

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12

I. 절차적 배경 및 판정 요지

1. 사건명

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12

2. 당사자와 대리인

청구인: Pac Rim Cyman LLC (미국 기업)

대리인: Crowell & Moring LLP (Arif H. Ali, Alexandre de Gramont and others)

피청구국: 엘살바도르 (El Salvador)

대리인: Dewey & LeBoeuf LLP (Derek C. Smith and Luis Parada)

(본안 단계) Foley Hoag LLP (Derek C. Smith, Luis Parada and others)

3. 중재판정부

V. V. Veeder (의장중재인, 영국 국적)

Professor Dr Guido Santiago Tawil (청구인 지명, 아르헨티나 국적)

Professor Brigitte Stern (피청구국 지명, 프랑스 국적)

4. 사실적 배경 및 판정 요지

미국 기업인 청구인은 엘살바도르의 자회사를 통해 엘살바도르에서 광산개발 사업을 하고자 하였다. 청구인은 2004. 12. 22. 엘살바도르 광산법에 따라 피청구국에 양허구역에 대한 개발양허를 신청하였으나, 피청구국은 광산법의 해석상 요건이 충족되지 않았다고 보았다. 피청구국은 법률 검토를 거쳐 양허를 부여하기 위해 광산법 개정이 필요하다고 보았다. 이에 청구인과 피청구국 관계 당국은 광산법 개정을 위해 다양한 노력을 하였으나, 결국 의회를 통과하지 못

하였다.

그런데 피청구국 대통령은 2008. 3. 10. 청구인의 광산개발을 허용하지 않을 것이라고 언론에 밝히고, 2009. 2. 26. 중재로 가는 한이 있더라도 양허를 부여하지 않겠다고 발언하였다.

이에 청구인은 2009. 4. 30. 스스로와 엘살바도르 자회사를 위하여 엘살바도르를 상대로 투자중재를 제기하였다. 청구인은 적용 투자협정에 따른 청구와 피청구국 국내법인 투자법에 따른 청구를 모두 제기하였다.

중재판정부는 (i) 청구인의 모회사가 캐나다 기업이고, 청구인이 미국에서 실질적 영업활동을 하지 않으므로, 협정상 혜택의 부인 조항이 적용될 수 있다고 보아 투자협정에 따른 청구에 관한 관할권을 인정하지 않았다. 또한, (ii) 피청구국 광산법의 해석상 청구인의 양허신청이 그 요건을 충족하지 못한 것이라고 보아 청구인의 투자법에 따른 청구를 모두 기각하였다.

5. 중재절차상의 특이사항

본건에서 피청구국은 우선 관련 투자협정에 있는 선결적 항변에 관한 조항을 근거로 선결적 항변을 제기하면서, 기타 관할에 관한 항변을 모두 유보하였다. 중재판정부가 선결적 항변을 인정하지 않자, 피청구국은 다시 중재판정부의 관할권이 존재하지 않는다는 관할 항변을 하였고, 중재판정부는 이 역시 받아들이지 않았다. 이후 중재판정부의 본안 판단이 이루어졌다.

이처럼 본건은 선결적 항변 단계, 관할 단계, 본안 단계와 같이 3단계로 나누어 진행된 특징이 있다. 이처럼 절차가 복잡하게 진행되고, 당사자 간 다툼도 많았기 때문에, 2008. 12. 9. 중재가 제기된 후 약 8년이 경과한 2016. 10. 14. 에야 본안 판정이 내려졌다.

II. 사건 및 판정의 세부사항

1. 근거 협정

Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (이하

“본건 협정”)

2. 문제된 투자유치국의 조치

피청구국이 청구인의 광산개발 양허와 환경 관련 허가 신청을 거절하고, 청구인의 투자를 국내법에 따라 보호하지 않으며, 청구인의 투자를 수용한 행위¹⁾

3. 청구인의 청구취지

청구인은 다음과 같이 청구한다.²⁾

- 피청구국의 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 수용, 투자인가 관련 의무 위반 위반의 선언
- 피청구국의 엘살바도르 투자법과 광산법 위반
- 미화 7,700만 달러를 초과한 금액과 그에 대한 이자의 배상 명령

4. 사실관계

미국 기업인 청구인은 엘살바도르의 자회사인 Pacific Rim El Salvador (이하 “PRES”), Dorado Exploraciones, Sociedad Anónima de Capital Variable (이하 “DOREX”)을 통해 엘살바도르에서 광산개발사업을 하고자 하였다(이하 두 자회사를 통칭하여 “본건 자회사”). 캐나다 기업인 Pacific Rim Mining Corporation(이하 “Pacific Rim”)이 청구인의 지분을 모두 소유하고 있었고,³⁾ 본건 자회사와 관련한 결정을 내렸다.⁴⁾

피청구국은 1995. 12. 4. 광산법(Mining Law)을 제정하였고, 이 법은 2001년 개정되었다.⁵⁾ Pacific Rim이 2002. 4.경 Dayton Mining을 합병하면서 탐사면허

1) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on Preliminary Objections (“Decision on Preliminary Objections”), para. 8; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections (“Decision on Jurisdiction”), para. 1.2-1.3; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award (“Award”),

2) Decision on Preliminary Objections, paras. 16-19, 52; Decision on Jurisdiction, paras. 1.8-1.12.

3) Decision on Preliminary Objections, paras. 1-2; Award, paras. 1.1-1.2, 3.5.

4) Award, para. 6.12.

