

IC Power Asia Development Ltd. v. The Republic of Guatemala 사건
(PCA Case No. 2019-43)

가. 사건 개요

이 사건은 이스라엘 회사가 과테말라의 에너지 공급 사업에 현지 기업을 인수하는 방식으로 투자했다가, 과테말라 정부가 현지 기업에 대하여 세무조사 및 각종 조치를 부과하자, 이스라엘 회사가 이에 대해 이의를 제기하면서 과테말라 정부를 상대로 투자중재 형식으로 손해배상청구를 한 사건이다. 이 사건에서 중재판정부는 신청인인 이스라엘 회사의 청구를 기각하며 신청인이 피신청인의 중재비용 3분의 2(미화 180 만불 상당)를 배상하라고 판정하였다. 이 사건은 투자자가 투자 대상에 대한 직접적 소유권이 없는 상황에서 투자유치국을 상대로 중재를 신청하여 주목을 받았다.

신청인 IC Power 는 이스라엘 회사이고, 본건 분쟁에서 문제가 된 회사 두 군데(“**Distributors**”)는 과테말라 최대 전력공급회사인 Distribuidora de Electricidad de Oriente, S.A.(“**DEORSA**”)와 Distribuidora de Electricidad de Occidente, S.A.(“**DEOCSA**”)이다. 영국의 투자 펀드인 Actis LLP(“**Actis**”)는 2011 년에 DEOCSA와 DEORSA 가 속한 Energuate 그룹을 reverse merger leveraged buyout 방식으로 인수하였고, 이후 IC Power 가 2016 년에 Energuate 를 Actis 로부터 인수하였다.

DEOCSA 와 DEORSA 는 Actis 의 2011 년의 인수 구조에 기하여 영업권 상각(Amortization of the Goodwill)과 인수자금 대출이자 납부에 따른 세금 감면 혜택이 발생한다고 보았다. 그러나 과테말라 국세청(Superintendence of Tax Administration)은 DEORSA 와 DEOCSA 에 대하여 2012 년에 세무조사를 실시하였고, 조사팀은 세금 감면이 불가하다는 결론을 내렸다. 그런데 과테말라 국세청은 2015 년에 해당 조세감면이 가능하다고 해석될 여지의 세무의견서(Binding Tax Opinions)를 내놓았고, DEORSA 와 DEOCSA 는 2011-2013 기간에 대한 과세에 대하여 경정금(Rectification Payment)을 납부하였다.

IC Power 가 Energuate 를 인수한 뒤, 과테말라 국세청은 DEORSA 와 DEOCSA 의 2011-2012 기간 내 조세감면에 대하여 조세사기 혐의를 적용하여 과테말라 법원에 기소하였다. 과테말라 법원은 2016. 7. Distributors 가 과테말라 국세청에 미납 과제를 납부할 때까지 회사 두 군데의 계좌를 동결하라고 명령하였다. 두 회사는 2013-2015 기간동안 체납금 등 약 미화 7,500 만 달러를 납부하였고, 계좌동결 조치는 해제되었다. 이후 Distributors 는 2011-2012 기간의 세금에 대한 이자 및 과징금(Penalties)의 정확한 계산을 요구하였다. 과테말라 국세청은 이에 따라 과세 산정액을 제출했으나, 이는 Distributors 가 사전에 납부한 경정금이 반영되지 않은 액수였다.

IC Power 는 2017 년에 기업공개절차(IPO)를 통하여 I Squared Capital 의 자회사에 Distributors 를 포함하여 IC Power 가 남미에서 보유한 자산을 매각하였다. IC Power 는 매각절차 종료 전에 과테말라 정부를 상대로 투자중재 신청을 할 수 있는 권리를 유보하는 계약을 체결하였다. IC Power 는 매각 2 개월 후 이스라엘-과테말라 양자투자조약 제 8 조에 기하여 중재를 신청하였다.

