발 간 등 록 번 호 11-1270000-000814-01

투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석

2014. 4.



발 간 사

최근 세계경제의 흐름은 자본의 흐름이라 할 정도로 다국적기업을 필두로 한 외국인 투자가 세계경제를 구성하는 중심축이 되었습니다. 이에 세계 각국은 외국인 투자를 적극 유치하고자 외국인 투자에 대한 보호규범을 정립하고, 투자자에 대한 실효성 있는 구제수단을 제공하기 위해 투자 관련 협정을 활발히 체결하는 한편, 투자자가 국가를 상대로 직접 국제중재를 제기할 수 있는 투자자-국가소송 제도 (Investor State Dispute, 이하 "ISD")를 꾸준히 발전시켜 왔습니다. 그 결과 ISD 이용률은 1990년대 말부터 지속적으로 증가하여, 현재 전 세계 95개국이 적어도 1건 이상의 ISD 중재를 경험하게 되었습니다.

우리나라도 그동안 주요 교역 상대국을 비롯하여 세계 여러 나라들과 다양한 형태의 투자 관련 협정을 체결하여 왔던 바, 현재 발효 중인 90여개의 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty : BIT) 및 9개의 자유무역협정(Free Trade Agreement : FTA) 등을 통해 외국인 투자 유치 활성화 및 해외 진출 우리 기업보호를 위해 적극 노력해왔습니다. 한편 투자 협정 체결이 확대됨에 따라 협정상의 분쟁해결절차인 투자 중재에 대한 관심도 급증하였고, 2012년 11월, 론스타 펀드가우리 정부를 상대로 국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Disputes : ICSID)에 국제중재를 제기한 이른바 '론스타 사건'의 발생은 ISD에 대한 국민적 경각심을 일깨우기도 하였습니다.

이에 법무부는 ISD의 중요성을 감안하여 주요 쟁점 및 국제 동향을 면밀히 분석하는 한편, 공기업·지방자치단체는 물론 해외 진출 우리 기업 등의 ISD에 대한이해도 제고를 위하여 「양자간투자협정연구」,「ICSID 중재제도 연구」,「국제투자분쟁에서의 UNCITRAL 중재규칙 활용실무」 등의 연구보고서를 지속 발간하고,수시로 ISD 예방설명회를 개최하는 등 다각도의 노력을 기울여 왔습니다. 이번에발간하는 「투자자-국가소송(ISD) 최신 판정분석」 역시 이러한 노력의 연장선상에서기획된 것입니다.

본 연구서는 2007년 이후의 주요 최신 ISD 판정례를 중심으로 투자협정에 규정되어 있는 투자보호 규범의 내용을 살펴보고 중재판정부가 개별 사건에서 해당규범의 적용범위를 어떻게 해석하고 판단하였는지 검토하였습니다. 아울러 투자중재에서 부각되었던 주요 절차적 쟁점을 분석하고, 최근의 투자 중재 동향을 살펴보았습니다. 이를 통해 정부 차원에서는 향후 부당한 ISD 제소를 효과적으로예방·대응하고, 민간 차원에서는 실효성 있는 구제 방안으로 ISD를 적극 활용할수 있기를 기대합니다.

바쁜 업무에도 불구하고 본서의 집필을 위하여 노고를 아끼지 않으신 박노형 교수님과 대한상사중재원 오현석 팀장 및 이재우 부산지부장께 감사드리며, 본 연구서의 기획 및 발간 업무를 수행한 국제법무과 관계자들의 노고를 치하합니다.

앞으로도 법무부는 외국인의 투자활동에 안정적인 법적 환경을 조성하여 외국인 투자 유치 활성화에 기여하는 한편, 해외 진출 우리 기업에 대한 해외 투자·무역 관련 법률지원을 확대하고, 국가적 차원에서 ISD를 효과적으로 예방·대응해 나가기위한 지속적인 연구와 대비책 마련에 최선을 다하겠습니다.

2014. 4.

법무부 법무실장 > 0 0 1 20

투자자·국가소송(ISD) 최신 파정부석

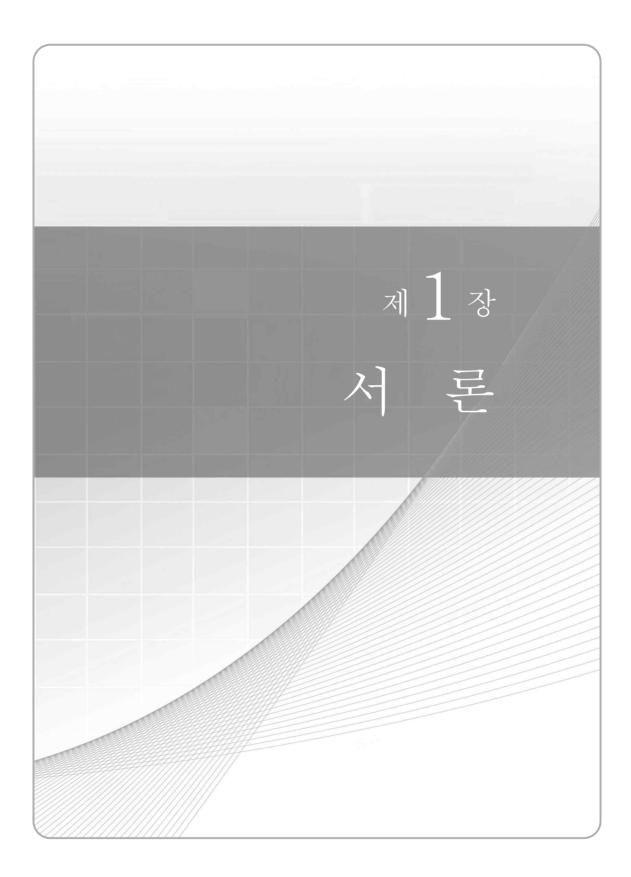
목 차

제1장 서 론
제 1 절 투자협정 개요 3
1. 투자협정의 체결 배경 및 의의 3 2. 투자규범의 주요 내용 4
제 2 절 투자분쟁 최근 동향11
1. 각 국가별 투자분쟁 현황11
2. 최근 투자분쟁의 특징과 동향13
제 2 장 본안전 문제21
제 1 절 선결조건23
1. 협의 및 협상의무23
2. 적법한 의사통지27
3. 준거법 및 중재에의 동의31
4. 국내구제완료(exhaustion of local remedies) 조항55
5. 포기·중복제소금지 조항58
제 2 절 시간적 관할68
1. 개요68
2. 냉각기간 준수69
3. 소급효77
4. 제척기간

제 3 절 물적 관할	84
1. 개요	
2. 중재의 범위 ···································	
3. 투자의 정의	
4. 투자의 적법성····································	
5. 계약상의 분쟁	
제 4 절 인적 관할	
1. 투자자의 정의	
2. 투자자의 국적	
3. 소수주주 및 간접주주의 투자자 적격	
4. 외국인 투자자의 통제 및 지배 요건	
5. 국가행위의 귀속문제	135
제 1 절 투자자 보호원칙 개관 ···································	
제 2 절 내국민대우	149
제 2 절 내국민대우 1. 개요	149
제 2 절 내국민대우	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례	
제 2 절 내국민대우	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한 3. 최혜국대우와 실체적 보호기준	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한 3. 최혜국대우와 실체적 보호기준	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한 3. 최혜국대우와 실체적 보호기준 4. 최혜국대우조항을 통한 절차규범 원용 제 4 절 최소기준대우 1. 개요	
제 2 절 내국민대우 1. 개요 2. 내국민대우 판단기준 3. 중재판정례 제 3 절 최혜국대우 1. 개요 2. 최혜국대우의 적용 제한 3. 최혜국대우와 실체적 보호기준 4. 최혜국대우조항을 통한 절차규범 원용 제 4 절 최소기준대우	

제 5 절 간접수용189)
1. 개요 189)
2. 간접수용 조항의 유형190)
3. 간접수용 판단의 기준192	2
4. 정당한 수용이 되기 위한 요건194	1
제 6 절 포괄적 보호조항207	7
1. 의의	
2. 해석범위 208	
3. 중재판정례211	
제 7 절 그 밖의 보호 의무 213	
1. 이행요건 부과금지213	
2. 자유로운 송금조항217	
3. 고위경영진의 국적요건 부과 금지218	3
레스카 카리 모레	
제4장 기타 문제 219)
제4장 기타 문제 ···································	
	1
제 1 절 중재절차221	1 1
제 1 절 중재절차	1 1 5
제 1 절 중재절차 221 1. 중재신청의 철회 및 각하 요청 221 2. 집단중재에 대한 관할 인정 226	1 1 5
제 1 절 중재절차 221 1. 중재신청의 철회 및 각하 요청 221 2. 집단중재에 대한 관할 인정 226 3. 병합심리 229	1 1 5 9
제 1 절 중재절차2211. 중재신청의 철회 및 각하 요청2212. 집단중재에 대한 관할 인정2263. 병합심리2294. 중재판정부 구성 및 중재인 기피234	1 1 6 9 4
제 1 절 중재절차2211. 중재신청의 철회 및 각하 요청2212. 집단중재에 대한 관할 인정2263. 병합심리2294. 중재판정부 구성 및 중재인 기피2345. 피신청국의 반대신청2396. ICSID 사무국의 절차보완 요청244	1 1 5 9 4 9
제 1 절 중재절차2211. 중재신청의 철회 및 각하 요청2212. 집단중재에 대한 관할 인정2263. 병합심리2294. 중재판정부 구성 및 중재인 기피2345. 피신청국의 반대신청2396. ICSID 사무국의 절차보완 요청244제 2 절 투명성 원칙 및 제3자의 중재절차 참여246	1 1 5 9 4 9 4
제 1 절 중재절차2211. 중재신청의 철회 및 각하 요청2212. 집단중재에 대한 관할 인정2263. 병합심리2294. 중재판정부 구성 및 중재인 기피2345. 피신청국의 반대신청2396. ICSID 사무국의 절차보완 요청244제 2 절 투명성 원칙 및 제3자의 중재절차 참여2461. 투명성 원칙에 관한 최근 국제동향246	1 1 5 9 4 9 4
제 1 절 중재절차2211. 중재신청의 철회 및 각하 요청2212. 집단중재에 대한 관할 인정2263. 병합심리2294. 중재판정부 구성 및 중재인 기피2345. 피신청국의 반대신청2396. ICSID 사무국의 절차보완 요청244제 2 절 투명성 원칙 및 제3자의 중재절차 참여246	1 1 5 9 4 9 4 5 7

गो १ स र गो हो से
제 3 절 중재판정258
1. 개요
2. 배상액 및 이자 판정261
3. 중재비용278
제 4 절 판정 이후의 절차287
1. 개요
2. 중재판정의 집행291
3. 중재판정의 취소 294
제 5 장 결론
1. 선결조건 및 중재관할 309
2. 투자 및 투자자312
3. 실체적 보호조항 314
4. 중재절차316
5. 중재판정318



제1장 서론

제 1 절 투자협정 개요

1. 투자협정의 체결 배경 및 의의

오늘날 국가간 자본과 노동의 장벽이 허물지고 국제교역이 활발해짐에 따라 외국인투자의 역할과 중요성이 점차 커지고 있다. 한편, 해외에 투자하는 기업들 은 낯선 외국의 법제도에 노출되므로 여러 가지 위험 요소에 부딪히게 된다. 때 문에 외국인의 투자활동에 안정적인 법적 환경을 조성하는 것은 외국인투자를 유 치하고 활성화 하는데 있어 무엇보다 중요한 요소라 할 수 있다. 이를 위하여 오 늘날 각국은 외국인투자에 대한 보호규범을 정립하고, 투자자에 대한 실효성 있 는 구제수단을 제공하기 위하여 상호간에 투자관련 협정을 체결하고 있다.

투자협정이란, 협정 당사국 내의 외국인투자를 보호·증대하고 규율하기 위한 목적으로 국가간에 체결되는 다자 또는 양자간 조약을 의미한다. 이러한 투자협정은 그 체결 주체에 따라 다자간 투자협정(Multilateral Investment Treaty: MAI), 역내 투자협정(Regional Investment Treaty), 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty: BIT) 등으로 구분할 수 있다. 그러나 세계무역기구(World Trade Organization: WTO) 협정에 의하여 규율되는 국제통상 분야와 달리, 국제투자 분야에 있어서는 아직까지 전 세계 국가의 합의에 의하여 성립된 다자간투자협정이 존재하지 않는다. 제2차 세계대전 이후 국제무역기구(International Trade Organization: ITO)의 설립이 추진될 당시 국제투자와 관련된 규정을 헌장에 포함시키려는 논의가 있었으나 ITO의 설립 자체가 무산됨으로써 결국 결실을 맺지 못하였고, 이후 1995년 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development: OECD)가 높은 수준의 투자 자유화를 내용으로하는 MAI 체결을 위한 협상을 개시하였으나 프랑스와 미국의 의견대립으로 성

사되지 못하였다.1)

다자간 투자협정 체결에 대한 논의가 별다른 진척을 보이지 못하자 유럽 국가 들, 특히 독일은 개별 국가와의 일대일 투자협정을 체결하는 방식을 택하였고, 그 일환으로 1959년 파키스탄과 최초의 BIT를 체결하였다. 이후 유럽의 다른 국가들 도 경쟁적으로 투자협정을 맺기 시작하였는데, 스위스는 1961년에, 프랑스는 1972 년에 튀니지와 최초의 BIT를 맺었다. 한편, 식민지 시대 이후 자본수출국인 선진 국에 대하여 반감을 갖고 있던 개발도상국들도 자국의 경제발전을 위해서는 자본 이 필요함을 느끼고 외국인직접투자(Foreign Direct Investment: FDI)를 유치하기 위하여 투자협정 체결에 적극 나서기 시작하였다. 그 결과 BIT의 숫자는 비약적 으로 증가하여, 1990년대 400개에 불과하던 BIT는 2012년 말 무려 5,790개에 이 르고 있다.2) 한편, 투자협정은 1990년대까지만 해도 주로 자본수출국과 개도국간 에 체결되는 것이 일반적이었으나 근래 들어서는 개도국간의 투자협정도 점차 증 가하고 있다. 또한 아시아 국가들이 투자협정 체결에 적극적으로 나서고 있는데, 중국의 경우 1982년부터 2006년 사이에 117개의 투자협정을, 인도는 1994년 처음 으로 협정을 체결한 이후 2006년까지 모두 56개의 협정을 체결하였다. 아울러 최 근에는 무역과 투자가 함께 규율되는 추세에 따라 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA)에 투자에 관한 별도의 장(chapter)을 두어 통상관련 협정의 일부 로 규율하는 경향을 보이고 있다. 대표적인 예로 한·미 FTA 제11장, 북미자유무 역협정(North American Free Trade Agreement: NAFTA) 제11장 등을 들 수 있다.

2. 투자규범의 주요 내용

전 세계 5,800여 개에 이르는 BIT는 그 적용범위, 구체적인 투자보호기준, 분쟁해결절차에 관한 내용이 조금씩 다르고 형식도 통일되어 있지 않다. 다만, 이를 크게 2가지 영역으로 분류할 수 있는데, 첫째는 외국인투자(자)에 대하여 부여해야 할 실체적 보호기준에 관한 것이고, 둘째는 투자자와 투자유치국간에 발생한 분쟁의 해결을 위한 절차규범에 관한 것이다.

¹⁾ Rudolf Dolzer et al., Principles of International Investment Law, Oxford(2008), p.19.

²⁾ UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary.pdf 참조.

가. 실체적 보호기준

1) 내국민대우(National Treatment)

내국민대우란 협정의 일방체약국이 상대국 투자(자)에 대하여, 자국민보다 불리하지 않은 대우(no less favorable treatment)를 부여할 의무를 뜻한다. 내국민대우에 관한 구체적인 문언은 협정마다 조금씩 다르나 외국인투자자에게 자국민보다 불리하지 않은 대우를 부여할 것을 규정한 점에서는 거의 유사하다. 이와 관련한 중재판정례에서 주로 논의된 내용은 내국민대우 위반을 주장하는 외국인투자자가 과연 투자유치국의 국내 기업과 동일한 상황(in like circumstances)에 있는지 즉, 적절한 비교대상인지 여부와 문제된 조치가 외국인투자자에게만 차별적으로 적용되었는가 하는 사실판단의 문제였다. 또한, 비록 차별이 존재하더라도 그것이 공공목적을 위한 정부의 정당한 규제권한에 기초한 것이어서 정당화 될 수있는가의 문제가 주로 쟁점이 되었다.

2) 최혜국대우(Most Favoured Nation Treatment)

최혜국대우란, 협정의 상대국 투자자에 대하여 제3국 투자자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여할 의무를 뜻한다. 최혜국대우는 내국민대우와 함께 비차별 원칙의 근간을 이루는 규범이다. 이와 관련하여 주로 논란이 되는 것은 최혜국대우 조항을 통하여 다른 협정상의 실체적 보호규범을 원용하는 것 외에 절차적 규범, 즉 분쟁해결절차까지도 원용할 수 있는가 하는 점이다. 예컨대, 해당 BIT에서 분쟁해결절차로 투자중재를 제기하기 전에 일정기간 국내법원을 경유하도록 요구하는 경우, 그러한 요건을 두지 않고 곧바로 중재를 제기할 수 있도록 허용한 다른 협정상의 절차규범을 원용할 수 있는지가 여러 사건에서 쟁점이되었다. 다만, 중재판정례마다 이에 대한 입장이 조금씩 달라서 통일된 기준이 정립되어 있지 않은 실정이다. 예를 들어, 분쟁해결절차에 관한 규범을 '투자와 관련한' 보호규범으로 보아 당연히 원용할 수 있다고 넓게 해석한 사례가 있는 반면(Siemens v. Argentina 사건 등), 최혜국대우 조항은 '실체적 보호규범'에 한하여적용될 뿐 분쟁해결절차에까지 확대하는 것은 협정이 명시적으로 규정한 경우에만 허용된다고 본 사례도 있다(Vladimir Berschader v. The Russian Federation 사건 등).

3) 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)

최소기준대우는 외국인에 대한 대우를 규율하는 국제관습법상의 개념으로, 국가가 외국인과 그 재산에 대하여 부여하여야 할 최소한의 원칙을 말한다. 즉, 내국민대우와 최혜국대우의 경우에는 내국민 또는 협정의 비당사국 국민에게 부여되는 대우가 외국인투자자에게도 동등하게 부여될 것이 기대되는 반면, 최소기준대우는 내국민 또는 협정의 비당사국 국민에게 부여하는 대우와 관계없이 외국인투자자에게 국제법상 최소한의 수준 이상으로 대우할 의무를 가리킨다.

투자협정에서 최소기준대우에 관한 문언은 대체로 포괄적이고 광범위하게 규정되어 있다. 예를 들어 한 · 미 FTA 제11.5조는 '최소기준대우'라는 표제 하에 일방체약국이 외국인투자에 대하여 국제관습법상의 최소 대우를 부여하도록 천명하는 동시에, 이것이 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하는 개념이라고 정의하고 있다.3) 이와 관련하여 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: FET)와 충분한 보호 및 안전(Full Protection and Security: FPS)이 구체적으로 무엇을 의미하는지가 투자중재 사건에서 종종 논란이 되었다. 먼저 FET는 대부분의 투자협정에서 독립적인 규범으로 규정되기보다는, 최소기준 대우의 일부분으로 규정되고 있다. 위에서 소개한 한 · 미 FTA 제11.5조 역시 이러한 규정 방식을 취하고 있다. 다만, 이 조항이 매우 포괄적이고 애매한 문구로 표현되어 있어, 그 의미를 해석하는데 중재판정부의 주관이 개입될 여지가 많다는 비판을 낳고 있다. 특히 NAFTA 관련 사건에서 이 조항의 해석을 둘러싼 논란이 계속되었다. 즉, 대부분의 사건에서 투자자들은 NAFTA 제1105조가 규율하는 최소기준대우란 투자자의 정당한 기대 보호, 자의적인 대우 금지, 차별금지,

³⁾ ARTICLE 11.5: MINIMUM STANDARD OF TREATMENT

^{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.

^{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 embodied in the principal legal systems of the world; and

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

투명하고 예측 가능한 투자 환경을 제공할 의무가 포함되는 광의의 개념이라고 주장하였는데, 각 사건의 중재판정부는 동 조항의 해석범위를 달리 판단하여 사건마다 상이한 결론을 내렸다. 이에 NAFTA 자유무역위원회(Free Trade Commission: FTC)는 지난 2001년 제1105조에 대한 해석지침을 마련하여 중재판정부가 이 조항을 해석하는 데 있어 객관적인 잣대로 활용하도록 하였으며, 한 미 FTA 제11.5조 제2항도 이를 따르고 있다. 그 주요 내용은 FET가 국제관습법 상의 최소기준대우에서 요구하는 것 이상의 대우를 요구하지 않음을 밝히는 한편, 이것이 민・형사 또는 행정소송에서 적법절차에 따른 사법정의를 거부하지 않을 의무임을 명시하여 그 해석 범위에 대하여 일정한 제한을 둔 것이다.

한편, FPS는 기본적으로 내전, 시민소요 또는 물리적 폭력 등으로부터 외국인투자를 보호할 의무를 가리킨다. 외국인투자자에 대한 이러한 야경의무는 오래전부터 국제관습법상 인정되어온 규범인데, 대부분의 투자협정은 이를 독립된 의무로 규정하지 않고 FET와 함께 규율하고 있다(한 · 미 FTA 제11.5조 제1항). 아울러 그 의미에 대해서는 일반적으로 "각 체약국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하는 것"이라 정의하고 있다.

4) 수용 및 보상(Expropriation and Compensation)

'수용 및 보상' 조항은 국가가 외국인의 재산을 박탈할 목적으로 부당하게 국가권한을 행사하는 것을 막고, 외국인의 투자를 보호하기 위한 것이다. 다만, 국가는 특정 조건 하에 수용을 집행할 수도 있는데, 대부분의 투자협정은 이 경우적법한 수용이 되기 위한 요건을 규정하고 있다. 그 요건이란 첫째, 문제된 정부조치가 공공목적을 위한 것이고 둘째, 비차별적으로 집행되어야 하며 셋째, 적법절차를 준수하고 넷째, 피해를 입은 투자자에게 정당한 보상을 할 것 등의 조건을 말한다.4)

Article 6: Expropriation and Compensation

⁴⁾ 미국 Model BIT(2012) 제6조는 이와 관련하여 다음의 규정을 두고 있다.

^{1.} Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:

⁽a) for a public purpose;

⁽b) in a non-discriminatory manner;

⁽c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and

⁽d) in accordance with due process of law.

한편, 오늘날에는 국가가 직접 투자자의 재산을 압류하거나 재산권을 박탈하는 직접수용보다 자산의 이용을 제한하거나 간섭하는 등의 간접수용(indirect expropriation)이 더 문제되고 있다. 다만, 아직까지 간접수용의 구체적인 의미와 정의에 대해 명확한 기준이 정립되어 있지 않아 중재판정부가 간접수용 여부를 판단하는 데 많은 혼란을 낳고 있다. 때문에 최근에는 투자협정을 통하여 간접수용이 배제되는 정부조치의 유형을 열거하거나 예외적인 상황을 구체적으로 규정하는 방식을 택하기도 한다. 예컨대, 공중보건, 환경, 국가안보, 노동권 보호 등의 공익을 위하여 체약국이 필요한 조치를 취하거나 그러한 목적의 공공정책을 집행하는 것은 간접수용이 아니라고 간주하는 것이다. 이와 관련하여 한ㆍ미 FTA 제 11장은 부속서 나. 제3조 (나)항을 통하여 "그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 극히 예외적인 상황을 제외하고, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다."고 규정하고 있다.

중재판정례에서 간접수용 여부를 판단하는데 주로 인용된 기준은 i) 문제된 정부의 규제조치가 투자자의 자산을 침해한 정도나 그러한 조치의 지속성, ii) 투자자의 정당한 기대를 어느 정도 침해하였는지, iii) 문제된 조치가 목적 달성에 적절한 것인지, 즉 목적과 수단의 비례성(proportionality)을 충족하였는지 여부 등이다. 과거 중재판정례에서는 투자유치국의 조치가 투자자의 자산에 미친 부정적효과, 즉 투자손실을 중심으로 판단하였으나, 최근의 판정례는 정부조치가 공공목적을 위한 국가의 정당한 규제권한에 기한 조치인지를 우선적으로 검토하여 투자자와 투자유치국간 이익을 균형 있게 고려하는 경향을 보이고 있다. 간접수용에 관한 또 다른 쟁점인 투자자에 대한 보상 문제는 제4장에서 기술하도록 한다.

5) 이행요건(Performance Requirement)

이행요건이란 투자유치국이 외국인투자를 허용하는 조건으로, 또는 투자에 부여하는 특정한 혜택을 대가로 투자의 설립과 운영에 대해 일정한 요건을 부과하는 것을 말한다. 예를 들어 외국인투자자가 생산한 제품의 일정 비율을 수출하도록 하거나, 생산에 들어가는 원료나 재료 가운데 일정 품목을 국내산으로 사용할 것 또는, 일정 수의 자국민을 고용하도록 하는 조건 등을 말한다. 투자중재에서 이행요건이 문제된 사건은 많지 않고, NAFTA 투자중재에서 2건 정도 발생하였

다. 미국 버지니아주의 고속도로 건설에 참여한 캐나다 회사인 ADF가 미국의 'Federal Buy America Act'에서 요구하는 자국산구매의무 조항을 문제 삼아 제기한 ADF Group Inc. v. U.S.A. 사건에서 신청인은 위 법으로 인해 과도한 제작비용이 들어갔다며 이행요건 위반을 주장하였으나, 중재판정부는 문제된 프로젝트가 NAFTA 상의 정부조달(government procurement)에 해당하여 이행요건 의무가 면제된다고 보고 청구를 기각한 바 있다.5)

6) 송금의 자유(Transfers)

외국인투자자가 투자유치국 안팎으로 자본을 유출입하는데 부과되는 요건과 규범은 투자자와 투자유치국 모두에게 중요한 관심사항이다. 먼저 투자자는 생산설비를 마련하거나 사업을 확장하기 위하여 투자유치국으로 자본을 유입할 필요가 있고, 과실(profits)을 포함한 자본을 본국이나 제3국으로 송금하는 것이 투자의 중요한 목적이다. 반면, 투자유치국은 자국 통화와 외환보유고를 관리하기를 원한다. 국내경제를 안정되게 유지하기 위하여 대규모의 통화이전은 당국에 의하여 감독되고 통제될 필요가 있는데, 단기간에 갑자기 자본이 유입되거나 자본 도피가 발생하는 경우 국내 경제의 불안정성을 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 외국자본을 허용함에 있어서 외국인투자자와 투자유치국의 이해관계는 서로 다르다. 그러므로 투자협정에서는 거의 예외 없이 이 문제를 다루고 있다. 다만, 협정의 규정방식이 매우 다양하여 일관된 유형은 존재하지 않으며 자본정책, 국내자본시장의 규모, 과거의 경험, 당사국들의 협상력에 따라 협정 문안이 달라지기도한다.

나. 절차적 보호기준

투자협정에서 외국인투자에 대한 상세한 보호규범을 두고 있음에도 불구하고, 일방체약국이 협정에 위배되는 부당한 조치나 행위를 하여 외국인투자자에게 피 해를 입힌 경우 그에 대한 권리구제가 문제된다. 일반적으로 외국인투자자는 투 자유치국의 국내법원, 또는 자국의 외교적 보호권에 의존하게 되는데 전자의 경 우 외국법원의 독립성 및 공정성에 대한 불신과 국가면제(sovereign immunity) 등 의 문제가 있고, 본국이 자국민의 권리 보호를 위하여 개입하는 외교적 보호는

⁵⁾ ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, January 9, 2003.

사전에 국내구제수단을 완료하여야 하는 절차적 부담과 정치적 고려에 의해 개입이 거절될 수 있다는 점 때문에 효율적인 방법이 되지 못하였다. 이러한 전통적인 분쟁해결방식의 한계를 극복하기 위한 대안으로, 당사자들이 합의한 절차규범에 따라 중립적인 중재인이 분쟁을 최종적으로 해결하는 국제중재의 효용성이 부각되었는데, 오늘날 대부분의 투자협정에서는 투자자와 투자유치국간의 분쟁을 국제중재로 해결하는 절차규범을 두고 있다.6)

예를 들어, 한 · 미 FTA 제11장은 제2절에서 '투자자 · 국가간 분쟁해결절차'라는 표제 하에 일방체약국 투자자가 상대방 체약국(투자유치국)을 상대로 국제중재를 제기하는 절차에 대하여 상세히 규정하고 있다. 구체적으로는 중재를 제기할 수 있는 당사자와 대상 분쟁의 유형(제11.16조 제1항), 상대방에게 중재의향서 및 중재요청서를 통지할 것과, 복수의 중재절차 가운데 하나를 선택할 것 등을 규정하고 있다(제11.16조 제3항).7) 아울러 중재인선정(제11.19조), 절차의 투명성(제11.21조), 준거법(제11.22조), 절차병합(제11.25조) 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

이러한 협정상의 분쟁해결절차 즉, 투자중재는 기본적으로 국제상사중재 (international commercial arbitration)에 적용되는 절차규범을 대부분 차용하면서도 몇 가지 점에서 구별된다. 첫째, 사인(私人) 간의 분쟁을 다루는 상사중재와 달리투자중재에서는 항상 분쟁의 일방당사자가 투자자이고 상대방은 국가가 된다. 둘째, 중재합의의 방식이 다르다. 투자중재에서도 당해 분쟁을 중재로 해결하겠다는 당사자간 합의(중재합의)는 반드시 전제되어야 하나, 중재합의가 당사자간에 직접체결되어 중재합의의 당사자와 분쟁의 당사자가 동일한 상사중재와 달리, 투자중재는 분쟁의 당사자가 아닌, 협정의 체약국간에 이루어진 중재합의에 근거한다. 즉, 체약국이 투자협정을 체결하면서 그 안에 중재에 대한 동의를 규정하는 방식으로 중재합의를 한다. 따라서 상사중재와는 달리, 중재합의의 당사자와 분쟁의 당사자가 일치하지 않는다.

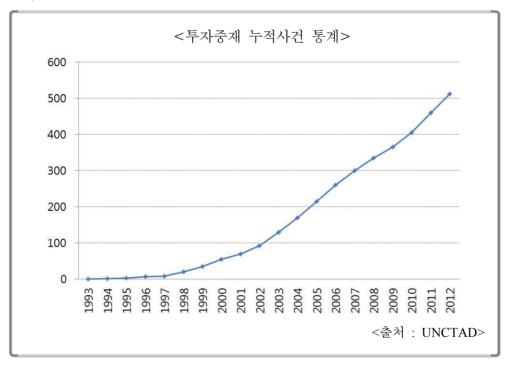
⁶⁾ 일반적으로 이러한 형태의 중재절차를 일방당사자가 투자자이고 상대방이 투자유치국이라는 점에 착안하여 '투자자·국가간 분쟁해결절차(ISDS)'라 부르기도 하고, 협정(조약)에 근거한 절 차라는 점에서 '투자협정중재' 또는 간단히 '투자중재'로 칭하기도 한다.

⁷⁾ 한미 FTA 제11.16조 제3항에서는, 분쟁이 발생하고 6개월이 지나도록 당사자간에 협의가 이루어 지지 않는 경우 i) ICSID 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States)에 의한 중재, ii) ICSID Facility Rules에 의한 중재, iii) UNCITRAL 중 재규칙에 의한 중재, iv) 분쟁당사자가 합의한 제3의 국제중재기관 가운데 하나를 선택하여 중재 를 제기할 수 있도록 하였다.

제2절 투자분쟁 최근 동향

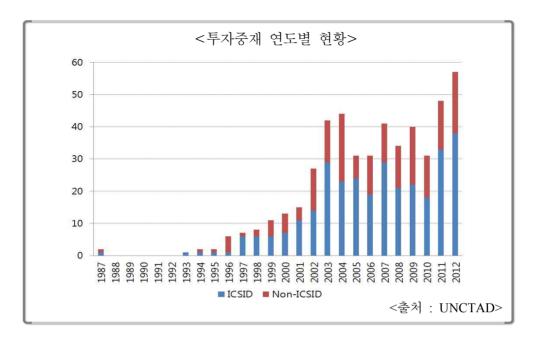
1. 각 국가별 투자분쟁 현황

본 연구에서 말하는 '투자분쟁'이란, 투자협정에 근거하여 제기되는 분쟁을 뜻한다. 다시 말해 외국인투자자와 투자유치국간에 발생하는 모든 형태의 분쟁, 예 컨대 계약위반에 기한 상사(商事) 분쟁까지 포함하는 광의의 개념은 아니며, 투자유치국의 일정한 행위나 조치가 투자협정에서 정한 보호규범에 위반됨을 근거로 제기되는 제한된 범위의 분쟁을 가리킨다. 일반적으로 이러한 투자분쟁은 앞서설명한 협정상의 분쟁해결절차인 투자중재에 의하여 해결되는데, 투자중재 사건은 1990년대 후반부터 꾸준히 증가하여 2012년 말 현재 공개된 사건만 514건에 이른다.8)

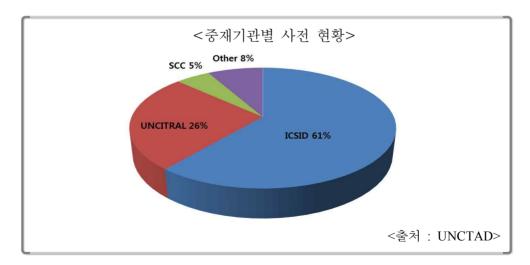


특히 지난 2012년에는 58건의 새로운 투자중재가 제기되어 한 해 동안 가장 많은 사건이 제기된 바 있다.

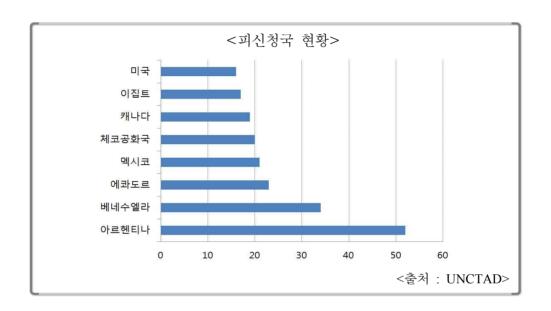
⁸⁾ UNCTAD, IIA ISSUES NOTE, No. 1, May 2013.



전체 사건 가운데 314건(61%)은 ICSID 협약 또는 ICSID 추가절차규칙 (Additional Facility Rules)에 따라 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)에, 135건(26%)은 국제상거래법위원회 중재규칙(UN Commission on International Trade Law: UNCITRAL Arbitration Rules)에 의한 임의중재에 회부되었고, 나머지 사건은 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC), 스톡홀름상업회의소(Stockholm Chamber of Commerce: SCC) 등 국제중재기관에 의하여 처리되었다.



한편, 지난 2012년 현재까지 총 95개 국가가 1건 이상의 투자중재를 경험하였다. 이 가운데 아르헨티나가 52건으로 가장 많고, 그 뒤로 베네수엘라(34건), 에콰도르(23건), 멕시코(21건) 순이다. 투자자의 국적을 기준으로 구분하면 미국이 123건(24%)으로 가장 많고, 네덜란드(50건), 영국(30건), 독일(27건) 순으로 나타났다. 투자중재의 근거로 가장 많이 인용된 협정은 NAFTA(49건), 에너지헌장조약[Energy Charter of Treaty: ECT](29건), 미국·아르헨티나 BIT(17건) 순이다.



2. 최근 투자분쟁의 특징과 동향

가. 개요

투자분쟁은 1990년대 말부터 꾸준히 증가해 오다가 2000년대부터 급증하기 시작하여, 현재는 전 세계 95개 국가가 적어도 1건 이상의 투자중재를 경험하였다. 투자분쟁의 유형은 갈수록 다양해지고 투자중재에서 다루어지는 절차적 · 실체적 쟁점 역시 과거에 비해 훨씬 정교하고 복잡해졌다. 특히, 최근 몇 년간의 투자분쟁을 살펴보면 이전과 구분되는 몇 가지 특징을 나타내고 있는데, 크게 다음의 5가지 내용으로 분류할 수 있다. 첫째, 투자의 적법성이 중재절차에서 문제되고 있다. 즉, 투자유치국의 법률에 위반되는 불법적인 투자는 협정의 보호가 배제되도

록 규정하는 경향이 있으며, 최근 이러한 투자의 적법성이 문제된 사건들이 종종 눈에 띈다. 둘째, 투자유치국의 입법을 문제 삼아 제기한 분쟁이 늘고 있으며, 그예로 다국적 담배회사인 Philip Morris가 호주와 우루과이를 상대로 제기한 중재사건이 있다. 셋째, 외국인투자자로부터 여러 차례 중재를 제기당한 국가들이 법률 개정을 통하여 중재에 대한 동의를 철회하거나 그 요건을 제한하려는 시도가늘고 있다. 넷째, 최근 투자중재에서는 단순히 경제적 피해에 대한 금전적 보상을구하는 데 그치지 않고, 법안의 철회와 같은 비금전적(non・pecuniary) 청구를 하는 사례가 늘고 있다. 이와 관련하여 비금전적 배상을 허용할 경우 공공목적에기한 국가의 입법권이 침해될 소지가 있다는 점이 지적되고 있다. 다섯째, 투자중재를 통하여 내려진 중재판정에 대한 취소 신청이 최근 들어 급증하고 있다. 아래에서는 이러한 최근의 논의를 차례대로 살펴본다.

나. 투자의 불법성에 근거한 관할항변

오늘날 대부분의 투자협정은 '투자유치국의 법률에 부합하는(in accordance with host state's law) 투자'라는 조항(이하, 국내법률 합치조항)을 통하여 외국인투자의 적법성 요건을 명시하고 있다.》 이러한 규정의 취지는 불법적인 투자에대한 협정의 보호를 배제하기 위함이다. 대다수 투자협정은 이를 투자의 '정의'조항에 두고 있고 있는데, 이 경우 투자의 적법성 요건은 중재판정부의 관할권에도 직접적인 관련을 갖는다. BIT 안에 국내법률 합치조항이 들어 있는 경우, 대부분의 중재판정부는 투자유치국의 법률에 위반되는 투자에 대해서는 BIT 상의보호가 배제되는 것으로 해석하였기 때문이다. 그러나 명시적 조항이 없더라도불법적인 투자에 대해서는 당해 협정의 보호를 부인하여야 한다고 본 사례들이었다. 예컨대 ECT에 근거하여 구성된 Plama 사건 중재판정부는 비록 ECT 안에국내법률 합치조항이 없더라도 이것이 국내법 또는 국제법에 위반되는 모든 투자를 포함한다는 뜻은 아니라 보고, 투자자가 당해 협정을 원용할 수 없다고 하였다. 10 Inceysa 사건에서 신청인은 엘살바도르에서 자동차 검사서비스의 양허계약

⁹⁾ 예컨대, 한·르완다 BIT(2013. 2. 16. 발효)는 제1조(정의)에서 적용대상 투자의 범위에 대하여 "Investment mean..... provided that the investment has been made <u>in accordance with the laws and regulations of the contracting Party....</u>"라고 하여 일방체약국(투자유치국)의 법률에 따른 투자일 것을 요구한다.

¹⁰⁾ Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008, para.138.

을 획득하였는데, 엘살바도르가 계약을 해지하자 ICSID에 중재를 제기하였다. 피신청국은 신청인이 공공입찰 과정에서 허위 정보를 통하여 피신청국을 기망하여 투자가 적법하게 이루어졌다고 볼 수 없으므로 중재판정부의 관할권이 부인되어야 한다고 주장하였다. 이 사건에 적용된 스페인 · 엘살바도르 BIT는 각 체약국이자국의 법률에 따라 이루어진 투자를 허용하며(제2조), 자국의 법률에 따른 투자를 보호한다고(제3조) 규정하고 있는 바, 피신청국은 ICSID의 관할권은 오직 적법한 투자에 대하여 미칠 뿐이므로 불법적인 투자에 기초한 신청인의 청구에 대해 중재판정부는 관할권이 없다고 주장하였다. 중재판정부는 신청인이 허위 정보를 제출하고 자격 요건에 대하여 거짓 진술을 한 점이 인정되므로 투자의 적법성을 결여하였다고 판단하였다. 아울러 협정을 통한 체약국의 사전 중재합의는 불법행위에 기한 투자에까지 효력이 미친다고 볼 수 없으므로 본 사건에 대한 중재판정부의 관할은 성립하지 않는다고 하였다.11)

다른 한편, 외국인투자자의 불법행위에 대처하기 위하여 취한 정부조치는 협정 위반을 구성하지 않는다고 본 사례들도 있다. Genin v. Estonia 사건에서12) 신청 인들은 에스토니아 혁신은행(EIB)의 대주주로 참여하였는데 피신청국의 중앙은행 (Bank of Estonia)이 EIB의 은행인가를 취소함으로써 미국·에스토니아 BIT를 위 반하였다고 주장하였다. 이에 피신청국은 EIB가 에스토니아의 은행법을 수차례 위반한 점을 들어 인가 취소의 정당성을 강조하였고 중재판정부는 피신청국의 손 을 들어 주었다. 한편 Thunderbird v. Mexico 사건에서는 멕시코 내에서 도박게임 시설을 운영한 신청인의 투자가 문제되었는데, 멕시코 정부는 자국 법률이 도박 게임을 금지하고 있으며, 위 시설이 불법임을 들어 폐쇄 조치의 정당함을 주장하 였다. 이에 신청인은 당초 멕시코 당국으로부터 위 시설이 법적으로 문제없다는 공식 회신을 받은 바 있으므로, 피신청국의 조치는 NAFTA 제1105조의 공정하고 공평한 대우에 위반된다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 당초 신청인들이 정 부당국의 의견을 구하기 위하여 제출한 자료상에 시설장비에 대한 중요한 정보를 누락하였다고 보았다. 따라서 투자자 적격이 없던 신청인은 사업에 대한 아무런 권리를 얻지 못하였으므로, 투자유치국의 정당한 규제조치에 대하여 제1105조 위 반의 책임을 물을 수 없다고 하였다.13)

¹¹⁾ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, August 16, 2007, paras.240-257.

¹²⁾ Genin and others v. Estonia, ICISD Case No. ARB/99/2.

다. 국가의 입법권에 대한 도전

과거 중재판정례에서 주로 문제된 것은 외국인투자에 대한 정부의 인허가 조치나 행정 행위가 대부분이었으나, 최근 들어 투자유치국의 입법 행위 즉, 외국인투자에 부정적 영향을 미치는 법률 제·개정을 문제 삼아 제기한 사례가 늘고 있다. 예컨대, 지난 2010년 2월, 다국적 담배회사인 Philip Morris International(이하, PMI)이 스위스·우루과이 BIT에 근거하여 우루과이를 상대로 ICSID에 중재를 신청한 바 있고, 2011년 11월에는 PMI의 아시아 지역 자회사인 Philip Morris Asia Limited가 홍콩·호주 BIT에 근거하여 호주를 상대로 투자중재를 제기하였다. 두사건에서 신청인들은 우루과이와 호주의 '담배단순포장(plain packaging) 법안'이자신들의 지적재산권을 침해하여 투자 손실을 입혔다며, 법안의 철회를 요구하였다. 이 사건들은 현재 본안에 대한 심리가 진행 중이며, 향후 신청인들의 청구에대하여 중재판정부가 어떠한 결정을 내릴지 주목된다.

라. 국내법률 개정 통한 ICSID 중재합의 제한

남미의 엘살바도르를 비롯하여, 외국인투자자로부터 여러 차례 투자중재를 제기당한 국가들을 중심으로 국제중재에 대한 동의를 철회 또는 제한하려는 입법 작업이 진행되고 있다. 그 동안 투자자들은 BIT 등 투자협정에서 정한 분쟁해결 절차뿐만 아니라 투자유치국의 관련 법률에 규정된 중재합의에 근거하여 중재를 제기하기도 하였다. 그러나 최근 외국인투자자의 중재제기 건수가 급증함에 따라 국내법률을 개정하여 이를 제한하려는 움직임이 늘고 있다. 이는 상대국과의 협의를 요하는 BIT와는 달리, 정부가 일방적으로 관련 법률을 개정하여 실현할 수 있다는 점에서 향후 다른 국가들에도 영향을 미칠 것으로 보인다.

먼저 엘살바도르는 최근에 기존의 투자법(1999)을 개정하여 투자분쟁 발생시 ICSID 중재에 회부한다는 사전합의 조항을 삭제하였다. 동 법은 2013년 7월 25일에 공포되어 8월 2일부터 시행에 들어갔다. 한편 조지아국(Georgia)도 지난 2009년 7월 기존의 투자법(1996)을 개정하여, 외국인투자자가 국제중재를 제기하려면 국가의 명시적인 사전합의를 얻도록 하였다. 이집트는 1989년에 기존의 투

¹³⁾ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, January 26, 2006, para.208.

자법(1974)을 개정하여 ICSID 중재에 대한 사전합의 조항을 삭제하였다. 과거 이집트는 1974년 투자법에 근거한 2건의 투자중재를 제기당한 적이 있는데, 이 가운데 SPP v. Egypt 사건 중재판정부는 동 법 제8조가 ICSID 중재에 대한 사전합의를 구성하지 않는다는 이집트의 관할항변을 기각한 바 있다. 그러나 앞으로 외국인투자자가 이집트를 상대로 ICSID 중재를 제기하기 위해서는 개정 법률에 따라 사전에 별도의 중재합의가 필요하게 되었다. 이외에 우즈베키스탄도 조만간외국인투자보호법을 개정하여 국제중재에 대한 규정을 정비할 것임을 밝혔다. 이는 최근 몇 년간 외국인투자자들이 우즈베키스탄 외국인투자법 제10조에 근거하여 ICSID 중재를 제기한 사건이 늘어난 데 따른 정부 차원의 대응책으로 보인다.우즈베키스탄 법무부 차관은 동 법 제10조가 투자분쟁을 해결하는 여러 절차를열거한 것에 불과하고 ICSID 중재에 대한 우즈베키스탄 정부의 사전적 합의를 규정한 것이 아닌데도 외국인투자자들이 이를 악용하고 있다면서, 향후 법률 개정을 통하여 중재신청에 앞서 '상호합의(mutual consent)' 요건을 명시할 것이라고밝혔다.

마. 비금전적(non·pecuniary) 손해배상청구

앞서 언급한 Philip Morris 사건에서 신청인들은 호주와 우루과이의 담배단순 포장 법안이 자신들의 지적재산권을 침해하여 투자 손실을 입혔다며 법안의 철회를 요구하였다. 이는 투자중재에서 일반적으로 이용되는 금전적 배상(pecuniary damages)이 아닌 투자유치국의 특정한 이행을 요구하는 청구라는 점에서 다른 사건들과 구분된다. 특히 이 사건에서는 중재판정부가 투자자에 대한 피해구제의 방식으로 피신청국에 금전적 손해배상이 아닌 이행명령이나 금지명령을 내릴 권한이 있는지가 논의되었다. 과거 ICSID 중재판정례 가운데 금지명령이 가능함을 언급한 사례들이 있다. 예컨대, Enron v. Argentina 중재판정부는 금지명령을 내릴 권한이 없다는 피신청국의 주장을 배척하고 이를 긍정한 바 있다. 한편 Goetz v. Burundi 중재판정부는 피신청국에게 신청인과 합의한 보상액을 지급하든가 아니면 문제된 정부조치를 철회할 것을 선택하도록 하였다. 이후 피신청국은 신청인에게 보상액의 일부를 지급하고 인허가를 갱신해 주었으나, 문제된 조치는 철회하지 않는 것으로 분쟁을 종결지었다.14)

¹⁴⁾ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, February 10, 1999.

피신청국에 금지명령을 내릴 수 있다는 점이 중재판정례를 통하여 확인되었음에도 실제 이를 인용한 사례는 많지 않다. 대체로 중재판정부는 문제된 조치를시정할지 여부를 투자유치국이 스스로 결정토록 하여 국가주권을 존중하는 태도를 보이고 있다. 예컨대, 앞서 Goetz v. Burundi 사건에서 중재판정부는 피해구제방식에 대한 최종 선택권을 피신청국에 부여하면서 이것이 주권과 관련된 문제임을 강조하였다. 한편, 중재판정부가 금지명령을 내린 사건에서 주로 문제된 정부조치는 세금환급 또는 인허가 갱신 등 행정적이거나 그 파급효과가 제한적인 것들이 대부분이었다. 그러나 담배포장규제가 쟁점이 된 Philip Morris 사건에서처럼 외국인투자자가 공중보건을 위해 도입된 국내입법을 문제 삼는 경우는 국가의고유권한인 입법권이 도전받을 수 있다는 점에서 다소 성격을 달리한다.

바. ICSID 중재판정의 취소신청 증가

ICSID 중재판정에 대해 불만을 가진 당사자가 이의를 제기할 수 있는 방법은 크게 3가지로 분류할 수 있다. 첫째, 중재판정문의 해석 또는 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 해당 부분의 해석을 요청할 수 있다(협약 제50조). 둘째, 중재판정당시에는 알지 못했으나 이후 판정에 결정적인 영향을 미칠 수 있는 사실을 발견한 경우 중재판정의 정정을 요청할 수 있다(협약 제51조). 셋째, 협약이 정한 중재판정의 취소사유가 있는 경우 당해 중재판정의 취소를 구할 수 있다(협약 제52조). 이 가운데 실질적인 불복방법 즉, 중재판정을 소급하여 무효화할 수 있는 방법은 제52조에 근거한 중재판정의 취소 신청이다. 협약 제52조는 중재판정의 취소사유로 i) 중재판정부의 구성의 하자, ii) 중재판정부의 명백한 권한 유월, iii) 중재인의 부정(corruption), iv) 중요한 절차규칙의 심각한 위반, v) 중재판정의 이유불기재를 규정하고 있다.15) 지난 2009년 9월부터 2010년 9월까지 1년 동안ICSID 취소위원회는 중재판정의 취소신청에 대하여 총 8건의 결정을 내렸는데, 이는 그전까지의 취소 결정이 모두 16건에 불과하였던 점에 비추어 볼 때 단기간

¹⁵⁾ 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.

으로는 상당히 높은 수치이다. 8건 가운데 Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabon 사건을16) 제외한 7건(Sempra v. Argentina,17) Enron v. Argentina,18) Vivendi v. Argentina,19) Rumeli Telekom v. Kazakhstan,20) Helnan International Hotels v. Egypt,21) Azuix v. Argentina,22) MCI v. Ecuador23)) 의 결정이 공개되었다. 이들 7건 가운데 5건은 피신청국이 신청한 사건이며, 그중 Sempra 사건과 Enron 사건의 취소위원회는 피신청국의 신청을 일부 인용하였다. 한편 나머지 2건은 투자자가 신청하였는데, 이 중 MCI 사건 취소위원회는 투자자의 신청을 기각하였고, Helnan 사건 취소위원회는 투자자의 신청을 일부 인용하였으나 중재판정부의 본안 판단은 취소하지 않았다.

이하에서는 그 동안 투자협정에 근거하여 제기된 분쟁사례 가운데 2007년 이후 내려진 최신 중재판정을 중심으로, 절차법적 쟁점과 실체법적 쟁점을 함께 다룬다. 먼저 제2장에서는 본안전 문제로서 선결조건과 함께 관할권 판단기준에 대하여 각각 시간적, 물적, 그리고 인적 관할로 나누어 살펴본다. 그리고 제3장에서는 투자협정에 규정되어 있는 투자 및 투자자 보호원칙 가운데 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 수용금지 등 가장 보편적으로 인용되는 투자보호 규범의 내용을 살펴보고 중재판정부가 개별 사건에서 해당 규범의 적용범위를 어떻게 해석하고 판단하였는지 검토한다. 제4장에서는 절차적 쟁점을 비롯하여 최근 투자

¹⁶⁾ Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabon, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Application for Annulment, May 11, 2010.

¹⁷⁾ Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, June 29, 2010.

¹⁸⁾ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, July 30, 2010.

¹⁹⁾ Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment, August 10, 2010.

²⁰⁾ Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision on the Application for Annulment, March 25, 2010.

²¹⁾ Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the ad hoc Committee, July 14, 2010.

²²⁾ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 1, 2009.

²³⁾ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Decision on Annulment, October 19, 2009.

중재에서 주요 쟁점으로 부각되고 있는 투명성 원칙 및 제3자의 중재참여, 그리고 중재판정과 판정 이후의 절차에 관하여 살펴본다. 이를 바탕으로 제5장은 분석된 중재판정사례에 기초하여 최근의 투자중재 동향을 개관하고, 향후 투자중재의 예방과 대응을 위하여 우리 기업과 정부가 준비해야 할 부분에 대한 정책적조언을 제시한다.

제2장

제 2 장 본안전 문제

제1절 선결조건

1. 협의 및 협상의무

가. 개요

대부분의 투자협정에서는 투자중재 제기 전 일정한 기간을 두고 외국인 투자자와 투자유치국 정부간 협의 및 협상을 통하여 분쟁을 협의 및 협상하도록 하는 조항을 두고 있다. 이는 투자분쟁의 당사자로 하여금 분쟁의 초기 단계에서 우선 협의와 협상을 통하여 분쟁을 우호적으로 해결할 것을 규정한 것이다. 그러나 이러한 협의 및 협상에 관한 조항이 강제적인 의무로 부과된 것인지에 대하여 종종 다툼이 발생하였다. 일반적으로 투자협정에서는 협의 및 협상에 의한 분쟁해결에 관한 내용을 규정하더라도, 투자중재 제기 전에 협의 및 협상을 통한 분쟁해결을 시도하지 않은 경우 이에 대한 제재규정이 없을 뿐만 아니라, 문언적 해석을 통하여 보더라도 강제적인 의무를 부과한 규정이라고 보기에는 다소 무리가 있을수 있다. 24) 또한, 일반적으로 투자협정에서는 협의와 협상에 관하여 특별한 형식이나 요건을 규정하고 있지 않다. 따라서 중재신청을 준비하는 투자자가 투자협정 상의 본 조항을 원용하여 협의 및 협상을 제안하는 공식서한을 투자유치국 정부에 송부하면, 이에 따라 관련 공무원들과 분쟁의 쟁점에 관하여 의견을 교환하고 원만한 합의해결을 논의하는 것이 일반적인 형태가 될 것이다.

²⁴⁾ 한미 FTA 제11.15조(협의 및 협상)에서 "투자분쟁이 발생하는 경우, 청구인 및 피청구국은 우선 협의 및 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 노력하여야 할 것이며, 이는 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함할 수 있다."라고 규정하고 있다. 다만, 동 조항에서는 '협의 및 협상'을 통하여 분쟁을 해결하도록 노력해야 한다고만 언급하고 있기에, 문언적으로 볼 때 '협의 및 협상'이 '강제적인 의무'에 해당된다고 보기는 어려울 것 같다.

나. 중재판정례

투자중재 제기 전에 투자협정 상의 '협의 및 협상' 절차를 거치지 않았음을 이유로 피신청국이 관할에 관한 항변을 제기한 사건은 아래와 같다.

- 1) '협의 및 협상' 부재를 중대한 하자로 보지 않은 사건
- Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic

본 건 분쟁은 신청인이 슬로바키아에 한 '투자(investment)'와 관련되었으며, 신청인은 슬로바키아가 스위스·체코슬로바키아 BIT(이하, 본 건 BIT) 상의 의무를 위반하였다고 주장하였다. 1990년 10월 5일 BIT가 체결될 당시 피신청국은 아직주권국이 아니었으나 1993년 1월 1일에 체코로부터 독립한 후 주권국이 되었고, 이날 이후 슬로바키아는 이전 연방공화국의 법적 승계자로서 본 건 BIT를 승계하였다. 신청인은 은행이 보유한 채권을 구입하기 위하여 슬로바키아 민간회사와계약을 체결하였으나, 슬로바키아 지방법원에 의하여 채권집행이 어렵게 되자, 자사의 '투자'를 보호하지 않았다는 이유로 슬로바키아를 상대로 투자중재를 제기한사건이다.

동 사건에서 피신청국은, 신청인이 본 건 BIT 제9조 제1항의 규정대로 사안을 중재에 회부하기 전에 '관련 당사자들간 협의'할 것을 요청하고 있는 의무를 다하지 않았으므로, 청구를 중재에 회부하기 위한 선결조건이 충족되지 않았다고 주장하였다. 또한, BIT 제9조 제2항은 '협의를 통하여 6개월 이내에 해결책이 나오지 않는 경우'투자자가 분쟁을 중재에 회부할 수 있음을 명확히 하고 있는데, 피신청국은 이러한 '협의'가 없는 경우에는 중재로 회부될 수 없음을 의미한다고 주장하였다. 즉, 피신청국은 이 분쟁과 관련하여 어떠한 협의도 이뤄진 것이 없었으며, 심지어 중재의향통지서도 수령하지 못했고, 결과적으로 청구를 중재로 회부하기 위한 선결조건이 충족되지 않았다고 주장하였다. 반면, 신청인은 본 건 BIT 중재를 개시하기 위한 선결조건이 유효하게 충족되었다고 주장하였다. 신청인은 슬로바키아 정부에게 본 건 BIT 제9조에 따라 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 협의를 개최해 줄 것을 반복적으로 요청하였으나, 슬로바키아 정부가 신청인의 요청을 수락하지도 않았고 협의를 위한 일자를 정하지도 않았다는 것이다. 이

는 신청인의 제안을 다루거나 수락할 의사가 전혀 없었음을 의미하며 오히려 중재 이전 단계에서의 적절한 구제를 방해하는 것이라고 주장하였다. 또한 본 건 BIT에서는 협의를 시작하기 위한 특정한 형식을 요구하지 않을 뿐더러, 일방당사자가 지속적으로 협의를 거절할 경우의 해결책을 제시하고 있지도 않으며, 일방당사자가 협의를 꺼린다고 해서 중재절차 개시를 막을 수는 없다고 하였다.

중재판정부는 신청인이 분쟁발생에 대하여 피신청국에 고지하고 중재 개시 전에 해결을 원한다는 제안을 함에 있어 일정 형식을 갖추지 않았음은 인정하였으나, 형식이 완벽하지 않았다고 해서 피신청국의 중재 관할권 동의를 무력하게 할정도의 결함이라 볼 수는 없다고 보았다. 요컨대, 신청인은 중재신청 전 '협의 및협상'에 관하여 규정한 BIT 제9조 제1항과 제2항의 요건을 충분히 준수하였다고보았다.

- 2) '협의 및 협상' 부재를 중대한 하자로 본 사건
- Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador

1986년 1월 27일, 에콰도르 국적의 Conoco가 이끄는 몇몇 회사들이 에콰도르 정부와 Ecuadorian Amazon 지역에서 탄화수소를 탐사·개발하는 용역계약을 체결하였다. 그리고, 다음 해인 1987년 7월 28일에 Conoco는 자산들의 계약 지분 10%를 미국 국적의 신청인(Murphy Exploration and Production Company International Murphy Ecuador Oil Company Limited)의 에콰도르 내 자회사인 Murphy Ecuador와 Canam에 매각하였다. 한편 2001년에 Repsol이라는 회사가 계약 지분의 35%를 획득하여 사업 컨소시엄의 주간사(consortium operator)가 되었다. 이후 2009년 2월 25일, 에콰도르 정부와 Repsol은 탄화수소를 탐사·개발하는 용역계약을 변경하는 구두합의를 하였는데, 합의를 이행하기 위해서는 자회사를 통하여 컨소시엄의 지분을 소유한 신청인의 동의가 필요하였다. 그러나 2009년 3월 12일 에콰도르 정부는 신청인의 동의를 확보하지 않은 상태에서 위 계약의 컨소시엄 주간사인 Repsol과 용역계약을 변경하는 계약을 체결하였고, 동 변경계약으로 인하여 신청인은 많은 투자손실을 입게 되었다. 이에 신청인은 미국·에콰도르 BIT에 의거하여 에콰도르를 상대로 2008년 3월 3일 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서 피신청국은 본 건 BIT 제4조 제3항에서 분쟁발생시 당사자들은 중재 신청 전 6개월 동안 협의 또는 협상을 통하여 분쟁을 우호적으로 해결하도록 규정하고 있는 바, 외국인투자자는 이 기간 동안 협상이 실패한 경우에 비로소 중재를 제기할 수 있음에도 신청인은 그러한 협상 노력을 하지 않았으며, 본건 중재의 신청인이 아닌 Repsol이 피신청국 측 공무원들과 진행한 협상은 신청인의 위 협상 의무와는 관련이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 i) 자신들은 컨소시엄 주간사인 Repsol을 통하여 피신청국과의 협상 회의에 여러 차례참여하였고, ii) 피신청국과의 추가 협상은 실익이 없었으며, iii) 일정 기간의 협상 및 협의를 규정한 본 건 BIT 제4조는 절차적 성격의 요건(procedural requirement)이므로 중재판정부의 관할에 영향을 미치지 않는다고 반박하였다.

이에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 첫 번째, 중재신청에 앞서 신청인이 피신청국 측과 사전 협상을 하였는지와 관련하여, 신청인은 Repsol과 피 신청국간에 진행된 협상이 본 건 제6조 제2항 상의 요건을 구비하였다고 주장하 였다. 이에 대하여 피신청국은 Repsol이 피신청국 측에 2007년 11월 12일자로 협 상을 위하여 보낸 서신은 Repsol과 컨소시엄의 클레임에 관한 것이었는데, 신청인 은 위 컨소시엄의 구성원이 아니었다. 또한 위 서신은 본 건 BIT가 아닌 스페 인·에콰도르 BIT에 근거한 청구를 명시하고 있었다. 따라서 위 서신을 통한 협 상 시도는 신청인의 본 건 BIT에 따른 협상과 아무런 관련이 없다고 주장하였다. 위와 같은 당사자들의 주장에 대하여 중재판정부는 먼저 Repsol이 컨소시엄 주간 사로서 스페인·에콰도르 BIT에 의거하여 정식으로 피신청국에 분쟁 사실 및 협 상 제의를 통지한 점은 인정하였으나, 피신청국의 주장처럼 이는 본 건 BIT가 아 닌 스페인·에콰도르 BIT에 근거한 협상 시도였으므로, 본 건 BIT 제6조 제2항 에서 요구하는 협상과는 무관하다고 판단하였다. 둘째, 신청인은 피신청국과의 협 상은 실효성이 없었으므로 설령 협상을 시도하지 않았다 하더라도 중재신청이 방 해받는 것은 아니라고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 협상의무는 결과에 대한 의무 즉, 합의를 도출해야 하는 의무가 아니고 수단(방법)에 관한 의무로 이해해 야 하며, 신청인은 피신청국과의 협상이 무익하다고 주장하나 비슷한 처지에 있 던 다른 외국회사들이 피신청국과의 협상을 통하여 소기의 결과를 얻은 점을 고 려할 때 주관적으로 그 결과를 예단하는 것은 설득력이 없다고 보았다. 중재판정 부는 협상 무용론에 근거한 신청인의 주장을 기각하였고, 결과적으로 사전협상의 무를 이행하지 않은 신청인의 청구를 각하하였다.

2. 적법한 의사통지(Notice of Intent)

가. 개요

일반적으로 투자협정에서는 외국인투자자가 중재를 제기하기 전 일정기간을 두고 중재제기 의사를 피신청국에 서면으로 통지하도록 규정하고 있다.25) 또한 투자협정에서는 신청인의 중재제기 의사통지에서 반드시 포함될 내용을 열거하고 있다. 예컨대, 신청인의 성명, 주소, 위반이라고 주장하는 협정문 및 관련 조문, 각 청구의 법적 및 사실적 근거, 추구하는 구제수단 등을 기재하도록 하고 있다.26) 일반적으로 투자협정에서는 이러한 중재제기의 의사통지 기재사항을 의무사항(shall)으로 명기하고 있으나, 이를 위한 특별한 서식을 규정하고 있지는 않다.27) 또한 의사통지에 이러한 내용이 기재되지 않았을 경우의 효과에 관하여도 명시적 규정을 두고 있지 않다.

나. 중재판정례

투자협정에서는 중재제기의 의사통지에 관한 제출기한과 포함되어야 하는 내용 등을 규정하고 있으나, 이러한 의사통지가 적법하게 이루어지지 않았을 경우의 효과에 대해서는 침묵하고 있다. 투자중재판정례에서는 당사자들 사이에 이러한 적법한 의사통지 부재로 인한 다툼이 종종 발생하였고, 이는 중재판정부에 대한 관할항변으로 이어지기도 하였다. 중재신청 전 적법한 통지가 있었는지 여부가 중재관할의 존부에 영향을 미치는지에 대하여 각각의 중재판정부는 조금씩 다른 판단을 하고 있다.

²⁵⁾ 한·미 FTA 제11.16조 제2항은 "이 절에 따른 중재에 청구를 제기하기 최소 90일 전에, 청구 인은 청구를 중재에 제기하겠다는 의사에 관한 서면통보(의사통보)를 피신청국에게 전달한 다"고 규정하고 있다.

²⁶⁾ 한·미 FTA 제11.16조 제2항 후단에서는 의사통보에 기재할 사항으로 "가) 청구인의 성명 및 주소, 그리고 기업을 대신하여 청구가 제기된 경우에는 그 기업의 명칭·주소 및 설립지, 나) 각 청구마다, 위반되었다고 주장되는 이 협정, 투자인가, 또는 투자계약의 규정과 그 밖의 관련 규정, 다) 각 청구의 법적 및 사실적 근거, 그리고, 라) 구하는 구제조치와 청구하는 손해의 대략적 금액"등을 규정하고 있다.

²⁷⁾ NAFTA에서는 NAFTA 자유무역위원회는 2003년 10월 7일자로 의사통보서 서식에 관한 권고안을 발표하였고, 실제 많은 NAFTA 사건이 동 서식에 의하여 중재의사통보가 이루어지고 있다.

1) 적법한 통지 부재를 이유로 한 항변을 기각한 사건

■ Vladimir Berschader v The Russian Federation

본 사건에서 벨기에 국적의 신청인 Vladimir Berschader와 Moise Berschader는 러시아 연방 최고재판소 건물을 리모델링하고 주변에 새로운 건물을 건축하는 공사계약을 체결한 후 계약에 따른 공사를 진행하였다. 그러나 러시아 정부는 기성고에 따른 공사대금을 지급하지 않아 계약을 위반하였고, 그럼에도 불구하고 일방적으로 계약을 해지하였으며, 또한 러시아 내에서의 신청인의 건설면허를 일방적으로 취소함으로써 분쟁이 발생하였다. 신청인들은 러시아 정부의 이러한 일련의 행위들로 인하여 자신들이 주주로 있는 벨기에 법인 Berschader International S.A.(이하, BI)가 파산절차를 밟게 되었다며 러시아 정부를 상대로 벨기에・러시아 BIT에 근거하여 SCC에 투자중재를 신청하였다.

본 사건에서 피신청국인 러시아 정부는 신청인들이 중재신청을 위한 사전절차를 충족하지 못했다고 주장하며 관할항변을 하였다. 즉, 벨기에 · 러시아 BIT 제10 조에서는 투자자가 중재신청을 제기하기 전에 분쟁의 상세한 내용을 기재한 중재 의향서를 투자유치국 정부에 통지하고, 통지 후 6개월 이내에 분쟁이 협상에 의하여 해결되지 않으면 비로소 중재신청을 할 수 있음을 규정하고 있으나, 신청인들이 중재신청 전 필수절차인 중재의향서를 적법하게 통지하지 않았다는 것이다. 러시아 정부의 주장에 따르면, 신청인들은 러시아의 BIT 위반에 대하여 러시아대통령 행정청, 대법원, 연방내각 등에 통지를 하였다고 주장하였으나, 피신청국은 중재의사 통지의 주체는 신청인들이 아닌 신청인들이 주주로 있는 벨기에 법인 BI이었고, BI는 신청인의 법적 대리인이 아니었으므로 BIT에서 규정한 적법한통지가 아니라는 것이다. 또한, BI가 통지를 한 대상인 러시아 대통령 행정청 등은 BIT 상의 러시아 정부가 아니라 별개의 독립된 행정부서이므로 잘못된 통지라는 것이다. 즉, 통지는 러시아 정부의 공식 대표기관인 외교부로 하였어야 했다는 주장이다.

이에 대하여 중재판정부는 적절한 통지가 있었는지의 여부는 통지의 형식을 준수하였는가가 아니고, 그러한 통지가 본래 추구하고자 했던 목적을 달성할 수 있는 것이었는가가 중요하다고 보았다. 즉, 분쟁에 대한 통지를 하는 주된 목적은 상대방이 분쟁에 대하여 인식하고 적절한 조치를 취할 수 있도록 하는 것이라고 하였다. 결과적으로 신청인이 아닌 BI가 통지하였다는 것과, BI가 신청인의 적법한 대리인이 아니라는 러시아의 항변은 설득력이 없으며, BI가 러시아 대통령 행정청, 대법원, 연방내각 등에 보낸 3개의 서한은 적법한 분쟁의 통지에 해당된다고 판단하였다. 또한, 이러한 판단의 근거로 통지서한에 분쟁의 구체적인 내용이상세히 기재되었고, 이 통지서한으로 인하여 러시아 정부가 2001년 12월 24일 BI와 공사대금 지급에 관한 새로운 합의를 할 수 있었다는 점을 제시하였다. 결론적으로 중재판정부는 적법한 통지가 없었다는 러시아 정부의 주장을 받아들이지않았다.

Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic

스위스 국적의 신청인은 슬로바키아 은행이 보유한 채권을 구입하기 위하여 슬로바키아 민간회사와 채권 매매계약을 체결하였으나, 이후 슬로바키아 지방법원에 의하여 해당 채권의 집행이 어렵게 되자, 슬로바키아가 외국인투자자인 자신의 '투자'를 보호하지 않았다는 이유로 슬로바키아를 상대로 스위스·체코슬로바키아 BIT에 근거하여 투자중재를 제기하였다.

이 사건에서도 피신청국은 분쟁의 제기에 대한 신청인의 적법한 통지가 없음을 들어 관할항변을 제기하였다. 슬로바키아 정부는 BIT상의 6개월 냉각기간을 거치지 않았음을 이유로 선결조건이 흠결되었다고 관할항변을 주장하면서, 6개월 냉각기간 산정의 기산점이 되는 중재의사통지를 포함한 어떠한 통지도 신청인으로부터 받지 못했다고 하였다. 즉, 피신청국은 '중재의사통지'를 수령하지 못하였고, 분쟁과 관련하여 신청인과 어떠한 협의도 이뤄진 것이 없으므로, 결과적으로 청구를 중재로 회부하기 위한 선결조건이 충족되지 않았다고 주장하였다.

중재판정부는 6개월의 냉각기간 도과에 관한 내용과 적법한 통지 흠결에 관한 사안을 함께 검토하였고, 신청인이 분쟁발생에 대하여 슬로바키아에 처음으로 고 지하고 중재개시 전 해결을 원한다는 제안을 했을 때 완벽한 형태로 고지하지 않 은 점은 인정하였다. 그러나 형식이 완벽하지 않았다고 해서 슬로바키아의 중재 관할권 동의를 무력하게 할 정도 의결함이 있었다고 볼 수는 없다면서 피신청국 의 항변을 기각하였다.

- 2) 적법한 통지 부재를 이유로 한 항변을 인용한 사건
- Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador

미국 국적의 회사인 Murphy Exploration and Production Company International 은 미국·에콰도르 BIT에 의거하여 에콰도르를 상대로 2008년 3월 3일 ICSID에 중재를 신청하였고, 피신청국은 분쟁의 발생에 대하여 신청인으로부터 적법한 통지를 받지 못하였다면서 본안전 항변을 제기하였다.²⁸)

중재판정부는 투자분쟁을 ICSID 중재에 회부하기 위해서는 BIT 위반에 근거 한 청구가 먼저 존재해야 하고, BIT 제6조 제1항의 분쟁은 협정위반이 주장되는 시점에 비로소 발생된 것으로 보아야 하며, BIT에 규정된 6개월의 냉각기간 역시 협정위반 주장이 제기된 시점부터 기산된다고 하였다. 따라서 중재의사통지는 투 자중재를 제기하는 필수적 선결조건이라고 보았다. 즉, BIT 제6조 제1항에서 투 자협정 위반을 통지하는데 있어 특별한 형식을 요구하고 있지는 않으나, 적어도 사전에 투자협정 위반의 주장이 없는 상태에서 동 조의 중재절차에 회부될 분쟁 이 발생하였다고 보기는 힘들다는 것이다. 이 점은 과거 Burlington 사건의 중재 판정부가 관할권에 관한 결정에서 적시한 내용이기도 하다.29) 본 사건에서 피신 청국은 중재신청에 앞서 협정위반 사실을 인지할 필요가 있었음에도 중재신청이 이루어진 2008년 2월 28일까지 BIT 위반에 근거한 분쟁 사실을 전혀 알지 못하 였다. 중재판정부는 본 건 BIT에서 6개월의 냉각기간을 둔 취지는 분쟁당사자들 이 중재신청에 앞서 협상 또는 협의를 통하여 우호적으로 분쟁을 해결하도록 하 기 위함인데, 이를 위해서는 양당사자가 그러한 분쟁의 존재를 알고 있어야 한다 고 하였다. 즉, 분쟁이 발생하였다는 사실을 모르는 상태에서는 협상 자체를 시도 할 수 없기 때문에 중재의사통지는 중재신청을 위한 중요한 선결조건으로 보았다. 결론적으로 중재판정부는 중재신청 전의 이러한 선결조건을 충족시키지 못한 신 청인의 청구에 대하여 관할권이 없음을 이유로 각하하였다.

²⁸⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 1. '협의 및 협상의무'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

²⁹⁾ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction of June 2, 2010. ".... as long as no allegation of Treaty breach is made, no dispute will have arisen giving access to arbitration under Article VI."

3. 준거법 및 중재에의 동의

가. 준거법

1) 개요

일반적으로 투자협정에서는 분쟁해결 시 그 판단의 근거가 되는 준거법에 관하여 규정하고 있다. 한・미 FTA는 제11.22조 제1항에서 당사국의 협정의무 위반을 이유로 중재가 제기된 경우의 준거법에 관하여, 협정 및 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁을 해결하도록 규정하고 있다.30) 따라서 한・미 FTA 상의 투자보호 위반을 이유로 국제중재가 제기된 경우, 당사자들과 중재판정부는 1차적으로 한・미 FTA 협정문을 고려하여 사안을 검토해야 한다. 또한, 해당 협정문 외에도 '적용 가능한 국제법 규칙'을 역시 준거법으로 정하고 있는데, 이는 각종 국제조약, 국제관습법 등 사안에 적용 가능한 국제법을 의미한다고 할 수 있다. 투자중재에서의 준거법 결정과 관련해서는 다음의 중재판정례를 참고할 수 있을 것이다.

AWG Group v. The Argentine Republic

2003년 4월 17일 ICSID는 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.(이하, AGBAR), Vivendi Universal S.A.(이하, Vivendi), AWG Group Ltd(이하, AWG), 그리고 Auguas Argentinas S.A.(이하, AASA)로부터 아르헨티나를 상대로 한 중재신청서를 수령하였다. Suez와 Vivendi는 프랑스에서, AGBAR은 스페인에서, AWG는 영국에서 설립되었으며, 이들은 아르헨티나에서 설립된 AASA의주주들이었다. 중재신청서에서 신청인들(AASA, Suez, AGBAR, Vivendi, AWG)은부에노스아이레스와 주변도시에서 상수도 공급 및 하수처리 서비스를 제공하기로한 자신들의 투자가 아르헨티나의 작위 및 부작위(아르헨티나가 이전에 합의한요금계산법 조정, 조정된 메커니즘을 적용하지 않거나 적용을 거부한 것을 포함)로 인하여 큰 손실을 입었다고 주장하였다. 이 사건에서 신청인들은 피신청국이

³⁰⁾ 한·미 FTA 제11.22조 제1항에서는 "제3항을 조건으로, 청구가 제11.16조 제1항가호1목가) 또는 제11.16조 제1항나호1목가)에 따라 제기되는 때에는, 중재판정부는 이 협정과 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁 중인 쟁점을 결정한다."고 규정하고 있다.

자신들의 본국과 체결한 개별 BIT에 근거하여 투자중재를 제기하였다. 즉, 신청인들 가운데 프랑스에서 설립된 Suez와 Vivendi는 프랑스·아르헨티나 BIT, 스페인에서 설립된 AGBAR은 스페인·아르헨티나 BIT, 영국에서 설립된 AWG는 영국·아르헨티나 BIT에 따른 권리를 주장하였다. 상기 3개의 BIT들은 중재판정부가 BIT에 따라 발생한 분쟁을 결정하는데 적용할 준거법 조항을 두고 있는데, 서로 유사한 면이 많았다. 구체적으로 각각의 BIT에서는 준거법에 관하여 다음과같이 규정하고 있다.

- i) 프랑스·아르헨티나 BIT 제8조 제4항: "이 협정의 규정, 분쟁의 당사자 인 체약당사국의 법률, 투자와 관련하여 체결된 계약의 조건 및 국제법 의 관련원칙을 근거로 판단해야 한다."31)
- ii) 스페인·아르헨티나 BIT 제10조 제5항: "중재판정부는 이 협정을 기반으로 결정을 내려야 하며 적절한 경우, 체약국간에 발효 중인 다른 조약, 투자가 이뤄진 당사국의 국내법 및 국제법의 일반원칙을 기반으로 결정을 내려야 한다."32)
- iii) 영국·아르헨티나 BIT 제8조 제4항: "중재판정부는 이 협정의 규정, 분쟁과 관련된 체약당사국의 법, 그러한 투자와 관련하여 체결된 구체적인 계약의 조건 및 국제법의 적용 가능한 원칙에 따라 분쟁을 결정해야한다. 중재결정은 최종적이고 양 당사자에게 구속력을 가진다."33).

상기 조항들은 일차적으로는 관련 BIT가 투자자들의 청구를 규율한다는 점을 명확히 하고 있으며, 또한 국제법뿐만 아니라 아르헨티나 국내법이 적용될 수도

^{31) &}quot;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."

^{32) &}quot;The arbitral tribunal shall make its decision on the basis of this Agreement and, where appropriate, on the basis of other treaties in force between the Parties, the domestic law of the Party in whose territory the investment was made, including its norms of private international law, and the general principles of international law."

^{33) &}quot;The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement, the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of laws, the terms of any specific Agreement concluded in relation to such an investment and the applicable principles of international law. The arbitration decision shall be final and binding on both Parties".

있음을 규정하고 있다. 나아가 프랑스·아르헨티나 BIT, 스페인·아르헨티나 BIT에서는 투자와 관련하여 체결된 구체적인 합의나 계약의 적용을 허용하고 있고, 여기에는 분명 양허계약이 포함된다. 그러나 양허계약 위반에 대한 청구는 계약상 분쟁으로 BIT에서 발생한 청구로 관할권이 제한되는 투자중재 판정부의 관할권 내에 속하지 않는다. 본 사건에 관한 판단을 내리는데 있어, 중재판정부는 일차적으로 국제법의 관련 규칙뿐만 아니라 BIT를 적용할 것이고, 또한 BIT에 따라발생한 청구를 평가하기 위하여 국내법이나 양허계약의 조항들도 참고할 것이라고 하였다.

본 사건에서 문제가 된 것은 아르헨티나가 법, 규정 및 행정조치를 통하여 BIT에 따른 약속을 위반했는지 여부였다. 중재판정부는 경제위기를 해결하기 위하여 아르헨티나가 취한 여러 긴급조치가 본 건 BIT 상의 투자보호의무에 위반되는지를 판단하기 위해서는 아르헨티나의 국내법을 검토해야 한다고 보았다. 다만, 그러한 국내법 규정이 협정상의 의무보다 우선할 수는 없다고 보았다. 따라서 중재판정부는 「조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT)」제27조를 원용하며, 조약상의 의무불이행에 대한 정당화 사유로국내법의 규정을 원용할 수 없으므로, 아르헨티나는 국내법, 규정 및 행정조치들을 원용하여 신청인들에 대한 투자협정상의 의무를 회피할 수 없다고 판정하였다.

2) 준거법 결정

가) 당사자간 명시적 합의에 의한 선택

투자자의 경우 법적 확실성을 기하기 위해서 자신이 가장 익숙하거나 계약관계와 가장 밀접한 관련성을 갖는 법을 준거법으로 선택하는 경향이 있으며, 투자유치국은 주권국가로서의 국제적인 위신을 감안해서 자국법을 준거법으로 선택하려고 한다. 당사자들간 준거법 결정에 관한 이견이 있기에 당사자들은 합의를 통하여 준거법을 정하는 경우가 있다. 즉, 당사자들은 직접적인 합의를 통하여서 국내법, 국제법, 국내법과 국제법의 혼합, 특정 일자에 유효하거나 또는 일부 변경을 가한 법률 등을 준거법으로 지정할 수 있다. 당사자간 합의에 의한 준거법 결정과 관련된 중재판정례는 다음과 같다.

Azpetrol International Holdings B.V. v. Azerbaijan³⁴⁾

본 중재사건의 신청인들은 네덜란드 국적의 Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V., Azpetrol Oil Services Group B.V. 등 총 3개 회사로, 2006년 7월 13일에 아제르바이잔 정부의 ECT 위반을 이유로 ICSID에 중재신청을 하였다. 신청인들은 피신청국이 신청인들의 투자를 수용하였다고 주장하면서, 이는 ECT 제13조를 비롯하여 제10조, 제14조, 그리고 제22조 위반이라고 주장하였다.

동 사건에서 분쟁에 적용할 준거법에 관하여 당사자간 다툼이 발생하자, 중재 판정부는 계약이 실존하였는지 여부를 밝혀내는데 있어, 분쟁의 양당사자가 영국 법을 적용하기로 이미 합의하였기 때문에 ICSID 협약 제42조 제1항에 의하여 영국 법을 적용한다고 하였다. 또한, 준거법으로서 영국 법은 다음의 특징들이 있다고 하였는데, i) 영국 법에서는 소송절차 또는 중재절차에서 합의해결을 위한 계약체결에 별도의 요건을 두고 있지 않음 ii) 영국 법에서는 합의 계약에 있어 특정 형식을 요하지 않음 iii) 양 당사자들은 필요에 따라 비공식적인 형태로 계약을 체결할 수 있음. 즉, 필요시 계약 당사자들은 구두로 또는 기타 비공식적 방법으로 계약을 선체결하고 공식적 서류를 추후에 구비할 수 있음 iv) 영국 법에서계약의 체결을 위해서는 약인(consideration)과 합의(consensus ad idem)가 있어야함 v) 양 당사자들이 계약을 체결하였는지 여부를 판단하기 위하여 영국 법에서는 객관적 검사(objective test)를 거쳐야 함 등이었다.

중재판정부는 준거법에 관한 결정을 내리는 과정에서, 분쟁 당사자들이 이미 이메일 교환을 통하여 원만한 합의해결을 하였다고 보고, 본 사건에 대한 관할권 이 없다고 판정하였다.

나) 투자유치국 국내법

ICSID 협약 제42조 제1항 후단은 당사자들이 명시적 또는 묵시적으로 준거법 지정에 합의하지 않은 경우, 또는 합의하였더라도 그 내용이 명확하지 않은 경우

³⁴⁾ Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15.

에는 투자유치국 법령이 준거법으로서 적용되도록 규정하고 있는데, ICSID의 이러한 규정방식은 당사자들이 준거법에 합의하지 않는 경우 중재판정부가 적당한 준거법을 결정할 수 있도록 규정한 다른 중재규칙과 차이가 있다.35) 투자유치국 법령은 외국인투자법 등 투자와 가장 밀접한 관련성을 갖는 법령이 될 가능성이 높으며, 따라서 일반 국제사법원칙을 적용해도 투자유치국 법령이 준거법으로 정해지는 경우가 많다. 또한, 협약 제42조 제1항에서 말하는 법령에는 투자유치국의 국제사법 원칙도 포함되므로 투자유치국의 국제사법에 의해서 제3국의 법령이 준거법으로 지정될 수도 있다.

다) 국제법

투자중재에서 가장 흔히 발견되는 준거법의 지정방식은 NAFTA 및 ECT에서처럼 국제법만 준거법으로 지정하지 않고, 투자유치국의 법령과 국제법을 함께 규정하는 것이다. 이는 ICSID 협약 제42조 제1항 후단이36) 규정하는 방식으로서, 여러 BIT에서 투자유치국의 법령과 함께 국제법을 같이 적용하도록 규정하고 있다. 국제법의 구체적인 내용에 관하여서는 ICJ 규정 제38조 제1항을 참조할 수 있으며, 동 조항은 국제법의 예로서 조약,37) 국제관습법,38) 법의 일반원칙, 국제중재판정 등을 예시하고 있다. 준거법으로 국제법 원칙의 적용을 결정한 중재판정례로는 다음의 사건들이 있다.

³⁵⁾ 이러한 중재규칙으로는 ICC 중재규칙 제17조 제1항, 2010 UNCITRAL 중재규칙 제35조 제1항, AAA 중재규칙 제28조 제1항, ICSID 추가절차규칙 제54조 등이 있다.

³⁶⁾ ICSID 협약 제42조 제1항에서는 "판정부는 당사자가 합의하는 법규칙에 따라 분쟁을 해결 하여야 한다. 이러한 합의가 없는 경우, 분쟁당사국의 법(저촉법에 관한 당해 국가의 법규 칙을 포함한다) 및 적용할 수 있는 국제법 원칙을 적용하여야 한다"고 규정함으로써 준거 법 결정에 관한 근거를 명시하고 있다.

³⁷⁾ AAPL v. Sri Lanka 사건에서 중재판정부는 스리랑카와 영국이 1980년에 체결한 양자투자협정을 적용하고 있으며, AMT v. Zaire 사건에서는 미국과 구 자이르가 1984년에 체결한 양자투자협정을 적용하고 있다.

³⁸⁾ 국제관습법에 관하여서는, "국유화의 경우 배상금을 지불해야 한다는 원칙은 일반 국제관습법으로 인정되었다(B.&B. v. Congo)", "투자허가와 관련한 기득권을 존중해야 한다(Amco v. Indonesia)", "행정기관이 행정절차를 현저히 위반하는 것은 사법거부(denial of justice)에 해당한다(Amco v. Indonesia)", "소요와 관련해서 국제법에 따라 외국인 투자자를 보호하지 못해서 투자자에게 손해가 발생한 경우, 소요 진압작전으로 인하여서 손해가 발생했든 아니면소요에 참여한 자들의 행위에 의해서 손해가 발생했든 국가가 해당 손해에 대해서 책임을 져야 한다(AAPL v. Sri Lanka)" 등이 있다.

AGIP v. Congo³⁹)

본 사건에서 당사자들은 콩고법과 함께 보충적으로 국제법 원칙을 적용하기로 합의하였다. 중재판정부는 콩고가 국유화조치를 단행함으로써 콩고 국내법에 따른 유효한 계약의 법적효력을 유지하지 못한 점, 비상 주주총회 소집 혹은 회사의 해산절차와 같은 법적 절차를 준수하지 않은 점, 계약 당사자의 의사에 반하여 일방적으로 해당 회사의 법적 지위를 변경한 점을 고려한 후, 콩고의 국유화 조치가 합법인지의 여부를 판단하기 위하여 국제법이 '보충적으로 적용'된 다는 의미에 대해서는 콩고법의 흡결을 메우기 위해서 뿐만 아니라, 콩고법이 이미 규정을 두고 있더라도 이에 추가적인 내용을 적용하기 위하여 국제법을 적용하는 것도 포함하는 의미라고 하였다.

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

이 사건의 신청인들은 영국법에 따라 설립된 AES Summit과 이 회사가 99%의 지분을 보유한 피신청국 헝가리 국적 AES Tisza이다. 1995년, 헝가리 정부는 국영 발전소를 포함한 에너지 분야의 민영화계획을 발표하였고, 이후 1996년 7월, 신청인(AES Summit)은 2개의 헝가리 국영 회사(APV와 MVM)와 구매판매협정 (Purchase and Sales Agreement, 이하 PSA)을 체결하였고, 이 협정에 따라 AES Summit은 또 다른 신청인 AES Tisza의 주식 과반수를 매입하였다. 당시 AES Tisza는 Tisza Ⅱ로 알려진 발전소와 다른 2개(Borsod, Tiszapalkonya)의 석탄화력 발전소를 보유하고 있었다. 헝가리 정부는 본 PSA에 따라 당초 1995년에 Tisza Ⅱ와 체결한 전력구매협정(이하, 원 전력구매협정)의 기한을 연장해 주어야 했고, 또한 다른 화력발전소(Borsod)와는 새로운 장기 전력구매협정을 체결해야 했다.40)한편, 신청인 AES Summit은 헝가리 정부와의 전력구매협정 갱신에 따라 Tisza Ⅱ 발전소 내의 4개 설비를 개조하고, Borsod 화력발전소 부지에는 새로운 발전소를 건설하기로 하였다.

³⁹⁾ AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1.

⁴⁰⁾ 본 사건에서 AES Tisza의 소유의 Tisza Ⅱ, Borsod, Tiszapalkonya 발전소 중 Tiszapalkonya 발전소에 관한 언급은 별도로 없었다.

그러나 헝가리 정부는 1995년 PSA에 따른 전력구매협정 연장을 이행하지 않 았고, 이후 2000년 10월 신청인들의 모회사인 AES Corporation과 신청인 AES Summit은 피신청국 정부와 국영회사인 APV 및 MVM이 Tisza Ⅱ와의 전력구매 협정 연장 및 Borsod 화력발전소와의 장기 전력구매협정 체결을 해 주지 않았다 는 이유로 중재(2000 PSA Claim)를 제기하였다. 한 달 후인 2000년 11월, AES Summit은 ECT와 영국·헝가리 BIT 위반에 근거하여 헝가리를 상대로 또 다른 중재(2000 Treaty Claim)를 제기하였다. 이후 2개의 중재사건은 2001년 12월 양측 의 합의(이하, 화해합의서)로 원만히 해결되었다. 양측은 이 화해합의서로 종전의 모든 합의나 협상, 논의를 대체하기로 동의하였는데, 특히 중요한 것은 다음의 3 가지 조건이었다. 첫째, 화해합의서에 따라 원 전력구매협정(1995년)을 수정한다. 둘째, AES Summit과 AES Corporation은 PSA에 따른 개발 프로젝트 상의 모든 의무에서 면제된다. 셋째, 헝가리 정부는 본 화해합의서와 관련하여 주권면제 (sovereign immunity)를 포기한다. 2001년 12월 19일, 화해합의서 제4.1조에 따라 MVM과 AES Tisza 간의 합의로 원 전력구매협정이 수정되었다(이하 '2001년 수 정합의'). 동 수정합의에 따라 원 전력구매협정의 만기는 2016년 12월까지 연장되 었고, AES Tisza가 위 4개 설비의 개조 공사를 맡기로 하였다. 또한, 화해합의서 제3.7조에서는 '법의 개정(Change in Law)'에 관한 조항을 두었는데 동 조항에 의 하면, 전력산업 관련법이 개정되는 경우 동 법의 적용은 헝가리가 EU에 가입 후 또는 2007년 1월 1일 이후에 적용한다고 규정하고 있었다. 한편, 헝가리 정부는 2001년 가격고시제(administrative pricing)를 폐지하였다.

이후, 2004년 피신청국은 EU에 가입하였고, 전력에 대한 가격고시제는 2001년 전력법의 규정에 따라 2004년 1월 1일자로 폐지되었으며, 당분간은 동 법에서 정한 새로운 가격 산정방식이 적용되었다. 이후 2004년 12월까지 AES Tisza는 Tisza Ⅱ 발전소 내의 4개 설비 가운데 3개의 설비에 대한 공사를 완료하였다.

이러한 상황 속에서 2005년 피신청국 의회에서는 일부 전력업자가 고율의 수익을 챙기고 있다는 비판이 제기되었고, 이에 2005년 11월 헝가리 산업부는 AES Tisza에게 서한을 보내어 이 회사의 수익이 터무니없이 높으므로 영업이익률을 7.1%로 제한할 것을 요구하였다. 이후 같은 해 11월 28일, 산업부 고위관료와 MVM, 신청인들이 첫 회합을 가진 후 4차례 회동을 하였으나 별다른 합의점을 도출하지는 못하였다. 이에 2006년 3월 피신청국 의회는 전력법을 개정하여(2006

년 전력법) 가격고시제를 다시 도입하였다. 또한 정부는 동 법의 시행령을 2006 년과 2007년에 걸쳐 2차례 공포하였으며, 시행령에서는 각 전력업자에게 고정가격을 부과하였다. 신청인들은 이 시행령으로 인하여 40%에 이르는 가격 인하를 감수해야 했다고 주장하면서, 가격고시제는 헝가리의 국내 정치적 고려에 의하여도입된 제도라고 주장하였다. 이에 신청인들은 2007년 7월 ICSID에 투자중재를 제기하였다.

본 사건에서 피신청국은 중재절차 전반에 적용되는 준거법과 관련하여 EU 법의 원용을 주장하면서 ECT는 시장자유화와 공정경쟁이라는 EU의 중요한 에너지정책 취지에 부합되게 해석되어야 하며, EU 법과 분리된 별개의 규범으로 해석해서는 안 된다고 주장하였다. 즉, 동일한 사안에 대하여 둘 이상의 조약이 중첩되어 적용되는 경우에는 적용상의 충돌을 최소화하기 위하여 서로 조화되도록 해석하여야 한다는 것이다. 또한 2001년 12월 19일 자 화해합의서 제4.1조에 따른 '2001년 수정합의'가 헝가리(현재 EU 회원국) 법을 준거법으로 명시하고 있음을 보더라도, 이 합의와 관련한 분쟁을 판단할 때 EU 경쟁법을 고려해야 함을 알수 있다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 본 건 분쟁에 적용될 준거법은 ECT 제26조 제6항에⁴¹⁾ 규정되어 있는데, 동 조에 따르면 "본 조약(ECT)에 의하여 구성된 중재판정부는 본 조약 및 적용 가능한 국제법 원칙에 따라 분쟁을 해결해야 한다."고 규정하고 있다고 하였다. 즉, 동 조는 준거법을 명시적으로 'ECT 조약 및 적용 가능한 국제법 원칙'으로 지정하고 있으며, 여기에 EU의 경쟁법 (competition law)이나 피신청국인 헝가리 국내법은 포함되지 않는다고 반박하였다.

이에 대하여 중재판정부는 ICSID 협약 제41조 제2항은 중재판정부가 '당사자들이 합의한 법원칙에 따라(in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties)' 분쟁을 해결하도록 정하고 있으며, 또한 ECT 제26조 제6항은 "중재판정부가 본 조약 및 적용 가능한 국제법원칙에 따라 분쟁을 해결해야한다."고 명시하고 있음을 지적하였다. 본 건 중재판정부가 ECT에 의하여 구성되었음을 고려할 때, 준거법 선택 시 적용할 규정은 ECT 제26조 제6항이며, 이에따르면 본 사건에 적용할 준거법은 ECT와 적용 가능한 국제법원칙이라고 하였다.

⁴¹⁾ ECT 제26조 제6항에서는 "A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law" 라고 규정하고 있다.

중재판정부는 피신청국이 본 사건에 EU 경쟁법이 적용되어야 한다고 주장하고 있는 것에 대하여, EU 경쟁법은 조약으로서 국제법적인 성격을 갖는 동시에 개별 국가의 국내법으로 수용될 경우 해당국의 국내법의 일부를 구성한다고 하였다. 따라서 국제중재에서 국내법은 사실상의 문제로 간주되며, 중재판정부는 필요한 경우 EU 법을 고려할 것이나 이는 어디까지나 사실상의 문제로 고려될 뿐이라고 판단하였다.

라) 형평과 선

ICSID 협약 제42조 제3항에 의하면, 당사자들이 합의한 경우 정의(justice)와 공평(fairness)을 달성하기 위하여 중재판정부는 형평과 선에 의해 중재판정을 내릴 수 있는 재량을 가진다.42) 형평과 선에 따라서 중재판정이 내려지기 위해서는, 당사자들이 형평과 선을 적용해서 중재판정을 내린다고 명시적으로 합의해야 한다. 당사자들은 중재제기 이전뿐만 아니라 중재제기 이후에도 형평과 선에 따른 중재판정에 합의할 수 있다. 만약, 이러한 합의 없이 중재판정이 내려지게 되면해당 중재판정은 권한 없이 내려진 중재판정으로서 취소될 수 있다.43) 다만, 중재판정부가 형평과 선에 따라서 중재판정을 내릴 수 있는 권한을 가졌다고 해도 자의적인 판단을 할 수 없으며, 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다. 이 경우 중재판정부는 형평과 선을 적용해서 도달한 결론의 근거를 제시해야 하고, 그렇게하지 못하면 해당 중재판정은 취소대상이 될 수 있다. 현재까지 알려진 바에 의하면, ICSID 중재판정부가 형평과 선에 따라서 중재판정을 내린 경우는 Benvenuti & Bonfant v. Congo⁴⁴)와 Atlantic Triton v. Guinea⁴⁵) 두 사건뿐이다. 이들 사건에서 중재판정부는 주로 손해배상금 액수를 산정하거나 이자율을 결정할 때 형평과선의 원칙을 적용하였다.

⁴²⁾ ICSID 협약 제42조 제3항에서 "제1항과 제2항의 규정은, 당사자가 합의하는 경우 형평과 선의 원칙에 따라 분쟁을 결정할 판정부의 권한을 침해해서는 아니 된다."고 규정하고 있다.

⁴³⁾ Amco v. Indonesia, Klockner v. Cameroon, MINE v. Guinea.

⁴⁴⁾ S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2.

⁴⁵⁾ Atlantic Triton v. Guinea, ICSID Case No. ARB/84/1.

나. 중재에의 동의

1) 개요

국제중재가 개시되기 위해서는 중재관할에 대한 분쟁당사자들의 동의가 전제 되어야 한다. 투자중재에서는 피신청국의 명확한 사전적 및 포괄적 동의를 바탕 으로 투자자가 중재신청을 제기하면 중재판정부는 별도의 절차 없이 사건에 대한 관할권을 갖게 된다. 일부 투자협정들에는 이러한 사전동의 규정이 누락된 경우 도 있었으나, 최근 체결되는 투자협정에서는 가장 중요하고 필수적인 조항으로 인식되고 있다.

ICSID의 경우, 관할권이 발생하기 위해서는 분쟁의 양당사자가 모두 관할권에 동의해야 한다. ICSID 협약 전문에서도 언급되었듯이 투자유치국과 투자자의 국적국가가 ICSID 협약 당사국이라는 사실만으로는 관할권 동의의 효과가 발생하지 않는다.46) ICSID 관할권에 대한 동의는 통상 양당사자가 직접 합의함으로써 이루어진다. ICSID 협약 제25조 제1항은 "ICSID의 관할은 일방체약국과 다른 체약국의 국민간에 투자로부터 직접 발생한 모든 법률상 분쟁으로서, 분쟁의 당사자들이 ICSID에 회부할 것을 서면으로 약정한 분쟁에 미친다."고 규정하고 있다. 본조에 따르면 분쟁당사자간의 중재합의는 관할권이 성립하기 위한 필수조건이다. 이러한 합의는 투자자와 투자유치국간의 직접적인 합의(계약)를 통하여 할 수도 있고, ICSID 중재판정례에서 보듯이 일방당사국이 국내법에 ICSID 중재를 규정하고 장래에 투자자가 중재를 제기하는 시점에 중재합의가 완성되는 방식을 취하기도 한다. ICSID 관할권에 대한 동의는 서면으로 이루어져야 하고, ICSID 중재 제2조 제2항에 따라 중재를 제기할 때 관할권 동의사항이 서면으로 이루어진 점을 입증할 수 있어야 한다. 관할권에 관한 서면동의는 명시적이어야 하고 해석만으로 그 존재가 인정될 수는 없다.47)

⁴⁶⁾ ICSID 협약 전문에서는 "어떠한 체약국도 본 협약을 비준, 수락 또는 승인하였다는 단순한 사실만으로 별도의 동의없이 특정 분쟁을 조정이나 중재에 회부해야 할 의무를 부담하지 아니함을 선언하며, 다음과 같이 합의하였다"고 규정함으로써 분쟁당사자들의 '동의' 없는 중재를 강제하고 있지는 않다.

⁴⁷⁾ Cable TV v. St. Kitts and Nevis 사건에서, 피신청국은 관할권 동의조항을 담은 계약의 당사자가 아니었다. 신청인은 검찰총장이 신청인을 상대로 신청인 본국의 국내법원에 소송을 제기함으로써 ICSID 관할권에 동의한 것으로 해석할 수 있다고 주장하였다. 중재판정부는 이러한 주장을 배척하면서 법원 소송절차에서 제출된 ICSID 조항에 대한 서류는 사실을 소명한 것일 뿐, ICSID 관할권에 대한 동의로 볼 수 없다고 판단하였다.

UNCITRAL 중재규칙에 의하여 투자중재를 진행하는 경우에는 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: 뉴욕협약)」의 지배를 받게 되는데, 뉴욕협약 제2조는 동협약에 따라 중재판정을 집행하기 위해서는 중재합의가 서면으로 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 즉, UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재에서도 당사자간 서면동의는 필수적이다.

2) 관할권 사전동의 형태

가) 당사자간 직접합의에 의한 동의

투자유치국과 투자자는 투자계약을 체결하면서 향후 발생할 수 있는 투자분쟁을 UNCITRAL 중재규칙, ICSID 중재규칙 등에 의하여 해결하기로 합의하는 경우, 투자중재 관할에 관한 사전동의가 성립한다. 외국인투자자의 본국과 투자유치국간에 체결된 투자보장협정이 있는 경우와 투자유치국 국내법에서 외국인투자자와의 분쟁을 중재에 의하여 해결할 수 있음을 규정하고 있는 경우, 외국인투자자는 투자유치국과 투자분쟁을 중재에 의하여 해결한다는 별도의 합의가 없이도 투자중재를 제기할 수 있다. 그러나 이러한 투자보장협정이나 투자유치국의 국내법규정이 없는 경우, 외국인투자자는 투자유치국과의 투자계약에서 투자유치국의 부당한 조치 등에 대하여 투자분쟁을 제기할 수 있음을 사전에 합의해야 할 것이다. 투자계약 상의 사전동의 조항에는 장래의 분쟁과 기존의 분쟁에 관한 사항, 분쟁의 대상, 당사자에 관한 사항, 중재판정부의 설치, 준거법, 기타 구제조치, 중재판정의 집행면제 포기, 절차적 문제 등에 관하여 규정해야 한다. 중재에 관한다소 복잡한 내용이 들어가기에 ICSID에서는 상사계약에서 ICC 등 상사중재기관이 표준중재조항을 마련하여 기업들의 사용을 권장하듯이 표준중재조항을 마련해두고 있다.48) 물론, 이러한 투자중재에 관한 사전동의는 ICSID에 의한 해결뿐만

⁴⁸⁾ ICSID에서는 당사자간 장래에 발생할 분쟁에 대하여 ICSID에서 해결할 것을 규정하는 모델 중재조항을 "The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the "Host State") and name of investor (hereinafter the "Investor") hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the "Centre") any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by [conciliation]/[arbitration]/[conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States"와 같이 마련하여 투자자 및 투자유치국의 사용을 권장하고 있다.

