

Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/16/41)

가. 사실관계

이 사건에서는 콜롬비아의 환경 보호 정책에 따른 투자자의 광업권 등의 제한이 문제되었다.

Eco Oro Minerals Corp. (이하 “**Eco Oro**”)는 캐나다 광업회사로서, 1994년에 콜롬비아 Angostura 지역의 금/은 광산에 대한 광업허가를 최초로 취득하였다. 이후 콜롬비아 광업 에너지부(Ministry of Mines and Energy)로부터 일부 행정권한을 위임 받은 콜롬비아 지리학 및 광업 연구소(Colombian Geology and Mining Institute, 이하 “**INGEOMINAS**”)는 Eco Oro가 Angostura 지역에서 보유한 10개의 광업권을 통합(integration)하는 것을 허가한 후, 2007년 2월 8일에 Eco Oro와 해당 지역 광산 탐사 및 이용에 관한 실시협약(Concession Contract for the Exploration and Exploitation of a Deposit of Gold, Silver, Chromium, Zinc, Copper, Tin, Lead, Manganese, Precious Metals and Associated Minerals No. 3452, 이하 “**Concession 3452**”)을 체결하였다. 이에 따라 Eco Oro는 2009년 9월 23일에 건설공사계획(Construction and Works Plan, “**PTO**”)를 INGEOMINAS에 제출하였으며, 2009년 12월 22일에는 콜롬비아 환경부(Ministry of Environment)에 국제환경 라이선스(Global Environmental License)를 신청하면서, 환경영향 연구(Environmental Impact Study, 이하 “**EIA**”)도 함께 제출하였다. 이후 2010년 1월 13일에 콜롬비아 환경부는 위 국제환경 라이선스 부여를 위한 행정절차 개시를 명하였다.

이로부터 얼마 지나지 않은 시점인 2010년 2월 9일에 Law 1382가 도입되었는데, 이에 따라 2001년 광업법(2001 Mining Code)가 개정되면서 “파라모 생태계(páramo ecosystems, 독특한 흡수·복원 능력을 전제로 생물다양성의 유지에 중심적 역할을 하는 고산간 생태계를 지칭함)” 지역에서의 광업활동이 제한될 수 있다는 규정이 도입되었다. 한편, 콜롬비아 일반환경법(General Environment Law)에 따라 2007년에 발표된 Atlas에 따르면 Concession 3452에 따라 Eco Oro가 광산 탐사 및 이용에 관한 권리를 가지는 지역 중 54%가 산투르반 파라모(Santurbán Páramo) 지역과 겹쳐 있었다. 이에, 콜롬비아 당국은 Eco Oro에게 파라모 생태계 제의를 반영한 EIA를 다시 제출할 것을 명령하였고, Eco Oro는 결국 기존 국제환경 라이선스 신청을 철회하였다. 한편 INGEOMINAS는 Eco Oro의 탐사 연장 신청을 여러 차례 승인해주면서, Eco Oro의 사업을 국가적 이익을 가지는 사업으로 지정하기도 하였다.

이후 Eco Oro는 2013년 7월에 Concession 3452에 따른 자신의 의무(PTO 제출 등)를 산투르반 파라모 지역의 경계가 확정(delimit)될 때까지 유예하여 달라는 신청을 하였고, 국가광산청(National Mining Agency, 이하 “ANM”)은 이를 받아들여 그 이후에도 몇 차례 연장 신청을 갱신하여 주었다.

2014년에 콜롬비아는 Resolution 2090을 통하여 산투르반 파라모 지역의 경계를 공식 발표하였으며, Concession 3452에 따라 Eco Oro가 광산 탐방 및 이용에 관한 권리를 가지는 지역 중 54.7%가 산투르반 파라모 지역과 겹친다는 결과가 나왔다. 이에 따라 콜롬비아 당국은 Eco Oro에게 사업 관련 연장을 추가로 허용해주지 않기로 결정하였다. 한편, Resolution 2090의 내용 중에는 파라모 지역에서의 광업 금지에 대한 예외사유도 포함되어 있었는데, 이는 2016년 2월 콜롬비아 헌법재판소에 의하여 취소되었다. 이후 Eco Oro는 2016년 12월 8일에 투자자 중재를 신청하게 되었다.

