

해외자원개발 분쟁에서의 국제투자중재

김 갑 유 · 김 세 진¹⁾

I. 서설 - 해외자원개발 거래의 특징과 분쟁의 형태

우리나라에는 경제성을 담보할 만한 규모의 석유 및 가스 자원이 없는 관계로 석유, 가스 등의 자원개발거래는 곧 국제거래를 의미하고 그로부터 발생하는 분쟁도 국제분쟁이 된다. 자원개발계약 즉, 탐사개발계약은 양허계약(concession agreement), 생산물분배협정(production sharing agreement), 서비스제공계약(service contract) 등의 형태로 이루어지며 개발이 이루어지고 나면 운영에 관하여 공동운영계약(joint operating agreement) 등이 체결된다. 자원의 탐사개발에는 대규모 자금이 필요하므로 그에 따른 금융거래가 동반되고, 개발자들은 보통 컨소시엄(consortium)을 구성하여 컨소시엄 참여자간의 관계를 정하고 필요한 업무에 관하여 하도급계약이나 서비스계약을 체결하기도 한다. 각 계약마다 당사자와 계약의 내용이 다르지만 그 모두가 특정 자원의 개발과 운영이라고 하는 같은 목적을 위해 작성·이행되는 것이어서, 분쟁이 발생하면 관련 이해당사자들의 관계가 매우 유기적으로 연결되어 있는 경우가 많다.

또한 자원개발거래에서는 각종 허가와 인가, 감독 등과 같이 정부의 관여나 규제도 많아서 정부의 행위와 관련되어 분쟁이 발생할 소지도 매우 크다. 해외자원개발계약에서는 다른 대형 국제거래계약과 마찬가지로 분쟁해결에 있어서 개발국의 국내소송을 통한 분쟁해결이 요구되는 경우도 있으나, 일반적으로는 국내소송을 피하기 위해 국제상사중제조항을 두는 경우가 많다. 이런 경우 그 계약 당사자간에 분쟁이 발생하면 중제조항에 따라 국제상사중재가 행하여지게 된다.

1) 저자들은 법무법인 (유) 태평양에서 근무하고 있다.

그러나 한편 계약에서 정한 절차에 따라 분쟁을 해결하는 것과는 별도로, 해외자원개발을 주도하는 민간기업은 외국인 투자자(foreign investor)로서 투자유치국(host state) 정부를 상대로 직접 권리구제를 받는 ‘투자자-국가간 분쟁해결절차(Investor-State Dispute Settlement Mechanism; ISDS)’ 를 이용하는 것 역시 고려해 볼 수 있다. ISDS란 외국인 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 직접 국제중재를 제기하는 법률적 구제수단인데, 대부분 투자자의 국적국과 투자유치국 정부 사이에 체결된 ‘투자보장협정’ 상의 중재동의조항에 그 근거를 두고 있다. 이러한 특성으로 인해, ISDS는 ‘국제투자협정중재(international investment treaty arbitration)’ 또는 ‘국제투자중재(international investment arbitration)’ 라고 일컬어지기도 한다. (본 논문에서는 이를 ‘국제투자중재’ 라는 용어로 통칭하도록 하겠다.)

예컨대, 투자유치국의 작위·부작위(action or omission)나 각종 조치(measures)로 인하여 자원개발계약의 이행과정에서 투자자인 개발자²⁾의 정상적인 활동이 제한되거나 제약 받게 되는 경우를 상상해보자. 만약 그러한 제약 상황이 자원개발계약을 위반하는 형태로 이루어진다면, 개발자는 자원개발계약 자체가 규정하고 있는 분쟁해결 절차(예컨대, 투자유치국 국내 법원의 전속관할 내지 국제상사중재 등)를 이용하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다. 그런데 만약 투자자의 국적국과 투자유치국이 기존에 양자투자보장협정(bilateral investment treaty 또는 ‘BIT’)을 체결해 두었거나, 투자보장 관련 조항을 포함하고 있는 자유무역협정(free trade agreement) 등을 체결한 바가 있다면, 그 투자자는 이들 협정에 기반하여 투자유치국을 상대로 국제투자중재를 제기하여 권리구제를 받을 수 있다. 즉 투자보장협정상에서 투자유치국의 의무로 규정되어 있는 조항들을 투자유치국이 위반하였고 이로 인해 투자자에게 손해가 발생하였다면, 이는 투자자가 국제투자중재를 제기할 수 있는 전형적인 사안이다.

한편, 자원개발계약에서 계약 이행시 발생하는 분쟁에 관한 해결 절차가 이미 명확히 규정되어 있다면, 과연 계약상 규정된 분쟁해결절차 이외에 별개의 국제투자중재를 동시에 진행할 수 있는지에 대한 쟁점이 있을 수 있다. 이에 대해서는 견해가 나뉘는 것이 사실이지만, 최근 국제투자중재사건에서의 판정부들은 계약상 존재하는 분쟁해결 절차와는 별개로 투자자가 투자유치국에 대하여 국제투자중재를 병행하여 진행하는 것(즉, ‘parallel proceed-

2) 이때에 해당 자원개발자가 과연 국제투자중재를 통해 권리를 구제받을 수 있는 ‘투자자’에 해당하는지 여부는 관련 투자보장협정에서 정하고 있는 ‘투자자의 정의(definition)’ 및 기타 국제법상의 법리를 통해 검토되어야 한다. 하지만 양허계약을 비롯하여 앞서 언급한 다양한 형태의 자원개발계약들은 투자보장 관련 협정들이 정의하고 있는 전형적인 투자의 형태를 가지고 있으므로, 자원개발계약에 참여하고 있는 당사자들을 투자자로 상정하는 데에는 큰 무리가 없을 것으로 생각된다.

ings’ 또는 ‘parallel claims’)을 상당부분 인정하는 양상을 보이고 있다.³⁾ 투자중재의 병행진행에 관해서는 아래에서 보다 자세히 살펴보도록 하고, 그에 앞서 본 논문에서는 자원개발거래에 있어서 존재할 수 있는 국제투자중재의 가능성을 진단해 보도록 하겠다. 그리고 국제투자중재의 당사자와 대상 및 사유 등을 차례로 살펴 보면서, 자원개발거래와 관련된 분쟁 발생시 국제투자중재의 활용가능성을 검토해 보기로 한다.

II. 국제투자중재의 의의와 현황

이미 살펴본 바와 같이, 국제투자중재는 분쟁의 대상이 투자유치국의 사법, 행정, 입법 등과 같은 정부조치에 대하여 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 제기하는 국제중재로서, 양자투자협정(BIT), 다자간투자협정(multilateral investment treaty), 자유무역협정(free trade agreement 또는 ‘FTA’) 등과 같은 다양한 형태의 ‘투자보장협정’ 내에 중재가능성이 규정됨으로써 가능하게 된다. 우리나라가 체결한 투자보장협정의 수는 2014년 4월 현재 총 93개이며 이 중에서 87개가 발효된 상태이다.⁴⁾ 이들 중에 84개의 협정에 투자중재조항(또는 투자자-국가 간 국제중재 동의조항)이 들어 있다.⁵⁾ 따라서 이들 투자협정에 기반하여 투자자가 국가를 상대로 국제투자중재를 하겠다고 통보하게 되면 국가는 중재에 응하여야 할 의무를 부담하게 된다. 구체적인 투자중재를 진행하는 방식에 관해서는 관련 투자협정에서 구체적으로 명시되어 있다. 가장 대표적인 방식은 소위 ‘워싱턴협약’ 이라고 불리는 ‘국가와 타방 국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 또는 ICSID협약)’에 따라 세계은행(World Bank) 내에 창설된 중재기관인 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes 또는 ‘ICSID’)에 중재를 제기하는 방식이다.

원래 ICSID 협약이 발효될 당시 협약 입안자들이 의도한 국제투자중재 방식은 외국인 투

3) Gus Van Harten, “The Boom in Parallel Claims in Investment Treaty Arbitration”, Investment Treaty News, Jan. 19, 2014 (available at <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/the-boom-in-parallel-claims-in-investment-treaty-arbitration/>) (2014. 6. 13. 최종방문).