(exploration licences)를 취득할 당시 광산법을 자세히 검토하였고,⁶⁾ 광산법이 투자에 유리하다고 보았다.⁷⁾

엘살바도르의 Sensuntepeque 시로부터 남서쪽 방면 7.5킬로미터 가량에 있는 San Isidoro 지역에 탐사지역이 있는데, 이는 El Dorado Norte와 El Dorado Sur로 구성되어 있었다.⁸⁾

2002년 합병에 따라 청구인은 PRES를 통해 간접적으로 탐사면허를 보유하게 되었는데, 광산법에 따라 개발양허(exploitation concession)로 전환하지 않는다면 탐사면허의 유효기간은 2005. 1. 1. 만료될 예정이었다.⁹⁾

청구인과 PRES는 El Dorado Norte와 El Dorado Sur에 상당한 양의 금이 매장되어 있음을 확인하였고, PRES는 2004. 12. 22. 엘살바도르 재무부에 탐사면허를 개발양허로 전환하여 달라고 신청하였다.¹⁰⁾ 신청서에 포함된 문서에 따르면, 총 6개의 부동산이 개발로 인해 영향을 받는데, 양허 요청 지역의 전체 크기에 비해 6개의 부동산이 차지하는 면적은 상당히 작았다. 전체 양허 요청 지역 중 약 13% 정도만이 영향을 받았다.¹¹⁾ 또한, PRES의 전환신청에는 광산법에 의해 요구되는 환경면허(environmental permit)가 첨부되어 있지 않았다. PRES는 2004. 3.경 이미 환경면허 발급을 신청했으나 발급이 지연되고 있었다. 다만, 피청구국 공무원은 PRES에게 환경면허를 첨부하지 않았다 하더라도 개발양허를 신청할 수 있다고 확인해 주었다.¹²⁾

그 후 PRES는 탐사면허가 2005. 1. 1. 완료되었음에도 불구하고 개발을 계속 진행하였고, 피청구국은 이에 대해 이의를 제기하지 않았다. 피청구국 측의 설명에 따르면, 청구인 측이 광산법에 다른 요건을 충족하기 위한 시간을 주기 위해 개발을 계속할 수 있도록 하였다.¹³⁾ PRES가 2005. 4.경 청구인에게 보낸 보고서에 따르면, PRES와 피청구국의 관계당국은 개발양허에 관하여 계속 논의하고 있었다.¹⁴⁾

5) Award, para. 6.2.

6) Award, para. 6.3.

7) Award, para. 6.5.

8) Award, para. 6.6.

9) Award, para. 6.7.

10) Award, para. 6.13.

11) Award, paras. 6.17-6.19.

12) Award, para. 6.21.

13) Award, para. 6.24.

그런데 광산법 해석상 양허지역 부동산의 소유권 취득과 관련하여 PRES와 피청구국 간에 이견이 노출되었다. PRES는 지상에 시설이 있는 경우에만 부동산의 소유권을 취득하면 충분하다는 의견이었으나, 피청구국 재무부와 대통령실의 법률담당관은 양허지역 전체의 소유권 취득이 필요하다는 의견이었다.¹⁵⁾ PRES가 양허지역 전체의 소유권을 취득할 수는 없었던 것으로 보인다.¹⁶⁾ 광산법의 해석에 관한 의견 불일치에도 불구하고 피청구국 재무부 등 관계당국이 PRES의 상황을 어느 정도 공감하고 있었던 것으로 보이고,¹⁷⁾ 피청구국은 이 문제를 해결하기 위해 광산법의 개정까지 고려하였다.¹⁸⁾

이런 상황에서 피청구국은 2005. 9.경 청구인의 또 다른 자회사인 DOREX에게 다른 지역의 탐사면허를 부여하였는데, 이 점에 비추어 보면 피청구국이 청구인의 광산개발을 전반적으로 지지했던 것으로 보인다.¹⁹⁾ 피청구국은 2005. 10.경 PRES에 광산법 개정안 초안을 보내주기도 하였다.²⁰⁾ 피청구국 관계당국이 당시 PRES를 도우려고 했던 것은 분명하다.²¹⁾ 그러나 결과적으로 2006. 1.경 광산법 개정안은 엘살바도르 의회를 통과하지 못하였다.²²⁾

그런데 엘살바도르 환경부장관은 2006. 6. 30. 언론에 광산개발이 엘살바도르의 이익에 부합하지 않는다(“non convenient”)고 발언하였다. 청구인 측 증인의 증언에 의하면, 피청구국의 관계당국은 PRES에 환경부장관의 발언이 개인 의견에 불과하다고 확인해 주었다.²³⁾

그러나 그 이후 피청구국 재무부 등의 태도가 변화하기 시작했다. 피청구국의 환경부장관과 재무부장관은 2006. 7.경 언론에 2006년 말 전에 광산법을 개정하여 광산개발에 새로운 세금(new mining royalties)을 부과하고 광산개발 계획을 폐지하겠다고 발언하였다.²⁴⁾ 피청구국은 2006. 10. 2. PRES에게 서신을 보내어 광산개발이 이루어지는 지역의 토지를 매입하였거나 토지소유자로부터

14) Award, para. 6.30.

15) Award, paras. 6.31.-6.33, 6.36-6.37, 6.40-6.41.

16) Award, paras. 6.44, 6.46-6.47.

17) Award, para. 6.45.

18) Award, paras. 6.50-6.51, 6.55, 6.59-6.60.

19) Award, para. 6.57.

20) Award, para. 6.61.

21) Award, para. 6.64.

22) Award, para. 6.67.

23) Award, para. 6.75.

24) Award, paras. 6.76-6.80.

인가받은 공적 문서를 30일 이내에 제출할 것을 요구하였는데, 이는 피청구국이 종전에 청구인에게 가졌던 우호적인 태도와는 다르다.²⁵⁾ 피청구국은 2006. 12. 4. 다시 청구인에게 서신을 보내어 환경허가와 토지소유권 관련 자료를 30일 이내에 제출할 것을 요구하였다.²⁶⁾

피청구국 환경부장관은 2007. 5. 7. PRES를 포함한 광산개발기업들에게 ‘전략적 환경평가’(Strategic Environmental Assessment)가 완료되기 전까지 엘살바도르의 모든 광산개발 활동이 중단될 것이라고 알렸으나, 실제로는 의회를 통과하지 못하였다.²⁷⁾

그러나 그 뒤에서도 PRES와 피청구국 관계당국은 계속 의사소통하였고, 청구인은 개발양허를 받을 수 있을 것으로 믿었고,²⁸⁾ 실제로 PRES의 입장을 고려한 광산법 개정안이 2007. 11. 20. 의회에 제출되었다.²⁹⁾ 법안 작성 과정에서 PRES의 의견이 고려되기도 하였다.³⁰⁾

청구인 측 증인의 증언에 의하면, 청구인 측 담당자는 2008. 1.경 피청구국을 방문하여 고위공직자들을 만났고, 이들은 환경허가가 발급될 것이고 광산법 개정안도 2008. 2.경에 의회를 통과할 것이라고 언급하였다.³¹⁾ 그러나 2008. 2.경에도 광산법 개정안은 의회에서 채택되지 않았다.³²⁾

피청구국 대통령은 2008. 3. 10. 언론에 원칙적으로 새로운 광산개발 허가에 반대한다는 의견을 피력하였다. 이러한 피청구국 대통령의 발언으로 청구인과 PRES은 충격을 받았다.³³⁾ 피청구국 대통령은 2009. 2. 26. 중재로 가는 한이 있더라도 Pacific Rim에 양허를 부여하지 않겠다고 발언하였다.³⁴⁾

청구인은 2009. 4. 30. 스스로와 본건 자회사를 위하여 엘살바도르를 상대로 투자중재를 제기하였다.

