

무역상무연구  
제71권  
2016. 8, pp. 195~216.

논문접수일 2016. 08. 07.  
심사완료일 2016. 08. 25.  
게재확정일 2016. 08. 26.

## 국제투자분쟁에서 공정·공평 대우에 관한 ICSID 중재사례 연구\*

- 외국인투자자의 정당한 기대 보호를 중심으로 -

황지현\*\*

- 
- I. 서론
  - II. 공정·공평 대우의 의미
  - III. 공정·공평 대우의 판단기준
  - IV. ICSID 중재사례 분석
  - V. 결론
- 

주제어 : 공정·공평대우, 국제투자분쟁, 최소기준대우, 양자투자협정, 국제투자분쟁해결센터

### I. 서론

최근 국제투자분쟁이 급증하고 있으며,<sup>1)</sup> 국제투자분쟁의 유형 중에서 투자유치국이 외국인투자자에 대한 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: 이하

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.  
(NRF-2015S1A5B5A07041817)

\*\* 숭실대학교 글로벌통상학과 초빙교수, e-Mail : jee-hyon@hanmail.net

1) UNCTAD 보고서에 의하면, 1987년~2015년까지 국제투자분쟁은 총 696건으로 집계되고 있다(UNCTAD, “INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2015 [IIA Issues Note, No. 2, June, 2016]”, UNCTAD, 2016, p. 2).

FET)를 위반하였는지의 여부가 중요한 쟁점이 되고 있다. 외국인투자자를 보호하는 원칙과 관련하여 가장 많이 인용된 것이 FET 위반이다. FET의 범위는 중재판정부마다 견해의 차이가 있을 것이나, 일반적으로 투자유치국의 조치가 취해진 목적 및 그러한 조치가 외국인투자자에게 미친 영향 등을 종합적으로 고려하여 사안별로 판정이 이루어져 왔다. 많은 중재판정부는 그동안 FET에 대한 다양한 판단기준을 제시하였는데, 축적된 중재사례를 분석해 보면 외국인투자자의 정당한 기대 보호, 적법절차 및 사법거부, 투명성, 비차별성 및 비자의성, 신의성실 등이 있다.

외국인투자자의 정당한 기대(*legitimate expectations*) 보호는 FET 위반 여부 판단시 중요한 기준이라는 점에서 많은 중재판정부가 그 의견을 같이 하고 있다. 따라서 중재사례의 심층적인 분석을 통하여 중재판정부가 어떠한 기준과 원칙을 바탕으로 외국인투자자의 정당한 기대 보호를 판정하는지 살펴보는 것은 중요하다. 즉, 외국인투자자의 어떠한 기대가 정당한 것으로 보호 받을 수 있는지와 외국인투자자의 정당한 기대가 어떠한 상황에서 형성될 수 있는지에 대하여 고찰할 필요가 있다.

FET 위반 여부 판단시 외국인투자자의 정당한 기대 보호와 관련하여 아직은 확립된 원칙이 없으나, 중재판정부가 서로 다른 해석을 내리는 듯 보인다. 그러나 축적된 중재사례를 심층적으로 분석해 보면, 이들 간의 일관된 기준들이 존재함을 찾을 수 있으며, 이는 동일·유사분쟁에 있어 예측가능성을 제고할 수 있기에 중요한 의의를 가진다.

그러므로 본 연구는 FET 판단기준 중 선행연구<sup>2)</sup>에서 다루어지지 않은 외국인투자자의 정당한 기대 보호에 초점을 맞추어 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: 이하 ICSID)에서 최근에 판정한 중재사례를 심도있게 분석함으로써<sup>3)</sup> 이에 대한 실질적인 이해와 명확한 방향을 정립해 보고, 문제된 쟁점별로 시사점 및 유의점을 도출하고자 한다. 그리고 이러한 사례 분석을 통하여 외국인투자자의 보호 방안 및 투자유치국의 합리적인 규제권 확보 방안을 제시하여 국제투자분쟁을 대비하는데 도움이 되고자 한다.

2) 박선욱, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전”, 법학연구 제44권, 한국법학회, 2011; 김용일·홍성규, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 중재연구 제22권, 한국중재학회, 2012; 최영주·황지현, “국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준”, 무역상무연구 제57권, 한국무역상무학회, 2013 등이 있다.

3) 본 연구의 범위를 ICSID 중재사례로 한정된 이유는 국제투자분쟁은 ISD 조항에 의하여 국제투자분쟁만을 전문적으로 다루는 중재기관인 ICSID에 제소될 가능성이 높기 때문이다. 그리고 ICSID 협약은 판정의 확정력을 확실하게 규정하고 판정에 집행력을 부여하기 위한 최적의 조건을 정하고 있다(오원석·김용일·이기욱, “ICSID 중재판정의 승인과 집행에 관한 제 고찰”, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014, p. 88).

## II. 공정·공평 대우의 의의

### 1. FET의 의의 및 연혁

FET는 투자유치국이 외국인투자자를 공정하고 공평하게 대우해야 할 의무를 말한다. 외국인투자자를 보호하는 규범 중의 하나인 FET는<sup>4)</sup> 1948년 쿠바의 하바나에서 국제무역기구(International Trade Organization) 설립을 위하여 채택한 하바나 헌장(Havana Charter) 제11조 제2항에 처음 규정되었다.<sup>5)</sup> 그리고 같은 해 콜롬비아의 보고타에서 채택한 보고타 헌장(Economic Agreement of Bogota) 제22조에도 FET에 관한 내용을 찾아볼 수 있다.<sup>6)</sup> 이후 1959년 해외투자에 대한 협약초안(Draft Convention on Investments Abroad) 제1조,<sup>7)</sup> 1967년 OECD에 의해 제안된 외국인 재산보호에 관한 협약초안(OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property) 제1조 제(a)항, 1983년 다국적기업에 대한 국제연합의 행동규약 초안 (the draft for a UN Code of Conduct on Transnational Corporations), 1992년 세계은행(World Bank)과 국제통화기금(IMF)이 채택한 외국인 직접투자의 대우에 관한 가이드라인(Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment) 제3장 제2조, 1992년의 NAFTA 제1105조 제1항, 1994년 에너지헌장조약 제10조 제1항, 1998년 OECD의 다자간투자협정초안(The OECD Draft Negotiating Text for a Multilateral Agreement on Investment) 제4장 제1조 제1항 등과 수많은 BIT에 FET가 규정되었다.

이렇듯 FET는 국제조약 및 투자협정을 통해 명시되어 왔지만<sup>8)</sup> 아직 FET에 관한

- 
- 4) 외국인투자자를 보호하는 규범으로 FET 이외에도 내국민대우(National Treatment), 최혜국대우(Most Favoured Nation Treatment) 등이 있으며, 대부분의 BIT에서 이러한 규정들을 찾아볼 수 있다.
  - 5) 동 헌장 동조 동항에 FET가 규정되어 있는데, “Fair and Equitable”이 아니라 “Just and Equitable”이라고 명시하고 있다.
  - 6) 동 헌장 동조에 “equitable treatment”라는 문언이 명시되어 있으나, 하바나 헌장처럼 동 헌장도 기준에 실패하였다.
  - 7) 원문은 다음과 같다. “Each Parties shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of nationals of the other parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories on the other parties, and the management, use, and employment thereof shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures.”
  - 8) Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, pp. 261~262.