아니라 앞서 언급한 ICC 외에 SCC, LCIA(London Court of International Arbitration), HKIAC(Hong Kong International Arbitration Centre), KCAB(Korean Commercial Arbitration Board) 등 일반 상사중재기관에 의한 해결을 규정할 수도 있다. 당사자간 직접합의에 의한 투자중재의 사전동의와 관련된 최근의 사건은 조사되지 않았다. 따라서 이와 관련해서는 1980년대 초반과 1990년대 말 사건을 소개한다.

Amco v. Indonesia

신청인 Amco Asia는 미국회사로 1968년 인도네시아의 공기업 PT Wisma와 임 대·관리계약(Lease and Management Agreement)을 체결하고 인도네시아에 Kartika Plaza 호텔을 건설하기로 하였다. 신청인은 위 호텔의 건축과 운영 사업을 위하여 자회사 PT Amco의 설립허가를 신청하였고, 1968년 7월 인도네시아 노동 부는 자회사 PT Amco의 설립을 허가하였다. 이후 1978년 신청인과 인도네시아의 PT Wisma는 호텔 경영에 관한 수익분배협정을 체결하였는데, 이후 양측간에 수 익금의 분배에 대한 다툼이 계속 제기되었다. 그러던 중 1980년 3월 인도네시아 의 경찰 및 군병력이 호텔을 점거하고 호텔의 실질적인 경영권이 PT Wisma에게 넘어가게 되었다. 이후 인도네시아 자금투자위원회(BKPM)는 1980년 7월 9일자로 PT Amco의 외자투자인가를 취소하였으며, 자카르타 항소법원은 PT Wisma가 PT Amco를 상대로 제기한 소송에서 전술한 1968년 임대관리계약과 1978년 수익분 배협정이 모두 무효라는 판결을 내렸다. 이에 1981년 신청인 Amco Asia와 PT Amco, 그리고 Pan American Development는 ICSID에 중재신청을 하면서 인도네 시아 정부가 자신이 투자한 호텔을 점거하고, 법원의 판결을 통하여 호텔경영인 가를 취소하여 이미 투자한 자산을 수용당하고 더 이상 사업을 영위할 수 없게 되었다며, 이에 대하여 미화 1239만 3천 달러의 손해배상을 청구하였다.

본 사건에서 피신청국 인도네시아 정부는 신청인들과 인도네시아 정부간의 분쟁에 대하여 ICSID 중재합의를 한 적이 없다면서 중재판정부의 관할권에 대하여이의를 제기하였다. 이에 신청인은 인도네시아에서의 투자활동을 수행하기 위해서현지법인 PT Amco를 설립하겠다는 신청서를 인도네시아 외국인투자위원회에 제출하였고, 동 신청서에는 향후 발생하는 투자분쟁을 ICSID에 제기하기로 하는 규정이 포함되어 있었다고 주장하였다. 인도네시아 정부는 원칙적으로 관할권 동의

조항의 효력을 인정하면서도, ICSID 협약 제25조 제2항 (b)호에 따라49 인도네시아 정부가 동 회사를 다른 체약국의 법인으로 간주할 것에 합의(동의)한 적이 없어 인도네시아 국적의 회사인 PT Amco는 자국민에 불과하므로, 신청인은 ICSID 중재의 당사자적격이 없다고 주장하였다.

중재판정부는 투자계약이 문서로 되어 있고, 이를 신의성실의 원칙에 따라 해석했을 때 당사자들이 ICSID 중재에 합의한 것으로 파악되면 충분하다고 판단하였다. 즉, 중재판정부는 ICSID 협약의 취지를 보면 ICSID에 대한 중재합의는 이를제한적으로 해석해서는 안 되며, 당사자들의 진정한 의도가 무엇인지를 고려해판단해야 한다고 하였다. 중재판정부는 신청인이 자회사인 PT Amco의 설립을 위하여 당초 제출한 설립신청서에는 PT Amco를 외국인(즉, 미국회사인 Amco Asia)이 관리하고 재원도 외국자본으로 충당할 것이라는 점이 인도네시아 정부당국한테도 충분히 인지되었던 바, 이러한 신청서를 정부 당국이 승인할 당시 PT Amco를 다른 체약국의 국적으로 본다는 점에 인도네시아 정부가 동의한 사실이 충분히 유추될 수 있다고 하였다. 따라서 중재판정부는 관할권에 대한 피신청국의 항변을 기각하고 본안에 대한 심리를 계속할 것을 결정하였다.

CSOB v. Slovakia⁵⁰

1992년 체코슬로바키아 공화국이 체코와 슬로바키아의 2개 국가로 분리된 후, 이들 두 국가는 과거 체코슬로바키아의 은행이었던 CSOB(Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S.)의 민영화 작업에 들어갔다. 이 과정에서 CSOB의 잔여 부실채권을 정리하기 위하여 체코와 슬로바키아는 각자 채권추심회사를 설립하기로 하고 1993년 12월 '합병 계약(consolidation agreement)'을 체결하였다. 동 계약의 당사자는 체코 정부, 슬로바키아 정부 그리고 CSOB 등으로, CSOB의 민영화를 촉진하기 위하여 체결된 이 계약에 따라 CSOB의 부실채권을 양국의 채권추심회사에 각각 양도하면 추후 이들 추심회사가 CSOB에 채권 회수금을 상환하기로 하였다. 또한 계약을 통하여 슬로바키아 측 채권추심회사가 입은 손실을 슬로바키아 정부

⁴⁹⁾ 제25조 제2항에서 "타방체약국 국민이라 함은 다음의 자를 말한다. (b) 당사자가 분쟁을 조정이나 중재에 회부하기로 동의한 일자에 그러한 분쟁당사국 이외의 체약국 국적을 가진법인 및 상기 일자에 분쟁당사국의 국적을 가지고, 외국인의 지배로 인하여 위 당사국이 본협약 상 다른 체약국의 국민으로 간주할 것에 합의한 법인"이라고 규정하고 있다.

⁵⁰⁾ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.

가 배상해주기로 약정하였고, 제7조에서 "동 계약은 체코공화국의 법률과 1992년 체코·슬로바키아 BIT에 따라 규율된다"고 규정하였다. 그러나 이후의 채권추심 과정에서 슬로바키아 측 채권추심회사가 파산절차 등의 이유로 재정이 악화되어 이들이 인수한 CSOB의 부실채권 추심도 여의치 않게 되어 결국 CSOB에 상환키로 한 대금도 제대로 상환하지 못하게 되었고, 슬로바키아 정부 역시 위 채권추심 회사에 대한 손실 보상 책임을 거부하자 CSOB는 체코·슬로바키아 BIT 위반을 주장하며 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서 양 당사자가 체결한 합병계약은 준거법으로 체코법과 체코·슬로 바키아 BIT가 적용되도록 하였다. 신청인은 이 조항을 통하여 BIT에서 규정하고 있는 ICSID 중재합의를 원용함으로써 피신청국이 ICSID 관할권에 동의했다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 문제된 조항이 준거법 규정이고, 그 조항에서 언급하고 있는 BIT는 계약 체결 당시 발효되지도 않았다고 주장하였다. 중재판정부는 양 당사자간 계약 체결 과정을 면밀히 검토한 후, 동 규정이 국내중재규정을 대체하면서 포함된 점, BIT를 원용하면서 '그것이 비준된 후(after it is ratified)'라는 어구가 포함되었다가 최종 계약 문안에서 삭제된 점을 근거로 당사자들이 BIT를 원용하면서 BIT 내의 ICSID 조항을 자신들의 계약 내용으로 포함시키려는 의도를 가졌다고 판단하였다.

나) 투자유치국 법령을 통한 관할권 동의

투자유치국은 투자중재 관할에 대한 동의를 자국 국내법령에서 또는 다른 형태의 일방적인 선언으로 표시할 수 있는데, 일반적으로 관할권 동의는 투자유치국이 자국 법령 또는 조약에서 일방적으로 동의를 제안하고, 투자자가 나중에 이를 수락하는 경우에도 형성된다. 그러나 이 경우 투자유치국의 관할권에 대한 동의가 완벽하지 않을 수 있으며, 구체적으로 투자유치국의 투자관련 법령 안에 규정된 관할권 조항을 면밀히 검토하여 그 의미를 파악해야 한다. 또한 앞에서 언급하였듯이, 최근 외국인투자자의 투자중재 신청이 급증함에 따라 국내법률의 개정하여 이를 제한하려는 움직임이 늘고 있다. 엘살바도로(1999년 개정), 조지아(1996년 개정), 이집트(1989년 개정) 등이 기존의 외국인투자법을 개정하여 ICSID 중재에 대한 사전합의 조항을 삭제하였으며, 이러한 추세는 향후 다른 국가들로확대하여 나갈 수도 있을 것으로 보인다. 투자유치국의 외국인투자법 내 사전동

의 조항에 근거하여 투자중재가 제기된 사건은 다음과 같다.

Ruby Roz v. Kazakhstan⁵¹)

신청인과 피신청국의 투자당국은 1999년 3월 5일 신청인이 세제 혜택을 받는 조건으로 미화 470만 달러를 투자하는 계약을 체결하였다. 당시 신청인은 피신청국 대통령의 큰 사위 Mr. Aliyev의 처남 Mr. Issam Hourani에게 투자보호비 명목으로 상당한 뇌물을 바쳤다. 그러나 신청인은 2004년 8월 6일 공항에서 입국이금지되고 억류된 상태에서 Mr. Issam Hourani로부터 회사를 매각하라는 압력을받았고, 이후 2004년 9월 2일 레바논 베이루트에 있는 피신청국 영사관에서 Mr. Issam Hourani의 처남인 Kassam Omar에게 미화 960만 달러에 회사를 매각하는데 합의하였다. 신청인은 이것이 피신청국 정부의 강압에 의한 매각이었다고 주장하면서 투자중재를 제기하였다.

신청인은 본 중재의 근거가 매각계약 제14조의 중재조항에 기한 것이라고 하였으나, 이와는 별개로 외국인투자법 제27조에52) 의해서도 중재관할은 성립한다고 주장하였다. 즉, 중재합의가 반드시 분쟁당사자간에 개별적으로 이루어져야 하는 것은 아니며, 피신청국이 외국인투자법 제27조를 통하여 사전적으로 중재에 동의하였으므로 이를 중재합의의 근거로 삼을 수 있다는 것이다.53) 신청인이 원용한 카자흐스탄의 1994년 외국인투자법은 2003년에 폐지되었고, 같은 해 1월 8일 새로운 투자법이 제정되었는데, 신청인은 비록 1994년 투자법이 폐지되긴 하

⁵¹⁾ Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar v. Kazakhstan, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, August 1, 2013.

⁵²⁾ 카자흐스탄 외국인투자법 제27조 제2항에서는 "일방당사자가 상대방에게 서면으로 분쟁해 결을 요청한 날로부터 3개월 이내에 협의를 통하여 합의에 이르지 못한 경우 당해 분쟁은 일방당사자의 선택에 따라, 외국인투자자의 동의를 얻어, 아래의 절차에 회부할 수 있다. 1) 카자흐스탄의 사법기관, 2) 계약 또는 협정에 규정된 절차를 포함하여 분쟁당사자들이 합의한 분쟁해결절차에 따라 다음 가운데 한 곳, a) ICSID 협약에 의한 중재, b) 외국인투자자의 국적 국가가 ICSID 협약의 가입국이 아닌 경우 ICSID 추가절차규칙에 의한 중재, c) UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재, d) SCC에 의한 중재, e) 카자흐스탄 상업회의소 중재위원회의 중재"라고 규정하고 있다.

⁵³⁾ 또한 카자흐스탄 외국인투자법 제27조 제3항에서는 "외국인투자자가 전항 2)호의 절차 가운데 하나를 선택한 경우 카자흐스탄은 그 중재절차에 동의한 것으로 간주한다. 외국인투자자는 관계당국에 서면으로 중재 동의를 표시할 수 있으며 중재신청 시에 할 수도 있다"고 규정하고 있다.

였으나, 다음과 같은 이유로 여전히 중재합의의 근거가 될 수 있다고 주장하였다. 첫째, 1994년 투자법이 시행될 당시 투자한 외국인은 동 법에 근거한 중재신청권을 가지며 해당 법률이 폐지되더라도 아무런 영향을 받지 않는다. 둘째, 동 법 제6조(안정화 조항)에 의하면 투자 당시의 모든 법적 보호는 향후 10년간 유효하므로 제27조에 근거한 신청인의 중재신청권은 법률이 폐지된 후에도 일정 기간 유효하다. 또한 10년의 기산점은 처음 투자 시점이 아닌, 이후 추가로 투자가 이루어진 시점이 되어야 하므로, 적어도 2016년까지는 10년의 안정화 기간이 만료되지 않았다는 것이다. 요컨대, 본 중재판정부의 관할권은 피신청국의 법률(1994년투자법 제27조)과 본 건 매각계약 제14조에 모두 기초하고 있으며, 전자의 경우는 피신청국이 외국인투자자와의 분쟁을 중재로 해결한다는 사전동의를 규정한 것이고, 이는 동 법률이 시행되는 동안에 이루어진 투자에 대하여 유효하게 적용된다는 것이다. 한편, 후자(매각계약 제14조)는 계약당사자간에 유효한 중재합의인 동시에 1994년 투자법 제27조와 동일한 중재절차를 규율하고 있다.

이에 대하여 피신청국은 다음의 이유로 본 사건에 대한 중재판정부의 관할권 을 부인하였다. 첫째, 1994년 외국인투자법은 2003년 신법에 의하여 폐지되어 효 력을 상실하였으므로, 폐지된 법률에 기한 중재합의는 효력이 없다. 둘째, 폐지된 1994년 법을 본 건 중재관할의 근거로 인정하더라도 중재신청권은 동 법 안정화 조항의 존속기간이 만료된 2009년에 효력을 상실하였다. 즉, 2010년까지 중재가 개시되지 않았으므로 동 법 제27조를 원용할 권리는 상실되었다. 셋째, 신청인은 안정화조항에 따른 존속기간의 기산점이 변경계약의 체결시점인 2002년이라고 주 장하나, 이는 잘못된 해석이다. 변경계약은 원 계약을 일부 수정한 것에 불과하고 새로운 투자로 볼 수 없기 때문이다. 넷째, 신청인은 자신이 외국인투자자임을 증 명하지 못하였다. 특정 회사가 외국인투자법 상 '외국인투자자'로 인정받기 위해 서는 i) 외국인이 그 회사를 소유하고, ii) 그가 시민권·영주권을 가진 국가에 서 사업자등록을 보유하여야 하는데, 신청인은 이러한 요건을 구비하지 못하였다. 다섯째, 설사 Kassam Omar를 외국인투자자로 인정하더라도 신청인 회사는 2007 년 6월 피신청국 국적의 Ms. Nazarbayeva에게 매각되어 더 이상 외국인투자자가 아니므로 중재판정부는 이 사건에 관할권이 없다고 하였다. 또한, 본 건 계약 제 14조는 분쟁을 회부할 수 있는 기관에 대하여 '여러 외국 중재기관'이라고만 규 정하고 구체적인 중재기관 또는 중재규칙을 특정하지 않았는데, 만약 당사자들이 법 제27조의 조건을 계약에 편입하고자 하였다면 이를 구체적으로 명시했어야하 나 그러지 않았다는 것이다.

이에 대하여 중재판정부는 크게 두 가지로 나누어서 검토하였다. 첫째, 중재판정부는 외국인투자법상 안정화조항의 기산점이 언제인지에 대한 당사자간 다툼을 먼저 살펴보았다. 피신청국은 최초 투자가 이루어진 시점을 기준으로 삼아야 한다고 주장하는 반면, 신청인은 투자가 추가로 이루어질 때마다 기간이 갱신된다고 주장하였다. 당시 중재판정부는 피신청국 법률에 관한 전문가의 다양한 의견을 검토하였는데, 이에 따르면 입법자들의 의도는 최초 투자 시점부터의 10년의단일기간을 규정한 것이었다고 보았다. 아울러 2002년 변경계약은 새로운 프로젝트가 아닌 기존 계약의 연장에 불과했다고 판단하였다. 따라서 신청인은 1999년도 투자분에 한해 안정화조항을 원용할 수 있으며, 이 조항에 따른 유예기간은 2009년에 만료되었으므로, 기존 외국인투자법 상의 중재조항에 근거한 중재신청권을 주장할 수 없다고 판정하였다.

둘째, 중재판정부는 외국인투자법과는 별개로 매각계약상의 중재조항에 근거하여 중재관할권이 성립한다는 신청인의 주장을 검토하였다. 그러나 매각계약 제14조에 기한 중재를 신청할 수 있는 자는 '외국인투자자'로 제한되고, 따라서 동조에 따른 중재신청권이 있는지를 판단하기 위해서는 신청인이 '외국인투자자'인가를 결정하여야 한다. 계약에서는 외국인투자자에 대한 별도의 정의를 두고 있지않고, 또한 신청인이 외국인투자법상 투자자의 정의를 원용하고 있는 바, 동 법에서 규정한 투자자의 정의를 살펴보았다. 1994년 외국인투자법 하에서 외국인이소유하는 국내기업은 '외국인투자자'의 범위에 포함되지 않았고, 1999년 8월 법 개정을 54) 통하여 비로소 외국인투자자로 인정되었다. 즉, 1994년 투자법 하에서 신청인 회사는 국내기업에 불과하였고, 따라서 신청인은 '외국인투자자'에 한하여 허용된 중재조항을 원용할 수 없다고 보아야 한다. 결과적으로 중재판정부는 신청인은 자신이 외국인투자자임을 증명하기 위하여 1994년 투자법상의 투자자 정의를 원용하였으나 동 법에 의하면 신청인은 외국인투자자가 아니므로, 국내기업인 신청인 회사가 '외국인투자자'에 한하여 인정되는 계약 제14조 상의 중재조항을 원용할 수 없다고 판정하였다.

^{54) 1999}년 8월 2일 자 대통령령(Presidential Decree) No. 466-1에 의한 외국인투자법(Foreign Investment Law) 개정을 의미한다.

다) 투자협정을 통한 동의

일반적으로 투자협정에는 투자중재 관련 조항이 포함되어 있으며, 구체적으로 양 체약당사국은 협정의 상대국 국민을 위하여 투자중재 관할권에 동의한다는 내용을 명시하고 있다. 일부 투자협정에서는 사전동의를 명시하는 대신, 당사자들이 ICSID 중재 또는 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재를 제기할 권리를 갖는다고만 규정기도 한다. 일반적으로 대부분의 투자협정은 복수의 중재절차를 규정하여 당사자가 이 가운데 하나를 선택할 수 있도록 한다.

AMT v. Zaire⁵⁵)

피신청국은 BIT에 기재된 '체약국'의 동의조항만으로 ICSID 중재의 관할을 인정하기 어려우며 분쟁당사자의 별도 동의가 필요하다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 BIT의 사전동의조항은 BIT '체약국들'의 동의에 불과하며, ICSID 제25조제1항에서는 '분쟁당사자'의 동의를 요구하고 있으므로 BIT 동의조항으로 인하여 ICSID 동의요건이 자동적으로 충족되는 것은 아니라고 하였다.

3) BIT와 투자유치국 국내법상 관할의 경합

가) 개요

위에서 살펴본 바와 같이 투자중재에 대한 사전동의 방식은 1990년대 이전에 주로 사용되었던 당사자들간 직접적인 '동의'방식 외에 크게 2가지로 나눌 수 있다. 먼저, 외국인투자법 등 투자유치국 국내법에서 사전동의를 규정하고, 추후 해당 법에서 정한 요건에 부합하는 투자를 행한 외국인투자자가 중재를 수락함으로써(즉, 중재신청) 중재합의가 완성되는 방식이다. 둘째, 투자유치국과 외국인투자자의 본국이 BIT를 체결하고 동 BIT 상에 투자중재에 대한 사전동의 조항을 둔경우, 추후 외국인투자자가 이에 근거하여 투자중재를 제기하는 방식이다.

투자중재 판정례에서는 외국인투자자가 투자유치국을 상대로 중재를 제기하면 서 중재의 사전동의 요건을 충족시키기 위하여 투자유치국의 국내법과 BIT를 동

⁵⁵⁾ American Manufacturing and Trading Inc. v. Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1.

시에 원용하는 경우가 있다. 즉, 중재관할에 관한 사전동의를 보다 완전하게 확보하기 위하여 투자유치국 국내법과 BIT 모두를 원용한 후, 중재판정부의 판단에따라 두 가지 사안에 대하여 모두 관할을 인정받거나 적어도 하나의 관할이라도 보장받으려는 것이다. 실제 이와 관련된 중재판정례로는 다음과 같은 사건이 있다.56)

나) 중재판정례

Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Savador⁵⁷)

미국 국적의 회사 Commerce Group Corp(CGC)와 San Sebastian Gold Mines (SSGM)(이하, 신청인들)은 1968년부터 엘살바도르에서 희귀금속을 채광해 오다가 1987년부터 2006년까지는 정식으로 엘살바도르 정부의 인가와 환경허가권을 얻어 사업을 확장하였다. 그러나 2006년 10월 엘살바도르 정부가 환경허가권을 취소한 뒤로 이를 다시 갱신해 주지 않자, 신청인들은 엘살바도르 정부의 이 조치가 중미·도미니카 FTA(이하, 본 건 FTA)에 규정된 투자보호 의무에 위반된다며 2009년 7월 2일 ICSID에 중재를 신청하였다.

신청인들은 본 중재절차가 2개의 중재합의에 기초하여 이루어졌다고 주장하였다. 즉, 본 건 FTA상의 중재조항과 피신청국 외국인투자법에 명시된 중재조항에 의하여 중재합의가 성립한다고 주장하였다. 또한 FTA상의 포기조항은 외국인투자법에 근거한 청구에 아무런 효력이 없으나, 설령 포기조항 규정 때문에 FTA 상의 중재판정부의 관할권이 부인된다 하더라도 외국인투자법에 근거한 청구는 유효하다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 외국인투자법에 근거한 청구는 중재신청 당시 제기되지 않았기 때문에 중재신청의 정정에 해당되는데, ICSID 중재규칙과 본 건 FTA에서는 중재신청의 정정을 허용하지 않는다고 반박하였다. 더중요한 것은 외국인투자법의 어느 규정이 위반되었는지를 신청인들이 구체적으로 밝히지 못하였다고 하였다.

⁵⁶⁾ 앞서 살펴보았던 Ruby Roz v. Kazakhstan 사건은 투자유치국 국내법과 BIT가 경합하는 것이 아니라, 투자유치국 국내법과 당사자들간의 직접 합의에 의한 '동의' 간의 경합에 관한 사건이었다.

⁵⁷⁾ Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17.

신청인의 주장에 대하여 중재판정부는 신청인들이 외국인투자법에 근거한 청구를 구체적으로 적시하지 못하였다고 보았다. 신청인들은 피신청국이 환경허가권을 취소하고 채광을 사실상 금지한 것이 본 건 FTA뿐만 아니라 외국인투자법에도 위반된다고 주장하였으나, 정작 외국인투자법의 어느 규정을 위반한 것인지 밝히지 못했다. 이에 신청인들은 외국인투자법 제5조(동등한 대우), 제6조(차별금지), 제8조(수용 및 보상)의 규정을 언급하였으나, 구체적으로 투자유치국이 어느부분을 어떻게 위반했는지는 여전히 명시하지 못하였다. 따라서 중재판정부는 FTA상 포기조항 규정의 적용 여부와 관계없이 외국인투자법에 기초한 신청인들의 청구는 본 건 중재의 대상이 아니라면서 관할을 부인하였다.

CEMEX v. Venezuela⁵⁸)

이 사건은 투자유치국 국내법과 투자협정 모두에 근거한 중재합의가 문제되었으나, 중재판정부는 투자협정에 기인한 중재합의만을 인정하였다.

본 건에서 신청인들은 피신청국이 외국인투자법 제22조와 BIT를 통하여 ICSID 중재에 합의하였다고 주장하였다. 또한 외국인투자법 제22조에 근거한 관할권이 성립하지 않더라도 자신들의 청구는 BIT 제9조의 범위 내에 있으므로, 중재판정부는 외국인 투자법 제22조를 검토할 필요 없이 BIT만을 검토해서 그 위반 여부를 판단할 수 있다고 주장하였다. 반면, 피신청국은 본 사건에 적용할 준거법을 모두 검토해야 한다고 주장하였고, 중재판정부도 이러한 피신청국의 주장에 동의하면서 다음 사항들을 검토하였다.

○ 외국인투자법 제22조

문제된 외국인투자법 제22조는 "베네수엘라국과 투자의 진흥 및 보호에 관한 조약 또는 협정을 체결한 국가의 투자자 사이에 발생한 분쟁 또는, MIGA 협약 또는 ICSID 협약이 적용되는 분쟁은 해당 조약 또는 협정이 규정하는 한, 당해 조약(또는 협정)의 조건에 따라 국제중재에 회부되어야 한다."고 규정하고 있다. 그러나 당사자들은 이 조항에 대하여 서로 다른 해석을 내리고 있다. 피신청국은

⁵⁸⁾ Cemex Caracas Investments BV and Cemex Caracas II Investments BV v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15.

문제된 투자법을 베네수엘라의 전체적인 법률체계 특히, 민법의 테두리 안에서 해석해야 한다고 주장하면서, 베네수엘라 법에 의하면 중재합의는 명확하고 명백해야 한다고 강조하였다. 반면, 신청인은 투자법 제22조가 유효한 중재합의에 해당하는지 여부는 국제법상의 문제이고, ICSID 중재판정부는 자신의 관할을 스스로 판단할 권한이 있다고 주장하였다. ICSID 협약 제41조 제1항에 의하면, 중재판정부는 자신의 권한을 스스로 결정할 권한이 있으며, 이는 관할권의 근거가 무엇인지에 상관없이 적용되는 원칙이다. 즉, 투자유치국의 법률을 통한 일방적 제안이나 BIT 상의 규정을 통한 중재합의에도 적용된다. 이러한 원칙은 과거 PCIJ나 ICJ의 판례를 통하여서도 확인할 수 있는 원칙인데, PCIJ나 ICJ 재판부는 주권국가가 국제재판에 대한 관할합의를 해놓고 그러한 합의의 범위와 의미에 대하여 임의로 해석을 내려도 국제재판 판정부의 관할권 존부 결정에 영향을 미치는 것은 아니라고 하였다.59)

한편 외국인투자법 제22조가 구속력 있는 중재합의를 구성하는지를 판단하는데 있어 베네수엘라의 법률을 준거법으로 해야 하는지 아니면 국제규범을 따라야하는지가 문제되었다. 대부분의 ICSID 사건에서는 관련 국내법에 중재관할에 대한 명시적 규정을 두고 있어 어떠한 해석 기준을 적용할지 고민할 필요가 없었다. 예컨대 Tradex Hellas v. Albania 사건 중재판정부는 피신청국의 법률이 이에 관한 명시적 규정을 두고 있어 다른 해석 원칙을 인용할 필요 없이 피신청국의 법률을 적용하여야 한다고 하였다.60) 그러나, SPP v. Egypt⁶¹, CSOB v. Slovak Republic⁶², Zhinvali v. Georgia⁶³) 사건 등에서 중재판정부는 국내법을 통한 ICSID 중재합의의 유효성 여부를 판단함에 있어서는 그것이 해당 국가의 국제법상 의무를 수반하는지가 문제될 수 있으므로, 단순히 국내법뿐만 아니라 조약 해석에 관한 국제법 원칙을 함께 고려해야 한다고 보았다. 본 사건의 중재판정부역시 이에 동의하면서, ICSID 중재에 대한 관할합의가 어떠한 형태에 근거하고

⁵⁹⁾ Electricity Company of Sofia and Bulgaria(Preliminary Objections), PCIJ, Ser. A/B No. 77(1939); Aegean Sea Continental Shelf(*Greece v. Turkey*), 19 December, 1978, ICJ Reports 1978, p.3.

⁶⁰⁾ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania(Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/94/2.

⁶¹⁾ Southern Pacific Properties(Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3.

⁶²⁾ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.

⁶³⁾ Zhinvali v. Georgia, ICSID Case No. ARB/07/27.

있는지와 상관없이 그 유효성 여부는 ICSID 협약과 국제법 원칙에 따라 해석하고 판단해야 한다고 하였다. 또한, 해석에 관한 구체적인 방법으로 문언적 해석, 조문의 배경 및 취지, 입법 과정 등을 차례로 검토하였다.

- i) 문언적 해석: 먼저 외국인투자법 제22조의 'if it so provides'의 해석에 관하여 논란이 있었는데, 이에 대하여 중재판정부는 제22조 후단의 'if it so provides'의 'it'은 ICSID 협약을 포함하여 조약 또는 협정을 모두 포괄하는 광의의 개념이고, 'so'는 국제중재에 회부할 것을 의미한다고 보았다.
- ii) 조문의 배경 및 취지: 다음으로 당사자들은 베네수엘라의 중재에 대한 인식과 태도에 기초하여 투자법을 해석하였다. 피신청국은 전통적으로 베네수엘라가 국제중재에 반감을 갖고 있었다고 주장한 반면, 신청인들은 피신청국이 1990년대 들어 국제중재에 대한 태도를 바꿨다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 양측의 입장이 모두 설득력 있다고 보았으며, 이러한 배경 하에 중재판정부는 피신청국이 투자법 특히, 제22조를 채택하면서 BIT와 같은 관련 조약의 규정 없이 ICSID 중재에 대한 일반적이고 포괄적인 합의를제안하였다고 단정할 수는 없다고 판단하였다.
- iii) 입법과정: 중재판정부는 마지막으로 투자법의 입안자들이 제22조를 두게 된 의도를 파악하는 것이 필요하다고 보았다. 신청인들은 위 법률의 입안 작업에 참여한 관계자들의 진술과 논평을 기초로 제22조가 ICSID 중재에 대한 구속력 있는 제안(동의)이라고 주장하였으나, 중재판정부는 제22조의 모호한 문언만으로 피신청국이 1999년 투자법을 제정할 당시 포괄적인 ICSID 중재합의를 의도하였다고 인정할 수 없다고 판단하였다.

○ 본 건 BIT 제9조

BIT 제9조는 "일방체약국과 상대방 체약국 국민간의 분쟁은 ICSID 협약에 의한 중재에 회부"되어야 하며, "체약국은 분쟁을 본 조에 따른 중재에 회부하는데 무조건 동의한다"고 규정하고 있다. 신청인들은 이 조항에 따라 중재판정부가 본 사건에 대하여 관할을 갖는다고 주장한 반면, 피신청국은 신청인들의 청구는 2008년 피신청국이 시멘트 제조회사들의 구조조정과 관련하여 신청인의 자회사인

Cem Ven을 국유화한 조치에 근거한 것이라면서, 신청인들은 Cem Ven의 간접투자자에 불과하고 피신청국에 어떠한 투자의 실체도 갖고 있지 않다고 주장하였다. 중재판정부는 BIT 제1조가 정의하는 '투자'는 간접투자와 직접투자를 모두 포함한다고 본다. 본 건 BIT가 간접투자를 포함하므로 간접투자자는 당연히 조약 위반에 근거한 청구를 제기할 당사자적격을 갖는다면서, 아울러 본 건 BIT에서 '다른 체약국 국민의 투자'란 해당 투자를 그 국민이 소유해야 함을 뜻하는 것이지반드시 '직접'소유할 것을 요구하는 것은 아니라고 하였다. 마찬가지로 본 건 BIT에서 '일방체약국의 영토 내에서 이루어진 투자'란 반드시 해당 투자를 그 영토 내에 '직접'투자할 것을 요구하는 것은 아니라면서, 신청인들은 본 건 BIT에 근거한 청구를 제기할 당사자적격을 갖는다고 판단하였다.

다. ICSID 협약의 일방적 철회 및 일부 유보

1) 개요

ICSID 관할권 동의에 대한 일방당사자의 철회는 불가능하다고 보아야 한다. 일반적으로 외국인투자자는 ICSID에 중재를 제기함으로써 투자유치국이 국내법률 또는 투자협정에서 규정한 사전동의를 수락하게 되는데, 중재제기 이전에 투자유치국이 국내법 및 투자협정에서 약속한 사전동의 조항을 철회할 경우 외국인투자자는 중재를 제기할 방법이 없어지기 때문이다. ICSID 협약에서는 일방적인 동의의 철회를 인정하지 않을 뿐만 아니라 일방당사자가 중재절차에 협력하지 않더라도 중재절차를 개시하고 지속할 수 있도록, 중재판정부의 구성, 일방당사자가 출석하지 않은 중재절차, 중재판정의 집행에 관한 규정을 두고 있다. 한편, 분쟁당사자들은 중재제기 전후에 언제든지 합의를 통하여 관할권 동의를 종료시킬 수는 있다. 이와 관련하여, ICSID 중재규칙 제43조 제2항에 의하면 당사자들은 화해에합의한 후 화해내용을 중재판정의 내용으로 기록해 달라고 중재판정부에 요청할수 있고, 동조 제1항에서는 당사자 일방의 중재절차 종료 요청에 대해서는 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않는 경우에만 중재절차가 종료될 수 있다.64)

⁶⁴⁾ ICSID 중재규칙 제43조(Settlement and Discontinuance) 제1항에서는 "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"고 규정하고 있다.

투자중재에 관한 동의의 일방적 철회와는 약간 다른 형태이지만, 특정 분야에 대한 중재를 제한하는 '유보(reservation)'가 있다. 즉, 투자유치국이 ICSID에 자원개발 등 일부 투자분야는 중재의 대상에서 배제한다는 유보통지를 하는 것이다. 이와 관련된 중재판정례에서 중재판정부는 ICSID 협약에 근거한 중재유보 선언은 장래에 대해서만 효력을 미친다고 보았다. 즉, ICSID 협약 상의 '유보'에 근거한 통지를 하더라도 이미 다른 투자협정에서 약정한 중재합의를 일방적으로 수정 또는 철회할 수 없다는 것이다.

2) 중재판정례

Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador⁶⁵⁾

이 사건에서는 피신청국의 일부 투자분야에 대한 ICSID 관할유보 통지가 문제되었다.66) 즉, 신청인은 2008년 3월 3일 ICSID에 중재를 신청하였으나, 피신청국은 이보다 앞선 2007년 12월 4일에 ICSID 협약 제25조 제4항에여 근거하여 천연자원 등 일정한 유형의 분쟁에 대해서는 중재합의를 유보한다는 통지를 ICSID에보냈다. 따라서 피신청국은 신청인의 본 건 중재신청에 동의한 적이 없다면서 중재판정부의 관할을 부인하였다.

ICSID 협약 제25조 제4항은 "체약국은 본 협약을 비준, 수락 또는 승인하는 때 또는 그 이후 어느 때라도 ICSID 중재에 회부하기로 또는 회부하지 않기로 한 분쟁의 유형을 ICSID에 통지하여야 하며, ICSID 사무총장은 이러한 통지를 모든 체약국에 즉시 통보하여야 한다. 체약국의 이러한 통지는 본 조 제1항이 요구하는 중재동의를 구성하지 않는다."고 규정하고 있다. 중재판정부는 동 조항에 따른 중재유보 선언은 장래에 대해서만 효력을 미친다고 보았다. 즉, 위 조항에

⁶⁵⁾ Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4

⁶⁶⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 1. '협의 및 협상의무'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

⁶⁷⁾ Article 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 Secretar y-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

근거한 통지를 하더라도 이미 다른 조약(본 건 BIT 포함)에서 약정한 중재합의를 일방적으로 수정 또는 철회할 수 없다는 것이다.

한편, 피신청국이 2007년 12월 4일 ICSID에 통지한 중재유보 선언에서는 석유, 가스, 광물 등의 천연자원 개발과 관련한 투자를 둘러싼 분쟁을 ICSID 중재합의에서 배제한다고 명시하고 있다. BIT를 포함한 국제조약을 철회, 해지 또는 수정하기 위해서는 일차적으로 당해 조약의 규정에 의하여야 하고, 보조적으로 VCLT와 같은 국제법의 일반원칙에 따라야 한다. 비엔나 협약 제54조는 "조약의해지 또는 철회는 i) 조약의 관련 규정 또는 ii) 체약국들의 동의를 거쳐야 한다"고 규정하고 있다. 또한 ICSID 협약과 본 건 BIT 어디에도 일방체약국이 협정의 적용을 일방적으로 철회할 수 있도록 허용하는 조항은 없다. 따라서 피신청국은 이들 조약의 규정을 일방적으로 변경 또는 수정할 권리가 없고, 나아가 체약국간에 그에 관한 합의가 있었던 것도 아니므로 조약의 의무를 일방적으로 철회또는 수정할 수 없다고 보았다. 위와 같은 이유로 중재판정부는 2007년 12월 4일자 중재유보 선언에 기하여 중재합의 없음을 근거로 한 피신청국의 관할 항변을기각하였다.

4. 국내구제완료 조항

가. 개요

외국인투자자가 협정에 의거 투자유치국을 상대로 국제중재를 제기하기 전에 국내법원의 소송절차를 먼저 완료하도록 요구하는 경우가 있다. ICSID 협약도 제 26조에서 일방 가입국으로 하여금 상대국 투자자가 중재를 개시하기 전 법원의 소송절차 등 국내구제수단을 먼저 완료하도록 요구하는 것을 허용하고 있다.68) 그러나 오늘날 이러한 국내구제완료를 요구하는 투자협정은 매우 드물고, 대개는 국내법원에 제소한 후 일정 기간이 경과하면 국제중재를 제기할 수 있도록 허용 하거나, 중재를 제기하기 전에 국내적 절차를 포기하도록 하는 정도에 그치고 있

⁶⁸⁾ ICSID 협약 제26조에서는 "본 협약에 따른 당사자의 중재합의는 달리 규정한 바가 없으면, 다른 어떠한 구제수단도 배제한 것으로 간주된다. 체약국은 본 협약에 따른 중재에 동의하 는 조건으로, 국내의 행정적 또는 사법적 구제수단의 완료를 요구할 수 있다"고 규정하고 있다.

다.69) 즉, 지난 10년간 투자중재를 각 국가별 법원에서의 사법재판에 대한 보조적수단이 아닌 대안적 수단으로 간주하는 접근법을 강화함으로써 오늘날 대부분의 BIT는 투자중재에 대한 전제조건으로 국내구제절차를 완료하도록 요구하지 않고 있다. 1995년 이후 체결된 다수의 BIT는 투자자가 투자중재를 선택한 경우 투자유치국이 투자자에게 국내구제의 완료를 요구하지 못하도록 의무화하고 있다. 예컨대, 오스트리아·UAE BIT(2001년)가70) 이러한 방식을 취하고 있다.71)

나. 중재판정례

- 1) 국내구제절차 완료를 관할요건으로 인정한 사건
- Wintershall v. Argentina⁷²)

독일 기업 Wintershall Aktiengesellschaft가 아르헨티나의 금융위기 기간 동안 발생한 손실에 대하여 아르헨티나 정부를 상대로 제소한 사건에서 중재판정부는 관할권이 없다는 판정을 내렸다. 그런데 이번 판정 결과는 과거에 다른 독일 회 사인 Siemens가 아르헨티나를 상대로 제소한 사건에서 최혜국대우를 원용하여 '18개월의 국내구제절차 기간'을 거칠 필요가 없다고 인정한 판정과 정면으로 배 치되는 것이다.

신청인 Wintershall Aktiengesellschaft는 아르헨티나에서 자회사를 통하여 석유 및 가스 분야의 사업을 운영하고 있었는데, 아르헨티나의 경제위기와 관련된 정부조치 때문에 자회사로부터의 배당금 수령이 제한되고, 자회사에 대한 법적·계약적 권리가 훼손되었다며 투자중재를 신청하였다. 독일·아르헨티나 BIT에서는 투

⁶⁹⁾ 예컨대, 아르헨티나스페인 BIT 제10조 제3항 (a)는 법원에 제소 후 18개월이 경과하여야 중 재를 제기할 수 있도록 규정하고 있다. "The dispute may be submitted to international arbitration in any of the following circumstances: a) at the request of one the parties to the dispute, if no decision has been rendered on the merits of the claim after the expiration of a period of eighteen months from the date on which the proceedings referred to in paragraph 2 of this Article, have been the dispute between the parties continued; b) if both parties to the dispute agree thereto..."

⁷⁰⁾ 오스트리아-UAE BIT 제10조에서는 "투자자가 중재를 제기할 것을 선택하는 경우, 투자유치 국인 체약당사국은 국내해결절차의 완료를 요구하지 않겠다고 동의한다."고 규정하고 있다.

⁷¹⁾ 지식경제부, 「투자자·국가 간 분쟁사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구」, 2009, 149면.

⁷²⁾ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14.

자중재 개시에 앞서 18개월 동안 국내법원에서 제소하도록 규정하고 있었다. 즉, 18개월의 국내구제절차가 완료된 이후에 비로소 신청인은 투자중재를 신청할 수 있다. 신청인은 이러한 제한을 피하기 위하여 BIT상의 MFN 조항을 통하여, 곧바로 투자중재를 제기할 수 있도록 규정한 미국·아르헨티나 BIT를 원용하였다.

중재판정부는 신청인의 이러한 MFN 조항 원용을 인정하지 않으면서 신청인이 투자협정에서 규정한 국내구제조치를 완료하지 않았다고 판단하였으며, 결과적으로 중재관할권이 성립되지 않는다고 판정하였다. 중재판정부는 특히 MFN 조항을 통한 다른 투자협정의 중재절차에 관한 조항의 원용에 대하여, 투자협정의 조문자체의 문언에 충실하게 해석하였는데, 동 협정에 따라 국내구제를 완료한 경우에만 투자중재가 가능하다고 해석하였다.73)

- 2) 국내구제절차 완료를 관할요건으로 인정하지 않은 사건
- Helnan International Hotels A.S. v. Egypt⁷⁴)

동 사건에서 ICSID 협약에 따른 중재를 이용하기 위하여 투자자가 투자협정 위반에 근거한 청구를 하기 전, 국내구제절차를 완료할 의무가 있는가가 쟁점이 되었다. 본 사건의 Denmark · Egypt BIT 제9조는 투자로부터 발생한 분쟁을 ICSID 협약에 의한 중재에 회부한다는 명시적 규정을 두고 있으나, 투자유치국의 국내법원에 대해서는 아무런 언급이 없었다. ICSID의 관할권을 규정한 ICSID 협 약 제26조는 "당사자는 동 협약에 따른 투자중재에 동의함으로써 다른 여타의 구 제절차를 배제한 것으로 간주된다."고 명시하고 있는 바,75) 협약의 당사국들은 전

⁷³⁾ Loewen Group Inc. v. U. S. A. 사건에서도 중재판정부는 NAFTA 제1105조 위반이 있었는지 여부를 판단함에 있어서 단지 1심 소송만이 아니라, Loewen이 이용할 수 있는 모든 사법절차를 고려할 필요가 있다고 판정하였다. 즉, '국내법에 의한 구제완료'의 국제법 원칙을 인용하면서, 중재판정부는 모든 국가의 사법작용은 처음부터 끝까지 하나의 작용으로 간주되어야 한다고 주장하면서, Loewen이 1심 법원의 판결을 항소하지 않고 바로 ICSID에 청구를 제기하였으므로 사용 가능한 모든 국내법에 의한 사법수단을 사용하지 못하였다고 판정하였다. Loewen의 여러 주장에 대하여 대법원을 포함한 미국 법원으로부터의 최종 판결이 없었으므로, 중재판정부는 Loewen의 NAFTA 청구가 시기상조였다고 판정하였으며, 이러한 이유로 Loewen의 제1105조 위반 청구들은 기각되었다.

⁷⁴⁾ Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19.

⁷⁵⁾ 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

통적인 국제관습법상의 국내구제완료 원칙을 배제하고 외국인투자자가 직접 국가를 상대로 국제법상의 청구를 할 수 있도록 허용한 것이라고 볼 수 있다.

중재판정부는 신청인이 ICSID 중재를 제기하기에 앞서 국내구제수단을 경유할 의무가 없다고 하면서도, 이집트 관광청의 결정을 관할법원에서 다투지 아니한 이상 그 결정이 투자협정에 위반된다고 볼 수 없다고 하였다. 그러나 중재판정부의 이러한 태도는 ICSID 협약의 취지와 규정에 반하는 해석으로 평가된다. 즉, 협약에서 배제하고 있는 다른 구제수단 특히, 국내법원에의 제소를 강요하는 것은 외국인투자자가 투자유치국의 투자협정 위반에 근거하여 직접 청구할 수 있는 권리를 박탈하는 것이기 때문이다.

5. 포기·중복제소금지 조항

가. 포기조항

1) 개요

국내구제완료와 관련하여 NAFTA는 제1121조에서 소위 포기조항(Waiver)을 규정하고 있다.76) 포기조항은 엄밀한 의미에서 국내구제완료와 동일한 개념은 아니며, 투자중재를 제기하기 전 소송절차 등의 국내구제수단을 포기할 것을 요구하는 조항이다. 그럼에도 불구하고 포기조항은 투자중재절차에서 국내적 구제수단과 관련하여 일정한 관계를 형성한다는 점에서 의의를 갖는다. 이 조항에 따르면투자자는 문제된 조치에 대하여 국내 행정재판소 또는 법원에서 새로이 소송을

Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention."

⁷⁶⁾ Article 1121(1) "A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if ... (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."

개시하거나, 이미 제기한 구제절차를 계속 진행하지 않을 것임을 밝히는 포기서를 중재신청서와 함께 제출하여야 한다. 다만, 손해배상금의 지급을 제외한 금지명령 또는 기타 예외적 구제수단을 구하는 절차에 대해서는 그러한 포기를 요구하지 않는다(제1121조 제1항 및 제2항 각 b호). 이와는 달리 투자계약 내용에 특정 법원을 전속관할로 하고, 다른 절차(예컨대, 국제중재 등)는 포기한다는 관할포기조항(waiver of jurisdiction)을 규정한 경우, 투자자가 투자협정에 근거한 중재를제기할 수 있는지가 문제된다.

NAFTA의 포기조항 규정은 소위 중복제소금지조항(Fork in the road)과 몇 가지 점에서 차이가 있다. 첫째, NAFTA의 포기조항 규정은 국내절차에 대한 명시적 포기를 요구한다. 즉, 단순히 국내절차를 진행하지 않은 것만으로는 충분하지 않고, 이후에도 그러한 국내절차를 개시하지 않겠다는 명확한 의사를 표시해야한다. 둘째, 국내절차를 일단 개시한 사실만으로 국제중재절차를 청구할 권리를 박탈당하지 않는다. 이미 국내절차를 개시하였더라도 이를 더 이상 진행하지 않겠다는 의사를 명시적으로 표명하면 국제중재절차를 청구하는 것이 가능하기 때문이다. 마지막으로 포기의 대상은 국제중재에 회부된 분쟁이 아니라, 'NAFTA 위반이 문제된 조치'와 관련한 절차이다. 일반적으로 투자협정의 중복제소금지조항은 동일한 사실관계에 의하여 발생한 서로 다른 형태의 손해배상을 국내법원과 국제중재에 중복하여 청구하는 것을 허용하지 않는다. 그러나 NAFTA 제 1121조에 의하면, 국내법원이 특별손해 등 일부 관할권을 행사할 수 있는 예외는 있으나, 국제중재절차가 손해의 형태와 관계없이 모든 배상청구를 다루게된다.

2) 중재판정례

가) 포기조항 미준수 주장을 기각하여 중재관할권을 인정한 사건

Azurix v. Argentina

동 사건에서 신청인 Azurix은 아르헨티나 정부가 신청인과 체결한 양허계약을 해지하여 투자손실을 입었다며 미국·아르헨티나 BIT 위반을 근거로 ICSID에 중 재를 신청하였다. 피신청국은 신청인이 양허계약을 체결하면서 재판관할을 아르헨

티나의 지방법원으로 하고 다른 구제수단을 포기하기로 약정하였으며, 실제 신청 인은 위 지방법원에 먼저 제소한 사실이 있으므로 ICSID가 관할을 갖지 못한다고 항변하였다. 그러나 중재판정부는 계약서상의 분쟁관할(국내법원)에 제소한 것과 BIT에 규정된 ICSID 조항에 근거한 중재신청이 서로 청구원인을 달리하는 경우, 관할권 포기조항은 효력이 없다고 하였다. 즉, 법원에의 제소는 계약위반에 관한 분쟁이고 ICSID에의 중재신청은 BIT 위반에 근거한 분쟁이므로 양자는 서로 구분된다고 보고, 신청인의 BIT 위반에 기초한 중재신청에 대하여 관할을 인정하였다.77)

- 나) 포기조항 미준수 주장을 인용하여 중재관할을 부인한 사건
- Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Savador⁷⁸⁾

미국 국적의 회사 Commerce Group Corp(CGC)와 San Sebastian Gold Mines (SSGM)(이하, 신청인들)은 1968년부터 엘살바도르에서 희귀금속을 채광해 오다가 1987년부터 2006년까지 정식으로 엘살바도르 정부의 인가와 환경허가권을 얻어 사업을 확장하였다. 그러나 2006년 10월 엘살바도르 정부가 환경허가권을 취소한 뒤로 이를 다시 갱신해 주지 않았다. 신청인들은 엘살바도르 정부의 이러한 조치가 중미·도미니카 FTA(이하, 본 건 BIT)에 규정된 투자보호 의무에 위반된다며 2009. 7. 2. ICSID에 중재를 신청하였다.

피신청국은 신청인이 본 건 BIT 제10.18조79) 상의 포기조항을 준수하지 않았으므로 본 건 BIT 및 ICSID 협약 상의 유효한 중재합의가 성립되지 않았고, 따라서 중재판정부는 분쟁에 대한 관할이 없다고 주장하였다. 또한, 포기조항은 2가지 요건이 구비될 것을 요하는데, 첫째, 정식으로 서면 포기각서를 제출하여야 하고 둘째, ICSID 중재를 신청하기 전에 국내소송절차를 중지하여야 하며, 또한

⁷⁷⁾ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, Dec 8, 2003.

⁷⁸⁾ Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17.

⁷⁹⁾ 중미·도미니카 FTA 제10.18조 제2항에서는 "신청인은 중재를 신청하기에 앞서, 중재신청의 원인이 된 정부조치와 관련하여 일방체약국의 법률에 따른 여타의 행정구제 또는 법원의 소송절차를 개시하거나 속행할 권리를 포기하겠다는 서면을 제출하여야 한다."고 규정하고 있다.

ICSID에 중재를 신청한 후에도 포기조항은 준수되어야 한다고 하였다. 피신청국 주장의 핵심은 본 건 BIT의 포기조항 상 형식적인 요건뿐 아니라 실체적인 요건도 함께 충족되어야 한다는 것이다. 이는 과거 Waste Management Inc. v. United Mexican States 사건의 중재판정부도 확인한 내용으로, 이 사건 중재판정부는 "포기조항에 따라 신청인은 서면 포기각서의 제출 등과 같은 형식적 요건 뿐 아니라, 국내소송 등 본 중재절차와 병행하여 진행되는 다른 절차를 철회 또는 취하하는 등의 적극적 요건을 구비하여야 한다"고 판정한 바 있다.

이에 대하여 신청인들은 피신청국에 서면 포기각서를 제출한 것으로 충분하지, 국내소송절차를 중지할 것인지는 피신청국이 결정할 사항이라고 반박하였다. 즉, 포기조항이 중재신청의 전제조건으로 소송절차의 중지를 요구하는 것은 아니고 다만, 그러한 절차를 계속할 권리를 포기하도록 규정했을 뿐이므로, 해당 절차를 속행할지 여부는 피신청국의 판단에 따를 문제라는 것이다. 아울러 ICSID 중재가 개시된 이후의 사건은 중재판정부의 관할권에 아무런 관련이 없으므로 신청인들 이 소송절차를 중지해야 할 의무는 없다고 주장하였다.

중재판정부는 신청인들이 포기조항의 형식적인 요건, 즉 서면포기각서를 제출한 사실에 대해서는 당사자간에 다툼이 없다고 보았다. 다만 그 외에 실질적인 요건도 구비했는지가 문제되고 있으며, 이와 관련하여 그 요건이 충족된 시점을 언제로 볼 것인지가 중요하다고 판단하였다. 중재판정부는 중재신청서가접수된 2009년 7월 2일 현재, 신청인들은 본 중재에서와 동일한 조치를 근거로피신청국 국내법원에서 소송절차를 진행하고 있었으므로 유효하게 포기하지 않았다고 보았다. 신청인들은 두 절차의 청구원인이 다르고 분쟁의 대상도 다르다고 주장하나, 관련 쟁점은 모두 환경허가권의 취소에 관한 것으로 본질적으로동일하며, 따라서 신청인은 ICSID 중재신청에 앞서 국내소송절차를 중지했어야하나 이를 이행하지 않았으므로 포기조항을 준수하지 않았다고 판단하였다. 즉,신청인들은 본 건 BIT 제10.18조 상의 포기조항 즉, 중재신청을 하기 전 피신청국에서 소송절차를 포함한 다른 여타의 구제절차를 개시 또는 속행할 권리를포기하도록 한 규정을 준수하지 않았으므로 중재판정부는 분쟁에 대한 관할이없다고 판단하였다.

나. 중복제소금지조항

1) 개요

대부분의 투자협정은 일방체약국의 투자자가 선택할 수 있는 분쟁해결절차를 복수로 두고 있다. 예컨대, 투자유치국의 국내법원에 제소할 것인지 아니면 ICSID에 중재를 회부할 것인지 또는, 특정 중재기관을 정하지 않고 UNCITRAL 중재규칙에 의한 임의중재(ad hoc arbitration)를 따를 것인지 선택적으로 규정한다. 이경우, 투자자에게 선택 기회를 주되 일단 하나의 절차를 선택하면 이를 최종적인 것으로 보고 다른 절차를 이용할 수 없게 하여, 동일한 사안 또는 청구원인에 근거한 중복제소 남용을 막고자 소위 '중복제소금지조항(Fork in the Road)'이 도입되었다. 중복제소금지조항이란 계약 또는 투자협정 등에 복수의 분쟁해결절차를 규정하고 일방당사자가 이들 가운데 하나를 선택하면 다른 절차는 효력을 상실하도록 하는 것이다.80) 예컨대, 아르헨티나・프랑스 BIT 제8조 제2항은 "투자자가체약국 법원에 제소하거나, 분쟁을 국제중재에 회부한 경우 그러한 선택은 최종적이다"라는 규정을 두고 있다. 즉, 국내법원에 제소한 분쟁과 동일한 청구원인에 기하여 다시 국제중재를 제기하지 못하도록 한다.

중복제소금지조항의 적용에서 가장 핵심은 이미 개시된 절차와 새롭게 개시하려는 절차의 대상 분쟁이 동일한 것인지 여부이다. 국내법원에 청구한 분쟁과 국제중재에 청구한 분쟁이 동일한 사안일 경우에 한하여 중복제소금지조항이 적용되기 때문이다. 그러므로 만일 분쟁이 이미 국내법원에 계류 중이라는 주장 또는 국내법원에 의하여 이미 판결이 이루어졌다는 주장이 있는 경우, 중재판정부는 중재를 청구한 사건이 국내법원의 소송물과 동일한 내용인지를 먼저 판단하여야한다. 동일한 사건 여부를 판단하는 기준은 첫째, 분쟁당사자가 동일한지와, 둘째, 청구원인이 동일한지 여부이다. 분쟁당사자의 동일성은 일반적으로 쉽게 판단될수 있으며, 중재판정례에서 주로 문제되는 것은 '청구원인'의 동일성 여부이다. 이와 관련된 중재판정례는 아래와 같다.

⁸⁰⁾ NAFTA에는 이에 관한 명문의 규정이 없고, 다만 앞서 설명한 포기조항을 통하여 중복제소 금지와 유사한 효과를 의도하고 있다.

2) 중재판정례

가) 중복제소금지조항 위반을 부인한 사건

다수의 사건에서 중재재판부는 투자유치국이 중복제소금지조항에 근거하여 제기한 관할항변에 대하여, 당사자 또는 청구원인이 동일하지 않다는 이유를 들어기각하였다. 이 가운데 특히 문제된 것은 투자중재와 국내절차에 제기된 청구의기초가 서로 동일한 것인지에 대한 다툼이다.

Gevin v Estonia⁸¹)

본 사건에서 피신청국은 은행면허를 취소한 정부조치에 대하여 신청인이 국내법원에 이미 제소하였음을 이유로 중재판정부의 관할권에 이의를 제기하였다. 중재판정부는 에스토니아 국내법원에서 제기된 소송과 본 건 투자중재는 각각 당사자와 청구원인이 다르다며 피신청국의 주장을 부인하였다. 국내법원에서 현지은행이 자신의 이름으로 제소한 소송의 결과는 모든 주주와 은행의 이해관계자에게 영향을 미친다고 본 반면, ICSID 중재절차는 신청인의 투자에만 관련된 것이라고보았다. 은행면허의 회복 청구는 에스토니아에서 이루어져야 하나, ICSID 청구는 Gevin에게 발생한 손실이 투자협정 위반에 기인한 것인지에 관한 것이다. 따라서분쟁의 사실관계가 국내법원의 절차와 일부 관련이 있긴 하나, 신청인이 ICSID 중재를 신청할 권리는 배제되지 않는다고 하였다.

Desert Line Project v. Yemen

오만 국적의 신청인은 1999년 피신청국과 내륙도로 및 인접국을 연결하는 아스팔트 도로건설 계약을 체결하고 1999년 6월부터 2002년 9월까지 총 8건의 도로건설을 준공하였다. 이후 공사대금이 지급되지 않자 양측은 중재합의를 통하여 2004년 중재판정(예멘 중재판정)이 내려졌다. 그 후 피신청국은 법원에 예멘 중재판정의 취소를 구하는 소를 제기하면서, 취소의 사유로 중재합의의 무효와 적법절차 위반을 들었다. 한편, 이와 별도로 피신청국은 신청인 측에 35억 2천 432만

⁸¹⁾ Genin and others v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2.

6,966 예멘 리알을 주고, 이들의 장비 철수를 허용하는 것으로 사건을 마무리 짓자는 양해각서를 제안하였으나, 신청인은 이 제안이 부당하고 불공정하다 보고이를 거부하였다. 이후 신청인은 2004년 12월 22일 피신청국이 제기한 중재판정취소의 소를 기각하고 판정의 집행을 구하는 소를 법원에 제기하였다. 그러나 당초 피신청국이 제시한 합의안에 반대했던 신청인은 결국 2004년 12월, 양해각서에 최종 서명하였다. 또한 법원에 위 양해각서의 공증을 요청하였고 법원은 이를 승인하였다. 이후 피신청국은 2004년 말, 피신청국 중앙은행으로 하여금 신청인에게 양해각서에서 정한 35억 2천 432만 6,966 예멘 리알을 지급하도록 했고, 중앙은행은 2004년 12월 31일자로 신청인이 제출한 두 개의 하자보증을 해지해 주었다. 그러나 신청인은 다음 해 2005년 1월부터 5월에 걸쳐 피신청국에 양해각서의무효를 주장하며, 당초 예멘 중재판정에서 정한 공사대금을 지급해 줄 것을 요청하였다. 그리고 2005년 7월 2일 신청인은 오만·예멘 BIT에 근거하여 피신청국을 상대로 ICSID에 중재를 제기하였다.

본 건에서 피신청국은 신청인이 오만·예멘 BIT(이하, 본 건 BIT) 제11조에서 정한 절차적 요건을 충족시키지 못하였으므로 중재판정부의 관할이 인정될 수 없다고 주장하였다. 즉, 본 건 BIT 제11조는82) 소위 중복제소금지조항으로서 투자자가 여러 법정지 가운데 오직 한 곳에만 제소할 수 있도록 한 규정인데, 신청인은 이미 예멘 내에서 상사중재를 통하여 중재판정을 받은 사실이 있으므로 기판력이 발생하여 본 중재판정부는 사건에 대한 관할이 없다는 것이다. 또한 피신청국은, 본 투자중재 중재판정부는 위 예멘 중재판정의 집행을 관리하는 주체도, 그판정을 재심하는 상소기구도 아니며, 또한 예멘 중재판정은 적법한 절차에 따라내려졌으므로 신청인의 사법거부(denial of justice) 주장은 근거가 없다고 하였다. 아울러 제11조 제2항의 분쟁해결절차는 당사자들이 원만한 합의에 이르지 못한경우에 비로소 이용가능한 절차인데, 신청인과 피신청국은 '양해각서'에 합의한사실이 있고, 이로써 이미 양측 간의 모든 분쟁은 종결되었다고 보아야 한다고주장하였다.

⁸²⁾ 오만예멘 BIT 제11조 제2항에서는 "분쟁당사자가 우호적 해결을 위한 협상을 요청한 날로 부터 6개월이 경과하도록 합의에 이르지 못한 경우 당해 분쟁은 투자자의 선택에 따라 다음 각 호의 한 곳에 회부할 수 있다. a) 투자유치국의 관할법원 b) 투자유치국의 중재법에 따른 특별중재위원회 c) 아랍투자법원 d) ICSID 협약에 의한 중재"라고 기술함으로써 중복 제소금지조항을 규정하고 있다.

이에 대하여 신청인은 오만·예멘 BIT 제11조는 중복제소금지조항이 아니며, 설령 그렇다 하더라도 예멘 중재절차와 본 투자중재 절차는 청구원인과 당사자 를 모두 달리하므로, 본 중재판정부의 관할은 유효하게 성립한다고 하였다. 즉, 예멘 중재절차는 신청인과 예멘 공무부간에 2004년 6월 26일 체결된 중재합의에 근거하여 진행되었고 중재의 대상은 예멘 공무부의 계약상 의무 위반이었던 반 면, 본 건 중재의 대상은 BIT에서 정한 투자보호 원칙의 위반에 관한 것이라고 반박하였다.

중재판정부는 양측의 입장 차이는 근본적으로 예멘 중재판정의 해석과 관련 있다고 보았다. 피신청국은 이 중재판정으로 양측의 모든 분쟁이 정리되었다고 본 반면, 신청인은 양해각서 자체가 무효이므로, 그 기초가 된 예멘 중재판정에 대하여 이의를 제기할 수 있다는 것이다. 구체적으로, 신청인은 예멘 중재절차에서 피신청국이 판정의 결론에 대하여 중재인들을 압박한 것과, 이후 양해각서에 동의하도록 강요한 사실 등은 BIT 제3조가 규정한 '공정하고 공평한 대우'를 포함한 여러 실체적 보호조항에 위반하는 것이므로 예멘 중재판정과 양해각서는 국제적 효력이 부인되어야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 비록 예멘 중재절차와본 중재절차의 궁극적 취지가 계약상 공사대금과 공사의 수행 중 발생한 손해의 배상을 구하는 것이었으나, 양 절차는 서로 다른 청구원인에 근거했다고 보았다. 신청인은 계약에 따른 사적권리를 실현하기 위하여 예멘 중재를 제기한 것이며 그 절차에서는 BIT 위반을 주장한 사실이 없고, 예멘 중재판정부 역시 BIT 위반문제를 다루지 않았다. 요컨대, 예멘 중재판정의 결과는 본 중재판정부가 BIT 위반에 근거한 신청인의 청구에 대하여 갖는 관할권에 아무런 영향을 미치지 않는다고 판정하였다.

- 나) 중복제소금지조항 위반이 인용된 사건
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania⁸³)

신청인, Pantechniki S.A. Contractors & Engineers는 그리스 국적의 건설회사로, 1994년 여름 알바니아가 발주한 교량 및 도로 토목공사 국제입찰에 낙찰되어 2개

⁸³⁾ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21.

의 공사계약을 체결하고 곧바로 공사에 착수하였다. 그러나 1997년 3월 알바니아 내에 대규모 소요사태가 발생하여 건설현장에서 철수할 수밖에 없게 되었고. 이 후 무장한 강도들이 공사현장에 난입하여 모든 건설자재 및 장비를 약탈해 갔다. 신청인은 1997년 5월 29일 알바니아를 상대로 490만 달러의 손해배상을 청구하 였고, 같은 해 10월 세계은행에서 파견한 현장 감리는 손해액을 310만 달러로 산 출하였으나, 이후 알바니아의 도로총국장은 특별위원회를 구성하여 신청인의 손실 을 180만 달러로 재평가했다. 신청인은 본 공사 외에 다른 프로젝트에도 참여하 고 있던 터라 알바니아 정부와의 우호적인 관계를 고려하여 대폭 감액된 위 보상 액을 수용하기로 결정하였다. 이후 도로총국장은 1999년 2월 3일 공무장관에게 서신을 보내 보상금 내역에 대하여 통지하였고, 공무장관은 1999년 4월 26일 재 무부장관에게 보상금 지급 요청 공문을 보냈다. 그러나 1999년 5월 11일 재무부 장관은 위 보상금의 지급을 거절하는 공식 입장을 발표하였다. 이후 2001년 5월 31일 신청인은 알바니아 공무장관을 상대로 위 '합의'에 근거하여 법원에 소를 제기하였다. 법원은 2006년 7월 4일 신청인의 청구를 기각하였고, 이에 신청인은 같은 해 7월 14일 항소법원에 항소하였다. 2007년 7월 5일 항소법원이 이를 기각 하자 신청인은 곧바로 대법원에 상고하였다. 한편 신청인은 같은 해 8월 1일 알 바니아·그리스 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였고 중 재절차의 진행 중에 대법원에 계류 중인 상고를 취하하였다.

피신청국은 신청인의 청구가 ICSID 협약 제26조에 의하여 허용되지 않는다고 주장하였다. 동 조는 "본 협약에 따른 당사자의 중재합의는 달리 규정한 바가 없으면, 다른 어떠한 구제수단도 배제한 것으로 간주된다. 협약 가입국은 본 협약에 따른 중재에 동의하는 조건으로 국내의 행정적 또는 사법적 구제수단의 완료를 요구할 수 있다"고 규정하고 있다. 따라서 신청인이 이미 알바니아 국내법원에소를 제기한 이상, ICISD 중재를 동시에 제기할 수 없으며, 특히 ICSID에 중재를 제기한 후 알바니아 대법원에 상고한 것은 협약 제26조에 위반된다고 하였다. 아울러 피신청국은 본 건 BIT 제10조 제2항에 규정된 소위 중복제소금지조항을 인용하며 신청인의 중재신청이 이에 위반된다고 주장하는 바, 동 조는 "분쟁이 발생하고 일방당사자가 우호적인 해결을 요청한 날로부터 6개월 이내에 해결되지않는 경우, 투자자 또는 일방체약국은 당해 분쟁을 해당 체약국의 법원에 제소하거나 국제중재에 회부할 수 있다."고 규정하고 있다. 즉, 2가지 구제수단 가운데

어느 한 곳을 선택하면, 나머지 구제수단은 배제되므로 국내법원에 제소한 이상 다시 ICSID 중재를 신청할 수 없다는 것이다.

이에 신청인은 ICSID 협약 제26조에 따르더라도, 계약상 청구가 국내법원에 계류 중이라고 해서 협정위반에 근거한 중재신청까지 금지되는 것은 아니라고 반박하였다. 신청인의 주장에 따르면, 위 조항의 취지는 ICSID 중재판정부 외에 알바니아 국내법원을 포함한 다른 법원이 협정위반 청구를 중복해서 심사하는 것을 금지하는 것이며, 아울러 자신들이 법원에 제소한 것은 스스로 선택한 것이 아니라 알바니아 당국이 개입하여 종용한 데 따른 것이었으므로, 본 건 BIT 제10조제2항은 적용될 수 없다고 주장하였다.

중재판정부는 궁극적으로 본 건 중재는 협정에 근거하여 관할권이 성립되므로 단순히 계약위반 여부를 다투는 청구는 관할 범위에서 벗어난다고 하였다. 신청인도 이 점을 잘 알기 때문에 자신의 청구가 계약상 청구가 아닌 협정위반에 근거한 것이라고 강력히 주장하였으나, 주장만으로 관할권이 성립하는 것은 아니며 본질적으로 청구의 성질이 무엇인지가 중요한 기준이라고 보았다. 중재판정부는 본 ICSID 중재에 회부된 청구는 이미 알바니아 법원에 제소한 청구와 같은 성질의 것이라 보았다. 즉, 보상위원회가 제시한 보상금액의 지급을 알바니아 재무부가 거부하고 법원 역시 이를 확인한 것인데, 신청인이 이 문제를 ICSID 중재에 회부한 것이라고 하였다. 결론적으로 신청인은 본 건 분쟁을 이미 알바니아 법원에 제소한 셈이므로 똑같은 분쟁을 다시 ICSID 중재에 회부할 수 없다고 하면서본 건 중재를 각하하였다.

제2절 시간적 관할

1. 개요

한·미 FTA 제11.16조 제4항에서는84) ICSID 및 UNCITRAL 등 각 중재절차 별로 중재제기 시점을 명확히 하기 위한 규정으로 중재의사통지(Notice of Intent) 가 중재기관 또는 피신청국에 접수된 시점을 중재제기 시점으로 정하고 있다. 중 재제기 시점은 투자중재에서 문제가 되는 냉각기간 준수, 투자협정의 소급효, 제 척기간 등에서 기산점이 되기 때문에 매우 중요하다. 따라서 이러한 기산점이 되 는 중재제기 시점 등을 투자협정 등에서 명확히 해야 할 필요가 있다. 투자중재 의 시간적 관할(時間的 管轄)과 관련해서 피신청국이 주로 제기하는 항변은, 첫째, 냉각기간의 준수에 관한 사항이다. 투자협정에서는 중재의사통지 후 6개월 또는 일정 기간이 경과된 후에 중재를 신청하도록 하고 있는데, 이를 냉각기간 (cooling-off period)이라 한다. 중재판정례에서는 냉각기간을 강행규정으로 볼 것 인가와 관련하여, 이 기간을 준수하지 않고 제기한 투자중재는 중재신청의 선결 조건을 충족하지 못한 것으로 보아 각하해야 한다는 피신청국의 항변이 종종 제 기되고 있다. 둘째, 투자협정의 소급효에 관한 문제이다. 즉, 일반적으로 투자협정 에서는 발효일 이전에 발생한 투자유치국의 행위 또는 사실, 발효일 이전에 더 이상 존재하지 않게 된 상황에 관해서는 적용되지 않는다고 규정하고 있는데, 이 는 투자협정 적용의 소급효를 배제하기 위한 명확한 규정이다. 그러나 종종 투자 유치국의 문제가 된 조치 및 행위의 시점이 명확하지 않거나 행위의 효과 등이 지속되는 경우, 그 당시 발효된 투자협정을 원용하여 투자중재를 제기하는 경우 가 중재판정례에서 종종 문제되고 있다. 셋째, 제척기간이다. 투자협정에서는 신 청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입 었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할 날로부터 3년 내지 5년이 경과한 경 우에는 중재신청을 할 수 없음을 규정하고 있다. 그러나 중재판정례에서는 제척 기간의 도과와 관련하여 종종 다툼이 발생하고 있다. 즉, 대부분의 투자협정에서 는 제척기간 산정의 기산점이 "신청인이 투자협정 위반의 사실, 신청인 또는 자 신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알았어야 할

⁸⁴⁾ 한·미 FTA 제11.16조 제4항에서 "청구는 다음의 시점에 이 절에 따른 중재에 제기된 것으로 간주된다"고 규정하였고, 각 호에서 ICSID 중재규칙, ICSID 추가절차규칙, UNCITRAL 중재규칙, 기타 중재규칙 등에 의한 중재절차 진행 시 중재청구의 시점을 명확히 하고 있다.

날"로 규정되어 있기에, 이러한 기산점과 관련하여 피신청국은 제척기간의 도과를 주장하면서 중재판정부가 시간적 관할이 없음을 이유로 관할항변을 제기하고 있 다. 아래에서는 시간적 관할과 관련하여 문제가 되는 사안을 중재판정례와 함께 구체적으로 살펴본다.

2. 냉각기간 준수

가. 개요

한·미 FTA 협정 제11.16조 제3항 전단에서는 투자분쟁 발생일로부터 6개월 후에 중재신청을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 분쟁 당사자들이 정식으로 중재신청을 하기 전에 우호적인 분쟁해결을 도모할 기회를 부여하기 위함이다. 대부분의 투자협정이 냉각기간을 두고 있으나, 그 기간은 협정마다 상이하다. 영국의 모델 BIT는 3개월, 독일의 모델 BIT는 6개월, 스페인·인도네시아 BIT는 12개월로 정하고 있다.85) 냉각기간과 관련해서는 '중재의사통지'와 관련하여 발생했던 문제와 유사한 분쟁이 발생하고 있다. 즉, 투자협정에서 정한 냉각기간을 강행규정으로 볼 것인가와 관련하여, 이 기간을 준수하지 않고 제기한 투자중재는 중재신청의 선결조건을 충족하지 못한 것으로 보아 각하해야 한다는 피신청국의 항변이 종종 제기되고 있다. 또한, 대부분의 투자협정에서 냉각기간의 기산일이 되는 투자분쟁 발생일을 명확히 정의하고 있지 않아 중재관할의 존부에 대한 다툼을 일으키고 있다.86)

⁸⁵⁾ 각기 다른 냉각기간으로 인하여, 장기간의 냉각기간을 가진 BIT에 근거하여 투자분쟁을 제기한 신청인은 보다 빠른 피해구제를 받기 위하여 투자유치국이 다른 국가와 체결한 BIT 상의 상대적으로 짧은 냉각기간을 '최혜국대우' 조항을 원용하기도 한다.

⁸⁶⁾ Standard Chratered Bank V. United Republic of Tanzania 사건의 경우, 영국·탄자니아 투자보 장협정은 분쟁의 발생 후 6개월이 지나야 중재를 할 수 있도록 냉각기간을 두고 있는데, 피신청국은 신청인이 이러한 냉각기간을 준수하지 않았다고 주장하였다. 탄자니아의 주장에 의하면 분쟁이 발생한 것은 중재의향서를 통지한 2009년 12월 17일이고, 중재신청은 2010년 5월 10일에 행해졌으므로 이러한 냉각기간의 요건을 충족하지 않았다는 것이다. 중재판정부는 '투자' 적격에 관한 판단 후 각하판정을 내리면서 이 부분에 대해서는 별도 언급하지 않았다.

나. 중재판정례

- 1) 냉각기간 준수를 관할요건으로 본 사건
- Impregilo S.p.A v. Argentine Republic

본 사건은 1999년 이탈리아 법인 Impregilo S.p.A가 대주주로 있는 아르헨티나의 회사 AGBA와 부에노스아이레스 주정부 간의 수도 및 폐수처리 서비스 양허계약의 이행과 관련하여 제기된 분쟁이다. 신청인은 2007년 7월 25일 이탈리아·아르헨티나 BIT상의 투자보호 의무 위반을 근거로 동 협정 제8조에 의거하여 ICSID 협약에 따른 중재를 신청하였다.

본 건 BIT 제8조 제2항과 제3항에 포함된 분쟁해결조항은 투자자들이 중재신청을 제기하기 전 18개월 동안 국내법원에 분쟁을 제출하도록 요구하고 있다.87) 피신청국은 동 조항에서 사용된 'may'라는 동사는 투자자가 중재신청을 원하는 경우, 분쟁을 먼저 국내법원에 제출하고 그 때부터 중재신청 전까지 18개월 동안 기다리지 않아도 된다는 것을 의미하지는 않는다고 주장하였다. 즉, 신청인은 중재의사통지 후로부터 18개월이 경과된 후에야 비로소 중재신청을 할 수 있다고 주장하였다. 따라서 본 건 BIT에 포함된 절차적 요건을 충족하지 않았으므로 신청인의 본 청구는 기각되어야 한다면서 Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic 사건과 TSA v. Argentine Republic 사건의 중재판정문을 원용하였다.

중재판정부는 투자자가 국내 사법법원이나 행정법원에 분쟁을 제출해야(shall) 한다고 규정한 BIT들도 있음을 감안하면, 본 사건 BIT 제8조 제2항의 'may'라는 용어는 분쟁을 국내법원에 제출할 의무를 투자자에게 부여하는 것은 아니라고 보았다. 그러나 중재판정부는 BIT간의 용어 차이는 반드시 실체적인 차이를 의도한 것이라 볼 수 없으므로, 제8조 제2항과 제3항을 묶어서 해석할 때 합리적인 의미가 부여된다고 하면서 제3항을 검토하였다. 중재판정부는 제8조 제3항은 국제중

⁸⁷⁾ ARTICLE 8 Settlement of Disputes between Investors and Contracting Parties

^{2.} If the dispute cannot be settled amicably, it <u>may</u> be submitted to the competent judicial or administrative courts of the Party in whose territory the investment is made.

^{3.} Where, after eighteen months from the date of notice of commencement of proceedings before the courts mentioned in paragraph 2 above, the dispute between an investor and one of the Contracting Parties has not been resolved, it **may** be referred to international arbitration.

재를 위한 일반조건으로, 국내절차가 없는 상황에 대한 예외를 규정하지 않았다고 보았다. 즉, 예외를 두고자 하였다면 "분쟁이 제2항에 따른 권한 있는 사법 또는 행정법원에 제출되지 않은 경우, 또는 이들 법원에 분쟁이 제출된 후에도 절차개시 후 18개월 동안 해결되지 않은 경우 분쟁은 국제중재에 회부할 수 있다"88》고 규정했을 것이라 하였다. 다시 말해, 제8조 제3항은 분쟁을 국제중재에 제출하고자 하는 투자자가 준수해야 하는 일반적 조건을 규정하고 있다고 보았으며, 준수되어야 하는 조건은 먼저, i) 국내법원에 분쟁을 제출하고, ii) 국제중재를위하여 18개월을 기다려야 한다고 하였다. 중재판정부는 신청인이 이러한 조건을준수하지 않았다고 판단하면서, 제8조 제3항이 강제적이라는 이러한 결론은 유사한 조문을 가지고 있는 두 개의 사건에서 입증이 되었음을 강조하였다. 즉, Maffezini 중재판정부는 먼저 국내법원에 분쟁을 회부해야 한다는 요건은 강행적관할요건이라고 판정한 바 있고,89) Wintershall 판정부도 이와 동일한 해석을 하였다.90) 요컨대, 제8조 제3항은 ICSID 중재에 앞서 충족해야 할 관할요건을 규정하고 있으나, 신청인은 이를 구비하지 않았으므로 중재정부는 본 사건에 대한 관합권이 없음을 결정하였다.

^{88) &}quot;If the dispute has not been submitted to the competent judicial or administrative courts in accordance with paragraph 2 above, or if the dispute, after having been submitted to these courts, has remained unsolved eighteen months after the commencement of proceedings before them, it may be submitted to international arbitration."

^{89) &}quot;35. the Contracting Parties to the BIT(Argentina and Spain) wanted to give their respective courts the opportunity, within the specified period of eighteen months, to resolve the dispute before it could be taken. Had this been the Claimant's sole argument on the issue, the Tribunal would have had to conclude that because the Claimant failed to submit the instant case to Spanish courts as required by Article X(2) of the BIT, the Centre lacked jurisdiction and the Tribunal lacked competence to hear the case."

^{90) &}quot;155. Undoubtedly, the promotion and protection of investment is an object or purpose of the BIT but that promotion and protection in the Argentina-Germany BIT is to be "on the basis of an agreement" (i.e. on the basis of the terms of the Treaty): which could not possibly exclude the provisions of Article 10(2). If the object and purpose had been to have an immediate unrestricted direct access to ICSID arbitration, then inclusion of Article 10(2) would have been otiose and superfluous. Therefore, the assumption and assertion made in this proceeding (and in some decisions of ICSID Tribunals as well), that since the object and purpose of a BIT is to protect and promote investments, unrestricted direct access to ICSID must be presumed, is contrary to the text (and context) of this BIT, i.e., the Argentina-Germany BIT."

[&]quot;156. To conclude, for the reasons mentioned above, the Tribunal's decision on this first part of Argentina's first Preliminary Objection to Jurisdiction is that Wintershall (the Claimant) could not avoid prior compliance with Article 10(2) of the Argentina-Germany BIT before initiating arbitration proceedings. Not having so complied with Article 10(2), the Tribunal has no competence to entertain the claim and to proceed with it on merits."

Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador

본 건은 미국 국적의 Murphy Exploration and Production Company International 이 에콰도르 정부와 체결한 Ecuadorian Amazon 지역에서의 탄화수소를 탐사·개 발하는 용역계약과 관련하여, 미국·에콰도르 BIT에 의거 에콰도르를 상대로 2008년 3월 3일 ICSID에 중재를 신청한 사건이다.91)

피신청국은 본 건 BIT 제6조 제3항은 분쟁이 발생하고 투자중재를 신청하기 전 6개월 동안 당사자간 협의 또는 협상을 통하여 우호적으로 해결할 것을 규정 하고 있는 바, 신청인이 이 기간을 준수하지 않았으므로 중재신청은 각하되어야 한다고 주장하였다. 반면, 신청인은 6개월 동안 협상을 진행하지 않았더라도 이것 이 중재판정부의 관할에 영향을 미치지 않는다고 주장하였다. 또한, 신청인은 과 거 대부분의 중재판정례를 보더라도 냉각기간은 단순히 절차상의 요건에 불과하 지 관할권 여부를 결정할만큼 중대한 요건은 아니며, 이러한 절차상 요건은 관할 요건과 비교할 때 하위 개념에 속한다고 반박하였다.

중재판정부는 6개월의 냉각기간의 성격에 대하여 검토하면서 절차적 요건이 관할 요건에 비해 덜 중요한 것은 아니라고 하였다. 예컨대 ICSID 협약상 중재판정의 취소신청에 관한 제척기간92)과 같은 절차적 요건을 지키지 않을 경우, 당사자에게는 중대한 법률적 효과가 초래된다는 점을 강조하였다. 과거 Lauder 사건 중재판정부는 6개월의 냉각기간은 관할에 관한 요건이라기보다 절차적 요건에 해당하며, 당사자는 반드시 이를 지켜야 한다고 판시한 바 있다.93) 그러나 이를 준수하지 않았을 때의 법적 효과에 대해서는 언급하지 않았었는데, 본 사건의 중재판정부는 Lauder 사건 중재판정부가 분쟁해결에 관한 냉각기간을 절차적 규정이라고 보면서도 이를 준수하지 않을 경우 아무런 법적 효과를 부여하지 않는 것은 납득할 수 없다고 하였다. 즉, 6개월의 냉각기간 규정은 신청인의 주장처럼 절차

⁹¹⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 1. '협의 및 협상의무'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

⁹²⁾ ICSID 협약 제52조 제2항에서는 중재판정 취소 신청에 관하여 "신청은 판정이 내려진 날로 부터 120일 이내에 이루어져야 한다. 다만, 판정부의 부정을 이유로 한 무효 신청은 그러한 부정을 발견한 날로부터 120일 이내에, 그리고 어떠한 경우라 할지라도 판정이 내려진 날로 부터 3년 이내에 해야 한다"고 규정하면서 제척기간에 관한 내용을 두고 있다.

⁹³⁾ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Case, Award, September 3, 2001.

적 또는 훈령 성격의 규정은 아니며, 중재신청 전에 반드시 준수해야 할 필수적인 규정으로 보아야 한다고 판단하였다. 중재판정부는 Burlington 사건 중재판정부의 관할권에 관한 결정문을 원용하였는데, 동 중재판정부는 "관련 조약에서 외국인투자자에게 중재신청 전 6개월의 냉각기간을 준수하도록 한 취지는 피신청국에게 문제된 조치·행위를 시정할 기회를 주기 위함이므로, 투자자가 이 요건을무시하고 바로 중재를 신청하는 것은 그러한 국가의 권리와 기회를 박탈하는 것이다. 이 경우 중재판정부의 관할은 성립하지 않는다."고 하여 절차적 요건의 중요성을 언급하였다. 94) 결론적으로, 중재판정부는 본 건 BIT 제6조 제3항의 6개월 냉각기간이 관할요건에 해당하지 않는다는 신청인의 주장을 기각하였다.

2) 냉각기간 준수를 관할요건으로 보지 않은 사건

TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic

신청인 TSA는 아르헤티나에서 설립된 회사로서, 네덜란드 회사인 TSI Spectrum International N.V.가 완전히 소유하고 있는 자회사이다. 아르헨티나는 법 령 1073/1992의 제정을 통하여 아르헨티나 통신위원회(이하, CNC)로 하여금 라디 오 주파수의 관리, 경영 및 통제를 민영화하기 위한 입찰을 준비하도록 지시하였 다. 1997년 3월 14일 신청인과 다른 입찰자 1인이 입찰서를 제출하였고, CNC는 신청인에게 양허를 부여하고자 신청인과 CNC를 계약 당사자로 하고 양허조건과 당사자들의 의무를 규정한 양허계약에 서명하였다. 계약기간은 15년이었으나 양 허를 받은 자가 계약상의 의무를 준수하고 계약후속위원회의 일정한 기준을 충족 하는 경우 추가적으로 5년간 연장이 가능하였다. 계약에 따르면 신청인은 CNC에 게 라디오 주파수 관리, 감독 및 통제 서비스를 제공하기로 되어 있었다. 다시 말 하면 통합된 데이터베이스를 만들 의무가 있었다. 신청인과 CNC는 각각 서비스 제공과 주파수 사용에 대하여 징수한 요금의 일정 퍼센트를 매달 받을 자격이 있 었고, 계약 제29조에서 분쟁해결에 관하여 규정하고 있었다. 그런데 2004년 1월 26일 CNC는 결의안(Resolution No. 242/04)을 통하여 신청인이 통합정보시스템 제공이라는 계약상의 의무를 위반하고 부당이익을 취했다는 이유를 들며 양허계 약을 종료하겠다고 선언하고, 계약의 대상이었던 설비와 자산을 CNC 자신이 직

⁹⁴⁾ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, June 2, 2010.

접 운영할 것이라고 결정하였다. 이에 신청인은 2004년 6월 4일에 통신부 장관에게 서한을 보내 결의안(Resolution No. 1231/04)을 번복해 줄 것을 요청하였다. 그러나 통신부 장관에게 서한을 보낸 지 30일이 지나도록 답변을 듣지 못했고, 이에 신청인은 2004년 12월 10일에 아르헨티나 대통령에게 서한을 보내, 30일이 지나도록 통신부 장관으로부터 명시적인 답변이 없었기 때문에 아르헨티나 법에 따라서 자신의 요청이 거절당한 것으로 간주되어야 하고, 구속력 있는 중재를 통하여 투자분쟁을 해결하겠다고 통지하였다. 그리고 2004년 12월 20일, 네덜란드·아르헨티나 BIT를 근거로 ICSID에 투자중재를 신청하였다. 그런 후, 2005년 5월 23일에 공공투자 및 서비스부는 결의안(Resolution No. 242/04)에 대한 TSA의 이의제기를 최종적으로 거절하는 통지를 보냈다.

본 사건에서 피신청국은 네덜란드·아르헨티나 BIT 제10조 제3항에서95) 냉각 기간에 관한 규정을 신청인이 준수하지 않았다는 본안전 항변을 제기하였다.

신청인은 첫째, 문제된 조치의 취소를 위하여 분쟁을 아르헨티나 행정기관에 제출하였으나 거절당하였으므로 본 건 BIT 제10조의 요건을 충족시켰고, 둘째, 제10조는 중재판정부의 관할권과 무관한 절차적 규정이며, 셋째, BIT 제10조상의 요건을 대체하기 위하여 제3조 제2항의 MFN 조항을 원용할 수 있다면서 피신청 국의 냉각기간 미준수에 기한 관할항변에 반박하였다. 특히, 여러 ICSID 판정례가 MFN 조항을 통하여 더 짧은 냉각기간을 규정한 제3의 투자협정을 원용하는 것을 허용해 왔다고 주장하였다. 즉, Emilio Agustí Maffezini v. Kingdom of Spain, Siemens A.G. v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, National Grid plc v. Argentine Republic 등의 사건들에서 적용된 BIT는 일정기간의 냉각기간을 규정하고 있었으나, 신청인들이 당해 BIT의 MFN 조항에 의거 국내절차를 경유하지 않고 직접 중재를 규정한 다른 BIT를 원용하였는데, 각각의 중재판정부가 이를 허용하였다고 주장하였다.

⁹⁵⁾ 아르헨티나네덜란드 BIT 제10조 제3항에서는 "BIT에 의하여 보호되는 투자자가 중재를 제기하기 위해서는 2가지 요건, ① 투자유치국의 행정 또는 사법기관에 분쟁을 제출한 날로부터 18개월, ② 최종결정이 내려지지 않았거나 최종결정이 내려졌으나, 당사자 사이에 여전히 분쟁이 있는 경우라는 요건이 누적적으로 충족되어야 한다"고 규정하고 있다.

중재판정부는 BIT 제10조 제2항에 따르면 일방당사자는 분쟁을 투자유치국의 행정기관 또는 사법기관에 제출할 수 있고, BIT 제10조 제3항에서는 해당 분쟁에 대한 행정기관 및 사법기관의 최종결정이 내려졌거나, 분쟁이 행정기관이나 사법기관에 제출된 후 18개월이 지난 경우에 한하여 국제중재를 개시할 수 있다고 지적하고, 먼저 최종결정이 있었는지 여부를 검토하였다. 중재판정부는 본 건 BIT가제10조 제3항의 '최종결정(final decision)'이 어떤 의미인지를 알려주는 명확한 근거는 없으나, 이는 국제중재에 회부할 분쟁의 수를 되도록 제한하고자 한 의도였다고 보았다. 따라서 동 조항은 18개월이라는 시간제한보다는 국내구제완료의 요건을 중시한 규정으로 볼 수 있고, 이에 의하면 결정이 번복될 합리적인 기회가 없는 경우 비로소 최종결정으로 보아야 한다고 하였다.

반면, 본 사건에서 신청인은 통신부 장관에게 양허계약의 종료 결의안을 정정 해 달라는 요청서를 제출하였는데, 이는 신청인이 결의안이 취소 또는 정정될 것 이라 기대한데 따른 것으로 보았다. 따라서 중재판정부는 동 결의안(Resolution No. 1231/04)이 BIT 제10조 제3항상 '최종결정'은 아니라고 보았다. 그러나 신청 인은 이에 대한 답변을 기다리지 않고 2004년 12월에 ICSID 절차를 개시하였는 데, 그렇다면 i) 신청인이 ICSID 중재를 시작하기 전에 통신부에 제기한 항의에 대한 답변을 기다려야 했는지, ii) 신청인이 ICSID 중재절차를 시작하기 전에 아 르헨티나 법원에 항소를 해야 했는지가 문제된다. 신청인은 아르헨티나 법에 따 르면 30일 이내(이 사건에서는 2004년 7월)에 답변이 없는 경우 항소가 거절된 것으로 간주된다고 주장하였으나, 아르헨티나의 통신부와 공공투자 및 서비스부는 30일이 지난 후에도 신청인의 항의를 계속해서 심사했는데, 이는 신청인에게 항 의를 할 합리적인 기회가 계속해서 있었음을 의미하다. 신청인이 ICSID 중재를 요청했을 당시에는 BIT 제10조 제3항의 의미에 해당하는 '최종결정'이 아직 내려 지지 않았을 뿐만 아니라 18개월이 도과하지도 않았다. 신청인의 항소가 거절된 2005년 5월 23일 당시, 18개월 중 14개월이 도과하였고, 신청인은 18개월 중 15 개월이 도과한 2005년 6월 27일에 항소신청 거절을 통보받았다.

이러한 일련의 과정에 대하여 중재판정부는 본 사건에서는 18개월의 기간 중 3개월이 남은 시점에서 신청인이 항소신청 거절통보를 받았기 때문에, 법원이 18 개월 만료 전에 신청인에게 만족스러운 결정을 내려줄 수는 없었을 것이라고 보 았다. 이러한 상황에서 BIT 제10조 제3항에서 규정된 형식요건을 준수하지 않은 것을 이유로 본 사건을 거부하는 것은 매우 형식주의에 치중한 것이라고 판단하였다. 따라서 중재판정부는 본 사건에 관할을 갖는 것으로 판단하였고, 이러한 결론을 고려할 때 피신청국의 MFN 조항 원용에 대한 항변이 유효한 것인지 여부는 검토할 필요가 없다고 하였다.

Bayindir v. Pakistan⁹⁶)

신청인 Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş.는 터키 국내와 국외에 고속도로와 대형 공공기반 시설을 건설하는 회사로서 터키 국적의 법인이며, 터키 수도인 앙카라에 본사가 있다. National Highway Authority(이하, NHA)는 파키스탄 고속도로 건설법 제11조에 의하여 설립된 정부 산하 공공기관으로 파키스탄 국립 고속도로 및 전략 도로 등을 설계, 개발, 운영, 유지하는 기관이다. NHA는 'Pakistan Islamabad·Peshawar Motorway'라는 6차선 고속도로 건설 및 제반 작업수행을 위하여 1993년에 신청인과 계약을 체결하였다. 이후 1997년 7월 3일 양당사자는 1993년 계약의 내용을 모두 포함하면서, 1997년 3월 29일에 체결한 양해 각서에서 합의한 중요한 조건들을 포함한 새로운 계약을 체결하였다. 그러나이후 본 계약의 체결과정에서 파키스탄 정부는 신청인을 계약에서 배제하고 국내계약자들 및 다른 외국인투자자들과 본 계약을 체결하였다. 이에 신청인은 파키스탄 정부를 상대로 내국민대우 및 최혜국대우 위반을 주장하며 투자중재를 제기하였다.

본 사건에서 파키스탄 정부는 신청인이 본 계약 체결이전이기 때문에 '투자' 자체가 부재하므로 중재판정부의 본 건에 대한 관할권은 인정되지 않는다는 항변 과는 별개로, 신청인의 청구가 중재신청 6개월 전에 통지하도록 규정한 터키·파키스탄 BIT 제7조상의 냉각기간을 준수하지 않았다는 이유로 관할항변을 제기하였다. 이에 중재판정부는 냉각기간이 관할권 성립을 위한 필수적인 전제조건은 아니라고 보았다. 즉, 중재판정부는 신청인이 냉각기간을 준수하지 않았더라도 중재관할 성립에 중대한 하자는 아니라보고 피신청국의 항변을 기각하였다.

⁹⁶⁾ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29.

3. 소급효

가. 개요

한 · 미 FTA는 제11.1조 제2항에서 "본 11장은 이 협정의 발효일 이전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여 어떠한 당사국도 구속하지 아니한다"고 규정하고 있다. 즉, 본 협정의 발효일 이전에 발생한 행위 또는 사실, 발효일 이전에 더 이상 존재하지 않게 된 상황에 관해서는 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이는 투자협정 적용의 소급효를 배제하기 위한 명확한 규정이다. 97) VCLT 제28조에 의하면 별도의 의사가 조약에 나타나지 않거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한 조약은 소급 적용되지 않는 것이 국제법상의 원칙이라고 할 수 있으나, 중재판정례에서 투자협정의 적용범위와 관련하여 소급효가종종 문제되고 있다.

구체적으로, 문제된 조치나 분쟁상황 자체가 투자협정 발효 이전에 취해졌다하더라도 그 조치로 인한 협정의 위반상태가 발효 이후까지 지속되거나, 손실 및손해가 지속적으로 야기되는 경우에 중재관할이 성립되는지가 문제된다. 2002년 10월에 중재판정이 내려진 Mondev v. United States 사건에서%) 소급효 배제의 범위 등이 문제된 바, 중재판정부는 NAFTA가 명시적인 소급효 금지 규정을 두고있지 않으나 원칙적으로 소급효는 인정되지 않는다고 지적하면서도, 협정 발효전의 행위라도 그 효과가 협정 발효 이후까지 지속되는 경우에는 NAFTA 의무위반이 성립될 수 있음을 언급하였다. 즉, 중재판정부는 '계속성을 갖는 행위'와'이미 종료되었음에도 계속적으로 손실 및 손해를 야기하는 행위' 사이에는 구별이 필요하다고 전제한 후, 협정위반이라 주장되는 행위가 '계속성'을 갖는지 여부는 개별 의무의 내용과 사실관계에 따라 결정된다고 하였다. 반면, 투자중재가 아직 활성화 되지 않았던 1990년대의 중재판정례를 보면 대체로 투자협정의 소급효는 부인되었다. 예컨대, Tradex v. Albania 사건에서%) 중재판정부는 수용과 중재제기 요청이 알바니아·그리스 BIT 발효 이전에 있었기에 해당 조약에 근거한 관

⁹⁷⁾ 법무부, 「한·미 FTA 투자분야연구」, 2008, 39면.

⁹⁸⁾ Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2.

⁹⁹⁾ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Legal basis for arbitral jurisdiction: Albanian Law No. 7764 on Foreign Investments(1993).

할권은 발생할 수 없다고 판단하였고, *CSOB v. Slovakia* 사건에서도 체코·슬로 바키아 BIT가 발효되지 않았기 때문에 그것을 근거로 관할권이 발생할 수 없다고 판단하였다. 반면, 2000년대 후반의 투자중재인 다음의 사건들에서는 BIT의 소급 효과 관련하여 두 개의 사건이 조사되었고, 중재판정부도 각각 다르게 판단하였다.

나. 중재판정례

- 1) 소급효가 인정된 사건
- Ioan Micula v. Romania¹⁰⁰)

1998년 9월 30일 루마니아는 긴급정부명령(EGO 24)을 통하여 낙후지역 지정에 관한 근거를 마련하였고, 이들 지역에 투자하는 투자자에게 관세, 세금, 소득세, 기타 정부 보조금 등에 있어 혜택을 부여하도록 하였다. 이후 1999년 3월 25일 루마니아는 SN 지역을 1999년 4월 1일부터 10년 동안 투자혜택구역으로 지정하였다. 그러나 루마니아 정부는 얼마 가지 않아 낙후된 오지를 개발하기 위하여시행하였던 세금우대 등 각종 투자혜택을 폐기·철회하였고, 이로 인하여 투자손실을 입은 루마니아 출신(스웨덴 국적)의 Mr. Ioan Micula, Mr. Viorel Micula 등이스웨덴·루마니아 BIT(이하, 본 건 BIT)에 의거 루마니아를 상대로 ICSID에 중재를 신청하였다.

피신청국은 본 건 BIT는 2003년 4월 1일자로 발효되었는데, 신청인들이 문제삼는 투자 인센티브는 그전에 이미 폐지된 것이므로 조약의 소급효 금지 원칙에비추어 볼 때, 본 건 BIT 발효 전에 이루어진 법률 개정을 문제 삼아 BIT 위반에 근거한 청구를 하는 것은 허용되지 않는다고 주장하였다. 한편, 신청인들은 '계속적 조약 위반'을 이유로 중재판정부의 관할이 인정된다고 주장하였으나, 피신청국은 문제된 투자혜택 철회조치 또는 법 개정은 특정 시점에 일회적으로 이루어진 것이므로 지속적 위반이라 볼 수 없다고 반박하였다. 반면, 신청인은 본건 BIT 제7조 및 제9조의 규정에 따르면, 분쟁에 이르게 된 사건이 비록 BIT 발효 이전에 발생하였더라도, 분쟁 자체가 BIT 발효 후에 생긴 경우라면 중재판정

¹⁰⁰⁾ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Investment treaties: Romania·Sweden BIT

부의 관할은 성립된다고 하였다. 또한 피신청국의 협정위반은 일련의 법 개정을 통하여 계속적으로 발생하였으며, BIT 발효 후에도 문제된 개정 법률이 여전히 효력을 갖고 있으므로 관할이 성립한다고 주장하였다.

중재판정부는 본 건 BIT는 시적(時的) 적용범위에 대하여 제7조에서 "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. 중재판정부는 위 조문에 비추어 볼 때 본 건 BIT 제9조상의 중재판정부의 관할과 당사자간의 중재합의의 범위를 확정하는 기준일은 분쟁이 발생한 시점이라고 보았다. 즉, 본 건 분쟁이 BIT 발효일 이후에 발생했다는 점에 대해서는 당사자간 다툼이 없으나, 피신청국 관할항변의 요점은 분쟁을 야기한사건들이 BIT 발효 이전에 발생했다는 점이다. 투자 인센티브의 철회가 BIT 발효이전에 이루어졌다는 점은 중재판정부도 인정하였다. 그러나 관할 존부를 판단하는 기준일은 제7조에 명시되어 있듯이, 문제된 사건들이 발생한 시점이 아니라분쟁이 구체화된 시점이라고 판단하였다. 결과적으로 중재판정부는 본 사건의 관할을 긍정하였다.

2) 소급효를 부인한 사건

ATA Construction v. Jordan¹⁰¹)

본 사건은 과거 신청인이 요르단의 공기업 APC를 상대로 제기한 중재(이하, 국내중재)에서 승소한 뒤, 요르단 국내법원이 중재판정을 취소하자 본 건 BIT 위반을 근거로 제기한 사건이다. 국내중재의 내용은 신청인들이 APC와 체결한 수로건설공사계약에 따라 공사를 준공한 뒤 수로가 붕괴되는 사고가 발생하자 그책임 여부를 가리는 것이었다. APC는 계약서의 중재합의에 근거하여 중재를 신청하였고, 신청인 ATA는 반대중재신청을 통하여 미지급 공사대금을 청구하였는데, 2003년 9월 30일 국내중재 판정부는 APC의 신청을 모두 기각하고 ATA의 반대신청 일부를 인용하는 판정을 내렸다. 위 중재판정이 나온 후인 2003년 10월 29일, 피신청인 APC는 요르단 중재법에 의거하여 항소법원에 중재판정 취소의

¹⁰¹⁾ ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2.

소를 제기하였다. 항소법원은 2006년 1월 24일 판결을 통하여 중재판정부가 요르 단 민법 제788조를 적용하여야 함에도 불구하고 제789조를 적용하여 준거법 적용 에 과실이 인정된다고 하였다. 이에 항소법원은 중재판정의 일부를 취소하고 해 당 중재합의는 효력을 상실하였다고 판결하였다. 이에 신청인은 법원이 위 중재 판정을 취소한 것이 요르단·터키 BIT에 위반된다며 ICSID에 중재를 신청하였다.

