

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29

I. 절차적 배경 및 판정 요지

1. 사건명

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29

2. 당사자와 대리인

청구인: SGS Société Générale de Surveillance S.A. (스위스 회사)

대리인: White & Case LLP (Paul Friedland and Damien Nyer)

피청구국: 파라과이(Republic of Paraguay)

대리인: (관할 단계) Thompson & Knight LLP (Brian C. Dunning and Irene R. Dubowy)

(본안 단계) Venable LLP (Brian C. Dunning, Irene Ribeiro Gee and David Cinotti)

3. 중재판정부

Stanimir A. Alexandrov (의장중재인, 불가리아 국적)

Donald Francis Donovan (청구인 지명, 미국 국적)

Pablo García Mexía (피청구국 지명, 스페인 국적)

4. 사실적 배경 및 판정 요지

청구인과 BIVAC B.V.는 피청구국과 선적전 검사 서비스계약(Agreement on the Rendering of Technical Services for Import Pre-Shipments Inspection; 이하 “본건 계약”)을 체결하였고, 본건 계약에 따라 서비스를 제공하였으나, 피청구국은 대

금 중 일부를 지급하지 않았다.

청구인은 피청구국이 대금을 미지급하여 본건 계약상 의무를 위반하였으므로 투자협정상 우산조항을 위반하였다고 주장하며 피청구국을 상대로 투자중재를 제기하였다.

중재판정부는 피청구국의 우산조항 위반을 인정하여 피청구국이 청구인에게 미화 39,025,950.86달러 및 이에 대한 이자를 지급할 것을 명하였다.

5. 중재절차상의 특이사항

본건이 개시되기 전 이미 청구인은 본건 계약과 유사하게 파키스탄과 필리핀과 체결한 계약들과 관련하여 우산조항을 근거로 파키스탄과 필리핀을 상대로 각각 투자중재를 제기하였다.¹⁾ 양 사건에서 우산조항의 의미에 대해 정반대 결론이 내려졌다. 본건 중재판정부는 선례들에 구속되지 않는다면 앞서 내려진 판정들과는 다른 판단을 하였다.²⁾ 이에 대해서는 III. 평가에서 더 자세히 살펴본다.

II. 사건 및 판정의 세부사항

1. 근거 협정

Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Paraguay on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (이하 “본건 협정”)

2. 문제된 투자유치국의 조치

피청구국이 본건 계약에 따른 대금지급의무 중 일부를 이행하지 않은 행위 (청구된 송장 35건 중 10건만 지급하고, 나머지 25건에 합계 미화 39,025,950.86달러 미지급).

1) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13 (이하 “*SGS v. Pakistan*”); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (이하 “*SGS v. Philippines*”)

2) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction (이하 “Decision on Jurisdiction”), paras. 40-42.

3. 청구인의 청구취지

청구인은 다음과 같이 판정해줄 것을 청구하였다.³⁾

- (a) 피청구국이 본건 계약상 의무를 위반하여 본건 협정상 우산조항 위반
 - (i) 본건 계약상 대금 지급 의무 위반
 - (ii) 위 대금 지급 의무 관련 구두/서면 약속 위반⁴⁾
- (b) 피청구국이 청구인의 투자에 대한 부당하고 차별적인 조치
- (c) 피청구국이 청구인의 투자에 대한 공정하고 공평한 대우 미제공

4. 사실관계

청구인과 BIVAC B.V.는 1996. 5. 6. 피청구국과 선적전 검사 서비스를 위하여 본건 계약을 체결하였다. 이는 피청구국에 수입되는 물품에 부과될 관세 산정 등을 위해 수출국에서 선적전에 물품을 검사하는 서비스를 제공하는 것을 그 내용으로 한다.⁵⁾ 파라과이의 수입업자가 청구인의 파라과이 연락사무소에 선적전 검사를 신청하면, 청구인은 수출국에서 수입물품에 대한 선적전 검사를 실시한다.⁶⁾

본건 계약에 따라서 청구인은 1996. 7.경부터 선적전 검사 서비스를 제공하였다. 본건 계약은 1999. 6.경 종료되었다. 청구인은 본건 계약에 따라 약 100,000개의 검사를 수행하고 35개의 송장을 제출하였다. 그러나 피청구국 재무부는 35개 송장 중 10개 송장의 대금만 지급하고, 나머지 25개 송장의 대금은 지급하지 않았다. 미지급 대금은 미화 39,025,950.86달러에 달했다.⁷⁾

파라과이는 1996년의 송장 대금은 지급하였으나, 파라과이 의회가 대금 지급을 위한 예산을 편성하지 않아 1997년 송장 대금이 지급되지 않았다. 이에 대해

3) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award (이하 “Award”), para. 66.

4) Award, para. 69.

5) Award, para. 26.

6) Award, para. 32.

7) Award, para. 39.

