로 이해하였고 판정부는 그러한 이해가 타당하며 청구인이 화해에 동의하였으므로 ICSID 중재 절차를 중단한다고 판시하였다.

2) 협정 발효일 전 분쟁

이 사건에서는 투자협정 발효일 이전에 종료된 투자에 대해서는 투자협정상의 보호 책임이 없다는 원칙이 재확인되었다. 국가의 조약 위반에 대한 국제적 책임은 위반 행위 시에 존재하는 조약 상의 의무가 있었을 경우에 한한다는 것이 확립된 국제법 원칙이다.

그러나 투자 유치국의 불법 행위 자체는 발효일 이전에 발생하였고 해당 투자는 발효 전에 이미 종료하였어도 그에 대한 보상, 구제 행위는 상당 시간 이후에도 일어날 수 있는 것이므로 이 주장에 관한 한 판정부의 관할에 속한다고 판시한 판정도 있다. *Mondev vs. USA* 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 투자자는 투자가 종료된 이후에도 해당 투자와 관련된 이익과 권리를 주장할 수 있다고 보았다. 투자의 존속 기간과 투자자로서의 기간이 반드시 일치해야 하는 것은 아닐 수도 있다는 것이다. 판정부는 투자자의 회사가 정상적으로 청산된 후에도 법적인 시비가 제기될 수 있으며 수용에 대한 보상, 공정-공평 대우나 충분한 보호 및 안전 주장이 투자자에 의해 제기될 수 있다고 설명했다. 주주는 비록 투자가 종료되었어도 투입한 자본이나 기타 자원으로부터 발생하는 이해가 있을 수 있다고 보았다.



151

Apotex vs. USA 사건(ARB(AF)/12/1)

가. 사건 개요

이 사건은 미국 식품의약청(FDA)이 의약품 제조 기준을 준수하지 않은 캐나다 제약 회사의 의약품에 대해 발동한 수입 금지 조치가 공장공평 대우, 내국민 대우, 최혜국민 대우 의무 위반인지 여부와 청구인이 투자자와 투자의 자격을 구비했는지 여부가 문제 된 사건이다.

청구인 Apotex Holdings는 주로 제약 산업에 투자하고 있는 캐나다 지주 회사로서 같은 청구인인 Apotex-Canada(또는 Apotex Inc.)를 포함하여 Apotex-US 등 캐나다 국내 외에 여러 제약, 판매 회사를 소유하고 있었다. Apotex-US는 Apotex-Canada를 포함한 여타 Apotex 제약사 약품의 미국 내 판매 법인이다.

Apotex-Canada는 캐나다 제약 회사로서 캐나다 내에 다수의 공장을 운영하고 있었다. 이 중 온타리오 주 Signet와 Etobicoke에 소재하고 있는 공장에서 생산하는 약품이 Apotex-US의 미국내 판매량의 80%를 차지하고 있었다. Apotex-Canada는 미국 FDA가 승인한 복제 의약품 판매 신청을 보유하고 있었는데 위 두 공장에서 생산하는 약품의 승인된 판매 신청서만 139건이었다. 중재 심리 시 Apotex-Canada는 자신의 미국 내 의약품 판매 허가가 투자에 해당한다고 주장하였다.

미국 내에 주로 공급하는 의약품을 생산하는 두 곳 공장은 미국 FDA 규정에 따라 주기적으로 FDA의 검사를 받아야 했다. FDA는 현지 실사를 통해 현행 우수제조관리기준(cGMP)^{418]} 준수 여부를 점검하고 심사관의 평가 의견서를 발부한다. 의견서에 이견이 있을 경우 제조사는 의견을 제시할 수 있으며 이 의견은 FDA의 심사 과정에서 참작된다. 심사관의 의견서가 부정적일 경우 FDA는 cGMP를 준수하지 않고 있다는 경고 서한을 발송하며 제조사의 항변을 접수, 참작한다. FDA는 cGMP 위반으로 인해 외국 공장에서 생산된 의약품이 부적합(adulterated)하다고 판단할 경우 대응 조치중의 하나로 미 관세청에 해당 약품 수입 금지를 요청하는 수입 정보(import alert)를 발동한다.

418] Current Good Manufacturing Practice 유효성, 안전성, 안정성이 보장된 의약품을 재현성 있게 제조하기 위해 제조공장의 구조·설비를 비롯하여 원료의 구입으로부터 제조, 품질관리·보증, 포장, 출하에 이르기까지의 생산과정 전반에 걸쳐 요구되는 기본규정



2008년 12월 FDA는 Etobicoke 공장을 현지 실사하고 11개의 cGMP 위반을 지적하는 평가 의견서를 발부하였다. Apotex-Canada는 반박 의견을 제출하였으며 FDA는 2009년 6월 최종 3개항에 대해 cGMP 위반을 통보하는 경고 서한을 발송하였다. 2009년 8월 FDA는 Signet 공장을 현지 실사하고 위반 사항을 지적하는 평가 의견서를 발부하였으며 Apotex-Canada는 약품 675 상자를 미국 시장에서 회수 조치하였다. 2009년 8월 FDA는 Apotex측에 사전 고지 없이 Etobicoke 공장과 Signet 공장에서 생산되는 모든 의약품의 미국 내 수입을 금지하는 수입 경보를 발동하고 두 공장에서 생산되는 의약품의 미국 내 판매 신청서 신규 심사를 중단하였다. 이 수입 경보는 약 2년 동안 시행되어 Apotex-Canada와 Apotex-US는 상당한 영업 손실을 보았다.

Apotex Holdings와 Apotex-Canada는 미 FDA의 조치가 사전 통지도 없이 시행되고 미국 회사 및 여타 외국 회사와 Apotex를 차별 대우했다는 이유로 NAFTA 협정에 근거하여 2012년 3월 ICSID 중재를 신청하였다. 미국은 청구인이 미국 내 투자한 것이 없고 투자자도 아니라는 이유로 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 관할권

미국은 NAFTA 1101(1)조⁴¹⁹⁾상 NAFTA 협정을 이 사건에 적용하기 위해서는 FDA의 ‘수입 정보’가 투자자와 투자에 관련되어야 하며 이 관련성은 분쟁의 대상이 되는 조치와 투자자/투자간의 법적으로 의미있는 관계가 되어야 할 것이고 단순히 해당 조치로 영향을 받았다는 수준은 불충분하다고 판정한 사례⁴²⁰⁾를 제시하였다(판정문 6.8-6.10). 중재 판정부는 Apotex-US의 경우 수입 경보로 인해 문제된 두 공장의 의약품을 인수하지 못하게 되었고 영업의 대부분을 수행하지 못하게 되었으므로 가장 즉각적이고 직접적인 부정적인 영향을 받은 주체에 해당하며 1101(1)조의 관계성을 충족한다고 보았다(6.19-6.24).

419] This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

(a) investors of another Party;

(b) investments of investors of another Party in the territory of the Party

420] *Bayview Irrigation vs. Mexico* (ICSID ARB(AF)/05/1) award para. 101

‘The simple fact that an enterprise in one NAFTA State is affected by measures taken in another NAFTA State is not sufficient to establish the right of that enterprise to protection under NAFTA Chapter 11. It is the relationship, the legally significant connection, with the State taking those measures that establishes the right to protection, not the bare fact that the enterprise is affected by the measures.’



Apotex-Canada의 경우 청구인은 수입 정보가 발부된 대상이고 미국 내 의약품 판매 허가가 2년 동안 정지당하는 직접적인 영향을 입었으며 Apotex Holdings는 두 회사를 소유하고 있는 지주 회사로서 역시 수입 정보로 인해 직접적인 영향을 입었다고 주장하였다. 중재 판정부는 청구인의 주장을 수용하여 1101(1)조상의 분쟁 대상 조치와의 관련성은 충족하였다고 보고 Apotex Holdings가 자신과 Apotex-US를 위해 제기한 NAFTA 1116조⁴²¹⁾, 1117조⁴²²⁾ 쟁점에 대해서는 관할권이 있다고 보았다(6.29-6.34).

미국 내에서 복제 의약품(generic)을 신규로 판매하려는 업자는 미 식약청(FDA)에 관련 자료가 포함된 신청서(ANDA⁴²³⁾, Abbreviated New Drug Application)를 제출하여 허가를 받아야 한다. Apotex Canada는 자신이 소유한 ANDA 역시 투자에 해당한다고 주장하였고 자신과 Apotex Holdings는 투자자에 해당한다고 주장하였다. 판정부는 ANDA는 Apotex Canada가 해당 약품을 미국 수화인에게 국경을 넘어 판매할 수 있게하는 일종의 수입 면허와 유사한 기능을 하는 신청서에 불과하며 Apotex Canada가 이를 판매, 양도할 수 있다 하여도 이러한 ANDA의 본질은 변하지 않는다고 지적하고 ANDA는 미국 내의 상품에 해당하지 않는다고 판단하였다. 판정부는 ANDA는 Apotex Canada의 주장과 달리 NAFTA 1139(h)조의 자본 또는 체약국 영토 내의 기타 자원으로부터 발생하는 이자에 해당되지 않으며 상품의 국경 무역을 지원하는 수입 면허로 기능할 뿐 Apotex Canada의 미국 내 투자에 해당하지 않는다고 확인하였다. 따라서 Apotex Holdings는 투자자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 판정부는 ANDA는 NAFTA 상의 ‘투자’에 해당되지 않으며 따라서 ANDA에 관한 한 Apotex Canada와 Apotex Holdings는 투자자가 아니므로 이에 대해서 판정부는 관할권이 없다고 판시하였다(7.55-7.61).

421) Article 1116: Claim by an Investor of a Party on Its Own Behalf

1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under:

(a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or

(b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A,

and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

422) Article 1117: Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise

1. An investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under:

(a), (b) ---- 1116 조와 동일

423) Abbreviated New Drug Application 복제 약품 생산을 승인받기 위해 미국 FDA에 제출한 해당 약품 관련 각종 데이터. 승인받으면 제출시는 복제 약품 제조, 판매가 가능하다.



2) 내국민 대우, 최혜국대우

청구인은 미국이 자신에게 ‘수입 정보’를 발동하는 것은 유사한 환경에 있는 여타 투자자보다 불리하게 대우하는 것으로서 NAFTA 1102조(내국민 대우), 1103조(최혜국대우)를 위반하는 것이라고 주장하였다. 미국은 수입 정보 적용 대상이 아닌 국내 제약 업자와 유사한 환경에 있다는 것을 입증하지 못했고 외국 제약 업자보다 불리하게 대우 받은 것이 무엇인지 입증하지 못했다고 반박하였다.

청구인 주장의 요지는 미국 내에 제조 시설을 운영 중인 3개 회사가 청구인과 마찬가지로 cGMP 기준을 준수하지 못했으나 판매 중지 조치를 당했으므로 청구인에 대해서도 수입 정보가 아니라 판매 중지와 유사한 조치를 적용했어야 한다는 것이었다. FDA 해당 규정에도 외국 제약사에 반드시 수입 정보를 발동하라고 적시된 것은 아니며 판매 중지 또는 이에 상응하는 법원 명령을 청구하는 등의 재량이 있었다고 주장하였다.

판정부는 미국 법령의 직접 적용 대상이 되는 국내 제약사와 미국 법령과 권한을 직접 행사할 수 없는 외국 소재 제약사에 대한 FDA의 행정적인 조치의 차이는 불가피하다고 보았다. 수입 정보의 근거 규정이 하자로 보이는 약품에 대해 선제적으로 경고, 검사 등의 조치를 취할 수 있도록 광범위한 재량을 부여하고 있는 것은 해당 외국 제약사에 대해 실질적인 검사, 감독, 시정권을 행사할 수 없는 상황을 보충하기 위해 불가피하다는 것이다. 판정부는 하자 의약품의 미국 시장 접근을 차단하는 조치가 국내 업자와 외국 업자에게 다르게 적용될 수밖에 없으며 이러한 차이는 국내 업자와 외국 업자에 적용되는 법적, 규제 체제 간의 본질적인 차이로 연결된다고 보았다. 이러한 차이는 국내 업자와 외국 업자가 유사한 환경에 있지 않기 때문이며 따라서 유사한 환경에 있지 않은 업자간에 적용되는 FDA의 조치가 다르다 하여 내국민 대우 의무 위반이라고 볼 수 없다고 판시하였다(8.48-8.58).

청구인은 외국의 두 회사(캐나다, 이스라엘)가 청구인과 마찬가지로 cGMP 불준수가 문제되었으나 청구인과 달리 수입 정보 처분을 받지 않았다고 주장하고 최혜국대우 의무 위반을 주장하였다. 미국은 이스라엘 회사의 경우 취급 약품이 당시 미국 내 수요가 크게 부족한 긴급 의약품이었고 캐나다 회사의 경우 문제 시정 방안의 충실성과 시행 의지가 청구인과 크게 달랐다는 점을 내세워 FDA의 재량에 의거하여 달리 처분하였을 뿐이며 이들 두 회사는 위와 같은 점에서 청구인과 유사한 환경에 있지 않았다고 반박하였다.



판정부는 청구인의 주장을 수용하여 문제의 두 회사가 청구인과 유사한 환경에 있지 않았다는 점이 입증된다고 보았고 따라서 청구인의 최혜국대우 의무 위반 주장을 기각하였다. (8.69-8.77).

3) 공정·공평 대우

청구인은 사전 고지 없이 수입 경보 조치를 발동하여 청구인이 항변을 준비할 수도 없었고 자신의 입장을 개진할 기회가 없었으며 이는 공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당한다고 주장하였다.

판정부는 청구인 주장의 요지는 외국 의약품의 수입에 영향을 미치는 규제 행위와 관련하여 해당 국가는 특정한 형태의 절차적 보호를 제공해야 하는 국제 관습법상의 의무가 있다는 것인데 그러한 절차적 보호가 무엇인지, 청구인이 주장하는 대로 사전 고지가 반드시 선행되어야 하는 것인지에 대해 충분히 입증하지 못했다고 보았다. 정당한 절차(due process)가 국제 관습법상의 원칙이기는 하나 정당한 절차는 사안의 내용과 처지에 따라 다양한 형태로 실현될 수 있는 것이지 청구인이 주장하는 바와 같이 외국 의약품 수입 건에 있어서 사전 고지 및 청문 기회 부여의 형태로 발현되어야 한다는 것은 아니라는 입장이다.

미국은 수입 경보시 사전 고지를 하지 않는 이유는 해당 회사가 이를 악용하여 고지 기간중 하자 있는 의약품을 한꺼번에 시장에 방출하는 것을 방지하기 위함이며 수입 경보 발동 후 해당 업체는 직접적으로 의견을 개진할 수 있다고 언급하였다. 판정부는 이러한 미 FDA의 관행이 비합리적이거나 규제 권한을 남용하는 것으로 보이지는 않는다고 판단하였다. 판정부는 제출된 자료상 수입 경보 발동 전 Apotex Canada는 해당 제조 시설에 문제가 있다는 것을 인지한 점이 입증되고 수입 경보가 부당할 경우 미국 법원에 제소 또는 최소한 FDA 자체의 재심 절차 신청 등의 항변 기회가 있었는데도 청구인이 활용하지 않은 점에 비추어 볼 때 미국의 조치가 1105조 공정·공평 대우 의무 위반에 해당한다는 주장을 청구인이 충분히 성립시키지 못했다고 판시하였다(9.65.).

다. 평가 및 해설

1) 최혜국대우의 유사한 환경성

이 사건 판정부가 청구인의 최혜국대우 의무 위반 주장을 기각한 것은 투자협정의 해당 조항



(NAFTA 1103조⁴²⁴)에 유사한 환경의 제 3국 투자자에 비해서 덜 불리한 대우를 제공하도록 최혜국대우 부여의 조건이 제한되어 있기 때문이다. 최혜국대우 의무 위반 주장이 기각된 *Parkerings vs. Lithuania* 사건(ARB/05/8)에서도 근거 협정이 된 노르웨이-리투아니아 투자협정은 최혜국대우를 유사한 환경에서 부여되는 것으로 제한하였다. 최혜국대우의 비교 준거를 유사한 환경으로 제한하는 것은 비단 투자 분야의 특별한 특징은 아니다. 상품 무역에서도 최혜국대우를 동등 상품에 대해서 부여하는 것으로 국한하고 있다(GATT 1조⁴²⁵).

어떠한 상황이 유사한 것인지는 중재 판정부의 재량에 의존할 수 밖에 없다. 대부분의 투자협정이 유사한 환경이 무엇인지 특별히 정의하고 있지는 않다. 이 사건 판정부는 이스라엘 회사의 경우 취급 약품이 당시 미국 내 수요가 크게 부족한 긴급 의약품이었고 캐나다 회사의 경우 문제 시정 방안의 충실성과 시행 의지가 청구인과 달랐다는 점을 들어 유사성을 판단하였고 *Cargill vs. Mexico* 사건 (ARB(AF)/05/2)판정부는 Cargill Mexico는 청구인 Cargill의 멕시코 내 법인, 즉 투자협정상 투자에 해당하지만 Coasco Mexico는 Coasco 캐나다의 멕시코 내 투자가 아닌 점을 들어 유사성을 판단하였다. 유사성 판정은 향후 판례 축적을 통해 더욱 정교화 될 것으로 기대되지만 각 투자가 처한 상황과 사건의 맥락이 사건 별로 다를 것이므로 이를 미리 규정하여 두기는 어려울 것이다. 다만 일부 투자협정은 지금까지의 판례나 학설 등을 종합하여 유사한 환경 판정은 투자가 처한 모든 상황을 종합하여 개별적으로 심사하되 심사 시 고려해야 할 요소를 미리 협정에 기재한 경우도 있다. 대표적인 것이 2007년 5월에 서명된 Common Market for East and South Africa(COMESA)의 투자협정 17.2조⁴²⁶이다. 해당 조항은 지역 경제에 대한 영향, 환경에 대한 영향, 투자가 이루어진 경제 분야 등을 고려하도록 명시하고 있으나 유사성

424] Article 1103: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

425] Article I General Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to customs duties and charges any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.

426] 17.2. For greater certainty, references to 'like circumstances' in paragraph 1 of this Article requires an overall examination on a case by case basis of all the circumstances of an investment including, inter alia:

- (a) its effects on third persons and the local community;
- (b) its effects on the local regional or national environment, including the cumulative effects of all investments within a jurisdiction on the environment;
- (c) the sector the investor is in;
- (d) the aim of the measure concerned;
- (e) the regulatory process generally applied in relation to the measure concerned; and
- (f) other factors directly relating to the investment or investor in relation to the measure concerned; and the examination shall not be limited to or be biased towards any one factor.



심리 시 판정부가 의당 고려해야 할 사항들이고 이들 외에도 각 사안에 따라 추가로 고려하거나 고려할 필요가 없는 사항이 있을 것이므로 굳이 협정 내에 명기할 실익이 있는지는 의문시된다.

최혜국대우가 반드시 유사한 환경을 기준으로 부여되어야 하는 것은 아니다. 위의 사례들은 준거가 된 협정이 유사한 환경을 포함하고 있었기 때문이며 협정 중에는 유사한 환경이라는 제한을 두지 않고 포괄적으로 기재한 것도 있다(중국-베넬 투자협정 3.2조⁴²⁷⁾).

2) 최혜국대우 조항의 적용 제외

최혜국대우를 제한하는 요소는 유사한 환경 외에도 최혜국대우가 부여되는 투자 활동을 적시하거나 조세, 국경 무역, 관세 동맹 등 특정한 제외 분야를 적시하는 경우가 보편적이다. 통상 투자협정은 최혜국대우가 적용되는 분야를 포괄적으로 투자 활동(*investment activities*)라고 기재하여 최혜국대우의 범위가 투자에 관련된 활동임을 규정하나 이는 사실 동어 반복과 같아 투자 활동의 범위가 무엇인지 구체적으로 알기 어렵다. 많은 투자협정은 아예 투자 활동을 NAFTA 1103조처럼 *establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments*이라고 명시적으로 나열하기도 한다. 이 중 선두의 3개 *establishment, acquisition, expansion*를 나열하면 투자 설립 전 단계에서도 최혜국대우가 적용된다는 의미이고 이를 나열하지 않으면 설립 전 단계에서는 투자 보호를 하지 않는다는 의미이다.

최혜국대우를 적용하지 않는 분야를 조항 내에 적시하는 경우가 많은데 흔히 특혜 무역 협정, 관세 동맹, 경제 공동체 회원국에 대한 대우를 제외하는 것이다. 이는 이들 경제 연합의 목적 자체가 회원국에게 비 회원국보다 특혜를 부여하려는 것이므로 당연하다고 할 것이다. 또한 조세나 재정 조치 등 국가가 재정상의 재량권을 넓게 확보해야 할 필요가 있는 분야나 국경 무역, 또는 해당 국가에 특별한 의미가 있는 산업을 투자협정에 적시하여 최혜국대우의 적용을 배제하는 경우가 많다. 한-중 FTA 12.4조⁴²⁸⁾를 일례로 제시한다.

427] 3.2. Neither Contracting Party shall subject investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that accorded to the investments and associated activities by the investors of any third State.

428] Article 12.4: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall in its territory accord to investors of the other Party and to covered investments treatment no less favorable than that it accords in like circumstances to investors of any non-Party and to their investments with respect to investment activities and the matters relating to the admission of investment in accordance with paragraph 2 of Article 12.2.
2. Paragraph 1 shall not be construed so as to oblige a Party to extend to investors of the other Party and covered investments any preferential treatment resulting from its membership of:
 - (a) any customs union, free trade area, monetary union, similar international agreement leading to such union or free



한-중 FTA 조에 적시되어 있는 것처럼 분쟁해결 절차를 최혜국대우 적용 대상에서 제외하는 경우가 최근 들어 점점 많아지고 있다. 사실 투자 분쟁에서 최혜국대우 조항이 문제가 되는 것은 최혜국대우 자체에 대한 위반여부보다 최혜국대우 조항을 이용하여 다른 투자협정의 조항을 차용해 올 수 있는지 여부이다. 특히 타 협정의 분쟁해결 절차 규정을 인용하여 본 협정에 있는 분쟁해결 절차 대신 적용할 수 있는지가 투자 분쟁에서 흔하게 제기되어 왔다. 이에 대한 판례는 일치되지 않는다. 어떤 판례는 허용하는 반면(*Maffezini vs. Spain* 사건 (ARB/97/7)) 상당수 판례(예. *Wintershall vs. Argentina* 사건 (ARB/04/14))는 최혜국대우는 실질적 권리에 적용되는 것이지 분쟁해결과 같은 절차적 권리에는 적용되지 않는다고 판시하였다. 판례가 통일되지 못하므로 최근 체결, 수정되는 투자협정에서는 이에 최혜국대우 조항은 분쟁해결 절차에는 적용되지 않는다고 명기하는 것이다.

-
- trade area, or other forms of regional economic cooperation;
 - (b) any international agreement or arrangement for facilitating small scale trade in border areas; or
 - (c) any bilateral and multilateral international agreements involving aviation, fishery and maritime matters including salvage.
3. It is understood that the treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments as referred to in paragraph 1 does not include treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes between a Party and investors of any non-Party that are provided for in other international agreements.



152

Emmis vs. Hungary 사건(ARB/12/2)

가. 사건 개요

이 사건은 기존의 면허가 만료된 방송 송출 업자가 해당 주파수 입찰에 응찰하였으나 낙찰받지 못한 후 자신의 권리가 수용당했다고 주장한 것에 대해 수용되었다는 권리의 실체와 존재 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Emmis International Holdings와 Emmis Radio는 네덜란드 법인이고 MEM사는 헝가리 법인으로서 스위스인 Juerg Marquard의 통제 하에 있었다. 청구인 3자는 헝가리 라디오 방송사 Slager Radio의 지분 100% 나누어 소유하고 있었다. Slager는 1997년 헝가리 방송위원회가 입찰한 전국 FM 방송 주파수를 획득하고 구체적인 권리 의무 관계를 적시한 방송 계약을 체결하였다(이하 1997년 방송 약정). 약정에 따르면 방송 면허 기간은 7년이나 5년간 연장할 수 있다는 방송법 107(1)조 규정에 따라 2009년 11월 18일까지 연장되었다. 2009년 방송위원회는 Slager가 사용한 주파수를 면허 기한 만료에 따라 신규 입찰하였고 Slager도 참여하였으나 낙찰받지 못하였다. Slager는 2009년 입찰이 불법적이고 정치적인 고려에 의해 훼손되었다고 주장하고 방송위원회와 신규 낙찰자간의 방송 약정이 불법임을 확인하는 소송을 제기하였다.

청구인은 자신들의 투자인 Slager의 권리가 2009년 불법적인 입찰로 인해 사실상 수용되었다고 주장하고 네덜란드-헝가리, 스위스-헝가리 투자협정의 위반을 근거로 2011년 10월 ICSID에 중재를 신청하였다. 헝가리는 수용의 대상이 될 수 있는 권리는 소유권인데 청구인이 수용당했다고 주장하는 권리의 실체와 존재를 충분히 입증하지 못했다는 이유로 ICSID의 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

중재 판정부는 수용이란 공공의 목적을 위하여 개인이 소유하고 있는 것을 탈취하는 것이고 수용의 객체는 형체가 있는 물건이나 무형의 권리일 수도 있으나 타인에 의해 소유되고 있는 점은 분명하다고 보았다. 아울러 수용의 객체는 금전적인 가치를 부여할 수 있는 것이어야 하며



타인에게 양도 가능한 것이어야 한다고 보았다. 모두 소유의 개념에서 부차적으로 파생하는 요건들이다. 판정부는 실제 소유권을 부여하는 것은 투자 유치국의 법이므로 헝가리 민법 등 관련 법률의 규정을 살펴 보면 소유권의 범위를 유무형 자산으로 폭 넓게 인정하고 있지만 소유권의 핵심적인 특징으로 소유 가능, 가치, 양도 가능성을 적시하고 있다고 확인하였다. 중재 판정부는 Slager가 1997년 약정에 의해 2009년 11월까지 면허를 보유한 방송권은 수용이 가능한 소유의 권리에 해당하나 면허가 종료된 2009년 11월 이후 신규 입찰 과정에서 Slager가 소유하고 있는 권리가 무엇이고 수용의 대상이 될 수 있는 소유권인지 여부에 대한 입증 책임은 청구인에게 있다고 지적하였다(158-192).

청구인은 2009년 신규 입찰 과정에서 자신들이 보유하고 있는 권리는 1997년 방송 약정과 신규 입찰 참여 사실에서 발생한다고 주장하였다. 두 주장은 상호 연계되어 있다. 1997년 방송 약정은 헝가리 방송법을 포함과 입찰 일반 조건(General Terms of Tender)의 규정을 포함하고 재입찰시 GTT를 적용한다는 규정이 있었다. 입찰 일반 조건 65.3.1조는 주파수 입찰 시 기존 방송 면허 보유자를 우대한다는 규정을 포함하고 있었고 방송법 107(2)조는 107(1)조상의 5년 연장 희망 통보가 없거나 면허 갱신이 이루어지지 않았을 경우 해당 면허 종료 12개월 전에 신규 입찰을 한다고 규정하고 있었다. 청구인은 107(2)항은 Slager와 같이 7년 면허 후 5년 연장한 기간이 종료될 경우에 적용하는 조항이며 재입찰시에는 GTT를 적용한다고 1997년 방송 약정에 적시되어 있으므로 GTT 65.3.1조의 기존 면허 보유자 우대를 포함하여 1997년 GTT상의 조건이 그대로 적용될 권리가 신규 입찰에 참여하는 Slager에게 부여된 권리라고 주장하였다. 이 권리가 침해되었고 수용되었다는 주장이다.

판정부는 107(2)조의 해석을 달리하였다. 판정부는 이 조항은 5년 연장하겠다는 통보가 없거나 통보가 있었어도 방송법 규정에 따라 연장하여 줄 수 없는 경우, 즉 초기 7년으로 면허 기간이 종료되는 경우에 적용되는 조항이라고 보았다. 이미 5년을 연장한 Slager에게는 해당이 없는 조항이라는 것이다. 판정부는 또한 청구인 Emmis가 Slager의 방송권에 대해서는 회계 장부에 금전적 가치를 환산하여 기재하였으나 면허가 종료되는 2009년 11월 18일 이후에는 아무런 가치를 부여하지 않았음을 밝혀내고 이는 1997년 방송 약정이 2009년 11월 18일 이후에도 일정한 권리를 생성한다는 청구인의 논리와 합치되지 않는다고 지적하였다. 판정부는 1997년 약정은 2009년 11월 18일 이후에는 수용의 대상이 될 수 있는 금전적 가치를 부여할 수 있는 어떠한 권리도 생성하지 않는다고 판단하였다(194-221).



청구인은 Slager가 신규 입찰에 참여하면 위 청구인 주장대로 기존 면허 보유자로서의 우대를 받아야 하는 권리가 있다고 주장하였다. GTT 65.3.1에 언급된 studio license는 이전 90년 중반 방송법의 잔존물(remnant)로서 방송위원회는 모든 면허 보유자에게 재입찰 시 우대 대우를 관행으로 시행하여 왔다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인의 주장을 기각하였다. 판정부는 studio license는 방송법 146(5)조에 명시된 소규모 방송 면허 소지자를 의미하며 명백한 법 규정에 의해 방송위원회는 studio license 소지자 외에 누구에게도 기존 면허자 우대 대우를 부여할 수 없으며 Slager는 적용할 수 있는 권리가 아니므로 이 권리가 수용 대상이 될 수 있는지 여부는 심리하지 않았다. 이 권리 외에 Slager가 2009년 신규 입찰에 참여하여 향유할 수 있는 권리가 수용되었다는 청구인 주장에 대해 판정부는 입찰 참여자에게 부여되는 권리는 Slager에게 배타적으로 부여되는 것이 아니라 참여자 모두에게 공히 제공되는 것으로서 타인을 배제하고 소유자에게만 배타적으로 인정되는 소유권과는 개념부터 상치되고 입찰 과정에 참여하는 권리는 매매 할 수 없고 금전적인 가치도 부여할 수 없는, 따라서 수용의 객체가 될 수 없는 것이라고 설파하였다. 판정부는 수용의 대상이 될 수 있는 청구인의 권리는 방송 면허이나 이는 2009년 11월 18일에 종료되어 존재하지 않다고 지적하고 청구인의 수용 주장을 기각하였으며 ICSID는 이 사건에 관할권이 없다고 확인하였다 (222-240, 253-254).

다. 평가 및 해설

이 사건은 청구인이 수용당했다고 하는 대상물이 청구인에게 속한 권리임을 입증하지 못해 관할권 단계에서 기각된 사건이다. 수용 ex+propriation에서 appropriation은 재산을 의미하는 property와 어원을 같이 하는 단어이고 ex는 외부, 이탈을 의미하는 접두어인 점을 감안하더라도 수용의 대상은 타인의 소유물을 의미한다. 물론 가시적인 형태와 체적을 갖는 유형물만을 의미하지 않으며 경제 발전의 양태에 따라 무형의 권리도 대상이 될 수 있으나 자신이 전속적인 소유하고 있어야 하는 점은 불변이다. 자신의 것이 아닌 유형물이나 무형물에 대해서는 직접 수용이든 간접 수용이든 정부의 조치에 대해 수용의 주장을 제기할 수는 없을 것이다. 타인의 소유물이 수용당하여 부정적인 피해를 보았을 경우 이는 수용이 아니라 다른 권리 피해를 주장해야 할 일이다.



그러나 자신의 소유물이 수용을 당했을 경우에는 그 소유물의 경제적 가치의 대소, 수용한 정부에의 이익 여부에 불문하고 소유주로서 수용의 문제 제기할 수 있다. 반드시 경제적 가치가 있는 물건만 수용 대상이 되는 것은 아니며 수용하는 정부에게 아무런 경제적 실익이 없다 하여 소유주의 물건이 수용 대상에 해당하지 않게 되는 것은 아니다.



153

SyC vs. Costa Rica 사건(ARB/12/4)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국 국내 법원에 제소된 사건과 ICSID에 중재 청구된 사건과의 동일성 여부가 문제된 사건이다.

청구인 Supervision y Control S.A.(이하 SyC)는 스페인 자동차 점검 전문 회사이다. 코스타리카는 자동차 배출 가스 규제 등을 위해 자동차 정기 점검을 의무화하는 제도를 도입할 목적으로 전국에 점검소를 설치, 운영하는 국제 입찰을 1998년 1월 공고하였다. SyC는 코스타리카 국내 회사와 콘소시움을 구성하여 입찰에 참가하여 낙찰되었다. 청구인은 향후 동 사업을 현지에서 수행할 현지 법인 Riteve SyC를 설립하여 2001년 6월 이 회사와 코스타리카 대중교통위원회는 10년 기한의 양허 계약을 체결하였다. 계약상 Riteve SyC가 부과하는 자동차 점검 수수료는 서비스 원가를 반영하여 매년 조정하도록 규정되었다. 2002년 3월 코스타리카 교통부는 자동차 점검 비용은 원가를 감안하여 매년 조정한다고 고시하고 최초 가격을 정하였다. 2002년 5월 코스타리카 새 정부는 신규 교통부 고시를 발표하여 이전 고시를 무효화하고 자동차 점검 수수료를 이전보다 낮게 책정하였고 점검 원가와 이윤이 반영되도록 수수료를 조정한다는 원칙도 대폭 수정하여 전반적으로 Riteve SyC의 수익성이 낮아지게 되었다.

