

# Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica 사건

(ICSID Case No. ARB/14/5)

## 1. 사건 정보

### 가. 기본 정보

청구인	Infinito Gold Ltd. (캐나다 국적)
피청구국	코스타리카
근거 투자협정	캐나다 - 코스타리카 BIT (1999. 9. 29. 발효)
적용 중재규칙	ICSID 협정
소가	USD 93,800,000
주요 절차	(2014. 02. 06.) 중재신청서 접수 (2014. 03. 04.) ICSID 사무국 사건 등록 (2014. 09. 24.) 중재판정부 구성 완료 (2017. 12. 04.) 관할권에 관한 결정 선고 (중간판정) (2021. 06. 03.) 최종 판정 선고
비고	✓ 당사자들의 합의로 절차분리 (관할/본안) ✓ Stern 중재인의 관할 및 본안에 관한 별개의견

### 나. 중재판정부 정보

청구인 지명	Bernard Hanotiau 교수 (男 / 벨기에)
<p>Hanotiau 교수는 유명 국제중재 부티크 로펌인 Hanotiau &amp; van den Berg의 창립 파트너이자, 벨기에 루뱅 대학교의 교수로 재직 중이다. 상사중재에서도 변호사이자 중재인으로 활발히 활동하고 있고, 투자중재계에서도 60여 건의 사건에서 중재인을 하는 명망 높은 중재인이다. 투자중재에서는 의장중재인 및 ICSID 취소위원을 절반 정도, 나머지 절반은 대부분 투자자(청구인) 측에서 지명한 중재인으로 위촉되는 등, 중립성을 지니고 있으나 상대적으로 투자자 친화적 중재인으로 인식되고 있다. 대한민국의 최초 투자중재 패소건인 <i>Dayyani v. Korea</i> 사건에서 의장중재인을 맡은 바 있다.</p>	
피청구국 지명	Brigitte Stern 교수 (女 / 프랑스)
<p>Stern 교수는 파리1 대학의 국제공법 교수로, 투자중재계에서 가장 유명한 여성 중재인일 뿐만 아니라, 전체 투자중재계에서 가장 압도적으로 수요가 높은 중재인에 해당한다. Stern 교수의 전체 위촉 사건은 120건을 넘어가고 있는데, 이는 60여건 정도의 선정을 받은 2위권 그룹의 두 배에 달하는 수준이다. Stern 교수는 피청구국(국</p>	

가) 친화적 중재인으로 확고한 입지를 다진 중재인으로, 120여건 중 5건 정도를 제외하면 모두 피청구국 지명 중재인이었다는 점이 이를 잘 보증한다.  
소위 '론스타 사건 (LSF-KEB Holdings and Others v. Korea)'에서 대한민국이 지명한 중재인이기도 하다.

<b>의장중재인</b>	Gabrielle Kaufmann-Kohler 교수 (女 / 스위스)
--------------	--

Kaufmann-Kohler 교수는 유명 국제중재 부티크 로펌인 Levy – Kaufmann-Kohler의 창립 파트너이자, 제네바대학 석좌교수이다. Kaufmann-Kohler 교수는 상사중재계에서도 명망 높은 중재인이지만, 투자중재에서도 총 64건의 위촉으로 전체 선정 수 3위에 랭크 되어 있다. 투자중재에서는 담당 사건의 70% 이상이 의장중재인으로 선정된 경우였던 만큼, 소위 '의장중재인 타입'으로 분류되어 있는 중재인에 해당한다.

\* 2022. 5. 현재 기준

**다. 사건 결과**

<b>결과</b>	코스타리카의 사실상 승소 (투자협정 위반은 인정되었으나, <u>손해배상액 인정 無</u> )
<b>소송 비용</b>	각자 부담

**2. 사건 개요**

舊 Vanessa Ventures Ltd.로 알려져 있던 캐나다 국적의 광산업자인 청구인은 바베이도스 국적의 중간회사를 거쳐 2000년 5월에 코스타리카 현지법인인 Industrias Infinito (“**현지법인**”)의 주식을 매입하는 방식으로 인수하였다. 현지법인은 기존부터 크루시타스 지역에 대한 광물 탐사권을 보유하고 있었으며, 청구인의 인수 이전부터 금광 탐사를 통해 크루시타스 지역에 금맥을 발견하였다. 이후 현지법인은 해당 지역에 금광 개발 프로젝트를 추진하기 위해 각종 예비조사와 환경영향평가 등을 진행하였으며, 코스타리카의 광업청(Directorate of Geology and Mines)에 금광 개발을 위한 양허를 신청하였다.

광업청이 2001년 현지법인의 예비조사 등을 승인함에 따라, 현지법인은 2002년부터 크루시타스 지역의 금광에 대해 한 번의 갱신이 가능한 10년짜리 개발 양허를 취득하였다 (“**2002년 양허**”).

2002년 새롭게 코스타리카의 대통령에 취임한 Abel Pacheco 대통령은 환경보호를 이유로 당선 후 노천채광(open-pit mining)을 무기한 보류하는 입법을 시행하였다 (“**2002년 노천채광 무기한 보류 입법**”). 이에 당시 청구인의 현지법인과 유사한 광업 관련 개발 양허를 보유하고 있던 Rio Mineral S.A.사는 위 2002년 노천채광 무기한 보류 입법이 자신과 청구인의 현지법인의 헌법상 권리를 침해한다고 주장하며 대법원 헌법재판부에 헌법소원을 제기하게 되었다. 그 결과

대법원 헌법재판부는 2002년 노천채광 무기한 보류입법이 기존에 이미 취득된 양허의 효력에는 소급하여 영향을 미치지 않는다는 취지의 판결을 내리며, 청구인의 현지법인에도 동일한 법리가 적용됨을 확인하였다 (“**2002년 대법원 헌법재판부 판결**”).