나. 주요 쟁점별 이슈 및 판단

(1) 절차적 주장

A. Eco Oro가 FTA에 따라 보호되는 투자자(Protected Investor)에 해당되는지 여부

콜롬비아는 Eco Oro가 캐나다-콜롬비아 FTA의 회원국이 아닌 국가의 투자자들에 의하여 소유 또는 지배되고 있기 때문에 FTA 814(2)조에 따른 요건을 충족하지 못하여 캐나다-콜롬비아 FTA(이하 “FTA”)에 따른 보호를 받을 수 없다고 주장하였으나, 중재판정부는 이를 받아들이지 않았다. 중재판정부는 우선 “소유(own)”을 100% 소유로 해석하여, Eco Oro의 경우에 비회원국 국가 투자자에게 소유되었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 중재판정부는 3개의 비회원국 투자자들이 Eco Oro 지분 중 합계 49.61%를 보유하고 있다고 하더라도, 해당 투자자들이 연합하여 행동(act in concert)한 것이 아닌 이상 Eco Oro를 함께 지배한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

콜롬비아는 나아가 Eco Oro의 투자에 대한 실질적 수익자(true beneficiary)는 Eco Oro가 아닌 Eco Oro가 관련 투자 수익을 양도한 델라웨어 법인에 해당한다고 하면서, Eco Oro가 FTA 838조의 요건을 충족하지 못하여 FTA에 따른 보호 대상 투자자가 아니라고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 FTA에 beneficial ownership을 조사하여야 한다는 규정은 없으

며 Eco Oro가 캐나다 법인이라는 점만으로 FTA 838조가 충족된다고 보아 해당 주장 역시 배척하였다.

B. 환경 관련 조치가 중재판정부의 관할에 해당하는지 여부

콜롬비아는 일반적 예외사유(General Exceptions)로 환경 관련 조치(environmental measures)를 포함하는 FTA 2201(3)조에 따라, 환경 관련 조치에 관하여는 FTA가 8장 및 이에 포함된 분쟁해결절차가 적용되지 않는다는 주장도 펼쳤다. 이에 대하여 중재판정부는 FTA 2201(3)조의 취지는 8장이 적용된다는 것을 전제로 하고 있는 것이라고 보아 콜롬비아의 주장을 배척하였다.

(2) 간접적 수용(Indirect Expropriation) (FTA Annex 811 위반 여부)

중재판정부 다수의견은 콜롬비아의 조치가 Eco Oro에 대하여 간접 수용의 효과를 가졌다는 점은 인정하면서도, 이는 경찰 권한의 정당한 행사(legitimate exercise of police powers)에 해당하기 때문에 위법한 간접수용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

우선 중재판정부는 Eco Oro가 수용(expropriation)과 관련하여 보호 대상이 되는 권리를 취득하였다고 판단하였다. 중재판정부는 Concession 3452와 같은 실시협약을 체결하는 경우 협약당사자는 탐사 및 이용에 관한 권리를 취득하였다고 보아야 한다고 보았으며, 이는 비록 (Eco Oro와 같이 사업 시행에 필요한 환경 라이선스를 받을 가능성이 매우 낮은 경우 등) 향후 해당 권리의 경제적 가치가 매우 낮아질 수도 있더라도 마찬가지라고 판단하였다.

나아가, 중재판정부는 Eco Oro가 취득한 권리에 대한 간접 수용의 효과가 발생하였다고 판단하였다. 중재판정부는 Eco Oro가 Concession 3452에 따라 부여받은 광산에 대한 잠재적 이용권을 모두 상실(complete deprivation of a potential right to exploit)하였다고 보아, 비록 Resolution 2090으로 인하여 Eco Oro가 PTO를 승인 받거나 환경 라이선스를 받을 가능성이 낮았기 때문에 잠재적 이용권 자체의 경제적 가치를 예상하기 어려웠다고 하더라도, Eco Oro가 콜롬비아의 조치로 인하여 간접적 수용에 해당하는 실질적인 상실(substantial deprivation)의 피해를 입었다고 보았다.