25) Award, paras. 6.86-6.87.

26) Award, para. 6.99.

27) Award, para. 6.111.

28) Award, paras. 6.116-6.117.

29) Award, para. 6.118.

30) Award, para. 6.120.

31) Award, para. 6.123.

32) Award, para. 6.124.

33) Award, paras. 6.125-6.126.

34) Award, para. 6.129.

5. 법률적 쟁점 및 중재판정부의 판단

가. 선결적 항변에 관한 판단

1) 피청구국의 선결적 항변

피청구국은 El Dorado 관련 청구에 대해, PRES가 광산개발 양허에 관한 권리가 있다는 점을 청구인이 증명하지 못하였고, 특히 PRES가 엘살바도르 국내법상 요건을 충족하였음을 알 수 있는 핵심 사실관계(essential facts)를 주장하지 못하고 있는데, 이 점에 비추어 보면 설사 청구인의 주장이 모두 인정되더라도 피청구국의 행위로 인해 청구인에게 손해가 발생하였다고 할 수 없으므로 본건 협정 제10.20.4조³⁵⁾에서 말하는 ‘청구인에게 유리한 판정이 나올 수’(for which an award in favour of the Claimant may be made) 없다고 주장한다.³⁶⁾ 특히, 청구인이 엘살바도르 법상 탐사(exploration) 허가를 받은 기업이 탐사를 통해 광물을 발견하였다면 개발(exploitation) 허가를 받을 수 있는 권리가 있는 것처럼 말하지만, 피청구국은 그러한 권리가 자동으로 부여되는 것이 아니라 재무부(Ministry of Economy)가 개발허가 신청을 거부할 수 있다고 주장한다. 본건에서 청구인이 엘살바도르 법상 개발허가를 받을 수 있는 요건을 충족하였는지 증명하고 있지 못하지만, 설사 요건을 충족하였더라도 개발허가가 부여되지 않을 수 있다고도 주장한다.³⁷⁾

35) “4. Without prejudice to a tribunal’s authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 10.26.

(a) such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant’s factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.”

36) Decision on Preliminary Objections, paras. 61-63.

또한, 피청구국은 Santa Rita 개발허가와 관련하여, 청구인이 El Dorado 청구와 마찬가지로 피청구국의 책임을 인정할 수 있는 핵심 사실관계를 주장하지 않았을 뿐만 아니라 PRES가 개발허가의 갱신(renewal)을 청구하지 않은 이상 관련 권리가 모두 소멸하였다고 주장한다.³⁸⁾

한편, 피청구국은 청구인이 피청구국의 내국인과 제3국 국민보다 어떻게 차별 대우를 받았는지 알 수 있는 사실관계를 전혀 밝히고 있지 않고,³⁹⁾ 청구인이 주장하는 바와 같은 투자인가를 한 적이 없다고 주장한다.⁴⁰⁾

그리고 피청구국은 엘살바도르 국내법에 근거한 청구가 모두 기각되어야 한다고 주장하는데, 본건 분쟁에 대해서는 본건 협정에 따른 중재만이 독점적으로 적용(exclusivity of arbitration proceedings)되고 국내법 위반 청구는 배제되기 때문이라고 설명한다.⁴¹⁾

2) 청구인의 주장

청구인은 El Dorado 청구와 관련, (a) 피청구국의 주장과 달리 PRES가 엘살바도르 국내법상 요건을 충족하였을 뿐만 아니라 이에 관한 청구인의 주장은 현 단계에서는 사실로 전제되어야 하고, (b) 엘살바도르 국내법은 국제법상 사실로 취급되므로 엘살바도르 국내법에 관한 청구인 주장 역시 사실로 전제되어야 한다고 주장한다.⁴²⁾

또한, 청구인은 Santa Rita 청구 관련, PRES가 개발허가의 갱신을 구하지 않기로 결정하기 전에 이미 피청구국이 청구인의 투자 가치를 모두 파괴하였기 때문에 청구인이 개발활동을 계속할 수 없었던 것이므로, 개발허가 갱신을 구하지 않았다는 점을 문제 삼는 피청구국의 주장은 부당하다고 주장한다.⁴³⁾

그리고 청구인은 엘살바도르에서 청구인의 투자의 등록을 인가한 것은 본건

37) Decision on Preliminary Objections, paras. 124-147.

38) Decision on Preliminary Objections, paras. 64, 163-166.

39) Decision on Preliminary Objections, para. 167.

40) Decision on Preliminary Objections, paras. 169-170.

41) Decision on Preliminary Objections, paras. 65, 174, 180-181.

42) Decision on Preliminary Objections, paras. 191-192, 200.

43) Decision on Preliminary Objections, paras. 217-219.