중재판정부는 본 사건의 대상 분쟁은 요르단 대법원이 국내중재판정의 취소 판결을 내린 2007년 1월 16일에 구체화 되었으나, 분쟁의 법적 성질은 2000년 9월 6일에 제기된 국내중재에서의 계약상 분쟁과 본질적으로 동일하다고 보았다. 본 건 BIT는 2006년 1월 23일에 발효되었으므로 BIT에 근거한 신청인의 청구즉, 중재판정의 취소 및 사법거부와 관련하여 제기된 신청인의 청구에 대하여 중재판정부는 시적관할이 없다고 보았다. 즉, 신청인의 중재신청은 본 건 BIT가 발표되기 이전의 분쟁에 기초한 사건이라는 점을 지적하였다. 구체적으로 중재판정부는 신청인이 본 건 BIT의 소급효를 주장하였으나 제9조 제1항은 발효 전의 '투자'에 대하여 조약이 적용됨을 명시할 뿐이어서, 발효 전에 이미 발생한 '분쟁'에까지 적용된다고 볼 근거는 없다고 하였다. 102) 이와는 별도로 신청인은 피신청국대법원의 사법거부를 주장하며 본 건 BIT의 시적 관할 제한을 극복하고자 하였으나, 중재판정부는 사법거부의 근거가 되는 대법원 판결이 비록 BIT 발효 후에 내려졌다 하더라도 이는 발효 전에 이미 발생한 분쟁의 연장으로 보아야 하므로 독립된 청구로 볼 것은 아니라고 판단하였다.

4. 제척기간

가. 개요

한·미 FTA 협정 제11.18조 제1항에서는103) 신청인이 투자협정 위반의 사실,

¹⁰²⁾ 본 사건은 터키·요르단 BIT에 근거하여 제기된 사건이므로 BIT가 1차적인 준거법이 되는데,이 가운데 제1조(정의)와 제9조(발효)가 중요한 의미를 갖는다. 먼저 제1조는 제2항(a)(ii)호에서 "대금청구권 또는 투자와 관련한 재정적 가치를 갖는 여타의 이행채권(claims to money or any other rights to legitimate performance having financial value related to an investment)"을 투자의 범위에 포함시키고 있다. 한편 본 BIT가 적용되는 시적(時的) 범위와 관련하여 제9조 제1항은 "본 협정은 발효 당시에 존재하는 투자뿐 아니라 발효 전 또는이후에 이루어진 투자에 대해서도 적용된다"고 규정하고 있다.

신청인 및 자신의 투자가 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 최초로 알았거나 알 았어야 할 날로부터 3년을 경과한 경우에는 중재신청을 할 수 없음을 규정하고 있다. 투자협정에 이처럼 제척기간을 둔 것은 청구인의 권리를 일정한 기간 안에 행사하도록 함으로써, 투자유치국을 무기한의 법률적 위험으로부터 보호하기 위한 것이라 볼 수 있다. 제척기간은 투자협정 별로 조금씩 상이한데, 한・EFTA FTA 제16조 제6항은 제척기간을 5년으로 규정하고 있으며, NAFTA, 한・칠레 FTA, 한・싱가포르 FTA 등은 3년으로 제한하고 있다.

나. 제척기간 관련 문제점 및 관련 사례

1) 기산점

제척기간과 관련하여 기간의 기산점이 종종 문제된다. 일반적으로 투자협정은 투자자가 피신청국의 투자협정 위반사실과 그 위반으로 인하여 손실 및 손해를 입은 사실을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 기산하도록 규정하고 있다. 기산점과 관련하여 주로 논란이 되었던 것은 '청구'가 피신청국에 대한 의사통지까지 포함하는 것인지, 아니면 중재신청만을 가리키는 것인지의 여부였다. 아래 사건은 제척기간의 기산점이 문제된 사건이다.

Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States 104)

신청인들은 Rio Grande Valley에 물을 공급하는 17개의 관개회사와 29개의 급수권을 가진 회사들로 구성되어 있다. 이들은 리오그란데강 하류로부터 120만 에이커 피트의 용수를 합법적으로 공급받을 수 있는 권리를 갖고 있었으나, 멕시코정부가 강 상류에 댐과 저수지를 건설함으로써 강의 흐름을 막아 용수공급을 충분히 받지 못하였다. 이로 인하여 리오그란데강의 멕시코 쪽은 과일과 야채 등관개농사 생산량이 큰 폭으로 증가하였으나, 미국 쪽 농부들은 수확량 감소로 큰

¹⁰³⁾ 한미 FTA 제11.18조 제1항에서는 "제11.16조 제1항에 따라 주장되는 위반사실과 청구인 (제11.16조 제1항 가호에 따라 제기된 청구의 경우) 또는 기업(제11.16조 제1항 나호에 따라 제기된 청구의 경우)이 손실 또는 손해를 입었다는 사실을 청구인이 최초로 인지하였거나 최초로 인지하였어야 할 날로부터 3년이 경과하였을 경우에는, 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 없다"라고 규정하고 있다.

¹⁰⁴⁾ Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1.

피해를 입었다. 이에 신청인들은 멕시코 정부가 자국농민들을 위하여 강의 흐름을 인위적으로 조절함으로써 미국 쪽 농지에 투자한 미국 농부들의 투자에 큰 손실을 입혔다면서 멕시코 정부를 상대로 중재의향서를 제출하였다. 2005년 1월, ICSID는 신청인의 신청을 접수하고 ICSID 추가절차규칙에 따라 중재를 진행하였다.

본 사건에서 멕시코는 1994년 1월 NAFTA가 발효되기 이전 행위에 대해서는 중재판정부가 관할권을 갖지 않는다고 주장하였다. 또한 NAFTA 제1116조 제2항은 일방체약국 투자자가 상대국의 위반사항을 알게 되거나 손해를 입게 된 날로부터 3년 내에 청구를 하도록 규정하고 있는데, 신청인이 중재신청서를 제출한 2005년 1월은 피신청국의 투자협정 위반이 발생하고 3년이 이미 지난 시점이라고 주장하였다. 즉, 신청인의 투자협정 위반 주장이 NAFTA 상의 제척기간을 이미도과하였으므로 중재판정부가 관할을 갖지 않는다는 것이다. 반면, 신청인은 1994년 미국과 멕시코가 Water Treaty를 체결하고 난 후 2002년 9월까지는 멕시코 정부의 급수권에 대한 위반사항이 전혀 없었다고 주장하였다. 즉, 신청인들이 주장하는 멕시코 정부의 투자협정 위반행위는 2002년 9월 이후에 발생한 것이므로, 2005년 1월에 제기한 중재신청은 NAFTA 상의 제척기간 3년 이내에 제기된 것이므로 관할인정에 문제가 없다는 것이다.

그러나 중재판정부는 NAFTA 상의 제척기간에 관한 당사자들의 다툼에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 중재판정부는 신청인들이 멕시코 내에서 투자를하였다는 것을 증명하지 못했고, 따라서 신청인들의 투자는 NAFTA 제1101조상 '투자'의 정의에 포함되지 않아 중재판정부가 본 사건에 대한 관할을 갖지 않는다고 판정하였다.

2) 기산의 중단

제척기간과 관련하여 피신청국의 일정한 행위가 기간의 진행을 중단시키는지 가 문제될 수 있다. 예컨대, 신청인의 청구에 대하여 피신청국이 투자협정 위반의 조치를 인식하고 적절한 시정조치 내지 손해의 배상을 약속을 위한 협상을 시작하였으나, 협상이 실패하거나 협상결과가 이행되지 않아 결과적으로 손실을 입힌 경우를 생각해 볼 수 있다. 즉, 이미 제척기간이 도과한 경우에 협상 등을 위하여

투입된 기간을 전체 제척기간에서 제외할 수 있는지가 문제될 수 있다.

Feldman v. Mexico

신청인 Mravin Ray Feldman Karpa는 미국 국적의 사업자로, 멕시코 법에 따라 설립된 CEMSA라는 멕시코 회사의 소유주이다. 1990년부터 신청인은 CEMSA를 통하여 멕시코에서 생산되는 담배를 미국으로 수출해 왔는데 멕시코 정부가위 담배 수출에 대하여 환급해 주던 세금을 일정 기간 동안 환급해 주지 않자 NAFTA 제11장 위반을 근거로 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서 멕시코 공무원들은 신청인에게 문제된 세금을 환급해 주겠다고 구두약속 하였으나, 신청인이 그 이행을 기다리는 도중 NAFTA 상의 제척기간이 도과하였다. 이에 신청인은 멕시코 정부의 약속이행을 기다리는 동안에는 제척기간의 진행이 정지되어야 한다고 주장했다. 이에 중재판정부는 멕시코 공무원들의 세금환급에 관한 약속은 본 건 투자중재 신청에서 신청인의 청구를 공식적으로 인식하였다거나 통일적이고 지속적인 유효한 행동의 패턴을 보이지 않았다고 하면서, 제척기간의 정지에 관한 신청인의 주장을 기각하였다.

3) 위법행위의 지속

피신청국의 투자협정 위반행위가 계속되는 경우에도 기산점에 관한 다툼이 생길 수 있다. 이에 대해서는 아래 사건 중재판정부의 판단을 참고해 볼 수 있다.

United Parcel Service v. Canada

미국 델라웨어주법에 따라 설립된 United Parcel Service, Inc.는 캐나다 온타리오에 설립한 UPS Canada를 통하여 캐나다에 택배서비스, 소포배달서비스 등을 제공해 왔다. 신청인은 Canada Post가 캐나다 공기업으로서의 고유 업무인 우편접수 및 배달 외에 자신과 경쟁관계에 있는 택배 및 소포배달서비스 사업에도 참여하는 과정에서 캐나다 정부가 자신들에게 Canada Post에 비해 관세 행정상 불이익을 주었고, 캐나다 내 최대 택배회사인 Canada Post의 자회사 Purolator가 광범위한 독점적 인프라를 활용하도록 하여 자신들을 차별하였다고 주장하였다. 또

한 국내 출판업자들로 하여금 Canada Post를 이용하게 하는 간행물지원프로그램 (Publications Assistance Program)도 신청인에게는 차별적인 조치였으며, 아울러 신청인의 캐나다 내 자회사인 Fritz Starber, Inc.(이하, Fritz Starber)에게 계약을 거절한 Canada Post의 행위는 신청인이 본 중재절차를 제기한 것에 대한 보복행위라고 주장하면서 투자중재를 제기하였다. 본 사건에서 피신청국은 투자자가 협정 위반 사실 및 손해 발생에 대하여 최초로 알게 되었거나 알았어야 하는 날로부터 3년이 경과하는 경우 청구를 허용하지 않는 NAFTA 제1116조 제2항에 따라, 신청인의 청구 중 Fritz Starber에 관한 청구를 제외한 나머지 청구의 시효가이미 완료되었다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 중재신청일로부터 3년 전인 1997년 4월 19일까지 본 청구와 관련된 캐나다의 행위에 대하여 자신들은 알지 못했으며, 캐나다의 '계속적인 행위'는 계속적인 위반을 구성하므로 시효가 완료되지 않았다고 반박하였다.

이에 대하여 중재판정부는 법적의무의 계속적인 위반을 구성하는 행위가 계속 적으로 반복되는 경우에는 시효가 새롭게 갱신된다고 보고, 신청인의 청구에 대한 시효는 완료되지 않았다고 판단하였다.

제3절 물적관할

1. 개요

투자중재에서 물적관할(物的管轄)이란, 중재판정부가 당해 사건에 대한 재판관할을 갖는가의 문제이다. 다시 말해 중재의 '대상에 대한 관할(ratione materiae)'이 있는가의 문제인데, 이는 '당사자에 대한 관할(ratione personae)'을 뜻하는 인적관할(人的管轄)과 대비되는 개념이다. 투자중재는 기본적으로 '투자'로부터 발생한 분쟁을 대상으로 한다. 따라서 유효한 투자가 존재하여야 분쟁에 대한 중재관할권이 성립한다. 일반적으로 투자협정은 그것이 보호 대상으로 삼는 투자의정의와 범위를 규정하는데 만약 분쟁의 대상이 협정에서 정의한 '투자'와 무관한분쟁이거나 유효한 투자에 기한 분쟁이 아닌 경우, 협정에 근거하여 구성되는 중

재판정부는 그에 대한 관할권이 없게 된다. 그러므로 투자중재의 물적관할은 기본적으로 투자의 정의와 밀접한 관련을 갖는다. 투자협정이 보호 대상 투자의 범위를 아무리 넓게 정의하더라도 이에 해당하지 않는 투자에 대해서는 중재관할이성립할 수 없기 때문이다.

한편, 보호 대상 투자의 유형을 열거하는 것 외에, 투자협정에서 투자로써 갖추어야 할 성질, 즉 요건을 명시한 경우, 이는 투자중재의 물적관할을 결정하는 중요한 기준이 된다. 예컨대, 협정에서 '일방체약국의 법률에 따른(in accordance with the law of a contracting party) 투자'일 것을 요구하는 경우, 만약 문제된 투자가 투자유치국의 법에 위배되거나 사기 등의 방법으로 얻어진 투자임이 판명되면 그에 대한 중재판정부의 물적관할은 성립할 수 없다. 이하에서는 투자중재의물적관할과 관련한 법적 쟁점들을 살펴본다.

2. 중재의 범위

가. 투자협정의 규정

오늘날 대부분의 투자협정은 일방체약국과 상대국 투자자간의 분쟁을 중재절차에 따라 해결하도록 정하고 있는데, 그 대상은 당해 협정의 적용을 받는 투자와 관련하여 발생한 분쟁이어야 한다. 예컨대 미국 모델 BIT(2012) 제2조는 본협정이 '체약국의 투자자 및 적용대상 투자'에 한하여 적용됨을 규정하여 중재의대상도 이에 국한됨을 명시하였다.105) 다만, 중재에 회부할 수 있는 대상은 투자협정의 구체적인 규정에 따라 다소 차이가 있다. 예를 들어, 한・미 FTA 제11.16조는 중재의 대상을 i) 협정 제11장 Section A 상의 실체적 보호규범106) 위반, ii) 투자인가(investment authorization) 위반, iii) 투자계약(investment agreement) 위반 등으로 비교적 넓게 두고 있는 반면, NAFTA는 제11장에서 정한 실체적 보

¹⁰⁵⁾ Article 2: Scope and Coverage

^{1.} This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

⁽a) investors of the other Party;

⁽b) covered investments...

¹⁰⁶⁾ 내국민대우(제11.3조), 최혜국대우(제11.4조), 최소기준대우(제11.5조), 수용 및 보상(제11.6조), 송금(제11.7조), 이행요건부과금지(제11.8조) 등을 말한다.

호기준에 위반되는 청구에 한하여 이를 허용하고 있다(제1116조 및 제1117조). 따라서 한・미 FTA에 의할 경우, 미국인 투자자는 대한민국 정부와 체결한 투자계약의 위반에 따른 분쟁도 투자중재에 제기할 수 있으나, NAFTA 하에서는 오직협정 위반에 기한 청구만 제기할 수 있다. 아울러 투자중재에서 특정 분쟁을 배제하거나, 투자중재에 제기할 수 있는 분쟁의 구체적 목록을 열거함으로써 ICSID협약 제25조보다 중재합의의 범위를 좁게 제한할 수도 있다. 예컨대, '수용'이 문제된 경우에 한하여 중재를 제기할 수 있도록 하거나, 수용의 경우에도 '수용' 자체의 판단보다는 '수용에 관한 배상액 문제'에 한하여 중재를 허용하는 경우가 있다 107)

다른 한편, 투자협정 안에 소위 포괄적 보호조항(Umbrella Clause)이 포함되어 있는 경우, 중재의 범위가 달라질 수 있다. 보통 이 조항은 "투자유치국이 체결한 여하한 의무를 준수하여야 한다(observe any obligation it may have entered into)"는 형태로 되어 있는데, 여기서 말하는 '여하한 의무'가 협정상의 보호규범을 넘어 일방체약국이 외국인투자자와 체결한 '계약상 의무'까지 포함한다고 간주할 경우 중재관할은 상당히 확장된다. 이 조항에 근거하여 계약위반 문제까지 투자중재에 회부할 수 있기 때문이다.108)

나. ICSID 협약의 규정

투자협정에서 ICSID 협약에 의한 중재를 규정하고 있더라도 이를 이용하기 위해서는 동 협약이 정한 관할요건을 구비하여야 한다. ICSID 협약 제25조 제1 항은 '투자로부터 직접적으로 발생한 법률상의 분쟁'일 것을 요구하므로,109) 이에

¹⁰⁷⁾ 벨기에·러시아 투자보장협정 제10조에서는 "일방체약국과 타방체약국의 투자자 사이이 동 협정 제5조(수용에 관한 조항)에 따라 지급되어야 하는 보상의 액수와 형태에 관한 분쟁 은, 투자자가 분쟁과 관련된 체약국에게 상세한 내용을 기재하여 서면통지 한다. 가능한 모든 경우에 분쟁당사자는 분쟁을 우호적으로 해결하도록 노력한다. 만약 제1항에서 언급 된 서면통지일로부터 6개월 이내에 분쟁이 이러한 방식으로 해결되지 않을 경우, 투자자 는 분쟁을 다음의 분쟁해결 기관 중 하나를 선택하여 제소한다. i) SCC, ii) UNCITRAL 중 재규칙에 따른 ad hoc 중재"라고 규정되어 있다.

¹⁰⁸⁾ 이에 대해서는 제3장 제6절(포괄적 보호조항)에서 상세히 설명하기로 한다.

¹⁰⁹⁾ Article 25(1) of the ICSID Convention: 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, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.

속하지 않는 분쟁에 대해서는 ICSID의 관할이 미치지 아니한다. 그러나 ICSID 협약은 '투자'의 정의에 대해 명시적 규정을 두고 있지 않아 궁극적으로는 중재 판정부의 해석에 의존하여야 하는데, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco 사건의¹¹⁰) 중재판정부가 제시한 소위 'salini test'가 여러 ICSID 중재에서 널리 인용되고 있다. 이 기준에 따르면, ICSID 협약상의 투자로 인정되기 위해서는 i) 일정한 지속성(duration), ii) 위험요소 감수 (assumption of risk), iii) 정기적인 수익(regularity of profits), iv) 상당한 자산의 투입(commitments), v) 투자유치국 경제 발전에의 기여(contribution) 등의 요소를 갖추어야 한다.

3. 투자의 정의

국제투자를 규율하는 국내 법률이나 BIT와 같은 투자관련 협정에서는 일반적으로 적용대상 투자의 범위를 규율하는 정의 조항을 두고 있다. 투자의 정의는 두 가지 면에서 중요한 의의를 갖는다. 첫째, 협정이 규율하는 실체적 규범의 보호대상을 확정한다. 즉, 구체적으로 어떠한 유형의 투자가 협정의 보호를 받는지 제시한다. 둘째, 투자에 관한 정의는 협정상의 분쟁해결절차에 회부할 수 있는 분쟁의 범위를 결정한다. 투자중재의 대상은 당해 협정의 보호를 받는 투자로부터 발생한 분쟁으로 한정되기 때문이다.

가. 규정방식

1990년대 이전에 체결된 투자협정들은 대체로 투자의 범위를 제한적으로 두는 한편, 자본과 투자를 동일한 개념으로 이해하는 태도를 보였다. 그러나 최근의 협정들은 이를 포괄적으로 규율하고 있다. 즉, 적용대상 투자를 '모든 종류의 자산 (every kind of asset)'으로 광범위하게 정의하면서 그에 포함되는 투자의 유형을 예시적으로 열거하거나, 구체적인 목록을 통해 그 범위를 제한하기도 한다.

¹¹⁰⁾ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

1) 국내 법률

많은 국가들이 외국인투자법에서 투자에 관한 정의를 규정하고 있다. 또한 투자로 인정되거나 일정한 혜택을 누리기 위하여 당해 투자가 구비해야 할 요건을 두기도 한다. 예컨대, 나미비아의 외국인투자법(Namibian Foreign Investment Act of 1992)은 제5장에서 동 법에 의하여 보호되는 투자를 정의하면서 자국법에 따라 회사나 합작회사로 설립된 기업의 주식에 대한 직접투자를 포함시키고 있다. 한편, 탄자니아의 1997년 투자법은 적용되는 투자에 대하여 '새로운 사업자산의 창출 또는 인수(creation or acquisition of new business assets)'라고 정의하는 한편, 기존 사업의 확장, 구조조정 또는 갱생(expansion, restructuring, or rehabilitation of an existing business enterprise)도 그 범위에 포함시키고 있다. 아울러 알바니아의 1993년 외국인투자법은 제1조 제3항을 통하여 외국인투자를 유형과 무형의 동산 및 부동산, 회사, 대출, 지적재산권, 법이나 계약이 인정한 모든권리를 포함하여 '외국인투자자가 직·간접적으로 소유한 알바니아 영토 내의 모든 종류의 자산(every kind of investment in the territory of the Republic of Albania owned by directly or indirectly by a foreign investor)'이라고 규정하였다.

2) 투자협정

오늘날 대부분의 투자협정은 적용대상 투자의 범위를 규정하면서 '모든 종류의 자산'이라는 문구를 일반적으로 사용하고 있다. 예컨대, 미국의 Model BIT(2012)는 제1조 정의조항에서 투자를 '투자자가 직간접적으로 소유 또는 통제하는 모든 종류의 자산'이라고 정의한 다음, 그 유형을 구체적으로 밝히고 있다. 여기에는 i) 회사, ii) 회사의 주식 및 채권, iii) 선물, 옵션, 기타 파생상품, iv) 사업상의 양허권, v) 지적재산권, vi) 기타 유무형의 자산 또는 동산・부동산 등이 포함되어 있다.111) 아울러 투자가 갖추어야 할 성질로서 일정한 금전 또는 자

¹¹¹⁾ U.S. Model BIT(2012) Article 1 "investment' means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law, h) other tangible or intangible, movable or immovable

산의 투입(commitment of capital), 수익에 대한 기대(expectation of gain or profit), 위험 감수(assumption of risk) 등의 요소를 갖출 것을 요구한다. 한편, 예외목록을 통해 투자의 형태를 제한하는 경우도 있다. 예컨대 NAFTA 제1139조는 협정이 적용되는 투자의 유형을 포괄적으로 열거하는 한편, 배제되는 대상을 함께 명시하고 있다. 즉, 국영기업의 채무증권이나 국영기업에 대한 대출, 물품 또는 서비스 매매계약 등 통상적인 상사계약에 기한 대금청구 등은 협정의 적용대상 투자에서 배제됨을 밝히고 있다.112)

나. 투자의 형태

전통적으로 국제투자의 형태는 크게 직접투자(direct investment)와 포트폴리오투자와 같은 간접투자(indirect investment)로 구분되었다. 외국인투자의 전형적인형태는 19세기 말부터 20세기 초반까지만 해도 투자유치국이 발행하는 채권을 매입하는 포트폴리오 방식의 간접투자가 주류를 이루었다.113) 이후 2차 세계 대전을 거치면서 국제투자는 한동안 위축되었으나, 20세기 후반 들어 다국적 기업이급속히 증가하면서 개발도상국 현지에 자회사를 설립하는 등의 외국인직접투자(FDI)가 늘어나기 시작하였다. 이러한 직접투자의 증대는 갈수록 다양한 형태의투자를 출현시켰으며, 과거와 달리 투자유치국의 자산을 직접 소유하지 않더라도라이센스계약 또는 합작투자계약 등을 통하여 자금만 투입하고 법인은 따로 설립하지 않는 방식의 투자가 점차로 증가하고 있다.

1) 간접투자(Indirect Investment)

외국인투자자가 투자유치국에 현지법인을 설립하거나 직접 자산을 취득하는 등의 직접투자 외에 현지법인의 주식을 매입하는 방식의 간접투자도 오늘날 널리활용되고 있다. 일부 투자협정은 주식이나 자산의 직·간접적인 보유를 투자로인정하고 있다. 예컨대 NAFTA 제1139조는 '당사국 투자자가 직접적 또는 간접

property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges."

¹¹²⁾ NAFTA Article 1139 "... but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;.....but doest not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;..."

¹¹³⁾ UNCTAD, 'Scope and Definition', UNCTAD Series on issues in international investment agreements(1999), UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol. II).

적으로 소유하거나 지배하는 투자(investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party)'라고 규정하고 있다. 간접투자가 문제된 사건으로, 미국의 투자자 Lauder가 미국·체코 BIT에 근거하여 체코를 상대로 제기한 중재사건을 들 수 있다.114) 이 사건의 신청인 Lauder는 체코 내 현지법인에 아무런 지분이 없었고, 다만 자신이 실질적으로 소유한 네덜란드 국적의 CME라는 회사가 이 현지법인의 지분을 보유하고 있었다. 체코 정부는 투자의 실체가 없으므로 Lauder에게 중재를 제기할 당사자적격이 없다는 관할항변을 제기하였으나, 중재판정부는 본 사건의 근거가된 미국·체코 BIT는 주식, 채권을 비롯하여 투자자가 상대국 내에서 직·간접적으로 소유하는 모든 종류의 자산을 투자의 범위에 포함시키고 있음을 지적하고 관할권을 긍정하였다. 즉, Lauder가 직접 투자유치국 회사의 주식을 보유한 것은 아니지만 자신이 소유한 회사(CME)를 통해 간접적으로 보유한 것이라 보고, 협정의 보호대상 투자를 갖고 있는 이상 당사자적격은 문제되지 않는다고 판단하였다.

2) 설립전 투자(Pre-investment)

'설립전 투자'라 함은 외국인투자자가 재화, 자본 등을 투입하여 본격적인 투자사업을 영위하기 전에 계약의 협상, 입찰준비 또는 사업인허가 획득 등의 과정에 지출한 비용을 가리킨다. 투자의 정의와 관련한 쟁점 가운데 하나는 설립전투자를 협정의 보호대상 투자로 인정할 수 있는가이다. 투자자는 계약체결을 위하여 협상과정에 상당한 비용을 지출하는 경우가 많은데, 협상이 결렬되고 계약체결 전에 분쟁이 발생한 경우에 이미 지출한 제반비용을 투자로 인정하여 손해배상을 구할 수 있는지가 문제된다.

미국의 투자자 Mihaly International Corporation이 미국·스리랑카 BIT에 의거하여 ICSID에 제기한 Mihaly International Corporation v. Sri Lanka사건에서 신청인 회사는 스리랑카 내에 발전소를 짓는 대형 프로젝트에 입찰자로 선정되어, 최종 사업승인 전에 정부로부터 인수의향서(letter of intent)를 받았다. 신청인은 정부의 인수의향서를 믿고 사업타당성 조사, 금융 파이낸싱, 컨설트 비용 명목으로수백만 달러를 지출하였는데 이후 스리랑카 정부가 사업승인 및 협약 체결을 거

¹¹⁴⁾ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award, September 3, 2001.

절하자 기지출한 비용의 상환을 요구하며 ICSID에 중재를 신청하였다. 중재판정부는 신청인이 지출한 비용이 전체 프로젝트의 2~3%에 상응하는 금액이긴 하나, 이러한 사업개발비용이 미국·스리랑카 BIT 및 ICSID 협약 상의 투자범위에 포함된다고 볼 수 없다고 하였다. 115) 또한 SCC에서 UNCITRAL 중재규칙에 의하여진행된 William Nagel v. Czech Republic 사건에서 중재판정부는 신청인과 체코국영회사간의 협력약정(cooperation agreement)은 금융적 가치를 갖지 않는다면서역시 투자적격을 부인하였다.

이들 중재판정례에서 보듯이 '설립전 투자'의 투자적격을 판단하는데 있어 중 재판정부는 이것이 정식 계약의 체결을 위해 일반적으로 감수해야 할 상업적 위험으로 보고 그에 대한 손해배상을 인정하지 않았다. 중재판정부가 이러한 판단을 내리게 된 이유는 그 근거로 삼은 각국의 투자법, BIT, ICSID 협약 등에서 '설립전 투자'를 투자의 범위에 포함시키지 않은데 기인한 바가 크다. 그러나 앞서 언급한 Mihaly 사건 이후 여러 투자관련 협정이 투자의 범위에 이러한 설립전투자를 포함하기 시작하였다. 한ㆍ미 FTA,116) 미국ㆍ싱가폴 FTA, 미국ㆍ모로코FTA 등 미국이 체결한 최근의 FTA에서는 '설립전 투자'를 적용 대상 투자의 범위에 포함시키고 있다.

다. 중재판정례로 본 투자의 범위

- 1) 제3자에게 예치한 자금
- Alasdair Ross Anderson et al. v. Costa Rica

이 사건에서는 신청인들이 피신청국에서 불법 대부업을 운영하는 Villalobos 형제들이 운영하는 환전소에 예치한 돈이 캐나다·코스타리카 BIT(이하, 본 건 BIT)의 보호대상인 투자에 해당하는지가 문제되었다. 본 건 BIT는 제1조 제g항

¹¹⁵⁾ Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, March 15, 2002.

¹¹⁶⁾ 한미 FTA 제11.28조(정의)에서는 "당사국의 투자라 함은 상대방 당사국의 영역에 <u>투자하려고 시도하거나</u>, 투자 중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업을 말한다. 그러나 이중국적자인 자연인은 그의 지배적이고 실효적인 국적국의 국민으로 본다"고 규정하여 '설립전 투자'를 투자의 범위에 포함시키고 있다.

(i)호 내지 (vi)호를 통하여 적용 대상인 투자의 유형을 열거하면서 배제되는 자산의 유형을 함께 규정하였다. 중재판정부는 본 건 분쟁에 대한 관할권이 성립하려면 신청인들의 예치금 및 이에 따라 신청인들과 Villalobos 형제간에 형성된 법률관계가 본 건 BIT 상의 '투자'에 해당한다는 점이 입증되어야 한다고 보았다. 본 건 BIT에서는 '자산'의 정의를 따로 두고 있지는 않으나 통상적으로 자산이란 '여타의 가치물(anything of value)'로 이해되는데, 본 건에서 신청인들이 Villalobos 형제에게 자금을 예치함으로써 이자와 원금에 대한 채권이 발생하였는 바, 중재판정부는 이것이 전술한 가치물에 해당하므로 본 건 BIT상의 '자산'에 해당한다고 판단하였다.117)

2) 채권인수

Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic

이 사건에서는 신청인이 피신청국에서 거래한 채권인수가 관련 BIT상의 보호 대상 투자인지가 문제되었는데, 신청인은 투자의 정의를 명시한 BIT 제1조 제2항(c)호를 인용하였다.118) 반면 피신청국은 채권인수는 성질상 투자와 거리가 멀고, 거래 자체도 투자유치국의 법에 따라 적법하게 이루어지지 않았다면서 관할권에 관한 이의를 제기하였다. 이에 대하여 중재판정부는 신청인이 피신청국에서 진행한 유일한 거래는 채권인수였음을 지적하며, 이것이 투자적격을 갖는지 여부는 관련 BIT와 국제법 원칙에 따라 판단할 문제라고 보았다. 본 건 스위스・슬로바키아 BIT에 의하면 보호되는 투자의 범위에 모든 종류의 자산이 포함되나, 계약으로부터 발생한 자산은 계약 자체가 투자의 자격을 갖추어야 하는데, 이를 위해서는 기간, 기여, 그리고 위험이라는 최소한의 요건이 구비되어야 한다고 보았다. 중재판정부는 본 사건에서 문제가 된 거래는 일회성 구매계약이고, 따라서 전술한 투자의 요건을 충족하지 못하여 투자의 실체를 인정할 수 없다고 결정하였다.119)

¹¹⁷⁾ 다만, 그럼에도 불구하고 중재판정부는 Villalobos 형제와 신청인들 간의 거래가 코스타리 카 중앙은행법을 위반한 불법거래에 해당하여 본 BIT에 규정된 '체약국의 법률에 따른'합법적인 투자가 아니라는 이유로 관할을 부인하였다. *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, May 19, 2010.

^{118) &}quot;The term 'investment' shall include every kind of assets and particularly [...] (c) claims and rights to any performance having an economic value"

3) 대금청구권, 금융계약 관련

Global Trading Resource Corp v. Ukraine

본 사건에서 피신청국은 자국 내의 반경쟁적이고 물가 폭등을 야기한 가금류 산업을 정비하기 위하여 미국 업체들을 대상으로 '구매·수입 프로그램'을 제안하 였다. 이 제안에 따라 신청인들과 피신청국간에 가금류 판매 및 구매 계약이 체 결되었다. 그러나 이후 신청인들이 들여온 가금류 선적분을 피신청국이 인수하지 않고 대금도 지불하지 않아 계약 위반에 따른 분쟁이 발생하였다. 한편, 미국ㆍ우 크라이나 BIT(이하, 본 건 BIT) 제1조 제1항 (a)호에서는 투자의 범위에 '대금청 구권(claims to money) 또는, 투자와 관련이 있고 경제적 가치를 갖는 이행청구권 및 법률 또는 계약에 따라 부여된 권리'를 포함하고 있는 바, 자신들의 청구는 이 러한 투자의 범위에 들어간다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 신청인들의 청구가 무역거래에 따른 대금청구권에 불과하고 '투자'로 볼 수는 없다고 반박하 였다. 즉, 신청인들의 청구는 단순히 상업적 거래(commercial transaction)로부터 발생한 청구에 불과하고 이는 ICSID 협약 제25조 제1항의 관할요건에도 벗어나 므로, 중재판정부가 본 사건에 대한 관할권이 없다고 하였다. 그러나 신청인들은 비록 계약의 외형은 전통적인 매매계약이지만 다음의 점에서 투자의 특성을 갖는 다고 반박하였다. 즉, 계약 체결 당시의 정황을 보면 신청인들이 본 건 계약에 참 여하게 된 계기는 피신청국의 적극적인 참여 요청에 따른 것이었고, 계약의 이행 에 정부가 직접 보증을 하는 등 일반적인 상사계약과는 성격이 달랐다는 것이다. 요컨대, 계약상 물품을 조달, 선적 및 인도하는 데 투입한 비용 그리고 동 계약이 달성코자 한 정책적 목적을 고려할 때 이는 본 건 BIT 및 ICSID 협약상의 '투자' 에 해당한다는 것이다.

중재판정부는 본 사건의 쟁점은 국제물품 매매계약의 이행과 관련하여 지출된 비용을 투자로 간주할 수 있는가의 문제라고 보았다. 이에 대하여 과거 Joy Mining Machinery v. Egypt 사건 중재판정부는 계약의 형태가 아무리 복잡하더라도 '계약'에 불과하고 ICSID 협약 제25조상의 투자로 볼 수는 없다고 밝힌 바 있다. 또한 Malaysian Historical Salvors v. Malaysia 사건의 중재판정 취소위원회는 ICSID 협약의 준비보고서(travaux préparatoires)를 인용하며, 당초 협약을 제정할

¹¹⁹⁾ Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Award, March 5, 2011.

때 '투자'의 개념에서 단순한 상사거래는 ICSID의 관할에서 배제하는 데 합의가 이루어진 것으로 보인다고 하였다. 120) 결론적으로, 본 건 신청인들이 체결한 구매 및 판매계약은 단순한 상사거래에 불과하여 ICSID 협약 제25조상의 투자로 인정할 수 없다고 하였다. 즉, 사건의 정황을 검토해 볼 때 신청인들이 계약의 이행을 위하여 지출한 비용은 전형적인 CIF¹²¹) 계약상의 거래에 불과하며, 비록 위 거래가 피신청인국의 정책적 고려에 따른 것이었다 하더라도 상사적 거래의 성격이 바뀌는 것은 아니라고 하였다. 또한 국가 공무원들이 위 계약의 이행에 대하여보증을 하였다는 사실만으로 매매계약이 투자의 성질을 얻게 되는 것은 아니라고 지적하였다. 122)

Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan

신청인은 1969년 스위스에서 설립되어 국제적으로 곡물을 거래해 온 회사인데 2006년 3월 피신청국을 상대로 스위스·우즈벡 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration: PCA)에 중재를 신청하였다. 본 건 BIT는 제1조 제2항에서 보호대상 투자의 범위를 열거하고 있는 바, 피신청국은 신청인 투자의 실체가 단순한 물품매매 거래에 불과하여 보호대상 투자가 아니므로 중재판정부는 관할권이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 본 건 BIT 제1조 제2항의 투자 범위는 넓게 해석되어야 하고, 또한 자신은 GAFTA 중재를 통하여 얻은 판정을 포함하여, 동 조 제2항 (c)호에서 규정한 '대금청구권 (claims to money)'을 갖고 있으므로 투자의 존재는 문제되지 않는다고 반박하였다.

중재판정부는 앞서 GAFTA 중재판정은 문제가 된 공급계약과 밀접한 관련을 가지므로, 신청인이 본 건 BIT 상의 투자를 보유하고 있는지를 판단하려면 문제

¹²⁰⁾ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, April 16, 2009.

¹²¹⁾ Cost, Insurance and Freight의 운임보험료 포함 가격의 약어 의미이며, 일반적으로 널리 채용되고 있는 무역거래조건으로서 운임 및 보험료가 화물판매가에 포함된 가격조건이다. 그러므로 CIF 계약이란 수출상품의 선적지에 있어서의 선적도 가격 즉, FOB 가격에 도착지까지의 운임(Freight) 및 보험료(Insurance premium)를 가산한 채산기준에 의해서 체결된 계약이다. 따라서 가격을 표시할 때는 'CIF New York'과 같이 도착지명을 구체적으로 표기하게 된다.

¹²²⁾ Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, December 1, 2010.

된 거래의 실질을 먼저 파악해야 한다고 보았다. GAFTA 중재판정은 공급계약에 따라 신청인이 갖는 계약상 권리를 구현시킨 것에 불과하여 중재판정의 대상이된 기본거래가 본 건 BIT상의 투자에 해당하지 않는 한, 중재판정으로 구체화된 권리가 곧바로 투자로 변형되는 것은 아니라고 하였다. 이에 중재판정부는 피신청국의 공공기관과 맺은 계약관계가 본 건 BIT 상의 투자를 구성하는지 즉, 일정한 기간에 걸쳐, 일정한 위험을 감수한, 실질적인 기여를 한 투자인지가 입증되어야 하는데 신청인의 권리는 곡물을 공급하고 대금을 지급받는 일회성 매매계약에 근거한 것이라고 판단하였다. 따라서 본 건 BIT상의 보호대상인 투자가 존재하지않는다고 보고, 관할권이 없다는 결정을 내렸다.123)

Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Albania

2001년 12월 1일 피신청국은 게임관련 산업을 규율하고 불법 도박을 근절하고 자 게임, 카지노, 경마에 관한 법률 제8701호(이하, 게임법)를 제정하였다. 2004년 3월 29일 피신청국 국적의 Ms. Alma Leka와 Mr. Artan Serjani는 Eagle Games를 설립하였다. 이들은 회사의 지분을 각각 50%씩 보유하였다. Eagle Games의 주된 사업은 긁는(scratch) 복권을 판매하는 것이었다. 새로 제정된 게임법에 따라 Eagle Games는 사업 운영을 위하여 피신청국 재무부로부터 게임 허가권을 받아 야 했다. 한편, 2004년 8월 24일 Eagle Games의 주주인 Ms. Alma Leka는 Burimi 와 금융계약을 체결하여 Eagle Games 사업 전반에 대한 금융지원을 약속받았다. 동 계약에 따라 Eagle Games의 사업에서 나오는 수익 가운데 90%는 Burimi가, 나머지 10%는 Ms. Alma Leka가 갖는 것에 합의하였다. 아울러 금융계약과 별도 로 담보계약을 체결하여 위 금융지원에 대한 담보로 Ms. Alma Leka가 Eagle Games에 대하여 갖는 지분을 제공하였다. 신청인들에 따르면 위 금융계약 및 담 보계약에 따라 Burimi는 Eagle Games의 사업 개발을 위하여 204,431 유로(Euro) 를 투자하였다. 한편, 2007년 4월 2일 피신청국 무역부는 부처 홈페이지에 게임법 의 개정(안)을 공시하였는데, 주요 내용은 기존의 복권 사업자를 없애고 정부가 복권사업을 독점 운영하는 것이었다. 2007년 4월 11일 Eagle Games는 무역부에 복권 발행 인가를 신청하였으나, 재무부는 개정안 때문에 당분간 신청에 대한 심 사가 보류될 것이라고 회신하였다. 그 후 2007년 5월 28일 개정 게임법이 통과되

¹²³⁾ Romak S.A.(Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, November 26, 2009.

어 기존의 모든 복권 허가를 취소하고, 국가가 관리하는 단일 허가권만을 인정하 기로 하였다.

피신청국은 이 사건 분쟁이 정식 투자가 아닌 금융계약(financial agreement)으로부터 발생하였음을 들어 신청인들의 투자적격을 문제 삼았다. 즉, 금융계약은 사적 당사자들(Eagle Games와 Ms. Alma Leka)간의 계약에 불과하였고, 이 계약은 Eagle Games에 대한 투자가 목적이 아닌 단순히 Ms. Alma Leka 소유의 투자를 지원하기 위함이었다는 것이다. 반면, 신청인들은 Ms. Alma Leka와 Burimi간에 맺은 금융계약과 담보계약은 Burimi가 Eagle Games에 투자한 사실을 보여주는 증거라고 반박하였다. 이에 중재판정부는 위 금융계약만으로 Eagle Games에 대한 Burimi의 소유권이 성립하는 것은 아니며, 단지 Ms. Alma Leka의 투자를 지원하기 위한 사적 대출약정으로 보는 것이 옳다고 하였다. 또한 Ms. Alma Leka와 Burimi 간의 금융계약 및 담보계약은 Eagle Games의 게임사업과는 무관한 당사자간의 사적계약에 불과하다고 보았다. 즉, Burimi의 본 청구는 Ms. Alma Leka와의 계약에 근거한 것이지 투자의 실체인 Eagle Games의 사업에 근거한 것은 아니므로, Burimi의 청구에 대한 관할권은 성립하지 않는다고 결정하였다.124)

Fireman's Fund Insurance v. The United Mexican States

이 사건은 미국인 투자자가 멕시코 금융기관으로부터 매입한 회사채와 관련한 분쟁이다. 신청인인 미국의 보험사 Fireman's Fund는 1995년 9월 피신청국의 금융지주회사인 GF로부터 5천만 달러어치의 5년 만기 회사채를 매입하였다. 이후 1997년 피신청국이 금융위기를 맞아 GF의 자회사인 Banco가 재정적 어려움을 겪게 되자, 피신청국 중앙은행과 금융감독원이 대책을 마련하여 우선 신청인이 구매한 회사채를 상환해 주고, 대신 신청인은 동 금액을 일정한 조건하에 Banco 재건 계획에 투자하도록 하였다. 한편, 이와는 별도로 피신청국 당국은 Banco가 설립한 신탁회사를 통하여 페소화 회사채 구매자들에게는 전액을 보상해 주는 특별 대책을 마련하였다. 뒤늦게 이를 알게 된 신청인이 당국에 동일한 조건의 대우를 요구하였으나 거절당하자 2001년 10월 ICSID에 중재를 신청하였다.

¹²⁴⁾ Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Award, May 29, 2013.

피신청국은 관할항변을 통하여 본 건 분쟁의 대상은 NAFTA 제14장(금융서비 스)과 관련한 것이므로 제11장 투자중재의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 나아 가 제1101조 제3항이 "제11장은 일방체약국이 채택하였거나 시행하는 조치 가운 데 제14장이 규율하는 금융서비스에 대해서는 적용되지 아니한다"고 규정하고 있 음을 지적하였다. 한편, 신청인은 NAFTA 제14장이 본 사건과는 무관하다고 반박 하였는데, 그 이유로 제1401조는 체약국의 영토 내에 소재한 '금융기관'에 대한 투자 및 투자자로 그 적용대상을 제한하고 있는 바, 본 사건에서 회사채를 매각 한 GF는 이에 포함되는 금융기관이 아님을 지적하였다. 왜냐하면 피신청국 금융 법상 금융지주회사인 GF는 금융활동을 할 수 없고 자회사가 영위하는 사업에 관 여할 수도 없으므로, 엄밀한 의미에서 GF는 금융기관에 해당하지 않는다는 것이 었다. 이에 피신청국은 GF와 같은 금융지주회사는 당국의 인가를 받아야 영업활 동을 할 수 있다는 점, 비록 관련법에서 금융지주회사와 보험회사를 구분하고 있 긴 하나 금융지주회사가 영위할 수 있는 사업에는 NAFTA 제1416조 상의 금융기 관이 행하는 사업을 포함하는 것으로 보아야 하는 점을 감안할 때 이는 NAFTA 제14장의 적용대상에 포함되며, 따라서 본 건 분쟁은 NAFTA 제11장이 아닌 제 14장(금융서비스)에 따라 처리해야 한다고 반박하였다.

중재판정부는 GF가 피신청국 금융감독기관의 규제와 인가를 받아야 하는 회사라는 점에 대하여 당사자 간에 다툼이 없고, 당국의 주된 역할은 금융기관에 대한 규제와 심사인 점을 고려할 때 GF를 '금융기관'이 아닌 다른 범주의 단체로 규정할 근거는 없다고 보았다. 또한, 피신청국에서 설립된 금융지주회사는 피신청국 국내법상 금융기관으로 간주해야 하며, 실제 금융기관으로서 규제와 감독을 받고 그에 따른 사업인가를 받은 점에 비추어 볼 때 이를 NAFTA 제1416조 상의금융기관으로 보아야 한다고 판단하고, 본 사건에는 NAFTA 제11장이 아닌 제14장이 적용되어야 한다고 결정하였다.125)

- 4) 상사중재판정이 투자에 해당하는지 여부
- White Industries Australia Limited v. India

상사중재절차를 통하여 얻은 중재판정의 집행이 좌절되는 경우 외국인투자자

¹²⁵⁾ Fireman's Fund Insurance v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Decision on the Preliminary Question, July 17, 2003.

가 BIT에 근거한 투자중재를 통하여 그 집행을 구하는 사례가 최근 들어 늘고 있다. 이 사건에서 호주 국적의 White Industries Australia Ltd.는 피신청국 내 사업파트너 Coal India Ltd.를 상대로 1999년 6월 ICC에 중재를 신청하였고 2002년 승소 판정을 받았다. 이후 피신청국 법원이 중재판정의 집행을 지연시키자, 신청인은 호주・인도 BIT(이하, 본 건 BIT)에 의거, 2010년 7월 27일에 UNCITRAL 중재규칙에 따른 투자중재를 신청하였다. 신청인은 과거 Saipem v. Bangladesh 사건126) 중재판정부가 ICC 중재판정이 투자에 해당함을 인정했다고 주장했으나, 피신청국은 이는 해당 중재판정을 잘못 이해한 것이라 반박하였다. 즉, Saipem 사건의 중재판정부는 ICC 중재판정 자체는 투자가 아님을 명확히 밝혔으며, 그 밖에 GEA Group AG v. Ukraine 사건127) 중재판정부 역시 ICC 중재판정은 관련 투자협정상의 투자에 해당하지 않음을 확인하였다고 주장하였다.

중재판정부는 ICC 중재판정 자체를 투자로 볼 수는 없고 원 투자의 일부를 구성한다고 보는 것이 맞다고 하면서, 과거 Saipem 사건의 중재판정부 역시 "ICC 중재판정은 원 계약에 따른 권리·의무를 구체화한 것"이라고 언급했음을 지적하였다. 128) 요컨대, 중재판정부는 중재판정에 기한 권리는 신청인의 원 투자의 일부를 구성하므로 본 건 BIT의 적용대상 투자에 해당한다고 보았다. 129)

5) 공사 수행에 들어간 장비 및 인력

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania

1994년 여름 신청인은 피신청국이 발주한 교량 및 도로 토목공사 국제입찰에 낙찰되어 2개의 공사계약을 체결하고 곧바로 공사에 착수하였으나 1997년 3월 피신청국 내에 대규모 소요가 발생하여 건설현장에서 철수할 수밖에 없게 되었다. 이후 무장한 강도들이 공사현장에 난입하여 모든 건설자재 및 장비를 약탈해 갔

¹²⁶⁾ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, June 30, 2009.

¹²⁷⁾ GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, Award, March 31, 2011.

¹²⁸⁾ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007.

¹²⁹⁾ White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Award, November 30, 2011.

다. 신청인은 1997년 5월 29일 490만 달러의 손해배상을 청구하였고, 같은 해 10월 세계은행이 임명한 현장 감리는 손해액을 310만 달러로 산출하였다. 이후 피신청국의 도로총국장은 특별위원회를 구성하여 신청인의 손실을 180만 달러로 재평가하였다. 신청인은 본 공사 외에 다른 프로젝트에도 참여하고 있던 터라 피신청국 정부와의 우호적인 관계를 고려하여 대폭 감액된 위 보상액을 수용하는 내용의 '합의'를 하였다. 이후 도로총국장은 1999년 2월 3일 공무장관에게 서신을보내 보상금 내역에 관해 통지하였고, 공무장관은 1999년 4월 26일 재무부장관에게 보상금의 지급을 요청하였다. 그러나 1999월 5월 11일 재무부장관은 위 보상금의 지급을 거절하는 공식 입장을 발표하였다.

이후 2001년 5월 31일 신청인은 피신청국 공무장관을 상대로 위 '합의'에 근거하여 법원에 소를 제기하였다. 신청인은 이 합의가 피신청국 재무부장관의 권유에 따른 것이었다고 설명하였다. 즉, 법원에 신청하여 지급명령을 받는 것이 위보상금 지급의 집행을 위한 최선책이라는 조언을 재무부장관으로부터 들었다는 것이다. 그러나 피신청국은 자국 공무원들이 신청인에게 그러한 기대를 갖게 하고 소송절차를 밟도록 종용한 적이 없다고 반박하였다. 법원은 2006년 7월 4일신청인의 청구를 기각하였고, 이에 신청인은 같은 해 7월 14일 항소법원에 항소하였다. 2007년 7월 5일 항소법원이 이를 기각하자 신청인은 곧바로 대법원에 상고하였다. 한편, 신청인은 같은 해 8월 1일 ICSID에 중재를 신청하였고, 중재절차의 진행 중 대법원에 계류 중인 상고를 취하하였다.

신청인은 본 건 공사를 위하여 자신들이 서비스와 자재를 공급하고 건설장비 및 용역을 제공하였으며, 계약수행을 위하여 상당한 인력과 자금을 투입한 점 등에 비추어 그리스・알바니아 BIT(이하, 본 건 BIT) 상의 투자를 하였다고 주장하였다. 중재판정부 역시 신청인의 투자가 본 건 BIT 상의 투자에 해당함은 인정하나, 이것이 ICSID 협약 제25조 제1항의 투자에도 해당하는지는 별개의 문제라고보았다. ICSID 협약은 투자의 정의를 따로 두지 않아 그 동안 여러 투자중재에서 '투자'의 범위를 두고 논란이 이어졌는데, Salini v. Morocco 사건에서 제시된 소위 'salini test'가 투자의 존부를 판단하는 기준으로 널리 인용되었음을 지적하였다. 아울러 ICSID 협약 제25조상의 투자는 고유한 의미를 내포한 개념이므로, 비록 특정 BIT에서 투자의 범위를 광의로 두고 있더라도 협약의 취지를 벗어나는투자에까지 ICSID 협약이 적용되는 것은 아니라고 하였다. 다만, 본 건에서 신청

인이 문제의 건설공사를 수행하기 위하여 상당한 자금과 건설자재, 엔지니어 인력을 투입하였고, 당해 공사계약으로부터 7백만 달러에 이르는 공사대금을 받도록 되어 있어 수익에 대한 기대 역시 존재하였다고 보이므로, 신청인의 투자는 ICSID 협약의 관할요건을 충족하다고 판단하였다.

6) 일방체약국의 '영토 내' 투자 요건이 문제된 사례

Canadian Cattlemen v. U.S.A

2005년 3월 캐나다목축업협회(이하, CCFT)는 미국이 2003년 캐나다 앨버타에서 발견된 광우병 사건 이후 미·캐나다 간 소고기와 목축의 거래를 금지한 결정에 대하여 NAFTA 제11장에 근거하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 신청하였다. CCFT는 미국의 캐나다산 소고기 수입금지 조치가 미국 업체들에 비해자신들을 차별 대우한 것이고, 또한 미국 정부가 교역금지조치를 해제할 것이라수차례 언급하였음에도 불구하고 이를 이행하지 않아 국제법상의 최소기준대우의무를 위반하였다고 주장하였다. 그러나 피신청국은 중재판정부의 관할권에 관한이의를 제기하면서 신청인들이 미국 내에 투자한 실체가 없으므로 투자 적격을 흡결하였다고 지적하였다. 중재판정부는 이러한 피신청국의 항변을 인용하면서 NAFTA 제11장의 투자자는 '투자'와 관련지어 판단해야 하고, 제11장의 적용 대상 투자는 NAFTA의 상대방 '체약국의 영토 내에서' 이루어진 투자에 국한된다고하였다. 따라서 본 건에서처럼 신청인들이 단지 자국 내에서 실현한 국내투자는제11장과 무관한 투자이므로, 이에 기초한 신청인의 중재신청에 대하여 관할권이 없다고 결정하였다.

Grand River Enterprises et al. v. U.S.A.

캐나다 국적의 담배회사인 Grand River와 이들 회사에 대한 일정 지분을 보유한 3인의 캐나다 사업가(Jerry Montour, Kenneth Hill, Arthur Montour)는 미국정부의 담배 관련 규제를 문제 삼아 2004년 NAFTA 중재를 제기하였다. 신청인들가운데 Jerry, Kenneth는 Grand River의 지분을 각각 30%, 10% 보유한 지배주주였고, 나머지 신청인 Arthur는 미국 뉴욕 주 북부에 위치한 인디언보존구역에 거

주하면서 자신이 소유한 NWS라는 미국회사를 통하여, Grand River가 캐나다 내에서 제조한 담배를 수입하여 인디언보존구역 소매상들에게 판매해 왔다. 피신청국은 신청인들 가운데 Arthur는 미국 내에 투자의 실체를 갖고 있으나, 나머지 신청인들은 자국(캐나다)에 담배제조공장을 보유하고 있을 뿐 미국 내에 투자의 실체가 없다고 주장하였다.

중재판정부는 과거 NAFTA 사건 중 Bayview 사건을 130) 인용하면서, 일방체약 국의 일정한 조치로 인하여 투자자의 국적국에 소재한 투자에 손실이 발생하였다고 해서 NAFTA 제11장이 적용되는 것은 아니며, 투자유치국 내에 투자의 실체가 존재하는 경우에 비로소 적용된다고 하였다. 즉, NAFTA는 자국에 투자한 투자자를 보호하는 협정이 아니라는 점을 강조하였다. 따라서 본 건에서처럼, 캐나다에 소재한 제조공장을 근거로 제기한 신청인의 청구는 NAFTA 제1101조상의 131) 관할요건에 흠결되어 투자적격이 없다고 보고, 신청인들 가운데 Authur를 제외한 나머지 신청인들의 중재신청을 각하하기로 결정하였다.

한편 신청인들은 증인진술서를 통하여, Grand River가 미국에 소재한 Arthur Montour의 NWS에 제공한 대출이 투자에 해당한다고 주장하였는데, 중재판정부는 NAFTA 제1139조가 상거래와 관련한 신용공여(extension of credit in connection with a commercial transaction)를 투자의 범위에서 제외하고 있고, 신청인이 인용하는 거래(대출)는 Grand River의 Arthur Montour에 대한 담배거래와 관련한 것이어서 그러한 제외 항목에 해당하므로 제11장의 적용 대상 투자가 아니라고 결정하였다.132)

¹³⁰⁾ Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, Award, June 19, 2007.

¹³¹⁾ Article 1101 "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..."

¹³²⁾ Grand River Enterprises et al. v. United States of America, UNCITRAL(NAFTA), Award, January 12, 2011.

4. 투자의 적법성

가. 개요

앞서 설명한 것처럼 대부분의 투자협정은 투자의 정의 조항을 통하여 적용대상 투자의 범위를 정하고 있다. 그러나 투자유치국의 법률에 저촉되는 불법적인투자에까지 협정의 보호를 부여하는 것은 부당하므로, 이를 보호대상에서 배제할필요가 있다. 따라서 오늘날 많은 투자협정은 '투자유치국의 법률에 부합하는(in accordance with host State's law)'이라는 조항(이하, 국내법률 합치조항)을 통해외국인투자의 적법성 요건을 두고 있다. 이러한 규정을 두는 취지는 불법적인 투자에 대하여 협정의 보호를 배제하기 위함이다.

협정 안에 국내법률 합치조항이 명시된 경우, 중재판정부는 투자유치국의 법률에 위반되는 투자로부터 발생한 분쟁에 대해서는 대체로 관할을 부인하였다. 그러나 명시적 조항이 없는 경우라도 불법적인 투자에 대해서는 당해 조약의 보호를 부인해야 한다고 본 사례들이 있다. 예컨대 ECT에 근거하여 구성된 Plama Consortium Limited v. Bulgaria 중재판정부는 비록 관련 조약인 ECT 안에 국내법률 합치조항이 없더라도 국내법 또는 국제법에 위반되는 투자까지 보호하는 것은 옳지 않다고 보고 신청인의 청구를 각하하였다.133) 다만, 투자유치국 스스로가 범한 불법행위가 자국의 법률에 위반된다는 이유로 협정의 적용을 거부하는 것은 허용되지 않는다. Kardassopoulos v. Georgia 사건에서는 피신청국의 국영기업이수권 범위를 넘는 불법행위를 하여 양허계약이 무효가 되었는데, 중재판정부는 피신청국이 자국법에 의해 위 계약이 무효라는 이유로 투자협정의 적용을 거부할수는 없다고 하였다.134)

¹³³⁾ Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008, para.138.

¹³⁴⁾ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007, para.182.

나. 중재판정례

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador

스페인 국적의 신청인 Inceysa Vallisoletana, S.L은 2003년 7월 21일 피신청국을 상대로 스페인 · 엘살바도르 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 건 분쟁은 2000년 엘살바도르 환경부가 발주한 '자동차배기가스 검사소의 설치 및 운영에 관한 계약' 입찰과 관련하여 발생하였다.

이 사건에서 피신청국은 본 건 BIT가 일방체약국의 법률에 따라 이루어진 투자만을 보호대상으로 하며 사기, 위조 또는 부정한 수단으로 획득한 계약에는 본건 BIT가 적용되지 않는다고 주장하였다. 구체적으로 피신청국은 다음과 같은 관할항변을 통하여 신청인 투자의 적법성을 문제 삼았다. 첫째, 신청인은 입찰 과정에서 허위 재무제표를 제출하였다. 둘째, 신청인 측 관리자인 Mr. Martinez의 경력을 위조하여 제출하였다. 셋째, 신청인과 파트너사의 자동차 검사 분야 경력에대해 허위의 자료를 제출하였다. 셋째, 필리핀과 파나마 등 해외에서의 사업 수주실적을 허위로 작성하여 제출하였다. 이에 대하여 신청인은 피신청국이 본 건BIT를 체결하고 제11조를 통하여 ICSID 중재에 동의한 이상, 적법성 요건 등의다른 조건을 부과하는 것은 중재합의를 일방적으로 철회하는 것과 마찬가지라고반박하였다.

이에 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 먼저 일방 국가가 상대국과 체결한 BIT상에 ICSID 중재가 약정되어 있더라도 이것만으로 유효한 중재합의가 성립되는 것은 아니고, 당해 BIT가 ICSID 중재에 회부할 수 있는 분쟁의 대상에관하여 일정한 조건을 두고 있으면 그 조건이 먼저 충족되어야 한다. 즉, 체약국은 중재에 회부할 수 있는 분쟁의 유형을 제한할 수 있으며 실제로 대부분의 BIT에서는 일정한 유형을 중재의 대상에서 배제하고 있다. 예를 들어, '일방체약국의법률에 합치하는 투자'로 그 범위를 한정하여, 중재에 회부할 수 있는 대상을 제한할 수 있다. 요컨대, 본 건 BIT의 양 체약국은 투자유치국의 법률에 부합하는 투자와 관련한 분쟁만을 ICSID 중재에 회부하기로 정하였으며, 따라서 불법적인투자에는 ICSID의 관할이 미치지 못한다고 보아야 한다. 더 구체적으로 살펴보면첫째, 분쟁의 대상이 된 신청인의 투자는 신의칙을 위반하였다. 왜냐하면 신청인

은 입찰참가 서류를 허위로 작성하여 제출하였고, 입찰 자격의 중요한 요소인 사업 경험과 능력, 전략적 파트너사에 대하여 거짓 정보를 제출하였기 때문이다. 또한 다른 낙찰자인 ICASUR와의 관계에 대한 정보를 은닉함으로써 입찰 규정상의 중요한 요건을 회피하였다. 이는 명백히 신의칙에 반한다. 둘째, 신청인의 투자는 피신청인국 법률에 위반된 불법적인 투자임이 드러났으므로 국제공서(International Public Policy)에도 반한다고 보아야 한다. 셋째, 신청인은 입찰 과정에서 정상적인 방법으로는 얻을 수 없었던 이득을 사기 등의 방법을 통하여 획득하였으므로부당이득금지(unlawful enrichment) 원칙을 위반하였다. 마지막으로, 피신청국 투자법 제24조는 내·외국민을 불문하고 세금, 노동, 사회보장법 등의 관련 법률을 준수하도록 규정하고 있는데, 신청인의 투자는 이를 위반하였으므로 적법성이 결여되어 투자법상의 보호규정도 원용할 수 없다. 이상의 이유로 중재판정부는 피신청국의 관할항변을 인용하고, 사건에 대한 관할이 없다는 결정을 내렸다.135)

Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey

2007년 8월 13일 ICSID는 Mr. Saba Fakes 와 터키간의 중재신청을 접수하였다. 본 중재신청은 1986년 3월 27일 네덜란드·터키 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하고 있으며, 터키 유수의 통신회사 Telsim Mobil Telekomunikayson Hizmetleri A.S.(이하, Telsim)가 터키정부에 의하여 제3자에게로 인수되는 과정에서 신청인의 Telsim에 대한 투자가 입은 손실 때문에 발생한 사건이다. 신청인 Saba Fakes는 네덜란드와 요르단 국적을 가진 이중국적자이며, 본 중재신청에서 터키정부가본 건 BIT상의 '공정하고 공평한 대우', '간접수용금지' 등 투자보호조항을 위반하였으며, 이로 인하여 미화 190억 달러의 손실을 입었다고 주장하였다.

이 사건에서 피신청국은 중재판정부의 관할을 부인하기 위하여, 신청인이 보유한 현지법인 Telsim의 주식은 ICSID 협약 제25조와 본 건 BIT 제1조 상의 '투자'에 해당하지 않는다고 주장하였다. 신청인이 Telsim의 주식을 매입한 것은 오로지투자분쟁을 제기하기 위한 목적으로 '투자'의 형식을 갖추기 위하여 시도한 'Treaty Shopping'에 불과하다고 주장하였다. 이에 대하여 중재판정부는 비록 ICSID 협약이 투자의 정의를 두고 있지 않으나, 여러 BIT는 보호대상 투자의 범

¹³⁵⁾ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, August 2, 2006.

위와 관련하여 합법성을 중요시하고 있으며 그 전제조건으로 투자유치국의 '승인'을 요구하고 있음을 지적하였다. 본 건 BIT 역시 제2조 제2항에 이러한 요건을 두고 있으며, 구체적으로 "본 협정은 체약국의 투자자가 통제·소유하고 있는 투자가, 투자유치국의 법에 따라 설립된 경우에만 적용된다"고 규정함으로써 '합법성'을 투자의 중요한 요소로 보고 있다고 하였다. 136)

TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic

이 사건 신청인 TSA는 피신청국에서 설립된 회사로서, 네덜란드 회사인 TSI Spectrum International N.V.(이하, TSI)가 소유하고 있는 자회사이다. 피신청국은 법령 1073/1992의 제정을 통하여 자국 통신위원회(이하, CNC)에게 라디오 주파수의 관리, 경영 및 통제를 민영화하기 위한 입찰을 시작하였다. 1997년 3월 14일 신청인과 다른 입찰자 1인이 입찰서를 제출하였고, CNC는 신청인에게 양허를 부여하고, 같은 날 신청인과 CNC를 계약 당사자로 하고 양허조건과 당사자들의 의무를 규정한 양허계약에 서명하였다. 계약기간은 15년이었으나, 양허를 받은 자가계약상의 의무를 준수하고 일정한 기준을 충족하는 경우 추가적으로 5년간 연장이 가능하였다. 계약에 따르면 신청인은 CNC에게 라디오 주파수 관리, 감독 및통제 서비스를 제공하기로 되어 있었다. 또한 신청인과 CNC는 각각 서비스 제공과 주파수 사용에 대하여 징수한 요금의 일정 비율을 매월 받을 권리가 있었고,계약 제29조는 분쟁해결에 관한 규정을 두고 있었다.

그 후 2004년 1월 26일 결의안(Resolution No. 242/04)을 통하여 CNC는 신청 인이 통합정보시스템 제공이라는 계약상의 의무를 위반하고 부당이익을 취하였다는 이유를 들며 양허계약이 종료되었다고 선언하고, 계약의 대상이었던 설비와 자산을 자신이 운영할 것이라고 결정하였다. 신청인은 2004년 3월 25일 CNC에게 보낸 서한에서 네덜란드, 프랑스, 독일과의 BIT를 언급하며 이 조약들에 따라우호적인 협상을 할 것을 제안하고 계약종료선언의 근거가 되었던 결의안 (Resolution No. 242/04)을 철회해 줄 것을 요청하였으나, CNC는 2004년 5월 14

¹³⁶⁾ 다만, 본 사건에서 신청인이 Uzan 家와 인위적인 이면계약을 통하여 주식을 인수한 것은 법적 소유권의 이전을 위한 진정한 주식매매계약으로 볼 수 없으며, 따라서 ICSID 협약상 의 '투자'여부를 판단하기 위한 기준인 현물 투여(a contribution), 리스크 감수(an element of risk) 등의 요건을 구비하지 못하여 투자의 실체가 없다고 판단하고 적법성에 대한 검토 는 더 이상 하지 않았다.

일에 상기 요청들이 거절되었다는 결의안(Resolution No. 1231/04)을 채택하였다. 이에 신청인은 같은 해 6월 다시 통신부 장관에서 서한을 보내 결의안(Resolution No. 1231/04)을 번복해 줄 것을 요청하였다. 통신부 장관에서 서한을 보낸 지 30일이 지나도록 답변을 듣지 못하자, 신청인은 그해 12월 10일 아르헨티나 대통령에게 서한을 보내, 30일이 지나도록 통신부 장관으로부터 명시적인 답변이 없기때문에 아르헨티나법에 따라서 자신의 요청이 거절당한 것으로 간주되어야 하고, 구속력 있는 중재를 통하여 투자분쟁을 해결하도록 한 ICSID의 배타적 관할권에 동의하였음을 고지하였다. 신청인은 또한 네덜란드·아르헨티나 BIT(이하, 본 건BIT) 제10조 제4항에 따라 CNC와 통신부에서 시작되어 진행 중인 행정절차를 중단시키기 위한 결정을 통지하였다. 그러나 피신청국의 공공투자 및 서비스부는 결의안(Resolution No. 242/04)에 대한 TSA의 이의제기를 거절하였다.

한편, 입찰절차에서 부정행위가 있었다는 익명의 제보에 따라, 피신청국 반부 패청은 공무원과 TSA에 관련된 사람들을 상대로 형사조사에 착수하였다. 연방법원은 기소된 자 가운데 일부는 혐의가 없다고 판결하였으나, 연방항소법원은 1심법원의 판결을 번복하고 수사를 진행하도록 명령하였다. 이후 법원은 사기혐의가 있는 자들을 불구속기소하고, 신청인과 연관된 사람들을 공모혐의로 기소하도록 결정하였다. 다만, 뇌물수수혐의에 대해서는 수사가 완료되지 않았으므로 이 부분에 대한 결정을 유보하기로 하였다.

이 사건에서 피신청국은 본 건 BIT 제1조 제a항은 보호대상 투자에 관하여 '일방체약국의 법률에 따른 투자'일 것을 요구하는 바, 신청인처럼 부정하고 불법적인 방법으로 얻은 투자는 투자유치국의 법률에 따른 것이라 볼 수 없어 중재판정부의 관할이 부인되어야 한다고 주장하였다(중재신청 당시 아르헨티나에서 신청인의 불법행위에 대한 당국의 조사가 진행 중이었다). 그러나 중재판정부는 신청인에 대한 범죄 수사가 아직 종결되지 않았고, 신청인의 관계자 2명(Mr. Neuss, Mr. d'Ancezune)에 대하여 공모죄 혐의가 제기되었으나 소송이 계류 중이며 뇌물죄 혐의 역시 아직 수사가 진행 중임을 고려할 때, 현재로선 문제된 양허가 불법적으로 취득되어 본 건 BIT의 보호가 배제된다고 볼 수 없다고 하였다.137)

¹³⁷⁾ TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, December 19, 2008.

Desert Line Project v. Yemen

피신청국은 신청인의 투자를 '승인'한 적이 없으며, 그러한 투자에 대하여 어떠한 형태의 인증도 해준 적이 없다고 주장하였다. 138) 또한 설령 피신청국 정부가 신청인의 투자를 승인하였더라도 이는 오만·예멘 BIT(이하, 본 건 BIT)에서말하는 '국가의 법률 또는 규정에 따른 승인'과는 구분되는 개념이라고 하였다. 아울러, 비록 피신청국 투자법의 규정에 따른 등록을 하지 않았다고 해서 신청인의 투자가 곧바로 불법이 되는 것은 아니지만, 적어도 본 건 BIT의 보호규정을원용할 투자 적격은 잃게 된다고 하였다. 이에 대하여 신청인은 "본 건 BIT 제1조 제1항은 피신청국 투자법을 언급하고 있지 않다. 피신청국의 주장처럼 '당사국의 법률 또는 규정'이 피신청국 투자법을 의미하는 것이었다면 동 조항에 그러한취지를 분명히 명시했을 것이다. 투자조약상 '투자'의 정의를 해석하는 데 있어서국내법의 규정을 인용하는 것은 국제법의 관행에 어긋나는 것이다. 국내법은 당해 투자가 불법적인 것인지 여부를 판단하는 잣대로 인용할 수 있을 뿐"이라고반박하였다.

양 당사자의 위와 같은 주장에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 본 건 BIT 제1조 제1항에 명시된 '당사국의 법률 또는 규정에 따라 승인된 투자'라는 문구에 대하여, 피신청국은 이 조항이 당해 투자가 적법한 것으로 승인받기위하여 일정한 승인 절차가 요구된다는 뜻이라고 주장하나, 정작 본 건 BIT에 우선하는 피신청국 법의 관련 규정을 제시하지 못하였다. 만약 본 건 BIT의 당사국들이 투자를 정의하면서 '당사국의 법률 또는 규정'이 피신청국 투자법을 뜻하는 것으로 의도하였다면 조약에 이를 명시할 수 있었으나 실제로 그리 하지 않았다. 아울러 피신청국 투자법 어디에도 투자의 승인에 특정한 형식을 요구하는 조문을찾을 수 없다. 한편, 투자유치국의 투자에 대한 인증이 필요한지 여부와 관련하여, 전술한 '승인'에서처럼 '당사국의 법률 또는 규정에 따른'이라는 수식어를 달고 있지 않다. 따라서 인증의 의미는 본 건 BIT의 전 취지를 고려하여 일반적인의미에 따라 해석하여야 하는데, 중재판정부의 판단으로 양당사국이 인증에 필요한 특정한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 특정한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 특정한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 특정한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 특정한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 등장이 등장이 되었다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 등장이 들었다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 등장이 들었다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장한 형식을 염두에 두에 두었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한 등장이 등장이 되었다고 볼 만한 증거는 없다. 만약 그러한 형식이 필요한다고 함께 등장이 등장이 등장이 되었다고 볼 만한 증거는 없다.

¹³⁸⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 5. '포기·중복제소금지조항'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

요하였다면 조약에 명시하였을 것이나, 본 건 BIT에는 그에 대한 언급이 없다. 예컨대, ASEAN 협정(1987) 제2조 제1항은 '투자유치국에 의하여 등록된 투자'라는 문구를 두고 있으며, 인도네시아가 영국, 호주 칠레 등과 체결한 BIT에서는 적용대상 투자의 정의에 대하여 '1967년 인도네시아 외국투자법 제1호에 따라 승인된 투자'라고 하는 등 구체적 문언을 두고 있다. 그러나 본 건 BIT는 그러한 구체적인 조문이 없다. 따라서 본 건 BIT는 당해 투자가 제1조 제1항에 따라 승인된 것임을 요하는 실질적 의미의 인증을 뜻하는 것으로 보아야 하며, 피신청국의 주장처럼 형식적 요건이 미비되었다고 하여 BIT의 보호대상에서 배제되는 투자로 볼 것은 아니다. 이에 중재판정부는 피신청국의 관할항변을 기각하였다.139)

Plama Consortium v. Bulgaria

이 사건에서 피신청국은 신청인의 청구에 대한 관할과 수리적격(admissibility)에 대하여 이의를 제기하였다. 그 근거로 신청인이 허위진술을 통하여 현지법인 Nova Plama에 대한 투자를 획득하였으므로 피신청국 법률에 위반되어 무효라는 점을 들었다. 즉, 신청인은 피신청국의 법률에 따라 투자한 것이 아니므로, 본 사건에 적용될 ECT 제1조 제6항이 정의한 투자의 실체가 없어 중재판정부는 신청인의 청구에 대하여 관할권이 없다는 것이다.

중재판정부는 제출된 증거자료에 근거하여 다음의 사실을 확인하였다. 먼저 신청인 회사는 Nova Plama의 지분을 매입할 특수 목적으로 설립된 회사에 불과하였다. 본 건 거래를 주도한 Mr. Vautrin과 관계자들은 신청인 회사(PCL)를 상당한 자산을 가진 컨소시엄으로 소개하였으나 실상은 별다른 자본도 없는 빈껍데기 회사에 불과하였다. 피신청국은 만약 신청인이 이름만 컨소시엄이고 재원도 없는 개인 소유의 회사임을 사전에 알았다면 Nova Plama의 주식 매각을 승인하지 않았을 것이라 주장하였다. 정제소가 갖는 전략적 중요성을 감안할 때, 인수자의 경영능력이나 재무상태는 피신청국이 매각을 승인하는데 중요한 고려사항이었을 것이므로 중재판정부는 그러한 주장에 동의한다. Mr. Vautrin은 당초 컨소시엄에서 Andre나 NOT가 철수하고 자신이 실질적인 투자자가 되어버린 상황을 피신청국

¹³⁹⁾ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, February 6, 2008.

에 알리지 않았고 결국 Nova Plama의 주식을 매입하는데 성공하였는데, 이러한 행위는 불가리아 법뿐만 아니라 국제법의 원칙에도 위배된다. 대부분의 BIT와 달리 ECT는 적용대상 투자가 특정 법률에 부합할 것을 요구하지는 않으나, 그렇다고 하여 ECT가 불법적인 투자까지 보호한다는 의미는 아니다. 또한 신청인의 행위는 신의칙에도 위반된다. 신의칙은 투자자가 투자와 관련한 중요한 정보를 투자유치국에 제공할 의무를 포함하는 개념인데, 투자의 승인과 관련한 정보일 경우에는 특히 중요성을 갖는다. 신청인은 주주 변경에 대하여 보고할 의무가 없었다고 반박하나, 투자에 대한 정부의 승인이 법률상 요구되었고 투자자의 재정적ㆍ기술적 능력이 승인의 결정 여부에 중요한 요소임을 감안할 때 당사자의 변동을 당연히 고지할 의무가 있었다. 따라서 관련 정보를 공개하지 않은 것은 신의칙에 반한다. 결론적으로 중재판정부는 신청인의 투자에 대하여 ECT상의 실체적 보호규정을 적용할 수 없다고 결정하였다.140)

5. 계약상의 분쟁

가. 개요

투자협정에 근거하여 제기되는 투자중재에서, 당해 청구가 협정위반(breach of treaty)이 아닌 계약위반(breach of contract)에 근거한 것임을 들어 중재판정부의 관할권에 이의를 제기하는 사례가 종종 있다. 주로 문제되는 것은 동일한 사실관계에 기초한 분쟁을 국내절차와 투자중재에 중복하여 제기하는 경우 어느 쪽이 관할을 갖는가이다. 예를 들어, 투자유치국과 맺은 양허계약상에 별도의 관할합의(국내법원 또는 중재)가 있음에도 불구하고 투자자가 이를 무시하고, 또는 병행하여, 투자협정에서 정한 절차(ICSID 중재 등)를 개시하는 경우 중재판정부의 관할권을 어떻게 확정할지가 문제된다. 중재판정례 중에는 계약상의 관할합의를 존중하여 투자중재를 각하한 사건이 있는 반면, 계약상 관할합의에도 불구하고 청구의 본질이 계약위반이 아닌 협정위반인 경우에는 투자중재의 관할을 긍정한 사례도 있어 통일된 기준이 정립되어 있지 않다.

¹⁴⁰⁾ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008.

나. 중재판정례

Impregilo S.p.A v. Argentine Republic

이 사건에서 이탈리아 회사 Impregilo S.p.A는 피신청국 현지법인 Aguas del Gran Buenos Aires(이하, AGBA)의 최대주주였는데, AGBA가 1999년 12월 7일에 피신청국의 부에노스아이레스주와 맺은 서비스 양허계약을 문제 삼아 이탈리아·아르헨티나 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 ICSID 중재를 제기하였다. 피신청 국은 양허계약에서 법정지로 국내법원을 약정하였고, 분쟁의 성질이 계약위반과 관련된내용이므로 협정위반을 다루는 중재판정부에 관할권이 없다는 이의를 제기하였다. 또한 현지법인(AGBA)이 본 사건과 동일한 청구를 관할법원인 부에노스아이레스주의 법원에 제기한 사실을 지적하였다. 이에 대하여 신청인은 본 건 BIT에 근거한 투자자의 중재신청권은 양허계약의 법정지 선택조항(forum-selection clauses)에 의하여 배제되지 않는다고 반박하면서, 자신들은 본 건 BIT 위반에 기한 청구를 하는 것이라고 주장하였다. 아울러 양허계약상의 관할합의 조항은, 동계약의 해석과 이행에 관한 분쟁에 한하여 유효할 뿐이라고 강조하였다. 마지막으로 신청인은 본 건 BIT의 MFN 조항에 의하여 다른 투자협정(미국·아르헨티나 BIT) 상의 포괄적 보호조항(umbrella clause)을 원용할 수 있는데, 이에 의하면계약상 분쟁에 대해서도 투자중재를 제기할 수 있다고 하였다.

중재판정부는 신청인의 청구 일부가 단순한 계약상 분쟁임을 인정하면서도 청구의 본질이 불법수용, 공정하고 공평한 대우 위반 등 협정위반에 근거한 것임을 확인하였다. 또한 양허계약의 당사자는 신청인이 아닌 AGBA와 부에노스아이레스주였으므로, 국내법원을 관할법원으로 약정했다고 하여 신청인의 중재신청권이 배제되는 것은 아니라고 보았다.[41]

TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic

피신청국은 문제가 된 양허계약 제29조가 계약의 적용이나 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위한 법정지로 부에노스아이레스 행정법원 또는 ICC 중재규칙을 적

¹⁴¹⁾ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June 21, 2011.

용하는 중재법원을 명시하고 있으며, 동 조는 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁 (all discrepancies)을 부에노스아이레스에서 해결하도록 정하고 있으므로 다른 법정지 또는 재판부의 관할권은 배제된다고 주장하였다. 또한 신청인은 위 양허계약의 일방당사자이고 동 계약에서는 ICC 중재규칙에 따라 구성되는 중재판정부의전속관할을 규정하고 있는데, 여기에 동의한 신청인이 이제 와서 ICSID 중재의관할을 주장하며 계약상 관할합의를 부인하는 것은 근거가 없다고 주장하였다.이에 대하여 신청인은 자신들의 청구가 협정위반에 기한 청구이고 또한, 양허계약의 법정지 조항으로 인하여 ICSID 중재신청권이 배제되는 것은 아니라고 반박하였다.

중재판정부는 당사자들이 계약에서 특정한 분쟁해결절차에 합의했더라도, 협정의 적용을 배제하겠다는 의사를 명확히 표시하지 않은 이상 협정상의 분쟁해결절차가 배제되지 않는다고 하였다. 본 사건에서 양허계약을 통하여 BIT 상의 분쟁해결절차를 배제하고자 하였다면 피신청국은 계약 안에 이를 명시했어야 하나 그에 대한 구체적인 입증이 없다. 만약 피신청국의 주장에 따를 경우, 투자유치국정부는 계약에 투자중재를 포기하는 조항을 두어 협정상의 중재를 사전에 차단할수 있게 되는데 그렇게 되면 투자유치국은 수용금지와 같은 협정상의 의무를 회피할 수 있게 되어 부당하다고 보았다. 결론적으로 중재판정부는 본 건 양허계약안에 별도의 관할합의가 있더라도 이것이 협정위반에 근거한 신청인의 청구를 방해하지 않는다고 결정하였다.142)

¹⁴²⁾ TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, Award, December 19, 2008.

제4절 인적 관할

1. 투자자의 정의

가. 의의

투자자란 일정한 재화나 용역을 투입하여 투자활동을 영위하는 주체를 말한다. 외국인투자법 등과 같이 외국인투자를 규율하는 국내법이나 투자에 관한 협정은 일반적으로 당해 법률 또는 협정의 적용대상 투자자에 관한 정의 규정을 두고 있다. 이는 투자자의 권리・의무를 규율하는 동시에, 협정이 부여하는 실체적 보호 규범(내국민대우, 최혜국대우 등)의 수혜자격과 분쟁해결절차의 당사자적격(jus standi)을 결정하는 일차적 기준이 된다. 또한 투자자의 정의는 투자의 정의와도 밀접한 관련을 갖는다. 일반적으로 협정의 보호를 받는 투자자란 당해 협정이 적용대상으로 정한 투자를 소유 또는 통제하는 자를 가리키므로(NAFTA 제1139조), 이와 무관한 투자를 가진 자에게는 투자자의 지위를 인정할 수 없기 때문이다.

나. 규정례

1) BIT

일반적으로 국제투자 주체로서의 투자자는 자연인(natural person)과 법인(legal person)으로 분류된다. 일부 투자협정은 이를 국민(nationals)과 기업(companies)으로 구분하기도 하고, 단순히 국민(nationals)이라고 표시하기도 한다. 먼저 자연인의 경우 체약국의 국내법에 따라 자국 국민일 것을 요구하는 방식과, 국적 요건에 추가하여 국가와 개인 간의 일정한 관련성을 요구하는 방식이 있다. 예컨대, 2006 미국·우루과이 BIT는 "본 협정상 자연인이란 i) 미국의 이민·국적법 제3조에 따른 미국 국적을 보유한 자, ii) 우루과이 국내법에 따라 우루과이 시민권을 보유한 자"라고 정의하여 전자의 방식을 따르고 있다. 한편, 1974 독일·이스라엘 BIT는 "본 협정상 이스라엘 국민이란 이스라엘에 영구적으로 거주하는 자"라고 하여 국적 외에 지속적인 거주 요건을 두고 있다. 반면, 법인의 국적을 결정함에 있어서는 주로 설립지(place of incorporation) 기준이 널리 이용되고 있다.

1997 그리스·쿠바 BIT 제1조는 "본 협정상 투자자란 체약당사국의 법률에 따라 설립된 법인"이라고 정의하고 있다.

다른 한편, 협정의 양체약국 국적을 가진 자의 당사자적격이 투자중재에서 종종 문제가 되었는데, 이와 관련하여 일부 협정은 이중국적자에 대한 명시적 규정을 두고 있다. 예컨대 2012 미국 Model BIT는 제1조에서 투자자에 대하여 "상대방 체약국에 투자를 시도하거나 진행 중인, 또는 완료한 일방체약국, 국영기업, 개인이나 회사"라고 정의하는 한편, 이중국적자인 자연인에 대해서는 지배적이고 실효적인 국적(dominant and effective nationality)에 따르도록 하고 있다. 또한, 스리랑카 Model BIT는 "일방체약국의 법에 따라 그 국가의 국적을 갖되, 상대국의 국민이 아닌 자연인(natural persons who have the nationality of Contracting Party in accordance with its laws and are not nationals of the other Contracting Party)" 이라고 하여 상대국의 국적을 동시에 보유한 이중국적자를 적용대상에서 배제하고 있다.

2) 다자간협정

ECT는 적용대상 투자자에 대하여 "적용 가능한 체약당사국의 법률에 따른 자연인 또는, 해당 체약국에서 적용 가능한 법에 따라 조직된 기업 혹은 기타 조직체"라고 정의하고 있다. 또한 ASEAN 협정에 의하면 '국민'의 정의는 개별 국가의 헌법과 법률에 따르도록 하고, '법인'은 "실효적인 경영 장소가 있는 체약당사국의 영토 내에서 유효한 법에 따라 설립되거나 구성된 기업, 동업, 혹은 기타 영업조합"으로 정의하여 설립지와 본부가 해당 국가의 영역 내에 있을 것을 요구한다. 한편, NAFTA는 제1139조 정의조항에서 "투자자란 상대국에 투자를 하려고하거나 진행 중인, 또는 투자를 완료한 일방체약국 또는 일방체약국의 국영기업, 개인 또는 회사(investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make is making or has made an investment)"라고 정의하여 앞서 Model BIT와 유사한 규정을 두고 있으나, 국적에 대해서는 별도의 요건을 두고 있지 않다. 한편, NAFTA는 적용대상 투자자의 범위에 개인(또는 법인)뿐 아니라 체약당사국(a party)과 국영기업(state enterprise)까지 포함시킨 점에서 다른 투자협정들과 구별된다.

다. 중재판정례

Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic

이 사건에서 피신청국은 스위스 국적을 가진 신청인의 당사자적격을 문제 삼 았다. 본건에 적용될 스위스·슬로바키아 BIT(이하, 본건 BIT) 제1조 제1항 (b)호 는 투자자의 정의에 대하여 "일방당사국의 투자자라 함은... 해당 국가의 법률에 따라 설립되어, 그 국가의 영토 내에 본거를 두고 실질적인 경제활동을 수행하는 법인을 가리킨다"고 규정하였는데,143) 신청인이 스위스에서 설립되었다는 이유만 으로는 투자자의 지위가 인정되는 것은 아니라고 주장하였다. 왜냐하면 동 조에 서 규정하고 있듯이 해당 국가에서 설립되었다는 점 외에, 신청인이 스위스에 '소 재(seat)'하고 '진정한 경제 활동(real economic activities)'을 한 사실이 증명되어야 하는데, 신청인은 이를 입증하지 못했기 때문이다. 이에 대하여 신청인은 i) 중 재판정부에 제출한 사업자 등록증은 자사가 사업을 운영하고 본사를 보유하고 있 으며, 회계장부를 보관하고, 사무실을 임대하고, 은행계좌를 가지고 있는 스위스 에 '소재'하고 있음을 입증하는 것이고, ii) 2007년 납세신고서를 보면 신청인이 스위스에서 진정한 경제활동을 하였고, 유령회사(mailbox company)가 아니라는 점을 입증하는 것이며, iii) 오늘날 많은 사업가들이 1인 기업이고 핸드폰을 통하 여 업무를 하기 때문에, 신청인이 직원이나 전화를 두고 있지 않다는 사실만으로 본 건 BIT의 적용이 배제되는 투자로 볼 수는 없다고 반박하였다.

이에 대하여 중재판정부는 본 건 BIT 제1조 제1항 (b)호 및 (c)호에 따른 투자자는, i) 스위스 법에 따라 구성되었거나 정당하게 조직되어야 하고, ii) 스위스에 소재(seat)하고, iii) 스위스에서 진정한 경제 활동을 수행한 점이 입증되어야 하는데 본 사건에서는 특히 ii)와 iii)의 요건이 문제된다고 보았다. 먼저 '사업 소재'를입증하기 위해서는 이사회 주주총회가 스위스 영토에서 개최된다는 사실, 회사최고경영진이 스위스에 소재한다는 사실, 회사가 소재하고 있는 곳에서 일정수의 직원을 고용하고 있다는 사실, 회사와 계약을 한 제3자에게 제공되는 전화번호와 팩스번호가 기입된 주소, 물리적 소재지의 유지와 관련 서비스를 위하여 일반비

¹⁴³⁾ 원문은 다음과 같다. "The term investor refers, with regard to either Contracting Party, to […] (b) legal entities […] which are constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting Party and have their seat, together with real economic activities, in the territory of that same Contracting Party."

또는 간접비가 발생한다는 사실 등이 밝혀져야 하나, 신청인은 이 중 어떠한 것도 입증하지 못했다고 보았다. 다른 한편, '진정한 경제활동'이 있었는지 여부와 관련하여, 신청인은 자사의 고객 수와 유형, 운영형태, 체결한 계약의 종류, 직원수 및 고용형태, 조직의 구성 등에 대하여 입증하지 못했고, 심지어 직원이 없었다고도 자백하였다. 또한 신청인은 여러 스위스 기업들과 유효한 장기 계약을 체결하고, 스위스 은행 및 외국 은행들에 여러 계좌를 갖고 있다고 하면서도 사업파트너의 명칭과 주소를 공개하는 것은 스위스에서의 통상적인 사업 관행에 부합하지 않는다는 이유로 공개를 거부하였다. 이러한 정황으로 미루어 중재판정부는 신청인이 본 건 BIT 제1조 제1항 상의 '투자자'임을 스스로 입증하지 못하였다고 보고 피신청국의 관합하벼을 인용하였다.144)

Europe Cement v. Turkey

신청인 Europe Cement Investment and Trade S.A.은 폴란드 국적의 회사로서 피신청국 내 CEAS와 Kepez, 2개의 전기회사에 대한 지분을 매입하는 방식으로 피신청국에 투자를 하였다. 본 건 분쟁은 피신청국이 1998년 이들 터키 회사들과 체결한 양허계약을 2003년 6월 11일자로 해지함에 따라 발생하였다. 신청인은 피 신청국 정부가 ECT 상의 투자보호 의무를 위반하여 자신의 투자에 손실을 입혔 다고 주장하며, 2007년 3월 6일 ICSID에 중재를 신청하였다. 신청인은 준비서면 을 통하여 관할권 및 본안에 관한 주장을 하였다. 먼저 신청인은 자신들이 2003 년 5월 피신청국 국적의 CEAS와 Kepez의 지분을 매입하였는 바, 같은 해 6월 11일자로 이들 회사가 유지하고 있는 양허계약을 피신청국이 불법적으로 해지함 으로써 손실을 입었다고 주장하였다. 또한 위 양허계약을 해지한 뒤에는 피신청 국 경찰이 두 회사의 부지에 불법 난입하여 직원들을 폭행하고 회사 장부와 문서 를 압수해 갔다고 주장하였다. 신청인은 피신청국이 양허계약을 불법적으로 해지 한 것은 ECT 제13조에서 규정하고 있는 수용금지 의무를 위반한 것이며, 또한 제10조 제1항에서 규정한 공정하고 공평한 대우 의무에도 위반된다고 주장하였 다. 이러한 피신청국의 조약 위반으로 자신들의 투자는 380만 달러 상당의 손실 을 입었다고 주장하였다.

¹⁴⁴⁾ Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Award, March 5, 2011.

한편 CEAS와 Kepez의 지분을 보유한 사실을 입증하기 위하여 신청인은 2003년 5월에 매입하였다는 주식증명서와 주식양도증명서 사본을 제출하였다. 피신청국은 이들 증명서의 원본 제출을 요청하였으나 신청인은 제출하지 않았다. 이에 피신청국은 준비서면을 통하여, 신청인의 청구는 투자의 실체도 없으며 법적 근거 없이 허위 문서에 기초하여 제기된 것이므로 모두 각하되어야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 비록 피신청국의 서류 위조 주장이 없었더라도 신청인이 스스로 투자의 존재를 입증하지 못한 것은 관할권 부재를 판단하기에 충분한 이유가 된다고 보았다. 결국 중재판정부는 신청인이 피신청국 내 투자의 존재를 입증하지 못하였다고 보고 청구를 각하하였다. 145)

2. 투자자의 국적

투자협정의 보호규정을 원용하고자 하는 투자자는 자신이 협정의 일방체약국 국적을 보유하고 있음을 증명하여야 한다. 투자자의 국적은 두 가지 측면에서 중 요하다. 첫째, 투자협정의 실체적 보호규범은 체약국의 국적을 가진 자에 한하여 적용되므로, 협정이 부여하는 규범을 원용하기 위해서는 적어도 일방체약국의 국 적을 갖고 있어야 한다. 둘째, 투자자의 국적은 투자중재의 당사자적격을 결정한 다. 협정의 일방체약국 국적을 갖지 아니한 자는 중재절차를 제기할 수 없으며, 중재판정부는 그에 대한 인적 관할권이 없기 때문이다. 이러한 투자자의 국적은 크게 자연인과 법인으로 구분하여 검토할 수 있다.

가. 자연인의 국적

일반적으로 자연인의 국적은 자신의 국적국가라고 주장되는 국가의 법률에 따라 결정된다. 일부 투자협정에서는 국적이나 시민권(citizenship) 외에 영구거주 (permanent residence) 등의 추가적인 요건을 두기도 한다. 1993 캐나다·아르헨티나 BIT는 "투자자란 일방체약국의 법률에 따라 시민권을 보유하거나, 그 국가에 영구적으로 거주하는 자연인"이라고 정의하고 있다. NAFTA 제201조도 "본 협정상 자연인이란 일방체약국의 시민 또는 영구적으로 거주하는 자"라고 하여 유사

¹⁴⁵⁾ Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, August 13, 2009.

한 규정을 두고 있다. 한편, 양 체약국의 국적을 가진 이중국적자에게 협정의 보호를 부여할지가 문제된다. 이와 관련하여 2012 캐나다 Model FIPA는 146) "협정의 양 체약국 국적을 가진 자연인은 유효하고 실질적인 국적(dominant or effective nationality)의 국민으로 간주한다."고 하여 당사자의 의사에 관계없이 객관적인 기준에 따라 하나의 국적만을 인정하도록 하였다. NAFTA 협정은 국적에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않다.

나. 법인의 국적

자연인과 마찬가지로, 법인 투자자의 국적 판단에 있어서도 주로 문제되는 것은 당해 법인과 투자유치국과의 관련성이다. 법인의 국적 결정에는 주로 i) 설립지(incorporation), ii) 영업소재지(seat of business), iii) 실질적 통제 등의 기준이적용된다. 먼저, 설립지 기준을 규정한 조약으로 미국의 Model BIT(2012)를 들수 있다. 동 BIT는 "일방체약국의 회사란 그 체약국의 법에 따라 설립 또는 조직된 회사(constituted or organized under the law of a Party)"라고 정의하고 있다. 일단 설립지가 법인 국적의 기준으로 명시된 이상 당해 법인을 누가 실질적으로소유 또는 지배하는가는 국적 결정에 영향을 미치지 않는다.147) 이와는 달리 소위 Treaty Shopping의 남용을 막기 위하여 설립지 요건 외에, 실질적인 영업소를기준으로 법인의 국적을 결정하는 협정이 있다. 예를 들어, 2003 독일・중국 BIT는 "본 협정상 일방체약국의 회사란, 법인격 여부에 관계없이, 그 국가에 주된 영업소를 갖고 있는 모든 법인"이라고 정의하여 영업소재지를 국적 결정의 기준으로 삼고 있다.

다른 한편, 누가 회사를 소유 또는 지배(control)하는가를 기준으로 삼는 경우가 있다. 그러나 '지배'라는 개념의 구체적인 의미를 파악하는 것은 쉽지 않다. 이와 관련하여 *Thunderbird v. The United Mexican States* 사건의 중재판정부는 "회사에 대한 지배는 사업 활동에 관한 주요 정책을 결정하거나 실행할 수 있는

¹⁴⁶⁾ Canada's Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreements, 2012.

¹⁴⁷⁾ 예컨대, Tokios Tokeles v. Ukraine 사건에서 신청인 회사(Tokios Tokeles)는 리투아니아에서 설립되었고 리투아니아의 국적을 보유하고 있었으나 실상은 피신청국(우크라이나) 국민이 회사 지분의 99%를 보유한 회사였다. 이에 피신청국은 신청인 회사를 우크라이나 국민이 실질적으로 소유·지배하므로 리투아니아 회사로 볼 수 없다고 하였으나, 중재판정부는 관련 협정(리투아니아·우크라이나 BIT)이 법인의 국적에 관하여 설립지 기준 외에 다른 요건을 두고 있지 않으므로 신청인의 국적(리투아니아)을 부인할 근거가 없다고 하였다.

권한을 가리킨다"고 설명한 바 있으나, 이 역시 만족할 만한 객관적 기준을 제시하지는 못하였다. 때문에 일부 투자협정은 지배 기준을 설립지 또는 영업소재지기준과 묶어서 규정하기도 한다. 예컨대, 2001 스웨덴·인도 BIT는 "본 협정상회사란 일방체약국의 영토 내에서 그 국가의 법에 따라 설립·조직된 회사 또는 단체, 또는 제3국에서 설립된 회사로써 지분의 51% 이상을 위 체약국의 투자자가 보유한 회사를 가리킨다"고 규정하고 있다.

다. 혜택의 부인(denial of benefits)

자신에게 유리한 투자협정을 찾아다니는 소위 Treaty Shopping의 남용을 막기위하여, 일부 협정에서는 일정한 조건 하에 협정상의 보호를 거부할 수 있도록정하고 있다. 즉, 투자자의 회사를 체약국이 아닌 제3국 국민이 소유하거나 지배하는 경우 협정의 적용을 배제하는 것이다. NAFTA 제1113조 제2항은 "일방체약국은 상대국 투자자의 회사를 제3국 국민이 소유 또는 지배하고, 그 회사가 설립준거법 소속 국가에서 아무런 경제적 활동을 하지 않는 경우 제11장의 보호를 거부할 수 있다"고 규정하고 있다. 한・미 FTA도 제11.11조에서 "일방체약국은 상대국 투자자의 회사를 제3국 국민이 소유 또는 지배하는 경우, 또는 일방체약국이 그러한 제3국과 정상적인 경제관계를 갖고 있지 않거나 그 국가 및 국민과의거래를 금지하는 조치를 유지하고 있는 경우에는 제11장의 적용을 부인할 수 있다"고 규정하고 있다.

라. 투자자의 국적 관련 중재판정례

■ Ioan Micula v. Romania

이 사건에서 피신청국은 신청인들이 투자 손실을 입은 날로부터 중재절차 종료일까지 지속적으로 스웨덴 국적을 보유하고 있지 않았다고 주장하며 신청인들의 투자자적격에 이의를 제기하였다. 아울러 협정은 국제관습법의 틀 안에서 해석되어야 하는 바, 스웨덴·루마니아 BIT(이하, 본 건 BIT)가 지속적 국적 유지(continuous nationality)에 관한 국제관습법의 원칙을 배제할 수는 없다고 하였다. 요컨대, 신청인들은 유효한 스웨덴 국적을 획득하지 않았고 단지 중재신청의 목적으로 편법 취득하였다는 것이다. 이에 대하여 신청인들은 ICSID 협약에서 관할

요건으로 요구하는 기일(중재합의일과 중재신청일) 당시에 스웨덴의 국적을 보유하였으며, 또한 ICSID 협약은 지속적 국적을 요구하지 않는다고 반박하였다.

중재판정부는 신청인이 1988년 스웨덴 국민과 결혼하여 1987년 10월부터 1989년 10월까지 거주허가서 및 노동허가서를 소지하였고, 스웨덴 이민국이 1991년 9월 신청인에게 루마니아 국적을 포기할 경우 스웨덴 국적을 획득할 수 있음을 통지하자 1992년 8월 22일 정식으로 루마니아 법에 따라 국적을 포기한 사실을 확인하였다. 중요한 것은 신청인이 ICSID 협약이 요구하는 일자 즉, 중재합의일과 중재신청일 당시에 스웨덴 국적을 보유했었는지 여부였다. 피신청국은 신청인들이 여전히 자국과 일정한 관련을 맺고 있다고 주장하나, 본 사안처럼 신청인들이 피신청국의 국적을 정식으로 포기하고 단일 국적만을 보유한 경우에는 국적국가와의 진정하고 유효한 관련성(genuine and effective link)은 문제되지 않았다. 아울러 ICSID 협약은 '실효적 국적'을 명시하고 있지 않다. 본 건 BIT 역시 스웨덴 국적을 결정하는데 있어 스웨덴 법률을 적용하는 것 외에 추가적인 요건을 두고 있지 않다. 마지막으로 신청인들이 현재 피신청국에 거주하는 것은 사업상의필요에 따른 것으로 국적 결정과는 무관하였다. 위와 같은 이유로 중재판정부는 신청인들의 국적을 문제삼아 제기한 피신청국의 관할항변을 기각하였다. 148)

Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey

네덜란드·터키 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 제기된 이 사건에서 신청인은 요르단과 네덜란드 국적을 모두 갖고 있었다. 그러나 피신청국은 신청인이 유효한 네덜란드 국적을 갖고 있지 않다면서 투자자적격에 이의를 제기하였다. 이에 대하여 신청인은 자신이 네덜란드 어머니와 네덜란드 국적을 취득한 요르단출신의 아버지 사이에서 태어났으며, 국적 유지를 위하여 네덜란드와 지속적인관계를 유지해 왔음을 강조하였다.

중재판정부는 본 사건에서 신청인의 국적에 따른 관할권 존부를 판단하기 위하여 ICSID 협약 제25조 제2항 (a)호와 본 건 BIT 제1조 (a)호 (i)를 검토할 필요

¹⁴⁸⁾ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and admissibility, September 24, 2008.