4) 우리나라의 투자보장협정 체결 현황, 외교부, 2014. 4. (available at http://www.mofa.go.kr/trade/economy/agreement/status/index.jsp?menu=m_30_160_10&tabmenu=t_2) (2014. 6. 13. 최종방문).

5) Sunkyun Roh, “Korea’s Policy on BIT/FTA – Trend & Statistics”, International Conference on International Investment Law (Seoul IDRC, May 23, 2014).

자자와 투자유치국 간에 구체적인 투자계약(예컨대, 양허계약과 같은 자원개발계약)이 체결되고, 그 계약에 관하여 분쟁이 발생할 시에 그에 대한 해결 방법으로 ICSID에 의한 중재를 하기로 서로 합의하는 경우에 한하였다.⁶⁾ 상사중재판정의 경우에는 뉴욕협약(New York Convention)에 따른 승인집행절차를 거쳐야 하는 반면, 워싱턴협약 가입국에 대해서는 뉴욕협약에 따른 집행절차가 필요하지 아니하다.⁷⁾ 이는 워싱턴협약 가입국의 경우에는 ICSID 중재판정을 이행할 의무를 부담하기 때문인데, 이로 인해 투자자는 투자유치국 정부로 하여금 ICSID 중재판정을 곧바로 이행하도록 강제할 수가 있다.⁸⁾

그런데 1966년 ICSID협약이 발효되자, 개별 국가들이 다양한 투자보장협정을 체결하면서 외국인 투자자가 직접 투자유치국을 상대로 (국내 법원이나 상사중재 등의 권리구제절차를 거치지 않고) 곧바로 국제중재를 제기하는 것을 수용하는 이른바 ‘중재동의조항’을 협정 내에 포함하기 시작하였고,⁹⁾ 그러한 중재동의조항에는 ICSID에 의한 중재가 단골로 등장하기 시작하였다. 다시 말해, 투자유치국과 외국인 투자자간의 개별적인 투자계약이 아닌, 외국인 투자자의 국적국과 투자유치국이 투자보장협정을 체결하여 투자자와 투자유치국 간 분쟁해결 방법으로 ICSID에 의한 중재를 진행하기로 합의함에 따라, ICSID는 국제투자중재의 가장 대표적인 중재기관(forum)으로 자리매김하게 된 것이다.

한편, 워싱턴협약 가입국이 아닌 경우에는 투자보장협정 등에 명시된 다른 중재방식을 선택할 수도 있다. 예컨대, 많은 투자보장협정들은 ICSID중재 이외에, UNCITRAL중재규칙 등에 따른 임의중재(ad hoc arbitration)을 선택할 수 있도록 규정하고 있다. 그 이외에 특정 중재규칙을 규정하지 않은 순수한 임의중재나, SCC(Arbitration Institution of the Stockholm Chamber

6) 신희택, 김세진 편, 『국제투자중재와 공공정책』, 서울대학교출판문화원 (2014), pp. 32-33.

7) ICSID 협약 제54조 제1항에 따르면 “각 체약국은 본 협약에 따라 내려진 판정은 구속력 있는 것으로 승인하고 그것이 당해 국가의 최종판결인 것과 같이 동국의 영역 안에서 이러한 판정에 의하여 과하여진 금전상의 의무를 집행하여야 한다”고 정하고 있다. 즉, ICSID 중재에 의하여 내려진 중재판정은 ICSID 체약국의 법원이 재판을 통해 최종적인 결정과 같은 효력을 가지는 것이다.

8) ICSID 중재판정은 투자유치국의 법원을 통한 별도의 집행소송절차가 불필요하며, 국내법원에 의한 중재판정취소소의 대상이 되지 않는다. 다만, ICSID 중재의 일방 당사자가 중재판정에 불복할 경우, 중재판정부의 권한유월 등을 근거로 ICSID에 중재판정의 취소(annulment)를 신청할 수는 있다. 이 경우에는 중재판정 취소위원회(annulment committee)가 구성되어 기존 중재판정의 취소여부를 결정하게 된다. (중재판정 취소 위원회는 ICSID의 의장(Chairman)이 ICSID 중재인 명단 중에서 3명을 선정한다.) 만약 중재판정이 취소되면, 일방 당사자의 요구에 따라 새로운 중재판정부가 그 분쟁에 대하여 다시 심리를 열어서 판정을 내리게 된다.

9) 이러한 종류의 투자보장협정은 네덜란드와 인도네시아 간에 1968년 서명된 양자투자보장협정(BIT)을 그 효시로 한다. 참고로 네덜란드-인도네시아 1968년 BIT는 1994년에 서명된 새로운 투자보장협정으로 대체되었다.

of Commerce) 또는 ICC 등과 같은 기관중재를 이용하도록 명시하는 경우도 있다.¹⁰⁾

UN무역개발회의(UNCTAD)의 통계에 의하면 2013년에 제기된 국제투자중재 사건이 알려진 것만 57건에 달한다고 한다.¹¹⁾ 이 중에서 ICSID에 의한 중재만 31 건으로 전체 투자중재의 약 55%, UNCITRAL에 의한 임의중재가 20건으로 약 35%를 차지하였다. ICSID중재의 가장 큰 특징은 중재가 개시됨과 동시에 당사자의 이름과 중재절차개시 사실이 ICSID사무국에 등록되어 모두 공개 된다는데 있다. 물론 중재 심리절차와 중재판정문은 당사자의 동의가 없이는 공개될 수 없지만, 사건의 형식적인 정보 및 중재판정의 초록(excerpts)은 인터넷 웹사이트 등의 경로를 통해 공개된다.¹²⁾ 한편, 이러한 절차의 투명성(transparency)은 ICSID에 의하지 않은 투자중재, 예컨대 UNCITRAL 중재규칙에 의한 임의중재나 ICC등의 기관중재의 경우에는 요구되지 않으므로 절차적 비밀을 보장받을 수 있다.¹³⁾

2013년 ICSID의 통계에 의하면 ICSID에 등록된 중재사건의 약 74%에 달하는 사건들이 양자투자보장협정(BIT)상 존재하는 중재동의조항에 따른 중재이며, 2%는 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)에 따른 중재라고 한다.¹⁴⁾ 분야별 ICSID 사건수를 보면 25%가 석유

10) 예컨대, 1994년 스페인-파키스탄 BIT, 1994년 스페인-니카라과 BIT, 1995년 스페인-라트비아 BIT 등이 ICC에 국제투자중재를 제기할 수 있다고 정하고 있다.

11) IIA Issues Note, UNCTAD, No. 1, April 2014, p. 2 (available at <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>) (2014. 6. 13. 최종방문).

12) ICSID 중재규칙(ICSID Arbitration Rules) 제48조 제4항 및 ICSID Additional Facility Rules 제53조 제3항 참조.

13) 한편 2014년 새로 개정된 UNCITRAL 중재규칙은 국제투자중재의 투명성에 관한 새로운 조항(UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)을 포함하고 있어 관련 절차의 공개가 가능하게 되었다. 그러나 임의 중재의 경우 여전히 중재규칙 채택에 관한 당사자 자치가 유효하므로, 당사자의 합의에 따라 절차공개에 대하여 보다 유연한 태도를 견지할 수 있다.

14) 에너지헌장조약은 1994년 리스본에서 작성되어 1998년에 발효된 다자조약으로, 주로 구 소련 여러 나라 및 동유럽 국가들의 에너지 관련 분야에서 시장 경제화와 투자의 안정화를 보장함으로써 석유 및 가스의 안정적인 공급을 도모하는 것을 목적으로 하고 있다. 특히 동 조약 제3장에서는 내국민 대우, 최혜국 대우, 수용 관련 조항 등과 같이 미국식 BIT 또는 유럽식 BIT에서 찾아 볼 수 있는 전형적인 투자보장조항들을 포함하고 있다. 특히 주목할 만한 것은 에너지헌장조약 위반에 따른 분쟁 발생시, 투자자는 투자유치국을 상대로 국제투자중재를 제기할 수 있다는 것이다. 이는 동 조약 제5장 제26조에 규정되어 있는데, 이에 따르면 투자자는 ICSID에 의한 국제투자중재나, UNCITRAL중재규칙에 따른 임의중재, 또는 SCC(Stockholm Chamber of Commerce)에 의한 중재를 제기할 수 있다. 그런데 여기서 ‘투자자’란 에너지헌장조약 체결국의 투자자(“Investor of another Contracting Party”)를 가리키는 것이기 때문에, 동 조약의 체결국이 아닌 국가의 투자자는 위 분쟁해결절차를 이용할 수가 없다. 이쉽게도 한국은 에너지헌장조약의 가입국이 아닌 관계로, 동 조약에 근거하여 국제투자중재를 직접 제기할 수는 없다. 그러나 에너지헌장조약에 가입되어 있는 국가에 법인을 설립하고, 그 회사를 통해 다른 체결국에 투자를 한 경우라면 동 조약에 따른 국제투자중재를 고려해볼 수 있을 것이다.