그러나 중재판정부는 이에 대한 콜롬비아 정부의 조치가 콜롬비아의 경찰 권한의 정당한 행사에 해당하기 때문에 위법한 간접수용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 중재판정부는 우선 콜롬비아 정부의 조치가 환경보호 목적을 가지고 있었으며, 특히 파라모라는 환경적으로 중요한 자원을 보호하는 것은 정당한 목적에 해당한다고 보았다. 또한 중재판정부는 콜롬비아 정부의 조치가 차별적이지 않고, Eco Oro와 같은 외국 투자자 뿐 아니라 콜롬비아 국내 광산업자들에게도 동일하게 적용되었다고 보았다.

중재판정부는 경찰 권한의 행사가 FTA Annex 811(2)(b)에 따른 지나치게 중대하여 선의로 도입된 것으로 합리적으로 해석될 수 없는 “드문 사정(rare circumstance)”에 해당한다는 Eco Oro의 주장을 받아들이지 않았다. 중재판정부는 위와 같은 드문 사정이 인정되기 위하여는 “단순한 관료주의적 혼선 또는 국가의 비효율이 아닌, 국가행위의 매우 유의미한 문제적인 요소 또는 요인(a very significant aggravating element or factor in the conduct of the State and not just a bureaucratic muddle or State inefficiency)”이 인정되어야 한다고 보면서, 콜롬비아의 조치의 경우 선의의 목적을 가지고 행하여졌다는 점에서 이 수준에 미치지 않는다고 판단하였다. 또한 중재판정부는 콜롬비아의 조치가 목적과 비교하여 합리적이고 비례적이라고 판단하였다.

(3) 최소대우기준(Minimum Standard of Treatment) (FTA 805조 위반 여부)

다만 중재판정부 다수의견(위 나.(2)에 대한 판단에서의 다수의견과 구성을 달리함)은 콜롬비아의 조치가 최소대우기준(Minimum Standard of Treatment, 이하 “MST”)을 충족하지 못하여 FTA 805조 위반이 발생하였다고 판단하였다.

우선, 중재판정부는 MST 위반을 판단하기 위하여는 “관련 행위가 국제적으로 허용되는 것과 비교하여 사소하게 벗어나는 것 이상에 해당할 만큼의 어떠한 문제적 요소(some aggravating factor such that the acts identified comprise more than a minor derogation from that which is deemed to be internationally acceptable)”를 가져야 한다면서, “관련 행위가 분노나 충격을 야기하거나, 받아들일 수 있는 기준에 미치지 못하는 중대한 불공정성 또는 명백한 임의성을 가지고 있거나, 사법적 정당성의 기준을 위반하는 결과를 야기하는 적법절차의 부족이 발생하였어야 한다([t]he conduct in question must engender a sense of outrage or shock, amount to gross unfairness or manifest arbitrariness falling below acceptable standards, or there must have been a lack of due process which has led to an outcome which offends a sense of judicial propriety)”고 보았다.

중재판정부는 이와 같은 기준을 적용하면서, 콜롬비아가 정부 내부적으로 일관적이지 못한 조치들을 취하면서 Eco Oro에게 안정적이고 예측 가능한 규제환경을 제공하지 못하였고, 이에 따라 Eco Oro의 합리적인 기대(*legitimate expectations*)를 침해하였다고 보았다. 중재판정부는 특히 콜롬비아가 관련 지역이 환경 보호 대상인 산투르반 파라모와 겹친다는 점을 인식하면서 Concession 3452를 체결하였으며, Eco Oro의 사업을 지지하는 듯한 입장을 취하면서 Eco Oro에게 사업에 관한 합리적인 기대를 제공하였는데, 다른 한편 산투르반 파라모의 경계를 (확정되어야 하는 법률상 의무가 있었음에도 불구하고) 오랜 기간 동안 확정하지 않음에 따라 Eco Oro 입장에서는 사업 대상 지역이 파라모 경계 내에 포함될 것인지 등의 문제에 대하여 지속적인 혼란을 겪게 되었다는 점에 주목하였다.