Riteve SyC는 이에 대해 2006년 2월 코스타리카 행정 법원에 제소하였고 청구인은 2011년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 코스타리카는 양허 계약 체결 당사자는 코스타리카와 Riteve SyC이지 청구인 SyC가 아니며 투자협정 위반을 이유로 중재를 신청한 당사자는 SyC이므로 우산 조항이 적용되지 않고 따라서 ICSID 관할권 대상이 아니라고 반박하였다.

나. 주요 쟁점

1) 우산 조항

중재 판정부는 국가가 투자자와 체결한 계약을 위반한 것이 그 자체로 국제법상의 책임을



야기하지 않는다는 것이 일반 국제법 원칙이며 우산 조항을 투자협정에 포함시킴으로써 투자 계약의 위반을 협정 위반화하여 국제법적인 책임을 발생시킬 수 있으나 이 경우에도 모든 계약상 위반 일체가 투자협정 위반으로 주장할 수 있는 것은 아니라고 이해하였다. 판정부는 *El Paso vs. Argentina* 사건 중재 판정을 인용하여 우산 조항이 모든 계약 위반을 협정 위반으로 격상시키는 것은 아니며 투자협정 보호 기준에 훨씬 미치지 못하는 경미한 계약 위반까지 투자 유치국에게 국제적인 책임을 지우는 것은 이상하다고 언급하였다. 계약 위반이 협정 위반이 되기 위해서는 해당 우산 조항의 정확한 문언을 분석하는 것이 필요하고 동 문언 상의 요건을 충족해야 계약 위반을 협정 위반으로 취급할 수 있을 것이라고 보았다. 코스타리카는 우산 조항에 근거한 청구인의 주장은 ICSID 관할 대상이 아니라고 주장하였다. 청구인은 양허 계약 당사자가 아니므로 직접적인 계약상의 관계가 없다는 것이다.

판정부는 그러나 스페인-코스타리카 투자협정 III.2조⁴²⁹⁾ 문언은 타방 계약국 투자자의 투자와 관련하여 계약 맺은 모든 의무를 준수할 것을 광범위하게 요구하고 있으므로 반드시 청구인이 해당 계약의 체결 당사자여야 하는 직접적인 계약상 관계에 국한되지 않는다고 판단하였다. 판정부는 Riteve SyC는 청구인이 이 사업 수행을 위해 설립한 현지 회사이고 청구인의 전적인 통제 하에 있으므로 두 회사는 이 사건에 있어 단일의 실체로 보아야 한다고 이해하였다. 따라서 이 사건은 ICSID의 관할 하에 있다고 판시하였다(판정문 277-291).

2) 분쟁 동일성

그러나 중재 판정부는 관할권이 있다고 하여 모든 사건을 심리할 수 없다는 점을 인정하였다. 관할 대상이라 하여도 판정부가 심리할 수 있는 요건을 충족하지 못했으면 판정부가 접수할 수 없다는 것으로서 이러한 접수성(admissibility)도 충족해야 심리를 진행할 수 있다고 보았다. 투자협정 XI.3조는 국제 중재는 국내 법원의 판결이 나기 전에 제출할 수 있으며 국제 중재가 개시되었으면 국내 법원 절차를 취소, 중단하기 위한 조치를 취해야 한다고 적시하고 있었다. Riteve SyC는 2006년 2월 코스타리카 행정 법원에 제소하였고 ICSID 중재 신청 이후에도 코스타리카 법원 심리는 계속되고 있었다. 판정부는 만일 이 사건에 투자협정 XI.3조가 적용된다면 접수성 요건을 충족하지 못하는 것이므로 더 이상 심리를 진행할 수 없는 것이라고 이해하고 우선 국내 법원에 제소된 사건과 ICSID 중재 신청된 사건이 동일 사건인지 여부를 살펴 보기로 하였다.

429) III.2. Each Contracting Party shall comply with any obligation which it has contracted in relation to the investments of investors of the other Contracting Party.



중재 판정부는 별도의 분쟁이 동일 분쟁인지 여부를 밝히기 위해서 *Pantechniki vs. Albania* 사건 중재 판정 등에서 활용된 소위 *fundamental basis of claim* 기준을 적용하였다. 이 기준은 분쟁의 동일성 판단을 위해 우선 규범적 원천의 동일성 여부, 즉 문제를 발생하게 한 근본적인 원인과 추구하는 구제 효과가 동일한 것인지를 살피고, 목적, 당사자, 행위 원인을 공유하는 사건이 여타의 사법 구제에 회부되어 있는지를 살피는 것이다. 판정부는 두 사건 모두 코스타리카의 자동차 점검 수수료 조정 약속 파기에서 발생한 것이고 추구하는 효과 역시 그로 인한 손실 보상이라는 점에서 동일하다고 보았다. 청구인은 국내 법원의 청구는 해당 교통부 고시 무효이고 ICSID 중재는 손실 보상이므로 추구하는 바가 상이하다고 주장하였으나 판정부는 무효는 곧 보상의 요구로 이어지고 두 사건 모두 과거의 손실뿐 아니라 미래의 예상되는 손실에 대한 보상까지 청구하고 있다는 점을 지적하고 추구하는 구제 효과의 동일성이 인정된다고 보았다.

두 번째, 당사자 동일성과 관련하여 판정부는 코스타리카 국내 법원에 제소된 분쟁과 ICSID 중재 청구된 분쟁이 동일한 당사자에 의해 제기된 것인지 여부를 살펴보았다. 국내 분쟁은 Riteve SyC에 의해 제기 되었으나 판정부는 청구인이 Riteve SyC의 지분 55%를 소유하고 있고 이사회 의장, 부의장, 회계 책임자 임명권을 보유하고 있어 실질적으로 Riteve SyS를 통제하고 있으므로 국내 소송은 사실상 청구인에 의해 청구된 것이라고 판단하였다. 판정부는 XI.3조 규정 상 청구인이 ICSID 중재를 신청하기 위해서는 국내 사법 절차를 중단하였어야 하나 이를 시행한 바가 없으므로 판정부는 이 사건을 접수할 수 없다고 판정하였다(307-332).

3) 분쟁 발생 통보 여부

판정부는 국내 법원에 제기된 분쟁 사항이 아닌 청구인의 주장 ICSID 관할권과 접수성이 인정될 수 있다고 보았다. 청구인은 중재 심리 기간 중 코스타리카의 양허 계약 위반(점검 수수료 조정 불인정 등)과 후속 조치가 사법 부인, 수용, 내국민 대우 의무 위반이라는 주장 추가로 제기하였기 때문이다. 그러나 판정부는 투자협정 XI.1조와 XI.2조에 분쟁 발생 시 이를 투자 유치국에 통보하고 우호적 해결을 도모해야 하며 통보 후 6개월이 지나기 전에는 중재 청구를 할 수 없다는 규정이 있음을 환기하고 청구인의 주장이 이들 조항을 준수하였는지 여부를 살펴보았다. 청구인은 2011년 6월 코스타리카에 분쟁 발생을 통보하였으나 그 내용에는 사법 부인, 수용 등의 시비가 포함되지 않았다. 판정부는 따라서 이들 쟁점은 해당 조항을 준수하지 않은 것이므로 판정부가 심리를 위해 수리할 수 없다고 판시하였다(336-348).



다. 평가 및 해설

1) 분쟁 동일성

이미 국내 사법 절차 등에서 심리가 끝난 사건 또는 심리가 진행 중인 사건이 새로운 사건인 것처럼 ICSID에 중재 신청되는 경우가 있다. 이 경우 판정부는 중재 신청된 분쟁과 이전의 분쟁이 동일한 지 여부를 심리하여 중재 관할권 존재 여부를 심리해야 한다.

이러한 분쟁 동일성 심리와 관련하여 흔히 제기되는 쟁점은 동일성 여부를 판단하는 기준이다. 지금까지의 판정을 보면 분쟁의 대상이 된 문제, 분쟁을 발생시킨 사실과 심리상의 고려를 기준으로 동일성 여부를 판단하기도 하였고 이 사건 판정부와 같이 사법 심판을 청구하게 된 기본적인 근거, 이유의 동일성 여부를 기준으로 판단하기도 하였다.

청구의 근본적인 근거를 제일 처음 제시한 것은 *Pantechniki vs. Albania* 사건(ARB/07/21) 판정부이다. 알바니아 법정에 제소된 건과 ICSID 중재가 신청된 건의 근본적인 기반이 알바니아 건설부와와의 계약상의 다툼이라는 점에서 동일하므로 두 사건은 동일 사건이고 이미 알바니아 법원에 제소되었으므로 청구인은 다시 ICSID 중재를 이용할 수 없다고 판시하였다. *H & H vs. Egypt* 사건(ARB/09/15) 중재 판정부는 청구인이 주장한 동일 분쟁 판별 요건(당사자, 대상, 원인) 대신 청구의 근본적인 근거(fundamental basis of the claim)의 동일성 여부를 기준으로 사건의 동일성을 판단하여야 한다고 보았다. 판정부는 이 사건의 불법 수용 청구나 카이로 중재 판정부 및 국내 법원에 제출된 청구는 모두 이집트 당국이 청구인의 매수 청구권을 인정하지 않아서 제출된 분쟁으로서 청구의 근본적인 근거가 모두 동일하다고 이해했다(판정문 370-378).

분쟁 동일성에 관한 종합 해설은 *Empresas Lucchetti vs. Peru* 사건(ARB/03/4)에 수록하여 두었다.

2) 우산 조항

이 사건 판정부는 계약의 위반이 위반의 경중을 불문하고 모두 투자협정 위반이 될 수는 없다고 보았다. 이 사건 판정 외에도 투자 계약 위반 중 일정 요건을 갖춘 것만 우산 조항의 적용을 받을 수 있다는 판례로는 *Sempra vs. Argentina* 사건(ARB/02/16)이 있다. 이 사건 판정부는 계약의 상업 상의 통상적인 위반(ordinary commercial breach of contract)은 조약 위반과는 동일하지 않으며 이러한 구분은 우산 조항의 무한정 또는 부당한 확장을 회피하기 위해 필요하다고 인정하였다.



Tulip vs. Turkey 사건(ARB/11/28) 판정부도 우산 조항이 모든 계약 위반 사항을 자동적으로 협정 위반 사항으로 상승시키는 것은 아니라고 보았다. 투자협정은 순수한 계약상의 분쟁에는 적용되지 않는다고 확인하였다. 그 근거로 네덜란드-터키 투자협정 8(3)조⁴³⁰는 ICSID 중재 대상을 투자 분쟁으로 한정하고 있고 8(1)조⁴³¹는 투자 분쟁을 투자 인가의 해석이나 투자협정상 권리 위배 사항으로 정의하고 있는 점을 제시하였다. *Tulip* 판정부의 견해는 계약 위반이 협정 위반이 되기 위해서는 해당 우산 조항의 정확한 문언을 분석하는 것이 필요하다는 이 사건 판정부의 견해와 일맥상통한다. 이 사건에서 코스타리카는 청구인이 양허 계약의 당사자가 아니므로 우산 조항을 원용할 수 없다는 입장이었으나 판 정부는 스페인-코스타리카 우산 조항이 투자와 관련하여 맺은 모두 의무를 준수할 것을 포괄적으로 요구하고 있으므로 청구인이 반드시 해당 계약의 체결 당사자여야 하는 것은 아니라고 판단하였다.

이와 달리 청구인이 문제가 된 계약의 직접 체결 당사자가 아니므로 우산 조항 위반에 해당되지 않는다는 판정도 있다. 청구인이 아르헨티나에 설립한 자회사와 아르헨티나 정부 간에 체결된 계약 위반이 문제가 되었던 *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서 중재 판 정부는 투자협상의 분쟁이란 외국인 투자자와 정부간의 분쟁이라고 적시되어 있는 투자협정 VII(1)조와 우산 조항을 함께 고려할 때 모든 계약이 우산 조항의 대상이 되는 것이 아니라 투자 계약만이 대상이 된다고 판단하였다. 판 정부는 청구인은 아르헨티나 정부와 직접 체결한 계약이나 면허를 취득한 바 없으므로 계약이나 면허에 기초한 계약상의 주장을 할 수 없으며 어떤 투자 계약도 아르헨티나와 청구인 간에 체결된 바 없다고 확인하고 따라서 우산 조항 쟁점은 성립하지 않는다고 판정하였다(판정문 531-533).

Azurix vs. Argentina 사건(ARB/1/12) 판정부도 우산 조항이 적용되기 위해서는 당해 계약 체결 당사자가 분쟁 당사자, 본 사건의 경우 청구인 Azurix와 아르헨티나가 되어야 하나 문제가 된 양허 계약은 청구인의 투자 회사인 ABA와 부에노스 아이레스시간에 체결된 것이므로 우산 조항이 적용되지 않는다고 판정하였다(판정문 384).

430] (a) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to the [ICSID] for settlement by arbitration.

431] 1) For the purposes of this Article, an investment dispute is defined as a dispute involving:

(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party's foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or

(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.



154

Rusoro vs. Venezuela 사건(ARB(AF)/12/5)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 계약 만료일 전후를 포함하여 수 년간 지속된 베네주엘라의 금 산업 관련 조치들이 하나의 복합 행위로서 시간적 관할권을 충족하는지 여부와 별도로 시행된 수용 조치의 적법성 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Rusoro Mining Ltd.는 캐나다의 광산 회사로서 2006년에서 2008년에 걸쳐 베네주엘라 광업부로부터 직접 채굴권을 획득하거나 채굴권을 보유하고 있던 베네주엘라 공기업과의 공동 채굴 계약 또는 채굴권 임차 및 합작 채굴사 설립 등의 다양한 형태를 통해 58개 채굴권을 획득하여 베네주엘라에서 금을 채굴, 정련, 판매, 수출하였다. 당시 베네주엘라의 금 수출은 중앙은행에 등록 및 인가 후 생산량 15% 이상을 국내 판매토록 규정하고 있었다(1996 중앙은행 결정). 2003년 베네주엘라는 외환 부족 해소를 위해 고정환율제 시행, 보유 외환 중앙은행 의무 매각제, 외환 매입 인가제를 시행하였다. 고정 환율이 폐소화와 달러화간의 실제 교환 비율을 반영하지 못하고 고평가되어 있어서 별도의 반공개적인 암시장이 용인되었다. 사실상 금 수출 자유를 보장하였던 1996 중앙은행 결정도 외환 부족 상황 타개를 위해 2009년 4월 생산량 60%는 고정환율로 중앙은행에 의무 매각, 10%는 내수 판매, 30%는 허가 조건부로 수출하도록 변경되었다(2009년 4월 중앙은행 결정). 베네주엘라 중앙은행은 2009년 6월 별도 결정을 통해 민간 기업에게는 4월 결정대로 60:10:30 비율을 적용하되 국영 금광 업자에게는 25% 중앙은행 매각, 25% 내수 시장 판매, 50% 수출 비율을 적용하였다. 또한 외환관리령 12호를 발표하여 민간 금광 업자는 금 수출로 획득한 외환 전액을 공식 환율로 중앙은행에 매각토록 하였으며 국영 금광 업자는 외국 소재 은행에 예치할 수 있도록 우대하였다(이상 2009년 조치). 청구인은 이들 조치로 인해 자신의 사업에 손실이 우려된다는 항의 서한을 중앙은행에 발송하기도 하였다.

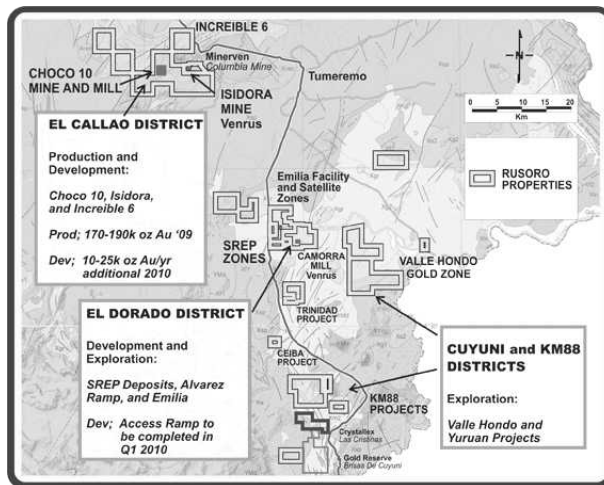
베네주엘라는 2010년 5월에는 암시장을 불법화하였고 대신 달러화 표시 채권을 공식 환율로 환산한 폐소화로 구입하고 이를 해외에서 달러화 표시대로 판매할 수 있도록 하였다. 2010년 7월 중앙은행은 민간 금광 업자가 생산한 금의 50%는 중앙은행에 공식 환율로 매각하고 50%는



허가 조건부로 수출할 수 있도록 2009년 결정을 다소 완화하였으며(2010년 7월 중앙은행 결정) 외환관리령 12호를 개정하여 민간, 국영 업자 구분 없이 금 수출 대금 중 50%는 중앙은행에 공식 환율로 매각하되 50%는 해외 은행에 예치할 수 있도록 허락하였다(이상 2010년 조치).

2011년 8월 베네주엘라 차베스 대통령은 금 산업의 국유화 방침을 천명하고 9월에는 국유화 포고령을 발표하여 향후 금 채굴, 판매는 국영 기업 또는 국가가 지분 55% 이상을 소유한 ‘혼성기업’이 독점하도록 하였고 청구인과 같은 민간 채굴 업자는 채굴권을 ‘혼성 기업’에 90일 이내에 매각하도록 하였다. 90일 이내에 매각 협상이 완료되지 않을 경우 해당 채굴권은 무효화되었다. 국유화 포고령은 수용 보상액의 상한을 장부 가격으로 한정하였다. 청구인과 베네주엘라 당국은 채굴권 매입 협상을 시작하였으나 90일 기한 내에 종료되지 못하여 청구인이 보유하고 있던 채굴권은 2012년 3월 효력을 상실하였다.

청구인은 베네주엘라의 조치(2009년 조치, 2010년 조치, 국유화 포고령)은 보상이 이루어지지 않은 직접 수용 및 점진적 수용에 해당하고 공정-공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 내국민 대우 및 투자 송금, 수출 의무 부여 금지 등 캐나다-베네주엘라 투자협정을 광범위하게 위반하고 있다고 주장하고 2012년 7월 ICSID에 중재를 신청하였다. 베네주엘라는 투자협정상 손실 발생 인지 시점 기준 3년 이내에 분쟁을 제기하여야 한다는 시한 규정 상 3년을 초과하여



베네주엘라 내 청구인 Rusoro Mine의 소유 금광

제기된 청구인의 주장에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 반박하였다. 또한 베네주엘라는 청구인의 중재 신청이 등록되기 이전에 ICSID를 탈퇴하여서 ICSID 관할 대상이 아니라고 주장하였다. 청구인의 투자는 베네주엘라 법령을 위반하여 시행 되었다고 주장하고 따라서 투자협정상의 투자에 해당되지 않으므로 역시 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고도 강조하였다.



나. 주요 쟁점

1) 시간적 관할권(분쟁 제기 시한)

캐나다-베네주엘라 투자협정 XII.3조⁴³²⁾는 협정 위반 및 손실·피해 발생 사실 취득 후 3년 이내에 중재를 제기하도록 시한을 설정하여 두고 있었다. 청구인이 중재를 신청한 날짜는 2012년 7월 12일이므로 쟁점으로 삼기 가능한 행위 발생 마감일은 2009년 7월 12일이 된다. 베네주엘라는 청구인이 주장한 조치 중 2009년 조치는 모두 마감일 이전에 시행되었고 청구인은 2009년 7월 9일 2009년 조치로 인해 손실이 우려된다는 서한까지 발송하였으므로 동일자에 손실·피해 발생 사실을 인지한 것으로 보면 중재 신청일인 2012년 7월 12일은 3년 시한을 초과한 것이라고 주장하였다. 베네주엘라는 다투는 대상이 되는 일련의 행위 중 하나라도 시한을 초과하면 서로 연결된 행위 전체가 시한을 초과한 것으로 보아야 한다고 주장하였다.

중재 판정부는 청구인이 다투는 일련의 조치(2009년 조치, 2010년 조치, 국유화령) 중 2009년 조치는 확실히 마감일 이전 발생하였고 청구인이 2009년 조치를 인지한 시점은 관보 게재일로 보았다. XII.3조는 협정 위반 조치의 존재와 이로 인한 손실 또는 피해 발생 사실을 인지할 것을 요구하고 있으므로 청구인이 2009년 조치의 피해 및 손실 야기 가능성을 인지한 시점도 살펴 보아야 하며 이 시점은 청구인이 우려 서한을 발송한 2009년 7월 9일이 합당하다고 판단하였다.

청구인이 주장하는 베네주엘라의 행위는 복수의 독립된 행위로 구성된 소위 복합 행위이다. 베네주엘라는 일련의 행위 중 하나라도 시한을 초과하면 행위 전체가 시한을 초과한 것으로 보아야 한다고 주장하였고 청구인은 2009년 조치가 시한 이전에 발생하였으나 그 이후 행위와 밀접히 연결되어 있고 그 이후의 행위가 누적되어 협정 위반을 구성하게 되었으므로 최초 행위 역시 다투 대상이 될 수 있다고 반박하였다. 일련의 복합 행위가 위반을 구성하는 시점 및 위반 확인 시 최초 위반 행위를 어느 것으로 보아야 하는지가 쟁점이었다. 국제법 위원회의 국가 책임에 관한 초안 15조⁴³³⁾는 (어떤 법령의 위반에 해당하는) 복합 행위의 발생 시점을 이전의

432] XII.3. An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if: (a) - (c)

(d) not more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage .

433] Article 15 Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the



행위의 효과가 누적되어 위법 행위를 구성하는데 충분한 행위가 발생한 시점이라고 규정하고 있으며 법령 위반의 시점은 복합 행위를 구성하는 일련의 행위 중 최초 행위 발생 시점이고 위반의 효과는 복합 행위의 전 기간에 적용된다고 규정하고 있다. 만일 베네주엘라의 행위가 복합 행위에 해당한다면 위반의 효과는 전 기간에 적용되므로 분쟁 제기 시한 조항이 적용될 여지가 없게 된다.

판정부는 그러나 우선 문제가 된 구성 행위 상호간에 하나의 복합 행위로 인정할 만한 연계성이 존재하는지가 확인되어야 한다고 보았다. 만일 이러한 연계성이 존재한다면 각 구성 행위의 지속성과 복합성으로 인해 행위 전체가 하나의 단위로 인정되며 시한 제한에 영향을 받지 않을 것이라고 보았다. 판정부는 이 연계성은 보편적인 기준으로 일반화할 수 없으며 해당 사건 별로 특정적일 것이므로 해당 상황을 숙고해서 개별적으로 판단하여야 한다고 보았다. 이 사건 경우 2009년 조치는 민영, 국영 기업의 금 처분 및 수출 대금 처리에 관한 것이어서 수용과는 무관한 조치이고 2010년 조치는 2009년 조치를 완화하는 상반된 조치이며 국유화령은 2009년, 2010년 조치가 규율하려는 대상과는 전혀 다른 금 산업 국유화를 내용으로 하고 있어 상호간 연계성을 인정하기가 곤란하다고 판단하였다.

판정부는 이와 같은 상황을 고려할 때 분쟁 시한 조항은 구성 행위 각각에 대해 적용하여야 하며 따라서 2009년 조치는 마감일 이전에 발생하였고 청구인도 이로 인한 피해 및 손실 가능성을 인지하였으므로 ICSID 관할 대상에서 제외된다고 판단하였다. 구성 행위 중 하나라도 분쟁 시한을 초과하면 전체 행위도 시한을 초과한 것으로 보아야 한다는 베네주엘라의 주장에 대해 판정부는 XII.3조는 각각의 행위에 대한 복수의 주장을 제기하는 것을 금지하고 있지 않다고 전제하고 상호 연계성이 인정되지 않는 일련의 행위 중 특정 행위가 분쟁 제기 시한을 초과한 효과는 해당 행위에만 적용되는 것이며 여타 행위에는 영향을 미치지 않는다고 해석하였다 (판정문 203-240).

2) 시간적 관할권(ICSID 탈퇴)

캐나다-베네주엘라 투자협정 XII.4조⁴³⁴⁾는 이용 가능한 국제 중재를 나열하고 있으며 2012년

international obligation.

434] XII.4. The dispute may, by the investor concerned, be submitted to arbitration under:

(a) ...ICSID...or

(b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Contracting Party or the Contracting Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or In case neither of the procedures mentioned above is available, the investor may submit the dispute to an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal



청구인이 ICSID 중재를 신청할 당시 캐나다는 ICSID 협약 체결국이 아니었다. 따라서 XII.4(b)조에 따라 청구인은 ICSID Additional Facility 규정 적용을 신청한 것인데 당시 이미 베네주엘라는 ICSID 협약 탈퇴 의사를 천명하였고 탈퇴 효과는 2012년 7월 25일부로 개시되도록 되어 있었다. 청구인은 중재 신청일인 7월 17일에는 베네주엘라 탈퇴 효과 발생 이전이므로 ICSID 중재 관할권이 인정된다고 주장한 반면 베네주엘라는 청구인의 중재 신청이 ICSID 사무총장에 의해 심사된 후 정식으로 등록된 날짜를 기준으로 삼아야 하며 이 사건 경우 베네주엘라 탈퇴가 발효된 이후 2012년 8월 1일 등록되었으므로 ICSID는 관할권이 없다고 주장하였다.

ICSID AF 규정 2조⁴³⁵⁾는 중재 청구인의 국적국 또는 분쟁 대상국 중 하나가 ICSID 협약 가입국이 아닐 경우 국가와 상대방 국가 국민간의 분쟁을 관리할 권한을 ICSID 사무총장에게 부여하고 있다. AF 규정 4조⁴³⁶⁾에 따라 사무총장은 중재 신청을 승인해야 하는데 반드시 a) 중재 신청 요건이 충족되었고(분쟁이 투자로부터 직접적으로 발생한 법적 분쟁이어야 한다는 의미), b) 두 당사국(투자자의 국적국과 분쟁의 대상이 된 국가) 중 하나가 그 당시(at the time) ICSID 협약 가입국이어야 승인할 수 있었다. 문제는 그 당시의 시점이 중재 신청 시점인지 사무총장의 승인 시점인지 명확하지 않아 청구인과 베네주엘라의 의견이 대립된 것이다. 베네주엘라는 이 시점을 사무총장의 승인 시점이라고 보았으나 중재 판정부는 AF 규정 불문본은 이 시점을 청구가 제출된 시점(ou la demande est soumise) 이라고 적시하고 있다고 제시하고 베네주엘라의 주장을 기각하였다. 판정부는 이 시점을 사무총장의 승인일이라고 보면 투자자는 중재 신청 이후 사무총장 승인일까지 기간 동안 부당한 위치에 놓이게 되는 점에 비추어 볼

established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

435] Article 2 Additional Facility

The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a 11 Additional Facility Rules State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:

- (a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;
- (b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and
- (c) fact-finding proceedings.

436] Article 4 (1) Any agreement providing for conciliation or arbitration proceedings under the Additional Facility in respect of existing or future disputes requires the approval of the Secretary-General.

(2) In the case of an application based on Article 2(a), the Secretary-General shall give his approval only if

- (a) he is satisfied that the requirements of that provision are fulfilled at the time, and
- (b) both parties give their consent to the jurisdiction of the Centre under Article 25 of the Convention (in lieu of the Additional Facility) in the event that the jurisdictional requirements *ratione personae* of that Article shall have been met at the time when proceedings are instituted. 12 Additional Facility Rules



때에도 중재 신청일로 보는 것이 합당하다고 판단하였다. 단순히 행정 사무를 관장하는 사무총장이 자의적으로 승인 시점을 조절함으로써 투자자의 타당한 중재 신청이 봉쇄되거나 관할권이 부인되는 경우가 발생해서는 안된다는 것이다(259-268).

3) 물적 관할권(투자 적법성)

베네주엘라 광업법 29조는 채굴권 획득 전에 베네주엘라 광업부의 사전 인가를 받도록 규정하고 있었다. 청구인이 보유한 58개 채굴권 중 57개는 베네주엘라 국영 광업 회사의 채굴권을 임차하거나 합작 회사 설립 또는 공동 채굴 계약을 통해 확보한 것이었다. 베네주엘라는 이는 광업부 인가 규정을 위반한 것이고 투자협정 I(f)조는 투자를 투자자가 투자 유치국의 법령에 따라 계약국 내에서 소유, 통제하고 있는 모든 자산이라고 정의하고 있으므로 광업법을 위반한 57개 채굴권은 투자협정상의 투자에 해당하지 않으며 따라서 ICSID 관할권이 배척된다고 주장하였다.

4) 수용

청구인의 수용 주장에 대해 중재 판정부는 투자협정 VII.1조상의 수용 요건 충족 여부부터 살펴 보았다. 우선 공적 목적성에 대하여 판정부는 국가는 공공 정책을 수립함에 있어 광범위한 재량권을 향유하며 주권 국가의 적법한 기관이 채택한 정치, 경제 정책의 적정성 여부를 추론하는 것은 중재 판정부의 역할이 아니라고 확인하였다. 베네주엘라의 국유화 포고령은 국유화의 목적을 사회주의 건설, 자본주의적 채굴 방식 폐기, 환경 보호 및 국가 자원 보호라고 분명히 천명하고 있으며 그러한 목적은 적법한 경제 정책의 목적이라고 판단하였다. 적법 절차의 경우 포고령이 베네주엘라 헌법 및 법률의 규정에 따라 발표되었고 베네주엘라 법령상 수용 대상자는 포고령 자체의 합헌성을 헌법 재판소에 제소하거나 포고령 이행 조치를 행정 법원에 제소할 수 있는 異議 제기 제도가 마련되어 있으므로 적법 절차 요건도 충족한다고 보았다. 비차별성의 경우 판정부는 청구인이 주장하는 것은 국영 기업은 수용 절차 적용 대상이 아니므로 청구인과 달리 취급된다는 것인데 국영 기업을 다시 국유화할 수 없는 것은 당연한 이치이고 민영 기업과 국영 기업이 공존하는 산업의 국유화 조치시 당연히 발생할 수 밖에 없는 일이므로 차별 조치라고 인정할 수 없다고 판단하였다.

적정하고 효과적인 즉시 보상의 경우 판정부는 보상을 받지 못했다는 사실 자체만으로 수용이 불법화되는 것은 아니며 이 사건처럼 보상이 제시된 경우 수용의 적법성은 제시된 보상의 구체적인



조건에 의존한다고 판단하고 베네주엘라가 제시한 보상의 조건에 대해 심리하였다. 베네주엘라는 채굴되지 않은 금 매장량에 대해서는 청구인의 채굴권 자체가 광업법 위반이라는 이유로 보상하지 않았다. 다만 고정 자산의 감가상각되지 않는 부분(주로 토지)의 가치와 경제성이 확인된 탐사에 소요된 투자만 보상하되 장부 가액을 넘지 않도록 했다. 판정부는 VII.1조는 투자나 수익의 진정한 가치를 보상하도록 규정하고 있다고 환기하고 진정한 가치란 공정한 시장 가격일 것인 바 국유화령은 장부 가격을 보상 상한으로 정하고 있어 진정한 가치가 보상될 수 없도록 하였으며 채굴되지 않은 금 매장량은 보상 대상에서 제외함으로써 실제 청구인에게 제시된 보상 금액은 국유화령이 설정한 상한에도 훨씬 못미쳤다고 비판하였다. 판정부는 청구인의 채굴권이 부당하게 취득된 것이 없다는 점을 환기하면서 정상적으로 채굴권을 취득하지 못하였다는 이유로 채굴되지 못한 금 매장량을 보상 대상에서 제외한 것은 부당하다고 강조하였다. 판정부는 이상의 심리 결과 베네주엘라는 수용의 요건 중 신속, 유효, 적정 보상 요건을 충족하지 못하였다고 판단하였다(380-410).

청구인은 2009년 조치를 필두로 시행된 일련의 조치는 금 산업을 점진적으로 국유화하려는 시도였다고 주장하였다. 판정부는 점진적인 수용(*creeping expropriation*)이 인정되기 위해서는 국유화 계획이 있었어야 하고 이 계획이 청구인이 다투는 조치들을 통해 이행되었다는 점이 입증되어야 한다고 보았다. 판정부는 2005년 이후 금 산업을 석유 산업처럼 국유화하려는 일정 수준의 의도가 있었다고 해석할만한 증거가 있다고 인정하기는 하였으나 청구인이 다투는 2009년 및 2010년 조치가 국유화 조치라고는 인정할 수는 없다고 판단하였다. 우선 2009년 조치의 우선 목표는 외환 위기 타개를 위한 중앙은행의 외환 보유고 및 금 보유량 확충인 점이 인정되고 이는 시행 주체가 중앙은행이며 외환 사정이 개선된 후 2010년에는 2009년 조치를 오히려 완화하는 조치가 시행된 점에서도 인정된다고 보았다. 판정부는 2009년 조치를 완화하는 2010년 조치는 금 산업을 일련의 상호 연계된 조치를 통해 국유화하려는 잘 짜여진 계획이 있다는 청구인의 주장과는 상치된다고 지적하였다. 또한 만일 베네주엘라가 청구인의 주장대로 2009년과 2010년에 금 산업을 국유화하려 하였다면 굳이 중앙은행의 권한을 사용할 것 없이 2011년 국유화 포고령과 같은 방식으로 더 효과적이고 간명하게 시행할 수 있었을 것이라고 언급하면서 2009년 및 2010년 조치가 국유화 조치라는 청구인의 주장을 기각하였다(427-438).