(oil)·가스(gas)·채광(mining) 분야에서 발생하였고, 5%가 전력 및 기타 에너지 분야에서 발생하여, ICSID중재의 약 30%가 에너지자원개발 분야에서 제기된 것으로 집계되고 있다.

II. 국제투자중재와 상사중재·국제소송의 관계

자원개발계약에서 생긴 분쟁을 개발자가 국제소송을 통해 해결하고자 할 경우 여러 가지 어려움이 있을 수 있다. 예컨대, 한국기업이 천연가스 개발사업의 사업시행자로서, 인도네시아 정부와 양허계약(concession contract)을 체결하였는데 인도네시아 정부가 그 양허계약상의 의무를 불이행하고 있다고 가정해 보자.

그 양허계약에서 발생한 분쟁을 한국에서 소송을 통해 해결하고자 할 경우, 인도네시아 정부를 상대로 소장의 송달을 해야 하는데 소장의 해외송달은 통상 수개월의 시간이 소요된다.¹⁵⁾ 소장을 송달한다고 해도 한국법원이 국제재판관할이 있는지 여부를 두고 다툼이 예상된다. 인도네시아 정부가 단순히 한국 법원의 관할에 동의하지 않는 이상, 주권면제(sovereign immunity)를 주장하며 소를 각하시키려 할 수도 있다. 또한, 설사 한국법원에서 승소판결을 받았다고 해도, 인도네시아 정부를 상대로 판결을 집행하기 쉽지 않은 것이며, 인도네시아 정부의 책임재산이 있는 국가에 가서 집행을 하는 것 또한 쉽지 않을 것이다.

반대로, 한국기업이 인도네시아에 가서 소송을 하게 되면, 우선 한국기업은 전혀 생소한 인도네시아 법원의 절차(또는 행정재판 절차)에 따라야 한다. 재판절차에 참여하더라도 언어가 달라 무슨 말인지 알아 들을 수 없고 한국기업에 익숙한 변호사 대신 인도네시아 현지 변호사의 변론에 의존해야 한다. 따라서 공정한 재판이 보장되지 않거나 재판이 부당하게 지연될 수도 있다.

이러한 국제소송에서의 불편을 피하기 위해서 국제중재조항을 양허계약에 포함시킬 수도 있다. 이 경우, 한국기업은 자신에게 익숙한 변호사를 이용해서 자신이 이해할 수 있는 언어를 사용하며 중립적인 장소에서 분쟁을 해결할 수 있게 된다. 중재판정의 집행도 뉴욕협약

15) 인도네시아는 헤이그송달협약(Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters)의 가입국이 아니므로, 인도네시아 정부로 보내는 민사재판상의 서류는 국제민사사법공조법(예컨대, 제5조 제1항)과 민사소송법의 관련 규정이 정하는 바에 따라서 송달이 실시 되어야 하는데, 외교상의 경로를 거쳐서 관할법원에 촉탁하는 방식을 취하여야 한다. 송달에 관한 조약관계가 없는 나라들도 국제예양 차원에서 우리의 관할법원 촉탁 송달 요청에 응하고는 있으나, 일부 국가의 경우에는 회신이 지연되거나 아예 회신이 없는 경우도 있다.

(New York Convention)에 의해 보장된다.¹⁶⁾ 하지만, 여전히 불안은 존재한다. 인도네시아 정부는 자신들의 계약불이행은 경제위기(economic crisis)나 시장침체에 대응하기 위한 정부의 불가피한 행정조치의 일환이었으므로, 불가항력에 의하여 면책이라고 주장할지 모른다. 또는 중재판정을 받아서 뉴욕협약에 따라 인도네시아에서 집행하고자 할 경우 인도네시아 법원이 이에 협조하지 않거나 절차를 지연시킬지 모르겠다는 불안이 존재한다. 바로 이러한 경우 인도네시아 정부를 상대로 국제투자중재를 제기하는 것이 한가지 대안이 될 수 있다.

예컨대, 가스개발사업 시행자인 한국기업은 인도네시아 정부가 자의적이고 차별적인 조치로 투자보호를 해주지 않았다거나, 인도네시아 정부가 한국기업의 투자유치시 호헌장담하며 약속했던 여러 가지 투자혜택을 모두 철회해 버렸다거나, 아무런 예고 없는 법개정을 통해 투자자의 권리를 부당하게 박탈하였다거나 하는 등의 사정이 있을 경우, 인도네시아 정부를 상대로 국제투자중재를 제기할 수 있다. 한-인도네시아 BIT에는 한국의 투자자가 인도네시아 정부를 상대로 국제중재를 제기할 수 있도록 규정되어있다.¹⁷⁾ 그리고 인도네시아는 ICSID 가입국이어서 ICSID 중재를 제기하여 중재판정을 받게 되면 뉴욕협약에 의한 집행절차를 거칠 필요 없이, 인도네시아로 하여금 곧바로 해당 중재판정을 집행하도록 강제할 수도 있다. 보다 실질적이고 효과적인 집행이 보장되는 것이다.¹⁸⁾

한편, 위 한국기업은 국제투자중재와 아울러 양허계약에서 정하고 있는 분쟁절차, 즉 국제소송 혹은 국제상사중재를 병행하여 제기하는 것을 고려해 볼 수도 있을 것이다. 이러한 병행 절차(parallel proceedings/claims)가 가능한지에 대해서는 견해가 나뉜다.¹⁹⁾ 예컨대 오직 양허계약 위반 문제만이 분쟁에서 다투어질 경우, 계약에서 정하고 있는 분쟁해결절차 이외에 국제투자중재는 별도로 제기될 수 없다는 견해가 존재한다. 이러한 입장은 국제투자중재가 투자보장협정 위반에 대해서만 진행될 수 있는 분쟁해결 절차라는 개념에 기반하고 있

16) 한국과 인도네시아는 중재판정의 승인과 집행에 관한 협약(소위 '뉴욕협약')의 가입국이다.

17) 한-인도네시아 BIT 제9조.

18) 만약 인도네시아 정부가 ICSID중재판정의 집행을 거절할 경우, 이에 대응하기 위해 적용을 고려해볼 만한 ICSID협약상의 조항은 협약 제27조와 제64조인 것으로 생각된다. 먼저, ICSID협약 제27조 제1항은 ICSID중재에 의하여 해결하기로 한 분쟁에 대하여, 계약국은 '외교적 보호(diplomatic protection)' 나 '국제적인 청구(international claim)' 를 제기하지 못하도록 규정하고 있으나, ICSID중재판정의 집행을 거절할 경우는 그러하지 아니하다고 정하고 있다. 따라서 인도네시아 정부가 판정의 집행을 거절하면, 한국 정부는 한국 투자자를 위하여 인도네시아를 상대로 외교적 보호를 제공하거나 국제사법재판소(ICJ) 등에 인도네시아의 협약위반을 이유로 제소를 할 수도 있다. 이는 ICSID협약 제64조에 의하여 재확인 되는데, 동조에 따르면 ICSID협약의 적용에 관하여 계약국 간 발생하는 분쟁이 교섭을 통해 해결되거나, 달리 합의하지 않는 이상 그것은 ICJ에 회부되어야 한다고 정하고 있다.

19) Christopher F. Dugan, et. al., Investor-State Arbitration (Oxford Univ. Press, 2008), at 380.

