

국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준

최 영 주*
황 지 현**

-
- I. 서 론
 - II. 공정·공평대우의 기원과 역사
 - III. 공정·공평대우의 의미
 - IV. 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준
 - V. 결 론
-

주제어 : 공정·공평대우, 공정·공평대우 원칙, FET, 국제투자분쟁, 양자간투자협정, 최소기준대우

I. 서 론

FTA와 같은 통상과 투자분야를 포괄하는 경제통합협정의 체결이 증가하자 2000년대 이후 국제투자 중재사례가 급증하고 있는 추세이며, 이와 더불어

* 성균관대학교 석박통합과정 (주저자)

** 숭실대학교 글로벌통상학과 강사 (교신저자)

최근에는 국제투자분쟁과 관련된 조항에 관심이 더욱 집중되고 있다. 대부분의 국제투자협정에서는 여러 가지 외국인투자에 대한 보호기준을 두고 있는데, 특히 공정·공평대우는 국제투자협정상 널리 인정되고 있는 투자자보호의 기본 원칙이다. 그러나 그 개념이 모호하여 다양한 의미로 해석되고 법리가 명확히 확립되어 있지 않아 실제 적용에 있어서 많은 논란의 여지가 있다. 중재사례들마다 공정·공평대우를 해석함에 있어 적법절차 및 사법거부, 신의성실, 비차의성 및 비차별성, 계약의무의 준수, 안전한 보장 및 완전한 보호, 투명성 및 합리적 기대에 대한 보호 등의 요소들을 적용하여 판단하였지만, 투자분쟁 사례마다 공정·공평대우 원칙을 적용하는 요소나 기준 등이 다르다는 것은 투자자보호 장치로서의 공정·공평대우가 갖는 역할에 장애가 될 수밖에 없다.

또한 중재판정부는 공정·공평대우에 대해 국제투자협정에서 규정하고 있는 내용, 협약 체결과정, 계약국 당사자 의사 등을 고려하여 그 내용을 결정하고 있다. 문제는 지금까지 중재판정사례에서 투자자 보호 원칙의 위반으로 가장 많이 인용된 것이 공정·공평대우라는 점이다.¹⁾

따라서 본 연구는 향후 우리나라가 국제투자분쟁의 당사자가 될 경우에 대비하여, 국제투자협정상 의무로 부과되고 있는 공정·공평대우의 최근 중재판정의 사례를 통해 실제로 그 기준이 어떻게 해석되고 적용되었으며, 구체적으로 그 의미는 무엇인지를 살펴보고자 한다. 이러한 맥락에서 본 연구는 먼저 국제투자협정상 공정·공평대우 원칙의 기원과 역사를 개관하고, 이를 기반으로 하여 공정·공평대우 원칙의 의의를 고찰한다. 그 다음으로 국제투자분쟁 사례를 분석하여 이를 통해 공정·공평대우의 실질적인 의미를 이해하고 예측가능성을 도모하고자 한다.

Ⅱ. 공정·공평대우의 기원과 역사

공정·공평대우 조항의 기원은 미국의 우호통상항해조약(FCN)으로 거슬러 올라간다. 예컨대, 1954년 미국-독일간 조약 제1조 1항에는 "각 당사국은 항

1) 윤명기, "국제투자에서의 투자자보호에 관한 연구", 목원대학교 대학원 박사학위논문, 2009. p.100.

상 타방 당사국의 국민과 기업, 그들의 재산과 사업 및 이익에 대하여 항상 공정하고 공평한 대우를 해야 한다²⁾고 규정하고 있다.³⁾

공정·공평대우는 제2차 세계대전 직후부터 여러 국제협정 및 조약에 나타나기 시작하였으며, 1948년 국제무역기구(ITO)를 설립하기 위한 하버나 헌장 제11조 2항⁴⁾에서는 'just and equitable'라는 용어를 사용하여 외국투자자와 투자유치국 간의 관계에 관한 조항을 두었다.⁵⁾ 이후 1959년 그 당시에 헤르만 앱스(Hermann Abs)라는 도이체방크(Deutsche Bank)의 회장과 쇼크로스(Shawcross)라는 영국의 변호사 출신이 제안한 앱스-쇼크로스 협약 초안(Abs-Shawcross Draft)⁶⁾에서도 '타방 당사국 국민의 재산에 대한 공정·공평대우'를 언급하고 있으며⁷⁾, 1967년 'OECD의 외국인 재산의 보호에 관한 협약 초안' 제1조⁸⁾에서도 이와 유사한 문구를 포함하고 있다.⁹⁾