가 있다고 보았다. 먼저 ICSID 협약 제25조 제2항 (a)호는 "타방 당사국 국민이 란 중재요청서가 등록된 날과 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에 분쟁당사국 외의 체약국 국적을 가진 자연인을 의미하며 다만, 그 날짜에 분쟁당 사국의 국적을 보유한 자는 이에 포함되지 아니한다"고 규정하고 있다. 즉, 분쟁 당사국의 국적을 가진 자는 관할에서 배제하고 있다. 그러나 신청인이 이중국적 자라도 i) 두 국가 가운데 하나가 협약 체약국이고, ii) 나머지가 투자유치국이 아 닌 경우에는 신청인의 당사자적격이 부인되지 않는다고 보아야 한다. 둘째, 본 건 BIT 제1조 (a)호 (i)는 투자자에 대하여 "체약국의 법에 따라 체약국의 국적을 가 진 자연인"이라고 정의하여 이중국적자를 배제하지 않으므로, 요르단 국적에 관계 없이 신청인이 네덜란드 국적을 갖고 있다면 피신청국을 상대로 투자중재를 제기 하는 것은 전혀 문제되지 않는다. 결론적으로 중재판정부는, i) 신청인의 부모가 모두 네덜란드 국적이고, ii) 신청인의 아내와 세 자녀 모두 네덜란드 국적을 갖 고 있으며, iii) 신청인 역시 유년시절과 청년기를 네덜란드에서 보냈고, iv) 현재 네덜란드 여권과 운전면허를 소지하고 있다는 점에 비추어 명백히 네덜란드 국적 을 갖고 있다고 보아야 하며, 따라서 본 중재의 당사자적격을 갖는다고 판단하였 다.149)

Marvin Roy Feldman Carpa v. The United Mexican States

미국 국적의 Marvin Feldman이 설립하고 실질적으로 경영하는 멕시코 회사 CEMSA는 1990년부터 담배를 수출하기 시작하여, 멕시코의 IESP 법에 따라 세금환급을 받아왔다. 그러나 1991년 피신청국 정부가 법을 개정하여 담배 생산자에게는 세금을 환급해 주고 중개상에게는 환급을 해주지 않게 되자 CEMSA가 세금환급 대상에서 제외되었다. 이에 신청인은 피신청국 법원에 IESP 법 제2조 제3항의 위헌을 확인하는 헌법소원(Ampro action)을 제기하였고, 법원은 동 조항이 납세자 형평에 어긋난다는 결정을 내렸다. 이에 피신청국 정부는 다시 IESP 법을 개정하여 1990년처럼 모든 최종 수출자들에게 세금환급을 허용하여 분쟁이 해결되는 듯하였으나, 이후 멕시코 정부가 1993년 1월, IESP 법에서 요구하는 송장형식을 구비하지 않은 CEMSA의 담배수출을 금지하면서 다시 분쟁이 생겼다. 피신청국은 중개상인 CEMSA가 법에서 요구하는 송장을 확보하지 못하여 환급대상에서 제외되었다고 주장한 반면, CEMSA는 피신청국 조세당국이 세금환급에 대

¹⁴⁹⁾ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, July 14, 2010.

한 확약을 한 바 있고, 실제로 1996년 6월부터 1997년 9월까지의 납부세액에 대하여 환급을 해준 사실을 지적하였다. 이후 1997년 피신청국은 IESP 법을 개정하여 중개상에 대한 환급을 금지하였으며, 1998년에는 CEMSA에 대한 감사를 벌여이들이 1996년 1월부터 1997년 9월까지 받은 환급금과 그에 대한 이자 및 벌금을 납부하라고 하였다. 이에 CEMSA의 실질적 소유주인 Feldman은 1999년 피신청국을 상대로 ICSID에 중재를 신청하였다.

본안전 단계에서 피신청국은 신청인 Feldman이 비록 미국 시민권을 갖고 있으나 동시에 멕시코 영주권도 보유하고 있어 국적요건에 문제가 있으므로 NAFTA 제11장에 의한 중재를 제기할 당사자적격이 없다는 이의를 제기하였다. 그러나 중재판정부는 국제법의 일반원칙에 의하면, 국가와 개인의 주된 연결고리는 거주 또는 지리적 연계보다는 시민권이 중요한 요소이고, 장기간의 거주로 획득한 영주권은 보조적 역할에 그칠 뿐 시민권에 상응하는 기준에는 이르지 못한다고 하였다. 따라서 비록 신청인이 피신청국에 27년간 거주하면서 피신청국의 영주권을 획득하였으나 미국 시민권을 상실한 적이 없고, 또한 본 건 분쟁과 관련하여 피신청국 주재 미대사관측이 적극적으로 개입하는 등 국적에 기한 외교보호권을 행사한 점에 비추어 볼 때, 신청인의 미국 국적을 부인할 근거가 없다면서 피신청국의 관할항변을 기각하였다.150)

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic

이스라엘 국적의 회사 Phoenix는 이스라엘·체코 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근 거하여, 피신청국을 상대로 ICSID에 중재를 신청하였다. 신청인은 2002년 12월 BP와 BG라는 피신청국의 두 회사를 주식 매입 방식을 통하여 인수하였는데, 본 건 BIT에 위반되는 피신청국의 조치로 인하여 이들 회사에 대한 자신의 투자가 손실을 입었다고 주장하였다. 한편 ICSID 사무국은 위 두 회사의 실체와 사업 활 동에 대한 석명을 구하였다. 신청인은 BG는 BP가 100% 지분을 소유한 자회사이 며, 또한 자신이 이들 회사를 인수함으로써 ICSID 중재신청권도 함께 양도받았다 고 주장한다. 따라서 회사를 인수하기 전에 피신청국이 이들 회사에 대하여 취한 조치와 더불어 인수 후의 조치를 근거로 중재를 신청한 것이라고 밝혔다. 이에

¹⁵⁰⁾ Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, December 16, 2002.

ICSID 사무국은 신청인에게 i) 투자의 실체가 무엇인지, ii) 중재신청권이 어떻게 양도될 수 있는지, iii) 중재신청의 시효 문제에 대하여 석명을 구하였다.

먼저 투자의 실체와 관련한 질문에 대하여 신청인은 자신들의 투자는 위 두회사를 인수한 것이라고 하였다. 중재신청권의 양도(assignment)에 대해서는 별다른 설명을 하지 않고, 이후 양도 주장을 철회하였다. 한편 중재신청의 시효 문제와 관련하여, 신청인은 본 건 분쟁에 이르게 된 모든 사건이 위 회사를 인수하기전에 발생한 것은 아니며, 인수 후에도 피신청국이 BP의 자산을 계속적으로 압류하고 또한 BP와 BG가 제기한 소송절차를 법원이 지연 처리하는 등의 문제가 있었으므로 본 건 분쟁에 대하여 ICSID의 관할권이 성립한다고 주장한다.

그러나 피신청국은 신청인의 실체는 체코 당국의 수사를 피해 이스라엘로 도 피한 Mr. Beno가 현지에서 설립한 유령회사에 불과하므로, 이들이 제기한 청구에 대하여 중재판정부는 관할권이 없다고 주장하였다. 즉, Mr. Beno는 ICSID 협약 상의 국적 요건과 본 건 BIT상의 국적 요건을 구비할 목적으로 이스라엘에 회사를 설립하여 악의적인 treaty shopping을 도모하였는 바, 이는 ICSID 협약 및 투자협정의 근본 취지를 훼손하는 것이라고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 피신청국의 위와 같은 주장에도 불구하고 신청인 Phoenix가 적어도 이스라엘 국적을 보유한 점은 명백하므로 당사자적격에 문제가 없다고 보고 관할항변을 기각하였다.151)

Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Albania

이 사건의 신청인들은 이탈리아 국적의 Burimi SRL(이하, Burimi)와 피신청국 현지법인 Eagle Games SH.A(이하, Eagle Games)이다. 152) 피신청국은 신청인들의 투자자적격에 이의를 제기하면서 그 근거로 다음의 내용을 제시하였다. 첫째, Eagle Games는 피신청국 국민이 소유한 피신청국 회사이다. 둘째, Burimi는 Mr. Ilir Burimi가 소유하고 있는데 그는 피신청국과 이탈리아의 양 국적을 가진 이중

¹⁵¹⁾ Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009.

¹⁵²⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제3절 3. '투자의 정의'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

국적자이다. 셋째, Burimi는 피신청국에 '투자'를 한 사실이 없으므로 '투자자'로 간주할 수 없다.

이러한 관할항변에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 먼저, ICSID 협약 제25조 제2항 b호에 따른 당사자적격이 인정되려면 Eagle Games가 i) 분쟁 당사국 이외의 국적을 갖고 있거나 또는, ii) '외국인의 지배(foreign control)'를 이유로 분쟁당사국 외의 국적으로 간주한다는 당사자들의 합의가 입증되어야 한다. Eagle Games는 알바니아에서 설립된 법인이므로 분쟁당사국(알바니아)의 국적으로 보아야 한다. 그렇다면 Eagle Games에 대하여 '외국인의 지배를 이유로 분쟁당사국(알바니아) 외의 국적으로 간주한다는 당사자들의 합의'가 있었는지 살펴보아야 한다. 그러나 Eagle Games를 알바니아가 아닌 다른 국적의 회사로 간주키로 한 합의를 발견할 수 없다.

한편, 본 건 이탈리아·알바니아 BIT 제8조 제2항 (c)호에 의하면, 분쟁당사국 의 국적을 가진 회사라도 과반수 지분을 상대국 투자자가 보유한 경우에는 상대 국 국적으로 간주한다고 규정하고 있다. 때문에 Eagle Games의 과반수 주식을 이 탈리아 국민이 보유한 경우에는 ICSID 협약 제25조 제2항 (b)호 후문에 근거하 여, 이탈리아 회사로 인정할 수 있다. 이와 관련하여 신청인들은 Ms. Alma Leka 가 보유한 Eagle Games의 35% 지분은 금융계약과 담보계약을 통하여 Burimi에 귀속되고, Mr. Ilir Burimi가 가진 65% 지분은 Burimi에 귀속되므로 결국 Eagle Games의 100%지분은 이탈리아 회사인 Burimi가 소유한 것으로 봐야 한다고 주 장하였다. 그러나 금융계약과 담보계약만으로 Burimi의 Eagle Games에 대한 소유 가 입증되는 것은 아니다. 또한 Mr. Ilir Burimi는 본인이 아닌, Burimi를 위하여 주식을 매입했다는 사실을 입증하지 못하였다. 중요한 것은 이중국적자인 Mr. Ilir Burimi 본인이 Eagle Games의 대주주라는 점이고, '외국인 지배'에 기초하여 Eagle Games의 국적을 판단하는 데 있어서도 그가 기준점이 된다는 것이다. 여기 서 Mr. Ilir Burimi의 이중 국적이 당사자적격과 관련하여 중요한 의미를 갖는다. ICSID 협약은 이중국적을 가진 자가 제25조 제2항 (a)호에 따라 자신의 이름으로 청구를 제기하는 경우 관할권을 인정받을 목적으로 두 국적 가운데 하나를 택하 는 것을 금지한다. 이는 중재절차 초기에 Mr. Ilir Burimi가 신청인들 가운데서 철 회한 이유이기도 하다. 다만, 제25조 제2항 (a)호는 자연인에 대한 규정이고, 동 조 제2항 (b)호에 따라 법인 명의로 제기된 사건에도 이중국적자의 국적 선택을 불허할지에 대해서는 협약이 명문의 규정을 두고 있지 않아 문제로 남는다. 그러나 후자의 경우에도 이를 불허하는 것이 협약의 취지에 부합할 것이다. 왜냐하면만약 이를 허용할 경우 분쟁당사국의 국적을 가진 이중국적자가 분쟁당사국에 회사를 설립한 뒤 자신의 이중국적을 근거로 이 회사에 대한 '외국인 지배'에 기초하여 당사자적격을 주장하는 등, 제25조 제2항 (a)호 상의 제한을 우회할 수 있기때문이다. 따라서 Mr. Ilir Burimi는 Eagle Games에 대한 외국인지배를 주장하기위하여 자신의 이탈리아 국적을 원용할 수 없다고 보아야 한다. 결론적으로 중재판정부는 Eagle Games에 대한 관할이 없다고 결정하였다.153)

Saluka Investment v. The Czech Republic

이 사건은 체코은행의 구조조정 및 민영화 작업과 관련하여 발생한 분쟁이다. 네덜란드 국적의 Saluka Investment는 체코 국영은행(IPB)의 주식을 매입하였는데, 체코 정부가 취한 조치가 네덜란드·체코 BIT에 위반된다는 이유로 2001년 7월 UNCITRAL 중재를 제기하였다. 본안전 단계에서 체코는 신청인 Saluka가 진정한투자자가 아니고, 일본계 투자은행의 영국 내 자회사인 Nomura Europe이 실질적인 투자자라고 하였다. 즉, Saluka는 IPB에 실질적인 경제적 이해관계가 없는 명목상 회사(shell company)로 모회사인 Nomura의 에이전트에 불과하여, 본 건 BIT상의 투자자 정의에 벗어나므로 중재의 당사자적격이 없다고 하였다. 그러나 중재판정부는 위 네덜란드·체코 BIT에서 투자자를 '일방체약국의 법에 따라 설립된 법인'이라고 명시하고 있는 이상 설령 treaty shopping의 의도가 있다 하더라도 그것만으로 투자자의 지위를 부정할 수는 없다고 하였다.154)

3. 소수주주 및 간접투자자의 투자자 적격

가. 개요

국제투자는 외국인의 직접투자뿐만 아니라 투자유치국 현지 회사의 지분을 획

¹⁵³⁾ Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Award, May 29, 2013.

¹⁵⁴⁾ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award, March 17, 2006.

득하는 간접투자의 형태로도 이루어진다. 이 경우 지분을 보유한 주주가 투자협정의 보호를 받을 수 있는지, 특히 회사 주식의 과반을 소유한 대주주가 아닌 소수주주(또는 간접주주)도 투자협정상의 보호를 받을 지위가 인정되는지가 문제된다. 앞서 설명한 ICSID 협약 제25조 제2항 (b)호의 규정에 의하면, 투자유치국의법인이라도 이를 외국인이 소유 또는 지배하는 경우에는 외국인투자자의 지위를인정받아 투자중재를 제기할 수 있다. 또한 NAFTA 제1117조는 투자유치국에서설립된 회사를 소유·지배하는 외국인투자자가 그 회사를 대신하여 중재를 제기할 수 있도록 정하고 있다. 그러나 이는 투자자가 회사를 실질적으로 지배하는 대주주인 경우를 염두한 규정이므로 소수주주(또는 간접주주)에도 그대로 적용할수 있을지는 불분명하다.

나. 소수주주(Minority Shareholders)

최근의 투자협정에서는 적용대상 투자의 범위에 회사에 대한 지분 또는 참여를 포함시키고 있다. 여러 투자중재 사건의 근거협정이 되었던 2004 미국·아르헨티나 BIT는 투자의 정의조항에서 '회사, 회사에 대한 지분 또는 기타 이해관계 (an enterprise, participation or interest in an enterprise)'를 투자의 범위에 포함시켰다. 소수주주가 투자협정에 근거하여 제기한 투자중재 사건에서 중재판정부는 대체로 이들의 당사자적격을 인정하였는데, 그 이유로 다음의 논거를 제시하였다. 오늘날 대부분의 투자협정은 보호대상 투자의 범위에 '회사에 대한 이해관계 또는 지분'을 포함하고 있는데, 이 경우 투자의 실체는 회사 자체가 아니라 그 회사에 대한 참여(또는 지분)로 보아야 하고, 따라서 그 회사(현지법인)에 투자자의 지위를 인정하는 것은 별론으로 하더라도 소수주주는 투자의 실체를 가진 이상 규모나 금액에 상관없이 투자자 적격을 갖는다는 것이다. 다시 말해 비록 현지법인이 '투자자'의 지위를 인정받지 못하더라도, 그 법인에 대한 지분이 '투자'의 일부를 구성하므로 이를 보유한 소수주주는 중재를 제기할 당사자 지위를 갖게 된다.

ICSID 사건 중에 소수주주의 당사자적격이 문제된 Lanco v. Argentina 사건에서 중재판정부는 비록 신청인이 현지법인에 대해 18.3%의 지분만을 갖고 있으나이는 투자로 인정하기에 충분한 수준이며, 따라서 이를 보유한 소수주주는 당연히 협정에 기한 중재를 제기할 권리를 갖는다고 하였다. 또한 협정 어디에도 투자자의 자격에 지배주주일 것을 요구하는 조항은 없다고 하였다.155) CMS v.

Argentina 사건에서도 피신청국은 신청인 CMS가 피신청국 현지회사의 일정지분을 보유한 소수주주에 불과하므로 중재의 당사자가 될 수 없다고 하였으나, 중재 판정부는 ICSID 협약과 본 사건의 기초가 된 미국·아르헨티나 BIT 어디에도 지배주주에게만 투자자 지위를 부여한다는 규정은 없다고 보고 관할항변을 기각하였다.156)

한편, 소수주주의 보호는 주식 보유 자체뿐만 아니라 투자한 회사의 자산에까지 효력을 미친다. 즉, 정부의 부당한 조치로 현지법인이 경제적 피해를 입은 경우 그 법인의 주식을 보유한 외국인투자자가 주식 가치의 감소로 인한 투자손실에 근거하여 중재를 제기할 수 있다는 점이 여러 판정례에 의하여 확인되었다. GAMI Investment v. The United Mexican States 사건에서 미국 투자자 GAMI는 멕시코 회사 GAM의 주식 14%를 보유하고 있었는데 멕시코 정부가 GAM 소유의 공장들을 수용하자, NAFTA 위반에 근거하여 중재를 제기하였다. 이 사건 중재판정부는 멕시코가 신청인의 주식 소유를 직접적으로 방해하거나 주식을 수용하지는 않았더라도, 문제된 정부조치로 인하여 주식의 가치가 훼손되었다면 신청인은 이를 근거로 손해배상을 구할 당사자적격을 갖는다고 하였다. 157) 그밖에 Azurix Corp v. Argentine Republic 사건 158), Enron Corp and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic 사건 159) 등 여러 투자중재 사건에서 소수주주의 당사자적격이 인정되었다.

다. 간접주주(Indirect Shareholders)

외국인투자자가 투자유치국 현지법인의 지분을 직접 보유하지 않고, 자신이 소유한 다른 회사(intermediary)를 통하여 간접적으로 보유하는 경우가 있다. 이때투자자가 현지법인이 입은 손해에 근거하여 중재를 제기할 당사자적격을 갖는지

¹⁵⁵⁾ Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, December 8, 1998.

¹⁵⁶⁾ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

¹⁵⁷⁾ GAMI v. The United Mexican States, Award, November 15, 2004.

¹⁵⁸⁾ Azurix Corp v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, December 8, 2003.

¹⁵⁹⁾ Enron Corp and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14, 2004.

가 문제된다. 그 동안의 중재판정례를 보면 대체로 이들의 당사자적격을 긍정하는 태도를 보였다.

독일·아르헨티나 BIT에 기초하여 제기된 Siemens A.G. v. Argentina 사건에서 신청인 Siemens A.G.는 자신이 소유한 독일회사 SNI A.G.를 통하여 피신청국 현지법인 SITS S.A.의 지분을 보유하고 있었다. 피신청국은 간접주주가 중재를 제기하는 것은 관련 협정에 명시적 규정이 있는 경우에만 허용된다면서 신청인의 당사자적격을 문제 삼았다. 그러나 중재판정부는 주주는 중간에 개입된 회사가입은 손해에 대하여 중재를 제기할 권리가 있다면서, 독일·아르헨티나 BIT의 문언에 비추어 볼 때 독일인 주주가 보유한 지분은 협정의 보호대상 투자에 해당한다고 하였다. 또한 해당 협정에서 투자와 회사의 실질적인 소유자 중간에 다른회사가 개입되어서는 안된다는 명문상 규정이 없음을 지적하고, 신청인의 당사자적격을 긍정하였다.160)

라. 중재판정례

Impregilo S.p.A v. Argentine

이 사건에서 피신청국은 다음과 같은 관할항변을 통하여 신청인 회사의 투자 자격격에 이의를 제기하였다. 먼저, 피신청국은 신청인이 피신청국의 현지법인 AGBA의 지분 가운데 42.58%를 직·간접적으로 보유하고 있으며 이 회사의 주주로써 출자한 자본과 지분이 투자의 실체라고 주장하면서도 정작 주주로서의 권리가 어떻게 침해되었는지는 밝히지 않고, 피신청국이 취한 조치가 AGBA의 양허계약에 입힌 손해만을 문제 삼고 있다는 점을 지적하였다. 또한, 신청인은 양허계약의 직접 당사자가 아니므로 계약에 대하여 아무런 권리가 없다고 하였다. 따라서 신청인의 청구는 전형적인 간접적 또는 파생적 청구(indirect or derivative claims)이고, 회사는 주주들과는 독립된 권리·의무를 부담하는 독립된 법인체이기 때문에 그러한 청구에 대해 ICSID는 관할권이 없다고 주장했다. 또한 주주는 주식을 보유한 회사에 끼친 손해 또는 불법행위에 대하여 제3자에게 직접적인 청구권이 없는데 이는 Barcelona Transaction 사건에서 확립된 원칙이라는 점을 강

¹⁶⁰⁾ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004.

조하였다. 아울러 AGBA는 본 건 중재의 대상이 된 정부조치에 대하여 이미 법원에 소를 제기한 사실도 있으므로, 본 건 중재를 속행한다면 신청인에게 이중으로 배상할 위험이 있으므로, 이러한 정황을 고려하여 중재판정부에 신청인의 청구를 기각해줄 것을 주장했다. 이에 대하여 신청인은 AGBA의 권리를 대신하여주장하는 것이 아니고, 이탈리아·아르헨티나 BIT(이하, 본 건 BIT)의 일방체약국인 이탈리아의 투자자로서의 권리를 주장하는 것이라고 하였다. 본 건 BIT 제1조제1항 (b)호는 적용대상 투자에 대하여 "일방체약국의 개인 또는 법인이 상대방체약국에 투자한 모든 종류의 자산 예컨대, 상대방 체약국에서 설립된 회사의 주식또는 기타 이해관계"라 정의하고 있다. 신청인은 자신이 AGBA에 대하여 갖고있는 지분은 여기에 해당하는 투자이고, 이를 보유한 신청인은 청구를 제기할 투자자격격을 갖는다고 주장했으며, 그 근거로 이와 유사한 쟁점을 다룬 Vivendi v. Argentina 사건을 원용하였다. 동 사안에서는 아르헨티나 정부의 양허계약에 대한간섭이 문제된 바 있는데, 중재판정 취소위원회는 소수주주인 외국인투자자가 관련BIT에 근거하여 직접 청구를 제기할 당사자적격을 갖는다고 인정한 바 있다.161)

중재판정부는 신청인이 부에노스아이레스 지역의 수도 및 폐수처리 서비스에 관한 양허권을 획득한 컨소시엄 가운데 일원이었고, 관련 규정에 따라 동 컨소시엄은 피신청국의 현지법인 AGBA를 설립하였으며, 이 회사는 주정부와 양허계약을 체결하였으므로, 본 건 BIT 제1조 제1항 (b)호의 규정에 의하면 신청인이 AGBA에 대하여 보유한 지분은 협정의 보호대상 투자라고 보았다. 따라서 만약 AGBA가 양허와 관련하여 수용 또는 조약에 위배되는 조치로 손해를 입는 경우그러한 조치는 투자자인 신청인의 권리에도 영향을 미친다고 보아야 한다. 결국 중재판정부는 신청인에게는 본 건 BIT에 기한 청구를 제기할 권리가 있다고 보고, 피신청국의 관할항변을 기각하였다.162)

Sempra v. Argentina

1989년 피신청국은 자국의 경제 불황을 극복하기 위하여 민영화계획을 수립한 뒤 그 일환으로 1991년 태환법(Convertibility Law)을 제정하였다. 동 법에 따라

¹⁶¹⁾ Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002, para.73.

¹⁶²⁾ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June 21, 2011.

피신청국의 화폐 1페소는 미국 달러에 1대 1의 환율로 고정되었다. 이후 1992년 에 피신청국의 천연가스 산업은 재편되었고, 국영 가스회사인 Gas del Estado가 민영화 되었다. 이에 주거용, 산업용 가스 공급을 위하여 여러 회사들이 설립되었 다. 미국 국적의 회사인 신청인, Sempra는 이 가운데 Sodigas Pampeana와 Sodigas Sur, 두 회사의 주식을 43% 매입하는 방법으로 투자를 하였다. 한편 이 들 두 회사는 정부로부터 가스공급 허가를 받은 CGP와 CGS(이하, 허가권자)의 주식을 각각 90%, 86% 보유한 대주주들이다. 2001년 12월 피신청국에 외환위기 가 닥치자 정부는 여러 긴급경제조치를 공포하였는데, 이것이 외국인투자자 특히 신청인의 투자에 심각한 손실을 초래하였다. 구체적으로 가스 요금을 미달러화로 산정할 수 있는 권리와, 매년 미국 생산자물가지수(Producer Production Index: PPI)에 연동하여 요금을 조정할 수 있는 권리가 박탈된 것이 가장 큰 문제가 되 었다. 이에 신청인은 미국·아르헨티나 BIT(이하, 본 건 BIT) 위반을 이유로 2002 년 9월 ICSID에 중재를 신청하였다. 이에 대하여 피신청국은 신청인의 청구가 본 질적으로 피신청국 현지회사인 허가권자와 관련된 것이어서 신청인 투자와 직접 적인 관련이 없고, 문제가 된 정부조치는 이들 허가권자에 한하여 영향을 미쳤을 뿐이므로 신청인에게는 중재를 신청할 당사자적격이 없다고 하였다. 그러나 신청 인은 자신들의 청구가 본 건 분쟁에 적용될 ICSID 협약 및 본 건 BIT상의 관할 요건을 모두 충족하였다면서 피신청국의 주장을 반박하였다.

중재판정부는 관할권 존부에 대한 판단은 ICSID 협약 및 본 건 BIT의 관련 규정에 근거해야 하는데, 본 건 BIT 제1조 (i)호에서는 투자의 범위에 회사의 주식을 포함하고 있으므로 비록 소액주주라 하더라도 투자자로서의 지위에는 영향을 미치지 않고, 또한 피신청국의 주장처럼 신청인이 허가권자를 대신하여 파생적 권리를 주장하는 것이 아니라 본 건 BIT에 근거하여 스스로 자신의 권리를 주장하는 것이라 보았다. 이에 중재판정부는 신청인의 투자자적격에 기한 피신청국의 관할항변을 기각하였다.163)

Vladimir Berschader v. The Russian Federation

신청인 Vladimir Berschader와 Moise Berschader는 모두 벨기에 국민으로, 벨기

¹⁶³⁾ Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005.

에 법인 Berschader International S.A.(이하, BI)를 설립하여 주식 100%를 소유하 고 있었다. 신청인들이 지분을 소유하고 실질적으로 통제하고 있는 BI는 1994년 12월 20일에 피신청국 연방 최고재판소 건물을 리모델링하고 주변에 새로운 건물 을 건축하는 공사계약을 체결하였다. 그러나 공사별 기성고에 따라 지급되기로 한 공사대금이 지급되지 않아 공사가 지연되었고, 결국 BI는 공사대금을 확보하 기 위하여 해당 공사현장에 유치권을 행사하게 되었다. 파산절차를 밟게 된 BI의 대주주인 Vladimir Berschader와 Moise Berschader는 피신청국 정부가 기성고에 따른 공사대금을 지급하지 않아 계약을 먼저 위반하였음에도 불구하고 일방적으 로 계약을 해지하였으며, 또한 피신청국 내에서의 건설면허를 일방적으로 취소하 는 바람에 결국 BI가 파산절차를 밟게 되었다며 피신청국을 상대로 투자중재를 신청하였다. 즉, BI의 파산으로 인하여 자신들의 BI에 대한 투자가 손실을 입었다 며 벨기에 · 러시아 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 SCC에 중재를 신청하였다. 이에 대하여 피신청국은 본 건 BIT 제1.2조에서 규정한 간접투자의 범위는164) 제 3국 투자자를 매개로 하는 경우에 한정된다고 주장하였다. 즉, 본 건 BIT 상의 '간접투자'에 해당되려면 벨기에나 피신청국 법인인 아닌 제3국 법인에 대한 투자 이어야 한다는 것이다. 만약 벨기에 국적의 법인을 매개로 하는 간접투자라면 해 당 법인이 직접 본 건 BIT에 근거하여 투자중재를 제기할 수 있으므로 굳이 본 사건의 신청인과 같은 지위에 있는 자를 따로 보호할 필요가 없다는 것이다. 반 면, 신청인들은 여러 중재판정례가 주주 자신에 대한 손해뿐만 아니라, 회사에 대 한 손해를 근거로 한 중재신청에 대해서도 주주의 당사자적격을 인정하였고, 본 건 BIT 제1.2조는 자국민을 매개체로 하는 간접투자를 인정하고 있으므로 본 건 신청은 적법하다고 반박하였다.

중재판정부는 우선 신청인들이 주장하는 4가지 '투자' 유형 중에서 BI 주식의 소유는 분석의 대상이 아니라는 점을 지적하였다. 신청인들이 BI 주식을 소유하고 있는 것만으로는 피신청국에서 행해진 투자로 간주할 수 없다고 이미 판단한 바 있기 때문이다. 그러면서 회사가 입은 손해를 근거로 주주가 중재신청 하는 것을 허용한 다른 중재판정례들을 검토하였다. 그 결과 중재판정부는 다른 판정 례들이 다음의 점에서 본 사건과 구별된다고 하였다. 첫째, 인용된 판정례에서는

¹⁶⁴⁾ 벨기에·러시아 투자보장협정 제1.2조에서는 '투자'의 범위를 설명하면서 "추가적으로 '투자'라는 용어는 일방체약국의 투자자에 의하여 제3국의 투자자라는 매개자를 통하여 상대방 체약국의 영역에 행해진 간접투자를 또한 의미한다."고 규정하고 있다.

직접투자로 인정될 수 있는 투자유치국 회사의 주식을 소유한 주주가 신청인이었던 반면, 본 건에서는 투자유치국이 아닌 투자자 본국의 법인에 투자한 주주들이 신청인이다. 둘째, 신청인들이 주식을 소유한 법인이 직접 중재신청을 할 수 있는 지와 관련하여, 신청인들이 원용한 판례들은 본 사건과 구분된다. 즉, 신청인이 원용한 사건에서는 법인이 투자유치국의 회사이므로 BIT에 근거하여 자국을 상대로 중재신청 할 수 없었지만, 본 건에서는 BI가 투자유치국이 아닌 벨기에 법인이므로 자신의 이름으로 충분히 신청할 수 있다는 것이다. 한편, 본 건 BIT 제1.2 조가 '직접적 혹은 간접적으로 소유하거나 통제하는'과 같은 문언을 두고 있지는 않으나, 이 때문에 신청인들의 본국 법인을 통한 간접투자가 본 건 BIT의 보호대상인 '투자'에서 배제되는 것은 아니라고 하였다. 다만 제1.2조가 제3국 법인을통한 간접투자만을 언급한점에 주목하였다. 요컨대, 본 사건에서는 실질적 피해자인 벨기에 법인 BI가 자신의 이름으로 충분히 중재신청을 할 수 있으므로, 이법인에 간접투자를 한 주주에게까지 중재신청권을 부여하는 것은 옳지 않다고 보았다.165)

4. 외국인투자자의 통제 및 지배 요건

가. 개요

국제투자를 규율하는 외국인투자법 등 국내법률 중에는 외국인투자자에게 현지법인을 설립토록 하거나 기존의 현지법인을 통해서만 투자활동을 하도록 요구하는 경우가 종종 있다. 이때 현지법인은 투자유치국의 국적을 갖는데, 만약 투자유치국의 조치로 인하여 법인이 손실을 입은 경우, 그 법인(또는 법인에 투자한외국인)이 협정에 근거한 투자중재를 제기할 수 있는지가 문제된다. 투자중재는일방체약국과 타방체약국 국적의 투자자간의 분쟁을 대상으로 하는데, 현지법인에게도 이를 허용한다면 자국 정부를 상대로 소를 제기하는 형태, 즉 자국민 대 자국 정부간의 분쟁 구도가 되기 때문이다. 그러나 오늘날 외국인투자의 상당 부분이 이러한 현지법인의 형태로 이뤄지는 현실을 고려할 때, 현지법인의 국적을 이유로 투자중재의 이용을 제한한다면 외국인투자자의 권리구제에 큰 걸림돌이 될

¹⁶⁵⁾ Vladimir Berschader and Moïse Berschander v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, April 21, 2006.

것이다. 때문에 ICSID 협약과 여러 투자협정에서는 외국인투자자가 실질적으로 지배 또는 통제하는 현지법인을 통하여 직접 중재를 제기하거나, 또는 현지법인 을 대신하여(on behalf of) 중재를 제기할 수 있도록 근거규정을 두고 있다.

나. 관련 규범

1) ICSID 협약

ICSID 협약은 제25조 제2항 (b)호에서 "양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에 분쟁당사국의 국적을 가졌으나, 외국인의 지배를 이유로 양당사자가 다른 체약국 국민으로 간주할 것에 합의한 법인"을 협약의 적용대상에 포함시키고 있다.166) 이는 투자유치국의 국적을 가진 현지법인이 ICSID 중재의 당사자적격을 갖는지와 직결되는 문제이다. 위 조항에 따르면, 투자유치국의 현지법인이라도 '외국인의 지배'하에 있고 당사자들이 해당 법인을 그 국적으로 간주키로합의한 경우에는 요구되는 국적으로 인정되어 투자중재를 제기할 수 있다. 예컨대, 멕시코에 투자하려는 미국 국적의 투자자 A가 멕시코의 관련 법률이 요구하는 바에 따라 현지법인 B를 설립한 경우, B의 국적이 멕시코임에도 불구하고 미국인이 이 회사를 실질적으로 소유·통제하고, 또한 이를 미국 회사로 간주한다는 당사자간의 합의가 있는 경우에는 B가 입은 손해에 근거하여 A가 멕시코를상대로 투자중재를 제기할 수 있다.

현지법인을 신청인으로 하여 중재를 제기하는 경우, 신청인은 당해 법인을 외국국적의 회사로 간주키로 했다는 당사자간의 합의를 증명해야 한다. 다만, 협약에서는 이에 대하여 엄격한 형식을 요구하지 않고 유연한 입장을 보이고 있다. 예컨대, Amco v. Indonesia 사건에서 피신청국은 ICSID 중재에 동의한 적이 없다면서 관할권에 이의를 제기하였으나, 중재판정부는 피신청국 정부가 투자계약서상에서 신청인 회사를 '외국상사'로 지칭한 점에 비추어 볼 때, 이를 외국인이 지배하는 외국회사로 합의한 점이 인정된다며 신청인의 당사자적격을 긍정한 바 있

¹⁶⁶⁾ 협약 제25조 제2항 (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.

다.167)

2) 투자관련 협정

NAFTA 제1117조 제1항에 따르면 외국인투자자는 직·간접적으로 소유 또는 지배하는 피신청국 기업을 대신하여 중재를 제기할 수 있다.168) 투자자가 기업을 대신하여 중재를 제기하려면 '직접 혹은 간접적으로' 해당 기업을 지배 혹은 소유하고 있음을 입증해야 한다. 예컨대, 동 조에 따라 제기된 Thunderbird 사건에서 중재판정부는 신청인이 멕시코 회사를 소유·지배하지 않았다는 피신청국의 항변을 기각하면서 제1117조는 '지배'라는 용어를 정의하지 않아 통상적인 의미로 해석하여야 하는데, 이것이 멕시코의 주장처럼 법적 지배만을 의미한다고 볼 수는 없다고 하였다. 즉, 실효적 지배 혹은 사실상(de facto)의 지배만 입증되면 충분하다고 하였다.

나. 중재판정례

TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic

피신청국은 이 사건에 적용될 네덜란드·아르헨티나 BIT 제10조 제6항이169) 아르헨티나 회사가 다른 체약국 국민에 의하여 통제되는 경우의 관할권을 수락하고 있음을 지적하며, '지배된다(controlled)'의 의미는 다른 회사의 통제 하에 있음을 가리킨다고 하였다. 그러나 이 사건에서 네덜란드 회사, TSI는 피신청국 현지법인인 TSA를 통제하지 않았고, 신청인도 그에 관한 증거를 제출하지 않았다고하였다. 또한 ICSID 협약 제25조 제2항 (b)호에 의하여 관할권이 성립하려면, 단

¹⁶⁷⁾ Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, ICSID, Award, 1984.

¹⁶⁸⁾ 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...

¹⁶⁹⁾ Article 10. (6) A legal person which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and which, before a dispute arises, is controlled by nationals of the other Contracting Party shall, in accordance with article 25(2)(b) of the Convention be treated for the purposes of the Convention as a national of the other Contracting Party.

순히 현지법인의 주식을 소유하는 것만으로 부족하고 효과적인 지배(effective control)가 존재해야 한다고 하였다. 중재판정부는 제출된 증거에 비추어 볼 때 신청인의 최종 소유자는 아르헨티나 국민인 Mr. Jorge Justo Neuss였으므로, TSA에 대한 '외국인의 지배'가 존재하였다고 볼 수 없고, 따라서 ICSID 협약 제25조 제2항 (b)호상 이를 네덜란드 투자자로 볼 수 없으므로 신청인의 청구에 대한 관할권이 없다고 결정하였다.170)

Plama Consortium Limited(PCL) v. Bulgaria

본 사건에 적용된 ECT 제17조 제1항은 체약국의 영토 내에서 실질적인 사업 활동이 없는 투자자에 대해서는 조약상의 보호를 부인할 수 있다고 규정하고 있 다.171) 이 사건의 신청인, PCL은 ECT의 체약국인 사이프러스 국적의 회사이다. 중재판정부는 신청인 스스로 사이프러스에 실질적인 사업 활동이 없음을 인정하 므로, 다른 체약국의 국민이 이 회사를 소유 또는 지배하는지가 관할권 존부의 핵심이라고 하였다. 이 사건에서 프랑스 국적의 Mr. Vautrin은 자신이 신청인의 지분 100%를 간접적으로 소유하고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 Mr. Vautrin이 PCL을 소유한 사실을 충분히 입증하지 못했다고 반박하였다. PCL 은 이전부터 EMU라는 회사가 소유해 왔는데, 이 회사는 ECT 체약국의 국적을 갖고 있지 않다는 것이다. 그러나 신청인은 Mr. Vautrin이 프랑스 국적이면서 동 시에 EMU를 소유 또는 지배하고 있으며, EMU는 신청인을 지배하는 회사인 PHL을 통제하므로 당사자적격에 문제가 없다고 주장하였다. 중재판정부는 Mr. Vautrin이 신청인에 대한 소유 관계를 적절히 입증했다고 보고, 이를 반박하기 위 하여 제출된 피신청국의 증거는 신빙성이 없다고 판단하였다. 결론적으로, 중재판 정부는 Mr. Vautrin이 신청인을 소유 또는 지배한다고 보고, 제17조 제1항에 근거 한 피신청국의 관할항변을 기각하였다.172)

¹⁷⁰⁾ TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, December 19, 2008.

¹⁷¹⁾ 원문은 다음과 같다. "Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part(Part III) to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized."

¹⁷²⁾ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008.

Waste Management Inc. v. The United Mexican States

미국 국적의 신청인, Waste Management는 피신청국에 소재한 자회사 Acaverde 를 통하여 Acapulco시에서 쓰레기처리 서비스를 제공하키로 하는 양허계약을 Acapulco 시의회와 체결하였고, 피신청국에 정부가 설립한 Banobras 은행이 계약이행을 보증하였다. 이후 시정부가 자국의 경제위기 등을 이유로 계속하여 대금지급을 미루자 Acaverde는 보증은행인 Banobras 측에 대금 청구를 하였고, 이후은행이 지급을 거절하자 결국 Banobras를 상대로 소송을 제기하고, 또한 Acapulco시를 상대로 중재를 제기하였는데 모두 기각 또는 중단되었다. 신청인은 Acapulco시와 Banobras의 행위가 적법절차에 따라 이루어지지 않았고, 자신의 투자 가치를 박탈하였다고 주장하였다. 또한 Acaverde는 Acapulco시와 Banobras의 공모로 인하여 피신청국 법원의 소송절차와 중재절차 과정에서 사법거부(denial of justice)를 당했다고 주장하였다.

이에 피신청국은 Acaverde의 직접적인 주주가 케이멘제도에 등록되어 있는 회사이기 때문에 직접적인 이해관계가 없는 신청인은 NAFTA 제11장 상의 투자자에 해당하지 않는다는 관할항변을 제기하였다. 그러나 중재판정부는 중간에 어떤회사들이 주식을 보유하였는지와 상관없이 신청인이 Acaverde를 간접적으로 소유·지배한 사실이 인정되므로 신청인의 당사자적격에 흠결이 없다면서 관할 항변을 기각하였다.173)

5. 국가행위의 귀속문제

가. 개요

국가책임이란 국제법의 주체인 국가가 국제규범 상의 의무를 위반한 경우 부 담하는 법적 책임으로서, 전통 국제법상의 국가책임 성립요건을 충족해야만 성립 한다. 국가책임이 성립하려면 먼저 국제의무의 위반 행위가 존재해야 하고, 그러 한 행위가 해당 국가에 귀속되어야 한다. 이 경우 위법행위를 당해 국가에 귀속

¹⁷³⁾ Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, April 30, 2004.

시키려면 그 국가의 기관이 국제 의무에 합치되지 아니하는 행위를 직접 행하거나, 제3자의 위법행위를 방지하기 위하여 '상당한 주의(due diligence)' 의무를 다하지 않은 사실을 입증해야 한다. 또한 그러한 위법행위에 대하여 사후에 '국내적구제(local remedy)'를 부여하지 않은 경우에도 국가책임이 성립할 수 있다. 요컨대, 국제 위법행위의 존재, 국가행위로의 귀속성, 손해의 발생 등이 필수요건이되다

국가책임의 필수요건 중 투자중재에서 많이 다투어지는 내용 가운데 하나가 특정한 국가기관의 행위가 투자유치국 정부의 행위로 볼 수 있는가의 문제, 즉 국가행위로의 귀속성에 관한 문제이다. 피신청국인 투자유치국 입장에서는 국가의행위가 아닌 특정 기관의 행위이므로 투자유치국을 상대로 하는 투자중재는 각하되어야 한다는 주장인 반면, 신청인은 표면적으로 또는 실질적으로 국가기관의성격을 갖는 공공기관 및 공기업의 행위로 인하여 피해를 입게 된 경우, 이는 궁극적으로 투자유치국의 책임이고 투자유치국 정부가 최종 책임자가 된다는 주장이다

실제 중재판정례에서는 특정 조치나 행위가 국가행위임을 부인하는 피신청국의 항변이 다수 제기되고 있으며, 이에 대하여 중재판정부는 각 사안별로 다르게 판단하고 있다. 구체적인 판정사례를 통하여 중재판정부의 국가행위 귀속에 관한 판단을 고찰해 볼 수 있다.

나. 중재판정사례

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana¹⁷⁴)

○ 사실관계

이 사건에서 독일의 투자자 Gustav는 피신청국 현지 회사와 공동으로 합작회 사를 설립하였는데, 피신청국 측 파트너인 코코아위원회와 계약을 체결하여 합작 회사에 코코아콩을 공급받는 대가로 공장 시설을 현대화하고 상품을 구매하기로

¹⁷⁴⁾ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, January 18, 2010.

약정하였다. 당초 분쟁은 양측의 계약관계로부터 발생하였는데, 신청인은 합작투 자계약에 포함되어 있는 중재합의에 따라 피신청국을 상대로 절차를 진행하였으 나 패소하자, 본 건 중재를 제기하여 피신청국의 BIT 위반을 주장하였다.

피신청국은 관할항변을 통하여 「국제위법행위의 국가책임에 관한 유엔국제법 위원회 초안(ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: 이하, ILC 초안)」제4조를¹⁷⁵⁾ 원용하면서, 문제가 된 행위의 주체인 코코아 위원회는 국가기관이 아니므로, 이들의 행위는 피신청국에 귀속되지 않는다고 주장하였다. 또한 코코아위원회는 국가로부터 정부권한을 행사하도록 위임받은 적이 없으므로, ILC 초안 제5조에¹⁷⁶⁾ 의하더라도 이들의 행위는 피신청국에 귀속되지 않는다고 주장하였다. 마지막으로 코코아위원회의 행위는 국가의 통제나 지시를 받아 수행된 것이 아니므로 ILC 초안 제8조는¹⁷⁷⁾ 본 사안에 적용되지 않는다고 하였다. 이와 같은 피신청국의 항변에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다.

○ 코코아위원회는 ILC 초안 제4조 상의 국가기관인가?

이와 관련하여 중요한 것은 코코아위원회가 신청인의 주장과 같이 국가기관인가 하는 점이다. 코코아위원회가 피신청국의 국가기관인지 여부를 확인하기 위하여 중재판정부는 ILC 초안 제4조에서 규정한 대로 먼저 가나 국내법을 살펴보았다. 코코아위원회는 「가나코코아위원회법」에 따라 설립되었다. 피신청국 법에 따르면 코코아위원회는 국가기관이 아니라 '회사의 이름으로 제소를 당할 수 있는 (sued in its corporate name)' 기업(corporate body)으로 설립된 것으로 보인다. 가

¹⁷⁵⁾ 국가책임에 관한 협약 초안 제4조(국가행위의 국제위법성의 결정)에서는 "국가 행위의 국제위법성 결정은 오로지 국제법에 의하여 결정된다. 그러한 결정은 그 행위의 국제법상의 적법성에 의하여 영향받지 아니한다"고 규정하고 있다.

¹⁷⁶⁾ 국가책임에 관한 협약 초안 제5조(국가기관의 행위의 국가로의 귀속)에서는 "본 조항들의 목적상, 국제법상 그 지위가 부여된 여하한 국가기관의 행위도 국제법상 해당국가의 행위 로 간주된다. 단, 이는 그 기관이 구체적 경우에 있어서 직무를 수행하고 있는 경우에 한 한다"고 규정하고 있다.

¹⁷⁷⁾ ILC 초안 제8조(사실상 국가를 위하여 행동하는 사람들의 행위의 국가로의 귀속)에서는 "다음과 같은 경우 한 개인 또는 그 집단의 행위 역시 국제법상 국가의 행위로 간주된다. (a) 그러한 개인 또는 집단이 사실상 국가를 위하여 행동하는 경우, 또는 (b) 그러한 개인 또는 집단이 공권력을 행사하는 경우로서 이것이 공권력의 부재 시 그리고 그러한 공권력행사가 정당화되는 상황 하에서 이루어지는 경우"라고 규정하고 있다.

나코코아위원회는 코코아콩을 거래하고 정부를 위한 수익을 창출하는 것을 주된 목적으로 하는 상업회사이다. 신청인 주장의 핵심은 코코아위원회가 1984년 법제32조에 따라 사실상의(de facto) 국가기관으로서의 지위를 갖는다는 것이나 중재판정부는 이에 동의하지 않았다. 첫째, 제32조는 정부만이 코코아위원회에게 일반적인 성격의 지시를 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 둘째, 이 일반적인 정책지시는 코코아위원회의 '이사회와의 협의 후'에만 내려질 수 있다. 셋째, 이러한 일반적인 성격의 지시는 코코아위원회의 계약상의 의무 및 기타 의무와 불합치 할수 없다. 이는 계약과 다른 경제주체들과의 거래에서 수락된 코코아위원회의 약속이 정부의 지시보다 우선함을 의미한다. 양 당사자가 제시한 모든 상황들을 분석해 볼 때, 중재판정부는 코코아위원회가 법률상으로나 사실상으로 피신청국의국가기관으로 볼 수 없다고 결론 내렸다.

○ 코코아위원회는 ILC 초안 제5조 상의 국가기관인가?

중재판정부는 코코아위원회가 1984년 법 제2조에서 따라 판단했을 때, 사실상 정부기능을 부여받았다고 판단하였다. 다만, 정부권한을 행사하는 별도의 실체 행위가 국가에 귀속되기 위해서는 문제의 행위가 그러한 정부권한을 행사한 것이었고, 단순히 상업적 실체에 의하여 수행될 수 있는 행위가 아니었다는 점을 입증해야 한다고 보았다. 따라서 중재판정부는 정부권한의 요소를 행사하여 수행한 코코아위원회의 행위에 대해서만 관할권이 있다고 판단했으며, 어느 행위가 가나정부의 행위인지는 신청인이 이의를 제기하고 있는 각각의 행위의 성질에 대하여 검토해야 된다고 하였다. ILC 초안 제5조의 적용을 고려하는 데 있어, 중재판정부는 합작투자계약과 관련하여 신청인의 거래에서 코코아위원회가 계약자 및 주주 또는 규제권한을 행사하는 국가기관의 실체로서 행위하였는지 여부에 대하여 깊이 검토하였다. 특히 정부권한의 활용 여부에 초점을 두었는데, 결론적으로 코코아위원회의 행위는 주주로서의 일반적인 이익 창출을 위한 것이었으며, 국가기관으로서의 규제권한 등은 행사하지 않았다고 보았다.

○ 코코아위원회의 행위에 대한 ILC 초안 제8조의 적용 여부

중재판정부는 ILC 초안 제8조에 따라 문제된 코코아위원회의 행위가 피신청국에 귀속되는지를 판단하기 위하여, 그 행위가 국가의 '지시 또는 통제'에 따라 수

행되었는지 검토해야 한다고 보았다. 즉, 그러한 행위들이 정부권한을 직접 행사 하지는 않았다 할지라도 국가의 직접적인 지휘 또는 통제에 따랐을 경우에는 국 가행위로 귀속 가능하다고 보았다.

위 문제를 판단하기 위하여 중재판정부가 먼저 수행해야 하는 업무는 신청인의 정확한 청구와 각 청구의 기초라고 주장하는 개별 행위들의 성격을 밝히는 것이다. 중재판정부는 신청인이 청구한 사항 중 2001년 가격협정에 관한 청구, 2002년 콩 공급부족 청구, 2003년 경영권에 대한 수용 청구를 살펴보았다. 먼저, 2001년 가격협정 채택과 관련하여 코코아위원회가 정부기능을 행사하거나 정부의 통제를 받았다고 보지 않았다. 2002년 콩 공급부족 청구에 대해서는, 다른 상품의판매와 마찬가지로 농산물 비공급에 관한 분쟁은 국내법원이나 농산물 중재기구가 해결할 분쟁이지, ICSID 협약이나 BIT에 따라 설립된 중재판정부가 해결할분쟁은 아니라는 피신청국의 주장에 동의하였다. 마지막으로 2003년 수용 청구에 대하여 중재판정부는 코코아위원회 Wamco 회장의 행위는 ILC 초안 제8조에 따라 피신청국에 귀속될 수 없다고 보았다. 요컨대 중재판정부는 신청인이 청구한코코아위원회의 행위에 대하여 국가에 의한 강력한 통제의 증거를 찾을 수 없다고 하였다. 요컨대 코코아위원회의 행위에 대하여 국가에 의한 강력한 통제의 증거를 찾을 수 없다고 하였다. 요컨대 코코아위원회의 행위들은 피신청국 정부의 직접적인 지휘에따라 행사되지 않았고, 따라서 ILC 초안 제8조에 따라 피신청국에 귀속된다고 볼수 없다고 결정하였다.

Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan¹⁷⁸)

신청인 ROMAK S.A.는 1969년 스위스에서 설립되어 국제적으로 곡물을 거래해 온 회사로, 구소련 해체 이후 우즈벡으로 곡물을 수입하는 곡물공급계약을 체결하였다. 신청인 외에 우즈벡의 3개 회사, Uzkhleborproduct, Uzdon, 그리고 Odil이 본 건 곡물공급계약에 관여하였는데, 계약이행과정에서 Uzdon이 신청인에게 대금을 지급하지 못한 사건이 발생하였다. 이에 신청인은 동 공급계약 제11조에따라 GAFTA에¹⁷⁹) 중재를 신청하였고, GAFTA 중재판정부는 1997년 8월 22일

¹⁷⁸⁾ Romak S.A.(Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, November 26, 2009.

¹⁷⁹⁾ 런던곡물거래업협회(The Grain and Feed Trade Association)의 약칭으로서 이 협회가 정한 표준계약서식은 곡물의 정형거래의 계약서식으로 사용되고 있으며, 국제곡물거래와 관련된 분쟁을 중재로 해결하기 위한 중재기구를 운영하고 있다.

최종 판정을 내렸다. 이 판정에서 GAFTA 중재판정부는 Romak이 공급한 밀 4만 톤에 대하여 Uzdon이 대금을 지급해야 한다고 결정했으며, 또한 계약위반에 따른 배상금으로 미화 10,510,629.12와 이자를 지급할 것을 명령하였다. 승소한 신청인은 우즈베키스탄 법원에 집행판결을 구하였으나, 모두 기각당하자 본 건 BIT 제9조에 근거하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 PCA에 제기하였다.

피신청국은 중재판정부가 본 건 분쟁에 대하여 관할을 갖기 위해서는 Uzdon 이 국가기관 또는 피신청국 정부의 책임 하에 있는 공공기관이어야 하는데, Uzdon은 정부와 독립된 법인이며 재정적으로도 자립된 기관이라고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은, Uzkhleborproduct와 Uzdon은 모두 공공목적을 위하여 설립된 국영 기관으로서, 이들의 행위는 피신청국에 직접 귀속된다고 주장하였다. 즉, Uzkhleborproduct는 정부가 51%의 지분을 갖고 있는 국영기관이며, Uzdon은 그 하부기관이라는 것이다. 그러나 중재판정부는, BIT 상의 보호 대상인 투자가존재하지 않으므로, 피신청국은 BIT 제9조에 따른 중재합의를 하였다고 볼 수 없고, 따라서 중재판정부는 본 사건에 대한 관할이 없다면서 Uzdon 행위의 국가귀속성에 관하여서는 별도로 판단하지 않았다.

United Parcel Service v. Canada

신청인은 Canada Post의 행위가 피신청국에 귀속된다는 전제 하에 피신청국의 NAFTA 제1102조(내국민대우) 및 제1105조(최소기준대우) 위반을 주장하였다. 신청인은 Canada Post의 행위 즉, i) 독점시장을 위하여 구축된 Canada Post의 인프라를 자회사인 Purolator가 상업적 택배시장에서 이용할 수 있게 제공하면서 신청인과 UPS Canada에게는 그러한 인프라에 대한 접근을 허용하지 않은 것, ii) 회계방식, 프랜차이즈 등에 관한 조치를 통하여 비독점 시장에서의 경쟁조건을 왜곡시킨 것, iii) 영리목적의 사업에 자사의 독점시장용 인프라를 이용한 것, iv) 시장이자율보다 낮은 대출금리를 받아 비독점 상품에 대한 가격을 시장가격 이하로결정한 것 등이 캐나다 정부에 귀속되어 협정의무 위반을 구성한다고 주장하였다. 신청인은 이 주장의 근거로 국가기관의 행위가 국가에 귀속됨을 규정한 ILC 초안제4조와180) 정부권한을 행사하는 개인 또는 단체의 행위 또한 국가에 귀속됨을

¹⁸⁰⁾ ILC 초안 제4조(국가행위의 국제위법성의 결정)에서는 "국가 행위의 국제위법성 결정은 오로지 국제법에 의하여 결정된다. 그러한 결정은 그 행위의 국제법상의 적법성에 의하여 영

규정한 제5조를 인용하였다. 이와 관련하여 신청인은 Canada Post가 피신청국 정부의 기관이며 일정한 규제권한(regulation-making power)을 갖고 있다고 규정한 1981년 캐나다우편공사법의 관련 규정을 그 근거로 제시하였다. 또한 신청인은 Canada Post가 '정부의 일부분' 또는 '정책결정기관의 일부분'이라고 언급한 사법부와 행정부의 성명 및 동 회사가 NAFTA 제10장상의 정부조달 영역에 포함된다는 점도 인용하였다. 또 다른 근거로 과거 Canada Post의 행위가 문제되었던 사건에 대한 WTO 패널보고서의^[81] 판정 내용을 제시하였다.

중재판정부는 「조약법에 관한 비엔나협약」 제31조상의 조약해석의 일반원칙에 따라 NAFTA 제1102조 내지 제1105조는 제1502조 제3항 (a)호 및 제1503조 제2항, 나아가 제1116조 및 제1117조와 함께 전체적인 맥락에서 해석되어야 한다고보고 다음과 같이 판단하였다.

먼저 제11장과 제15장의 규정은 '체약당사국'을 정부 독점기업 및 국영기업과 구분하고 있으며, 제15장의 관련 규정은 협정상 의무, 즉 독점기업과 국영기업이 체약당사국의 의무를 준수하도록 보장할 의무를 '체약당사국'에 두고 있다. 즉, 제11장과 제15장의 규정들은 '체약당사국'과 독점기업 또는 국영기업을 명백히 구분하고 있으며, 체약당사국의 보장 의무에 따라 제11장의 중재 회부 대상에 차이를 두고 있으므로 이를 무의미하게 하는 해석은 지양되어야 할 것이다. 또한, 중재판정부는 ILC 초안 제37조의¹⁸²) 특별법우선원칙에 따라 NAFTA의 규정들이 ILC 초안 제4조 및 제5조의 원칙보다 우선적으로 적용된다고 보았다. 결론적으로, 중재판정부는 Canada Post의 행위가 제1102조 및 제1105조 상의 피신청국의 행위에 귀속되지 않는다고 판단하고, 신청인의 상기 주장 중 Canada Post의 행위에 대한 주장을¹⁸³) 기각하였다.

향 받지 아니한다"고 규정하고 있다.

¹⁸¹⁾ Canada Certain Measures Concerning Periodicals(WT/DS31/R). 동 사건에서 WTO 패널은 Canada Post가 정부의 지시 하에서 운영되고 있으며 캐나다우편공사법이 가격정책결정 등에 대한 캐나다 정부의 지휘 권한을 규정하고 있음을 이유로 Canada Post의 가격정책이 GATT 제3조 4항하의 정부 '규정' 또는 '요건'에 해당한다고 판정하였다.

¹⁸²⁾ ILC 초안 제37조(특별법)에서는 "본부의 규정들은 문제의 국제위법행위의 결과가 그 행위에 대하여 특별해 관련된 다른 국제법규에 의하여 결정되는 경우에는 적용되지 아니한다"고 규정하고 있다.

¹⁸³⁾ 신청인의 Canada Post 행위에 대한 주장은 ① Purolator가 Canada Post의 인프라를 이용하는 것은 UPS에 공평하지 않음, ② 캐나다는 Canada Post가 독점시장의 인프라를 UPS에 공평하지 않은 방식으로 악용하도록 허용하고 있음, ③ Fritz Starber에게 계약을 수여하지 않은

Jan de Nul v. Egypt¹⁸⁴⁾

본 사건의 신청인은 벨기에 회사인 Dredging International N.V.과 Jan de Nul N.V.(이하, 신청인들)이고 피신청국은 이집트이다. 신청인들은 피신청국의 국영기관인 수에즈운하당국(Suez Canal Authority: 이하, SCA)과의 양허계약에 따라 수에즈 운하에서 준설작업을 수행하기 위하여 설립된 합작법인인 DI·JDN의 파트너 회사로 본 건 계약에 참여하였다. 그러나 신청인들은 피신청국 정부가 양허계약의 수행을 위한 관련 정보를 악의적으로, 그리고 허위로 제공함으로써 자신들의 투자에 손해를 입혔으며, 그에 대한 적절한 보상을 하지 않는 등 본 건 벨기에 ·룩셈부르크·이집트 BIT가 규정한 공정하고 공평한 대우 등 투자보호원칙을 위반하였다고 주장하며, 약 7천 4백만 달러의 손해배상을 청구하는 국제중재를 신청하였다.

동 사건에서 먼저 신청인들은 다음의 이유로 SCA의 행위가 이집트국에 귀속된다고 주장하였다. 첫째, SCA는 피신청국 법상 국가조직에 해당하기 때문에 ILC 초안185) 제4조상의 국가기관에 해당하고, 둘째, SCA는 ILC 초안 제5조상 정부권한을 행사하는 기관이며, 셋째, SCA는 제8조상 국가의 통제와 지시를 받는 기관이라고 하였다. 반면, 피신청국은 SCA가 독립된 법인격을 가진 기관이므로 ILC 초안 제4조상의 국가기관이 아니라고 반박하였다. 또한 제5조상의 정부권한을 행사하는 기관인지에 관하여, SCA가 그러한 권한을 행사할 수 있음은 인정하면서도 본 사건에서는 단지 사적 당사자의 지위에 불과하였다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다.

○ SCA는 국가기관인가(ILC 초안 제4조)

중재판정부는 신청인들의 주장대로 SCA가 ILC 초안 제4조상의 국가기관에 해당하는지를 판단하기 위하여 관련 조문을 살펴보았다. 동 조는 "1) 모든 국가기관

Canada Post의 행동은 UPS가 본 소송을 제기하는 것에 대한 보복에 해당하며, 이는 UPS에 공정하지 않음 등이다.

¹⁸⁴⁾ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, November 6, 2008.

¹⁸⁵⁾ The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

은 입법, 행정, 사법 또는 그 밖의 기능을 행사하는지 여부에 관계없이, 그리고 국가조직상 어느 지위에 있는지 또는 중앙정부 기관인지 지자체 기관인지 여부에 관계없이, 국제법상 그 국가의 기관으로 간주되어야 한다. 2) 기관이라 함은 해당 국가의 국내법에 따라 그러한 지위를 가진 개인 또는 단체를 포함한다"고 규정하고 있다. 본 사건에서 SCA는 이집트 법률 제30/1975호에 의하여 설립되었고, 동법에 따르면 SCA는 국가기관으로 분류되지 않으며, 독립된 법인격을 갖는 것으로 보인다고 판단하였다. 따라서 SCA는 국가기관이 아니며 그 행위는 피신청국에 귀속되지 않는다.

○ SCA는 정부권한을 행사하는 기관인가(ILC 초안 제5조)

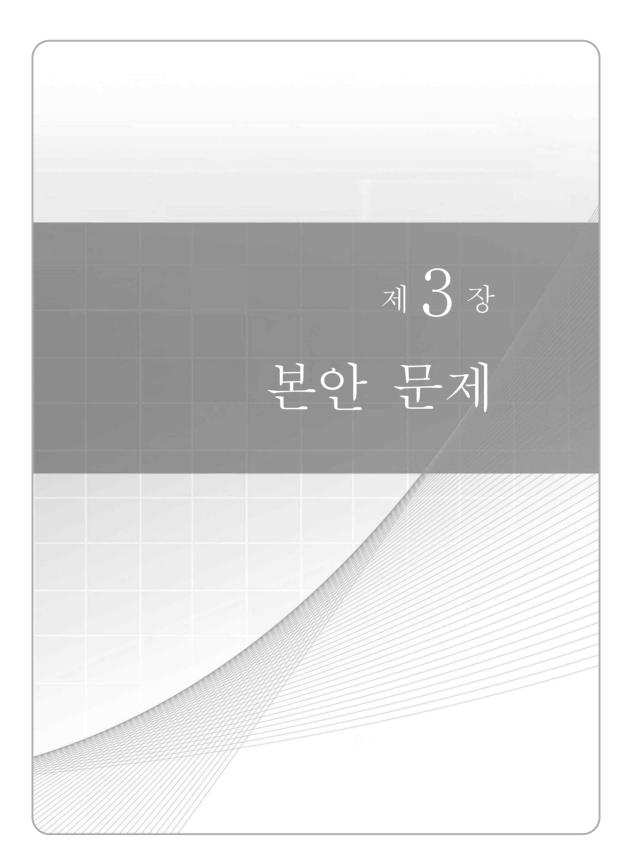
ILC 초안 제5조는 "제4조상 국가기관은 아니지만 법률에 의하여 정부권한을 행사할 수 있는 권한을 부여받은 기관 또는 단체가 그러한 권한 범위 내에서 행한 행위는 국가에 귀속된다."고 규정하고 있다. 즉, 문제된 행위가 제5조에 따라국가책임으로 귀속되기 위해서는 다음의 2가지 요건이 함께 충족되어야 한다. 첫째, 정부권한을 행사하도록 위임받은 단체가 행한 것이어야 한다. 둘째, 그 행위는 정부권한의 행사에 따른 것이어야 한다. 첫 번째 요건과 관련하여 SCA가 정부권한을 행사하도록 위임받은 점에 대해서는 피신청국도 인정하므로 문제되지않는다. 반면, 두 번째 요건과 관련하여 SCA는 본 건 계약의 입찰 과정에서 여타의 계약당사자와 마찬가지로 행위했고 국가기관 자격으로 참여한 것은 아니었다. 이는 계약 수행과정에서도 마찬가지였다. 본 건 계약이 공공조달에 관한 법률이 규율하는 입찰방식으로 진행된 것은 사실이나, 이것만으로 SCA에 대한 국가책임을 묻기에는 부족하다. 요컨대, 비록 SCA가 정부권한을 행사할 수 있도록 위임받은 것은 사실이지만 본 건 계약과 관련해서는 그러한 정부권한을 행사하였다고 볼 수 없으므로, SCA의 행위에 대하여 ILC 초안 제5조에 근거하여 국가 책임을 물을 수 없다.

○ SCA는 국가의 지시에 따르는 기관인가(ILC 초안 제8조)

한편, ILC 초안 제8조는 "특정 개인 또는 단체가 사실상 국가의 지시 또는 통제에 따라 어떠한 행위를 한 경우 이는 국제법에 따라 해당 국가의 행위로 간주하여야 한다"고 규정하고 있는 바, 신청인들은 이를 근거로 SCA의 행위가 피신

청국에 귀속된다고 주장하였다. 그러나 본 사건에서 문제된 SCA의 행위에 대하여 피신청국이 어떠한 지시를 하였다는 증거를 찾을 수 없으므로, ILC 초안 제8조에 근거한 피신청국의 책임을 물을 수 없다고 보았다.

중재판정부는 위와 같은 이유로 신청인들에 대한 SCA의 행위는 피신청국에 귀속되지 않는다고 보았다. 따라서 계약의 체결 및 이행과 관련한 SCA의 행위는 더 나아가 살펴볼 필요가 없으며, SCA 외에 국무총리, 외국인투자분쟁해결위원회, 이스마일리아 행정법원 등의 행위는 당연히 국가에 귀속되는 것으로 보아야하고, 이 점에 대해서는 당사자들간에 이견이 없음을 확인하였다.



제 3 장 본안 문제

제1절 투자자 보호원칙 개관

투자협정은 체약국 내의 외국인투자를 보호하고 규율하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 투자협정은 일방체약국이 상대방 체약국의 투자 및 투자자에게 부여 해야 할 실체적 보호규범을 정한다. 협정마다 구체적인 투자보호규범의 내용과 형식은 조금씩 다르지만 일반적으로 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 수용 및 보상, 포괄적보호조항 등이 다루어지고 있다.

내국민대우와 최혜국대우는 외국인 투자 및 투자자에 대한 차별금지를 규정한 조항으로 자국 투자(자)와 동종의 상황에 있는 외국인 투자(자)간의 공정한 경쟁의 장을 제공하기 위한 규범이라는 점에서 공통점이 있으나, 내국민대우는 자국투자(자)와의 차별금지를, 최혜국대우는 제3국 투자(자)와의 차별금지를 목적으로한다는 점에서 차이가 있다. 주요 중재판정례를 보면, 내국민대우와 관련해서는 그 위반의 판단기준인 '동종 상황(like circumstances)', '덜 유리한 대우(less favorable treatment)', '차별대우의 정당화 요건' 등의 구체적인 범위와 의미가 주로 문제되었다. 한편 최혜국대우에서는 원 협정에 규정된 최혜국대우 조항을 인용하여 제3의 협정에 규정된 절차적 조항, 특히 분쟁해결조항을 원용할 수 있는가의 문제가 주로 논의되었다.

최소기준대우 원칙은 체약국이 외국인투자자에게 최소한 국제법에서 인정된 대우만큼은 부여해야 함을 뜻한다. 이는 외국인투자자가 투자중재에서 가장 많이 원용하는 원칙이면서 실제로 다른 투자보호원칙에 기한 청구보다 자주 인용되어 주목을 받고 있다. 일반적으로 투자협정에서는 '최소기준대우'라는 표제 하에 일 방체약국이 외국인투자에 대하여 국제관습법상의 최소 대우를 부여하도록 천명하는 한편, 이것이 공정하고 공평한 대우(FET)와 충분한 보호 및 안전(FPS)을 포함

하는 개념이라고 규정한다. 다만 이 조항의 해석에 관하여 중재판정부마다 다른 입장을 취해 통일된 기준이 정립되어 있지 않으므로 많은 논란을 야기하고 있다. 특히 NAFTA 관련 사건에서 이 조항의 해석을 둘러싼 논란이 계속되자 NAFTA 자유무역위원회는 지난 2001년 NAFTA 제1105조 최소기준대우에 대한 해석지침을 마련하여 중재판정부가 동 조항을 해석할 때 객관적인 잣대로 활용토록 하였다. 그 동안의 중재판정례를 보면, 최소기준대우의 위반 여부를 판단하는 데 있어주로 i) 투자자의 정당한 기대(legitimate expectation) 보호, ii) 사법거부(denial of justice)와 적법절차의 비준수, iii) 의사결정과정에서의 명백한 자의성(manifest arbitration), iv) 부당한 차별 등의 요소가 검토되었다.

수용은 직접수용(Direct Expropriation)과 간접수용(Indirect Expropriation)으로 구분할 수 있다. 직접수용에 관한 중재판정의 경우에는 비교적 사실관계가 명확하여 중재판정부의 역할이 보상액을 결정하는 데 국한되는 경향이 있다. 반면, 간접수용의 경우에는 투자유치국의 정당한 규제권한과의 관계를 어떻게 설정할지와, 적법한 수용이 되기 위한 요건이 주로 다루어졌다. 수용이 문제된 판정례를 보면 대체로 국가의 규제권한을 인정하면서 간접수용의 판단 기준을 다소 엄격하게 해석하는 것으로 나타났다.

포괄적 보호조항(Umbrella Clause)은 주로 "일방체약국(투자유치국)은 투자자와 체결한 모든 약정(계약)을 준수하여야 한다"는 형태로 표현되고 있다. 문언상으로 보면, 이러한 포괄적 보호조항은 계약상의 분쟁을 투자협정상의 분쟁으로 전환시키는 효과가 인정된다. 즉, 투자유치국이 투자자와 체결한 계약상 의무를 위반한 경우 협정상의 포괄적 보호조항을 위반한 것이 되고, 이는 투자협정 위반으로 인정되는 것이다. 다만 이 조항에 의하여 모든 계약위반을 투자중재에서 다툴 수 있는 것인지, 아니면 계약위반이 있더라도 국가의 주권 행사에 따른 행위에 한하여 허용할 것인지를 두고 중재판정부마다 의견이 나뉜다.

그밖에 이행요건부과금지, 자유로운 송금보장, 고위경영진의 국적요건 부과금지 등의 원칙이 대부분의 투자협정에서 언급되고 있는 바, 아래에서 각각의 보호 원칙에 대한 개념을 설명하고 중재판정례를 통하여 중재판정부가 문제된 조항에 대해 어떠한 해석을 내렸는지 살펴본다.

제2절 내국민대우

1. 개요

일반적으로 해외에 투자하는 투자자는 본국과는 다른 경제, 정치, 사회문화, 법적 환경에서 활동하게 되므로 여러 위험에 노출된다. 따라서 본국에 투자할 때와는 달리 다양한 위험요소를 고려하게 되는데, 가장 중요한 것은 투자유치국에 의한 차별이다. 이러한 우려를 반영하여 대부분의 투자협정에서는 자국 투자자와외국인 투자자를 차별하지 않겠다는 내용의 내국민대우 의무를 규정하고 있다.186)본래 투자협정에서 내국민대우를 규정한 취지는, 투자유치국이 자국 투자(자)와상대국의 투자(자)를 국적을 이유로 차별대우 하지 못하도록 하기 위함이다.187)내국민대우 원칙은 협정마다 정의가 조금씩 다르나,188)투자유치국이 자국 투자(자)에 부여한 대우보다 불리하지 않은 대우(no less favorable treatment)를 외국인투자(자)에 부여할 것을 규정하는 점에서 유사하다.189)

2. 내국민대우 판단기준

내국민대우 원칙에 따르면 각 당사국은 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부

¹⁸⁶⁾ 다만, ASEAN 투자협정(Association of South-East Asian Nations Agreement for the Protection and Promotion of Investments)과 중국, 노르웨이, 스웨덴이 초기에 체결한 BIT에서는 내국민대우 규정을 아예 두고 있지 않다. Untied Nations Conference on Trade and Development(UNCTAD), National Treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV) (New York: UNCTAD, 1999), p.14·16 참조.

¹⁸⁷⁾ A. Newcombe & L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* (Alphen: Kluwer Law International, 2009), p.150.

¹⁸⁸⁾ NAFTA 제1102조에서는 "각 당사국은 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업, 운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 투자에 부여한다"고 규정하고 있다. 투자 유치국은 차별을 제거함으로써 외국인 투자자와 자국 투자자에게 공평한 경쟁을 할 수 있는 기회를 제공하여 경제의 효율적인 운영을 도모할 수 있다.

¹⁸⁹⁾ Dolzer와 Schreuer는 내국민대우규정의 목적을 투자 유치국이 규칙과 규정을 제정하고 적용할 때 외국인 투자자와 국내 투자자를 부당하게 차별하지 않도록 의무화하여 외국인 투자자를 내국인에게 부여한 대우 수준과 동등한 위치에 두는 것이라고 설명하고 있다. Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), p.178.

여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자자에게 부여하여야 한다. 그러 므로 내국민대우 위반 여부를 판단하기 위해서는 우선 외국인투자자가 '동종의 상황'에 있는 국내 투자자에 비해 '덜 유리한 대우'를 받았는지 검토해야 한 다 190)

내국민대우는 WTO 등 국제통상법에서 비롯된 원칙이나, 투자협정에서의 내국민대우와는 그 적용에 있어 일부 차이가 있다. 전자의 경우에는 외국상품과 동일한 내국상품을 비교하여 외국상품이 차별적 대우를 받았는지가 주로 문제되는데,이 경우 외국상품과 비교되는 내국상품을 결정함에 있어서는 양자가 시장에서 사실상의 '대체품'인지를 두고 판단한다. 이와는 달리 투자협정은 외국인 투자자에게 내국시장에서 내국민과 동일한 '경쟁적 위치'를 보장해 주는 것을 중요한 목표로 한다. 때문에 투자분야에서의 비교대상은 외국인 투자(자)와 동일한 경쟁적 위치에 있는 내국인 투자(자)가 된다. 그 외에도 투자협정에서 내국민대우는 보호대상자가 외국인 투자(자)라는 점과, 투자의 모든 단계에 적용될 수 있다는 점에서 통상관련 협정과 구별된다.

내국민대우 위반이 문제된 사건의 중재판정부들은 공통적으로 3단계 분석을 통하여 위반 여부를 검토하였다. 첫 번째 단계는 외국인투자자와 비교되는 국내 투자자 집단을 확정하는 것이다. 두 번째는 외국인투자자가 국내투자자 집단에 비해 불리한 대우를 받았는지 여부, 즉 차별이 존재하는지를 검토하는 것이다. 세 번째는 그러한 차별적 대우를 정당화하는 요소가 존재하는지를 검토한다.191)

가. 비교대상의 확정: '동일한 상황에 있는' 국내투자자

내국민대우 위반의 판단은 본질적으로 대상 간의 비교에 기초한다. 외국인투자 자는 다른 투자자들이 받은 대우가 자신이 받은 대우와 다르다고 생각되기 때문 에 문제를 제기하는 것이다. 때문에 중재판정부는 먼저 투자자가 적절한 대상과

¹⁹⁰⁾ 내국민대우의 중요한 특징 중 하나는 그 상대성(relativity)에 있다. 내국민대우 위반 여부를 판단할 때, 외국인 투자자와 국내 투자자에게 부여된 대우에 있어서의 비교(comparison)를 요구하는 점을 고려하면, 내국민대우원칙의 기준은 비교대상이 있는 상대적 기준(relative standards)이라 할 수 있다.

¹⁹¹⁾ Untied Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor·State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, (New York and Geneva: United Nations, 2007), p.48.

비교했는지를 살펴보아야 한다. 예컨대, 투자유치국이 영세농민에게 전기를 보조해 주었으나 알루미늄 제련소를 운영하는 외국인 투자자에게는 보조해 주지 않은 경우를 생각해 보자. 이 경우의 차별이 내국민대우 위반에 해당되는가, 그리고 외국인 투자자는 적절한 비교대상을 찾은 것인가. 먼저, 전기를 받은 영세농민과 알루미늄 생산자는 농업과 중공업이라는 매우 다른 경제 분야에 종사하고 있다. 또한 두 경제 분야의 운영 규모도 매우 다르다. 그리고 알루미늄을 생산하는 데 사용되는 전기는 영세 농업에서 사용하는 전기에 비해 총 생산비에서 차지하는 비율이 높기 때문에 전기보조금의 상대적인 비용과 편익이 균형이 맞지 않는다. 이러한 모든 요소를 고려하는 중재판정부는 내국민대우 위반을 결정하기 위한 목적상, 영세농민을 알루미늄 제련소와 비교하는 것이 부적절하다고 판단할 것이다. 192) 그러므로 내국민대우 위반을 판단하기 위해서는 먼저 적절한 비교대상을 확정해야 할 필요가 있다. 일반적으로 '동종의 상황'에 있는지 여부의 결정은 판정부에 맡겨진다.193)

나. 차별의 존재

내국민대우 위반 분석의 두 번째 단계는 외국인투자자와 국내투자자를 대우함에 있어 차별이 있었는지를 결정하는 것이다. S.D. Myers 사건의 중재판정에서는 중요한 두 가지 기준이 제시되었다.194) 첫 번째로 중재판정부는 내국민대우 위반은 법률상으로(de jure)나 사실상으로(de facto) 모두 가능하다는 점을 지적하였다. 따라서 내국민대우 위반과 관련한 분석의 범위는 법적, 행정적 차별과 같은 법률적인 측면에 한정되지 않고, 표면적으로는 차별적이지 않으나 외국인투자(자)에

¹⁹²⁾ Jesald. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (New York: Oxford University Press, 2010), p.248.

¹⁹³⁾ UPS 사건에서, 미국 기업인 신청인 UPS는 캐나다에 자회사인 UPS Canada를 설립하여 캐나다 국내에 택배와 소포배달 서비스를 제공하여 왔다. 한편 피신청인인 캐나다의 캐나다 우편공사(Canada Post)는 캐나다 내 1종 우편배달 서비스에 대한 독점권을 가지고 있었다. 이 외에도 Canada Post는 택배와 소포배달 서비스 등 캐나다 내 비독점 우편시장에서도 영업을 하는데, 이 분야에서 UPS Canada와 경쟁관계에 있었다. UPS사는 캐나다의 개정 관세법실시 방법이 Canada Post에 비용절감효과를 가져오기 때문에 내국민대우에 위반된다고 주장하였다. 중재판정부는 택배서비스와 우편서비스가 다르기 때문에 UPS와 Canada Post가 동종의 상황에 있지 않았고 보고 이에 관한 제1102조 위반 주장을 기각하였다. 한편, 이 사건 중재인 Ronald A Cass는 개별의견(separate statement)을 통하여 '동일한 상황'에 있는지에 대한 판단은 경쟁관계에 있는지의 여부를 살펴보아야 한다고 밝혔다.

¹⁹⁴⁾ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, December 30, 2002.

대하여 차별적인 영향을 미치는 사실상의 차별 대우도 포함된다. 중재판정부는 "정부조치가 내국민 대우 규범에 위반하는지 평가하는데 있어서 정부조치로 인한 실질적 영향이 외국인보다 내국민에게 불균형적인 이익을 미치고 있는지 여부와 정부조치가 표면적으로 외국인보다 내국민에게 우호적인지 여부를 고려하여야 한다. 내국민대우 위반을 판단하기 위해서는 이러한 제반 요소가 모든 사실적 맥락에서 검토되어야만 한다"고 하였다. 이와 같이 내국민대우 기준이 사실상의 차별조치에 따라 인정될 수 있다는 점은 이후 중재판정부에서도 일관되게 인정되고 있다.

두 번째는 외국인투자자가 사실상의 차별을 주장하는데 있어서 투자유치국의 차별 의도(intent to discriminate)까지 입증할 필요는 없다는 것이다. 즉, 차별의 존재를 입증하는 것으로 족하고, 투자유치국이 외국인이라는 이유로 차별하였다는 점은 굳이 입증할 필요가 없다. 이후 중재사례에서도 투자유치국의 차별 의도는 입증할 필요가 없다는 점이 인정되고 있다. 예를 들어, Feldman v. Mexico 사건에서 195) 중재판정부는 "내국민대우는 투자자가 외국인이라는 지위 때문에 받는 차별로부터 보호하기 위한 것이므로, 내국민대우 위반이 명백하게 투자자의 국적때문이라는 것을 입증할 필요는 없다. 대우에 있어 사실상 차별은 최소한 이와반대되는 별도의 증거가 없는 경우에 그 자체로 충분히 근거로 인정된다"고 판정하였다.

다. 정당화 사유

투자유치국이 외국인투자자와 자국 투자자를 사실상 달리 대우하는 경우에도 국가의 정당한 규제 권한을 존중하여 내국민대우 위반 여부를 판단해야 한다는 점이 여러 판례에서 확인되었다. 즉, 외국인투자자와 자국 투자자가 서로 다른 취급을 받고 있는 경우에도 그러한 차별이 합리적인 정책목표에 비추어 정당화될수 있는지에 대하여 검토하는 것이다. GAMI v. Mexico 사건에서1%) 피신청국의국내 설탕산업 활성화를 위한 법령에 의해 신청인은 주식을 보유하고 있던 GAM이 운영하는 설탕공장이 수용당했다. 이에 신청인은 동일한 상황에 있는 투자자

¹⁹⁵⁾ Marvin Roy Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, December, 16, 2002.

¹⁹⁶⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제3장 제2절 3. '중재판정례'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

들은 수용당하지 않고, 자신의 설탕공장만 수용 당했으므로, 피신청국이 내국민대우를 위반했다고 주장하였다. 중재판정부는 피신청국이 도산 상황에서 운영하고 있던 설탕공장이 국내경제의 이익을 위하여 공적참여가 필요하고 판단한 것이고, 설령 정책의 효율성에 문제가 있다고 해서 차별이 인정되는 것은 아니라고 하였다. 즉, 중재판정부는 피신청국의 조치가 정당한 정책 목적에 기한 것이고, 차별적인 방식으로 적용되지 않았다고 판단하였다.

3. 중재판정례

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

영국 국적의 신청인들은 헝가리 정부가 지난 2004년 가격고시제(administrative pricing)를 폐지한 후 2006년과 2007년에 다시 이 제도를 도입함에 따라, 자신들의 투자에 손실을 입었다고 주장하면서 2007년 7월 ICSID에 중재를 제기하였다.197)

신청인은 피신청국 국영기업 MVM의 자회사인 Paks 발전소가 다른 전력업체보다 높은 가격을 배당받는 등 신청인보다 유리한 대우를 받았으므로 내국민대우를 위반하였다고 주장하였다. 이에 피신청국은 Paks 발전소가 신청인보다 상대적으로 높은 가격을 배정받은 것은 신청인이 가격고시제 시행령에서 정한 7.1% 영업이익율을 달성하지 못한데 따른 결과일 뿐, 이들에게 특혜를 제공한 것은 아니라고 반박하였다. 중재판정부는 각 전력업체에게 배당된 가격은 동일한 산정방식을 적용한 결과로 산출된 것이어서 차별적 조치가 아니라는 판단을 내렸다. 따라서 신청인들이 동일한 사정 하에 있는 다른 피신청국 내 투자자들에게 비하여 불리한 대우를 받았다고 볼 수 없다고 판단하였다. 198)

¹⁹⁷⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

¹⁹⁸⁾ AES Summit Generation Limited and AES·Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010.

Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States

이 사건에서 문제가 된 특별소비세가 시행될 당시 피신청국은 사탕수수만을 감미료로 쓰는 생산업체와 유통업체에 대하여 특별소비세를 면제하고 있었다. 신청인은 이 때문에 피신청국 내에서 액상과당을 생산하는 외국업체에 비해 사탕수수를 쓰는 국내업체가 특혜를 받았다고 주장하였다. 피신청국은 문제된 특별소비세는 액상과당 업체들을 염두에 두고 시행된 조치가 아니며, 미국정부가 멕시코산 설탕에 부과한 제한조치에 대한 보복적 조치였다고 주장하였다. 즉, 특별소비세는 차별적인 조치가 아닌, NAFTA 제2019조 제1항에 따라 정당하게 취해진 조약상 혜택의 정지라고 하였다. 아울러 신청인들과 국내업체는 '동일한 상황'에 있지 않다고 덧붙였다.

중재판정부는 신청인의 사업과 피신청국의 설탕산업은 비록 동일한 비교대상은 아닐지라도 유사한 산업에 속할 뿐 아니라, 식음료업계에 감미료를 공급하는 직접적 경쟁관계에 있으므로 '동일한 상황'에 있다고 보았다. 둘째, 이 사건 특별소비세가 사탕수수 감미료에 대해서는 간접적인 면세 혜택을 주면서 다른 감미료에 대해서는 부여하지 않아 차별을 하였는데, 이는 국내 설탕산업을 외국의 액상과당 업체로부터 보호할 목적이었다고 보았다. 이 때문에 미국의 액상과당 업체들은 피신청국의 설탕 생산자들보다 불리한 대우를 받았다고 판단하고 피신청국의 NAFTA 제1102조 위반을 인정하였다. 199)

GAMI v. The United Mexican States

신청인은 1996년부터 멕시코의 설탕생산업체인 GAM의 주식을 사들이기 시작하였고 1998년에는 총 14.18%의 주식을 보유하게 되었다. GAM은 5개의 설탕공장을 운영하고 있었다. 2001년 멕시코는 국내 설탕산업 활성화를 위한 법령을 제정하여 22개의 설탕 생산공장을 수용하였는데, 수용 대상에는 신청인이 주식을 보유하고 있던 GAM이 운영하는 설탕공장도 포함되어 있었다. 이에 신청인은 동종의 상황에 있는 투자자들은 수용당하지 않았고 자신의 설탕공장만 수용당했다고 하면서 내국민대우 위반을 주장하였다. 중재판정부는 도산상황에 있는 설탕공

¹⁹⁹⁾ Archer Daniels Midland Company and Tate &Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, November 21, 2007.

장에 대하여 국내경제의 이익을 위하여 정부의 공적참여가 필요하고 판단하였고 이는 잘못된 판단일 수도 있지만, 정책의 비효율성(ineffectiveness)이 차별 (discrimination)은 아니라고 하였다. 중재판정부는 멕시코의 조치가 정당한 정책목적(legitimate policy goal)과 관련이 있고, 차별적인 방식으로 적용되거나, 동등한 기회에 대한 장벽으로 적용되지 않았다고 판단하였다.

United Parcel Service v. Canada

○ 신청인의 주장

이 사건에서 미국 국적의 신청인, UPS는, Canada Post와 국세청간에 체결된 우편수입물협정(Postal Imports Agreement: PIA 협정)에 따라 피신청국 정부가 취급된 우편량을 기준으로 Canada Post에게 세관서비스 요금을 징수한 것, 피신청국 세관직원이 Canada Post에 대하여 수수료 없이 관세사 서비스를 제공한 것, 세관직원을 야간 및 주말동안 비용 없이 Canada Post에 제공한 것, Canada Post에 관세의 연체나 미지급에 대한 이자와 과태료를 부과하지 않은 것, 피신청국 세관당국의 통신망 이용에 대한 비용을 부과하지 않은 것 등 Canada Post에 부여된 대우가 신청인과 자신의 피신청국 내 자회사 UPS Canada에는 제공되지 않았으므로 차별적인 대우에 해당하여 내국민대우 위반을 구성한다고 주장하였다. 아울러 UPS Canada를 통하여 수입되는 소포에 대해서는 관세를 징수하면서도 Canada Post가 수입하는 소포에 대해서는 이를 면제한 것, Canada Post의 이용을 조건으로 하는 전국 차원의 간행물지원프로그램을 시행한 것 등이 내국민대우 위반에 해당한다고 주장하였다.

○ 중재판정부의 판단

중재판정부는 NAFTA 제1102조 내국민대우 위반이 성립하기 위해서는 i) 체약당사국, 즉 피신청국이 신청인 또는 UPS Canada에 대하여 투자의 설립, 인수, 확장, 운영, 처분 등에 대한 대우를 부여한 사실이 있어야 하고, ii) 외국인투자자가국내 투자자와 동일한 상황에 있어야 하며, iii) 외국인 투자자에 대한 대우가 국내 투자자에 비해 불리한 것이어야 한다고 밝혔다. 이 가운데 ii)의 동종 상황 요건과 관련이 있는 피신청국의 시스템은 Courier/Low Value Shipment(LVS)

Program, 세관의 국제우편처리시스템, PIA 협정이라고 보았다.

먼저 Courier/LVS Program의 경우, 이는 UPS Canada를 포함한 피신청국 내택배산업계의 요청과 참여에 의하여 구축된 제도이고, 세관의 국제우편처리시스템은 Canada Post를 통하여 피신청국에 우편물로 수입된 상품에 적용되는 세관조치이며 이는 세계우편연합(UPU)의 189개 회원국으로부터 피신청국으로 수입되는모든 국제우편에 적용되는 제도이다. 또한 피신청국 정부가 우편으로 수입되는물품과 특송 또는 택배 화물을 구분하여 취급한 것은 개정 교토협약에 합치하며,전 세계 각국의 우편당국은 특송 또는 택배화물과 우편수송을 달리 취급하고 있다. 따라서 중재판정부는 세관상 대우와 관련하여 신청인과 Canada Post가 동종의 상황에 있지 않다고 보고, 이에 관한 제1102조 위반 주장을 기각하였다. Canada Post와 피신청국의 국세청간 체결된 PIA 협정은 Canada Post가 세관으로부터 요금을 받고 서비스를 제공하는 것을 내용으로 하는 정부조달계약인데, 이는 NAFTA 제1108조 7항 (a)호의 정부조달의 예외에 해당하여 제1102조의 적용이 제외되는 문제이다.

한편, 중재판정부는 피신청국의 간행물지원프로그램(Publications Assistance Program: PAP)이 NAFTA 제1102조에 위반되는지를 검토하였다. 신청인은 피신청국이 시행하고 있는 PAP가 NAFTA 제1102조 내국민대우에 위반된다고 주장하나, PAP는 피신청국이 문화상품의 제공을 통하여 캐나다 국민간 소통의 통로를 마련하고, 캐나다 출판산업의 지속 및 발전을 도모하기 위하여 캐나다 문화유산부와 Canada Post가 공동으로 시행하는 우편보조금제도로 1867년 이전부터 시행되었다. 피신청국의 문화유산부가 PAP상의 배달서비스 제공자로 Canada Post를선정한 것은 비용적인 면이나 여러 측면에서 가장 효율적이었기 때문이다. Canada Post는 '보편적 우편서비스 제공 의무'를 부담하고 있어 피신청국 내 모든지역에 우편서비스를 제공할 수 있는 유일한 기관이며, 동 프로그램에 따른 수송량으로 볼 때 가장 합리적인 가격에 서비스를 제공할 수 있었다고 보인다. 그러나 신청인과 UPS Canada를 포함한 피신청국 국내외의 다른 택배업체는 Canada Post와 같은 상황에 있지 않다.

마지막으로 피신청국은 PAP가 NAFTA 제2106조 및 부속서 2106 상의 '문화 산업 예외(cultural industries exception)'에 해당한다고 주장하였는데, 신청인은 문 화산업 예외는 문화산업 자체에만 적용될 뿐이고 배달서비스에는 적용되지 않는다고 반박하였다. 그러나 중재판정부는 신청인의 주장과 같이 '조치'를 여러 부분으로 분리하여 NAFTA 제2106조 및 부속서 2106의 해당 여부를 판단하는 것은근거가 없으며, '문화산업과 관련하여 채택되거나 유지되는 모든 조치'를 예외로하는 동 규정은 광의로 해석되어야 한다고 보았다. 또한 배달서비스는 동 프로그램의 본질적인 부분에 해당하는데 결론적으로 중재판정부는 동 프로그램이 NAFTA 제2106조 및 부속서 2106 상의 '문화산업 예외'에 해당하여 제1102조 위반을 구성하지 않는다고 보았다. 아울러 동 프로그램이 문화산업 예외에 해당하지 않는다고 하더라도 Canada Post와 신청인이 '동종의 상황'에 있지 않으므로 제1102조 위반은 성립하지 않는다고 판단하였다.200)

제3절 최혜국대우

1. 개요

최혜국대우 원칙은 일방체약국이 상대국 투자자에 대하여, 제3국의 투자자 보다 불리하지 않게 대우할 의무를 뜻한다. MFN 대우는 내국민대우와 마찬가지로 외국인투자자에 대한 차별을 방지하기 위한 보호규정이다. 다만, 내국민과의 차별이 아니라 제3국 투자자와의 차별금지를 대상으로 한다는 점에 차이가 있다. MFN 조항은 협정의 일방체약국이 제3국과 체결한 협정에서 규정하고 있는 대우보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자자에게 부여한다는 점에서 협약 간의 연결고리 역할을 한다. 즉, 투자자는 모국이 체결한 투자협정상의 보호와 별도로, MFN 조항을 통하여 제3국의 투자협정상 보호조항을 원용할 수 있어 보호범위를확장시킬 수 있다.

MFN 조항의 문언이나 적용범위는 협정마다 조금씩 다르다. 일부 협정은 MFN 대우를 협정에 의하여 보장되는 모든 사안에 적용한다고 규정하는 반면,201) 적용

²⁰⁰⁾ United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, May 24, 2007

²⁰¹⁾ 네덜란드 모델 BIT 제3조 제2항에서는 최혜국대우가 모든 경우에 적용된다고 명시하고 있

이 배제되는 부분을 특정하여 제한적으로 규정하는 협정도 있다.²⁰²⁾ MFN 대우를 내국민대우와 함께 규정하거나,²⁰³⁾ FET와 묶어서 규정하는 경우도 있다. 이처럼 규정방식이 다양하여 MFN에 관한 판정례 역시 통일되어 있지 않다.

2. 최혜국대우의 적용 제한

투자협정에서 MFN 조항의 적용범위에 일정한 제한이나 예외를 두는 경우도 많다. 외국인투자자가 투자유치국이 제3국과 체결한 협정상의 보호조항을 원용하고자 하는 경우에는 이러한 제한이나 예외에 구속을 받는다. MFN 조항은 내재적이거나 본래적인 권리가 아니라 협정에 명문의 규정이 있는 경우에 한해 인정되는 권리이므로, 체약국들이 적용을 배제한 부분에 대해서는 MFN 조항을 원용할수 없다. 보통 지역통합, 경제통합, 세금문제, 보조금, 정부조달 등이 최혜국대우가 배제되는 대표적인 분야이다.

다른 한편, MFN을 통하여 다른 협정의 보호조항을 원용하고자 하는 경우 동

- 202) 독일 모델 BIT(1998) 제3조 제3항, 제4항에서는 경제연합 등과 세금에는 최혜국대우가 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 원문은 다음과 같다. "3) Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or a free trade area. 4) The treatment granted under this Article shall not relate to advantages which either Contracting State accords to investors of third States by virtue of a double taxation agreement or other agreements regarding matters of taxation."
- 203) 미국·성가폴 FTA 제15.4조에서는 최혜국대우를 내국민대우와 함께 규정하고 있다. 원문은 다음과 같다. "… (4) Each Party shall accord to investors of the other Party and to theirs covered investments the better of national treatment or most-favoured-nation treatment".

다. 원문은 다음과 같다. "More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments treatment which **in any case** shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own nationals or to investments of nationals of any third State, **whichever is more favourable** to the national concerned." 알바니아·영국 BIT(1996)에서도 최혜국대우에 대하여 모든 규정에서 적용된다는 점을 명시하고 있다. 즉 제3조 제1항과 제2항에서 최혜국대우와 내국민대우를 규정하면서 제3항에서 최종 조항을 제외한 모든 규정(제1조부터 제11조까지)에 적용된다고 명시하였다. 제3항의 원문은 다음과 같다. "(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third Party. … (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement."

종제한 원칙(ejusdem generis principle)의 제한을 받는다. 동종제한 원칙은 동일한 사안 또는 동일한 범주 내에 속하는 경우에 한하여 원용할 수 있다는 원칙이다. 예를 들어, '금융관련 협정'에서 부여된 혜택은 '투자협정' 상의 MFN 조항을 통하여 원용할 수 없다. 이러한 동종제한 원칙은 ILC가 채택한 'MFN 조항에 관한예시규정(Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirtieth Session)」에서²⁰⁴⁾ 소개되었다. 구체적으로 동 규정 제9조는 "MFN 조항은 그 조항에서 구체적으로 명시하고 있거나 또는 묵시적으로 적용이 인정되는 사람과 사물에 적용된다"고 규정하였고, 제10조는 "MFN 대우의적용을 받고자 하는 사람이나 사물이 제3국에 부여하는 대우의 대상과 동일한 범위에 속할 경우에만 적용된다."고 규정하고 있다. 이러한 동종제한 원칙은 이후국제분쟁해결절차 또는 중재판정에서도 널리 수용되고 있다. 그러나 구체적으로 어떠한 경우에 어떻게 적용되는지는 중재판정부가 해당 사건에서 구체적 사정을 검토하여 결정하게 된다.

3. 최혜국대우와 실체적 보호기준

MFN 조항을 통하여 특정한 투자협정에 규정된 더 유리하고 포괄적인 실체적보호규정을 원용할 수 있는지가 이 조항의 핵심이다. MFN 대우의 적용범위와 관련하여 최근의 중재판정례에서 두 가지 특징을 발견할 수 있다. 첫째, 내국민대우에 있어서는 그 위반 여부를 결정하기 위하여 복잡한 3단계 접근방식을 취하였으나, MFN 대우에 관한 투자협정의 조문은 대체로 포괄적으로 규정되어 있어 내국민대우에서처럼 정교하고 복잡한 기준을 따르지 않았다. 둘째, 최근의 중재판정례는 원 BIT에 규정되어 있는 MFN 조항에 의하여 제3의 BIT로부터 실체적 보호기준을 차용할 수 있는지에 대하여 일관적이지 않은 태도를 취하고 있다. 이를폭넓게 허용한 사례가 있는 반면, 일부 중재판정부는 제3의 BIT에서 실체적 보호규정을 자동적으로 편입하는 것에 대하여 신중한 입장을 보였다. MFN 조항을 통하여 다른 BIT의 실체적 보호조항을 원용한 사건으로 다음의 것들이 있다.

²⁰⁴⁾ Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Thirtieth Session, (1978) Yearbook of the International Law Commission, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2) (ILC Report) and "Most-Favoured-Nation Clause", Yearbook of the International Law Commission, 1970, Vol. II, p.201·213.

MTD Equity v. Chile

신청인은 도시개발 사업을 하는 말레이시아 업체로 칠레 샌티아고 인근 계획도시건설에 참여하기 위하여 칠레의 외국인투자위원회와 계약을 체결하고 투자를 진행하였다. 투자과정에서 샌티아고 시장은 사업계획 승인에 협조하기로 약속하였고, 지방의회는 용도변경을 위한 지구계획을 승인하였다. 그러나 도시계획 주무부처인 도시개발청 신청인의 개발계획에 맞게 용도변경을 할 수 없다고 통지하고, 지구계획을 샌티아고 시장에게 반려하였으며, 해당 지역에 대한 용도변경이 어렵다는 점을 재차 확인하였다. 신청인은 본 건에 적용될 말레이시아·칠레 BIT 제3조의 MFN 조항을²⁰⁵⁾ 통하여 칠레·덴마크 BIT 및 칠레·크로아티아 BIT를 원용하였는데, 이들 BIT에서는 일방체약국이 상대국의 투자를 승인한 후에는 필요한 허가를 내주도록 의무화하고 있다고 하였다. 이처럼 MFN 조항을 통하여 위 BIT들을 원용할 수 있는지에 관하여 중재판정부는 "본 건 말레이시아·칠레 BIT에서는 MFN 조항이 배제되는 분야로 세금, 지역협력, 외국인 문제를 명시하고 있는바, 그 외의 사항들은 MFN 조항에 의하여 원용이 가능하다고 보아야 한다"면서이는 본 건 BIT 상 FET의 일부를 구성한다고 결정하였다.²⁰⁶⁾

White Industries v. India

호주 국적의 White Industries Australia Limited는 인도 정부가 1999 호주·인도 BIT에 위배되는 조치를 취하는 바람에 투자 손실을 입었다며, 2010년 7월 27일에 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재를 제기하였다. 인도정부는 1970년대와 1980년대에 걸쳐 석탄 자원을 개발하기로 결정하고 국영기업 Coal India를 통하여 Pipawar 지역을 개발특구로 지정하면서 1970년대 후반 본격적으로 사업을 진행시켰다. Coal India는 1956년 인도 회사법에 의하여 설립된 기관으로써 각종 개발 프로젝트의 승인을 비롯한 여러 공적 권한을 부여받았다. 한편 Coal India의

²⁰⁵⁾ 말레이시아-칠레 BIT 제3조에 제1항에서는 최혜국대우에 대하여 공정하고 공평한 대우와 유사한 맥락에서 규정하고 있는데 원문은 다음과 같다. "Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State."

²⁰⁶⁾ MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.

자회사인 CMPDI는 Piparwar 광산의 개발과 관련하여 신청인에게 조사 작업에 동참해 줄 것을 요청하였고, 이에 신청인은 타당성 조사 및 보고서 작성을 도와주었다. 이후 1987년과 1989년 사이 Coal India와 신청인은 Pipawar 프로젝트와 관련한 계약 협상에 들어갔고, 1989년 8월 28일 위 프로젝트에 필요한 장비의 공급계약을 체결하였다. 본 계약에서는 채광 생산량이 목표치를 초과하는 경우 신청인에게 보너스를 지급하고, 반대의 경우에는 신청인이 페널티를 물기로 하였다. 그러나 이후 계약 진행 중 신청인이 계약에서 정한 보너스를 받아야 하는지 아니면 페널티를 물어야 하는지에 대하여 신청인과 Coal India간에 다툼이 발생하였다. Coal India는 Coal Preparation Plant에서 생산된 석탄의 품질이 계약에서 정한 기준에 미달하므로 당연히 페널티를 부과해야 한다고 주장하였다.

이에 신청인은 1999년 6월 28일에 계약의 중재조항에 의거하여 ICC 중재를 제기하였고 ICC 중재판정부는 2002년 5월 27일 신청인 일부 승소판정을 내렸으 나, 피신청인 Coal India는 2002년 9월 6일 캘커타 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하였다. 한편 신청인은 2002년 9월 11일, 뉴델리 법원에 중재판정 집행청구의 소를 제기하였으며, 아울러 2002년 10월 24일에 캘커타 고등법원에 계류 중인 중 재판정 취소의 소를 뉴델리 고등법원에 이첩할 것과, 캘커타 고등법원의 절차를 중단시켜 줄 것을 대법원에 요청하였다. 대법원은 2002년 10월 29일에 위 요청을 심리하고 캘커타 법원의 취소소송 절차를 중지하도록 명하였다. 이후 2003년 11 월 19일에 캘커타 법원은 중재판정 취소의 소를 기각해 달라는 신청인의 청구를 기각하였고, 이에 신청인은 2003년 12월 15일에 위 기각 판결에 대하여 항소하였 으나 항소재판부는 2004년 5월 7일 역시 이를 기각하였다. 신청인은 2004년 7월 31일에 대법원에 상고하였다. 대법원은 2008년 1월 16일에 이 상고를 심리한 후 3인 재판부에 이첩하였으나, 본 건 투자중재의 심리가 진행될 때까지 위 상고에 대한 재판 날짜는 정해지지 않았다. 한편, 2006년 3월 9일 뉴델리 법원은 신청인 이 제기한 집행청구의 소를 중지하기로 결정하였다. 이에 신청인의 자신들이 승 소한 상사중재판정의 집행을 오랜 시간 동안 승인하여 주지 않는 인도 법원의 행 위가 호주·인도 BIT(이하, 본 건 BIT)를 위반하였다고 하면서 투자중재를 제기 하였다.

