

간접수용의 판단기준에 관한 ICSID 중재사례 연구

A Study on the ICSID Arbitration Cases for Determination Standards of Indirect Expropriation

오원석*

Won-Suk Oh

황지현**

Ji-Hyeon Hwang

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 간접수용의 의의
- III. 간접수용의 판단기준
- IV. ICSID 중재사례 분석
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 간접수용, ICSID, 국제투자분쟁, ISD, 국제투자협정

* 성균관대학교 경영전문대학원 교수 (주저자)

** 숭실대학교 글로벌통상학과 강사 (교신저자)

I. 서론

최근 투자협정에 근거한 국제투자분쟁이 급증하고 있는 추세이며, 간접수용은 빈번하게 발생하고 있는 국제투자분쟁의 유형 중 하나이다.¹⁾ 투자유치국의 정당한 규제권과 외국인 투자자의 재산권 보호 사이에 존재하는 간접수용은 그 중요성에도 불구하고 아직 통일된 법리가 정립되어 있지 않아²⁾ 간접수용에 관한 다양한 해석 및 판정 가능성이 열려 있으므로 논란의 여지가 많다.³⁾

특히 간접수용의 판단기준에 관하여 국제법상 명확한 기준이 부재한 실정이다. 외국인 투자자의 재산권에 대한 투자유치국의 조치가 보상이 필요한 간접수용인지 또는 보상이 필요하지 않는 적법한 규제인지를 구별하는 것은 간접수용이 문제된 투자분쟁에서 매우 중요한 쟁점이다. 그러나 복잡하고 다양한 사실관계 및 이해관계로 인하여 이를 구분하는 것은 쉽지 않다.

일반적으로 투자유치국의 조치가 간접수용인지 또는 적법한 규제권인지는 중재판정부에 의하여 결정된다. 중재판정부는 사안별료(case-by-case) 투자에 관한 모든 관련 요소를 종합적으로 고려하여 판단하므로 중재판정부가 판정한 축적된 중재사례 분석을 통하여 국제투자법상 공통된 간접수용의 판단기준을 유추해 볼 필요가 있다.

그러므로 본고에서는 ICSID 중재사례 분석을 통하여 간접수용의 판단기준을 고찰하고, 판례가 주는 시사점을 도출하고자 한다.⁴⁾ 본 연구는 문헌연구의 방법으로 간접수용의 판단기준에 관한 최근 학계와 ICSID 중재판정의 동향을 살펴본다.⁵⁾ 본 연구의 목적은 투자

- 1) 룬스타는 BIT위반을 근거로 간접수용을 주장하며 우리나라를 상대로 ICSID에 제소하였다(LSF- KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/37).
- 2) NAFTA하에서 간접수용과 관련한 투자분쟁이 빈번히 발생하자 미국은 2004 Model BIT의 부속서에 간접수용의 개념 및 판단기준을 규정하였으며, 이는 개정된 2012 Model BIT의 부속서 B 제4조에도 명시되어 있다. 간접수용을 소유권 이전이나 명백한 재산권 몰수가 아니더라도 이와 동등한 효력을 갖는 투자유치국의 조치라고 정의하고, 간접수용을 판단하는 기준으로 정부조치의 경제적 영향, 정부조치의 성격, 정부조치가 명백하고 합리적인 투자자의 기대이익을 침해하는 정도 등을 명시하였다.
- 3) 과거에는 투자협정에서 수용 규정에 대하여 구체적으로 명시하지 않아 간접수용의 성립여부를 판단함에 있어 어려움이 많았으며, 중재판정부들이 비슷한 사건에 대하여 다른 판정을 내림으로써 일관성을 결여되어 법적 안정성과 예측가능성이 보장되지 못했다. 그러나 최근에는 투자협정에서 수용, 특히 간접수용 규정을 구체적으로 상세하게 명시하고 있으며, 간접수용에 대하여 중재판정부들이 유사한 판정을 내리는 경향이 나타나면서 국제투자법상 공통된 기준을 유추할 수 있게 되었다.
- 4) 본 연구는 황지현의 박사학위논문(2014)을 정리하여 보완한 것으로써 기존 연구보다 간접수용의 판단기준에 중점을 두어 고찰하였다.
- 5) 간접수용과 관련한 선행연구로는 김여선, “국제투자법상 간접수용에 관한 연구”, 「법과 정책」 제19권 제2호, (제주대학교 법과정책연구소, 2013); 김용일·이기옥·이경화, “국제투자에 있어서 간접수용에 관한 연구 : 간접수용의 요건을 중심으로”, 「무역상무연구」 제47권, (한국무역상무학회, 2010); 권한용·김윤일, “투자자-국가소송제도(ISD)에 있어 간접수용(Indirect Expropriation)규정에 관한 법적 검토”, 「東亞法學」 제60호, (동아대학교 법학연구소, 2013); 이재민, “투자분쟁해결절차에서의 간접수용의 개념”, 「서울법학」 제20권 제2호, (서울시립

유치국의 고유한 규제권을 존중하면서 외국인투자자의 재산권을 보호하기 위해서 간접수용의 범위를 확정할 수 있는 기준을 제시함으로써 실무에 도움이 되고자 한다.

II. 간접수용의 의의

간접수용은 국제투자법상 확립된 정의는 없으나, 일반적으로 투자유치국의 공식적이고 직접적인 수용행위나 조치가 없었음에도 불구하고, 수용에 준하는 행위나 조치로 인하여 외국인투자자의 투자이익 또는 가치가 감소하거나 외국인투자자가 자신의 재산권을 행사하기 어려운 경우를 말한다.⁶⁾

간접수용 개념의 생성 및 발전에 판례가 중요한 역할을 해왔다. 투자협정을 근거로 하는 간접수용이 분쟁이 다루어지기 전부터 국제재판소와 중재판정부에서 간접수용에 관한 청구가 다루어졌는데, 첫 번째로 대두된 사례가 1922년 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration: PCA)가 다룬 *Norwegian Shipowners'* 사건이다. 간접수용은 독일 등 유럽에서 체결한 초기 투자협정에서는 찾아볼 수 없으며, 미국이 투자협정을 체결하기 시작한 1981년부터 “indirect expropriation”, “measures tantamount to expropriation”이라는 용어를 투자협정상에서 발견할 수 있다.

최근 많이 발생하는 간접수용은 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자의 재산권을 직접 물리적으로 박탈·몰수하지는 않으나, 외국인투자자의 재산권을 침해함으로써 실질적으로 직접수용에 준하는 효과를 야기하는 것을 의미한다. 투자유치국의 행위나 조치로 인하여 외국인투자자가 자신의 재산권에 대한 사용·경영·통제를 상실하거나 투자가치·이익의 실질적인 침해가 있었다면 이는 간접수용에 해당한다.⁷⁾ 간접수용은 다양한 분야에서 분쟁이 발생할 수 있는데, 공공서비스, 환경 및 조세 금융관련 분야에서 분쟁이 주로 발생한다.

이러한 간접수용은 수용에 준하는 조치(measures tantamount to expropriation), 사실상의 수용(de facto expropriation), 점진적 수용(creeping expropriation), 위장된 수용(disguised expropriation), 규제적 수용(regulatory expropriation), 결과적 수용(consequential expropriation), 해석적 수용(constructive measures) 등 유사한 의미로 다양한 용어들이 사용되고 있으며, 이들 용어 간의 경계가 분명하지 않아 혼용되고 있다.

대학교 법학연구소, 2012) 등이 있다. 본 논문이 선행연구와 차별화되는 점은 간접수용의 주요 쟁점이 되고 있는 간접수용의 판단기준에 중점을 두어 ICSID 중재사례를 심층적으로 고찰하였다는 것이다.

6) UNCTAD, “EXPROPRIATION” (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), (UNITED NATIONS), New York and Geneva, 2012, pp.7-9.

7) August Reinisch, “Expropriation”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.421-422.