협정상 인가에 해당하고,⁴⁴⁾ 피청구국이 본건 협정을 비준하고 관련 국내법을 제정한 것은 본건 협정과 국내법에 따른 청구에 관한 중재에 동의한 것으로 보아야 하므로 국내법 위반 청구 역시 중재판정부의 관할권이 존재한다고 주장한다.⁴⁵⁾

3) 중재판정부의 판단

가) 판단기준

본건 협정에 따른 관할권의 부존재를 주장하는 피청구국의 항변을 판단함에 있어서는 청구인의 주장이 사실인지 아닌지에 관해 결정을 내리는 것이 아니라 청구인의 사실관계 주장을 그대로 전제해야 한다. 즉, 본건 협정 제10.20.4조에 따른 피청구국의 관할 항변을 판단함에 있어서는 청구인이 주장하는 사실관계가 사실(true)이라고 전제하여야 한다.⁴⁶⁾ 다만, 이 단계에서도 청구인의 법적 주장은 사실로 전제되지 않는다. 그러므로 사실관계 주장인 것처럼 위장된(clothed as a factual allegation) 법적 주장을 그대로 사실로 전제할 수는 없다.⁴⁷⁾ 한편, 중재판정부는 청구인이 주장한 사실관계 뿐만 아니라 당사자 간에 다툼이 없는 사실도 고려할 수 있다.⁴⁸⁾

나) El Dorado 청구에 관한 판단

본건 협정 제10.26조에 따라 청구인에게 유리한 판정이 나올 수 없다는 점을 피청구국이 증명했다고 보이지 않는다.⁴⁹⁾

피청구국의 책임(liability)과 관련해서는 엘살바도르 광산법의 해석과 적용이 문제되는데, 광산법이 사실관계로 취급되는지 법으로 취급되는지와 무관하게, 본건 협정 제10.26.1조에 따른 관할권 판단에 있어서는 이를 사실로 전제하여야 하거나 현 단계에서 피청구국에게 유리한 결론을 내릴 수 없다. 또한, 인과관계(causation)와 관련해서도 사실관계와 법 해석이 모두 문제되는데, 이 역시 (관할권 단계에서) 피청구국에게 유리한 결론을 내릴 수 없다. 손해(damage) 쟁

44) Decision on Preliminary Objections, paras. 236-237.

45) Decision on Preliminary Objections, para. 239.

46) Decision on Preliminary Objections, paras. 72-74, 87-88.

47) Decision on Preliminary Objections, para. 91.

48) Decision on Preliminary Objections, para. 100.

49) Decision on Preliminary Objections, para. 245.

점 역시 현 단계에서 피청구국에게 유리한 결론을 내릴 수 없다.⁵⁰⁾ [중재판정부의 판단이 워낙 간명하여 그 취지가 분명하지는 않으나, 종래 국제법의 태도와 같이 국내법을 법이 아닌 사실관계로서 취급한다면 이는 청구인의 사실관계 주장이 사실이라고 전제해야 하고, 법에 관한 문제 역시 관할권 단계에서 판단하기 어렵다는 취지로 이해된다.]

다) 기타 청구에 관한 판단

El Dorado 청구 이외의 본건 협정에 따른 다른 청구에 대해서는, 청구인이 사실관계를 충분히 주장하지 못하였거나 청구인에게 유리한 판정이 나올 수 없다는 점을 피청구국이 충분히 증명하지 못하였다. 또한, 투자인가와 관련한 청구에 대해서는 엘살바도르 국내법의 해석이 문제되므로 현재 단계에서 피청구국에게 유리하게 판단할 수 없다.⁵¹⁾

또한, 본건 협정에 따른 피청구국의 중재에 대한 동의 뿐만 아니라 다른 형태의 동의에 따라 중재판정부가 관할권을 가질 수 있으므로 본건 협정에 따른 중재의 독점성에 관한 피청구국의 항변을 받아들일 수 없다.⁵²⁾

따라서 중재판정부는 피청구국의 선결적 항변을 받아들이지 않았다.⁵³⁾

나. 관할 항변에 관한 판단

1) 피청구국의 관할 항변

피청구국은 주위적으로 청구인의 절차남용(abuse of process)을 이유로 중재판정부의 관할권이 인정되지 않으므로 모든 청구를 기각하여 줄 것을 주장하고, 예비적으로 (a) 본건 협정상 청구에 대해서는 혜택 부인(denial of benefits), 청구인이 투자자가 아닌 점, 시적 관할 부존재, 제척기간 도과 등을 이유로, (b) 투자법상 청구에 대해서는 본건 협정상 포기조항(waiver), 청구인이 투자법상 외국 투자자가 아닌 점, 법인격 부인(piercing the corporate veil), 중재 동의를 부존재, 본건 협정상 청구와 투자법상 청구의 분리불가능성(indivisibility) 등을

50) Decision on Preliminary Objections, para. 246.

51) Decision on Preliminary Objections, paras. 247-249.

52) Decision on Preliminary Objections, para. 253.

53) Decision on Preliminary Objections, para. 254.

근거로 각각 기각하여 줄 것을 주장한다.⁵⁴⁾

2) 청구인의 주장

청구인은 절차남용에 관한 항변은 중재판정부의 관할권에 관한 것이 아니라 중재판정부가 관할권을 가지고 있음에도 불구하고 이를 행사하여야 하는지 여부의 문제이므로, 피청구국이 이를 관할권의 문제로 주장하는 부당하고 절차남용을 이유로 모든 청구를 기각한 선례도 존재하지 않는다고 주장한다.⁵⁵⁾

3) 중재판정부의 판단

가) 절차남용 항변에 관한 판단

(1) 피청구국의 주장

피청구국은 청구인의 모회사인 Pacific Rim Mining이 2004년 이미 자회사를 통해 엘살바도르에서 환경 관련 허가 및 광산개발 양허를 신청하였으나 인정되지 않았음에도 불구하고 3년 후인 2007년 자회사의 국적을 케이만제도에서 미국으로 바꾼 후 본건 중재를 제기한 점에 비추어 보면, 청구인의 청구는 절차남용이라고 주장한다.⁵⁶⁾ 피청구국은 투자를 실행하기 위하여 선의로 국적을 변경(prospective nationality planning)하는 것이 가능하다면서도, 본건에서 청구인은 이미 존재하는 분쟁을 위해 의도적으로 국적을 변경하였다고 주장한다. 본건 협정이 2006. 3. 1. 발효되었는데, 청구인이 그 이후 국적을 변경하여 본건 중재를 제기하였다는 것이다.⁵⁷⁾

(2) 청구인의 주장

이에 대해 청구인은 국적의 변경이 있었던 2007. 12. 13. 이후에 비로소 본건 분쟁의 원인사실들이 발생했다고 주장한다.⁵⁸⁾

54) Decision on Jurisdiction, paras. 1.39, 1.43.

55) Decision on Jurisdiction, para. 1.44.

56) Decision on Jurisdiction, paras. 2.16-2.17.

57) Decision on Jurisdiction, paras. 2.19-2.20, 2.24.