본 사건에서 신청인은, 본 건 BIT 제4조 제2항에서 규정한 "일방체약국이 제3 국 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 않은 대우를 상대국 투자(자)에게 부 여할 것"을 원용하였고, 이 조항에 근거하여 신청인은 2001 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항의 적용을 주장하였다. 동 항에 따르면 일방체약국은 상대국 투자(자)가 권리를 실현할 수 있는 효과적인 수단을 제공할 의무가 있다.207) 신청인은 뉴욕협약의 가입국인 피신청국에서 중재판정의 집행을 위하여 9년을 기다리고 아직까지 아무런 결과를 얻지 못하였는데, 이는 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항의 '효과적인 수단 제공'의무에 위반되어, 결과적으로 본 건 BIT 제4조 제2항에 위반된다고 하였다. 반면, 피신청국은 신청인의 청구가 다음의 이유로 기각되어야한다고 반박하였다. 첫째, 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항은 본 건 BIT에 편입될 수 없다. 왜냐하면 본 건 BIT의 양 체약국은 투자에 관하여 국내법이 우선 적용된다는 점에 합의하였기 때문이다. 따라서 제4조 제2항의 MFN 조항을 적용함에 있어서도 이러한 체약국의 의도와 취지를 고려하여야한다. 둘째, 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항을 본 건 BIT의 발효일인 2003년 6월 28일 이후에 발생한 사건에 한하여 적용된다. 따라서 그이전에 발생한 소송절차의 지연 문제는 적용대상에서 벗어난다.

당사자들의 위와 같은 주장에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 먼저 피신청국은 MFN 조항에 의하여 인도·쿠웨이트 BIT 원용을 허용할 경우양 체약국이 신중히 협의하여 체결한 BIT의 균형을 깨뜨릴 수 있고, 국내법의 규정을 중시하는 본 건 BIT의 취지에도 어긋난다고 주장하나 이는 근거가 없다. 왜냐하면 첫째, BIT 상의 MFN 조항을 통하여 다른 BIT의 투자보호규정을 원용하는 것이 원 BIT의 균형을 깨뜨린다고 볼만한 근거가 없고, 오히려 그것이 MFN 조항을 둔 취지라고 보아야 하며, 둘째, 피신청국은 MFN 조항을 통하여 다른 BIT를 원용하는 것이 국내법을 우선시하는 원 BIT의 취지에 반한다고 주장하나, 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항의 규정이 본 건 BIT의 어떠한 규정에 저촉되는지 구체적으로 밝히지 못하였다. 따라서 중재판정부는 본 건 BIT의 MFN 조항을 인용하여 인도·쿠웨이트 BIT를 원용할 수 없다는 피신청국의 주장을 기각하였다.

²⁰⁷⁾ Article 4(5) of the India·Kuwait BIT

Each Contracting Party shall... provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments....

²⁰⁸⁾ White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Award, November 30, 2011.

4. 최혜국대우조항을 통한 절차규범 원용

MFN 조항에 의하여 투자협정상의 실체적 보호기준을 원용하는 것 외에 절차적 권리, 특히 분쟁해결과 관련한 절차적 규범을 원용할 수 있는지가 최근의 투자중재에서 많은 논란을 야기하였다. 주로 문제되는 것은 원 투자협정에 투자중재를 제기하기 전 투자유치국의 국내법원을 거치도록 규정한 경우, 투자자가 이러한 요건 없이 곧바로 중재를 제기하도록 허용한 다른 BIT를 원용할 수 있는지여부이다.

가. 절차규범의 원용을 허용한 사례

Impregilo S.p.A v. Argentine Republic

이 사건에서 신청인은 원 투자협정인 이탈리아·아르헨티나 BIT(이하, 본 건 BIT) 제3조 제1항의 MFN 조항을209) 통하여 좀 더 유연한 규칙을 규정한 미국·아르헨티나 BIT 제7조를 원용하였는데, 동 조에 따르면 투자자는 국내법원이나 행정재판소에 제소하거나, 분쟁 발생일로부터 6개월 후에 국제중재에 회부할 것을 선택할 수 있다. 따라서 본 사건에서처럼 투자중재 제기 전에 18개월 동안 국내법원을 경유할 의무가 없다. 이에 대하여 피신청국은 투자중재 제기 전 8개월의 냉각기간은 본 건 BIT의 본질적인 조항이고, 따라서 이를 회피할 목적으로 MFN 조항을 원용하는 것은 허용되지 않는다고 하였다. 또한 본 건 BIT 제3조제1항에 포함된 MFN 조항의 대상은 "다른 체약당사국 투자자에 의한 투자, 그투자와 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, 본 건 BIT 제8조의 국내절차 사전요건은 '투자'에 관한 것이 아니라 '분쟁해결절차'에 관한 것이며, 결과적으로 MFN 조항은 제8조에 적용되지 않는다고 주장하였다.

²⁰⁹⁾ 본 건 BIT 제3조 제1항은 "각 체약당사국은 자국 영토 내에서 다른 체약당사국의 투자자 가 한 투자, 그러한 투자와 관련된 수입과 활동, 이 협정에 의하여 규율되는 기타 모든 사 안에 자국 투자자나 제3국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 부여해야 한다"고 규정하고 있다.

중재판정부는 '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 분쟁해결규칙을 포함하는 광범위한 개념이라고 보았다. 아울러 본 사안처럼 다른 BIT 상의 분쟁해결절 차를 원용할 수 있는가의 문제는, 국내법원에 제소하는 것이 국제중재에 회부하는 것보다 투자자에게 더 유리하거나 불리한지의 문제가 아니며, 중요한 것은 미국・아르헨티나 BIT에서처럼 국내절차와 국제중재 중에 선택하도록 선택권을 주는 것이 국제중재에 앞서 국내절차를 반드시 거치도록 하는 본 건 BIT보다 유리한지 여부라고 하였다. MFN 조항을 분쟁해결조항에 적용할 수 있는가에 대한 판례의 입장은 통일되어 있지 않으나, 그럼에도 불구하고 MFN 조항에서 '모든 사안(all matters)' 또는 'BIT가 규율하는 모든 사안(any matter)'이라고 규정한 경우에는 대체로 분쟁해결절차를 포함하는 것으로 해석하였다. 결론적으로, 중재판정부는 신청인이 본 건 BIT의 MFN 조항을 통하여 미국・아르헨티나 BIT의 분쟁해결절차를 원용할 자격이 있다고 보고, 본 건 BIT 제8조의 국내법원 사전요건을 준수하지 않아 관합요건이 흠결되었다는 피신청국의 주장을 기각하였다.210)

Siemens v. Argentina

피신청국은 1996년 통합 이민시스템, 개인정보시스템 및 전자정보시스템을 제공하기 위하여 입찰을 실시하였고, 신청인인 Siemens A.G는 입찰 조건을 구비하기 위하여 피신청국에 현지법인 SITS를 설립하였다. 피신청국은 신청인의 재무능력 등을 고려하여 SITS를 사업자로 선정하였다. 시스템 제공계약이 체결되고 1998년 10월 법령에 의하여 동 계약이 승인을 받았으나, 1999년 피신청국의 새정부에 의하여 일방적으로 종료되었다. 신청인은 이러한 조치가 독일·아르헨티나 BIT(이하, 본 건 BIT)에 위반된다고 주장하면서 중재를 청구하였다.

신청인은 본 건 BIT에 따르면 투자자가 중재를 제기하기 전 18개월 동안 국 내법원을 경유하여야 하는데, MFN 조항을 통하여 이러한 요건을 두지 않은 아르 헨티나·칠레 BIT의 절차규범을 원용할 수 있다고 주장하였다. 피신청국은 MFN 조항을 통하여 다른 협정의 실체적 보호규범을 원용하는 것은 별론으로 하고, 절

²¹⁰⁾ Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June, 21, 2011.

차규범을 원용하는 것은 허용되지 않는다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 MFN 조항을 통하여 제3의 BIT에 규정된 분쟁해결절차를 원용하는 것은 MFN 조항을 규정한 취지에 부합하고, 또한 이는 외국인투자자에 대한 보호의 일부로 보아야 한다면서 절차규범의 원용을 긍정하였다.211)

Maffezini v. Spain

화학물질의 생산과 유통을 위해서 스페인기업에 투자한 신청인인 아르헨티나 국민 Maffezini는 아르헨티나・스페인 BIT(이하, 본 건 BIT)에 의거 피신청국을 상대로 ICSID 중재를 제기하였다. 본 건 BIT에서는 투자자가 국제중재를 제기하기 전 18개월의 기간 동안 먼저 국내법원에 분쟁을 회부할 것을 규정하였다. 피신청국은 투자자가 본 건 BIT에서 규정한 것처럼 피신청국 법원에 청구를 제출하지 않았기 때문에 판정부의 관할권이 없다고 주장하였다. 그러나 투자자는 스페인・칠레 BIT에 따르면 먼저 피신청국 법원에 소를 제기하지 않고도 ICSID 중재에 분쟁을 제출하는 것이 허용되고, 자신은 본 건 BIT의 최혜국대우조항에 의하여 더 유리한 스페인・칠레 BIT의 분쟁해결절차 규정을 원용할 자격이 있다고 주장하였다.

이에 대하여 중재판정부는 최혜국대우조항에서 명시적으로 분쟁해결을 언급하고 있지 않더라도, 그러한 분쟁해결조항은 외국인 투자자의 보호와 불가분하게 관련되어 있다고 판정하였다. 나아가 제3의 조약이 원 조약에서 규정된 것보다투자자의 권리 보호에 더 유리한 분쟁해결규정을 포함한 경우, 이는 MFN 조항의수혜자에게 확장될 수 있다고 하였다. 중재판정부는 이와 함께 분쟁의 우호적인해결에 도달하기 위한 6개월의 기간을 거친 후 중재를 허용하는 피신청국의 조약관행도 고려하였다. 또한 문제가 된 본 건 BIT의 최혜국대우조항에 관한 문구,즉 '이 협상의 대상이 되는 모든 사안(all matters subject to this Agreement)'은 피신청국이 아르헨티나와 체결한 BIT에만 있고 다른 국가와 체결한 BIT에는 이러한 문구가 없다는 점도 지적하였다.212)

²¹¹⁾ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras.102·103.

²¹²⁾ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000.

나. 제한된 접근방식을 따른 사례

반면, 아래 사건들에서는 기본 협정의 최혜국대우조항을 통하여 다른 협정상의 분쟁해결조항을 원용하는 것을 허용하지 않았다.

Vladimir Berschader v. The Russian Federation

신청인들은 벨기에 ·러시아 BIT(이하, 본 건 BIT) 제2조에서 규정하고 있는 MFN 조항을 인용하여, 피신청국이 다른 국가와 체결한 BIT에서 중재의 범위를 본 건 BIT보다 넓게 인정하고 있으므로, 벨기에 투자자에게도 광범위한 중재관할이 인정되어야 한다고 주장하였다. 반면, 피신청국은 MFN 조항은 실체적 보호규정에 한하여 적용된다고 반박하였다.

중재판정부는 다음의 사유로 본 건 BIT의 MFN 조항은 분쟁해결절차에 적용되지 않는다고 하였다. 첫째, 제2조 최혜국대우는 적용대상 분야를 명확히 예시하고 있는데 여기에 분쟁해결절차는 포함되지 않았다. 둘째, 본 건 BIT가 체결된 1989년 당시에는 MFN 조항이 분쟁해결절차에도 적용되는지에 대한 인식이 거의 없었다. 만약 체약국들이 이를 인정하였다면, 동 조에 분쟁해결에 관한 규범, 제 10조도 함께 명시하였을 것이다. 따라서 이를 명시하지 않은 것은 MNF 조항이 분쟁해결절차에 적용되지 않도록 의도한 것임을 보여주는 것이다. 셋째, 투자중재의 범위를 제한적으로 두는 것이 피신청국의 관행이어서 수용의 존재여부는 투자중재의 대상에서 제외하였다고 보인다. 과거 소련이 수용의 배상액수와 배상형태외에 추가로 투자중재의 대상을 인정한 사례는 캐나다, 스위스와 체결한 투자보장협정 정도이고, 이 경우에도 수용의 존재여부는 중재의 대상으로 하지 않았다. 이러한 관행이 본 건 BIT에도 반영되었다고 보이야 하는데, 이상의 점에 비추어 볼때 본 건 BIT의 MFN 조항은 분쟁해결절차에 적용되지 않는다고 판단하였다. 213)

Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary

신청인은 노르웨이·헝가리 BIT(이하, 본 건 BIT) 제4조 최혜국대우는 절차상

²¹³⁾ Vladimir Berschader and Moïse Berschander v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, April 21, 2006.

의 연결고리 역할을 하는 바, 헝가리가 다른 국가와 체결한 BIT상에 보다 유리한 분쟁해결절차가 있다면 신청인은 이를 원용할 권리가 있다고 주장하였다. 신청인은 본 건 BIT 제6조를 절차규범에도 원용할 수 있다는 주장을 뒷받침하기 위하여 Maffezini 사건과 Siemens 사건의 판정례를 제시하였다. 먼저 Maffezini 사건은 아르헨티나 투자자가 스페인 정부를 상대로 중재신청 한 사건인데, 아르헨티나 · 스페인 BIT 제4조에서는 "이 협정이 적용되는 모든 사안에 대하여 일방체약국은 상대국 투자자에 대하여, 제3국 투자자에게 부여하는 대우보다 불리한 대우를 부여해서는 안 된다"고 규정하였다. 이 사건에서 신청인은 MFN 조항이 실체적 권리뿐만 아니라 절차적 권리에도 적용된다면서, 피신청국 스페인이 다른 국가와체결한 BIT에는 본 건 BIT와 달리 분쟁해결절차가 유리하게 규정되어 있기 때문에 그러한 절차규범을 원용할 수 있다고 하였다. 다음으로, 독일·아르헨티나 BIT와 관련하여 제기된 Siemens 사건에서 중재판정부는 MFN 조항을 통하여 제3의 BIT(아르헨티나 · 칠레 BIT)에 규정된 분쟁해결절차를 원용하는 것은 MFN 조항을 규정한 취지에 부합하고, 또한 이는 외국인투자자에 대한 보호의 일부로 보아야 한다면서 절차규범의 원용을 긍정하였다. 214)

그러나, 중재판정부는 체약국의 명시적인 의도와 상관없이 협정 내 MFN 조항만으로 중재판정부의 관할을 분쟁해결절차에까지 확대할 수 없다면서 그 이유를 크게 4가지로 나누어 설명하였다. 첫째, 「조약법에 관한 비엔나협약」제31조에 따르면, 조약은 당해 조약의 목적과 취지에 비추어 해당 조문에 부여된 통상적인의미에 따라 선의로 해석해야 한다. 반대 취지의 명시적 약정이 없는 한, "본 협정의 적용대상 투자는 제3국의 투자자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 받아야 한다"는 조항의 의미는 투자자의 '실체적(substantive)' 권리에 관한 내용을가리키는 것이며, 이를 '절차적(procedural)' 권리에까지 확대 적용할 것은 아니다. 투자자가 MFN 대우를 받을 자격이 있다는 것과, 명시적인 규정도 없는 상황에서 MFN 조항을 통하여 기본 BIT 상의 제한을 회피하는 것은 전혀 별개의 문제이다. 둘째, MFN 조항을 확대 해석할 경우 자칫 투자유치국은 투자자의 Treaty Shopping 전략의 희생양이 될 수 있다. 셋째, MFN 조항을 확대 해석할 경우 기본 BIT가 정한 제한이 새로 체결되는 장래 BIT의 포괄적 분쟁해결조항에 의하여무시될 위험이 있다. 넷째, MFN 조항을 넓게 해석하는 입장은 분쟁해결절차의

²¹⁴⁾ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, paras.102·103.

문제를 투자자의 관점에서만 검토하나 정작 중요한 것은 당해 BIT의 당사자인 체약국의 의도가 무엇인가이다. BIT 내 분쟁해결절차 조항에서 당해 절차의 적용대상을 특정 분쟁에 한정한 경우에는 그러한 체약국의 의도를 존중해야 하며, MFN 조항을 인용하여 분쟁해결절차에까지 확장하는 것은 기본 BIT 체약국의 의도를 왜곡하는 결과를 낳게 된다.

BIT 체약국의 의도를 입증할 수 있는 자료와 관련하여, 헝가리 정부는 신청인의 본국 노르웨이가 체결한 15개의 BIT 가운데 헝가리와 체결한 BIT만이 ICSID에 중재신청할 수 있는 대상을 제한적으로 규정한 BIT라는 점을 밝혔다. 나머지 14개의 BIT는 모두 중재신청의 대상을 '모든 또는 어떠한 분쟁'으로 규정하고 있다. 한편, 헝가리 정부가 체결한 22개의 BIT를 살펴보면, 7개는 중재신청의 대상을 '수용' 또는 '국유화 문제'로 국한하였고, 13개는 '모든 분쟁'으로 넓게 규정하였으며, 본 건 BIT를 포함한 2개는 '수용 및 국유화 문제'와 더불어 '전쟁 등으로입게 된 손실'로 규정하고 그 외의 분쟁은 따로 명시하지 않았다. 따라서 헝가리와 노르웨이 정부는 중재신청의 대상을 해당 조항에서 정한 분쟁으로 국한하고,다른 BIT에서와 같이 넓게 규정하지 않았음을 알 수 있다. 이에 중재판정부는 본건 BIT의 MFN 조항을 통하여 중재관할이 수용 이외의 분쟁에까지 미친다는 신청인의 주장을 기각하였다.215)

제4절 최소기준대우

1. 개요

최소기준대우 원칙이란, 체약국이 외국인투자자에게 최소한 국제법에서 인정된 권리만큼은 부여해야 함을 뜻한다. 최소기준대우는 외국인에 대한 대우를 규율하는 국제관습법상의 개념으로 국가가 국내법 또는 관행과 상관없이, 외국인과 그 재산에 대하여 지켜야 할 최소한의 원칙을 말한다. 투자협정에서 최소기준대우에

²¹⁵⁾ Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, September 13, 2006.

관한 문언은 대체로 포괄적이고 광범위하게 규정되어 있다. 한・미 FTA 제11.5조는 '최소기준대우'라는 표제 하에 일방체약국이 외국인투자에 대하여 국제관습법상의 최소 대우를 부여하도록 천명하는 동시에, 이것이 공정하고 공평한 대우(FET)와 충분한 보호와 안전(FPS)을 포함하는 개념이라고 정의하고 있다. 먼저, FET는 대부분의 투자협정에서 독립적인 규범보다는, 최소기준대우의 일부분으로 규정되고 있다. 전술한 한・미 FTA 제11.5조 역시 이러한 방식을 취하고 있다. 한편, FPS는 기본적으로 내전, 시민소요 또는 물리적 폭력 등으로부터 외국인투자(자)에 대한 보호 의무이다. 외국인투자자에 대한 이러한 야경의무는 오래 전부터 국제관습법상 인정되어 온 보호규범인데, 대부분의 투자협정은 이를 독립된 의무로 규정하지 않고 FET와 묶어 함께 규율하고 있다(예컨대, 한・미 FTA 제11.5조 제1항). 아울러 그 의미에 대해서는 일반적으로 '각 체약국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하는 것'이라 정의하고 있다. 이처럼 최근의 투자협정은 외국인투자(자)에 대한 보호규범으로 최소기준대우를 두면서 대체로 FET와 FPS에 대한 문언을 함께 규정하고 있는 바, 이 원칙의 구체적인 내용은 아래에서 살펴보도록 한다.

2. 공정하고 공평한 대우

가. 개요

FET란 문언 그대로 외국인투자자를 공정하고 공평하게 대우할 의무를 뜻한다. 최근 투자협정의 대부분은 FET 조항을 포함하고 있으나, 구체적인 규정 방식은 협정마다 차이가 있고, 또한 이 조항의 구체적인 의미에 관하여 통일된 해석이 정립되어 있지 않은 실정이다. 일부 투자협정은 이를 최소기준대우와 연계하여 규정하고 있다. 예컨대, 한・미 FTA 제11.5조는 '최소기준대우'라는 제목 하에 "공정하고 공평한 대우란 적용대상 투자에 부여해야 할 국제관습법상의 최소기준대우를 뜻하며 민·형사, 기타 행정소송에서 적법절차에 따른 재판을 거부하지 않을 의무"라고 정의하고 있다.216)

²¹⁶⁾ ARTICLE 11.5: MINIMUM STANDARD OF TREATMENT

^{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.

NAFTA 역시 제1105조에서 FET를 최소기준대우의 맥락에서 규정하고 있다. NAFTA 제1105조 제1항의 해석에 중요한 기준으로 활용되고 있는 것은 2001년 NAFTA FTC가 채택한 '제11장의 특정 조문에 대한 해석지침'인데,217) 회원국들이 이를 채택하게 된 배경은 과거 Metalclad 판정, S.D. Myers 판정, Pope & Talbot 판정, 그리고 Metalclad 판정의 취소판결이 위 조항을 각기 달리 해석하여 논란이 되었기 때문이다. 해석지침의 주요 내용은 i) 제1105조 제1항의 최소기준대우는 외국인에 대한 국제관습법상의 최소기준을 뜻하고, ii) FET는 외국인에 대한 국제관습법상의 최소기준대우 이상을 요구하지 않는다는 것, iii) NAFTA의 다른 의무를 위반한 것이 곧바로 최소기준대우 위반을 성립시키는 것은 아니라는 것이다. 이러한 해석지침은 최소기준대우와 FET의 관계, 그리고 제1105조 제1항과 다른 실체적 규범 사이의 관계를 명확히 하였다.

FET는 지금까지 투자중재에서 가장 많이 인용되어 온 기준임에도 불구하고 그 구체적인 내용이 무엇인지에 대해서는 지속적 논란의 대상이 되었다. 이러한 논란은 궁극적으로 FET의 범위를 넓게 볼 것인지, 아니면 국제관습법상 인정되는 최소기준으로 볼 것인지와 관련 있다. 기본적으로 중재판정부는 관련 투자협정이 규정하고 있는 내용, 협정의 체결과정, 체약국의 의사 등을 고려하여 그 내용을 판단하고 있다.

나. 공정하고 공평한 대우의 주요 내용

FET는 개념 자체가 모호하여 협정상 문언만으로는 어느 경우에 그 위반이 성립되는지 판단하기 쉽지 않다. 다만, 축적된 중재판정례들을 통하여 다음의 경우에 해당하는 경우에 주로 그 위반 사실이 인정된다고 보았다. 즉, i) 투자자의

^{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 embodied in the principal legal systems of the world.

²¹⁷⁾ Note of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, adopted by the NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001.

정당한 기대가 침해된 경우, ii) 적법절차가 준수되지 아니한 경우(사법거부), iii) 불합리하고 차별적인 조치를 한 경우, iv) 정부정책이나 조치에 투명성이 결여된 경우 등이 그러한 예에 해당한다.

1) 투자자의 정당한 기대 보호

외국인투자자의 정당한 기대의 보호는 주로 투자유치국의 정책이나 조치로 인하여 생긴 투자환경의 변화가 외국인투자(자)에 손실을 야기하였을 때 문제되는데,특히 투자가 장기 개발사업의 형태로 이루어지는 경우에 문제된다. 정당한 기대는 FET 위반 여부를 판단하는 기준 중 하나로서 자주 인용되고 있는데, 주된 쟁점은 어떠한 기대가 정당한 것인가 하는 점이다. 이와 관련하여 Tecmed 사건 중재판정부는 "투자자는 미리 자신의 투자를 규율하게 될 모든 규칙 및 규정과 더불어 관련 정책·행정관습·행정지침의 목표를 인식하여 이러한 규정에 따라 자신의 투자를 계획하고 규정을 준수할 수 있도록 투자유치국이 투명하고 일관적인태도로 행동을 할 것을 기대한다"고 판단한 바 있다.

한편, FET에 대한 지나친 확대 해석을 방지하기 위하여 Duke Energy v. Ecuador 사건 중재판정부는 "투자할 당시 투자자의 기대는 정당하고 합리적"이어야 하고, 이를 판단하기 위해서는 "투자를 둘러싸고 있는 사실관계뿐 아니라 투자유치국의 정치적, 사회경제적, 문화적, 역사적 조건을 포함한 모든 상황을 고려하되, 투자자의 기대와 상기 조건들 간에 인과관계가 있을 것"을 요구하였다.218) 또한 일부 중재판정부는 투자자의 정당한 기대가 성립하기 위해서는 사전에 투자유치국의 관련 공표(representation)가 존재했어야 한다고 보았다. 예컨대, Metalpar v. Argentina 사건 중재판정부는 투자유치국인 아르헨티나가 신청인에게 그 어떠한 면허, 허가 또는 양허도 부여한 적이 없으므로 신청인의 정당한 기대는 성립할 수 없다고 판단하였고,219) Jan de Nul v. Egypt 사건 중재판정부 역시 이집트 총리의 공표가 없었다는 이유로 FET 위반에 기한 신청인의 청구를 기각하였다.220)

²¹⁸⁾ Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para.340.

²¹⁹⁾ Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, 6 June 2008, para.186.

²²⁰⁾ Jan de Nul NV v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November

그러나 투자자의 정당한 기대가 형성되었더라도, 투자유치국의 정당한 규제 목적에 비추어 FET 위반에 대하여 일정한 제한이 가해지는 경우도 있다. Saluka v. Czech 사건 중재판정부는 "공익에 관한 사항을 규율할 수 있는 투자유치국의 정당한 권리가 함께 고려되어야 하고, 이에 따라 신청인의 합리적인 기대와 피신청국의 정당한 규제권한간 비교형량이 필요하다"고 하였다.221) 또한, Continental Casualty v. Argentina 사건 중재판정부는 비록 문제된 BIT 전문에 투자를 위한안정적인 법체제의 마련이 명시되었더라도, 이것이 법적 의무에 해당하지 않을뿐 아니라, 이를 이유로 국가가 필요로 하는 법률 개정이 제한된다고 보는 것은부당하다고 하였다.222)

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

피신청국은 2006년도에 기존의 전력법을 개정하고 2006년과 2007년에 새로이가격고시제를 도입하였는데,223) 이로 인하여 신청인은 1996년에 투자할 당시 갖고 있던 정당한 기대를 좌절되었다고 주장하였다. 아울러 피신청국 정부는 2001년 전력구매협정을 통하여 신청인의 투자에 대하여 재정적 '법률적 안전장치를 제공하기로 합의하였으나, 신청인들이 과도한 수익을 얻고 있다는 이유로 이 협정을 개정하도록 종용하였고 부당한 가격고시제를 복원시켰다. 이는 신청인이 적법하게 신뢰하였던 법적 체계를 무효화한 조치이다. 마지막으로, 신청인은 피신청국의 규제조치가 투명하게 집행되지 않았고, 적법절차가 보장되지 않았으며, 차별적으로 집행되으며, 특히 개정된 2006년 전력법은 순전히 정치적 목적으로 도입된 것이라 주장하였다.

중재판정부는 신청인들의 투자가 1996년에 이루어진 점을 고려할 때, 그 당시에 본 사건에서 주장하는 정당한 기대가 형성되었다고 볼 수 없다고 보았다. 정당한 기대를 판단하는 시점은 투자할 당시여야 한다는 점은 다른 ICSID 중재판정례에서도 확인된 바 있다(예컨대, Duke Energy v. Ecuador 사건,²²⁴⁾ Tecmed v.

^{2008,} para.263.

²²¹⁾ Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, para.304.

²²²⁾ Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para.258.

²²³⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제2절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

United Mexican States 사건225). 1996년 전력구매협정 당시에는 AES Summit이 피신청국에 투자한 사실이 인정되나, 정부의 민영화계획 자료를 살펴봤을 때, 향후에도 전력 판매에 대하여 가격상한제를 유지할 것이라는 점이 명백히 드러나 있으므로, 신청인이 주장하는 것처럼 장래에 가격규제가 도입되지 않을 것이란 기대는 성립될 수 없다. 그렇다면 과연 신청인이 주장하는 것처럼 정부가 가격고 시제를 재도입하지 않을 것이라는 확약을 했는지, 그리고 정부가 그러한 확약에 반하는 규제를 했는지가 문제되는데 중재판정부는 이를 뒷받침할 증거를 발견할수 없다고 보고, 정당한 기대 위반에 기초한 FET 위반 주장을 기각하였다.226)

White Industries v. India

본 건 중재에 앞서 신청인은 피신청국의 국영기업 Coal India를 상대로 ICC 중재를 제기하여 승소판정을 받았으나, 판정의 집행이 어렵게 되자 호주·인도 BIT에 의거 본 건 중재를 신청하였다.227)

본 사건에서 신청인은 투자 당시, 중재판정이 내려지면 인도가 뉴욕협약에 따라 판정을 성실히 이행할 것이라는 기대를 갖고 있었으나, 피신청국은 ICC 중재에서 패소한 인도 국영기업인 Coal India가 제기한 중재판정 취소의 소에 대하여부적절한 관할권을 행사함으로써 신청인의 정당한 기대를 보호하지 못했다고 주장하였다. 즉, 뉴욕협약에 의하면 중재지가 아닌 국가의 법원은 취소의 소에 대한관할권이 없음에도 불구하고 피신청국 법원은 이를 행사한 것이다. 한편, ICC 중재판정에 의하면 Coal India는 당초 신청인으로부터 받은 은행보증서를 반환하도록 되어 있음에도 불구하고, 오히려 보증금을 청구하였다. 이에 신청인은 피신청국이 Coal India의 이러한 불법행위를 시정할 책임이 있음에도 아무런 조치를 취하지 않았으므로 FET 의무를 위반했다고 주장하였다. 이러한 신청인의 주장에 대

²²⁴⁾ Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 198, 2008.

²²⁵⁾ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.

²²⁶⁾ AES Summit Generation Limited and AES:Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010.

²²⁷⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제3장 제3절 3. '최혜국대우와 실체적 보호기준'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

하여 피신청국은 신청인이 '정당한 기대(legitimate expectation)'의 개념을 잘못 이해하고 있다고 주장하였다. 투자자의 정당한 기대란, 투자유치국이 명시적으로 제안한 약속에 근거해야 하고 투자자의 주관적인 기대만으로 성립되지 않는다. 본사안에서 신청인은 첫째, 피신청국이 은행보증서를 반환하지 않았다고 주장하나, 실제로 Coal India는 보증서 가운데 일부만 청구하였으며, 또한 피신청국은 Coal India에게 보증서 반환과 관련하여 어떠한 지시도 내린 적이 없다. 둘째, 피신청국이 중재판정의 집행에 관하여 국제적인 의무를 위반하였다는 주장에 관하여, 뉴욕협약은 외국중재판정의 승인과 집행에 대하여 규율할 뿐 국내법원이 중재판정의 취소의 소에 관할을 행사하는 것에 대해서는 규율하지 않으므로 피신청국이 위협약을 위반하였다고 볼 수 없다. 셋째, 신청인은 피신청국 법원이 절차를 투명하게 진행하지 않았다는 주장을 뒷받침할 만한 증거를 제시하지 못하였다.

중재판정부는 먼저 Coal India가 보증금을 청구한 문제는, 이것이 사적 당사자로서의 행위이므로 피신청국에 귀속되지 않고, 따라서 이에 근거한 신청인의 청구는 기각되었다. 둘째, 신청인은 피신청국이 뉴욕협약의 당사국으로써 국제적인기준을 준수할 것이라는 기대를 갖고 있었다고 주장하는 바, 피신청국이 ICC 중재절차의 중재지가 아니므로 법원이 취소의 소에 관할권을 행사하지 않을 것이라기대하였다는 것이다. 그러나 신청인이 투자할 당시, 중재합의에 적용될 준거법이피신청국 법이거나, 중재합의의 당사자가 피신청국 중재법을 배제하기로 합의하지않은 이상, 현행법상 인도 밖에서 내려진 중재판정은 피신청국 법원에 취소의 소를 제기할 수 있고 신청인도 이 점을 잘 알고 있었다. 즉, 피신청국 법원이 영국에서 내려진 ICC 중재판정에 대한 취소의 소를 거부할 것이라는 신청인의 기대는 인정하기 어렵다. 셋째, 신청인은 피신청국 법원이 중재판정의 집행청구를 신속하고 공정하게 처리할 것이라 기대하였다고 주장하는 바, 당시 피신청국의 법원에 엄청난 소송이 계류 중이었음을 신청인도 잘 알고 있었으므로, 사건이 신속히 처리될 것이라는 기대는 인정하기 어렵다. 결과적으로 중재판정부는 FET 위반에 기한 모든 청구를 기각하였다.

2) 사법거부

사법거부(denial of justice)는 달리 표현하면 사법적 정의(judicial justice)의 거부라 할 수 있는데, 투자자가 자신의 권리를 주장하는 사법절차상의 하자 또는

재판거부와 관련하여 주로 문제되고 있다. 사법거부의 원칙은 오래 전부터 국제 관습법의 일부로 인정되어 왔는데, 그 의미에 대해서는 몇 가지 견해가 제시되었다. 가장 넓은 의미에서는 외국인투자자의 권리를 침해하는 투자유치국의 행정, 입법, 사법작용 모두가 포함된다. 좁은 의미에서는 외국인에게 사법절차에의 접근을 거부(재판거부)하는 것을 뜻한다. 절충적 관점에서는 재판거부, 부적절한 절차, 부당한 결정을 포함한 민ㆍ형사상의 부적절한 사법처리를 의미한다. 대부분의 중 재판정례에서는 사법거부의 내용을 이러한 절충적 관점에서 검토하고 있다.

Middle East Cement v. Egypt 사건²²⁸) 중재판정부는 FET와 적법절차를 연계하여 해석하였다. 이 사건에서는 이집트 정부가 신청인 소유의 선박을 압류하는 과정에서 정당한 통지를 하였는지가 문제되었는데, 중재판정부는 "본 건 BIT 제2.2 조는 투자자의 투자는 언제나 공정하고 공평한 대우를 받고 충분한 보호 및 보장을 향유할 권리를 규정하고 있다. 이는 적법절차와도 직접적인 관련을 갖는데 본사건에서 신청인 선박에 대한 압류·경매와 같은 중요한 사항은 이집트 법률 제308호 제7조가 정한 직접통지 방식에 따랐어야 하나, 이집트 정부는 일간지를 통한 공고로 대신하였다."면서 적법절차를 준수하지 않았다 보고 FET 위반을 인정하였다.

Jan de Nul v. Egypt

이 사건의 신청인들은 벨기에 회사인 Dredging International N.V.와 Jan de Nul N.V.이고 피신청국은 이집트이다. 신청인들은 피신청국의 국영기관인 수에즈 운하당국(SCA)과의 양허계약에 따라 수에즈 운하에서 준설작업을 수행하기 위하여 설립된 합작법인, Joint Venture DI·JDN의 파트너 회사로 본 건 계약에 참여하였다. 신청인들은 피신청국 정부가 양허계약의 수행을 위한 관련 정보를 악의・허위로 제공함으로써 자신들의 투자에 손해를 입혔으며, 그에 대한 적절한보상을 하지 않아 벨기에・이집트 BIT에서 규정한 FET 등의 투자보호원칙을 위반하였다고 주장하였다. 신청인들은 이에 대한 손해배상으로 약 7천 4백만 달러를 청구하였다. 이에 중재판정부는 피신청국의 행위가 사법거부에 해당하는지에관한 당사자들의 주장을 검토한 후 다음과 같이 판단하였다.

²²⁸⁾ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, April 12, 2002.

○ 위반 여부의 판단기준

FET 기준이 사법거부를 포함하는 개념이라는 점에 대해서는 당사자간에 이견이 없었지만, 그 판단기준 및 범위에 대해서는 다소 의견차이가 있었다. 즉, 신청인들은 구체적인 정황을 고려하여 보다 유연한 잣대를 적용해야 한다고 주장하는 반면, 피신청국은 본 사건에서 문제가 되는 것은 오직 Ismailia 행정법원의 결정뿐이라고 주장하였다. 중재판정부는 이미 이집트 국영기업 SCA의 행위가 피신청국에 귀속되지 않음을 확인하였으므로, 여기에서는 사법절차와 관련한 피신청국의작위·부작위만을 검토하였다. 첫 번째로 문제되는 것은 Ismailia 행정법원의 판결에 이른 일련의 사법절차였다. 비록 신청인들은 자신들의 청구가 법원판결 자체에 근거한 것이 아니라고 주장하나, 이는 FET 위반의 핵심적인 내용이었다. 따라서 중재판정부는 본 사건에서 FET 위반 여부를 판단하는 궁극적인 기준은 문제된 소송절차에서 사법거부가 있었는지 여부라고 보았으며, 이를 절차상의 사법거부와 실체적 사법거부로 나누어 살펴보았다.

○ 절차상의 사법거부

신청인은 피청구국 법원이 소송절차를 지연시킬 목적으로 1차 소송과 2차 소송을 병합했다고 주장하였는데, 이에 대하여 중재판정부는 법원이 절차를 지연시킬 목적으로 사건을 병합했다는 증거를 찾을 수 없고, 비록 두 사건이 2년의 간격을 두고 제기되긴 했으나 동일한 계약으로부터 발생한 사건이었으며, 아울러병합 결정이 1998년 12월에 내려졌음에도 1년 반이 지나도록 신청인들이 이에 대하여 이의를 제기하지 않은 점을 고려했을 때, 위와 같은 주장을 인정할 수 없다고 하였다. 아울러 사건이 매우 복잡한 점과 두 사건을 병합하여 처리한 과정 등을 감안한다면 다소 절차가 오래 걸렸다고 해서 이것이 곧바로 사법거부에 해당한다고 볼 수는 없다고 하였다. 한편, 신청인은 법무부로 하여금 중립적이지 못한전문가 패널을 새로 선정하여 피신청국에 불리한 보고서를 배제시키려 했다고 주장하였는데, 이에 대하여 중재판정부는 문제된 2000년 5월 29일 제2차 패널 선정당시 법원은 당사자 일방의 요청에 따라 2차 패널을 선정한 것이고, 비록 법무부가 선정하긴 했으나 이것이 자의적인 결정이었거나 적법절차에 위반된 것이라 볼수 없다고 하였다. 더구나 신청인들은 패널 선정에 대하여 의견을 개진할 충분한기회가 있었음에도 아무런 이의를 제기하지 않았었는데, 이러한 제반 사정을 고

려할 때 2차 패널 선정이 적법절차 위반 또는 사법거부에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

○ 실체적 사법거부

신청인들은 Ismailia 행정법원이 SCA의 사기(fraud) 행위에 대하여 제대로 판 단하지 않았으므로 사법거부가 성립된다고 주장하였다. 중재판정부는 이 주장의 타당성을 판단하기 위하여 사기 행위가 있었는지, 그리고 있었다면 법원이 이를 제대로 다루었는가를 검토하였다. 이와 관련하여 신청인들은 i) SCA가 문제된 사전 준설작업 사실을 공개하지 않았고, ii) 사전 준설작업을 통하여 알게 된 지 형과 준설량에 대하여 정확한 정보를 제공하지 않은 점을 지적하였다. 중재판정 부는 제출된 증거자료에 비추어 볼 때, SCA가 입찰 전에 사전 준설작업 사실을 고지하지 않은 점은 인정하였다. 그러나 신청인들이 주장하는 양만큼의 사토가 더 매장되어 있을 것이라 믿도록 SCA가 적극 유인하였다는 정황은 없다고 보았 다. 다음으로, 작업지역의 지형과 준설량에 대하여 신청인들은 SCA가 지반의 40%가 딱딱한 암석으로 이루어져 있다는 걸 알고 있으면서도 3% 정도밖에 안 된다고 거짓정보를 주었다고 하나, 피신청국은 3%라는 언급을 한 적도 없고 암 석 비율에 대하여 보장한 바도 없다고 반박하였다. 또한 피신청국은 문제된 구역 에 접근한 적이 없어서 해당 지반에 대하여 아무런 정보를 갖고 있지 않았다고 하였다. 문제는 과연 SCA가 암석 비율을 사전에 알고 있었는지, 신청인들 회사 가 그러한 지형 상태를 알 수 있었는지 여부이다. 중재판정부는 본 사안에서와 같은 높은 암석 비율은 누구도 예측할 수 없는 수준이라고 판단하였다. 또한, 중 요한 것은 SCA가 그러한 암석 비율을 사전에 알지 못하였다는 것과, 계약문서 어디에도 암석 비율에 대한 보증이 없었다고 하였다. 결론적으로, 신청인들이 주 장하는 SCA의 사기 혐의는 성립하지 않는다고 보았으며, 따라서 중재판정부는 SCA의 사기가 입증되지 않은 이상 Ismailia 행정법원이 그러한 사기를 제대로 판단하지 않아 사법거부가 있었다는 신청인들의 주장은 수용할 수 없다고 하였 다.229)

²²⁹⁾ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, November 5, 2008.

Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan

신청인은 1969년 스위스에서 설립되어 국제적으로 곡물을 거래해 온 회사인데, 피신청국의 회사, Uzdon과 계약을 체결하여 거래를 진행하던 중 대금을 지급받지 못하자 계약상의 중재조항에 의거하여 GAFTA에 중재를 신청하였고, GAFTA 중재판정부는 1997년 8월 22일에 최종 판정을 내렸다. 이 판정에서 중재판정부는 신청인이 공급한 밀 4만 톤에 대하여 Uzdon이 대금을 지급하라고 결정하였다. 또한 계약위반에 따른 배상금으로 미화 일천 51만 629달러 12센트와 그에 따른 이자를 지급할 것을 명하였다. 승소한 신청인은 피신청국 법원에 집행판결을 구하였으나 모두 기각당하자, 스위스・우즈벡 BIT(이하, 본 건 BIT) 제9조에근거하여 투자중재를 제기하였다.

신청인은 피신청국 법원이 GAFTA 중재판정의 집행을 거부함으로써 국제법을 위반하였다고 주장하였다. 뉴욕협약 제5조에서는 중재판정의 승인 및 집행 거부 사유를 제한적으로 열거하고 있는 바, 피신청국 법원은 정당한 사유 없이 위 중 재판정의 집행을 거부하여 결과적으로 신청인의 계약상 권리를 수용하였고, 나아가 그러한 법원의 결정으로 인하여 사법거부를 당했다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 법원이 집행을 거부한 이유는 신청인이 중재판정 번역본을 제출하지 않는 등 뉴욕협약 제4조 제2항상의 절차적 요건을 흠결하였기 때문이라고 반박하였다. 또한 사법거부가 성립하기 위해서는 당사자가 모든 국내구제수단을 경유할것이 요구되나, 신청인은 법원의 결정에 대하여 상급법원에 항소하지 않았으므로, 이를 인정할 수 없다고 반박하였다. 그러나 중재판정부는 문제된 GAFTA 중재판정이 본 건 BIT상의 투자에 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 본 건 BIT 상의 보호대상인 투자가 존재하지 아니하므로 본 사건에 대한 관할권이 없다고 결정하고, 사법거부 주장에 대해서는 따로 판단하지 않았다.

Saipem v. Bangladesh

피신청국의 공기업인 Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation(이하, Petrobangla)은 1990년 2월에 신청인과 방글라데시의 북동부 지역으로 원유를 운반하기 위한 409km에 이르는 파이프라인 설치공사계약을 체결하였다. 본 계약의 완공기일은 당초 1991년 4월 30일로 정해져 있었으나, 상당히 지연되어 신청인과

Petrobangla는 세계은행의 승인을 얻어 준공기일을 1년여 연장한 1992년 4월 30일로 합의하였고, 이 후 양당사자는 공사 지연에 따른 보상금액에 대한 협상을 시작하였다. 그러나 당사자들은 추가로 발생한 비용의 보상 여부를 놓고 이견을 보였고, 결국 동 분쟁은 계약서에서 정한 관할인 ICC 중재에 회부되어 중재판정을 받았다. 그러나 Petrobangla는 같은 해 7월 19일 방글라데시 중재법 제42조제2항 및 제43조에 따라 방글라데시 고등법원에 중재판정 취소의 소를 제기하였고, 이에 대하여 고등법원은 2004년 4월 21일 위 소를 각하하면서 "취소할 대상중재판정이 존재하지 않는다"는 점을 그 사유로 들었다. ICC 중재판정에 대한 승인 및 집행이 좌절되자 신청인은 1990 이탈리아・방글라데시 BIT(이하, 본 건BIT)에 의거하여 2004년 10월 5일에 방글라데시에 대하여 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서, 신청인 주장의 핵심은 자신이 앞서 제기한 ICC 중재와 관련하여, 피신청국의 법원이 ICC 중재판정부의 권한과 이들이 내린 중재판정을 무효로 선고하는 바람에 중재판정의 이행이 좌절되었다는 것이다. 이는 궁극적으로 피신청국에 의한 사법거부에 해당하여 본 건 BIT에서 정한 FET 의무를 위반한 것이라고 주장하였다. 이에 대하여 중재판정부는 전술한 피신청국 법원의 행위가 위법하였는지 여부, 그리고 특정한 국가를 중재지로 정한 것이 해당국 법원의 부당한간섭까지 감수하기로 한 합의로 간주될 수 있는지를 검토하였다.

○ 피신청국 법원의 행위는 위법하였는가?

이와 관련하여 신청인은 ICC 중재판정부의 판정을 무효화한 피신청국 법원의행위는 다음의 점에서 위법하다고 주장하였다. 첫째, 법원은 ICC 중재판정부의권한을 취소할 권한이 없었다. 둘째, 취소의 사유가 적법하지 않았다. 이에 대하여 피신청국은 중재지가 자국의 영토 내였으므로, 자국 중재법이 적용되어 법원은 중재판정부의 권한을 취소할 관할권이 있었다고 주장하였다. 방글라데시 중재법 제5조는 "중재인의 권한은 법원의 허가 없이 취소할 수 없다. 다만, 당사자간중재합의에서 반대의 합의를 명시한 경우에는 그러하지 않다"고 규정하고 있는바, 양당사자는 이 조항을 서로 달리 해석하였다. 즉, 신청인은 '그와 반대의 합의'라 함은 당사자들이 합의한 기관, 즉 ICC 중재법원에 관할권을 부여한 것으로보아야 한다고 주장하는 반면, 방글라데시는 '다만… 그러하지 않다'는 표현은 법

원이 아닌 제3의 기관에게 유사한 권한을 부여한 것에 지나지 않으며, 이 경우에도 방글라데시 법원의 관할이 배제되는 것은 아니라고 주장하였다.

한편, 피신청국은 당해 법원이 ICC 중재판정부의 판정을 무효라 판단한 이유는 ICC 중재의 피신청인이었던 피신청국의 공기업, Petrobangla가 제기한 절차상 요청을 중재판정부가 거절했기 때문이라고 하였다. 그러나 중재판정부는 절차요청을 거절한 ICC 중재판정부의 결정에 아무런 법률상 하자를 찾아볼 수 없으므로, 피신청국 법원은 권한을 넘어 중재절차에 관여했다고 보아야 한다고 판단하였다. 아울러 뉴욕협약 제2조에 따르면 협약 가입국은 중재합의를 '승인(recognize)'할 의무를 갖는 바, 법원이 이를 무시하고 '중재절차 금지명령(anti-arbitration injunction)'을 내렸다면 협약을 위반한 것이다. 물론 방글라데시 법원이 중재 또는 중재합의 자체를 문제 삼은 것은 아니나, 중재인의 판정을 무효라 판정한 것은 중재합의를 실현할 수단, 즉 여타의 중재절차를 사실상 차단한 것이므로, 뉴욕협약 제2조를 위반했다고 보아야 한다. 본 사건에서 피신청국 법원이 ICC 중재절차의 진행을 금지하는 명령을 수차례 내린 점은 이를 뒷받침한다"고 하였다. 결과적으로 중재판정부는 피신청국 법원이 ICC 중재판정부의 판정을 무효라 판단한행위는 권리남용으로, 관련 국제법 원칙과 뉴욕협약상의 의무에 위배된다고 판단하였다.

○ 중재지 법원의 부당한 간섭

피신청국은 앞서 ICC 중재의 당사자들이 피신청국을 중재지로 약정하였으므로 당해 중재절차에 국내법원이 관여할 가능성을 충분히 예측하였다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 중재지 법원의 관여 및 감독은 신의성실의 원칙과 일반적으로 인정되는 국제법 원칙에 부합되는 방식으로 이루어져야 한다고 보았다. 피신 청국 법원의 행위는 권리를 남용한 측면이 있다는 점은 이미 언급하였는 바, 중 재지를 방글라데시로 선택하였다는 사실이 이러한 결론에 영향을 미치는 것은 아 니라고 판단하였다.230)

²³⁰⁾ Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, June 30, 2009.

3) 불합리하고 차별적인 조치

자의성(arbitrariness)과 차별성(discrimination)은 FET 위반을 판단하는 중요한요소로 인식되고 있다. 일부 중재판정부는 이를 FET와 독립된 별도의 기준으로 검토하기도 하였다. 예를 들어, Eureko v. Poland 사건에서 중재판정부는 자의적이고 차별적인 대우는 그 자체로 FET 위반을 구성한다고 보았다.231) 즉, 폴란드정부의 조치가 신청인의 기본적인 기대를 명백히 좌절시켰고, 정당한 사유 없이국내의 정치적 상황을 이유로 투자자를 불공정하고 불공평하게 대우하였다고 보았다. 그러나 일부 사건에서는 자의적인 대우를 FET와 별도로 검토하기도 했는데, 그 예로 Azurix v. Argentina 사건이 있다. 이 사건에서 아르헨티나의 지방정부가 신청인에게 부여했던 상하수도 서비스의 양허를 취소하여 분쟁이 발생하였는데, 중재판정부는 자의적 행위는 그 자체로 협정 위반에 해당한다고 보고, 자의적 조치인지 여부는 관련 협정의 문언과 맥락에 비추어 판단하여야 한다고 하였다.232)

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

○ 신청인들의 주장

피신청국이 가격규제를 재도입한 것은 다음의 점에 비추어 불합리한 조치였다. 첫째, 피신청국은 이를 재도입한 취지가 EU 경쟁법에 따라 정부 보조금 정책을 시정하기 위한 것이었다고 설명하나, EU 경쟁법에서는 수익 상한선 설정에 관한 의무를 규정하고 있지 않다. 둘째, 피신청국 정부는 일부 전력업자를 선별하여 전력 판매가를 낮추도록 강요하고 2006년 가격고시제가 시행될 당시 이들 업체만이 영업손실을 입었는데, 이는 문제된 정부조치가 특정업체를 겨냥한 차별적인 조치임을 보여준다.233)

²³¹⁾ Eureko B.V. v. Poland, Partial award, August 19, 2005.

²³²⁾ Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.

²³³⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

○ 피신청국의 반박

신청인들의 주장과 달리, 피신청국이 2006년 가격고시제를 재도입한 것은 다음의 정당한 사유에 근거한 것이다. 첫째, 피신청국은 전력업자들이 시장경제 체제로 전환하는데 필요한 전력구매협정의 재협상에 동의하지 않아 심각한 우려를 표하였고 둘째, 피신청국은 EU 위원회의 정부보조금 조사에 대비할 필요가 있었으며 셋째, 정부로서는 일부 전력업자들이 독점적 전력구매협정에 따라 누리고 있는 부당한 이익을 시정할 필요가 있었다. 따라서 피신청국은 완전한 시장경제체로 전환할 때까지, 그리고 EU 위원회가 전력구매협정의 적법성에 대하여 최종 판정을 내릴 때까지 잠정적으로 가격고시제를 도입할 정당한 사유가 있었다. 또한 피신청국은 독점적 지위에 있던 일부 전력업자에 대하여 영업이익 상한선을 두어 감독권한을 행사할 정당한 권리가 있었으며, 이러한 규제권한에 근거한 조치를 불합리하다고 볼 수 없다. 아울러 신청인들은 피신청국 산업부가 4개 업체만을 선별하여 가격고시제를 시행하였다고 주장하나, 실제로 모든 전력업체의 재무제표를 제출받아 검토하였고, 그 결과 위 4개 업체만이 영업이익률 상한선인 7.1%를 초과한 점을 발견하였다. 따라서 처음부터 이들 업체를 염두하고 집행하였다는 신청인의 주장은 근거가 없다.

○ 중재판정부의 판단

중재판정부는 ECT 제10조 제1항은 "체약국은 어느 경우에도 불합리거나 차별적인 조치로 상대국 투자자의 투자 운영, 관리, 처분을 방해해서는 안 된다"고 규정하고 있다고 강조하였다. 따라서 피신청국은 i) 불합리하거나, ii) 차별적인 조치로 신청인의 투자를 침해하지 않아야 할 의무가 있다고 하였다. 중재판정부는본 사건에서 피신청국의 가격고시제로 인하여 신청인들이 2001년 전력구매협정에서 받은 가격보다 낮은 가격을 받은 점은 당사자간에 다툼이 없으나, 영업 손실만으로 ECT 위반이 성립되는 것은 아니며, 그것이 정부의 불합리하고 차별적인조치에 따른 결과라는 점이 입증되어야 한다고 하였다.

중재판정부는 첫째, 피신청국이 가격고시제를 도입한 이유가 전력업자들이 시 장경제체제로 전환하는데 필요한 전력구매협정의 재협상에 동의하지 않은데 따른 우려 때문이었다고 주장하였으나, 정부가 규제권한을 동원하여 민간기업에게 계약 상권리를 포기하도록 한 것은 합리적인 조치라고 볼 수 없다고 하였다. 둘째, 피 신청국은 EU 위원회의 정부보조금 조사 압박 때문에 가격고시제를 도입하였다고 하나, 보조금과 관련하여 EU 위원회 측의 아무런 결정이 나오지 않은 상태에서 피신청국이 사전에 특별한 조치를 취할 의무는 없었으므로, 이에 근거한 주장도 설득력이 없다고 보았다. 셋째, 피신청국은 전력업자들의 사업 수익이 공공재에 대한 합리적인 요금 수준을 훨씬 넘어섰다는 점을 들었다. 그러나, 중재판정부는 제출된 증거자료와 당시 피신청국 내의 사정을 종합적으로 고려할 때, 2006년도 에 가격고시제를 재도입한 가장 큰 이유는 전력업자들이 벌어들인 과도한 초과수 익과 이로 인하여 소비자들의 부담이 가중되는 것을 막기 위한 조치였다고 보았 다. 또한 의회에서도 전력업자들의 초과수익에 대한 비판의 목소리가 커지고 이 를 개선하기 위한 입법 논의가 뜨거웠던 점을 고려할 때, 가격고시제는 상당부분 정치적 고려에서 기인하였다고 판단했다. 그럼에도 불구하고 본 중재판정부는 정 부가 이러한 업체들의 과도한 수익문제를 시정하려 한 것은 합리적이고 타당한 노력이었다고 보았다. 즉, 중재판정부는 가격고시제라는 정책에 일부 미흡한 점이 있었다는 이유만으로 해당 정책이 불합리한 것이었다고 단정 지을 수는 없다고 하였다. 마지막으로, 가격고시제의 시행령을 집행하는 과정에서 책정한 가격이 업 체별로 서로 달라 차별적이었다는 주장과 관련하여, 개별 전력업자에게 매겨진 가격은 동일한 계산방식에 의한 것이었고, 또한 개별 업체들의 수익에 기초한 것 이어서 차이가 있을 수밖에 없다는 점을 고려할 때 가격고시제의 집행이 차별적 이었다고 보기 어렵다고 하였다. 궁극적으로 차별은 국가가 특정 업체를 다른 동 종의 업체보다 우대하였음을 전제로 하나, 본 사건에서 피신청국이 신청인 회사 를 다른 전력업체와 비교하여 달리 대우하였다는 증거를 발견할 수 없다고 하였 다. 결론적으로, 중재판정부는 피신청국이 신청인 회사를 차별적이고 불합리하게 대우하였다는 신청인의 주장을 기각하였다.234)

Desert Line Project v. Yemen

○ 사건개요

오만 국적의 신청인은 1999년 피신청국과 내륙도로 및 인접국을 연결하는 아

²³⁴⁾ AES Summit Generation Limited and AES:Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010.

스팔트 도로건설 계약을 체결하고, 1999년 6월부터 2002년 9월까지 총 8건의 도로건설을 준공하였다. 이후 공사대금이 지급되지 않자 양측은 중재합의를 통하여 2004년 중재판정(Yemen 중재판정)이 내려졌으나, 피신청국은 법원에 Yemen 중재판정의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이에 신청인은 2004년 12월 22일 피신청국이 제기한 중재판정 취소의 소를 기각하고 판정의 집행을 구하는 소를 법원에제기하였다. 그러나 당초 피신청국이 제시한 합의안에 반대했던 신청인은 결국 2004년 12월, 양해각서에 최종 서명하였고, 피신청국 중앙은행은 신청인에게 양해각서에서 정한 35억 2천 432만 6,966 예멘 리알을 지급하도록 했고, 중앙은행은 2004년 12월 31일자로 신청인이 제출한 2개의 하자보증을 해지해 주었다. 그러나신청인은 다음 해 2005년 1월부터 5월에 걸쳐 피신청국에 양해각서의 무효를 주장하며, 당초 Yemen 중재판정에서 정한 공사대금을 지급해 줄 것을 요청하였다. 그러다 2005년 5월 말에 이르러서는 양허각서의 해지를 통지하고, ICSID 중재를 신청하였다.

○ 신청인의 주장

피신청국이 양해각서를 통하여 Yemen 중재판정의 조속한 집행을 위하여 판정 금액보다 낮은 금액에 합의하도록 신청인을 압박한 것은 강압에 해당하고, 이는 FET에 위반된다. 양해각서는 피신청국의 불법적인 행위에 의한 물리적·경제적 강압에 따른 결과이므로 당연히 무효이다. 신청인으로서는 더 심각한 손실과 물리적 위협에 처할지 모르는 상황에서 어쩔 수 없이 피신청국이 제시한 양해각서에 서명할 수밖에 없었다. 아울러 위 양해각서의 내용은 당사자간의 균형을 현저히 침해했다는 점에서도 무효로 보아야 한다.

○ 피신청국의 주장

신청인들의 청구는 이미 양해각서에서 정리된 내용이므로 모두 기각되어야 한다. 신청인은 강압에 못 이겨 양해각서에 서명하였다고 주장하나, 이는 터무니없는 주장이다. 신청인은 신중히 검토한 뒤에 합의에 응하였고 양해각서에서 정한금액을 받기로 결정한 것이다. 설령 피신청국이 양해각서에 서명하도록 압력을행사했다 하더라도 이후에 드러난 신청인의 행동을 보면 설득력이 없다. 즉, 신청인은 법원에 양해각서의 공증을 신청하였고, 양해각서 제6조에 따라 피신청국 관

세당국에 장비와 기계의 반출을 요청하였다. 또한 양해각서에서 정한 금액을 즉시 현금화하였다. 요컨대, 신청인은 양허각서에 따른 채권을 추심하고 나서 마치 양해각서가 없었던 것처럼 Yemen 중재판정상의 대금을 청구하고 있는 것이다.

○ 중재판정부의 판단

신청인은 피신청국이 양해각서상의 의무를 제때 이행하지 않았으므로 이를 해지할 권리가 있다고 주장하나, 만약 그러했다면 신청인은 양해각서의 내용을 실현(집행)할 것이 아니라 피신청국에 해지통보를 했어야 한다. 둘째, 양해각서가 서명된 후에 피신청국은 중앙은행으로 하여금 신청인에게 대금을 지급토록 하였고, 신청인이 이를 현금화한 점에 비추어 볼 때 당사자 누구도 양해각서를 해지했다고 볼 수 없다. 위와 같은 사정을 고려할 때 양해각서는 당사자에 의하여 해지된적도 없고, 그러한 주장의 근거도 없다고 보아야 한다. 한편, Yemen 중재판정에서 신청인은 상당한 금액의 지급을 인정받았고, 피신청국 국무총리는 2004년 9월 11일에 대통령에게 보낸 서신을 통하여 위 중재판정이 최종적이고 구속력이 있으며 즉시 지급되어야 함을 보고하였다. 그러나 대통령은 국무총리의 건의를 무시하고 2004년 10월 공무부장관이 제안한 감액된 금액을 신청인 측에 종용하였다. 이는 사법절차에 행정부 수반이 부당하게 간섭했음을 보여주는 것이다. 신청인은 피신청국이 제안한 양해각서가 현저히 부당하다는 이의를 제기하였다가 결국 2004년 12월 22일 양해각서에 서명하고 이틀 뒤에는 법원에 공증을 요청하였다.

중재판정에서 승소한 당사자가 별다른 반대급부 없이 판정금액의 절반을 양보한 양해각서가 유효하고 정상적인 합의라 보기는 힘들다. 즉, 자발적이고 공정한협상에 따른 결과일 것이 전제되어야 하나, 본 사건에서처럼 정당하게 내려진 중재판정의 내용을 부인하고 그 절반에 해당하는 금액을 수용하도록 압박하여 얻어낸 양해각서를 자발적이고 공정한협상의 결과로 인정할 수는 없으며, 이는 국제법에 따른 최소기준에서도 벗어난다고 보아야 한다. 본 건 오만·예멘 BIT 제3조는 "일방체약국은 상대국 투자자의 투자에 대하여 공정하고 공평한 대우를 부여해야한다. 또한 상대국 투자자가 투자를 운영, 유지, 사용, 양도하는데 있어 차별적이고 불법적인 조치를하지 않아야한다"고 규정하고 있는 바, 제출된 증거와사건의 정황을 종합적으로 검토해볼 때, 양해각서는 경제적・물리적 강압에 의하여 체결되었다고 보이고, 따라서 피신청국은 본 BIT 제3조의 FET를 위반했다

고 보아야 한다.235)

4) 투명성

일부 중재판정부는 FET 의무를 투명성(transparency)과 함께 규정하기도 한다. 관련된 대표적인 사건으로 Metalclad v. Mexico 사건을 들 수 있다.236) 이 사건에 서 신청인은 멕시코 중앙정부의 긍정적 견해를 믿고 투자를 진행하였으나, 지방 정부가 건설허가를 내주지 않고, 해당 부지를 환경보전지구로 지정하면서 건물철 거를 명하자 분쟁이 발생하였다. 중재판정부는 멕시코 정부의 행위는 투자자의 계획을 보호하고 투자에 대한 투명하고 예측 가능한 체계를 보장하는데 실패하였 다면서, NAFTA에서 요구하는 투명성을 보장하지 않은 것은 제1105조의 FET 의 무에도 위반된다고 하였다. 중재판정부는 투명성에 대하여 "투자를 위한 모든 관 련 법적 요건은 투자자가 충분히 인지할 수 있게 하여야 한다. 또한 투자자가 준 수해야 할 법률요건에 대하여 혼동하고 오해하는 경우에는 투자유치국의 정확한 입장이 무엇인지 신속히 알려야 하고, 투자자가 법률을 준수한다는 확신을 가질 수 있도록 명확히 공표해야 할 의무가 있다"고 해석하였다. FET 의무에 투명성 의무가 포함된다는 점은 Maffezini v. Spain 사건에서도 확인되었다. 이 사건 중재 판정부는 투자자의 동의 없이 스페인 정부관리가 투자자의 자금을 이전한 것을 확인하면서 "대출과 관련된 공공기관 SODIGA의 행위는 본질적으로 상사적 (commercial)이라 할 수 없고, 공적 기능과 관련되어 있으므로 그 책임은 스페인 왕국에 귀속된다. 이러한 행위는 아르헨티나·스페인 BIT상의 투자(자)보호 의무 에 위배되는데, 특히 대출거래와 관련하여 투명성이 부족했다고 보이는 바, 이는 제4조 제1항의 FET 의무에 위배된다."고 하였다.237) 또한 LG&E v. Argentina 사 건 중재판정부는 FET는 신의성실의 원칙과 협약에서 규정하고 있는 일반적 의미 에 따라 해석되어야 하는데, 여기에는 투자유치국이 모호성을 배제하고, 일관적이 고 투명한 행위를 하여야 할 의무가 포함된다고 하였다.238)

²³⁵⁾ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, February 6, 2008.

²³⁶⁾ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 2000. 8. 30. 판정; 브리티 시 콜롬비아 대법원(2001 BCSC 664), 2001. 5. 2. 판정취소신청에 대한 판결 (NAFTA).

²³⁷⁾ Emilio Agustin Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, January 25, 2000.

²³⁸⁾ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006.

3. 충분한 보호와 안전

가. 의의

충분한 보호와 안전(FPS)은 외국인투자자를 내전, 시민소요 또는 물리적 폭력 으로부터 보호할 의무를 가리키는데, 외국인투자자에 대한 이러한 야경의무는 오 래 전부터 국제관습법상 인정되어 온 보호규범이다. 대부분의 투자협정은 이를 독립된 의무로 규정하지 않고 FET와 묶어 함께 규율하고 있다. 예컨대, 한·미 FTA 제11.5조 제1항은 '최소기준대우'라는 제목 하에 "각 당사국은 공정하고 공 평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대 상 투자에 부여해야 한다"고 규정하면서 동 조 제2항 (가)호에서 "제1항의 '충분 한 보호 및 안전'을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수 준의 경찰보호를 제공할 것을 요한다"고 하여 그 의미를 좀 더 구체화하였다. 대 다수 중재판정부도 외국인투자(자)에 대한 안전의 보호가 문제된 경우, FET와 FPS를 연계하여 검토하는 경향을 보여 왔다. 한편, 일부 중재판정부는 FPS가 투 자환경에 대한 안정성까지 포함하는 개념으로 넓게 해석하였다. 예를 들어, Azurix v. Argentina 사건에서 아르헨티나 지방정부가 신청인에게 부여한 상하수도 서비 스 양허계약을 부당하게 종료한 것에 대하여 중재판정부는 '안전(security)'이란 경 찰작용으로서의 물리적 보호뿐만 아니라 투자환경에 대한 안정성도 포함하는 개 념이라면서, 문제된 아르헨티나 정부의 조치는 충분한 보호 및 안전 의무에 위반 된다고 하였다.239)

나. 중재판정례

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

신청인들은 ECT 제10조 제1항은 체약국의 투자에 대하여 지속적인 보호와 안 전보장을 부여하도록 규정하고 있는 바,240) 이는 물리적 보호뿐만 아니라 법적

²³⁹⁾ Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award July 14, 2006.

²⁴⁰⁾ Article 10

^{(1) ...} 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.

안전장치를 제공할 것을 포함하는 개념인데, 헝가리 정부가 2006년 전력법을 개정하고 관련 시행령을 집행함으로써 2001년 전력구매협정 당시의 사업환경을 완전히 변경하였고, 결과적으로 신청인들의 투자가치를 실질적으로 훼손하였으므로 동 조의 의무를 위반하였다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 동 조에서 의미하는 '지속적 보호 및 안전보장'은 투자에 부정적 영향을 미치는 규제나 입법을 금지하는 소위 '안전화 조항(stabilization clause)'과는 구분되는 개념이며, 동 조에서 말하는 안전보장이란 외국인투자자를 제3자의 위협이나 침해로부터 합리적으로 보호할 '적절한 주의의무(due diligence)'에 국한된다고 하였다. 즉, 이 조항의적용범위를 물리적 보호를 넘어 안정적인 법적환경 제공의무에까지 확대할 수 없다고 하였다.241)

이에 대하여 중재판정부는 동 조항의 적용범위를 넓게 해석하더라도 국가가합리적인 정책목표를 달성하기 위하여 행사하는 정당한 규제권한까지 문제 삼을수는 없다고 하였다. 신청인들은 헝가리 정부의 규제조치로 인하여 투자환경이완전히 악화되었다고 주장하나, 2001년 전력구매협정 어디에도 향후 가격규제가도입되지 않을 것이라는 언급은 없었고, 다만 가격고시제가 폐지되면 새로운 산정방식이 적용될 것이라고만 되어 있었다. 요컨대, 헝가리 정부의 가격규제는 정당한 공공정책에 근거한 합리적인 조치였으므로, 제10조 제1항상의 FPS 의무가위반되었다고 볼 수 없다고 하였다.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Albania

신청인은 그리스・알바니아 BIT 제4조 제1항의 FPS 의무는 외국인투자 보호에 관한 '적절한 주의의무 또는 선관의무(due diligence)'를 의미한다고 주장하였다. 본 사건에서 문제된 1997년의 소요사태는 신청인의 투자에 상당한 손실을 입혔는바, 피신청국은 그러한 사태로부터 신청인의 투자를 보호하는 것 외에도 사태발생을 예방할 의무가 있었다는 것이다. 그러나 피신청국은 1997년 사태 당시신청인이 다른 알바니아 국민들과 동등한 대우를 받았으며, 또한 신청인은 피신청국이 직무를 해태하였다는 점을 입증하지 못하였다고 반박하였다.

²⁴¹⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

이에 대하여 중재판정부는 국가는 외국인투자자를 보호할 최소한의 선관의무가 있으나, 이는 해당 국가의 가용자원과 문제된 시점의 특수한 사정을 고려하여 그 위반 여부를 판단해야 한다고 보았다. 본 사건의 공사현장 감독관은 소요사태당시 경찰들도 개입할 수 없을 만큼 상황이 심각하였다고 증언하였는데, 여러 정황을 고려했을 때 당국이 개입을 거절한 것이 아니라 통제 불가능한 소요사태에 직면하여 불가항력적인 상황에 있었다고 보이므로, 피신청국이 그러한 비상상황에서 FPS를 위반했다고 보기 어렵다고 하였다.242)

제5절 간접수용(indirect expropriation)

1. 개요

수용(收用)이란 국가가 외국인투자자의 자산을 몰수하거나 소유권을 박탈하는 행위를 말한다. 이 경우 투자유치국은 수용으로 인하여 외국인투자자가 입은 손해를 보상해야 할 의무가 있다. 일반적으로 투자협정은 외국인투자에 대한 수용을 금지하고, 수용이 발생한 경우 그로 인하여 피해를 입은 투자자에 대한 보상의무를 규정하고 있다. 예를 들어, 미국의 2012년 모델 BIT 제6조(수용 및 보상)제1항은 "어느 체약국도 본 협정상의 투자를, 직접 또는 간접으로 수용 또는 국유화에 상응하는 조치들을 통하여 국유화 또는 수용해서는 안 된다. 다만, a) 공공의 목적을 위하여(for a public purpose), b) 비차별적인 방식으로(in a non-discriminatory manner), c) 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지급하고(on payment of prompt, adequate, and effective compensation), d) 적법절차에 따른(in accordance with due process of law) 경우는 예외로 한다"고 하여 적법한 수용이되기 위한 요건과 보상의 방식에 대하여 규정하고 있다.

종래 수용의 형태는 국가가 외국인투자자의 재산을 직접적으로 몰수(taking) 또는 국유화 하는 것이 일반적이었으나, 근래에 들어서는 투자자의 법적 소유권

²⁴²⁾ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30, 2009.

은 유지하되 실질적인 투자 활동을 곤란하게 하거나 투자 가치를 박탈하여 사실 상 수용에 준하는 결과를 낳는 소위 간접수용(indirect expropriation)이 문제되고 있다. 그러나 아직까지 간접수용의 구체적인 정의와 판단기준에 대하여 명확한 기준이 정립되어 있지 않아 중재판정부가 간접수용 여부를 판단하는데 많은 혼란 과 논란을 야기하고 있다. 특히 정부의 규제적 권한을 고려할 때 어느 범위까지 간접수용을 인정할 것인지가 투자중재에서 중요한 쟁점이 되고 있다.

2. 가접수용 조항의 유형

대다수 투자협정은 간접수용에 대한 정의와 더불어, 수용으로 인하여 피해를 입은 외국인투자자에 대한 보상의무를 규정하고 있다. 예를 들어, 한·미 FTA 제 11.6조는 "어느 일방체약국도 i) 공익목적상, ii) 비차별적인 방식으로, iii) 적절하고 효과적인 보상과, iv) 적법절차에 따르지 않은 한, 보호대상 투자를 직·간접적으로 수용 또는 국유화 할 수 없다"고 규정하고 있다.243) 이러한 수용에 대한 규정 방식은 투자협정마다 통일되어 있지는 않으나 크게 다음의 3가지 형태로 분류해볼 수 있다.

가. 국가의 규제권한을 존중하는 방식

국가의 규제권한을 존중하는 방식은 투자유치국이 공공목적을 위하여 정당한 규제권한을 행사할 수 있음을 선언하는 것이다. 즉, 공중보건, 환경, 국가안보, 노동권 보호 등 공익을 위하여 체약국이 필요한 조치를 취하거나 그러한 목적의 공공정책을 집행할 수 있음을 명시하는 것이다. NAFTA 제1114조 제1항은 "제11장의 어떠한 규정도 일방체약국이 자국 내 투자가 환경보호에 부합하는 방식으로 이루어지도록 여하한 조치를 채택·유지·집행하는 것을 방해하지 않는다"고 규

²⁴³⁾ ARTICLE 11.6: EXPROPRIATION AND COMPENSATION

^{1.} Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (expropriation), except:

⁽a) for a public purpose;

⁽b) in a non-discriminatory manner;

⁽c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and

⁽d) in accordance with due process of law and Article 11.5.1 through 11.5.3

정하고 있다. 다만, 이 조항의 적용범위는 다소 제한적이라 할 수 있는데, 왜냐하면 이것은 국제관습법상 이미 인정되어 온 국가의 규제권한을 확인하는데 그치고, 그러한 규제권한의 행사로 외국인투자자에게 손실이 발생한 경우 국가의 보상의무가 면제되는지에 관해서는 구체적인 언급이 없기 때문이다. 따라서 이러한 형태의 조문은 공익목적에 근거한 국가의 규제조치에 대하여 일정부분 합법성을 부여할 수는 있으나, 중재판정부가 간접수용 여부를 판단하고 보상액을 결정하는데 있어서는 명확한 기준을 제시하지 못한다.

나. 예외조항을 두는 방식

최근에는 일부 투자협정에서 일정한 형태의 규제 또는 정부조치를 간접수용의 적용범위에서 배제하여, 그로 인하여 피해를 입은 외국인투자자에 대한 보상의무를 면제하는 방식으로 규정하기도 한다. 예컨대 Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area(2007) 제20조 제8항은 "국가의 규제권한과 경찰권에 관한 국제관습법상의 원칙에 따라, 일방회원국이 공중보건, 안전, 환경과 같은 공공복지를 증진할 목적으로 고안하고 적용하는 선의의 규제조치는 본조에서 규정하는 간접수용에 해당하지 않는다"고 규정하고 있다.244)

다. 부속서(Annex)를 두는 방식

최근에 체결된 일부 투자협정들은 조약 내에 별도의 부속서(explanatory annex)를 두어 간접수용에서 제외되는 정부조치의 유형을 열거하고 있다. 예를 들어, 2004 캐나다 모델 BIT는 부속서 B. 13(1)에서 "일방체약국의 행위가 간접수용을 구성하는지 여부는 사안별로, 구체적인 정황에 근거하여 다음의 요소를 고려하여 판단하여야 한다. i) 정부행위의 경제적 효과. 다만 일방체약국의 행위가 투자의경제적 가치에 부정적 효과를 미쳤다는 사실만으로 간접수용이 성립하는 것은 아님. ii) 정부행위가 투자에 대한 정당한 기대를 침해한 정도, iii) 정부행위의 성격"이라고 규정하고 있다.

²⁴⁴⁾ 원문은 다음과 같다. "Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article."

여기서 특히 문제되는 것은 '투자에 대한 정당한 기대'의 범위를 어디까지 인정할 것인가이다. 원칙적으로 이는 투자 당시의 법제도나 환경에 근거한 것이어야 한다. 또한 투자자의 주관적인 기대만으로는 부족하고 투자유치국이 구체적으로 약정한(binding commitment) 내용, 즉 법적으로 보호받는 권리만이 그 대상이된다고 보아야 한다. ASEAN 투자협정은 이 점을 분명히 하기 위하여 투자유치국의 법적 의무에 근거하지 않은 기대는 수용의 대상이 될 수 없음을 밝히고 있다. 다만, 이와 같이 부속서를 통하여 간접수용의 범위를 제한하는 투자협정은 많지 않고, 특히 2000년도 이전에 체결된 대부분의 투자협정은 그에 관한 명시적규정을 두지 않아 궁극적으로 중재판정부의 판단에 의존할 수밖에 없다.

3. 간접수용 판단의 기준

간접수용이 문제된 투자분쟁에서 외국인투자자의 간접수용 주장에 대하여 피신청국은 문제된 조치가 공공복지를 위한 국가의 정당한 주권 행사라고 반박하는 것이 일반적이다. 그렇다면 보상을 요하는 간접수용과, 보상을 요하지 않는 적법한 규제를 구별하는 기준이 무엇인지가 문제된다. 대부분의 협정은 이에 대하여명시적 규정을 두고 있지 않으나, 일부 판정례를 통하여 몇 가지 중요한 기준을 발견할 수 있다. 구체적으로는 i) 문제된 조치가 투자자의 재산권을 침해한 정도, ii) 투자자의 합리적인 기대를 침해하였는지 여부, iii) 조치의 목적과 수단간에 합리적인 비례성이 인정되는지 등이다.245)

가. 재산권 침해의 정도, 지속성

투자협정에서 수용금지에 관한 규정을 둔 목적은 투자자의 재산과 권리를 보호하는 것이므로, 재산권에 대한 침해가 심할수록, 그리고 침해 사실이 오래 지속

²⁴⁵⁾ 그나마 NAFTA 관련 사건인 Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States 사건에서 중재판정부가 간접수용과 적법한 규제를 구분하는 기준을 제시한 바 있다. 첫째, 문제된 조치가 투자유치국의 승인된 공권력에 의한 것인지 둘째, 그 조치의 목적과 효과가 공익적인지 여부 셋째, 문제된 조치가 차별적인지 여부, 넷째, 목적과 수단 사이의 비례성 다섯째, 조치의 진정한 목적이 무엇인지 등이 그것이다. (Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, Award, 17 July 2006, para.176.)

될수록 중재재판부가 이를 간접수용이라 판단할 가능성은 커진다. 먼저, 재산권에 대한 침해의 정도는 문제된 조치가 외국인투자자에 미친 경제적 효과, 외국인투자자가 투자에 대한 통제를 상실한 정도를 보고 판단할 수 있는데, 대다수 중재판정부는 투자자의 자산 또는 투자자의 경제적 이득이 '실질적으로 박탈되었는가'를 중점적으로 고려하였다. 246) 아울러 피해를 야기한 정부조치가 얼마나 오래 지속되었는지도 고려하였는데, 당해 조치로 인한 투자자의 권리 침해가 일시적이지 않고 영속적이어야 간접수용에 해당한다고 본 사례들이 있다. 247) 예를 들어, LG&E v. Argentina 사건에서 신청인, LG&E는 아르헨티나 정부가 2001년부터 2002년까지 계속된 심각한 경제위기를 핑계로 종전에 외국인투자자들에게 부여했던 관세혜택을 중단하여, 자신들이 보유한 사업면허의 가치가 90% 이상 하락하였다며 간접수용에 기한 보상을 요구하였다. 중재판정부는 간접수용 여부를 판단함에 있어서는 "문제된 조치의 경제적 영향, 투자자의 정당한 기대에 대한 침해, 당해 조치의 지속성 정도를 분석해야 한다"고 설명하였다. 248)

나. 투자자의 정당한 기대 침해

국제투자법상 FET 위반 여부를 판단하는 잣대 중 하나인 투자자의 정당한 기대는 간접수용 여부를 결정하는데도 적용된다. 투자자는 외국에 투자할 때 금전적인 이득뿐만 아니라 투자를 통해 얻게 될 여러 경제적 혜택에 대한 기대를 갖는다. 따라서 투자유치국은 자연히 더 많은 양질의 투자를 끌어낼 목적으로 직접적인 교섭이나 광고 등의 매체를 통해 자국에 투자할 경우 받게 될 혜택을 홍보하려 하고, 투자자들은 이를 통해 투자로 얻게 될 경제적 혜택에 대한 합리적인기대를 형성하게 된다. 그러므로 투자유치국이 투자자에게 보장한 내용을 지키지못해 투자자가 정당하게 기대한 경제적 혜택이 좌절된다면 그 조치는 간접수용에해당할 수도 있다.

²⁴⁶⁾ CMS v. Argentina, LG&E v. Argentina를 비롯한 여러 ICSID 사건들과 Nycombo Synergetics Technology Holding AB v. Latvia 등 다수의 NAFTA 사건들이 그러한 예에 포함된다.

²⁴⁷⁾ S.D. Myers v. Canada, Tecmed SA v. The United Mexican States를 비롯한 다수 판례가 이를 지지하고 있다.

²⁴⁸⁾ LG&E Energy Corporation, LG&E Capital Corporation, LG&E International INC v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

다. 비례성(proportionality)의 결여

투자유치국 정부의 행위가 간접수용인지 아니면 정당한 규제인가를 구분하는 세 번째 기준은 특정한 목적을 달성하기 위하여 동원된 수단이 적절한 것인가, 즉 목적과 수단 간의 비례성이다. 이러한 비례성은 "수단은 공익을 위한 것이어야 하고 그 목적 달성에 적절한 것이어야 하는데, 만약 수단이 특정인에게만 과도한 부담을 지우는 경우에는 이러한 수단과 목적 사이의 균형이 깨지게 된다"는 유럽인권재판소의 판결에서²⁴⁹) 유래되었으며, 이후 *Tecmed* 사건 등에서도 확인된 바 있다.

4. 정당한 수용이 되기 위한 요건

투자협정은 원칙적으로 외국인투자에 대한 수용을 금지하나 국가의 공공목적에 기한 수용까지 전면적으로 금지하는 것은 아니다. 즉, 수용을 하더라도 그것이 적법성을 갖추기 위하여 구비하여야 할 요건을 규정할 뿐이다. 대부분의 투자협정에서 발견되는 적법한 수용의 요건으로는 i) 공익을 목적으로 할 것, ii) 비차별적으로 이루어질 것, iii) 적법절차에 따를 것, iv) 적절한 보상을 할 것 등이 있다.

가. 공공목적

첫 번째 요건인 '공익을 목적으로 할 것'은 수용의 목적이 '공익'을 위한 것이어야 한다는 국제관습법상의 원칙을 인용한 것이다. 그런데 '공공목적'의 개념 자체가 매우 모호하고 광범위하여 실제로는 보상이 따르는 수용임에도 불구하고 공익을 위한 것이라는 표면상의 이유를 내세워 문제된 행위를 정당화하는 부작용을

²⁴⁹⁾ 원문은 다음과 같다. "Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim 'in the public interest', but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized....The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bea r 'an individual and excessive burden'....the Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto.", James and Others v. the United Kingdom, European Court of Human Rights, Series A No. 98, Judgment(21 February 1986), pa ra. 50.

낳을 수 있다. 다만, 최근 판정례 가운데 ADC v. Hungary 사건에서 중재판정부는 공공목적 요건에 대하여 "공익요건은 공공의 진정한 이익일 것을 요구한다. 만약 단순히 '공익'을 위해서라는 그럴듯한 이유로 그 요건이 충족된다고 하면 그에 해당하지 않는 경우는 거의 없을 것이므로 공익의 진정한 의미를 잃을 것"이라고250) 판정함으로써 공익 판단의 기준을 엄격히 해석하였다.

나. 비차별적 수용

정당한 수용이 되기 위한 두 번째 요건은 수용이 비차별적인 근거 하에, 비차별적인 방법으로 행해져야 한다는 것이다. 이에 대하여 LIAMCO v. Libya 사건의 중재판정부는 "비차별성이 적법한 수용의 요건임은 명백하고 논쟁할 여지가 없으며 또한 국제법의 확립된 원칙이자 관행이므로, 명백히 차별적인 수용은 위법이고 잘못된 것"이라고 판결하였다.251) 아울러 ADC v. Hungary 중재판정부는 "차별이 인정되기 위해서는 서로 다른 당사자에 대하여 서로 다른 대우가 전제되어야 한다"면서 차별성을 판단하는 기준에 대하여 언급한 바 있다.252)

다. 적법절차 준수

NAFTA와 ECT를 비롯한 다수의 투자협정에서 적법한 규제의 조건으로서 '적법절차'(due process of law)' 요건을 두고 있다. 그러나 '적법절차'를 명확하게 정의한 협정은 거의 없다. 다만, ADC 사건 중재판정부는 헝가리가 적법절차를 준수하지 않았다는 신청인의 주장에 대하여 "적법절차는 실질적인 법적 절차를 준수하는 것과, 특정 조치로 피해를 입은 투자자에게 합리적인 기간 내에 그의 정당한 권리를 주장하고 소를 제기할 수 있는 기회를 주는 것"이라고 하면서, 만약그러한 기회가 박탈되었다면 '적법절차에 따른 행위'가 아니라고 하였다.253) 또한, 오스트리아 - 보스니아·헤르체코비나 BIT를 비롯한 일부 투자협정에서는 수용의정당화 요건으로서의 '적법절차'가 무엇인지 상세히 설명하는 조항을 두기도 한

²⁵⁰⁾ ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, October 2, 2006.

²⁵¹⁾ Lybian American Oil Company(LIAMCO) v. Libya, 20 ILM(1981).

²⁵²⁾ ADC v. Hungary, Award, para.442.

²⁵³⁾ ADC v. Hungary, Award, para.435.

다. 254)

라. 정당한 보상

투자유치국은 외국인투자자의 재산을 수용할 경우 그에 대한 정당한 보상을 해야 한다. 내국민대우, 공정하고 공평한 대우 등의 투자보호규범에서 그 위반에 대한 보상 규정을 별도로 두지 않는 것과 달리, 수용에 있어서는 대부분의 투자협정이 그에 따른 보상의무를 명시하고 있다. 만약 수용당한 재산에 대해 특정기간 내에 보상이 이루어지지 않을 경우에는 적법한 수용의 요건을 충족하지 못하게 된다. 보상에 대하여 일반적으로 적용되는 기준은 Hull 공식인데 이에 따르면 보상은 '지체 없이(prompt), 적절히(adequate), 그리고 효과적으로(effective)' 이루어질 것이 요구된다.255)

마. 중재판정례

AES Summit Generation Limited & AES · Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary

피신청국은 2001년 전력법 개정과 가격고시제 시행령을 집행함으로써 신청인들이 2001년 전력구매협정에 따라 얻을 수 있는 수익의 상당 부분을 자의적으로 몰수하였는데,²⁵⁶⁾ 신청인들은 이러한 피신청국의 조치가 본 조약 제13조에서 규정하고 있는 '수용에 상응하는(tantamount to expropriation)' 조치라 주장하였다.²⁵⁷⁾ 또한 신청인들은 과거 여러 중재판정례에서도 비록 국가가 외국인투자자의

²⁵⁴⁾ Austria Bosnia Herzegovina BIT, Article 5(3) "Due process of law includes the right of an investor of a Contracting Party which claims to be affected by expropriation by the other Contracting Party to prompt review of its case, including the valuation of is investment and the payment of compensation in accordance with the provisions of this Article, by a judicial authority or another competent and independent authority of the latter Contracting Party."

²⁵⁵⁾ 다만, 이것이 선진국의 입장만을 반영한 기준이라는 이유로 개도국들은 Calvo doctrine과 같은 기준을 인용하기도 한다. 자세한 내용은 Campbell Mclachlan QC et el., *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (New York: Oxford University Press, 2007), p.316·319 참조.

²⁵⁶⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

²⁵⁷⁾ ARTICLE 13 (EXPROPRIATION)

⁽¹⁾ Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party

자산을 물리적으로 몰수하지 않더라도 투자자의 계약상 권리를 박탈한 경우에는 수용에 준하는 행위로 간주되었으며, 투자 자산의 이용을 부당히 방해하는 경우 에도 간접수용이 성립할 수 있다는 점을 주장하였다.

이에 대하여 중재판정부는 국가의 일정한 조치나 규제는 외국인투자자의 투자에 일정한 영향을 미치게 마련이고 기존 법률이나 제도를 변경하는 경우에 특히문제가 되나, 외국인투자에 손실을 입혔다고 해서 곧바로 수용이 성립하는 것은 아니라 보았다. 즉, 수용이 성립되려면 투자자가 그 자산의 전부 또는 상당 부분을 박탈당했거나 사실상 이용할 수 없는 지경에 이르러야 한다는 것이다. 그러나본 사건에서 2006년 전력법의 개정과 가격고시제 시행령 때문에 신청인들이 투자자산을 소유하거나 이용하는 것이 방해받지는 않았으며, 여전히 발전소 설비를소유하고 있었으므로, 신청인들의 투자 소유나 지배가 상실되었다고 볼 수 없다. 아울러 신청인들은 2006년과 2007년에 걸쳐 여전히 상당한 수익을 얻고 있었으므로 투자 자산의 가치가 심각하게 훼손된 것도 아니었다. 중재판정부는 이러한 상황을 고려하여, 가격고시제의 재도입으로 신청인들의 투자가 수용되었다고 볼 수 없다고 판정하였다.

Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States

신청인들은 문제가 된 피신청국의 특별소비세가 멕시코 사탕수수산업을 우대할 목적으로 도입되었고, 그 결과 액상과당의 사용이 지나치게 제한되어 신청인들이 멕시코 현지회사 ALMEX을 통하여 투자한 액상과당의 생산과 유통에 실질적인 피해를 입혔다고 주장하였다. 피신청국은 신청인이 이 특별소비세로 인하여입은 투자 손실에 대하여 아무런 보상을 하지 않았으므로, NAFTA 제1110조 상의 간접수용 금지 의무를 위반하였다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청국은 문제된 조치가 취해진 기간 동안 신청인들은 여전히 투자자산을 소유하고 통제하였으며, 이 사건 특별소비세가 수용에 해당한다고 보기에는 경제적으로 미친 영향이 미미하다고 반박하였다. 또한 조치가 시행된 기간도 짧아서 신청인들이 주장하는 손해는 상당하거나 영구적이지 않았다고 반박하였다.

shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is

중재판정부는 간접수용이란 정부조치가 시행된 결과 외국인투자의 운영·이용·지배가 실질적으로 상실되거나, 투자의 가치 또는 자산의 상당 부분이 손실된 경우에 인정될 수 있다고 보았다. 중재판정부는 신청인들이 ALMEX에 대한 소유권이나 운영을 박탈당하지 않았고 계속하여 액상과당을 생산해 왔으므로, 문제된특별소비세가 간접수용에 해당할 정도는 아니었다고 판단하였다.258)

RSM Production Company and others v. Grenada

본 건 분쟁은 신청인들 가운데 하나인 미국 국적의 RSM이 1996년 7월에 피신청국과 체결한 석유개발계약과 관련하여 발생하였다. 동 계약에서는 계약의 발효일로부터 90일 이내에 RSM이 석유개발인가를 신청하면 피신청국이 이를 승인하여 주도록 되어 있었다. RSM은 2004년 4월 개발인가를 신청하였으나 피신청국은 기일이 경과되었다는 이유로 거절하였고, 다음 해인 2005년 7월 계약을 해지하기에 이르렀다. 이 때문에 당사자간에 분쟁이 발생하였고 RSM은 계약에서 정한 분쟁해결절차에 따라 ICSID에 중재를 신청하였다. 신청인들은 피신청국이 석유개발계약을 위반하고 RSM의 개발인가를 거부하는 바람에 자신들의 투자를 사실상(de facto) 수용하였다고 주장하였으나, 피신청국이 계약상 권리를 부당하게 박탈하는데 개입하였다는 점을 구체적으로 증명하지 못하였다. 중재판정부는 본미국·그라나다 BIT에서 규정한 수용금지 위반을 주장하기 위해서는 피신청국의적극적인 행위 또는 조치가 입증되어야 하는데, 신청인들은 이를 구체적으로 밝히지 못했다고 보고 청구를 기각하였다.259)

Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary

본 건 분쟁은 신청인, Telener의 자회사인 Pannon이 피신청국 통신교통부와 체결한 양허계약으로부터 발생하였다. 신청인은 노르웨이 국적의 회사이며, Pannon은 신청인이 피신청국에 설립한 자회사이다. 한편, 신청인의 지분 가운데 75%는 노르웨이 정부가 소유하고 있다. 양허계약이 체결될 당시 피신청국 내에 고정선통신서비스 사업자는 1개 밖에 없었으며, 양허계약에 따라 Pannon은 여러 고정수

²⁵⁸⁾ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 November 2007.

²⁵⁹⁾ RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 29 April 2011.

수료를 부담하였다. 이후 피신청국 정부가 「EC 광역서비스지침」에 따라 EU 회원 국으로써 광역서비스를 제공할 필요성이 발생하였으나, 피신청국 정부는 이동통신 사업자인 Pannon을 배제하고 고정선 사업자들에게만 광역서비스 사업을 위임하였다. 신청인은 이러한 조치 때문에 Pannon의 시장점유율을 박탈당했을 뿐만 아니라, 경쟁사들이 자사의 네트워크를 부당하게 이용하도록 방치하여 정당한 사업이익을 빼앗겼다고 주장하였다. 궁극적으로 이러한 피신청국의 조치는 노르웨이・헝가리 BIT에서 규정한 간접수용 금지 의무에 위배된다고 주장하였다.

이러한 신청인의 청구에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 판단하였다. 먼저, 투자에 부정적인 영향을 미치는 단순한 정부의 규제권한 행사는 그 자체로 수용을 구성하지 않는다고 보아야 한다고 하였다. 즉, 투자에 대한 간섭의 정도가 실질적으로 투자의 경제적 가치, 이용을 중대하게 박탈하는 경우에 비로소 수용은 성립되며, 이는 과거 다른 중재판정례에서 확인된 내용임을 강조하였다. 예컨대, Tecmed v. Mexico 사건 중재판정부는 "정부의 일정한 조치로 인하여 투자 자산의소유권, 이용, 경제적 가치를 박탈당하는 경우 당해 자산에 대한 수용이 있는 것으로 보아야 한다. 그러한 조치를 취한 정부의 의도나 목적은 고려할 필요가 없다. 다만, 정부의 정당한 규제권한 행사(exercise of the state's legitimate regulatory power)와 수용은 구분되어야 한다"고 하였다. 260) 한편, Metalclad v. Mexico 사건 중재판정부는 "NAFTA상의 수용에는 명백하고 공식적인 소유권의 몰수 또는 이전과 같은 의도적이고 공개적인 자산의 몰수(deliberate and open takings of property) 뿐만 아니라, 투자자산의 정당한 기대이익을 실질적으로 박탈하는 우발적인 정부의 간섭(incidental interference)도 포함한다"고 하였다.261)

중재판정부는 문제가 된 광역서비스 정책과 관련하여 피신청국 정부가 시행한 조치들이 유럽 내 다른 국가들의 상황과 크게 다르지 않다고 보았다. 또한 이동 통신 사업자를 광역서비스에서 제외한 조치는 비단 Pannon 뿐만 아니라 다른 모든 이동통신 사업자에게 공히 적용되었다고 하였다. 또한, 신청인이 부당함을 주장하는 부담금 역시 Pannon에만 부과된 것이 아니고 모든 고정선 및 이동통신 사업자에게 똑같이 적용되었다고 보았다. 위와 같은 정황에 비추어, 신청인이 이의

²⁶⁰⁾ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2(Spain/Mexico BIT). Award, 29 May 2003.

²⁶¹⁾ Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA). Award, 30 August 2000.

를 제기한 헝가리 정부의 조치는 수용이라고 볼만큼 투자의 경제적 가치를 실질적으로 박탈하였다고 보기 힘들며, Pannon의 계좌에서 부담금 명목으로 일정 금액을 인출한 것 이외에 Pannon의 다른 자산을 몰수한 사실도 없다고 판단하였다. 또한 중재판정부는 Pannon의 경영은 정부의 간섭 없이 이사회에 의하여 정상적으로 이루어지고 있었으며, 양허계약 역시 유효하게 유지되었다고 판단하였다. 따라서 중재판정부는 신청인이 수용 사실을 입증하지 못했다고 보아, 간접수용에 기한 신청인의 청구를 기각하였다.

■ Vannessa v. Venezuela

○ 사실관계

피신청국의 공기업 CVG는 1990대 초 캐나다 회사인 PDI에 공문을 보내 채광사업에 참여할 의사를 타진하였다. PDI는 CVG가 실시한 입찰에 참여하였고, 이후 1990년 11월 30일에 사업자로 최종 승인을 받았다. PDI는 1991년 4월, PDV라는 피신청국 현지법인을 설립하여 채광사업의 실질적인 시행사로 두었다. 한편, 1991년 7월 25일에 CVG와 PDI는 주주협약(이하, 1991년 협약)을 체결하여 MINCA와 REMINCA라는 2개의 베네수엘라 국적의 회사를 설립하는데 합의하였으며, 위 협약에 따라 MINCA의 지분 70%는 PDI가, 30%는 CVG가 출연하기로하였다. 아울러 동 협약 제5조는 일방당사자가 상대방의 사전동의 없이 협약상의권리나 의무를 제3자에게 양도하지 못하도록 명시하였다. 1992년 3월 3일, CVG와 MINCA는 공사계약(work contract)을 체결하고, MINCA가 Las Cristinas 지역의 모든 채광 작업을 독자적으로 수행하는데 합의하였다. 동 계약 제28조에도 일방당사자가 상대방의 사전동의 없이 계약을 제3자에게 양도할 수 없다는 규정을두었다. 한편, 1996년 베네수엘라 에너지부는 Las Cristinas 지역에서의 구리 채광양허권을 GVG에 부여하였다. 이 양허권은 1999년 MINCA에 양도되었다.

1999년 중반부터 금값이 하락하자 본 건 프로젝트의 사업성도 큰 타격을 입었다. 이에 1999년 7월 15일 MINCA 이사회는 동 프로젝트를 중단하기로 결의하였다. 그러나 CVG는 공사 중단은 사전협의나 승인을 거치지 않은 일방적인 결정이라고 비난하면서, 만약 1년 이상 중단 상태가 지속된다면 계약을 해지할 것임을 고지하였다. PDI 역시 채광사업이 경제적으로 전혀 채산성이 없다고 판단하고, 시

장 여건과 기술 여건이 호전될 때까지 프로젝트를 중단하기로 하였다. 이후 MINCA는 프로젝트 공사를 1년 더 연장하는데 CVG 측의 동의를 구하였고, 2000 년 8월 8일에 CVG, PDI, PDV, MINCA 등 당사자인 4개 회사는 공사기간 연장계약(이하, 연장계약)을 체결하여 2001년 7월 14일까지 공사를 중단하는데 최종합의하였다. 연장 기간 동안 PDI는 이 프로젝트를 맡을 새로운 사업자를 모색하던 중 연장계약 만료 전날인 2001년 7월 13일에 본 건의 신청인 Vannessa에 MINCA의 모든 지분과 대출채권을 50 달러에 양도하는데 합의하였다. 같은 달 말에 PDI와 Vannessa는 추가 합의를 통하여 CVG 측에 고지하였다. 한편, 같은 달 말에 PDI와 Vannessa는 추가 합의를 통하여 PDI의 지분을 Vannessa측에 양도하고 PDV의 상호를 'Vannessa de Venezuela C.A.'로 변경하기로 하였다.

2001년 8월 6일, CVG는 3개월 후 MINCA와의 공사계약을 해지할 것임을 통보하였다. CVG는 계약 해지의 사유로 다음을 들었다. 첫째, 공사계약 제9조에 따른 보고의무 위반, 둘째, 계약 제19조에 따라 작업을 재개하지 않은 점, 셋째, CVG의 서면승인 없이 PDV에 대한 PDI의 지분을 Vannessa에 양도한 점이다. 2001년 11월 6일, CVG는 공식적으로 계약 해지를 통보하였고, 7일 이내에 Las Cristinas 지역에서 철수할 것을 요구하였다. 이어 11월 16일, CVG는 위 지역을 강제로 점령하고 관련 자산을 몰수하였다.

○ 신청인의 주장

피신청국의 수용 행위는 3가지 형태로 이루어졌다. 첫째, 피신청국의 CVG는 MINCA와 체결한 공사계약을 불법적으로 해지하였다. 베네수엘라 법에 따르면 일방당사자가 계약을 해지하기 위해서는 당사자간에 합의된 분쟁해결절차를 먼저 거쳐야 하고, 위 공사계약에서는 분쟁해결절차로 ICC 중재를 규정하였으나 CVG는 이를 무시하였다. 둘째, CVG는 공권력을 동원하여 MINCA의 자산을 몰수하였다. 이는 사적당사자가 계약상 권리에 기초하여 실현할 수 있는 범위를 넘어선 국가의 주권행위로 보아야 한다. 셋째, 피신청국 에너지부와 대통령이 CVG의 수용 행위에 적극 개입하였다. 본 사건에 적용될 캐나다・베네수엘라 BIT(이하, 본건 BIT) 제7조 제1항은 적법한 수용이 되기 위한 요건을 규정하고 있으나, 피신청국의 행위는 이 요건을 전혀 충족하지 않았으므로 불법적인 수용으로 보아야한다. 피신청국 법은 공익 목적을 위하여 계약을 해지할 수 있음을 명시하고 있

으나 CVG는 계약해지에 필요한 공익 목적이 무엇이었는지 밝히지 못하였다.

○ 피신청국의 반박

계약을 해지한 것은 MINCA의 중대한 계약위반 때문이었다. CVG는 상대방의계약위반이 있을시 이를 해지할 권리가 있었다. 계약을 해지한 구체적인 사유는 i) MINCA가 정당한 사유 없이 12개월 이상 공사를 중단한 점, ii) 2년여 동안MINCA가 세부 공사실적을 보고하지 않은 점, iii) 계약상대방의 승인 없이 제3자에게 계약을 양도한 점 등이다. 한편 수용 주장과 관련하여, 본 사건에서 피신청국은 계약의 일방당사자로 행위 한 것이지 주권행사의 주체로 행위 하지 않았다. 또한 CVG가 ICC 중재를 거치지 않고 계약을 해지한 것이 수용에 해당한다는 주장은 근거가 없다. 실제 공사계약에는 ICC 중재에 대한 언급이 없었으며, 피신청국 법은 행정계약에 대해서는 중재 요건을 두고 있지 않다. 아울러 신청인이 문제 삼는 에너지부와 대통령의 행위는 계약 해지 후에 일어난 일이므로 수용 주장의 근거가 될 수 없다. 마지막으로 신청인에게 계약을 양도한 것 자체가 불법이고 따라서 공사계약과 지분양도는 모두 무효로 보아야 하므로 이에 기초한 수용주장은 근거가 없다.