명확한 법리가 확립되어 있지 않다. 따라서 국제투자분쟁에서 많은 논란이 되어온 FET에 대하여 중재판정부는 폭넓은 해석 가능성을 가지고 다양한 기준을 제시하여 왔다. FET를 해석함에 있어서 공정(fair)과 공평(equitable)의 개념에 관한 범위를 확정하는 것이 쉽지 않은데, 과거에는 FET에 포함된 공평의 개념이 대우의 제공자인 국가 주권의 평등이라는 관점에서 논의되었으나 오늘날은 대우의 수혜자에 대한 평등이라는 관점에서 논의되고 있으며,<sup>9)</sup> FET에 포함된 공정과 공평의 개념은 각각 독립된 의미가 아니라 그 자체로서 하나의 기준으로 해석되고 있다.<sup>10)</sup> 그리고 중재판정부들은 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조에 따라 협정문의 문맥속에서 협정의 목적과 취지를 고려하여 그 용어(terms)에 부여되는 통상적 의미에 따라 해석하려고 하고 있다.

## 2. FET와 국제관습법상 최소기준대우 간의 관계

FET를 국제관습법상 인정되는 최소기준으로 해석할 것인지 아니면 독자적으로 폭넓게 해석할 것인지와 관련하여 많은 논란이 되어 왔다. FET의 범위와 관련하여 UNCTAD 보고서에 의하면, FET를 국제관습법상의 기준에 따르면서 그 범위를 제한적으로 해석한 사례, 국제관습법상의 기준에 따르면서 동 기준은 계속 발전해오고 있음을 인정한 사례,<sup>11)</sup> 그리고 국제관습법상의 기준을 고려하지 않고 FET를 문언대로 폭넓게 해석하여 적용한 사례로 구분하고 있다.<sup>12)</sup>

국제관습법상 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)는 투자유치국이 외국인투자자에게 국제관습법에서 인정되는 최소한의 대우를 해주어야 하는 것을 말한다. 이와 관련하여 한 판례를 살펴보면, *Mobil & Murphy v. Canada* 사건의 중재판정부는 최소기준대우를 위반하였는지 판단하기 위해서는 투자유치국의 확약과 그러한 확약을 믿고 외국인투자자가 투자를 진행하였는지의 여부, 그리고 투자유치국이 이후에 확약을 위반하였는지를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고

9) Todd Weiler, *The Interpretation of International Investment Law : Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 200-210.

10) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law (2nd Edition)*, Oxford University Press, 2012, p. 133.

11) *RDC v. Guatemala* 사건의 중재판정부는 최소기준대우는 시대에 따라 그 의미와 해석이 진화한다고 판시하였다(*Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, June 29, 2012).

12) UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking", *UNCTAD*, 2007, pp. 43~46.

판시하였다.<sup>13)</sup>

FET를 국제관습법상의 최소기준대우로 보는 견해가 있다.<sup>14)</sup> 이와 관련하여 한 판례를 살펴보면, *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건의 중재판정부는 FET는 국제관습법상 최소기준대우와 근본적으로 다르지 않다고 실시하였다.<sup>15)</sup> 일부 투자협정들을 살펴보면, 외국인투자자에 대한 보호규범으로 최소기준대우를 조항을 두고 이는 FET와 충분한 보호 및 안전(Full Protection and Security: 이하 FPS)<sup>16)</sup>을 포함하는 개념이라고 명시하고 있다. 예컨대, CAFTA 제10.5조(최소기준대우) 제1항은 “각 당사자는 국제관습법에 따라 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호와 안전을 포함하여 보장되는 투자대우를 준수하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 한·미 FTA 제11.5조에 의하면, 최소기준대우는 FET와 FPS를 포함하는 개념이라고 규정하고 있다.

NAFTA 제1105조(최소기준대우) 제1항은 “각 당사국은 상대국 투자자의 투자에 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호와 안전을 포함한 국제법에 따른 대우를 보장하여야 한다”고 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 이와 관련하여 NAFTA 분쟁사건에서 동 조항의 해석을 두고 논란이 많았다. 이후 동 조항을 국제관습법상의 최소대우기준을 넘어 확장해석하는 판정들이 이루어지자 NAFTA 자유무역위원회(Free Trade Commission: 이하 FTC)는 2001년 7월 31일 이에 대한 해석지침을 발표하였다. 해석지침에 따르면, 제1105조 제1항은 외국인투자자에 대한 국제관습법상의 최소기준대우를 의미하며, FET는 외국인투자자에 대한 국제관습법상의 최소기준대우 이상을 요구하지 않으며, NAFTA상의 다른 조항의 위반이 곧 동 조항의 위반을 구성하는 것은 아니라고 명시하고 있다. 즉, NAFTA FTC는 FET가 국제관습법상의 최소

13) *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Pending, January 21, 2014.

14) FET는 어떠한 경우에도 투자유치국이 외국인투자자에게 국제관습법에서 요구하는 것보다 낮은 수준의 대우를 해서는 아니된다는 것이다.

15) *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, October 31, 2012.

16) FPS는 투자유치국이 외국인투자자를 보호하기 위하여 경찰력의 동원 등 물리적 보호를 취해야 할 의무를 말한다. FPS는 물리적 안전(physical security)에만 적용되어 왔기에 투자유치국은 경찰력을 동원하여 투자자 및 투자를 보호해야 하는 것에 한정된다는 것이 일반적인 견해였으나, 최근에는 이 보호의무의 기준을 전통적 범위를 넘어 법적 보호(legal protection) 등에 확대 적용한 사례가 나오고 있어 이 보호의무의 적용범위가 어디까지인가와 관련하여 논란이 일고 있다(김상훈, “국제투자중재판정에 있어서 충분한 보호 및 안전 의무의 범위에 관한 최근의 상황”, *홍익법학* 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, p. 716).

17) 원문은 다음과 같다. “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.”

기준대우에서 요구하는 것 이상의 대우를 요구하지 않음을 분명히 하였다.