는 것으로 보인다.²⁰⁾ 이와는 달리, 특정 분쟁이 같은 사실관계에 기반하고 있다고 할지라도 양허계약에 따른 상사중재나 소송은 계약 위반을 사유로 진행되는 반면, 국제투자중재는 투자보장협정 위반 및 기타 국제법상의 의무 위반을 사유로 이루어지게 되므로, 두 절차는 서로 다른 주장(claim) 및 청구원인(cause of action)에²¹⁾ 기반한 독립적인 관할을 가진다는 견해도 존재한다.²²⁾ 그러나 이렇게 상이한 청구원인이나 주장에 기반한 절차라는 개념은, 투

20) Id; Azinian v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, Nov. 1, 1999 참조.

Azinian 사건은 초기 NFATA 사건으로 멕시코의 Naucalpan시 정부가 미국 투자자와 체결한 양허계약을 위반함에 따라 발생한 분쟁이다. 투자자는 시 정부가 계약을 해제하자 이를 멕시코 법원에 제소하였으나, 3심 모두에서 패소하였다. 이후 투자자는 시 정부의 행위가 멕시코 정부의 행위에도 해당되므로, 멕시코 정부를 상대로 NAFTA 투자보장 조항 위반을 들어 ICSID중재를 제기하였다. 그러나 중재판정부는 투자자의 주장은 기본적으로 조약위반이 아닌, 양허계약 위반을 그 사유로 하고 있으므로 국제투자중재 관할이 없다고 보았다.

21) 예컨대, 인도네시아 정부가 투자계약을 위반하여 투자자에게 피해를 입혔을 경우, 이는 계약위반 사항임과 동시에 한-인도네시아 BIT가 규정하고 있는 '공정·공평대우의 의무' 위반에 해당한다고 볼 수도 있다. Michael Feit, Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity, Berkeley Journal of International Law, Vol. 28, Issue 1 (2010), at 157-58 참조. 투자계약위반이 공정·공평대우 제공 의무 위반으로 이어진다는 개념은 여러 국제투자중재 판정례를 통하여 성립된 것이다. 이에 관한 대표적인 사건으로는 Mondev v. U.S. 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002), SGS v. Philippines 사건(ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, Jan. 29, 2004), Noble Ventures v. Romania 사건(ICSID Case No. ARB/01/11, Award, Oct. 12, 2005), Waste Management v. Mexico 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Apr. 3, 2004), Impregilo v. Pakistan 사건(ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, Apr. 20, 2005), Bayindir v. Pakistan 사건(ICSID Case No. ARB/03/29, Aug. 27, 2009) 등이 있다. 이들 판정례들의 전체적인 경향을 살펴보면, 투자계약의 위반이 공정·공평대우 위반에 해당될 수 있다는 것은 어느 정도 인정되고 있는 것으로 보인다. 그러나 과연 그 계약위반이 법령 제정이나 행정조치 등과 같은 국가의 주권적 권한행사(sovren power)의 일환으로 이루어진 경우에만 공정·공평대우 의무 위반으로 이어지는 것인지, 아니면 계약 당사자로서의 단순한 위반행위까지도 공정·공평대우 위반이 될 수 있는 것인지에 대해서는 견해가 갈리는 것으로 보인다.

22) Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (Formerly Compagnie Generale Des Eaux) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2003 참조. 이는 일반적으로 'Vivendi' 불리는 사건의 취소(annulment)결정문이다. 이 사건에서 프랑스 회사와 아르헨티나 정부는 아르헨티나 Tucuman 주(province)의 상하수도 사업과 관련하여 양허계약을 체결하였다. 양허계약은 계약상 분쟁이 발생할 경우 Tucuman 주의 행정법원(Contentious Administrative Tribunal of Tucuman)에 소를 제기하도록 되어 있는 반면, 프랑스-아르헨티나 BIT는 투자자로 하여금 국내소송절차나, ICSID 중재를 포함한 국제투자중재를 제기할 수 있도록 정하고 있었다. 이 사건에서 신청인은 아르헨티나 정부가 양허계약상의 수익률을 저하시킨 행위, 서비스 요금을 일방적으로 인하시킨 행위, 신의칙 위반 등을 이유로 손해배상을 청구하였다. 이에 아르헨티나 정부는 관할항변을 하였는데, 중재판정부는 일단 양허계약상의 분쟁해결조항에도 불구하고 BIT에 기반한 국제투자중재의 관할은 인정하였다. 그러나 본안 판단에서 중재판정부는 Tucuman주의 수익률 저하행위, 서비스요금 인하행위 등은 양허계약상 의무에 관한 것이므로, Tucuman행정법원에서 결정 되어야 할 사안이며, 신청인이 법원 결정에 불복할 경우나 denial of justice등의 법리를 들어 국제투자중재를 제기할 수 있는 것이라고 보았다. 이렇게 중재판정부가 아르헨티나의 손을 들어주자, 투자자는 곧바로 중재판정취소(annulment)를 신청하였다. 중재판정취소위원회(annulment committee)는 BIT위반에 근거한 신청인의 청구에 대해 관할을 갖는 ICSID중재판정부가 이를 국내법원에서 처리해야 한다는 이유로 각하한 것은 잘못된 것이라고 보았다.

자유치국의 계약위반 행위를 투자보장협정상에서도 금지하고 있을 경우 다소 애매해진다. 예컨대, 투자자유치국 정부가 계약위반에 해당하는 행위를 하였을 경우, 이는 한-인도네시아 BIT에는 없지만 다른 BIT들에는 자주 등장하는 우산조항(umbrella clause)의 위반이 될 수도 있어, 해당 행위가 과연 계약위반 쟁점에 관한 것인지 협정위반 쟁점에 관한 것인지 그 경계가 불분명해진다. 여기서 우산조항이란 일반적으로 협정의 일방 채약국이 타방 채약국의 투자자와 체결한 각종 약속(commitment)이나 채무(obligations)를 이행할 의무를 부여하는 조항을 일컫는다.²³⁾ 투자계약 위반이 곧 우산조항위반에도 해당하는지 여부는 중재판정부에 따라서 다양하게 판단되어 왔다. 그러나 최근 중재판정례들을 살펴보면, 투자자유치국과 투자자 간에 체결된 계약위반 행위가 우산조항 위반에도 해당한다고 보고, 이를 협정위반에 따른 국제투자중재 대상으로 하는 경향이 다소 두드러지고 있는 것 같다.^{24) 25)}

이처럼 양허계약상 중재합의에 따른 상사중재와 한-인도네시아 투자보장협정상 중재동의에 따른 국제투자중재를 병행할 수 있는지 여부에 대해서는 상반된 견해가 존재할 수 있다. 그러나 오늘날 많은 수의 중재판정부들은 그러한 병행절차를 인정하고 있는 추세이다.²⁶⁾ 아르

중재판정부는 ICSID협약 및 관련 협정과 적용가능한 국제법에 따라 위 청구에 대해서 검토했어야 하며, 국내법에 따라 판단하거나 국내법적인 이유를 들어 각하할 수는 없는 것이라고 보았다. 따라서 취소위원회는 기존 중재판정부가 관할이 있음에도 판단을 거부한 것은 명백한 권한유월("manifestly exceeded its powers by not examining the merits of the claims ... under the BIT")이라고 보고, 중재판정을 취소하였다. 이 중재판정취소 결정은 투자계약(contract)에 기반한 주장과 투자협정(treaty)에 기반한 주장은 서로 완전히 다른 법적 근거에 기반하여 검토되어야 한다는 것을 확인시켜준 중요한 사례로 인용되고 있다.