○ 중재판정부의 판단

제출된 증거자료에 따르면 2000년 8월 8일에 CVG, PDI, PDV, MINCA는 2000년 7월 15일부터 1년 동안 공사계약의 이행을 연장하는데 합의하였다. 이 연장계약에 따라 PDI는 2001년 7월 15일까지 새로 사업을 맡은 사업자를 물색해야했고, CVG의 동의 없이 일방적으로 제3자를 영입할 수 없었다. 그럼에도 PDI가 CVG의 참여 없이 Vannessa를 새로운 사업자로 영입한 것은 위 연장계약의 취지에 어긋나는 행위였다. 이러한 PDI의 연장계약 위반에 따라 피신청국은 정당하게 공사계약을 해지한 것이다. 국제법상 수용이 성립하려면, 문제된 국가의 행위가계약당사자의 지위를 넘어 주권행사(exercise of sovereign authority)에 기한 것이어야 한다. 본 사건에서 CVG는 i) MINCA가 정당한 사유 없이 12개월 이상 공사를 중단한 점, ii) 2년여 동안 MINCA가 세부 공사 실적을 보고하지 않은 점, iii) 계약상대방의 승인 없이 계약을 제3자에게 양도한 점을 들어 계약을 해지한 것인데, 여기에 국가의 주권행위가 개입되었다고는 볼 수 없다. 신청인이 문제 삼

는 피신청국의 행위, 예컨대 관련 부지를 몰수하고 자산을 압류한 것은 계약해지의 결과에 따른 정당한 조치였으며, 따라서 피신청국이 공사계약을 해지하고 그후속조치로 취한 행위가 본 건 BIT 제7조(수용금지)를 위반하였다는 신청인의 주장은 근거가 없다.262)

Swisslion v. Macedonia

○ 사실관계

신청인 Swisslion은 피신청국의 법률에 의하여 설립되고, 스위스 국적의 DRD Swisslion AG와 세르비아 국적의 Mr. Rodoljub Draskovic이 소유한 회사이다. 신청인은 피신청국 내에서 수년 동안 사업을 하면서 많은 수익을 내었으나, 2000년 대 후반 들어 피신청국의 공기업 Agroplod의 주식을 매입하는 과정에서 여러 문제가 발생하였다. 먼저 신청인은 2006년 3월부터 6월까지 3차례에 걸쳐 Agroplod 지분의 26.57%에 해당하는 5,588주를 매입하였다(1차 매입분). 또한 같은 해 6월, 피신청국의 국민연금펀드가 보유하고 있는 Agroplod의 지분 매각을 위한 공매에제안서를 제출하였고, 피신청국 재경부는 신청인을 최종 낙찰자로 승인하였다. 한편, 6월 14일, 신청인과 재경부는 이와 관련하여 지분매매협정(SSA)을 체결하였고 신청인은 5,339주의 주식을 추가로 매입하여, 총 10,927주의 Agroplod 지분을 획득하게 되었다(2차 매입분). 마지막으로 신청인은 2006년 7월 4일에 민간 기업으로부터 Agroplod의 주식 788주를 추가로 매입하여(3차 매입분), 총 11,715주를 확보함으로써 55.72%의 지분을 보유하게 되었다.

이후 Agroplod의 재무상황과 경영 실적이 개선되자 피신청국 정부는 이 회사에 대한 신청인 보유의 재산을 몰수하기 위하여 여러 조치를 취하였다. 먼저 2008년 4월 18일에 피신청국은 신청인이 보유한 Agroplod의 지분을 처분하지 못하도록 Second Skopje Basic 법원에 가처분을 요청하였다. 그러나 법원이 이 요청을 기각하자, 검찰은 증권거래위원회(SEC)에 신청인의 2차 매입분 주식을 동결시켜 달라는 요청을 하였다. 이후 피신청국 헌법재판소는 SEC가 이 문제를 처리할관할이 없다는 결정을 내렸으나, SEC는 이와는 별도로 신청인이 1차 매입분 주

²⁶²⁾ Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)04/6, Award, 16 January 2013.

식 가운데 1,356주에 대하여 갖는 배당금을 받지 못하게 하고 아울러 의결권을 행사하지 못하도록 하는 명령을 내렸다. 이 문제에 대하여 대법원은 2009년 1월 20일자 판결을 통하여 위 결정이 위법임을 선고하였다. 한편, 피신청국 법원은 2009년 1월 20일에 재무부의 2차 가처분 신청을 승인하여 신청인의 2차 매입분주식을 동결시켜 처분하지 못하게 하였다. 또한 2009년 10월 15일에는 신청인과 재경부간에 체결된 지분매매협정(SSA)의 무효를 선고하면서 2차 매입분을 재무부에 반환하라고 판결하였다. 263) 아울러 피신청국은 2009년 4월 2일자 법원의 명령을 통하여, 보증은행이 2차 매입분에 대한 담보를 실행하지 못하게 하여 신청인의 자산가치를 절대적으로 감소시켰다.

○ 신청인의 주장

피신청국 법원이 명확한 근거 없이 지분매매협정(SSA)이 무효라고 선고함으로 써 신청인의 2차 주식 매입분을 수용하는 결과를 가져왔다. 또한, 계약 취소가 적법하였더라도 신청인은 여전히 피신청국의 법률과 본 건 BIT에 의거하여 보상을받을 권리가 있다. 즉, 계약 취소의 적법 여부는 수용이 있었는지를 판단하는 것과 아무런 관련이 없다.

○ 피신청국의 주장

신청인인의 본건 청구는 기본적으로 신청인이 피신청국 재무부와 2006년 6월 14일에 체결한 지분매매협정에 근거하고 있다. 동 협정 제8조에 의하면 신청인은 2006년 말까지 €7,806,390을 Agroplod에 투자하기로 하였으나 이를 이행하지 않았다. 둘째, 신청인은 동 협정에서 정한 Agroplod의 직원에 대한 고용승계 의무를 지키지 않았다. 셋째, 신청인은 협정 제11조에서 정한 매월 투자경과 보고 의무를 지키지 않았다. 넷째, 신청인은 당초 약정한 대로 Agroplod에 대한 투자를 하지 않고 자회사에 대해서만 집중적으로 투자하였으며 사업협력이란 명분으로 Agroplod 소유의 자산을 상당 부분 탈취하였다. 문제된 피신청국의 조치(행위) 즉,

²⁶³⁾ 신청인이 2차로 Agroplod의 지분을 매입할 당시 피신청국의 재무부와 지분매매협정(SSA)을 체결하면서 경영개선안을 제출하였는데, 동 개선안에 의하면 신청인은 Agroplod에 직접 투자를 하도록 되어 있었으나 실제로는 신청인의 3개 자회사에 투자를 하였으므로 피신청 국은 신청인의 투자가 협정에 위반되어 무효라고 주장하였고 법원은 이를 인용하는 판결을 내렸다.

협정 해지는 이러한 신청인의 여러 협정 위반에 대한 정당한 조치였다. 또한 피신청국 법원은 그러한 조치의 정당성을 판결을 통해 확인하였다. 따라서 지분매 매협정을 해지한 것이 투자에 대한 수용을 구성한다는 신청인의 주장은 근거가 없다.

○ 중재판정부의 판단

피신청국 재무부는 지분매매협정(SSA)이 동 협정의 약정대로 이행되지 않아무효라고 판단하고 최종적으로 법원에 소를 제기하여 승소 판결을 받았는데, 정작 신청인은 이 법원의 판결이 구체적으로 본 건 BIT의 어느 규정에 위배되는지를 입증하지 못하였다. 적법하게 계약을 취소한 이상, 비록 투자자의 권리가 손실을 입었다고 하여 수용이 있었다고 볼 수는 없다. 요컨대, 법원의 결정에 위법이 없으므로 신청인의 수용 주장은 기각되어야 한다. 둘째, 신청인은 피신청국 법원이 앞서 언급한 주식 환수에 대하여 아무런 보상을 해주지 않았으므로 수용이 발생하였다고 주장하나, 피신청국의 법률에 따르면 신청인은 법원에 구체적인 금액을 제시하여 보상을 구할 기회가 있었음에도 실제로 이를 청구하지 않았다. 즉, 법원의 구체적인 행위가 적시되지 못하였으므로 수용 청구는 기각되어야 한다.264)

RDC v. Guatemala

이 사건 신청인 Railroad Development Corporation(RDC)은 미국의 철도 전문회사인데, FVG라는 피신청국 현지회사의 지분 매입을 통하여 피신청국에 투자를하였다. FVG와 피신청국 철도청(FEGUA)은 1999년 철도장비의 사용에 관한 계약을 체결하였는데, 이후 피신청국은 동 계약이 국익에 반한다는 결의서(Lesivo Resolution)를 공표하고 계약을 취소하였다. 신청인은 피신청국 정부가 발표한 Lesivo Resolution이 신청인의 투자를 간접수용 하였으며, 또한 이는 본 건에 적용될 CAFTA 제10.7.1조에서265) 정한 적법한 수용 요건을 구비하지 못하였다고 주

²⁶⁴⁾ Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, 6 July 2012.

²⁶⁵⁾ Article 10.7: Expropriation and Compensation

No Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except:

 (a) for a public purpose;

장하였다. 이에 중재판정부는 i) FVG가 철도개발과 관련한 용익권을 갖고 있었는 지 여부, ii) *Lesivo* Resolution의 성질과 목적, iii) *Lesivo* Resolution의 신청인의 투자에 미친 효과를 검토하였다.

○ 계약에 근거한 FVG의 용익권

피신청국은 FVG가 위 계약과 관련하여 용익권을 갖고 있지 않았으므로 신청인의 간접수용 주장은 근거가 없다고 하였다. 그러나 중재판정부는 철도청(FEGUA)은 FVG가 필요한 장비를 사용하도록 허가한 사실이 있고, 당사자들은마치 문제된 계약이 유효한 것처럼 행위했다고 보았다. 따라서 비록 FEGUA의행위가 그 권한을 벗어난 것이었더라도 피신청국이 그러한 사실을 묵인하고 실질적으로 투자를 승인한 이상, 피신청국이 자국법 위반을 들어 항변하는 것은 형평의 원칙에 어긋난다고 판단하였다. 또한 Lesivo Resolution을 통하여 법무부장관이위 계약의 법적 구속력을 무효화 하도록 모든 법적 조치를 강구하라고 지시한 점에 비추어 볼 때, 피신청국은 계약의 법적 구속력을 인정하고 있었음을 유추할수 있다고 하였다. 따라서 중재판정부는 계약에 근거한 FVG의 권리는 유효하고이는 간접수용의 대상이 된다고 판단하였다.

○ 정부행위의 성질과 목적

신청인은 피신청국이 앞서 Lesivo Resolution을 통하여 신청인의 투자를 간접수용 한 것은 공익을 위한 것이 아니었고, 신청인의 용익권을 Mr. Ramon Campollo라는 국내 투자자에게 몰아주기 위함이었다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 제출된 자료상 용익권 계약은 Lesivo Resolution이 발표된 이후 9년 동안이나 유효하게 유지되었고, 피신청국이 철도 양허권을 신청인으로부터 Mr. Ramon Campollo에게 이전시키려 하였다는 명확한 증거도 없다고 보았다. 따라서 Lesivo Resolution의 목적이 신청인의 용익권을 박탈하여 Mr. Ramon Campollo에게 양도하기 위함이었다는 주장은 근거가 없다고 판단하였다.

⁽b) in a non- discriminatory manner

⁽c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation in accordance with paragraphs 2 through 4; and

⁽d) in accordance with due process of law and Article 10.5.

○ 정부행위가 투자에 미친 효과

본 건 중재판정부는 수용은 문제된 조치로 인하여 투자의 이용이나 혜택을 실질적으로 박탈당한 경우에 비로소 성립한다고 보았다. 본 사건에서 문제된 계약은 Lesivo Resolution 이후에도 5년간 유효하게 유지되었고, 신청인은 계속하여 철도 장비를 소유하고 있었으며, 계약에 기한 부동산 권리에 대하여 일정한 임차료를 지속적으로 받아왔는데, 이는 FVG의 수입 가운데 92%를 차지하는 것이었다. 따라서 피신청국의 조치가 신청인 투자에 대한 간접수용에 이를 정도였다고 볼수 없다고 판단하였다.266)

제6절 포괄적 보호조항

1. 의의

앞서 설명한 내국민대우, 최혜국대우 등의 투자보호원칙은 대부분 WTO와 같은 국제통상법상의 규범을 차용한 것이다. 오늘날의 투자협정은 이러한 보호규범에 더하여 일방체약국이 상대국 투자자에게 약속한 모든 내용을 준수할 것을 규정한 소위 포괄적 보호조항(Umbrella Clause)을 두고 있다. 이 조항에 의하면 투자유치국은 외국인투자자와의 양허계약, 개발협약 등을 포함한 모든 약정을 준수할 의무를 갖는다. 예를 들어, SGS v. Pakistan 사건에 적용된 스위스·파키스탄 BIT 제11조는 "일방체약국은 상대방 체약국 투자자의 투자에 관하여 약속한 모든 의무의 준수를 지속적으로 보장하여야 한다(Either Contracting Party shall constantly guarantee the observation of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party)"라고 하여 일방체약국이 상대국 투자자의 투자에 대하여 부담키로 한 모든 의무를 준수할 것을 규정하였는데, 여기서 '의무'란 반드시 협정상의 실체적 보호기준을 가리키는 제한된 개념은 아니다. 본래 투자중재는 투자협정상의 분쟁, 즉 일방체약국

²⁶⁶⁾ Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, 29 January 2012.

이 협정에 규정된 보호의무를 위반했는지 여부를 다투는 것인데, 투자협정에 위와 같은 포괄적 보호조항이 들어 있는 경우에는 일방체약국이 상대국 투자자와 체결한 계약을 이행하지 않는 경우에는 단순한 계약위반에 그치지 않고 협정상의 포괄적 보호조항을 위반한 셈이 되어, 협정위반에 근거한 투자중재를 제기할 수 있다. 결국 이 조항은 계약상 분쟁을 협정상의 분쟁으로 전환(elevate)하는 역할을 한다.

이러한 포괄적 보호조항의 구체적인 문안은 협정마다 다소 차이가 있으나 대 체로 "투자유치국이 체결한 여하한 의무를 준수하여야 한다(observe any obligation it may have entered into)"거나 "체결된 약속의 준수를 지속적으로 보장 하여야 한다(constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into)", 또는 "부담하여야 할 의무를 준수하여야 한다(observe any obligation it has assumed)" 등의 문언이 주로 이용되고 있다. Joy Mining v. Arab Repbulic of Egypt 사건의 기초가 된 영국·이집트 BIT는 이와 관련하여 "일방체 약국은 상대방 체약국 국민 또는 기업의 투자에 관하여 약속한 모든 의무를 준수 하여야 한다(Either Contracting Party shall observe any observation it may have entered into with regard to the investments of nationals or companies of the other Contracting Pary)"라는 문언을 두었고, Salini v. Kingdom of Morocco 사건에 적용 된 이탈리아·모로코 BIT 제2조 제4항은 "일방체약국은 특정 투자자에 대하여 약 속한 모든 의무의 성실한 준수를 포함하여 법적 대우의 영속성을 보장하기 위한 법적 환경을 구축하고 보장하여야 한다(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 undertakings assumed with regard to each specific investor)"라고 규정하였다.

2. 해석 범위

투자중재에서 포괄적 보호조항이 문제된 것은 비교적 최근의 일인데, Fedax v. Venezuela 사건에서 처음으로 이 조항이 검토되었다.267) 이 사건에서는 베네수엘

²⁶⁷⁾ Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, Final award, March 9, 1998.

라 정부가 발행한 약속어음 대금을 신청인에게 지급하지 않은 것이 문제되었는데, 당시 중재판정부는 포괄적 보호조항에 대하여 심도 있는 검토 없이 문언상의 통상적인 의미에 따라 "베네수엘라는 투자협정 제3조가 규정하고 있는 바에 따라보호대상 투자에 적용되는 조건을 명확히 준수하고, 또한 발행된 약속어음에 명시된 지급조건을 준수할 의무가 있다"고만 하였다. 포괄적 보호조항에 대하여 격렬한 논쟁이 벌어진 것은 스위스의 선적전 검사회사인 SGS가 연루된 2개의 중재판정에서 서로 상반된 해석이 내려지면서부터였다. 이후 중재판정례는 포괄적 보호조항에 대하여 좁게 해석하는 견해와 넓게 해석하는 견해가 나뉘고 있다.

가. 좁게 해석한 경우

중재판정례 중 포괄적 보호조항에 대하여 본격적으로 검토한 첫 사례는 SGS v. Pakistan 사건이다. 268) 이 사건에서 신청인 SGS는 파키스탄 정부와 선적전 검사 서비스에 관한 계약을 체결하였는데, 파키스탄 정부가 대금을 지급하지 않자분쟁이 발생하였다. 신청인은 포괄적 보호조항을 인용하면서 계약상 청구에 대해서도 투자중재의 관할이 성립된다고 주장하였다. 중재판정부는 이 조항이 계약위반을 협정위반으로 전환시킨다는 신청인의 주장을 부인하면서 "본 건 BIT 제11조의 문언269) 자체로 계약위반이 국제조약법 위반으로 변경되는 것은 아니다"고 하였다. 또한 "이를 인정할 경우 국가에 지나친 부담을 줄 우려가 있고, 무엇보다체약국들이 본 조항에 대하여 그러한 효력을 부여할 의도가 있었는지 명확히 입증되지 않았다"고 하였다. 아울러 신청인의 해석에 따를 경우 수많은 국가계약이협정상의 투자중재로 이어질 될 것이라는 우려를 표명하였다.

한편, Joy Mining Machinery v. Egypt 사건에서²⁷⁰⁾ 중재판정부는 "순수하게 상 사계약(commercial commitments)은 투자협정의 보호 대상이 아니며, 계약의 일방 당사자가 국가기관이라고 해서 그러한 계약의 상사적 성질이 변하는 것이 아니

²⁶⁸⁾ SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

²⁶⁹⁾ 스위스·파키스탄 BIT 제11조에서 "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."고 규정하고 있다.

²⁷⁰⁾ Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004.

다"고 하였다. 중재판정부는 사소한 상사 분쟁까지 포괄적 보호조항에 의하여 투자중재의 대상이 되는 것은 바람직하지 않다고 하였다. 다만, 그럼에도 불구하고 중대한 계약위반의 경우에는 이 조항의 적용이 가능함을 시사하였다. 즉, "협약에 삽입된 포괄적 보호조항이 모든 계약상의 분쟁을 투자분쟁으로 전환시키는 것은 아니고, 투자협정상의 권리와 의무를 명백히 위반하였거나 또는 투자협정에 따른보호를 촉발할 정도로 중대한 계약 위반이 있는 경우에 한하여 인정될 수 있는데, 본 사건은 그러한 경우에 해당하지 않는다"고 하였다.

나. 넓게 해석한 경우

SGS는 비슷한 시기에 유사한 내용으로 필리핀을 상대로 ICSID에 중재를 신청하였는데, SGS v. Pakistan 사건의 판정이 내려진 후 얼마 지나지 않아 SGS v. Philippines 사건의 판정도 내려졌다. 이 사건 중재판정부는 앞서 SGS v. Pakistan 판정부가 포괄적 보호조항을 지나치게 제한적으로 해석하였다고 비판하였다. 두 사건의 포괄적 보호조항은 거의 유사했으나, 중재판정부는 "일방체약국이 계약상의무를 포함하여 특정한 투자에 대하여 부담키로 한 구속력 있는 의무를 준수하지 않은 경우에는 투자협정 위반이 성립된다"고 하여 SGS v. Pakistan 판정부와는 상반된 해석을 하였다.271)

이러한 입장은 이후 Sempra Energy v. Argentina 사건에서도 인용되었다. 이사건 중재판정부는 계약상 의무위반이 투자협정상 투자자의 권리에 어떠한 영향을 미쳤는지가 중요하다면서, 계약상 청구는 투자협정상 청구를 구성할 수 있다고 했다. 272) 한편 Eureko v. Poland 사건 중재판정부는 네덜란드·폴란드 BIT에 포함된 포괄적 보호조항의 조문을 넓게 해석하였다. 즉, "본 조항은 '체약국은 상대국 투자자의 투자와 관련하여 체결한 여타의 의무를 준수하여야 한다(shall observe any obligations it may have entered into)'고 규정하고 있는 바, '준수하여야 한다(shall observe)'는 말은 일정한 의무를 의미하는 것이고, '여하한(any) 의

²⁷¹⁾ 다만, SGS v. Pakistan 중재판정부보다 포괄적보호조항의 범위를 넓게 해석하기는 하였으나, 이 사건 중재판정부는 계약에서 국내법원의 전속관할을 약정한 경우에는 그 법원이 우선적 관할권을 갖는다고 보고, 신청인이 국내법원에서 판결을 받은 후에 다시 중재회부 할때까지 중재절차를 정지하기로 결정하였다.

²⁷²⁾ Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005.

무'란 상대국 투자자의 투자와 관련하여 체결한 모든 의무를 뜻한다"고 보고 계약위반에 기한 청구에 대해서도 중재판정부의 관할권은 성립한다고 판정하였다.273)

3. 중재판정례

El Paso Energy v. The Argentine Republic

이 사건 중재판정부는 '상인으로서의 국가(state as merchant)'와 '주권자로서의 국가(states as a sovereign)'는 구분되는 개념임을 지적하고, 투자중재는 국가가 '주권자'로 개입한 분쟁에 한하여 관할이 인정된다고 하였다. 또한 포괄적 보호조 항을 넓게 해석하면 국내법질서와 국제법질서 간의 구분이 모호해지고, 투자자들 이 무분별하게 중재를 제기할 것이라며 투자자의 권리 보호에 치우친 해석은 경 계해야 한다고 지적하였다.274)

LG&E v. Argentina

피신청국 정부는 당초 석유산업에 대한 외국인투자를 유치하기 위하여 석유가격의 미국생산자물가지수에 의한 산정, 반기별 가격조정 등의 약속을 하였는데, 2000년대 초 불어닥친 경제위기의 여파로 피신청국은 신청인과의 당해 약속을 파기하는 조치를 취하였다. 아르헨티나 정부의 약속을 믿고 현지의 3개 석유회사주식을 매입했던 신청인은 투자중재를 통하여 피신청국 정부의 약속파기를 다투었다. 신청인은 피신청국 정부가 외국인투자자에게 투자이익 환수, 통화변경과 인플레이션에 대한 보호, 국제지수에 의한 요금조정 등을 보증하였고, 이는 아르헨티나 정부의 법적 의무임에도 불구하고 이를 일방적으로 파기함으로써 외국인투자에 대한 본질적인 의무를 위반했다고 주장하였다. 이는 결국 미국・아르헨티나BIT 제2조 제2항 (c)호에서 규정하고 있는 "각 체약국은 투자와 관련하여 체결한 여하한 의무를 준수하여야 한다"는 소위 포괄적 보호조항 위반이라는 것이다.

²⁷³⁾ Eureko B.V. v. Poland, Partial award, August 19, 2005.

²⁷⁴⁾ El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 4, 2006.

중재판정부는 포괄적 보호조항은 법률 위반보다는 투자유치국과 투자자간의계약 위반이 발생한 경우에 더 문제되는 조항이라면서, 이 조항의 위반 여부를 판단하기 위해서는 아르헨티나 석유법(Gas Law)과 시행령이 외국인투자자에 대하여 구체적인 의무를 부과하고 있는지, 그리고 이러한 규정의 폐지가 의무 위반에해당하는지를 고려해야 한다고 보았다. 중재판정부는 석유법은 일반적 의미의 법적 의무를 부과하는 것이 아니라 경제위기를 극복하기 위하여 외국인투자를 유치할 목적으로 제정된 것이므로, 계약상 의무를 구성하고 이 법의 폐지는 계약상 의무를 위반한 것으로, 궁극적으로는 포괄적 보호조항을 위반한 것이라 판단하였다.275)

Eureko B. V. v. Poland

네덜란드 회사인 신청인, Eureko는 폴란드의 국영보험회사인 PZU의 민영화 작업에 참여하여 경영권을 확보하고자 하였다. 신청인은 최초 입찰에서 PZU의 주식 30%를 매입하였고, 이후 공모절차 등을 통하여 추가 지분 21%를 취득하고자하였으나, PZU의 민영화문제가 정치적 이슈가 되면서 결국 추가지분을 확보하지 못하여 지배주주가 되는데 실패하였다. 이에 대하여 신청인은 피신청국을 상대로투자중재를 제기하였고, 피신청국의 포괄적 보호조항 위반을 주장하였다.

중재판정부는 먼저 신청인의 피신청국에 대한 투자는 1999년 3월 재경부장관결정에 따라 이루어졌는데, 이 결정에서는 PZU의 주식 30%를 우선 매각하고 신청인에게 잔여지분을 2001년까지 매각하겠다는 것이 핵심이었으며, 양자간의 계약서에 이러한 내용이 명시되어 있음을 확인하였다. 그럼에도 불구하고 피신청국정부는 이후 민영화전략을 변경하고, 아주 경미한 이유로 사업계획 승인을 거절하는 등 계약이행에 협조하지 않았다고 보았다. 중재판정부는 피신청국 정부는 주식양도계약과 제1차 부속계약에 따라 공모를 실시하여 신청인이 PZU의 경영권을 행사할 수 있게 할 의무가 있었는데, 이를 고의적으로 이행하지 않았다고 판단하였다. 따라서 본 건에 적용될 네덜란드·폴란드 BIT 제3.5조는 포괄적 보호조항을 규정하고 있으므로, 중재판정부는 이 조항에 따라 계약상 의무위반은 투

²⁷⁵⁾ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25, 2007.

자협정 위반을 구성하게 되고, 본 사건에서 피신청국 정부의 계약위반은 위 제3.5 조를 위반한 것이라고 결정하였다.²⁷⁶)

Swisslion DOO Skopje v. Macedonia

본 사건은 스위스 국적의 신청인 Swisslion이 피신청국의 공기업 Agroplod의 주식을 매입하는 과정에서, 피신청국 정부가 신청인 보유의 재산을 몰수하기 위한 여러 조치와 관련하여 제기된 투자중재 사건이다.277)

신청인은 당초 신청인과 피신청국 재무부간에 체결된 지분매매협정을 재무부가 일방적으로 파기하여 스위스·마케도니아 BIT상의 포괄적 보호조항을 위반하였다고 주장하였다. 그러나 실상은 재무부가 이 문제에 대하여 관할법원에 제소하여 최종 판결을 받아 매매협정이 취소된 것이었다. 중재판정부는 피신청국이사법기관을 통하여 계약을 취소하였다고 하여 외국인투자자에 대한 약속을 위반한 것이라 볼 수 없다면서, 포괄적 보호조항에 기한 신청인의 청구를 기각하였다.

제7절 그 밖의 보호 의무

1. 이행요건 부과금지

가. 의의

이행요건(performance requirements)이란 투자의 허용과 관련하여 또는 투자에 부여하는 특별한 혜택을 대가로 투자유치국이 외국인투자의 설립과 운영에 대하여 부과하는 특정한 조건을 가리킨다. 예컨대, 투자 프로젝트에서 생산된 일정량을 수출하도록 하거나 일정 수준의 국내 원자재를 사용하도록 하는 요건, 또는

²⁷⁶⁾ Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial award, August 19, 2005.

²⁷⁷⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제3장 제5절 4. '정당한 수용이 되기 위한 요건'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

투자유치국의 국민을 고용하도록 요구하는 것 등이 해당된다. 우리나라가 체결한 대부분의 투자협정은 이행요건에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 한·미 FTA 제 11.8조는 이에 관한 상세한 규정을 두고 있다.

이행요건 부과금지는 내국민대우나 최혜국대우와는 달리 비교대상이 없는 절대적 의무이다. 즉, 내국민이나 제3국 국민과의 차별적 대우를 묻는 것이 아니고, 단지 협정에 열거된 일정한 유형의 조건을 상대방 체약국 투자(자)에게 부과하는 것을 금하는 보호규범이다.

나. 중재판정례

ADF Group Inc. v. U.S.A.

이 사건은 피신청국 연방정부의 고속도로 건설허가에 요구되는 법률상의 구매 규정이 문제되어 발생한 분쟁이다. 피신청국 연방정부는 이 사건 건설허가를 내주면서 버지니아주가 고속도로 건설에 사용할 자재에 대하여 'Federal Buy America Act' 상의 기준을 따르도록 하였다. 동 법에 따르면 미국에서 생산된 제품만이 정부조달 계약상의 혜택을 받을 수 있었다. 신청인 ADF는 철강을 제공하는 하도급업자였으나, 이들이 사용한 철강이 캐나다에서 생산되었다는 이유로 프로젝트에서 탈락되었다. 신청인은 미국산 의무구매규정으로 인하여 미국산을 10% 사용하도록 강요하고, 미국에서 생산된 자재를 우선시하도록 요구함으로써 제1106조에서 규정하고 있는 이행요건부과금지 의무를 위반했다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 NAFTA 제1108조에 따르면 일방체약국에 의한 정부조달 (government procurement)은 이행요건부과금지 의무로부터 면제되는데, 본 건 프로젝트의 허가 요건은 본질적으로 정부조달에 해당하여 예외가 인정되므로 제1106조 위반은 성립되지 않는다고 판정하였다.278) 즉, 문제된 미국산 의무구매규정이 NAFTA에 위반되지는 여부는 본안에서 정식으로 검토되지 않았다.

²⁷⁸⁾ ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, January 9, 2003.

ADM v. The United Mexican States

이 사건에서 신청인들은 문제된 피신청국의 특별소비세법이 국내 사탕수수를 사용한 자국 음료제조사에게 혜택을 부여하고 있는데, 이는 NAFTA 제1106조 제 3항이 금지하는 이행요건에 해당한다고 주장하였다. 또한 제1106조 제3항은 국적 에 상관없이 NAFTA 회원국의 모든 투자자에게 적용된다고 덧붙였다. 즉, 신청인 은 제1106조 제3항이 당사국의 영토에 있는 모든 투자에 대하여 적용된다고 주장 한 반면, 피신청국은 이 조항이 특정 회원국의 투자자에 국한하여 적용된다고 보 았다.

중재판정부는 NAFTA 제1106조 제3항은 제1101조 제1항과 연계하여 해석해야 한다고 보았다. NAFTA 제1101조 제1항은 제11장의 적용범위에 대하여 "NAFTA 제11장은 제1106조와 제1114조에 대하여, 당사국 영토에 있는 모든 투자와 관련 하여 당사국이 채택하거나 유지한 조치에 적용 된다"고 규정하고 있다. 따라서 중재판정부는 제1106조 제3항에 포함된 의무는 특정 회원국의 투자로 제한되는 것이 아니라, 당사국 영토에 있는 모든 투자에 적용된다고 보았다. 즉, 제1106조 제3항은 피신청국 국민을 포함하여 NAFTA 역내의 모든 투자자에게 이행요건을 부과하는 것을 금지한다는 것이다. 이 사건에서 문제된 이행요건은 세금면제를 받기 위해서는 액상과당 대신 사탕수수를 사용해야 한다는 요건을 충족해야 하는 것인데, 이는 제1106조 제3항 (a)호와 (b)호에서 규정하고 있는 '일정한 수준의 또 는 비율의 국내 재료를 달성' 또는 '자국에서 생산된 상품을 구매, 사용 또는 선 호를 부여하는 것'에 해당하다고 보았다. 또한 제1106조 제3항은 조세혜택과 같 이 '혜택(advantage)'에 수반되는 특정한 이행요건을 금지하는 것이라고 지적하였 다. 이러한 혜택은 사탕수수의 사용을 전제조건으로 하고 신청인들이 투자한 액 상과당 산업을 배제하여 차별하였으므로, 문제된 특별소비세는 NAFTA 제1106조 제3항 위반이라고 판정하였다.279)

S.D. Myers v. Canada

본 사건 분쟁은 PCB 폐기물을 캐나다로부터 수입하여 오하이오에서 처리하는

²⁷⁹⁾ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, November 21, 2007.

미국회사인 신청인에게 영향을 미친 캐나다의 PCB 수출금지 조치와 관련된 것이다. 신청인은 피신청국의 PCB 수출금지가 사실상 피신청국에서 PCB를 처리하도록 요구하는 것이므로 NAFTA 제1106조에 위반된다고 주장하였다. 280) 즉, PCB 폐기물을 캐나다에서 처리하도록 강요받았는데, 이는 PCB 처리 사업자들에게 캐나다 상품과 서비스를 적극 사용할 것과, 일정 수준의 국내재료를 사용토록 요구하는 이행요건이라고 주장하였다.

이에 대하여 피신청국은 문제된 잠정명령은 이행요건을 부과하거나 강요한 것이 아니라고 반박하였다. 피신청국이 내린 잠정명령에서는 피신청국 상품이나 서비스를 구매하도록 하거나, 피신청국에서 생산된 일정수준의 원자재를 사용하도록 강요한 것이 아니라는 것이다. 또한 NAFTA는 금지되는 이행요건을 모두 열거하고 있는데, 수출금지는 그에 해당하지 않는다고 하였다. 만약 잠정명령이 제1106조 위반이라 하더라도, 동 조치는 인간, 동·식물 또는 건강을 보호하기 위해서 필요한 조치 또는 고갈될 수 있는 천연자원의 보존을 위하여 필요한 조치였기 때문에 예외가 적용된다고 주장하였다.

중재판정부는 피신청국에 의하여 부과된 수출금지조치는 형식에 비추어 볼 때 승인과 연계된 명시적 조건으로 보이지는 않으나, 제1106조를 적용하는데 있어 형식이 아닌 실질을 살펴볼 것이라고 하면서, 비록 중재판정부가 조치의 실질적 측면을 검토해야 하지만 제1106조 제1항과 제3항에 명시된 요건에 속하지 않는 제한을 고려할 수는 없다고 하였다. 현 상황에 적용될 수 있는 정의는 투자의 영업(conduct)이나 운영(operation)이지만, 중재판정부는 (b)호도, 그리고 (c)호도 명확하게 적용되지 않는다고 판단하였다. 제1106조의 단어와 잠정조치의 실질 및 효과를 볼 때 '요건'이 없었다고 보았고, 따라서 중재판정부에 의해서 문제의 조치가 이행요건에 해당하지 않는다고 판단하였다.281)

²⁸⁰⁾ NAFTA 제1106조 제1항은 집합적으로 이행요건이라 불리는 정부행위를 금지하고 있다. 즉, 제1106조 제1항에서 "(a) 당사국은 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업 또는 운영과 관련하여 '요건, 약속 또는 의무부담'을 부과하거나 강요해서는 안 된다. (b) 당사국은 투자자에게 자국 영토에서 생산된 상품이나 서비스를 투자자의 상품이나 서비스에 포함하도록 요구할 수 없다. (c) 당사국들은 투자자에게 국내에서 생산된 상품이나 서비스에 선호를 부여할 것을 요구할 수 없다"고 규정되어 있다.

²⁸¹⁾ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, November 13, 2000.

2. 자유로운 송금조항(Transfers)

외국인투자자가 투자유치국 안팎으로 자본을 유입·유출하기 위한 조건은 투자자와 투자유치국 정부 모두에게 중요한 관심사항이다. 일반적으로 투자자는 생산설비를 마련하거나 사업을 확장하기 위하여 투자유치국으로 자본을 유입할 필요가 있고, 투자에서 얻은 수익(profits)을 본국이나 제3국으로 자유롭게 송금하는 것이 무엇보다 중요하다. 반면, 투자유치국은 국내경제를 안정되게 유지하고 외환거래의 건전성을 도모하기 위하여 일정한 감독과 통제를 할 필요가 있다. 단기간에 갑자기 자본이 유입되거나 자본도피가 발생하는 경우 국내 재정시장의 불안정성을 초래할 수도 있기 때문이다.

오늘날 대부분의 투자협정에서는 거의 예외 없이 이 문제를 다루고 있다. 다만, 구체적인 규정방식이 매우 다양하여 통일된 유형은 존재하지 않으며, 자본정책, 국내 자본시장의 규모, 과거의 경험, 당사국들의 협상력에 따라 구체적인 문안이 다르게 표현되고 있다. 282) 아직까지 투자중재에서 동 조항이 직접적으로 문제된 사례는 없는 것으로 나타났다.

²⁸²⁾ 우리나라가 가장 최근에 체결한 한·르완다 BIT(2013년 2월 16일 발효) 제6조는 '송금'이란 표제 하에 다음과 같이 규정하고 있다.

^{1.} 각 체약국은 상대방 체약국의 투자자에게 투자와 관련된 모든 지급의 국내외로의 자유로 운 송금을 보장하여야 한다. 그러한 송금은 특히 다음 각 목의 사항을 포함하나 이에 한 정되지 아니한다. 가) 초기의 자본 및 투자의 유지와 확대를 위한 추가 자금, 나) 수익, 다) 대 부계약 등 계약에 따라 이루어진 지불, 라) 투자의 매각 또는 전면적, 부분적 청산으로부터 발생 한 자금, 마) 제4조와 제5조에 따라 이루어진 지불, 바) 분쟁해결에 따라 이루어진 지불, 사) 투자 와 관련하여 고용된 외국 근로인력의 임금 및 그 밖의 보수

^{2.} 이 협정에 따른 모든 송금은 사용가능한 통화로 부당한 제한이나 지체 없이 송금일에 적용되는 시장환율에 따라 이루어져야 한다.

^{3.} 제6조 제1항과 제2항의 규정에도 불구하고, 일방체약국은 다음에 관한 자국의 조치 및 법 규의 공평하고 비차별적인 선의에 입각한 적용을 통하여 송금을 연기하거나 금지할 수 있다. 가) 파산, 지급불능 또는 채권자의 권리보호, 나) 유가증권의 발행, 유통 또는 거래, 다) 형사범죄, 라) 법집행 또는 금융규제당국을 지원하기 위하여 필요한 때에 송금에 대한 재무보고 또는 기록 보존, 마) 사법절차에서의 명령 또는 판결의 준수 보장

^{4.} 일방체약국은 다음의 경우에 제6조 제1항과 제2항에 부합하지 아니하는 조치를 채택하거나 유지할 수 있다. 가) 중대한 국제수지 및 대외적 금융상의 어려움에 처하거나 처할 우려가 있는 경우, 나) 예외적인 경우, 자본이동이 거시경제의 운영, 특히 통화환율정책에 중대한 어려움을 초래하거나 초래할 우려가 있는 경우.

3. 고위경영진의 국적요건 부과금지

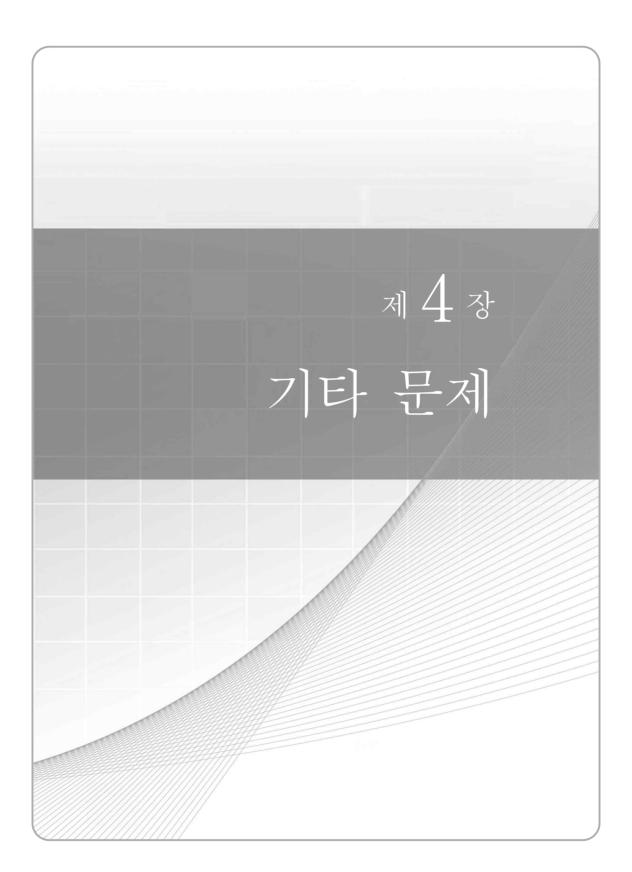
고위경영진의 국적요건 부과금지 조항은 투자기업의 경영진 일부를 특정 국적으로 구성하도록 요구하는 것을 금지하는 것으로, 투자자의 경영권을 보장하기위한 규정이다. 2012 미국 모델 BIT 제9조 '고위 경영진과 이사회'에서는 "1) 어느 체약국도 당해 투자의 대상인 자국 내 기업에 대하여 특정 국적을 가진 자를고위 경영층에 임명하도록 요구해서는 안 된다. 2) 체약국은 자국 내 기업에 대하여 투자자들의 실질적인 관리능력을 침해하지 않는 한, 동 기업의 이사회 또는기타 운영위원회의 과반수가 특정 국적을 소유하도록 또는 자국 내에 거주하도록 요구할 수 있다"고 규정하고 있다. 283) 동 조항은 고위경영진의 고용과 관련하여 국적을 불문하고 투자자의 자유로운 선택권을 보장하고자 하는데 궁극적인 취지가 있다. 일부 투자협정에서는 공공성이 강한 분야에 대하여는 고위경영진의 국적을 투자유치국의 국민으로 제한할 필요성을 인정하여 이에 대한 유보를 허용하기도 한다. 284) NAFTA 협정의 경우에도 이러한 유보가 인정되고 있다. 그러나 아직까지 이 조항이 문제된 투자중재 사례는 없다.

²⁸³⁾ Article 9: Senior Management and Boards of Directors

^{1.} Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.

^{2.} A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

²⁸⁴⁾ 한·일투자협정(2003년 1월 1일 발효)은 부속서(Annex I)를 통하여 방위산업, 방송산업, 어업, 담배산업 등에 관하여 고위경영진의 국적요건 부과금지에 대한 유보를 규정하고 있다.



● 다자자・국가소송(ISD) 최신 판정분석

제 4 장 기타 문제

제1절 중재절차

1. 중재신청의 철회 및 각하 요청

가. 신청인 중 일방의 철회

1) 개요

투자중재 사건에서 신청인이 둘 이상인 경우도 다수 발생한다. 둘 이상의 투자자들이 투자유치국의 특정 조치에 대하여 공동으로 투자중재를 제소하거나, '투자'에 공동으로 출자하여 지분을 가지고 있는 경우 등 다양한 이해관계를 가지고 투자중재를 제기한 경우이다. 중재 신청인이 복수인 경우, 중재판정부는 각 투자자들의 투자와 관련하여 '투자적격' 및 '당사자적격' 여부를 판단하고, 이 중 당사자적격이 인정되지 않는 투자자의 신청은 각하하는 것이 일반적이다. 따라서 때로는 여러 명의 중재신청인들 중에 일부만이 당사자적격을 인정받아 절차를 계속하고, 나머지는 적격을 인정받지 못하여 중재신청 자체가 각하되기도 한다.

중재판정부에 의한 각하판정과는 별개로, 복수의 신청인 가운데 일부가 절차 진행 중에 신청을 철회하는 경우도 있다. 이 때 상대방 당사자인 피신청국이 이 러한 신청인의 철회요청에 동의하는 경우에는 별 문제가 없으나, 피신청국이 동 의하지 않는 경우에는 중재판정부가 이를 처리해야 한다. ICSID 중재규칙 제44조 는 당사자 일방의 요청에 의한 절차 중지에 대하여 규정하고 있다.285) 동 조에

²⁸⁵⁾ ICSID 중재규칙 제44조 '당사자 일방의 요청에 의한 중지'에서는 "당사자 일방이 중재절차 의 중재를 요청하는 경우, 중재판정부 또는 중재판정부가 구성되어 있는 않은 경우에는 사 무총장이, 일정 시한을 정하여 상대 당사자가 이러한 중지에 반대하는지의 여부를 진술하 도록 해야 한다. 만약, 그 기한 내에 일방당사자가 서면으로 반대하지 않는다는 의사를 통

따르면 상대방 당사자의 명시적인 서면동의가 있는 경우에 한하여 절차의 중지가 가능하다. 또한 2010 UNCITRAL 중재규칙 제36조 제2항에서는 중재절차의 계속이 불필요하거나 불가능한 경우, 중재판정부가 당사자들의 의견을 물어 절차를 종결할 권한을 갖는다고 규정하고 있다.286)

2) 중재판정례

본 보고서의 대상 중재판정례 중, 분쟁 당사자 일방의 철회요청과 관련하여 투자유치국이 이미 중재절차에 대하여 대응을 한 이후, 신청인이 철회를 요청한 때에 중재철회가 유효하게 인정될 수 있는지에 관한 다툼이 있었다.

■ AWG Group v. The Argentine Republic²⁸⁷)

아르헨티나 국적의 Auguas Argentinas S.A.(이하, AASA)와 그 주주인 프랑스 국적의 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.(이하, AGBAR)와 Vivendi Universal S.A.(이하, Vivendi), 영국 국적의 AWG Group Ltd(이하, AWG) 등은 부에노스아이레스와 주변도시에서 상수도 공급 및 하수처리 서비스를 제공 하기로 한 자신들의 투자에 대하여 아르헨티나 정부가 취한 조치를 문제 삼아 중 재를 제기하였다.²⁸⁸⁾ 중재신청서에서 신청인 Suez와 Vivendi는 1991 프랑스·아르 헨티나 BIT에서 규정하고 있는 ICSID 중재에 대한 아르헨티나의 사전동의에 따라, AGBAR은 1991 스페인·아르헨티나 BIT에서 규정하고 있는 아르헨티나의 사전동의에 따라, AWG는 1990 영국·아르헨티나 BIT에 따라 투자분쟁을 중재하

지한 경우에는 절차중지에 동의한 것으로 간주하고, 중재판정부 또는 필요한 경우 사무총 장은 절차중지에 관한 명령을 내려야 한다. 만약, 일방당사자가 반대하는 경우 중재절차는 계속된다"고 규정하고 있다.

^{286) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제36조 '화해 기타 절차종결의 사유'제2항에서는 "중재판정을 내리기전에, 전항에 규정된 사유가 아닌 어떤 다른 이유로 해서 중재절차의 계속이 불필요 하거나 불가능하게 된 경우에는, 중재판정부는 당사자쌍방에게 절차종결에 관한 명령을 내 리겠다는 의사를 통지하여야 한다. 중재판정부는 당사자가 이러한 판정부의 통지에 대하 여 반대한다는 정당한 사유를 제시하지 아니하면 절차의 종결을 명할 권한을 갖는다"고 규정하고 있다.

²⁸⁷⁾ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19.

²⁸⁸⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

기로 한 아르헨티나의 사전동의를 각각 원용하였다.289)

중재판정부가 관할권에 대한 심의를 하는 동안 신청인들의 대리인은 2006년 2 월 9일자 서한을 통하여 중재판정부에 AASA의 주주들이 제3자에게 주식을 팔고 있는 중이고, 아르헨티나로부터 주식판매에 대한 승인을 받기 위하여 신청인 중 하나인 AASA가 위에서 언급된 중재에서 청구를 철회하기로 결정하였다고 통지 하였다. 또한 AASA의 중재신청 철회는 다른 신청인들의 청구에는 영향을 미치지 않는다는 점을 강조하였다. 중재판정부는 신청인 중 일부인 AASA의 중재신청 철 회에 관한 요청을 받은 후 피신청국에 이에 대한 의견을 제출하도록 요청하였 다.290) 피신청국은 신청인 AASA의 철회에 대하여 이의를 제기하지 않았으나, AASA에게 중재신청의 철회를 결정한 주주회의 의사록 사본을 제출할 것을 요청 하였다. 동시에 피신청국은 중재판정부의 관할권에 반대하면서, AASA의 중재신 청 철회 결정은 이 사건 다른 신청인들의 청구를 소멸시킨다는 추가적인 주장을 개진하였다. 즉, 본 사건의 발단이 된 부에노스아이레스와 주변도시에서의 상수도 공급 및 하수처리 서비스에 관한 양허계약 당사자는 AASA이고 나머지 신청인들 은 AASA의 주주일 뿐이므로, AASA가 중재신청을 철회하게 되면 나머지 신청인 들은 중재의 당사자적격을 잃게 된다는 것이다. 중재판정부의 요청으로 AASA 대 리인은 중재신청 철회를 허가한 주주회의 의사록 사본을 제출하였고, 동시에 다 른 신청인들에 대한 중재판정부의 관할권을 문제 삼은 피신청국의 항변을 반박하 는 서면을 제출하였다.

중재판정부는 ICSID 협약과 ICSID 중재규칙 어디에도 중재절차에서 신청인 중 일부가 중재신청을 철회하는 경우에 대한 구체적인 규정은 없다고 하였다. 즉, ICSID 중재규칙 제44조는 다른 당사자가 반대하지 않는 경우, 상대방 당사자의 요청에 의한 중재절차 중단을 허용하고 있으나, 동 조는 복수의 신청인 중 일부 당사자가 철회하는 경우에는 적용되지 않는다는 것이다. 그럼에도 불구하고 중재 판정부는 ICISD 중재판정부에게 협약이나 규칙에서 규정하고 있지 않은 절차적

²⁸⁹⁾ 영국·아르헨티나 BIT 제8조 제3항에서는 "투자분쟁이 국제중재의 대상이 되는 경우, 아르헨티나와 투자자는 분쟁을 ICSID 중재나 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재에 회부하기로 동의할 수 있고 3개월 후 합의에 도달하지 못하는 경우, 당사자들은 분쟁을 UNCITRAL 규칙에 따른 중재에 제출하기로 구속된다"고 규정하고 있다.

²⁹⁰⁾ 중재판정부의 피신청국에 대한 의견제출 요청은 ICSID 중재규칙 제44조 '당사자 일방의 요청에 의한 중지'에 근거한 것이다.

문제에 대하여 결정할 권한을 부여한 ICSID 협약 제44조에 의거하여, 상대방 당사자가 반대하지 않은 경우 신청인 가운데 일부 당사자의 요청에 의한 철회를 허가할 권한이 있다고 판정하였다. 중재판정부는 이 사건에서 그러한 철회를 허용하는 것은 투자분쟁해결을 촉진하는 ICSID 협약의 기본 목적에 부합하는 것이라판단하였다. 또한 본 절차에서 AASA가 계속 참여하는 것은 본 중재의 공정하고 정확한 해결에 도움이 되지 않는다고 하였다.

나. 신청인의 각하 요청

위에서 검토하였듯이 신청인이 중재신청의 철회를 요청한 경우, 중재판정부는 상대방 피신청국의 동의를 얻어 중재절차의 진행을 중단할 수 있다. 반면, 중재신청 후 철회가 아닌 신청인 스스로 중재판정부의 관할을 부인하여 각하를 요청하는 것은 매우 드문 상황이다. 신청인은 중재신청 중 자신의 주장을 입증할 법적근거가 부족할 경우 보완을 위하여 우선 이미 신청한 청구에 대한 각하를 요청하고, 추후 다른 사유에 의한 중재신청을 하기 위하여 이러한 방법을 검토할수 있다. 즉, 소송전략상의 이유 등으로 중재판정부의 관할권 없음을 주장하는 것이다. 중재판정례 가운데 신청인이 스스로 중재신청의 각하를 요청한 사례는 다음과 같다.

Europe Cement v. Turkey²⁹¹⁾

신청인 Europe Cement Investment and Trade S.A.는 폴란드 국적의 회사로써 터키 내 CEAS와 Kepez, 2개의 전기회사에 대한 지분을 매입하는 방식으로 피신청국에 투자하였다. 본 건 분쟁은 피신청국이 1998년 위 터키 회사들과 체결한 양허계약을 2003년 6월 11일자로 해지하면서 발생하였다. 신청인은 터키 정부가 ECT 상의 투자보호 의무를 위반하여 자신의 투자에 손실을 입혔다고 주장하며 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서 신청인은 2009년 3월 24일자 준비서면을 통하여, 자신들은 문제 된 주식 매입 사실을 입증할 수 없으므로, 중재판정부가 관할권 없음을 이유로

²⁹¹⁾ Europe Cement Investment & Trade S.A. Claimant v. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2

본 사건을 각하해 달라고 요청하였다. 이에 피신청국은 본 사건에 적용되는 절차 규칙인 ICISD 추가절차규칙292) 제49조 제2항에293) 따르면, 중재절차는 당사자간의 동의가 있는 경우에 한하여 종료될 수 있으므로 신청인 일방의 각하요청에 의한 종료는 불가하다고 반박하였다. 나아가 피신청국은 자신들이 제기한 관할권 항변에 대하여 중재판정부의 판정을 받을 권리가 있으며, 중재판정부는 신청인의 중재절차남용(abuse of the process)에 대하여 명확한 판정이 내려져야 한다고 주장하였다.

중재판정부는 당사자간에 절차종료에 관한 합의가 없는 한, ICISD 추가절차규칙 제50조에294) 따라 절차가 속행되어야 한다고 하였다. 다만 양당사자가 중재판정부의 관할권 없음에 동의하고 있는 바, 이것이 절차를 종료하겠다는 합의에 해당하는지 여부가 문제된다고 보았다. 중재판정부는 이를 당사자간 절차종료로 인정할 수 없다고 보았는데, 그 이유는 당사자들이 관할권 없음의 근거에 대하여서로 다른 주장을 하였기 때문이다. 즉, 신청인은 CEAS 및 Kepez의 주식 소유에관한 증거자료를 제출할 수 없음을 이유로 들고 있으나, 피신청국은 신청인이 이들 회사의 주식을 소유한 사실 자체를 부인하고 있다는 것이다. 또한 피신청국은 관할권 부재에 따른 각하 요청 외에 반대신청을 통해, 중재신청으로 인한 피신청국의 손해에 대하여 별도의 배상청구도 한 점이 문제였다.295) ICSID 추가절차규

²⁹²⁾ 피신청국 터키는 ICSID 회원국이나, 신청인 Europe Cement는 폴란드 국적으로 폴란드는 ICSID 회원국이 아니기에 본 투자중재건에서는 중재절차에 ICSID Additional Facility가 적용되었다.

²⁹³⁾ ICSID 추가절차규칙 제49조 제2항에서는 "If requested by both parties and accepted by the Tribunal, the Tribunal shall record the settlement in the form of an award. The Tribunal shall not be obliged to give reasons for such an award. The parties will accompany their request with the full and signed text of their settlement."고 규정하고 있다.

²⁹⁴⁾ ICISD 추가절차규칙 제50조에서는 "If a party requests the discontinuance of the proceeding, the Tribunal, or the Secretary-General if the Tribunal has not yet been constituted, shall in an order fix a time limit within which the other party may state whether it opposes the discontinuance. If no objection is made in writing within the time limit, the Tribunal, or if appropriate the Secretary-General, shall in an order take note of the discontinuance of the proceeding. If objection is made, the proceeding shall continue."고 규정하고 있다.

²⁹⁵⁾ 중재판정문 para.123에서 "In its Memorial on Jurisdiction, the Respondent requested the following relief (see above, paragraph 65): (1) Dismissing Europe Cement's claim in its entirety; (2) Declaring that the claim is manifestly ill-founded, and has been asserted using inauthentic documents; (3) Awarding monetary compensation to the Republic in an amount to be fixed by the Tribunal; and (4) Awarding to the Republic all its costs and expenses associated with this proceeding, plus interest."이라고 되어 있다. 즉, 피신청국 터키는 관할권 항변을 위한 준비서면에서 중재신청의 각하판정 외에 본 중재신청으로 인해 터키정부가

칙 제49조에 규정된 당사자간의 절차 종료에 대한 합의가 없는 점을 고려할 때, 중재판정부는 당사자의 청구에 대하여 판단을 내려야 할 의무가 있다고 보았다. 이에 중재판정부는 CEAS 및 Kepez 주식 매입을 증빙할 자료가 없음을 이유로 신청인이 요청한 각하신청을 기각하고, 중재신청으로 인한 피신청국의 손해배상청구에 대하여 검토하였다.

2. 집단중재에 대한 관할 인정

가. 개요

2006년 9월 14일, 이탈리아 국적의 투자자 6만 여명이 이탈리아·아르헨티나 BIT에 근거하여 아르헨티나를 상대로 제기한 Abaclat 사건의 중재판정부는 2011년 8월 4일에 당해 중재판정부에 관할권이 있음을 긍정하는 판정을 내놓았다. 이사건은 ICSID 설립 이래 처음 접수된 집단 중재사건이며, 중재판정부간에도 관할권 유무에 대한 견해가 나뉘는 등 적지 않은 논란을 야기하였다. 동 사건 중재판정부의 판정에 대해서는 아래에서 구체적으로 살펴본다.

나. 중재판정례

Abaclat and Others v. Argentine Republic²⁹⁶)

○ 사건 개요

1990년대 후반, 외환위기로 몸살을 앓던 아르헨티나 정부는 급기야 2001년 외국인 채권자에 대한 채무이행을 거부하는 모라토리움(Moratorium)을 선언하였다. 이후 아르헨티나는 이들 부실채권을 65% 감가상각한 새로운 채무증서(1달러를 35센트로)로 교환해 주겠다는 제안을 하였고, 채권을 보유한 외국인 가운데 76%가 위 제안을 수락하였다. 그러나 이를 받아들이지 않은 미국, 독일, 이탈리아 등

입은 손해와 중재절차 과정에서 소요되는 비용을 신청인이 배상하는 판정을 구하였다.

²⁹⁶⁾ Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (Italy-Argentina BIT).

전 세계에 퍼져있던 나머지 채권자들은 아르헨티나를 상대로 소를 제기하였다. 대부분의 경우 신청인이 아르헨티나에 대하여 승소판정을 얻어냈으나, 아르헨티나는 경제적 어려움을 이유로 배상금의 지급을 거절하여 판정의 집행이 이루어지지 않았고, 그렇다고 압류할 만한 아르헨티나의 재산을 찾기도 여의치 않았다. 이 사건도 그러한 사건들 중 하나인데, 2006년 3월 이탈리아의 8개 대형 은행이 연합하여 구성된 대책위원회(이하, TFA)는 자국의 아르헨티나 부실채권 보유자들에게 ICSID 중재신청에 필요한 위임장을 배부하여 자신들이 대리인 자격으로 중재를 신청하겠다는 뜻을 전하면서 시작되었다. 이에 18만 여명이 위임장을 제출하였고, 같은 해 9월 TFA는 ICSID에 정식으로 중재를 신청하였다. 그 후 2010년 5월 아르헨티나는 외국인 채권자들에게 제2차 채무증서 조정안을 제시하였고, 이전 조정안에 참여하지 않은 채권자 중에 66%가 이를 수락하였다. 2차 조정안을 수락한 자들이 ICISD 중재를 철회하면서 신청인 수는 6만 여명으로 축소되었다.

○ 피신청국의 관할항변

피신청국은 다음의 사유를 들어 중재판정부의 본 사건에 대한 관할을 부인하였다. 첫째, 채권보유자인 신청인들의 청구는 계약상 분쟁에 불과하므로 관련 채무증서에서 약정한 절차에 따라 해결해야 하며 투자협정 위반과는 아무런 상관이 없다.297) 둘째, 설령 투자협정 위반에 근거한 중재신청이라 하더라도 본 건 BIT에서는 국내법원에 먼저 제소한 뒤 18개월이 경과한 후에야 중재를 신청할 수 있도록 하였는데, 신청인들은 이 요건을 준수하지 않았다.298) 셋째, 피신청국이 본 건

²⁹⁷⁾ 중재판정부는 문제된 채권이 ICSID 협약상의 '투자'인지를 판단하기 위한 유일한 기준은 그 채권이 본 건 BIT에서 정의한 투자의 범위에 해당하는지 여부라고 보았다. 이는 투자의 지속성(duration), 위험감수(assumption of risk), 투자유치국의 경제발전에 대한 기여도(contribution) 등의 요소를 요구한 이전의 중재판정례와 다소 차이가 있다고 보았다. 한편, 피신청국은 본 건 분쟁이 계약상 분쟁에 불과하다고 주장하였으나, 피신청국이 2001년 재정위기를 비상경제조치의 근거로 삼고 있는 점, 긴급 입법을 통하여 채무증서의 조건을 일방적으로 변경하는 일련의 정책을 취한 점 등을 고려할 때 이는 국가 주권을 행사한 것이며, 따라서단순히 계약행위로 보기는 어렵다고 보았다. 반면, 피신청국이 선정한 중재인 Georges Abi-Saab는 반대의견에서 당해 사건 중재판정부의 중재인 과반수가 '투자'의 범위를 지나치게 넓게 해석했다고 반박하였다. 즉, 투자의 개념과 성격은 BIT를 통하여 임의로 변경할수 없는 고유한 성질을 갖고 있는데, 본 건 신청인들의 채권을 투자로 보기엔 무리가 있다는 것이다. 또한, 문제된 채권은 국제 시장에서 매매가 이루어지고, 각각 준거법과 법정지를 명시하고 있으므로, 재판관할 측면에서 아르헨티나와 아무런 관련이 없다고 하면서 본건 중재에 관한 관할을 부인하였다.

²⁹⁸⁾ 중재판정부는 국내구제 완료의무(Exhaustion of Local Remedies Requirements)와 관련하여,

BIT를 통하여 중재에 동의했다고 하여 이를 집단중재에 대한 동의로 확대 해석할 수는 없다. 집단중재를 허용할 경우 신청인의 청구를 사안별로 심사하는 것이 불가능하게 되는데, 이는 ICSID 중재의 근본 취지에 반하는 것이다. 마지막으로, 집단중재를 허용할 경우 외국인 채권자들은 아르헨티나 정부가 준비 중인 채무증서조정안보다는 중재를 선호할 것이고, 이는 그 동안 정부가 추진한 노력을 수포로만들게 될 것이다.

○ 중재판정부의 해석 및 판단

중재판정부는 본 건 관할항변의 쟁점은 피신청국이 집단중재에 동의했는지 여부가 아니고, 다만 ICSID 중재가 집단중재의 형식으로 진행될 수 있는가의 문제라고 보았다. 이러한 측면에서 동 사안을 검토한 중재판정부는 ICSID 협약이나ICSID 중재규칙에서는 집단중재에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않으나, 규정이없다는 이유만으로 이를 불허하는 것은 본 건 BIT와 ICSID 협약의 목적에 반하는 것이므로, 집단중재를 일반적인 중재처럼 사안별로 심사하는 것이 현실적으로불가능하다는 점은 인정하나, 사법거부에 따른 부당함과 비교형량 해볼 때 집단중재를 허용하는 것이 바람직하다고 보았다.299) 중재판정부 과반수의 위와 같은결정에 대하여 피신청국이 선정한 중재인 Georges Abi-Saab는 반대의견(dissenting opinion)을 통하여 중재판정부가 본 사건을 심사할 관할이 없다고 주장하였다. 즉, 아르헨티나가 BIT에서 중재에 동의하였다고 하여 집단중재에 동의했다고 볼 근거가 없고, 이러한 명시적 근거 규정도 없이 집단중재를 허용하는 것은 중재판정부의 권한을 벗어나는 일이며, 나아가 피신청국의 절차적 권리, 즉 개별 사건에 대하여 항변할 수 있는 권리를 박탈하는 것이라고 판단하였다. Georges Abi-Saab는 이러한 반대의견을 내고 바로 사임하였다.

아르헨티나 법원에서 분쟁을 해결한다는 것은 이론상으로나 가능한 일이었으며, 사전에 법원을 경유하지 않았다는 이유만으로 중재신청 할 권리를 박탈하는 것은 부당하다고 보 았다.

²⁹⁹⁾ 이는 집단중재의 허용에 관한 과거 미국 대법원의 판결과 대조를 이룬다. Stolt-Nielsen SA v. AnimalFeeds Int'l Corp 사건에서 미국 대법원은 양자간 중재와 집단중재는 전혀 성격을 달리 하므로, 별도의 합의가 없는 한 당사자들이 집단중재를 허용하는 것에 묵시적으로 합의하였다고 추정할 수는 없다고 판시하였다. Stolt-Nielsen SA v. AnimalFeeds Int'l Corp., 130 S.Ct. 1758 (2010).

○ 이후 절차

관할권에 대한 판정이 내려진 이상 이를 '중재판정 취소' 등의 절차를 통하여 번복하기 위해서는 본안 심리가 끝나고 최종 중재판정이 나올 때까지 기다려야 한다. ICSID 협약 제52조에 따른 중재판정 취소의 대상은 중재판정부가 내린 '중 재판정'에 한하여 허용되기 때문이다. 한편, 피신청국은 위 결정을 내린 2인의 중 재인, Pierre Tercier와 Albert Jan van den Berg에 대하여 기피신청을 하였고, 이 에 ICSID는 2011년 9월 15일자로 본안에 관한 절차를 중단시켰다.300)

본 건 관할권에 관한 판정이 내려짐으로써 다른 채권 보유자들도 채권을 회수하기 위하여 아르헨티나를 상대로 협정에 근거한 중재를 신청할 가능성이 높아졌다. 또한 이 사건과 유사하게 다수의 채권자들이 아르헨티나를 상대로 ICSID에 제기한 중재사건들이 현재 계류 중에 있다.301) 아르헨티나의 관할항변에 대하여해당 중재판정부가 어떠한 판단을 내릴지 주목된다.

3. 병합심리

가. 개요

투자유치국의 조치에 대하여 유사한 투자를 하고 있는 외국인투자자들은 각기 다른 중재를 제기하게 된다. 피신청국의 입장에서 보면 동일한 사안에 대하여 다 수의 신청인들이 제기한 중재신청에 각각 대응해야 하는 불편한 상황이 발생하고, 또한 각각 구성된 중재판정부가 서로 다른 판정을 내릴 경우 상당한 부담으로 작

³⁰⁰⁾ 본안에 관한 절차가 재개될 경우 피신청국 아르헨티나는 2001년 재정위기를 긴급재난 (doctrine of necessity) 상황으로 주장할 가능성이 높다. 과거 아르헨티나는 투자중재에서 이러한 긴급재난 항변을 여러 차례 제기한 바 있고 몇몇 사건에서 중재판정의 취소를 얻어내기도 하였다. 아르헨티나가 중재판정 취소의 근거로 내세운 논리는 관련 BIT에서 일방체약국은 중대한 안보이익(essential security interests)을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있음에도 불구하고 중재판정부가 이를 고려하지 않고 협정 위반을인정하였다는 점이다. 다만, 본 건 BIT는 그러한 예외적 허용 조치(non-precluded measure)에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 아르헨티나는 국제관습법상의 긴급재난을 원용할 것으로 보인다.

³⁰¹⁾ Giovanni Alemanni and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8와 Giordano Alpi and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9 등이 있다.

용할 수 있다. 게다가 소송경제적 측면에서도 각 사건을 개별적으로 진행하는 것은 바람직하지 않으므로 유사한 사건들을 병합하여 단일 중재판정부에서 심리하는 방안이 모색되고 있다.

ICSID 협약, ICSID 추가절차규칙, UNCITRAL 중재규칙 등에서는 중재신청의 병합에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 개별 투자협정에서 병합에 관한 절차를 두고 있지 않은 한, 각 사건의 당사자들이 전원 동의한 경우에만 사건을 병합할 수 있다. 개별 투자협정에 병합 관련 규정을 둔 것은 NAFTA가 처음이고, 이후 많은 투자협정이 병합에 관한 절차를 마련하고 있다. 우리나라의 경우, 한ㆍ칠레 FTA 제10.30조에서 NAFTA 제1126조와 유사한 병합절차를 규정하였으며, 한ㆍ미 FTA 제25조에서는 중재사건의 병합절차에 관하여 상세히 규정하고 있다. 이는 동일한 사실관계, 동일한 피신청국을 대상으로 한 다수의 중재사건이 제기될 경우, 일정한 요건과 절차에 따라 사건을 병합하여 처리하도록 함으로써 동일 쟁점에 대한 중복심리와 상반된 중재판정의 위험을 피하고, 중재절차로소요되는 시간과 비용을 절감하기 위한 것이다. 그러나 과거에 체결된 투자협정에서는 대부분 이에 관한 규정을 두고 있지 않아, 이러한 협정에 근거하여 중재가 제기될 경우에는 당사자 전원의 동의가 없는 한 병합절차를 진행할 수 없다. 다만, 각 사건들의 중재판정부를 동일하게 구성하여 사실상 병합의 효과를 거두는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

일반적으로 병합절차를 개시하기 위해서는 중재신청의 근거가 되는 투자협정 및 관련법이 동일하여야 하고, 같은 사건 또는 상황으로부터 발생한 것이어야 한다. 또한, 병합의 목적이 중재신청의 공정하고 효율적인 해결을 위한 것이어야 할 것이다. 현재까지 병합심리는 투자협정상 그에 관한 규정을 두고 있는 NAFTA 사건에서만 발견되고 있다.

나. 중재판정례

Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States³⁰²)

Archer Daniels Midland Co.(이하, ADM)과 Tate & Lyle Ingredients Americas,

³⁰²⁾ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 November 2007.

Inc.(이하, 신청인들)은 모두 미국 국적의 회사로써, 멕시코 법률에 따라 Almidones Mexicanos S.A. de C.V.(이하, ALMEX)라는 현지법인을 설립하고 공동으로 투자하였다. 신청인들과 ALMEX는 미국의 음료산업계에서 주된 감미료로 사용되고 있는 액상과당(High Fructose Corn Syrup: HFCS)을 생산·유통하고 있었다. 그러나 2001년 12월 30일, 멕시코 의회는 자국의 설탕산업 피해에 대한 우려로 「생산 및서비스에 대한 특별세에 관한 법률(Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios: IEPS)」을 개정하여, 사탕수수 이외의 감미료를 사용하는 청량음료 및시럽, 그리고 이러한 음료의 운송 및 유통 서비스에 20%의 특별소비세(이하, 이사건 특별소비세)를 부과하도록 하였고, 사탕수수만을 감미료로 사용하고 있는 청량음료 및 시럽은 이러한 특별소비세로부터 면제하였다. 이 사건 특별소비세로 인하여 피해를 입게 된 신청인들은 2004년 8월 4일, NAFTA 제1116조에 따라 직접, 그리고 NAFTA 제1117조에 따라 ALMEX을 대신하여 멕시코를 상대로 ICSID 추가절차규칙에 따른 중재를 신청하였다.

그런데 동 사건의 특별소비세와 관련하여 이미 2003년 10월 21일에 Corn Products International(이하, CPI)이 ICSID에 중재를 신청한 상태였는데, 이에 피신청국은 2004년 9월 8일에 NAFTA 제1126조에 따라 CPI의 중재신청과 신청인들의 중재신청을 병합해 줄 것을 ICSID에 신청하였다. 이에 따라 이들 사건의 병합여부를 결정할 병합중재판정부(Consolidation Tribunal)가 구성되었고, 동 병합중재판정부는 2005년 5월 20일에 신청인과 CPI가 시장 내에서 직접적인 경쟁관계에 있다는 사실을 감안하여 피신청국의 병합신청을 기각하는 결정을 내렸다.303) 이에 신청인들과 피신청국은 2005년 6월 14일 독자적인 중재판정부 구성에 합의하였고, 당해 절차는 2005년 8월 11일에 개시되었다.

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States³⁰⁴)

미국 국적의 회사인 Corn Products International, Inc.(이하, CPI)은 멕시코에 소

³⁰³⁾ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID CASE NO. ARB(AF)/04/1 and Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID CASE NO. ARB(AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunal, 20 May 2005.

³⁰⁴⁾ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008.

재하고 지분 100%를 소유하고 있는 자회사, Corn Products Ingredientes를 통하여 액상과당을 대량으로 생산하고 있었다. CPI는 2003년 10월 21일에 멕시코가 IEPS 법 개정을 통하여 신청인에게 새로이 부과하게 된 특별소비세가 NAFTA 제 11장을 위반하고 있다고 주장하며 ICSID 추가절차규칙에 따라 중재를 신청하였고, 동 사건은 2004년 1월 26일에 ICSID 사무총장에게 접수되었다.

앞서 ADM 사건에서 살펴본 바와 같이 피신청국은 같은 조치를 문제 삼고 있는 ADM 사건과 이 사건을 병합하고자 하였으나, 병합중재판정부는 두 사건의 신청인들이 경쟁관계에 있는 회사임을 들어 병합을 불허하고 새로운 단독 중재판정부를 구성하여 사건을 담당하도록 하였다.

Canfor Corporation, Terminal Forest v. U.S.A.³⁰⁵)

캐나다 국적의 목재회사 Canfor Corporation(이하, Canfor)과 Terminal Forest Products Ltd(이하, Terminal)는 미국 정부가 캐나다로부터 수입한 목재에 대하여 부과한 상계관세 및 반덤핑관세 조치를 문제 삼아 2002년 7월과 2004년 3월에 각각 NAFTA 제11장에 따른 중재를 신청하였다. 한편, 또 다른 캐나다의 목재회사 Tembec은 미국 정부의 동일한 조치에 대하여 2003년 3월에 동일한 취지의 중재를 신청하였다. 미국은 2005년 3월 7일, ICSID 사무국에 NAFTA 제1126조 '병합' 제5항에 의거, 3건의 중재신청을 심리할 병합중재판정부(consolidation tribunal)의 구성을 요청하였고, 같은 해 5월 6일 동 판정부가 구성되었다. 한편, Tembec은 병합중재판정부의 절차병합 명령에 반대하면서 중재신청을 철회할 의사를 밝혔고, 이후 미국 콜롬비아 지방법원에 병합명령의 취소를 구하였다. 이후병합중재판정부는 2006년 1월 10일자 명령을 통하여 Tembec이 더 이상 본 사건의 당사자가 아님을 결정하고 Canfor와 Terminal이 제기한 청구에 한하여 절차를 진행할 것임을 밝혔다.

³⁰⁵⁾ Canfor Corporation v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America, Decision on Preliminary Question, 6 June 2006.

Canadian Cattlemen for Fair Trade(CCFT). v. U.S.A³⁰⁶)

2004년 8월 캐나다목축업협회(이하, CCFT)는, 미국이 2003년 캐나다 앨버타에서 발견된 광우병 사건 이후, 미국과 캐나다간 소고기와 목축의 거래를 금지한 결정에 대하여, NAFTA 제11장에 근거하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 신청할 것임을 발표하였다. CCFT는 100건이 넘는 중재신청을 제기하였으며 청구금액만도 2억 달러를 넘었다.

신청인들은 2004년 8월 NAFTA 제11장에 따른 중재신청을 하면서 미국 정부가 자국의 목축업자보다 캐나다 목축업자에게 불리한 차별대우를 하였고, 이는 결과적으로 NAFTA 제1102조 '내국민대우'위반이라고 주장하였다. 또한 미국 정부는 교역금지조치를 곧 해제할 것이라 수차례 언급했음에도 불구하고 이를 이행하지 않아 결과적으로 제1105조 제1항에서 규정하고 있는 '최소대우기준'를 위반했다고 주장하였다. 신청인들은 자신들의 손실액을 20억 내지 30억 달러에 이른다고 주장하였으나, 실제 청구액은 7천 500만 달러 수준이었다. 그러나 이후 미국정부 조치에 대하여 CCFT 회원들의 100여 개에 달하는 청구가 연이으면서 청구액은 총 3억 달러에 이르게 되었다.

신청인들은 2005년 3월 UNCITRAL 중재규칙 및 NAFTA 제1116조 및 제1120조에 의하여 미국에 중재의향서(notice of arbitration)를 송부하였고, 2005년 3월부터 같은 해 6월에 걸쳐 109건의 중재통지가 전달되었다. 2006년 8월, 109명의 CCFT 회원들인 신청인들은 개별 청구를 하나로 병합하여 단일 중재판정부가 심리하는 것에 합의하였다. 이 사건은 Canfor Corporation, Terminal Forest v. U.S.A. 사건에서 미국이 NAFTA 제1126조 '병합' 제5항에 근거하여 병합중재판정부의 구성을 요청한 것과 다소 성격이 다르다. 즉, 신청인들이 자발적으로 합의하여 사건들을 묶어 신청한 것인데, 그런 측면에서 중재사건의 '병합'이라기보다는 오히려 '집단청구'에 가깝다고 할 수 있다.

³⁰⁶⁾ The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008.

4. 중재판정부의 구성 및 중재인 기피

가. 중재판정부의 구성

1) 개요

중재절차가 진행되면 우선적으로 중재판정부가 구성되어야 한다. 일반적으로 분쟁당사자들이 달리 합의하지 않는 한307) 중재판정부는 3인으로 구성되며, 이경우 당사자가 각 1인의 중재인을 선정하고, 의장중재인은 당사자들 간의 합의에의하여 선정한다.308) 중재에서 당사자들에게 각각 1인의 중재인을 선정할 수 있도록 한 것은 각 당사자의 입장이 중재에서 충분히 반영되고, 당사자 주장의 문화적, 법적, 언어적 의미가 중재판정부에 더 정확히 전달될 수 있도록 하기 위함이다.309) 그러나 당사자가 선정한 중재인이라고 해서 당사자를 대리하는 것은 아니고, 공정성 및 중립성을 지켜야 할 의무가 있다. ICSID 협약 제14조 제1항은 중재인의 자격요건에 관하여 규정하고 있다.310) 또한 동 조항에서 요구한 자질을 갖추지 못한 사람이 중재인으로 선정된 경우, 일방 당사자는 협약 제57조에 따라중재인의 부적격을 중재판정부에 주장할 수 있다. 더 나아가 이러한 부적격한 중재인으로 구성된 중재판정부가 내린 중재판정은 협약 제52조 제1항에 의하여 취소될 수도 있다.311)

³⁰⁷⁾ ICSID 협약 제37조 제2항 (나)호는 "당사자가 중재인의 수와 선정방법에 관하여 합의하지 아니한 경우 판정부는 각 당사자가 선정하는 각 1인의 중재인과 의장중재인이 될 자로서 당사자의 합의로 선정한 제3중재인을 포함하여 모두 3인의 중재인으로 구성된다."고 규정하고 있고, 2010 UNCITRAL 중재규칙 제7조 역시 "당사자가 중재인수(1인 혹은 3인)에 관하여 사전에 합의하지 아니하고 피신청국이 중재신청통지를 수령한 후 30일 이내에 당사자가 중재인을 1인으로 한다는 데 합의하지 아니한 경우, 중재인은 3인으로 한다."고 규정하고 있다.

³⁰⁸⁾ 반면, 2010 UNCITRAL 중재규칙 제9조 제1항은 "3인의 중재인을 선정할 경우에는 당사자가 각각 1인의 중재인을 임명하며, 이와 같이 임명된 2인의 중재인이 중재판정부의 장이될 제3의 중재인을 선정하여야 한다"고 규정하고 있다. 즉, 의장중재인은 분쟁당사자들이 아닌 이미 선정된 각각의 1인 중재인들이 합의에 의하여 선정하도록 되어 있다.

³⁰⁹⁾ ICSID 협약 제14조 제2항은 "의장은 각 Panel에 복무할 자를 지명함에 있어서 이들이 전세계의 주요한 법제도와 경제체제를 대표한다는 중요성을 함께 고려해야 한다"고 규정하고 있다.

³¹⁰⁾ ICSID 협약 제14조 제1항에서는 "각 중재위원단에 지명된 자는 덕망이 높고, 법률, 상사, 산업 및 재정 분야에 전문지식을 갖고, 중립적 판결을 내릴 수 있는 자라야 한다. 중재인 단에 지명되는 중재인의 경우 법률분야의 전문지식이 특별히 요구된다."고 규정하고 있다.

³¹¹⁾ ICSID 협약 제52조 제1항 (가)호에서는 "중재판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아니한 경우 사무국에 신청서를 제출하여 판정의 무효를 요청할 수 있다"고 규정하고 있다.

중재판정부의 구성단계에서 당사자들간의 이견으로 인하여 난항을 겪는 경우가 있는데, ICSID 협약은 제38조에서 당사자간의 합의로 중재인을 선정하지 못한 경우 공석인 중재인은 ICSID 행정이사회(Administrative Council) 의장이 선정하도록 규정하고 있다.312)

2) 중재판정례

중재판정부 구성에 관한 구체적인 절차에 관해서는 다음의 중재판정례를 통하여 확인할 수 있다.

AWG Group v. The Argentine Republic

○ 중재사건의 접수

동 사건 중재신청서에서, 신청인 Suez와 Vivendi는 1991 프랑스·아르헨티나 BIT, AGBAR은 1991 스페인·아르헨티나 BIT, AWG는 1990 영국·아르헨티나 BIT에 의거하여 ICSID 중재를 신청하였다.³¹³⁾

ICSID 사무총장은 2003년 4월 17일, 「조정 및 중재 절차 제도를 위한 ICSID 절차규칙(Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings: ICSID 절차규칙)」 제5조에 따라, 중재신청서를 접수하고 아르헨티나와 워싱턴에 소재한 아르헨티나 대사관에 중재신청서 부본을 송부하였다. 2003년 7월 17일, ICSID 사무총장은 ICSID 협약 제36조 제3항에 따라 중재신청서를 등록하였으며,314) 또한 ICSID 절차규칙 제7조에 따라, 당사자들에게 중재신청서의 등록을 통지하고 가능한 빨리 중재판정부 구성을 진행하도록 요청하였다. 아르헨

³¹²⁾ 한미 FTA의 경우 예외적으로, 제11.19조 제3항에서 당사자간 의장중재인 선정에 대한 합의를 이루지 못한 경우 ICSID 사무총장이 결정하도록 규정하고 있다. "청구가 이 절에 따른 중재에 제기된 날로부터 75일 이내에 중재판정부가 구성되지 아니한 경우, ICSID 사무총장은 어느 한 쪽 분쟁당사자의 요청에 따라 자신의 재량으로 아직 임명되지 아니한 하나 또는 복수의 중재인을 임명한다."

³¹³⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 3. '준거법 및 중재에의 동의'에 소 개된 내용을 참조할 수 있다.

³¹⁴⁾ 이 사건은 Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19으로 등록되었다.

티나는 ICSID 관할권을 AWG의 청구에까지 확대하는 것에 동의하지는 않았으나, ICSID 중재규칙이 아닌 UNCITRAL 규칙에 따를 것을 조건으로 ICSID가 동 사건의 절차를 관리하는 것에 합의하였다.

○ 중재판정부 구성

당사자들은 중재인수와 그 선정 방법에 대하여 합의하지 못하였다. 따라서 2003년 9월 22일, 신청인들은 사무국에게 ICSID 협약 제37조 제2항 (b)호가 정한 방법에 따라 중재판정부를 구성해 줄 것을 요청하였다. 315) 신청인들은 Gabrielle Kaufmann-Kohler 교수를, 피신청국은 Pedro Nikken 교수를 중재인으로 지명하였다. 의장중재인에 대하여 당사자들간 합의가 이루어지지 않자 신청인들은 ICSID 협약과 ICSID 중재절차규칙 제4조를 원용하여 ICSID 행정이사회 의장이 의장중 재인을 지명해 줄 것을 요청하였다. ICSID 행정이사회 의장은 양 당사자들의 동의를 얻어 Jeswald W. Salacuse를 의장중재인으로 지명하였다. 2004년 2월 17일, ICSID 부사무총장(Deputy Secretary-General)은 ICSID 중재절차규칙 제6조 제1항에 따라 당사자들에게 3인의 중재인이 지명을 수락하였고, 316) 따라서 중재판정부가 구성된 것으로 확정하고 동일자에 절차가 개시되었음을 통보하였다. 당사자들은 동일한 판정부가 동 사건을 심리하고 결정할 것이며, 산타페와 코르도바 지역에서 각각 발생한 물 양허와 관련된 다른 2개의 사건(ICSID Case No. ARB/03/17, ICSID Case No. ARB/03/18)과 함께 AWG가 제기한 UNCITRAL 중재를 심리하고 결정하는데 동의하였다.

○ 중재심리 개최

ICSID 중재규칙 제13조에 따르면, 중재판정부는 구성된 후 60일 이내 또는 당

³¹⁵⁾ ICSID 협약 제37조 제2항 (b)호에 따르면, 당사자간 합의를 이루지 못한 경우 양 당사자가 중재인을 한 명씩 선정하고, 당사자가 합의하여 나머지 의장중재인을 선정하여 최종 3인으로 구성된 중재판정부를 구성하도록 되어 있다. 또한, 제38조에서는 사무국장이 중재요청서의 등록통지를 발송한 후 90일 이내에 또는 당사자가 합의하는 기타 기간 내에 판정부가 구성되지 아니하면 ICSID 행정이사회 의장은 일방당사자의 요청에 의하여 아직 선정되지 아니한 중재인 또는 중재인들을 선정하도록 하고 있다. 본 사건에서 당사자들은 제38조에서 규정한 기간 내에 중재인 수조차 결정하지 못하고 있었던 상황이었고, 따라서 당사자들은 제38조에 따라 사무국에 중재인 선정을 요청하였다. (AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, 'Decision on Liability', 2010. 7. 30. para.5.)

³¹⁶⁾ AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, 'Decision on Liability', 2010. 7. 30. para.7.

사자들이 합의한 기간 내에 1차 기일을 잡아야 한다. 당사자들이 이 기간 내에 1차 기일을 합의하지 못하자 중재판정부는 2004년 4월 19일에 화상회의를 통하여 당사자들 없이 1차 기일을 개최하였다. 이후 2004년 6월 7일, 중재판정부는 워싱턴에 소재한 ICSID에서 당사자들과 회의를 개최하였고, 동 사건의 당사자들 역시중재판정부가 ICSID 협약 및 ICSID 중재규칙의 관련 규정에 따라 적법하게 구성되었고, 이 점에 대하여 이의가 없음을 확인하였다. 또한 UNCITRAL 중재규칙에의해서 절차가 진행되는 두 사건(ICSID Case No. ARB/03/17, ICSID Case No. ARB/03/18)의 AWG와 아르헨티나도 중재판정부가 적절하게 구성되었음을 확인하였다. 중재절차 진행을 위한 회의 기간 동안 당사자들은 의장중재인과 서기가 서명한 서면의사록에 반영된 여러 가지 절차적 문제에 대해서도 합의하였으며, 중재판정부는 당사자들과의 협의 후에 이 사건들의 서면 및 구두진술 기일을 정하였다.

나. 중재인 기피

1) 개요

중재신청 당사자들은 중재인에 대한 제척 또는 기피사유가 있을시 관할법원 또는 ICSID 사무국에 중재인의 기피를 신청할 수 있다. ICSID 협약 제57조는 중재인이 협약에서 정한 부적격 사유에 해당하는 경우, 당사자가 중재인의 부적격을 이유로 해당 중재판정부에 중재인의 제척을 주장할 수 있다고 규정하고 있다.317) 또한 2010 UNCITRAL 중재규칙 제12조에서도 중재인이 중재인으로서의 공정성과 독립성에 관하여 의혹을 야기할 만한 정당한 사정이 있는 경우에는 그중재인에 대하여 기피할 수 있도록 정하고 있다.318) 당사자에 의한 기피 신청이 있는 경우, ICSID 협약은 해당 중재판정부가 기피에 대하여 판단하도록 규정하고

³¹⁷⁾ ICSID 협약 제57조에서는 "당사자는 중재인 또는 조정인이 제14조 제1항에서 규정하는 부적격 사유에 해당하는 경우 당해 조정인 또는 중재인의 부적격을 조정위원회나 중재판정부에 주장할 수 있다. 중재절차의 일방당사자는 또한 제4장 제2절에 따라 해당 중재인이 중재인으로 선정될 자격이 없음을 이유로 당해 중재인의 부적격을 주장할 수 있다"고 규정하고 있다.

³¹⁸⁾ 한편, 2010 UNCITRAL 중재규칙은 제12조에서 "1) 중재인이 중재인으로서의 공정성과 독립성에 관하여 의혹을 갖게 할만한 정당한 사정이 있는 경우에는 그 중재인은 기피될 수 있다. 2) 당사자는 중재인이 선정된 후 일지라도 자신이 선정한 중재인에게 기피사유가 있음을 알게 된 때에는 그 중재인을 기피할 수 있다"고 규정하고 있다.

있다.319)

- 2) 중재판정례
- AWG Group v. The Argentine Republic
 - 피신청국의 1차 중재인 기피신청

이 사건 본안에 관한 심리가 개최되기 전인 2007년 10월 12일에 피신청국은 ICSID 협약 제57조와 ICSID 중재규칙 제9조에 의거하여 중재인 Gabrielle Kaufmann-Kohler의 공정성에 대하여 중재인 기피신청서를 제출하였다. 피신청국은 해당 중재인이 아르헨티나에 불리한 판정을 내린 Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic 사건에서 중재인을 맡았음을 이유로 위와 같은 신청서를 제출하였다. 중재판정부가 피신청국의 중재인 기피신청서를 수령한 후, 해당 중재인은 즉시 중재심리에서 제외되었고, 나머지 2인의 중재인들은 2007년 10월 15일에 3건의 계류 중인 절차를 중단하였다. 또한 신청인들에게 피신청국의 중재인 기피신청서를 전달하여 의견을 구하였고, 해당 중재인에게 기피사유에 대한 해명을 요구하였다. 당사자들과 해당 중재인의 의견서를 수령한 후, 나머지 2인의 중재인들은 2007년 10월 22일에 중재인 기피신청에 관한 결정을 내렸으며, 피신청국의 중재인 기피신청을 기각하고 절차를 재개할 것을 지시한 후 당사자들이 합의한 심리기일을 확인하였다.

○ 피신청국의 2차 중재인 기피신청

당사자들이 중재심리 후 준비서면을 제출하기 전인 2007년 11월 29일, 피신청 국은 ICSID 협약 제57조와 ICSID 중재절차규칙 제9조에 의거하여 중재판정부에 게 Gabrielle Kaufmann-Kohler 중재인에 대한 2차 기피신청서를 제출하였는데, 그

³¹⁹⁾ ICSID 협약 제58조에서 "조정인이나 중재인의 부적격 주장에 대한 결정은 필요한 경우 위원회나 판정부의 기타 위원이나 중재인이 내려야 한다. 다만, 이러한 기타 위원이나 중재인의 견해가 나누어지거나, 단독 조정인이나 단독 중재인에 대한 부적격 결정에 대해서 또는 과반수 조정인이나 중재인의 부적격 결정에 대해서는 이사회 의장이 결정을 내린다. 부적격 주장에 충분한 타당성이 있다는 결정이 내려진 경우, 그 결정에 관련되는 조정인이나 중재인은 제3장 제2절, 또는 제4장 제2절의 규정에 따라 교체되어야 한다."고 규정하고 있다.

사유는 해당 중재인이 ICSID 협약 제14조 제1항에 규정된 조건을 구비하지 못하였다는 것이었다. 구체적으로, 피신청국은 "해당 중재인이 Suez와 Vivendi의 주식을 소유하고 있고, 본 사건과 관련 있는 분야에서 활동하고 있는 UBS 그룹의 관리자이기 때문에 독립적인 판결을 기대할 수 없다"고 주장하였다. 또한 해당 중재인이 당사자들과 ICSID에 이러한 사실을 공개하지 않았다는 점을 문제 삼았다. 피신청국의 2차 기피신청서는 나머지 2건의 ICSID 사건으로도 확장되었다.

중재판정부가 2차 중재인 기피신청서를 수령한 후, 해당 중재인은 역시 중재심리에서 즉시 제외되었다. 나머지 2인의 중재인들은 2007년 12월 4일에 절차를 중단하고 신청인들에게 의견을 받기 위하여 기피신청서를 전달하였으며, 기피신청해당 중재인에게 기피사유에 대한 해명을 요구하였다. 나머지 2인의 중재인들은 2007년 12월 4일자 서한을 통하여 동일한 중재판정부가 위 중재인의 기피신청을심리하는 것에 대하여 당사자들이 동의하고 있음을 확인한다는 의견을 제시하였고, 당사자들도 이에 반대의견을 제시하지 않았다. 기피신청 해당 중재인의 해명을 듣고 이에 대한 당사자들의 의견을 교환한 후, 나머지 2인의 중재인들은 2008년 5월 12일자 결정을 통하여 중재인의 독립성에 문제가 없다는 결론을 내렸다. 해당 중재인이 UBS가 신청인의 주식을 보유하고 있다는 사실을 알지 못했으며, 관련 분야에 대한 UBS의 활동에 개입하지 않았다는 것이다. 또한, 해당 중재인은 당사자들이나 판정부에게 UBS의 디렉터라는 사실을 공개할 의무가 없다고 결론내렸다.

5. 피신청국의 반대신청

가. 개요

오늘날 대부분의 투자협정은 외국인투자자에 대한 구제절차로 투자중재를 규정하면서 중재를 제기할 수 있는 주체를 외국인투자자로 한정하고 있다. 기본적으로 협정에 근거한 투자중재는 당해 협정이 정한 투자보호원칙의 위반을 대상으로 하고, 그 위반의 주체는 투자자가 아닌 투자유치국이 될 것이므로 이는 당연한 규정이라 할 수 있다. 그러나 투자중재의 대상을 이처럼 협정상의 투자보호원칙으로 제한하지 않고 '투자와 관련한 모든 분쟁'으로 넓게 정의한 경우에는 투자

유치국도 외국인투자자의 행위로 인해 입은 피해에 근거하여 중재를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 또한 관련 투자협정에서 일방체약국의 투자자뿐만 상대방 체약국(투자유치국)도 중재를 제기할 수 있음을 명시적으로 규정한 경우에는, 투자유치국이 외국인투자자를 상대로 직접 중재를 제기하는 것도 가능하다. 다만, 그러한 경우에도 분쟁의 대상은 외국인투자가 투자유치국의 관련 법률을 위반했는지 여부가 주로 문제가 될 것이므로 투자유치국은 자국의 법원을 통한해결을 선호할 것이다. 따라서 투자유치국이 국제중재를 제기할 가능성은 낮다고할 수 있다.320) 한편, 외국인투자자가 제기한 투자중재에 대하여 투자유치국은 반대신청(counterclaim)을 제기할 수 있고, 이를 통하여 투자유치국이 입은 피해를 배상받을 수 있는데 이와 관련해서는 다음의 사건들을 참조할 수 있다.

나. 중재판정례

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana

이 사건에서 피신청국은 반대신청을 통하여, 신청인이 본 중재절차로 인해 발생한 손해배상액을 피신청국에 지급할 것을 중재판정부에 요청하였다. 그러나 피신청국은 이에 대한 구체적인 근거를 밝히지 않았고, 반대신청에 대한 중재판정부의 관할권의 근거, 그리고 피신청국이나 가나코코아위원회가 입은 손실에 대해서도 명확한 근거를 제시하지 못하였다.

ICSID 협약 제46조에 따르면,321) 중재판정부는 반대중재신청이 당사자들의 중 재합의 범위 내에 속하거나 ICSID의 관할권에 속하는 경우, 분쟁의 대상으로부터 직접적으로 발생한 반대중재신청에 대하여 판단할지 여부를 결정하여야 한다. 또

³²⁰⁾ 실제 투자유치국이 외국인투자자를 상대로 투자협정에 근거하여 중재를 제기한 사건은 거의 찾아보기 힘들다. 투자유치국이 외국인투자자를 상대로 제기한 투자중재 사건의 한 예로, Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energia S.A.C. 사건(ICSID Case No.ARB/13.24)이 있다. 지난 2011년 4월 스페인 회사인 Caraveli가 양허계약에 근거하여 페루를 상대로 제기한 사건(ICSID Case No. ARB/11/9)에서 페루가 2013년 4월 승소 판정을 얻은 후 2013년 9월 동 양허계약에 근거하여 제기한 사건이다. 즉, 이는 투자협정이 아닌 양허계약 상의 ICSID 중재조항에 근거한 사건이다.

³²¹⁾ ICSID 협약 제46조에서 "당사자가 달리 합의하는 경우를 제외하고 일방당사자의 요청이 있으면 판정부는 분쟁의 본안으로부터 직접적으로 발생한 추가청구나 반대청구를 함께 다루어야한다. 다만, 이러한 청구는 당사자가 합의한 범위 내의 것이고 당사자의 그러한 합의는 센터의 관할권 내에 있어야 한다"고 규정하고 있다.

한 본 건 독일·가나 BIT 제12조 제1항의 중재합의 범위는 "상대방 체약국의 국민이나 회사의 투자와 관련하여 이 협정에 따른 일방체약국의 의무에 관한 분쟁"으로322) 제한된다고 규정하고 있다. 그러나 피신청국은 이 규정이 국가도 중재를제기할 권리가 있음을 인정한 조항이라고 주장하였다.323)

중재판정부는 피신청국의 반대신청은 합작투자계약의 이행과 관련한 신청인의 사기행위와 신탁의무 위반을 근거로 한 것으로 보이나, 피신청국은 합작투자계약 의 당사자가 아니었고 가나코코아위원회가 가나의 국가기관이 아니기 때문에 반 대신청을 인용할 수 없다고 판단하였다. 즉, 피신청국이 주장하는 손실은 가나 정 부가 입은 손실이 아니라 가나코코아위원회가 입은 손실이고, 가나코코아위원회는 중재의 당사자이거나 국가기관이 아니기 때문에, 중재판정부는 합작투자계약으로 부터 발생하였다고 주장되는 손실 청구에 대하여 관할권이 없다고 보았다.

Desert Line Project v. Yemen³²⁴)

본 사건의 신청인은 오만 국적의 회사, Desert Line Project LLC이 1999년 초예멘의 내륙 도로와 인접국을 연결하는 아스파트 도로를 건설하는 과정에서 발생한 분쟁이다.325) 본 사건에서 피신청국은 반대신청을 통하여, 신청인이 양해각서에 따라 이미 지급받은 금액과 예멘 중재판정이 판단한 미시공 작업분, 그리고하자보증금에 대해서는 신청인의 청구와 상계처리 되어야 한다고 주장하였다.

중재판정부는 위와 같은 피신청국의 반대신청에 대하여 차례대로 검토하였다. 먼저 신청인이 양해각서에 따라 35억 2천 432만 6,966 예멘 리알을 지급받은 사 실에 대해서는 당사자간에 다툼이 없으므로, 예멘 중재판정에 따른 피신청국의 채무범위를 결정할 때 이를 고려하여야 한다고 보았다. 한편 예멘 중재판정에서

³²²⁾ 독일·가나 BIT 제12조 제1항에서 원문은 다음과 같다. "Concerning an obligation of [one Contracting Party] under this Treaty in relation to an investment of [a national or company of the other Contracting Party]." (Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 2010. 6. 18., Award. para.88.)

³²³⁾ BIT 제12조 제3항과 제4항에서 규정하고 있다.

³²⁴⁾ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17.

³²⁵⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 5. '포기·중복제소금지 조항'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

판단한 미시공 작업분과 하자보증금의 상계 주장과 관련하여, 중재판정부는 이것이 강압에 의하여 체결되어 이미 무효라고 판명된 양해각서에 근거한 청구임에 주목하였다. 즉, 피신청국은 양해각서를 체결하면서 예멘 중재판정이 판단한 미시공 작업분에 대하여 더 이상 문제 삼지 않고 하자보증을 면제해 주기로 합의하는 등 모든 채권·채무를 정리한 것이므로, 이제 와서 이를 근거로 상계를 주장하는 것은 금반언의 원칙(estoppel)에 반하는 것이라고 판단하였다. 결론적으로, 중재판정부는 피신청국의 반대중재신청을 기각하였다.

Goetz v. Brundi³²⁶)

동 사건에서 피신청국은 신청인이 국내영업허가서의 조건을 지키지 않은 것에 대하여 100만 달러를 청구하였다. 중재판정부는 본 건에 적용될 벨기에·룩셈부르크·브룬디 BIT가 피신청국의 반대신청에 대하여 규정하고 있지 않음에도 불구하고, 본 반대신청이 투자와 관련된 분쟁이고, 또한 ICSID의 관할에 포함된다고 판단하였다. 아울러 이는 당사자들의 중재합의 범위에 해당된다고 보았다. 다만, 중재판정부는 반대신청의 허용가능성은 인정하였으나, 본안에서 이를 기각하였다.

Spyridon Roussalis v. Romania³²⁷)

루마니아 정부는 자신들이 소유하고 있었던 냉동식품회사 S.C. Malimp S.A.에 대한 민영화 작업을 진행하고 있었으며, 1998년 당시 S.C. Malimp S.A.는 30%의지분이 이미 민간에 매각되었고, 민영화 추진기구인 자산관리기금 AVAS가 나머지 70% 지분을 보유하고 있었다. S.C. Malimp S.A.에 대한 민영화 작업을 완료하기 위해 1998년 9월 4일, AVAS는 자신들이 보유하고 있던 S.C. Malimp S.A. 지분을 매각하기 위해 공개입찰을 시행하였고, 신청인이 100% 지분을 소유하고 있던 루미나아 국적의 자회사 Continent SRL는 S.C. Malimp S.A.의 주식을 주당 32,591 레우(ROL)에 매수하고, 추가로 미화 140만 달러를 투자하는 내용의 입찰제안서를 AVAS에 보냈다. 1998년 10월 23일 신청인은 자회사 Continent SRL를통해 AVAS가 70% 소유하고 있는 S.C. Malimp S.A.의 주식 전량 372,523주를 매

³²⁶⁾ Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2.

³²⁷⁾ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1.

수하는 주식매매계약을 AVAS와 체결하였고, 이에 따라 S.C. Malinp S.A.의 법인 명은 S.C. CONTINENT MARINE ENTERPRISE S.A(이하, Continent SA)로 변경 되었다. 본 계약에서 Continent SRL은 1999년 1월 1일부터 2000년 12월 31일까 지 2년에 걸쳐 추가로 미화 140만 달러를 투자하기로 하였고, 투자의 이행을 약 속하기 위해 Continent SRL은 Continent SA의 주식 372,523 주 전량을 AVAS에 담보로 제공하는데 합의하였다. 이후 Continent SRL가 루마니아 정부와 약속한 추가 투자를 이행하기 위한 자금을 확보하기 위해, 신청인을 포함한 Continent SA의 주주들은 증자 결의안을 승인하였다. 증자 결의안을 통해 Continent SRL은 Continent SA의 새로운 주식 1,418,648 주를 추가로 확보하였고, 주주들의 이러한 증자 결정은 루마니아 정부의 승인을 받았다. 이후 Continent SRL은 증자를 통해 확보된 자금으로 추가 투자를 이행하였으나, 루마니아 정부는 Continent SRL의 추가 투자가 제대로 이행되지 않았다고 문제를 제기하면서, 신청인이 담보로 제 공한 Continent SA의 주식 372,523 주를 압류하는 조치를 취하였다. 이에 신청인 은 Continent SA의 주식의 압류는 루마니아 정부기관들에 의한 상당히 악의적이 고 부당한 조치였으며, 루마니아 정부기관들에 의해 집단적으로 또는 개별적으로 행해진 일련의 조치들은 사실상 간접수용에 해당되며, 적어도 그의 투자에 상당 한 장애물이 되었다고 주장하였다. 신청인은 이러한 루마니아 정부의 조치에 대 해 1997년 그리스 · 루마니아 BIT(Government of Romania and the Government of the Hellenic Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) 상의 공정하고 공평한 대우, 충분한 보호와 안전 위반에 해당된다고 주장하면서 ICSID에 투자중재를 제기하였다.

