

국제투자에서 있어서 간접수용에 관한 연구 - 간접수용의 요건을 중심으로 -

김 용 일*
이 기 옥**
이 경 화***

-
- I. 서 론
 - II. 간접수용에 관한 일반적 고찰
 - III. 간접수용의 요건
 - IV. 특수한 형태의 간접수용
 - V. 결 론
-

주제어: 국제투자계약, 간접수용, ICSID 중재판정사례

I. 서 론

수용(expropriation)은 국가가 사인의 재산에 대해 소유권을 박탈하거나 이전하는 것으로 이는 국가권력 작용의 하나이다. 국제투자계약에 있어서 수용에

* 강원대학교 국제무역학과 강사
** 성균관대학교 박사과정, 변호사
*** 성균관대학교 중국연구소 연구원

관한 논의는 크게 세 가지를 대상으로 하고 있는데, 그 첫 번째는 ‘수용의 정의’이다. 초기의 양자간투자협정들에서는 국유화와 수용이라는 개념이 사용되었다. 이 두 용어의 구분이 명확한 것은 아니나 전자는 경제정책의 일환으로서 하나의 산업영역 전체에 대한 것으로, 후자는 특정기업에 대한 것으로 각각 이해되어 왔다. 현재, 전통적인 국유화나 수용의 개념에서 벗어나 이를 확대하려는 시도가 이루어지고는 있으나, 이 두 용어는 오늘날의 투자협정에서도 여전히 기본적인 잣대로 활용되고 있다.

두 번째는 ‘피보호이익’(interests)에 관한 것인데, 오늘날 대부분의 투자관련 협정의 수용조항에는 피보호이익이 무엇인지에 대하여 규정되어 있으며 해당 협정의 적용대상이 되는 외국인투자를 피보호이익으로 하고 있다.¹⁾ 국제투자계약과 관련하여 발생하는 분쟁은 대부분 ICSID 중재로 해결되는데, ICSID 중재의 관할권은 일반적으로 투자관련 분쟁에만 국한되어 적용되고, 이는 수용에 있어서도 마찬가지로 인 만큼 피보호이익은 외국인투자라고 할 수 있다.²⁾

세 번째 논의는 투자유치국의 외국인투자자 자산에 대한 ‘수용의 적법성’에 관한 것이다. 일반적으로 합법적인 수용이 되기 위해서는 공공목적(public purpose), 차별금지(non-discrimination), 신속·충분·효과적인 보상(prompt, adequate, effective compensation)의 요건을 충족하여야 한다. 이와 같은 요건 중 보상에 대하여 가장 논란이 많다.³⁾

1) 한·미 자유무역협정 제11.6조 ‘수용 및 보상’에서 수용에 관한 내용을 규정하고 있다. 특히, 제1항에서는 공공목적, 비차별적 방식, 신속하고 적절하며 효과적인 보상, 적법절차에 의하지 않고는 적용대상투자를 직접적 또는 간접적으로 수용하거나 국유화할 수 없음을 규정하고 있다. 또한 부속서 11-나에서 제11.6조의 수용규정을 보충하고 있다.

2) ICSID 협약 제25조에서는 센터의 관할권을 계약국과 다른 계약국 국민 간의 투자로부터 직접 발생한 법률상의 분쟁으로 한정하고 있으며, 그 관할요건의 기본 요소인 ‘투자’가 존재하지 않는 경우에는 중재신청 자체를 각하하고 있다. 그러나 ICSID 협약에서는 투자에 관한 정의를 하지 않고 있다. 투자의 존재여부에 관한 분쟁은 전형적으로 ICSID 중재절차가 개시될 때 피신청인이 관할권에 이의를 제기하면서 야기될 것이다. N. Rubins, *The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration*, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, p.283.

3) 한·미 자유무역협정 제11.6조 제2항에서 ‘보상’에 관한 내용을 규정하고 있는데, 그 내용 다음과 같다.
 가. 보상은 지체 없이 지불되어야 한다.
 나. 수용이 발생하기(수용일) 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가격과 동등하여야 한다.
 다. 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동을 반영하지 아니하여야 한다.

외국인투자자의 자산을 직접 수용하는 국가의 행위는 외국인투자자들에게 부정적인 요소로 작용하고, 또한 투자유치국의 장기적인 국가 평판에도 손실을 입히게 된다. 어떠한 국가라도 외국인투자자의 자산에 대하여 과감하고 명백한 수용을 감행함으로써 자기 나라의 투자환경을 어지럽히고 싶어 하지 않기 때문에 오늘날에는 직접수용은 보기 드물고, 거의 대부분의 경우 간접수용의 형태를 띠게 된다. 직접수용과 달리 간접수용은 외국인투자자의 자산에 대한 소유권 등 재산권을 직접 박탈하지는 않으나, 투자유치국이 규제조치를 통해 외국인투자자의 재산권에 대한 실질적 이익을 박탈하는 것과 동일한 효과를 갖는 경우이다.

국제법적으로 국가는 규제조치를 행사할 만한 정당한 권한이 있으며, 그러한 권한은 외국인에게도 미친다. 나아가 외국인투자자의 재산권에 영향을 미치는 투자유치국의 모든 규제조치가 간접수용에 해당하는 것은 아니다. 하지만 경우에 따라서는 투자유치국의 정당한 규제조치라 하더라도 외국인투자자의 재산권에 대한 수용으로 볼 수 있다는 점에서 간접수용과 투자유치국의 규제권한은 상충될 수 있다. 투자유치국의 규제조치로 인하여 외국인투자자가 손실을 입은 경우 그러한 규제조치가 보상이 필요한 간접수용에 해당하는가, 아니면 보상이 필요하지 않은 정당한 규제권한의 범위 내에 있는가 하는 문제는 일반적으로 국제투자분쟁해결기구인 ICSID 중재판정부의 결정에 맡겨져 있다.

수용에 관한 위와 같은 기본적인 이해를 바탕으로, 본 논문에서는 국제투자계약상의 간접수용 문제를 고찰하는 바, 특히 간접수용의 요건을 그 중심에 둔다.⁴⁾ 간접수용의 요건과 관련하여서는 많은 논의들이 있으나, 본고에서는 그 중 정부규제의 효과와 의도, 투자자의 적법한 기대, 규제의 지속기간으로 한정하였다.⁵⁾ 나아가 최근에 이슈가 되고 있는 점진적 수용과 일부 수용의 문

라. 충분히 실현가능하고 자유롭게 송금이 가능하여야 한다.