파라과이 정부는 예산이 편성되는 대로 대금을 지급하고, 의회에 예산 증액을 신청하여 1998. 1.부터는 통상적으로 대금이 지급될 수 있도록 하겠다고 하였다. 이에 따라 피청구국과 청구인은 새로운 대금 지급 일정에 합의하였다.⁸⁾

그 뒤에도 계속 대금이 지급되지 않자 청구인은 1999. 1. 27. 피청구국 정부에 15 영업일 이내에 대금이 지급되지 않으면 계약을 종료하겠다고 통보하였다. 이에 대해 피청구국 정부는 1999. 1. 29.자 서한에서 대금이 지급되지 않은 것은 전 정권(previous Government)이 1998년도 예산을 잘못 운용하였기 때문이고, 현 정권(current Administration)은 법적으로 부담하는 의무를 이행하겠다고 말하였다.⁹⁾ 피청구국 정부가 1998. 8.자 송장 대금을 지급하자 청구인은 1999. 3. 10. 피청구국 정부에 본건 계약 종료를 연기하겠다고 말하였고, 1999. 4.경 다시 피청구국 정부에 본건 계약 종료를 연기하겠다고 하였다.¹⁰⁾

이후 양자 간 합의로 1999. 7. 7.자로 본건 계약을 종료하기로 하였다. 그런데 파라과이 검찰은 1999. 7.경 피청구국 정부에 관련 조사가 끝날 때까지 SGS와 BIVAC에게 대금을 지급하지 말 것을 요청하였다. 이후 피청구국 재무부(Ministry of Finance)는 1999. 10. 20. 청구인에게 미지급대금이 미화 39,025,950.31달러라는 기재가 있는 차트를 제공하였다.¹¹⁾

이후 파라과이의 2000년도 예산에는 청구인에 대한 대금 지급이 포함되지 않았다.¹²⁾ 피청구국 외교부(Ministry of Foreign Affairs)가 2001. 2.경 재무부에 대금 지급의무가 존재함을 인정함으로써 관련된 회사들과 협상을 할 수 있도록 해달라고 요청하였으나, 재무부는 청구인과 BIVAC과의 계약이 유효하다고 하면서도 관련된 조사가 종결될 때까지 대금을 지급할 수 없다는 의견을 개진하였다. 파라과이 신문에 의하면, 재무부 장관은 의회가 예산을 승인하지 않는 이상 대금을 지급할 수 없다고 하였다.¹³⁾

파라과이 언론 보도에 따르면, 파라과이의 새 정부는 2003년 청구인과 BIVAC에 대한 대금 지급 의무를 이행할 것이라고 하였으나, 2004. 3.경 청구인과 BIVAC이 계약을 성실하게 이행하였는지 확인하기 전까지 대금 지급을 유예한

8) Award, paras. 41-43.
9) Award, para. 46.
10) Award, paras. 47-48.
11) Award, paras. 50-52.
12) Award, para. 53.
13) Award, paras. 55-56.

다고 발표하였다. 재무부는 2005. 5.경 SGS와 BIVAC의 계약 이행을 조사하기 시작하였다.¹⁴⁾

청구인과 BIVAC은 피청구국에게 계속하여 대금 지급을 요구하고 합의안을 제시하였지만, 피청구국은 대금을 지급하지 않았다. 이후 BIVAC가 2007. 2. 파라과이를 상대로 미지급대금의 지급을 구하는 투자중재를 제기하였다. 청구인 또한 2007. 10. 19. 피청구국을 상대로 본건 중재를 제기하였다.¹⁵⁾

5. 법률적 쟁점 및 중재판정부의 판단

가. 관할권에 관한 판단

피청구국은 중재판정부의 관할권이 인정되지 않는다는 본안전항변을 개진하였다.

- 1) 피청구국의 ICSID 중재합의가 없음
- 2) 청구인은 피청구국 영토 내에서 법령에 따른 투자를 하지 않음
- 3) 본건 계약에 관할합의가 있으므로 중재판정부의 관할권이 없음
- 4) 청구인의 청구는 계약상 청구임

1) 관할권 존부 판단의 기준

관할 단계에서는 청구인이 주장하는 사실이 존재한다고 가정할 경우 피청구국의 의무 위반이 인정될 가능성이 있느냐에 따라 관할권 유무를 판단한다. 따라서 청구인이 주장하는 사실을 관할 단계에서 증명할 필요는 없다.¹⁶⁾ 그러나 중재판정부의 관할권 존부에 직접 영향을 미치는 요소들, 예컨대, 중재합의, 국적, 보호대상투자, 영토성, 협정의 시적 범위 등과 같은 요소들은 사실관계와 법에 대한 명확한 결론에 이르러야 한다. 그러므로 이들 요소들에 대해서는 청구인의 사실에 관한 주장을 그대로 사실이라고 가정할 수 없고, 관할 단계에서 증명되어야 한다.¹⁷⁾

14) Award, paras. 59, 61.

15) Award, paras. 63-64.

16) Decision on Jurisdiction, paras. 47-48.

17) Decision on Jurisdiction, paras. 53-55.