현지법인은 이에 금광 개발 프로젝트의 속행을 위해 환경영향평가 보고서의 승인 등을 추진하고 있던 중, 시민단체가 2002년 양허가 위헌이라며 제기한 헌법소원이 선고되었다. 대법원 헌법재판부는 사전예방의 원칙에 비추어보았을 때 광업 양허 취득에 환경영향평가의 사전 승인이 필수적인데도 불구하고, 청구인의 현지법인이 취득한 2002년 양허가 환경영향평가 보고서의 승인이 있기 전에 부여 되었으므로, 국민의 환경권 등 헌법적 권리를 침해한다며 2002년 양허가 원천 무효임을 확인하였다 (“**2004년 대법원 헌법재판부 판결**”). 이후 2005년이 되자 코스타리카 당국이 환경영향평가 보고서를 승인하였다.

현지법인은 2006년 대법원 헌법재판부에 2002년 양허의 무효화가 절대적인 효력을 가지는 것인지, 아니면 흠결의 추완을 통해 치유가 가능한 상대적 효력을 가지는 것인지에 관한 결정을 구하였으나, 헌법재판부는 이 쟁점이 행정법적 쟁점에 해당하여 관할권이 없다며 신청을 각하하였다.

2008년에는 행정분쟁심판법이 새로 시행되었고, 이를 통해 행정분쟁심판원(TCA)에서 간접적 이해관계만을 보유한 사람들도 특정 행정처분의 적법성을 다툴 수 있게끔 제도가 정비되었다.

이후 2008년 새로운 대통령이 당선되자 2002년 노천채광 무기한 보류 입법이 폐기되었다. 이에 현지법인이 무효화 된 기존 2002년 양허를 흠결 치유를 통해 회복하고자 하였으나, 새 정권은 무효화된 권리를 새롭게 부여되는 권리로 대체하는 행정법상 ‘전환(**conversion**)’ 행위를 통해 새로운 양허를 부여하였다 (“**2008년 양허**”). 이에 청구인은 코스타리카 정부로부터 금광 부지에 대한 별목 허가를 받고 별목을 개시하는 등 금광 개발 프로젝트를 진행하였다.

그러나 다른 시민단체가 2008년 양허가 국민의 환경권을 침해한다는 취지로 또 다시 헌법소원과 별목 등 개발행위의 정지를 구하는 가처분을 신청하였다. 또한 얼마 후 다른 환경단체 등이 2008년 양허의 부여와 관련된 다양한 행정처분의 전부 취소와 환경과피로 인한 손해배상을 구하는 신청을 행정분쟁심판원에 제기하였다.

대법원 헌법재판부는 현지법인의 별목 등 개발행위의 정지를 구하는 가처분 신청을 인용하였으나, 추후 헌법소원을 기각하고 가처분 또한 취소하였다 (“**2010년 대법원 헌법재판부 판결**”). 그러나 다시 행정분쟁심판원에서 개발의 중단을 명하는 가처분 명령이 내려졌다. 이 과정에서 헌법재판부는 2008년 양허가 신청인들의 환경권 등 헌법상 권리를 침해하지 않는다고 판시하였다.

가처분을 통해 개발이 중단된 상태에서, 코스타리카 정부는 환경보전을 이유로 모든 노천채광을 무기한 보류하는 입법을 새롭게 추진하였다 (“**2010 노천채광 무기한 보류 입법**”). 그리고 행정분쟁심판원은 2008년 양허와 관련 행정처분을 취소하는 것은 대법원 헌법재판부 결정의 기판력에 반한다는 현지법인의 주장을 모두 기각하며 2008년 양허와 그 전제가 된 각종 인허가 등 행정처분을 모두 취소하고, 2002년 양허의 무효화가 절대적 효력을 지니고 있음을 확인하였으며, 별도 절차를 통해 현지법인의 원상회복 및 손해배상 범위를 확정할 것이라는 취지의 결정을 내렸다 (“**2010년 행정분쟁심판원 결정**”). 행정분쟁심판원은 이 과정에서 2008년 양허에 다양한 법적·기술적 흠결이 존재하고, 현지법인이 관련 법령을 잠탈(fraude de ley)하여 양허를 취득하였다고 실시하였다.

코스타리카 입법부는 이후 2011년부터 모든 노천채광을 전면적으로 금지하는 광업법 개정안을 통과시켰다 (“**2011년 광업금지법**”).

현지법인은 대법원 행정재판부에 2010년 행정분쟁심판원의 결정의 취소를 구하는 소를 제기하고, 헌법재판부에는 2010년 행정분쟁심판원의 결정이 2010년 대법원 헌법재판부 판결의 기판력에 저촉된다며 위헌 확인을 구하였다.

그러나 대법원 행정재판부는 현지법인의 청구를 모두 기각하고, 2010년 행정분쟁심판원 결정을 그대로 확정하는 판결을 내렸다 (“**2011년 대법원 행정재판부 판결**”). 대법원 헌법재판부도 마찬가지로 2019년 행정분쟁심판원 결정의 위헌 확인은 이미 행정재판부가 선행 판결을 통해 판단하였으므로 받아들일 수 없다며 각하하였다 (“**2013년 대법원 헌법재판부 판결**”).

이후 코스타리카 에너지환경통신부는 2010년 행정분쟁심판원 결정을 근거로 하여 2008년 양허를 취소하는 처분을 했다 (“**2012년 에너지환경통신부 처분**”).

행정분쟁심판원에서는 금광 개발 추진 과정에서 발생했다고 주장되는 환경오염과 관련하여 현지법인과 정부 등에 원상회복과 손해배상을 청구하는 절차가 2019년까지 계속되었다.

### 3. 주요 쟁점

#### 가. 선결적 항변

##### 1) 물적 관할 및 합의 관할 (투자의 합법성)

BIT 제1조 제g항에서는 “투자”의 정의에 관해 “당사국의 법에 따라 소유하고 지배하는(owned or controlled ... in accordance with the latter’s laws)” 것이라고 규정하고 있다.<sup>1</sup> 이와 같은 조항은 투자유치국의 법령에 비추어 합법적인 투자만을

---

<sup>1</sup> **Canada – Costa Rica BIT**, Art. 1(g). (“For the purpose of this agreement ... ‘investment’ means any kind of asset owned or controlled either directly, or indirectly through an enterprise or natural person of a third State,

보호대상 투자로 인정하는 조항으로 이해되고 있다.