- 4) 간접수용을 주제로 한 최근의 연구들은 다음과 같다. 홍석모, “간접수용을 둘러싼 한-미 FTA 투자분쟁 예측과 대책: NAFTA 사례를 중심으로”, 「법학연구」, 제36권 (한국법학회, 2009); 강병근, “국제투자법에 따른 계약상 권리의 보호”, 「강원법학」, 제28권 (강원대학교 비교법학연구소, 2009); 김민호, “간접수용 범리의 합헌성 연구”, 「저스티스」, 제96호 (한국법학원, 2008); 김관호, “한-미 FTA와 간접수용: 국내 재산권 보호제도에의 시사점”, 「규제연구」, 제16권 제1호 (한국경제연구원 규제연구센터, 2007); 김관호, “아르헨티나의 투자분쟁”, 「국제지역연구」, 제11권 제1호 (국제지역학회, 2007); 산업자원부, 투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점 (2007). 법무부, 양자간 투자협정 연구 (2001).

제도 간략히 다루었다. 다만, 일반적으로 수용에 관한 논의를 함에 있어 함께 연구되어 온 보상에 관하여는 다루지 않았으며, 추후의 과제로 미루고자 한다.

끝으로, 본 논문은 Dolzer와 Schreuer 교수가 공저한 “Principal of International Investment Law (2008)”의 수용 부분을 주로 인용하였음을 밝힌다.⁶⁾

II. 간접수용에 관한 일반적 고찰

1. 수용권

국제법적으로 외국인투자자의 자산에 대한 투자유치국의 수용권(right to expropriate)은 원칙적으로 인정되고 있다. 국제투자계약과 관련된 국가들의 관행을 보더라도 이러한 수용권은 중요하게 취급되고 있으며 현대의 투자협정들(보통 외국인투자자의 보호 및 유치를 위한 협정)도 이와 같은 태도를 보이고 있다. 투자협정은 일반적으로 수용의 요건과 그 결과에 대해서만 다루고 있으며 수용권 자체를 인정하는데 대하여는 영향을 주지 않는다.⁷⁾

나아가 투자협정상에 “각 계약국은 상대방 계약국의 국민 또는 회사와 투자와 관련하여 체결한 모든 다른 의무를 준수하여야 한다”는 안정화조항(stabilization clause)⁸⁾을 규정하고 있는 경우에도 투자유치국의 정당한 수용권

5) 본고에서 간접수용의 요건을 세 가지로 특정한 이유는 이러한 요건들이 ICSID 중재판정에서 주요 쟁점으로 다루어졌기 때문이다.

6) R. Dolzer, & C. Schreuer, Principal of International Investment Law, OXFORD (2008), pp.89-118.

7) 일부 국가들에서는(예컨대, 에콰도르, 페루) 헌법에 “외국인 투자자와의 계약은 일방의 행위에 의하여 변경될 수 없다”고 규정하고 있지만, 이는 수용권을 배제한 것은 아니다. 에콰도르헌법 제249조; 페루헌법 제62조 규정.

8) 안정화 조항은 투자계약의 전부 또는 일부를 규율하는 투자유치국 국내법규의 개정이나 폐지는 투자자의 동의 없이는 그가 계약상 가지는 권리와 의무에 영향을 미치지 아니한다고 하는 투자계약서상의 조항을 말한다. 이는 흔히 장기개발계약에서 볼 수 있으며 투자계약의 당사자인 정부의 자의적인 행동을 막기 위한 것이다. 안정화 조항에 대한 계약상의 표현은 “본 계약의 조건에 관해 어떠한 변경도 할 수 없다. 다만 본 계약의 변경, 삭제 또는 추가가 당사자 모두의 이익에 바람직하다고 상호합의 하는 경우에는 그러하지 아니하다”의 경우처럼 직접적으로 명시할 수도 있고 “양허에 의해 명

행사에는 문제가 없는 것으로 본다.⁹⁾

2. 수용의 적법성

일반적으로 아래의 네 가지 요건을 수용조치의 적법성 판단 기준으로 보고 있는데, 오늘날 대부분의 투자협정은 이러한 조건들을 포함하고 있으며, 이는 일종의 관습법으로도 볼 수 있다.

첫째, 수용조치는 공공목적을 위한 것이어야 한다. 공공목적(public purpose)이라고 하는 광범위한 의미의 단어가 사용됨에도 불구하고 이에 대한 외국인투자자들의 문제 제기는 거의 없었다. 하지만 공공목적의 중요성과 적용 제한에 대하여 언급했던 일부 사례가 있다.¹⁰⁾ 둘째, 수용조치는 독단적이거나 차별적이지 않아야 한다. 셋째, 일부 조약들은 명백히 ‘수용은 적법절차의 원칙에 따를 것’을 요구하고 있다.¹¹⁾ 넷째, 수용조치는 반드시 신속·충분·효과적인 보상을 동반해야 하며,¹²⁾ 충분한 보상은 일반적으로 수용대상 투자의 시장 가치와 동등한 것이어야 한다.

수용의 적법성에 관한 이러한 요건들 중 보상조치가 가장 논란이 되어왔다. 하지만 오늘날 이러한 논쟁은 더 이상 존재하지 않으며, 중재판정부는 거의 모든 수용에 대하여 투자협정에 근거하여 공정한 시장가치(fair market value)로 보상액을 산정한다.¹³⁾ 투자협정에서 공정한 시장가치라는 다소 모호한 표

시적으로 창설된 계약적 권리는 당사자 간의 상호합의 없이는 변경될 수 없다”의 경우처럼 간접적으로 명시할 수도 있다. 오원석·김용일, “국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구: Umbrella Clause와 MIGA를 중심으로”, 「중재연구」 제18권 제2호 (한국중재학회, 2008), p.157.