2) 피청구국의 중재합의가 있었는지

가) 피청구국의 주장

피청구국은 파라과이법에 따르면 전권(full powers)을 가진 국가의 대표자가 중재합의를 할 수 있는데 파라과이 대통령이 그런 합의를 한 바 없다는 점,¹⁸⁾ 파라과이 헌법은 공법 문제에 있어 사법주권을 명시하고 있으므로 피청구국의 청구에 대한 국제중재가 금지된다는 점¹⁹⁾에 비추어 보면 피청구국은 ICSID 협약에 따른 중재에 동의하지 않았다고 주장한다.²⁰⁾

나) 중재판정부의 판단

피청구국이 ICSID 협약에 가입했다고 하여 중재합의가 인정되는 것은 아니지만²¹⁾ 본건 협정 제9조 제4항²²⁾ 등은 명시적으로 ICSID 중재에 동의한다고 규정하고 있으므로 피청구국의 중재합의가 존재한다.²³⁾ 본건 협정 제9조 제4항의 중재에 대한 동의 의사에 특별한 제한이 존재하지 않으므로, 중재합의가 있다고 하기 위하여 피청구국이 별도의 행위나 진술이 있어야 한다고 볼 것도 아니다.²⁴⁾ 그러므로 피청구국은 본건 협정 제9조에 따라 ICSID 중재에 동의하였다.²⁵⁾

3) 보호대상투자의 존재 여부

중재판정부에게 관할권이 인정되기 위해서는, 본건 협정 제2조 제1항²⁶⁾에서 정하는 투자가 있어야 할 뿐만 아니라 ICSID 협약 제25조 제1항이 규정하는 투자(“investment”)도 있어야 한다.²⁷⁾

18) Decision on Jurisdiction, para. 62.

19) Decision on Jurisdiction, para. 63.

20) Decision on Jurisdiction, para. 60.

21) Decision on Jurisdiction, para. 68.

22) “Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to international arbitration.”

23) Decision on Jurisdiction, para. 69.

24) Decision on Jurisdiction, para. 72.

25) Decision on Jurisdiction, para. 73.

26) “... investments in the territory of one Contracting Party, made in accordance with its legislation, including possible admission procedures, prior or after the entry into force of the [BIT] by investors of the other Contracting Party”

27) Decision on Jurisdiction, paras. 75-76.

피청구국은 본건 협정 제2조 제1항에서 정한 투자의 요건(1. ‘투자’일 것, 2. 파라과이 영토 내 투자일 것, 3. 파라과이법에 따른 투자일 것)이 충족되지 않았다고 주장하고, 청구인은 위 요건들이 모두 충족되었다고 주장한다.

가) 투자인지 여부

(1) 피청구국의 주장

피청구국은 본건 계약이 회계 처리상 자산으로 분류되지 않고, 그 자체로 금전 청구권(a right to a claim to money)이 아니며, 본건 계약을 파라과이법상 양허로 볼 수 없을 뿐만 아니라 청구인이 파라과이에 사무소를 설치한 것은 본건 계약 이행에 관한 부수적 사정에 불과하므로 청구인이 피청구국에 투자를 한 바 없다고 주장한다.²⁸⁾

(2) 중재판정부의 판단

[본건 협정상 투자 해당 여부] 그러나 본건 계약 그 자체 뿐만 아니라 청구인이 제공하는 서비스와 청구인의 사무소들이 파라과이에 있는 점까지 고려하면 본건 협정 제1조 제2항의 투자에 해당한다. 본건 계약과 그에 따른 청구인의 권리는 비록 무형이지만 경제적 가치가 있으므로 본건 협정상 자산(assets)에 해당한다.²⁹⁾ 또한, 본건 계약과 그에 따른 계약 이행은 본건 협정 제1조 제2항이 예시하는 ‘금전 또는 경제적 가치가 있는 이행의 청구’(claims to money or to any performance having an economic value)에 해당한다.³⁰⁾

[ICSID 협약상 투자 해당 여부] ICSID 협약 제25조 제1항³¹⁾은 투자의 의미를 명확하게 규정하고 있지 않다. ICSID 협약상 투자의 의미에 관하여 중재판정부의 판단이 나뉜다.

28) Decision on Jurisdiction, para. 81.

29) Decision on Jurisdiction, para. 83.

30) Decision on Jurisdiction, paras. 84, 86.

31) “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.”

먼저 네덜란드-파라과이 간 투자협정이 문제된 *BIVAC* 사건³²⁾과 마찬가지로, 투자협정상 투자에 해당하면 원칙적으로 ICSID 협약상 투자에도 해당한다고 인정하는 접근법이 있다.³³⁾

반면, 다른 중재판정부들은 ICSID 협약상 투자라는 용어에는 투자협정과 다른 객관적 의미가 있다고 본다.³⁴⁾ 본건에서도 당사자간에 *Salini v. Morocco* 사건³⁵⁾에서 제시된 *Salini test*³⁶⁾에 따라 ICSID 협약상 투자가 존재하는지가 다투어졌다.³⁷⁾

본건 중재판정부는 첫 번째 접근법에 동의한다.³⁸⁾ 따라서 본건 협정상 투자에 해당하는 이상 특별한 사정이 없는 한 이는 ICSID 협약상 투자에도 해당한다.³⁹⁾

따라서, *Salini test*에 따른 분석은 필요 없지만, 설사 이를 적용하더라도 청구인의 투자가 ICSID 협약 제25조의 투자라는 점이 인정된다.⁴⁰⁾ *Salini test*에 의하면, 투자에 해당하기 위해서는 (a) 재원의 기여(commitment of resources), (b) 기간(certain duration), (c) 위험(risk) 및 (d) 투자유치국 경제발전의 기여(contribution to the economic development of the host state)가 필요하다.⁴¹⁾

본건에서 (a) 청구인이 파라과이에 있는 사무소들을 운영하기 위하여 상당한 금전적 및 비금전적 자산을 투입했고, 이 사무소들이 파라과이의 관세 절차에서 중요한 역할을 하였으며, 청구인이 본건 계약에 따라 파라과이를 위해 선적 전 검사를 하기 위해 상당한 노력을 투입했다는 점 등에 비추어 볼 때 재원의 기여가 있다고 인정된다.⁴²⁾ 그리고 (b) 청구인이 본건 계약을 약 3년간 이행했

32) *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009 (이하 “*BIVAC*”).