### 가) 당사자들의 주장

#### 관할 단계: 시민단체가 주장한 투자의 불법성립 주장 (Award, paras. 29-36)

본 사건은 당사자들의 합의에 따라 관할 단계와 본안 단계로 절차분리(bifurcation) 되어 진행되었다. 초기 단계인 관할 단계에서 코스타리카 소재의 환경보호 시민단체인 APREFLOFAS는 제3자 참여서면(*amicus curiae* brief)을 제출하며 중재판정부에 ‘청구인이 코스타리카에 한 투자 전부가 사기, 부패 기타 범죄행위를 통해 취득한 것이므로, 합법적 투자가 아니어서 관련 청구가 전부 기각되어야 한다’는 취지의 주장을 개진하였다.

청구인은 당연히 이러한 주장을 부정하였고, 코스타리카 또한 투자 전체의 취득과 관련하여 이러한 주장을 할 증거가 부존재한다는 입장을 밝혔으므로,<sup>2</sup> APREFLOFAS가 제출한 주장은 결국 당사자들이 전혀 주장하지 않은 것이었다.

그러나 중재판정부는 APREFLOFAS가 주장한 투자의 불법취득 문제는 BIT의 관할요건 중 하나에 해당하는 투자의 합법성 요건에 관련된 것이고, 중재판정부의 관할권에 관한 사항은 당사자들의 주장이 존재하지 않더라도 직권으로 판단할 수 있는 부분이기 때문에 직권판단의 대상으로 삼았다. 다만, 투자의 적법성과 관련된 판단은 사실관계에 관한 심층적 판단이 요구되므로, 분리된 관할 판단 절차에서 판단하는 것은 보류하였다.

#### 본안 단계: 코스타리카의 관련 주장 제출 (Award, paras. 129-168)

그러나 관할 단계가 종료되고 사건이 본안 단계로 진행된 후, 코스타리카는 본안에 관한 1차 준비서면에서 청구인이 투자를 불법적으로 취득하고 운영하였다는 새로운 증거가 발견되었다며 이를 바탕으로 물적 관할과 합의 관할(*jurisdiction racione voluntatis*)이 부존재한다는 주장을 제출하였다. BIT에 따르면 보호대상인 투자는 오로지 합법적인 투자에 국한되고, 마찬가지로 코스타리카의 투자중재에 관한 동의 역시 합법적인 투자와 관련된 분쟁에 국한된 것이라는 취지이다. 코스타리카는 BIT의 해석상 ① 투자의 최초 취득 및 설립도 국내법에 부합하는 것이어야 하지만, ② 합법적으로 취득 및 설립된 투자라고 하더라도 그 운용 과정에서 중대한 위법이 존재한다면 투자협정의 보호가 박탈된다는 것이 국제투자법의 올바른 해석이라는 입장을 취하였다.

---

by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's laws ...”)

<sup>2</sup> 다만, 코스타리카는 관련 주장을 할 만큼 충분한 증거가 발견되는 경우, 추후 투자의 불법성에 관한 주장을 할 권리를 유보하였다. *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 126.

코스타리카는 청구인이 2008년 양허를 통해 최초로 채굴권과 관련 인허가를 취득하였을 때 코스타리카 당국에 관련 인허가의 법적 요건을 오도하거나, 채굴 방식에 관한 주요 사실을 교묘하게 누락하여 환경보호 요건을 회피하는 등, 코스타리카 국내법을 ‘잠탈(fraude de ley)’하였다고 주장하였다. 코스타리카는 또한 2002년 양허 신청 과정 및 2008년 양허 취득 과정에서 추완이 불가능한 수준의 심각한 사실적, 절차적 흠결이 존재하였다고 주장하였다. 코스타리카는 처음에 청구인이 투자 과정에서 중대한 부패를 저질렀다는 주장도 개진하였으나, 해당 주장은 곧바로 2차 준비서면에서 관련자들에 대한 공소시효 만료로 인한 수사 중단을 이유로 취소하였다.

이에 대해 청구인은 ① 국제투자법상 투자는 최초 취득 및 설립만 합법적이면 되는 것이고, 추후에 발생하는 불법행위는 투자협정상 보호 여부에 영향을 미칠 수 없고, ② 청구인의 투자 취득 및 설립은 아무런 법적 하자가 없었으며, ③ 설령 국제투자법상 투자의 취득 뿐만 아니라 운용 또한 합법성이 요구된다고 하더라도, 투자협정의 보호를 박탈 할만한 수준의 중대한 불법도 없었다고 반박하였다. 특히 청구인은 자신이 코스타리카에 최초로 투자를 취득한 것은 코스타리카의 주장과 달리 2002년이나 2008년의 양허를 통해서가 아니라 2000년에 이루어진 것이었고, 그 최초 투자를 바탕으로 2002년과 2008년의 양허 신청을 진행한 것이라고 주장하였다. 또한 청구인은 코스타리카가 2001년 이래로 청구인의 투자의 적법한 취득을 문제삼지 않다가 갑자기 태도를 바꾸는 것이 금반언의 원칙에 어긋난다고 주장하였다.