- 9) W. Schill Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment", *Treaties*, 18 *Minnesota Journal of International Law* 1 (2009), p.62.
- 10) *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16) (Award rendered on October 2, 2006) paras 429-433.
- 11) US Model BIT(2004) 제6조(d).
- 12) 신속한 보상이란 불합리한 지체가 없는 보상을 말하고, 효과적인 보상은 당시 환율로 교환 가능한 통화 즉, 태환통화(convertible currency)로 지급이 이루어져야 함을 의미한다.
- 13) 초기 수 십 년은 이러한 보상에 대하여 ‘완전 보상’ 혹은 ‘충분한 보상’이라는 용어를

현을 사용한 것은 투자협정의 대상이 되는 자산이 직·간접투자를 포함하는 광범위한 개념이므로 이에 대해 획일적인 보상기준을 규정하는 것이 곤란하기 때문이다. 구체적으로, 공정한 시장가치는 여러 가지 방법에 따라 달라질 수 있다. 계속적으로 영업을 하고 있는 회사를 수용한 경우, 그 회사의 시장가치는 기업의 영업권 및 기타 경제적 가치가 있는 자산의 가치를 모두 포함하는 계속가치(going concern)가 그 회사의 시장가치가 될 수 있다. 다른 방법으로는 기업의 예측 가능한 미래 순수입을 이자율, 물가상승률 등을 감안하여 현재가치로 할인하는 현금흐름할인법(discount cash flow method)으로 평가할 수 있다. 투자기간이 짧아서 기업의 계속가치로 평가하기가 어려운 경우에는 자산의 교환가치(replacement value of the assets)나 재산의 장부가(book value)로 평가할 수 있다.¹⁴⁾

3. 간접수용의 의의

간접수용에 대한 명확한 개념은 아직 정립되지 않았다. 날로 증가하는 중재 판정사례와 관련 문헌들이 이에 대한 개념을 제시하고 있긴 하지만 논쟁만 계속되고 있다. 한·미 FTA를 보면, 수용부속서¹⁵⁾에 상세한 규정을 두어 간접수용의 정의를 내리고, 이러한 간접수용 여부를 판단하는데 고려하여야 할 몇 가지 요소를 예시적으로 열거하여 불확실성을 줄이려고 노력하였다. 즉, 간접수용이란 “당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용과 동등한 효과를 가지는 경우”라고 규정하고 있다. 즉, 투자유치국 정부에서 상대국 투자자의 자산을 강탈하거나 공식적으로 소유권을 박탈하는 것은 아니지만 일련의 규제에 인하여 마치 투자 자산을 직접 수용한 것과 같은 경제적 손해를 투자자에게 입힌 경우를 간접수용이라고 하는 것이다.¹⁶⁾

사용하였지만 보상액의 산정이 결코 말처럼 쉽게 결정되지는 않았으며, 특히 복잡한 계약관계로 운영되는 외국기업일 경우 보상액의 산정은 평가전문가와 법률전문가의 긴밀한 소통을 필요로 하기도 하였다.

14) 산업자원부, 투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점 (2007), p.97. 동지, I. Marboe, "Compensation and Damages in International Law, The Limits of Fair Market Value", *Journal of World Investment & Trade* 7 (2006), p.723.

15) 한·미 FTA 수용부속서 11-나 3.

국제기구나 협정에서 규정하고 있는 수용 또는 간접수용의 내용을 살펴보면, 먼저 1959년의 해외투자에 관한 Abs-Shawcross 협약초안(Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad)에서는 “상대국가 국민의 재산을 직·간접적으로 박탈하는 조치”를 규정하고 있으며, 1967년의 외국인 자산의 보호에 관한 OECD 협약초안(OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property)에서도 이와 동일한 내용을 규정하고 있다. 또한 다국적기업의 운영에 관한 UN 법규초안(Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations)에서는 “모든 직·간접적 재산수용은....” 라고 규정하고 있으며, 1992년의 외국인직접투자의 대우에 관한 세계은행가이드(World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)에서는 “수용 또는 그와 비슷한 효과를 가지는 조치”를 규정하고 있다.

이와 유사하게, 1998년 OECD의 다자간투자협정 초안(OECD Draft for a Multilateral Agreement on Investment, MAI 초안)에서는 “그와 동일한 효과를 가지는 조치”를, 1992년 북미자유무역협정(NAFTA)에서는 “국유화나 수용과 상당하는 조치”를 규정하고 있다. 또한 1994년의 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)에서는 “국유화나 수용과 동일한 효과를 가지는 조치나 조치들”이라고 규정하고 있다.

오늘날의 양자간투자협정들은 대부분 비슷한 표현들을 쓰고 있다. 프랑스 투자협정모델에는 “계약 당사자 가운데 어느 일방도 상대방 투자자 또는 투자기업의 투자자산에 대하여 수용, 국유화 또는 강탈적 효과의 조치를 취해서는 아니 된다”고,¹⁷⁾ 독일 투자협정모델에는 “계약국의 투자자가 행한 투자는 직·간접적으로 수용, 국유화 또는 수용과 국유화와 같은 효과를 가지는 조치를 당하면 아니 된다”고 규정되어 있다.¹⁸⁾

또한 영국 투자협정모델에서도 “계약 당사자중의 일방 투자자/투자기업이 행한 투자는 국유화, 수용 또는 국유화와 수용과 동일한 효과를 가지는 조치를 당하면 아니 된다”고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 끝으로, 2000년 행해진 UNCTAD

16) 홍석모, “간접수용을 둘러싼 한·미 FTA 투자분쟁 예측과 대책: NAFTA 사례를 중심으로”, 「법학연구」, 제36권 (한국법학회, 2009), p.332.

17) French Model Treaty 제5조(2).

18) German Model Treaty 제4조(2).

19) UK Model Treaty 제5조(1).

연구에서는 “물질적 수용에는 미치지 못하지만 그러한 행위가 경영권, 사용권, 지배권의 실질적 박탈 또는 외국인투자자의 자산가치의 하락을 초래하였을 경우 수용으로 본다”고 규정하고 있다.²⁰⁾

Ⅲ. 간접수용의 요건

1. 정부규제의 효과

정부규제의 효과는 그러한 규제에 의한 간접수용의 발생 여부를 결정함에 있어서 중요한 판단요소가 된다. 이러한 효과가 실질적이고 상당기간 지속되었을 경우에는 ‘자산에 대한 수용이 발생한 것’으로 간주한다.²¹⁾ 중재판정부는 경제적 상황을 고려하여 판정을 내린다. 만약 정부규제로 인하여 투자자의 경제적 사용권과 향유권이 박탈되었을 경우, 즉 ‘소득이나 이익과 관련된 권리가 소멸되었거나’ ‘투자이익의 사용이나 향유가 그러한 조치로 인하여 영향이나 간섭을 받았을 경우’에는 간접수용이 발생한 것으로 본다.²²⁾

RFCC v Morocco사건²³⁾에서 중재판정부는 ‘정부규제의 실질적인 효과가 투자에 대한 권리를 행사함으로써 얻을 수 있는 상당한 이익을 감소 또는 소멸시키거나, 나아가 기타 부가적인 자산을 무익하게 만들 정도의 강도일 경우’ 간접수용이 발생한 것으로 본다고 기술하였다. 기타 판정들도 여러 가지 표현을 사용하여 다른 기준을 제시하고 있지만 마찬가지로 정부규제의 효과를 강조하고 있다.²⁴⁾

20) 국제연합무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development)는 1998년 “Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990's”를 출간한 이후 협정의 세부주제별로 심층연구를 진행하여 현재까지 연구시리즈로 “Series on Issues in International Investment Agreements”를 발간하고 있는데, 그 중 2000년 에 발간한 것이 “Taking of Property”에 관한 것이다.