33) Decision on Jurisdiction, paras. 92-94.

34) Decision on Jurisdiction, para. 97.

35) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para. 53.

36) (i) commitment of resources or assets in the host state; (ii) a certain duration in time; (iii) an element of risk; and (iv) contribution to the economic development of the host state.

37) Decision on Jurisdiction, para. 98.

38) Decision on Jurisdiction, para. 95.

39) Decision on Jurisdiction, para. 96.

40) Decision on Jurisdiction, para. 108.

41) Decision on Jurisdiction, paras. 99-100.

42) Decision on Jurisdiction, paras. 101-102.

다는 점에서 기간의 요소도 충족된다.⁴³⁾ 또한, (c) 본건 계약상 대금은 파라과이에 수입되는 물품의 양과 가치에 달려 있을 뿐만 아니라 BIVAC과 같은 경쟁자가 있다는 점에 비추어 볼 때 위험의 요소도 충족된다.⁴⁴⁾ 마지막으로, (d) 본건 계약은 피청구국이 관세를 적절하게 부과하고 적절한 관세 시스템으로 전환(transition)될 수 있도록 한다는 점에서 투자유치국 경제발전에도 기여한다.⁴⁵⁾

나) 투자유치국 영토 내 투자인지

(1) 피청구국의 주장

본건 협정 제2조 제1항⁴⁶⁾은 본건 협정이 계약국 영토 내의 투자(investments in the territory)에 적용된다고 규정하고 있다.

피청구국은 청구인이 수출국에서 선적전 검사를 실시하였으므로 본건 계약이 피청구국 영토 밖에서 주로 이행되었고, 청구인의 청구는 청구인이 피청구국 영토 밖에서 수행한 서비스에 대한 미지급대금을 청구하는 것이며, 청구인의 피청구국 영토 내 자산에는 손해가 없다고 주장한다.⁴⁷⁾

(2) 중재판정부의 판단

그러나 피청구국의 주장은 받아들이기 어렵다. 청구인이 외국에서 선적적 검사를 실시한 후 그 결과를 파라과이에 있는 청구인의 사무소들에 보내어 최종검사증서(final Inspection Certificate)를 발행하게 된다. 또한, 청구인은 본건 계약의 이행을 위하여 피청구국 영토 내에서 사무소를 운영하면서 많은 사람을 고용하였다. 청구인이 제공한 서비스를 피청구국 영토 내의 것과 그 외의 것으로 구분하기 어렵다. 그러므로 피청구국의 대금지급 의무가 청구인이 외국에서 수행한 서비스의 대가라고만 보기 어렵다.⁴⁸⁾

43) Decision on Jurisdiction, para. 104.

44) Decision on Jurisdiction, para. 105.

45) Decision on Jurisdiction, para. 106.

46) “The present Agreement shall apply to investments in the territory of one Contracting Party, made in accordance with its legislation, including possible admission procedures, prior or after the entry into force of the Agreement by investors of the other Contracting Party. It shall, however, not be applicable to divergencies or disputes which have arisen prior to its entry into force.”

47) Decision on Jurisdiction, para. 109.

48) Decision on Jurisdiction, paras. 113-115.

다) 파라과이법에 따른 투자인지

(1) 피청구국의 주장

본건 협정 제2조 제1항은 투자가 체약국의 법에 따른 것이어야 한다고 규정한다.⁴⁹⁾

피청구국은 청구인의 투자가 파라과이법상 등록될 수 없으므로 파라과이법에 따른 투자가 아니라고 주장한다. 한편 청구인은 본건 협정 제2조 제1항의 규정은 투자의 ‘적법성’에 관한 것이지 투자의 의미에 관한 것이 아니고, 청구인의 투자는 파라과이법상 적법한 투자라고 주장한다.⁵⁰⁾

(2) 중재판정부의 판단

본건 협정상 투자인지 여부는 청구인의 투자가 피청구국에서 등록되었는지 또는 파라과이법에 따른 인센티브를 받았는지 여부가 아니라 피청구국의 법에 따라 투자되었는지에 달려 있다. 그런데 피청구국은 투자의 의미와 적법성을 혼동하고 있다. 피청구국 역시 청구인의 투자가 법에 위반되었다고 주장하지는 않는다. 본건 협정 제2조 제1항은 투자 당시에 투자유치국의 법에 위반하여 이루어진 투자를 보호하지 않겠다는 것인데, 본건에서 청구인의 투자가 파라과이법에 위반하였다고 볼 수 없다.⁵¹⁾

4) 본건 계약상 관할합의 조항과 중재판정부의 관할권

(1) 피청구국의 주장

본건 계약 제9조⁵²⁾는 본건 계약과 관련한 모든 분쟁을 파라과이법에 따라 국내법원에서 해결하도록 규정하고 있다.