- 23) 한-중 BIT (2007) 제10조 제2항 참조 ("Each Contracting Party shall observe any commitments it may have entered into with the investors of the other Contracting Party as regards to their investments.").
- 24) 투자계약 위반과 투자협정상 우산조항의 위반 간의 관계에 대하여 논의하고 있는 대표적인 중재판정례로는 SGS v. Pakistan사건, Eureko v. Poland사건(ad hoc arbitration, Partial Award, Aug. 19, 2005), Noble Ventures사건, SGS v. Philippines사건, Elpaso v. Argentina 사건(ICSID Case No. ARB/03/15, Apr. 27, 2006), 그리고 Pan American v. Argentina사건(ICSID Case No. ARB/03/13, July 27, 2006) 등이 있다. 이 중에서 SGS v. Pakistan사건을 제외한 모든 사건들은 계약위반이 일정부분 우산조항 위반에 해당한다는 견해를 보이고 있다. 좀더 구체화 시켜보면, Eureko사건의 중재판정부는 모든 계약위반이 우산조항 위반을 구성한다는 다소 급진적인 태도를 보여주고 있고, 나머지는 계약위반이 우산조항 위반에 해당 되기 위해서는 일정한 조건들이 필요하다고 하고 있다. 예컨대, Elpaso사건과 Pan American 사건의 중재판정부는 계약당사자인 투자자유치국 정부의 단순 계약위반이 아닌, 정부의 주권적 조치(예컨대, 법령이나 행정 조치의 발령)로 인한 계약위반의 경우에만 그러한 우산조항 위반에 해당한다고 보았다.
- 25) 그러나 한편, 계약위반이 우산조항 위반에 해당한다고 보더라도, 우산조항 위반여부를 살펴보기 위해 투자중재판정부가 국내법 내지 국제사법이 적용되는 투자계약위반 사항을 직접 검토할 수 있는지 여부는 또 다른 쟁점이 되어 견해가 대립될 수 있다. SGS v. Pakistan 사건, Joy Mining v. Egypt 사건(ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, Aug. 6, 2004), Saluka v. Czech 사건(UNCITRAL arbitration, Decision on Jurisdiction, May 7, 2004), Lanco v. Argentina 사건, Eureko v. Poland 사건 등의 중재판정부들이 이 쟁점에 대한 다양한 견해를 보여주고 있다.
- 26) Gus Van Harten, "The Boom in Parallel Claims in Investment Treaty Arbitration", Investment Treaty News, Jan. 19, 2014 (available at

헨티나를 상대로 제기된 Vivendi 사건을 비롯하여, SGS v. Pakistan, Lanco v. Argentina,²⁷⁾ Salini v. Morocco,²⁸⁾ Sempra Energy v. Argentina,²⁹⁾ AES v. Argentina,³⁰⁾ Eureko v. Poland,³¹⁾ PSEG v. Global Inc. v. Turkey 사건³²⁾ 등이 모두 투자계약 자체에 분쟁해결 조항이 존재함에도 불구하고, 국제투자중재가 별도로 제기되어 진행된 대표적인 사례들이다.³³⁾

뿐만 아니라, 국제투자중재와 투자계약에 따른 분쟁해결 절차는 분쟁의 당사자들이 서로 달라질 수 있다는 점에서 병행절차 진행 가능성에 다소 힘을 실어준다. 예컨대, 인도네시아 가스개발을 위해 한국기업이 인도네시아에 설립한 자회사를 통해 양허계약을 체결하였다면, 계약에 따른 상사중재와 협정에 따른 투자중재의 신청인은 각각 달라지게 된다. 한편, 한국기업이 기타 자원개발을 위한 생산물 분배협정이나 서비스 제공계약을 인도네시아 정부가 아닌 국영기업(state-owned entity or corporation)과 체결하는 경우에도, 상사중재와 투자중재의 피신청인이 달라지게 될 것이다. 이처럼 분쟁 당사자가 서로 달라지게 되면 계약상의 분쟁해결절차와는 별개로 국제투자중재를 병행하는 것이 보다 자연스러워질 것으로 보인다.³⁴⁾

<http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/the-boom-in-parallel-claims-in-investment-treaty-arbitration/> (2014. 6. 13. 최종방문).

27) Lanco Int' l, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction, Dec. 8, 1998.

28) Salini v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001 ("However, the Arbitral Tribunal retains jurisdiction in relation to breaches of contract that would constitute, at the same time, a violation of the Bilateral Treaty by the State.")

29) Sempra Energy v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, May 11, 2005.

30) AES v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, Apr. 26, 2005.

31) Eureko v. Poland, ad hoc arbitration, Partial Award, Aug. 19, 2005.

32) PSEG Global Inc. v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, Jan. 19, 2007.

33) 2002년 Vivendi 판정 이후 2013년까지 약 36개의 국제투자중재 판정에서 이 쟁점이 논의 되었고, 이중 30개의 사건에서 중재판정부들은 계약상 규정된 분쟁해결조항의 존재에도 불구하고 별개의 국제투자중재가 진행되는 것을 인정하였다. Gus Van Harten, SOVEREIGN CHOICES AND SOVEREIGN CONSTRAINTS: JUDICIAL RESTRAINT IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION (Oxford Univ. Press, 2013), at 135-36 참조.

34) 물론 이러한 병행 절차를 방지하기 위한 여러 장치들이 투자보장협정에 포함될 수도 있다. 예컨대, 국제투자중재와 국내법원절차 중 하나만을 선택하도록 하는 갈림길 조항(fork-in-the-road clause)이나, 국제투자중재를 제기하기 위해서는 상사중재나 기타 모든 구제수단을 포기(waiver)하도록 요구하는 조항 등이 그것이다. 물론 이러한 경우에도 병행절차를 모색해 볼 수 있는 여지가 존재하기는 하지만, 한-인도네시아 BIT와 같이 이러한 장치가 전혀 없는 경우보다는 그 가능성이 다소 낮을 것이다.

IV. 국제투자중재의 당사자와 대상

자원개발거래와 관련해서 국제투자중재의 신청인(claimant)이 될 수 있는 자는 자원개발자, 운영자, 비운영자 등 정부의 행위로 인하여 자신의 투자이익이 보호되지 못한 기업이나 개인투자자가 될 것이다. 반면, 국제투자중재의 피신청인(respondent)이 될 수 있는 자는 투자유치국의 정부³⁵⁾가 될 것이다. 그런데 이때 투자유치국 정부가 직접 자원개발거래 관련 계약의 당사자가 되지 아니하고, 대신 투자유치국 정부 산하의 국영기업(state-owned entity)이 한국기업과 계약을 체결한 경우, 투자유치국 정부를 상대로 국제투자중재를 제기할 수 있을 것인지 문제가 될 수 있다. 만약 해당 국영기업의 행위와는 별개로 투자유치국의 조치(예컨대, 수용조치, 투자유치시 약속한 각종 투자혜택의 철회, 투자자가 투자유치시 의존하였던 법령의 자의적인 개정, 투자보호를 위한 치안유지의 합리적인 노력을 하지 않은 경우 등)로 인해 투자자에게 손해가 발생하였다면, 이는 기존 투자계약의 상대방이 누구인지에 관계없이 투자유치국 정부를 상대로 직접 국제투자중재를 제기할 수 있을 것이다. 그런데 만약 투자유치국 정부가 아닌, 투자계약 상대방인 국영기업의 행위(예컨대, 계약 위반 행위 및 자의적인 계약 해지 등)로 인해 투자자가 손해를 입었다면, 이를 근거로 투자유치국 정부를 상대로 직접 국제투자중재를 제기할 수 있는지에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다.

투자유치국 정부 산하 국영기업의 행위에 기반하여 투자유치국의 책임이 성립되기 위해서는, 해당 국영기업의 행위가 투자유치국의 행위로 간주될 수 있는지 여부가 우선적으로 검토되어야 한다. 국제법적 관점에서 국가책임여부에 대한 기준을 제시하는 근거는 UN국제법위원회(International Law Commission)가 2001년 채택한 ‘국제위법행위 대한 국가책임에 관한 국제법위원회 초안(The ILC Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful Acts, 이하 ‘국가책임초안’)’이 대표적이며, 이는 투자자-국가간 분쟁해결절차와 관련된 사안에도 적용될 수 있다는 것이 일반적인 견해로 보인다.³⁶⁾

국가책임초안 제5조에 따르면, “국가의 법에 의하여 정부의 권한(공권력)을 행사할 권한을 부여받은 개인 또는 단체의 행위”는 “그 개인 또는 단체가 구체적으로 그러한 자격을 가지고 행동하는 경우에 한하여” 국제법상 당해 국가의 행위로 간주된다.³⁷⁾ 이는 국가책임

35) 연방제나 지방자치제가 운용되고 있는 국가에서는 투자보장협정을 체결한 주체인 중앙정부.

36) Michael Feit, Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract

Committed by a State-Owned Entity, Berkeley Journal of International Law, Vol. 28, Issue 1 (2010), at 146-47 참조.