21) *Middle East Cement v Egypt*, Award, 12 April 2002, 18 ICSID Review-FILJ (2003) 602; *Metalclad Corp. v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209; *CME v Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, 9 ICSID Reports 121.

22) *TECMED v Mexico*, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133, paras 115-116.

23) *RFCC v Morocco*, Award, 22 December 2003, 20 ICSID Review-FILJ (2005) 391.

CMS v Argentina사건²⁵⁾에서 중재판정부는 아르헨티나 정부가 경제·금융 위기의 상황 하에서 가스수송산업에 대한 세금조정제도(tariff adjustment scheme)를 일방적으로 중단한 것은 간접수용이 아니라고 판정하였다. 위 사건에서 미국 기업인 CMS사는 세금조정제도를 중단한 것은 가스수송산업 투자에 대한 간접수용에 해당한다고 항변하였지만, 중재판정부는 이러한 조치가 신청인의 사업에 중요한 영향을 미쳤다는 사실은 인정하면서도 그의 항변을 기각하였다. 이 사건에서 고려하여야 할 요소는, 투자자산에 대한 향유권이 실질적으로 박탈되었는지 여부이다. 마찬가지로, 간접수용을 주장하는 근래의 사례들에서 보면 상당수의 판정부들은 투자 자산에 대한 실질적인 박탈 여부를 기준으로 하고 있다.

Telenor v Hungary사건²⁶⁾에서 투자자는 통신 양허권(telecom concession)을 부여받았지만 통신서비스 산업에 대한 국가의 세금 부담으로 인하여 타격을 받았다. 중재판정부는 수용을 구성하려면 ‘그러한 조치가 반드시 투자의 경제적 가치에 중대한 악영향을 끼쳐야 한다’고 판정하였다.²⁷⁾ 나아가 “투자자의 권리에 대한 간섭은 반드시 ‘투자자의 경제적 가치, 투자의 사용과 향유에 대한 실질적인 박탈과 같은 것’이어야 하며, 정부의 조치가 수용에 해당하는지의 여부를 판단하는 근거는 그러한 조치의 결과로서 투자자가 입은 경제적 박탈의 강도와 기간이다”라고 판시하였다.²⁸⁾ 결국, 중재판정부는 이러한 세금 추가 징수 조치는 극히 한정된 조치(very limited sum)이기 때문에 간접수용의 기준에 도달하지 못한다는 판정을 내렸다.²⁹⁾

요컨대, 대부분의 사례들에서 중재판정부는 간접수용 여부의 판단 기준은 오직 정부규제의 효과이며, 규제의 의도는 결정적인 고려요소가 아님을 밝히고 있다.

24) *Wena v Egypt*, Award on Merits, 8 December 2000, 41 ILM 896 (2002); *Santa Elena v Costa Rica*, Award, 17 February 2000, 39 ILM 317 (2000).

25) *CMS v Argentina*, Award, 12 May 2005, 44 ILM 1205 (2005).

26) *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15) (Award rendered on September 13, 2006).

27) para 64.

28) para 70.

29) para 79.

2. 투자자의 적법한 기대

간접수용의 요건에 있어서 ‘적법한 기대’(legitimate expectations)는 새롭게 등장한 개념은 아니지만 최근에 와서야 이슈가 되고 있다. 즉, 투자자에게 적법한 기대가 존재하는지의 여부이다. 적법한 기대는 투자유치국의 명백한 약속에 의해서뿐만 아니라 기타 일반적인 약속(합리적이고 암묵적인 약속)에 의해서도 발생된다. 특히, 투자유치국이 제공하는 법적 환경은 투자자의 입장에서는 기대의 중요한 원천이다. 즉, 투자자의 기대에 영향을 주는 중요한 요소는 투자 시 투자유치국의 법적 환경이다. 때문에 만약 투자시 투자유치국의 법적 환경이 투명하였고 또 최소대우기준(minimum standard)을 침해하지 않았다면, 투자자는 수용을 주장할 수 없게 된다.³⁰⁾

외국인투자자의 자산에 영향을 미치는 모든 법적 환경의 변화가 모두 적법한 기대를 침해하는 것은 아니다. 만약 법률의 개정이 투자유치국에 있어서 관행적인 것이고 또한 기타 국가들이 그러한 개정을 인정하고 있다면, 법률 개정은 침해 행위에 속하지 않는다. 하지만 이러한 법률 개정은 신중한 투자자라면 투자시 예견할 수 있는 것이어야 한다. Methanex v USA사건³¹⁾에서 중재판정부는 캘리포니아 법률의 개정은 캐나다 투자자가 예견 가능한 것이었다고 판정하였다.

Metalclad v Mexico사건³²⁾에서 투자자는 투자에 필요한 허가를 받고 이러한 국가의 확약을 신뢰하고 이행을 하였다. 그럼에도 불구하고 주 정부는 건설 허가권의 부여를 거부하였으며 이로 인하여 프로젝트는 좌절되었다. 이에 대하여 중재판정부는 정부가 제공한 확약에 의하여 형성된 투자자의 기대에 중점을 두면서 “본 조치는 멕시코 연방 정부의 대리행위로서 행해졌으며, 건설 허가권 부여에 대한 자치단체의 거부 행위는 실질적으로 부적절하기 때문에 간접수용으로 본다”고 판시하였다.³³⁾

30) F. Alireza, “THE INTERNATIONAL MINIMUM STANDARD OF TREATMENT OF FOREIGN INVESTORS’ PROPERTY: A CONTINGENT STANDARD”, 30 Suffolk Transnat’l L. Rev. 317 (Summer 2007), pp.351-354 참조.