이외에 1983년 다국적기업에 대한 국제연합(UN)의 행동규약 초안¹⁰⁾에서도

- 2) "Each Party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party and to their property, enterprises and other interests."(Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, 1954,10.29, US-FRG, Article I(1))
- 3) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford University Express, 2008), pp.119-120.
- 4) The Organization may, in such collaboration with other inter-governmental organizations as may be appropriate (a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed. (i) to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another.....(이하 생략)
- 5) 물론 최근 사용되는 표현인 'fair and equitable'과는 다소 차이가 있으나, 공정·공평대우가 추구하는 궁극적인 목적이 나타났기 때문에 공정·공평대우 조항의 선례로 인정되고 있다.
- 6) 원문은 '<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>' 참조.
- 7) The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad, 1959, "fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties"
- 8) OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967. Article 1.
- 9) 앱스-쇼크로스 협약 초안과 1967년 OECD 초안에서의 공정·공평대우 원칙은 큰 차이를 보이고 있지 않지만, 최혜국대우 원칙과 내국민대우 원칙과의 구별을 확실히 했다는 면에서 다소 차이가 있다.
- 10) the draft for a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations,

OECD의 접근법에서 벗어나지 않게 다국적 기업은 공정·공평대우를 받아야 한다고 규정하였으며, 1992년 세계은행과 IMF 총회의 발전위원회가 채택한 '외국직접투자의 대우에 관한 가이드라인'에서는 '각국은 타국 국민에 의한 역내 투자에 대해 본 가이드라인에서 권고하는 기준에 따라 공정·공평대우를 보장하여야 한다¹¹⁾'고 규정한다. 또한, 1992년 체결된 NAFTA에도 제1105조 제1항에 공정·공평대우 기준을 포함하고 있다. 1994년 에너지헌장 협정 제10조 1항¹²⁾에서 공정·공평대우 기준에 관한 정교한 규정을 포함하고 있다.¹³⁾

Ⅲ. 공정·공평대우의 의의

1. 공정·공평대우의 의의

공정·공평대우(fair and equitable treatment)는 문언 그대로만 해석할 경우 외국투자자를 공정하고 공평하게 대우해 줄 의무가 있다는 것이다. 그러나 '공정'과 '공평'이라는 용어의 추상성으로 인해 그 적용범위와 구체적인 의미를 정의하기 곤란하여 국제적인 합의에 이르지 못하고 있는 실정이다. 최근의 투자협정에서는 공정·공평대우에 관한 사항을 규정하는 것이 일반적이다. 그러

1983.

11) 'Each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines'(The Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Section III, 2)

12) 에너지 헌장 협정에서는 '안정적(stable)이고 공평(equitable)하며 우호적(favourable)으로 투명(transparent)하도록 이루어져야 한다'고 공정·공평대우를 자세하게 규정하고 있는데, 이는 협정자체가 계약당사국이 주로 자본수출국이기 때문에 그들의 입장을 반영한 것이라 할 수 있다. 본 조항의 원문은 다음과 같다. '(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment.'

13) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.120.

나 규정방식도 다양하고, 이 원칙에 대한 통일된 해석이 확립되어 있는 것도 아니다.¹⁴⁾

과거 중재판정부들은 공정·공평대우 원칙을 해석하면서 '공정함'과 '공평함'에 관한 개념의 정당한 범위를 파악하는데 어려움을 겪었다. 이 경우 일반적으로 조약해석에 관한 국제관습법을 성문화한 조약법에 관한 비엔나협약 제31조와 제32조에 따라 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석하도록 노력하였다.¹⁵⁾

공정·공평대우에 관한 해석 논의가 보다 주목을 받게 된 것은 NAFTA 연방거래위원회가 '공정·공평대우와 완전한 보호 및 안전은 국제관습법상의 외국인에 대한 최소기준대우에서 요구하는 것 이상의 대우를 요구하는 것은 아니다'는 해석을 발표하면서부터이다. 이후 NAFTA 중재판정부들은 NAFTA상의 공정·공평대우를 제한적으로 해석하여 국제관습법상 요구되는 외국인에 대한 국가의무 범위내에서 적용하고 있다.¹⁶⁾

공정·공평대우의 기준이 투자유치국의 국내법에 따라 규율되는 것이 아니고, 국제법의 기준을 의미한다는 것은 의심의 여지가 없다. 중재판정부들도 공정·공평대우기준이 투자유치국의 국내기준과는 독립적이라는 점을 반복적으로 강조해왔다. 이는 외국인 투자자에 대해 투자유치국의 국민과 동등한 대우를 보장하여 내국민대우를 위반하지 않았더라도, 공정·공평대우 기준은 위반한 것이 될 수 있다. 동일한 이유로 투자자는 타 국적의 투자자가 더 나은 대우를 받았다는 것을 입증할 수 없음으로 인해 최혜국대우 조항에 의한 보호를 받을 수 없었던 경우라도 불공정하고 불공평한 대우가 될 수 있다.¹⁷⁾

한국 및 미국이 체결한 다수의 국제투자규범에서는 공정·공평대우의 명확한 정의가 무엇인지에 대한 논란에 대비하여 공정·공평한 대우를 제공할 의무는 세계의 주요법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사적, 민사적 또는 행정적 심판절차상의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다는 규정을

14) 윤명기, 전제논문, pp.99-100.