#### 나) 중재판정부의 판단 (Award, paras. 169-182)

중재판정부는 먼저 합법성 판단의 대상이 되는 청구인의 투자가 무엇인지에 관해 판단하였다. BIT 제1조 제g항에서 규정하는 ‘투자’의 정의에 따르면 투자는 청구인이 “직접적으로 소유 또는 지배하거나(owned or controlled...directly)” 혹은 “제3국의 자연인 또는 법인을 통해 간접적으로 소유 또는 지배(owned or controlled...indirectly through an enterprise or natural person of a third State)”하는 자산이어야 한다. 청구인은 캐나다 국적의 회사로, 바베이도스 국적의 중간회사를 통해 현지법인의 주식을 매수·보유하여 현지법인을 지배하고 있는 것이고, 각종 양허 및 인허가의 취득은 모두 이 현지법인을 통해 이루어진 것이었다. 이에 중재판정부는 2008년 양허와 관련 인허가들은 코스타리카 국적의 현지법인이 취득·보유하여 지배하고 있는 것이므로 청구인이 직접 소유하고 있는 것도 아니며, 제3국의 자연인이나 법인이 소유하거나 지배하고 있는 것도 아니라고 보았다. 그 결과 현지법인이 취득한 양허와 관련 인허가들은 보호대상 투자로 인정받지 못하였다.

중재판정부는 직권으로 청구인이 한 투자는 청구인이 제3국인 바베이도스의 중간회사를 통해 간접적으로 소유하고 있는 현지법인 주식뿐이라고 판단하였으며, 이 주식 취득의 합법성에 대해서는 당사자들 사이에 아무런 다툼이 없어 합법

성의 존부가 문제 되지 않는다고 판단하였다.

중재판정부는 2008년 양허 취득 과정에서의 부패와 관련된 주장을 코스타리카가 취소하였음에도 불구하고, 그 중대성에 비추어 여전히 직권으로 판단할 수 있다고 보았다. 다만, 중재판정부는 해당 주장이 증거의 심각한 불충분으로 어떠한 증명책임의 기준 하에서도 성립될 수 없는 주장이라고 보았으며, 그로 인해 투자의 최초 취득뿐만 아니라 운용상의 합법성도 관할의 요건에 해당하는지에 관한 판단은 하지 않았다.

## 2) 물적 관할 (특정 유형의 청구 배제)

BIT 제12조 제3항 d호에는 협정 위반이라고 주장되는 조치에 대해 코스타리카 법원에서 판결이 내려진 경우에는 해당 청구에 대한 제소가 금지된다고 규정되어 있다.<sup>3</sup>

### 가) 당사자들의 주장 (Decision on Jurisdiction, paras. 256-286)

코스타리카는 청구인이 실제로 다투고 있는 처분은 청구인이 취득한 2008년도 양허와 관련 행정처분들을 무효 확인한 2010년 행정분쟁심판원(TCA) 결정이라고 보아, 이에 대해 내려진 2011년도 대법원 행정재판부의 판결이 존재하기 때문에 BIT 제12조 제3항 d호에 따라 청구가 각하되어야 한다고 주장하였다. 나아가 코스타리카는 설령 적법성이 다투어지는 조치가 2011년도 대법원 행정재판부 판결이라고 하더라도, 이 판결이 그 자체로 판결에 해당하므로, 마찬가지로 동 조항의 예외에 해당한다는 예비적인 주장을 개진하기도 하였다.

이에 대해 청구인은 코스타리카가 실제 청구인이 다투고 있는 조치들을 도외시하고 자기 마음대로 청구인이 다투고 있는 조치들이라며 프레이밍을 하고, 다투는 바 없는 조치들을 바탕으로 억지 주장을 하고 있다고 반박하였다. 청구인에 따르면 제기되는 청구를 구성하는 방식은 청구인의 고유한 권리로, 판정부가 관할의 존부에 관한 판단을 함에 있어서는 청구인이 구성하여 제기한 청구를 있는 그대로 판단해야 한다는 취지이다. 나아가, 청구인은 자신이 실제 다투고 있는 조치들은 4가지, 즉 2011년 대법원 행정재판부 판결, 2013년 대법원 헌법재판부 판결, 2012년 에너지환경부 처분, 2011 광업금지법인바, 특히 2011년 대법원 행정재판부 판결 자체에 대해서는 별도의 법원 판결이 없었다고 주장하였다.

### 나) 중재판정부의 판단 (Decision on Jurisdiction, paras. 287-298)

중재판정부는 먼저 청구인이 중재를 제기함에 있어 원하는 대로 청구의 내용을

---

<sup>3</sup> **Canada – Costa Rica BIT**, Art. 12(3)(d). (“An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if ... in cases where Costa Rica is a party to the dispute, no judgment has been rendered by a Costa Rican court regarding the measure that is alleged to be in breach of this Agreement.”)

구성할 권리가 있고, 이에 따라 중재판정부는 관할의 존부를 판단할 때에도 청구인이 구성한 내용의 청구를 바탕으로 심사를 해야 한다는 점을 밝혔다. 중재판정부는 이를 바탕으로 관할 판단의 대상이 되는 조치는 청구인이 주장한 대로 2011년 대법원 행정재판부 판결이라고 전제하였다.

중재판정부는 문제가 된 4가지 조치들의 적법성에 관한 별도의 판결이 있었던 것은 아니므로, 코스타리카의 주장과 달리 BIT 제12조 제3항 d호의 예외사유가 적용될 수 없다고 판단하였다. 중재판정부는 특히 2011년 대법원 행정재판부 판결과 2013년 대법원 헌법재판부 판결과 관련해서는 해당 판결들의 적법성을 다른 별도의 후속 판결이 없었고, BIT의 문언상 법원의 판결을 그 자체로 투자협정의 적용 범위에서 제외시키고자 하는 것은 당사자들의 의도한 바가 아니었다고 보았기 때문이다.

### 3) 시적 관할

BIT 제12조 제3항 c호에는 청구인이 피청구국의 위반과 이로 인한 손해의 발생을 알거나 알 수 있었을 때로부터 3년 이내에 제소를 해야 한다는 제소기간이 규정되어 있다.<sup>4</sup>

#### 가) 당사자들의 주장 (Award, paras. 183-215)

코스타리카는 청구인이 문제삼고 있는 실제 조치들이 2010년 행정분쟁심판원 결정과 2010년 노천채광금지 처분 등이고, 이것들이 모두 제소일로부터 3년 전인 2011년 2월 6일 (즉, 제소기간의 cut-off date) 이전에 발생한 처분들이므로 제소기간을 초과하였다고 주장하였다. 청구인이 다투고 있는 조치들은 모두 이 시점 이후의 조치들로, 이는 실제로는 그 전에 이루어진 조치들의 연장선상에 있는 것에 불과하므로 독립적인 판단의 대상이 될 만큼 법적으로 유의미한 조치가 아니었다는 것이다. 또한 2010년 행정분쟁심판이 내려지자 즉시 청구인이 보유한 현지법인의 주가가 50% 이하로 폭락하였는데, 코스타리카는 바로 이것이 청구인이 주장하는 코스타리카의 협정위반 행위로 인한 손해에 해당하는 것이며, 당연하게도 청구인은 이를 즉시 알거나 알 수 있었다고 주장하였다.