5) 공정·공평 대우 등 투자자 권리 위반

청구인은 베네주엘라 금 채굴업 투자 당시에는 자유롭게 금을 판매할 수 있었고 암시장을 통해 외환을 제한 없이 조달할 수 있었는데 2009년, 2010년 조치로 인해 금 판매 자유가 심하게



제한되고 암시장이 폐쇄되어 사업에 필요한 외환을 조달할 수 없게 된 것은 안정적인 투자 환경을 유지하지 못하고 투자자의 정당한 기대를 침해하였다는 점에서 공정·공평 대우 의무 위반이라고 주장하였다. 청구인은 투자협정상의 충분한 보호 및 안전 의무는 비단 신체적인 보호에 국한하지 않는다고 주장하고 해당 조치는 동 의무 위반에 해당하며 국영 기업에게 보다 우호적인 환경을 조성하였다는 점에서 차별 금지 의무 위반에도 해당한다고 주장하였다. 중재 판정부는 2009년 조치는 분쟁 제기 시한 초과로 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 환기하고 2010년 조치(암시장 폐쇄, 내수 대 수출 50:50, 수출 대금 50% 중앙은행 의무 예치)의 투자협정 위반 여부에 대해 심리하였다. 판정부는 청구인의 투자 당시 베네주엘라는 2003년부터 고정환율제, 보유 외환 중앙은행 의무 매각제, 외환 매입 인가제를 시행하고 있어서 상황에 따라 외환 시장 통제가 강화될 가능성은 예측할 수 있었고 외환 통제는 주권 사항으로서 베네주엘라가 외환 시장 통제 강화 조치나 암시장 단속을 시행하지 않겠다는 정당한 기대를 청구인에게 조장한 바가 없다고 확인하고 공정·공평 대우 의무 위반 주장을 받아들이지 않았다. 베네주엘라는 1996년부터 금 생산량의 15%를 국내 시장에서 판매하게 하는 규정을 시행하고 있었으므로 상황에 따라 국내 시장 판매 비율이 변경될 수 있음은 예측할 수 있었으며 2010년 내수 대 수출 비율을 50%로 확정하거나 중앙은행에 예치하게 한 조치는 국내 통화의 지불 원천으로서의 금의 특별한 성질과 외환 확보라는 정책의 정당성에 비추어 타당한 조치라고 판단하였다. 이에 따라 판정부는 2010년 조치가 공정하고 공평한 대우를 위반하지 않았다고 판정하였다(529-541).

충분한 보호 및 안전 의무 위반 쟁점에 대해 판정부는 이 의무가 신체적 보호에 국한되는지는 살펴볼 필요도 없이 이미 2010년 조치가 공정·공평 대우 의무 위반에 해당하지 않는다고 판정하였으므로 충분한 보호 및 안전 의무 위반에도 해당되지 않는다고 일축하였다. 2010년 조치 중 내수 수출 비율을 각 50%로 제한하고 수출 대금의 50%를 의무적으로 중앙은행에 매각토록 한 조치는 소규모 업자에게는 내수 판매 비중은 15%, 수출 대금 의무 매각 비율은 70%로 변경하여 적용되었다. 청구인은 이를 차별 대우라고 주장한 것이나 판정부는 투자협정 IV.1조⁴³⁷⁾는 유사한 환경에서 동등 대우한다고 규정하고 있고 청구인과 같은 대규모 업자와 소규모 업자가 유사한 환경에 있다고 볼 수 없다고 설파하고 청구인의 차별 주장을 기각하였다(547-549, 555-564).

437] IV.1. Each Contracting Party shall grant to investments or returns of investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which, in like circumstances, it grants to investments or returns of its own investors.



6) 송금 자유 및 이행 의무 부과 금지

청구인은 생산한 금을 자유롭게 수출할 수 없게 한 베네주엘라의 조치는 투자의 자유 송금을 보장한 투자협정 VIII조 위반이라고 주장하였다. 청구인은 내수 수출 비중을 정한 조치는 투자 기업에게 특정 수출 의무 부과를 금지한 투자협정 부속서 6(d)조 위반이라고 하는 주장도 제기하였다.

송금 자유 위반 주장에 대해 판정부는 투자협정 VIII조⁴³⁸⁾가 보장하는 송금 자유 대상은 투자 또는 수익인데 청구인이 채굴한 금이 투자나 수익에 해당하는지가 관건이라고 보았다. 판정부는 청구인의 투자란 채굴권을 보유하고 있는 기업의 지분 중 청구인이 소유분이고 이로부터 유래하는 금원, 즉 배당 수익 등 투자자로 확보하는 수익, 자신의 투자를 처분하여 얻는 가액, 수용에 따른 보상 등이 자유 송금의 보장 대상이 되는 것이고 투자에서 유래하는 수익은 청구인의 베네주엘라 자회사들의 기업 활동을 포함하는 것은 아니라고 설파하였다. 즉 이들 기업이 상품 수출 대금(price)은 상품과 교환하여 영수한 대금이지 청구인이 베네주엘라에 투자를 보유하고 있는 결과로서 얻은 수익(return)은 아니며 금도 이와 마찬가지로 상품이지 화폐가 아니라고 설명하였다. 판정부는 2010년 조치는 내수 및 수출 비율을 획정하고 수출 대금의 의무 예치를 규정한 것으로서 투자나 수익의 송금 자유와 무관하고 암시장 폐쇄 조치 역시 통상적인 외환 시장 통제 정책의 일환으로서 이들 조치가 송금 보장을 위반하였다는 점이 충분히 입증되지 않는다고 판단하였다(566-582).

투자협정 부속서 6(d)조⁴³⁹⁾는 투자 인가 조건부로 수출 의무 등을 부과하지 못한다고 규정하고 있었다. 판정부는 2010년 조치 중 내수 수출 비중을 각 50%로 획정한 조치는 이 조항에 명시적으로 위배된다고 판정하였다(588-593)

438] VIII.1. Each Contracting party shall guarantee to an investor of the other Contracting party the unrestricted transfer of investments and returns. Without limiting the generality of the foregoing, each Contracting Party shall also guarantee to the investor the unrestricted transfer of:

- (a) funds in repayment of loans related to an investment;
- (b) the proceeds of the total or partial liquidation of any investment;
- (c) wages and other remuneration accruing to a citizen of the other Contracting party who was permitted to work in a capacity that is managerial, executive or involves specialized knowledge in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party;
- (d) any compensation owed to an investor by virtue of Articles VI or VII of the Agreement.

439] 6. Neither Contracting Party may impose any of the following requirements in connection with permitting the establishment or acquisition of an investment or enforce any of the following requirements in connection with the subsequent regulation of that investment: (a) - (c);

- (d) restrictions on exportation or sale for export by an enterprise of products, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume of its local production;



다. 평가 및 해설

1) 정당한 기대

투자자의 정당한 기대 침해로 인한 공정-공평 대우 의무 위반 문제를 심리함에 있어 이 사건 판정부는 투자자도 상황 변화 가능성을 투자 결정 당시 예측했어야 한다고 지적하고 정당한 기대 침해 주장을 수용하지 않았다. 이 사건 판정부처럼 투자자의 책임을 강조한 판례가 다수 있다. *El Paso vs. Argentina* 사건(ARB/03/15)에서는 정당한 기대는 투자자의 투자 수익에 대한 정당한 기대와 공공의 이익을 위해 경제를 규제할 수 있는 투자 유치국의 권리 사이에 균형을 맞추어 정당성 여부를 판단해야 한다고 보았다. 그리고 정당한 기대는 해당 상황에 따라 변동하므로 개도국과 선진국의 상황 차이에 따라 정당하다고 볼 수 있는 기대 내용이 다를 수 있으며 합리적인 투자자라면 환경이 격변하면 그에 따라 법규도 심하게 변하리라고 기대해야 한다고 보았다. *Ubraser & CABB vs. Argentina* 사건(ARB/07/26) 중재 판정부는 투자 결정 당시 투자자의 기대는 투자 유치국의 법적 환경 뿐 아니라 사회, 경제적 환경도 고려해야 한다고 보았다. 투자자는 발생을 예측할 수 없는, 국가가 책임져야 하는 상황과 문제가 존재함을 인식해야 하며 공정-공평 대우는 공공 이익을 위해 이러한 상황, 문제를 처리하려는 투자 유치국의 노력으로부터 완전히 절연되고 면제된다는 것은 아니라는 견해를 밝혔다. *Unglaube vs. Costa Rica* 사건(ARB/08/1) 판정부도 청구인도 知的이고 경험 많은 기업인으로서 관련 법령과 절차의 변경 가능성을 숙지했어야 한다고 보았다. *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서는 청구인이 우루과이의 새로운 담배 규제 도입이 자신의 정당한 기대를 침해한 것이라고 주장하였으나 판정부는 담배의 유해성에 비추어 담배에 관한 규제는 시간이 갈수록 엄격해질 것이라는 점을 청구인도 투자 결정 당시 예상했어야 한다고 지적하였다.

2) 점진적 수용

이 사건은 시간을 두고 취해진 일련의 조치가 전체로서 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 복수의 조치가 기간을 두고 점진적으로 채택되어 증첩적으로 수용의 효과를 발현하는 간접 수용의 한 형태를 점진적 수용이라고 한다. 이 사건 외에 점진적 수용이 비중있게 심리된 판정으로는 *Generation Ukraine vs. Ukraine* 사건(ARB/00/9)이 있다. 동 사건 중재 판정부는 점진적 수용이란 특정 시점에 존재하는 투자에 대해 국가에 귀책되는 연속적인 행위가 시행되어 해당 투자에 대한 투자자의 권리가 수용에 관한 국제법을 위반할 정도로 침식되는 것이라고



설명하였다. *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8)에서 점진적 수용을 구성하는 개개 조치 역시 수용의 부정적 효과를 가져야 한다는 아르헨티나 주장에 대해 판정부는 조치 각각이 독립적으로 수용의 효과를 가지지 않아도 전체로서 수용에 해당하는 효과를 가져 올 수 있다고 보았다. *Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan* 사건(ARB/05/16)에서 청구인은 카자흐스탄이 청구인과의 통신 사업 계약을 종료시키고 청구인이 투자한 회사를 국내 회사에 매각케 한 일련의 조치가 점진적인 수용에 해당한다고 주장하였다. 카자흐스탄은 정부가 수익을 얻은 것은 없다고 항변하였으나 판정부는 수용은 정부에 명시적인 손해가 없어도 존재할 수 있으며 일련의 조치는 종합적으로 점진적인 수용에 해당한다고 판정하였다.

점진적 수용을 포함한 간접 수용에 관한 ICSID 중재 판정을 종합한 해설은 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에 수록하였다.

3) 수용의 공공 목적성 요건

이 사건 판정부는 베네주엘라의 국유화 포고령이 수용 요건을 충족했는지를 심리함에 있어 공적 목적성에 대해서는 국가가 공공 정책 수립 시 광범위한 재량권을 향유하며 주권 국가의 적법한 기관이 채택한 정치, 경제 정책의 적정성 여부를 중재 판정부가 추론하는 것은 바람직하지 않다고 보고 베네주엘라 국유화 포고령이 제시한 사회주의 건설, 자본주의적 채굴 방식 폐기, 환경 보호 및 국가 자원 보호는 별도 심리 없이 적법한 경제 정책의 목적이라고 인정하였다.

중재 판정부의 이러한 태도는 *Vestey vs. Venezuela* 사건(ARB/06/4) 판정부의 태도와 크게 대비된다. *Vestey* 판정부는 베네주엘라가 식량 자급자족 정책의 일환으로 국민의 식량에 대한 적시적인 접근성과 가용성 확보라는 공공 목적을 위해 청구인의 농장을 수용했다고 주장한데 대해 식량 자급자족, 식량 접근성, 가용성이 공공의 목적이 될 수 있다는 점은 인정하였다. 그러나 이 주장이 설득력을 갖기 위해서는 수용 이후의 행태가 당초의 목적과 부합하여야 한다고 보고 수용 이후의 정부의 행위를 살펴 보았다. 정부가 당초 천명하였던 공공 목적 달성과 무관하게 행동하였다면 문제가 된 조치는 천명된 목적 달성을 위해 채택된 조치가 아니라고 볼 수 있기 때문이다. *Vestey*는 매우 생산적인 기업이었고 *Vestey*가 생산한 쇠고기는 시장에서 고시된 가격으로 판매되고 있었다는 점은 베네주엘라도 인정한 사실이었다. 당시 베네주엘라는 국내 소비를 충당하기 위해 쇠고기를 국내 고시 가격보다 비싸게 수입하여 정부 보조금을 통해 고시 가격으로 공급하고 있었다. 이는 정부 재정에 큰 부담이 되었다. 판정부는 이러한 상황에서 쇠고기를 고시 가격으로



다량 공급하는 생산성 높은 기업의 존재가 당초 정부가 천명한 공공 목적 달성에 도움이 될 것인 바 왜 이 기업을 수용해야 식량 접근성이 더 개선된다는 것인지 이해하기 곤란하다고 통박하였다. 또 수용 이후 생산량이 증가되었거나 가격이 하락하였다는 증거도 없고 오히려 베네주엘라 정부 개입 이후 생산량이 감소했다는 것은 공지의 사실이라고 지적하였다. 베네주엘라는 유전적으로 우월한 Vestey축우에의 접근성 향상을 또 다른 공공 목적으로 제시하였으나 판정부는 Vestey는 정기적으로 순종 축우를 판매하여 왔고 수용 이후 축우 가격은 오히려 인상되었으며 만일 베네주엘라가 순종 축우 접근성 향상을 모색하였더라면 순종 축우 판매량 확대 강제 조치 등 수용보다는 훨씬 유연하고 효과적인 조치를 취할 수 있었을 것이라고 지적하고 수용의 공공성을 인정하지 않았다.

수용 조치의 표방된 공공 목적성의 진위 여부를 심층 심사한 다른 판례로는 *ADC vs. Hungary* 사건(ARB/03/16)이 있다.



155

Ping An vs. Belgium 사건(ARB/12/29)

가. 사건 개요

이 사건은 2009년 발효된 중국-벨기에 투자협정의 분쟁해결 조항이 협정 발효 이전의 분쟁에 대해서도 적용되는지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인인 중국의 Ping An 보험 공사는 2007년 8월부터 2008년 9월에 걸쳐 벨기에 Fortis 은행의 지분 4.81%를 인수하여 최대 주주가 되었다. 그러나 2008년 9월 Lehman Brothers사의 파산으로 시작된 소위 sub-prime mortgage 사태로 인해 세계 경제가 흔들리고 Fortis 은행을 포함한 다수의 은행이 부실화된 채권으로 인해 존폐의 기로에 서게 되었다. 벨기에 금융 당국은 Fortis 은행 도산을 방지하기 위해 막대한 공적 자금을 투입하여 국유화하였으며 프랑스 BNP 은행에 매각하기로 하였다. 이 과정에서 기존 주주의 減資, 신규 자본 투입으로 인해 Ping An은 지분율이 하락하였고 BNP 매각 가격이 당초 자신의 매입 가격에 못 미쳐 손실을 보게 되었다.

Ping An은 벨기에 금융 당국의 Fortis 은행 구제 및 매각 과정에서 투자자로서의 정당한 보호를 받지 못했다고 주장하고 2012년 9월 ICSID에 중재를 신청하였다. 당시 발효 중이던 중국-벨기에 투자협정(2009년 협정)은 1984년 체결된 협정(1984년 협정)을 대체한 신규의 투자협정으로서 2009년 12월 1일 발효했던 관계로 Ping An이 다투려는 벨기에의 조치는 모두 2009년 협정 발효 이전에 발생한 것들이었다. Ping An은 벨기에가 1984년 협정상의 의무를 위반하여 자신의 투자를 불법 수용하였으며 합당한 투자자 보호도 제공하지 않았다고 주장하면서 ICSID 중재 신청은 2009년 협정을 근거로 하였다. 벨기에에는 1984년 협정과 2009년의 협정의 해석상 청구인이 제기하는 분쟁은 2009년 협정의 적용 대상이 아니라고 주장하고 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1984년 협정의 분쟁해결 조항 10조(1)조⁴⁴⁰⁾는 투자자-국가 분쟁의 경우 투자자는 분쟁 내용을

440] 1. Any dispute arising from an investment shall be notified in writing by the investor of one Contracting Party to the other Contracting Party with a memorandum attached.



투자 유치국 정부에 문서로 통보하고 양측은 우호적 해결을 위해 최대한 노력할 것을 규정하고 있으며 10(2)조는 분쟁의 관할권은 투자 유치국 법원에 있다고 명시하고 있다. 다만 예외적으로 수용, 국유화, 또는 투자에 유사한 영향을 미치는 모든 조치의 경우에서 보상 금액에 관한 분쟁은 통보일 후 6개월 이내에 해결되지 못할 경우 투자자의 선택에 의해 국내 법원에 제출되거나 국제 중재에 직접 제출된다고 10(3)조에서 규정하고 있었다. 1984년 협정 부속 의정서 6조는 보상 금액에 관한 분쟁은 스톡홀름 상공회의소 중재 판정부 중재인 명부에서 선임되는 3인의 중재 판정부에 제출된다고 적시하고 있었다. 1984년 협정 14(4)조⁴⁴¹⁾는 협정 만료 시점 전에 행해진 투자에 대해서 이 협정의 조항들이 협정 만료일 이후 10년간 적용된다고 규정하고 있었다.

2009년 협정 8(1)조는 역시 투자자-국가간 분쟁 발생시 분쟁 당사자는 상대방에게 문서로 통보하고 가능한 협의를 통해 해결을 모색하도록 규정하고 있었으며 8(2)조는 통보일 후 6개월 이내에 협의로 해결되지 않은 분쟁은 투자자의 선택에 따라 분쟁 당사국의 국내 법원이나 ICSID 중 하나에 제출하도록 동의한다 규정하고 있었다. 2009년 협정은 1984년 협정을 대체한 것으로서 양 협정 간의 이전 문제에 관해 별도 조항(10(2)조⁴⁴²⁾)을 두어 2009년 협정은 일방 계약국 투자자에 의해 타방 계약국 영토 내에 행해진 투자는 행해진 일자가 협정 발효일 전후인지를 불문하고 모두 적용된다고 규정하면서도 다만 이미 사법 또는 중재 심리가 진행 중인 투자 분쟁에 대해서는 적용되지 않는다고 명시하였고 이러한 분쟁은 1984년 협정에 의거하여 해결되어야 한다고 적시하였다.

청구인은 2008년 10월 14일 1984년 협정 10(1)조에 따른 분쟁 발생을 통보하였다. 그러나 사법 절차를 개시하지는 않았다. 통보는 되었으나 사법 절차는 개시되지 않은 분쟁임 셈이다. 청구인이 2012년 9월 ICSID에 중재를 신청하자 벨기에는 2009년 협정 8(2)항에 적시된 벨기에의 ICSID 중재 동의는 협정 발효일(2009년 12월 1일) 이후 발생한 분쟁에 국한된 것이며 이는 8(1)조⁴⁴³⁾에 when a legal dispute arises 라고 현재형으로 기재된 점과 일반 국제법상 조약의

441] 4. The provisions of this Agreement shall continue in effect for a period years after the date of termination with respect to investments made whilst Agreement is in force.

442] 2. The present Agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, whether made before or after the entry into force of this Agreement, but shall not apply to, any dispute or any claim concerning an investment which was already under judicial or arbitral process before its entry into force. Such disputes and claims shall continue to be settled according to the provisions of the Agreement of 1984 mentioned in paragraph 1 of this Article.

443] 1. When a legal dispute arises between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, either party to the dispute shall notify the other party to the dispute in writing. As far as possible, the parties to the dispute shall endeavour to settle the dispute through consultations, if necessary by seeking expert advice from a third party, or by conciliation between the Contracting Parties through diplomatic channels.



소급효는 인정되지 않는다는 원칙에 비추어 자명하다고 주장하였다. 협정 발효일 이전에 행해진 투자에도 2009년 협정이 적용된다는 10조 규정이 발효일 이전의 분쟁에도 적용된다는 것까지 의미하지는 않는다고 하였다. 통보되고 개시된 분쟁에는 적용되지 않는다고 10조가 적시했지만 이 사건 경우처럼 통보되었으나 개시되지 않은 분쟁에 대해서는 침묵하고 있다고 해서 조약의 소급효 금지 원칙이 바뀌는 것은 아니라는 의견을 개진하였다. 벨기에는 만일 2009년 협정이 분쟁에 대해 소급효를 인정하려 했으면 *when a legal dispute arises*가 아니라 *has arisen*으로 기재되었을 것이나 그렇지 않은 점에 비추어 협정 당사국은 발효일 이전 분쟁에 협정을 적용할 의사가 없었다는 것이 확인된다고 주장하였다. 벨기에는 1984년 협정 14(4)조에 의거, 협정 만료 전에 행해진 투자, 즉 이 사건 투자에 대해서는 만료 후 10년간 1984년 협정이 적용되므로 이 사건 분쟁은 벨기에 국내 법원이나 스톡홀름 국제 중재에 회부되어야 할 일이라고 보았다.

중국은 2009년 10(2)조⁴⁴⁴⁾는 발효일 전후에 행해진 것 여부를 불문하고 모든 투자에 적용된다고 적시하고 있으며 오직 이미 사법 심리가 개시된 분쟁만 적용 대상에서 제외한다고 천명하고 있다고 지적하고 이는 심리가 개시되지 않은 분쟁은 당연히 적용 대상에 포함된다는 의미라고 주장하였다. 분쟁은 심리가 진행 중인 것과 그렇지 않은 것 두 종류로 나눌 수 있으며 10(2)조는 전자에 대해서만 적용되지 않는다고 언급하였으므로 후자는 당연히 적용 대상이 된다고 강조했다. 그렇지 않다면 이 사건 경우처럼 통보는 하였으며 정식 제소하기 전에 협의가 진행 중이었던 분쟁에 대해서는 사법 공백이 발생한다고 주장하였다. 또한 중국은 2009년 협정이 1984년 협정을 대리하고 대체한다(substitute and replace)는 10(1)⁴⁴⁵⁾조가 무의미하게 된다고 지적하였다.

중재 판정부는 다음 여섯 가지 이유를 들어 벨기에의 해석을 지지하였다.

- 판정부는 8(1)조의 평이한 의미는 2009년 발효일 이후 발생 분쟁만을 언급하고 있으며 확장 해석을 배제하고 있다고 보았다(224).
- 투자에 유리한 환경 조성을 통해 경제 협력을 강화하겠다는 2009년 협정 서문은 사법

444] 10(2) The present Agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, whether made before or after the entry into force of this Agreement, but shall not apply to, any dispute or any claim concerning an investment which was already under judicial or arbitral process before its entry into force. Such disputes and claims shall continue to be settled according to the provisions of the Agreement of 1984 mentioned in paragraph 1 of this Article.

445] 10(1) This Agreement substitutes and replaces the Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Belgium-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed on 4th June, 1984 in Brussels.



공백에 있는 발효 전 분쟁이 있으면 창조적인 해석을 통해 채워야 한다는 추론으로 이어지지 않는다고 보았다(225).

- 발효일 전후를 불문하고 모든 투자에 적용된다는 10(2)조 문안은 발효일 이전 발생 분쟁의 효과에 대해서는 별 의미를 제공하지 못한다고 지적하였다. 그러나 그 지적의 논리적 근거는 제시하지 않았다(226).
- 판정부는 발효 전 사법 심리가 진행 중인 분쟁에 대해서는 적용하지 못한다는 10(2) 문안은 그 자체가 ‘통보는 되었으나 심리가 개시되지 않은 발효 전 분쟁’도 2009년 협정 소관이라는 추론을 지지하는 것은 아니라고 해석하였다. 판정부는 10(2)조는 이 분쟁에 대해서는 언급하고 있지 않다고만 하였을 뿐 자신의 판단에 대한 이유를 더 제시하지는 않았다(227).
- 판정부는 10조 2009년 협정이 1984년 협정을 대체한다는 문안이 통보는 되었으나 심리는 개시되지 않은 발효 전 분쟁에도 2009년 협정이 적용된다는 추론을 정당화하는 것은 아니라는 견해를 밝혔으나 그 이유를 언급하지는 않았다(228).
- 판정부는 기 통보 심리 미개시 분쟁에 대해 2009년 협정이 적용된다는 추론이나 확장적 해석을 부인하는 가장 중요한 요소는 1984년 협정과 달리 훨씬 넓은 분쟁해결 조항의 활용을 허락하는 것이라는 견해를 개진하였다. 1984년 협정을 적용한다면 그 분쟁해결 조항 규정 상 이 사건과 같은 수용의 보상 금액을 다투는 분쟁에 한해서만 국제 중재를 이용하게 되는데 만일 기 통보 심리 미개시 발효 전 분쟁에 2009년 협정을 적용하면 그 분쟁해결 조항 상 모두 국제 중재를 이용할 수 있다는 것이다. 판정부는 그러나 이러한 국제 중재 대상 분쟁의 확대 현상이 발생하게 되며 이는 기술적이고 절차적인 문제가 아니라고만 언급했을 뿐 왜 발생하면 안되는지에 대해서는 논설하지 않았다(229-230).

중재 판정부는 위와 이유로 2009년 협정의 어느 문안도 2009년 협정의 보다 확장된 구제 조치가 기 통보 미 개시 발효 전 분쟁에 제공 가능하다는 점을 정당화하지 않는다고 판정하였다. 그러면서도 청구인이 제기하는 타당할 수도 있는 문제를 효과적으로 처리할 구제가 없을 수도 있는 점은 유감이라고 첨언하였다. 그러나 청구인에게 2009년 협정상의 구제 수단을 제공할 수 있도록 2009년 협정을 해석할 정당한 방법이 없다고 재확인하였으며 어떤 구제 수단이 청구인에게 이용 가능한지에 대해서는 판정부는 입장을 정하지 않았다는 점을 강조하였다. 판정부는 이 사건에 대해 시간적 관할권이 없다고 판시하였다(231-233).



다. 평가 및 해설

청구인과 벨기에는 소급효 금지 원칙에 대해 의견을 개진하였으나 판정부는 소급효 여부는 심리하지 않았다. 발생 시 불법적인 행위에 대해서 새로운 분쟁 절차를 적용하는 것은 법의 소급 적용에 해당하지 않는다는 입장을 밝혔다. 판정부는 법원칙을 감안하여 전략적으로 해석하지 않고 조문의 평이한 의미 위주로 협소하고 순수히 언어학적인 과정을 통해 국제 조약을 해석해야 한다고 보았다(218). 그러나 판정부의 이러한 원칙에 입각하여 10(2)조를 해석하면 판정부와 반대의 해석에 도달하는 것이 합리적이라고 생각한다.

이 사건의 요체는 2009년 협정 10(2)조의 해석이다. 이 조항은 첫 문장 앞부분에서 이 협정의 발효일 전후 행해졌는지를 불문하고 모든 투자에 적용되어야 한다고 적시하고 있다. 뒷부분에서는 발효 전 이미 사법, 중재 심리 하에 있는 분쟁에 대해서는 적용해서는 안된다고 제한하고 있다. 투자에 적용된다는 의미는 투자와 관련된 협정상 모든 문제를 말할 것이다. 그것은 투자의 정의 충족 여부, 투자자 해당 여부, 국내법 준수 여부, 투자 및 투자자에 대한 대우, 협정의 적용이 배제되는 경우, 투자자의 의무 등 매우 다양할 것이며 이러한 문제에 대해 당사자 간의 의견이 대립될 경우는 항용 있는 일이므로 투자와 관련된 분쟁이 여기에 해당된다는 것은 너무나 자명할 것이다. 언어학적으로 보았을 때 이 문장의 구조는 이처럼 협정이 적용되는 모든 범위를 먼저 밝히고 이 범위에서 제외되는 사항을 후에 첨부하는 형식이다. 전체에서 제외되는 사항을 언급했으므로 제외되는 것으로 언급되지 않은 것은 전체에 당연히 잔존하는 것이다. 제외되는 사항은 당연히 매우 적확하고 오해의 소지가 없도록 기재해야 하고 해석해야 할 것이다. 10(2)조에서 제외되는 사항이 무엇인지는 당사자간 이견이 없었다. 해당 문안은 매우 명료하게 협정 발효 전에(즉 2009년 12월 1일 전에) 이미 사법 또는 중재 심리 하에 있는 투자와 관련된 모든 분쟁이나 주장에는 적용되어서는 안된다고 서술하고 있다. 이 사건 분쟁은 어떠한 사법 또는 중재 절차에 회부되지 않았고 2009년 12월 1일 이전에 발생하였으므로 이 문안상의 협정 적용 배제 대상에 속하지 않는 것은 명백하다. 용어의 평이한 의미와 협소하고 순수히 언어학적인 해석을 적용한다면 이 사건 분쟁이 협정 적용 배제 대상에 속하지 않는 것은 명백하고 이미 앞부분에서 이 협정은 모든 투자에 적용된다고 적용의 범위의 최대한을 확정하여 놓았으므로 논리적인 귀결상 적용 배제 대상이 아닌 것은 적용 대상이 된다는 간명한 결론이 나오게 된다.

판정부의 판단대로 8(1)조가 *when a legal dispute arises*라고 현재형으로 기재되어 있고 이후부터는 모두 *the dispute*라고 언급이 되어 있으므로 분쟁해결 조항 8조의 적용 대상(8조에



the dispute로 기재되어 있는 분쟁)은 현재형으로 기재된 최초의 a dispute라는 점에는 동의한다. 현재형으로 기재되어 있으므로 평이한 의미와 협소하고 순수히 언어학적인 해석상 이미 과거에 발생한 분쟁은 제외된다고 보아야 할 것이다. 그럼 결국 평이한 의미, 언어학적인 해석은 상호 상충되는 결과를 제시하게 될 뿐 이 사건 심리에 별 영향을 주지 못한다. 조약 해석의 대원칙을 규정하고 있는 조약법에 관한 비엔나 협약 31(1)조는 단어의 통상적인 의미로 해석하라고 규정하고 있으나 맥락과 해당 조약의 대상과 목적을 감안하라는 조건을 부대하고 있다. 이 경우처럼 통상적 의미로 해석할 때 서로 상충되는 결과가 나오는 경우 맥락과 해당 조약의 대상과 목적을 감안하여 새로운 해석을 시도하여야 할 것이다.

10(2)조를 해석해야 하는 맥락이 무엇인가? 동일 내용의 신규 조약이 대체되는 와중에 근거 협정이 불분명해진 분쟁이 발생한 것이다. 투자협정의 대상과 목적은 무엇인가? 투자에 유리한 환경 조성이다. 2009년 협정, 1984년 협정 서문은 물론이고 대부분의 투자협정 서문에 유사한 표현으로 적시되어 있다. 공정한 분쟁해결 절차는 외국인 투자를 유치하기 위한 환경의 핵심이다. 조약을 단어의 통상적인 의미로, 판정부의 표현을 빌리자면 평이한 의미와 협소하고 순수히 언어학적인 과정으로 해석한다 하여도 이 핵심이 보장되는 방향으로 해석하는 것이 비엔나 협약 31(1)조⁴⁴⁶⁾의 원칙에 부합하는 것이다. 판정부는 판정부의 해석으로 이 사건 분쟁에 대한 사법 공백이 발생한다는 점을 기재하여 놓고 유감이라고 표현하였다. 판정부의 의무는 유감을 표명하는 것이 아니라 유감이 생기지 않도록 객관적이고 공정한 판정을 내리는 것이다. 사법 공백이 발생하지 않도록 단어의 통상적 의미, 언어학적인 과정을 통해 2009년 협정을 해석한다면 10(2)조에 협정 제외 대상이 오직 사법 심리가 개시된 분쟁이라고 한정하여 적시하고 있으므로 사법 심리가 개시되지 않은 이 사건 분쟁은 2009년 협정 적용 대상이라고 보아야 타당할 것이다. 판정부는 2009년 협정 서문은 별 도움이 되지 않는다고 지적하였다. 그러나 비엔나 협약 31(2)조⁴⁴⁷⁾는 협정 해석의 맥락은 서문을 포함한다고 적시하고 있다. 서문에 기재된 유리한 투자 환경 조성은 협정 해석 시 반드시 고려해야 할 맥락이며 유리한 투자 환경 조성을 이 사건 분쟁에 대한 사법 공백이 발생하지 않도록 10(2)조를 해석하는 것은 온당하다고 본다.