그러나 FET를 국제관습법상의 최소기준대우에 국한되는 개념이 아니라고 보는 견해도 있다. 이와 관련하여 한 판례를 살펴보면, *Inmaris v. Ukraine* 사건의 중재판정부는 NAFTA FTC가 동 조항에 대한 해석지침을 마련하여 FET가 국제관습법상의 최소기준대우를 의미하고 그 이상의 대우를 요구하는 것은 아니라고 선언한 바 있으나, 본 사건의 독일-우크라이나 BIT에는 이에 대한 명시적인 규정이 없으므로 본 중재판정부는 그러한 해석에 구속되지 않는다면 동 BIT에 규정된 FET는 국제관습법상의 최소기준대우에 국한되지 않는다고 실시하였다. 또한 외국인투자자에 대한 불공정하고 불공평한 투자유치국의 행위 및 조치는 FET 위반이라고 판시하였다.<sup>18)</sup>

FET가 국제관습법상의 최소기준대우인지 아니면 그것을 뛰어넘는 협정상의 기준인지에 관하여 중재판정부마다 견해의 차이가 있다. FET 범위를 제한적으로 해석할 경우 투자유치국의 조치가 FET를 위반하였다는 점을 입증하기 쉽지 않아 외국인투자자에게 불리할 수 있으며, FET 범위를 넓게 해석할 경우 투자유치국이 고유한 규제권을 행사하는데 일정한 제한을 받을 수 있으므로 투자유치국에게 불리할 수 있다. 그리고 FET 범위를 독자적으로 해석할 경우에는 투자협정에 명시된 문언뿐만 아니라 협정의 목적도 중요하다.<sup>19)</sup> 중재판정부는 투자협정이 규정하고 있는 내용, 협정의 체결과정 및 체약국의 의사 등을 고려하여 FET를 판단하고 있다.<sup>20)</sup>

### III. 공정 · 공정 대우의 판단기준

FET 판단기준과 관련하여 축적된 중재사례를 분석해 보면 외국인투자자의 정당한 기대 보호, 적법절차 및 사법거부, 투명성, 비차별성 및 비자의성, 신의성실 등이 있다. 사안에 따라 달리 해석될 여지가 있지만, 다음의 FET 구성요소를 고려하여 관련 투자분쟁을 대비하기 위한 지침을 마련하는 것이 필요하다.

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

19) 코테라 아키라 외 공저(박덕영 · 오미영 옮김), 국제투자협정과 ISDS, 한국학술정보, 2012, pp. 164-165.

20) 법무부, 투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석, 2014, p. 170.

## 1. 외국인투자자의 정당한 기대 보호

외국인투자자의 정당한 기대는 보호받아야 하며, 투자유치국이 이러한 기대를 침해한 경우 FET 위반을 구성할 수 있다.<sup>21)</sup> *Gold Reserve v. Venezuela* 사건의 중재판정부는 외국인투자자의 정당한 기대는 보호받아야 한다면서 이는 많은 국내 법 체계에 존재하며, 국제법의 일부를 형성하고 있다고 판시하였다.<sup>22)</sup> 그러므로 외국인투자자의 어떠한 기대가 정당하고 합리적인 것으로 인정받을 수 있는지가 중요하다. 외국인투자자의 주관적인 기대만으로는 정당한 기대가 성립되지 않고 투자유치국이 그러한 기대를 갖게 하는 명시적 또는 묵시적인 약속이나 행위를 했을 경우<sup>23)</sup> 외국인투자자의 정당한 기대는 성립될 수 있다. *Duke Energy v. Ecuador* 사건의 중재판정부는 투자당시에 외국인투자자의 정당한 기대는 합리적이어야 하며, 이를 판단하기 위해서는 투자와 관련한 투자유치국의 모든 상황을 고려하여야 하는바, 이는 외국인투자자의 기대와 인과관계가 있어야 한다고 판시하였다.<sup>24)</sup>

외국인투자자가 투자당시에 가지는 법적 및 사업적 환경의 안정성은 합리적인 기대로 보호되어야 한다. 이는 장기투자과 관련하여 문제가 되는 바, 투자유치국의 조치로 투자당시와는 다른 투자환경의 변화가 이루어지고, 이러한 변화가 외국인투자자의 투자자산에 손실을 야기하였을 경우에 발생할 수 있다. 따라서 투자유치국은 제도 및 정책의 변경시 외국인투자자가 예측가능할 수 있도록 투명성과 일관성을 가지고 행위하면서 외국인투자자에게 투자의 안정성과 예측가능한 환경을 마련해 주어야 한다.

FET 위반 여부를 판단시 외국인투자자의 정당한 기대와 공익을 위한 투자유치국의 정당한 규제권은 함께 고려되어야 하는바, 이는 이익형량을 통하여 이루어져야 한다. 즉, FET 위반은 외국인투자자의 정당한 기대와 투자유치국의 공공목적을 위한 규제권과의 비교형량을 통하여 판단해야 한다. *Continental Casualty v. Argentina* 사건의 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT상에 외국인투자자의 투자를 위한 법적 환경의 안정성이 명시되었을지라도 이를 이유로 투자유치국이 필요한 법률 개정

21) *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, March 2, 2015.

22) *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, September 22, 2014.

23) *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, June 6, 2008.

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

을 제한하는 것은 합리적이지 않다고 판시하였다.<sup>25)</sup>

외국인투자자의 정당한 기대 보호와 관련하여 최근 주요 쟁점이 되었던 부분이 투자유치국의 법체계(legal framework)의 변경이다. 외국인투자자에게 영향을 미치는 투자유치국의 법체계가 변하지 않고 계속 그대로 유지될 것이라는 외국인투자자의 기대는 합리적으로 인정될 수 없다는 것이 최근 판정의 경향이다.<sup>26)</sup> 그러나 투자유치국이 명시적인 약속을 통하여 외국인투자자에게 그러한 기대를 갖게 한 경우에는 FET 위반 여부가 문제될 수 있다.

## 2. 적법절차 및 사법거부

투자유치국은 어떠한 조치를 취할 경우 적법절차에 따라야 하며, 사법거부를 배제한 행위를 해서는 아니되는데, 이를 보장하지 못한 경우 FET 위반이 성립될 수 있다.<sup>27)</sup> 적법절차(due process)는 투자유치국의 조치가 공정한 절차를 통하여 이루어졌는지를 말하는데 적법한 통지 절차, 공평한 항변의 기회, 공정한 절차의 보장, 공평한 판정 등이 있다. 외국인투자자는 투자유치국의 법에서 보장하는 적법절차에 따라 대우를 받을 권리가 있으며, 적법절차의 결여는 FET 위반이 될 수 있다. *Swisslion v. Macedonia* 사건의 중재판정부는 FET 핵심은 투자유치국이 외국인투자자를 적법절차에 따라 대우할 의무라고 하면서 본 사건에서 투자유치국은 외국인투자자에게 계약상 소송과 무관한 행정절차를 밟도록 강제함으로써 절차상의 정의를 거부하였으므로 FET 위반에 해당한다고 판시하였다.<sup>28)</sup>

사법거부(denial of justice)는 투자유치국이 외국인투자자에게 부당한 사법권을 행사하는 것을 말하는데 부당하게 소송절차를 지연, 재판거부, 부적절한 판단, 명백히 악의적으로 법을 적용하는 경우, 사법절차상의 하자 등이 있다. 이러한 사법거부는 FET 위반을 구성한다.<sup>29)</sup> *Jan de Nul v. Egypt* 사건의 중재판정부는 FET 위반 여부의 판단기준은 문제된 소송절차에서 사법거부가 있었는지에 비추어 살펴 보아야 하는 바, 본 사건에서 투자유치국의 행위는 절차상의 사법거부 및 실제적인

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

26) *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, March 30, 2015.

27) 적법절차의 보장과 사법거부의 배제는 국제관습법의 일부로 인정되어 왔다.