청구인은 코스타리카가 자신의 청구 내용을 곡해하고 있고, 청구인이 구성한 청구들을 바탕으로 시적 관할이 판단되어야 한다고 주장하였다. 청구인에 따르면 코스타리카의 BIT 위반행위는 청구인의 권리를 침해한 모든 행정처분과 사법적 조치들을 중국적으로 확정지은 2011년 대법원 행정재판부 판결을 통해 비로소 ‘명확화(crystalize)’ 되었기 때문에, 해당 판결이 내려진 2011년 11월부터 제소기간이 기산되기 시작하여 2014년 2월에 제기된 본 중재가 제소기간을 준

---

<sup>4</sup> **Canada – Costa Rica BIT**, Art. 12(3)(c). (“An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if ... not more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage.”)



수하였다는 취지이다. 청구인의 주장에 따르면, 법원의 행위에 대해 투자협정의 위반 여부가 문제될 때에는 (항소를 포기하여 재판이 확정되지 않는 이상) 하급심 판결로는 제소기간이 기산되지 않기 때문이다.

또한 청구인은 비록 2010년 행정분쟁심판원 결정 직후 현지법인의 주가가 폭락하기는 하였으나, 청구인은 여전히 후속 행정처분이나 재판을 통해 이 문제가 정정되어 금광 개발 프로젝트를 계속해나갈 수 있을 것이라 생각하였으므로, 주가 폭락시 협정위반으로 인한 손해를 인식한 것도 아니라고 주장하였다.

#### 나) 중재판정부의 판단 (Award, paras. 216-277) (Separate Opinion, paras. 3-73)

중재판정부는 시적 관할의 문제가 사실관계 및 본안 쟁점들과 매우 밀접하게 엮여 있어 분리된 절차에서 먼저 판단하기 어렵다는 이유로 관할권 판단 단계에서는 판단을 보류하였다.

본안 단계에서 중재판정부는 먼저 청구인이 투자협정의 위반이라고 주장하고 있는 cut-off date 이후의 조치들의 내용을 살펴보았다. 청구인이 문제삼고 있는 코스타리카의 조치들은 ① 2011년 대법원 행정재판부 판결뿐만 아니라 ② 2011년 노천채광금지 처분, ③ 청구인의 모든 양허와 인허가를 무효화시킨 관련 2012년 에너지환경부 결의, ④ 2013년 대법원 헌법재판부 판결, 그리고 ⑤ 청구인이 개발 과정에서 발생시킨 환경손해의 배상에 관한 2019년 행정분쟁심판원 절차의 재개 처분으로 총 다섯 가지였다. 중재판정부는 비록 명확하게 구성된 주장을 한 것은 아니지만, 청구인이 실제로는 이 다섯 가지 조치들이 각각 독립적인 조치로서 투자협정 위반을 구성한다는 주장이 아니라, ⑤번 조치만이 독립적인 조치이고, 나머지 ①-④번 조치들의 경우, 네 가지 행위들의 중첩적인 효과가 단일한 투자협정 위반(재판상 수용, 사법거부, 공정공평대우의무 위반, 완전한 안전 및 보호제공의무 위반 등)을 구성한다는 소위 ‘복합적 행위 (composite act)에 의한 위반’을 주장한 것이라고 판단하였다. 다만, 중재판정부는 검토 결과 실제로 각 행위들은 복합적 행위에 해당하지 않고, 법적으로 독립적인 평가를 할 수 있는 ‘단순 행위 (simple act)’에 해당한다고 보았다. 여기서 중재판정부의 다수의견(Kaufmann-Kohler, Hanotiau)은 이러한 단순 행위의 경우에는 해당 행위가 완료되는 순간 제소기간이 기산 되기 시작한다고 판시하였다.

다수의견은 이러한 법리를 바탕으로 청구인의 모든 청구들이 제소기간 내에 제기되었다고 판시하였다. 그 과정에서 다수 의견은 재판상 수용(judicial expropriation)이나 사법거부의 경우 하급심의 판결만으로는 성립될 수 없고, 상소를 모두 거치는 등 재판이 확정된 경우와 같이 ‘국내구제절차 완료(exhaustion of local remedies)’가 필요함을 확인하였다.

Stern 교수는 별개의견을 통해 이와 같은 의견에 반대하였다. Stern 교수는 BIT의 문언상 제소기간의 기산은 협정 위반과 손실의 발생을 ‘처음’ 알았거나 알

수 있었을 때 기산되는 것이며, 다수의견이 ‘행위가 완성되는 순간’ 제소기간이 기산 된다고 본 것은 BIT의 문언상 한계를 넘어서는 것이라고 보았다. 또한 다수의견이 언급한 국내구제절차 완료의 필요성과 관련하여, Stern 교수는 해당 요건 또한 BIT에 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 중재인들이 자의적으로 이러한 요건의 충족을 요구하는 것이 부당하다는 의견을 밝혔다. 이러한 논리를 바탕으로 Stern 교수는 최초로 협정 위반이 문제될 수 있었던 코스타리카의 행위는 2010년 행정분쟁심판원의 결정이었고, 이후의 2011년 대법원 행정재판부 판결 등은 단지 행정분쟁심판원을 통해 발생한 상황을 현상유지하는 정도의 의미 밖에 없다고 보았다. 결국 Stern 교수의 입장에서 본 사건 제소기간의 기산점은 2010년 행정분쟁심판원의 결정일이므로, 청구인의 청구는 제척기간을 초과하여 중재판정부의 시적 관할에서 벗어났던 것이다.