31) *Methanex v USA*, Award, 3 August 2005, 44 ILM 1345 (2005); *Thunderbird v Mexico*, Award (26 January 2006).

32) *Metalclad Corp. v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209 (2002).

33) para 107. 주정부는 연방정부의 대리인이며 따라서 주정부의 행위는 곧 연방정부의 행

이와 유사한 사례를 살펴보면, Tecmed v Mexico 사건³⁴⁾에서 중재판정부는 수용 여부의 판단에 대하여 “신청인이 쓰레기 매립 사업의 운영 기간이 장기간 지속될 것이라고 여기는 것은 합리적이며, 신청인의 기대는 쓰레기 매립 사업이 유효하게 존속하는 동안 장기간 투자를 통하여 투입자본 회수 및 예상 가능한 수익을 얻는 것”이라고 판시하였다.³⁵⁾

Azurix v Argentina 사건³⁶⁾에서 중재판정부는 적법한 기대에 대하여 심도 있게 논의하였다. 결론적으로 “기대에 대한 판단은 반드시 계약에 근거해야 하는 것은 아니며 상대방의 명시적·묵시적 확약과 투자자가 투자를 이행할 때 참작하였던 국가의 태도 등에 근거한다”고 판시하였다.³⁷⁾ 이러한 논리에서 보면, 아르헨티나는 투자자의 합리적인 기대를 유발하였으나 그러한 기대를 만족시키지 못하였다. 하지만 중재판정부는 투자자가 지속적으로 투자를 지배하고 있다는 이유로 간접수용이 발생하지 않았다는 의외의 판정을 내렸다.³⁸⁾

3. 규제지속기간

외국인투자자의 이익에 영향을 미치는 정부규제의 지속기간은 수용 여부를 판단하는데 있어서 중요한 기준이 된다.³⁹⁾ 이란-미국 간 중재사건에서 중재판정부는 정부규제가 한낱 일시적인 것에 불과한 것이 아니라면, 그것은 외국투자자의 이익에 대립되기 때문에 수용으로 보아야 한다고 판정하였다.⁴⁰⁾

정부규제의 지속기간에 대해 강조한 또 다른 사례를 살펴보면, SD Myers v

위이다. 때문에 연방정부가 제공한 확약에 대하여 주정부가 거부한 것은 곧 연방정부가 거부한 것으로 볼 수 있기 때문에 적법한 기대의 위반 및 계약위반이 되는 것이다.

34) *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexico States*, Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004).

35) para 149.

36) *Azurix Corp. v Argentina*, Award, ICSID Case ARB/01 (ICSID, 2006).

37) para 318.

38) paras 316-322.

39) W.M. Reisman & R.D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation" *British Year Book of International Law* 74 (2003), p.115.

40) *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran*, 6 Iran-US Cl. Trib. Rep. (1984), 219, 225; *Phelps Dodge Corp v Iran*, 10 Iran-US Cl. Trib. Rep. 121 (1986).

Canada 사건⁴¹⁾에서 중재판정부는 “어떠한 상황에서는 비록 그것이 부분적이거나 일시적인 박탈이라 할지라도 투자자의 경제권을 박탈하는 경우에는 그러한 행위를 수용으로 보는 것이 합리적이다”고 판시하였다.⁴²⁾

또한, Wena Hotels v Egypt 사건⁴³⁾에서 중재판정부는 투자자의 호텔에 대한 정부의 압류가 거의 1년간 지속된 것은 ‘아주 단기’(ephemeral)가 아니기 때문에 수용으로 본다고 판정하였다. 나아가 “이집트 정부가 Wena사로부터 소유권을 박탈한 행위의 영향력은 아주 엄청난 것으로서 이는 전체적이고 영구적인 수용행위에 해당한다”고 판단하였다.⁴⁴⁾

끝으로, LG & E v Argentina 사건⁴⁵⁾에서도 역시 정부규제의 지속기간을 검토하여 수용의 발생 여부를 판단하였다. 중재판정부에서는 원칙적으로 영구적인 개입행위만을 수용으로 볼 수 있으며, 반드시 ‘투자자의 소유권을 방해하는 정도’와 관련된 ‘규제의 지속기간’에 대하여 고려해야 한다고 판정하였다.⁴⁶⁾ 나아가 중재판정부는 “아르헨티나 정부의 행위는 신청인이 소유한 투자분의 가치에 영구적인 영향을 미치지 않았으며, 신청인의 투자도 중단되지 않았으므로 수용으로 보지 않는다”고 판시하였다.⁴⁷⁾

IV. 특수한 형태의 간접수용

1. 계약상 권리에 대한 수용

41) *SD Myers v Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, 40 ILM 1408 (2001),

42) Campbell, QC McLachlan, et al., *International Investment Arbitration*, OXFORD (2008), p.299.

43) *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, Award, 8 (December 2000), 6 ICSID Reports 68.

44) *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*, Decision on Interpretation (31 October 2005).

45) *LG & E v Argentina*, Decision on Liability, 3 October 2006, 46 ILM (2007) 36.

46) para 193.

47) para 200. 동 사건의 주요 내용은 김관호, “아르헨티나의 투자분쟁”, 「국제지역연구」, 제11권 제1호 (국제지역학회, 2007), pp.419-417. 참조.

계약상 권리에 대한 박탈은 유형 자산의 박탈과 같은 실질적인 행위야 한다. 이 원칙은 1903년 Rudloff 사건⁴⁸⁾에서 US-Venezuela Mixed Claims Commission이, 1922년 Norwegian Shipowers 사건⁴⁹⁾에서 상설 중재법원이, 또한 1926년 Chorzow Factory 사건⁵⁰⁾에서 상설 국제사법재판소가 기술한 내용이다. 투자분쟁과 관련된 중재사건에서도 동 원칙을 확인할 수 있는데, 먼저 Amoco International Finance Corp v Iran 사건⁵¹⁾에서 이란-미국 간 중재판정부는 수용의 범위에 대하여 국제상거래의 대상이 될 수 있는 모든 권리라고 밝혔다. 또한, Tokios Tokenes v Ukraine 사건⁵²⁾에서 중재판정부는 계약상의 권리(채권)를 포함하여, 투자자의 물리적 자산과 관련된 모든 자산이 '투자'의 범주에 속한다고 밝혔다.