28) *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, July 6, 2012.

29) *Dan Cake (Portugal) S.A v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/9, Pending, July 22, 2016.



사법거부에 해당하지 않는다고 판시하였다.<sup>30)</sup> *Saipem v. Bangladesh* 사건에서 투자유치국 법원이 먼저 이루어진 ICC 중재판정을 무효로 판단한 행위는 투자유치국의 사법거부로 FET 위반이라는 외국인투자자의 주장과 관련하여 중재판정부는 투자유치국의 행위는 권리남용으로 국제법 원칙과 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(뉴욕협약) 제2조를 위반하였다고 판시하였다.<sup>31)</sup> *BIVAC v. Paraguay* 사건의 중재판정부는 투자유치국은 주권적 권한을 행사하지 않았고, 계약에서 합의된 법정이 여전히 이용가능하므로 FET를 위반하지 않았다고 판시하였다.<sup>32)</sup>

사법거부에 관한 FET 위반 여부 판단시 투자유치국의 국내법 체제를 기준으로 동 법체제의 악의적인 운용이 있었는지에 초점을 두고 이루어지나 국제법이 함께 고려되기도 한다. *Bosh v. Ukraine* 사건의 중재판정부는 투자유치국 법원의 행위가 FET를 위반하였는지의 여부는 준거법인 투자유치국 법이 국제법에 합치되는가의 여부와 이 법을 국제기준에 합치하도록 적용하였는가에 따라 결정되는데, 법의 일반 원칙인 기판력에 관한 투자유치국법의 내용과 투자유치국 법원이 적용한 방법이 사법적으로 적절하였는지를 고려하여야 하는 바, 최종판결에 대해서만 기판력을 인정하는 투자유치국 법의 내용과 이를 적용한 방법이 국제적 기준을 위반한 것은 아니라면서 투자유치국이 FET를 위반하지 않았다고 판시하였다.<sup>33)</sup> *Flughafen v. Venezuela* 사건의 중재판정부는 FET 판단기준 중의 하나인 사법거부 금지의 국제 관습법의 일부이며, 외국인투자자를 대우하는 국내 사법체계는 명확하고 분명하여야 하는 바, 본 사건의 모든 상황을 고려할 때 투자유치국의 사법거부가 존재한다고 판시하였다.<sup>34)</sup>

### 3. 투명성

투명성(transparency)은 외국인투자자의 투자와 관련하여 투자유치국의 법체계가 명확하고, 외국인투자자에게 영향을 미치는 투자유치국의 모든 행위가 그 법체계

30) *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.

31) *Saipem Sp.A v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, June 30, 2009.

32) *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Concluded, August 7, 2014.

33) *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, October 25, 2012.

34) *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award, November 18, 2014.

내에서 이루어지는 것을 말한다.<sup>35)</sup> 투명성은 투자유치국이 외국인투자자에게 투자와 관련되는 법률, 제도, 정책, 절차 등을 공개하는 것으로 이는 외국인투자자에게 예측가능성을 향상시킴으로써 투자의 안정성을 보장할 수 있으며, 투자유치를 촉진하는데 도움이 되기도 한다. 이와 관련하여 한 판례를 살펴보면 *LG&E v. Argentina* 사건의 중재판정부는 FET는 투자유치국이 외국인투자자에게 모호성을 배제하고 일관적이며 투명한 행위를 하여야 할 의무를 포함한다고 판시하였다.<sup>36)</sup>

투명성은 외국인투자자의 합리적인 기대 보호와 밀접한 관련이 있다. 일반적으로 절차적 투명성을 통하여 외국인투자자의 정당한 기대 보호가 이루어진다. 투자유치국의 행위는 외국인투자자의 투자와 관련하여 모호성을 배제하고, 일관성 있고 투명하게 이루어져야 한다. 따라서 투자유치국은 외국인투자자에게 투명성과 예측가능성을 보장하여 투자와 관련한 법률이나 정책들을 외국인투자자들이 충분히 인지할 수 있게 하여야 할 의무가 있으며, 이러한 투명성이 결여된 경우 FET 위반을 구성할 수 있다.

#### 4. 비차별성 및 비자의성

외국인투자자에 대한 투자유치국의 행위가 차별적이고 자의적이었다면 이는 FET 위반에 해당할 수 있다.<sup>37)</sup> 차별성(discrimination)은 외국인투자자를 차별하는 투자유치국의 의도적인 행위이며, 자의성(arbitrariness)은 사실이나 합리성에 근거하기보다는 편견이나 선호에 근거한 개인적 재량에 의한 행위이다.<sup>38)</sup>

차별성과 관련하여 판례를 살펴보면, *Desert Line v. Yemen* 사건의 중재판정부는 투자유치국이 중재판정의 내용을 수용하지 않고, 절반에 해당하는 금액을 외국인투자자에게 합의하도록 (강압)한 양해각서는 오만-예멘 BIT 제3조의 차별적이고 불법적인 조치를 하지 않아야 한다는 규정에 위배되므로 FET를 위반했다고 판시하였다.<sup>39)</sup> *Toto v. Lebanon* 사건의 중재판정부는 투자유치국은 거래의 기본적인 조

35) Peter Muchlinski & Federico Ortino & Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 625~628.

36) *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.

37) UNCTAD, "FAIR AND EQUITABLE TREATMENT" (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), *UNITED NATIONS*, New York and Geneva, 2012, p. 31.

38) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, October 5, 2012.

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

건을 차별적으로 변경하는 조치를 취하지 않는 한 FET를 위반한 것으로 볼 수 없다면서 본 사건에서는 투자유치국이 조세 및 관세 정책을 변경하는 과정에서 부당한 조치를 취했음을 외국인투자자가 입증하지 못하였기에 FET 위반이 아니라고 판시하였다.<sup>40)</sup>

자의성과 관련하여 판례를 살펴보면, *RDC v. Guatemala* 사건의 중재판정부는 문제가 된 투자유치국의 행위는 외국인투자자가 신뢰하였던 약속을 위반하였고, 자의적일 뿐만 아니라 매우 불공평하고 불공정한 것이라고 판시하였다.<sup>41)</sup> *TECO v. Guatemala* 사건의 중재판정부는 FET 위반 여부 판단시 문제된 투자유치국의 행위가 객관적으로 자의적인 행위였는지가 중요한 기준이라고 판시하였다.<sup>42)</sup>

FET의 구성요소인 차별성은 내국민과 외국인투자자를 차별하지 말아야 한다는 의미뿐만 아니라 외국인투자자들 간에도 불합리한 차별이 없어야 한다는 점까지 포함하는 개념으로 보아야 한다. 자의성은 정당한 이유나 근거 없이 외국인투자자에게 손해를 입히는 투자유치국의 고의적인 조치인데, 투자유치국의 조치가 자의적인 행위라는 것을 입증하는 것이 쉽지 않다. 차별성과 자의성은 중재판정부의 해석에 따라 FET의 구성요소로 검토되기도 하고, FET와는 별도로 내국민대우 위반으로 검토되기도 한다.<sup>43)</sup>

## 5. 신의성실

신의성실(good faith)은 국제법상의 일반원칙으로서 국제관습법상의 의무이다.<sup>44)</sup> 동 원칙에 따라 투자유치국과 외국인투자자는 협정상의 의무를 성실하게 이행하여야 한다. 많은 중재판정부는 FET에 신의성실이 내재되어 있음을 실시하였다.<sup>45)</sup>

40) *Toto Costruzioni Generali Sp.A v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, June 7, 2012.