#### 4) 분쟁통지의무 및 냉각기간 준수 실패 (Award, para. 167)

BIT 제12조 제2항에서는 중재 제기가 이루어지기 최소 6개월 전에 분쟁통보를 할 의무가 규정되어 있는 소위 ‘냉각기간(cooling-off period)’ 조항이 존재한다.<sup>5</sup>

청구인은 2014년 2월에 제소가 이루어진 중재의 진행 과정에서 2015년도 행정분쟁심판원 결정도 문제삼고 있었는데, 코스타리카는 2015년 행정분쟁심판원의 결정은 제소 당시에는 선고조차 되지 않는 것이었으므로, 중재 관할 성립에 관한 코스타리카의 동의 의사표시의 전제조건에 해당되는 사전 분쟁통보 및 냉각기간 준수가 이루어지지 않았으므로, 이에 관한 관할이 성립되지 않는다고 주장하였다.

청구인은 위 2015년 행정분쟁심판원 결정이 아직 확정된 것이 아니라는 이유로 관련된 청구 부분은 취하하였으나, 설령 취하하지 않았더라도 기존 청구와 동일한 사실관계의 연장선상에서 발행한 조치이기 때문에 새로운 통보와 냉각기간의 도과는 불필요했을 것이라는 입장을 밝혔다.

#### 5) 물적 관할 (최혜국대우의무조항을 통해 ‘수입’되는 실체적 보호의무)

##### 가) 당사자들의 주장 (Award, paras. 199-202, 213-215)

또한 청구인이 BIT 제4조에 규정된 최혜국대우의무를 바탕으로 코스타리카가 타 국가와 체결한 BIT들에 존재하는 보다 유리한 조항들을 ‘수입’하여 원용하고자 것과 관련하여, 코스타리카는 최혜국대우조항을 통해 분쟁해결조항의 조건을 변경시키는 것은 국제투자법상 허용되지 않는다고 주장하며, 코스타리카가 당사자인 다른 BIT들의 분쟁해결조항을 바탕으로 위 관할권에 대한 항변들

<sup>5</sup> Canada – Costa Rica BIT, Art. 12(2). (“If a dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which it was initiated, it may be submitted by the investor to arbitration in accordance with paragraph (4) ... a dispute is considered to be initiated when the investor of one Contracting Party has delivered notice in writing to the other contracting Party alleging that a measure taken or not taken by the latter Contracting Party is in breach of this Agreement ...”)

에 대항할 수 없다는 취지의 입장을 제시하였다.

이에 대해 청구인은 최혜국대우의무 조항을 통해 피청구국이 당사자인 타 투자 협정으로부터 더 유리한 조건의 분쟁해결조항을 ‘수입’하는 것이 가능하고, 그에 따라 이 사건 BIT와 같은 각종 제소요건 규정이 없는 코스타리카 – 대만 BIT 혹은 코스타리카 – 대한민국 BIT를 원용하여 코스타리카의 각종 항변을 회피할 수 있다고 주장하였다.

#### 나) 중재판정부의 판단 (Award, paras. 266-268)

중재판정부는 절차분리된 관할권 판단 단계이므로 판단을 보류하였다. 최혜국대우의무 조항을 통한 유리한 제소조건의 ‘수입’이 허용되는지 여부는 코스타리카의 관할 항변들이 성공한 경우에만 판단할 필요가 있기 때문이다.

추후 관할 단계에서 판단을 보류하였던 관할 쟁점들을 본단 단계에서 다시 판단한 결과, 최종적으로 코스타리카의 관할 항변 중 성공한 것은 하나도 없었기 때문에 중재판정부는 최혜국대우의무조항과 관련된 판단을 하지 않았다.

### 6) BIT상 제소 요건의 관할 요건/청구적격 요건 여부

#### 가) 당사자들의 주장 (Award, paras. 202, 215)

추가로, 청구인은 이 사건 BIT 제12조 제3항에 규정된 각종 제소 요건들은 관할 요건이 아닌 청구적격(admissibility) 요건에 해당하므로, 해당 요건들의 미충족을 문제 삼는 코스타리카 측의 각종 관할 항변들이 인용될 수 없다고 주장하였다. 또한 청구인은 관할 요건과 달리 청구적격 요건은 최혜국대우의무 조항을 통해 ‘수입’이 가능하다는 입장을 취하였다.

BIT 제12조 제3항에 규정된 요건은 다음과 같다: (a) 중재에 관한 투자자의 서면 합의가 있을 것; (b) 중재 제기에 앞서 문제된 조치에 대해 동 협정에 따른 분쟁해결절차를 제외한 기타 분쟁해결절차나 코스타리카의 법원을 통해 소송을 개시하거나 계속할 권리를 포기할 것; (c) 주장된 협정 위반 행위와 그로 인한 손해를 처음 알거나 알 수 있었을 시점부터 3년이 도과하지 않았을 것; (d) 코스타리카가 피청구국인 경우에 한하여 문제된 조치들에 관해 코스타리카의 법원들에서 관련 판결이 내려지지 않았을 것.

#### 나) 중재판정부의 판단 (Award, paras. 277)

중재판정부는 관할 요건과 청구적격 요건 간의 차이가 본안 판단 부분에서 문제가 되는 경우 이를 다시 판단하겠다고며 절차분리된 선행 관할권 판단 절차에서 이에 관한 판단을 보류하였다. 다만, 추상적인 수준에서 중재에 관한 코스타리카의 동의 여부를 관장하는 조항들이 관할 요건에 해당하며, BIT 제12조에 규정된 요건들의 상당수는 이러한 관할 요건에 해당할 것이라는 의견을 남기기는 하였다.