반면 피신청국은, 주식매매계약에서 신청인이 약속한 투자가 제대로 이행되지 않았다고 항변하였다. 즉, 추가 투자를 위한 프로젝트 발주과정에서 견적서가 악의적으로 부풀려져 자금이 집행되었고, 일부 투자금의 경우 신청인 사택, 풀장 등에 사적으로 사용되었다고 주장하였다. 또한, 투자는 신청인 자회사인 Continent SRL에 의하여 이루어졌어야 했으나, 투자 대상인 Continent SA으로부터 투자금이 충당되었다고 하였다. 또한, 루마니아 정부는 신청인이 이 과정에서 탈세, 사기, 문서위조 등 국내법을 위반하였다고 주장하면서, 신청인을 상대로 불법행위로 인한 손해배상과 신청인이 매수한 Continent SA의 주식을 다시 루마니아 정부에 환원할 것 등을 청구하는 반대신청을 제기하였다.

루마니아 정부의 반대신청에 대한 관할권 판단에서, 다수의 중재판정부는 그리스·루마니아 BIT 상에 명백한 사전동의가 없었기 때문에 루마니아 정부의 반대신청 관할권을 인정할 수 없다고 판정하였다.328) 이에 대해 중재판정부 중 한명인 예일대 Michael Reisman's 교수는 dissent opinion을 통해, ICSID 협약은 주된 분쟁과 직접적인 관련이 있는 반대신청 역시 관할을 가진다고 주장하였다.329) 루마니아 정부가 반대신청의 관할을 인정받지 못하였음에도 불구하고, 중재판정부는 신청인이 추가 투자 미화 140만 달러를 이행하지 않았다고 판정하면서 루마니아정부의 손을 들어주었다.

6. ICSID 사무국의 절차보완 요청

ICSID 사무국은 중재절차 진행 중 문제가 있는 사항에 대하여 당사자들에게 보완을 요청할 수 있다. ICSID 협약 제36조는 중재를 신청하고자 하는 체약국이나 체약국 국민은 서면으로 중재신청서를 ICSID 사무총장에게 제출하고, 중재신청서에는 분쟁사항, 당사자의 인적사항, 중재합의 등에 관한 정보가 포함되어야한다고 규정하고 있다. 또한 제출된 정보에 비추어 분쟁이 명백히 ICSID의 관할권 밖이라고 판단하는 경우가 아닌 한 사무총장은 동 중재신청서를 등록하여야하고, 당사자에게 등록이나 등록의 거부 사실을 즉시 통지하도록 하고 있다. 실제로 중재신청서 및 답변서 제출 등과 관련하여 당사자들이 제출한 서면에 하자가 있는 경우가 종종 발생하였으며, ICSID 등 중재기관은 당사자들에게 이에 대한보완을 요청하여 하자를 치유하였다.

^{328) 2011. 12. 7.} 본 사건 중재판정문 para.869에서는 중재판정부는 "Pursuant to the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention and the above quoted ICSID decision, the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to "disputes ... concerning an obligation of the latter" undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the "dispute" is the issue of compliance by the State with the BIT." 라고 판단하였다. 즉, 중재판정부는 BIT 상에서 투자중재 제기는 투자협정 상의 의무위반에 대해 투자자가 투자유치국을 상대로 제기하는 것이라고 명시하고 있다.

³²⁹⁾ ICSID 협약 제제46조에서 "당사자가 달리 합의하는 경우를 제외하고 일방당사자의 요청이 있으면 판정부는 분쟁의 본안으로부터 직접적으로 발생한 추가청구나 반대청구를 함께 다루어야 한다. 다만, 이러한 청구는 당사자가 합의한 범위 내의 것이고 당사자의 그러한 합의는 센터의 관할권 내에 있어야 한다."고 규정하고 있다.

Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary

2003년 12월 16일, 노르웨이 법에 따라 설립된 Telenor Mobile Communications A.S는 헝가리 정부를 상대로 노르웨이·헝가리 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 건 분쟁은 노르웨이·헝가리 BIT 및 공공이동전화서비스 제공에 관하여 헝가리 통신교통부와 Pannon GSM Telecommunications(이하, Pannon)간에 체결된 양허계약으로부터 발생하였다. Pannon은 신청인의 헝가리 소재 자회사이다. 한편, 신청인의 지분 가운데 75%는 노르웨이 정부가 소유하고 있었다. 신청인은 중재신청을 통하여 2002년도와 2003년도에 걸쳐 피신청국인 헝가리가 자신들의 투자에 손해를 입혔다면서 이에 대한 보상을 청구하였다. 그러나 신청인은 중재신청서에서는 정작 수용에 해당된다고 주장하는 정부의 조치나 행위가 무엇인지 구체적으로 언급하고 있지 않았다. 이에 ICSID 사무총장은 ICSID 협약 제36조 제2항에330) 따라 신청인 측에 이에 관한 구체적인 정보와 자료를 제출하도록 요청하였다.

이에 신청인은 수용의 근거로 i) Pannon의 재산에 대하여 EFTA 부담금을 부과한 것, ii) Pannon을 시장지배적 사업자로 지정하여 영업이익을 감소케 한 것, iii) 경쟁사에게 이익을 전가시켜 결과적으로 자신들에게 상대적인 손해를 끼친 점을 들었다. 그러나 ICSID 사무총장은 이것이 Pannon의 투자를 수용한 조치라 보기에는 미흡하다고 판단하고 더 상세한 보충 설명을 요구하였다. 이에 신청인은과거 ICSID 중재판정례를 인용하면서 수용의 개념은 투자자의 재산을 몰수 (seizure)하는 직접수용에 한정되지 않고, 투자자의 합리적인 경제적 이익을 박탈하는 간접수용도 포함한다고 주장하였다. 또한 신청인은 헝가리 정부가 자신들이부담한 30억~50억 헝가리 포린트화(HUF)를 경쟁사인 Matav에게 보조금으로 지급한 것은 차별적이고 부당한 조치이며, 이는 궁극적으로 수용에 해당한다고 주장하였다. 아울러 자신들을 시장지배적 사업자로 지정하여 별도의 부담금을 부과시킴으로써 영업이익에 손실을 입혔는데, 이는 수용과 유사한 효과를 가져왔다고주장하였다.

³³⁰⁾ ICSID 협약 제36조 제2항에서는 "요청서에는 분쟁의 본안, 당사자의 신원, 조정 및 중재절 차개시규칙에 따른 중재회부 합의 등에 관한 정보가 포함되어야 한다."고 규정하고 있다.

ICSID 사무국은 신청인이 제출한 자료를 토대로 절차보완에 관한 절차를 마무리함과 동시에 이후 절차를 속행하였다.

제2절 투명성 원칙 및 제3자의 중재절차 참여

1. 투명성 원칙에 관한 최근 국제동향

중재절차에 분쟁의 당사자가 아닌 제3자(non-disputing parties)의 참여를 허용 하는 문제가 최근 투자중재에서 쟁점이 되고 있다. 그동안 NGO 등 비분쟁당사자 들은 투자중재절차에 법정조언자(amicus curiae)의 자격으로 참여시켜 달라는 요 청을 중재판정부에 꾸준히 제기해 왔다. 이들은 중재절차 과정에서 당사자들이 제출한 문서에 대한 접근(access to documents) 뿐만 아니라 중재판정부에 직접 서면을 제출하는 것까지 허용할 것을 요구하였다. 이러한 추세를 반영하여 최근 ICSID는 중재규칙을 일부 개정하여 분쟁의 당사자가 아닌 제3자가 중재절차에 참여하는데 필요한 기준을 마련하였다. 또한 UNCITRAL 작업반(Working Group II)에서도 최근 투자중재에서의 투명성에 관한 법적기준을 제시하였다. 일반적으 로 UNCITRAL 중재규칙에 따른 투자중재는 비교적 비밀유지의 수준이 높은 편 이고, 이런 이유로 분쟁 사실을 공개하기 꺼려하는 일부 투자자와 투자유치국이 이 규칙에 의한 중재를 선호해왔다. 그러나 2010년 10월, 제53차 회의에서부터 시작된 UNCITRAL의 투명성 규칙 제정 작업은 2013년 2월 제58차 회의에서 완 성되었고, 2014년 4월 1일부터 발효된다.331) 현재는 보다 많은 투자협정에서 UNCITRAL 투명성 규칙이 사용될 수 있도록 '투명성 규칙의 채택을 위한 국제협 약'을 준비 중이다.

그러나 피신청국의 국민과 NGO들의 알 권리를 충족시키기 위하여 투명성을 제고하는 동시에 중재절차의 기본원칙인 비공개 원칙을 유지하는 것은 쉬운 일이

³³¹⁾ UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 '적용범위'제1항에서는 "투자협정 기반 투자중재의 UNCITRAL 투명성 규칙은 협정 당사자들간에 별도의 합의가 없는 한 2014년 4월 1일로부터 체결된(concluded) 투자 또는 투자자 보호를 위한 투자협정에 따른 UNCITRAL 중재규칙에 의한 투자중재에 적용한다"고 규정하고 있다.

아니다. NGO 등의 비분쟁당사자가 절차에 참여하는 것을 허용하더라도 이들이 그러한 지위를 남용하지 않도록 관리하는 것이 필요하다. 또한 이들의 진정한 의도가 무엇인지, 궁극적으로 누구의 이익을 대변하는지 그리고 이들의 행위에 대하여 어떻게 책임을 부담시켜야 하는지도 역시 중요한 문제이다. 따라서 개별 사건에서 이들의 참여 범위를 어디까지 허용할지를 신중히 결정하여야 한다. 비록 ICSID가 중재규칙의 개정을 통하여, 그리고 NAFTA FTC가 성명서를 통하여 제도적으로 중재절차의 투명성 제고를 도모한 것은 사실이나 아직 논란의 여지가 많이 남아 있다.

2. 비분쟁당사자의 중재절차 참여

가. 개요

지난 10여 년간 ICSID 중재판정부를 비롯한 투자중재판정부는 분쟁의 비당사자인 제3자로부터 중재절차에 amicus curiae 자격으로 참여하게 해달라는 요청을 여러 차례 받아 왔다. 그러나 개별 투자협정이나 ICSID 협약, UNCITRAL 중재규칙 등에는 이에 대한 명시적 기준이나 규칙이 없기 때문에 중재판정부는 스스로이에 관한 기준을 제시하여야 했다. 다만, NAFTA 제1128조에서332) 비분쟁당사자라도 중재판정부에 서면을 제출할 수 있다고 규정하고는 있으나, 여기서 말하는 '비분쟁당사자'는 NGO 등의 제3자가 아닌 NAFTA 회원국, 즉 분쟁에 직접 개입되지 않은 NAFTA 회원국을 가리키는 것으로, 분쟁의 제3자가 중재절차에 참여할 근거를 규정하고 있는 것은 아니었다. 따라서 분쟁의 비당사자인 제3자로부터 중재절차에 참여케 해달라는 요청에 대하여 중재판정부는 각각의 사안마다 이에 대한 판단을 별도로 진행하여야 했다. 중재판정부는 이들이 절차에 참여하려는 의도, 참여의 실익, 부과되는 책임 등을 분석하였고, 각각의 요청에 대하여 개별 '결정(order)'을 통하여 그 허용여부를 판단하였다.

³³²⁾ Article 1128: Participation by a Party

On written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement.

나. 중재판정례

Methanex v. United States³³³)

1999년 12월 3일, 캐나다 국적의 신청인 Methanex는 NAFTA 제11장에 의거하 여 미국 정부를 상대로 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 신청하였다. 신청인 Methanex는 중재신청을 통하여, 미국 캘리포니아 주정부가 가솔린 첨가제인 MTBE의 사용과 판매를 금지하는 조치를 취하여 손실을 입었다며, 미화 9억 7천 만 달러의 손해배상을 청구하였다. 이 사건은 투자중재 가운데 amicus curiae의 절차 참여가 처음으로 문제된 사건이다. 중재판정부는 3개의 비영리민간기구로부 터 amicus curiae brief(이하. amicus curiae 보고서)을 제출받았는데 이들은 그 근 거로 UNCITRAL 중재규칙 제15조를 인용하였다. 동 조는 "이 규칙을 벗어나지 않는 범위 내에서, 중재판정부는 당사자에게 동등한 진술 기회를 부여하고 공평 하게 대우하는 것을 전제로, 스스로 적절하다고 판단하는 방식으로 절차를 진행 할 수 있다"고 규정하고 있다. 위 비영리민간기구들 가운데 하나인 지속가능한 발전을 위한 국제협회(IISD)는 본 건 분쟁이 갖는 공공성과 그에 대한 결정이 NAFTA 회원국에 미치는 영향을 고려해 볼 때, 자신들이 제출하는 amicus curiae 보고서의 중요성은 심각하게 고려되어야 한다고 주장하였다. 또한 자신들은 대상 분쟁 분야의 전문적 지식을 갖고 있기 때문에 중재판정부에 실질적인 조언을 제 공할 수 있다고 하였다. 아울러 중재판정부가 amicus curiae 보고서를 허용한다면 이는 중재절차가 투명하지 못하고 비밀리로 진행된다는 세간의 비판을 불식시킬 것이라 강조하였다. 이들은 amicus curiae 보고서를 제출하는 것 외에도, 구술 변 론과 중재심리에 옵서버자격으로 참여하는 것을 허용해 달라고 요청하였다.

이러한 요청에 대하여 NAFTA의 다른 회원국인 멕시코는 반대를 표명하였고 캐나다는 찬성하였다. 한편 신청인은 중재판정부가 위 단체들의 요청을 거절해야 한다고 주장한 반면, 피신청국 미국 정부는 amicus curiae 보고서가 중재판정부에 도움이 된다면 이를 허용해야 한다는 입장을 보였다. 이에 중재판정부는 먼저 위 단체들이 원용하는 UNCITRAL 중재규칙 제15조 제1항의 적용범위와 NAFTA 제 11장 Section B의 관련 규정을 검토하였다. 중재판정부는 이 요청을 수락할지의

³³³⁾ Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

여부는 UNCITRAL 중재규칙 제15조 제1항에 규정된 절차상의 문제에 해당한다 고 보았다. 다만, 분쟁의 제3자인 위 단체들은 분쟁당사자로서의 권리를 획득할 수는 없으며, 또한 NAFTA 제1128조에 따른 비분쟁당사자(즉, 비분쟁 회원국)로 서의 권리 역시 얻을 수 없다고 하였다. 아울러 중재판정부는 UNCITRAL 중재규 칙 외에 NAFTA 상에 amicus curiae 보고서에 관한 근거 규정이 있는지를 검토 하였는바. 해당 규정은 없다고 보았다. 한편 위 단체들이 amicus curiae 보고서 제출 외에도 심리에 참여하여 구술 변론까지 허용해 달라고 요청하였기 때문에 중재판정부는 심리의 비공개 및 비밀보장 문제를 검토하였다. UNCITRAL 중재규 칙 제25조 제4항은 "당사자들이 달리 합의하지 않은 한 심리는 비공개(in camera) 로 열린다." 라고 규정하고 있는 바, 본 건의 신청인이 일반인 '제3자)의 심리 참 여에 동의하지 않았으므로 중재판정부는 위 단체들의 심리 참석 요청을 허가하지 않기로 결정하였다. 마지막으로 중재판정부는 위 단체들이 강조한 것처럼, 본 건 분쟁에는 사인간의 상사중재의 범위를 넘어서는 중요한 공공의 이익이 포함되어 있다는 점에 동의하였다. 또한 중재절차를 투명하게 공개함으로써 NAFTA 제11 장에 따른 중재가 더 많은 정당성을 확보할 것이라는 비분쟁 회원국 캐나다와 미 국 정부의 견해에도 동의하였다. 이러한 사정을 고려하여 중재판정부는 결론적으 로 amicus curiae 보고서를 허용할 권리가 판정부에 있다고 결정하였다. 다만 이 들이 구술 심리에 참여하는 것은 허용하지 않기로 최종 결정하였다.

■ UPS v. Canada 사건

미국 국적의 신청인 UPS는 캐나다 정부와 Canada Post가 비독점 우정사업 시장에서 반경쟁적 행위를 통하여 자신들에게 사업손실을 입혔다면서 캐나다 정부가 NAFTA 제1102조의 내국민대우와 제1105조의 공정하고 공평한 대우를 위반하였다고 주장하며 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 제기하였다.

앞서 Methanex 사건에서와 마찬가지로 본 건 중재판정부도 비분쟁당사자로부터 절차 참여 요청을 받았다. 그러나 이들은 단순히 제3자로서가 아닌, 분쟁당사자로서의 지위를 요구했으며, 이것이 거절될 경우 amicus curiae 자격으로 절차에 참여하는 것을 요청하였다. 이러한 요청을 제기한 캐나다 우정사업노동자연합(CUPW)과 캐나다 시민위원회(CC)는 자신들이 본 건 분쟁에 직접적인 이해관계를 갖고 있으며, 판정의 결과에 따라 직접 타격을 받게 될 것이라 주장하였다. 이

들은 본 건 분쟁이 단순한 상사분쟁이 아니며, 다수의 일반대중과 공공정책에 미치는 영향이 크다고 강조하였다. 또한 자신들이 분쟁에 대하여 갖고 있는 전문적지식과 식견은 중재판정부의 판단에 도움을 줄 것이며, 더욱이 UNCITRAL 중재 규칙 제15조 제1항에 근거하여 중재판정부는 제3자에게 당사자적격을 부여할 권한이 있다고 하였다.

그러나 신청인과 피신청국은 모두 이들에 대한 당사자 지위 부여에 반대하였다. 다만, amicus curiae 보고서를 제출하는 것에는 찬성하였다. 미국 정부는 NAFTA 협정에 따르면 중재판정부가 제3자에게 당사자지위를 부여할 권한은 없으나, UNCITRAL 중재규칙에 의거하여 제3자가 amicus curiae 자격으로 서면을 제출할 수 있다는 의견을 냈다. 한편 멕시코는 당사자 지위를 부여하는 것도, amicus curiae 보고서 제출을 허용하는 것에도 반대하였다.

먼저 중재판정부는 분쟁의 당사자가 아닌 제3자에게 당사자 지위를 부여할 권한이 있는지를 검토하면서 NAFTA 협정상에는 마땅한 근거 규정이 없다고 보았다. 한편, UNCITRAL 제15조 제1항에 따를 경우에는 이것이 가능한지에 대해서도 앞서 Methanex 사건 판정부와 마찬가지로 이를 인정하지 않았다. 따라서 당사자 지위 부여에 관한 어떠한 근거 규정을 찾을 수 없다고 보고, 중재판정부는 위단체들의 요청을 거절하기로 결정하였다. amicus curiae 보고서 제출의 허용 여부와 관련해서는, 이것이 UNCITRAL 중재규칙 제15조 제1항의 범위에 해당하는 사항이라 보고, 아울러 amicus curiae 보고서는 중재판정부가 분쟁의 본안을 판단하는데 유용한 도움을 줄 수 있을 것이라 보았다. 그러나 당사자들의 비밀보장과절차의 비공개 문제와 관련해서는 당사자간의 합의가 무엇보다 중요한데 본 건에서는 당사자간에 그러한 합의가 있었다고 보기 힘들며 따라서 제3자의 심리 참여나 문서에 대한 접근을 거절하기로 결정하였다.

Aguas Argentinas Et Al v. Argentine Republic

Amicus curiae의 절차 참여가 ICSID 중재에서 문제된 첫 번째 사건인 Aguas Argentinas et al. v. Argentine Republic 사건이³³⁴⁾ 접수될 당시, ICSID 중재규칙에

³³⁴⁾ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (France-Argentina and Spain-

는 UNCITRAL 중재규칙과 마찬가지로 이에 관한 명문의 규정이 없었다. 동 사건 에서 5개의 비정부단체는 중재판정부에게 심리참석과 amicus curiae로서의 구두진 술 및 제출된 서류에 대한 접근을 요청하였다. 심리 참석 문제와 관련하여 중재 판정부는 이것이 ICSID 중재규칙 제32조 제2항에 부합하는지, 특히 당사자들의 사전동의라는 요건에 부합하는지를 검토하였다. 피신청국은 이들이 심리에 참가하 는 것에 동의했으나 신청인 측에서 강력히 거부하여 중재판정부는 위 요청을 거 절할 수밖에 없다고 결론 내렸다. 한편, 이 단체들은 앞서 Methanex 사건과 UPS 사건 판정부의 결정을 인용하였는데, 중재판정부는 위 사건들의 경우 분쟁당사자 들이 제3자의 심리 참여에 동의하였으나,335) 본 건에서는 그러한 동의 사실이 없 으므로 비교 대상으로 적절치 않다고 보았다. 또한 ICISD 협약이나 ICSID 중재 규칙에는 amicus curiae 보고서의 허용 여부에 관한 명시적 규정이 없으므로, 중 재판정부는 ICSID 협약 제44조로부터 그러한 권한을 유추할 수 있는지를 검토하 였다. 동 조에서는 "ICSID 협약, 중재규칙 또는 당사자들이 합의한 여타의 규칙 에서 정하지 않은 절차상의 문제는 중재판정부가 이를 결정한다"고 되어 있다. 이 조항을 본 건에 적용하기 위하여 중재판정부는 우선 amicus curiae 보고서의 허용 여부가 절차상의 문제인지를 검토하였는 바, 이를 긍정하였다. 그러나 amicus curiae의 역할은 자발적인 조언자(voluntary adviser)의 지위에 불과하며 당 사자로서의 지위는 불가하다고 보았다.

한편, 중재판정부는 Methanex 사건 판정부와 마찬가지로, amicus curiae 보고서의 허용 문제는 분쟁당사자의 실체적 권리(substantive right)에 영향을 미치지않는 단순한 절차상의 문제라고 보았다. 아울러 이를 허용하는 것은 NAFTA 또는 WTO의 상소기구(Appellate Body)와 같은 다른 여러 분쟁해결기관에서도 인정하고 있는 관행이라는 점을 언급하였다.336) 이러한 사정에 근거하여 중재판정부는 ICSID 협약 제44조에 따라, 적합한 경우에 적절한 제3자로부터 amicus curiae 보고서를 접수할 권한이 있다고 판단하였다. '적합한 경우'와 '적절한 제3자'라는 문언에서 유추할 수 있듯이 중재판정부는 amicus curiae의 허용 여부가 판정부의 재

Argentina BITs).

³³⁵⁾ 분쟁당자들은 당초 제3자의 심리 참여에 반대하였으나, 이후 합의를 통하여 이를 허용키로 결정하였다.

³³⁶⁾ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus curiae, 19 May 2005.

량임을 밝혔다. 또한 amicus curiae 보고서를 허용할지 여부는 개별 사건의 정황을 보고 판단할 문제이지 일반원칙에 따라 처리할 사안은 아니라고 보았다. 이와관련하여 중재판정부는 두 가지 기준을 제시하였는데, 첫째, 분쟁의 본안(subject matter of the case)이 amicus curiae 보고서를 허용하기에 적합한 것인지, 둘째, amicus curiae 지위를 요청하는 청원인들이 충분한 자질(qualification)을 갖고 있는 지를 검토해야 한다는 것이다.

○ 사안의 적합성(Appropriateness of the case)

중재판정부는 사안의 적합성을 판단하는데 가장 중요한 기준으로 당해 사안이 중대한 공익적 요소를 포함하고 있는지를 들었다. 즉, 당해 사건이 공공의 이해관계와 밀접한 관련을 갖고 분쟁당사자 외에 다수의 대중에게 미칠 영향이 커야 한다는 것이다. 한편, 중재판정부는 ICSID 중재에 회부되는 대부분의 투자분쟁은 국제법상의 위법 여부 또는 국가책임에 기초한 정부 조치의 위법성 여부를 판단하는 것이므로, 이는 사법상의 문제라기보다 공법상의 영역에 해당한다고 보았다. 본 사건은 아르헨티나 내의 수도공급 및 하수처리 시스템을 둘러싼 분쟁이었는데, 이러한 공공시스템은 다수의 대중에게 영향을 미치고 또한 중재판정부의 결정은 시스템 전반에 대해서 뿐만 아니라 일반 대중에게도 중대한 영향을 미친다는 점을 고려해 볼 때, amicus curiae 보고서를 허용하기에 충분한 조건이 된다고 보았다. 아울러 분쟁의 비당사자에게 amicus curiae 보고서를 제출할 기회를 부여함으로써 투자중재 절차의 투명성을 제고할 수 있다는 긍정적인 면을 평가하면서도, 다만 이것은 부수적인 결과에 불과하지 amicus curiae 제도의 궁극적인 목표가 될수는 없다는 점을 밝혔다.

○ 청원인의 적격(Suitability of the petitioners)

중재절차에 amicus curiae로 참여할 수 있는 비분쟁당사자의 자격과 관련하여, 중재판정부는 전문지식, 경험, 그리고 중립성을 요구하였으며, 이는 비분쟁당사자들이 제출하는 신청서를 검토하여 판단할 수 있다고 보았다. 그러나 위 Aguas Argentinas 사건 중재판정부는 분쟁당사자들이 이미 사안에 대한 충분한 자료와 증거를 제출하였기 때문에 굳이 amicus curiae 보고서를 추가로 참고할 필요는 없다고 판단하였다. 아래에서는 이 외에 다른 2개의 사건을 추가로 검토하기로

하다.

첫 번째, Aguas Del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia 사건이다.337) 이 사건에서 4개의 환경단체가 중재판정부에 당사자 지위를 인정해 달라는 요청을 하였다. 또한 당사자 지위를 허가할 수 없는 경우에는 그 대안으로 amicus curiae 자격을 인정해 달라고 요청하였다. amicus curiae 자격을 부여받는 경우 이들은 중재판정부의 관할권 및 신청인의 청구에 대한 자신들의 의견을 서면으로 제출하는 것과 더불어 심리에 직접 참석하여 구술 변론을 할 수 있게 해달라고 요구하였다. 또한 중재판정부가 양당사자들이 제출한 모든 준비서면과 증거서류를 공개하고 심리 절차도 대중에게 공개할 것을 요청하였다. 아울러 자신들이 심리에 참석함으로써 중재절차의 투명성을 높이고 자신들의 전문지식이 중재판정부에 도움을 줄것이라 강조하였다. 그러나 중재판정부는 비분쟁당사자의 절차 참여 문제는 순전히 당사자의 합의에 따라 판단할 문제이고 판정부의 재량으로 결정할 사안이 아니라면서 위 요청을 거부하였으나, 청원인의 적격(suitability)에 대해서는 별도의 언급을 하지 않았다.

둘째, Aguas Provinciales et al. v. Argentine Republic 사건이다.338) 이 사건 중 재판정부는 amicus curiae 자격을 요청한 청원인들의 이력, 사건과의 이해관계, 중립성, 전문성 등의 요소를 검토하였다. 그러나 이들이 관련 정보를 충분히 제출하지 않았다고 보고, amicus curiae 자격 및 서면 제출 요청을 거절하였다.

AWG Group v. The Argentine Republic

2005년 1월 28일, 5개의 비정부기구는 중재판정부에 'Petition for Transparency and Participation as *amicus curiae*(이하, 청원서)'을 제출하였다. 청원서 제출 후, 중재판정부는 당사자들에게 이에 대한 견해를 밝히도록 요구하였고, 당사자들은 각자의 의견을 제출하였다. 2005년 5월 19일, 중재판정부는 *amicus curiae* 보고서 검토에 요구되는 조건을 규정한 'Order in Response to a Petition for Participation

³³⁷⁾ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3 (Netherlands-Bolivia BIT).

³³⁸⁾ Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17(France-Argentina and Spain-Argentina BITs).

as amicus curiae'를 발행하였다.

다. 제3자 중재절차 참여를 위한 중재규칙 등의 개정

amicus curiae의 중재절차 참여 문제에 대한 중재판정부의 결정이 나온 후 NAFTA FTC는 이에 관한 성명서를 발표하였다. 또한 ICSID 차원에서도 기존의 중재규칙을 개정하여 제3자의 절차참여를 규율하기 위한 규정을 도입하였다.

1) NAFTA FTC의 성명서

2003년 10월 NAFTA의 FTC는 「비분쟁당사자의 절차 참여에 관한 성명서」를 339) 발표하였다. 동 성명서에는 '분쟁의 당사자가 아닌 개인 또는 단체'라고 명시하고 있어, 비분쟁 회원국만을 그 대상으로 하고 있는 NAFTA 제1128조 보다대상 범위를 넓혔다. 한편, FTC는 동 성명서를 통하여 중재판정부가 비분쟁당사자의 서면 제출 허가 여부를 판단하는데 있어 고려할 기준으로 다음을 제시하였다. 첫째, 제3자의 서면 제출이 중재판정부가 사실적・법률적 문제를 판단하는데도움을 줄 수 있는지, 둘째, 분쟁의 대상에 관련된 것인지, 셋째, 비분쟁당사자가당해 중재에 상당한 이해관계를 갖고 있는지, 넷째, 분쟁의 대상에 공공의 이해관계가 결부되어 있는지 여부 등이다.

2) ICSID 중재규칙 개정

ICSID 중재에서도 제3자의 절차참여는 최근 들어 중요한 관심사항으로 부각되었다. 이에 ICSID 사무국은 2005년 실무보고서(Working Paper)를³⁴⁰⁾ 발표하고, 2006년에는 중재규칙을 개정하기에³⁴¹⁾ 이르렀다. 개정 전 ICSID 중재규칙 제32조 제2항은 "당자자들이 동의하는 경우, 중재판정부는 당사자가 아닌 자가 심리에 참석하도록 결정할 수 있다"고 하여 당사자의 동의를 필수요건으로 하였다. 그러나 개정규칙 제32조 제2항에 따르면 "일방당사자가 반대하지 않는 한, 중재판정

^{339) &#}x27;Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation', 44 ILM 796(2005), http://www.dfait·maeci.gc.ca/nafta-alena/Nondisputing-en.pdf 참조.

³⁴⁰⁾ Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Working Paper of the ICSID Secretariat, 12 May 2005, http://www.worldbank.org/icsid/052405·sgmanual.pdf 참조.

³⁴¹⁾ New Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules, effective 10 April 2006, http://www.worldbank.org/icsid/highlights/04·10·06.htm 참조.

부는 ICSID 사무총장과 협의하여 당사자 이외의 자가 심리에 참석하도록 결정할수 있다"고 하여 분쟁 당사자의 별도의 동의가 없더라도 당사자가 반대하지 않는한, 제3자의 절차 참여가 가능하게 되었다. 다만, 중재판정부는 사전에 ICSID 사무총장과 협의를 거쳐야 하며, 또한 중요한 정보의 비공개를 위한 절차 계획표도 작성하여야 한다. 한편, 개정 규칙 제37조는 '비분쟁당사자의 서면 제출'이라는 제목을 통하여 비분쟁당사자가 분쟁의 대상에 대하여 서면 의견서를 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 아울러 중재판정부가 이를 허용할지 여부를 결정하는데 있어 i) 제3자의 서면 의견서가 중재판정부의 사실적 '법률적 쟁점 판단에 도움이되는지, ii) 서면 의견서가 분쟁의 대상 범위 안의 문제를 다루고 있는지, iii) 비분쟁당사자가 당해 사건에 상당한 이해관계를 갖고 있는지를 검토할 것과, 또한이것이 절차를 부당하게 지연시키거나 당사자에게 지나친 부담을 주지 않도록 주의할 것을 규정하고 있다. 이는 앞서 언급한 ICSID 사무국의 2005년 실무보고서를 상당 부분 반영한 것이다.

3) UNCITRAL 투명성 규칙 제정

2014년 4월 1일부터 발효되는 UNCITRAL 투명성 규칙 제4조에서는 제3자가 분쟁에 관하여 자신들의 입장을 서면으로 제출하는 권리를 보장하고 있다.342) 또한 동 조항은 이러한 서류를 제출하고자 하는 제3자는 중재판정부가 지정한 페이지 수 제한에 맞춰 명확한 서면 진술을 통하여 신청하도록 하고 있으며, 신청 시에는 다음의 사항을 기재하도록 하고 있다. 즉, 제3자의 중재절차 참여를 위한 신청서에 i) 해당 사항이 있는 경우, 제3자의(무역 연합 또는 기타 비정부기관의) 회원자격 및 법적지위, 일반적인 목적, 제3자의 활동 및 모기관의 성격, ii) 제3자와 분쟁당사자들 간의 직·간접적인 관계, iii) 제3자에게 서면 제출을 위한 금전적 또는 기타 도움 또는 제3자에 의한 신청에 실질적인 도움을 제공한 정부, 개인 또는 기관의 정보, iv) 중재에 대하여 제3자가 갖는 이익의 성격, v) 제3자가 서면 제출을 통하여 해결하고자 하는 중재 관련 사실 또는 법의 구체적 사안 등을 기재하도록 규정하고 있다.

이러한 신청서를 접수하면 중재판정부는 제3자의 절차 참여여부를 결정하기

³⁴²⁾ UNCITRAL 투명성 규칙 제4조 제1항에서는 "분쟁당사자들과 협의 후, 중재판정부는 투자 협정에 의한 분쟁당사자 및 비분쟁당사자가 아닌 자가 분쟁 범위 내의 문제에 관하여 중 재판정부에 서면 입장 제출을 허락할 수 있다"고 규정하고 있다.

위하여 i) 중재절차에 의하여 제3자가 상당한 이익을 갖는지 여부, ii) 서면 제출이 분쟁당자들과는 다른 관점, 특정 지식 또는 통찰력을 제공하여 중재절차와 관련된 사실적 또는 법적 문제에 대한 중재판정부의 결정을 지원하는 정도 등을 고려해야 한다고 하였다. 또한 중재판정부는 제3자에 의하여 제출된 서류가 중재절차를 침해하거나, 절차에 과도하게 부담을 주거나, 또는 부당하게 분쟁당사자에게 해를 끼치지 않도록 해야 한다고 하였으며, 또한 분쟁당사자들이 제3자의 서면에 대한 소견을 제시하도록 합리적인 기회를 보장해야 한다고 강조하였다.

라. 절차상의 제한

법원의 소송절차에 비해 중재가 가진 장점 가운데 하나는 신속하고 저렴하다는 점이다. 그러나 분쟁의 제3자가 절차에 개입하는 경우 이러한 효율성이 훼손될 수 있다. 제3자의 부당한 간섭에 대응하기 위하여 당사자들이 시간과 비용을할애해야 하는 경우가 발생하기 때문이다. 따라서 중재판정부는 제3자가 amicus curiae로서 중재절차에 참여하는 것을 허가하기 전에, 분쟁당사자들이 추가로 떠안아야 하는 부담을 고려하여야 한다. 이를 고려하여 UPS 사건의 중재판정부는 청원인들이 제출하는 서면의 분량을 제한할 것이며, 또한 이들에게 증인 참석까지 허가하지는 않을 것이라고 밝혔다.343) 또한 Methanex 사건의 중재판정부 역시분쟁당사자들과 협의하여 청원인들이 제출할 서면의 분량과 형식, 제출 시한을정하였다. amicus curiae 지위 등을 통한 새로운 형태의 절차참여 방식이 투자중재에 미치는 효과를 평가하기 위해서는 앞으로 더 많은 사례가 축적되어야 할 것이다. 그러나 앞서 살펴본 사례를 통하여 알 수 있듯이 중재판정부는 amicus curiae 보고서 제출에 따르는 절차상의 위험요소나 당사자들에게 미칠 부작용에 대하여 잘 숙지하고 있는 것으로 보인다.

마. amicus curiae 보고서가 중재판정에 미치는 영향

NGO 등이 제출하는 의견서가 중재판정부의 판단에 실질적인 영향을 미치는지를 판단하기는 아직 이르다. *Methanex* 사건에서 청원인들은 당초 *amicus curiae*

³⁴³⁾ Decision of The Tribunal on Petitions For Intervention And Participation As *Amicus Curiae*, 17 October 2001, http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSDecisionReParticipationAmicusCuria.pdf 참조.

지위를 요청하였고, 이후 amicus curiae 보고서를 제출하였다. 이는 당사자들이 합의로 amicus curiae 참여를 동의한 데 따른 것이었다. 그러나 정작 이들 청원인들이 제출한 amicus curiae 보고서가 중재판정의 내용에 반영되었는지 여부는 정확히 알 수 없다. UPS 사건의 경우도 사정은 마찬가지이다. 다만, ICSID 중재규칙의 개정이나 NAFTA FTC의 성명서를 통하여 amicus curiae의 절차참여 근거가마련되었으므로 앞으로 비분쟁당사자의 서면제출 등을 통한 개입은 투자중재에서일정한 역할을 할 것으로 보인다.

3. 문서에 대한 접근권

가. 개요

비분쟁당사자의 문서에 대한 접근권은 심리참여나 amicus curiae 보고서의 제출 등과 마찬가지로 절차의 투명성 제고와 관련된 중요한 문제이다. NAFTA 중재에서는 미국, 캐나다, 멕시코 정부가 각각 투자중재에 관한 인터넷 홈페이지를 운영하고, 여기에 중재신청서, 중재절차 중 제출서류, 중재판정문 등을 공개하고 있는데, 다른 투자협정 중재와 비교할 때 상대적으로 문서에 대한 접근이 용이한편이다. 그럼에도 불구하고 그동안 NAFTA 중재는 절차상의 투명성이 부족하다는 비판을 받아왔는데, 이에 NAFTA FTC는 제11장 '투자'의 관련 조항에 대한해석지침을 공표하여 절차투명성의 제고를 도모하였다.

나. NAFTA 제11장의 일부 조항에 관한 FTC의 해석지침

2001년 7월 NAFTA의 FTC는 문서의 접근권과 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)에 관한 제11장의 일부조항에 대하여 해석지침을³⁴⁴⁾ 발표하였다. 특히 투명성 제고와 관련하여 동 지침 제1항에서는 "본 협정의 어떠한 조항도 제11장에 따른 중재의 당사자에게 통상의 비밀유지 의무를 부과하지 않으며, 또한 제1137조 제4항의 규정에 위배되지 않는 한, 당사자는 중재판정부에 제출된 문서를 일반인에게 공개할 수 있다"고 하여 분쟁당사자들이 일정한 조건하

³⁴⁴⁾ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001, http://www.dfait·maeci.gc.ca/tna·nac/NAFTA·Interpren.asp 참조.

에서 문서를 대외에 공개할 수 있는 근거를 마련하였다. 동 해석지침은 또한 중 재판정부의 최종 판정뿐만 아니라 공공의 이해관계가 결부된, 당사자들이 제출한 기타 서류를 대중에게 공개하는 것이 NAFTA의 관련 규정에 부합한다고 밝혔다.

대부분의 투자중재 사건은 공공정책을 둘러싼 분쟁이 많으므로, 이를 대중에게 공개하는 것이 도움이 될 때도 있다. 다만, 공공의 이해관계 못지않게 분쟁당사자 의 권리(비공개) 역시 중요하므로 양자간에 적절한 균형점을 찾는 것이 필요하 다.345)

제3절 중재판정

1. 개요

가. 중재판정의 성립

중재판정은 중재절차에 참여한 중재인 모두가 의견을 개진하고 합의한 후 판정을 내림으로써 성립한다. 중재인이 수인인 경우, 우리나라를 비롯한 대부분의 관련 법률에서는 중재인의 과반수에 의하여 판정을 내리는 것이 일반적이다. ICSID 협약 제48조 제1항에서도 "중재판정부는 모든 중재인의 다수결에 의하여 결정한다"고 규정하고 있다. 따라서 중재판정부 구성 시 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하는 구조 하에서 중재인간 이견을 보이는 경우가 종종 있으며, 심지어소수 의견을 낸 중재인이 사임하는 경우도 있다.

³⁴⁵⁾ 최근 제정된 UNCITRAL 투명성 규칙 제3조 '문서의 공개'에서도 다음과 같이 규정하고 있다. "다음 서류는 일반에게 공개된다. 중재 신청 통지서(the notice of arbitration), 통지 답변서, 청구서, 항변(statement of defence)과 추가적인 서면진술 또는 분쟁당사자들이 제출한서면 서류들; 증거 서류(exhibits) 자체는 아니지만 중재절차를 위한 증거 서류들을 나열한표가 준비된 경우, 상기 문서에 대한 모든 증거 서류와, 전문가 보고서 및 증인 진술에 대한 모든 증거 서류들을 나열한표; 투자협정의 비분쟁당사자(또는 당사자들)가 제출한 서면서류, 그리고 가능한 경우 제 3자에 의한 심리 속기록(transcripts of hearings); 그리고 중재판정부의 명령, 결정 및 판정."

Abaclat and Others v. Argentine Republic

본 사건에서 중재판정부는 집단중재를 허용할지 여부에 관하여 ICSID 협약이나 중재규칙에서는 집단중재에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않으나, 규정이 없다는 이유만으로 이를 불허하는 것은 본 건 BIT와 ICSID 협약의 목적에 반한다는 견해에 과반수로 찬성하였다. 또한 집단중재를 개별 중재처럼 사안별로 심사하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점은 인정하나, 이에 근거한 사법거부에 따른 부당함과 비교형량 해볼 때 집단중재를 허용하는 것이 바람직하다고 보았다.

중재판정부 과반수의 위와 같은 결정에 대하여 피신청국이 선정한 중재인 Georges Abi-Saab는 반대견해를 통하여 중재판정부가 다음의 이유로 본 사건을 심사할 관할권이 없다고 주장하였다.346) 즉, 아르헨티나가 BIT에서 중재에 동의하였다고 하여 집단중재에 동의하였다고 볼 근거는 없으며, 명시적 근거 규정도 없이 집단중재를 허용하는 것은 중재판정부의 권한을 벗어나는 일이며, 나아가 이는 피신청국의 절차적 권리, 즉 개별 사건에 대하여 항변할 수 있는 권리를 박탈하는 것이라고 주장하였다. Georges Abi-Saab는 이러한 소수의견을 내고 바로 사임하였다.

나. 중재판정의 형식

원칙적으로 중재판정은 서면으로 작성되어야 한다. ICSID 협약 제48조 제2항에서도 이를 명확히 규정하고 있다. 또한 동 조항에서는 중재인의 서명을 중재판정의 필수요건으로 정하고 있다. 일반적으로 대부분의 상사중재 관련 규정에서도 중재인의 서명을 중재판정의 요건으로 하고 있다. 예컨대, 프랑스 민사소송법, 벨기에 중재법 등은 중재인의 서명이 없는 중재판정은 무효로 하고 있으며, 우리나라 중재법 역시 서명을 요구하고 있다.347) 서명은 중재인 전원이 하는 것이 원칙이다. 다만, 중재인 일부가 서명을 거부하는 경우, 과반수의 중재인들이 서명하고 서명되지 않은 사유를 중재판정에 기재하면 해당 중재판정은 유효한 것으로 본

³⁴⁶⁾ ICSID 협약 제48조 제4항에서는 "중재인은 중재판정에 대한 소수의견 또는 반대의견을 첨부할 수 있다"고 규정하고 있다.

³⁴⁷⁾ 우리 중재법 제32조 제1항에서 "중재판정은 서면으로 작성하여야 하며, 중재인 전원이 서명하여야 한다"고 규정하고 있다.

다.³⁴⁸⁾ 2010 UNCITRAL 중재규칙 역시 제34조 제4항에서 이와 유사한 조항을 두고 있다.³⁴⁹⁾

중재판정에서 또한 중요한 것은 어떠한 내용을 담고 있는가이다. 중재판정의 본문 중 가장 중요한 부분은 주문인데, 여기에는 일반적으로 중재비용과 중재인 수수료의 분담비율이 포함되어야 한다. ICSID 협약 제48조 제3항에서는 "중재판 정은 판정부에 제출된 모든 청구를 다루어야 하고"라고만 규정하여 구체적으로 중재판정에 어떠한 내용이 담겨야 하는지에 관한 명시적 조항이 없다. 다만, 협약 제61조 제2항에서 중재판정 시 중재비용에 관한 내용을 기재하도록 명시하고 있 다.350) 2010 UNCITRAL 중재규칙 역시 중재판정의 구체적인 내용에 관해서는 명 시적 규정이 없으며, ICSID 협약과 동일하게 중재비용에 관한 내용만 제38조에서 규정하고 있다.351)

다. 중재판정의 이유 기재

ICSID 협약 제48조 제3항에서 "중재판정은 판정부에 제출된 모든 청구를 다루어야 하고 또한 판정의 근거가 되는 이유를 명시하여야 한다"고 규정함으로써 중재판정의 이유 기재를 필수요건으로 규정하고 있다. 또한 동 협약 제52조 제1항 (e)호에서는 중재판정에 이유를 기재하지 않은 경우 판정을 취소할 수 있도록 하였다. 2010 UNCITRAL 중재규칙 제34조 제3항에서도 "당사자들이 판정이유를 명시하지 않아도 된다고 합의하지 않는 한, 중재판정부는 중재판정의 이유를 기재하여야 한다"고 규정함으로써, 중재판정 시 그 이유에 대한 기재를 의무화 하

³⁴⁸⁾ 우리 중재법 제32조 제1항 후단에서는 "다만, 3인 이상의 중재인으로 구성된 중재판정부의 경우에 과반수에 미달하는 일부 중재인에게 서명할 수 없는 사유가 있는 때에는 다른 중 재인이 그 사유를 기재하고 서명하여야 한다"고 규정하고 있다.

^{349) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제34조 제4항에서 "중재판정문에는 중재인이 서명하여야 하며, 판정이 행하여진 일자와 장소를 기재하여야 한다. 3인의 중재인 가운데 어느 한 중재인이 서명하지 아니한 경우에는, 판정문에 그 서명하지 못한 이유를 기재하여야 한다"고 규정하고 있다.

³⁵⁰⁾ ICSID 협약 제61조 제2항에서 "당사자들이 달리 합의한 경우를 제외하고 판정부는 당사자의 절차 관련 부담경비를 산정하여야 하며 또한 판정부의 경비, 중재인의 수당과 경비 및 ICSID 시설의 이용에 따른 비용을 누가, 어떻게 부담할지 결정하여야 한다. 이러한 결정은 판정의 일부를 이룬다"고 규정하고 있다.

^{351) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제40조에서는 "중재판정부는 최종 중재판정에 중재비용을 정하고, 적절하다고 판단되면 별도의 결정문에 명시한다"고 규정하고 있다.

고 있다. 실제 중재판정례에서도 이유불기재를 이유로 한 중재판정 취소의 소가 종종 제기되고 있다. 구체적인 사례는 본 절 뒷부분 중재판정의 취소와 관련하여 검토하기로 한다.

2. 배상액 및 이자 판정

가. 배상액

1) 금전배상 및 손해의 산정

가) 개요

금전배상은 투자중재를 통하여 인정되는 가장 보편적인 배상 방식이다. 원칙적으로 배상을 주장하는 신청인이 구체적인 배상액에 대한 입증책임을 진다. 통상신청인은 회계법인 등 전문가에 의한 산정보고서를 통하여 입증을 시도하고, 피신청국은 청구의 기각을 주장하거나 배상의 입증방법 불충분을 이유로 항변을 하게 된다. 금전배상의 목적은 투자유치국의 협정 위반에 따른 신청인의 피해를 전보하고, 문제된 조치가 있기 전의 상태로 회복하는 것이다. 배상액의 산정방식은 배상의 근거가 수용인 경우에 특히 문제된다. 배상의 산정방식에 관하여 다툼이자주 발생하자 최근의 투자협정에서는 이를 명확히 하는 규정을 두고 있다.352) 그러나 배상액의 산정 기준으로 널리 원용되는 '공정한 시장가치(fair market value)'에 대한 구체적인 규정이 없어 문제되는 경우가 많은데, 결국 이 때에는 중재판정부가 배상액 산정에 광범위한 재량을 가질 수밖에 없다.353)

³⁵²⁾ 한미 FTA의 경우에는 제11.6(2)조에 규정된 바에 따라 '수용된 투자의 수용일 직전 공정 시장가격과 동등한 금액'을 지급하도록 명시적으로 규정하고 있다. 반면, 수용이 아닌 사 유에 의한 배상하는 경우에는 산정방식 및 기준에 관한 특별한 규정이 없다.

³⁵³⁾ Metalclad v. Mexico 사건에서 중재판정부는 공정시장가격에 따른 배상액 산정 시, 수용된 부지 상의 공장은 아직 완공되지 아니하여 운영된 바 없으므로 장래 수익에 대한 예측이 불가능하였다. 이에 중재판정부는 '현금흐름 할인방식(discounted cash flow analysis)'을 적용하지 않고, 동 사업에 대한 투자자의 실제 투자액을 근거로 배상액을 판정하였다.

나) 중재판정례

Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States³⁵⁴)

이 사건에서 중재판정부는 손해의 산정과 관련하여 신청인들이 보상받을 수 있는 손해의 범위는 피신청국의 NAFTA 제1102조 및 제1106조 위반으로 인하여 신청인들의 멕시코 내 투자인 ALMEX가 받은 손해에 한정되고, 국제법의 원칙에 따라 위법행위와 손해간에 충분히 분명하고 직접적인 인과관계가 입증되어야 한다고 하였다. 중재판정부는 이 사건 특별소비세가 부과되기 시작한 직후부터 액상과당의 판매에 급격한 하락이 있었다는 것을 신청인들이 충분히 입증하였고, 따라서 특별소비세의 도입으로 인하여 신청인들은 큰 손실을 입었다고 판단하였다. 또한 이자는 위법한 조치가 시행되기 시작한 날로부터 단리로 미국 국채 이자율이 적용된다고 결정하였다.

Lurii Bogdanov, Agurdino · Invest Ltd v. Republic of Moldova³⁵⁵⁾

Iurii Bogdanov는 러시아인으로 몰도바에 거주하면서 투자회사인 Agurdino-Invest Ltd.(이하, 투자회사)를 설립하여 소유하고 있었다. 1999년 4월 20일, 이 투자회사는 몰도바 정부의 민영화국과 Agurdino-Chimia JSC(이하, 민영화회사)라는 기업에 대하여 정부 지분의 대부분을 양수하는 민영화계약을 체결하였다.356) 그러나 민영화계약이 체결된 이후 민영화계약 제5.5조에 따른 자산이전과 정부소유주식보상과정에서 다툼이 발생하였다. 즉, 러시아 투자회사는 계약에 따라 민영화회사의 자산 일부를 정부에 이전하였으나, 이에 대한 보상으로 정부가 이전하여야 할 대상업체 선정과 관련하여 분쟁이 발생한 것이다.

³⁵⁴⁾ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5.

³⁵⁵⁾ lurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd., Agurdino-Chimia and JSC v Republic of Moldova, SCC Arbitration

³⁵⁶⁾ 동 민영화계약 제5.5조에서는 "투자회사는 민영화회사의 특정자산을 정부에 이전하여야 하되, 이에 대한 대가로 정부가 보유하고 있는 다른 회사의 주식을 지급받는다"는 자산이전 과 정부소유 주식의 보상에 대한 사항을 규정하고 있었고, 그 방법은 「1998년 정부규정 제482호」에서 정하는 바에 따르도록 하고 있었다.

몰도바 정부는 주식으로 보상해야 할 경우를 대비하여 대상 적격업체의 명부를 작성하고 있었고, 신청인은 이 명부에 있는 회사의 주식 이전을 신청하도록하고 있었다. 신청인은 3번에 걸쳐 주식 이전을 받을 업체를 지정하여 이전 신청을 하였으나, 몰도바 민영화국은 신청인이 요청한 대상 업체가 주식보상대상 적격업체가 아니라든가, 농업식품부의 요청에 의하여 주식보상대상 적격업체에서 제외된 업체라든가, 신청인이 요청한 업체에 대하여 요청한 만큼의 주식을 정부가보유하지 않고 있다든가 등의 이유로 보상을 거절하였다. 주식보상대상 적격업체는 2001년 12월 민영화국 명령에 의하여 정부보유 지분이 30% 미만인 회사의 주식만을 포함시키도록 규정하고 있었는데, 신청인은 이렇게 작성된 명부 중에 있는 회사의 주식 이전을 요청해서는 이전재산에 대한 적절한 보상이 되지 않는다고 판단한 것이다.

중재판정부는 우선 본 사건에서 몰도바 정부의 주식보상대상 적격업체를 정부지분 30%미만 보유업체로 제한한 조치는 실질보상의 원칙과 공정하고 평등한 대우를 위반한 것으로 판단하였다. 한편, 구체적인 손해액 산정과 관련하여, 신청인은 손실금액으로 몰도바 62만 1,021 레우(Lei)의 손실을 입었다고 주장하였다. 반면 피신청국은 본 사건에서 손해액은 투자회사가 입은 손실이었는데, 중재신청의당사자는 러시아 투자자인 Iurii Bogdanov이고, 몰도바의 투자회사인 Agurdino-Invest Ltd.는 당사자적격이 인정되지 않으므로, 이 투자회사가 입은 손실을 주주(신청인)가 입은 손실로 볼 수 없다고 주장하였다.

이에 대하여 중재판정부는 이 사건에서 신청인 Iurii Bogdanov의 손실은 투자회사 주주로서의 권리에 직접 영향을 미치는 범위로만 제한되는 것이 아니라, 투자회사의 손실에까지 확장된다고 하였다. 또한, 과실상계와 관련하여 중재판정부는 몰도바 민법의 과실상계에 관한 규정을 적용하여 본 건에서 투자회사가 민영화계약에서 보상에 대한 정확한 규정을 두지 않은 점 등에 비추어 신청인의 과실이 약 50% 있으므로 손해액의 감액을 인정하여, 결론적으로 몰도바 정부는 신청인에게 미화 2만 8천 360달러를 지급하라고 판정하였다.

TZA YAP v. Peru³⁵⁷)

중국 국적의 신청인 TZA YAP SHUM은 페루국적의 회사 TSG의 지분 90%를 취득하는 방식으로 페루에 투자를 하였다. 이 회사는 페루 내에서 어분(魚粉)을 조달하여 아시아 시장에 수출하는 것을 주력 사업으로 하고 있었다. 신청인은 페루 과세당국이 취한 일련의 조치 때문에 TSG에 투자한 자신의 투자가 손실을 입었다며, 중국·페루 BIT 위반에 의거하여 2007년에 ICSID에 중재를 신청하였다.

본 사건에서 당사자들은 손해배상의 기준은 당해 수용조치가 없었더라면 신청 인이 향유하였을 지위로 복원시키는데 필요한 정도이어야 하고, 이것이 TSG의 자산 가치에 근거한 것이어야 한다는 점에는 다툼이 없었다. 다만 회사의 가치를 산정하는 방식에 있어서는 견해를 달리 하였는데, 먼저 신청인은 이 회사의 현금 흐름할인(Discounted Cash Flow)에 기초한 금액을 요구하는 반면, 피신청국은 회사의 장부가(Book Value)에 근거한 금액을 주장하였다.

중재판정부는 신청인이 제시한 방식은 본 사건에 적용하기에 무리가 있다고 보았는데, 그 이유는 TSG가 단지 2년이라는 단기간에 걸쳐 운영된 회사이고 그나마 이 기간 동안 현금흐름은 마이너스를 기록하였기 때문에 이를 근거로 삼을수 없다는 것이다. 또한 TSG는 이미 상당한 대출금을 안고 운영된 회사인데다가, 페루의 과세당국이 가처분 결정을 내린 시점에는 이미 시장점유율이 하락하고 있었다. 따라서 중재판정부는 적절한 보상 수준을 피신청국의 주장대로 TSG의 장부가에 기초하여 78만 달러 정도로 정하는 것이 옳다고 판단하였다. 한편, 신청인은 손해배상금 외에 11%의 이율에 따른 이자의 지급을 구하나, 이러한 이율은 TSG가 자신들의 금융조달 과정에서 부담한 이율이고, 이 회사의 사업에 부수되는 일정한 리스크 요소를 반영한 것이므로, 중재판정부는 이를 그대로 인정하지 않았다. 대신 중재판정부는 피신청국이 주장하는 것처럼 손해배상금이 TGS의 사업에 재투자되었을 경우 얻을 수 있는 수익률에 근접하는 수준으로 정함이 타당하다고 보았고, 손해배상액에 대한 이자는 미국 10년 국고채 월이율로 정하는 것이 적절하다고 보았다.

³⁵⁷⁾ Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6.

Desert Line Project v. Yemen³⁵⁸⁾

이 사건의 신청인은 오만 국적의 회사 Desert Line Project LLC이고, 피신청국은 예멘공화국이다. 2005년 7월 2일, 신청인은 오만·예멘 BIT(이하, 본 건 BIT)에 근거하여 피신청국을 상대로 ICSID에 중재를 제기하였다.359 신청인은 i)계약 및 예멘 중재판정에서 결정한 금액, ii) 피신청국이 신청인의 은행보증을 뒤늦게 해지한데 따른 손해배상, 그리고 iii) 정신적 손해배상의 지급을 구하였다. 이에 대하여 피신청국은 신청인이 실제 위와 같은 손해를 입었다는 사실을 입증하지 못하였고, 그러한 손실이 피신청국의 본 건 BIT 위반에 기한 것임을 입증하지 못하였다고 반박하였다.

○ 보증 처리의 지연에 따른 손해배상

신청인은 피신청국이 2개의 은행 보증을 뒤늦게 해지하는 바람에 입은 손해에 대하여 3만 731 오만 리알을 청구하였다. 그러나 중재판정부는 예멘 중재판정에서 "법률상 요구되는 보증은 신청인이 하자를 보수하고 도로를 유지 및 관리하는 시점까지 보존되어야 한다"고 판정한 점을 지적하였다. 즉, 계약이나 중재판정 어디에도 은행 보증이 2004년 8월 9일 즈음에 해지되어야 한다는 언급은 없었다. 따라서 이와 관련한 신청인의 청구를 기각하였다.

○ 오만과 예멘에서의 사업기회 상실

신청인은 피신청국의 BIT 위반으로 인하여 자국은 물론 예멘에서 사업손실로 696만 2천 오만 리알의 피해를 입었다고 주장하였다. 반면, 피신청국은 신청인이다른 사업계약을 따내지 못한 것과 문제된 본 건 피신청국의 행위간에 아무런 관련이 없고, 신청인이 언급한 피해액도 주관적인 추정액에 불과하다고 반박하였다. 중재판정부는 신청인이 자신의 손실과 피신청국의 불법행위간 인과관계를 제대로입증하지 못하였다고 보고, 이에 기한 신청인의 청구를 기각하였다.

³⁵⁸⁾ Desert Line Projects LLC v Yemen, Award, ICSID Case No ARB/05/17, IIC 319 (2008), 6th February 2008.

³⁵⁹⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 5. '포기·중복제소금지 조항'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

○ 정신적 피해

신청인은 회사 직원들이 피신청국 정부뿐만 아니라 무장 괴한들에게 위협을 받고 구금을 당하는 등 극심한 정신적 고통을 겪었으며, 회사의 신용과 명예에 심각한 타격을 입었다고 주장하였다. 반면, 피신청국은 신청인이 주장하는 정신적 피해가 피신청국에 귀속되는 행위에 의한 것임을 입증하지 못하였다고 반박하였다. ICSID 중재에서 일방당사자가 경제적 손실 외에 정신적 피해에 대한 보상을 구할 수 있음은 당연하며, 이에 대해서는 피신청국도 이의를 제기하지 않았다. 제출된 증거자료에 의하면 신청인 회사의 직원들은 물리적 구금과 협박을 당한 사실이 인정되었으며, 이에 대하여 피신청국은 신청인이 입은 피해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다. 다만 신청인들이 청구하는 배상액은 다소 과한 면이 있어 1백만 달러로 조정하기로 하였다.

White Industries v. India³⁶⁰)

호주 국적의 White Industries Australia Ltd.는 인도 정부가 1999 호주·인도 BIT에 위반되는 조치를 취하는 바람에 투자 손실을 입었다고 주장하며, 2010년 7월 27일에 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 제기하였다. 본 사건에서 신청인은 Chorzow Factory 사건의361) 배상 기준을 인용하여, 피신청국은 BIT 위반이 없었다면 신청인이 향유하였을 상태로 원상회복하여야 할 의무가 있다고 주장하였다. 구체적으로, 신청인은 i) 중재판정에 따라 지급받아야 할 금액, ii) 피신청국법원에서 지출한 소송비용, iii) 본 건 중재절차에 지출한 비용을 보상받아야 한다고 주장하였다.

신청인이 구하는 보상과 관련하여 중재판정부는 첫째, 인도 법률상 ICC 중재 판정이 집행 가능한 것인지 여부, 둘째, 만약 가능하다면 피신청국의 BIT 위반이 없었을 상태로 원상회복하기 위하여 신청인에게 어떤 보상을 해야 하는지 여부 등을 검토하였다.

³⁶⁰⁾ White Industries Australia Limited v. The Republic of India, Award of 30. November 2011.

^{361) 1926}년 *Chorzow Factory* 사건은 간접수용 개념이 최초로 대두된 사건으로 볼 수 있다. 이 사건에서 상설국제사법재판소(PCIJ)는 폴란드 정부의 직접수용 대상이 되지 않았던 독일계 공장에 대해서도 사실상 수용에 준하는 피해를 입었음을 확인하고 수용에 해당하는 것으 로 판결한 바 있다.

○ ICC 중재판정의 집행가능성

먼저 중재판정부는 ICC 중재판정이 인도 내에서 집행가능한지 여부를 판단할 권한이 본 중재판정부에게 있는지를 양측에 질의하였고, 당사자들은 그러한 권한을 인정하였다. 아울러 피신청국은 i) 중재인의 편파성, ii) 중재인의 월권행위 (excess of jurisdiction), iii) 절차지연 등의 사유를 들어 ICC 중재판정의 집행이 거부되어야 한다고 주장하였다. 뉴욕협약은 외국 중재판정의 집행거부 사유로 5가지를 규정하고 있는데,362) 이 가운데 피신청국의 주장과 관련 있는 사유를 차례로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 피신청국은 ICC 중재판정은 절차가 개시된 후 17개월이 경과하여 내려 졌고 심리 종결 후에도 추가적인 심문과 심리가 열렸으며, 중재판정부가 절차를 중립적으로 진행하지 않았다고 주장하였다. 중재판정부는 단순히 17개월이 소요 되었다고 해서 중재인의 편파성이 문제되는 것은 아니며, 또한 중재판정부가 당 사자에게 질의를 하는 것은 중립성과 아무런 관련이 없다고 판단하였다. 둘째, 피 신청국은 ICC 중재판정부가 중재회부조건(Terms of Reference)을 벗어난 사안에 대하여 판단하였다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 ICC 중재의 대상 분쟁은 신청인이 프로젝트 계약에 따른 보너스를 받아야 하는지 아니면 벌금을 물어야 하는지의 문제였고, ICC 중재판정부는 이 문제에 대하여 결정을 내렸으므로, 이 는 중재판정부의 관할 범위에 속하는 사안이라 판단하였다. 셋째, 피신청국은 앞 서 캘커타 법원의 취소 소송에서도 ICC 중재판정이 지나치게 지연되어 내려졌기 때문에 취소되어야 한다는 주장을 제기한 바 있다. 즉, 중재회부조건에 서명한 날 로부터 6개월 이내에 판정이 나와야 한다는 당사자간 합의를 무시하고 이보다 훨 씬 늦게 판정을 내렸으므로 해당 판정은 무효라는 것이다. 중재판정부는 위 ICC 중재사건에 적용된 ICC 중재규칙 제33조에 의하면 동 규칙이 위반되었다는 이의 를 제기하지 않을 경우 당사자는 이의권을 포기한 것으로 간주된다고 보았다. 따 라서 당사자들이 합의한 절차를 위반하여 중재판정이 내려졌다는 피신청국의 주 장을 인정할 수 없다고 판단하였다. 요컨대, 중재판정부는 피신청국이 주장하는 중재판정의 집행거부 사유는 근거가 없으므로 ICC 중재판정은 인도 법률에 따라

³⁶²⁾ 뉴욕협약 제5조 제2항에서는 중재판정의 집행거부 사유로 "i) 당사자의 무능력 또는 중 재합의의 무효, ii) 피신청국의 방어권 침해, iii) 중재판정부의 구성 또는 중재절차의 하자, iv) 중재판정부의 권한 유월, v) 중재판정의 구속력 결여 또는 취소·정지"를 규정하고 있다.

집행될 수 있다고 판단하였다.

○ 신청인에 대한 보상

피신청국은 설령 캘커타 법원이 취소의 소를 각하했더라도 ICC 중재판정이 집 행될 수 있음을 신청인이 입증하지 못하였으며, 결과적으로 신청인은 자신이 입 은 손실을 적시하지 못하였다고 주장하였다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 신청인은 위 중재판정이 집행 가능한 것임을 입증하였다. 따라서 신청인은 BIT 위반이 없 었을 상태로의 원상회복을 구할 권리가 있다. 본 사건에서 만약 피신청국 법원이 신청인에게 효과적인 권리구제수단을 거부하지 않았다면 지금쯤 ICC 중재판정은 인도 내에서 집행되었을 것이다. 그러한 경우 신청인은 i) 중재판정에서 명한 대 금을 지급받았을 것이고, ii) 중재판정의 취소 및 집행 청구의 소를 위하여 비용 을 지출하지 않았을 것이며, iii) 본 건 중재에 들어간 비용을 지출하지 않았을 것 이다. 피신청국 법원은 중재판정이 취소되거나 그 집행이 거부되어야 함을 Coal India가 입증하지 못하였다고 결정할 것이 분명하므로, 중재판정부는 신청인이 피 신청국의 BIT 위반에 따른 손실을 보상받아야 한다고 보았다. 구체적인 보상액은 i) ICC 중재판정에서 명한 408만 5천 180 호주 달러, ii) 그에 대한 1998년 3월 24일부터 완제일까지 8%의 비율에 의한 이자, iii) 중재판정에서 명한 중재인수당 및 경비 미화 8만 4천 달러, iv) 중재판정에서 명한 신청인의 중재비용 50만 호 주 달러 등이다.

2) 비금전적 배상

가) 개요

재산의 원상회복(restitution)이란 박탈된 재산의 반환을 통하여 분쟁 이전의 상태를 회복하는 것이다. 그러나 이러한 구제조치는 집행의 어려움으로 인하여 국제중재실무에서는 거의 이용되지 않았다. 그러나 이러한 관행에도 불구하고 최근일부 투자협정에서는 원상회복에 의한 배상을 할 수 있도록 협정문에 명시적인조항을 두되, 피신청국은 원상회복 대신 이에 갈음하는 금전배상을 할 수 있도록 규정하기도 한다.

나) 중재판정례

Ioan Micula v. Romania³⁶³)

2005년 8월 2일, 신청인들은 스웨덴·루마니아 BIT에 의거하여 루마니아를 상대로 ICSID에 중재를 신청하였다. 본 건 분쟁은 과거 루마니아 정부가 낙후된 오지를 개발하기 위하여 시행했던 세금우대 등 각종 투자혜택을 폐기, 철회하는 과정에서 발생하였다. 구체적으로 살펴보면 1998년 9월 30일에 루마니아는 '긴급정부령(EGO 24)'을 통하여 낙후지역 지정에 관한 근거를 마련하였고, 이들 지역에투자하는 투자자에게 관세, 세금, 소득세, 기타 정부 보조금 등에 있어 혜택을 받을 수 있도록 하였다. 그러나 이후 루마니아 정부는 이러한 혜택을 폐기 및 철회하였는데, 이에 신청인들은 폐기된 긴급정부령의 부활을 주장하며 투자중재를 제기하였다.

피신청국은 신청인이 구하는 원상회복은 국제법상 허용되지 않으며, 금전적 손해배상청구가 가능할 뿐이라고 주장하였다. 또한 피신청국은 이미 폐기된 과거의법체계 특히 EC 조약에 위반되는 법률을 복원하라는 것은 부당하며, 피신청국이특정 법률을 개정하지 않고 존속시켜야 할 의무는 없고, 신청인의 청구원인과 이들이 구하는 원상회복간에 직접적인 인과관계가 없다고 주장하였다. 이에 대하여신청인은 피신청국이 원상회복이 불가능하다는 주장만 하고, 그에 관한 구체적인근거는 밝히지 못하였다고 주장하였다. 이러한 점에서 신청인은 원칙적으로 원상회복을 구하되 이것이 불가능할 경우 손실에 대한 금전 배상을 요구하였다.

중재판정부는 ICSID 협약 상 중재판정부가 금전적(pecuniary) 배상뿐만 아니라 원상회복을 포함한 비금전적 배상(non-pecuniary compensation)을 명할 권한이 있다고 보았다. 본 건 BIT 제4조는 수용에 따른 보상에 관해서만 규정하고 있으나, 비금전적 배상을 완전히 배제한다고 볼 근거는 없다. 또한 어떠한 형식의 판정을 내릴지는 궁극적으로 본안에 관한 심리를 통하여 결정할 문제이며, 관할권 유무를 판단하는 현 단계에서는 원상회복 등의 비금전적 배상이 불가함을 이유로 제기한 관할항변은 기각되어야 한다고 판정하였다.

³⁶³⁾ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20.

ATA Construction v. Jordan³⁶⁴)

본 사건은 과거 신청인이 요르단의 공기업 APC를 상대로 제기한 중재(이하, 국내중재)에서 승소한 뒤 요르단 국내법원이 중재판정을 취소하자, 본 건 BIT 위반을 근거로 제기된 사건이다.365) 국내중재의 내용은 신청인들이 APC와 체결한수로건설공사계약에 따라 공사를 준공한 뒤 수로가 붕괴되는 사고가 발생하자 그책임 여부를 가리는 것이었다. APC는 계약서의 중재합의에 근거하여 중재를 신청하였고 신청인 ATA는 반대중재신청을 통하여 미지급 공사대금을 청구하였는데 2003년 9월 30일에 중재판정부는 APC의 신청을 모두 기각하고, ATA의 반대신청일부를 인용하는 중재판정을 내렸다.

중재판정부는 국가는 자국의 국내법을 원용하여 국제법상의 책임을 면할 수 없다고 하였다. 피신청국 법원은 중재판정을 취소한 후 당사자들이 유효한 중재합의에 따라 중재를 이용할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고, 자국의 중재법제51조를 근거로 해당 중재합의를 무효화 했다고 보았다. 뉴욕협약 제2조에 따르면 체약국 법원은 유효한 중재합의가 있는 경우 이를 존중하여 분쟁을 중재에 회부하도록 하여야 하나, 피신청국 측 법원은 이를 무시하여 신청인의 중재신청권을 박탈하였다는 것이다. 나아가 문제된 요르단 중재법은 2001년부터 시행된 법률인데도 법원은 이전의 중재합의에까지 이를 소급 적용하였다고 보았다. 피신청국의 중재합의 박탈이 위법임이 밝혀진 이상, 신청인에 대한 적절한 구제방법이문제되었다. 중재판정부는 과거 Chorzow Factory 사건 재판부의 법리를 인용하였다. 즉, 불법행위에 따른 모든 효과를 제거하고 그러한 행위가 없었다면 존재하였을 상태로 복원하는 것이 국제적으로 승인된 보상의 원칙인데, 이 원칙에 비추어볼 때 본 사건의 경우 신청인에게 중재신청권을 회복시켜 주는 것이 유일한 구제수단이라고 판단하였다.

피신청국의 중재법 제51조에 근거한 중재합의 무효 선언이 BIT에 따른 피신청 국의 국제법상 의무 위반임을 확인하고, 중재판정부는 i) 현재 수로 붕괴 사건과

³⁶⁴⁾ ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2.

³⁶⁵⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제2절 3. '소급효'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

관련하여 요르단 법원에서 진행 중인 소송절차를 즉시 종결할 것, ii) 장래에 같은 사안에 대하여 어떠한 소송절차도 개시하지 말 것을 명하고, iii) 신청인은 계약서상의 중재합의에 따라 수로 붕괴와 관련한 분쟁을 중재에 회부할 권리가 있음을 확인한다고 판정하였다.

■ Philip Morris 사건

○ 개요

2010년 2월, 다국적 담배회사 Philip Morris International(이하, PMI)은 스위스·우루과이 BIT에 근거하여 우루과이를 상대로 ICSID에 중재를 신청하였다. 한편, 2011년 11월, PMI의 아시아 지역 자회사인 Philip Morris Asia Limited(이하, PM Asia)는 홍콩·호주 BIT에 근거하여 호주를 상대로 투자중재를 제기하였다. 두 사건에서 신청인들은 우루과이와 호주의 담배포장 관련 법안을 문제 삼았다. 구체적으로, 신청인들은 양국의 「담배단순포장(plain packaging)법」이 자신들의 지적재산권을 침해하여 투자손실을 입혔다며, 이들 법안의 철회를 요구하는 금지명령을 구하였다. 이는 투자중재에서 일반적으로 인용되는 금전적 배상이 아닌 투자유치국의 특정한 이행을 구하는 청구라는 점, 국가의 입법권에 대한 침해의 소지가 있다는 점에서 다른 투자중재 사건들과 구분된다.

○ 사건의 배경

우루과이 보건부는 지난 2009년 담배포장에 관한 법안을 통과시켜 담배갑 표지의 80% 이상을 흡연의 부작용을 알리는 문안으로 쓰도록 하고, 상품 브랜드도단일화시켜 제조사가 하나의 상품만 표시할 수 있도록 하였다. 법안은 2010년 발효되었는데, 이에 PMI와 몇몇 자회사들은 스위스·호주 BIT에 근거하여 ICSID에 중재를 신청하였다.366) PMI는 위 법안이 다양한 포장 방식을 금지하여 자사의 상표 사용을 제한하고 지적재산권을 침해하고 있다고 주장하였다. 이에 MPI는 이법안의 철회를 청구하였다.

³⁶⁶⁾ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Request for Arbitration, February 29, 2010.

한편, 이와는 별도로 호주는 2011년 11월 「담배단순포장법」을 통과시켜 다음해 12월부터 판매되는 담배에 대하여 이 법을 적용하였다. 이는 앞서 우루과이의법안보다 그 내용이 한층 강화되어, 담배갑에 상표와 회사 로고를 전혀 넣지 못하고 회사 이름만 기재할 수 있도록 하였다. 회사 이름도 정해진 부분에 일정한크기와 형태로만 기재하도록 하였다. PMI는 곧바로 2011년 6월 22일에 중재의향서를 통하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 제기할 것임을 통지하면서, 문제된 법안은 자사의 지적재산권을 중대하게 침해하는 것이며, 만약 상표와 로고가 없다면 소비자들은 자사의 제품과 경쟁사 제품을 구별하지 못할 것이라 주장하였다. 367) 아울러 피신청국은 이 조치의 목적이 공중보건 증진, 흡연율 감소 등에 있다고 주장하나 담배갑의 포장을 단순화 한다고 해서 그러한 효과를 거둘 수있다는 신뢰할 만한 근거가 없고, 다른 여러 대안들이 있는데도 투자자에게 치명적인 손실을 끼치는 극약 처방으로 인하여 자신들의 투자가 수용되는 결과를 낳았다고 주장하였다. 이에 PM Asia는 호주가 홍콩·호주 BIT 상의 수용금지 의무, 공정하고 공평한 대우 의무, 충분한 보호 및 안전보장 의무를 위반하였다고 주장하며 이 법안을 철회할 것을 청구하였다.

○ 금지명령으로서의 법집행 정지

위 사건 신청인들의 청구와 관련하여 중재판정부가 피해구제의 방식으로 금전적 손해배상 외의 구제방법, 예컨대 이행명령이나 금지명령(injunctive remedy)을 내릴 수 있는지가 문제되었다. 먼저 PMI는 국제법상 원상회복(restitution)은 일방국가의 국제불법행위에 대한 주요한 구제방법으로 널리 인정되고 있다고 주장하였다. 아울러 ILC의 「국제불법행위에 관한 국가책임 초안」제35조에 따르면 책임 있는 국가는 물리적으로 불가능하거나 보상에 비하여 과도한 부담을 지우는 경우가 아닌 한, 원상회복할 의무가 있다고 규정하고 있는 바, 중재판정부도 조약위반의 책임이 있는 국가에 대하여 당연히 금지명령을 내릴 수 있다고 주장하였다.

ICSID 중재판정례 가운데 이러한 금지명령이 가능함을 언급한 사례들이 있다. 예컨대, Enron v. Argentina 중재판정부는 금지명령을 내릴 권한이 없다는 피신청국의 주장을 배척하고 이를 긍정하였다. 한편, Goetz v. Burundi 중재판정부는 피

³⁶⁷⁾ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration, June 22, 2011.

신청국에게 당사자들간에 합의된 보상액을 신청인에게 지급하든가 아니면 문제된 정부조치를 철회할 것인지 선택하도록 하였다. 즉, 선택권을 피신청국에게 주었다. 이후 피신청국은 신청인에게 보상액의 일부를 지급하고 인허가를 갱신해 주었으나, 문제된 조치는 철회하지 않는 것으로 분쟁을 종결지었다. 368) ICSID 협약에 의한 중재가 아닌 사건에서도 비금전적 배상명령이 내려진 사례가 있다. 예컨대, Texaco v. Libya 사건 중재판정부는 리비아 정부가 신청인과 약정한 계약상 의무를 이행할 법적 의무가 있다는 결정을 내린 바 있다. 369)

그러나 투자중재에서 피신청국에 금지명령을 내릴 수 있다는 점이 판정례를 통하여 확인되었음에도 실제 사례는 그리 많지 않다. 대체로 중재판정부는 문제된 조치를 시정할지 여부를 투자유치국이 스스로 결정토록 하여 국가주권을 존중하는 태도를 보이고 있다. 예컨대, 앞서 Goetz v. Burundi 사건에서 중재판정부는 피해구제 방식에 대한 최종 선택권을 피신청국에 부여하면서 이를 주권 행사의문제라고 강조하였다. 한편, 중재판정부가 금지명령을 내린 사건에서 주로 문제된정부조치는 세금환급 또는 인허가 갱신 등 행정적이거나 그 파급효과가 제한적인조치들이 대부분이었다. 그러나 담배포장규제가 쟁점이 된 본 사건처럼, 외국인투자자가 공중보건을 위하여 도입된 국내입법을 문제 삼는 경우는 국가의 고유권한인 입법권이 도전받을 수 있다는 점에서 성격이 다르다고 할 수 있다.

호주의 담배포장법은 담배 관련 규제라는 전 세계적인 입법 추세에 따른 조치인 것으로 보인다. 만약 호주가 이 사건에서 승소할 경우 나머지 국가들은 더 적극적으로 관련 규제를 시행할 것이다. 다만, 투자자들은 법정지선택(Forum Shopping)을 통하여 복수의 투자조약과 법정지를 선택할 수 있고, 또한 그 동안의 판정례에서 보듯이 투자중재판정부가 금전적 배상 외에 금지명령을 내릴 가능성을 배제할 수 없으므로 어떠한 판단이 내려질 것인지, 어떠한 형태의 구제방식이 결정될 것인지 현재로서는 예단할 수 없다.

³⁶⁸⁾ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, February 10, 1999.

³⁶⁹⁾ Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award, January 19, 1977.

Occidental Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador³⁷⁰)

○ 사건개요

신청인들은 1999년 에콰도르 아마존 지역의 탄화수소 탐사 및 개발을 위한 계약을 체결하였는데, 동 계약에 따르면 신청인들은 지분을 엄격한 요건 하에서 처분할 수 있으며, 이 요건을 충족하지 못한 상태에서 권리를 이전하거나 양도할경우 에콰도르 정부는 당해 계약을 종료시킬 수 있었다. 한편, 신청인들은 2000년 10월 에콰도르 정부의 승인 없이 Alberta Energy Corporation(AEC)과 석유개발 이익권의 일부 지분을 양도하는 계약을 체결하였다. 2004년 7월 15일, 신청인들은 공식적으로 권리양도에 대한 사후승인을 신청하였으나, 에콰도르 정부는 이를 거부하였다. 또한 에콰도르 정부는 신청인과의 계약에서 계약의 권리를 양도하려면정부의 승인을 받아야 한다는 규정에 비추어 신청인이 AES와 체결한 계약은 하자가 있고, 따라서 에콰도르 정부는 신청인과의 계약을 해지할 것을 검토하였다.

국제 원유값의 급격한 상승에 따라 다국적 석유회사들의 석유개발로 인한 수익이 급증하자, 에콰도르 정부는 2006년 4월 석유회사들의 특별매출에 50%의 초과이득세(windfall profits tax)를 부과하는 「법률 제42호」를 제정하였다. 또한 2006년 5월 계약에서 정한 요건을 충족하지 못한 신청인의 권리 양도계약에 항의하는시민들의 시위 여파로 에콰도르 에너지 및 광산부 장관은 당해 계약을 종료시키는 명령(Caducidal Decree)을 내리게 되었다. 이에 신청인은 동 명령이 본 건 BIT를 위반하였다면서 ICSID에 중재를 신청하였다.

○ 비례성의 원칙과 배상액의 산정

본 사건의 중재판정부는 현금흐름할인법(Discounted Cash Flow)을 사용하여 약 17억 6천만 달러라는 사상 최대 규모의 손해배상액을 판정하였다. 중재판정부는 먼저 구체적으로 제3자에게 당해 계약상의 권리 또는 이익을 양도하기 전 정부의 승인을 받도록 규정한 당해 계약 및 에콰도르 탄화수소법을 신청인들이 위반하였다고 판단하였다. 다음으로 중재판정부는 양도에 필요한 정부의 승인을 받지 않

³⁷⁰⁾ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

은 신청인들의 부작위에 대하여 계약을 종료한 것이 적절한 대응이었는지를 검토하였다. 중재판정부는 비례성 분석이 에콰도르 국내법 및 국제법 모두에서 허용된다고 보았으며, 이전의 중재판정례를 근거로 "공정하고 공평한 대우 의무는 비례성 의무를 포함하는 것으로 해석된다"고 하였다. 이후 중재판정부는 에콰도르법에 근거한 계약종료 통지에 필요한 에콰도르 국내법의 요건을 검토하였다. 즉, 비례성의 원칙을 충족하는지 여부를 판단하기 위하여 i) 충분히 심각한 손해가 가해질 것, ii) 가해진 제재를 정당화할 수 있는 계약 및 법의 심각하고 지속적인 위반이 존재할 것, iii) 비록 손해가 심각하지 않더라도 제재나 정책상의 이유로 상당한 조치가 가해질 것 등을 검토하였다.

중재판정부는 이러한 기준을 적용하여 계약을 종료한 것이 신청인들이 AEC에 불법적으로 이익을 양도한 것에 비하여 적절한 대응이 아니었다고 보았으며, 이는 에콰도르가 FET와 수용금지 의무를 위반한 것이라 판단하였다. 반면, 피신청 국인 에콰도르는 계약종료를 명할 수 있는 에콰도르의 권리가 당해 계약에 명시적으로 규정되어 있었기 때문에, 이러한 계약종료 통지는 비례성 원칙에 반하지 않는다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 계약종료 명령이 계약을 원용하지 않고 오히려 비례성의 적용을 받는 탄화수소법에만 근거하여 내려졌으므로, 에콰도르가 계약상의 권리를 행사하지 않았다고 강조하였다. 한편, 중재판정부는 신청인이 당해 계약과 에콰도르법을 위반하였기 때문에 에콰도르 정부가 계약종료라는 제재를 가할 수도 있을 것이라 예측을 했을 것이며, 따라서 미래에 얻을 수 있는 수익에 대한 정당한 기대가 없었을 것이라고 판단하였다. 즉, 신청인들의 적법하지 않은 행위가 계약종료를 유발하였기 때문에 미래에 수익에 대한 신청인들의 기대는 그러한 위험을 감안하여 하향조정 되어야 한다고 보았다.

○ 손해배상액의 산정

에콰도르는 「법률 제42호」가 '일반적으로 적용될 수 있는 재정조치'이기 때문에 신청인의 계약상 권리의 가액을 산정할 때 「법률 제42호」의 효과를 고려하여야 한다고 주장하였다. 그에 반하여 신청인들은 이 법률이 당사자의 권리·의무의 균형상태를 깨뜨려 FET 의무를 위반하였으므로, 분석에서 배제해야 한다고 주장하였다.

중재판정부의 다수의견은 「법률 제42호」를 조세 내지 부담금으로 인정하는 것을 거부하면서 '계약상의 회사가 벌어들인 매출의 정해진 비율'을 국가에 배분하는 것이라고 하였다. 즉, 중재판정부는 조세는 다양한 방식으로 부과될 수 있고, 조세인지를 결정하는 데에 있어서 그 명칭은 실질적으로 도움이 되지 않는다고 보았다. 결과적으로 중재판정부는 법률 제42호를 조세로 보지 않음으로써 최종적으로 위반된 것으로 보았던 FET를 포함하여 당해 BIT상의 모든 투자자 보호조항의 적용을 검토할 수 있게 되었다고 보았다. 만약 중재판정부가 「법률 제42호」를 조세로 판단하였다면, 당해 BIT 제10조 제2항 (c)호에 따라 FET 위반이나 그 외투자보호조항의 적용은 배제하고, 오직 '수용'과 '투자합의 조건의 준수와 강제'의 적용만을 판정의 근거로 삼았을 것이다.

이전의 중재판정례에서는 공통적으로 손해에 대한 신청인의 의도적이거나 과실에 따른 기여가 고려되어야 하고, 그에 따라 손해배상액이 감액되어야 한다고보고 있다. 이에 기하여 에콰도르는 이 사건에서 손해배상이 인정된다면, 결과적으로 계약종료를 선언하게 된 원인이 되었던 신청인들의 적법하지 않은 행위를감안하여 감액되어야 한다고 주장하였다. 그러나 신청인들은 계약종료가 '비례적이지 못한 행위'였고, '손실을 야기한 유일한 원인'이었다고 항변하였다. 중재판정부는 계약을 종료시킨 에콰도르의 계약종료 명령은 비례성을 충족하지 못한 제재였으며, 에콰도르 법, 조약법 및 국제관습법을 위반하였다고 보았다. 그러나 신청인이 계약을 양도할 때 규정된 요건에 따른 관할 정부 부처의 승인을 구하지 않은 부작위는 '중대한 실수'이므로, 그에 따른 손해배상액의 감액을 고려하여야 한다고 판단하였다. 다만, 감액의 정도는 그 성격상 수학적 정밀성에 근거한 정확한계산이 가능하지 않은 것으로 보이며, 금전으로 환산한다면 중재판정부의 재량으로 전체 판정금액의 25% 정도인 약 5억 달러를 배분해야 한다고 판단하였다.

나. 이자의 판정

1) 개요

중재판정부는 판정시 배상금과 함께 적용 가능한 이자의 지급을 명시하기도 한다. 그러나 일반적으로 투자협정에서는 이자율, 이자 발생시점, 그리고 단리 및 복리여부 등에 관한 어떠한 구체적인 규정도 두고 있지 않으며, ICSID 협약이나 UNCITRAL 중재규칙 등 중재절차에서도 이자의 판정에 관한 내용은 전혀 근거 규정이 없다. 따라서 중재판정부는 신청인이 청구취지에서 제시한 이자율을 토대로 하여 검토하게 되는데, 이때 이자율 및 이자의 적용여부는 중재판정부의 재량에 따른 판단에 맡길 수밖에 없다.

2) 중재판정례

Impregilo S.p.A v. Argentine Republic

중재판정부는 피신청국인 아르헨티나가 신청인의 투자를 공정하고 공평한 방식으로 대우하지 않음으로써 본 건 BIT를 위반했다고 판단하였다. 이러한 판단에 기초하여 중재판정부는 아르헨티나로 하여금 신청인에게 손해배상금으로 미화 2천 129만 4천 달러와 함께 2006년 7월 11일부터 완제일까지 3%의 이자를 복리로 지급해야 한다고 판정하였다.

Desert Line Project v. Yemen

중재판정부는 본 건 양해각서는 BIT 제3조 'FET'에서 규정하고 있는 피신청 국의 의무를 위반한 것으로 국제적 효력이 없기 때문에 예멘 상사중재판정은 그 전체로써 집행되어야 한다고 판정하였다. 따라서 중재판정부는 예멘 상사중재판정 에 대해서 2004년 8월 9일부터 완제일까지 5%의 이자를 가산하여 지급해야 한다 고 판정하였다.

White Industries v. India

중재판정부는 피신청국이 호주·인도 BIT 제4조 제2항 MFN 조항에 따라 인용된 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항상의 '효과적인 권리구제수단 제공'의무를위반했다고 보았다. 이에 따라 중재판정부는 피신청국에 대하여 i) 신청인에게ICC 중재판정에서 명한 408만 5천 180 호주 달러의 배상금 및 1998년 3월 24일부터 완제일까지 8%의 이자를 가산하여 지급할 것, ii) 신청인에게 중재인수당 및일체의 경비 등 ICC 중재비용, 미화 8만 4천 달러 및 1998년 3월 24일부터 완제

일까지 8%의 이자를 가산하여 지급할 것, iii) 신청인에게 본 건 중재에서 소요된 증인수당 및 경비로 호주화 8만 6천 249달러 82센트 및 1998년 3월 24일부터 완제일까지 8%의 이자를 가산하여 지급할 것을 판정하였다. 다른 중재판정례에서는 일반적으로 3~5%의 이자율을 판정하나, 본 중재판정부는 그보다 다소 높은 8%를 이자율로 결정하였다.

3. 중재비용

가. 개요

중재비용은 크게 ICSID, SCC 등 중재절차가 진행되는 기관의 사건관리비용, 중재인수당과 경비, 그리고 변호사비용 등 당사자들이 중재에 임함에 있어 사용 하는 법률비용 등으로 분류된다. 중재비용을 좀 더 구체적으로 살펴보면 ICSID의 경우 「운영·재정규정(ICSID Adinistrative and Financial Regulations)」제16조에서 중 재수수료(Lodging Fee) 규정을 두고 있는데, 동 규정에 따라 'Schedule of Fees'에 서 제시하는 미화 2만 5천 달러를 선납하여야 하고, 중재관리비용을 중재판정부 가 구성되고 난 후 사건 당 매년 미화 3만 2천 달러를 청구하고 있다.371) 또한, 중재인 수당으로 1일 당 미화 3천 달러를 지급하도록 하고 있으며, 중재인들의 항공료, 숙박비 등 경비는 실비를 정산하도록 하고 있다. UNCITRAL 중재규칙에 서도 중재비용에 관한 상세 규정을 두고 있다. 2010 UNCITRAL 중재규칙 40조 는 중재판정부가 판정을 통하여 중재비용을 정하도록 하고 있으며, 중재비용으로 는 i) 각 중재인에 따라 별도로 산출되며 판정부가 제41조의 규정에 따라 확정하 는 중재판정부에 대한 보수, ii) 중재인의 여비와 기타 비용, iii) 중재판정부가 요 청한 전문가 혹은 기타 협조에 소요되는 비용, iv) 중재판정부가 승인하는 한도 내에서의 증인의 여비 및 기타비용, v) 중재판정부가 승인하는 한도 내에서의 당 사자들에게 발생한 중재 관련 법률 및 기타비용, vi) 중재인선정권자의 보수 및 경비와 PCA 사무총장의 보수 및 경비 등이 있다.

중재비용 중 종종 논란이 되는 부분은 당사자들의 법률비용이다. ICSID 협약 은 변호사비용 등 법률비용에 관해서는 침묵하고 있으나, UNCITRAL 중재규칙에

³⁷¹⁾ ICSID 2013. 1. 1. 발효 'Schedule of fees' 참조.

서는 중재판정부가 변호사비용 등 법률비용에 대해서도 판단하도록 권한을 부여하고 있다.372) 또한 UNCITRLA 중재규칙은 중재비용의 패소자 부담에 관하여 명시적인 조항을 두고 있다. 즉, 2010 UNCITRAL 중재규칙 제42조 제1항에서는 중재비용은 원칙적으로 패소판정을 받은 당사자가 부담하도록 하고 있으나, 후단에서는 중재판정부가 여러 정황을 고려하여 달리 정할 수 있음을 명시하여 역시 중재판정부의 재량에 맡기고 있다.373) 사실상 중재비용의 배분에 대한 명확한 기준이 없어 중재판정부의 재량에 따라 다양한 결정들이 내려지고 있다.374)

일반적으로 소송비용의 '패소자 부담 원칙'은 다수 국가들에서도 공통적으로 인정되는 원칙이나, 변호사비용을 소송비용에 포함시키는지에 대해서는 각 국가마다 다르다. 투자중재의 경우 중재판정마다 각기 다르기는 하지만, 변호사비용을 포함한 중재비용을 패소자가 부담하도록 하고 있는 경우가 많다. 중재비용과 관련하여 대표적인 중재사건을 검토해 보면 다음과 같다. 2008년에 중재판정이 내려진 Plama v. Bulgaria 사건의 경우 소요된 경비는 투자자의 법률비용(Cost of Parties' Lawyers: PLC) 미화 470만 달러, 피신청국 PLC 미화 1,320만 달러, 중재판정부 수당(Cost of Arbitral Tribunal: TCE) 미화 100만 달러 등이었다. 본 중재사건에서 중재판정부는 패소한 신청인에게 전체 법률비용 중 피신청국이 예납한 중재비용 46만 달러, 피신청국의 PLC 중 700만 달러 등 746만 달러를 지급할 것을 판정하였다. 이에 따라 신청인은 본 투자중재 건으로 자신의 PLC 470만 달러, 중재관리비용, 피신청국에 지급할 746만 달러 등 총 1,270만 달러를 지불하였다. 또한, Thunderbird Gaming v. Mexico 사건에서 패소한 신청인은 자신들의 PLC 미화 백만 달러, 피신청국 PLC 미화 백만 달러, 그리고 TCE 미화 50만 달러 등총 250만 달러를 지불하였다.375)

^{372) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제42조(중재비용) 제2항에서는 "중재판정부는 비용 배분 결정에 의하여 한 당사자가 다른 당사자에게 지불하여야 하는 금액이 생긴 경우, 이를 최종 중재 판정 또는 적절하다고 판단하는 경우 별도의 중재판정에서 정한다"고 규정하고 있다.

^{373) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제42조(중재비용) 제1항에서는 "원칙적으로 중재비용은 패소당 사자 또는 패소당사자들이 부담한다. 다만, 중재판정부는 사건의 정황을 고려하여 정당하 다고 판단하는 경우 비용을 당사자들 사이에 배분할 수 있다"고 규정하고 있다.

³⁷⁴⁾ ICSID 협약 제61조 제2항에서는 "당사자들이 달리 합의한 경우를 제외하고 판정부는 당사자의 절차 관련 부담경비를 산정하여야 하며 또한 판정부의 경비, 중재인의 수당과 경비 및 센터시설의 이용에 따른 비용을 누가, 어떻게 부담할지 결정하여야 한다. 이러한 결정은 판정의 일부를 이룬다"고만 규정하고 있어 중재비용의 판단은 중재판정부의 재량에 위임하고 있다.

³⁷⁵⁾ 반면, 2008년에 중재판정이 내려진 Victor Pey Casado v. Chile 사건에서는 신청인 PLC 미

나. 중재판정례

1) 패소자 부담

중재판정부는 RSM Production Company and others v. Grenada³⁷⁶), Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary³⁷⁷), Chemtura Corporation v. Government of Canada³⁷⁸), Burimi v. Albania³⁷⁹) 등 다수의 중재판정례에서 '패소자 부담 원칙'을 확인하는 판정을 내렸다. 다음의 중재판정례를 통하여 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey

2009년 12월 2일, 중재판정이 내려지기 전 당사자들은 각각의 중재비용에 대하여 보고서를 제출하였다. 우선 신청인은 법률비용으로 75만 6천 156 유로를 지출하였고, ICSID 중재수수료 및 중재판정부 수당으로 미화 23만 9천 970달러를 지출하였다고 보고하였다. 피신청국은 법률비용으로 미화 149만 6천 248달러를 지출하였고, ICSID 수수료 및 중재인 수당으로 미화 23만 9천 880달러를 지출하

화 1,450만 달러, 피신청국 PLC 미화 440만 달러, TCE 미화 4백만 달러가 소요되었고, 패소한 피신청국 칠레정부는 자신들의 PLC, 신청인 PLC 중 일부, 그리고 TCE의 75%인 미화 3백만 달러 등 총 9백만 달러를 지불하였다. 2006년도 ADC Affiliate v. Hungary 사건에서 패소한 피신청국 헝가리 정부는 자신들의 PLC 미화 3백만 달러, 신청인 PLC 미화 4백만 달러, 그리고 TCE 미화 70만 달러 등 총 770만 달러를 지불하였다. 2009년도 중재판정이 내려진 Waguih Elie George Siag and Clorida Vecchi v. Egypt 사건에서 패소한 이집트 정부는 자신들의 PLC 미화 350만 달러, 신청인의 PLC 미화 800만 달러, TCE 50만 달러 등 총 1,200만 달러를 지불하였다.

³⁷⁶⁾ 중재판정부는 신청인들의 각 청구는 ICSID 중재규칙 제41조 제5항에서 규정한 '명백히 법적 근거가 없는 청구'로 이를 각하하였다. 동시에 중재판정부는 패소한 신청인들에게 피신청국의 법률비용 및 절차비용을 지급하라고 판정하였다.

³⁷⁷⁾ 중재판정부는 신청인의 청구에 대하여 관할권이 없으므로 이를 각하한다고 하면서 신청인 은 피신청국의 중재비용, 변호사비용과 ICSID 관리비용 및 중재인수당을 부담하여야 한다고 판정하였다.

³⁷⁸⁾ 중재판정부는 본 절차에서 제기된 청구를 심리할 관할권이 있으나, 피신청국은 신청인이 주장한 NAFTA 제1105조, 제1103조, 제1110조를 위반하지 않았다고 판정하였다. 따라서, 중재판정부는 신청인이 피신청국의 모든 중재비용을 부담한다고 판정하였다.

³⁷⁹⁾ 중재판정부는 신청인 중 Eagle Games의 청구에 대해서는 인적 관할을 갖지만, Burimi의 청구에 대해서는 물적 관할이 없다고 판단하였다. 중재판정부는 사실상 패소한 신청인들에게 피신청국의 중재비용 미화 9만 3천 225달러 30센트와 법률비용 34만 8천 856 유로를 지급할 것을 판정하였다.

였다고 보고하였다.

ICSID 협약 제61조 제2항 및 ICSID 중재규칙 제28조에 따라, 중재판정부는 중재비용 및 법률비용의 부담주체를 판정할 수 있다. 이에 따라 중재판정부는 다음과 같이 판정하였다. 신청인의 ICSID 중재신청은 ICSID 협약 제25조 제1항 및 네덜란드·터키 BIT 제1조 (b)항 상의 '투자' 요건을 충족하지 못하였으며, 결과적으로 본 중재신청의 관할을 인정받지 못하였다. 따라서 중재판정부는 신청인이자신의 법률비용 전부를 부담하고, 중재비용 미화 36만 5천 달러를 부담하여야하며, 아울러 피신청국의 법률비용 미화 149만 6천 248달러 역시 신청인이 부담할 것을 판정하였다. 중재판정부는 부당한 중재신청의 모든 비용을 신청인이 부담하게 함으로써 ICSID 중재관할 범위에 속하지 않는 분쟁을 ICSID에 신청하는 것에 대하여 경각심을 일깨우기 위함이라고 덧붙였다. 결과적으로 신청인은 피신청국이 부담한 ICSID 중재수수료 및 중재인수당 미화 18만 2천 500달러와380) 피신청국의 법률비용 미화 149만 6천 248달러 등 총 167만 8천 748달러를 지급할 것을 판정하였다.

■ GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine³⁸¹⁾

신청인 GEA Group(이하, GEA)은 1881년 독일에서 Metallgesellschaft라는 이름으로 설립되어 2005년에 현재의 상호로 변경하였다. 한편 Old Klockner라는 회사가 1995년 11월 화학 사업분야를 분리하여 KCH라는 회사를 설립하였는데, 신청인 GEA의 자회사인 MG Trade Service가 1997년 이 회사(KCH)의 모든 지분을인수하였으며, KCH는 New Klockner라는 또 다른 독일 회사를 소유하고 있었다.

1995년 12월, New Klockner와 우크라이나의 국영회사 Oriana는 New Klockner 가 naphtha라는 휘발유를 Oriana 측에 매년 20만 톤씩 공급하여 정제하는 계약(이하, 정제계약)을 체결하였다. 한편, 1997년 12월 Oriana 공장의 현장 감독자가 총에 맞아 숨지는 사고가 발생하였고, New Klockner가 공급한 물량 가운데 상당 부분이 없어진 것이 발견되었다. 이후 1998년 8월 7일에 Oriana와 KCH는 협정을

³⁸⁰⁾ 피신청국은 ICSID 수수료 및 중재인 수당으로 미화 23만 9천 880달러를 지출하였다고 보고하였으나, 중재판정부는 이중 미화 18만 2천 500달러만을 인정하였다.

³⁸¹⁾ GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16.

통하여 계약상 납품되어야 할 물량과 실제 납품된 물량간의 결손에 대해 Oriana가 책임이 있음을 인정하고 손실액에 대해 합의(이하, 화해합의)하였다. 또한 이화해합의와 관련하여 발생하는 분쟁에 대해서는 ICC 중재에 회부하여 해결할 것에 합의하였다. 이후 1998년 9월 29일 Oriana는 KCH 측에 미화 2천 760만 달러를 지급할 것에 합의하였으며(이하, 상환합의), 상환합의에서 역시 분쟁 발생시ICC 중재에 회부한다는 조항을 삽입하였다. 그러나 이러한 합의에도 불구하고 손실액 지급이 제때 이루어지지 않자 KCH는 상환합의서 상의 중재조항에 의거하여 2001년 6월 27일 ICC에 중재를 신청하였다. ICC 중재판정부는 2002년 11월 25일자 중재판정을 통해 KCH에 미화 3천 38만 1,661달러와 3%의 이자를 지급할 것을 결정하였다. 이에 KCH는 우크라이나 법원에 중재판정의 집행을 신청하였으나,법원은 지급합의가 권한 없는 자에 의해 서명되었음을 이유로 이 합의가 무효라고 보고 중재판정의 집행을 거부하였다. 항소법원도 1심 판결을 그대로 유지하자 KCH는 2003년 6월 25일에 우크라이나 대법원에 상고하였으나 대법원도 이를 기각하였다. 이에 신청인 GEA는 2008년 10월 24일, 2003 독일·우크라이나 BIT에따라 우크라이나 정부를 상대로 ICSID에 투자중재를 제기하였다.