41) 중재판정부는 투자유치국이 CAFTA 제10.5조에 위반하였다고 판시하였는데, 동 조항은 FET를 포함하는 최소기준대우이다(*Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, June 29, 2012).

42) *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, December 19, 2013.

43) *Azurix v. Argentina* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 자의적 행위는 그 자체로 협정상의 위반으로 보아야 하며, 투자유치국의 조치가 자의적인 행위인지의 여부는 관련 협정상의 문언과 맥락에 비추어 보아야 한다고 판시하였다(*Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006).

44) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op. cit.* (각주 10), pp. 156~157.

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

*Tecmed v. Mexico* 사건의 중재판정부는 FET는 국제법상 인정되는 신의성실(bona fide) 원칙의 일부이자 또 다른 표현이라면서 FET 위반이 성립되기 위해서 반드시 악의(bad faith)가 필요한 것은 아니라고 판시하였다.<sup>46)</sup> *Wast Management Inc. v. Mexico* 사건의 중재판정부는 투자유치국이 신의성실(선의)에 따라 행동할 의무는 NAFTA 제1105조 제1항에서 규정하는 FET의 기본의무라고 하면서 투자유치국이 부적절한 수단을 통하여 외국인투자자의 투자를 좌절시키는 것은 FET 위반이라고 판시하였다.<sup>47)</sup>

다수의 중재판정부의 견해를 살펴보았을 때, 투자유치국이 신의성실(선의) 원칙에 따라 행위하지 않을 경우 FET를 위반이 성립할 수 있으며,<sup>48)</sup> 여기에는 투자유치국에 악의가 반드시 필요한 것은 아니라고 보인다. 그리고 신의성실은 국제관습법상 인정되는 FET 요소라고 볼 수 있다. 그러므로 FET는 신의성실의 원칙과 협정에서 규정하고 있는 일반적인 의미에 따라 해석되어야 한다.

#### IV. ICSID 중재사례 분석

FET 판단기준 중 외국인투자자의 정당한 기대 보호는<sup>49)</sup> 사례별로(case by case) 다양한 해석이 이루어지고 있는 실정이다.<sup>50)</sup> 그러므로 ICSID에서 최근에 판정한 중재사례를 심층적으로 분석함으로써 어떠한 상황에서 외국인투자자의 어떠한 기대가 정당한 것으로 보호받을 수 있는지를 고찰하는 것은 중요하다.

FET 위반 여부 판단시 외국인투자자의 정당한 기대 보호와 관련한 판례들을 살펴보면 다음과 같다. *Ioan v. Romania* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 규제나

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

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

48) 그러나 *ADF Group v. U.S.* 사건의 중재판정부는 FET 판단기준으로 신의성실은 참고사항일 뿐이라면서 신의성실을 언급한 선례들의 경우 이를 근거로 FET 위반을 판정하지 않았다고 실시하였다(*ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, January 9, 2003).

49) Roland Kläger, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 165.

50) 그러나 FET 위반 여부 판단시 투자유치국의 자의성이 중요한 기준이라면서 외국인투자자의 정당한 기대는 고려기준이 아니라고 판시한 사례도 있다(*TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, December 19, 2013).

법률이 변하지 않고 그대로 유지될 것이라는 외국인투자자의 기대는 합리적으로 인정될 수 없지만, 투자유치국이 공개적인 성명이나 행위를 통하여 외국인투자자에게 그러한 기대를 갖게 한 경우에는 외국인투자자의 정당한 기대 위반이 문제될 수 있다고 판시하였다.<sup>51)</sup> *Impregilo v. Argentina* 사건의 중재판정부 역시 외국인투자자에게 영향을 미치는 투자유치국의 법체계가 그대로 유지될 것이라고 외국인투자자는 기대할 수 없다고 판시하였다.<sup>52)</sup>

*Electrabel v. Hungary* 사건의 중재판정부는 FET 목적은 외국인투자자의 정당한 기대를 보호하는 것이며, 투자유치국의 약속은 외국인투자자가 가지는 합리적인 기대의 근거가 된다고 실시하였다. 또한 투자유치국은 공공의 이익을 위하여 규제권을 행사할 수 있으며, FET는 투자유치국의 법규가 변하지 않고 항상 그대로 유지될 것이라는 의미가 아니라 변경이 이루어지더라도 이를 일관되고 예측가능하게 시행할 것을 의미한다고 판시하였다.<sup>53)</sup> *David v. Poland* 사건의 중재판정부는 투자유치국은 합리적인 일관성 및 투명성과 같은 기준을 가지고 일반적인 기대를 형성하여 행동하므로 외국인투자자는 자신이 정당한 기대라고 주장하는 구체적인 기대를 보호받기 위해서는 이를 입증하여야 한다고 판시하였다.<sup>54)</sup>

그리고 *Joseph v. Ukraine* 사건의 중재판정부는 외국인투자자가 투자유치국에 투자할 당시 신뢰하였던 정당한 기대를 침해하는 경우 FET 위반이 성립될 수 있는데, 이는 투자유치국이 공공의 이익을 위하여 시행할 수 있는 고유한 규제권을 고려하여 비교형량해야 한다면서 외국인투자자의 정당한 기대와 투자유치국의 규제권 사이의 균형을 고려하여 FET 위반 여부를 판단해야 한다고 판시하였다.<sup>55)</sup> *Perenco v. Ecuador* 사건의 중재판정부 역시 외국인투자자의 정당한 기대와 투자유치국의 합리적인 규제권 행사를 비교형량하여 균형있는 시각으로 FET 위반 여부에 접근해야 한다고 강조하였다.<sup>56)</sup>

이하에서는 ICSID에서 판정된 외국인투자자의 정당한 기대를 부정한 사례 및 인정된 사례에 관하여 각 쟁점별로 사실관계, 중재판정, 판례의 평가로 구분하여 자세히 고찰하기로 한다.

51) *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, December 11, 2013.

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

53) *Electrabel S.A v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Pending, December 10, 2014.

54) *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award, May 16, 2014.

55) *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, March 28, 2011.

56) *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Pending, July 6, 2016.