이 사건 중재 판정의 또 다른 문제는 판정의 이유에 대해 충분한 설명을 하지 않았다는 점이다. 판정부는 이 사건 분쟁에 2009년 협정이 적용되지 않는다는 벨기에의 해석을 지지하면서

446] 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

447] 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:



벨기에가 강조했던 소급효 금지 원칙에 대해서는 간략하게 반대 의견을 표명하고 언어학적인 해석으로 자신의 판단을 수립하였다. 그러나 6가지의 판단을 내세우면서 그 결론만 소략하게 또는 단정적으로 기재했을 뿐 그러한 판단의 이유에 대해 설명하지 않았다.



156

GFT vs. Macedonia 사건(ARB/12/31)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인을 직간접적으로 소유, 통제하고 있는 주체가 투자협정 당사국 국민이라는 점이 입증되지 못하여 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Guardian Fiduciary Trust Ltd.는 뉴질랜드의 신탁회사로서 구 유고 연방 마케도니아에서 Stopanska Bank를 통해 영업 중이었다. 2009년 6월 Stopansk Bank는 미국의 요청으로 돈세탁 수사를 진행 하던 중에 청구인의 구좌를 동결하였고 마케도니아 사법 당국은 청구인 직원 1명을 돈세탁 혐의로 체포한 후 보도 자료를 통해 청구인의 회사명을 공개하였다. 청구인은 마케도니아가 자신의 돈세탁 혐의가 허위임을 알고 있었거나 알 수 있었다고 주장하고 청구인의 돈세탁 혐의를 공개함으로써 영업에 타격을 주었으며 이로 인해 영업 장소와 사명까지 바꾸게 되었다고 항의하였다.

청구인은 마케도니아의 행위는 투자협정 위반이라고 주장하고 네덜란드-마케도니아 투자협정에 근거하여 2012년 8월 ICSID에 중재를 신청하였다. 마케도니아는 뉴질랜드 법인인 청구인이 투자협정 보호 대상이 되기 위해서는 네덜란드 자연인, 법인의 직간접적인 소유, 통제 하에 있어야 하는데 실 소유주는 마샬 군도에 등록된 회사라고 주장하고 청구인에 대한 ICSID 중재 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

ICSID 중재 대상이 되는 분쟁은 일방 체약국과 타방 체약국 국민(자연인, 법인)과의 투자에 관한 법적 분쟁이다. 다만 법인의 경우 외국의 통제 하에 있는 분쟁 당사국의 법인은 당사국이 합의하면 타방 체약국의 국민으로 취급할 수 있다(ICSID 25(2)(b)조). 네덜란드-마케도니아 투자협정 I(b)(III)조⁴⁴⁸⁾는 해당 체약국의 법령에 따라 설립되지 않은 법인이 해당 체약국의 국민이나 법인에

448) For the purpose of this Agreement:
(a)...



의해 직접적, 간접적으로 통제되면 해당 계약국 법인이라고 규정하고 있다.

청구인의 소유주는 뉴질랜드 법인인 Capital Conservator Trustee Ltd.(이하 CCT) 이고 이 회사의 법적인 소유주는 In Asset Management Ltd.(IAM)라는 뉴질랜드 회사였다. 이 IAM은 네덜란드 법인인 Stichting Intetrust가 소유하고 있었다. 청구인은 그래서 네덜란드-마케도니아 투자협정을 원용한 것이다. 그런데 IAM은 원래부터 CCT를 소유하고 있었던 것이 아니라 마샬 군도에 적을 둔 Capital Conservator Group(CCG)으로부터 CCT 지분 운용을 신탁받고 주식의 법적인 소유권을 이전받은 것이다. 이 신탁 계약에 따르면 IAM은 CCG를 위해 CCT의 지분을 소유하나 CCT의 수익상의 소유주(beneficial owner)인 CCG의 문서상 동의 없이 CCT 지분을 저당, 이전, 양도할 수 없고 CCT 지분으로부터 유래, 파생, 접수된 모든 수익에 대해 CCG에게 보고하고 지시를 받는다고 규정하고 있었다. 사실 청구인의 원래 사명은 Capital Conservator Savings & Loans Ltd.로서 Capital Conservator Group을 정점으로 Capital Conservator Trustees를 거쳐 Capital Conservator Savings & Loans로 이어지는 계열 회사였던 것이다.

마케도니아는 IAM은 자산 운영의 편의상 고객인 CCG로부터 CCT의 지분의 명목상의 소유권을 이전받았을 뿐이며 따라서 청구인은 IAM은 물론 네덜란드 법인인 Stichting Intetrust에 의해 직접적, 간접적으로 통제받는 것이 아니라고 주장하였다. 실제 소유주는 수익상의 소유주인 마샬 군도 법인 CCG라는 것이다. 마케도니아는 투자협정상상의 ‘통제(controlled)’란 실제 통제 행위가 행사된다는 것을 의미하는 것이지 명목상의 소유권이나 통제할 수 있는 잠재적 능력을 뜻하는 것은 아니라고 주장했다. 청구인은 ‘통제’란 통제되고 있는 실질적 행위를 요구하는 것이 아니라 소유권처럼 통제할 수 있는 법적인 권한을 의미한다고 개진하였다. 청구인은 CCT와 IAM을 거쳐 Stichting에 의해 간접적으로 소유되고 있으며 Stichting은 청구인을 통제할 법적 권한을 구비하고 있으므로 관할권이 성립되기에 충분하다고 항변하였다.

중재 판정부는 신탁 계약상 수익 보고 및 이에 관한 지시 수령 등의 기술은 있으나 실제 회사의 통제 수단인 영업 지시권이나 투표권에 대해서는 언급이 없는 점을 지적하고 IAM이 이를 행사하여 실제로 CCT를 통제할 수 있는 가능성이 있다고 보았다. 수익상 소유주가 실효적 통제권 행사를 자제하고 양해 하에 법적인 소유주가 이를 행사했을 수도 있다는 것으로서 IAM이 이를 실제로 행사한 증거가 있는지 살펴 보아야 한다고 판단하였다. 그러나 IAM은 자신이 투표권

(b) the term ‘nationals’ comprises with regard to either Contracting State:

.....

(III) legal persons not constituted under the law of that Contracting State but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (I) or by legal persons as defined in (II).



행사이든 구체적인 경영상의 지시이든 실제로 통제 행위를 하였다는 증거를 아무것도 제시하지 못하였다. 판정부는 이러한 상황에서는 Stichting이 청구인을 직접, 간접적으로 통제했다고 볼 수가 없다고 판시하고 이 사건에 대해 ICSID는 인적 관할권(*ratione personae*)이 없다고 판시하였다(134-136).

다. 평가 및 해설

CCG가 IAM에게 CCT를 신탁한 것은 영미법에 있는 완전 신탁(bare trust)이라는 신탁의 한 형태이다. 이는 수탁자가 수탁된 자산을 자신의 명의로 소유하고 있으나 수탁 자산으로부터 발생하는 모든 수익은 위탁자에게 귀속되며 위탁자의 요구가 있을 시 또는 사전에 규정한 조건이 충족되었을 시 수탁 자산의 소유권을 위탁자에게 반환하는 신탁이다. 흔히 미성년자에게 고액의 자산을 상속할 때 흔히 사용된다.

이러한 방식의 신탁의 경우 궁극적인 소유자는 신탁자로 보아야 하는 것이 상식에 부합할 것이다. 수탁자는 자산 운용의 편의와 자산 보존의 책임상 일정 기한 소유권을 위탁 받은 것이다. 그러나 투자협정에서 외국인이 통제하는 자국 법인에게도 투자자의 지위를 부여하는데 있어 반드시 외국인이 소유할 것을 요구하지는 않는다. 이 사건 네덜란드-마케도니아 투자협정에서도 통제를 요구했지 소유를 요구한 것은 아니다. 소유권이 없어도 직접적, 간접적으로 통제할 수 있으면 될 것이다. 문제는 이 통제가 통제할 수 있는 권한과 자격을 보유한 상태를 의미하는 것인지, 실제로 통제 행위를 한 실례가 입증되어야 하는지가 분쟁의 핵심이었다. 판정부가 통제 행위 실례의 부존재를 이유로 관할권을 인정하지 않기는 하였으나 이 판정이 곧 투자협정 투자자나 투자 정의 조항 상의 ‘통제’의 의미가 실제의 통제 행위를 의미한다고 판시한 것은 아니라고 본다. 판정부는 신탁 계약상 수탁자가 원래 신탁의 목적을 수행하기 위해 실질적인 경영상의 통제권까지 행사해도 되는지 여부가 명시되어 있지 않은 관계로 사실에 의해 이를 추론하기 위해 통제 행위 수행 사례를 요구한 것일 뿐이다. 만일 수탁 범위 내에 경영상의 통제권까지 행사할 수 있다고 명문으로 규정되어 있었다면 수탁자 IAM이 위탁 자산인 CCT를 직간접적으로 통제하고 있다고 판단하기에 무리가 없었을 것으로 판단한다.



157

OTMTI vs. Algeria 사건(ARB/12/35)

가. 사건 개요

이 사건은 투자의 동기는 투자의 요건에 포함되지 않으며 청구인을 소유하고 있는 상위 수직 계열사가 동일 분쟁을 중복 제소하는 것은 용인되지 않는다고 판시된 사건이다.

이집트 통신 회사 Orascom Telecom Holdings(OTH)는 2001년 5월 알제리 무선 통신 사업을 수주하고 Oracom Telecom Algery(OTA)라는 자회사를 설립하여 2002년부터 사업을 개시하였다. OTH의 대주주인 이집트 기업인 Naguib Sawiris는 룩셈부르크 투자 회사 Weather Group도 소유하고 있었다. Weather Group은 2005년 소속사의 소유 지분 구조 변경을 시도하여 소속사 중의 하나인 이태리 투자 회사 Wind Acquisition의 산하에 새 자회사를 신설하기 위해 한 회사를 새로 매입할 필요가 발생하였다. 이 구조 변경을 수행하기 위해서는 이 새 회사를 매입할 비용이 필요하였는데 Weather Group은 OTA의 지분을 담보로 대출금을 마련하여 일부 충당하고 일부는 OTA의 이익 배당금을 활용하기로 하였다. 이를 위해 OTA의 직접 소유사인 OTH의 지분을 확보하여야 했는데 Weather Group은 소속사인 Weather Investment가 100% 소유하는 자회사 Weather Capital이 OTH 지분의 51%를 소유하여 지배권을 확보하도록 조정하였고 Orascom TMT Investment라는 별도의 회사를 설립하여 Weather Investment의 지배 지분을 매입 및 증자 참여를 통해 확보하도록 하였다. Orascom TMT Investment(OTMTI)가 이 사건 청구인이다. 그 이름에서 확인할 수 있듯이 알제리 및 이집트 Orascom사의 지분 확보를 위해 설립된 회사이고 나중에 Weather Investment II로 개명한 것에 나타나듯이 Weather Group의 소속사였다. 형식상 청구인이 OTA를 간접 소유하고 이러한 투자가 투자협정이나 ICSID 협약상의 투자에 해당하는지가 이 사건의 쟁점이 되었다.

청구인에 따르면 2008년부터 알제리는 Sawiris에 대한 정치적 압박의 일환으로 OTA 납세 의무액 재산정, 면세 혜택 철회, OTH의 OTA 지분 매각 협상 방해 등의 조치를 취했으며 OTH와 Weather Investment 등은 이를 다투는 중재를 신청하기도 하였다.

청구인은 2012년 10월 룩셈부르크-알제리 투자협정을 근거로 ICSID 중재를 신청하였다. 알제리는



청구인의 OTA 지분에 대한 간접 소유는 실제 알제리 내에서의 경제 활동을 위한 목적이 아니라 소속 그룹의 타 회사 매입 자금 확보를 위해 취해진 것으로서 투자협정이나 ICSID 협약상의 투자라고 볼 수 없고 OTA에 대한 알제리 정부의 조치에 대해 청구인을 비롯하여 소유선 상에 있는 여타 회사가 중재를 신청하였다는 점을 근거로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 투자 해당 여부

이 사건에서 청구인이 다투는 알제리 정부의 각종 조치가 적용되는 직접 대상은 알제리 통신 회사 OTA였다. OTA의 소유사가 이집트 회사 OTH이고 청구인은 OTH를 소유하고 있는 회사의 지분을 소유하는 형식으로 OTA 지분을 간접적으로 소유하고 있는 상황이었다. 청구인이 여러 경로를 거쳐 OTA나 OTH의 지분을 간접 소유하게 된 목적도 두 회사의 통신 사업과 관련된 것이 아니라 청구인 회사의 구조 변경 과정의 결과로 소유하게 된 것이다. 청구인이 표현하는 구조 변경이란 알제리 주장에 의하면 별도의 투자(이태리 소재 투자 회사 Wind의 구매 자금) 자금을 조달하기 위해 OTH의 지분을 담보로 이용하려는 조치였다. 알제리는 청구인의 OTA 지분 확보를 위한 투자의 목적이 알제리에 투자하려는 것이 아니라 자신의 별도 투자 자금 조달을 위한 것일 뿐이므로 투자에 해당하지 않는다고 주장하였다.

중재 판정부는 투자의 동기는 투자의 존재나 해당 여부를 판정하는데 있어 무관하다고 일축하였다. 룩셈부르크-알제리 투자협정 2조는 투자란 모든 종류의 자산 또는 현금, 현물, 서비스의 직접, 간접적인 투입이라고 정의하고 있고 그 예시의 하나로 계약국 영토 내에서 설립된 회사의 지분이라고 규정하고 있다는 점을 제시하며 이 정의에 투자의 동기는 고려되지 않는다고 지적하였다. 판정부는 투자 여부의 판단은 해당 투자협정의 정의와 ICSID 협약상 투자의 요건으로 제시된 항목의 충족 여부라고 언급하고 OTA가 알제리 소재 회사인 것은 다툼의 여지가 없으므로 청구인의 투자가 투자에 해당되는지 핵심은 청구인이 경제적 재화를 투입했는지 여부라고 보았다. 청구인인 OTA의 지분을 6년 이상 간접적으로 보유하고 있었고 지분 보유에 따른 위험성은 주식 가격의 하락 가능성 등으로 확인되므로 기간성과 위험성은 충족된다는 것이다.

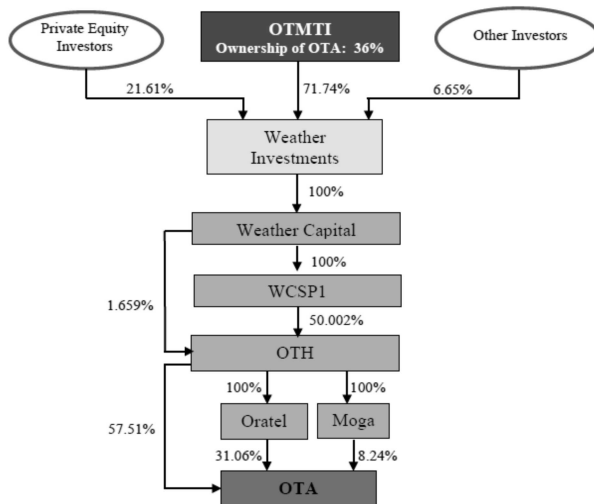
중재 판정부는 OTA의 지분을 보유하고 있는 OTH의 소유사, Weather Investment라는 자신의 계열사의 지분을 15억 유로 이상 매입한 점은 제출된 증거로 확인된다고 보았다. 매입의 동기나



목적이 별도 투자 자금을 조달하기 위한 것이었다는 사실은 중요하지 않으며 청구인에 의한 재화의 투입이 있었다는 점은 증거로 확인된다고 판정하였다. 따라서 투입성, 기간성, 위험성 요건을 모두 충족하므로 투자협정과 ICSID 협약상의 투자에 해당한다고 판단하였다. 알제리는 알제리 내에서 직접적으로 해당 지분을 매입해야 하며 간접적인 지분의 단순한 보유는 투자협정 보호 대상이 아니라고 주장하였으나 중재 판정부는 투자협정 및 ICSID 협약의 문언상 수용할 수 없는 주장이라고 기각하고 청구인의 OTA 간접 지분은 투자협정 1(2)(b)조 및 ICSID 25조의 투자에 해당한다고 판시하였다(374-385).

2) 중복 제소

알제리는 설사 청구인의 지분 간접 소유가 투자로 인정된다 하더라도 알제리 정부의 조치에 의해 영향 받은 투자(즉 OTA)로부터 너무 이격되어 있으므로 관할권이 없거나 있더라도 중재 판정부가 심리를 개시할 수 있는 접수성(admissibility)이 없다고 주장하였다. 사실 청구인은 도표와 같이 여러 단계의 회사를 거쳐 OTA 지분 36%를 간접적으로 소유하고 있었다.



OTA의 직접적인 소유자 OTH로부터 청구인까지의 소유 연결선은 도표와 같이 OTH(이집트 회사)-WCSP 1-Weather Capital-Weather Investment(이태리 회사)-청구인(룩셈부르크 회사)으로 이어지는 수직 계열사이고 동일인이 모두의 경영 책임자였다. OTA에 대한 알제리 정부의 조치에 대해 청구인이 룩셈부르크-알제리 투자협정을 근거로 ICSID에 중재를 신청한 것 외에 OTH는 이태리-알제리 투자협정을 근거로 알제리에

분쟁 발생 통보를 하였고(2010년 11월) UNCITRAL 중재를 신청하였다(2012년 4월). Weather Investment는 이태리-알제리 투자협정을 근거로 알제리 정부에 분쟁 발생 통보를 하였다(2010년 11월). 중재 판정부는 청구인, Weather Investment, OTH의 주장 내용이 모두 동일한 알제리 정부의 OTA에 대한 조치에 관한 것이며 청구자가 모두 동일인임을 확인하였다.



판정부는 수직으로 통합된 동일 계열사들이라 하더라도 각각의 법인격과 준거 법원(法源)에 따라 쟁송 할 수 있으나 그렇다고 동일한 조치와 그로 초래된 동일한 경제적 손실을 다투기 위해 각각의 중재 절차를 원용할 수 있다는 의미는 아니라고 보았다. 만일 수직 계열 상의 한 기업에 부과된 피해가 한 중재 절차를 통해 충분히 보상이 되었다면 계열 상의 다른 기업에 의해 동일한 피해 청구가 다른 중재 절차를 통해 제기되는 것은 수용할 수 없다는 것이다. 판정부는 OTA의 직접 소유자이고 알제리 당국과 통신 사업과 관련한 투자 약정을 체결한 주체인 OTH가 이 사건 분쟁의 직접적인 당사자이고 OTH가 2010년 11월 분쟁 청구를 함으로써 이 사건 분쟁이 확정되었다고 보았다. OTH가 청구한 분쟁의 결과 OTH가 피해를 구제받아 회사 가치를 완전히 회복하게 된다면 계열 상위의 회사들은 별도로 자신들에게 국한된 추가적인 손실이 없는 한 아무런 피해를 보지 않는 것이라고 설명했다. 상황이 이러하다면 동일 사안에 대해 중복적인 중재 절차 발동이 무의미하다는 것이다. 판정부는 알제리 정부의 조치가 초래하는 불이익은 모두 OTA에 적용된 것이며 소유자로서의 피해는 OTH에게 부과되는 것이고 청구인이 이 사건 중재에서 다투는 조치는 모두 OTA에 적용된 조치와 동일한데다 그로 인한 소유자로서의 피해는 OTH에 부과된 것과 동일하며 이미 OTH가 중재를 신청하였으므로 청구인이 이를 재청구할 수는 없다고 판시하였다. 이에 따라 청구인의 중재는 접수할 수 없다고 판시하였다(488-517).

OTH와 알제리 투자 기금은 2014년 4월 OTH의 OTA 지분 51%를 알제리 투자 기금에 매각하는 조건으로 기존 OTH가 제기한 모든 소송을 취하하기로 합의하였다. 알제리는 이를 근거로 중재 판정부는 이 사건 관할권 또는 수리 가능성이 없다고 주장하였다. 중재 판정부는 알제리의 주장을 수용하였다. 판정부는 알제리의 조치에 대해 제기되었던 주장이 이 합의로 더 이상 존재하지 않게 되었다고 확인하고 청구인의 중재는 접수할 수 없다는 판정을 재확인하였다(519-524).

판정부는 또한 동일 사건에 대해 수직 계열선 상의 모든 회사에게 각각의 중재 절차를 활용하게 허락하는 것은 권한의 남용에 해당한다고 보았다. 판정부는 외국인 투자를 보호하여 투자 유치국의 경제 발전을 도모하는 투자협정의 목적은 수직 계열의 한 단계에서(특히 소유 관계의 첫번째 단계) 충족되면 달성되는 것이지 동일인에 의해 지배되는 수직 계열의 여타 단계 회사에게 동일한 피해에 대한 청구를 보장함으로써 달성되는 것은 아니라고 보았다. 이럴 경우 오히려 복수 쟁송으로 인한 시간의 낭비는 물론 복수 배상 및 판결 상충의 위험성을 초래한다고 판단하였다.



다. 평가 및 해설

ICSID 중재 신청 적격을 유관사로 확산하려는 시도는 이 사건 외에도 *Banro vs. Congo* 사건 (ARB/98/7)과 *Mihaly USA vs. Sri Lanka* 사건 (ARB/00/2)이 있다. 모두 ICSID 회원국이 아닌 캐나다 회사가 투자 유치국을 상대로 ICSID 중재를 신청하기 위해 ICSID 회원국인 미국적의 유관 회사에 지분을 이관하거나 동업 관계를 수립한 것이다. 이 사건은 위의 예와 달리 중재 신청 자격 자체가 인정되지 않은 것은 아니고 수직 관계에 있는 기업의 중복 신청이 중복 보상과 중재 절차 남용을 이유로 접수 가능하지 않다고 판단한 것이다.



158

Postova & Istrokapital vs. Greece 사건(ARB/13/8)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 그리스 국채 매입 행위는 투자협정 및 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않는다는 논거로 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Postova Bank는 슬로바키아 은행이고 Istrokapital은 사이프러스의 투자 회사로서 Postova 은행의 대주주이다. Postova 은행은 2010년 다섯 종류의 그리스 국채를 매입하였다. 당시 그리스는 심각한 경제 위기 속에 유로화 탈퇴 등이 거론될 정도였으며 EU와 IMF는 구제 금융을 조건으로 강력한 긴축 재정을 요구하였다. 1차 구제 금융으로도 사태가 진전되지 않자 2차 구제 금융이 거론되었으나 국제 금융 기구들이 감당할 수 있을 정도를 초과하여 일반 사적 금융 기구의 동참(Private Sector Involvement)이 불가피하였다. 이는 그리스 국채를 보유한 은행 등 민간 금융 기관으로 하여금 채권의 일부를 포기하라는 것이었다. 결국 대규모 은행과 EU/IMF 그리스 정부는 협의 하에 일반 국채의 액면가 30% 이상을 포기하는 조건으로 2차 구제 금융을 시행하기로 합의하였다. 이에 따라 그리스는 2012년 2월 기발행 국채의 액면가 및 상환 기일, 이자율 등을 조정하였고 이로 인해 그리스 국채를 매입하였던 Postova 은행은 상당한 손실을 감수해야 했다. Istrokapital은 자신이 대주주로 있는 Postova의 자산이 감축된 것은 곧 대주주 자신의 손실이라고 판단하였다.

Postova 은행과 Istrokapital은 그리스의 채무 재조정 조치는 투자자 보호 의무 위반이라고 주장하고 각각 슬로바키아-그리스 투자협정, 사이프러스-그리스 투자협정을 근거로 2013년 5월 ICSID 중재를 신청하였다. 그리스는 Istrokapital은 투자협정의 보호 대상이 되는 투자를 행한 바 없고 Postova 은행의 그리스 국채에 대한 이해(interests)는 투자협정상 보호 대상이 되는 투자가 아니라고 주장하고 ICSID의 관할권을 부인하였다.



나. 주요 쟁점

1) Istrokapital에 대한 관할권

Istrokapital은 Postova 은행의 주주라는 자신의 이해가 그리스의 조치로 인해 침해당하였다고 주장한 것이 아니라 문제가 된 그리스 국채에 자신이 Postova 은행을 통해 간접적인 투자를 하였다고 주장하였다. 이 투자는 사이프러스-그리스 투자협정 1(1)(c)조가 규정하고 있는 경제적 가치를 가지고 있는 자금 청구권이나 계약상의 청구권에 해당한다고 강변하였다.

중재 판정부는 기존의 판례상 주주는 자신이 지분을 보유하고 있는 회사의 자산에 대해 다룰 수 없다고 확인하였다. 사이프러스-그리스 투자협정에는 주주가 지분 보유 회사의 자산에 대한 조치에 대해 다룰 수 있다고 규정되어 있지 않다고 지적하였다. 투자 유치국에 설립된 회사의 주주는 주식의 가치에 영향을 미친 투자 유치국의 조치에 대해 다룰 수는 있으나 해당 회사의 자산에 대해서는 아무 법적 권한이 없으므로 동 자산에 대한 투자국의 조치에 대해 투자자의 자격으로 다룰 수 없다고 확인하였다. 판정부는 Istrokapital은 ICSID 관할 대상이 아니라고 판시하였다(228-246).

2) Postova 은행에 대한 관할권

Postova 은행은 자신이 매입한 그리스 국채는 슬로바키아-그리스 투자협정 1(1)(c)조의 채권, 재무적 가치를 갖는 계약상의 자금 청구권 또는 모든 이행 청구권(loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value)에 해당한다고 주장하였다. 그리고 1조⁴⁴⁹⁾는 투자를 모든 종류의 자산이라고 광범위하게 정의하고 이 예시로서 자산의 형태를 나열하고 있으므로 투자의 범위는 확장적으로 해석해야 한다고 주장하였다.

중재 판정부는 은행의 주장에 동의하지 않았다. 판정부는 1조 전문에 투자를 모든 종류의 자산이라고 정의하였음에도 불구하고 계약국이 예시가 되는 자산의 형태를 나열한 것은 해석적인 가치를 부여할 이유가 있으며 만일 아무런 제한 없이 투자를 확장하려는 것이 계약국의 의도였다면

449] Article 1 ['Definitions']

For the purposes of this Agreement:

1. 'Investment' means every kind of asset and in particular, though not exclusively includes:

a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges,
b) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company,
c) loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value,
d) intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how, business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.



굳이 예시적인 목록을 첨부할 이유가 없었을 것이라고 이해했다. 서문 규정만으로 투자를 해석한다면 목록은 불필요하거나 반복이거나 쓸모없는 것이 될 것이나 채약국이 굳이 예시적인 목록을 첨부한 데에는 의도가 있었을 것이므로 정확한 해석을 위해서는 목록까지 포함하여 전체를 고려해야 하고 목록에 의미를 부여해야 한다고 생각했다(273-295).

아울러 판정부는 국가 채무(sov​er​eign debt)는 정부의 자원 조달 수단, 통화 및 경제 정책 수단의 성격을 가지고 있으므로 민간의 채무와는 동일하다고 볼 수 없다고 판단하였고 국가 채무는 채권(bond)의 형태로 발행되어 예탁 결제원 또는 청산 거래소를 매개로 하여 채무자에게 소유권자 변경을 통지할 필요 없이 자유롭게 거래되고 신용 평가 회사의 지속적인 감시와 평가를 받는다는 점이 특징이라고 보았다(317-324).

판정부는 국가 채무는 이와 같은 특징이 있고 예시적 목록도 해석상의 의미를 가져야 하므로 국가 채무가 투자로 인정되기 위해서는 슬로바키아-그리스 투자협정상에 상응한 표현이 있어야 한다고 보았다. 판정부는 1조는 물론 협정 어디에도 국가 채무는 물론 공공 부채, 공적 의무 등이 투자의 형태로 기재되어 있지 않다고 지적하였다. 1(1)(b)조에 회사의 채무 증서 (debentures of a company)라는 표현이 있으나 사채는 국채가 아닌 것이 명백하다고 보고 공적인 채무를 명기하지 않은 것은 채약국이 이를 투자로 인정하지 않으려는 의도라고 판단하였다(330-333).

1(1)(c)조의 loan에 해당한다는 Postova의 주장에 대해 국채(bond)는 채권(loan)과 다르다고 보았다. 판정부는 채권이란 여신자와 수신자간의 사적인 계약을 통해 성립되는 것이나 국채 (bond)는 발행자인 국가와 매입자 간의 직접적인 계약 관계에 기반하지 않는다고 지적했다. 그리스 국채 발행 및 유통 과정은 우선 그리스 중앙은행과 유럽 중앙은행 등 유로화 사용 국가의 통화 발행 당국과 EU의 공적 자금 공여 기관 등이 발행액의 규모 등을 협의하여 그리스 중앙은행이 관리하는 시스템 상에서 발행하고 대규모 투자 은행 등 거대 금융 기관에게 경매의 형태로 매각한다(1차 시장). 낙찰받은 금융 기관은 이를 다시 청구인과 같은 소규모 금융 기관에게 매각한다(2차 시장). 2차 시장에서 국채를 매입해다 해서 실제 인쇄된 국채 실물을 수령하는 것이 아니고 대규모 금융 기관이 참여하는 청산 거래소 또는 증권 예탁 거래원(유럽의 경우 Clearbank)이 매입, 매출자의 구좌에 기입하는 형태로 거래가 이루어지며 이 시스템 내에서 국채는 개별적으로 인지(identification)되는 것이 아니라 화폐처럼 대체 가능한(fungible)한 자산으로 취급되므로 그리스 중앙은행은 발행 채권의 소유자 변동에 대해 통지 받지 않는다. 판정부는 채권이란 특징의 여신자와 수신자가 협의하여 계약을 체결하고 거래 상대방을 인지하는 사적인 관계로서 국채 거래와는 위와



같이 현저하게 다르고 Postova는 그리스 채권을 위와 같은 국채 거래 체제에서 매입한 것이므로 그리스 국채는 청구인이 주장하는 대로 채권이 될 수 없다고 판단하였다(335-339). 대금 청구권에 해당한다는 Postova의 주장도 판정부는 1(1)(c)조 문안상 재무적 가치를 갖는 계약상의 대금 청구권이라고 한정하고 있으므로 그리스와의 계약 관계가 없는 Postova에게는 적용되지 않는다고 일축하였다.

2015년 7월 청구인은 중재 판정부의 국채는 투자협정상 투자에 해당되지 않는다는 판정이 판단의 근거를 충분히 설명하지 않았다는 이유로 해당 판정을 취소하여 줄 것을 청구하였다. 특별 위원회는 원 판정부의 논리가 투자협정 1조 서문은 투자의 범위를 광범위하게 규정하고 있으나 예시 목록을 첨부한 점에서 볼 때 투자 범위를 무제한으로 할 것을 의도한 것은 아니며 국채는 투자 범위에 해당하지 않는다는 수순으로 전개되었다고 이해하였다. 원 판정부는 국채가 투자, 특히 예시 목록에 해당하지 않는 점을 국채의 거래 속성, 계약 관계의 부재, 재정적 가치가 있는 계약의 부재 등을 들어 설명하였다고 특별 위원회는 지적하고 판단의 근거를 충분히 제기하지 않았다고 볼 수 없다고 판시하였다(취소 판정문 90-94).

3) ICSID 협약상의 투자 해당

중재 판정부는 Postova의 그리스 국채 매입이 투자협정상 투자 정의에 해당하지 않기에 ICSID는 관할권이 없다고 판단하였으므로 ICSID 협약상의 투자 해당 여부는 굳이 심리할 필요가 없다고 밝혔다. 그러나 설사 심리한다 하더라도 기간성은 인정이 되겠지만 기여성과 위험성을 인정할 수 없으므로 역시 투자에 해당되지 않을 것이라는 견해를 표명하였다. 판정부는 Postova 은행이 지불한 국채 매입 비용이 경제적으로 생산적인 활동에 사용되었다는 점을 주장하지 않았다고 지적하고 그리스 국채 매각 수입은 대개 정부 예산과 부채 상황에 사용되었을 것이라는 傳言을 인용하였다. 판정부는 단정하지는 않았으나 Postova의 투자가 투자 유치국의 경제 발전에 기여하지 않았으므로 기여성 요건을 충족하지 못한다는 것을 지적하는 것으로 판단된다.

판정부는 투자 요건으로서의 위험성이란 거래 상대방이 계약상의 의무를 준수하지 않을 수 있다는 상업적 위험성이나 국가의 부당한 간섭과 같은 주권적 위험성이 아니라 운영상의 위험성, 즉 상업적, 주권적 위험성이 없이 해당 사업이 진행이 되었어도 의도했던 투자 수익을 확보할 수 있을지가 불투명한 운영상의 위험성을 의미한다고 언급하고 원리금 상황이 보장되어 있는 국채에는 해당되지 않는 위험성이라고 지적하였다. 이를 토대로 판정부는 ICSID 투자 요건 해당



여부를 적용하여 투자 여부를 판단하였어도 투자에 해당되지 않는다고 판시하였을 것이라고 언급하였다(360-371).