중재판정부는 정제계약과 관련한 청구에 대하여 신청인은 중재를 제기할 당사 자적격이 있으며, 본 건 분쟁은 정제계약과 관련한 범위 내에서 ICSID 및 본 중 재판정부의 관할에 속한다고 보았다. 그러나 본안에서 중재판정부는 신청인의 모 든 청구를 기각하였으며, 또한 사실상 패소한 신청인에게 피신청국의 중재비용을 지급하도록 판정하였다.

Plama Consortium v. Bulgaria

중재판정부는 ECT 제17조 제1항에 따라 피신청국은 신청인에 대하여 동 협정 제Ⅲ장에서 부여하고 있는 투자협정상의 혜택을 부여해야 한다고 하였다. 그러나 신청인의 구체적인 청구에 대해서는, 우선 신청인은 ECT상의 어떠한 실체적 보호규정도 원용할 수 없다고 하였고, 설사 신청인이 ECT상의 실체적 보호규정을 원용할 수 있다고 가정하더라도 i) 피신청국은 환경훼손 복구와 관련하여 ECT상의 의무를 위반하지 않았고, ii) 피신청국은 법정관리인의 행위에 의하여 ECT상의 의무를 위반하지 않았고, iii) 피신청국은 소위 가공이익(paper profits)에 대한 과세조치와 관련하여 ECT상의 의무를 위반하지 않았으며, iv) 피신청국은 Varna

Port와 관련하여 ECT상의 의무를 위반하지 않았다고 판정하였다. 즉, 중재판정부는 피신청국의 투자협정 위반을 전면 부인하였다. 따라서 중재판정부는 중재인수당 및 경비와 ICSID 중재비용에 관하여 패소한 신청인이 부담해야 한다고 판정하였다.

RDC v. Guatemala

중재판정부는 피신청국이 CAFTA 제10.5조 상의 최소기준대우를 위반하였다고 하면서, 피신청국으로 하여금 신청인에게 미화 1천 130만 6천 740달러를 지급하라고 판정하였다. 또한 중재판정부는 피신청국이 위 금액을 지급하는 즉시 신청인은 용익권 계약에 기하여 갖는 모든 권리를 포기하고, FVG에 대하여 갖는 지분을 피신청국에게 양도하라고 하였으며, 관할항변과 관련한 절차에 소요된 비용을 피신청국이 부담하도록 판정하였다.

2) 당사자 균등 부담

중재판정부는 신청인들의 청구에 대하여 관할권이 없다고 판단하거나 본안의 청구를 기각하는 경우, 일반적으로 각 당사자가 절차 관련 비용을 분담하고 중재인 비용은 균분하여 부담한다고 판정하였다. 구체적으로 Impregilo S.p.A v. Argentine Republic 사건, Jan de Nul v. Egypt 사건, Azpetrol International Holdings B.V. v. Azerbaijan 사건, Canadian Cattlemen for Fair Trade v. U.S.A. 사건, Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Savador 사건, Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt 사건, Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador 사건, TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic 사건 등 다수의 사건에서 이와 같은 판정을 내렸다.

■ ALASDAIR ROSS ANDERSON ET AL v. Costa Rica³⁸²)

ICSID 추가절차규칙 제58조 제1항에 따르면 당사자들이 달리 합의하지 않는

³⁸²⁾ ALASDAIR ROSS ANDERSON ET AL v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3.

한, 중재판정부는 중재인 수당 및 사무국의 관리요금과 당사자들이 중재절차와 관련하여 지출한 비용을 어떻게 분담시킬지 여부를 결정할 수 있다. 따라서 ICSID 중재판정부는 당사자간 비용 분담 비율을 결정할 재량을 갖는다. 이에 근거하여 중재판정부는 그동안 중재비용의 분담에 관한 ICSID 중재판정례를 보면 승소한 당사자에게 중재비용을 보전해 주는 상사중재의 경우와는 달리, 당사자가 각자의 경비 및 비용을 스스로 부담하도록 했음을 지적했다. 383) 다만, 최근 일부판정에서 패소한 당사자가 절차비용과 변호사 비용의 일부 또는 전부를 부담하도록 결정한 사례가 있긴 하나, 384) 본 사건의 경우 그렇게 할 특수한 사정이 있다고 보기 어려우므로, 중재판정부는 각 당사자가 각자의 비용 및 경비를 부담하고, ICSID의 관리비용도 균분하여 부담키로 결정하였다.

Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States

비록 당해 사건에 대하여 일부 인용 판정이 내려졌다고 하더라도, 인용 또는 기각된 부분의 비율은 중재의 비용에 대하여 산정할 수 있는 영향을 주는 것이 아니기 때문에, 중재판정부는 당사자들이 중재비용의 절반씩을 부담하고 중재와 관련하여 지출한 변호사 비용 등은 각자 부담하는 것으로 판정하였다.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana

피신청국은 반대신청에서 232만 6천 712.84 파운드를 청구한 반면, 신청인은 69만 7천 801.45 파운드를 청구하였다. 양 당사자들의 청구액에는 미화 3만 500 달러의 각자의 중재비용이 포함되어 있었다. 중재판정부는 ICSID 협약 제61조 제 2항에 따라 비용할당에 관한 재량권을 행사하여, 피신청국의 잠정조치 요청, 피신청국의 관할권 항변 기각, 피신청국에게 유리한 본안에 관한 결과를 포함한 이사건의 모든 상황을 고려하였다. 이 모든 요소들을 참작하여 중재판정부는 당사

³⁸³⁾ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of August 30, 2000; Tradex Hellas S.A.(Greece) v. Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Award of April 29, 1999; ADF Group v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award of January 9, 2003; Biwater Gauff(Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of July 24, 2008.

³⁸⁴⁾ Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/05, Award of April 15, 2009.

자들이 중재비용을 균분하여 부담하고, 각 당사자는 이 중재와 관련된 법률비용을 각자 부담하는 것이 공정하다고 판단하였다.

TZA YAP v. Peru

중재판정부는 페루의 과세당국인 SUNAT에 의한 신청인에 대한 가처분 부과는 결과적으로 신청인의 투자를 간접수용 했다고 보았고, 이에 피신청국은 TSG의 장부가에 기초한 78만 달러의 손해배상 및 그에 따른 이자를 신청인에게 지급하여야 한다고 판정하였다.385) 또한 중재판정부는 중재비용의 분담에 관한 결정방식은 중재판정부마다 다르며, Methanex 사건이나386) EDF 사건처럼387) 패소한자가 비용을 부담하게 하는 방식도 있고, 국제법의 일반적인 관행에 따라 양당사자가 균등 부담하도록 하는 방식도 있다고 하였다. 결국 중재판정부는 후자의 방식에 따라 본 건에서 신청인과 피신청국이 중재비용을 반반씩 부담하도록 결정하였다.

White Industries v. India

본 사건에서 중재판정부는 피신청국이 신청인의 ICC 중재판정을 이행하지 않음으로써 BIT 제4조 제2항 MFM 조항에 의하여 인용된 인도·쿠웨이트 BIT 제4조 제5항상의 효과적인 권리구제수단 제공의무를 위반하였다고 판단하였다. 이에 중재판정부는 피신청국에게 신청인에 대하여 i) ICC 중재판정에서 명한 408만 5천 180 호주 달러 및 1998년 3월 24일부터 완제일까지 8%의 이자를 가산하여지급할 것, ii) 중재인수당 및 경비 등 ICC 중재비용 미화 8만 4천 달러 및 1998년 3월 24일부터 완제일까지 8%의 이자를 가산하여지급할 것, iii) 피신청국은 신청인에게 본 건 중재의 증인수당 및 경비로 8만 6천 249.82 호주 달러 및 그에 대하여 본 중재판정일로부터 완제일까지 8%의 이자를 가산하여 지급할 것을 판정하였다. 중재판정부는 신청인의이 상당부분 승소했음에도 불구하고, 중재비용은

³⁸⁵⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제4장 제3절 2. '배상액 및 이자판정'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

³⁸⁶⁾ Methanex v. United States, UNCITRAL(NAFTA), Final Award, 3 August 2005.

³⁸⁷⁾ EDF Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13(UK·Romania BIT), Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009.

당사자가 균등 부담하도록 하였다.

3) 패소비율에 따른 차등 부담

일부 중재판정례는 일반 상사중재판정에서 많이 볼 수 있는 중재비용의 부담 유형으로, 패소자 전부 부담이 아닌 패소비율에 따른 차등적인 중재비용 부담 판 정을 내리기도 하였다.

Desert Line Project v. Yemen

중재판정부는 우선 본 사건에 대한 관할권을 갖는다고 판정하였다. 388) 이후 본건 양해각서는 BIT 제3조상 피신청국의 의무에 위반되며 예멘 상사중재판정은 그전체로써 집행되어야 한다고 하면서 신청인 청구 중 일부를 인용한 반면, 피신청국의 반대신청은 기각하였다. 또한 본 사건에서 중재판정부는 명예훼손을 포함한정신적 피해에 기초한 신청인의 청구 역시 백만 달러 범위 내에서 인용하였다. 중재비용은 신청인과 피신청국의 패소비율에 따라 중재비용을 10등분 하여, 그중 3은 신청인이, 나머지 7은 피신청국이 부담하도록 하였다.

4) 기타

Swisslion v. Macedonia 사건에서 중재판정부는 피신청국이 본 건 BIT 제4조 제2항을 위반하였으며, 따라서 피신청국은 신청인에게 35만 유로를 지급할 것을 판정하였다. 또한 피신청국은 신청인의 법률비용에 대하여 역시 35만 유로를 지급할 것을 명하였다. 신청인의 법률비용까지 피신청국이 지급할 것을 명령한 판정내용으로 보면 패소자 부담원칙이 철저히 지켜지는 듯 하나, 중재판정부는 중재비용에 대해서는 패소자 부담원칙을 적용하지 않고 당사자들이 균등하게 부담하도록 하였다. 즉, 피신청국이 패소한 중재판정의 전반적인 내용과는 다소 상충하는 내용의 결정을 내렸다.

³⁸⁸⁾ 사건의 보다 구체적인 내용은 본 보고서 제2장 제1절 5. '포기·중복제소금지 조항'에 소개된 내용을 참조할 수 있다.

제4절 판정 이후의 절차

1. 개요

투자중재에서 피신청국이 일부라도 패소한 중재판정이 내려지면 피신청국은 중재판정을 이행하거나, 또는 판정에 대한 이의가 있는 경우에는 중재판정에 대한 재심을 청구할 수 있다. 지금까지 일부 국가를 제외한 대부분의 피신청국들은 중재판정의 내용을 이행해 왔다. 투자중재의 특성상 피신청국들은 대부분 저개발 국가인 경우가 많았는데, 이러한 국가들은 판정의 불이행시 선진 자본국들로부터의 추가적인 투자 유치가 어려워질 수 있다는 점을 우려하여 중재판정을 이행하게 되는 것이다. 특히, 세계은행 산하에 있는 ICSID에서 내려진 중재판정의 경우, 중재판정을 이행하지 않을시 세계은행을 통한 차관의 공여, 외국 자본에 의한 SOC 사업 시 보증을 받지 못하게 되는 등 경제적으로 상당한 타격을 입게 될 우려가 있다. 따라서 투자중재판정에 수공하기 힘든 경우라 할지라도 판정의 이행을 할 수밖에 없는 구조인 것이다.

그러나 최근 아르헨티나, 베네수엘라, 에콰도르 등 중남미 국가들은 중심으로 투자중재판정의 이행을 거부하는 움직임이 나타나고 있다. 즉, 일부 국가들이 중재판정 배상금을 지속적으로 지불하지 않음으로써 투자중재의 실효성에 대한 의문을 초래하고, 더 나아가 ICSID 협약을 탈퇴하기까지 하고 있다. 389) 이에 일부투자자들은 피청신청국의 해외 재산을 찾아내 ICSID 협약 및 뉴욕협약에 근거하여 재산이 있는 제3국에서의 이행강제절차를 개시하고 있다. 또한 미국 등 일부자본선진국 투자자들은 국적국의 원조를 담보로 배상금의 미지불에 대하여 피신청국들을 압박하기도 했으며, 실제로 미국은 아르헨티나를 상대로 승소한 자국투자자들의 중재판정 배상액을 담보하기 위하여 미국 투자자들에게 ICSID 판정배상금을 지불할 때까지 아르헨티나를 무역특혜국가 목록에서 제외시키기도 하였다. 390) 이외에도 일부 외국인투자자들은 피신청국이 재정상의 이유 등으로 중재판정의 집행이 사실상 어려운 경우, 중재판정보다 낮은 금액을 제시하며 피신청국

³⁸⁹⁾ 볼리비아와 에콰도르가 각각 2007년, 2009년에 ICSID를 탈퇴하였고, 2012년 1월에는 베네수엘라가 탈퇴를 통보하였다.

³⁹⁰⁾ UNCTAD, IIA Issues Note: Recent Developments in Investor State Dispute Settlement, March 2013, p.24.

과의 협상을 통한 해결을 시도하기도 하였다. 반면, 일부 피신청국들은 중재판정에 불복하여 재심을 신청하는 등 보다 적극적으로 중재판정의 이행을 거부하고 있다. 현행 중재제도에는 중재판정에 대하여 중재판정의 취소, 중재판정의 집행거부 등의 절차를 통한 재심이 가능하다. 이러한 중재판정의 재심절차는 크게 다음의 네 가지로 나눌 수 있다.

첫째, 중재판정의 해석절차. ICSID 협약 제50조는 중재판정문의 해석 신청에 관한 내용을 규정하고 있다. 즉, 중재판정문의 해석 또는 범위에 관하여 당사자간에 다툼이 있는 경우 당사자는 신청서를 제출하여 판정의 해석을 요청할 수 있다. 391) 중재판정에 대한 해석은 본 중재판정을 내린 중재판정부 또는 새로 구성된 중재판정부에서 하게 된다. 그리고 중재판정부의 판단에 따라 위 해석에 대한결정이 있을 때까지 중재판정의 집행을 유예할 수 있다. 2010 UNCITRAL 중재규칙 역시 제37조에서 중재판정문 수령 후 30일 이내에 당사자의 일방은 상대방당사자에 대한 통고와 함께 판정문의 해석을 중재판정부에 요구할 수 있도록 하고있다

둘째, 중재판정의 재심.392) ICSID의 경우, 당사자가 중재판정에 결정적으로 영향을 미칠 수 있는 새로운 사실을 발견하면 ICSID 사무총장 앞으로 신청서를 제출하여 판정문의 재심을 요청할 수 있다.393) 다만, 판정이 내려졌을 당시에 이러한 사실이 판정부 및 신청인에게 알려지지 아니하였고, 또한 그러한 사실을 알지못하였음에 과실이 없어야 함을 조건으로 하고 있다. 중재판정의 재심 역시 본

³⁹¹⁾ ICSID 협약 제50조 제1항에서 "If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary General"고 규정하고 있다.

^{392) 1990}년 6월 5일 중재판정이 내려진 Amco v. Indonesia 사건에서 Amco는 1990년 8월 6일 '보충결정 및 수정 신청(Request for Supplemental Decision and Rectification)'을 하였다. 동신청서의 내용에 따르면 중재판정부가 7가지 사항에 대한 판단을 누락했고, 몇 가지 오기혹은 오산을 정정해야 한다는 것이었다. 중재판정부는 중재절차규칙 제49조 제3항에 따라서 피신청국의 주장을 듣기 위한 시한을 정하지 않았고 해당 요청서를 약식으로 처리하면서 한 가지 점을 누락한 것을 제외하고 그 이외의 사항에 대해서 누락한 사항이나 수정할오기 혹은 오산이 없었다고 판단하였다.

³⁹³⁾ ICSID 협약 제51조 제1항에서 "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"고 규정하고 있다.

중재판정을 내린 중재판정부 또는 새로운 구성된 중재판정부에서 하게 되며, 중 재판정부의 판단에 따라 위 해석에 대한 결정이 있을 때까지 중재판정의 집행을 유예시킬 수 있다. 2010 UNCITRAL 중재규칙에서는 중재판정의 오산·오기 기타 유사한 오류가 있을 경우 중재판정의 정정을 허용하고 있으며,394) 이에 대해서는 각국 중재법395) 및 UNCITRAL 모델 중재법396) 등에도 명시적으로 규정하고 있다.

셋째, 중재판정의 취소. ICSID 협약 제52조에 의하면 분쟁당사자는 i) 판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아니한 경우, ii) 판정부가 명백히 그 권한을 유월한 경우, iii) 중재인에게 부정이 있는 경우, iv) 절차규칙으로부터 중대한 일탈이 있는 경우, iv) 판정문에 판정의 이유를 명시하지 아니한 경우 등의 사유가 있으면 ICSID 사무총장에게 중재판정의 무효를 신청할 수 있다.397) 중재판정의 무효에 관한 판단은 중재판정의 해석이나 수정의 경우와는 달리 3인으로 구성된 특별 위원회(중재판정취소위원회)가 내리게 되며, 이 때 중재판정부의 중재인에 대해서는 다소 까다로운 요건을 제시하고 있다.398) 즉, 원 중재판정을 내린 중재판정부의 중재인은 동 위원회에서 제외되어야 하며, 분쟁당사국이나 분쟁당사자의 소속국가 국민이어서도 아니 되며, 이들 국가에 의하여 중재인단에 지명되지 않았어

^{394) 2010} UNCITRAL 중재규칙 제38조 제1항에서는 "당사자의 일방은 중재판정문을 수령한 후 30일 이내에 상대방 당사자에 대한 통고와 함께, 판정문상의 수자계산상의 착오, 문서기록 이나 타자상의 오기, 오식 기타 이와 유사한 성질의 오류를 정정하도록 판정부에 요구할 수 있다"고 규정하고 있다.

³⁹⁵⁾ 우리 중재법에서는 제34조 '중재판정의 정정·해석 및 추가판정'에서 "당사자들이 달리 기간을 정하지 아니하는 한 각 당사자는 중재판정의 정본을 받은 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 1에 규정된 정정·해석 또는 추가판정을 중재판정부에 신청할 수 있다"고 규정하고 있다.

³⁹⁶⁾ UNCITRAL 모델 중재법 역시 제33조에서 '중재판정문의 정정 및 해석과 추가판정'에 대하여 규정하고 있다.

³⁹⁷⁾ ICSID 협약 제52조 제1항에서 "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"고 규정하고 있다.

³⁹⁸⁾ ICSID 협약 제52조 제3항에서 "신청서를 접수하면 의장은 즉시 3인으로 구성된 특별위원 회를 중재인단으로부터 선정하여야 한다. 판정을 내린 판정부의 중재인은 동 위원회에서 제외되며, 분쟁당사국이나 분쟁당사자의 소속 국가 국민이어서도 아니 되며, 이들 국가에 의하여 중재인단에 지명되지 아니했어야 하고 또는 동일한 분쟁의 조정인으로 활동한 사실이 없어야 한다. 위원회는 제1항에 규정된 사유를 근거로 하여 판정의 전부 또는 일부를 무효로 할 수 있다"고 규정하고 있다.

야 하고 또는 동일한 분쟁의 조정인으로 활동한 사실도 없어야 한다. UNCITRAL 중재규칙의 경우에는 이에 상응하는 규정이 없어, 이 경우에는 중재지 법원에서 중재판정 취소소송을 제기할 수 있으며, 그 요건과 절차는 국가마다 상이하다. 그러나 대부분의 국가들은 UNCITRAL 모델중재법을 채택하였고, 동 법 제34조에서 중재판정의 취소에 관한 규정을 두고 있다. 이에 의거하여 UNCITRAL 중재규칙에 다른 중재판정에 대하여 불복하는 당사자는 중재합의의 무효, 중재판정부의 구성 및 절차통지 불수령으로 인한 절차상의 하자, 중재판정부의 권한을 넘는 판정 등의 요건에 해당되는 경우 중재지 법원에399) 제기할 수 있으며, 중재대상이 중재지 법에 따라 중재가 가능하지 않거나 중재판정의 중재지의 공서양속에 위반하는 경우에는 중재지의 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다.400)

넷째, 중재판정의 승인 및 집행거부.401) 뉴욕협약 제5조 제1항에서는 "판정의 승인과 집행은 판정이 불리하게 원용되는 당사자의 청구에 의하여, 그 당사자가 판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 다음의 증거를 제출하는 경우에 한하여 거부될 수 있다"고 규정하고 있고, 각국 법원이 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는 구체적 사유는 중재합의의 무효 및 부존재등 '중재판정의 취소'와 동일하다. 또한 동 조 제2항에서는 "중재판정의 승인 및 집행이 요구된 국가의 권한 있는 기관이 다음의 사항을 인정하는 경우에도 중재판정의 승인과 집행은 거부할 수 있다"고 규정함으로써 각국 법원이 직권으로 집행의 승인 및 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있다. 승인 및 집행의 문제는

^{399) &#}x27;중재판정취소의 소'는 당사자들이 중재합의에서 정하거나 중재판정부에서 결정한 '중재 지'법원에서 제기해야 한다. 이는 국제투자중재의 경우에도 동일하게 적용되며, Metalclad Corporation v. Mexico 사건에서 각 분쟁당사자는 미국과 멕시코였으나, 중재판정의 취소가 캐나다 British Columbia Supreme Court에서 이루어졌는데, 이는 동 사건의 '중재지'가 캐나 다 British Columbia였기 때문이다.

⁴⁰⁰⁾ 우리 중재법 제36조에서는 '중재판정취소의 소'의 요건 및 절차에 대해서 규정하고 있으며, 이는 우리 중재법이 1999년 UNCITRAL 모델 중재법을 수용하는 과정에서 동 법 제34조 '중재판정에 대한 유일한 불복방법으로서 취소신청'을 반영한 결과이다.

⁴⁰¹⁾ 각국 중재법, 모델중재법에서 규정한 '중재판정취소'의 사유는 '중재판정의 승인 및 집행 거부'에 관하여서는 규정하고 있는 뉴욕협약의 사유와 동일하다. '중재판정취소'와 '중재판정의 승인 및 집행 거부'는 각각의 주체와 효력에 따라 차이가 있다. 즉, '중재판정취소'는 중재지의 법원에서, '중재판정의 승인 및 집행 거부'는 그러한 청구를 받은 국가의 법원이 내리게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 효력면에서 보면, 중재판정이 중재지 법원에서 취소되면 다른 국가의 법원에서 그 승인 및 집행이 거부될 확률이 매우 높으나(사실상 중재판정 취소), 특정 국가에서의 '중재판정의 승인 및 집행 거부'는 다른 국가 법원에서의 승인 및 집행에 전혀 영향을 미치지 못한다.

각국 법원의 권한에 해당되므로 ICSID 협약에서는 이에 관한 조항을 별도로 두고 있지 않다.

2. 중재판정의 집행

가. 중재판정의 효력

당사자들은 중재합의를 통하여 내려진 중재판정을 준수하여야 한다. 중재의 기초는 분쟁당사자가 자유로운 의사로서 중재인을 선정하여 중재인으로 하여금 분쟁을 판단하도록 하고 중재인의 판단에 따르겠다는 당사자의 합의에 있다 할 것이다. 따라서 중재절차는 그 심리과정에서 당사자의 폭넓은 참여가 허용되는 한편, 중재판정이 있게 되면 그 판정에 대한 사법적 관할을 가진 국가에서 당사자를 구속하는 사법적 효과를 부여하게 되고, 그 판정을 이행하지 않는 당사자에 대해서는 사법적 집행을 허용하는 것이다.402)

ICSID 협약 제54조 제1항에서는 각 체약국은 본 협약에 따라 내려진 판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 이를 당해 국가 법원의 최종판결과 같이 취급하여, 동 국가 내에서 이러한 판정에 따른 금전상의 의무를 집행하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, ICSID 중재의 당사자로서의 국가는 ICSID 협약에 따라 중재판정을 준수할 의무를 부담하며, 이를 위반할 경우 국가책임에 관한 국제법 원칙의 적용을 받게 된다. 또한 2010 UNCITRAL 중재규칙 제34조 역시 판정의 효력은 최종적이며 당사자를 구속하며, 중재판정이 내려지면 당사자는 지체 없이 판정내용을 이행할 의무를 진다고 규정하고 있다.

나. 대상 중재판정

ICSID 협약 제53조 제2항은 중재판정이라 함은 제50조, 제51조 또는 제52조에 따른 판정의 해석, 수정 또는 취소에 관한 모든 결정을 포함한다고 규정하고 있

⁴⁰²⁾ 우리나라 중재법 제35조는 "중재판정은 당사자간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다"고 규정하여 중재판정은 확정판결과 같은 기판력, 형식적 확정력 그리고 집행력을 인정받게 된다.

다. 즉, 중재판정에 대한 중재판정부의 해석, 수정, 및 취소판정 등 중재판정부의 결정도 중재판정의 일부로서 협약 제53조, 제54조, 제55조의 '중재판정(award)'에 포함된다는 것이다. 다만, 협약 제53조의 중재판정은 중재판정부의 확정결정만을 말하기에 관할권에 관한 선결적 결정, 잠정조치에 관한 결정, 중재절차 중에 내리는 절차명령에 관한 사항은 중재판정에 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다. 2010 UNCITRAL 중재규칙의 경우 중재판정의 형식과 효력을 규정한 제34조에서 중재판정부는 최종판정이외에 임시, 중간 또는 일부판정을 내릴 권한을 갖는다고 규정하고 있다. 즉, 임시판정, 중간판정, 일부판정 역시 중재판정으로 보아 당사자들이 이행할 의무를 지게 된다.

다. 승인 및 집행

중재는 국가권력에 의한 분쟁해결수단이 아닌, 본질적으로 당사자의 자치에 의한 분쟁해결수단이므로, 중재판정은 1차적으로 당사자에 의한 자발적 이행을 전제로 하고, 이것이 불가능할 경우 2차적으로 국가권력에 의한 강제적 이행을 담보한다. 그러므로 중재판정이 사법적 강제력을 갖기 위해서는 국가가 중재의 절차와 중재판정의 효력에 대하여 이를 승인하고403) 그 집행을 도와주는 것이 필요하다고 할 것이다. 중재판정을 승인하고 집행할 의무는 협약 당사국 전체가 부담한다. 따라서 중재절차의 당사국만이 아니고, 중재절차의 당사자인 개인 또는 법인의 국적국가도 승인 및 집행의무를 부담한다. ICSID 협약이나 뉴욕협약의 당사국이라면 어느 나라에서도 ICSID 중재판정 또는 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재판정의 승인 및 집행이 신청될 수 있다. 중재판정의 승인 및 집행을 신청하는 당사자는 가장 우호적인 승인 및 집행 장소이자 중재판정에서 패소한 당사자의 재산이 소재하고, 집행하는 데 적합한 곳을 선택할 것이다.

ICSID 협약의 당사국이 중재판정의 승인 및 집행 의무를 준수하지 못하는 경우 조약의무 위반이 되며, 외교보호권이 발동되거나 국가책임이 청구될 것이다.

⁴⁰³⁾ 중재판정의 승인이라 함은 해당 중재판정이 진정한 것이고 법을 적용해서 만들어진 법적 산물이라는 것을 공식적으로 확인하는 행위이다. 중재판정은 승인을 받음으로써 구속력 혹은 기판력(res judicata)이 인정되고, 승인은 집행을 준비하는 사전단계가 된다. 즉, 중재판정의 '집행'은 중재판정 중 금전상의무로 한정되지만 중재판정의 '승인'은 중재판정 전체에 미치므로, 원상회복 혹은 중재판정에서 특정하고 있는 부작위의무와 같은 특별한 이행의무, 특정행위의 합법성 여부에 관하여 판단하는 경우에는 승인절차를 통하여 기판력의효과가 발생한다.

ICSID 중재에서 이긴 투자자의 국적 국가는 중재당사자는 아니지만, ICSID 협약 당사국인 국가의 법원 또는 관할기관이 협약 제54조를404) 위반하여 해당 중재판정의 집행 및 승인을 허용하지 않는 경우, 그 국가를 상대로 국제청구를 제기할수 있을 것이다. 즉, 투자자의 국적 국가는 피신청국인 협약 당사국이 중재판정을 준수하지 않을 경우, 해당 협약 당사국을 상대로 협약 제27조에서 규정하고 있는 '외교보호'405) 및 제64조에서 규정하고 있는 'ICJ 회부'406)를 통하여 판정의 이행을 담보할 수 있다. 협약 제27조에 따른 외교보호는 중재판정에서 유리한 판단을 얻은 자연인 또는 법인의 국적국가가 행사한다. 협약 제27조에서는 중재합의가 있는 경우 외교보호권이 행사되지 않는다고 규정하고 있지만, 투자유치국이 중재판정을 준수하지 않는다면 관련 국가가 외교보호권을 활용할 수 있다. 또한 투자자의 국적 국가는 협약 제64조에 따라서 협약 제54조를 위반한 국가를 상대로 ICJ에 해당 분쟁을 제소할 수 있을 것이다. 중재에서 승소한 투자유치국의 경우에도 투자자의 국적국가 혹은 기타 ICSID 협약 당사국이 해당 중재판정을 승인하지 않거나 집행하지 못한 경우 협약 제64조를 활용할 수 있을 것이다.

UNCITRAL 중재규칙에 의하여 내려진 중재판정은 뉴욕협약을 통하여 승인 및 집행을 보장받을 수 있다. 뉴욕협약은 중재판정의 승인 및 집행을 요청하는 당사자가 당해 중재판정의 유효성에 관하여 구체적으로 주장하거나 입증할 필요 없이 단지 일정한 서류를 갖추어 원하는 국가의 집행법원에 승인 및 집행을 요청하도록 하고, 이러한 승인 및 집행의 요청에 대하여 거부할 수 있는 요건을 한정적으로 열거하여 놓음으로써 중재판정의 당사자가 협약에 가입한 나라로부터 중재판정에 대한 승인 및 집행을 보다 쉽고 확실하게 받을 수 있으며, 나아가 중재판정의 실효성을 높이는데 중요한 역할을 하고 있다.

⁴⁰⁴⁾ ICSID 협약 제54조 제2항에서 "체약국의 영역 안에서 승인이나 집행을 구하는 당사자는 당해 국가가 이러한 목적을 위하여 지정한 법원이나 기타 당국에 사무국장이 인증한 판정서의 등본을 제출하여야 한다"고 규정하고 있다.

⁴⁰⁵⁾ ICSID 협약 제27조 제1항에서 "어떠한 체약국도 자국민과 타방체약국이 본 협약에 따라 중재에 회부하기로 동의한 분쟁에 관하여 외교적 보호를 부여하거나 국제적 청구를 제기해서는 아니 된다. 다만, 당해 체약국이 이러한 분쟁에 대하여 내린 중재판정에 불복하거나 불이행한 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있다.

⁴⁰⁶⁾ ICSID 협약 제64조에서는 체약국간의 분쟁에 대해서 규정하고 있으며, 구체적으로 "본 협약의 해석이나 적용에 관하여 체약국간에 발생하여 당사국간에 교섭에 의하여 해결되지 아니한 분쟁은, 당해 국가가 다른 해결방법에 합의한 경우를 제외하고는 일방당사자의 신청에 의하여 국제사법재판소에 회부되어야 한다"고 규정하고 있다.

3. 중재판정의 취소

가. ICSID 중재판정취소

1) 개요

ICSID 협약의 중재시스템은 '자기완결적(self-contained)'으로 협약 내에 중재판 정의 해석, 수정, 취소 등에 관한 조항을 두고 자체적인 중재판정에 대한 불복 및 재검시스템을 갖추고 있으며, 이로 인하여 ICSID 중재판정은 각 국가의 국내법원 의 관여를 일체 허락하지 않고 있다.407) ICSID 협약은 동 협약에 의하여 내려진 중재판정이 당사자에게 법적 구속력을 가지며, 협약이 정한 절차 외에 어떠한 항 소나 구제절차의 대상이 되지 않는다고 명시하고 있다. 아울러 체약국은 협약에 따른 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고, 자국 법원의 판결과 동일하게 집 행하도록 규정하고 있다. ICSID 중재판정에 불복할 수 있는 유일한 방법은 협약 제52조에서 정한 제한적인 사유에 근거하여 판정의 취소(annulment)를 구하는 것 이다. 즉, ICSID 협약은 제53조에서 "판정은 당사자를 구속하며, 본 협약에 규정 된 바를 제외하고는 어떠한 상소(appeal)나 기타 구제수단(remedy)의 대상이 되지 아니한다"고 규정하여 '중재판정취소위원회'에 의한 중재판정의 취소 외에는 어떠 한 불복도 허용하고 있지 않다. 이러한 중재판정의 취소는 협약 제52조 제1항에 명시된 5가지 사유만을 취소신청의 요건으로 원용할 수 있으며, 그 외의 사유로 인한 중재판정의 취소는 판단의 대상이 될 수 없다. 또한 중재판정의 취소는 단 지 원 중재판정을 무효화하기 위한 절차이지 중재판정의 내용을 변경하기 위한 것은 아니다.

ICSID 중재판정의 취소는 취소를 신청할 수 있는 사유가 아주 제한적임에도 불구하고, 그 동안 ICSID 중재판정 취소위원회에 중재판정 취소를 요청했던 중재 사건은 확인된 것만 총 22건이다. 408)409) 또한, Enron 사건과 Sempra 사건의 경우

⁴⁰⁷⁾ ICSID 협약 제53조 제1항에서 "판정은 당사자를 구속하며, 본 협약에 규정된 바를 제외하고는 어떠한 항소나 또는 기타 구제수단의 대상이 되지 아니한다. 각 당사자는 본 협약의 관계조항에 따라 집행이 유예된 경우를 제외하고는 판정 내용을 이행해야 한다"고 규정함으로써 ICSID 협약 제50조 내지 제52조에 의한 중재판정의 해석, 재심 또는 취소절차 이외에 어떠한 불복절차도 허용하고 있지 않다.

⁴⁰⁸⁾ 구체적으로 Azurix Corp. v. The Argentine Republic, CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine

아르헨티나의 취소신청이 인용되어 2억 달러 상당의 손해배상 책임에서 벗어나게 된 사실 등에 비추어 볼 때, ICSID 중재판정의 취소절차는 외국인투자자와 투자 유치국 모두에게 중요한 법적 쟁점이 될 것으로 전망된다.

2) 중재판정례

Vivendi Universal v. Argentine Republic

본 사건에서 신청인은 프랑스 투자자로서 아르헨티나 지방정부인 투크만주 정부와 상하수도 양허계약을 체결하였으나 계약이행과정에서 문제가 발생하였다. 즉, 인수 당시 상하수도 인프라가 매우 낙후되어 있었는데, 신청인은 상하수도 인프라에 대한 개선작업을 진행하기 보다는 상수도 요금인상을 통하여 투자자금 회수에만 집중한 반면, 주정부는 주민의 입장에서 상하수도 요금인하 등의 조치를취함에 따라 분쟁이 발생하였다. 신청인은 프랑스·아르헨티나 BIT 상 간접수용, FET 등을 원용하여 미화 3억 달러를 청구하는 중재신청을 제기하였다. 아르헨티나는 관할항변에서 아르헨티나 정부는 문제된 양허계약에 직접 관여하지 않았고, 양허계약에 관한 분쟁은 투크만 행정법원의 독점관할로 되어 있으며, 분쟁의 대상이 된 쟁점은 순수한 계약상 문제이지 투자협정에 따른 국제중재의 대상이 되지 않는다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 2000년 11월에 중재판정을 통하여당해 중재판정부에 본 사안에 대한 관할권이 없음을 인정하고 본안에 대한 판단없이 중재신청을 각하하였다.

Republic, Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, Continental Casualty Company v. Argentina, Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Peru, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama, Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan, Sempra Energy International v. The Argentine Republic, Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile, Soufraki v. United Arab Emirates, Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt 등의 사건이 있었다.

⁴⁰⁹⁾ 분쟁 당사자의 국가 중 일방이 ICSID 체약국이 아닌 경우, ICSID 추가절차규칙 절차에 의하여 중재가 진행되며, 동 절차에 의하여 내려진 중재판정의 취소는 ICSID 중재판정취소 위원회의 관할이 아닌, 중재지 국가의 법원에서 다루게 된다는 점을 고려하면 그 비율이상당히 높은 것이다.

2001년 3월, 신청인은 ICSID 협약 제52조 제1항에⁴¹⁰) 따라 중재판정부의 관할 권 각하 판정의 취소를 구하는 절차를 진행하였다. 신청인의 중재판정취소신청에 따라 '중재판정취소위원회'가 구성되었고, 동 위원회는 원 중재판정의 각하결정이 타당한지, 즉 신청인의 중재신청 관할권이 인정되는지를 검토하였으며, 결국 2002년 7월에 중재판정취소위원회는 원 중재판정을 취소하였다. ICSID 규정에 의하면, 중재판정이 취소되면 새로운 중재판정부를 구성하여 다시 심리하도록 규정하고 있는데,⁴¹¹⁾ 이에 따라 신청인은 2004년 4월 14일에 다시 중재신청을 하였고 새로운 중재판정부가 구성되어 심리를 재개하였다.⁴¹²⁾

Helnan International Hotels A/S v. Egypt⁴¹³)

이집트 관광청은 덴마크 국적의 신청인 Helnan International Hotels A/S가 운영하는 호텔 등급을 강등시켰고, 이에 이집트 관광청 산하 기관인 이집트관광호텔공사(EGOTH)는 신청인의 호텔 등급 하락을 이유로 신청인과의 계약을 해지하기 위하여 카이로 중재센터에 신청인을 상대로 중재(이하, 카이로 중재)를 신청하여 2004년에 중재판정을 받았다. 카이로 중재판정의 내용은 신청인과 EGOTH 간'호텔경영계약'을 해지하고 신청인에게 일정한 손해배상을 명하는 것이었다. 2005년 3월 8일, 신청인은 덴마크·이집트 BIT에 근거하여 이집트를 상대로 ICSID에 중재를414) 신청하였는데, 쟁점은 전술한 이집트 관광청의 호텔 등급 강등조치와, 카이로 중재판정에 따른 호텔경영계약 해지로 자신들의 투자가 손실을 입었다는 것이었다. ICSID 중재판정부는 분쟁에 대한 관할권을 긍정하면서도, 본안 심리후 신청인의 청구를 모두 기각하였다. 이에 신청인은 2008년 10월 30일에 ICSID

⁴¹⁰⁾ ICSID 협약 제52조 제1항에서 "당사자는 다음 각 호의 1이상의 사유로 사무국장에게 신청 서를 제출하여 판정의 무효를 요청할 수 있다. i) 판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아 니한 경우, ii) 판정부가 명백히 그 권한을 유월한 경우, iii) 중재인에게 부정이 있는 경우, iv) 절차규칙으로부터 중대한 일탈이 있는 경우, v) 판정문에 판정의 이유를 명시하지 아니 한 경우"라고 규정하고 있다.

⁴¹¹⁾ ICSID 협약 제52조 제6항에서 "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"라고 규정하고 있다.

⁴¹²⁾ Sempra 사건 위원회 역시 이러한 재량권을 인정하였으나, 당해 사안에서 취소사유의 중대성에 비추어 판정을 취소하는 것이 옳다고 하였다.

⁴¹³⁾ Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on the Application for Annulment, 14 June 2010.

⁴¹⁴⁾ Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, Award, July 3, 2008.

협약 제52조 제1항에서 규정하고 있는 중재판정 취소사유 중 i) 중재판정의 이유불기재, ii) 중재인의 명백한 월권행위, iii) 중요한 절차규칙의 심각한 위반에 기하여 중재판정의 취소를 구하였다. 신청인이 중재판정 취소의 근거로 삼고 있는 중재판정부의 판정은 다음과 같다.

○ 신청인의 청구는 국내법원의 소송절차를 거치지 않았으므로 청구적격이 없다.

이 문제는 ICSID 협약에 따른 투자중재를 제기하기 위하여 투자자가 국내구제수단을 완료해야 하는가의 문제이다. 아울러 신청인은 이와 관련하여 중재인의 '명백한 월권행위'를 주장하고 있으므로, 취소위원회는 양자간의 관계를 검토하였다. 먼저, 취소위원회는 ICSID 중재판정부가 그 권한을 유월했는지 여부에 대하여 당사자간 합의라는 요소와 연관지어 판단하였다. 투자중재의 맥락에서 당사자간 합의란 관련 BIT 또는 ICSID 협약을 통하여 구체화되며, 중재판정부의 권한은 이러한 당사자들의 합의를 통하여 그 범위가 정해진다. 즉, 관련 BIT에서 투자로부터 발생한 분쟁을 ICSID 중재에 의하여 해결하기로 규정한 경우, 중재판정부는 관련 준거법 및 규칙에 따라 분쟁을 해결할 권한 및 의무를 갖는다. 아울러당사자들이 제기한 청구를 검토하지 않거나 판단하지 아니하는 경우 이는 그 권한을 벗어난 행위로 간주된다.

본 건 BIT 제9조는 투자로부터 발생한 분쟁을 ICSID 협약에 따른 중재에 회부한다는 명시적 규정을 두고 있으며, 투자유치국의 국내법원에 대해서는 아무런 언급이 없다. 한편, ICSID 협약 제26조는 "당사자는 동 협약에 따른 중재에 동의함으로써 다른 여타의 구제절차를 배제한 것으로 간주된다."고 명시하고 있는바,415) 협약의 당사국들은 전통적인 국제관습법상의 국내구제완료 원칙을 배제하고, 외국인투자자가 직접 국가를 상대로 중재를 제기할 수 있도록 허용한 것이다.본 건 중재판정부는 이집트 관광청이 호텔 등급을 강등한 것에 대해 신청인이 국내법원에 제소하여(recourse to domestic courts) 다투지 아니하였으므로 피신청국의 조약 위반을 인정할 수 없다고 하였다. 당초 중재판정부는 국내구제를 완료할

⁴¹⁵⁾ ICSID 협약 제26조에서는 "본 협약에 따른 당사자의 중재합의는 달리 규정한 바가 없으면, 다른 어떠한 구제수단도 배제한 것으로 간주된다. 체약국은 본 협약에 따른 중재에 동의하는 조건으로, 국내의 행정적 또는 사법적 구제수단의 완료를 요구할 수 있다"고 규정하고 있다.

의무는 없다고 하였으나, 행정부의 결정에 불복하기 위해서는 이집트 법원에 제소했어야 한다고 말을 바꾸었는데, 신청인은 이러한 중재판정부의 판단은 중대한절차규칙 위반이며 명백히 권한을 유월한 것이라고 주장하였다. 또한 본 건 BIT 및 ICSID 협약의 규정을 무시하고 신청인에게 그러한 의무(국내구제 완료)를 부과한 역시 명백히 권한을 유월한 것이라고 하였다. 취소위원회는 중재판정부의이러한 태도를 ICSID 협약의 취지와 규정에 반하는 해석으로 보았다. 즉, 협약에서 배제하고 있는 다른 구제수단, 특히 국내법원에의 제소를 강요하는 것은 외국인투자자가 투자유치국의 조약 위반에 근거하여 직접 청구할 수 있는 권리를 박탈하는 것이라고 판단하였다. 결론적으로, 취소위원회는 중재판정부가 본 건 BIT 제9조 및 ICSID 협약 제26조에서 부여한 권한과 의무를 위반하였으므로, 동 협약 제52조 제1항 (b)호상의 '명백한 권한 유월'에 해당되어 이 부분 판정을 취소하였다.

○ 피신청국의 공기업 EGOTH 및 관광청의 행위는 계약상 행위에 불과하다.

본 건 취소위원회가 인용한 Vivendi v. Argentina 사건 취소위원회는 다음과 같은 논리를 제시한 바 있다. 즉, "국가가 계약을 위반했다는 사실만으로 국제법상의 의무, 특히 투자조약상의 의무 위반이 성립되는 것은 아니다. 조약위반에 근거한 청구는 계약위반에 근거한 청구와 그 성질을 달리하며, 관련 조약에서 정한의무의 위반이 전제되어야 한다. 또한 효율적인 국내구제수단이 존재하였는지 여부가 국제법 위반, 예컨대 FET 위반을 판단하는데 참작될 수는 있어도 그것만으로 위반 여부가 결정되는 것은 아니며, 또한 그러한 국내구제수단이 있다고 하여중재판정부가 분쟁의 본안을 심사하지 못하는 것도 아니다."416)

본 건 ICSID 중재에서 중재판정부는 조약위반에 근거한 청구와 계약위반에 근거한 청구를 구분하였으며, 궁극적으로 피신청국이 조약을 위반하지 않았음을 분명히 밝혔다. 아울러 중재판정부는 신청인이 호텔경영으로부터 배제된 것은 조약위반 차원에서 다룰 문제가 아니라 신청인과 EGOTH 간의 계약상 분쟁에 따른결과임을 밝혔다. 이러한 ICSID 중재판정에 대하여 취소위원회는 중재판정부의결론에 일관성이 없다거나 모순이 있었다고 보기 힘들다고 판단하였다. 또한 원

⁴¹⁶⁾ Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002.

중재판정부가 신청인의 주장을 충분히 검토하였으므로, 당해 중재판정부가 당사자의 주장을 무시하고 판정을 내렸다는 점을 수긍할 수 없다고 하였다. 아울러 중재판정부가 본 건 분쟁이 계약상 분쟁임을 언급하고 그에 따라 판단한 것을 두고준거법을 잘못 적용한 것이라 비난할 수는 없으며, 이는 피신청국 측의 일련의조치 또는 행위가 과연 조약 위반에 이르는지를 판단하기 위하여 짚어봐야 할 요소라고 하였다. 따라서 취소위원회는 이 부분 중재판정을 취소할 사유는 존재하지 않는다고 판단하였다.

○ 신청인의 청구는 법적 인과관계의 부재로 기각한다.

이 부분에 대한 취소 사유는 앞서 살펴본 취소사유, 즉 계약상 분쟁임을 이유로 기각한 중재판정부의 판단 부분과 밀접한 관련이 있다. 중재판정부는 호텔경영계약이 해지되고 신청인이 호텔 경영으로부터 배제된 원인은 EGOTH와의 계약상 분쟁에 따른 결과라고 판단하였다. 이 문제는 앞서 카이로 중재판정에서 결론이 난 사안이다. 취소위원회는 이 부분에 대한 중재판정부의 판단은 본안에 대한실체적 판단으로써 ICSID 협약 제52조에 기하여 취소위원회가 취소할 사유가 되지 못한다고 판단하였다.

Sempra v. Argentina

2002년 9월, 미국 국적의 회사 Sempra가 미국·아르헨티나 BIT에 의거하여 아르헨티나 정부를 상대로 신청한 중재사건에서 ICSID 중재판정부는 2007년 9월 28일자 중재판정을 통하여 신청인의 손을 들어 주었다. 이에 아르헨티나는 2008년 1월 25일, ICSID 협약 제52조 제2항에 의거하여 위 중재판정의 취소를 구하는 신청을 ICSID 사무국에 제출하였다. 아르헨티나는 취소신청의 근거로, i) 중재판정부가 적절히 구성되지 않았다는 점, ii) 중재판정부가 명백히 그 권한을 유월하였다는 점, iii) 본질적인 절차규칙을 심각하게 위반하였다는 점, iv) 중재판정의이유가 기재되지 않았다는 점을 들었다. 피신청국은 중재판정부가 본 건 분쟁에 대하여 관할권이 없음에도 불구하고 이를 긍정하고 본안에 대한 심리까지 마침으로써 명백히 권한을 유월하였다고 주장하였다. 즉, 신청인의 청구는 본질상 신청인들이 주식을 보유한 회사에 관한 것인데도 중재판정부는 이들의 당사자적격을 인정하였으며, 심지어 관할권 인정의 근거를 제시하지도 않았으므로, 당해 판정은

취소되어야 한다고 주장하였다.

당사자적격 흡결을 이유로 한 피신청국의 관할권 항변에 대하여 신청인은 다음과 같이 반박하였다. 첫째, 특정 투자가 BIT상의 보호 대상인지 여부는 관련 BIT 규정에 비추어 판단하여야 하는데, 본 건 BIT 제1조 제2항은 "회사의 주식 또는 회사에 대하여 갖고 있는 이익"을 투자의 범위에 포함시키고 있다. 둘째, ICSID 협약 제25조 제1항은 "협약의 상대방 체약국의 국민은 본 협약상 투자자에 해당한다"고 규정하고 있는데, 신청인은 그러한 투자자에 해당한다. 셋째, 신청인은 BIT에 근거한 자신의 권리를 직접 청구하는 것이지 허가권자의 권리를 대신하여 주장하는 것이 아니다. 넷째, 이중배상(double recovery) 문제는 관할권과는 아무런 관련이 없다. 다섯째, 신청인이 청구하고 중재판정정부가 판정한 손해배상은 신청인의 손해에 대한 것이지 허가권자의 손해에 대한 것은 아니다. 마지막으로, 관할권 문제에 대한 중재판정부의 판단은 ICSID 협약과 본 건 BIT에 근거한 것이며, 그러한 판단에 이유불기재나 권한유월은 없었다.

취소위원회는 ICSID의 관할권은 ICSID 협약 제25조와 당사자의 중재합의를 규정한 관련 조약에 의하여 규율되며, 본 사건에서 관련 조약이란 미국·아르헨티나 BIT를 의미한다고 하였다. ICSID 협약에서는 '투자'의 정의를 별도로 규정하고 있지 않으므로 본 건 BIT의 규정에 따라 판단하여야 하는데, 본 건 BIT 제1조 제2항은 "본 조약상 투자라 함은 회사 또는 그 회사의 주식 또는 회사에 대한이익을 포함한다"고 규정하고 있다고 하였다. 따라서 신청인은 자신의 투자, 즉투자자가 보유하고 있는 아르헨티나의 두 회사의 주식에 대하여 입은 손실을 근거로 ICSID에 중재를 신청할 권리가 있다고 하였다. 즉, 아르헨티나의 주장과 같이 신청인의 청구는 본질상 신청인들이 주식을 보유한 회사에 관한 것인데도 중재판정부는 이들의 당사자적격을 인정하였다고 보았다. 이러한 이유로, 취소위원회는 중재판정부가 권한을 유월하였고, 당해 사안에서 취소사유의 중대성에 비추어 판정을 취소하는 것이 옳다고 하였다. 이상의 논거에 따라 본 사건 취소위원회는 원 중재판정부의 2007년 9월 28일자 중재판정은 ICSID 협약 제52조 제1항(b)호에서 규정하고 있는 중재인의 명백한 권한 유월에 해당하여 취소되어야 한다고 결정하였다.

- 3) ICSID 협약 제52조의 취소사유에 따른 중재판정례
- 가) 중재판정부의 부적절한 구성 : 제52조 제1항 (a)호

Vivendi v. Argentina

본 사건에서 아르헨티나는 중재인 가운데 1명인 Kaufmann-Kohler가 다른 사건에서 중재인으로 참여한 점과 신청인 회사인 Vivendi의 최대주주인 UBS의 이사로 활동한 점을 들어 당해 중재인의 공정성과 독립성에 문제가 있다고 주장하였다. 또한 중재인으로서의 공정성에 의심을 야기할 사정에 대하여 해당 중재인이제대로 고지하지 않았음을 지적하였다. 이에 대하여 취소위원회는 Kaufmann-Kohler 중재인이 이해관계가 상충될 수 있는 부분에 대하여 제대로 고지하지 않은 점을 인정하였다. 다만, 그러한 사정이 중재인의 판단에 실질적인 영향을 미치지 않았고, 본 사건이 장기간에 걸쳐 종결된 점 등을 고려할 때 판정을취소하는 것은 가혹하다 보고 아르헨티나의 취소신청을 기각하였다.

Azuix v. Argentina

본 사건에서 아르헨티나는 중재인, Andres Rigo Sureda의 공정성을 문제 삼았다. 즉, Andres Rigo Sureda가 미국 로펌 Fulbright & Jaworski LLP(이하, Fulbright)의 고문으로 일했었는데, Fulbright는 Duke Energy v. Republic of Peru⁴¹⁷⁾에서 본 Azurix 사건에서 미국 측 대리인으로 선임된 Dr. Guido Santiago Tawil((M & M Bomchil, Buenos Aires, Argentina)를 중재인으로 선정했었다. 또한, Fulbright는 현재 진행 중인 Azurix 사건에서 법률자문을 맡고 있고, 또한 Azurix의 모회사인 Enron과 관련된 사건에도 자문을 하였었던 사실 등이 있었다. 즉, 아르헨티나 정부는 본 Azurix 사건의 미국 측 대리인 Dr. Guido Santiago Tawil과 Fulbright가 이해관계가 있었고, 이러한 Fulbright와 Sureda 중재인이 이해관계가 있었음에도 불구하고, Sureda 중재인은 이러한 사정을 사전에 고지하지 않았고, 중재절차에서 Sureda가 내린 절차명령의 내용을 보더라도 그의 공정성을 충분히 의심할 만 하다는 것이다. 이러한 이유로 아르헨티나는 중재절차 진행 중에 Sureda 중재인에 대한 기피를 신청하였으나, 그러한 기피가 받아들여지지 않았었

⁴¹⁷⁾ Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28.

다. 이에 아르헨티나는 기피신청에 대한 중재판정부의 결정은 잘못된 것이라 주장하였다. 취소위원회는 Sureda의 이해관계 상충(conflict of interests)에 대한 주장과 중재판정부의 기피결정에 대해서는 검토를 하지 않았는데, 그렇게 하는 것은 취소위원회의 권한을 넘어 재심에 해당한다고 보았기 때문이다. 대신 ICSID 협약과 ICSID 중재규칙에서 정한 중재인 기피 절차가 제대로 준수되었는지 여부만을 검토하였다. 결론적으로, 위원회는 기피 절차와 관련한 규칙이 위반되지 않았다고보고 취소 신청을 기각하였다.

나) 중재판정부의 명백한 권한 유월 : 제52조 제1항 (b)호

중재판정부의 명백한 권한 유월과 관련해서는 구체적으로는 중재인의 관할권인정, 증거인용, 절차와 관련한 결정 등 다양한 사안이 쟁점이 된 바 있다. 여러중재판정례에서 ICSID 취소위원회는 명백한 권한 유월에 대하여 i) 중재판정부가당해 사건에 대한 관할이 없음에도 판정을 내린 경우, ii) 관할 범위에 속하는 문제에 대하여 판단을 하지 않은 경우, iii) 준거법이 아닌 다른 법률에 기초하여 판정을 내린 경우에 인정될 수 있다고 하였다. 준거법과 관련하여 준거법을 잘못해석했거나 적용한 것이 판정 취소에 해당하는 사유인가에 대하여, 일부 취소위원회는 이를 긍정하였다. 418) 한편, 준거법을 적용하지 않은 것과(non-application)잘못 적용한 것은(erroneous application) 분명 차이가 있으나 실질적으로 양자를 구분하는 것은 쉽지 않다.

Helnan International Hotels v. Egypt

본 사건 취소위원회는 준거법을 잘못 적용한 것이 취소사유에 해당하지 않음을 지적하면서도, 중재판정부의 법적 판단이 불합리하다는 이유로 판정의 일부를 취소하였다. 원 중재판정에서 중재판정부는 신청인이 문제된 이집트 정부의 조치를 국내법원에 제소하지 않은 점을 들어 조약 위반을 부인하였는데, 취소위원회는 국내구제절차 완료를 배제한 조약 당사국들의 의도를 무시하고 이를 조약상

⁴¹⁸⁾ Sempra 와 Vivendi 사건의 취소위원회는, 명백히 법을 잘못 적용한 경우 제52조 제1항 (b)호 상의 권한 유월에 해당하여 취소의 대상이 될 수 있다고 보았다. MCI 사건의 취소위원회역시, 준거법을 잘못 해석하거나 적용한 경우 실질적으로 준거법을 아예 적용하지 않은 것으로 간주되어 궁극적으로 취소사유에 해당한다고 보았다.

의무로 해석한 중재판정부의 판단에 잘못이 있다고 보았다.

Enron v. Argentina

본 사건에서는 중재판정부가 피신청국인 아르헨티나의 긴급피난 항변(State of Necessity)을 기각한 점이 문제되었다. 취소위원회는 중재판정부가 경제전문가의 보고서에만 의존하여 피신청국의 BIT 및 국제관습법에 기초한 정당한 긴급피난 항변을 기각한 것은 준거법을 적용하지 않은 것이며, 결과적으로 명백히 권한을 유월한 것이라 보았다.

다) 중재인의 부정(corruption): 제52조 제1항 (c)호

조사된 중재판정례 가운데 중재인의 부정을 원용한 사건은 한 건도 없었다.

라) 중요한 절차규칙의 심각한 위반 : 제52조 제1항 (d)호

중재판정 취소위원회에 회부된 사건들 대부분에서 이 조항이 문제되었다. 주로 제기된 주장은 중재판정부가 당사자들에게 적절한 공격 및 방어 기회를 부여하지 않은 점, 증거를 부적절하게 인용한 점, 또는 중재인의 공정성이 결여되었다는 점 등이다. Vivendi v. Argentina 사건에서만 중재인의 중립성 결여가 인정되었으나, 그럼에도 불구하고 당해 취소위원회는 판정을 취소하지는 않았다. 취소위원회는 이 조항의 적용에 있어 '위반(departure)'의 의미를 어떻게 해석하는지가 중요하다고 보았다. Rumeli 사건, Helnan 사건, 그리고 Vivendi 사건의 취소위원회는 기본적으로 중재판정부는 ICSID 협약 및 중재규칙에 따라 적절하다고 생각하는 방식으로 절차를 수행할 재량이 있으며, 그러한 적법한 재량권의 행사를 문제 삼아절차규칙 위반이라 볼 수는 없다고 하였다.

Enron v. Argentina

본 사건에서는 무엇이 절차규칙의 '심각한(serious)' 위반인지와 관련하여 문제가 되었다. 본 사건 취소위원회는 중재판정부가 제출된 증거를 부적절하게 인용

한 것이 ICSID 중재규칙상의 중요한 절차규칙을 심각하게 위반하였다는 점이 입증되지 못하였다고 보고 취소신청을 기각하였다. 또한 아르헨티나는 중재판정부가 중재절차를 조기에 종결한 사실을 문제 삼아 절차규칙의 심각한 위반을 주장하였으나, 취소위원회는 이것이 중재판정의 결과에 영향을 미쳤다는 점이 입증되지 못하였다고 보고 역시 취소신청을 기각하였다.

Azuix v. Argentina

Azurix 사건에서 아르헨티나는 중재판정부가 자신들의 증거 요청을 부당하게 거부하여 절차규칙을 위반하였다고 주장하였다. 이에 대하여 취소위원회는 문제된 증거서류가 중재절차에서 인용되었더라면 중재판정의 결과가 달라졌을 것이라는 점을 아르헨티나가 입증하지 못하였다고 보고 취소신청을 기각하였다.

마) 이유불기재 : 제52조 제1항 (e)호

ICSID 협약 제48조 제3항은 중재판정이 근거가 되는 이유를 기재하도록 요구하고 있으며, 이를 기재하지 않은 경우 제52조 제1항 (e)호에 따라 판정의 취소사유가 될 수 있다. 이유불기재 역시 다수의 사건에서 원용되었으나, 취소위원회가이를 인용하여 취소판정을 내린 사건은 한 건도 없었다.

Rumeli Telekom v. Kazakhstan

Rumeli 사건의 취소위원회는 이 조항에 근거한 취소사유가 인정되려면 전혀이유의 기재가 없거나, 중재판정의 결론에 이르는 논리에 문제가 있어서 당사자가 판정의 내용을 이해할 수 없는 경우로 한정된다고 보았다.419) 따라서 이유가기재되지 않았더라도 중재판정의 내용에 비추어 이유를 추론할 수 있는 경우에는 굳이 판정을 취소할 필요가 없다고 보았다.

⁴¹⁹⁾ 아울러 Vivendi 사건 취소위원회는 판정의 이유가 반드시 명확하거나, 설득력 있고 정확할 필요는 없지만, 이유가 서로 완전히 모순되는 경우에는 이유불기재로 간주될 수 있다고 보았다. 한편 Rumeli 사건 취소위원회는 중재판정부의 결론을 뒤집을 만한 사안에 대하여 판단을 누락한 경우도 이유불기재에 해당할 수 있음을 지적하였다.

나. ICSID 이외의 중재판정 취소

ICSID 협약에 의하여 행해지지 않고 UNCITRAL 중재규칙에 의한 임시중재나ICC, LCIA 등 일반 상사중재기관에서 진행된 중재판정은 ICSID 협약이 아닌 뉴욕협약과 각 국가의 중재법의 적용을 받게 되고, 중재판정에 대한 불복절차 역시각국 법원 또는 중재지 법원에 제기하게 된다. 즉, ICSID 협약 외의 중재판정은 420) 중재지 법원에서 중재판정 취소소송을 제기하거나, 판정의 집행지의 법원에서 집행의 거부를 위한 절차를 밟으면 된다.

각 국가의 중재법은 중재판정의 취소 및 집행거부에 대하여 제한적인 사유만 을 제시하고 있다. 최근 각국의 중재법은 1958년 뉴욕협약 제5조에서 규정하고 있는 집행거부사유를 그대로 반영한 1985년 UNCITRAL 모델중재법을 수용하여, 중재판정 취소소송 등을 위한 요건 및 절차를 규정하고 있다. 구체적으로, 뉴욕협 약 제5조 제1항의 i) 중재합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력 자 이었던가 또는 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 중재합의가 무효인 경우, ii) 판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절 한 통고를 받지 아니 하였거나 또는 기타 이유에 의하여 응할 수 없었을 경우, iii) 판정이 중재합의에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 조항의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것이거나 또는 그 판정이 중재합의의 범위를 벗어나는 사 항에 관한 규정을 포함하는 경우, iv) 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간 의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하 는 국가의 법령에 합치하지 아니하는 경우, v) 판정이 당사자에 대한 구속력을 아 직 발생하지 아니하였거나 또는 판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지된 경우 등의 사유가 있는 때에 중재 당사자는 각국 법원에 중재판정 취소소송을 제기하거나 집행지 국가의 법원에 중 재판정 승인 및 집행 거부를 위한 항변으로 활용할 수 있다. 또한 뉴욕협약 제5 조 제2항의 i) 분쟁의 대상인 사항이 그 국가의 법률 하에서는 중재에 의한 해결 을 할 수 없는 경우, ii) 판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하 는 경우 등의 사유가 발생한 때에는 중재당사자가 아닌 각국 법원이 직권으로 중

⁴²⁰⁾ ICSID 추가절차규칙에 의한 중재판정 역시 뉴욕협약 및 각국의 중재법에 의한 적용을 통하여 중재판정 취소소송 등을 제기할 수 있다.

재판정을 취소하거나 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있다. 실무상 중재판정의 집행이 거부되거나 취소되는 대부분의 사건에서 그 주요한 근거는 중재인이 자신의 권한을 벗어난 판단을 하거나, 공서양속에 반하는 중재판정이 내려진 경우이다.421)

UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재의 경우 비공개로 진행되어 중재판정의 내용 등을 알 수 없었으나, 중재판정의 취소절차는 각 국가 법원에서 진행되기 때문에 상당 부분 공개되고 있다. 현재까지 알려진 ICSID 이외의 중재판정 중 취소절차를 밟은 사건은 확인된 사건만 18건이다. 422) 주로 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재, SCC 등에 의한 중재이며, 일부 NAFTA 관련 ICSID 사건의 중재판정에 대한 이의신청 역시 각국 법원에서 진행되었는데, 이는 캐나다와 멕시코가 ICSID회원국이 아닌 관계로 ICSID 추가절차규칙에 의하여 절차가 진행되었고, 중재판정취소 등의 이의신청은 ICSID 자체의 중재판정 취소위원회가 아닌 중재지 국가의 법원에서 이루어졌기 때문이다.

⁴²¹⁾ N. Rubins, *Judicial Review of Investment Arbitration Awards*, NAFTA Investment Law and Arbitration, Todd Weiler, Editor p.363.

⁴²²⁾ 구체적으로 Bayview Irrigation District et al. v. Mexico, BG Group Plc v. Argentina, Binder v. Czech Republic, Canfor Corporation v. US; Tembec et al. v. US and Terminal Forest Products Ltd. v. US, Cargill, Incorporated v. United Mexican States, Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, Eureko B.V. v. Republic of Poland, European Media Ventures SA v. Czech Republic, Feldman v. Mexico, France Telecom v. Lebanon, International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, Kaliningrad Region v. Lithuania, Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, Metalclad Corporation v. Mexico, Nagel v. Czech Republic, National Grid plc v The Argentine Republic, Pren Nreka v. Czech Republic, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, Saar Papier Vertriebs GmbH v. Poland, Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, S.D. Myers, Inc. v. Canada, Sancheti v. United Kingdom, Sedelmayer v. Russian Federation, Swembalt AB, Sweden v. Latvia 등이 있다.

제 5 장 결 론

제5장 결론

이상으로 본 연구에서는 2007년도 이후 내려진 약 60여개의 중재판정례를 토대로 주요 투자분쟁 쟁점에 대해서 검토하였다. 비교적 많은 수의 중재판정례임에도 불구하고 ISD와 관련된 주요 쟁점들을 다 담고 있지는 못하였다. 이하 결론에서는 앞에서 살펴본 바를 바탕으로, 각 중재절차와 실체법적 보호조항을 크게 다섯가지로 나누어 각각의 특징 및 쟁점에 대하여 다음과 같이 정리해보고자한다.

1. 선결조건 및 중재관할

우선 중재신청을 위한 선결조건 및 중재관할에 관한 주요 판정례와 특징적인 면을 검토해 보면 다음과 같다.

첫째, 투자협정 상의 '협상 및 협의'와 관련하여 피신청국들의 관할항변이 자주 제기되고 있다. 대부분의 투자협정에서는 분쟁의 초기 단계에서 투자중재 제기 전 일정한 기간을 두고 외국인 투자자와 투자유치국 정부간에 분쟁의 우호적해결을 위하여 협의 및 협상하도록 하는 조항을 두고 있다. 먼저, 이러한 '협의 및 협상'에 관한 조항이 강제적인 의무로 부과된 것인지에 대하여 다툼이 종종발생하였다. Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador 사건에서 중재판정부는, 협상의무는 결과에 대한 의무, 즉 합의를 도출해야 하는 의무가 아니고 수단에 관한 의무로 이해해야 한다고 하면서, 이러한 협상의무를 이행하지 않은 신청인들의 중재신청은 관할을 충족시키지 못한 것이므로 각하판정을 내리기도 하였다. 즉, 투자협정상 협의 및 협상 관련 조항을 외국인투자자의 중재신청 전 이행해야할 중요한 절차적 의무로 본 것이다. 다만, '협의 및 협상'의 형식과 관련해서는 Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic 사건에서 확인할 수 있었는데, 중재판정부는 중재 개시 전에 피신청국에

분쟁의 해결을 원한다는 제안을 함에 있어 일정 형식을 갖추지 않았다고 해서 피신청국의 중재 관할권 동의를 무력하게 할 정도의 결함이라 볼 수는 없다고 보았다. 요컨대, '협상 및 협의'를 제소 전 선결조건 의무로 볼 것인지는 투자협정 조문의 내용이나 투자자가 실제 투자유치국 정부와 어떤 형식으로 협의 내지 협상을 했는지에 따라 중재판정부가 달리 판단하는 것으로 보인다. 다음으로 대부분의 투자협정에서 규정하고 있는 협의 및 협상을 위한 '냉각기간'과 관련하여, 이를 의무사항으로 볼 것인가와 관련한 중재판정례가 여러 건 있었다. 먼저, Impregilo S.p.A v. Argentine Republic 사건에서 중재판정부는, 냉각기간에 관한 BIT 상의 조항을 투자중재를 제기하고자 하는 투자자가 준수해야 하는 강행적 관할조건으로 보았다. 반면, Bayindir v. Pakistan 사건에서 피신청국은, 신청인의 청구가 중재신청 6개월 전에 통지하도록 규정한 터키·파키스탄 BIT 제7조 상의 냉각기간을 준수하지 않았다는 이유로 관할항변을 제기하였는데, 중재판정부는 냉각기간이 관할권 성립을 위한 필수적인 전제조건은 아니라고 보았다. 냉각기간이 강행적 관할요건인가에 대해 각 중재판정부는 BIT 상의 문구나 사건의 구체적인 정황에 따라 다르게 판단하고 있는 것으로 보인다.

둘째, 외국인투자자가 투자협정에 따라 투자유치국을 상대로 국제중재를 제기 하기 전에 국내법원의 소송절차를 먼저 완료하도록 요구하는 경우가 있다. 즉, 국 내구제절차 완료를 중재신청의 선결조건으로 규정하여 투자자가 중재를 개시하기 전 법원의 소송절차 등 국내구제수단을 먼저 완료하도록 요구하기도 한다. 조사 한 중재판정례에서 중재판정부는 국내구제절차 완료를 필수적 관할요건으로 인정 하기도(Wintershall v. Argentina) 하였지만, 일부 사건에서는 관할요건으로 인정하 지 않은 사례도(Helnan International Hotels A.S. v. Egypt) 있었다. 최근의 투자협 정에서는 이러한 국내구제완료를 요구하는 투자협정은 매우 드물고, 대개는 국내 법원에 제소한 후 일정 기간이 경과하면 국제중재를 제기할 수 있도록 허용하고 있어, 향후 투자중재에서는 큰 쟁점이 되지는 못할 것으로 보인다. 한편, 국내구 제완료와는 다른 개념으로 NAFTA 등의 투자협정에서는 소위 포기조항을 규정하 고 있다. 포기조항은 엄밀한 의미에서 국내구제완료와 동일한 개념은 아니며, 중 재를 제기하기 전 소송절차 등 국내적 구제수단을 포기할 것을 요구하는 조항이 다. 그럼에도 불구하고 포기조항은 투자중재절차에서 국내적 구제수단과 관련하여 일정한 관계를 형성한다는 점에서 의의를 가지며, NAFTA 사건을 중심으로 한 중재판정례에서 이에 관한 다툼들이 다수 있었다. 신청인이 포기조항을 준수하지 않았음에도 불구하고 관할권을 인정한 사건으로는 Azurix v. Argentina 사건이 있고, 반면 포기조항을 준수하지 않은 신청인의 청구에 대해 관할권을 부인한 사건으로는 Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Savador 사건이 있다. 중재판정부는 투자협정상 포기조항에 관하여 조문이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 각각 해석을 다르게 하고 있는 것으로 보인다. 한ㆍ미 FTA도 제11.18조 제2항 (b)호에 포기조항을 두고 있으며, 이와 유사한 조문의 포기조항을 가지고 있는 중재판정례를 깊이 있게 검토할 필요가 있다.

셋째, 대부분의 투자협정에서는 투자자에게 분쟁해결절차에 관한 선택 기회를 주고, 투자자가 일단 하나의 절차를 선택하면 다른 절차를 이용할 수 없게 하여, 동일한 사안 또는 청구원인에 근거한 중복제소 남용을 막고자 하는 소위 '중복제소금지조항(Fork in the Road)'을 두고 있다. 중복제소금지조항의 적용에서 가장 중요한 내용은 이미 개시된 절차와 새롭게 개시하려는 절차의 대상 분쟁이 동일한 것인지 여부이며, 이는 국내법원에 청구한 분쟁과 국제중재에 청구한 분쟁이동일한 사안일 경우에 한하여 중복제소금지조항이 적용되기 때문이다. Gevin v Estonia, Desert Line Project v. Yemen 등을 비롯한 다수의 중재재판부는 투자유 치국의 중복제소금지조항 원용을 당사자의 동일성이나 청구원인의 동일성이 부족하다는 이유로 받아들이지 않았다. 다수의 투자중재사건에서 투자유치국은 투자협정 상의 중복제소금지조항 규정을 원용하였으나 대부분 실패하였는데, 그 이유는 다른 절차에서 주장된 청구의 근본적 기초가 다른 것으로 판단되었기 때문으로 분석된다.

마지막으로, 최근 투자중재에서 준거법으로 국제법을 원용하는 사례가 크게 증가하였다. 투자중재에서 가장 흔하게 발견할 수 있는 준거법 지정형태는 NAFTA 및 ECT의 경우처럼 국제법만을 준거법으로 지정하는 경우보다는, 국제법과 투자유치국의 국내법을 함께 선택하는 것이다. 이는 결과적으로 ICSID 협약 제42조제1항의 2문에서 규정하는 방식으로, 많은 BIT에서 투자유치국의 법령과 함께 국제법이 적용되도록 규정하고 있다. 반면, 최근 준거법 결정에 관한 다툼이 있었던 AGIP v. Congo, AES Summit Generation Limited & AES·Tisza Eronmu Ktf. v. Hungary, Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic 등의 투자중재판정례에서 중재판정부는 준거법으로 국제법 원칙의 적용을 결정하였다. 또한, 국제법원(法源)과 관련하여 다수의 중재판정부는 조약이나 관습법을 주요 국제법 원칙으

로 그 중요성을 명시적으로 강조하였으며, 특히 중재판정례를 중요한 국제법원으로 원용하는 사례도 최근 부쩍 증가하고 있다.

2. 투자 및 투자자

투자분쟁에서 피신청국이 가장 많이 원용하는 관할항변 사유가 투자 및 투자 자와 관련된 것이다. 신청인과 그들의 투자가 투자협정에서 규정한 투자자 및 투 자의 정의와 범위에 포함되는지 여부와 관련하여 피신청국은 항변을 제기하는 것 이 일반적이다. 본 연구에서 검토한 중재판정례들 역시 대부분 투자 및 투자자에 관한 쟁점을 다루었으며, 본 사례들을 통하여 다음을 도출할 수 있다.

첫째, 투자의 정의와 중재관할요건과의 관계에 관한 다툼이 중재판정례가 많이 다루어졌다. 투자의 정의는 투자분쟁을 다루는 중재절차의 관할요건과 밀접한 관련을 갖고 있으며, 투자중재의 대상은 당해 협정의 적용을 받는 투자와 관련한 분쟁으로 한정되고 있다. 따라서 협정의 보호대상인 투자와 무관한 사안에는 중재판정부의 관할권이 미치지 않게 된다. 다른 한편, 만약 ICSID 협약에 의한 중재에 따를 경우에는 해당 투자협정이 정한 투자 요건 외에 ICSID 협약에 의한 중재에 따를 경우에는 해당 투자협정이 정한 투자 요건 외에 ICSID 협약에 의한 중재를 규정하고 있더라도 이를 이용하기 위해서는 협약 제25조 제1항에서 정한 관할요건을 구비하여야 한다. ICSID 협약은 '투자'의 정의에 대하여 명시적 규정을두고 있지 않아 궁극적으로는 중재판정부의 해석에 의존하여야 하는데, Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco 사건의 중재판정부가 제시한 소위 'salini test'가 여러 ICSID 중재에서 널리 인용되고 있다. 중재판정례에서는 구체적으로, 제3자에게 예치한 자금, 채권인수, 대금청구권, 금융계약 관련, 공사 수행에 들어간 장비및 인력 등이 투자협정 상의 '투자'에 해당하는지 여부와 관련하여 다툼들이 있었다.

둘째, 최근 중재판정례 중에는 상사중재판정의 집행거부 및 판정취소와 관련된 사건이 많았다. 이는 상사중재를 통하여 얻은 중재판정의 집행이 좌절되는 경우 외국인투자자가 BIT에 근거한 투자중재를 통하여 그 집행을 구하려는 시도로 볼 수 있다. 이러한 사건에서 가장 중요한 문제는 상사중재판정이 투자협정 상의 투 자에 해당하는지 여부였다. Saipem v. Bangladesh 사건에서 신청인은 ICC 중재판정이 투자에 해당된다고 주장하였으나, 중재판정부는 ICC 중재판정이 그 자체로투자가 아님을 명확히 밝힌 바 있다. GEA Group AG v. Ukraine 중재판정부 역시 ICC 중재판정은 관련 투자협정 상의 투자에 해당하지 않음을 확인하였다. 반면, White Industries Australia Limited v. India 사건에서 중재판정부는 ICC 중재판정 자체를 투자로 볼 수는 없지만, 중재판정에 기한 권리는 신청인의 원 투자의 일부를 구성하므로 BIT의 적용대상 투자에 해당한다고 보았다. 기존 상사중재판정이 투자유치국 내 법원에서 취소되거나 집행이 거부되는 경우, 이를 투자협정 상의 투자중재를 통하여 구제 받으려는 투자자가 증가하면서, 상사중재판정을투자로 볼 것인가의 다툼은 계속해서 발생할 것으로 예상된다.

셋째, 투자의 적법성과 관련된 투자유치국의 항변에 관한 사례가 증가하고 있 다. 대부분의 투자협정은 투자의 정의조항을 통하여 당해 협정의 적용대상인 투 자의 범위를 정하고 있다. 그러나 투자유치국의 법률에 저촉되는 불법적인 투자 에까지 협정의 보호를 부여하는 것은 부당하므로, 이를 보호대상에서 배제할 필 요가 있다. 따라서 오늘날 많은 투자협정에서는 '투자유치국의 법률을 준수한(in accordance with host State's law)'이라는 조항(국내법률 합치조항)을 통하여 외국 인투자의 적법성 요건을 명시하고 있다. 이러한 규정을 두는 취지는 불법적인 투 자에 대하여 투자협정 상의 보호를 배제하기 위함이다. 협정 안에 이러한 국내법 률 합치조항이 명시된 경우, 중재판정부는 투자유치국의 법률에 위반되는 투자로 부터 발생한 분쟁에 대해서는 대체로 관할을 부인하였다. 그러나 명시적 조항이 없는 경우라도 불법적인 투자에 대해서는 당해 조약의 보호를 부인하여야 마땅하 다고 본 사례들이 있었다. 구체적으로 Plama Consortium Limited v. Bulgaria 중재 판정부는 비록 ECT 안에 국내법률 합치조항이 없더라도 국내법 또는 국제법에 위반되는 투자까지 보호할 것은 아니라 보고 신청인의 청구를 각하하였고, Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador 사건에서 중재판정부는, 신 청인이 입찰 과정에서 허위 재무제표를 제출하였고, 관리자의 경력을 위조하여 제출하는 등 신청인의 투자에 적법성이 결여되어 투자법상의 보호규정을 원용할 수 없다고 보아 각하 결정을 내렸다.

마지막으로, 투자자와 관련해서 외국인투자자의 통제 및 지배 요건에 관한 내용이 당사자들 사이에 주요 다툼으로 부상하였다. 투자중재는 일방체약국(투자유

치국)과 상대국 투자자간의 분쟁을 대상으로 하는데, 현지법인에게도 이를 허용한다면 자국 정부를 상대로 소를 제기하는 형태(즉, 자국민 대 자국 정부 간의 분쟁구도)가 되므로 문제될 수 있다. 그러나 오늘날 외국인투자의 상당 부분이 이러한현지법인의 형태를 통해 이루지는 현실을 고려할 때, 현지법인의 국적을 이유로투자중재의 이용을 제한한다면 외국인투자자의 권리구제에 큰 걸림돌이 될 것이다. 때문에 ICSID 협약과 여러 투자협정에서는 외국인투자자가 실질적으로 지배(또는 통제)하는 현지법인을 통하여 직접 중재를 제기하거나, 또는 현지법인을 대신하여 중재를 제기할 수 있는 근거규정을 두고 있다. 즉, 현지법인이 투자중재를제기하기 위해서는 외국인투자자의 '실질적인 지배와 통제'를 주요 요건으로 정하고 있다. TSA Spectrum De Argentina S.A. v. Argentine Republic 사건에서 중재판정부는 단순히 현지법인의 주식을 소유하는 것만으로 부족하고 '효과적인 지배'가존재해야 한다고 하면서 관할권을 부인하였고, Plama Consortium Limited(PCL) v. Bulgaria 사건에서는 신청인과 투자유치국 내에 설립된 신청인의 투자간에 '실질적인 지배 및 통제관계'가존재한다고 보아 관할을 인정하였다.

3. 실체적 보호조항

피신청국은 투자중재가 제기되면, 절차적 요건과 관련된 관할항변 외에 투자협정 상의 투자보호조항의 위반여부에 관한 실체적 항변을 통해 신청인의 청구를 부인하였다. 실체적 보호조항과 관련하여 투자중재판정례에서 쟁점이 되었던 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 내국민대우와 관련하여 중재판정례에서 주로 논의된 내용은 내국민대우 위반을 주장하는 외국인투자자가 과연 투자유치국의 국내 기업과 '동일한 상황(in like circumstances)'에 있어서 적절한 비교대상인지 여부, 그리고 문제된 조치가 국내 기업은 배제하고 외국인투자자에게만 차별적으로 적용되었는지의 사실판단 문제였다. 또한 비록 차별이 존재하더라도 그것이 공공목적을 위한 정부의 정당한 규제권한에 기초한 것이어서 정당화 될 수 있는 것인가의 문제가 주로 쟁점이되었다. 내국민대우와 관련해서는 AES v. Hungary, Archer v. Mexico, GAMI v. Mexico, UPS v. Canada 등의 중재판정례가 있었다.

둘째, 공정하고 공평한 대우 조항은 매우 포괄적이고 애매한 문구로 표현되어 있어 그 의미를 해석하고 구체적인 사안에 적용하는데 중재판정부의 주관이 개입될 여지가 많다는 비판을 낳고 있다. 중재판정례를 보면, 이 기준의 위반 여부를 판단함에 있어서는 주로 i) 투자자의 정당한 기대(legitimate expectation)가 보호되었는지, ii) 사법거부(denial of justice)가 있었는지, iii) 의사결정과정에서의 명백한 자의성(manifest arbitration)이 있었는지, iv) 외국인투자자에 대한 부당한 차별(discrimination)이 있었는지 등이 검토되었다. 공정하고 공평한 대우 조항과 관련해서는 AES v. Hungary, White Industries v. India, Jan de Nul v. Egypt, Romak S.A. v. Uzbekistan, Saipem v. Bangladesh, Desert Line Project v. Yemen 등의 중재판정례가 조사되었다.

셋째, 최혜국대우와 관련하여 주로 논란이 되는 것은 최혜국대우 조항을 통하여 제3의 협정에 규정된 실체적 보호규범을 원용하는지의 여부와 이에 더하여 절차적 규범 즉, 분쟁해결절차에도 이를 원용할 수 있는가의 문제였다. 즉, 해당 BIT에서 투자중재를 제기하기에 앞서 국내법원을 일정기간 경유하도록 요구하는 경우, 그러한 요건을 두지 않고 곧바로 중재를 제기할 수 있도록 허용한 다른 협정의 절차규범을 원용하는 것이 가능한지가 여러 사건에서 쟁점이 되었다. 중재판정례마다 이에 대한 입장이 조금씩 나뉘어 있어 통일된 기준이 정립되어 있지않다. 예를 들어, Siemens v. Argentina 사건 등에서는 분쟁해결절차에 관한 규범을 '투자와 관련한' 보호규범으로 보아 당연히 원용할 수 있다고 넓게 해석한 반면, Vladimir Berschader v. The Russian Federation 사건 등에서는 최혜국대우 조항은 '실체적 보호규범'에 한하여 적용될 뿐 분쟁해결절차에까지 적용하는 것은 체약국들이 이를 협정에서 명시적으로 허용한 경우에 한하여 가능하다고 보았다.

마지막으로 수용 및 보상과 관련해서는, 최근 국가가 직접 재산을 압류하거나 재산권을 박탈하는 직접수용 보다는 투자자의 자산 이용을 제한하거나 간섭하는 등의 간접수용(indirect expropriation)이 더 문제가 되고 있다. 그러나, 아직 투자중 재판정례에서는 간접수용의 구체적인 의미와 정의가 무엇인지에 대하여 명확한 기준이 정립되어 있지 않아 중재판정부가 간접수용 여부를 판단하는데 많은 혼란과 논란을 야기하고 있다. 때문에 최근에는 투자협정을 통하여 간접수용이 배제되는 정부조치의 유형을 열거하거나 예외적인 상황을 구체적으로 규정하는 방식을 택하기도 한다. 중재판정례를 통하여 간접수용의 판단 기준으로 주로 인용된

요소는 i) 문제된 정부의 규제조치가 투자자의 자산을 침해한 정도나 그러한 조치의 지속성, ii) 투자자의 정당한 기대를 어느 정도 침해하였는지, iii) 문제된조치가 목적 달성에 적절한 것인지 즉, 목적과 수단의 비례성(proportionality)을 충족하였는지 등이었다. 그러나 간접수용 위반에 근거한 청구가 실제 인용된 사례는 많지 않은데, 가장 큰 이유는 중재판정부가 투자유치국의 고유한 규제권한을 존중하고 있기 때문으로 보인다. 간접수용과 관련해서는 AES v. Hungary, Archer v. Mexico, RSM Production Company v. Grenada, Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary, Vannessa v. Venezuela, Swisslion v. Macedonia 등의 중재판정례가 있었다.

4. 중재절차

중재절차와 관련된 중재판정례도 여러 건 조사되었다. 중재절차와 관련하여 최근의 이슈가 되고 있는 사안들을 중심으로 정리해 보면 첫째, 집단중재의 제기이다. 일반적으로 상사중재에서는 집단중재가 일반적이지는 않은 형태이다. 그러나, 투자중재에서는 최근 Abaclat and Others v. Argentine Republic 이후로 다수의 집단중재 제기 가능성이 예상되고 있다. 본 건에서 중재판정부는 집단중재에 대하여 관할항변의 쟁점은 피신청국이 집단중재에 동의했는지 여부가 아니고 다만, ICSID 중재가 그러한 집단중재 방식으로 진행될 수 있는지의 문제라고 보았다. 또한, ICSID 협약이나 중재규칙에서는 집단중재에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않으나 규정이 없다는 이유만으로 이를 불허하는 것은 본 건 BIT와 ICSID 협약의 목적에 반한다고 보았다. 더불어, 집단중재를 개별 중재처럼 사안별로 심사하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점은 인정하나, 이에 근거한 사법거부에 따른 부당함과 비교형량 해볼 때 집단중재를 허용하는 것이 바람직하다고 판단하였다.

둘째, NAFTA 사건을 중심으로 피신청국에서 병합심리를 요청한 사건들이 있었는데, 중재판정부는 이러한 요청에 대하여 여러 정황을 바탕으로 다른 판정을 내렸다. 투자유치국의 특정 조치에 대하여 유사한 투자를 하고 있는 외국인투자자들은 각기 다른 중재신청을 제기하게 된다. 피신청국인 투자유치국 입장에서 보면 동일한 사안에 대하여 각 신청인별 중재신청에 각각 대응해야 하는 불합리한 사안이 발생하고, 각각 구성된 중재판정부에서는 서로 다른 중재판정이 내려

질 경우 상당한 부담으로 작용할 수 있다. 또한, 소송경제학적으로도 각각의 사건을 독립적으로 진행하는 것은 바람직하지 않기 때문에 유사한 사건들을 병합하여 단일 중재판정부에서 심리하도록 하고 있다. ICSID 협약, ICSID 추가절차규칙, UNCITRAL 중재규칙 등에서는 중재신청의 병합을 허용하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서, 개별 투자협정에서 병합에 관한 절차를 두지 않는 한 각각의 중재 사건 분쟁당사자들 전원의 동의가 있는 경우에만 사건을 병합할 수 있다. 423) 개별 투자협정에 병합관련 규정을 둔 것은 NAFTA에 처음 등장한 이래 많은 투자협정에서 병합에 관한 절차가 포함되고 있다. 실제 중재판정례도 NAFTA 사건에서만 조사되었다. Corn Products International, Inc. v. United Mexican States 사건에서, 피신청국인 멕시코는 같은 조치를 문제 삼고 있는 ADM 사건과 이 사건을 병합하고자 하였으나, 중재판정부는 이 두 사건의 신청인들이 경쟁관계에 있는회사임을 감안하여 두 사건의 병합을 부정하였다. 중재판정부는 병합절차를 개시하기 위해서는 중재신청의 근거가 되는 투자협정 및 관련법이 동일해야 하고, 같은 사건 또는 상황으로부터 발생한 것이어야 한다고 보았다.

셋째, 피신청국이 외국인투자자의 투자중재에 대항하는 반대신청이 증가하고 있다. 대부분의 투자협정에서는 외국인투자자에 대한 구제절차로 투자중재를 규정하면서 중재를 제기할 수 있는 주체를 외국인투자자로 한정하고 있다. 다만, 투자중재의 대상을 투자협정상의 투자보호원칙으로 제한하지 않고 '투자와 관련한 모든 분쟁'으로 넓게 정의한 경우에는 투자유치국도 외국인투자자의 행위로 인해입은 피해에 근거하여 중재를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 또한 관련 투자협정에서 일방체약국의 투자자뿐만 상대방 체약국(투자유치국)도 중재를 제기할수 있음을 명시적으로 규정한 경우에는, 투자유치국이 외국인투자자를 상대로 직접 중재를 제기하는 것도 가능하다. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, Desert Line Project v. Yemen, Goetz v. Brundi 등의 사건에서 중재판정부는 피신청국의 반대신청이 투자에 관련된 분쟁으로 ICSID의 관할에 포함된다고 판단하였다. 그러나, 중재판정부는 피신청국이 자신들의 피해에 대하여구체적으로 입증하지 못하였기 때문에 본안에서 피신청국의 청구를 기각하였다. 따라서, 피신청국이 외국인투자자의 행위로 인하여 입은 피해를 명확하게 입증한경우에는 배상판정을 받을 수도 있다고 보아야 할 것이다.

⁴²³⁾ 한미 FTA 역시 제11.25조에서 병합절차에 관한 규정을 상세히 두고 있다.

넷째, 중재절차에 분쟁의 당사자가 아닌 제3자(non · disputing parties)의 참여를 허용하는 문제가 최근 투자중재에서 쟁점이 되고 있다. 그동안 NGO 등 비분쟁당 사자들은 투자중재절차에 법정조언자(amicus curiae) 자격으로 참여시켜 달라는 요 청을 중재판정부에 꾸준히 제기해 왔다. 이들은 중재절차 과정에서 당사자들이 제출한 문서에 대한 접근뿐만 아니라 중재판정부에 직접 서면을 제출하는 것까지 요구하였다. 이러한 추세를 반영하여 최근 ICSID는 중재규칙을 일부 개정, 분쟁 의 당사자가 아닌 제3자가 중재절차에 참여하는데 필요한 기준을 마련하였다. 또 한, UNCITRAL Working Group II에서도 최근 투자중재에서 투명성에 관한 법적 기준을 완성하였다. 그러나 피신청국 국민 및 NGO들의 알권리를 충족시키기 위 하여 투명성을 제고하면서 동시에 중재절차의 기본워칙인 비공개 워칙을 침해하 지 않는 것은 간단한 문제가 아니다. NGO 등의 비분쟁당사자가 절차에 참여하는 것을 허용하더라도 이들이 그러한 지위를 남용하지 않도록 관리하는 것이 필요하 다. 또한 이들의 진정한 의도가 무엇인지, 궁극적으로 누구의 이익을 대변하는지 그리고 이들의 행위에 대하여 어떻게 책임을 부담시켜야 하는지의 문제도 역시 중요하다고 하겠다. 조사된 중재판정례 중 UPS v. Canada, Aguas Argentinas Et Al v. Argentine Republic, AWG Group v. The Argentine Republic 사건 등에서 제3 자의 참여와 관련된 문제가 제기되었다. 향후 NGO 등의 시민단체들은 위와 같은 제도적 정비에 힘입어 더욱 적극적으로 투자중재 참여를 시도할 것으로 예상된다. 또한 이러한 비분쟁당사자의 요청에 대하여 중재판정부가 내리는 결정들이 더 많 이 축적되면, 그 전제조건으로 요구되는 공익적 요소가 무엇인지, 청원인 적격은 무엇인지에 대해서도 보다 명확한 기준이 정립될 것이며, 이는 궁극적으로 투자 중재의 투명성 제고에 긍정적인 기여를 할 것으로 판단된다.

5. 중재판정

중재판정과 관련해서는 크게 세 가지 쟁점이 중재판정례에서 논란이 되었다.

첫째, 신청인의 손해배상 판정 방식이다. 이 중 금전배상은 투자협정 중재를 통하여 인정되는 가장 보편적인 배상방식이다. 금전배상의 목적은 이를 통하여 국가의 투자협정 위반에 따른 신청인의 피해를 전보하고, 그러한 피신청국의 조 치가 있기 이전의 상태를 회복하는 것이다. 그러나, 투자협정 등에는 배상액의 산 정방식에 관한 구체적인 규정이 없는 경우가 많은데, 이 때 중재판정부가 배상액 의 산정에 광범위한 재량을 가질 수밖에 없다. 실제 Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States, Lurii Bogdanov, Agurdino Invest Ltd v. Republic of Moldova 등의 사건에서 금전배상판정이 있었고, 배상금액은 신청인의 손실을 근 거로 하여 중재판정부의 재량에 의하여 산정된 것으로 보인다. 반면, 비금전적 배 상의 일환으로 원상회복을 청구한 사건도 종종 있었다. 재산의 원상회복이란 박 탈된 재산의 반환을 통하여 분쟁 이전의 상태를 회복하는 것이다. 그러나, 이러한 구제조치는 중재판정 집행의 어려움으로 인하여 국제중재실무에서는 거의 이용되 지 않았다. 최근 일부 투자협정에서는 이러한 국제중재에서의 관행에도 불구하고 원상회복에 의한 배상을 할 수 있도록 협정문에 명시적인 조항을 두되, 피신청국 은 원상회복 대신에 이에 갈음하는 금전배상을 할 수 있도록 규정하고 있다. 실 제 사건으로는 Ioan Micula v. Romania, ATA Construction v. Jordan 등에서 신청 인들이 원상회복을 요구하였다. 이밖에 특색 있는 사건으로 중재판정부가 정신적 피해의 배상을 판정한 사건도 있었다. Desert Line Project v. Yemen 사건에서는 신청인은 회사 직원들이 피신청국 정부뿐만 아니라 무장 괴한들에게 위협을 받고 구금을 당하는 등 극심한 정신적 고통을 겪었으며, 회사의 신용과 명예에 심각한 타격을 입었다고 주장하였다. 중재판정부는 제출된 증거자료에 의하면 신청인 회 사의 직원들은 물리적 구금과 협박을 당한 사실이 인정되었다며 정신적 피해에 대하여 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

둘째, 중재비용에 관한 부분도 최근 민감한 사안으로 부상하고 있다. 중재비용 중에서도 논란이 되는 부분은 당사자들의 법률비용이다. 중재판정부는 중재판정에서 중재비용을 양 당사자간에 적절히 배분해야 하나, 배분에 대한 명확한 기준이었다보니 중재판정부의 재량에 따라 다양한 결정이 내려지고 있다. 중재판정부는 RSM Production Company v. Grenada, Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary, Chemtura Corporation v. Canada, Burimi v. Albania 등 다수의 중재판정례에서는 패소자 부담의 원칙을 확인하는 판정을 내린 반면, Impregilo S.p.A v. Argentine, Jan de Nul v. Egypt, Azpetrol International Holdings B.V. v. Azerbaijan, Canadian Cattlemen for Fair Trade v. U.S.A. 등의 사건에서는 신청인들의 청구에 대하여 관할권이 없다고 판단하거나 본안의 청구를 기각하는 등 신청인의 패소가 명확함에도 불구하고 각 당사자가 절차와 관련한 비용 및 중재인수당 등을 각자 부담하도록 판정하였다. 특이한 점으로는 Desert Line Project v.

Yemen 사건의 중재판정부는 패소자 전부 부담이 아닌 패소비율에 따라 차등적인 중재비용 부담 판정을 내리기도 하였다.

마지막으로 최근 중재재판정 취소가 많이 제기되고 있다. ICSID의 경우 중재판정 취소가 취소위원회에 제기가 되지만, UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재판정의 경우 중재지 관할 법원에서 제기되기에 정확하게 몇 건 정도가 취소 신청되었는지 정확한 통계를 잡기가 어렵다. ICISID의 경우, 2009년 9월부터 2010년 9월까지 1년간 ICSID 취소위원회(ad hoc committee)에서 중재판정의 취소신청에 대하여 총 8건의 결정을 내린바 있다. 그 이전까지의 ICSID 취소위원회의 취소 결정 합계가 총 16건에 불과하였던 점에 비추어 볼 때 이는 상당히 높은 수치라 할수 있고, 이러한 수치는 최근 더 높아지고 있는 추세이다. 그러나, 실제 ICSID 중재판정에 대한 취소 신청이 인용되어 판정이 취소된 사례는 얼마 되지 않는다. 반면 Enron 사건과 Sempra 사건의 경우 아르헨티나의 취소신청이 인용되어 2억달러 상당의 손해배상 책임에서 벗어나게 사실 등에 비추어 볼 때, ICSID 중재판정의 취소 절차는 외국인투자자와 투자유치국 모두에게 계속하여 중요한 법률적 쟁점이 될 것으로 전망된다.

참고문 헌

■ 국내 문헌

법무부, 「한·미 FTA 투자분야연구」, 2008.

지식경제부, 「투자자・국가 간 분쟁사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구」, 2009.

■ 외국문헌

- Campbell Mclachlan QC et el., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*(New York: Oxford University Press, 2007)
- Canada's Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreements, 2012.
- C. Focarelli, "Denial of justice" in R, Wolfrum(ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*(Oxford: Oxford University Press), 2009.
- Jesald. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (New York: Oxford University Press), 2010.
- NAFTA Free Trade Commission, *Note of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, 2001.
- Rudolf Dolzer et al., Principles of International Investment Law, Oxford, 2008.
- The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.
- UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: A Sequel, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (New York: UNCTAD), 2012.
- UNCTAD, IIA ISSUE NOTE, No. 1, March 2013.
- UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT, 2013
- Untied Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor · State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, (New York and Geneva: United Nations), 2007.

■ ISD 판정례

- Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011.
- ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, October 2, 2006.
- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, January 9, 2003.
- Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, May 19, 2010.
- Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, February 10, 1999.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, Dec 8, 2003.
- Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15
- Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, Award, March 5, 2011.
- Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited, PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, ICSID, Award, 1984.
- Archer Daniels Midland Company and Tate &Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, November 21, 2007.
- AES Summit Generation Limited and AES · Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010.
- AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Procedural Order, August 3, 2006.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005.

- Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18, Award, May 29, 2013.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, June 2, 2010.
- Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, October 25, 2012.
- Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3, May 14, 2012.
- Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America, NAFTA/ UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008.
- Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, August 2, 2010.
- CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, December 30, 2010.
- Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Republic of Gabon, ICSID Case No. ARB/04/5, Decision on Jurisdiction, December 19, 2005.
- Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3("Vivendi"), Decision on Annulment, July 3, 2002
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008,
- Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008.
- Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Final Award, August 31, 2011.

- Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, February 6, 2008.
- Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008.
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.
- Emilio Agustin Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, January 25, 2000.
- Eureko B.V. v. Poland, Partial award, August 19, 2005.
- Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, August 13, 2009.
- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, April 4, 2006.
- Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, July 11, 1997, Final award, March 9, 1998.
- Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/02/1, July 17, 2006.
- Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, December 1, 2010.
- GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, Award, March 31, 2011.
- Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Final Award, November 15, 2004.
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010.
- Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, July 3, 2008.

- *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007.
- Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, August 2, 2006.
- *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June 21, 2011.
- International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, January 26, 2006.
- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and admissibility, September 24, 2008.
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, November 5, 2008.
- Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, March 28, 2011.
- Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, August 6, 2004.
- Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, December 8, 1998.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006.
- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, July 31, 2007.
- Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, March 15, 2002.
- Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, April 16, 2009.

- Marvin Roy Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, December, 16, 2002.
- Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, 6 June 2008.
- Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4, Decision on Jurisdiction, December 15, 2010.
- Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case, Award, March 31, 2010.
- Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, August 30, 2000.
- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, April 12, 2002.
- MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.
- Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/22, Award, September 5, 2013.
- Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decisioin on Jurisdiction, June 30, 2011.
- Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No.ARB/03/24, Award, August 27, 2008.
- Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009.
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, July 30, 2009.
- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008.

- Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Award, September 3, 2001.
- Romak S.A.(Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, November 26, 2009.
- RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, April 29, 2011.
- Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, January 29, 2012.
- Ruby Roz Agricol and Kaseem Omar v. Kazakhstan, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, August 1, 2013.
- The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, May 6, 2013.
- Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005.
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.
- Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, June 30, 2009.
- Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, July 14, 2010.
- Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004.
- S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Award, December 30, 2002.
- Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006.
- Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, July 6, 2012.
- SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, August 6, 2003.

- TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, December 19, 2008.
- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, July 26, 2007.
- Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, September 13, 2006.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.
- Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Award, July 7, 2011.
- United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, Award, May 24, 2007.
- Vladimir Berschader and Moïse Berschander v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, April 21, 2006.
- Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)04/6, Award, January 16, 2013.
- White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Award, November 30, 2011.

저 자

박노형 (朴魯馨)

학 력

고려대학교 법학과 졸업(학사) 고려대학교 대학원 법학과 졸업(국제법 석사) Harvard Law School 졸업(국제법 석사) Univ. of Cambridge 졸업(국제법 박사)

주요 경력

한국국제경제법학회 회장 (2003-2007) 산업자원부 무역위원회 위원 (2004-2007) 외교통상부 통상교섭자문위원 (2006-2008) (現)고려대학교 법과대학/법학전문대학원 교수 대한상사중재원, 홍콩국제중재센터 중재인 국제공정무역학회 회장

오 현 석 (吳賢錫)

학 럭

고려대학교 법학과 졸업(학사) 고려대학교 대학원 법학과 졸업(국제법 석사) 홍콩시티대학교 로스쿨 졸업(국제중재 석사) 고려대학교 대학원 법학과 (국제법 박사 수료)

주요 경력

홍콩국제중재센터(HKIAC) 연구원 (2008-2009) 법무부 해외진출법률지원단 자문위원 (現)대한상사중재원 투자중재 모니터링센터 팀장

이 재 우 (李在祐)

학 력

한국외국어대학교 영어과 졸업(학사) 고려대학교 대학원 법학과 졸업(국제거래법 석사) 고려대학교 대학원 법학과 (국제법 박사 수료)

<u>주요 경력</u>

대한상사중재원 투자중재 모니터링센터 팀장 (2007-2008) 대한상사중재원 국내·국제중재팀장 (2008-2010) 법무부 해외진출법률지원단 자문위원 (現)대한사중재원 부산지부장 위 책자에 실린 내용은 집필자의 개인적 견해며, 법무부의 공식견해가 아님을 밝힙니다.

[정부정책 연구용역 최종보고]

투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석

2014년4월4일인쇄2014년4월4일발행

발 행 법무부 국제법무과 과천시 관문로 47 정부과천청사 전화 (02) 2110-3661 팩스 (02) 2110-0317

인 쇄 성진사(031)388-4485

ISBN:979-11-950778-4-7