나. 주요 쟁점

1) 본안전항변 – 관할 항변

과테말라는 중재판정부의 관할권에 대하여 다음과 같이 항변하였다.

- ① 신청인이 2017 년에 Distributors 에 대한 소유권을 전량 매각함에 따라, 중재 신청이 이루어진 2018. 2. 당시에 청구의 기반이 되는 투자(Investment)는 존재하지 않았다.
- ② 신청인이 입었다고 주장하는 손해는 신청인이 아닌 Distributors 가 직접 입은 피해로, 신청인이 Distributors 의 주주로서 이에 대한 손해배상청구를 할 수 없다.
- ③ 신청인은 미화 1 억 달러가 넘는 체납 세금에 대하여 인지하고 있거나 인지하였어야 함에도 불구하고 Distributors 의 인수를 진행하였다. 이는 신청인이 투자중재 시스템을 남용하여 인수 전 부실했던 기업실사를 만회하고자 한 것이다.
- ④ 본 분쟁은 과테말라 국내법 분쟁에 국한되며, 국제법적 분쟁에 대한 관할만 있는 투자중재 중재판정부가 개입할 수 없다.
- ⑤ 신청인은 과테말라 정부의 명백한 투자조약 위반(*Prima Facie Violation of the Treaty*)을 주장, 소명하지 않았다. (이 주장은 *Elettronica Sicula S.p.A.* 사건에서 국가 기관(Public Authority)의 국내법(Municipal Law) 위반행위가 반드시 국제법 위반행위로 간주될 수 없다는 국제사법재판소(ICJ)의 판결에 근거한 것임.)
- ⑥ 만약 신청인의 주장대로 재판거부(Denial of Justice) 또는 절차적 오류(Procedural Error)가 있었다면 과테말라 정부는 과테말라 국내 법원 판결에 대해서만 법적 책임이 있다. 국제 재판에서 국내판결 존중의 원칙(Deference) 또한 고려되어야 한다.

이러한 관할 항변에 대하여 중재판정부는 다음과 같은 이유로 과테말라의 주장을 모두 배척하였다.

- ① 신청인의 투자조약에 관한 청구(Treaty Claims)는, 그 자체를 투자하고 보기는 어렵다. 또한 이스라엘-과테말라 투자협정은 투자자가 소유권을 타인에게 양도한 투자에 대한 중재신청이 가능한지가 명확하게 규정되어 있지 않다. 따라서 중재판정부는 이와 관련하여 국제중재 판정례 및 재판례를 검토할 필요가 있다. *David R. Aven, et al. v. Costa*

Rica 사건에서 투자자 보호조치는 투자자가 자의로 투자 대상물의 소유권을 이전한 이후에도 적용될 수 있는 예외적 상황이 존재한다고 판정이 내려졌다. 본 중재판정부는 위 판정의 결론에 동의한다. 중재판정부는 본건에서 신청인이 Distributors를 매각하기 전 투자중재 신청권을 유보한 계약이 이 예외적 상황에 해당한다고 판단하고, 따라서 신청인이 투자소유권을 매각한 것이 신청인의 중재신청 권한을 무효화하지 않는다고 본다.

- ② Distributors 가 입은 손해와 신청인이 입은 손해에 관한 주장은 청구금액 계산의 문제(Questions of Quantum)로 보아야 하며 이 문제는 관할에 대한 본안전판단 대상으로 부적절하다.
- ③ 피신청국의 항변은 사실관계를 판단해야 하며, 신청인의 본안에 대한 주장이 근거 없음을 전제로 하고 있다. 이를 다투는 것은 본안전판단 대상으로서 부적절하며, 본안에서 다투는 것이 적절하다.
- ④ 신청인의 청구가 과테말라법에 일부 기인하고, 일부 쟁점이 과테말라 법원에서 다루어지는 것은 중재판정부의 판정권한을 일부 제한할 수도 있다. 그러나 그렇다고 하여 이는 판정부가 본안에 대한 이스라엘-과테말라 조약을 국제공법으로서 적용하는 것을 금지하는 것은 아니다.
- ⑤ 피신청국은 과테말라 법에 따른 사법부의 조치는 투자조약 위반 사항이 아니라는 취지의 주장을 개진하였으나, 본건은 과테말라 국세청의 조치에서 기인하였으며, 국세청은 과테말라 사법부의 일원이 아니다. 따라서 신청인의 청구는 일견 주장으로서 인정된다.
- ⑥ 신청인의 청구는 주로 과테말라 법원 조치보다 국세청의 조치에 기한다. 따라서 중재판정부는 재판거부(Denial of Justice)가 사법부가 아닌 행정부의 조치에도 적용가능한지 판단해야 하며, 이는 관할에 대한 본안전항변으로 다루기에 부적절하다.