15) 박선옥, "공정하고 공평한 대우 원칙의 발전", 「법학연구」 제44권, (한국법학회, 2011), p.328.

16) 상개논문, p.328.

17) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.123.

명시적으로 두고 있다.¹⁸⁾ 이처럼 공정·공평대우의 개념규정에서 ‘주요 법률체계의 적법절차를 규정하고 있으므로 만약 국내법상의 적법절차가 국제관습법적 기준에 미달된다면 관련 조치는 내국민대우 위반은 회피할 수 있으나 공정·공평대우를 제공할 의무의 위반에 해당될 수 있음을 의미한다.¹⁹⁾

2. 협정상의 문구

공정·공평대우는 투자협정문상 다양한 표현으로 명시되어 있다. 먼저 독일, 네덜란드, 스웨덴, 스위스의 양자투자협정(BIT; bilateral investment treaty)에 서는 ‘공정·공평대우(fair and equitable treatment)’라고 간단하게만 규정해두고 있다. 그 다음으로 프랑스, 영국, 미국, 캐나다의 경우, 공정·공평대우의 기준을 국제법의 일반원칙 중 하나로 다룬다. 예컨대, 프랑스의 모델투자협정에서는 ‘투자유치국은 타방 당사국의 국민과 기업의 투자에 대하여 국제법의 원칙들에 따라 공정하고 공평한 대우를 보장하여야 한다²⁰⁾’고 규정하고 있다. 또한, NAFTA의 제1105조에서는 ‘각 당사국은 타방 당사국 투자자의 투자에 대하여 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호와 안전을 포함한 국제법에 따른 대우를 보장하여야 한다²¹⁾’라고 규정하고 있다. 일부 조약에서는 공정·공평대우 기준을 국제법의 다른 원칙들과 나란하게 취급하면서 어떠한 경우에도 외국인 투자에 대해 국제법 원칙들과 동등하거나 그 보다는 낮지 않은 수준으로 보호를 해야 한다고 규정해두고 있다.²²⁾

이처럼 공정·공평대우 규정 방식이 다양하기 때문에 공정·공평대우 규정의 해석은 조약문의 특정한 표현, 문맥, 조약의 대상과 목적, 조약체결의 상황

18) 한-미 FTA 제11.5조 각주.

19) 김인숙, “국제투자규범상 최소기준대우에 관한 연구”, 「서울국제법연구」 제16권 제2호, (서울국제법연구원, 2009), p.91.

20) The French Model Treaty. 'Either Contracting Party shall extend fair and equitable treatment in accordance with the principles of International Law to investments made by nationals and companies of the other Contracting Party on its territory'

21) Article 1105 of NAFTA, 'Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security'

22) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op.cit.*, pp.121-122.

및 계약국의 의도 등을 모두 고려하여 해석하는 것이 타당하다.²³⁾

IV. 국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준

1. 적법절차 및 사법거부

적법절차의 결여 및 사법거부는 공정·공평대우 위반을 구성하는 중요한 요소 중 하나이다.²⁴⁾ 적법절차라 함은 투자유치국의 조치나 결정이 공정한 절차와 과정을 통해 이루어졌는지를 말하며,²⁵⁾ 사법거부라 함은²⁶⁾ 사법에의 접근 거부, 부적절한 절차, 부당한 결정을 포함하여 외국인투자자에 대하여 부당한 사법권을 행사하는 것을 말한다.²⁷⁾

Loewen v. United states 사건²⁸⁾에서 중재판정부는 심리의 증거서류에는 적

23) Catherine Yannaca-Small, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law 2(Org. for Econ. Cooperation & Dev., Working Papers on International Investment, Paper No. 2004/03, 2004), p.40.

24) 2004년 미국의 BIT 모델에서 공정·공평대우의 기준은 사법거부로부터의 보호를 포함하여 적법절차를 보장한다고 규정하고 있다.

25) McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, (Oxford University Press, 2007), p.234.

26) 사법의 거부(denial of justice)는 엄밀하게 사법적 정의의 거부라고 할 수 있는데, 사법절차문제 즉, 투자자가 권리를 주장하는 과정에서 절차상 하자과 관련하여 문제되어 왔었다. 사법거부의 원칙은 국제관습법의 일부로 인정되어 왔는데, 그 의미에 대해서는 몇가지 견해가 있었다. 가장 넓은 의미에서는 모든 분야의 정부 책임을 포함하여 정부가 외국인에 대한 모든 유형의 악의적 행위에 대해 적용된다. 따라서 여기에는 정부의 행정·입법·사법 작용 중 어느 한 분야에서의 작위와 부작위가 포함될 수 있다. 가장 좁은 의미에서는 외국인에게 법원의 접근이나 판결선고를 거부하는 것으로 한정할 수 있다(산업자원부, 「투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점」, 2007, p.133).