다. 평가 및 해설



| 2011년 그리스 의회 앞에서의 재정 긴축 반대 시위 |

1) 투자협정상의 투자 정의

이 사건의 쟁점은 Postova 은행이 매입한 그리스 국채가 투자협정상의 채권, 재무적 가치를 갖는 계약상의 자금 청구권 또는 모든 이행 청구권(loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value)에 해당하는지 여부였다. 아니라고 판단한 판정부의 논리는 매우 웅색해보인다. 판정부는 국채가 채권이 아니라는 점을 직접적으로 설명하는 대신 슬로바키아-그리스 투자협정의 해석론을 제시하였다. 비록 1조에서 1조 전문에 투자를 모든 종류의 자산이라고 정의하였음에도 불구하고 계약국이 예시가 되는 자산의 형태를 나열한 것은 해석적인 가치를 부여할 이유가 있으며 만일 아무런 제한 없이 투자를 확장하려는 것이 계약국의 의도였다면 굳이 예시적인 목록을 첨부할 이유가 없었을 것이라고 해석했다. 계약국이 굳이 예시적인 목록을 첨부한 데에는 의도가 있었을 것이므로 목록에 의미를 부여해야 한다고 언급하고 목록은 물론 협정 어디에도 국가 채무는 물론 공공 부채, 공적 의무 등이 투자의 형태로 기재되어 있지 않으므로 투자가 아니라는 결론에 도달했다. 또한 판정부는 국가 채무(sovren debt)는 정부의 재원 조달 수단, 통화 및 경제 정책 수단의 성격을 가지고 있으므로 민간의 채무와는 동일하다고 볼 수 없다고 판단하였고 국가 채무는 채권(bond)의 형태로 발행되어 예탁 결제원 또는 청산



거래소를 매개로 하여 채무자에게 소유권자 변경을 통지할 필요 없이 자유롭게 거래된다는 점을 근거로 투자가 될 수 없다고 보았다.

판정부의 이러한 해석은 사이프러스-그리스 투자협정의 문언과 배치된다. 조약 해석의 기본은 용어의 통상적 의미에 의거하여 문맥과 협정의 대상과 목적을 고려하여 선의로 해석하는 것이다 (조약에 관한 비엔나 협약 31조). 투자협정 1조는 투자를 모든 종류의 자산이라고 매우 확장적, 포괄적으로 규정하고 있다. 법령에 의한다거나 투자의 특징을 갖춘다거나 영토 내에 이루어진다는 등 투자협정에서 통상적으로 추가하는 부대 문안도 없이 단순하고 포괄적으로 정의하고 있다. 따라서 이 협정에 따른 투자 해당 여부 판단은 우선 문제가 되는 투자의 자산 해당 여부를 판별하면 될 것이다. 국채는 소유자의 자산이 아닌가? 전세계적으로 국채는 가장 안정적이고 보편적인 투자 수단이다. 판정부가 그리스 국채가 이 협정상의 투자가 아니라고 판단하였으면 가장 먼저 국채가 자산이 아니라는 것을 변설해야 했을 것이다. 판정부는 이에 대해 아무 언급을 하지 않았다.

협정 1조는 예시 목록을 제시하면 *though not exclusively includes*라는 부대 문안을 추가하여 예시된 것 외에도 투자가 될 수 있는 자산이 있음을 명기하였다. 이 문안의 의미는 용어의 통상적인 의미 그대로 예시되지 않은 자산도 있다는 점을 명백히 한 것이며 예시된 것만이 투자가 아니라는 의미를 확실히 한 것이다. 그러나 판정부는 이를 반대로 해석하였다. 국채가 예시되지 않았으므로 투자가 아니라는 것이다. 판정부는 모든 종류의 자산을 투자라고 언급하면서 굳이 예시 목록을 제시한 것에 해석적인 가치를 부여해야 한다면 판정부는 예시되지 않았다는 이유로 국채를 투자로 보지 않았다. 예시 목록에 해석적인 가치가 있다면 판정부의 해석과 반대로 예로 든 자산외에도 투자에 해당하는 자산이 있다는 의미의 가치여야 할 것이다.

2) 관련 판례

이 투자협정의 투자 정의는 매우 보편적인 것으로서 대부분의 투자협정이 이와 유사한 구조로 작성되어 있다. 지금까지의 판례는 투자협정의 문안 그대로 투자의 범위를 확장적으로 이해하여 예시 목록에 포함되지 않은 자산도 투자로 인정하여 왔다.

Fedax vs. Venezuela 사건(ARB/96/3)에서는 약속 어음, *Mitchell vs. Congo* 사건(ARB/99/7)에서는 법률 자문업, *Bayindir vs. Pakistan* 사건(ARB/03/29)에서는 공사 준비 재원(엔지니어 교육, 훈련, 장비 및 인력 반입, 보증금)이 투자협정에 투자의 예시로 제시되지 않았지만 투자로 인정되었다.



OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia 사건(ARB/04/6) 중재 정부는 독일, 핀란드-에스토니아 투자협정에 투자는 모든 형태의 소유권(property holdings of any type), 경제 활동에 관련된 모든 자산(every kind of asset connected with economic activities)이라고 포괄적으로 정의되어 있으므로 비록 투자의 구체적인 양태로서 나열한 항목 중에 은행 대출이 포함되어 있지 않다고 하더라도 위 투자협정의 투자에 해당한다고 보았다. 동일 사안에 대해 이 사건 판정부와 정면으로 상충되는 판정을 내렸다. *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7) 판정부는 중재를 신청하고 판정을 이행 받을 권리로 투자로 인정하였고 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 원료를 공급하고 완제품으로 회수하는 계약도 상품 거래가 아니라 투자협정 1(1)(e)조 경제 활동 행사권에 해당하는 투자에 해당한다고 판정하였다. *Deutsche Bank vs. Sri Lanka* 사건(ARB/09/2)에서는 Hedging 계약이 경제적인 가치를 갖는 도이체 은행의 법적 자산이고 투자협정 1조에 '모든 종류의 자산'이 투자라고 정의하고 있으므로 투자에 해당한다고 판단되었다. 이 사건 판정은 이처럼 축적된 ICSID 판례와도 배치된다.

3) 국채 거래의 독특성과 판정 취소 시도

판정부는 국채가 투자로 인정될 수 없는 이유 중의 하나로 국채의 성격과 거래 방식을 제시하였다. 국채는 정부의 재원 조달 수단, 통화 정책 수단이고 채권-채무자의 직접적인 접촉에서가 아니라 중개 시장을 통해 거래되고 실물 이전이 아니라 기장 변경으로 거래가 성립하는 대체가능한 자산이라는 점 등이다. 그러나 어떤 물건의 독특한 거래 방식과 성질, 용도나 목적이 그 물건의 자산 여부를 결정하는 것은 아니다. 국채를 발행 정부가 재원 조달 수단으로 사용하든 통화 정책 수단으로 사용하든 그것은 해당 정부의 용도이지 매매가 가능하고 보유자에게 경제적 가치를 제공하는 자산으로 성질이 부인되는 것은 아니다. 거래 방식의 독특성 역시 자산으로서의 본질성을 변경하지는 못한다. 그리고 판정부가 제시한 국채 거래 방식이 독특한 것도 아니다. 대표적인 투자의 형태로 인정받는 회사의 증권, 회사채 역시 실물 교환이 아니라 중앙 거래소에서의 간접 거래 및 기장 기입 방식으로 거래된다.

설사 예시 목록에 제시되지 않았다는 점에 판정부처럼 중요한 해석적 가치를 부여하는 것이 옳다고 인정하더라도 그 해석적 가치는 이 사건에 적용할 수 없다. 투자협정의 예시 목록에 이미 포함이 되어 있기 때문이다. 투자협정의 투자 예시 목록은 구체적인 자산을 나열하는 것이 아니라 자산의 개괄적인 범주를 나열한 것이다. 국채는 청구인이 주장한대로 이 예시 목록 c)항에 loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value라고



그 범주가 정확히 기재되어 있다. 1(1)(c)조 loan에 해당한다는 Postova의 주장에 대해 판정부는 국채(bond)는 채권(loan)과 다르다고 보았다. 판정부는 채권이란 여신자와 수신자간의 사적인 계약을 통해 성립되는 것이나 국채(bond)는 발행자인 국가와 매입자 간의 직접적인 계약 관계에 기반하지 않는다고 지적했다. 판정부는 채권-채무자가 대면하여 차용증을 작성하고 서명한 것을 채권이라고 보는 것 같은데 그렇다면 어음, 창고 증권 등 최초 발행 이후 청구 시까지 발행자 모르게 자유롭게 거래되는 bond의 일체도 자산이 될 수 없다는 논리가 되고 만다. 대금 청구권에 해당한다는 Postova의 주장도 판정부는 1(1)(c)조 문안상 재무적 가치를 갖는 계약상의 대금 청구권이라고 한정하고 있으므로 그리스와의 계약 관계가 없는 Postova에게는 적용되지 않는다고 일축하였으나 이는 아예 해당 조문의 해석 자체를 잘못하였다. 해당 문안은 자금 청구권 또는 재무적 가치를 갖는 계약 이행 청구권이라고 기재되어 있어 자금 청구권과 계약 이행 청구권을 분명히 분리하고 있다. 국채는 만기일에 이자와 원금의 지급을 청구할 수 있는 증서이다. 어음과 비슷하다. 어음이 투자로 인정된 것처럼 국채도 당연히 자금 청구권으로서 투자에 해당한다고 보아야 한다. loan이라고 기재되어 있지 public loan이라고 기재된 것이 아니며 협정 어디에도 public loan이라는 용어는 없으므로 투자가 아니라는 판정부의 설명은 반박할 가치조차 없어 보인다. 같은 논리라면 private loan이라고 기재되지 않았으므로 사채는 자산도 아니고 투자도 아닌 것이 된다.

판정부의 해석은 경제 발전과 자본과 상품의 국경 간 이동 및 국제 투자의 증대 현상에 따라 투자의 범위를 넓게 규정하여 온 관행과도 부합되지 않는다. 경제가 발달하고 국가간 자본 및 자산 이동이 활발해져 감에 따라 투자의 범위는 꾸준히 확대되어 왔다. 기술 발전과 함께 새로운 경제 현상이 등장하고 새로운 영업 방식과 영역이 확대되고 있는 현실이므로 투자협정은 투자의 범위를 확장적으로 기재하는 것이 추세이다.

청구인은 원 판정 취소를 시도하였으나 특별 위원회는 청구인의 주장을 기각하였다. 그러나 이것이 곧 원 판정부의 판단이 옳았음을 입증하는 것은 아니다. 특별 위원회는 원 판정부 심리 결과의 옳고 그름을 판단할 수 있는 권능 자체가 없다. ICSID 협약 52(1)조⁴⁵⁰⁾ 규정 상 원 판정을

450] Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.



취소할 수 있는 경우는 판정부의 구성 부정, 권한 일탈, 부정 행위, 절차 불준수, 그리고 논거 설명 부족 5가지에 국한된다. 청구인도 국채가 투자가 아니라는 판정부의 논거에 대한 설명 부족을 이유로 취소를 청구한 것이며 특별 위원회는 판정부의 설명(예시 목록 불포함, 국채 특성 및 거래 방식 등)이 부족한 것은 아니라고 판시한 것일 뿐이다.



159

Caratube & Hourani vs. Kazakhstan 사건(ARB/13/13)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정을 근거로 ICSID에 중재 신청되었던 동일 분쟁이 ICSID 절차를 규정한 투자 유치국의 국내법과 투자 계약을 근거로 재신청되어 불법 수용이 인정된 사건이다.

청구인 Caratube International Oil Co.(CIOC)는 카자흐스탄 유전 개발 회사이고 같은 청구인인 Devincci Salah Hourani는 미국인으로서 CIOC의 대주주였다. CIOC는 2002년 12월 카자흐스탄 에너지 광물부(MEMR)와 카자흐스탄 특정 광구의 유전 및 가스 탐사 생산 계약을 체결하였다. 계약상 CIOC는 자비로 해당 광구 내 탐사 활동을 진행하되 경제성이 있다고 판단되는 유전/가스를 발견할 경우 MEMR에 보고하고 MEMR의 확인과 허가가 있으면 상업 생산을 개시하도록 되어 있었다. CIOC는 독점 생산권을 부여 받으며 탐사 단계에서 지출한 비용을 공제할 수 있었다. CIOC는 5년간 사업 진행 계획을 제출 심사 받을 의무 등이 있었으며 MEMR측도 CIOC의 원활한 탐사 진행을 위해 취해야 할 계약상 의무가 있었는데 상호 의무 이행이 저조, 부실하다는 공방 끝에 2008년 1월 MEMR은 계약 종료를 통보하였다. 2008년 CIOC의 신청에 따라 ICSID 중재가 진행되었으나 2012년 5월 관할권이 없다는 판정을 받았다(*Caratube vs. Kazakhstan* 사건(ARB/08/12)).

2013년 6월 CIOC와 Hourani는 미국-카자흐스탄 투자협정, 카자흐스탄 외국인 투자법, 2002년 계약을 근거로 카자흐스탄의 계약 종료 조치는 보상이 없었으므로 불법 수용에 해당한다고 주장하고 ICSID 중재를 다시 신청하였다. 카자흐스탄은 청구인의 동일한 사건에 대한 중재 청구는 중재 절차의 남용(abuse of process)에 해당하며 카자흐스탄 국내법상 청구 시효가 만료되었고 CIOC는 외국인 통제 하에 있는 카자흐스탄 기업이 아니라는 등의 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) 이전 중재 판정과의 관계

카자흐스탄의 중재 절차 남용(abuse of process) 주장에 대해 중재 판정부는 *Caratube vs. Kazakhstan*



사건은 투자협정에 근거한 것이고 이번 중재는 ICSID 회부가 명시된 2002년 계약과 카자흐스탄 외국인 투자법에 근거하여 중재를 신청한 것이므로 중재 절차의 남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 395). 소송 개시 기간을 권리 침해 인지 시로부터 3년 내로 규정하고 있는 카자흐스탄 민법 규정상 소송 개시 기한이 도과했다는 카자흐스탄의 주장에 대해 계약 종료 통보 즉시 CIOC는 ICSID 중재(ARB/08/12)를 신청하였고 2012년 5월 패소 판정 후 판정 취소 청구를 하였으며 취소 청구 각하 즉시 이번 사건 중재를 신청하였으므로 자신의 권리 구제를 위해 즉시 그리고 활발히(promptly and diligently) 행동한 점이 인정되고 1차 ICSID 중재 기간이 3년 이상 소요되었다는 이유로 청구인의 중재 신청 권한을 부인하는 것은 국제법 원칙에 부합하지 않다고 판단하였다(422-426).

카자흐스탄은 Hourani가 CIOC를 통제하고 있는지 여부, 그의 카자흐스탄 내 투자 여부는 *Caratube vs. Kazakhstan* 사건 판정부가 이미 부정적으로 판정하였으므로 쟁점 배제효(collateral estoppels) 원칙⁴⁵¹⁾에 따라 이번 중재에서는 심리하지 말아야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 이전 중재에서 판정된 관할권 문제는 ICSID 25(2)(b)조의 요건 충족 여부를 투자협정에 근거하여 판정하였으나 이번 중재는 투자협정 외에 2002년 체결된 계약과 카자흐스탄 투자법에 근거하여 제기되었으므로 결정해야 할 사항이 반드시 이전 중재와 동일하지 않고 이전 중재 판정이 CIOC의 실효적 통제 건에 대해 최종적인 판정을 내린 것도 아니라고 지적하고 중재 판정부는 이번 심리에서 쟁점 배제효에 구애 받지 않는다고 밝혔다(판정문 471-475). 같은 논리로 이전 중재 판정의 선례 구속 원칙(*res judicata*)도 중재 판정부는 인정하지 않았다.

2) 관할권

CIOC가 ICSID 25(2)(b)조의 요건, 즉 카자흐스탄 법인이지만 외국인 통제로 인해 타방 계약국 국민으로 대우하기로 해당 당사국이 합의했는지에 대해 중재 판정부는 CIOC와 MEMR이 2002년에 체결한 계약서 27.8조⁴⁵²⁾에 그리하도록 명문으로 적시되어 있다고 언급했다. 외국인 통제의 통제가 명목상의 통제인지 실효적 통제인지에 대해서는 따로 의견을 밝히지 않았으나

451] 前訴에서 당사자가 주요한 쟁점으로 다투어 법원에서도 그것을 심리하여 판단하였을 경우에는 이 쟁점에 대한 판단에 대하여 부여하는 통용력을 말하는 것으로서 동일한 쟁점을 주요한 선결문제로 하는 후소 청구에서 그 판단에 반하는 주요입증을 허용하지 않고 또 그게 모순되는 판단을 금지하는 효력. 이에 비교하여 기판력(*res judicata*)은 확정판결로써 판단된 동일한 사항이 다시 소송상 문제될 때 당사자 등 일정한 범위에 있는 자는 이 판단내용에 모순되는 권리, 법률관계를 주장하여 다툴 수 없고(不可爭) 법원도 이에 반하는 판단을 할 수 없게(不可反) 하는 효력이다.

452] 29.8 Furthermore, it is hereby agreed that the Contractor is a resident of Lebanon, or in the event of assignment as a national of the resident country of the assignee, and therefore the Contractor shall be treated as a resident of Lebanon, or other country if appropriate, for the purpose of the ICSID Convention.



판정부는 Hourani가 CIOC 지분의 92%를 소유하고 있음을 확인하고 그럼에도 불구하고 통제하지 못하고 있다는 충분한 근거를 카자흐스탄이 제출하지 못했다고 지적하였다. CIOC가 ICSID 협약 25(1)조상의 투자를 행했는지 여부에 대해 판정부는 2002년 계약 27.2조⁴⁵³⁾에 명문으로 그러하다고 기재되어 있다고 확인하였다. 이상을 근거로 중재 판정부는 CIOC에 대해 관할권이 있다고 판시하였다(602-630).

CIOC의 대주주 Hourani는 2002년 계약의 당사자도 아니고 주주로서의 ICSID 중재 적격성도 이전 중재에서 부인되었다. 청구인은 카자흐스탄 투자법을 근거로 Hourani가 외국인 투자자이며 투자법상의 투자를 행하였고 이 경우 투자법은 ICISD 중재를 의무화했다는 조항들을 근거로 제시하고 이 사건에서 Hourani는 제소 적격이 있다고 주장하였으나 판정부는 근거가 되는 투자법이 Hourani가 CIOC에 개입하기 1년 전에 이미 폐지되었다는 점을 확인하고 청구인의 주장을 기각하였다(690-695).

3) 수용

카자흐스탄의 일방적인 계약 종료로 인해 자신의 투자가 수용당했다는 청구인의 주장에 대해 중재 판정부는 계약 종료 당시 청구인이 보유하고 있었던 계약상의 권리가 종료 조치로 인해 박탈되었다고 보아야 하며 이는 수용에 해당한다고 보았다. 판정부에 따르면 계약상의 권리란 해당 광구 내 독점적인 탐사 및 생산권, 탐사 및 생산을 위해 지표면 사용권, 계약 기간 연장권(2년씩 2회 연장 가능)이었다. 판정부는 이런 권리가 보상 없이 박탈되었으므로 투자협정, 투자법 관련 규정에 위반하는 불법 수용에 해당한다고 판시하였다(843-846).

다. 평가 및 해설

중재 절차 남용에 관한 종합 해설은 *Transglobal vs. Panama* 사건(ARB/13/28)에, *res judicata*에 관한 종합 해설은 *Bosh, B&P vs. Ukraine* 사건(ARB/08/11)에, 실효적 통제에 관한 종합 해설은 *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에, 간접 수용에 관한 종합 해설은 *Inmaris vs. Ukraine* 사건(ARB/08/8)에 각각 수록되어 있다.

453] 27.7 Each of the Parties hereby agrees that all of the transactions contemplated by this Contract shall constitute and shall be deemed to constitute an investment within the jurisdiction of ICSID.



160

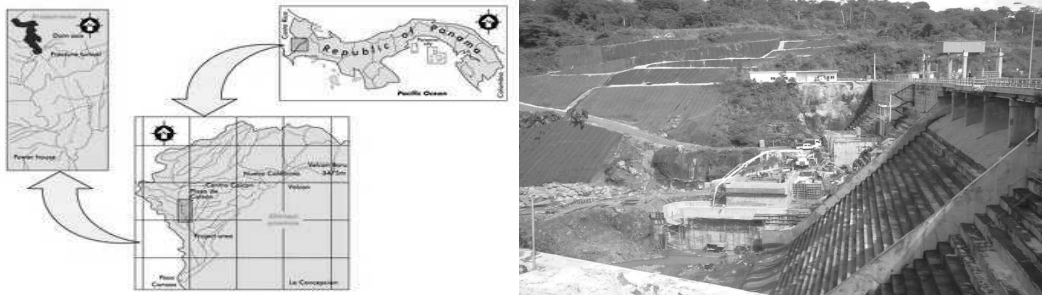
Transglobal vs. Panama 사건(ARB/13/28)

가. 사건 개요

이 사건은 청구인의 파나마 회사에 대한 투자가 실질적인 투자 목적이 아니라 지분 취득을 통해 국제 중재를 활용하기 위한 방편으로 이루어졌다는 이유로 ICSID 관할권이 부인된 사건이다.

청구인 Transglobal Green Energy(이하 TGGE)는 미국 회사이고 같은 청구인 Transglobal Green Panama(TGGE panama)는 파나마 회사로서 지분의 70%를 TGGE가 보유하고 있었다. 파나마 정부는 파나마의 La Mina 수력 발전소(소유주 Mr. Julio Lisac, 파나마인)와 2005년 3월 Bajo de Mina 지역에 수력 발전소 1기를 설계 건설 운영하는 양허 계약을 체결하였으나 이 회사가 정해진 시한까지 공사를 개시하지 못하자 계약 규정에 의거하여 계약을 종료하였다. La Mina는 2007년 1월 파나마 정부의 계약 종료 조치 취소 소송을 행정 법원에 제기하였다. 2008년 3월 파나마 정부는 또 다른 파나마 회사(Ideal Panama)와 해당 수력 발전소 양허 계약을 새로 체결하였다. 그런데 2010년 11월 파나마 행정 법원은 파나마 정부의 La Mina와의 양허 계약 종료 처분에 대해 취소 판결을 내리고 이 판결로부터 발생하는 권리 청구권을 소유주 Julio Lisac에게 부여하였다. 그 직후 2010년 12월 Lisac은 청구인 TGGE와 Bajo 수력 발전소 운영 및 이를 위한 특수 목적 회사 설립 등을 골자로 한 양해 각서를 체결하였고 2011년 9월에는 동업 및 지분 이전 약정(PTA Partnership and Transfer Agreement)를 체결하였으며 10월에는 TGGE Panama를 설립하였다(TGGE 70%, Lisac 30% 보유). 2011년 10월 Lisac은 2010년 11월 판결 이행과 관련하여 자신에게 부여된 모든 권리 청구권을 TGGE Panama에게 양도하였으나 실제 TGGE Panama를 대표하는 행위는 이전처럼 Lisac이 진행하였다. Lisac과 파나마 정부 간에 협의와 다툼이 계속되다 2012년 6월 파나마 정부는 Ideal Panama와의 양허 계약을 유효하다고 결정하였고 이후 Lisac은 수 건의 소송을 파나마에서 제기하였다.

청구인이 미국-파나마 투자협정을 근거로 2013년 9월 ICSID 중재를 신청하였다. 소구(訴求) 취지는 공장공평 대우, 충분한 보호 및 안전, 불법 수용 등이었으나 파나마는 청구인은 실제 투자를 한 바 없고 국제 중재 절차를 남용하고 있다는 등의 이유로 ICSID의 관할권을 부인하였다.



| Bajo de Mina 수력 발전소 위치 및 전경 |

나. 주요 쟁점

파나마는 Lisac이 청구인을 소유주로 유인한 시기는 파나마 정부와의 국내 소송이 본격화된 때로서 향후 국제 중재 절차를 활용하기 위한 수단으로 청구인을 이용하려는 목적이 분명하므로 이는 국제 중재 절차 남용(abuse of process)에 해당한다고 주장하였다.

중재 판정부는 2010년 12월 체결된 MOU 내용이 Bajo 발전소 가동에 관한 것이었으나 2011년 9월 체결된 PTA의 핵심 골자 중 하나가 2010년 11월 행정 법원 판결 집행 지원인 점에 주목하였다. 중재 판정부는 MOU와 PTA의 기간 중 Lisac은 파나마 당국과 Ideal Panama에게 이전된 양허 계약의 복원 문제와 실현되지 않을 경우 취할 법적인 절차에 관한 협의를 진행하였었고 PTA 체결 시점에는 파나마 당국이 행정 법원의 판결 이행 불가가 확실시되고 있었다는 점을 확인하였다. 또한 Lisac이 소유 지분율과 상관 없이 TGGE Panama를 사실상 통제하고 있었다는 점이 다양하게 입증되며 국제 중재를 위해 TGGE의 외국 국적을 이용하려는 의도와 정황이 분명해 보인다고 판단하였다. 이는 기준에 진행 중인 국내 분쟁해결 절차 위에 새로이 국제 중재 관할권을 창설하려는 시도로서 이는 절차의 남용에 해당한다고 판정하고 파나마의 관할권 부인 주장을 인용하였다(판정문 100-118).

파나마는 청구인의 투자가 투자협정상의 투자에 해당하지 않으며 ICSID 중재 원용 권한을 유보했고 TGGE Panama는 파나마 회사라는 논거로 관할권을 부인하기도 하였으나 판정부는 이미 절차 남용을 근거로 관할권을 부인하였으므로 여타 쟁점은 사법 경제상 심리하지 않겠다고 하였다.



다. 평가 및 해설

1) 중재 절차 남용

ICSID 중재 절차의 관할권이 적용되는 경로는 인적, 물적, 시간적 관할 3가지이다. 인적 관할권의 요건은 ICSID 계약국 국민이어야 하고 자세한 요건은 ICSID 협약 25(2)조에 규정되어 있다. 물적 관할권은 투자 해당 여부로서 통상 투자협정의 투자 정의와 ICSID 중재 판례로 정립된 투자의 본질적 속성 보유 여부를 판단하여 결정한다. 시간적 관할권은 투자협정 발효 이전 발생 여부 또는 중재 제기 시한 충족 여부 등을 판단하여 결정하는 것이 보통이다. 이들 3가지 관할권은 ICSID 협약이나 투자협정 또는 이와 관련된 투자 유치국의 국내법에 기재된 명문상의 규정이 있다.

이와 달리 명문상의 규정이 없음에도 불구하고 ICSID 중재 판정의 축적을 통해 확고하게 성립된 또 하나의 관할권 요건이 있다. ICSID 중재 절차를 남용하기 위한 위장된 투자에 대해서는 비록 위의 명문상 관할권을 충족했다 하더라도 관할권을 인정하지 않는 것이 ICSID 중재 판정의 일관된 입장이다. 중재 절차를 남용한다는 것은 정상적으로는 중재 절차의 대상이 되지 않는 투자 또는 중재를 신청할 수 없는 투자자가 투자 유치국의 사법 절차 이용을 회피하기 위하여 ICSID 중재 관할권을 위장하여 취득하는 것을 의미한다. 지금까지의 관련 판례를 보면 이러한 위장은 크게 3가지 방식으로 시도된다. 첫째는 ICSID 중재 신청 자격이 없는 실 소유자가 ICSID 중재 적격을 갖춘 타인에게 자신 투자의 소유권 또는 통제권을 명목적으로 이전하는 것이다. 타인 입장에서 보면 해당 투자의 구매 의사나 자기 재원의 투입은 물론 실질적인 경제 활동 의사 자체가 없이 단순히 명의만 제공하는 위장 매입을 하게 되는 것이다. 둘째는 투자 유치국과 원 투자 간에 분쟁이 발생한 후에 또는 발생한 조짐이 농후한 시점에 ICSID 중재 신청이 가능한 자를 소유자로 초빙하거나 ICSID 중재에 회부하여 승소한 후 보상금을 획득할 목적으로 해당 투자를 매입하는 경우이다. 원 투자 소유자와 무관하고 국제 중재 승소 경험과 확신이 있는 제 3의 투자자가 실제 자신의 재원을 투입하여 분쟁 발생 가능성이라는 하자 있는 투자를 저렴한 가격에 매입할 수도 있을 것이다. 셋째는 ICSID 관할 대상이 아닌 원 투자자가 중재 적격이 있는 동일 계열사에게 지분을 이전하는 경우이다. ICSID 중재 적격이 있는 수직 계열선 상의 회사가 각각 중복하여 중재를 신청하는 경우도 포함된다.

이외에 동일 사건을 중복하여 제소하는 것도 ICSID 중재 절차의 남용에 해당한다는 주장이 분쟁이 제기된 국가로부터 제기되는 경우가 있다. 주로 동일한 분쟁이 국내 법원에서 심리 중이거나



해당 계약 내의 분쟁 절차를 이용하지 않는다는 주장이다. 이는 분쟁의 동일성 문제에서 별도로 다루었다. 분쟁 대상이 동일하거나 유사하더라도 청구 원인이나 근거가 다를 경우, 즉 국내 절차는 계약서 내용에 의거하여 계약 위반을 다투는 것이고 ICSID 중재는 이와 연관된 투자협정의 의무 위반을 주장한다거나, 투자협정에 근거하여 청구된 분쟁과 국내 투자법 등 별도의 법률적 근거에 의거하여 청구된 분쟁일 경우 ICSID 중재 절차의 남용으로 인정하지 않는 것이 지금까지의 판례로 확인된 법리이다.

명백한 ICSID 중재 절차 남용 시도로 밝혀지면 ICSID 중재 판정부는 예외 없이 관할권을 사양하였다. 흔히 제기되는 판단의 근거는 ICSID 중재 체제의 보호와 선의의 원칙이다. 전자는 실질적인 외국인 투자가 아닌 투자가 ICSID 중재 절차를 이용하는 것은 ICSID 체제를 악용하는 것이며 ICSID 및 투자협정상의 국제 투자 보호 제도의 악용을 방지하는 것이 판정부의 의무라고 보는 시각이다. 후자는 국제 중재 제도도 대표적인 국제법 일반 원칙 중의 하나인 선의의 원칙에 충실해야 한다는 것이다. 일반적으로 조약의 권리 남용은 선의의 원칙에 위반된다는 것이 국제 관습법상 인정되어 왔으므로 ICSID 협약의 국제 투자 보호 제도 역시 선의라는 국제 원칙을 준수하여 이루어진 투자에만 적용해야 한다는 입장이다.

ICSID 판정부가 중재 남용을 이유로 관할권을 부인하는 판정을 내리는 방식은 2가지이다. 첫째는 해당 사건의 사실 관계를 엄밀히 살펴 명문의 규정이 있는 물적, 인적, 시간적 관할권 요건이 충족되지 않았다고 판시하는 것이다. 둘째는 관할권 요건은 외형상 충족하였으나 선의의 투자가 아니거나 분쟁 발생 후에 취득한 투자이므로 기각하는 방식이다.

ICSID 중재 신청 자격이 없는 투자자가 투자 유치국 내 투자하였던 자신의 회사가 수용될 상황이 되자 ICSID 협약 체결국 국적사인 자신의 또 다른 자회사에게 해당 회사의 지분을 이전하고 ICSID 중재를 신청하게 한 *Banro vs. Congo* 사건(ARB/98/7)에서 적용된 것이 첫째 방식이다. 이 사건 판정부는 ICSID 관할권이 성립되기 위해서는 ICSID 협약 25조에 의거, 투자 유치국(즉 콩고)과 투자자가 향후 분쟁시 ICSID 절차를 이용하기로 합의하여야 하는데 해당 회사의 지분을 새로이 이전받은 회사와 콩고는 이러한 합의를 한 바 없고 이 합의가 포함된 원래 계약을 체결한 원 투자자는 계약 체결 당시 ICSID 협약국 국적을 가지고 있지 않았으므로 ICSID 중재 자격 자체가 없다고 지적하였다. 비록 같은 계열사이고 같은 계열사 간의 중재 권리 이전 및 확장을 용인하는 판례도 있기는 하지만 이 사건 경우는 이전, 확장할 권리 자체가 처음부터 존재하지 않았다고 판단하고 관할권을 부인하였다.



Cementownia vs. Turkey 사건(ARB(AF)/06/2)은 두번 째의 예에 해당한다. 이 사건에서 판정부는 6억불의 이권을 창출할 수 있는 거래가 한 번의 전화 통화로 이루어지고 서명도 없는 한 장짜리 계약서로 정리된 점, 후 주주 총회에 제출하여 승인받아야 하는 회계 보고서에도 누락된 점 등 일련의 정황을 볼 때 거래의 진정성이 매우 의심된다고 지적하고 청구인의 투자는 상업적인 목적의 선의의 투자가 아니라 국제 중재 활용권을 확보하려는 악의적인 것이며 터키 정부를 상대로 위계에 의한 문제를 제기한 것이라고 천명하였다(판정문 116-172).