49) Decision on Jurisdiction, para. 118.

50) Decision on Jurisdiction, para. 119.

51) Decision on Jurisdiction, paras. 120-123.

52) “Any conflict, controversy or claim deriving from or in connection with this Agreement, breach, termination or invalidity, shall be submitted to the Courts of the City of Asuncion under the Law of Paraguay.”

피청구국은 청구인 청구의 핵심은 본건 계약 위반을 청구하는 것이므로 피청구국 국내법원에 전속관할이 있고 중재판정부에 관할권이 없다고 주장한다.⁵³⁾ 나아가 피청구국의 주권행위(*jure imperii*)가 존재하지 않으므로 이는 투자협정 위반행위가 아니라 사인인 계약당사자로서의 행위에 불과하다고 주장한다.⁵⁴⁾

(2) 중재판정부의 판단

그러나 협정상 청구와 계약상 청구는 구분될 수 있고, 청구인은 본건 협정 위반에 따른 청구를 하는 것이므로 피청구국의 항변은 받아들일 수 없다.⁵⁵⁾ 관련하여 널리 인용되는 *Vivendi* 사건⁵⁶⁾ 중재판정부도 설사 계약에 관할합의 조항이 있다고 하여 투자협정 위반에 관한 중재판정부의 관할권이 배제되는 것이 아니라고 보았다.⁵⁷⁾

또한, 비록 국가의 행위가 계약과 관련된 것이라 하더라도, 그것이 국가의 행위라는 것에는 의문의 여지가 없다.⁵⁸⁾

청구인의 청구가 본건 협정에 따른 청구라는 점에서 본건 계약상 관할합의를 이유로 중재판정부의 관할권이 없다는 피청구국 주장은 받아들일 수 없다.⁵⁹⁾

5) 청구인이 중재판정부가 관할을 가지는 청구를 주장하는 것인지

가) 관할 판단의 기준

관할 단계에서 청구인의 청구가 본건 협정 위반이 될 수 있는지 여부와 관련하여, 중재판정부는 청구인이 주장하는 사실이 인정된다고 가정할 때 협정 위반에 해당할 가능성이 있는지 여부를 판단한다. 따라서 관할 단계에서는 청구인이 주장하는 사실을 그대로 인정해야 한다.⁶⁰⁾

53) Decision on Jurisdiction, para. 126.

54) Decision on Jurisdiction, para. 134.

55) Decision on Jurisdiction, paras. 121, 130.

56) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000.

57) Decision on Jurisdiction, para. 139.

58) Decision on Jurisdiction, para. 135.

59) Decision on Jurisdiction, para. 138.

60) Decision on Jurisdiction, paras. 46-47.

나) 공정·공평대우 의무 위반 청구

청구인이 주장하는 사실이 증명될 경우 본건 협정상 공정·공평대우 의무 위반 일 가능성이 있다. 국가가 계약에 따른 대금을 지급하지 않은 경우에도 공정·공평대우 의무 위반이 문제될 수 있고,⁶¹⁾ 나아가 본건에서 청구인은 단순한 대금 미지급을 주장하는 것이 아니라 정당한 기대 침해 등을 주장하고 있으므로 공정·공평대우 의무 위반이 문제될 수 있다.⁶²⁾

다) 부당하고 차별적인 조치 관련 청구

청구인은 피청구국이 대금지급의무가 있음을 알면서도 대금을 미지급한 것이 부당하고 자의적이라고 주장하는데, 만약 본안에서 청구인의 주장이 인정된다면 부당하고 차별적인 조치에 해당할 가능성이 있다.⁶³⁾

라) 우산조항 위반 청구

청구인은 계약 위반을 판단해 달라는 것이 아니라 본건 협정 제11조⁶⁴⁾ 우산조항 위반을 판단해달라고 청구한다. 그러므로 중재판정부가 관할권을 가진다고 인정하는데 특별한 어려움이 없다.⁶⁵⁾

또한, 본건 협정 제11조의 문언상 상업적 계약이 보호범위에서 제외되지 않는다.⁶⁶⁾ 본건 중재판정부는 우산조항이 모든 계약상 의무를 포함한다고 판단한 *SGS v. Philippines*와 *BIVAC* 사건의 판단에 동의한다.⁶⁷⁾

우산조항 위반에 관한 중재판정부의 관할권이 인정되더라도, 본건 계약의 관할 합의 조항의 존재로 인해 중재판정부의 관할권이 없다는 피청구국 주장에 관하여 살핀다.

61) Decision on Jurisdiction, para. 146.

62) Decision on Jurisdiction, para. 147.

63) Decision on Jurisdiction, paras. 160-161.

64) “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”

65) Decision on Jurisdiction, para. 167.

66) Decision on Jurisdiction, para. 168.

67) Decision on Jurisdiction, para. 170.

BIVAC 사건 중재판정부는 계약상 관할합의 조항이 투자협정상 우산조항에 관하여 효력이 있으므로 관할권이 없다고 판단하였다.⁶⁸⁾ 그러나 본건 중재판정부는 이에 동의하지 않는다.