27) *Thunderbird v. Mexico* 사건에서 사법거부는 행정절차에서도 주장되었다. 중재판정부는 외국인투자자의 게임사업 운영이 멕시코 법 위반이라고 결정한 멕시코의 행정절차에서 외국인투자자는 행정청문에서 진술할 수 있는 심리기회와 증거를 제시할 기회를 충분히 부여받았으므로 적법절차의 위반에 해당하지 않기에 NAFTA 제1105조에 해당하는 공정·공평대우 위반이 아니라고 판정하였다.

법절차가 이루어지지 않았고, 국적에 따른 차별로부터 외국인투자자를 보호하지 않았기에 전체적인 사실심 또는 이와 관련된 미시시피 주법원의 배심원의 평결은 명백하게 부적절하고 신뢰할 수 없으므로 국제법상 최소대우기준과 공정·공평대우기준에 부합하지 않는다고 판시하였다.

Metalclad v. Mexico 사건²⁹⁾에서 중재판정부는 시당국의 건설허가 거부와 관련하여 외국인투자자인 Metalclad는 어떠한 출석요구나 통지를 받지 못하여 시의회 회의에 참석할 기회가 부여되지 않았기에 이는 정당한 절차적 결여로서 NAFTA 제1105조에 의한 공정·공평대우의 위반에 해당한다고 판시하였다.

Jan de Nul v. Egypt 사건³⁰⁾에서 중재판정부는 유사한 소송청구를 병합시키려는 법원의 결정과 법원이 10년이 지난 후에 판결을 내린 것은 분쟁이 복잡할 뿐만 아니라 기술적인 측면이 많이 포함되어 있었기에 이는 사법거부에 해당하지 않는다고 판정하였다. 또한 투자유치국에 불리한 의견서를 전문가들이 제출한 후, 새로운 전문가들을 지명한 것은 처음에 제출한 의견서가 부족하였기 때문이며, 외국인투자자가 새로운 전문가 지명에 대하여 반론을 제기할 기회가 있었으므로 이것 역시 사법거부에 해당하지 않는다고 판시하였다.

Wast Management Inc. v. Mexico 사건³¹⁾에서 중재판정부는 쓰레기 처리 사업 허가권의 거절과 관련하여 사법적 정당성을 침해하는 결과를 야기할 정도로 적법절차가 결여된 경우 즉, 사법절차상 당연한 공평성을 명백하게 위반하거나, 행정절차에서 투명성과 공정성이 완전하게 결여된 경우 공정·공평대우의 위반에 해당한다고 판시하였다.

Middle East Cement v. Egypt 사건³²⁾에서 중재판정부는 이집트 정부가 외

28) Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case NO. ARB(AF)/98/3, 2001.1.5. 관할에 관한 결정, 2003.6.26. 본안에 관한 판정 (NAFTA).

29) Metalclad Corporaton v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 2000.8.30. 판정; 브리티시 콜롬비아 대법원 (2001 BCSC 664) 2001.5.2. 판정취소신청에 대한 판결 (NAFTA).

30) Jan de Nul NV v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, 2008.11.6. 판정.

31) Waste Management Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, 2004.4.30. 최종판정 (NAFTA).

32) Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, ICSID Case No.

국인투자자 소유의 선박을 압류하면서 일간지를 통한 통지는 적법절차의 요건의 관점에서 정당한 통지가 아니므로(이집트 법률 제308호 제7조에서 압류와 경매와 같은 중요한 문제는 직접 통지해야만 한다고 규정), 그리스-이집트 간 양자투자협정 제2.2조에 의거하여 외국인투자자는 언제나 공정하고 공평한 대우를 받을 수 있다는 공정·공평대우에 위반하였다고 판시하였다.

Petrobart v. Kyrgyz Republic 사건³³⁾에서 중재판정부는 KGM에 대한 법원 판결 강제집행 도중에 키르기스스탄 정부가 법원집행절차의 정지를 구하는 서신을 보내 사법절차에 간섭한 행위는 외국인투자자의 권리를 침해한 것으로서 에너지헌장협정 제10조 제1항의 공정·공평대우의 위반에 해당한다고 판시하였다.

2. 신의성실 (선의)

신의성실은 광범위한 원칙으로서 국제법상 기본원칙 중 하나이며, 특히 해외투자법의 기본원칙이다.³⁴⁾ 중재판정부는 공정·공평대우에 신의성실이 내재되어 있음을 여러 사례들을 통해 보여주고 있다.