2) 관련 판례

체코 정부와 분쟁이 있는 회사의 소유주가 이스라엘 국적을 취득한 후 이스라엘 회사(Phoenix)를 설립하고 이를 통해 자신이 체코 국민으로서 체코에 거주할 당시 소유하였던 회사를 도로 매입하여 ICSID 중재를 신청한 *Phoenix vs. Czech* 사건(ARB/06/5)에서 판정부는 Phoenix의 행위는 회사의 현재 및 미래 가치에 근거한 경제적 투자가 아니며 투자가 이루어진 전후에 아무런 경제적 활동도 없었으므로 ICSID 중재권을 획득하기 위한 가족 내의 자산 재배치에 불과하다고 정리하였다. 이러한 거래는 선의의 거래라고 할 수 없으며 ICSID 체제 하에서 보호될 수 없는 거래라고 판단하고 관할권을 인정하지 않았다(판정문 135-146). 터키 정부와 대립하고 있던 터키 기업이 자신 소유이 소유한 터키 전기 회사의 지분을 자신이 매입한 사이프러스 회사에 넘기고 ICSID 중재를 신청하게 한 *Libananco vs. Turkey* 사건(ARB/06/8)에서 판정부는 고액 거래를 입증할 수 있는 서류가 작성, 보관되지도 않은 점, 청구인의 지분 획득이 터키 법령에도 불구하고 공지되지 않은 점, 주식 이전 약정 서명이 이루어진 사이프러스에 매도인 (원 소유주)의 방문 사실이 입증되지 않은 점 등을 들어 매매 사실 자체를 인정하지 않고 따라서 청구인은 ICSID에 제소할 수 있는 투자자에 해당하지 않는다고 판시하였다(판정문 530-538). *Saba Fakes vs. Turkey* 사건(ARB/07/20) 역시 터키 기업이 자신 소유의 회사 지분을 명목 상 매각하고 매수인으로 하여금 ICSID 중재를 신청하게 한 사건이다. 판정부는 청구인이 지배 주주로서 실질적인 권한 행사와 권리 보유 사실을 입증하지는 못하고 터키 법상의 대주주 지위 획득 신고도 시행하지 않은 점 등에 비추어 ICISD 협약상의 투자에 해당하지 않으므로 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다.

Hamester vs. Ghana 사건(ARB/07/24)은 중재 절차 남용이 제기된 사건은 아니나 해당 투자의 투자 유치국 법규 준수 여부를 심리하면서 판정부는 ICSID의 국제 투자 보호 체제를 남용하기 위한 투자는 보호할 수 없다는 원칙을 확인하였다. *Alapli Elektrik vs. Turkey* 사건(ARB/08/13)에서는 청구인이 실제 자신의 자산을 투자한 것이 아니라 타인 자산이 투자되는 통로로 이용되었을



뿐이고 국제 중재 청구 자격을 구비하기 위한 목적으로 청구인에게 외형상의 투자자 자격을 부여한 것으로 판단된다는 이유로 관할권이 부인되었다. 중재인 1인은 거래 요건을 모두 충족하였으므로 관할권이 있다고 주장하였으나 중재인 2인이 자기 자산을 투입하지 않았으므로 투자의 투입성 요건을 충족하지 못했고 분쟁 발생 시 국제 중재를 활용하기 위한 보험으로서 청구인의 명의를 이용했을 뿐이므로 관할권을 인정할 수 없다고 판단하였다. 청구인이 해당 투자를 매입한 시점이 분쟁 발생 전 또는 후인지가 쟁점이 된 *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16)에서 판정부는 사실 관계를 심리한 후 발생 전에 매입한 것이 인정되므로 관할권이 있다고 판정하였다.

Levy and Gremcitel vs. Peru 사건(ARB/11/17)에서는 사업 내용과 무관한 청구인이 다투는 조치가 채택되기 수 일전에 투자자 자격을 획득하였다. 판정부는 회사의 구조를 투자협정의 보호를 받기 위해 재구성하는 행위 자체는 불법이 아니나 그러한 행위가 분쟁이 확실히 예견되는 시점에 임박해서 이루어진 경우는 중재 체제의 남용에 해당한다고 지적하고 이 사건에 대해 관할권을 행사할 수 없다고 판시하였다(판정문 184-195). *Gambrinus vs. Venezuela* 사건(ARB/11/31)에서 판정부는 청구인의 투자 요건 충족과 투자자 및 중재 신청 적격을 인정하기는 하였으나 국제 중재 절차 이용이 불가능한 원 소유자가 이를 이용하기 위한 수단으로 투자를 타인에게 이전하는 것은 절차의 남용(abuse of process)에 해당하고 분쟁이 개시된 이후에 청구인이 관할권을 획득한 행위는 관할권 성립의 정당한 근거가 될 수 없다는 원칙을 재확인하였다. *OTMTI vs. Algeria* 사건(ARB/12/35) 판정부는 동일 사건에 대해 수직 계열선 상의 모든 회사에게 각각의 중재 절차를 활용하게 허락하는 것은 권한의 남용에 해당한다고 보았다. 판정부는 외국인 투자를 보호하여 투자 유치국의 경제 발전을 도모하는 투자협정의 목적은 수직 계열의 한 단계에서(특히 소유 관계의 첫번째 단계) 충족되면 달성되는 것이지 동일인에 의해 지배되는 수직 계열의 여타 단계 회사에게 동일한 피해에 대한 청구를 보장함으로써 달성되는 것은 아니라고 보았다.

Caratube & Hourani vs. Kazakhstan 사건(ARB/13/13)에서 카자흐스탄은 동일한 사건에 대한 청구인의 중재 청구는 중재 절차의 남용(abuse of process)에 해당한다고 주장하였으나 중재 판정부는 이전 사건은 투자협정에 근거한 것이고 이번 사건은 ICSID 회부가 명시된 별도 계약과 카자흐스탄 외국인 투자법에 근거하여 중재를 신청한 것이므로 중재 절차의 남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(판정문 395). 원 소유주가 파나마 정부와의 국내 분쟁이 본격화 된 때 청구인에게 지분을 매각한 *Transglobal vs. Panama* 사건(ARB/13/28)에서 중재 판정부는 기존에 진행 중인 국내 분쟁해결 절차 위에 새로이 국제 중재 관할권을 창설하려는 시도로서 이는 절차의 남용에 해당한다고 판정하였다(판정문 100-118).



| 중재 절차 남용으로 인한 관할권 부인 판정 |

사건명	관할권 획득 시도 방식	관할권 부인 방식
<i>Banro v. Congo</i> (98/7)	동일 계열사에 이전	투자자 요건 불충족
<i>Cementownia v. Turkey</i> 사건(AF/06/2)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Phoenix v. Czech</i> (06/5)	위장 명의 이전	거래는 인정, 선의 위반
<i>Libananco v. Turkey</i> (06/8)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Saba Fakes v. Turkey</i> (07/20)	위장 명의 이전	매매 거래 성립 자체를 불인정
<i>Hamster v. Ghana</i> (07/24)	국제 중재 절차 남용 목적의 투자는 불인정 원칙 확인	
<i>Alapli Elektrik v. Turkey</i> (08/13)	위장 명의 이전	투자 요건 불충족 및 선의 위반 (관할권 인정하는 소수의견)
<i>GEA v. Ukraine</i> (08/16)	분쟁 후 투자 매입시 투자자 자격 불인정 원칙 확인	
<i>Levy and Gremillet v. Peru</i> (11/17)	분쟁 발생 후 투자자 자격 획득	형식 요건은 충족, 중재 남용 목적이므로 불인정
<i>Gambrinus v. Venezuela</i> (11/31)	중재 자격 획득 위한 위장 명의 이전 및 분쟁 후 투자자 자격 획득시 관할권 부인 원칙 재확인	
<i>OTMT v. Algeria</i> (12/35)	동일 계열사에 이전	수직 계열사의 중복 제소는 중재 남용
<i>Caratube & Hourani v. Kazakhstan</i> (13/13)	상이한 法源을 근거로 한 중복 중재 청구는 중재 남용 불해당	
<i>Transglobal v. Panama</i> (13/28)	분쟁 발생 후 투자자 자격 취득	거래 성립은 인정, 중재 남용 목적이므로 불인정



161

PNGSDP vs. PNG 사건(ARB/13/33)

가. 사건 개요

이 사건은 PNG의 국내법 조항이 투자자-국가 분쟁을 ICSID 회부에 동의한 것으로 해석할 수 있는지가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 PNG Sustainable Development(PNGSDP)는 싱가포르 국적의 회사로서 2001년 세계적인 광산 회사 BHP Billiton으로부터 PNG의 노천 구리 광산 OK Tedi mine의 채굴사 OTML의 지분을 향후 수익을 광산 인근 주민의 복지와 PNG의 환경 보호에 사용하는 조건으로 양도받았다. 청구인은 당초 PNG 법인이었으나 OTML 대주주가 된 후 활동상의 편의를 위해 싱가포르에 치적한 것으로 보인다. 2013년 PNG 정부는 일련의 입법을 통해 청구인의 OTML 지분을 소각하는 국유화 조치를 단행하였다.

청구인 PNGSDP는 PNG의 조치가 불법 수용, 투자자 보호 위반 등 싱가포르-PNG 투자협정을 광범위하게 위반하고 있다고 주장하며 2013년 10월 ICSID 중재를 신청하였다. PNG는 ICSID 중재 활용에 동의한 바 없다는 논지로 ICSID 관할권을 부인하였다.



| 청구인이 수용당한 OK Tedi mine 노천 광산 |

나. 주요 쟁점

ICSID 협약 25(1)조는 ICSID의 관할권은 분쟁의 당사자가 ICSID에 제출하기로 문서로 동의한 투자자-국가 간의 투자 분쟁에 대하여 적용된다고 규정하고 있다. 매 분쟁 발생 시마다 동의



행위를 하는 것이 아니라 국가의 경우 투자협정 또는 국내법에 동의 의사를 적시하고 분쟁을 제기하는 투자자는 실제 중재 신청 행위를 통해 동의 의사를 문서상으로 표시하게 된다. 청구인은 PNG의 동의 의사는 아래 투자 증진법(IPA) 39조와 투자 분쟁 협약법(IDCA) 2조에 명시되어 있다고 주장하였고 PNG는 해당 조항은 ICSID 중재 동의로 해석될 수 없다고 반박하였다.

투자 증진법 39조

The Investment Disputes Convention Act 1978, implementing the International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, applies, according to its terms, to disputes arising out of foreign investment.

투자 분쟁 협약법 2조

A dispute shall not be referred to the Center unless the dispute is fundamental to the investment itself.

청구인은 투자 증진법 39조는 IDCA, implementing ICSID Convention, applies의 의미로서 문서상 동의 요건이 포함된 25(1)조를 포함하여 ICSID 협약 전체를 집행하는 IDCA가 적용된다고 일반적으로 천명한 것이고 IDCA의 조건에 따라(according to its terms) 외국인 투자에서 발생하는 분쟁에 적용된다고 부연하는 문장 구조라는 해석이다. IDCA 2조에 투자의 근본적인 분쟁에만 적용된다고 규정되어 있으므로 일반적으로 천명된 ICSID 분쟁 동의는 근본적인 분쟁에만 적용된다고 해석하는 것이다.

중재 판정부는 청구인의 해석을 수용하지 않았다. 문언상, 문법상, 평이하게 39조를 해석할 경우 IDCA applies to disputes according to its terms의 의미로서 IDCA의 조건이 투자 분쟁에 적용된다는 자연스럽고 통상적인 의미 이상을 의미하지 않으며 국가에 의한 ICSID 중재 관할권 동의 의사를 표명한 것으로 해석되지 않는다고 판단하였다. 판정부는 투자 분쟁 협약법(IDCA) 2조는 ICSID에 제소할 수 있는 분쟁의 범위를 협소화한 것이지 문서상의 동의 요건을 충족한 것으로 해석할 여지가 없다고 보았다. 더욱이 PNG가 1978년 ICSID 협약 가입 통지문에 일정 형태의 분쟁을 ICSID 관할권에서 배제하기를 희망하며 투자에 근본적인 분쟁만을 ICSID에 제출하는 것을 고려하고 있다고 기재한 점에 비추어 보아도 IDCA 2조는 향후 동의가 필요하다는 점을 확실히 한 것이지 그 자체가 25(1)조의 문서상 동의에 해당하지 않는다고 해석하였다(280-291).

청구인은 39조를 문서상 동의 표명으로 해석하지 않으면 아무 실질적인 효과(effect utile⁴⁵⁴)가 없는 문장이 되고 마는 것이고 이러한 해석 방법은 조약 해석에 관한 원칙에 부합하지 않는다고



지적하였다. 그러나 판정부는 판정부의 의미대로 해석하여도 IPA 39조는 IDCA보다 후에 입법이 되었지만 IDCA가 여전히 적용된다는 점을 표명하는 기능이 있고 투자 보호가 제한되어 있다는 점, 예컨대 ICSID 중재는 25(1)조 동의 요건이 충족되면 이용 가능하다 등을 알리는 기능이 있다고 설명하였다(311-313).

판정부는 이외에도 맥락과 목적, 입법 경위 등 여타 해석의 보조 수단을 활용하여 두 조항의 의미를 해석하여 보아도 문서상 동의를 천명한 것으로는 해석할 수 없다고 판단하였으며 이상의 해석을 토대로 PNG는 ICSID 중재 회부에 대해 문서상의 동의를 표한 바 없으므로 이 사건에 대한 ICSID의 관할권은 존재하지 않는다고 판시하였다.

다. 평가 및 해설

ICSID 중재는 분쟁 당사자의 동의가 있어야 한다. 중재 신청서에 양측의 동의가 있음을 기재하지 않으면 접수 자체가 되지 않는다. 분쟁 당사자간의 동의를 확인하는 방법으로는 개개 분쟁이 발생할 때마다 당사자가 협의하는 방법은 잘 쓰이지 않는다. 대신 당사자간 계약, 투자협정 또는 투자 유치국의 국내법에 미리 규정하여 두는 방식이 보편적으로 사용된다. 이 사건은 투자협정에 기재된 동의를 활용할 수 없자 엘살바도르의 투자법에 기재된 사전 동의 선언을 이용하여 중재를 개시하려 하였으나 좌절된 사례이다. 국내 관련법에 ICSID 중재 회부를 사전에 동의해 둔 조항이 쟁점이 된 사건으로는 이외에도 *Brandes Investment vs. Venezuela* 사건(ARB/08/3), *Commerce Group vs. El Salvador* 사건(ARB/09/17), *OPIC vs. Venezuela* 사건(ARB/10/4), *Lighthouse vs. East Timor* 사건(ARB/15/2)이 있다.

454] 조약 규정은 실제 의미와 효과를 갖도록 해석하여야 한다는 조약 해석의 기본 원리 중의 하나



162

FASGT & Alghanim vs. Jordan 사건(ARB/13/38)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국에 투자하여 상당한 이익을 실현한 후 퇴거하려는 청구인에 대해 투자 유치국이 부과한 과세 조치가 정당한지 여부가 쟁점이 된 사건이다.

청구인 Fouad Alghanim & Sons co. for General Trading & Contractors(FASGTC)는 쿠웨이트의 재벌 그룹 Fouad Alghanim Group의 소속사이고 같은 청구인 Fouad Alghanim은 FASGTC의 대주주 겸 최고 경영자이다. FASGTC는 자신의 소유인 Umniah Telecom & Technology(UTT)라는 회사를 통해 다시 요르단 최대 통신사인 Umniah Mobile co.(UMC)의 지분 66%를 소유하고 있었다. 2006년 UTT는 UMC 지분 전량을 바레인 통신사 Batelco에게 매각하고 2008년 지주에게 수익을 배당하고 스스로 청산하였다. 청구인이 요르단 통신 사업에 투자하여 수익을 실현한 후 퇴출하는 것이었다. 요르단 내에서 청구인이 막대한 이익을 실현하고 떠나는 소위 ‘먹튀’에 대한 비난 여론이 비등하자 2008년 요르단 국세청은 UTT의 지분 매각 수익에 대해 8억불을 납세 고지하였다. UTT는 요르단 법원 과세 부과 취소 소송을 제기하였으나 2012년 4월 대법원에서 최종 패소 판결을 받았다.

청구인은 납세 고지는 요르단 법에 근거가 없는 것이고 외국인의 과다 이익 실현에 대한 부정적 여론을 잠재우기 위한 정치적 의도에서 시작된 것이며 쿠웨이트-요르단 투자협정상에 규정된 각종 투자자 보호 의무를 위반한 것이라고 주장하고 2013년 11월 ICSID 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

청구인이 자의적인 조치라고 주장하는 요르단의 조치는 대법원의 판결 그 자체가 아니라 잘못된 법규 적용을 통해 부당 과세를 한 국세청의 납세 고지였다. 요르단은 법원의 판결과 관련된 정부 기관 조치의 자의성을 심리하기 위해서는 이전 *Azinian vs. Mexico* 사건에서 확인된 소위 Azinian 원칙을 적용해야 한다고 주장했다. Azinian 사건 판정부는 법원에 의해 옹호된 방식으로 활동한



정부 기관은 법원 자체가 국제법에 의해 부인되지 않는 한 과실이 없다고 판시한 바 있다⁴⁵⁵⁾.

중재 판정부는 이를 수용하여 자의적인 조치로 투자를 침해하지 말아야 하는 국가의 의무는 해당 투자를 대우하는 국가 행위의 전체, 법원의 판결을 포함한 전체를 고려해야 한다고 보았다. 그러나 이 사건 대법원의 판결을 다시 판정부가 심리하는 것은 아니며 대법원의 판결이 정상적인 재판부라면 도저히 도달할 수 없는 변명의 여지가 없는(*inexcusable*) 수준인지를 심리하는 것이라고 밝혔다. 해당 요르단 법을 이 판단을 위해 검토하는 것이지 대법원 판결을 대체하기 위함이 아니며 대법원 판결 내용이 터무니없어 사법 부인으로 판정되지 않는 한 대법원에 의해 정당하다고 확인된 법 규정대로 행동한 국세청은 책임을 물을 수 없고 전체적인 결정을 내리는 과정 중에 문제의 납세 고지가 정치적인 동기에 의해 행해졌는지도 살펴 보겠다고 언급하였다(판정문 284-296, 305-318, 364-366).

2006년 6월 UTT의 UMC 주식 매각 결정 직후 요르단 신문에는 정부가 UMC에 무선 통신 사업 면허를 과도하게 저렴하게 부여하였다는 비난과 함께 정당한 과세를 하여 UTT의 과도한 이익 실현을 제한해야 한다는 주장이 게재되었다. 곧 국세청은 과세 가능성 여부에 대한 자체 검토를 진행하였으며 의회는 정부에게 과세 가능성에 대한 의견 제출을 요구하였고 요르단 정부는 총리 주재 하에 특별 위원회를 열어 이를 검토하였다. 2007년 요르단 검찰청은 면허 저가 부여 여부에 대한 수사를 진행하여 혐의 없다는 결론을 내렸다. 2008년 국세청은 과세 산정 위원회를 소집하여 UMC의 회계 보고서를 토대로 미과세 소득 존부 여부를 살핀 후 문제의 납세 고지를 하게 되었다.

중재 판정부 다수는 총리 주재 위원회에서 특정 회사의 과세 가능성에 대해 심사한 것이 전례가 없고 혼란 일은 아니지만 법치주의와 헌법에 구속되는 국가의 행위에 합치되지 않는다고 볼 근거가 없고 일련의 과정에서 요르단 정부가 납세 고지 결정을 하는데 있어 자의적인 방식으로 행동했다고 볼 수 없다고 판시하였다(373-396, 422). 그러나 이는 대법원의 판결이 옳았을 경우이고 만일 대법원의 판결이 이성적인 재판부라면 도달할 수 없는 터무니없는 내용이라고 판정되면 사법 부인이 인정될 수 있었다. 요르단 소득세법 7.A.15.a조는 토지, 부동산, 주식 및 채권 매매로부터 유래한 자본 수익은 면세 대상이라고 적시하고 있었다. 청구인은 UTT의 UMC 주식 매각은

455] A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its courts unless the courts themselves are disavowed at the international level.... What must be shown is that the court decision itself constitutes a violation of the treaty.... For if there is no complaint against a determination by a competent court that a contract governed by Mexican law was invalid under Mexican law, there is by definition no contract to be expropriated. (*Azinian v Mexico Award* paras.97-100)



따라서 면세 대상이라고 보았으나 대법원은 이 조항이 의미하는 주식 매매는 증권 거래소와 같은 시장에서의 공개적인 거래를 의미하는 것이고 비공개적으로 거래되고 매매 가격에 영업권에 해당하는 요소가 포함된 매매 수익은 소득세법에 명시된 대로 과세 대상이라고 판결하였다.

판정부는 회사의 영업권이 주식 가격에 반영될 수 있다는 것은 타당하다고 보았고 UMC의 주식을 매입한 Batelco가 회계 장부에 영업권에 해당하는 가액을 반영한 점과 요르단 국내 법원의 판례상 증권 거래소에서의 주식 매매 차익에 한해 비과세된 관행을 확인하였다. 납세 조치가 정치적 동기에 의해 시행되었다는 청구인 주장에 대해서는 청구인이 이를 객관적인 증거로서 입증하지 못했다고 지적하고 수용하지 않았다.

이상을 근거로 중재 판정부는 대법원의 판결을 국제법 차원에서 자의적이라고 비난할 수 없다는 결론에 도달하였다. 이성적인 재판부라면 도달할 수 없는 터무니없는 수준이 아니며 대법원이 정치적인 동기에서 악의를 갖고 행동했다는 근거도 없다고 보았다. 판정부는 이에 비추어 납세 고지는 대법원이 지지한 요르단 법 해석에 의해 부과되었고 이는 국가의 국제법 의무 위반이 아니라고 확인하고 청구인의 자의적 조치 주장을 기각하였다. (479).

다. 평가 및 해설

1) 사법 부인

공정하고 공평한 대우 의무 위반에 해당하는 투자 유치국의 행태 중의 하나는 사법 부인(denial of justice)이다. 이 개념은 투자협정에서만뿐만 아니라 오래 전부터 국제법의 일반 원칙으로 인정되어 왔다. 넓게는 특정 국가의 외국인에 대한 입법, 행정, 사법 작용이 외국인의 권리를 침해하는 상황을 포괄하기도 하고 좁게는 사법적인 구제 수단에 대한 접근을 제한하는 것을 뜻한다. 공정·공평 대우 자체가 투자협정에는 해당 단어만 기재되어 있을 뿐 어떠한 대우가 이에 해당하는지, 위반에 해당하기 위해서는 어떠한 요건을 위반해야 하는지 판단의 기준을 일체 제공하고 있지 않기 때문에 사법 부인의 범위와 구성 요건에 대해서도 협정문 자체에서 판단의 준거를 찾기는 어렵다. 사법 부인이 협정에 따로 명시되어 있지 않아 공정·공평 대우의 범위에 포함되는 것으로 이해하기도 하고 어떤 투자협정에는 사법 부인이 공정·공평 대우에 포함된다고 명기하기도 한다⁴⁵⁶. 어느

456] NAFTA 협정에는 사법 부인(denial of justice)라는 용어 자체가 등장하지 않으며 1105(1)조는 공정·공평 대우와 충분한 보호 및 안전 대우만을 언급하고 있다(Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security).



경우든 사법 부인의 구체적 내용과 요건에 대해서는 침묵하고 있다.

따라서 사법 부인 해당 여부, 판단 기준 등은 국제 중재 판례를 통해 점진적으로 성립되어 가고 있는 중이다. 지금까지 ICSID 중재 판정에서 심리된 예를 보면 사법 부인의 범위를 투자 유치국의 입법, 행정 조치까지 포함하는 것으로 판단하지는 않았다. 투자 유치국 국내 사법 작용에 국한하여 사법 부인 주장이 제기되었고 심리되었으나 사법의 절차에만 국한하여 사법 부인이 인정되지는 않았다. 일정 부분은 사법부의 판단 자체가 사법 부인에 해당한다고 판정되기도 하였다. 그러나 그 기준은 매우 엄격하다. 거의 모든 판정부가 ICSID 중재 판정은 국내 사법 판결에 대한 상급심이 아니라는 이유로 국내 판결의 정당성 여부에 대해서는 개입하기를 매우 주저한다. 비단 국내 판결 자체의 사법 부인 해당 여부에 대해서만 엄격한 기준을 적용하는 것이 아니라 사법 부인 판단 자체가 주권 국가의 사법 제도의 적정성을 부인하는 것이므로 매우 신중하게 판단해야 한다는 자세를 취하고 있다. 실제로 사법 부인이 제기된 사례는 아래와 같이 14건에 달하지만 이중 사법 부인이 인정된 사례는 2건에 불과하다.

2) 관련 판례

Azinian vs. Mexico 사건(ARB(AF)/97/2) 판정부는 국제 중재가 국내 재판의 상소심이 아니므로 국내 법원 판결의 정당성을 심리할 수 없으며 재판 거절, 부당한 지연, 심각하게 부적절한 방식으로의 사법 절차 운영, 법규 적용의 명백하고 악질적인 오류를 사법 부인의 요소로 제시하였다. *Casado & Allende Foundation vs. Chile* 사건(ARB/98/2)에서는 국내 법원이 7년여 동안 판결을 내리지 않고 있는 것은 사법 절차의 부인에 해당한다고 판정되었다. *Lowen vs. USA* 사건(ARB(AF)/98/3) 판정부는 미국 1심 판결이 수치스러울 정도로 편향적이고 불공정하며 지나치게 징벌적이어서 공정공평 대우 의무 위반이라고 판단하였음에도 불구하고 상급심의 교정 가능성이 있으므로 최종 판정은 잔여 사법 절차가 종료되어야 내릴 수 있다고 정리하였다. 상소 절차가 남아 있는 데에도 불구하고 하급심의 판결에 대해 국가가 국제법 위반 책임에 봉착한다면 이상한 일이고 ICSID 중재가 국내 상소심의 역할을 하게 되는 것이라고 지적하였다.

Mondev vs. USA 사건(ARB(AF)/99/2) 판정부는 국내 법원의 판결이 명백하게 부당하고 믿을 수 없어서(clearly improper and discreditable) 그 결과 투자자가 불공정하고 불공평한 대우를

반면에 한중 한미 FTA는 공정공평 대우는 사법 부인을 포함한다고 명기하고 있다(한중 FTA, 12.5(2)(a). 'fair and equitable treatment' 6 includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process of law;).



받게 되어야 사법 부인에 해당할 것이라는 기준을 제시하였다. *Vannessa vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/04/6) 판정부는 사법 부인이란 투자 유치국의 사법 제도가 이상적인 수준으로 효과적인지를 따지는 것이 아니라 조약 의무를 구성할 정도로 형편 없었는지를 살피는 것이고 사법 제도의 불공성은 정황이나 추상적인 주장이 아니라 구체적인 근거와 사실에 입각하여 판단해야 한다고 보았다.

Jan de Nul vs. Egypt 사건(ARB/04/13) 판정부는 국내 법원 심리 절차가 오래 걸렸다고 해서 바로 사법 부인에 해당한다고 볼 수는 없으며 입증되지 않은 사실을 심리하지 않은 점은 사법 부인에 해당하지 않는다고 보았다. *Saipem vs. Bangladesh* 사건(ARB/05/7) 판정부는 국제 상공 회의소(ICC) 중재 법원의 판정을 취소한 방글라데시 법원의 판결은 통상적인 감독권을 일탈한 것이며 국제적으로 수용되는 권한 남용 금지 원칙을 위반한 것이라고 판정하였다(판정문 149-161). *Siag & Vecchi vs. Egypt* 사건(ARB/05/15)에서는 청구인에게 유리한 법원의 판결을 이집트 당국이 무시하고 이행하지 않은 것도 사법 부인에 해당한다고 판시되었다.

Pantechniki vs. Albania 사건(ARB/07/21)판정부는 사법 부인의 기준은 엄격한 것으로서 법규 해석 및 적용의 실수 정도가 아니라 자격 있는 판관이라면 상식적으로 범할 수 없는 수준의 실수이거나 해당 국가가 적정한 사법 체제를 최소 수준으로도 구비하지 못했다는 정도는 되어야 한다고 보았다. 또한 사법상의 중대한 실수를 교정할 수 있는 합리적인 기회가 해당 사법 체제 내에 갖추어져 있다면 사법 부인은 인정되지 않는다고 보았다. *GEA vs. Ukraine* 사건(ARB/08/16) 판정부는 국내 법원 판결의 사법 부인 판단 기준으로 명백하게 타당하지 못하고 믿을 수 없어야 한다(clearly improper and discreditable)는 점을 재확인하였다(판정문 312-323). *H & H vs. Egypt* 사건(ARB/09/15) 판정부는 사법 부인은 주권 국가의 사법 체제를 부정하는 것이므로 매우 엄격한 증거 기준을 적용해야 한다고 확인하였다.

동일 사안에 대한 국내 법원의 상이한 판결이 사법 부인에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었던 *Philip Morris vs. Uruguay* 사건(ARB/10/7)에서 중재 판정부는 두 법원이 해당 조치의 합법성에 대해 각자의 관할권 내에서 자신의 법적인 기준을 적용하여 독립적으로 판단하였고 규정된 심리 절차를 준수하였으므로 사법 부인에 해당하지는 않는다고 판정하였다(판정문 527-529). 또한 판정부는 국내 법원의 절차적 흠결에도 불구하고 청구인의 소구가 공정하게 심리, 결정되었다면 사법 부인에 해당하지 않는다고 보았다(판정문 569-580). *Franck Arif vs. Moldova* 사건(ARB/11/23) 판정부는 국내 법원이 조약 상의 의무를 준수하지 않아 국제적 의무를 위반했다 해서 곧 사법



부인에 해당하지는 않으며 사법 부인의 요체는 사법부에 의한 국내법의 적용 오류나 절차 또는 판결을 통한 국제법 위반이 아니라 외국인에 대한 불공성의 불발생이나 시정을 보장하는 사법 체제의 수립, 유지 여부라는 학설⁴⁵⁷⁾을 인용하였다(판정문 429).

Mamidoil vs. Albania 사건(ARB/11/24) 판정부는 중재 판정은 국내 법원 심리에 대한 상소심이 아니라는 원칙을 재확인하였고 투자 유치국의 사법 체제 전체가 투자자에게 공정하고 공평한 대우를 제공할 수 없을 정도로 무력하였는지 여부를 가리는 것이 사법 부인이라고 보았다(판정문 764-771). *FASGT & Alghanim vs. Jordan* 사건(ARB/13/38) 판정부는 국내 최종심 판결이 정상적인 재판부라면 도저히 도달할 수 없는 변명의 여지가 없는(*inexcusable*) 수준인지를 심리하는 것이 사법 부인이라고 밝혔다.

457] Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge Press 2005, page 72-84.



163

Ansung vs. China 사건(ARB/14/25)

가. 사건 개요

이 사건은 투자협정에 규정된 국제 중재 제소 시한을 초과하여 제출된 ICSID 중재 신청에 대해 시간적 관할권이 없다고 판시된 사건이다.

청구인 안성주택산업은 중국 장소성 서양현에 27홀 규모의 골프장과 휴양 및 부대 시설을 건설하기 위한 투자 약정을 2006년 12월 서양현 산업지구 관리위원회와 체결하였다. 약정상 서양현은 골프장 건설에 추가로 필요한 인접 토지를 합의한 수준의 가격에 공급하기로 되어 있었으며 안성주택은 2007년 3월 공사를 개시하였다. 그 직후 안성주택은 인접에서 진행중인 서양 아일랜드 파크라는 위락 시설 건설 공사가 실은 골프장 건설이라는 점을 인지하고 시정을 요구하였으나 서양현은 이를 부인하고 안성의 공사를 독려하였다. 2007년 7월 안성은 골프장을 관리, 운영할 현지 법인 Mirage사를 설립하였고 2008년 5월 서양현은 골프장 인접 부지를 당초 약정 가격보다 훨씬 높은 가격으로 구매할 것을 요구하였으며 Mirage는 이미 골프장 공사가 상당 부분 진행된 상태여서 일부만 중국측 제시 가격으로 매입해야 했다. 2009년 8월 인접 서양 아일랜드 파크는 결국 골프장을 완공, 운영에 들어가 Mirage 골프장의 수익성에 부정적인 영향을 끼칠 것이 분명해졌다. 2011년 6월 Mirage는 서양현이 주선하여 준 대출을 갚지 못하게 되었고 서양현 직원은 골프장 입구 봉쇄, 출입자 조회 등의 방해 조치를 하였다. 2011년 10월 안성은 추가 손실을 방지하기 위해 골프장 지분을 기존 투자 금액보다 헐값으로 매각할 수밖에 없었다. 2011년 11월 매입 희망자와 지분 이전 약정을 체결하였고 2011년 12월 17일 최종 매매 가격에 합의한 후 12월 19일 최종 이전하였다.

안성주택산업은 서양현의 부당한 조치는 한국-중국 투자협정상의 투자자 보호 의무 위반에 해당한다고 주장하고 2014년 10월 7일 ICSID에 중재를 신청하였다. 중국은 투자협정상 국제 중재 제출 시한은 손실 발생 최초 인지 시점 후 3년으로 제한되어 있으며 청구인의 중재 신청은 이를 초과하여 제출되었으므로 ICSID 관할권이 적용되지 않는다고 반박하였다.