국제투자법상 간접수용이 될 수 있는 투자유치국의 행위나 조치로는 재산권·소유권의 침해, 과도하거나 자의적인 과세, 경영권의 간섭·지배·박탈, 은행자산의 동결, 허가권 또는 면허권의 취소·거부·철회, 지분·주식의 강매, 노동·자원의 접근 제한, 외국인투자자의 불법적 추방, 계약상 권리의 침해 등이 있다.⁸⁾

Ⅲ. 간접수용의 판단기준

간접수용의 판단기준에 관하여 중재판정부가 판정한 축적된 중재사례를 분석해 보면, 일반적으로 간접수용의 공통된 주요 세 가지 판단기준을 유추해 볼 수 있다. 첫째, 재산권에 대한 침해 정도와 지속성 둘째, 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대이익의 침해 셋째, 투자유치국 행위나 조치의 그 목적과 맥락을 고려하는 것이다.⁹⁾

1. 재산권의 침해

문제된 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자의 재산권을 어느 정도 침해하는지 즉, 침해의 심각성(severity of the economic impact caused by a government action)과 그 기간의 지속성(duration of a governmental measure)을 고려하여 중재판정부는 간접수용의 성립여부를 판단한다.¹⁰⁾ 외국인투자자에 대한 투자유치국의 재산권 침해 정도는 실질적인 박탈(substantial deprivation)이어야 하며,¹¹⁾ 이러한 박탈은 일시적(temporary)이 아닌 상당 기간 지속되어야 한다.

1) 재산권 침해 정도의 심각성

외국인투자자의 재산권에 대한 침해 정도는 그 심각성을 기준으로 판단하는데, 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자에게 어떤 경제적 영향을 미쳤는지, 그리고 그러한 경

8) Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment (3rd Edition)*, (Cambridge University Press, 2010), p.367.

9) Rüdiger P. Tscherning, "Indirect Expropriation of Carbon-intensive Investments and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Arbitration: A Commentary on the Pending *Vattenfall v. Federal Republic of Germany Dispute*", *The Centre for Energy and Mineral Law and Policy Review*, (May 16, 2011), pp.4-7에서도 간접수용의 세 가지 판단기준을 제시하고 있다.

10) Campbell McLachlan QC, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (Oxford University Press, 2007), p.298.

11) *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; *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, January 29, 2012.

제적 영향이 어느 정도인지를 기준으로 간접수용의 성립여부를 판단한다. 이는 간접수용을 판단할 때에 고려하는 요소들 중 가장 중요한 기준이다. 그러므로 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자의 재산권에 대한 심각한 경제적 영향을 미침으로써¹²⁾ 그 재산권에 대한 지배와 가치의 중대한 손실이 있어야 한다.¹³⁾ 투자유치국의 행위나 조치로 인하여 외국인투자자의 단순한 재산가치의 감소나 투자이익의 손실만으로는 간접수용이 성립되지 않으며,¹⁴⁾ 실질적인 박탈이 있어야만 간접수용으로 인정하고 있다.¹⁵⁾ 이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Spyridon Roussalis v. Romania* 사건에서 중재판정부는 간접수용을 구성하려면 문제된 투자유치국의 행위나 조치로 인하여 외국인투자자의 재산권에 대한 실질적인 박탈이 있어야 하며, 이러한 중대하고 심각한 경제적 침해가 입증되어야 한다고 판시하였다.¹⁶⁾

한편, 외국인투자자의 재산권에 대한 경제적 가치가 심각히 상실되었는지 여부를 판단함에 있어서 투자유치국의 조치의 일부가 아니라, 이에 따라 투자전체에 미친 부정적인 효과를 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Electrabel v. Hungary* 사건의 중재판정부는 간접수용을 판단함에 있어서 문제된 투자유치국의 조치가 외국인투자자의 전체투자에 대해 미친 부정적인 효과를 두고 판단해야 한다면서 그렇지 않은 경우 간접수용이 성립되지 않는다고 판시하였다.¹⁷⁾

2) 재산권 침해 기간의 지속성

간접수용은 외국인투자자의 재산권을 침해하는 투자유치국의 행위나 조치가 오래 지속되는지를 기준으로 판단하는데, 이러한 침해는 일시적이 아니라 상당기간(for a significant period of time) 지속되어야 한다. 그러므로 일시적인 침해로 인한 경제적 손실은 간접수용에 해당되지 않는다.¹⁸⁾ 대부분의 중재판정부는 재산권에 대한 침해가 영구적(permanent)

12) 2012 Model BIT 부속서 B 제4조 (a)항에 의하면, 투자유치국의 조치가 투자자산의 경제적 가치에 악영향을 미친다는 사실만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는데 충분하지 않다고 명시하고 있다.

13) Campbell McLachlan QC, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *op. cit.* (각주 9), p.298.

14) 이것은 Lucas 판례에서 제시된 법리이다(Lucas v. South Carolina Coastal Council 505 U.S. 1003 (1992)).

15) Anne K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in August Reinisch(ed.), *Standards of Investment Protection*, (Oxford University Press, 2008), p.156; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011.

16) *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, December 7, 2011; 다른 판례인 *Burlington v. Ecuador* 사건에서 중재판정부는 문제된 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자의 재산권을 실질적으로 박탈했는지 여부는 간접수용을 판단하는 중요한 기준이라고 하면서 투자유치국에 의해 투자재산의 경제적 가치가 손실된 경우 이는 실질적인 박탈로써 간접수용을 구성한다고 판시하였다. 그러나 투자유치국인 에콰도르 정부가 외국인투자자에게 초과이익세를 부과한 것은 투자이익의 일부에 대한 과세조치에 불과하므로 이는 간접수용이라고 볼 수 없다고 판시하였다(*Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Pending, October 3, 2014).

17) *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Pending, May 15-16, 2014.

18) 그러나 투자유치국의 행위나 조치가 일시적(temporary)이거나 부분적(partial)이라도 외국인투자자의 재산권에 장기적이고 심각한 영향을 미쳤다면 이는 간접수용의 효과를 초래하는 것으로써 간접수용으로 인정될 수도 있다. 예컨대, 투자유치국에 행위나 조치가 단기간에 이루어졌으나, 그러한 재산권 침해가 외국인투자자에게 미치는

이며 회복불능인 경우에만 간접수용에 해당한다고 판시하였다. 이와 관련하여 판례를 살펴보면, *CMS v. Argentina* 사건의 중재판정부는 간접수용의 성립여부를 판단함에 있어서 외국인투자자의 재산권이 실질적으로 박탈되었는지 먼저 고찰하고, 그러한 박탈이 영구적이거나 지속적이어야 간접수용에 해당한다고 판시하였다.¹⁹⁾

2. 합리적인 기대이익의 침해

간접수용을 판단하는 기준으로 투자에 근거한 외국인투자자의 분명하고 합리적인 기대이익도 중요한 요소이다.²⁰⁾ 이는 국제투자법상 공정하고 공평한 대우²¹⁾를 판단하는 기준 중 하나이기도 하다. 투자유치국의 행위나 조치로 인하여 외국인투자자의 기대이익이 침해되었을 경우 즉, 투자유치국이 투자를 통한 외국인투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 보장하지 못하고, 이에 부정적인 영향을 미친다면 이는 간접수용을 구성하게 된다.²²⁾ 투자에 근거한 정당하고 합리적인 기대이익은 투자유치국에 대한 외국인투자자의 신뢰(기대)와 투자에 대한 안정성(stability)을 기초로 하고 있다. 그러나 외국인투자자는 모든 기대이익이 보호대상이 아니라 투자당시에 가지고 있던 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대이익만이 보호대상임을 유의해야 한다.