오늘날의 투자계약을 살펴보면, 투자 자산은 투자유치국과 체결하는 개별 투자계약에 의해 보호를 받는데, 이러한 투자계약은 과세제도, 통관 법규, 투자유치국 내에서 일정 가격으로 판매할 수 있는 권리와 의무, 가격 책정 등의 문제들을 다룬다. 이러한 계약은 투자의 법적, 금융적 기반을 형성하기 때문에 만약 개별 계약에 의한 투자에 그러한 계약상의 권리가 주어지지 않는다면 투자는 성공할 수 없게 된다. 실무상, 모든 투자협정들에서는 계약을 '투자'의 범주에 넣고 있으며, 결국 투자협정에서 규정하는 수용관련 조항들은 모두 '투자'에 관한 것들이다. 즉, 계약은 수용으로부터 보호되어야 한다는 의미이다.⁵³⁾

Siemens v Argentina 사건⁵⁴⁾에서 중재판정부는 아르헨티나와 독일 간 BIT

48) US-Venezuela Mixed Claims Commission, *Rudloff Case*, Decision on Merits, 9 RIAA 244, 250 (1959).

49) Permanent Court of Arbitration, *Norwegian Shipowers Claim (Norway v USA)*, 13 October 1922, 1 RIAA 307 (1948).

50) PCIJ, *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No.73 (1926).

51) *Amoco International Finance Corp v Iran*, Award, 14 July 1987, 15 Iran-US CTR 189, para 108.

52) *Tokios Tokenes v Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, 20 ICSID Review-FILJ 205 (2005), paras 92-93.

53) UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements: 'Taking of Property' (2000), p.36.

54) *Siemens A.G. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8) (Award rendered

를 적용하여 “계약은 수용 또는 국유화에 관한 투자협정 제4조 제2항의 ‘투자’의 개념에 포함된다. 그러므로 국가는 이러한 협정에 근거하여 투자의 발생 여부를 판단하여야 한다”고 판정을 내렸다.⁵⁵⁾ 정부의 계약 불이행이 계약상의 권리를 침해하였다 할지라도 모두 수용에 해당하는 것은 아니며, 국가의 입장에서 볼 때 단순한 계약위반이라면 그것은 수용이 아니다. 결국, 수용 여부를 판단하는 기준은 그것이 정부 차원에서 공식적으로 행해졌는가를 고려해야 하는 것이다.

Jalapa Railroad사건⁵⁶⁾에서 American Mexican Claims Commission이 근거로 삼은 결정적 요소는 멕시코 정부에 의한 계약의 해제가 국가 권력에 의하여 독단적이고 (국제법 하에서) 불법적으로 행해졌는가 하는 것이었다.

Consortium RFCC v Morocco사건⁵⁷⁾에서도 중재판정부는 단순한 계약 위반과 공공목적을 위하여 행해진 투자유치국의 행위를 구분하였고, 그에 영향을 미친 법이나 정부 법령이 이미 통과된 것인가 아니면 아직 논의 중에 있는가 하는 문제도 강조하였다.

기타 중재판정부들도 위의 내용과 유사한 취지로, 계약이행에서의 단순한 계약위반이나 결함은 수용으로 보지 않는다고 밝혔다. 앞의 Siemens v Argentina사건⁵⁸⁾에서 판정부는 국가 당사자의 행위가 일반적인 개인 당사자가 합리적으로 예측할 수 있는 범위를 초과하는 행위일 경우에만 관련 협정의 위반을 구성한다고 밝혔다. 나아가 정부가 계약을 이행하는 과정에서 당사자의 기대를 좌절시켰는지의 여부는 중요하지 않은 반면 정부의 행위로 인해 계약이행이 방해되었는지는 중요한 고려요소이다.⁵⁹⁾

on February 6, 2007).

55) para 267. 1920년대의 중재판정에서는 계약에서 규정하고 있는 권리의 박탈은 유형 자산의 박탈과 같은 실질적 행위여야 한다고 본 반면, 최근의 중재사건에서는 좀 더 넓게 적용, 해석하고 있음을 알 수 있다.

56) American Mexican Claims Commission, *Jalapa Railroad and Power Co.*, 8 Whiteman Digest of International Law 908-909 (1976).

57) *RFCC v Morocco*, Award, 22 December 2003, 20 ICSID Review-FILJ 391 (2005), paras 60-62, 65-69, 85-89.

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

59) para 253.

특히, 일부 중재판정부는 계약상 채무의 상환 실패는 수용이 아니라고 판단하였다.⁶⁰⁾ 폐기물처리양허계약에 관한 *Waste Management v Mexico* 사건⁶¹⁾에서 판정부는 아카풀코시티의 (양허 계약에 따른) 대금 지급 불이행은 수용에 해당하지 않는다고 판단하였으며 또한 이는 채무 전반에 대한 지불거절이 아니며 계약 종료료 목적으로 한 것도 아니라고 판단하였으며, 오직 법령, 시행령 혹은 국가의 입법권의 행사 등만이 수용에 해당한다고 밝혔다.

2. 점진적 수용

오랫동안 수용은 즉각적으로 또는 단계적으로 발생할 수 있다고 여겨져 왔다. ‘점진적 수용’(creeping expropriation)⁶²⁾이라는 용어는 일련의 행위로 인한 수용(a taking through a series of acts)을 설명하는 말이다.⁶³⁾ UNCTAD는 이러한 상황에 대하여 “외국인투자자의 소유권과 관련된 일련의 권리들에 대하여 더디고 점증적인 침해를 행사하여 투자가치를 감소시키는 행위”라고 표현하고 있다.⁶⁴⁾

점진적 수용과 관련된 대표적인 사례를 보면, *Siemens v Argentina* 사건⁶⁵⁾에서 투자유치국은 투자자의 이윤 사업을 지연 및 중단시키고 실익이 없는 재협상을 요구하면서 궁극적으로는 프로젝트를 취소하기에 이르렀다. 이에 대하여 중재판정부는 “이는 수용에 해당하며 점진적 수용이라고 부른다”고 판정하였다.

요약하여 정의를 내리자면, 점진적 수용이란 종국적으로 수용과 같은 효과를 가지는 일련의 절차가 진행되는 과정을 말한다. 만약 그러한 과정이 수용

60) *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 42 ILM 1285 (2003), para 161.