## 1. 외국인투자자의 정당한 기대에 관하여 부정한 사례

<i>AES v. Hungary</i> 사건 <sup>57)</sup>			
신청일	2007년 8월 13일	판정일	2010년 9월 23일
신청인	영국 & 헝가리 회사	피신청국	헝가리
법적근거	Energy Charter Treaty(이하 ECT) <sup>58)</sup>		
중재판정부	2007년 11월 20일 구성		
주요쟁점	법 개정에 따른 외국인투자자의 정당한 기대 좌절 여부		

## 1) 사실관계

피신청국은 1995년 국영 발전소를 포함한 에너지 분야의 민영화계획을 발표하였고, 이에 신청인은 1996년 7월 피신청국에 투자하였다. 전력에 대한 가격고시제(administrative pricing)는 피신청국의 2001년 전력법의 규정에 따라 2004년 1월 1일 폐지되었으며, 동 법에서 정하고 있는 새로운 가격 산정방식으로 적용되었다. 그리고 피신청국은 2004년 EU에 가입하였고, 2005년 피신청국 의회에서 일부 전력회사들이 과도한 이익을 얻고 있다는 비판이 제기되면서 피신청국은 신청인에게 서한을 보내어 회사의 수익이 너무 높으므로 영업이익률을 7.1%로 제한할 것을 요구하였다. 그러나 이후 피신청국과 신청인이 4차례나 회동을 하였으나 별다른 합의점을 도출하지 못했고, 이에 피신청국 의회는 2006년 3월 전력법을 개정하여 가격고시제를 다시 시행하였다.<sup>59)</sup>

## 2) 당사자의 주장요지

## (1) 신청인의 주장

신청인은<sup>60)</sup> 피신청국이 2001년 전력구매협정을 통하여 신청인의 투자에 대하여 재정적·법률적 안전장치를 제공하기로 약속하였으나, 신청인들이 고율의 이익을

57) *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010.

58) ECT는 에너지헌장조약으로 1991년 6월에서 1994년 12월 사이에 협상이 이루어졌으며, 에너지 분야에서의 투자보호를 위한 다자조약이다.

59) 피신청국은 동 법의 시행령을 2006년과 2007년에 2차례 공포하였으며, 전력회사에게 고정가격을 부과하기로 동 시행령에 명시되어 있었다.

60) 신청인은 영국법에 근거하여 설립된 AES Summit 회사와 이 회사가 99%의 지분을 보유하고 있는 헝가리 국적의 AES Tisza 회사이다(AES Summit Generation Limited (British), AES-Tisza Erömü Kft. (Hungarian)).

얻고 있다는 이유로 2006년 기존의 전력법을 개정하고 다시 가격고시제를 시행한 것은 신청인이 투자할 당시에 갖고 있었던 정당한 기대를 침해한 것이라고 주장하였다. 그리고 신청인들은 전력법 개정과 동법의 시행령으로 인하여 40%에 이르는 가격 인하를 감수하면서 영업손실을 입었는데, 재시행한 가격고시제는 피신청국의 정치적 목적에 의하여 도입된 부당한 제도라고 주장하였다.<sup>61)</sup>

### (2) 피신청국의 주장

피신청국은 전력회사들이 전력구매협정에 따라 누리고 있는 고율의 수익을 시정할 필요가 있어 2006년 가격고시제를 재시행한 것이라고 항변하였다.<sup>62)</sup> 피신청국은 독점적 지위를 누리고 있는 전력회사에 대하여 영업이익률 상한선(7.1%)을 설정하여 규제권을 행사할 수 있으며, 이는 불합리한 조치로 볼 수 없다고 주장하였다. 그리고 모든 전력회사가 제출한 재무제표를 검토하여 영업이익률 상한선을 초과한 4개 회사에 가격고시제를 시행하였을 뿐 특정 회사를 처음부터 염두에 두고 시행한 것은 아니라고 항변하였다.

### 3) 중재판정

중재판정부는 피신청국의 가격고시제 재시행(2006년)과 관련하여 피신청국내에서 전력회사들의 지나친 이익에 대한 비판의 목소리가 커지고 이를 개선하기 위한 입법 논의가 활발하였다는 점에 비추어 가격고시제가 상당부분 정치적 목적에서 이루어졌다고 실시하였다. 그러면서도 피신청국이 이러한 조치를 한 이유는 일부 전력회사들이 벌어들인 높은 이익으로 인하여 소비자들의 부담이 가중되는 것을 막기 위한 조치로 특정 전력회사들의 과도한 수익을 시정하려 한 것으로 이러한 피신청국의 행위는 합리적이고 타당한 조치였다고 판시하였다. 가격고시제를 집행하면서 책정가격이 회사별로 서로 달랐던 것은 동일한 계산방식에 의한 것임에도 불구하고 회사들의 수익에 기초한 것이므로 차이가 있을 수밖에 없다는 점을 고려할 때 가격고시제의 집행이 차별적이었다고 보기 어렵다고 판시하였다.

중재판정부는 신청인이 주장하는 정당한 기대는 투자가 이루어지는 시점(1996년)으로 판단하여야 하는 바, 이를 고려할 때 신청인들의 투자가 이루어진 당시에 본 사건에서 주장하는 신청인의 정당한 기대가 성립될 수 없다고 판시하였다. 신청

61) 그리고 신청인은 피신청국의 행위가 적법절차에 따라 투명하게 집행되지 않고 차별적으로 집행되었다고 주장하였다.

62) 또한 피신청국은 자국이 완전한 시장경제체로 전환할 때까지 그리고 EU 위원회가 전력구매협정의 적법성에 대하여 최종판정을 내릴 때까지 잠정적으로 가격고시제를 시행할 정당한 이유가 있었다고 주장하였다.

이 피신청국에 투자할 당시 정부의 민영화계획을 검토해 보았을 때, 이후에도 가격상한제를 유지할 것이라는 점이 명시되어 있으므로 가격규제가 시행되지 않을 것 이란 신청인의 기대는 합리적으로 인정되기 어렵다고 판시하였다. 또한 중재판정부는 피신청국이 가격고시제를 재시행하지 않을 것이라고 확약을 했는지의 여부와 그러한 확약에 반하는 조치를 했는지의 여부를 검토한 바, 이를 입증할 만한 증거가 없다고 보고 정당한 기대 위반에 근거한 신청인의 FET<sup>63)</sup> 위반 주장을 기각 하였다.

#### 4) 판례의 평가

신청인은 피신청국이 수익 상한선을 설정하고, 가격규제에 따라 가격고시제를 재시행한 것은 특정 전력회사를 겨냥한 차별적인 조치로 불합리하다고 주장하였다.<sup>64)</sup> 피신청국이 전력법(2006년)을 개정하고 관련 시행령을 집행함으로써 신청인 이 영업손실을 입어 결과적으로 신청인의 투자가치가 침해당한 것은 사실이다. 그러나 피신청국이 합리적인 정책목표를 달성하기 위하여 행사하는 고유한 규제권 까지 불합리한 조치로 볼 수 없다. 2001년 체결한 전력구매협정에는 가격규제가 시행되지 않을 것이라는 명시가 없고, 가격고시제가 폐지되면 새로운 산정방식이 적용될 것이라고 규정되어 있으며, 피신청국의 가격규제권은 공공목적을 달성하기 위한 정당하고 합리적인 조치로 볼 수 있다.