37) 국가책임초안 제5조 (“The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under

의 성립 여부를 ‘기능적(function)’ 인 측면에서 분석한 것으로, 개인 또는 단체가 법적으로 정부의 특정 권한을 행사하도록 자격을 부여 받았는지가 기준이 된다. 한편, 국가책임 초안 제8조에 따르면 “개인 또는 집단의 행위는 그들이 그 행위를 수행함에 있어서 사실상 한 국가의 지시를 받거나 그 지시 또는 통제 하에서 행동하는 경우 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다” 고 되어 있다.³⁸⁾ 이는 정부의 통제(control)행위를 기준으로 국가책임 여부를 결정하는 것으로, 이 기준에 따른 판단을 위해서는 개인 및 단체의 행위에 대한 정부의 개입 형태를 사안별로(on a case-by-case basis) 살펴보아야 한다.³⁹⁾

예컨대, 인도네시아에서의 가스개발과 관련하여 투자자인 한국기업이 인도네시아 국영기업과 생산물분배협정 또는 서비스계약을 체결하였다고 가정해보자. 한국기업은 해당 국영기업이 위 계약을 위반하거나 그 밖에 여러 작위 및 부작위를 이유로, 인도네시아 정부를 상대로 하는 국제투자협정중재를 제기할 수 있을 것인가? 그 국영기업이 석유개발 프로젝트를 추진하게 된 계기가 인도네시아 정부의 자원개발정책 및 관련 지시에 의한 것이고, 프로젝트의 진행 또한 정부의 구체적인 통제와 지침을 받고 있는 것이라면, 해당 국영기업의 행위는 인도네시아 정부의 책임으로 귀속될 수 있을 것이다. 이 경우, 한국기업은 국영기업의 작위 및 부작위가 한-인도네시아 BIT상의 의무를 위반하였다는 이유로 인도네시아 정부를 상대로 국제투자중재를 제기할 수 있게 된다. 그러나 만약 개발 프로젝트가 정부의 간섭 없이 국영기업에 의해 독자적으로 수립된 것이고, 프로젝트의 추진 또한 정부의 아무런 개입이나 통제 없이 이루어졌던 것이라면 국영기업의 행위를 정부의 책임으로 연결시키기는 어려울 것이다. 이 경우 국제투자중재의 제기 또한 여의치 않게 된다.

article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the state under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance”).

38) 국가책임초안 제8조 (“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact arising on the instructions of, or under the direction or control of, that State”).

39) 국가책임초안상의 이 두 가지 기준을 적용하여 국영기업의 행위가 국가의 책임으로 귀속되는지 여부를 판단한 대표적인 사례가 Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (Nov. 12, 2000) 사건이다. Maffezini 사건에서 아르헨티나 국적의 신청인은 스페인 국영기업인 ‘SODIGA’ 와 화학제품을 생산하기 위한 프로젝트를 계획하고 회사를 설립하였으나 결국 실패하였다. 이에 신청인은 공공단체(public entity)인 SODIGA의 작위·부작위로 인해 투자에게 손해가 발생하였고, 이는 결국 스페인의 책임으로 귀속(attributable)되는 것이라 보고, 아르헨티나-스페인 BIT에 따라 스페인을 상대로 국제투자중재를 제기하였다. 중재판정부는 SODIGA의 기능적 측면을 검토하고 난 후, SODIGA는 일정 부분 정부의 권한을 행사하도록 법적으로 권한을 부여 받은 것으로 판단하였는데, 그러한 범위에 한하여 SODIGA의 작위와 부작위는 스페인의 책임으로 귀속된다고 보았다.

이처럼 몇 가지 조건이 충족된다면, 정부 산하 국영기업의 투자계약 위반까지도 국제투자 중재의 분쟁 대상에 포함될 수가 있다. 그러나 에너지자원개발 분야에서 국제투자중재의 대상이 되는 분쟁의 형태로는 투자유치국의 ‘중앙정부’와 ‘지방정부’의 투자보장협정 위반행위에 한정되는 경우가 가장 일반적인 것으로 보인다.

한편, 투자협정의 내용에 따라 중재의 대상이 한정되는 경우도 있다. 예컨대, 중국과 동구권들 국가가 1990년대에 체결한 BIT들에는 중재의 대상을 수용에 관한 보상액 결정만으로 한정된 경우가 있었으나 점차 이러한 협정들은 모든 투자협약 위반을 중재의 대상으로 할 수 있는 새로운 협정으로 대체되어 가고 있다. 투자중재의 대상은 투자협정위반으로 인해 입은 손해배상(damages)에 한정되며, 국가에 대하여 특정한 행위를 할 것을 명하는 내용(즉, specific performance 또는 equitable remedy)은 중재의 대상이 되지 않는다.

V. 자원개발거래에서의 국제투자중재의 사유

자원개발거래에 있어서 투자중재의 사유로 흔히 문제 되는 경우로는 투자자산의 국유화(expropriation or nationalization)가 가장 대표적이다. 그 밖에도 양허계약, 생산물분배협정, 서비스계약 등의 형태로 체결되는 자원개발계약의 부당한 해지, 계약상 의무의 불이행, 새로운 세금이나 부담금의 부과 혹은 증액, 가격규제, 환경규제, 인허가의 거부나 취소, 부당한 수사조치, 송금거부 등을 생각해 볼 수 있다.

이들 사유에 대하여, 투자중재의 신청인들은 전통적으로 국유화나 수용, 혹은 차별금지의 원칙 등을 주장하였으나, 최근에는 공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)의 의무 위반의 경우가 투자중재에서 가장 흔한 대상이 되어 가고 있다. 또한, 사법구제의 거부(denial of justice)나 투자자의 완전한 안전과 보호(full security and protection)가 이루어지지 못한 경우도 투자중재의 빈번한 대상이 되고 있는 추세이다. 아르헨티나의 가스산업에 투자했던 미국 투자자들이 아르헨티나 정부를 상대로 ICSID중재를 제기했던 *Enron v. Argentina*,⁴⁰⁾ *CMS v. Argentina*,⁴¹⁾ *LG&E v. Argentina*⁴²⁾ 등의 사건들이 그러한 사례에 해

40) *Enron Corporation v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (May 22, 2007).

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

42) *LG&E Energy Corporation et al. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (October 3, 2006)

당한다.

아르헨티나는 1980년대 말부터 경제개혁 프로그램을 시행하면서 외국인 직접투자를 유치하고자 하였고, 이러한 목표 달성을 위해 아르헨티나 정부는 산업 인프라 분야의 국가소유 기업들을 민영화시키기 시작하였다. 이와 연계하여 아르헨티나 정부는 폐소화를 미국 달러화에 고정시키는 제도를 도입하여 외환정책을 안정시키려 하였고, 가스산업과 관련해서는 가스 요금을 미국 달러화로 계산하되 요금청구는 환율에 따라 폐소화로 이루어지도록 하였으며, 가스가격을 미국 생산자 물가지수(Producer Price Index)에 따라 6개월에 한번씩 조정하도록 하였다.⁴³⁾ 이러한 장치들을 통해 아르헨티나는 미국 투자자들에게 가스공급을 통한 안정적인 수입을 보장하였다. 이런 상황에서 미국국적의 CMS와 LG&E등은 아르헨티나 내 가스운송 및 공급회사에 투자를 하였다.

그런데 1990년대 후반부터 시작된 심각한 경제위기로 인해, 아르헨티나 정부는 가스운송 및 공급 회사에 대해 한시적으로 가격조정을 연기하였고, 연기기간 만료시에 보상을 해주겠다는 합의를 하였다. 그러나 이런 조치만으로는 경제위기에 대처하기에 역부족이었다. 결국 경제위기를 극복하기 위하여 2002년 아르헨티나 정부는 비상조치법(emergency law)⁴⁴⁾등을 제정하고, 이에 따라 달러-폐소화 고정 폐지, 예금인출 제한, PPI폐지, 가스요금 통제 등의 강력한 경제 조치를 취하기에 이른다. 이러한 조치에 따라 심각한 손해를 입게 된 가스사업 투자자들이 미국-아르헨티나 BIT에 근거하여 ICSID에 중재신청을 하게 된 것이 위에서 예시로 든 세 가지 사건인 것이다.