Saluka v. Czech Republic 사건³⁵⁾에서 중재판정부는 은행부실채권을 해소하는 과정에서 체코정부는 IBP를 제외한 3개 주요 은행에 막대한 자금지원을 하였으나, IBP를 정부지원에서 제외함으로써 IBP의 제안에 대해 편견없이 공평하게 일관적으로 대우하지 않았을 뿐만 아니라, IBP와 노무라는 대화제의를 부당하게 거부한 것은 IBP와 그 주주들의 신의성실(선의)의 노력을 불합리하게 좌절시킴으로써 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

Tecmed v. Mexico 사건³⁶⁾에서 중재판정부는 멕시코 정부의 쓰레기매립장

ARB/99/6, 2002.4.12. 판정.

33) *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Stockholm Chamber of commerce (arb. NO. 126/2003), 2005.3.29. 판정 (Energy Charter Treaty).

34) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford University Express, 2008), p.144.

35) *Saluka Investment BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, 2006.3.17. 부분판정.

36) *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003.5.29. 판정.

운영허가의 갱신 거절은 외국인투자자에게 정부의 보상없이 외국인투자자의 비용으로 시설의 강제이전을 의도한 것으로서 신의성실을 위반한 것이라고 판정하였다. 투자유치국은 신의성실에 따라 외국인투자자가 투자당시에 고려한 정당한 기대를 침해하여서는 아니되며, 공정·공평대우의 원칙은 국제법상 인정되는 신의성실(bona fide) 원칙의 일부이며 또 다른 표현이라고 판시하였다.

Wast Management Inc. v. Mexico 사건에서 중재판정부는 NAFTA 제 1105조 제1항하에서 국가의 기본의무는 신의성실(선의)에 따라 행동하여야 하며, 고의적으로 부적절한 수단을 통하여 외국인투자자에게 손실을 입히거나 그 기대를 좌절시켜서는 아니되며, 만약 정당한 이유없이 투자협정의 목적을 침해하는 투자유치국의 고의적인 조치나 결정은 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

Azurix v. Arigentina 사건³⁷⁾에서 중재판정부는 아르헨티나 지방정부가 외국인투자자에게 부여한 상하수도 서비스에 관한 양허계약을 부당하게 종료한 것과 관련하여 투자유치국의 악의나 고의적인 의도가 공정·공평대우 위반의 필수적인 요소는 아니라고 판시하였다.³⁸⁾

3. 비자의성 및 비차별성

외국인투자자에 대한 투자유치국의 자의적³⁹⁾이고 차별적인 대우는 공정·공평대우 위반에 해당한다는 것을 다수의 중재사례들을 통해 확인할 수 있다.

S.D. Myers, Inc. v. Canada 사건⁴⁰⁾에서 중재판정부는 PCB 쓰레기를 외국인투자자(미국회사)가 재생시설을 운영하고 있는 미국에 수출하는 것을 금지하는 캐나다 정부의 조치는 외국인을 차별하기 위한 의도로 취해진 것으로써,

37) *Azurix v. Arigentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, 2006.7.14. 최종판정.

38) *Loewen v. United states* 사건에서도 중재판정부는 고의적인 의도나 악의가 공정·공평대우 위반의 필수적인 요소는 아니라고 판시하였다.

39) *OEPC v. Ecuador* 사건에서 중재판정부는 자의적이라 함은 사실이나 합리성에 근거하는 것이 아니라, 편견이나 선호에 근거한 개인적 재량에 의한 행위를 의미한다고 설시하였다.

40) *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, 2000.11.13. 제1차 부분판정, 2002. 10.21. 제2차 부분판정, 2002.12.30. 최종판정 (NAFTA).

이러한 내국민대우 위반은 공정·공평대우의 위반에 해당한다고 판시하였다.

EnCana Corp. v. Republic of Ecuador 사건⁴¹⁾에서 중재판정부는 더 이상 부가가치세를 환급하지 않을 것이라는 에콰도르 세무정책의 변경은 외국인투자자에게 손해를 입히는 자의적이고 차별적인 행위로서 공정·공평대우의 위반에 해당한다고 판시하였다.

Saluka Investments v. Czech Republic 사건⁴²⁾에서 은행에 대한 민영화를 추진하는 과정 중 체코정부는 3개의 주요 국내은행에 대하여 자금지원을 하였으나, 외국인투자자가 투자한 은행에 대하여 자금지원을 제외한 것과 관련하여 중재판정부는 정당한 이유없이 외국인투자자가 투자한 은행에 자금지원을 제외한 체코정부의 자의적이고 차별적인 행위는 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

Eureko B.V. v. Poland 사건⁴³⁾에서 외국인투자자(Eureko)는 폴란드 국영보험회사 PZU의 민영화 절차에 참여하였는데, 민영화문제가 정치적 이슈가 되면서 폴란드 정부가 민영화 정책을 변경한 것과 관련하여 중재판정부는 폴란드 정부의 이러한 조치는 정당한 이유없이 국내 정치권과 관련된 자의적이고 차별적인 행위로서 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

4. 계약 의무의 준수

중재판정부는 투자유치국이 외국인투자자와의 계약상 의무 중 주요한 사항을 위반한 경우, 공정·공평대우 위반에 해당된다고 판시함으로써 투자유치국의 계약준수의무를 공정·공평대우의 한 요소로 제시하고 있다.