한편, 신청인이 주장한 정당한 기대 침해와 관련하여 정당한 기대를 판단하는 시점은 투자할 당시이어야 한다. 이는 다른 중재사례들을 통해서도 확인할 수 있는 데,<sup>65)</sup> 본 사건에서 신청인이 주장하는 정당한 기대는 투자할 당시에 성립될 수 없 으며, 투자 이후에 가격규제가 시행되지 않는 등 법적환경이 그대로 유지될 것이라는 기대는 받아들이기 어렵다. 그리고 중재판정부는 피신청국이 가격고시제를 다시 시행하지 않을 것이라고 확약을 했거나 그러한 확약에 반하는 조치를 취하지 않았 기에 정당한 기대를 침해하였다는 신청인의 주장은 인정되기 어렵다. 만약 투자유 치국이 투자당시에 어떠한 확약을 하였고 그 이후에 그러한 확약에 반하는 조치를 하였다면 이는 외국인투자자의 정당한 기대를 침해하는 것으로 인정될 수 있다.

63) ECT 제10조 제1항에 FET가 규정되어 있다.

64) 중재판정부는 투자유치국이 불합리하거나 차별적인 조치로 외국인투자자의 투자를 침해하 지 않아야 한다면서 ECT 제10조 제1항을 근거로 설시하였다. 이에 의하면, 계약국은 어떤 경우에도 불합리거나 차별적인 조치로 상대국 투자자의 운영·관리·처분을 방해해서는 아니 된다고 규정하고 있다.

65) *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 18, 2008.



## 2. 외국인투자자의 정당한 기대에 관하여 인정한 사례

<i>Occidental v. Ecuador</i> 사건 <sup>66)</sup>			
신청일	2006년 7월 13일	판정일	2012년 10월 5일
신청인	미국회사	피신청국	에콰도르
법적근거	미국-에콰도르 BIT <sup>67)</sup>		
중재판정부	2007년 2월 6일 구성		
주요쟁점	피신청국의 부가가치세 환급 거부 처분 및 계약 종료 명령에 따른 FET 위반 여부		

### 1) 사실관계

신청인은 에콰도르 아마존의 Block 15로 지정된 광구에서 탄화수소(hydrocarbon) 탐사 및 개발을 위하여 피신청국과 참여계약을 체결하였다. 동 사업 추진과 관련하여 발생한 비용의 부가가치세를 환급해주던 피신청국의 세무당국은 신청인에게 앞으로의 환급 거부 처분과 함께 이미 환급받았던 부가가치세까지 반환하라고 하였다. 그리고 동 계약에 의하면, 참여계약상의 권리양도는 사전에 관련부처의 승인을 받아야 한다고 규정되어 있었다. 피신청국의 사전승인 없이 권리를 양도할 경우 피신청국은 계약을 종료할 수 있었다. 그러나 신청인은 권리의 일부인 40%의 지분을 Alberta Energy Corporation에게 양도하면서 피신청국의 사전승인을 받지 않았다. 따라서 2006년 5월 15일 피신청국은 본 계약을 종료하는 명령(Caducidad Decree)을 내렸다.

### 2) 당사자의 주장요지

#### (1) 신청인의 주장

신청인은<sup>68)</sup> 피신청국이 기존처럼 부가가치세를 환급해 주리라는 정당한 기대를 가지고 있었는데 이를 거부하는 처분을 하였고, 계약상의 권리를 제3자에게 일부 이전하였는데 사전승인이 없었다는 이유로 피신청국이 일방적인 계약 종료 명령을 한 것은 미국-에콰도르 BIT상의 FET 위반에 해당한다고 주장하였다.<sup>69)</sup>

66) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, October 5, 2012.

67) 미국-에콰도르 BIT는 1993년 8월 27일 서명되고, 1997년 5월 11일 발효하였다.

68) Occidental Exploration and Production Company (U.S.), Occidental Petroleum Corporation (U.S.)

69) 미국-에콰도르 BIT 제2조 제3항 (a)호에 의하면, 다음과 같이 FET를 규정하고 있다.

“Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection

### (2) 피신청국의 주장

피신청국은 부가가치세 환급 거부 처분과 관련하여 부가가치세가 이미 계약에서 신청인측 참여율로 반영되어 있으므로 부가가치세를 환급할 필요가 없는 것이라고 주장하였다. 그리고 계약 종료 명령과 관련하여 피신청국의 사전승인 없이 신청인이 자신의 권리를 양도할 경우 피신청국은 계약을 종료할 수 있었으므로 이는 FET를 위반한 것이 아니라고 항변하였다.

### 3) 중재판정

중재판정부는 부가가치세 환급 거부 처분과 관련하여 신청인과 피신청국간 체결된 계약에서 부가가치세 환급분을 참여율로 반영하고 있지 않고, 세무당국이 기존처럼 부가가치세를 환급해 주리라는 것은 신청인의 정당한 기대로 보호받아야 한다면서 피신청국의 부가가치세 환급거부 처분은 부당하다고 판시하였다.<sup>70)</sup> 피신청국이 부가가치세를 환급해 주리라는 것은 신청인이 가지는 정당한 기대이므로 피신청국이 투자 당시의 법적·사업적 환경을 불공정하게 변경하는 것은 FET 위반에 해당한다고 볼 수 있다고 실시하였다.<sup>71)</sup>

피신청국의 계약 종료 명령과 관련하여 신청인들이 계약상의 권리를 제3자에게 양도하기 전에 피신청국의 승인을 받아야 하는 바, 이는 본 계약에 명시되어 있었으므로 피신청국의 사전승인 없이 계약상 권리의 일부를 Alberta Energy Corporation에 양도한 것은 신청인들이 계약을 위반한 것이라고 실시하였다. 그러나 중재판정부는 신청인이 피신청국의 사전승인이 없이 제3자에게 권리의 일부를 양도한 것과 이로 인한 피신청국의 계약종료 명령은 비례성(proportionality)을 적용하여야 하는 바, 이로 인한 신청인의 엄청난 투자 손실액을 고려할 때 이는 비례적인 행위라고 볼 수 없으므로 피신청국은 FET를 위반하였다고 판시하였다.<sup>72)</sup>

### 4) 판례의 평가

본 사건은 피신청국의 부가가치세 환급 거부 처분 및 계약 종료 명령과 관련하여

---

and security and shall in no case be accorded treatment less favorable than that required by international law.”

70) 피신청국은 FET 위반이 성립하려면 고의 또는 악의가 필요하다고 주장하였으나, 중재판정부는 이를 수용하지 않았다.

71) 중재판정부는 손해배상액 산정시 현금흐름할인법(Discounted Cash Flow)을 적용하여 미화 1,769,625,000달러(이자 별도)를 신청인에게 지급하라고 판시하였다.

72) 그리고 중재판정부는 피신청국의 계약 종료 명령은 간접수용에 해당하는 조치라고 판시하였다.

FET 위반 여부를 고찰하였다는 점에서 의의가 있다. 피신청국이 그동안 해왔던 부가가치세 환급을 거부하는 처분은 신청인의 정당한 기대를 침해한 것으로 FET 위반을 구성한다. 신청인은 피신청국이 계속 부가가치세를 환급해 주리라는 정당한 기대를 가지고 경영상의 계획 등을 수립하고 있었는데, 이를 거부하는 처분은 FET 위반에 해당된다. 신청인이 투자 당시에 갖고 있는 법적 및 사업적 환경의 안정성은 신청인의 정당한 기대로 보호되어야 하며 이는 FET의 핵심요소라고 볼 수 있다.