최혜국대우의무조항을 통한 유리한 제소 요건의 ‘수입’ 쟁점과 마찬가지로, 코스타리카가 제기한 관할 항변들이 모두 기각되었기 때문에 중재판정부는 결국 관할 요건과 청구적격의 차이에 관해 최종적으로 판단을 하지 않았다.

## 나. 본안

### 1) 공정공평대우의무 위반 주장

#### 가) 공정공평대우의무와 최소기준대우의무 간의 관계

##### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 293-325)

청구인은 첫째로, 본 사건 BIT 제2조 제2항 a호에 규정된 공정공평대우(Fair and Equitable Treatment: “FET”)의무 조항은 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment: “MST”)에 국한되지 않는 보다 높은 수준의 보호를 제공하는 독자적 기준이라고 주장하였다.<sup>6</sup> 명시적으로 공정공평대우의 맥락에서 최소기준대우와 국제관습법에 따른 외국인의 대우를 언급하고 있는 NAFTA의 제1105조와 달리 BIT의 문언에는 국제관습법상 기준에 대한 직접적인 언급도 없고, ‘국제법의 원칙(principles of international law)’에 대한 언급이 있는 것이 국제관습법을 지칭하는 것이라고 보기도 어렵다는 취지이다.

둘째로, 청구인은 국제관습법상 외국인의 최소기준대우 기준이 오랜 시간이 지나며 국제투자법의 발달 과정에서 보다 높은 실체적 보호기준으로 발전하였고, 현재에는 독자적인 공정공평대우의무의 기준(autonomous FET standard)과 사실상 동일한 내용을 규정하게 되었다고 주장하였다.

셋째로, 청구인은 사법거부가 성립되는 경우 외에도 법원의 행위가 공정공평대우의무 위반을 구성하는 것이 가능하고, 사법부의 경우에도 행정부나 입법부의 행위와 동일하게 다양한 행위태양으로 위반이 성립될 수 있다고 주장하였다.

코스타리카는 반대로 BIT 문언상 ‘국제법의 원칙(principles of international law)’에 대한 언급이 국제관습법을 지칭하는 것이므로, BIT에 규정된 공정공평대우의무는 독자적인 공정공평대우의무의 기준과 달리 최소기준대우에 국한되는 것이라고 주장하였다. 본 건 BIT가 체결된 90년도 말에는 아직 최소기준대우와 구분되는 독자적인 공정공평대우의무의 기준에 관한 중재판정이 하나도 나오지 않은 시기로, 비슷한 시기에 캐나다가 당사자로 체결한 NAFTA 제1105조와 동일하게 최소기준대우만을 염두에 둔 조약으로 보아야 하며, 이것이 당사자인 캐나다의 투자협정 실무에도 부합한다는 것이다.

코스타리카는 또한 최소기준대우의무 하에서 사법거부 외에는 사법부의 행위가

---

<sup>6</sup> **Canada – Costa Rica BIT**, Art. 2(2). (“Each Contracting Party shall accord investments of the other Contracting Party: (a) fair and equitable treatment in accordance with international law and; (b) full protection and security.”)

위반이 성립될 수 없다고 주장하였다.

본 사건 BIT의 당사자인 캐나다는 비분쟁당사국의 지위에서 의견서(Non-Disputing Party Submission)를 제출하며, BIT 해석에 관한 의견을 개진하였다. 캐나다에 따르면, 코스타리카가 주장한 바와 같이 BIT 문언상 ‘국제법의 원칙(principles of international law)’에 대한 언급은 국제관습법을 지칭하는 것이고, 이는 동 BIT가 최소기준대우를 규정하고 있는 NAFTA를 바탕으로 하고 있기 때문에 당연한 것이며, 해당 문언에 이러한 의미를 부여하지 않으면 유효한 해석의 원칙(*effet utile*)에 어긋나는 결과가 발생하는 것이다. 즉, 본 사건 BIT에 규정된 공정공평대우의무는 최소기준대우와 동일한 것이고, 최소기준대우 하에서는 사법거부가 인정되지 않는 한 사법부의 행위가 의무위반에 해당할 수 없다는 것이다.

### B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 326-350)

중재판정부의 다수의견은 BIT상 공정공평대우의무가 최소기준대우의무에 국한되는 것이 아닌 별도의 독자적(*autonomous*) 기준에 해당한다고 판시하였다.

이는 조약해석의 원칙상 본 사건 BIT의 공정공평대우의무는 BIT 문언의 일반적인 의미에 따라 해석되어야 하는데, 다수의견은 BIT에 공정공평대우의무가 국제관습법상 최소기준대우에 국한된다고 볼만한 어떠한 문언상 근거도 없다고 보았기 때문이다. 다수의견에 따르면 BIT 문언상 ‘국제법의 원칙(*principles of international law*)’은 국제관습법을 의미하는 것이 아니다. 이는 국제사법재판소 재판규정 제38조 제1항 c호에서 국제법의 법원(法源) 중 하나로 규정하고 있는 ‘법의 일반 원칙(*general principles of law*)’을 지칭하거나, 동 조항에서 열거하고 있는 국제법의 모든 법원을 통합하여 지칭하는 것이라는 입장이다. 다수의견은 그렇기 때문에 ‘국제법의 원칙(*principles of international law*)’에 대한 지칭은 곧 국제관습법이라는 단일한 법원에 속하는 최소기준대우보다 훨씬 폭넓은 의미를 가지고 있다고 해석될 수밖에 없다고 판시하였다.

참고로 여기서 다수의견은 국제법의 법원으로서의 ‘법의 일반원칙’은 여러 국내법 체계에 일반적으로 존재하는 보편적 원칙뿐만 아니라, 국제법계에 자체적으로 직접 출현한 국제법의 일반원칙까지 포괄하는 것으로 이해하고 있다.

다수의견은 캐나다가 제출한 비분쟁당사국 의견이 코스타리카의 해석 의견과 일치하지는 하였으나, 이는 두 국가들의 개별적인 소송상 의견이 일치한 것에 불과하고, 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 제3항에 규정된 조약의 해석에 관한 당사국들 간의 구체적인 합의라고 볼 수 없으므로 중재판정부를 기속하지 않는다고 판단하였다.