위 사건들에서 거의 공통적으로 원용되고 있는 BIT 조항들은 공정·공평대우(fair and equitable treatment), 자의적이고 차별적인 대우(arbitrary and discriminatory treatment) 금지, 간접수용(indirect expropriation), 투자와 관련된 약속을 지킬 것에 관한 의무(즉 우산조항, umbrella clause) 등이다. 위 사건의 판정부들은 이들 조문을 적용하여 거의 유사한 결론을 내렸는데, 각 중재판정부는 아르헨티나 정부가 공정·공평대우와 우산조항을 위반했다고 인정하였고, 간접수용에 대한 신청인들의 주장은 배척하였다.

43) Law No. 24,076 of 1992 on the Privatization of the Gas Sector (Gas Law); Model License approved by Decree No. 2255/92.

44) 예컨대, Emergency Law (Law No. 25,561), Jan. 6, 2002 등이 그러한 조치에 해당한다.

VI. 사례연구 - Chevron & Texaco v. Ecuador

여기서는 자원개발거래와 관련한 국제투자중재의 또 다른 주요 사례로서 Chevron & Texaco v. Ecuador 사건⁴⁵⁾을 보다 자세히 소개하고자 한다.

1. 사안의 개요

미국회사인 Chevron Corporation의 자회사인 Texaco Petroleum Company (TexPet)는 1964년부터 에콰도르 정부와 양허계약을 통하여 아마존 지역의 원유개발⁴⁶⁾ 생산권을 부여받았고, TexPet는 원유의 개발⁴⁶⁾ 생산을 위하여 컨소시엄을 설립하였다. 1973년 TexPet 는 에콰도르 정부 및 CEPE⁴⁶⁾와 20년 기간의 새로운 양허계약을 체결하여 1964년 계약을 대체하였다. 1973년 체결된 계약에 따르면, TexPet는 에콰도르 정부에게 일정생산량을 국내가격으로 판매할 의무를 부담하고 나머지 생산량은 자유롭게 국제시장에서 판매할 권리를 가지고 있었다.

그런데 1987년 3월 에콰도르에서 지진으로 파이프라인이 파괴되는 사고가 발생하였고 이로 인해 원유생산이 현저하게 감소하였다. 이에 에콰도르 정부는 국내 원유수요를 조달하기 위해, CEPE를 통해 연료유를 수입하고 그 수입으로 인해 발생한 손실을 보상하기 위해서 TexPet에게 140만 배럴의 원유를 국내가격으로 지급받았다. 1993년 계약의 만기가 다가오자 계약당사자들은 계약연장에 대하여 논의하였으나 끝내 합의에 이르지 못하였다. 그러던 중에 1991년 12월부터 1993년 12월까지 TexPet는 에콰도르 정부가 1973년 및 1977년 계약에 따른 의무를 위반하였다는 이유로 에콰도르 정부를 상대로 도합 5억 5,300만 달러의 손해배상을 구하는 7건의 손해배상 소송을 에콰도르 법원에 제기하였다. 손해배상의 내용은 주된 내용이 에콰도르 정부가 양허계약에 의하여 국내가격으로 구입할 수 있는 양보다 더 많은 양의 원유를 가져갔으므로 국제시세와 국내가격의 차액을 보상하는 것이었고, 그 이외에 지진발생으로 인한 불가항력과 1986년 재금융(refinancing) 계약약정과 관련한 내용도 포함되어 있었다.

그런데 법원에서 위 소송들이 진행되는 동안 에콰도르에서는 2004년 12월에 대법원 판사들이 모두 해임되는 상황이 발생하였다. 2005년 11월에는 또다시 새로이 임명된 대법원판사들이 모두 해임되는 상황이 발생하였고, 이로 인해 에콰도르 법원에 제기된 7건의 사건 중 6건이 13년 내지 15년 동안 1심단계에서 머물러 있는 상황이 발생하였다. 2006년 12월 21

45) Chevron & Texaco v. Ecuador, PCA Case No. 34877, Partial Award on the Merits (30 March 2010).

46) 에콰도르 정부기관이면서 컨소시엄의 일부 지분을 가진 법인.

일 이견 투자중재가 제기된 이후에도 에콰도르는 정치적 불안으로 사법부의 판사들이 봉급의 50%를 삭감 당하거나 제헌의회와 헌법재판소간의 긴장관계가 계속되는 등의 사태가 발생하였다.

2. 투자중재의 제기

이러한 상황에서 Chevron과 TexPet는 에콰도르정부를 상대로 1993년 미국-에콰도르 BIT 위반을 이유로 한 국제투자중재를 제기하였다. 미국-에콰도르 BIT 제6조 제3항은 BIT 위반과 관련하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 국제투자중재를 제기할 수 있다고 정하고 있었는데, 이에 근거하여 2006년 12월 21일 신청인들이 에콰도르 정부에 중재통지(notice of arbitration)를 송달하는 것으로 중재를 개시하였다. 2007년 5월에는 3인으로 구성된 중재판정부가 구성되었고⁴⁷⁾, 중재판정부는 2007년 5월 22일 ‘Procedural Order I’ 을 내려 네덜란드 헤이그에 있는 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration, ‘PCA’)에 사건이 등록되도록 하였다.

이 사건 투자중재에서 신청인들이 청구한 내용은 재판절차의 부당한 지연이 국제관습법상의 Denial of Justice에 해당하는 것으로 이는 에콰도르 국내법의 위반임과 동시에 미국-에콰도르 BIT 제2조 제7항 소정의 “권리를 실행할 수 있는 효과적인 수단제공” 의무 위반에 해당한다는 것이었다.

3. 중재판정의 내용

이 사건에서 중재판정부는 에콰도르 법원이 TexPet가 제기한 7개의 소송사건을 부당하게 지체함으로써 미국-에콰도르 BIT 제2조 7항을 위반하였다고 판단하였다. 중재판정부는 BIT 제2조 7조에서 정한 “권리를 실행할 수 있는 효과적인 수단제공” 의무⁴⁸⁾는 국제관습법에 따른 사법구제의 거부(Denial of Justice)에 대하여 특별법(*lex specialis*) 관계에 있고, 그 의무는 국가가 효과적인 수단을 제공해야 할 적극적인 의무로 규정되어 있으므로 이 사건의 소송에서 부당한 지체가 있었다면 효과적인 수단이 제공되지 못하였다고 볼 것이고, 이는 투

47) 중재인으로 신청인은 Charles N. Brower (미국)판사를, 피신청인은 Albert Jan van den Berg (벨기에)교수를 선정하였고, 의장중재인으로는 양 중재인의 합의에 따라 Karl-Heinz Bockstiegel (독일) 교수가 선정되었다.

48) “Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations.”

자협정 제2조 7조 위반에 해당한다고 판단하였다.⁴⁹⁾ 이러한 중재판정에 따르면, 신청인 회사들이 에콰도르 법원의 소송절차를 통해 보상 받았어야 할 손해금액을 국가가 대신 보상할 의무를 지게 된다.

중재판정부는 판정이유에서 중재제기 이후에 일부 사건에서 판결이 내려졌다고 해도 고려할 대상이 아니라고 판단하였고,⁵⁰⁾ 국내 구제수단이 소진되었는지 여부에 관해서는 투자협정 제2조 7항의 보호를 이끌어 낼 만큼 이용가능한 수단을 적절히 활용한 것으로 충분하다는 입장을 보였다.⁵¹⁾ 또한, 중재판정부는 1996년 원유개발지역의 주민들이 제기한 미국법원 소송에서 신청인 회사들이 관할항변을 하면서 에콰도르 법원에 계류중인 소송이 효율적이고 공정하다고 진술하였다고 하더라도 그런 사정은 2004년 사법파동이 있기 전인 2000년에 이루어진 진술이므로 이 사건 판단에서 방해가 되지 않는다고 판단하였다.⁵²⁾

4. 이 사건 판정례에서 고려할 점

이 사건의 경우를 보면 자원개발거래에서 일어날 수 있는 대표적인 예를 보여준다고 할 수 있다. 즉, 개발자가 계약에 기한 통상적인 권리구제방법을 통해 권리구제를 시도하였으나 그 구제가 제대로 되지 못한 상황에서 투자중재를 통해서 자신의 권리를 보호하는 예라고 할 것이다.