그리고 신청인이 피신청국의 사전승인 없이 계약상 권리의 일부를 양도하여 피신청국이 계약을 종료한 것과 관련하여 중재판정부는 비례성의 원칙을 적용하였다. 피신청국은 사전승인 하자로 인한 계약 종료 명령은 본 계약에 명시적으로 규정되어 있기 때문에 비례성이 적용될 수 없다고 항변하였다. 그러나 중재판정부는 피신청국의 계약 종료 명령이 본 계약을 원용하여 이루어지지 않고 비례성의 적용을 받는 피신청국법을 근거로 이루어졌으며,<sup>73)</sup> 사전승인 하자를 이유로 계약 종료에 따른 신청인의 투자 손실액이 매우 큰 점을 참작한 바, 이익형량을 통한 피신청국의 계약 종료 명령은 그 목적에 비해 부당하게 과도한 것으로 보여지므로 이는 비례적인 조치가 아니라면서 피신청국이 FET를 위반하였다고 판시하였다.

## V. 결론

외국인투자자의 보호 원칙 중의 하나인 FET를 투자유치국이 위반하였는지의 여부와 관련한 국제투자분쟁이 증가하고 있다. 따라서 본 연구는 FET에 관하여 외국인투자자의 정당한 기대 보호를 중심으로 최근 학계의 동향과 ICSID 중재판정 사례를 분석함으로써 투자유치국과 외국인투자자에게 필요한 시사점을 도출하고 유의점을 제시하고자 하였다.

FET는 국제투자법상 법리가 명확하게 확립되어 있지 않고, 중재판정부를 통하여 그 의미와 범위가 다양하게 해석되어 왔다. 많은 투자협정들은 FET를 규정하고 있으나, 구체적인 규정 방식은 협정마다 차이가 있고 일부 투자협정은 이를 최소기준대우와 연계하여 규정하고 있다. FET 판단기준과 관련하여 중재판정부는 외국인투자자의 정당한 기대 보호, 적법절차 및 사법거부, 투명성, 비차별성 및 비자의성, 신의성실 등을 제시하여 왔다.

73) 중재판정부는 본 계약은 피신청국법의 적용을 받는데 피신청국의 헌법 제24조 제3항에 의하면, 법은 위법행위와 처벌간에 적절한 비례성을 두어야 한다고 규정하고 있음을 실시하였다.

특히, 외국인투자자의 정당한 기대 보호와 관련하여 이는 외국인투자자가 투자 당시의 가치는 객관적으로 합리적인 기대이며, 투자유치국이 그러한 기대를 갖게 하는 명시적인 약속이나 행위를 하였을 경우 정당한 기대로 보호받을 수 있다. 그러나 FET 위반 여부 판단시 외국인투자자의 정당한 기대와 투자유치국이 공공목적을 위하여 행사하는 규제권은 비교형량을 통하여 함께 고려되어야 한다.

이와 관련한 투자분쟁에서 최근 주요 쟁점이 투자유치국 법체계의 변화이다. 투자유치국은 투자와 관련한 안정적인 환경을 조성할 의무가 있으나, 이는 외국인투자자에게 영향을 미치는 투자유치국의 법체계를 전혀 변경할 수 없음을 의미하는 것이 아니다. 투자유치국은 법체계를 변경하더라도 투명성과 일관성을 가지고 외국인투자자가 예측가능하게 시행해야 하며, 또한 투자유치국은 공공목적을 위하여 합리적인 규제권을 행사할 수도 있다. 따라서 외국인투자자의 정당한 기대와 투자유치국의 합리적인 규제권 행사를 이익형량하여 균형있는 시각으로 FET 위반 여부에 접근해야 한다.

그러므로 외국인투자자의 정당한 기대 보호와 관련한 FET 위반 여부 판단시 외국인투자자는 투자유치국이 안정화조항(stabilization clause)이나 그와 유사한 약정을 하지 않는 이상 비례성의 원칙이 적용될 수 있음을 염두에 두어야 하며, 투자유치국은 공익을 위한 합리적인 규제권으로 FET를 위반한 것이 아니라는 논거를 마련해 두어야 한다.

## 참 고 문 헌

- 김상훈, “국제투자중재판정에 있어서 충분한 보호 및 안전 의무의 범위에 관한 최근의 상황”, *홍익법학* 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
- 법무부, 투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석, 2014.
- 오원석·김용일·이기욱, “ICSID 중재판정의 승인과 집행에 관한 제 고찰”, *무역상무연구* 제62권, 한국무역상무학회, 2014.
- 코테라 아키라 외 공저(박덕영·오미영 옮김), *국제투자협정과 ISDS*, 한국학술정보, 2012.
- Dolzer, R. & Schreuer, C., *Principles of International Investment Law* (2nd Edition), Oxford University Press, 2012.
- Kläger, Roland, *‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.
- Muchlinski, P. & Ortino F. & Schreuer, C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- UNCTAD, “Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking”, *UNCTAD*, 2007.
- \_\_\_\_\_, “FAIR AND EQUITABLE TREATMENT” (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), *UNITED NATIONS*, New York and Geneva, 2012.
- \_\_\_\_\_, “INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2015 [IIA Issues Note, No. 2, June, 2016]”, *UNCTAD*, 2016.
- Vandevelde, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.
- Weiler, Todd, *The Interpretation of International Investment Law : Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

## ABSTRACT

### **A Study on the ICSID Arbitration Cases for Fair and Equitable Treatment under International Investment Disputes** - Focusing on the Protection of the Investor's Legitimate Expectations -

Ji-Hyeon HWANG

In determining the content of the FET standard, the tribunals stated protection of investor's legitimate expectations, due process and denial of justice, transparency, discrimination and arbitrariness, good faith, etc. The most major elements of the FET standard is the protection of the investor's legitimate and reasonable expectations.

It is necessary to consider whether it is possible to what the expectations of investors are protected as legitimate and it is formed under any circumstances. If host state frustrate investor's legitimate expectations, it found a breach of the FET. The host state's specific assurance may reinforce investor's expectations, but such explicit statement is not always necessary.

The host state must preserve a stable environment for investments. However, It must not be understood as the inalterability of the host state's legal framework. It implies that the host state's subsequent changes should be made consistently and predictably. The host state is entitled to exercise a reasonable regulatory authority to respond to changing circumstances in the public purpose.

Therefore, whether the violation FET shall be determined through a balanced against the investor's legitimate expectations and the host state's reasonable regulatory exercise in the public interest. And investor should keep in mind that the principle of proportionality is applied unless host state provides stabilization clause or similar commitments to investor. Also host state should establish the basis of an argument about reasonable regulatory authority for public interest.

Keywords : Fair and Equitable Treatment, International Investment Disputes, Minimum Standard of Treatment, BIT, ICSID