이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Metalclad v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 외국인투자자가 투자에 근거하여 합리적으로 기대할 수 있는 (경제적) 기대이익에 대한 침해는 간접수용으로 볼 수 있다면서 외국인투자자에게 매립지건설허가에 대한 긍정적 기대를 하도록 한 후에 건설허가신청을 거부한 투자유치국인 멕시코의 행위는 간접수용으로 인정된다고 판시하였다.²³⁾ 다른 판례인 *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 투자에 근거한 정당하고 합리적인 기대이익의 침해는 간접수용으로 볼 수 있다고 판시하였다.²⁴⁾

투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대이익은 투자유치국의 규제 영역에 따라 가변적이므로 이를 판단할 때에는 모든 사안을 고려하여 살펴보아야 한다. 즉, 외국인투자자의 정

경제적 영향이 상당기간 지속된다면, 이는 심각한 경제적 영향으로 간주되어 간접수용으로 볼 수 있다.

19) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

20) Perkams M., The concept of indirect expropriation in comparative public law - searching for light in the dark. In: Schill S, ed. *International Investment Law and Comparative Public Law*, (Oxford University Press, 2010), p.149.

21) 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: FET)를 구성하는 요소로서 중재판정부는 신의성실, 투명성, 비차별, 외국인투자자의 합리적이고 정당한 기대 보호, 적법절차 등을 그 기준으로 실시하였다 (*Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, October 31, 2012).

22) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p.311.

23) *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, August 30, 2000.

24) *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, Arbitral Award, January 26, 2006.

당하고 합리적인 기대이익은 투자유치국에 의하여 이루어진 규제 성격 및 정도에 따라 달라질 수 있는데, 투자유치국의 규제가 일반적으로 많이 발생하는 부분에서는 기존보다 규제가 더욱 강화될 가능성이 상존하므로 외국인투자자는 이를 고려하여야 한다. 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대이익의 침해로 간접수용을 인정되려면 외국인투자자는 문제된 투자유치국의 행위나 조치를 투자당시에 전혀 예견할 수 없었음을 전제로 자신의 투자가 이루어졌음을 입증해야 한다.

이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Waste Management v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 투자유치국의 계약 불이행 및 이행지체로 인하여 외국인투자자의 합리적인 기대이익이 침해되었음을 인정하면서도 투자유치국은 특별한 경우, 즉 일반적으로 규제가 많이 발생하는 부분에서 계약상의 의무를 이행하지 않을 가능성도 상존하므로 이는 보상을 요하는 간접수용에 해당하지 않는다면 외국인투자자는 투자당시에 이를 고려하여 투자를 해야 한다고 판시하였다.²⁵⁾ 다른 판례를 살펴보면, *Feldman v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 소비세환급제도의 변경에 따른 외국인투자자의 투자이익 감소를 인정하면서도 투자유치국은 정치적·경제적·사회적 환경의 변화에 대응하기 위하여 법률 및 규정을 변경할 수 있으며, 외국인투자자는 투자당시에 이러한 위험을 고려하여 투자를 결정하여야 한다고 판시하였다.²⁶⁾

3. 투자유치국 조치의 목적 고려

간접수용을 판단하는 기준으로 투자유치국 행위나 조치의 그 목적(objective)과 맥락(context)을 고려하는 것도 중요한 요소이다. 이는 투자유치국이 행위나 조치를 통하여 달성하고자 하는 공익과 외국인투자자 보호라는 사익 사이에서 이익형량을 통하여 합리적 비례관계(reasonable relationship of proportionality)가 있는지를 문제된 분쟁의 사실관계 분석을 통하여 상세히 고찰해야 한다는 것이다.²⁷⁾

간접수용의 성립여부를 결정할 때에는 투자유치국의 행위나 조치에 따라 외국인투자자

25) *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004.

26) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, December 16, 2002 (Decision on the correction and interpretation of the award rendered on June 13, 2003).

27) 공익과 사익 사이의 균형을 도모하는 방법을 비교형량적 접근법(balanced approach)이라고 한다. 이러한 접근법은 투자유치국의 행위나 조치가 외국인투자자의 투자에 미치는 경제적 영향(효과)만을 유일한 판단 기준으로 삼는 효과단독이론(sole effect doctrine)과 대비된다. 효과단독이론에 의하면, 투자유치국의 행위나 조치에 따라 간접수용이 발생한 경우 투자유치국의 의도나 동기를 파악하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 외국인투자자가 그러한 의도나 동기를 입증하는 것도 거의 불가능하기 때문에 투자유치국의 의도나 동기보다는 행위나 조치에 의하여 외국인투자자에게 미친 경제적 효과(영향)만을 중요하다고 본다(*Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, February 6, 2007; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, August 20, 2007). 그러나 콜롬비아-인도 BIT (2009)는 효과단독이론을 명시적으로 배제한다고 규정하고 있다.

에게 미친 경제적 영향뿐만 아니라 그 행위나 조치의 목적과 맥락을 함께 고려하는 균형적 접근방법을 통하여 판단해야 한다.²⁸⁾ 이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Tecmed v. Mexico* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 조치가 간접수용에 해당하는지를 결정하기 위해서는 투자유치국의 조치가 외국인투자자에게 미친 경제적 영향뿐만 아니라 투자유치국의 조치가 취해진 공익목적과 투자자보호 사이에 적절한 균형을 갖추고 있는지 비례성을 기준으로 살펴보아야 한다고 판시하였다.²⁹⁾

간접수용을 판단할 때에는 문제된 투자유치국의 행위나 조치의 목적과 맥락(purpose and context), 즉 의도와 동기(intention or motivation)까지도 고려되어야 한다는 의견이 제시되고 있으며, 점차 이러한 방향으로 나아가고 있음을 최근의 판례와 협정³⁰⁾등을 통하여 찾아볼 수 있다. 특히 보건이나 환경과 같은 공공복리를 위하여 불가피하게 선의로 이루어진 비차별적인 조치까지도 투자유치국의 행위나 조치에 따른 경제적 효과에만 초점을 맞추어 간접수용으로 판단하는 것은 안된다는 견해가 지배적이다. 그러므로 간접수용을 판단할 때에는 문제된 분쟁의 실질적인 이해관계와 투자유치국의 행위나 조치의 그 목적과 효과를 함께 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 판례를 살펴보면, *Total v. Argentina* 사건의 중재판정부는 문제된 투자유치국의 폐소화 조치는 그 당시가 아르헨티나의 경제위기 상황으로 이는 경제위기 극복을 위한 불가피한 조치였으며 그 목적을 고려할 때 과도한 규제조치가 아닌 적법한 규제조치로써 간접수용을 구성하지 않는다고 판시하였다.³¹⁾

투자유치국의 행위나 조치가 일반적으로 승인된 공공목적의 달성이나 공공복지의 증진을 위한 것이라면 이는 간접수용을 구성하지 않는다.³²⁾ 즉, 공공목적이나 공공복리를 위하여 적법절차에 따라 행해진 투자유치국의 비차별적인 행위나 조치는 보상을 요하는 간접수용을 구성하지 않는다는 것이 다수의 의견이다. 예컨대, 투자유치국의 행위나 조치가 공중보건이나 공중도덕, (반)독점방지나 소비자보호, 환경보호³³⁾ 및 안전이나 복지와 같은 공공목적의 달성 또는 공공복지의 증진을 위하여 행해졌을 경우, 간접수용에 해당하지 않을 수도 있다.³⁴⁾

28) Caroline Henckels, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analyse and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, No.1, 2012, pp.225-226.

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

30) 칠레-미국 FTA (2003), 모로코-미국 FTA (2004), 캐나다-루마니아 BIT (2009), 콜롬비아-인도 BIT (2009) 등에서는 투자유치국의 행위나 조치에 따른 영향 이외에도 그 목적과 맥락을 고려해야 한다는 것을 협정에 명시적으로 규정하고 있다.

31) *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Award, November 27, 2013.

32) 이를 경찰권(police power) 행사라고 하는데, 공공이익과 공공복리를 위한 적법한 규제권으로 이로 인하여 발생하는 어느 정도의 재산권의 침해나 손실은 국민이 감수해야 할 의무로서 국가의 보상 책임이 없다는 것이 국제법상 관례이다.