SGS v. Philippines 사건⁴⁴⁾에서 중재판정부는 외국인투자자(SGS)가 필리핀 정부와 선적전검사 용역계약을 체결하였으나, 필리핀 정부가 외국인투자자에게 용역대금을 지급하지 않은 것은 계약상의 의무 위반으로써 공정·공평대

41) *EnCana Corp. v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, 2006.2.3. 판정.

42) *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, 2006.3.17. 부분판정.

43) *Eureko B.V. v. Poland*, UNCITRAL, 2005.8.19. 부분판정.

44) *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, 2004.1.29. 관할에 관한 결정.

우에 위반된다고 판시하였다.

Noble Venture Inc. v. Romania 사건⁴⁵⁾에서 중재판정부는 공정·공평대우의 기준에는 계약을 준수할 의무를 포함한다고 판시하였다.

Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco 사건⁴⁶⁾에서 중재판정부는 모로코 정부가 행한 조치는 계약상의 의무 위반으로서 공정·공평대우의 원칙에 위반된다고 판시하였다.

Mondev International Ltd. v. USA 사건⁴⁷⁾에서 외국인투자자(Mondev)는 미국의 보스턴상업지구 개발사업에 관여하고 있었는데, 1단계 공사 후 보스턴시가 계획을 변경하여 사업이 추진되지 못한 것과 관련하여 중재판정부는 투자계약 의무를 위반한 정부(보스턴시)의 행위는 NAFTA 제1105조 제1항에 포함된 공정·공평대우의 원칙에 위반된다고 판시하였다.

5. 안전한 보장 및 완전한 보호

안전한 보장 및 완전한 보호는 국제관습상 인정되는 기준으로서 일반적으로 투자유치국의 야경의무를 의미한다. 그러므로 외국인투자자는 투자유치국의 물리적 폭력이나 시민의 소요로부터 보호받아야 될 뿐만 아니라 법적인 보호까지 받아야 하며, 이에 결여는 공정·공평대우의 위반에 해당한다.

Siemens v. Argentina 사건⁴⁸⁾에서 외국인투자자는 자본을 투입하는 방식으로 아르헨티나 자회사 SITS에 투자하였는데, 아르헨티나에 새로운 정부가 들어서면서 기술적인 문제로 본 계약을 해지한 것과 관련하여 중재판정부는 안전한 보장 및 완전한 보호는 물리적인 보호를 넘어 법적인 보호까지 포함한다고 판시함으로써 안전한 보장 및 완전한 보호를 공정·공평대우와 동일한 개념으로 파악하였다.

45) *Noble Venture Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 2005.10.12. 판정.

46) *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, 2003. 12.22. 판정.

47) *Mondev International LTD. v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 2002.10. 11. 판정.

48) *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, 2004.8.3. 관할에 관한 결정, 2007 최종 판정.

Azurix v. Argentina 사건⁴⁹⁾에서 외국인투자자에게 부여된 상하수도 서비스에 관한 양허계약을 아르헨티나 지방정부가 부당하게 종료한 것과 관련하여 중재판정부는 아르헨티나 지방정부의 조치는 외국인투자자의 투자환경에 대한 안정한 보장이 결여되어 있기에 안전한 보장 및 완전한 보호에 대한 위반으로서 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

Wena Hotel Ltd. v. Egypt 사건⁵⁰⁾에서 외국인투자자가 경영하고 있는 2개의 호텔을 이집트 국영호텔이 무단으로 점유·압류한 것과 관련하여 중재판정부는 투자유치국은 외국인투자자의 재산을 안전하게 보장하기 위해 모든 조치를 취하여야 하는데, 이러한 의무를 회피함으로써 이집트 정부가 외국인투자자의 재산을 보호하지 않은 것은 안전한 보장 및 완전한 보호에 대한 결여로서 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

6. 투명성 및 합리적 기대에 대한 보호

투명성과 외국인투자자의 합리적 기대에 대한 보호는 서로 밀접한 관련이 있다. 투명성이라 함은 외국인투자자의 활동을 위한 법체계가 명백하고, 외국인투자자에게 영향을 미치는 모든 결정이 그 법적인 체계 내에서 이루어져야 한다는 것이다. 외국인투자자의 합리적인 기대에 대한 보호는 투자유치국의 투명한 법체계와 명시적 또는 묵시적인 확약에 근거를 두고 이루어진다는 것이다.⁵¹⁾ 그러므로 외국인투자자는 투자유치국의 투명한 법체계에 합리적인 기대에 대한 보호를 받아야 하며, 이에 대한 결여는 공정·공평대우 위반에 해당한다.