이 사건과 같은 사안에서 생각해 보면, 미국-에콰도르 BIT 제2조 제7항의 적용을 하지 않더라도 다른 사유로 신청인 회사들은 투자중재를 제기할 수 있었다. 우선, 위 조항에 의존하지 않더라도 전통적인 국제관습법에 따라 Denial of Justice를 근거로 투자중재를 할 수 있을 것이고, 둘째, 투자자인 신청인 회사들이 에콰도르에 투자를 할 때 법적인 투자환경에 대하여 법원을 통해 권리구제를 받을 수 있을 것이라고 합리적인 기대를 하였을 것이라고 할 수 있을 것이므로 에콰도르 법원이 그러한 기대를 저버리는 행위를 하였을 경우 “공정·공평 대우(fair and equitable treatment)” 의무의 위반이라고 할 수도 있을 것이다. 셋째, 정치적 불안정이나 사법파동 등의 상황으로 투자자가 원래 받아야 할 보호를 제대로 받지 못하였다고 할 수도 있으므로 “완전한 보호와 안전(full protection and security)” 보장 의무의

49) Chevron & Texaco v. Ecuador, para. 275.

50) Chevron & Texaco v. Ecuador, para. 274.

51) Chevron & Texaco v. Ecuador, paras. 331-32.

52) Chevron & Texaco v. Ecuador, paras. 348-49.

위반이라고 할 수도 있을 것이다.⁵³⁾

만일, 이 사건에서 양허계약에 중재조항이 있었다라면 어떠했을까? 중재조항이 있었다면, 신청인 회사들은 양허계약의 당사자인 에콰도르 정부와 CEPE를 상대로 그 중재조항에 따른 상사중재를 진행하였을 것이다. 그럴 경우 그에 따라 받은 중재판정을 에콰도르에서 집행하려고 할 경우, 집행과정에서 에콰도르 법원이 이 사건에서와 마찬가지로 중재판정의 집행을 지연시키게 되면 역시 같은 이슈가 생길 수 있고, 신청인 회사들은 그와 같은 재판의 지연을 이유로 투자중재를 제기할 수 있었을 것이다.

여기서 한가지 더 생각할 것은, 이 사건에서 신청인 회사들이 처음부터 에콰도르 법원에서 소송을 제기하지 않고 에콰도르 정부를 상대로 하는 투자중재를 제기할 수는 없었을까 하는 점이다. 이 경우에는 denial of justice는 이슈가 되지 않겠지만, 에콰도르 정부의 국내수요에 대한 부정확한 진술이나 원유가격의 부당한 적용 등은 그 자체로 투자중재의 대상이 될 여지가 있다. 특히, 정부가 약속한 내용에 대한 이행을 보증하는 소위 우산조항(umbrella clause)이 투자협정에 포함되어 있을 경우 이 건과 같은 계약분쟁은 투자중재의 직접적인 대상이 될 수 있다. 물론, 보다 구체적인 청구가능성의 검토를 위해서는 미국-에콰도르 BIT의 내용 분석과 에콰도르 정부의 행위에 대한 분석이 추가적으로 필요할 것이다. 여하튼 개발자로서는 계약에 따른 분쟁절차와 별도로 투자협정에 따른 투자중재의 가능성을 검토해 볼 필요가 있다고 할 것이다.

또 한가지 생각할 점은 미국-에콰도르 BIT 제6조 제3항에 따르면, 투자자는 이 사건의 경우에서와 같이 UNCITRAL중재규칙에 따른 임의중재(ad hoc arbitration)를 제기할 수도 있지만, ICSID 중재를 제기할 수도 있었다는 점이다.⁵⁴⁾ ICSID 중재절차를 진행하여 중국판정이

53) 실제로 이 사건의 신청인은 제2조 제7항 위반 이외에도, 에콰도르 법원의 부당한 지체가 미국-에콰도르 BIT상의 fair and equitable treatment 및 full protection and security 제공 의무 위반이라고 주장하였다. (Chevron & Texaco v. Ecuador, paras. 205-216 참조.) 그러나 중재판정부는 관습국제법상의 denial of justice보다 더 구체화된 특별법인 BIT제2조 제7항이 위반된 이상, 이에 따른 손해배상 명령이 denial of justice를 비롯하여, fair and equitable treatment 및 full protection and security 제공 의무 위반과 관련된 보상을 모두 포함하는 것이라면, 이들 BIT 위반에 여부에 대해서는 추가적으로 판단할 필요가 없다고 보았다. (Id. Para. 275 참조.)

54) “3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration:

(i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States,

내려지면 워싱턴협약에 따라 에콰도르는 그 판정을 이행할 조약상 의무를 부담하게 되었을 텐데, 왜 굳이 UNCITRAL 임의중재로 이 사건을 진행한 것인지는 다소 의문스럽다. ICSID중재의 경우 신청인 회사들은 상사중재처럼 뉴욕협약에 따른 중재집행절차를 거치지 않아도 조약상 판정의 이행의무를 부담하는 에콰도르 정부에 대하여 판정금의 지급을 즉시 구할 수 있었을 것이다. 중재판정의 집행방식 이외에, 기존 ICSID중재와 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재의 가장 큰 차이점은 중재 개시 사실의 공개와 투명성(transparency) 여부였으나, 이번 사건 중재판정문과 절차는 모두 공개되어 이렇게 분석의 대상이 되고 있으니 공개 여부는 ICSID중재를 진행하지 않은 것에 대한 이유는 아니었던 것 같다. 기타 중재 비용이나 중재규칙의 내용 등이 신청인의 선호에 영향을 주었을 것이라고 짐작되기는 하나 자세한 내용은 추가적인 조사를 통해서 알아보아야 할 것이다. 여기서는 이에 대해서 더 다루지 않기로 한다.

VII. 결 어 - 투자중재의 활용

국제투자중재는 종국적인 분쟁의 해결수단으로 유용하게 사용되기도 하지만, 협상단계에서도 매우 효율적인 수단으로 사용된다.

투자협정이나 자유투자협정 등에서 투자중재절차에서는 보통 중재제기 전의 사전절차로서 분쟁발생의 통지나 투자중재제기의향의 통지 같은 절차를 요구한다. 또한, 보통 그러한 통지 후 일정한 냉각기간을 갖도록 규정되어 있다. 국가로서는 투자중재의 존재가 상당한 외교적, 정치적, 법적 부담이 될 수 있으므로 투자중재는 초기단계에서 합의로 해결될 가능성이 다분하다.

필자의 경험에 의하면, 정식 통지 이전에 국제투자중재의 가능성을 언급하는 것만으로도 국가가 적극적으로 협상에 임하도록 유도할 수 있다. 계약당사자가 국영기업인 경우에는 국

-
- done at Washington, March 18, 1965 (ICSID convention"), provided that the Party is a party to such Convention; or
- (ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or
 - (iii) in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), or
 - (iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute.
- (b) Once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent."

가가 국영기업으로 하여금 보다 적극적으로 협상을 하도록 유도할 가능성이 높다. 투자중재는 많은 경우 상사중재와는 달리 그 존재나 절차가 공개되는 경우가 많으므로 국가로서는 이러한 상황을 피하기 위해서 조기에 합리적인 해결을 하려는 노력을 기울일 가능성이 높다는 점도 있다.

다만, 투자중재를 제기하거나 투자중재의 가능성을 언급함에 있어서는 신중을 기할 필요가 있다. 투자중재의 상대가 국가라는 점에서 근거 없는 주장이나 터무니 없는 주장을 하게 될 경우, 나중에 근거가 없다는 점이 드러나게 되면 그만큼 큰 부담을 지게 된다. 그 내용이 일반에 공개될 수 있다는 점에서 더욱 그러하다. 따라서, 투자중재의 가능성을 검토함에 있어서는 경험이 있는 전문가의 도움을 받아서 꼼꼼히 요건을 살펴보고 여러 가지 가능성을 검토해 보아 가장 적절한 방식을 신중히 선택할 필요가 있다고 할 것이다.