나. 주요 쟁점

1) 국제 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*) 및 기한일(*dies ad quem*)

한국-중국 투자협정 9(3)조⁴⁵⁸⁾는 분쟁 발생 시 투자 유치국의 행정 심판 절차를 먼저 이용하되 4개월 이내에 판정이 나지 않을 경우 투자자는 ICSID 또는 UNCITRAL에 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 9(7)조⁴⁵⁹⁾에서 이러한 국제 중재는 그러나 손실 또는 피해를 입게 되었다는 것을 투자자가 최초로 인지, 또는 인지했을 날로부터 3년 이상이 지나면 활용할 수 없다고 규정하고 있었다.

쟁점은 손실, 피해를 최초로 인지 또는 인지했을 날이 언제인지 여부였다. 3년 시한이 개시되는 날(*dies ad quo*)이다. 청구인은 골프장 지분 매매가격이 확정된 2011년 17일이라고 주장했다. 이날 최종 가격이 확정되었으므로 청구인의 투자 금액 대비 회수 금액이 비로소 비교 가능, 즉 손실 규모를 인지하게 되었다는 것이다.

중재 판정부는 청구인이 9(7)조 문안을 오해하고 있다고 지적하였다. 12월 17일은 매매 가격이 확정됨으로써 손실 규모가 수치로서 확정된 날이지 손실을 입게 되었다는 것을 최초로 인지하게 된 날은 아니라는 것이다. 제출된 기록상 청구인이 손실을 입게 되었다는 것을 최초로 인지하게 된 날을 특정할 수는 없으나 청구인이 제출한 중재 신청서에 2011년 10월 골프장 지분을 중국 회사에 기 투자 금액보다 훨씬 저렴한 가격으로 처분하는 것 외에 다른 대안이 없었다고 호소하고 있고 자회사 Mirage가 2011년 6월 중국이 주선한 대출금 상환 기일을 맞출 수 없었으며 안성은 골프장 투자로부터 충분한 수익을 창출할 수 없었다고 기재한 점을 들어 손실, 피해를 입게 되었다는 것을 최초로 인지한 시점은 2011년 10월 이전으로 보인다고 판단하였다. 판정부는 2007년 초 인접 지역에 경쟁 골프장이 건설될 가능성을 인지하였고 2009년에는 이 골프장이 완공되었으며 2008년 당초 약정보다 훨씬 높은 가격으로 골프장 인접 토지를 매입해야 했던 점도 청구인이 피해, 손실을 인지할 수 있었던 시점으로 보인다고 판단하였다.

458] 9(3) In case of international arbitration, the dispute shall be submitted, at the option of the investor, to:

(a) ICSID; or (b) UNCITRAL Arbitration

Provided that the Contracting Party involved in the dispute may require the investor concerned to go through the domestic administrative review procedures specified by the laws and regulations of that Contracting Party before the submission to international arbitration.

459] 9(7) Notwithstanding the provisions of paragraph 3 of this Article, an investor may not make a claim pursuant to paragraph 3 of this Article if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge that the investor had incurred loss or damage.



3년 종료 시한일(*dies ad quem*)에 대해 중재 판정부는 ICSID 중재가 신청된 2014년 10월 7일로 보았다. 투자협정 9(7)조에 투자자는 3항에 따른 중재를 제기할 수 없다고 규정하고 있고 9(3)조는 분쟁은 투자자의 선택에 따라 제출되어야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어 투자자가 자신의 의지로 중재를 신청한 날이 타당하다고 본 것이다(판정문 107-114).

2) 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁해결 조항 차용

청구인은 만일 3년 제척 기한이 도과되었다고 판정될 경우의 대체 주장으로 투자협정 3(3)조의 최혜국대우 조항을 원용하여 3년 기한이 부과되지 않은 여타 투자협정의 분쟁해결 조항을 적용할 수 있다고 주장하였다. 이 경우 3년 기한에 구애받지 않으므로 ICSID 중재 신청은 유효하다는 주장이다(115-122).

중재 판정부는 3(3)조⁴⁶⁰의 문안상 이는 최혜국대우를 투자자와의 중재에 확대한다고 해석할 수 없다고 보았다. 9(7)조는 국제 중재에 동의한다는 국제법에 관한 문제이고 3(3)조는 국내법의 운영 및 적용에 관한 것이므로 상관이 없다고 보았다. 3(3)에 적용 대상을 투자 관리를 포함한 투자 및 영업 활동이라고 규정하였으므로 투자에 대한 국내법 적용에 있어 제 3국과 차별하지 않는다는 의미로 본 것이다. 판정부는 분쟁 절차에 대한 최혜국대우는 3(5)조⁴⁶¹에 별도로 규정하고 있으므로 3(3)조가 분쟁해결에 적용되지 않는 것은 더욱 명확해진다고 판정하였다. 이에 따라 판정부는 이 사건에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 판시하였다(136-141).

다. 평가 및 해설

1) 제척 기간

이 사건처럼 투자협정에서는 신청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날로부터 3년 내지 5년이

460] 3. Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party and to their investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that accorded in like circumstances to the investors and investments and associated activities by the investors of any third State(hereinafter referred to as 'most-favoured-nation treatment') with respect to investments and business activities, including the admission of investment.

461] 5. Treatment accorded to investors of one Contracting Party within the territory of the other Contracting Party with respect to access to the courts of justice and administrative tribunals and authorities both in pursuit and in defence of their rights shall not be less favourable than that accorded to investors of the latter Contracting Party or to investors of any third State.



경과한 경우에는 중재 신청을 할 수 없다고 규정하는 경우가 있다. 이와 관련한 중재 판정에서는 중재 신청 가능 개시일(*dies ad quo*), 즉 손실이나 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 한 날이 언제인지 확정하는 문제가 주된 쟁점으로 등장한다. 이는 사실 관계의 판정이므로 그 자체는 법리적인 해석이나 이론이 작용할 여지는 적다.

제척 기간이 정해져 있지는 않지만 1996년에 시행된 조치를 2005년에 중재 신청한 *Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia* 사건(ARB/05/18)에서 판정부는 지나친 지연 청구의 경우 증거의 망실, 증인의 기억 부실 등으로 인해 심리가 곤란할 수 있는 개연성은 인정하였으나 이 사건의 경우 양측이 방대한 자료와 수십 명의 증인을 섭외하여 판정부가 사안을 충분히 이해할 수 있다고 보고 관할권이 있다고 판단하였다. 분쟁 제기 시한이 3년으로 설정된 *Rusoro vs. Venezuela* 사건(ARB(AF)/12/5)에서 판정부는 청구인이 다투는 조치가 중재 신청일 기준 3년 이전에 발생하였고 피해, 손실 발생 가능성을 인지한 시점도 3년 이전이라고 확인하고 이들 조치에 대해서는 관할권이 없다고 판정하였다.

2) 최혜국대우 분쟁 조항 적용 여부 판례

투자협정에서 최혜국대우는 제 3국 투자자와 동등한 대우를 보장하는 기능을 하는 보호의 핵심 조항이다. 투자협정의 각종 권리 보장 조항은 그 대상이 외국인인 투자 유치국 내에 행한 투자를 그 대상으로 하지만 최혜국대우 조항과 내국민 대우 조항은 투자자까지 보호 대상으로 하고 있다. 최혜국대우의 이러한 광범위한 보호 기능이 발현되는 통로는 최혜국대우 조항 자체의 위반을 규제하는 것과 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 보다 유리한 조항을 차용해오는 것이다. 타 협정의 실질적 권리 보장에 관한 조항을 최혜국대우 조항을 통해 해당 사건에 원용할 수 있다는 것은 널리 받아 들여지고 있다. 타 협정의 절차적 규정도 원용해 올 수 있는지가 논쟁이 되고 있다. 특히 분쟁 조항의 원용 여부는 논쟁의 핵심으로서 지금까지 10건의 ICSID 판정이 이 쟁점을 심리하였으나 판정부의 견해는 일치하지 않는다. 7:3의 비율로 분쟁해결 조항은 최혜국대우 조항을 이용하여 차용해 올 수 있다는 견해가 소수설이기는 하다.

소수설의 논거는 대개 분쟁 당사자 간 투자협정의 최혜국대우 조항 문안이 ‘협정에 관계된 모든 문제’에 적용된다는 점을 들고 있다. 명시적으로 해당 조항이 모든 문제에 적용된다고 규정하고 있으므로 분쟁해결 절차도 포함된다는 것이다. 이러한 해석이 계약국의 의도를 반영하는 것이라고도 한다. 또 다른 논거 중의 하나는 분쟁해결은 투자자 보호의 실질에 관한 사항이고 분쟁해결 절차의



적용은 외국인 투자자의 보호를 한층 강화하는 것이므로 투자 보호라는 투자협정의 기본 목적에 부합한다는 것이다.

타 협정의 분쟁해결 조항은 최혜국대우를 이용하여 도입할 수 없다는 다수설의 대표적인 논거는 원 협정의 분쟁해결 절차는 계약국의 명시적인 합의로서 이를 무시하고 임의로 타 협정의 분쟁해결 절차를 도입할 수 없다는 것이다. 만일 타 협정의 분쟁해결 절차를 최혜국대우 조항을 통해 도입할 수 있다는 원 협정 계약국의 의사가 분명하게 명시되어 있지 않은 이상 주권 국가로서 합의한 원 협정의 분쟁해결 절차 규정을 적용해야 한다고 보는 것이다. 분쟁 절차는 실질적인 권리가 아니라 최혜국대우 조항이 적용되지 않는 절차 규정으로 보아야 한다는 점, 타 협정 분쟁 절차 도입을 허락할 경우 원 투자협정의 안정성이 침해되고 유리한 분쟁해결 절차 이용을 위한 *treaty shopping*이 조장된다는 점, 원 투자협정 최혜국대우 조항에 ‘모든 문제’에 적용된다는 문구가 없는 점 등이 논거로 제시되기도 한다.

판례가 대립 중에 있다 보니 최근에 체결되는 투자협정은 아예 최혜국대우 조항 적용 대상에 타 협정의 분쟁해결 절차가 포함되는지 여부를 협정 내에 명시적으로 규정하기도 한다. 한중 FTA 12(3)조⁴⁶²와 2014년 스위스-조지아 투자협정 5(4)조⁴⁶³가 대표적인 예이다.

투자자가 최혜국대우 조항을 이용하여 타 협정의 분쟁해결 조항을 원용하려는 이유는 국제 중재 제기 전에 부과된 국내 사법 절차 이용 요건을 회피하려는 것이 대다수이다. 투자협정의 분쟁해결 조항은 대개 분쟁 발생 시 x 개월 간 우호적 해결 시도, 국내 사법 제도 先 이용, y 개월 이내 국내 법원 판결 없을 시 국제 중재 회부 등의 수순으로 구성되어 있는 경우가 많다. 국내 사법 제도 先 이용이나 y 개월의 대기 기간을 회피하기 위해 이러한 전제 조건이 없거나 기간이 짧은 타 협정의 분쟁 조항을 활용하려는 의도에서 최혜국대우 조항을 이용하려고 하는 것이다. 그 외에 피해 발생 후 x 년 이내 제소 등 분쟁 제기 시한을 회피하거나 특정 종류의 분쟁에만 적용된다고 관할 범위를 협소하게 지정한 원 투자협정의 분쟁해결 절차의 범위를 확대하려거나 계약상의 분쟁해결 조항 이용을 회피하려는 의도에서 시도되기도 한다.

462] 3. It is understood that the treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments as referred to in paragraph 1 does not include treatment accorded to investors of any non-Party and to their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes between a Party and investors of any non-Party that are provided for in other international agreements.

463] 4. It is understood that the most-favoured nation treatment referred to in paragraphs (2) and (3) does not apply to investment dispute resolution mechanisms provided by this agreement or by other international agreement made by the Contracting Party concerned.



2) 관련 판례

Maffezini vs. Spain 사건(ARB/97/7) 중재 판정부는 해당 최혜국대우 조항이 적용 대상을 in all matters subject to this Agreement로 광범위하게 규정하고 있고 분쟁해결 절차는 본질적으로 투자자 보호와 관련되므로 투자자 보호를 핵심으로 하는 투자협정의 대상과 목적에 비추어 볼 때에도 그렇게 해석하는 것이 합당하다고 보았다(관할권 결정문 45-60). *Siemens vs. Argentina* 사건(ARB/02/8) 판정부도 최혜국대우 조항을 통해 타 분쟁 조항을 원용하는 것은 최혜국대우 조항 취지에 부합하고 외국인 투자자에 대한 보호를 증진하는 것이므로 허용되어야 한다고 판시하였다. *Salini vs. Jordan* 사건(ARB/02/13) 판정부는 해당 최혜국대우 조항 문안에 분쟁해결까지 확장된다거나 모든 권리나 모든 문제에도 적용된다고 서술되어 있지 않고 계약국이 그러한 의도를 가지고 있었거나 그러한 관행을 시행하고 있다는 점이 청구인에 의해 입증되지도 않았다고 지적하였다. 판정부는 투자협정 규정상 계약상의 분쟁에 대해서는 해당 계약에 규정된 분쟁해결 절차를 배타적으로 적용하려는 것이 계약국의 의도로 보인다고 판단하고 최혜국대우 조항을 이용하여 타 분쟁 조항을 차용하려는 청구인의 주장을 기각하였다(116-119).

Wintershall vs. Argentina 사건(ARB/04/14) 판정부는 해당 최혜국대우 조항(3조)은 최혜국대우를 투자 또는 투자에 관련된 행위의 ‘모든 관계’, ‘모든 측면’, ‘투자협정의 모든 문제’에 부여한다고 포괄적으로 기재되어 있지 않으므로 최혜국대우 조항을 근거로 분쟁해결 절차 적용을 회피할 수는 없다고 판단하였다. 판정부는 협정 계약국이 최혜국대우 조항을 분쟁해결 절차에도 적용하려는 의도가 있었으면 보다 명확하게 기술할 수 있었을 것이므로 최혜국대우 조항이 ‘모든 문제에 대해(with respect to all matters)’ 적용된다고 기술되어 있어도 과연 분쟁해결 절차에도 최혜국대우 조항을 적용하려는 충분한 의도를 나타내는 것인지 회의적이라고 지적하였다. 계약 당사국 자신들이 합의한 분쟁해결 절차가 대체될 수 있다는 의도가 명징하게 (clearly and unambiguously) 적시되지 않는 한 최혜국대우 조항을 타 협정의 분쟁해결 절차를 이용할 수 있다는 방식으로 해석할 수 없다고 보았다. 판정부는 원 분쟁 조항의 18개월 간 국내 사법 절차 진행 대기 요건은 단순한 절차 규정이 아니라 투자자와 투자 유치국 모두에게 부여한 의무라고 보았다. *Telenor vs. Hungary* 사건(ARB/04/15) 판정부는 노르웨이-헝가리 투자협정 IV조 최혜국대우 조항의 통상적인 의미는 투자에 대한 투자자의 본질적인 권리가 여타 투자협정에서 보다 불리하게 대우 받아서는 안된다는 의미이지 절차상의 권리에도 적용된다고 확장 해석할 여지가 없으며 절차적인 사항에도 적용된다고 확장 해석할 경우 투자 유치국을 투자자의 treaty shopping 위험에 노출시키게



된다고 지적하였다. 판정부는 분쟁해결 절차에 특별한 제한을 둘 지 여부는 순전히 양 계약국의 자유 의사이며 최혜국대우 조항의 확대 해석은 투자협정의 확실성과 안정성을 해친다고도 지적하고 이 사건에 대해 ICSID 중재 판정부는 관할권이 없다고 판시하였다(판정문 102).

Daimler vs. Argentina 사건(ARB/05/1) 중재 판정부는 독일-아르헨티나 투자협정 분쟁해결 조항의 18개월간의 국내 사법 절차 진행 대기는 우회하거나 포기할 수 있는 절차가 아니라 당사자가 합의한 실질이라고 보았다(판정문 187-190). 판정부는 최혜국대우 조항은 자국의 영토 내(in its territory)라고 적용 지역을 제한하고 있으므로 영토 외에서 진행되는 국제 중재에는 적용되지 않는다고 설명하였다(판정문 225-230). 중재 판정부는 일부 투자협정에는 투자와 관련된 모든 문제(in all matters)에 대해 최혜국대우를 부여한다고 서술되어 있는 것과 달리 독일-아르헨티나 협정에는 이와 같은 문구가 없는 점도 두 계약국이 영토 내에서의 최혜국대우와 국제 중재를 구분하려는 의도가 있었다는 점을 보충적으로 나타내고 있다고 보았다(236). *Impregilo vs. Argentina* 사건(ARB/07/17) 판정부는 해당 최혜국대우 조항에 이 협정의 모든 사안에 적용된다고 명시되어 있으므로 분쟁해결 절차도 포함되는 것으로 해석해야 한다고 판단하였다.

H & H vs. Egypt 사건(ARB/09/15) 판정부는 투자협정의 분쟁해결 절차 조항은 그 자체가 별도의 합의로서 협정 계약국이 명시적으로 최혜국대우 조항이 분쟁해결 절차에도 적용된다고 규정하지 않은 이상 최혜국대우를 분쟁해결 조항에 적용하여 이미 계약국이 합의한 절차를 무시할 수 없다고 판단하였다(판정문 356-258). *Kilic vs. Turkmenistan* 사건(ARB/10/1) 판정부는 최혜국대우 조항이 터키-투르크메니스탄 투자협정에서 실질적인 권리 조항과 함께 위치하고 있고 분쟁 조항은 절차 사항과 함께 나열되어 있으므로 최혜국대우 조항은 실질적 권리 사항에만 적용되는 것이라고 보았다. 또한 터키와 투르크메니스탄이 굳이 국내 법원 선 이용을 국제 중재 회부의 조건으로 삼는 분쟁해결 조항을 규정한 것은 이 조항이 최혜국대우 조항에 의해 무시되어도 무방하다고 의도하지는 않았을 것이라는 점을 나타낸다고 판단하였다(판정문 7.4.1-7.5.3). *Ansung vs. China* 사건(ARB/14/25) 판정부는 분쟁 조항은 국제 중재에 동의한다는 국제법에 관한 문제이고 최혜국대우는 국내법의 운영 및 적용에 관한 것이므로 그 범주를 달리하며 최혜국대우 조항은 투자에 대한 국내법 적용에 있어 제 3국과 차별하지 않는다는 의미라고 판단하고 이를 통해 타 협정 분쟁 조항을 차용할 수 없다고 판시하였다(판정문 136-141).



| 최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁 조항 원용 가능 여부에 대한 ICSID 판정례 |

사건명	가부	판정 논거	원용 시도 이유
<i>Mattezzini v. Spain</i> (97/7)	O	MFN의 all matter 문구상 분쟁 포함 외국인 투자 보호 강화	국내 사법 절차 선 이용 요건 회피
<i>Siemens v. Argentina</i> (02/8)	O	MFN 분쟁 등 절차 규정에도 적용 가능 외국인 투자 보호 강화	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Salini v. Jordan</i> (02/13)	X	MFN 분쟁 적용 불명시, all matter 문구도 부재 MFN 분쟁 적용 가능 체약국 의사 불입증	계약상의 분쟁 조항 적용 회피
<i>Wintershall v. Argentina</i> (4/14)	X	18개월 시도는 의무 분쟁 절차는 체약국 합의 임의 변경 곤란 MFN 조항에 all matters 문구 부재 분쟁 절차 대체 가능 의사 명시되지 않으면 MFN 통한 분쟁 우회 곤란	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Telenor v. Hungary</i> (4/15)	X	MFN은 실질 권리 대상, 절차에는 부적용 Treaty shopping 조장 우려 분쟁 절차는 체약국 합의 임의 변경 곤란	ICSID 대상을 收用사건으로 한정한 원 협정 회피
<i>Daimler v. Argentina</i> (05/1)	X	18개월 시도는 의무 MFN은 영토 내 적용, 국제 중재는 외국에서 진행되므로 MFN 부적용 all matters 적용 문구 부재	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>Impregilo v. Argentina</i> (07/17)	O	MFN의 all matters 문구는 분쟁 포함	18개월 간 국내 절차 선 시도 요건 회피
<i>H & H v. Egypt</i> (09/15)	X	분쟁 절차 자체가 체약국 합의, MFN 통한 분쟁 조항 원용이 불명시되었으면 합의 무시 불가	국제 중재 제기 전 6개월 대기 시한 회피
<i>Kilic v. Turkmenistan</i> (10/1)	X	조항 위차상 MFN은 실질적 권리만을 대상, 절차에는 부적용, 체약국, MFN 통한 분쟁 원용 주의도 추론 가능	국내 사법 절차 선 이용 요건 회피
<i>Ansung v. China</i> (14/25)	X	MFN 적용 대상에 분쟁 불명시, MFN은 국내법규 적용 문제, 국제중재는 국제 문제	분쟁 제기 시한 3년 회피



164

Lighthouse vs. East Timor 사건(ARB/15/2)

가. 사건 개요

이 사건은 투자 유치국의 명시적인 동의 없이 계약서에 포함된 ICSID 중재 회부 문안은 투자자-국가 분쟁에 관한 ICSID의 관할권에 동의한 것으로 간주할 수 없다고 판시된 사건이다.

청구인 Lighthouse Corporation Pty Ltd.는 호주 회사로서 2010년 10월부터 11월까지 동티모르 정부와 휘발유 및 발전기 공급, 해상 저유 시설 제공, 유류 저장 시설 설계 제공 의향에 관한 3건의 문건에 서명하였다. 각 문건에는 'Lighthouse사의 상품 판매에 적용되는 표준 거래 조건'이라는 서류가 부속서로 첨부되어 있었다. 이 표준 거래 조건에 매입자와 분쟁 발생시 ICSID 중재에 회부한다는 조항이 포함되어 있었다. 동티모르 외국인 투자법에는 외국인 투자자와의 분쟁은 ICSID 중재에 회부한다는 조항이 있었으며 외국인 투자자는 투자 인가증을 수령한 투자자라고 별도로 정의하고 있었다. 청구인은 동티모르에 유류를 납품하였으나 대금 수령 및 거래 조건 충족 여부를 두고 동티모르와 다툼이 발생하였다.

청구인은 표준 거래 조건과 동티모르 외국인 투자 유치법상의 ICSID 중재 회부 조항을 원용하여 2014년 12월 ICSID 중재를 신청하였다. 동티모르는 표준 거래 조건이 ICSID 중재에 대한 ICSID 협약 25(1)조상의 동의에 해당하지 않고 청구인은 외국인 투자 유치법상의 외국인 투자자가 아니므로 이 법이 적용되지 않는다는 이유로 ICSID 관할권을 부인하였다.

나. 주요 쟁점

1) ICSID 중재 동의 의사의 표명

ICSID 협약 25(1)조는 투자자-국가 분쟁을 ICSID 중재에 회부하기 위해서는 분쟁 당사자의 문서상의 동의가 필요하다고 규정하고 있다. 통상 체약국 정부의 동의는 투자협정이나 기타 국제적인 조약, 국내법 등에 규정하여 해당 종류의 분쟁에 대한 ICSID의 관할권을 일괄하여 동의하는 방식으로 표현된다. 이 사건에서 동티모르의 ICSID 동의는 청구인과 맺은 계약서에



부속서로 언급된 별도 문서에 기재되어 있었다. 이처럼 별도 문서를 언급하는 방식으로 동의 의사를 표현하는 것이 금지되어 있지는 않고 그러한 사례도 있다. 東티모르는 국가의 ICSID 중재 동의 의사는 명백하고 분명하게 표시되어야 하며 동의 없이 분쟁을 국제 중재에 회부하도록 국가에 강요할 수 없고 중재 동의 의사가 표시된 부속서를 본 협정에 포함시키겠다는 당사자간의 공동의 의사가 확인되어야 한다고 주장하였다. 중재 판정부는 청구인의 입장에 동의하였다. 국가의 ICSID 중재 동의는 표명된 것으로 추론할 수 없고 동의 의사가 명백히 표명되거나 동의 의사가 행동을 통해 간접적으로 표현되어야 한다고 보았다.

2) 표준 거래 조건

청구인이 東티모르와 체결한 3건의 계약서 본문에는 중재 조항이 없고 부속서로 첨부된 표준 거래 조건 문서에 분쟁 발생시 ICSID에 회부한다는 문안이 있었다. 청구인은 이 부속서가 본 계약의 일부분이므로 東티모르의 중재 동의 의사가 표명된 것이라고 주장한 반면 東티모르는 부속서에 중재 동의 내용이 있는 사실과 부속서를 계약의 일체가 된다는 점(reference by integration)을 인지하지 못했다고 반박하였다.

판정부는 3건의 계약서에 표준 거래 조건이 첨부된 양태를 살펴보았다. 2010년 10월 체결된 유류 공급 계약은 말미에 ‘잠재 구매자(즉 東티모르)는 이 거래 조건을 Lighthouse사의 디젤 발전기 공급 개요와 함께 검토하여 줄 것을 권유한다’는 문안이 있었고 발전기 공급 개요 문안 중에 Lighthouse 표준 거래 조건이 적용된다는 구절이 포함되어 있었다. 판정부는 표준 거래 조건의 언급이 매우 모호하고 이를 본 계약의 불가분의 일체로 결합시킨다는 의사가 분명하게 표현되지 않았다고 지적하였다. 유류 공급 계약에 결합시킨다는 직접적인 문안이 없고 청구인의 거래 조건을 검토하는 수단으로서 공급 약정이 언급되었을 뿐 이를 유류 공급 계약의 일부로 결합한다거나 계약의 부분으로 한다는 언급이 없다는 점을 강조하였다. 디젤 발전기 공급 개요는 그 내용 자체가 계약적인 것이 아니라 東티모르의 전기 수요 분석 및 공급 방안에 관한 제안서 성격이어서 계약서인 본 문서의 일부분화 하려는 의도가 있었을 것 같지는 않다고 판단하였다. 또한 표준 거래 조건이 유류 공급 계약 서명일에 東티모르에게 전달되었고 이 계약 서명 후 東티모르의 행동을 보았을 때 표준 거래 조건의 존재 자체를 인지하지 못한 것으로 보인다고 판단하였다. 판정부는 이에 따라 ICSID 중재가 포함된 별도 문서를 본 계약에 일체화하겠다는 당사자의 의사가 증명되지 않으며 별도 문서를 본 계약에 결합시킨다는 의사도 분명하게 표현되지 않았고 청구인이 별도 문서를 인지하거나 상당 시일 전에 제공되지도 않았으므로 청구인은 東티모르가



ICSID 중재에 동의하였다는 주장을 입증하는데 실패하였다고 판시하였다 (248-256).

청구인과 東티모르가 맺은 두 번째 계약은 2010년 11월에 체결된 浮游貯油 시설 부속서로서 청구인이 유류 임시 저장을 위한 바지선을 제공한다는 것이었다. 이 부속서에도 첨부된 표준 거래 조건에 따른다는 문안은 있었으나 실제 첨부되지는 않았다. 판정부는 실제 첨부되지도 않은 문서를 단지 본문에 언급하는 것만으로는 해당 문서를 본 계약의 일부로 결합시키겠다는 의도를 입증하기에 현저히 불충분하다고 판단하였다.

세 번째 계약은 청구인이 東티모르 내 유류 저장 시설의 설계, 건설, 설치 의사를 표명한 부속서로서 표준 거래 조건이 언급되어 있었다. 판정부는 동 부속서의 내용 자체가 계약적인 것이 아니라 일방적인 사업 제안서로서 東티모르가 성질이 전혀 상이한 표준 거래 조건이 불가분의 일체로서 결합되어 있다고 인지했을 것으로 기대할 수는 없다고 판단하였다. 이상을 근거로 판정부는 위 3개 계약서에 표준 거래 조건이 일체로서 결합되어 있다는 청구인의 주장은 東티모르가 ICSID 중재를 동의했다는 점을 입증하는데 불충분하다고 판시하였다 (257-267).

3) 동티모르의 동의 의사 확인 여부

청구인은 표준 거래 조건을 東티모르에게 사전에 전달하였으므로 東티모르도 ICSID 중재 관할이 포함되어 있다는 것을 충분히 인지하였다고 주장하였다. 판정부는 이미 표준 거래 조건이 본 계약의 일체로서 결합된 것이라는 당사자 공동의 의사를 확인할 수 없다고 판정하였으므로 사전 전달을 통한 동티모르의 인지 여부에 대해 굳이 심리할 필요는 없으나 심리의 완전성을 위하여 청구인의 주장을 살펴보겠다고 밝혔다.

청구인의 주장에 따르면 유류 공급 계약 체결 이틀 전인 2010년 10월 20일 청구인 관계자가 Gusmao 東티모르 대통령 예방시 전달한 파란색 서류 폴더에 문제의 표준 거래 조건이 포함되어 있었다고 한다. 또한 2010년 11월과 12월 두 차례에 걸쳐 東티모르 관리에게 e-mail로 송부하였다고 주장하였다.

판정부는 양 당사자간의 ICSID 중재 동의에 대한 명시적인 합의가 없이 단순한 서류 전달만으로는 ICSID 협약상의 중재 동의 요건이 충족되었다고 볼 수 없다고 일축하였다. 서류 전달이나 e-mail 송부 시 표준 거래 조건에 ICSID 중재 조항이 있고 이를 본 계약에 부속함으로써 東티모르간 ICSID 중재에 동의하는 것이라는 점이 청구인으로부터 표명되지도 않았고 東티모르가 이를 인지하고 접수하였다는 증거도 없다고 첨언하였다(280-282).



4) 東티모르 투자 유치법

東티모르 외국인 투자 유치법 23(2)조는 외국인 투자자와의 분쟁은 별도의 합의간 없는 한 ICSID 중재에 회부한다고 규정하고 있다. 청구인은 설사 표준 거래 조건 첨부을 통한 ICSID 관할권이 인정되지 못할지라도 이 조항에 의거하여 ICSID는 이 사건 관할권이 있다고 주장하였다. 자신은 東티모르에 투자한 외국인 투자자이라는 것이다. 청구인은 외국인 투자법상의 외국인 투자자는 통상적인 의미가 아니라 이 법 3(f)조에 외국인 투자자 증명서 소지자라고 별도로 정의되어 있고 東티모르 정부는 청구인에게 해당 증명서를 발급한 사실이 없으므로 청구인은 이 법상의 외국인 투자자가 아니며 따라서 청구인과의 분쟁은 ICSID 관할 대상이 아니라고 반박하였다. 판정부는 청구인이 외국인 투자자 증명서를 제출하지 못했음을 확인하고 東티모르의 주장을 수용하였다.

청구인은 외국인 투자 유치법 18조는 별도의 법적 체계를 예외적으로 적용할 수 있는 특별 투자 약정 개념을 규정하고 있으므로 이 사건 계약을 특별 투자 약정으로 보아 ICSID 관할을 인정할 수 있다고 주장하였으나 판정부는 이 법상의 특별 투자 약정은 각료회의의 승인을 받아야 한다는 별도의 조항이 있고 이 사건 계약은 이러한 승인을 받은 바 없으므로 특별 투자 약정이 될 수 없다는 東티모르의 반론을 접수하여 청구인의 주장을 기각하였다.

다. 평가 및 해설

이 사건의 성격을 간단하게 규정하자면 대기업에 의한 왜소국 기망 사건이다. ICSID 중재 동의로 해석할 수 있는 문건을 티모르 정부에게 분명하게 알리지 않고 계약에 첨부하여 해당 문서를 본 계약과 불가분의 일체로 만든 후 이를 근거로 티모르가 ICSID 중재에 동의했다는 것이다. 만일 동 티모르가 신생 약소국이 아니었다라면, 청구인이 동티모르에 대해 절대적인 영향력을 미치는 호주 기업이 아니었다면 감히 이러한 방식으로 ICSID 중재 동의를 시도나 할 수 있었을까 의문이다.

동티모르는 1500년대부터 포르투갈의 식민 지배를 받아 오다 태평양 전쟁 기간 중에 잠시 일본에 점령되었다가 1971년 자치권을 획득하였다. 그러나 1975년 인도네시아가 침략하여 1999년까지 강제 점령당하였다. 1999년 UN 감시하에 실시된 주민 투표를 거쳐 독립하였다. 인구 120만명, 1인당 GDP 1000불 미만의 신생 소국이다.



동티모르는 이 사건 방어를 위해 총 343만불의 소송 비용을 지불했다. 소송 대행을 맡았던 호주 법률 회사의 비용이다. 중재 판정부는 청구인에게 동티모르의 소송비 중 130만불을 지불하라고 판정하였다. 동티모르는 승소하였어도 200만불을 지불해야 했다. 동티모르에게 적지 않은 부담이었을

것이다.