첫째, 청구인은 본건 계약상 의무 위반뿐만 아니라 피청구국의 구두 및 서면 확약에 따른 의무 위반도 본건 협정상 우산조항 위반이라고 주장하고 있으므로(즉 본건 계약의 관할합의가 적용되지 않는 청구도 있음), 계약상 관할합의에 따라서 모든 우산조항 위반 청구가 배척되지 않는다.⁶⁹⁾

둘째, 가사 일부 우산조항 위반 청구가 계약 위반 청구와 동일한 것이라고 보더라도, 청구인은 협정 위반 청구를 제기한 것이므로 청구적격(admissibility)이 없다고 보기 어렵다.⁷⁰⁾

셋째, 투자협정 체결국은 투자자에게 계약 또는 국내법에 따른 권리에 더하여 추가적인 보호를 제공하려는 목적으로 우산조항을 협정에 포함하였다. 따라서 피청구국의 주장은 본건 협정 우산조항의 목적과 효과에 반한다.⁷¹⁾

넷째, 계약상 관할합의가 투자협정상 중재에 따른 분쟁해결에 관한 권리를 포기하는 효력을 가진다는 결론에 동의할 수 없다. *BIVAC* 사건 중재판정부는 청구인과 피청구국의 계약이 투자협정 발효 이후에 체결되었으므로 계약당사자가 투자협정상 권리를 포기하였다고 판단하였지만, 협정상 투자자의 권리의 중요성, 국내법상 보호와 별도로 제공되는 국제법상 보호의 중요성에 비추어 볼 때 위 권리들은 쉽게 포기되었다고 볼 수 없다. 만약 계약당사자가 투자협정상 권리를 포기하려 하였다면 계약에 그러한 점을 명시하였을 것인데, 이 사건에서 그러한 사정은 찾아볼 수 없다.⁷²⁾ *Aguas del Tunari v Bolivia* 사건⁷³⁾의 중재판정부도 ICSID 중재판정부의 관할권을 명시적으로 배제하지 않았다면 계약상 관할합의가 중재판정부의 투자협정 위반에 대한 관할권을 배제한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.⁷⁴⁾

68) *BIVAC*, Decision on Jurisdiction, paras. 142-58.; Decision on Jurisdiction, para. 172.

69) Decision on Jurisdiction, para. 173.

70) Decision on Jurisdiction, paras. 142, 174.

71) Decision on Jurisdiction, para. 176.

72) Decision on Jurisdiction, para. 178.

73) *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

74) Decision on Jurisdiction, para. 179.

그러므로 계약상 관할합의 조항에도 불구하고 우산조항 위반 청구에 관한 중재판정부의 관할권과 청구적격이 인정된다.⁷⁵⁾

나. 본안에 관한 판단

청구인은 본건 협정 제11조(우산조항), 제4조 제1항(부당하고 차별적인 조치) 및 제2항(공정·공평대우) 위반을 주장한다.⁷⁶⁾

중재판정부는 본건 계약 위반에 따른 본건 협정 제11조 위반을 인정하고, 그 외 청구들(본건 계약 외 의무 위반에 따른 우산조항 위반, 부당하거나 차별적인 조치, 공정·공평대우 의무 위반)에 대하여는 따로 판단하지 않았다.⁷⁷⁾

1) 우산조항 위반

가) 청구인의 주장

청구인은 피청구국이 (a) 본건 계약에 위반하여 대금을 미지급한 행위와 (b) 구두 및 서면으로 대금지급의무 이행을 약속하였음에도 불구하고 이를 이행하지 않은 것이 본건 협정 제11조의 우산조항 위반이라고 주장한다.

나) 중재판정부의 판단

(a)에 관하여, 피청구국이 청구인에게 일부 대금을 지급하지 않은 것은 당사자 간에 다툼이 없다.⁷⁸⁾

피청구국은 단순한 대금미지급은 상사거래에서 사인으로서의 행위이므로 우산조항 위반이 성립될 수 없고, 청구인이 피청구국이 공권력을 남용하였다는 점을 입증해야 한다고 주장한다.⁷⁹⁾ 그러나 관할 단계에서 판단한 바와 같이 단순한 계약 위반도 본건 협정 제11조의 우산조항 위반을 구성할 수 있고, 본건 협정 제11조 문언 어디에도 주권 남용을 우산조항 위반의 요건으로 정하고 있지

75) Decision on Jurisdiction, para. 185.

76) Award, para. 66.

77) Award, para. 67.

78) Award, para. 80.

79) Award, para. 82.