Maffezini v. Spain 사건⁵²⁾에서 외국인투자자의 동의없이 스페인 정부 관리가 투자자의 자금을 이전한 불법송금문제와 관련하여 중재판정부는 본 대출거래가 행해지는 과정에서 투명성의 결여는 아르헨티나-스페인간의 BIT 제4조

49) *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, 2003.12.8. 관할에 관한 결정, 2006.7.14. 판정.

50) *Wena Hotel Ltd. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, 2000.12.8. 판정.

51) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *op.cit.*, pp.133-134.

52) *Emilio Agustin Maffezini v. Spain*, ICISD Case No. ARB/97/7, 2000.1.25. 관할에 관한 결정, 2000.11.13. 판정.

제1항의 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

Tecmed v. Mexico 사건에서 중재판정부는 멕시코정부가 쓰레기매립장의 허가갱신을 거절한 것은 외국인투자자(Cytrar)의 합리적인 기대를 박탈하였을 뿐만 아니라,⁵³⁾ 허가갱신이 안 될 것이라는 사실을 외국인투자자에게 미리 통지하지 않고 갱신거절을 하면서 허가위반만을 문제 삼은 정부행위에는 투명성이 결여되어 있으므로 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

CMS Gas Transmission Company v. Argentina 사건⁵⁴⁾에서 외국인투자자가 아르헨티나 정부의 약속을 믿고, 아르헨티나 가스회사의 주식에 투자하였는데, 아르헨티나 정부가 경제위기를 이유로 기존의 규정을 폐지하는 조치를 취한 것과 관련하여 중재판정부는 아르헨티나 정부는 외국인투자자가 투자를 결정할 당시의 핵심적인 법적 환경을 변경한 것으로써 이는 투자환경의 투명성과 안정성, 예측가능성을 위배되므로 공정·공평대우 위반에 해당된다고 판시하였다.

Metalclad v. Mexico 사건에서 외국인투자자(Metalclad)가 폐기물처리산업에 관하여 멕시코 중앙정부의 승인을 받고, COTERIN이라는 자회사를 인수하고 투자를 하였으나, 멕시코 지방정부가 건설허가를 내주지 않고, 오히려 해당 부지를 생태보전지구로 지정하면서 기존에 건설중이던 시설에 대해 철거를 명한 것과 관련하여 중재판정부는 멕시코정부가 신청인에게 사업계획과 투자에 대해 투명하고 예측가능한 체계를 보장하지 않았으므로 NAFTA 제1105조에 의한 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다. *OPEC v. Ecuador* 사건⁵⁵⁾에서 외국인투자자는 에콰도르 국영석유기업인 Petroecuador와 석유탐사와 생산을 위한 계약을 체결하고, 에콰도르 세무서로부터 부가가치세를 환급받아 왔으나, 2001년 에콰도르 세무서가 부가가치세 환급분은 이미 계약에서 참여율로 반영되었기 때문에 더 이상 환급하지 않을 것이며, 과거에 이미 환급받았던 금액에 대해 모두 반환하라는 주장과 관련하여 중재판정부는 외국인투자자

53) 멕시코 정부는 당면한 사회적 압력에서 벗어나기 위해 외국인투자자(Cytrar)의 비용으로 쓰레기매립장을 이전하도록 압력을 가하면서 어떠한 보상도 하지 않았다.

54) *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, 2003.7.17. 관할에 관한 결정, 2005.5.12. 판정.

55) *Occidental Exploration and Production Company (OPEC) v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, 2004.7.1. 최종판정.

가 투자 당시에 고려한 합리적인 기대를 침해해서는 아니되며, 부가가치세가 환급되리라는 정당하고 합리적인 기대는 인정되므로 투자 당시의 법적·사업적 환경을 변경한 것은 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

LG&E v. Argentina 사건⁵⁶⁾에서 외국인투자자는 아르헨티나 정부의 약속을 믿고, 아르헨티나의 세 개의 석유회사의 주식을 매입하였는데, 아르헨티나 정부가 경제위기를 이유로 약속을 파기한 것과 관련하여 중재판정부는 공정·공평대우에는 투자유치국이 모호성을 배제하고 일관적이고 투명한 행위를 하여야 할 의무가 포함되는데, 비록 아르헨티나 정부가 경제적 위기에 처해있다는 사실을 인정하더라도 아르헨티나의 약속 파기 조치는 투명하고 안정적인 법적·사업적 환경하에서 외국인투자자의 합리적인 기대를 보호하지 못하였기에 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시하였다.