33) Barnali Choudhury, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, p.822.

IV. ICSID 중재사례 분석

1. 재산권의 침해에 관한 사례

Inmaris v. Ukraine 사건 ³⁵⁾			
신청일	2008년 6월 16일	판정일	2012년 3월 1일
신청인	Inmaris 독일회사	피신청국	우크라이나
투자협정	독일-우크라이나 BIT ³⁶⁾		
중재판정부	2008년 9월 19일 구성		
주요쟁점	선박여행 금지령의 결과 발생한 손실		

1) 사실관계

신청인 Inmaris 독일회사³⁷⁾는 1991년부터 문제가 발생한 2006년까지 피신청국 우크라이나의 국영교육기관과 선박(Khersones) 사용에 관한 계약을 체결하고 있었다. 신청인은 계약기간 동안 선박 운영비용을 낮추기 위하여 항해 여행 상품을 판매하고, 기타 승선 이벤트에 선박을 사용하는 사업을 함께 운영하였다. 그러나 피신청국은 2006년 4월 5일 우크라이나 영해의 경계에 관한 문제가 명확하게 될 때까지 우크라이나 영해에서 선박이 떠나는 것을 금지하였고, 이것은 신청인의 선박이 2006년 여름 시즌항해를 위한 출발예정을 막아 신청인은 2006년 시즌항해를 전면 중단해야 했다. 이러한 선박여행 금지령의 결과 신청인은 자신의 투자자산인 선박을 사용할 수 없었고, 사업운동을 계속 시도하였으나, 피신청국의 지속적인 승인 거부로 사업을 문제된 조치 이전의 상태로 되돌릴 수 없게 되었다. 피신청인의 선박여행 금지령과 시즌항해 취소로 인하여 신청인은 많은 손해가 발생하였으며, 파산절차를 진행하게 되었다.³⁸⁾

34) 2012 Model BIT는 환경보호를 목적으로 하는 비차별적인 투자유치국의 행위나 조치는 그 목적과 효과에 비추어 심각하게 중대하거나 불균형적이지 않는 한 간접수용을 구성하지 않는다고 명시하고 있다.

35) *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Award, March 1, 2012.

36) 독일-우크라이나 BIT는 1993년 2월 15일 서명되고, 1996년 6월 29일 발효하였다.

37) 신청인 Inmaris 독일회사에는 IPS & WKG & IWC & IWS의 4개 회사가 포함된다.

38) 신청인 IWC 및 IWS는 파산절차를 밟고 있었다. 이에 대하여 중재판정부는 신청인이 조기에 파산절차를 진행한 것은 피신청인이 취한 조치에 대한 선택의 여지가 없는 행동이었다고 실시하면서 항해시즌의 무기한 연기 또는 취소는 신청인의 사업에 직접적인 영향을 미쳤으며, 신청인은 그들의 채무를 해결하기 위하여 긴급조치를 취할 필요가 있었다고 판시하였다.

2) 당사자의 주장 요지

(1) 신청인의 주장

신청인은 피신청국의 선박여행 금지령과 시준항해의 전면취소로 더 이상 사업을 운영할 수 없게 되어 상당한 경제적 손실을 입었으며, 이는 계약상 권리를 실질적으로 침해한 것으로 그러한 침해가 영구적으로 지속되기 때문에 간접수용에 해당할 뿐만 아니라 피신청국의 조치는 공공목적을 위하여 발생하지 않았고 이는 독일 - 우크라이나 BIT 제4조 제2항을 위반한 것이라고 주장하였다. 그리고 신청인은 보상금의 지불없이 투자자산을 간접수용한 것은 위법이므로 피신청국에게 배상해야 한다고 주장하였다. 신청인의 손해배상 청구에는 선박여행 금지의 결과 발생한 직접적인 손해비용과 파산비용, 일실이익, 기업의 영구가치(Terminal Value) 등이 포함되었다.

(2) 피신청국의 주장

피신청국은 선박여행 금지령은 해외에서 나포되는 것을 막고 선박을 보호하기 위하여 필요한 조치였으며, 공공이익을 위하여 시행한 이러한 조치가 신청인의 투자자산을 침해할 것을 전혀 예견할 수 없었고, 또한 선박여행 금지령은 1년 후에 해제되었기 때문에 신청인의 재산권에 대한 경제적 침해가 일시적이었다고 주장하면서 신청인의 주장을 부정하였다.

3) 중재판정

중재판정부는 간접수용의 성립여부를 판단하기 위하여 문제된 피신청국의 조치인 선박여행 금지령과 이로 인한 시준항해의 전면 취소로 신청인이 입은 경제적 피해, 즉 재산권 침해 정도의 심각성과 그 기간의 지속성을 검토하였다. 중재판정부는 피신청국의 조치로 인하여 신청인은 더 이상 사업을 운영할 수 없게 되어 상당한 경제적 손실을 입었고, 이는 재산권의 심각한 침해로 볼 수 있으며, 그러한 재산권 침해가 일시적인 아닌 영구적으로 지속된다는 점을 고려할 때, 피신청국의 조치는 신청인의 계약상 권리(contractual rights)를 실질적으로 침해하고, 경제적 자산 가치를 영구적으로 박탈하고 있다고 볼 수 있으므로 간접수용을 구성한다고 판시하였다. 그러므로 중재판정부는 피신청국의 조치는 BIT 제4조 제2항에서 규정한 수용 또는 수용에 준하는 조치로 볼 수 있으며, 신청인에게 어떠한 보상도 하지 않은 것은 이를 위반한 것이라고 실시하였다.

한편 중재판정부는 피신청국의 조치가 공공이익과 관련이 있는지도 검토하였는데, 피신청국의 조치가 해외에서 체포되는 것을 막고 선박을 보호하기 위하여 필요하였기에 공공이익을 위한 목적으로 이루어졌다고 판정하였다. 그리고 피신청국이 보상금의 지급 없이

신청인의 투자자산을 간접수용한 점과 관련하여, 피신청국의 조치가 공익을 위한 조치라고 하더라도 이것이 간접수용을 구성한다면, 피신청국은 신청인에게 보상을 해야 한다고 실시하였다.

마지막으로 중재판정부는 신청인의 주장을 긍정하지만, 분쟁의 사실관계나 분쟁당사자의 계약관계가 복잡하고 모호하며 분쟁당사자가 제시해야 하는 관련 서류 미비로 인하여 손해배상액을 정확히 판정할 수 없다고 지적하였다. 그러면서 중재판정부는 2006년 4월 6일을 시작으로 연 복리로 5%의 이자율을 결정하였다.³⁹⁾

4) 판례의 평가

본 판례를 통하여 첫째, 간접수용의 중요한 판단 기준의 하나인 재산권 침해 정도와 그 기간의 지속성 둘째, 간접수용의 적법성 요건 셋째, 외국인투자자가 보유한 계약상의 권리도 간접수용의 대상이 될 수 있는지의 여부를 검토해 볼 수 있었다.

첫째, 간접수용의 성립여부를 판단하는 기준 중에 중재판정부가 고려하는 가장 중요한 요소는 바로 투자유치국의 조치가 외국인투자자에게 미친 심각한 경제적 영향, 즉 재산권 침해의 정도이다. 투자유치국의 조치로 인하여 외국인투자자의 재산권에 심각한 경제적 침해가 발생하였고, 그러한 침해가 상당기간 또는 영구적으로 지속된다면 간접수용이 성립할 가능성이 높다.

둘째, 국제투자법상 간접수용이 적법하기 위해서는 공공목적을 위하여 적법절차에 따라 비차별적으로 신속·충분·효과적인 보상을 통하여 이루어져야 한다. 이러한 요건 중에서 하나라도 충족하지 않는다면 이는 간접수용의 적법성 요건이 결여된 것으로 불법행위로 간주되어 배상을 수반하게 된다.