2) 본안 판단

신청인은 본안에서 피신청국이 자의적 대우(Arbitrary Treatment), 정당한 기대(Legitimate Expectations) 위반, 절차적 공정성(Procedural Fairness)과 적법절차(Due Process) 위반, 투명성(Transparency) 부재 등에 근거하여 공평공정의무(Fair and Equitable Treatment; 이스라엘-과테말라 BIT 제 2 조 2 항)를 위반했다는 주장을 가장 핵심 주장으로 펼쳤다. 이 중 중재판정부가 중점적으로 검토, 실시한 부분은 과테말라의 자의적 대우 유무에 관한 내용이었다.

신청인은 과테말라 국세청이 구속력 있는 의견서(Binding Tax Opinions)에서 Distributors 가 세금 감면 혜택을 정당히 받을 수 있다고 확인했으나 추후 세금 감면 혜택이 정당하지 못했다고 판단한 것은 피신청국의 자의적 조치로 인한 공평공정의무 위반이었다는 주장하였다. 이에

대하여 중재판정부는 국세청이 이 의견서에 구속된다고 보았다. 그런데 판정부는 이 의견서로 인하여 국세청이 신청인이 Distributors 를 매입한 계약에 대해 형사소송을 제기하는 것을 금지되는 것은 아니라고 판단하였다.

신청인은 또한 과테말라 형사 법원이 내린 계좌동결 명령이 자의적이며 과테말라 국내법을 위반했다고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 국제법상 사법부의 행위를 자의적이라고 보기 위한 잣대(Threshold)가 높고, 법원 판결에 대해 국제법은 높은 수준의 존중(High Degree of Deference)을 요구한다는 점을 강조하였다. 또한 판정부는 신청인이 주장한 법원의 과테말라법 위반행위에 대하여 재판거부(Denial of Justice) 사안이라는 견해를 밝혔다. 그런데 이 사안에 대한 신청인의 청구가 없었으므로 재판 거부에 따른 공평공정의무 위반 사항은 없다는 판정을 내렸다.

중재판정부는 신청인이 한 투자에 따른 정당한 기대는 형사소송이 없을 것이라는 구속적 의견서에 기반하고 있다고 보았다. 따라서 판정부는 이 의견서가 형사소송을 금지하는 것이 아니라는 전제 하에 신청인의 정당한 기대에 관한 주장을 배척하였다.

신청인이 적법절차 위반이라고 주장한 주요 사안(과테말라 내 형사소송제기, 현지 법원이 신청인의 항변 없이 Distributors 의 계좌를 동결)에 대하여, 중재판정부는 투자유치국이 국내법에 따라 내리는 결정에 판정부가 개입할 수 없다는 원칙을 분명히 재확인하였다.

신청인은 과테말라 정부가 구속적 의견서에도 불구하고 일체의 해명도 없이 형사소송을 진행한 것, 과테말라 국세청 고위 직원들이 2013-2015 기간에 대한 세무조사가 없을 것이라고 잘못 전달한 것 등에 대하여 투명성 부재의 원칙이 적용된다고 하였다. 그러나 중재판정부는 투명성의 원칙이 구속적 의견서의 효력 유무 또는 범위나, 신청인과 과테말라 국세청 간의 협의 내용에까지 미치지 않는다고 판단하였다.