61) *Waste Management v Mexico*, Award, 30 April 2004, 43 ILM 967 (2004).

62) ‘Creeping Expropriation’(점진적 수용)은 ICSID 중재판정부에서 처음 언급되었다. Campbell, QC McLachlan, et al., p.393; *Generation Ukraine Inc v Ukraine* (Award) ICSID Case ARB/00/9 (ICSID, 2003, Paulsson J, Salpius & Voss)

63) American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Vol 1 (1987), Section 712.

64) UNCTAD, op. cit., pp.11-12.

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

과 같은 효과를 가지는 기준점에 도달하기 이전에 중지되었다면 수용은 발생되지 않는다. 기준점을 넘어서는 최후의 결정타(the straw that breaks the camels back)가 발생하는 순간 점진적 수용이 구성되는 것이다. 그 이전의 절차들은 최종 수용을 형성하기 위한 단계이긴 하지만 수용의 요건을 구성하지는 못한다.

Reisman 교수와 Sloane 교수는 이러한 원칙은 가끔은 소급 적용 되어야 할 때도 있다고 지적하였다. 수용조치 전반의 흐름에 합류시키는 것보다 분리시켜 분석해야 하는 개별 조치는 그것이 불법이든 합법이든 상관없이 잠정적 수용으로 볼 수 있다. 또한 일부 조치는 그 자체로는 수용을 구성하지 않으며, 오직 소급하여 보아야만 그러한 행위가 부당한 정부 규제에 의한 수용임을 명백히 알 수 있다. 나아가 점진적이고 누적적인 성격 때문에 점진적 수용은 여전히 많은 문제점(예컨대, 수용의 순간을 확인하기 위한 최후의 결정타가 되는 사안을 찾는 등)을 안고 있다고 피력하였다.⁶⁶⁾

3. 일부 수용

일부 판정부들에서는 투자의 전반에 대한 지배권이 아닌 일부분을 구성하는 특정 권리에 대해서도 그 수용 가능성을 인정하였다.⁶⁷⁾ Middle East Cement v Egypt 사건⁶⁸⁾에서 투자자들은 시멘트 수입허가를 획득하고 선박 한 척의 운영을 시작하였다. 하지만 그 후 이집트 정부는 투자자로 하여금 수입허가권을 행사할 수 없게 하는 조치를 취했고 선박을 압수하였다. 이에, 투자자는 투자유치국의 수용을 주장하면서 수입허가와 선박 소유권을 포함한 전반적인 권리에 대한 클레임을 제기하였다. 판정부에서는 이러한 권리들을 별도로 조사하여 각각에 대하여 수용이 발생하였는지를 판단하였다. 결국, 수입허가는 투자에

66) W.M. Reisman & R.D. Sloane, op. cit., pp.123-125.

67) *Waste Management, Inc. v United Mexican States*, Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967, paras 141, 147; *EnCana v Ecuador*, Award, 3 February 2006, paras 172-183; U. Kriebaum, "Partial Expropriation" *Journal of World Investment & Trade* 8 (2007) p.69.

68) *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, Award, 12 April 2002, 7 ICSID Reports 178.

해당하기 때문에 그러한 허가권을 사용할 수 없도록 한 정부규제는 수용에 해당한다고 판정하였다. 또한 선박에 대한 수용 발생 여부에 대해서도 조사하였는바, 이에 대하여도 역시 긍정적인 판정을 내렸다. 기타 권리들에 대한 수용 여부 역시 각각 조사되었지만 모두 부정되었다.⁶⁹⁾ 동 사례는 투자에 대한 전반적인 수용이 아니더라도, 투자자의 권리에 대한 부분적 수용이 가능함을 보여주었다.

*Eureko B.V. v Poland*사건⁷⁰⁾에서 투자자는 민간 보험회사의 소주주(minority share)였다. 그 후 투자자는 계약을 통해 더 많은 주식을 획득할 수 있는 권리를 부여받았고 그렇게 된다면 대주주로서의 지배권을 갖게 되었다. 하지만 더 많은 주식을 취득할 수 있는 권리는 정부에 의해 철회되었고 원래의 투자 지분은 영향을 받지 않았다. 이에 대해 중재판정부는 더 많은 주식을 획득할 수 있는 권리는 ‘자산’(assets)으로 볼 수 있기 때문에 그 부분에 대하여 부분 수용이 인정된다고 판정하였다.⁷¹⁾ 동 판정에서 보여주는 것은 기본 투자분에 대한 지배가 영향을 받지 않았다 하더라도, 기본 투자와 관련된 특정 권리에 대한 박탈도 역시 수용으로 본다는 것이다.⁷²⁾

V. 결 론

최근, 많은 국가들은 자국의 무역·투자환경 개선 등을 위해 다자·양자간협정을 체결하고 있으며, 우리나라 또한 미국, EU 등과 자유무역협정을 체결하였다. 이러한 협정에는 ‘투자’에 관한 내용을 규정하고 있으며, 여기에는 또한 ‘수용규정’이 포함되어 있다. 이러한 이해를 바탕으로, 본 논문은 수용의 정의와 함께 수용권, 수용의 적법성을 고찰한 후, 투자분쟁발생 시 핵심 사안으로 취급되는 간접수용의 요건을 다루었다.

69) paras 152-156, 163-165.

70) *Eureko B.V. v Poland*, Award (19 August 2005), 12 ICSID Reports 335.

71) paras 239-241.

72) U. Kriebaum, op. cit., p.69.

간접수용의 요건을 확정하기에는 어려움이 있지만, 그 동안의 판례, 중재판정 사례, 연구들을 살펴보면 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 간접수용의 요건이 충족되기 위해서는 첫째, 정부규제의 의도가 아닌 ‘효과’를 기준으로 판단해야 한다는 것이다. 정부규제의 효과는 그러한 규제에 의한 간접수용의 발생 여부를 결정함에 있어서 중요한 판단요소가 된다. 이러한 효과가 실질적이고 상당기간 지속되었을 경우에는 자산에 대한 수용이 발생한 것으로 간주한다.

두 번째 요건은 투자자의 ‘적법한 기대’가 기준이 된다. 즉, 정부규제가 투자자의 정당한 기대에 영향을 미치는 경우에도 간접수용이 될 수 있다. 이러한 경우, 투자자는 정부 규제가 없는 상황에서 투자를 하였다는 점을 입증하여야 한다. 나아가 투자자는 객관적으로 정당한 기대에 근거하여야만 하고, 투자자의 주관적 기대에 근거하여서는 아니 된다. 하지만 투자 시 투자유치국의 법적 환경이 투명하였고 또한 최소대우기준을 침해하지 않았다면, 투자자는 수용을 주장할 수 없을 것이다.