이 사건에서 청구인이 시도한 소위 reference by integration은 분쟁 발생 시 ICSID 중재를 활용하겠다는 동의 의사가 명기된 문건을 투자 계약 등의 부속서로 첨부하여 계약의 불가분의 일체로 만듦으로써 ICSID 중재 동의 의사를 확인하는 방법이다. 이 방식이 ICSID 중재 판정에서 진지하게 심리된 사건으로는 *CSOB vs. Slovakia* 사건(ARB/97/4)이 있다. 이 사건에서 판정부는 ICSID 중재 동의 내용이 포함된 문건을 본 계약에서 명기하는 것이 어떠한 의미가 있는지 계약 당사자가 확실히 인지하였고 ICSID 중재를 본 계약 분쟁의 해결 방법으로 활용하기 위해서 명기했다는 분명한 의사의 합의가 있었음을 확인하였다. *Brandes Investment vs. Venezuela* 사건(ARB/08/3) 판정부는 ICSID 중재 동의 의사는 분명하고 명백하게 표명되어야 한다고 강조하였다.



참고 문헌

- 변필진, 한국의 투자협정 해설서, 법무부, 2010
- 박노형, 오현석, 이재우, 투자자-국가소송(ISD) 최신 판정분석, 법무부, 2014
- 알기 쉬운 정책유형별 투자분쟁 사례, 법무부
- 투자자 - 국가 간 분쟁해결절차(ISD) 관련 주요 분쟁 사례 및 시사점, 대외경제정책연구원, 2011
- 김여선, 양자간 투자협정의 우산조항에 관한 연구, 국제거래법연구, 제 18 집 제 1 호 pp. 163-183
- 김여선, 국제투자법의 공정-공평 대우-ISD 의 만능조항, 국제거래법연구 제 23 집 제 2 호, 2014, pp. 417-448
- 이주윤, ISD 투자분쟁사례 연구(II), 한국법제연구원, 2013
- Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series 2017
- Robert Wisner and Nick Gallus, *Nationality Requirements in Investor-State Arbitration*, The Journal of World Investment & Trade, pp. 927-946
- Tony Cole, *The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law*, Michigan Journal of International Law vol. 33 Issue 3, 2012, pp. 536-586
- Rahim Moloo & Alex Khachaturian, *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, Fordham International Law Journal vol. 34, Issue 6, 2011, pp. 1471-1501
- Francesco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, The European Journal of International Law vol. 20 no. 3, 2009, pp. 729-747
- Juergen Kurtz, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law: A Reply to Francesco Francioni*, The European Journal of International Law vol. 20 no. 4, 2010, pp. 1077-1085
- Claudia Salomon & Sandra Friedrich, *How Most Favoured Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties Affect Arbitration*, Practical Law
- Alex Grabowski, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, Chicago Journal of International Law vol. 15 no. 1, Summer 2014, pp. 286-309



주제별 종합 설명 판례

간접 수용	<i>Inmaris vs. Ukraine</i> 사건
국내 규제 절차 소진	<i>Lowen vs. USA</i> 사건
공정하고 공평한 대우	<i>Helnan vs. Egypt</i> 사건
내국민 대우	<i>Champion Trading vs. Egypt</i> 사건
누적.복합행위	<i>MCI Power vs. Ecuador</i> 사건
분쟁 동일성	<i>Empresas Lucchetti vs. Peru</i> 사건
불가역적 택일 조항(fork in the road)	<i>CAA & Vivendi vs. Argentina</i> 사건
사법 부인	<i>FASGT & Alghanim vs. Jordan</i> 사건
기판력(res judicata)	<i>Bosh, B&P vs. Ukraine</i> 사건
설립전 투자	<i>Mihaly USA vs. Sri Lanka</i> 사건
송금 보장	<i>Biwater vs. Tanzania</i> 사건
시간적 관할권	<i>Murphy International vs. Ecuador</i> 사건
실효적 소유	<i>Alapli Elektrik vs. Turkey</i> 사건
안보상 예외	<i>Metalpar vs. Argentina</i> 사건
외국인 통제	<i>Vacuum Salt vs. Ghana</i> 사건
우산 조항	<i>SGS vs. Paraguay</i> 사건
이행 의무 부과 금지	<i>ADF vs. USA</i> 사건
자국민이 통제하는 외국 기업	<i>Tokios Tokelés vs. Ukraine</i> 사건
정당한 기대	<i>Plama vs. Bulgaria</i> 사건
중재 절차의 남용	<i>Transglobal vs. Panama</i> 사건



중재 중재인의 자격	<i>Gruslin vs. Malaysia</i> 사건
중재 판정의 무효	<i>CAA & Vivendi vs. Argentina</i> 사건
직접 수용	<i>Gemplus & Talsud vs. Mexico</i> 사건
차별 대우	<i>ADC vs. Hungary</i> 사건
책임의 국가 귀속성	<i>Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia</i> 사건
충분한 보호 및 안전	<i>Toto vs. Lebanon</i> 사건
최혜국대우	<i>Apotex vs. USA</i> 사건
최혜국대우 조항을 통한 타 협정 조항 차용	<i>Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina</i> 사건
최혜국대우 조항을 통한 타 협정 분쟁 조항 차용	<i>Ansung vs. China</i> 사건
투자자 국적	<i>Waste Management vs. Mexico</i> 2 차 사건
투자자 요건	<i>Alapli Elektrik vs. Turkey</i> 사건
투자 적법성	<i>Metal-Tech vs. Uzbekistan</i> 사건
투자협정상의 투자 정의	<i>Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica</i> 사건
투자의 본질적 속성(<i>Salini test</i>)	<i>Salini vs. Morocco</i> 사건
투자협정 발효 이전 분쟁	<i>Mondev vs. USA</i> 사건

🔍 사건 색인(ABC 순)

[A]

<i>ADC vs. Hungary</i> 사건	/ 236, 320, 324, 367, 430, 443
<i>ADF vs. USA</i> 사건	/ 143, 201, 723
<i>ADM & TLIA vs. Mexico</i> 사건	/ 148, 250, 370, 674, 792
<i>AES vs. Hungary</i> 사건	/ 343, 514, 602, 676, 846
<i>Aguaytia vs. Peru</i> 사건	/ 357, 551
<i>AIG Capital vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 7, 194, 367, 430
<i>Al Tamimi vs. Oman</i> 사건	/ 679, 860
<i>Alapli Elektrik vs. Turkey</i> 사건	/ 167, 518, 545, 559, 697, 700, 858, 859, 920, 925
<i>Alasdair Ross Anderson et al vs. Costa Rica</i> 사건	/ 45, 131, 361, 415, 563, 729, 766, 808
<i>Alpha vs. Ukraine</i> 사건	/ 173, 245, 492, 567, 577, 584, 675
<i>AMT vs. Zaire</i> 사건	/ 13, 21, 574



<i>Ansung vs. China</i> 사건	/ 75, 94, 257, 395, 409, 411, 481, 662, 745, 757, 798, 937, 943
<i>Apotex vs. USA</i> 사건	/ 251, 421, 444, 865
<i>ATA vs. Jordan</i> 사건	/ 201, 647, 664, 723
<i>Aucoven vs. Venezuela</i> 사건	/ 18, 175, 818
<i>Azinian vs. Mexico</i> 사건	/ 52, 125, 837, 931, 934
<i>Azpetrol vs. Azerbaijan</i> 사건	/ 553, 864
<i>Azurix vs. Argentina</i> 사건	/ 61, 88, 119, 214, 490, 574, 638, 672, 881

[B]

<i>Banro vs. Congo</i> 사건	/ 102, 152, 908, 924
<i>Bayindir vs. Pakistan</i> 사건	/ 172, 200, 358, 514, 566, 594, 661, 723, 729, 797, 846
<i>Bayview vs. Mexico</i> 사건	/ 131, 412, 418, 566
<i>Biwater vs. Tanzania</i> 사건	/ 492, 502, 509, 575, 708
<i>Bosh, B&P vs. Ukraine</i> 사건	/ 76, 245, 317, 458, 482, 636, 638, 677, 684, 689, 920
<i>Brandes Investment vs. Venezuela</i> 사건	/ 652
<i>Brandes Investment vs. Venezuela</i> 사건	752
<i>Burimi & Eagle Games vs. Albania</i> 사건	/ 19, 815

[C]

<i>CAA & Vivendi vs. Argentina</i> 사건	/ 37, 55, 513
<i>Caratube & Hourani vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 20, 679, 690, 918, 926
<i>Caratube vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 18, 20, 690, 691, 818, 918, 919
<i>Cargill vs. Mexico</i> 사건	/ 148, 250, 416, 443, 675, 870
<i>Casado & Allende Foundation vs. Chile</i> 사건	/ 53, 77
<i>CDC vs. Seychelles</i> 사건	/ 259
<i>Cementownia vs. Turkey</i> 사건	/ 519, 544, 925
<i>Champion Trading vs. Egypt</i> 사건	/ 114, 147, 240, 246, 250
<i>CMS vs. Argentina</i> 사건	/ 61, 191, 202, 224, 266, 331, 498, 634, 672
<i>Commerce Group vs. El Salvador</i> 사건	/ 54, 751, 930
<i>Commerce Group vs. El Salvador</i> 사건	/ 88
<i>Commerce Group vs. El Salvador</i> 사건	/ 655
<i>Continental vs. Argentina</i> 사건	/ 301, 342, 509, 623, 674
<i>CSOB vs. Slovakia</i> 사건	/ 62, 172, 539, 949



[D]

<i>Daimler vs. Argentina</i> 사건	/ 406, 943
<i>Dede & Elhuseyni vs. Romania</i> 사건	/ 662, 793, 797
<i>DEI Bermuda vs. Peru</i> 사건	/ 353, 552
<i>Deutsche Bank vs. Sri Lanka</i> 사건	/ 120, 173, 492, 506, 567, 585, 677, 724, 915
<i>DLP vs. Yemen</i> 사건	/ 766, 846
<i>Duke Energy & Electroquil vs. Ecuador</i> 사건	/ 401, 637, 852

[E]

<i>East Kalimantan vs. PT KPC</i> 사건	/ 560
<i>EDF vs. Argentina</i> 사건	/ 326, 491, 689, 721, 836
<i>El Paso vs. Argentina</i> 사건	/ 119, 218, 310, 342, 378, 491, 500, 575, 623, 825, 878
<i>EMELEC vs. Ecuador</i> 사건	/ 445
<i>Emmis vs. Hungary</i> 사건	/ 100, 679, 873
<i>Empresas Lucchetti vs. Peru</i> 사건	/ 275, 391, 473, 601, 664, 689, 745, 880
<i>Enron vs. Argentina</i> 사건	/ 207, 228, 341, 498, 634
<i>Enron vs. Argentina</i> 사건	/ 185, 672
<i>Eudoro Olguin vs. Paraguay</i> 사건	/ 98, 213, 671
<i>Europe Cement vs. Turkey</i> 사건	/ 557

[F]

<i>F-W Oil vs. Trinidad and Tobago</i> 사건	/ 153, 219
<i>FASGT & Alghanim vs. Jordan</i> 사건	/ 54, 93, 126, 437, 745, 838, 931, 936
<i>Feldman vs. Mexico</i> 사건	/ 54, 107, 250, 420, 671
<i>Fireman's Fund vs. Mexico</i> 사건	/ 229, 673
<i>Franck Arif vs. Moldova</i> 사건	/ 332, 678, 721, 750, 833, 935
<i>Fraport vs. Philippines</i> 사건	/ 345
<i>Funnekotter vs. Zimbabwe</i> 사건	/ 367, 428

[G]

<i>Gambrinus vs. Venezuela</i> 사건	/ 19, 523, 695, 813, 854, 926
<i>GAMI vs. Mexico</i> 사건	/ 249, 250, 417, 791
<i>Garanti Koza vs. Turkmenistan</i> 사건	/ 369, 819



<i>GEA vs. Ukraine</i> 사건	/ 702
<i>GEA vs. ukraine</i> 사건	/ 173, 435, 567, 585, 651, 677, 750, 813, 915, 926, 935
<i>Gemplus & Talsud vs. Mexico</i> 사건	/ 295, 362, 367, 529, 674
<i>Generation Ukraine vs. ukraine</i> 사건	/ 179, 467, 672, 891
<i>Genin vs. Estonia</i> 사건	/ 115, 119, 217, 322, 442, 488, 489, 785
<i>GFT vs. Macedonia</i> 사건	/ 19, 447, 695, 901
<i>Global & Globex vs. Ukraine</i> 사건	/ 308, 309
<i>Global & Globex vs. ukraine</i> 사건	/ 736
<i>Gruslin vs. Malaysia</i> 사건	/ 128, 414, 565

[H]

<i>H & H vs. Egypt</i> 사건	/ 278, 391, 410, 601, 741, 880, 935, 943
<i>Hamester vs. Ghana</i> 사건	/ 352, 384, 390, 483, 514, 614, 766, 768, 852, 925
<i>Helnan vs. Egypt</i> 사건	/ 484

[I]

<i>Ickale vs. Turkmenistan</i> 사건	/ 174, 585, 755, 799
<i>Impregilo vs. Argentina</i> 사건	/ 410, 514, 586, 676, 943
<i>Inceysa vs. El Salvador</i> 사건	/ 350, 383, 618, 711, 766, 768
<i>Inmaris vs. ukraine</i> 사건	/ 113, 136, 195, 232, 236, 665, 676, 892, 920

[J]

<i>Jan de Nul vs. Egypt</i> 사건	/ 76, 172, 278, 385, 452, 482, 594, 601, 618, 852, 935
<i>Joy Mining vs. Egypt</i> 사건	/ 307, 737

[K]

<i>Kardassopoulos & Fuchs vs. Georgia</i> 사건	/ 76, 368, 390, 430, 458, 475, 482, 662, 798, 853, 940
<i>Kilic vs. Turkmenistan</i> 사건	/ 410, 752, 803, 943
<i>KT Asia vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 174, 240, 274, 463, 585, 595, 730, 734

[L]

<i>LESI-Dipenta vs. Algeria</i> 사건	/ 173, 297, 359, 559, 584, 701
<i>Levy and Gremcitel vs. Peru</i> 사건	/ 809, 926
<i>LG & E vs. Agrentinal</i> 사건	/ 623



<i>LG & E vs. Argentina</i> 사건	/ 191, 223, 323, 331, 341, 499, 500, 623, 635, 672
<i>Libananco vs. Turkey</i> 사건	/ 522, 542, 558, 925
<i>Lighthouse vs. East Timor</i> 사건	/ 67, 260, 655, 752, 930, 945
<i>Lowen vs. USA</i> 사건	/ 89, 250, 436, 837, 934

[M]

<i>Maffezini vs. Spain</i> 사건	/ 70, 94, 127, 213, 256, 400, 409, 482, 663, 872, 942
<i>Malaysian Historic Salvors vs. Malaysia</i> 사건	/ 172, 594
<i>Malaysian Historical Salvors vs. Malaysia</i> 사건	/ 448
<i>Malicorp vs. Egypt</i> 사건	/ 709
<i>Mamidoil vs. Albania</i> 사건	/ 53, 344, 474, 501, 678, 767, 838, 839, 936
<i>MCI Power vs. Ecuador</i> 사건	/ 127, 289, 342, 500, 528, 664
<i>Metalcald vs. Mexico</i> 사건	/ 136
<i>Metalpar vs. Argentina</i> 사건	/ 280
<i>Metal-Tech vs. Uzbekistan</i> 사건	/ 348, 352, 384, 474, 567, 596, 619, 722, 761, 846
<i>Micula vs. Romania</i> 사건	/ 127, 191, 343, 494, 635, 664, 785
<i>Middle East Cement vs. Egypt</i> 사건	/ 133, 671
<i>Mihaly USA vs. Sri Lanka</i> 사건	/ 149, 221, 273, 908
<i>Minnotte and Lewis vs. Poland</i> 사건	/ 678, 758
<i>Mitchell vs. Congo</i> 사건	/ 138, 565, 707, 914
<i>Mobil vs. Venezuela</i> 사건	/ 625, 676
<i>Mondev vs. USA</i> 사건	/ 53, 93, 118, 121, 217, 436, 490, 650, 663, 784, 864, 934
<i>MTD Equity vs. Chile</i> 사건	/ 196, 213, 323, 722
<i>Murphy International vs. Ecuador</i> 사건	/ 656, 661, 796

[N]

<i>Neer vs. Mexico</i> 사건	/ 322, 442, 488
<i>Noble Ventures vs. Romania</i> 사건	/ 100, 210, 672

[O]

<i>OKO, SAMPO, VTB vs. Estonia</i> 사건	/ 119, 342, 375, 491, 566, 729, 915
<i>OPC vs. Ecuador</i> 사건	/ 245, 492, 546, 675
<i>OPIC vs. Venezuela</i> 사건	/ 752, 786, 930
<i>OTMTI vs. Algeria</i> 사건	/ 904, 926



[P]

<i>Pac Rim vs. El Salvador</i> 사건	/ 738, 813
<i>Pantechniki vs. Albania</i> 사건	/ 61, 172, 278, 361, 391, 436, 473, 575, 745, 879, 935
<i>Parkerings v. Lithuania</i> 사건	/ 421
<i>Parkerings vs. Lithuania</i> 사건	/ 119, 245, 324, 342, 438, 491, 675, 870
<i>Patrick Mitchell vs. Congo</i> 사건	/ 707
<i>Pheonix vs. Czech</i> 사건	/ 522
<i>Philip Morris vs. Uruguay</i> 사건	/ 192, 207, 228, 343, 492, 499, 635, 678, 779, 891, 935
<i>Phoenix vs. Czech</i> 사건	/ 173, 517, 536, 584, 707, 766, 925
<i>Ping An vs. Belgium</i> 사건	/ 894
<i>Plama vs. Bulgaria</i> 사건	/ 160, 201, 317, 342, 383, 501, 607, 712, 766, 846
<i>PNGSDP vs. PNG</i> 사건	/ 752, 928
<i>Postova & Istrokapital vs. Greece</i> 사건	/ 131, 414, 568, 909
<i>PSEG vs. Turkey</i> 사건	/ 119, 233, 490, 574, 673

[Q]

<i>Quiborax vs. Bolivia</i> 사건	/ 167, 173, 515, 545, 558, 584, 700

[R]

<i>Rafat Ali Rizvi vs. Indonesia</i> 사건	/ 568, 805
<i>RDC vs. Guatemala</i> 사건	/ 608, 676
<i>Renee Rose Levy vs. Peru</i> 사건	/ 100, 251, 343, 678, 789
<i>Romak vs. Uzbekistan</i> 사건	/ 707
<i>Rompetrol vs. Romania</i> 사건	/ 295, 343, 525
<i>Rompetrol vs. Romania</i> 사건	/ 734
<i>Roussalis vs. Romania</i> 사건	/ 510, 675
<i>RSM vs. Grenada</i> 사건	/ 689, 774
<i>Rumeli and Telsim vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 120, 465, 491, 892
<i>Rumeli vs. Kazakhstan</i> 사건	/ 195
<i>Rusoro vs. Venezuela</i> 사건	/ 148, 295, 344, 431, 480, 529, 623, 662, 798, 882, 940

[S]

<i>S.D. Myers vs. Canada</i> 사건	/ 249, 791
<i>Saba Fakes vs. Turkey</i> 사건	/ 173, 240, 274, 463, 517, 522, 584, 734, 767, 925



<i>Saipem vs. Bangladesh</i> 사건	/ 432, 566, 648, 651, 675, 729, 750, 915, 935
<i>Salini vs. Jordan</i> 사건	/ 252, 409, 514, 638, 942
<i>Salini vs. Morocco</i> 사건	/ 168, 452, 514, 518, 539, 595, 729, 733
<i>Sempra vs. Argentina</i> 사건	/ 207, 227, 261, 331, 491, 514, 575, 635, 673, 824, 880
<i>SGS vs. Pakistan</i> 사건	/ 254, 257, 639
<i>SGS vs. Paraguay</i> 사건	/ 193, 218, 317, 405, 513, 631, 688, 785, 826, 852
<i>SGS vs. Philippines</i> 사건	/ 254, 257, 639, 640
<i>Siag & Vecchi vs. Egypt</i> 사건	/ 240, 273, 368, 430, 459, 575, 595, 734, 740, 935
<i>Siemens vs. Argentina</i> 사건	/ 119, 241, 323, 409, 467, 490, 575, 673, 756, 892, 942
<i>Soufraki vs. UAE</i> 사건	/ 237, 273, 349, 464, 735
<i>Swisslion vs. Macedonia</i> 사건	/ 677, 746
<i>SyC vs. Costa Rica</i> 사건	/ 218, 268, 278, 391, 601, 638, 661, 745, 797, 825, 877

[T]

<i>Tecmed vs. Mexico</i> 사건	/ 118, 136, 155, 217, 341, 490, 500, 671, 846
<i>Teinver & Autobuses Urbanos vs. Argentina</i> 사건	/ 14, 201, 332, 430, 677, 713, 721, 837
<i>Telenor vs. Hungary</i> 사건	/ 396, 410, 674, 942
<i>Tidewater vs. Venezuela</i> 사건	/ 368, 629, 769, 813
<i>Tokios Tokeles vs. ukraine</i> 사건	/ 269, 474
<i>Toto vs. Lebanon</i> 사건	/ 24, 343, 501, 569, 575
<i>Tradex vs. Albania</i> 사건	/ 25, 671
<i>Transglobal vs. Panama</i> 사건	/ 523, 813, 920, 921, 926
<i>TSA vs. Argentina</i> 사건	/ 18, 20, 422, 662, 695, 696, 797, 818
<i>Tulip vs. Turkey</i> 사건	/ 76, 267, 390, 405, 458, 483, 635, 824, 847, 881

[U]

<i>Ubraser & CABB vs. Argentina</i> 사건	/ 325, 343, 492, 501, 620, 676, 891
<i>Unglaube vs. Costa Rica</i> 사건	/ 120, 213, 325, 343, 492, 501, 629, 641, 676, 891

[V]

<i>Vacuum Salt vs. Ghana</i> 사건	/ 15, 18, 20, 178, 427, 696, 818
<i>Vannessa vs. Venezuela</i> 사건	/ 244, 379, 566, 674, 722, 767, 935
<i>Vestey vs. Venezuela</i> 사건	/ 368, 530, 740, 892
<i>Vigotop vs. Hungary</i> 사건	/ 245, 678, 827



[W]

<i>Waste Management vs. Mexico</i> 2 차 사건	/ 118, 161, 244, 273, 490, 558, 672, 687, 700, 858
<i>Wena Hotel vs. Egypt</i> 사건	/ 95, 366
<i>Wintershall vs. Argentina</i> 사건	/ 392, 409, 662, 798, 872, 942

사항 색인

double barrel test	/ 44, 141, 170, 518, 564, 706
<i>effet utile</i>	/ 257, 637, 929
foreign control	/ 15, 105, 166, 176, 270, 692, 699, 818
fork in the road	/ 61, 75, 88, 118, 277, 291, 741, 743
fundamental basis of claim	/ 278, 601, 745, 879
Hull 규칙	/ 40, 366, 429, 772
ICSID 중재 규칙 41(5)조	/ 777
ICSID 협약 25(1)조	/ 63, 203, 448, 652, 734, 920, 945
ICSID 협약 25(2)(a)조	/ 447, 591, 816
ICSID 협약 25(2)조	/ 166, 699, 923
ICSID 협약 25(4)조	/ 656, 657
ICSID 협약 25 조	/ 224, 359, 734, 754, 786, 787, 803
ICSID 협약 26 조	/ 93, 464, 598, 754
ICSID 협약 28(3)조	/ 778
ICSID 협약 28 조	/ 414
ICSID 협약 52(1)조	/ 139, 266, 916
ICSID 협약 52 조	/ 59, 60, 82, 206, 208
ICSID 협약 53 조	/ 208, 688, 775
manifestely without merit	/ 777
NAFTA 1101(1)조	/ 866
NAFTA 1101 조	/ 412
NAFTA 1102 조	/ 89, 124, 371, 412, 417, 868
NAFTA 1103 조	/ 418, 870, 871
NAFTA 1105(1)조	/ 124, 125, 145, 163, 418
NAFTA 1106(1)(b)조	/ 144
NAFTA 1106(3)(b)조	/ 419



NAFTA 1106(3)조	/ 372
NAFTA 1110 조	/ 48, 109, 165, 230
NAFTA 1114(1)조	/ 112, 667, 832
NAFTA 1116(1)조	/ 122
NAFTA 1116(2)조	/ 122
NAFTA 1117(1)조	/ 123, 178
NAFTA 1139 조	/ 124, 167, 700
reference by integration	/ 67, 654, 946, 949
<i>res judicata</i>	/ 80, 276, 329, 687, 688, 919, 920
<i>Salini test</i>	/ 65, 297, 386, 449, 580, 693, 706, 732
tantamount to an expropriation	/ 140
two barrel test	/ 65, 449
two fold test	/ 170
간접 수용	/ 28, 180, 441, 668, 750, 823, 920
간접 수용 관련 ICSID 중재 판정 종합 일람표	/ 30, 181, 610, 680
경제적 활동	/ 173, 522, 540, 579, 584, 925
경찰 보호	/ 12, 23, 216, 338, 440, 574
공공 목적	/ 29, 97, 110, 135, 194, 322, 367, 430, 487, 534, 668, 771, 849, 892
공공 이익	/ 204, 343, 417, 492, 605, 675, 720, 791, 827, 891
공정하고 공평한 대우	/ 22, 90, 200, 315, 418, 529, 626, 747, 824
공정한 절차	/ 118, 163, 320, 472, 533, 687, 785
국가 책임에 관한 초안 4 조	/ 390, 481, 616, 848
국가 책임에 관한 초안 4 조, 5 조, 8 조	/ 390, 481, 686
국가 책임에 관한 초안 5 조	/ 76, 482
국가 책임에 관한 초안 8 조	/ 457
국가 책임에 관한 초안 14 조	/ 290
국가 책임에 관한 초안 15 조	/ 884
국가 책임에 관한 초안 22 조	/ 420
국가 책임에 관한 초안 25 조	/ 188, 205, 226, 263, 589
국내 구제 소진	/ 70, 71, 75, 94, 277
국적	/ 15, 102, 208, 297, 371, 494, 592, 699, 811, 928
국적 요건	/ 239, 274, 463, 595, 734
귀속성	/ 76, 385, 481, 686, 848
금반언	/ 461, 740



기간성	/ 159, 452, 600, 801, 905, 912
기여성	/ 142, 450, 726, 912
긴급 피난	/ 189, 205, 589, 623
내국민 대우	/ 22, 250, 412, 603, 865, 940
냉각 기간	/ 480, 587, 656, 796
법적 안정성	/ 51, 357, 500, 781, 790, 843
법적 안정성 유지 약정	/ 353, 357, 552
복합 행위	/ 290, 294, 364, 882, 884
분쟁 동일성	/ 277, 473, 689, 745, 878, 880
분쟁해결 조항 차용	/ 395, 587, 757, 939
비례성	/ 24, 111, 492, 550, 669, 832
사법 부인	/ 51, 124, 436, 647, 782, 879, 935
사실상의 수용	/ 6, 133, 157, 261, 715
설립 전 투자	/ 153, 222
소급 적용	/ 84, 290, 663, 748, 898
소급효	/ 85, 127, 290, 494, 648, 898
소유 실질성	/ 859
송금 보장	/ 280, 506, 890
수용	/ 30, 159, 304, 467, 603, 781, 882, 929, 948
수용 요건	/ 28, 97, 137, 184, 361, 479, 683, 720, 892
수용에 상당한 조치	/ 29, 214, 428, 671, 672, 743
시간적 관할권	/ 44, 126, 360, 481, 663, 798, 897, 937
신체적 안전	/ 571, 575
실질적 관계성	/ 167, 699
실질적 관계성(실효적 소유)	/ 167
실효적 통제	/ 17, 176, 695, 855, 920
악의	/ 29, 110, 341, 490, 548, 607, 830, 933
안보상 예외	/ 141, 263, 306, 590, 623
에너지 현장 조약	/ 43, 334, 519, 602, 768
에너지 현장 조약 10(1)조	/ 336, 339, 604
영토성	/ 43, 565, 723, 725
외교적 보호권	/ 49, 50, 103, 177, 463, 731
외국 중재 판정의 승인 및 집행에 관한 협약	/ 434, 649
외국인 통제	/ 15, 75, 427, 699, 818, 919



우산 조항	/ 185, 258, 457, 603, 718, 825, 880
우호적 해결	/ 71, 168, 408, 598, 744, 879, 895, 941
우호적 환경 조성	/ 569, 570
위험성	/ 169, 516, 694, 732, 830, 905, 912
유사한 환경	/ 11, 110, 251, 322, 441, 622, 792, 802, 889
유용성 원리	/ 257, 639
이중 국적	/ 98, 150, 240, 274, 463, 592, 731, 816
이행 의무 부과 금지	/ 144, 322, 370, 413, 890
임시적인 수용	/ 419, 675
자의적	/ 6, 214, 312, 439, 583, 708, 852, 933
자의적인 조치	/ 216, 404, 709
적법성	/ 335, 526, 618, 765, 808, 846, 882, 887
적법한 절차	/ 39, 134, 743
점진적 수용	/ 29, 182, 506, 670, 713, 883, 891
접수성	/ 581, 645, 754, 801, 878, 906
정당한 기대	/ 51, 224, 335, 488, 643, 790, 832, 891
정당한 주의	/ 10, 211, 573, 641, 851
제척 기간	/ 480, 660, 662, 796, 798, 939, 940
조약법에 관한 비엔나 협약 18 조	/ 291
조약법에 관한 비엔나 협약 31 조	/ 172, 273, 299, 594, 732
조약법에 관한 비엔나 협약 33(4)조	/ 800
조약에 관한 비엔나 협약	/ 397, 657, 914
조약에 관한 비엔나 협약 31 조	/ 397, 914
중재 절차 남용	/ 521, 523, 812, 813, 908, 918, 920, 922, 923, 924, 925
중재 절차 종료 명령	/ 555
중재 절차의 남용	/ 811, 918, 919, 923, 924, 926
직접 수용	/ 96, 280, 550, 611, 772, 823, 832, 875, 883
진정한 유대	/ 240, 273, 461, 595, 734
차별 대우	/ 81, 312, 476, 552, 791, 852, 889
청구의 근본적인 근거	/ 278, 391, 743, 880
청구인의 국적	/ 239, 269, 297, 459, 463, 886
최소 기준 대우	/ 14, 230, 487, 608, 687, 784, 862
최혜국대우	/ 9, 222, 400, 587, 698, 799, 939, 941
충분한 보호 및 안전	/ 8, 234, 329, 502, 761, 851, 921



태환	/ 7, 40, 223, 487, 507, 535, 628, 773
투입성	/ 171, 516, 600, 693, 801, 926
투자 요건	/ 138, 449, 585, 726, 813, 912, 926
투자 적법성	/ 335, 346, 352, 473, 592, 595, 615, 722, 765, 887
투자 정의	/ 65, 124, 381, 449, 598, 648, 761, 808, 923
투자의 본질적 속성	/ 44, 68, 141, 169, 480, 660, 729, 923
투자자 국적	/ 104, 162, 464, 731, 734
투자자	/ 3, 119, 200, 289, 350, 528, 653, 789, 926, 942
투자협정상의 투자 정의	/ 44, 170, 480, 539, 708, 912
폭동	/ 13, 21, 338, 429, 574
한미 FTA 11.28 조	/ 130, 309
한중 FTA 12(3)조	/ 147, 395, 941
한중 FTA 12-다 송금 부속서	/ 508
한중 FTA 12.10 조	/ 507
한중 FTA 12.1 조	/ 125, 171, 650
한중 FTA 12.5(2)(b)조	/ 572
한중 FTA 투자 챕터 12(3)조	/ 248

저자 소개



저자 김승호(金勝鎬)

• 저자 김승호(金勝鎬) 대사는 1984년 제 18 회 외무고시 합격 후 서울대학교 외교학과를 졸업하고 1986년 외교부 사무관으로 공식 생활을 시작하여 30여년을 주로 통상 등 국제경제 분야에 종사하여 왔다. 유럽통상과장, 에너지자원외교과장, 청와대 비서실 통상 담당 행정관, 지역통상국 심의관 겸 수입규제 대책반장, 양자경제외교국장을 역임 하였고 주 OECD 대표부 서기관, 주 WTO 대표부 참서관, 주 EU 대표부 참서관 공사를 거쳐 2015년부터 2018년까지 주 이란 대사로 봉직하였다. 현재 아프가니스탄 문제를 담당하는 정부 특별 대표로 활동 중이다.

• 저서로는 WTO 통상 분쟁 판례 해설 (1),(2) (법영사판 2008년), 구주 연합의 조직과 운영 (외무부판 1995년)이 있으며 국내외 학술지에 등재된 다수의 논문이 있다. 2006년 WTO 세이프가드위원회 위원장으로 피선되었으며 WTO 조선 분쟁, 반도체 분쟁, 김분쟁에서 정부 대표로 소송을 진행하였다.

이 책자의 내용은 저자 개인의 이해와 입장을 정리한 것으로서
발행기관의 공식적인 입장과는 무관합니다.



ICSID 중재판정례 해설

| 발행일 | 2018년 10월

| 발 행 | 법무부 국제법무과

| 주 소 | 경기도 과천시 관문로 47번지 정부과천청사 1동
Tel. 02) 2110-3661~2
Fax. 02) 2110-0327

| 인 쇄 | 동광문화사 ☎ 02) 503-5165