요컨대 중재판정부는 피신청국에 의한 공평공정의 의무 위반은 없었다고 판단하였다. 또한 재판 거부(Denial of Justice)에 비추어볼 때 공평공정의 의무 위반이 있었는지에 대하여는 이에 관한 청구가 없기 때문에 다루지 않는다고 덧붙이기도 했다.

다. 평가 및 해설

투자 소유권을 양도한 투자자가 투자협정에 따른 투자자보호 혜택을 받을 수 있는지 및 투자중재 신청을 할 수 있는지는 여러 투자중재 사건에서 다루어진 주제이다. 다만 이 쟁점이 다루어진 사건들의 사실 관계가 모두 조금씩 상이하고, 쟁점에 대한 고려사항 또한 다양하며, 이러한 사건의 기반이 되는 투자협정에서 '투자' 또는 '투자자'의 정의도 동일하지는 않다.

본건 중재판정부는 자의적으로 투자소유권을 상실한 투자자가 피투자국을 상대로 중재신청을 할 수 있는지 판단하는데 다음과 같은 요소들을 고려해야 한다고 설시하였다.

1. 투자조약에 기한 청구 권한을 유보하는 것은, 투자의 소유권을 양수한 자가 같은 투자조약에 같은 사실에 근거하여 같은 청구를 할 수 없도록 하기 위해서 명확하고 절대적(Absolute)이어야 한다.
2. 신청인은 투자의 소유권을 양도하기 전, 투자조약에서 규정하는 투자자와 투자의 요건을 충족하여야 한다.

위 요소들은 그동안 유사한 쟁점을 다룬 사건에서 종종 인용되었던 투자자의 소유권 유지 의무(Continuous Ownership Requirement)와는 거리가 있다. 본건과 유사한 최근의 사건에서는 이 의무에 기초한 항변이 배척되는 경우가 상당수 존재했다. 이러한 추세에 비추어보면 투자 대상의 소유권을 잃은 투자자가 신청인 적격이 인정될 가능성이 높다고 생각된다. 또한 본건은 투자자가 투자의 소유권을 상실하기 전, 투자중재신청 권한을 유보하는 별도의 계약을 맺은 보기 드문 사건이기도 하다. 이 점이 중재판정부의 관할권 판단에 유의미한 영향을 주었다고 보여, 투자자들은 이를 잘 살펴볼 필요가 있다.

본안 판단 중 과테말라의 자의적 대우 판단에 대한 부분도 주목할 가치가 있다. 피투자국의 행위가 자의적이었는지에 대한 판단 기준으로, 과테말라는 *Elettronica Spicula S.p.A.* 사건에서의 기준(‘자발적인 적법절차 거부 또는 법적질서(Juridical Propriety)의 관점에서 충격적이거나 최소 놀라운 행위 여부¹⁾’)을 적용해야 된다고 주장하였다. 신청인 IC Power 는 이 기준은 지나치게 높다고 항변하며 *Ronald S. Lauder* 사건에서의 기준(‘자의적 대우 판단은 관련 사실관계 또는 판단의 사유보다 편견과 선호에 근거한다는 기준²⁾’)을 적용할 것을 주장하였다. 이를 정리하면, 과테말라가 주장한 자의적 대우 판단 기준을 충족하려면 투자유치국의 행위가 적법절차의 거부 또는 법적질서에 반함을 증명해야 하며, IC Power 의 기준을 충족하려면 투자유치국의 행위 근거가 투자유치국의 편견 또는 선호에 따른 것임을 증명해야 했던 것이다. 즉, 과테말라가 개진한 *Elettronica* 기준을 적용할 경우 IC Power 가 내세운 *Ronald S. Lauder* 기준을 적용하는 경우보다 과테말라의 자의적 대우 사실을 증명하기 더 어렵다고 할 수 있었다.