58) Decision on Jurisdiction, para. 2.23.

(3) 중재판정부의 판단

청구인이 제출한 증거에 비추어 보아도 청구인이 국적을 변경한 주된 목적 중 하나가 본건 협정에 따른 중재 제기임을 알 수 있다.⁵⁹⁾ 그러나 그것만으로 절차남용에 해당한다고 단정할 수는 없고,⁶⁰⁾ 국적의 변경이 ‘정당한 기업 계획’(legitimate corporate planning)인지 아니면 권리 남용인지는 국적이 변경될 당시의 사정에 따라 달라진다.⁶¹⁾ 분쟁의 원인사실이 발생하기 전에 국적 변경을 수반하는 기업 구조의 변경이 선의로 이루어졌다면, 이를 절차남용이라고 할 수는 없다.⁶²⁾

본건에서 청구인은 2008. 3. 11. 있었던 피청구국 대통령 Saca의 연설을 기점으로 분쟁이 발생하였다고 주장하는 것으로 보인다.⁶³⁾ 국제법상 위법행위가 정확히 언제 발생하였는지 특정하는 것은 대단히 어렵고,⁶⁴⁾ 본건에서 문제되는 행위가 계속적 행위(continuous act)인지 복합적 행위(composite act)인지에 따라 국적 변경이 이루어진 2007. 12. 3. 이전에 분쟁의 원인사실이 있었는지가 달라질 수 있다.⁶⁵⁾

그런데 청구인은 피청구국의 관계당국으로부터 본건 자회사에 대해 허가나 인가가 부여될 수 있다는 인상을 받았고, 특히 2008. 3.경 이후에도 청구인과 피청구국은 이에 관한 협의를 한 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 2007. 12. 13. 이전에 청구인이 관련된 허가나 양허를 받는 데 어려움이 있음을 알고 있었지만, 이 어려움을 해결하기 위한 청구인과 피청구국 간의 협의가 2008년 중반까지 이어졌고, 피청구국의 서한 내용에 비추어 보면 2007. 12. 13. 당시 허가나 양허 부여가 여전히 가능할 수 있었다고(the door was not closed) 보인다.⁶⁷⁾

또한, 피청구국의 행위는 계속적 행위로서 국적 변경이 있었던 2007. 12.경 이전에 시작되어 그 이후에도 계속되었고,⁶⁸⁾ 피청구국 대통령의 2008. 3. 11.자

59) Decision on Jurisdiction, para. 2.41.

60) Decision on Jurisdiction, para. 2.43.

61) Decision on Jurisdiction, para. 2.45.

62) Decision on Jurisdiction, para. 2.47.

63) Decision on Jurisdiction, paras. 2.59-2.60.

64) Decision on Jurisdiction, para. 2.66.

65) Decision on Jurisdiction, para. 2.72.

66) Decision on Jurisdiction, para. 2.83.-2.84.

67) Decision on Jurisdiction, para. 2.85.

68) Decision on Jurisdiction, para. 2.94.

연설에 의해 청구인이 분쟁의 존재를 알게 되었다고 보인다.⁶⁹⁾

그러므로 국적 변경이 절차남용에 해당한다는 피청구국의 항변은 받아들이지 않는다.⁷⁰⁾

나) 시적 관할 항변에 관한 판단

(1) 피청구국의 주장

피청구국은 본건 분쟁의 원인이 된 조치들이 있었던 이후인 2007. 12. 13. 청구인의 국적이 변경되었으므로 중재판정부의 관할권이 인정되지 않는다고 항변한다. 본건 협정에 따른 투자자라고 하기 위해서는 우선 타방 계약당사국의 국적을 가지고 있어야 하는데, 청구인은 2007. 12. 13. 국적을 변경하였으므로, 그 이전의 관련 거래들은 본건 협정상 투자자로서 한 것이 아니라는 것이다.⁷¹⁾ 또한, 미국 국적을 취득한 2007. 12. 13. 이후에야 본건 협정에 따른 보호와 이익을 누릴 수 있다고 한다.⁷²⁾

따라서, (i) 청구인이 2007. 12. 3. 미국 국적을 취득한 후부터 투자자라고 할 수 있는데 그러한 투자가 존재하지 않고, (ii) 2007. 12. 13. 이전의 관련 조치에 대해서는 중재판정부의 관할권이 없다고 주장한다.⁷³⁾

(2) 중재판정부의 판단

이와 관련해서는 (i) 본건 협정에 따른 투자자라고 하기 위해서는 투자 당시에 타방 계약당사국의 국적을 보유하여야 하는지, 아니면 투자한 이후에 취득하여도 되는지 살펴보고, (ii) 본건에서 문제되는 조치가 무엇이고, 그 조치가 있었던 날이 언제인지 확인하여야 한다.⁷⁴⁾

그런데 본건 협정 제10.28조는 ‘투자자’를 “타방 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당

69) Decision on Jurisdiction, para. 2.109.

70) Decision on Jurisdiction, para. 2.110.

71) Decision on Jurisdiction, paras. 3.3-3.4.

72) Decision on Jurisdiction, para. 3.5.

73) Decision on Jurisdiction, para. 3.6.

74) Decision on Jurisdiction, para. 3.31.

사국의 국민 또는 기업”⁷⁵⁾으로 정의하고 있는데, 투자자가 되기 위한 순서를 정하고 있지 않다. 시적 관할 문제에서 중요한 것은 투자 당시에 이미 당사국의 국적을 가지고 있었던 것인지가 아니라 협정 위반 행위 당시에 국적이 있었는지 여부라고 할 수 있다. 그러므로 분쟁이 언제 발생하였는지 확인하여야 한다.⁷⁶⁾

중재판정부는 앞서 절차남용 항목에서 청구인의 청구들에 관한 분쟁이 2008. 3. 13. 발생하였다고 판단하였다. 그런데 본건 분쟁이 발생할 당시인 2008. 3. 경 청구인은 이미 미국 국적을 보유하고 있었다.⁷⁷⁾ 따라서, 피청구국의 시적 관할 항변을 받아들이지 않는다.⁷⁸⁾