셋째, 외국인투자자가 보유한 계약상의 권리(contractual rights)도 간접수용의 대상이 될 수 있는지와 관련하여 본 사건에서 중재판정부는 계약상의 권리도 간접수용의 대상이 될 수 있으며, 계약상 권리를 실질적으로 침해하거나 박탈한다면 간접수용에 해당한다고 판시하였다. 이와 관련하여 축적된 판례들을 살펴보면,⁴⁰⁾ 외국인투자자가 갖는 계약상의 권

39) 신청인은 법적 대리인 비용으로 유로(EUR) 910,333.47 및 기타 비용으로 유로(EUR) 1,131,496.53 뿐만 아니라 중재 비용으로 예납한 달러(USD) 425,000를 청구하였고, 피신청인은 법적 대리인의 비용 달러(USD) 669,144.71 및 기타 비용으로 달러(USD) 642,727.75를 청구한 것과 관련하여 중재판정부는 분쟁 당사자들은 자신의 비용과 수수료, 기타 비용을 각각 부담해야 한다고 판정하였다. 그리고 신청인 IWC 및 IWS의 파산 및 파산절차비용 청구와 관련하여 중재판정부는 신청인의 파산은 피신청국의 조치의 결과로 발생하였다는 것이 분명하고, 피신청인은 그러한 조치에 대하여 신청인에게 파산절차비용의 지급을 포함하여 보상할 책임이 있다고 판정하였다. 그리고 신청인이 청구한 일실이익(lost profits)에 대하여 중재판정부는 2006년 4월 6일을 기준으로 순현재가치(net present value)로 계산하며, 또한 신청인이 청구한 기업의 영구가치(terminal value)에 대하여 이를 판정할 만한 근거가 없다고 실시하였다.

40) *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, February 6, 2007; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, August 27, 2009; *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, February 7, 2011; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, June 21, 2011; *Vannessa*

리가 투자유치국의 계약위반에 따라 간접수용을 구성하는지와 관련하여 계약상의 권리도 간접수용의 대상이 될 수 있으며, 투자유치국의 계약위반이 정당한 근거를 가지고 합리적인 사유에 의한 것이라면 이는 간접수용에 해당되지 않지만, 투자유치국의 부당한 계약위반은 간접수용을 구성한다는 것을 확인할 수 있다. 그러므로 이러한 계약상의 권리가 간접수용을 구성하는지는 사안별로 사실관계의 상세한 분석을 통하여 종합적으로 고려해야 하며, 이에 대하여 신중한 접근이 필요할 것으로 보인다.

2. 합리적인 기대이익의 침해에 관한 사례

Azurix Corp. v. Argentina 사건 41)			
신청일	2001년 10월 23일	판정일	2006년 7월 14일
신청인	Azurix 미국회사	피신청국	아르헨티나
투자협정	미국-아르헨티나 BIT 42)		
중재판정부	2002년 4월 8일 구성 ⇒ 2004년 8월 10일 재구성		
주요쟁점	상하수도 서비스 양허계약의 일방적 해지		

1) 사실관계

신청인 Azurix는 미국회사로 아르헨티나에 자회사를 설립하였다. 그리고 1996년 6월 피신청국인 아르헨티나가 소유·운영하던 상하수도 서비스 회사인 AGOSBA의 민영화 추진을 위한 국제입찰에 참여하였고 최종사업자로 낙찰되어 이를 인수하였다. 1999년 7월 신청인은 피신청국과 양허계약을 체결하여 상하수도 서비스에 대한 30년간의 양허권을 부여 받았으며, 상하수도 기반시설의 수리 완료 의무도 함께 부담하게 되었다. 그러나 신청인이 상하수도 기반시설에 대한 필요한 수리의무를 제대로 이행하지 않아 수돗물에서 악취가 심하게 발생하였고, 피신청국의 보건당국은 독성 박테리아 사건으로 공공의 건강을 보호하기 위하여 수돗물에 대한 주의 조치를 내렸다.⁴³⁾ 이로 인한 소비자들의 불만은 점점 높아졌으며 피신청국은 상하수도 오염문제가 해결되지 않는 한 소비자들에게 수도요금을 청구하지 못하도록 규칙을 제정하고, 신청인에게 계약상의 의무를 불이행하였다는 이유로 과징금을 부과하였다. 그리고 피신청국은 이러한 심각한 상황을 해결하기 위하여 신청인에게 양허계약의 해지를 통지하였다.⁴⁴⁾

Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Award, January 16, 2013.

41) *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.

42) 미국-아르헨티나 BIT는 1991년 11월 14일 서명되고, 1994년 10월 20일 발효하였다.

43) 소비자들에게 수돗물을 끓여먹도록 하였으며, 목욕을 제한하여 최대한 물에 노출되지 않도록 주의를 촉구하였다.

2) 당사자의 주장 요지

(1) 신청인의 주장

신청인은 피신청국이 물가인상에 따른 수도요금 인상요청을 거부하였으며, 양허계약상에 명시되어 있는 적절한 수도요금 산정방법을 사용할 수 없도록 하면서 다른 방법을 제시하지 않았다고 주장하였다. 또한 신청인은 상하수도 오염 문제를 발생시킨 상하수도 기반시설 수리완료 의무는 피신청국이 필요한 수리를 먼저 완료했어야 가능한 것이었다고 주장하였다. 그리고 보건당국이 독성 박테리아 사건으로 소비자들의 공포를 유도하여 수돗물을 끓여먹도록 하고 최대한 수돗물에 노출되지 않도록 조치하였으며, 소비자들로 하여금 수도요금 납부거부를 조장한 것은 계약위반으로 볼 수 있다고 주장하였다.

신청인은 피신청국의 이러한 조치는 양허계약의 위반이며, 이는 신청인의 계약상의 권리를 간접수용한 것으로, 계약상의 권리는 투자의 정의에 포함되므로 배상해야 한다고 주장하였다. 신청인은 피신청국의 일방적인 양허계약의 해지로 인하여 상하수도 서비스를 더 이상 제공할 수 없게 되었고 이로 인하여 파산신청을 하게 됨으로써 결국 많은 투자 손실을 입게 되었다면서 미국-아르헨티나 BIT상의 간접수용 등을 원용하며 미화 665,000,000달러를 청구하였다.

(2) 피신청국의 주장

피신청국은 신청인이 상하수도 기반시설에 대한 필요한 수리 및 관리 의무를 제대로 이행하지 않아 상하수도 오염문제가 발생하였으며, 이는 신청인의 전적인 잘못으로 계약 위반에 해당하고, 신청인의 계약위반으로 인해 양허계약을 재협상하려고 노력하였다고 주장하였다. 그리고 수돗물에 대한 주의조치는 소비자들의 건강을 보호하기 위하여 선의로 이루어진 행위였으며, 자국의 행위는 양허계약과 규제체계를 준수하기 위한 조치로 상황이 점점 심각해지자 어쩔 수 없이 양허계약을 해지할 수밖에 없었다고 항변하였다.

3) 중재판정

본 사건에서 중재판정부는 피신청국의 조치가 간접수용에 해당하는지의 여부는 신청인의 정당하고 합리적인 기대를 좌절시켰는지의 맥락에서 논의되어야 하는데, 피신청국이 투자당시에 약속했던 보장을 거부하고 있는지를 살펴보고, 신청인이 정당하게 합리적으로 기대하는 경제적 이익의 전체 또는 중요한 부분을 박탈하였는지도 함께 검토해야 한다고 지적하였다. 중재판정부는 신청인의 정당하고 합리적인 기대이익은 반드시 명시적인 계약이나 보장에 근거할 필요가 없으며, 묵시적인 약속이나 표현에 근거하여 형성될 수 있다

44) 본 사건과 매우 유사한 *Suez v. Argentina* 사건이 있다(*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Pending, November 4, 2013).