나아가, 중재판정부는 콜롬비아가 Eco Oro의 합리적인 기대를 침해한 행위가 부당하고 임의적이라고 판단하였다. 중재판정부는 콜롬비아가 법률적인 의무가 있었음에도 불구하고 산투르반 파라모의 경계를 확정하지 않았다는 점, 그리고 콜롬비아 정부부처간에도 파라모 보호의 이해관계와 광산 채굴에 따른 이익 창출의 이해관계간의 충돌이 있었는데, 이에 관하여 어떠한 합의 또는 협력이 이루어지지 않아 충돌이 해소되지 않았다는 점 등을 그 근거로 들었다.

(4) 환경 관련 조치에 대한 일반적 예외사유(*General Exceptions*) 적용 여부

콜롬비아는 FTA 2201(3)조에 따라 “인간, 동물 또는 실물의 생명 또는 건강(*necessary [t]o protect human, animal or plant life or health*)” 및 “소진될 수 있는 생물/비생물 천연자원의 보전(*conservation of living or non-living exhaustible natural resources*)”을 위한 조치에 대하여는 손해배상 의무가 면제된다고 주장하였으나, 중재판정부 다수의견은 이를 받아들이지 않았다. 중재판정부는 FTA 2201(3)조가 콜롬비아에게 환경 관련 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하지만, 이러한 조치를 취했을 때 손해배상을 면제하고 있지는 않다고 보았다. 또한 콜롬비아와 같이 해당 조항을 해석하게 되면, 환경을 보호하기 위한 조치도 간접 수용에 해당할 수 있다는 점을 명시적으로 인정하는 FTA Annex 811(2)(b)의 조항과 배치될 수 있다는 점도 언급하였다.

다. 평가 및 해설

본 결정은 정부의 환경보호 관련 규제조치에 따라 투자분쟁이 발생하는 경우 그 부당성을 판단하는 방법에 대한 기준을 제시하고 있다. 전세계적으로 기후변화, 탄소중립 등의 이슈들에 대한 각국 정부들의 규제 수준이 빠른 속도로 강화하고 있는 상황에서, 상당히 주목할 만한 결정이라고 할 수 있다.

본 결정에서 중재판정부는 결론적으로 투자자인 Eco Oro의 손을 들어주었지만, 이는 콜롬비아의 파라모 보호 조치 및 이에 따른 Eco Oro 광업권의 중대한 침해 그 자체로 인한 것이라기보다는 콜롬비아 정부 각 부처가 서로 일관성이 떨어지는 방식으로 Eco Oro와의 관계에서 권한을 행사하였기 때문이라는 점에 유의할 필요가 있다. 중재판정부 다수의견은 콜롬비아의 조치로 인하여 간접 수용의 효과가 발생하더라도, 그 목적이 정당하고 적용이 차별적으로 이루어지지 않았다면, 경찰 권한의 정당한 행사라고 보았기 때문이다. 즉, 국가가 환경 보호를 위하여 강도 높은 규제를 하더라도 그 규제 방식이 일관적이고 차별적이지 않다면 이에 따라 투자자 이익이 중대하게 침해되더라도 투자자가 보호 받지 못할 수 있다는 것이다.

※ **별첨: 위 인용 FTA 조항 전문**

Article 805: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security.^{Footnote2} The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.
2. The obligation in paragraph 1 to provide "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process.
3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

Article 814: Denial of Benefits

2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such Party and to investments of that investor if investors of a non-Party or of the denying Party own or control the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.

Article 838: Definitions

covered investment means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party existing on the date of entry into force of this Agreement, as well as investments made or acquired thereafter;

Article 2201: General Exceptions

3. For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- a. To protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health;
- b. To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

Annex 811

Indirect Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Paragraph 1 of Article 811 addresses two situations. The first situation is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated as provided for under international law.

2. The second situation is indirect expropriation, which results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred,

(ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations, and

(iii) the character of the measure or series of measures;

(b) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare

objectives, for example health, safety and the protection of the environment, do not constitute indirect expropriation.

* * * * *