다) 혜택부인 항변에 관한 판단

본건 협정 제10.12.2조⁷⁹⁾는 투자자가 (국적국인) 계약당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동(substantial business activities)을 하고 있지 않고 비당사국의 국적자로부터 소유 및 통제받고 있다면 협정의 혜택을 부인할 수 있다고 규정한다. 피청구국은 본건 협정의 비당사국인 캐나다 기업이 청구인을 소유 및 통제하고 있고, 청구인이 미국에서는 실질적 영업활동을 하고 있지 않으므로 본건 협정상 혜택이 부인될 수 있다고 주장한다.⁸⁰⁾

우선, 혜택의 부인 조항이 적용되기 위해서는 항변을 주장하는 피청구국이 그에 관한 사실을 증명해야 한다. 본건 협정 제10.12.2조에 따른 혜택의 부인이 적용되기 위해서 피청구국은 (i) 청구인이 미국에서 실질적 영업활동을 하지 않았다는 사실, (ii) 청구인이 비-당사국의 국민에 의해 통제되고 있는 사실을 증명해야 한다.⁸¹⁾

제출된 증거들에 의하면 청구인이 2007. 12.부터 미국에서 영업활동을 하였다

75) “... a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of another Party ...”

76) Decision on Jurisdiction, para. 3.34.

77) Decision on Jurisdiction, paras. 3.35-3.38.

78) Decision on Jurisdiction, para. 3.44.

79) “... deny the benefits of [Chapter 10 of CAFTA] to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.”

80) Decision on Jurisdiction, paras. 4.6-4.16.

81) Decision on Jurisdiction, paras. 4.60-4.61.

는 점은 분명해 보인다. 피청구국은 미국에서의 실질적 영업활동에 관하여 진술한 청구인 측 증인을 반대신문하지도 않았다. 중재판정부로서는 그 증인의 진술을 받아들일 수밖에 없다.⁸²⁾ 그러나 그러한 영업활동이 ‘실질적’(substantial)인지는 별개의 문제이다. 청구인의 국적이 변경되기 전과 후에 특별히 미국에서의 활동에 어떤 변경이 있지도 않을 뿐만 아니라 그 활동도 사소한 정도에 그친다.⁸³⁾ 그러므로 청구인이 2007. 12.부터 미국에서 실질적 영업활동을 하지 않았다는 점은 증명된다.⁸⁴⁾

또한, 청구인을 캐나다 기업이 소유 및 통제하고 있다는 점도 분명해 보인다. 따라서 비-당사국인 캐나다 기업이 청구인을 소유 및 통제하고 있다는 점 역시 증명되었다.⁸⁵⁾

따라서, 피청구국이 본건 협정의 혜택을 부인하겠다는 의사를 표시한 2010. 8. 3.부터 청구인의 본건 협정에 따른 청구에 대해서는 중재판정부의 관할이 인정되지 않는다.⁸⁶⁾

라) 투자법 관련 항변에 관한 판단

피청구국은 (i) 투자법 제15조 제1항⁸⁷⁾이 ICSID 중재에 대한 동의를 의사를 표시한 것이라 할 수 없고, (ii) 설사 그러한 의사라고 보더라도, 청구인이 본건 중재 개시 전에 조정(conciliation)을 개시하지 않았으며, (iii) 투자법에 따른 외국 투자자라고 할 수 없다고 주장한다.⁸⁸⁾

ICSID 협약 제25조 제1항⁸⁹⁾은 관할권이 “분쟁당사자가 [ICSID에] 제소할 것을

82) Decision on Jurisdiction, paras. 4.63-4.64, 4.67.

83) Decision on Jurisdiction, paras. 4.68, 4.73-4.75.

84) Decision on Jurisdiction, para. 4.78.

85) Decision on Jurisdiction, paras. 4.79-4.82.

86) Decision on Jurisdiction, para. 4.92.

87) “In the case of disputes arising among foreign investors and the State, regarding their investments in El Salvador, the investors may submit the controversy to: (a) The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), in order to settle the dispute by ... arbitration, in accordance with the Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Investors of Other States (ICSID Convention) ...”

88) Decision on Jurisdiction, paras. 5.3-5.15.

89) “1. The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

서면으로 동의한 분쟁”에 미친다고 하고 있다. 투자법 제15조는 외국 투자자가 투자와 관련하여 국가(엘살바도르)와 분쟁이 있으면 이를 ICSID에 제출할 수 있다고 규정하고 있는데, 이 규정이 ICSID 협약 제25조 제1항에서 말하는 동의라고 할 수 있는지 문제된다.⁹⁰⁾

그런데 투자법 제15조는 외국 투자자와 피청구국 간에 엘살바도르 영역 내 투자에 관한 분쟁이 있으면, 투자자가 그 분쟁을 ICSID에 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 문언은 외국 투자자에게 피청구국과의 투자 관련 분쟁을 ICSID에 제출할 수 있는 선택권을 부여한 것이 분명해 보인다. 따라서, 이는 피청구국의 ICSID 중재에 대한 동의의 의사표시가 포함된 것이라고 해야 한다.⁹¹⁾

그리고 투자법은 명시적으로 조정과(and) 중재라고 하고 있는데, 이는 ICSID에 서의 조정과 중재가 모두 가능하다는 의미일 뿐 조정을 먼저 시도해야 한다는 의미로 해석될 수 없다.⁹²⁾

한편, 투자법상 외국 투자자의 정의가 광범위하고, 피청구국 재무부 역시 청구인을 외국 투자자로 취급하였다. 따라서 청구인은 투자법 제15조 상의 외국 투자자에 해당한다.⁹³⁾

따라서, 투자법상 청구에 대해 중재판정부의 관할권이 없다는 피청구국의 항변은 받아들이지 않는다.⁹⁴⁾

마) 주문

본건 협정상 청구에 대해서는 혜택의 부인에 관한 피청구국의 항변을 인용하여 중재판정부의 관할권이 없음을 선언한다. 반면, 투자법상 청구에 대해서는 피청구국의 항변을 모두 기각하고 중재판정부의 관할권이 존재함을 선언한다.⁹⁵⁾

90) Decision on Jurisdiction, paras. 5.27-5.28.

91) Decision on Jurisdiction, paras. 5.36-5.39.

92) Decision on Jurisdiction, para. 5.42.

93) Decision on Jurisdiction, para. 5.44.

94) Decision on Jurisdiction, para. 5.48.