면서, 피신청국인 아르헨티나는 신청인이 투자 당시에 이러한 기대를 가질 수 있게 행동 하였으나, 투자 후에 신청인의 정당하고 합리적인 기대를 충족하지 못하였다고 판정하였다. 또한 중재판정부는 간접수용 성립여부를 판단함에 있어 Tecmed v. Mexico 사건⁴⁵⁾을 인용하면서, 투자당시의 외국인투자자의 합리적인 기대는 적법하게 고려되어야 하며, 피신청국의 조치는 투자협정과 국제법에 근거하여 평가되어야 한다고 실시하였다.

그리고 신청인의 간접수용 주장과 관련하여 중재판정부는 피신청국의 여러 조치에도 불구하고 신청인은 아르헨티나 자회사인 ABA의 주식 지분(90%) 소유권에 영향을 받지 않았고 이에 대한 통제권을 계속 유지하고 경영권을 행사하고 있다면서 신청인은 여전히 투자에 대한 지배력을 행사하고 있기에 간접수용 청구를 기각한다고 판정하였다. 그리고 문제된 피신청국의 조치는 계약위반으로 계약상 권리에 영향을 미쳤으나, 간접수용에 해당할 만큼 상당히 충분한 영향을 미치지 못했다고 실시하였다. 또한 중재판정부는 본 사건에서 피신청국의 양허계약의 해지는 국가주권의 실행행위에 해당하지 않으며, 피신청국이 계약의 당사자로서 계약상 권리를 실행한 것일 뿐이라고 판시하였다.

한편, 중재판정부는 피신청국이 소비자에게 수도요금을 지급하지 말라고 수차례 호소한 점, 수도요금 체계를 다가올 선거를 위하여 정치적으로 쟁점화한 점, 새로운 수도요금을 적용하지 못하도록 한 점 등은 분명한 계약위반이라고 지적하였다. 중재판정부는 신청인이 청구한 미화 665,000,000달러를 다 인정하지 아니하고, FET 의무위반을 인정한 다음 배상판단시에 공정시장가치(FMV)에 근거하여 미화 165,000,000달러만을 배상액으로 산정하였다.

4) 관례의 평가

투자유치국의 조치가 간접수용에 해당하는지 판단함에 있어 투자에 근거한 외국인투자자의 분명하고 합리적인 기대이익도 중요한 고려기준이다. 투자당시에 가지고 있었던 투자에 근거한 외국인투자자의 분명하고 합리적인 기대이익은 보호되어야 하며, 투자유치국의 조치로 인하여 이러한 기대이익이 보장되지 못하고 침해된다면 이는 간접수용을 구성한다. 본 사건에서 중재판정부는 투자당시의 투자에 근거한 외국인투자자의 합리적인 기대이익은 명시적이든 묵시적이든 관계없이 고려되어야 하며, 투자유치국에 의하여 보장되어야 한다고 판시하였다.

투자유치국은 정치적·경제적·사회적 환경의 변화에 대응하기 위하여 법률 및 규정을 제정·개정·변경하고, 필요한 행위나 조치를 취할 수 있다. 이에 따라 외국인투자자가 투자당시에 가지고 있던 합리적인 기대이익이 침해되었다면, 투자에 근거한 정당하고 합리적인 기대이익만이 투자유치국의 보상이 따르는 보호대상이 될 수 있다. 그러나 외국인투자자

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

가 투자당시에 투자유치국의 행위나 조치를 예견하였거나 예견할 수 있었다면 이는 간접수용에 해당하지 않는다. 투자유치국의 행위나 조치가 관습상·보통법상 일반적인 범위 내에서 이루어지고, 이를 다른 국가들에서도 통상적으로 인정한다면, 이는 외국인투자자가 예견가능한 것으로서 간접수용에 해당하지 않는다.

투자유치국의 조치가 간접수용으로 인정되려면 외국인투자자는 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대이익의 침해가 발생하였다는 사실에 대한 입증책임을 져야 하며, 문제된 투자유치국의 조치를 투자할 당시에 전혀 예견할 수 없었음을 입증해야 한다. 투자유치국은 국제법상 확립되어 있는 신의성실 원칙에 근거하여 투자당시에 외국인투자자가 고려한 정당하고 합리적인 기대를 침해하여서는 아니되며, 기존의 허가나 승인을 자의적으로 취소·철회하면 아니된다.⁴⁶⁾ 또한 투자유치국은 외국인투자자의 투자에 영향을 미치는 법률이나 규정이 시행되기 전에 외국인투자자도 인지할 수 있도록 투명성을 갖춘 행위를 하여야 하며, 모호성은 최대한 배제하여야 할 것이다.

3. 투자유치국 조치의 목적을 고려한 사례

LG&E Corp v. Argentina 사건 47)			
신청일	2002년 1월 31일	판정일	2007년 7월 25일
신청인	LG&E 미국회사	피신청국	아르헨티나
투자협정	미국-아르헨티나 BIT 48)		
중재판정부	2002년 11월 13일 구성		
주요쟁점	금융위기로 발생으로 인한 투자당시 보장한 약속의 철회		

1) 사실관계

투자를 유치할 당시에 피신청국인 아르헨티나는 외국인투자자의 가스산업과 관련하여 신청인에게 많은 보장을 약속하였다. 피신청국은 가스법(Gas Law)과 시행명령을 통해 미국생산자물가지수(PPI)에 따라 반기별로 가격을 조정하고, 가격을 폐소화로 전환하기 전에 미국 달러화로 먼저 산정하며, 가격을 통제하거나 동결할 경우에는 반드시 보상을 한다는 가격 시스템에 대한 보장과 투자비용 및 투자이익의 환수, 통화변경과 인플레이션에 대한 보호 등을 약속하였다.

46) 투자유치국의 이러한 자의적인 취소나 철회는 외국인투자자의 정당한 기대를 침해하였다는 이유로 간접수용을 구성하여 보상이 수반될 수 있다.

47) *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.

48) 미국-아르헨티나 BIT는 1991년 11월 14일 서명되고, 1994년 10월 20일 발효하였다.

피신청국의 투자 당시 약속을 신뢰한 신청인은 피신청국의 가스회사 3개의 주식을 매입하였다. 그러나 피신청국은 경제위기가 심화되면서 이에 대처하기 위하여 여러 조치들을 단행하였으며,⁴⁹⁾ 가스법(Gas Law)과 시행명령을 폐지하면서 신청인에게 보장한 약속들을 철회하고 신청인에게 어떠한 보상도 하지 않았다.

2) 당사자의 주장 요지

(1) 신청인의 주장

신청인은 피신청국의 이러한 조치들은 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 (c)호에서 규정한 ‘투자과 관련하여 체결한 의무를 준수하여야 한다’는 조항을 위반하였고, 피신청국의 조치는 가스 산업 분야에만 취해졌으며, 다른 산업 분야에서는 취해지지 않았다면서 이는 차별적인 대우라고 주장하였다. 그리고 투자당시에 보장한 약속들을 일방적으로 철회함으로써⁵⁰⁾ 신청인이 보유한 가스사업 면허의 가치⁵¹⁾가 90% 이상 감소되었기에 이는 간접수용에 해당한다고 주장하였다. 신청인은 피신청국이 보상없이 가스산업 분야에서 투자자산을 간접수용한 것은 미국-아르헨티나 BIT 제4조를 위반한 것이며, 이는 공정시장가치에 따라 보상받을 권리가 있다고 하면서 신청인은 미화 268,000,000달러 청구하였다.