않다.⁸⁰⁾

또한, 피청구국은 본건 계약이 피청구국에게 대금을 지급할 것을 요구하는데, 비록 피청구국이 대금을 모두 지급하지 않았지만 본건 계약에 따르면 그러한 나머지 대금에 관한 분쟁은 국내법원에 제출되어야 하므로 국내법원이 분쟁을 해결하기 이전까지 피청구국은 본건 계약을 위반한 것이 아니라고 주장한다.⁸¹⁾

그러나 피청구국의 계약 위반을 인정하기 위해 국내법원의 판단이 필요하다고 볼 수 있는 근거가 없다.⁸²⁾ 또한, 계약상 관할합의에 관한 조항과 대금지급에 관한 조항은 별개의 의무에 관한 것이고, 관할합의 조항과 무관하게 대금지급 조항을 위반할 수 있다.⁸³⁾ 피청구국의 주장은 사실상 관할 판단에서 이미 배척된 쟁점을 다시 다루려는 것이다. 관할 단계에서 판단한 바와 같이 본건 계약상 관할합의는 중재판정부의 관할권을 배제하지 않는다.⁸⁴⁾

마지막으로, 피청구국은 청구인이 본건 계약을 위반하였으므로 피청구국이 대금을 지급하지 않은 것이 양해된다고 주장한다.⁸⁵⁾ 피청구국은 청구인이 세관공무원을 훈련시키지 않았고 사용가능한 데이터베이스를 구축하지 않거나, 특정 검사에 관하여 여러 송장을 발행하였다거나, 특정 지역이나 제품 관련 검사를 잘못 수행하였다고 주장한다. 그러나 피청구국은 그러한 주장을 입증하지 못하였고, 가사 청구인이 본건 계약을 위반하였더라도 피청구국의 의무 위반이 면제된다는 주장에 대한 법적 근거를 제시하지 못하였다.⁸⁶⁾

그러므로 피청구국은 본건 계약상 의무를 위반하였고, 그러한 위반은 본건 협정 제11조 위반에 해당한다.⁸⁷⁾ 위 (a)에 따른 위반이 확인되므로, (b)에 관한 주장은 따로 판단하지 아니한다.⁸⁸⁾

6. 중재판정부의 결론

80) Award, paras. 89-91.

81) Award, para. 103.

82) Award, para. 104.

83) Award, paras. 105-106.

84) Award, para. 109.

85) Award, para. 110.

86) Award, paras. 119-121.

87) Award, para. 153.

88) Award, paras. 157-159

중재판정부는 피청구국의 본건 협정 제11조 위반을 인정하고, 피청구국이 청구인에게 미화 39,025,950.86과 이에 대한 1개월물 LIBOR 금리(30-day LIBOR rate)에 1%를 가산한 이자를 지급하도록 명하였다.

III. 평가

1. 우산조항 관련 쟁점들

우산조항은 일반적으로 투자유치국에게 투자자에게 부담하는 의무 또는 약속을 준수할 의무를 부과한다. 그런데 우산조항의 적용범위, 계약상 관할합의의 효력, 당사자 등과 관련하여 논란이 많고, 중재판정부들의 판단도 일치하지 않는다.

가. 우산조항의 적용범위

우산조항 적용과 관련하여 (a) 투자유치국의 계약상 의무 위반에 대해 국내 사법절차를 통한 구제가 어렵다는 등 예외적인 경우에만 우산조항에 따른 투자중재 제기가 가능하다는 입장, (b) 계약의 내용이 순수하게 상업적인 경우에는 우산조항이 적용되지 않고, 그 내용이 주권적 성질이 있을 때 우산조항이 적용된다는 입장, (c) 계약 위반 행위가 단순히 상업적인 것이라면 우산조항이 적용되지 않고, 주권적 행위인 경우에만 우산조항이 적용된다는 입장, (d) 계약의 내용이나 위반행위의 성질을 불문하고 모든 계약 위반에 대해 원칙적으로 우산조항이 적용된다는 입장 등이 존재한다.

SGS v. Pakistan 사건 중재판정부는 이 중 (a) 견해를 취하였다. 우산조항의 존재를 이유로 단순한 계약 위반으로 인해 협정 위반이 된다고 본다면 투자유치국에 지나친 부담을 주고, 협정의 계약당사국들이 우산조항에 계약상 의무까지 포함하려고 했다는 의사가 명확하게 확인되지 않는다는 것을 그 이유로 든다.⁸⁹⁾ 그러나 2003년 선고된 위 판정 이후 이와 같은 입장을 취한 사건은 별로 발견되지 않는다.

위 사건 바로 직후 선고된 *SGS v. Philippines* 사건의 중재판정부는 *SGS v.*

89) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Jurisdiction, 6 August 2003, paras. 171-173.

Pakistan 사건 판정을 비판하면서, 우산조항 문언의 통상적 의미, 투자자를 보호하려는 투자협정의 목적 등을 고려할 때 투자유치국이 투자자에게 부담하는 계약상 의무에 대해 우산조항이 적용된다고 하여 (d) 견해를 채택하였다.⁹⁰⁾ 위와 같이 2003년과 2004년 상반되는 두 판정이 선고된 이후 *BIVAC* 사건과 본건을 비롯하여 다수 사건에서 (d) 견해가 채택된 것으로 보인다.

중간자적 태도를 취한 경우가 바로 (b)와 (c) 입장이다. 즉, 계약의 내용이나 계약 위반행위의 성격이 주권적인 것인지 아니면 단순히 상업적인 것인지에 따라 우산조항 위반 여부를 결정해야 한다고 본 것이다.⁹¹⁾

이러한 견해 대립은 원래 투자협정이 투자유치국의 공권력 행사나 수용으로 인해 투자자가 손해를 입게 된 경우 이를 투자분쟁절차를 통해 구제를 받을 수 있도록 하려고 체결되기 시작했는데, 단순한 상업적 계약 위반에 대해 투자분쟁절차를 인정하는 것이 타당한지에 대한 기본적 인식 차이에서 발생한 것으로 볼 수도 있다. 지금은 대체로 (d)와 같은 입장을 취하는 사례가 많은 것으로 보인다.