95) Decision on Jurisdiction, para. 7.1.

다. 본안에 관한 판단

엘살바도르 투자법에 따른 청구인의 청구를 판단하기 위해서는 우선 (i) 광산법의 해석상 개발양허가 부여되기 위해서는 양허지역 전체의 소유권 취득이 필요한지, (ii) 금반언의 원칙상 피청구국이 그러한 요건을 주장하는 것이 금지되는지 판단할 필요가 있다.⁹⁶⁾

1) 광산법의 해석

광산법 제23조⁹⁷⁾에 따르면 탐사가 완료되어 광물의 존재가 확인되면 초기 30년의 기간 동안 이를 개발하기 위한 양허가 부여될 수 있다. 광산법 제37조 제2항⁹⁸⁾은 재무부에 개발양허를 신청하기 위해서는 해당 지역의 토지소유권에 관한 소유권 증서 또는 소유자로부터 인가(ownership deed of the property or the authorization legally granted by the owner)를 제출하도록 하고 있다.⁹⁹⁾ 광산법 제7조, 광산규정(Mining Regulations) 제7조는 개발양허 신청 등과 관련한 분쟁은 엘살바도르 법원에서 해결하도록 정하고 있다.¹⁰⁰⁾

청구인은 2004. 12. 22. 개발양허를 신청할 당시 광산법에서 정한 모든 요건을 충족하였고, 특히 피청구국 관계당국이 불합리하게 환경허가 발급을 지연하였다고 주장한다.¹⁰¹⁾

본건에서 핵심 쟁점은 광산법 제37조 제2항이 양허지역 전체의 토지소유권 취득이나 인가를 요구하는지이다. 청구인은 양허구역 전체의 토지소유권을 요구하는 것은 비합리적이라고 주장하는 반면, 피청구국은 광산법의 문언 그대로 양허구역 전체에 적용된다고 주장한다.¹⁰²⁾

96) Award, para. 8.1.

97) “Once the exploration is concluded and the existence of economic mining potential on the authorized area is proved, the granting of the Concession for the exploitation and utilization of minerals shall be requested; which Concession will be verified through an Accord with the Ministry [of Economy], followed by the granting of a Contract between the Ministry and the Holder, for a thirty (30) year term, which may be extended if the interested party requests it, if in the judgment of the Department (of Mines: i.e. the Bureau) and the Ministry, the requisites established by this Law are fulfilled.”

98) “(a) Plot plan of the property where the activities will be carried out, a cartographic map of the area, topographic plan and its respective technical description, extension of the requested area where its location, boundaries and name of bordering properties are irrefutably established.”

(b) The ownership deed of the property or the authorization legally granted by the owner; ...”

99) Award, para. 8.6.

100) Award, para. 8.7.

101) Award, paras. 8.8-8.9.

피청구국의 담당 공무원들은 최소한 광산법 제37조 제2항에 관한 해석을 일관되게 적용하였다고 보이고, 청구인이나 PRES가 피청구국에게 광산법 제37조 제2항을 무시할 것을 요구한 적도 없다. 또한, 광산법 제16조¹⁰³⁾는 광산법으로부터 어떠한 이탈(departure)도 금지하고 있다.¹⁰⁴⁾

중재판정부는 양 당사자의 법률전문가 7명으로부터 광산법 해석에 관한 다양한 의견을 청취하였을 뿐만 아니라¹⁰⁵⁾ 본건 분쟁 당시 양 당사자에게 각자 검토한 법률의견도 살펴볼 수 있었다.¹⁰⁶⁾

그런데 청구인이 양허 신청 당시 양허구역 전체 토지소유권에 관한 자료를 제출하지 않은 것에는 다툼이 없다. 물론 이론적으로는 청구인이 양허구역 전체 토지소유권을 취득하는 것이 가능했겠지만, 실무적으로 이는 매우 어려웠다.¹⁰⁷⁾

청구인은 양허 신청 당시 지하에서의 광산개발 활동이 지상의 소유권자나 점유자에게 어떤 부정적 영향이 미치지 않을 것이라고 믿었던 것으로 보인다. 그런데 피청구국 역시 내부 전문가의 의견을 받는 등 진정성 있게 광산법 조항을 해석한 것으로 보인다.¹⁰⁸⁾ 이와 무관하게, 본건에서 중재판정부는 다음과 같은 세 요소를 중요하게 고려했다.¹⁰⁹⁾

첫째, PRES와 청구인 자신도 광산법 개정에 집중하였고(“put all their eggs in one basket”), 그 이외 다른 방안을 추구하지 않았다. 또한, PRES는 광산법에 따른 규제절차를 개시하지도 않았다. 청구인과 PRES는 피청구국의 광산법 해석을 사실상 받아들이고 광산법 개정에 집중한 것이다.¹¹⁰⁾

둘째, 피청구국 관계당국이 자신의 국내법을 선의로 해석하였다면 이는 원칙적

102) Award, paras. 8.11-8.12.

103) “It is forbidden to carry out the mining activities referred to in this [Mining] law without the corresponding authorization; anybody in violation of this provision shall incur the penalties established in this Decree [Law], without precluding the application of those set forth in criminal legislation.”

104) Award, paras. 8.13-8.14.

105) Award, paras. 8.16-8.22.

106) Award, para. 8.23.

107) Award, paras. 8.24-8.26.

108) Award, paras. 8.27-8.28.

109) Award, para. 8.29.

110) Award, para. 8.30.