세 번째 요건은 규제의 ‘지속기간’을 고려한다는 것이다. 외국인투자자의 이익에 영향을 미치는 정부규제의 지속기간은 수용 여부를 판단하는데 있어 중요한 기준이 된다. 투자자의 소유권에 대한 간섭의 정도를 판단함에 있어서는 규제가 미치는 경제적 효과와 아울러 규제의 지속기간도 고려되어야 하고, 규제의 지속기간은 항구적이어야 하며, 일시적 규제의 경우에는 수용으로 인정되지 않는다.

특수한 형태의 간접수용을 살펴보면, 먼저 계약상 권리에 대한 수용으로, 이는 투자자의 투자자산은 투자유치국과 체결하는 개별투자계약에 의해 보호를 받는데, 실무적으로 과세제도, 통관법규, 투자유치국 내에서 일정 가격으로 판매할 수 있는 권리와 의무, 가격책정 등의 문제들이 다루어진다. 실무상 모든 투자협정들에서는 그러한 계약을 투자의 범주에 넣고 있으며, 결국 투자계약은 수용으로부터 보호되어야 한다는 의미이다.

또한, 점진적 수용에 대해서 UNCTAD연구에서는 “외국인 투자자의 자산과 경제권에 대하여 더디고 점증적인 침해로 투자가치를 감소시키는 행위”라고 표현하고 있다. 결국, 점진적 수용은 개별적인 조치 하나만으로는 수용에 해당하지 않지만, 여러 개의 조치가 결합되어 투자의 경제적 가치를 점차 박탈하는 것을 말한다. 이는 사실적 수용(de facto expropriation)과 더불어 간접수용

의 또 다른 형태이다.

끝으로, 일부 중재판정부들에서는 투자 전반에 대한 지배권이 아닌 특정 권리에 대해서도 수용이 가능함을 인정하였는데, 이는 투자 전반에 대한 수용이 아니더라도 투자자의 권리에 대한 부분적 수용이 가능함을 보여주는 것이다.

참 고 문 헌

- 강병근, “국제투자법에 따른 계약상 권리의 보호”, 「강원법학」, 제28권 (강원대학교 비교법학연구소, 2009).
- 김관호, “한미 FTA와 간접수용: 국내 재산권 보호제도에서의 시사점”, 「규제연구」, 제16권 제1호 (한국경제연구원 규제연구센터, 2007).
- , “아르헨티나의 투자분쟁”, 「국제지역연구」, 제11권 제1호 (국제지역학회, 2007).
- 김민호, “간접수용 법리의 합헌성 연구”, 「저스티스」, 제96호 (한국법학원, 2008).
- 법무부, 양자간 투자협정 연구 (2001).
- 산업자원부, 투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점 (2007).
- 오원석·김용일, “국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구: Umbrella Clause와 MIGA를 중심으로”, 「중재연구」 제18권 제2호 (한국중재학회, 2008).
- 홍석모, “간접수용을 둘러싼 한-미 FTA 투자분쟁 예측과 대책: NAFTA 사례를 중심으로”, 「법학연구」, 제36권 (한국법학회, 2009).
- Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principal of International Investment Law*, OXFORD (2008).
- Falsafi, A., “The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property: A Contingent Standard”, 30 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 317 (Summer 2007).
- Fortier, Y. & Drymer, S.L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it when I see it, or caveat investor”, *ICSID Review-FILJ* 19 (2004).
- Kriebaum, U., "Partial Expropriation" *Journal of World Investment & Trade* 8 (2007).
- Marboe, I., "Compensation and Damages in International Law, The Limits of Fair Market Value", *Journal of World Investment & Trade* 7 (2006).
- McLachlan, Campbell QC et al., *International Investment Arbitration*,

OXFORD (2008).

Reisman, W.M. & Sloane, R.D., "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *British Year Book of International Law* 74 (2003),

Rubins, N., "The Notion of Investment in International Investment Arbitration, in Arbitrating Foreign Investment Disputes", *The Hague: Kluwer Law International* (2004).

Stephan W. S., "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *18 Minnesota Journal of International Law* 1 (2009).

UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements: 'Taking of Property'* 11-12 (2000).

CMS v Argentina, Award, 12 May 2005, 44 ILM 1205 (2005).

Generation Ukraine v Ukraine, Award, 16 September 2003, 44 ILM 404 (2005).

Middle East Cement Shing and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt, Award, 7 ICSID Reports 178 (12 April 2002).

Metalclad Corp. v Mexico, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209 (2002).

Methanex v USA, Award, 3 August 2005, 44 ILM 1345 (2005).

RFCC v Morocco, Award, 22 December 2003, 20 ICSID Review-FILJ 391 (2005).

SD Myers v Canada, First Partial Award, 13 November 2000, 40 ILM 1408 (2001).

SGS v Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 42 ILM 1285
Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States, Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004).

Tokios Tokenes v Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, 20 ICSID Review-FILJ 205 (2005).

Waste Management, Inc. v United Mexican States, Award, 43 ILM 967 (30 April 2004).

ABSTRACT

A Study on the Indirect Expropriation in International Investment

– Focused on the Requirements of Indirect Expropriation –

Kim, Yong Il

Lee, Ki Ok

Li, Jing Hua

The contours of the definition of an indirect expropriation are not precisely drawn. In some recent ICSID decision, tribunals have interpreted the concept of indirect expropriation narrowly and have preferred to find a violation of the standard of fair and equitable treatment. Thus, I analyzed the three Requirements of Indirect Expropriation basis of ICSID Cases as below.

First, the effect of measure upon the economic benefit value as well as upon the control over the investment will be the key question when it comes to deciding whether an indirect expropriation has taken place. Whenever this effect is substantial and lasts for a significant period of time, it will be assumed prima facie that a taking of the property has occurred.

Second, legitimate play a key role in the interpretation of the fair and equitable treatment standard. But they also found entry into the law governing indirect expropriation.

Finally, the duration of a government measure affecting the interests of a foreign investor is important for the assessment of whether an expropriation has occurred.

Key Words: International Investment Agreements, Indirect Expropriation, ICSID Cases