이에 대해, 중재판정부는 *Elettronica* 사건에서의 자의적 대우 정의에 동의한다는 취지의 소견을 피력하면서도 *Elettronica* 사건과 *Ronald S. Lauder* 사건에서의 자의적 대우의 정의가 상호 배척하지 않는다고 판단하였다. 더불어 중재판정부는 자의적 대우 판단에 있어 별도로 고려될

¹ [원문] “[A] willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”, *IC Power v. Republic of Guatemala* (PCA Case No. 2019-43), Final Award, 7 October 2020, para. 559.

² [원문] “[A]rbitrary conduct is that which is “founded on prejudice or preference rather than on reason or fact.””, *IC Power v. Republic of Guatemala* (PCA Case No. 2019-43), Final Award, 7 October 2020, para. 559.

요소들을 소개하였는데 피투자국 국가기관이 피투자국 국내법을 잘못 적용하는 것은 그 자체만으로 자의적 대우에 해당하지 않는다고 보는 것과 중재판정부가 피투자국 국가기관의 국내법 적용 판단 및 피투자국의 의사결정 절차에 대하여 높은 수준의 존중을 보여야 한다는 것이었다. 중재판정부의 이러한 견해는 현재 널리 통용되고 있는 *Electronica* 기준에 추가적인 고려요소를 더하는 것으로 해석될 수 있다. 결과적으로 신청인 투자자가 투자 분쟁에서 피투자국의 자의적 대우를 증명하는 데 상당히 높은 기준이 적용되고 있음을 보여준다고 할 수 있다.

덧붙여 중재판정부의 재판거부(Denial of Justice)에 대하여 몇 가지 코멘트를 하고자 한다. 앞서 언급하였듯, 중재판정부는 재판거부에 따른 공평공정의무 위반이 있었는지에 대한 자세한 설명을 피했다. 이 부분에 기한 신청인의 청구가 없기도 했는데, 그럼에도 중재판정부가 간략하게나마 이 쟁점에 대하여 피력한 의견은 두 가지 점에서 의미가 있다고 생각된다.

첫째, 중재판정부는 재판거부라는 사유를 통해 피신청국의 사법절차(본 사건에서 과테말라 형사법원의 조치들)가 공평공정의 의무 위반으로 귀결될 수 있음을 확인하였다. 중재판정부는 *Robert Azinian et. al. v. United Mexican States* 사건을 원용하며 재판거부 사유를 네 가지로 소개하였는데 그 내용은 다음과 같다:

재판거부는 관련 법원이 재판을 거부하거나, 이유 없이 절차를 지연(Undue Delay)하거나, 심각하게 부적절한 방법으로 사법절차를 진행(Administer Justice in a Seriously Inadequate Way)하는 경우 주장할 수 있다. [중략] 네번째 종류의 재판거부는 명백하고 악의적으로 법을 잘못 적용(Clear and Malicious Misapplication of Law)하는 경우를 일컫는다.³

둘째, 중재판정부는 과테말라 형사법원의 조치가 재판거부 사유 외의 관점에서 검토될 수 있을 정도로 상당히 예외적인 경우가 아니라고 판단하였다. 그럼에도 재판거부 사유 외의 관점에서 해당 조치를 검토하는 것은 중재판정부가 과테말라 법원의 항소심 역할을 하는 것으로, 이는 적절하지 않다고 보았다.

결론적으로 이러한 중재판정부의 판단은, 투자자가 피투자국의 사법조치가 공평공정 의무 위반 행위라는 주장을 개진함에 있어 재판거부와 재판거부 요건 존재 유무를 우선적으로 고려해야 한다는 것을 보여준다.

³ [원문] "There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law [...] This type of wrong doubtless overlaps with the notion of "pretence of form" to mask a violation of international law", *Robert Azinian et. al. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2), Award, 1 November 1999, paras. 102-103.