으로 존중되어야 한다.¹¹¹⁾

셋째, 광산법 제37조 제2항의 해석이 명백하지는 않다. 문언만 본다면 양허구역 전체에 미치는 것으로 보이지만, 광산개발 최근 실무상 지하 개발이 반드시 지상에 영향을 미친다고 보는 것은 합리적이지는 않다. 그러나 문제는 개발 과정에서 기술적 실수 등 다양한 이유로 양허구역 전체 지상의 소유자나 점유자에게 위험이 미칠 가능성이 있다는 점이다.¹¹²⁾ 양허구역의 인구 밀집도가 높다는 점과 잠재적 위험, 30년이라는 장기간의 양허기간도 고려되어야 한다.¹¹³⁾

이러한 요소들을 고려하면, 일부 지역의 토지소유권에 관한 자료만 제출한 PRES의 양허 신청은 광산법 제37조 제2항의 요건을 충족하지 못하였다고 해야 한다.¹¹⁴⁾

2) 금반언의 원칙

국제법상 금반언의 원칙이 적용되기 위해서는, 우선 사실에 관한 진술이 명백하고 모호하지 않아야 한다. 또한, 상대방(representee)은 그 진술을 선의로 의존하고, 그러한 의존은 합리적이어야 한다.¹¹⁵⁾

국제법상 또는 엘살바도르법상 금반언 원칙이 적용된다는 점에 대해서는 이를 주장하는 청구인이 증명책임을 부담한다.¹¹⁶⁾

청구인은 피청구국이 2004년부터 2008년까지 일관되게 청구인에게 개발양허가 부여될 수 있다는 신뢰를 주었다고 주장한다. 그러나 피청구국이 해당 기간 동안 청구인의 양허 신청이 광산법 제37조 제2항의 요건을 충족하였다거나 충족한 것으로 간주한다고 표현한 증거가 없다. 오히려, 피청구국은 광산법의 해석상 PRES에게 개발양허가 부과되기 위해서는 광산법이 개정되어야 한다는 의사를 표시하였다.¹¹⁷⁾

111) Award, para. 8.31.

112) Award, paras. 8.32-8.33.

113) Award, para. 8.40.

114) Award, paras. 8.43-8.44.

115) Award, para. 8.47.

116) Award, para. 8.48.

117) Award, para. 8.49.

또한, 청구인은 피청구국이 개발양허를 받기 위해 청구인이 추가적인 행동을 할 필요가 없다는 의사를 표시하였다고 주장한다.¹¹⁸⁾ 그러나 피청구국은 2004. 12.경부터 2006. 9.경까지 PRES에 개발양허가 부과될 수 있도록 할 의사를 가졌음을 알 수 있다. 그러나 피청구국이 광산법이 개정되지 않더라도 광산법 제 37조 제2항의 요건이 충족된 것으로 간주하겠다는 의사를 표시한 것은 아니다.¹¹⁹⁾

따라서, 이에 관한 청구인의 주장을 받아들일 수 없다.

6. 중재판정부의 결론

중재판정부는 청구인의 본건 협정상 청구에 대해서는 혜택부인에 따라 관할권이 존재하지 않는다고 하였고, 투자법상 청구에 대해서는 청구인의 양허신청이 광산법상 요건을 충족하였다고 볼 수 없다고 보아 이를 기각하였다. 중재판정부는 청구인에게 미화 800만 달러의 법률비용을 피청구국에게 지급할 것을, 그 외 중재비용은 각자 균등하게 부담할 것을 명하였다.¹²⁰⁾

III. 평가

1. 국내법의 해석

본건에서 흥미로운 지점 중 하나는 국내법 해석에 있어 중재판정부의 접근 태도이다. 중재판정부는 엘살바도르 광산법의 해석함에 있어 그 법의 문언이나 목적, 맥락과 같은 통상적인 해석원칙 보다는 본건의 구체적 사정을 보다 중시한 것으로 보인다. 즉, (1) 청구인이 피청구국의 광산법 해석을 사실상 받아들이고 광산법 개정에 집중했다는 점, (2) 피청구국의 해석에 대한 존중, (3) 광산개발에 다른 위험 발생 가능성 등과 같은 요소를 종합적으로 고려하여 청구인의 양허 신청이 광산법상 요건을 충족하지 못하였다고 본 것이다.

이처럼 본건에서 국내법을 해석함에 있어 단순히 법 그 자체 뿐만 아니라 해당 사안의 구체적 사정을 종합적으로 고려하였음을 알 수 있는데, 이는 투자중재에 접근할 때 어떤 점을 중시해야 하는지에 대한 시사점을 알 수 있다.

118) Award, para. 8.50.

119) Award, para. 8.51.

120) Award, para. 12.1.

한편, 위 세 가지 요소의 중요성에 대해 중재판정부 구성원의 입장이 다르다는 점도 특기할 만하다. 중재인 중 한 명은 위 (1)의 요소를, 다른 한 명은 (1)과 (2) 요소를, 남은 한 명은 세 가지 요소를 각자 가장 중요하게 보았다.¹²¹⁾

2. 혜택의 부인

본건은 드물게 피청구국의 혜택부인 항변이 성공한 사례이다. 특히 본건에서 특기할 만한 점은 본건 중재절차 개시 이후에도 피청구국이 혜택을 부인할 수 있음을 인정하였다는 것이다.

본건에서 피청구국은 중재절차 개시 이후인 2010. 3.경(미국에 대한 통보) 및 2010. 8.경(청구인에 대한 통보)에야 비로소 혜택 부인 조항을 원용하였다. 중재판정부는 본건 협정상 혜택 부인 조항의 원용에 있어 특별한 기한 제한이 없다는 점 등을 들어 피청구국의 뒤늦은 혜택 부인 조항 원용에도 불구하고 이를 인용하여, 청구인의 협정상 청구를 기각한 것이다.

이와 달리 판단한 사례는 에너지헌장(Energy Charter Treaty)에 따른 혜택부인 조항이 문제된 *Liman* 사건이다. 이 사건에서 중재판정부는 에너지헌장상 혜택 부인 조항이 장래효만 있다고 보았다. 소급효가 있다고 본다면 에너지헌장의 목적과 대상에 반하게 된다고 하였다.¹²²⁾

혜택의 부인 조항은 피청구국(투자유치국)이 이를 명시적으로 행사한 경우에만 그 효력을 발휘하는데, 과연 그 효과가 소급하는지 장래에만 미치는지는 문언 상으로는 분명하지 않은 경우가 많다. 협정에 이를 명시하고 있다면 큰 다툼이 없겠으나, 명시되어 있지 않다면 앞으로도 당사자 또는 중재판정부마다 혜택 부인 조항의 효력에 대해 다른 입장을 취할 가능성이 있을 것이다.

작성자 한창완 변호사 | 법무법인(유한) 태평양

※ 본 판례 해설 내용은 작성자 개인의 견해로 산업통상자원부의 공식견해와 무관함을 밝힙니다.

121) Award, para. 8.29.

122) *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Award, paras. 224-225.