지금까지 우리나라를 상대로 제기된 투자분쟁 사건에서는 우산조항이 문제된 바가 없다. 우리나라가 2010년경 이후 체결한 투자협정(자유무역협정의 투자챕터 포함)은 우산조항을 포함하고 있지 않기도 하다. 그러나 과거 우리나라가 체결한 다수의 투자협정이 우산조항을 두고 있고, 이 협정들은 여전히 효력을 가지고 있으므로 우리나라가 직접 투자자와 특정한 계약관계를 맺었음에도 불구하고 그 의무를 위반하였다면 우산조항을 근거로 하여 투자분쟁절차가 개시될 가능성이 있음을 유의할 필요가 있다.

나. 계약상 관할합의의 효력

투자유치국과 투자자의 계약에서 분쟁을 국내법원에서 해결하기로 하는 전속적 관할합의가 있는데, 그 계약 위반을 이유로 우산조항에 근거하여 투자분쟁

90) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, paras. 168-169.

91) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, para. 72; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, paras. 79-84; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, paras. 108-110.

절차를 개시할 수 있는지가 문제된다.

이 쟁점에 관련하여 중재판정부의 판단이 일치되지 않는다. 일부 중재판정부는 계약 위반에 따른 우산조항 위반 청구에 관하여 계약상 관할합의 조항에 의하여 중재판정부의 관할권이 배제되거나 청구적격을 인정하지 않았다.⁹²⁾ 반면, 다른 중재판정부에서는 계약상 청구와 투자협정상 청구는 구분되는 것이므로 투자협정상 우산조항 위반에 따른 청구에는 계약상 관할합의가 적용되지 않는다고 판단하기도 하였다.⁹³⁾ 본건에서 중재판정부는 후자의 견해에 따랐다.⁹⁴⁾

사건으로는, 계약당사자가 계약에 전속적 관할합의를 할 때는 해당 계약의 해석, 이행이나 위반과 관련한 분쟁에 대해 관할합의에서 정한 분쟁절차에 따라 분쟁을 해결하자는 당사자간 합의가 있었다고 할 것이다. 우산조항이 계약의 이행을 도모하자는 것이라면, 마찬가지로 계약에서 정한 분쟁절차에 대한 존중이 필요하다. 또한, 투자자의 본국과 투자유치국이 체결하여 일반적으로 적용되는 투자협정에 비하여, 투자자와 투자유치국이 체결한 개별적인 계약은 투자협정에 비해 특수한 관계에 있다고도 할 수 있으므로 후자가 더 우선해야 한다고 볼 여지도 있다.

다. 당사자 문제

본건은 투자자와 투자유치국 사이에 계약관계가 있으므로 이 점이 문제되지 않았으나, 청구인이나 피청구국이 우산조항이 문제되는 계약의 직접 당사자가 아닌 경우, 예컨대 청구인이 투자유치국에 설립한 자회사가 투자유치국과 계약을 체결한 경우나 청구인이 투자유치국의 공기업과 계약을 체결한 경우에도 우산조항이 적용될 수 있는지 문제될 수 있다. 이에 대해서는 중재판정부의 입장이 일관되지 않는다.

92) *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction, para. 134; *BIVAC*, Decision on Jurisdiction, para. 154; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 202; *Consutel Group S.p.A. in liquidazione v. People's Democratic Republic of Algeria*, PCA No. 2017-33, Final Award, paras. 372-375.

93) *Eureko v. Poland*, Partial Award, paras. 92-114, 250.; *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, 19 December 2016, Award, para. 245; *Gavrilovic v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, paras. 421-423; *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, PCA Case No. 2017-37, Decision on Jurisdiction, paras. 277-281; *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic (II)*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, paras. 337-340; *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 28 August 2019, paras. 355-359; *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, paras. 793, 816.

94) Decision on Jurisdiction, para. 138.

피청구국의 공기업의 계약 체결행위가 국가에 귀속된다고 보아 우산조항의 적용을 긍정하거나⁹⁵⁾ 투자자가 직접 계약당사자가 아닌 경우에도 우산조항의 적용 가능성을 긍정한 경우도 있다.⁹⁶⁾

반면, 투자유치국이 계약당사자가 아니므로 우산조항이 적용되지 않는다고 보거나⁹⁷⁾ 투자자가 계약당사자가 아니므로 우산조항이 적용되지 않는다고 본 경우도 있다.⁹⁸⁾

작성자	한창완 변호사	법무법인(유한) 태평양
	이한솔 변호사	법무법인(유한) 태평양

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

95) *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, paras. 79-86; *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, paras. 241-242.

96) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, para. 152; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, para. 132; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, para. 241.

97) *William Nagel v. The Czech Republic*, SCC Case No. 049/2002, Final Award, paras. 160-166, 321; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, paras. 223, 262; *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, para. 110; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, paras. 317-319.

98) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, para. 384; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, paras. 204-205.