V. 결 론

국제투자분쟁에서 공정·공평대우는 그 의미가 다양하게 해석되고 법리가 명확하게 확립되어 있지 않아 중재사례를 통해 공정·공평대우의 기준을 모색할 필요가 있다. 중재판정부가 공정·공평대우의 기준을 판단함에 있어 적법절차 및 사법거부, 신의성실, 비자의성 및 비차별성, 계약의무의 준수, 안전한 보장 및 완전한 보호, 투명성 및 합리적 기대에 대한 보호 등을 고려하여 판정하는 것을 위의 사례들을 통해 볼 수 있었다. 이를 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 적법절차 및 사법거부는 투자유치국의 조치나 결정이 사법적·행정적인 절차상의 하자로 인하여 국제법상 용인될 수 없는 정도로 외국인투자자의 권리를 침해하였을 경우에 공정·공평대우의 위반을 구성한다.

둘째, 신의성실은 국제법상 인정되는 기본원칙으로서 공정·공평대우에는 신의성실이 내재되어 있기 때문에 투자협정의 목적을 침해하는 투자유치국의 악의나 고의적인 조치는 신의성실원칙에 위배되므로 공정·공평대우 위반에 해

56) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Corp., v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, 2004.4.30. 관할에 관한 결정, 2006.10.3. 책임에 관한 결정, 2007.7.25. 최종판정.

당한다. 그러나 투자유치국의 악의나 고의적인 의도가 공정·공평대우 위반의 필수적인 요소는 아니라는 점에 유의해야 한다.

셋째, 외국인투자자에 대하여 정당한 이유 없이 투자유치국의 자의적⁵⁷⁾이고 차별적인 조치는 공정·공평대우 위반에 해당한다.

넷째, 투자유치국의 계약의무준수는 공정·공평대우 기준의 한 요소로서, 투자유치국이 외국인투자자와의 계약상 의무 중 주요한 사항을 위반한 경우, 공정·공평대우 위반을 구성하지만, 단순히 계약을 위반하였다는 이유만으로 공정·공평대우의 위반이 아니라는 점을 유의해야 한다.

다섯째, 안전한 보장 및 완전한 보호는 외국인투자자의 물리적인 보호를 넘어 법적인 보호까지를 의미하므로 외국인투자자의 재산에 대한 보호와 투자환경에 대한 안전한 보장이 이루어지지 않을 경우, 공정·공평대우 위반에 해당할 수 있다.

여섯째, 외국인투자자는 투자유치국의 투명하고 안정적인 법적·사업적 환경 하에서 합리적이고 정당한 기대에 대한 보호를 받아야 하며, 이에 대한 결여는 공정·공평대우 위반에 해당한다.

이상에서 다수의 판례를 통해 공정·공평대우의 기준에 대하여 살펴보았으나, 중재판정부가 공정·공평대우의 기준을 판단함에 있어서 국가마다 처한 상황이 다르고, 아직은 확립된 해석 원칙이 존재하지 않기에 사건별(case by case)별로 조금씩은 달라질 수밖에 없다. 그러므로 공정·공평대우에 대한 분쟁의 소지를 사전에 예방하기 위해서는 국제투자협정 체결 시에 공정·공평대우의 기준을 명확히 규정하여 분쟁을 최소화하는 것이 합리적일 것이다.

57) OEPIC v. Ecuador 사건에서 중재판정부는 자의적이라 함은 사실이나 합리성에 근거하는 것이 아니라, 편견이나 선호에 근거한 개인적 재량에 의한 행위를 의미한다고 판시하였다.

참 고 문 헌

- 김인숙, “국제투자규범상 최소기준대우에 관한 연구”, 「서울국제법연구」 제16권 제2호, (서울국제법연구원, 2009).
- 박선욱, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전”, 「법학연구」 제44권, (한국법학회, 2011).
- 산업자원부, 「투자자 - 국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점」, 2007.
- 윤명기, "국제투자에서의 투자자보호에 관한 연구", 목원대학교 대학원 박사학위논문, 2009.
- McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, (Oxford University Press, 2007).
- Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford University Express, 2008).

ABSTRACT

The Fair and Equitable Treatment Standards through the Arbitral Award Cases under International Investment Disputes

Choi, Young Joo
Hwang, Ji Hyeon

The purpose of this study is to clarify the standard of fair and equitable treatment. Although most international investment treaties prescribe fair and equitable treatment that is the obligation to provide fair and equitable treatment to foreign investor, there is no clear definition and specific elements of fair and equitable treatment. Through the arbitral award cases we can find that tribunals have interpreted to include six principles; Due process & Protection from denial of justice, Good faith, Reasonableness & Nondiscrimination, Compliance with contractual obligation, Full protection and security, Transparency & Protection of the investor's legitimate expectations.

This study suggest that host countries and investors focus on international trends concerning investment disputes in order to avoid future disputes. So future disputes can be prevented and prepared in advance.

Key Words : Fair and Equitable Treatment, FET, International Minimum Standard, BIT, International Investment Disputes