(2) 피신청국의 주장

피신청국은 PPI에 따른 가격조정의 정지가 간접수용을 구성한다는 것을 신청인이 충분히 입증하지 못하였으며, 이로 인한 실제 요금체계 대한 영향은 약 2% 정도뿐이 안되고, 신청인의 면허를 포함하여 모든 면허(License)는 경제위기 동안 영향을 받았으나 이것이 모두 간접수용을 성립하는 것은 아니라고 주장하였다. 그리고 피신청국은 자국이 채택한 조치와 신청인이 보유한 가스사업 면허의 주식가치 변동에는 인과관계가 없으며, 1997년~2000년 사이에 신청인은 예상보다 더 많은 투자이익을 얻었고, 투자 당시에 보장한 약속들을 철회한 것은 정치적·경제적·사회적 위기 상황하에서 불가피한 선택으로 국제법에 근거하여 긴급피난(the State of Necessity)에 따른 BIT 조항 위반의 면책을 주장하며, 투자자유치국의 긴급 상황에 대처하기 위한 조치들은 BIT 조항보다 우선적으로 적용되어야 한다고 항변하였다.

49) 피신청국은 2002년 1월 6일 비상사태법 제25561호(Emergency Law No. 25561)를 제정하여 시행하였다. 동법은 피신청국으로 하여금 모든 공공서비스 계약을 재협상하도록 하면서 미국생산자물가지수(PPI)에 따른 반기별 가격조정은 더 이상 인정하지 않으며, 가격은 달러로 산정하지 않고 바로 페소로 산정한다고 규정하고 있다.

50) 신청인의 투자자산의 가치는 요금 체계에 기초를 두고 의존하고 있는데, 피신청국은 이러한 요금체계의 보장을 폐지하였다.

51) 신청인은 BIT 제1조 제1항 (a)호에 의하여 보호되어야 한다고 주장한다.

3) 중재판정

본 사건의 중재판정부는 피신청국의 조치가 간접수용을 구성하는지 판단하기 위하여 피신청국의 조치에 따른 외국인투자자의 재산권에 대한 침해 정도와 그러한 조치를 채택한 피신청국의 권한 사이에 비교형량적 접근이 필요하다고 실시하였다. 중재판정부는 간접수용을 판단할 때에는 분쟁의 사실관계와 이해관계의 상세한 분석을 통하여 피신청국이 취한 조치의 목적과 그러한 조치가 신청인에게 미친 경제적 영향을 균형있게 고려해야 한다고 실시하면서 중재판정부는 피신청국의 조치로 인해 신청인이 가스사업에 대한 소유권이 나 통제권을 상실하지 않았고, 피신청국의 조치에 따른 효과가 영구적이지도 않으며, 신청인의 재산권의 대한 침해가 투자전체의 손실과 연결되지도 않고, 신청인의 투자자산 가치는 경제위기 이후 점차 회복되고 있으며, 신청인의 주식과 투자가치가 소멸하지 않고 여전히 존재한다는 점에서 신청인은 자신의 권리를 실질적으로 박탈당하지 않았기에 간접수용 주장을 기각한다고 판시하였다.

그리고 신청인이 주장한 차별대우와 관련하여 중재판정부는 피신청국의 조치는 전기·용수산업과 비교하여 가스산업에 대해서만 차별적인 조치가 이루어졌음이 분명하지만, 이러한 피신청국의 조치가 외국인투자자인 신청인만을 대상으로 하고 있다는 점을 입증하지 못하였기에 차별적인 대우 주장을 기각하였다.

배상을 위한 적용가능한 기준으로 중재판정부는 국제법상 배상을 위한 적절한 기준은 완전한 배상이라는 신청인의 주장에 동의하면서 ILC 국가책임초안 제31조 규정을 인용하며 국제위법행위를 한 국가는 이러한 행위로 인한 물질적·정신적인 손해를 완전히 배상할 의무가 있다고 지적하였다. 신청인은 공정시장가치(FMV)에 따른 보상을 청구했으나,⁵²⁾ 중재판정부는 신청인의 투자 가치가 소멸하지 않고 여전히 존재한다는 점에서 신청인의 간접수용의 주장을 기각하면서 간접수용의 적절한 가치평가의 유형인 공정시장가치는 배상액 산정방법으로 부적당하다고 판정하였다.

중재판정부는 ILC 국가책임초안 제36조와 *Feldman v. Mexico* 사건을 중재판정의 근거로 인용하면서 위법행위의 배상에 대해서는 적법행위의 기준인 FMV를 적용하지 않고 인과관계 접근법을 채택하는 것이 바람직하고, 위법행위의 귀결로 신청인이 실제 입은 손해액을 배상액으로 평가하여야 하며, 일실이익의 주장과 관련하여 이는 확실히 입증하지 못하였기에 본 청구를 기각하였다. 중재판정부는 피신청국의 지속적인 계약위반에 따른 손해배상액과 이자⁵³⁾를 모두 포함하여 본 판정의 발송일로부터 30일 이내에 피신청국은 신청인에게 총 미화 57,400,000달러를 지불해야 한다고 판정하였다. 그리고 배당금은 미국 재무부 단기 채권의 6개월 비율의 복리로써 추가 지급되어야 한다고 판정하였다.⁵⁴⁾

52) 신청인은 손해를 FMV로 결정하기 위하여 주가와 대형주 구매 가치에 기초하여 소유 주식의 비율을 이용한 LG&E 투자와 가스배급 회사의 가치를 계산했다.

53) 이자는 2007년 7월 11일까지를 계산하였다.

4) 관례의 평가

간접수용의 성립여부를 판단함에 있어 투자유치국 조치의 목적과 맥락을 고려하는 것도 중요한 기준이다. 투자유치국이 조치를 통하여 달성하고자 하는 공익과 그러한 조치로 인하여 재산권이 박탈되는 외국인투자자의 사익 사이에는 합리적인 관련성이 있어야 하며, 공익과 사익이 적절한 균형을 맞추고 있는지 비교형량적 접근을 통하여 고찰해야 한다. 만약 공익을 위한 투자유치국의 조치가 국제관습법상 일반적으로 감수해야 하는 정도를 넘어 외국인투자자에게 과도한 부담을 지우거나 특별한 희생을 요구한다면 이는 간접수용을 구성하며 보상이 필요함에 유의해야 한다.

본 사건에서 중재판정부는 간접수용의 구성여부를 판단함에 있어 투자유치국의 조치가 외국인투자자에게 미친 경제적 영향 이외에도 그러한 조치가 행해진 목적과 의도도 함께 고려하여야 한다고 판시함으로써 투자에 미친 경제적 영향이나 효과만을 고려한 기존의 중재판정보다 확대된 판단기준을 적용하고 있음을 볼 수 있다. 이러한 배경에는 투자유치국이 공익을 위하여 선의로 행한 비차별적인 조치까지도 외국인투자자에게 미친 경제적 효과에만 초점을 맞추어 간접수용으로 판단하는 것은 비합리적이기 때문이다.

공공의 안전·건강·환경 등을 목적으로 하는 비차별적인 투자유치국의 조치는 그 의도와 투자에 미친 효과에 비추어 지나치게 불균형적이지 않는 한 간접수용을 구성하지 않는다는 것이 다수의 의견이다.⁵⁵⁾ 그러나 투자유치국의 조치가 그 목적이나 투자에 미친 효과에 비추어 보아 매우 심하거나 불균형을 이루는 예외적인 경우에는 보상을 수반하는 간접수용에 해당될 수 있음에 유의해야 한다.

그리고 금융위기로 경제상황이 급격하게 위축되고 악화되는 여건하에서 이를 극복하기 위해 투자유치국이 취한 조치들이 필수불가결한 조치들로 해석될 가능성이 있기 때문에 외국인투자자는 이에 유의하여 투자하여야 한다. 외국인투자자를 유치할 당시에 투자유치국이 보장했던 약속들을 정상적으로 이행하기 어려울 수 있는 상황이 야기될 수 있으며, 특히 본 사건과 유사한 상황이 실제 정치적·경제적·사회적으로 혼란스러운 국가나 개발도상국 등과 같은 국가들에서 발생하고 있으므로 외국인투자자는 투자당시에 이를 고려하여야 할 것이다.

54) 중재판정부는 신청인이 실제 입은 손해를 수량화하여 다음과 같이 정리하였다.

	Cuyana (million US\$)	Centro (million US\$)	GasBan (million US\$)	Total (million US\$)
LG&E dividends loss	10.9	34.0	34.8	79.7
Minus; Loss suffered during the period of emergency	-4.3	-12.6	-11.9	-28.8
Subtotal	6.6	21.4	22.9	50.9
Interest	+0.9	+2.7	+2.9	+6.5
Total	7.5	24.1	25.8	57.4

55) 2012 Model BIT 부속서 B 제4조 제b항에 의하면, 공중보건, 안전 및 환경 등 합법적인 공공복리를 위하여 투자유치국이 취하는 비차별적 규제는 간접수용을 구성하는 것으로 간주되지 않는다고 명시하고 있다.

V. 결 론

국제투자분쟁은 다양하고 복잡한 사실관계로 인하여 투자유치국의 조치가 보상이 필요한 간접수용인지 그렇지 않은 선의로 이루어진 합법적인 규제조치인지를 구분하는 것이 쉽지 않으며, 이는 판단하는 것은 간접수용과 관련한 분쟁에서 중요한 쟁점이다. 국제투자법상 간접수용 판단시에 적용할 수 있는 통일된 명확한 기준은 부재하지만, 이와 관련한 축적된 중재사례의 분석을 통하여 세 가지 판단기준을 유추해 볼 수 있다.

첫째, 투자유치국의 조치가 외국인투자자의 재산권에 미친 경제적 침해 정도와 그러한 기간의 지속성을 고려하여 간접수용의 성립여부를 판단한다. 투자유치국의 조치가 외국인투자자의 재산권에 대한 실질적인 박탈에 해당하는 심각한 경제적 영향을 미쳐야 하며, 이러한 경제적 침해가 상당기간 지속된다면 간접수용이라고 판정될 가능성이 높다.

둘째, 투자유치국의 조치가 투자에 근거한 외국인투자자의 분명하고 합리적인 기대이익을 침해하였는지를 고려하여 간접수용의 구성여부를 판단한다. 그리고 합리적인 기대이익은 투자유치국의 규제 성격 및 정도에 따라 가변적이므로 이를 고려하는 것이 바람직하다. 외국인투자자는 투자당시에 투자유치국의 조치를 예견할 수 있었거나 투자유치국의 조치가 국제관습법상 인정되는 행위라면 보상책임을 수반하는 간접수용을 구성하지 않음을 염두에 두어야 할 것이다. 그리고 투자유치국은 일반적인 범위를 벗어난 자의적인 조치를 통하여 외국인투자자의 기대이익을 침해하여서는 아니되며, 예측가능하고 투명한 행위를 통하여 안전한 투자환경을 조성할 필요가 있다.

셋째, 투자유치국의 조치가 취해진 목적 및 맥락을 고려하여 간접수용의 성립여부를 판단한다. 투자유치국의 조치가 외국인투자자에게 미친 경제적 영향뿐만 아니라 그러한 조치가 행해진 의도나 동기를 함께 고려한 균형적인 접근법으로써 외국인투자자의 재산권의 미친 경제적 영향만을 고려한 기존의 중재판정보다 확장된 판단기준을 적용하는 방향으로 나아가고 있다.

축적된 중재사례를 통하여 간접수용을 판단하는 세 가지 기준을 유추해 볼 수 있으나, 분쟁시에 이러한 기준이 일괄적으로 적용되는 것은 아니다. 중재판정부는 문제된 분쟁의 사실관계의 검토와 이해관계의 분석을 통하여 사안별로 다른 판단기준을 적용할 수 있다.

따라서 투자협정상에 간접수용의 판정기준을 구체적으로 명시하고, 간접수용의 개념과 예외적 상황에 대해서도 규정하는 것이 바람직하다. 예컨대, 한-미 FTA는 별도의 부속서 11-나 조항을 통하여 전술한 간접수용의 세 가지 판단기준을 모두 명시하고 있으며, 간접수용의 개념과 예외적 상황에 대해서도 규정하고 있다. 그리고 투자협정상에 간접수용과

정당한 비보상규제를 구분하여 명시하고, 간접수용의 대상이 되는 투자도 규정함으로써 이와 관련한 분쟁을 미연에 방지하는 것이 중요하다. 예컨대, 한-미 FTA 제11.28조는 간접수용의 대상이 되는 투자를 일일이 나열하여 명시하고 있다.

그러므로 간접수용과 관련한 다양한 투자분쟁에 대응하기 위해서는 전술한 간접수용의 판단기준을 충분히 숙지하여 전략적으로 활용할 필요가 있으며, 투자유치국과 외국인투자자가 사전에 협의와 조율을 통하여 모호한 단어나 해석기준을 배제하고, 투자협정상에 간접수용의 판정기준을 명확히 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 간접수용과 관련하여 다양한 분쟁들이 발생하고 있으므로 간접수용과 관련한 투자분쟁사례의 DB를 구축하여 예측가능성을 향상시킬 필요가 있다. 마지막으로 향후 지속적인 판례의 검토를 통하여 시대적 요구에 부응한 더 발전된 형태의 간접수용 판단기준이 수립되어야 할 것이다.

참고문헌

- Anne K. Hoffmann, “Indirect Expropriation” in August Reinisch(ed.), Standards of Investment Protection, (Oxford University Press, 2008).
- August Reinisch, “Expropriation”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer(eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, (Oxford University Press, 2008).
- Barnali Choudhury, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, (Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 41, 2008).
- Campbell McLachlan QC, Laurence Shore and Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, (Oxford University Press, 2007).
- Caroline Henckels, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analyse and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, (Journal of International Economic Law, Vol. 5, No.1, 2012).
- Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties, (Oxford University Press, 2010).
- Perkams M., The concept of indirect expropriation in comparative public law - searching for light in the dark. In: Schill S, ed. International Investment Law and Comparative Public Law, (Oxford University Press, 2010).
- Rüdiger P. Tschering, “Indirect Expropriation of Carbon-intensive Investments and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Arbitration: A Commentary on the Pending Vattenfall v. Federal Republic of Germany Dispute”, The Centre for Energy and Mineral Law and Policy Review, (May 16, 2011).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, The International Law on Foreign Investment (3rd Edition), (Cambridge University Press, 2010).
- UNCTAD, “EXPROPRIATION” (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), (UNITED NATIONS), New York and Geneva, 2012.

ABSTRACT

A Study on the ICSID Arbitration Cases for Determination Standards of Indirect Expropriation

Won-Suk Oh
Ji-Hyeon Hwang

Under current international investment law clear criteria to determine standards of indirect expropriation are absent. Arbitral tribunals determine on a case-by-case whether an indirect expropriation has occurred by conducting a fact-based inquiry. However, three common determination standards can be inferred by analyzing prior arbitration cases.

The appropriate analytical framework that can be applied to determine whether a state's measure constitutes an indirect expropriation is as follows. i) the degree of economic invasion of the state's action into the foreign investor's property rights and durability of the period, ii) interference with the foreign investor's distinct and reasonable investment-backed expectations, and iii) the nature, purpose and character of the state's measure.

Therefore, it is necessary to fully acknowledge and to utilize strategically this determination standard. However, derived standards cannot be applied to all disputes en masse. So, it is desirable to exclude ambiguity and to clearly define the determination standard of indirect expropriation in investment agreements, since arbitral tribunals can apply different determination standards on a case-by-case basis.

And, based on the discussions until now, more developed standards and direction in response to demand should be established through consistent analysis and review of precedents related to indirect expropriation. Lastly, This study is expected to be a useful guideline to prepare a necessary countermeasure to prevent dispute related to indirect expropriation beforehand or in case of dispute occurrence.

Key Words : Indirect Expropriation, ICSID, International Investment Dispute, ISD, International Investment Agreement