이와 같은 입장을 바탕으로 다수의견은 ① 국제관습법에 따르면 오로지 사법거부가 인정되는 경우에만 최소기준대우가 위반될 수 있는 것이나, ② 본 사건

BIT의 공정공평대우의무 조항은 국제관습법상 최소기준대우의 기준에 국한되지 않는 보다 폭넓은 보호를 제공하는 독자적 기준에 따르는 것이기 때문에, 공정공평대우 의무 위반의 요건을 충족시키기만 한다면 사법거부 외의 다른 양태로도 의무 위반이 성립될 수 있다고 판시하였다.

Stern 교수는 별개의견에서 본 사건 BIT에 규정된 공정공평대우가 독자적 기준이 아니라 국제관습법상 최소기준대우와 동일한 기준에 해당하는 것이 문언상 명백하다며 다수의견을 정면으로 반박했다. Stern 교수에 따르면 BIT상 공정공평대우의무를 수식하는 ‘국제법의 원칙(principles of international law)’이란 전통적으로 국제관습법을 지칭하는 표현으로 이해되어 왔다. 이와 반대로 ‘법의 일반 원칙(general principles of law)’는 자체적으로 출현한 국제법의 일반원칙을 지칭하는 것이 아니라 여러 국내법 체계에 일반적으로 존재하는 보편적 원칙으로, 국제법 질서에도 그대로 전이 가능한 것을 지칭한다는 입장이다.

## 나) 사법거부

### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 395-402, 428-435)

청구인은 코스타리카가 ‘절차적 사법거부(procedural denial of justice)’와 ‘실체적 사법거부(substantive procedural justice)’의 두 종류의 사법거부를 하였다고 주장하였다.

청구인에 의하면 ‘사법 시스템 전체가 체계적인 문제로 인하여 실패하였을 때’ 절차적 사법거부가 발생하는데, 보다 구체적으로는 항소체계의 실패 등 사법 시스템상 존재하는 장치들을 통해 스스로 문제를 해결할 수 있는 합리적인 메커니즘을 갖추지 못함으로 인해 절차적 사법거부가 성립된다.

청구인은 2008년에 행정분쟁심판원이 처음으로 생기면서 코스타리카의 대법원 내에서 헌법재판부와 행정재판부 간에 서로 모순되는 결정이 나오게 되었고, 이러한 모순되는 결정을 방지하거나, 그로 인해 발생하는 문제를 해결할 수 있는 메커니즘이 부재하는 체계적인 흠결이 코스타리카의 사법체계에 존재하게 되었다고 주장하였다. 코스타리카의 대법원 헌법재판부는 2002년, 2004년, 2007년 및 2010년의 판결을 통해 청구인의 인허가와 양허가 적법하며 합헌이라고 판시하였으나, 같은 대법원의 행정재판부는 헌법재판부의 선행 결정과 다르게 2011년 행정재판부 판결을 통해 2008년 행정분쟁심판원의 결정을 인용·확정시킴으로써 대법원의 각 재판부 간에 코스타리카법상 해결절차가 존재하지 않는 모순이 발생하였다는 것이다. 특히 이전에는 특정 처분의 합헌성을 오로지 대법원 헌법재판부를 통해서만 다룰 수 있었는데, 2008년에 행정분쟁심판원이 처음으로 설치되면서 행정재판부를 통해서도 처분의 합헌성을 다룰 수 있게 되었고, 이로 인해 헌법 쟁점에 대한 재판부 간의 입장 차이가 발생할 위험성이 생겼음에도 불구하고 이를 해소할 수 있는 절차를 전혀 마련하지 않은 것이 가장 큰 문제로 꼽혔다.

앞서 설명한 바와 같이 청구인은 실제적 사법거부도 주장하였는데, 청구인에 따르면 실제적 사법거부는 국내법의 “부적절하고 극심한(inappropriate and egregious)” 오적용이 있는 경우에 성립될 수 있다.

본 사건에서는 대법원 행정재판부가 2011년 판결을 통해 ① 2002년 노천채광 무기한 보류 입법이 소급적용이 되지 않음에도 불구하고, 헌법상 법률 불소급 원칙에 위반하여 위 무기한 보류입법을 청구인에게 적용한 점과 ② 2004년 대법원 헌법재판부 판결 및 기타 헌법재판부의 판결의 기판력과 취지에 반한 결정을 내려 청구인의 권리를 침해한 것이 실제적 사법거부를 구성하는 중대하고 명백한 오적용으로 꼽혔다.

코스타리카는 사법거부가 ‘자격 있는 판사라면 합리적으로 절대 할 수 없을 정도의 수준의 오류를 저질러야 하고, 단순한 법관의 실수 정도를 넘어서서 코스타리카의 국내 사법체계 전체의 실패에 해당할 정도의 중대한 불공정성과 명백한 부당함이 증명되어야 한다’고 주장하였다.

코스타리카는 대법원 행정재판부와 헌법재판부는 각자 행정처분의 합법성 검토와 법령 등의 합헌성 검토라는 고유의 전문영역과 그에 따른 관할권을 지니고 있고, 문제된 판결들에서 각 재판부는 철저히 서로 자신의 관할 범위를 벗어나지 않는 한도 내에서만 판결을 내렸으므로, 모순이 있거나 기판력에 어긋나는 부분이 없다고 반박하였다. 코스타리카는 특히 문제된 판결들에서 각 재판부가 자신의 관할이 미치는 쟁점의 범위에 대해 명확히 판단하고, 관할이 있는 부분에 대해서만 검토를 진행하였다는 점을 강조하였다. 따라서 절차적 사법거부가 성립할 여지가 없다는 것이다.

코스타리카는 또한 대법원의 판결에 법 적용의 중대한 오류가 있었던 것도 아니기 때문에 실제적 사법거부 또한 성립할 수 없다고 주장하였다. 2011년 대법원 행정재판부 판결은 2010년 행정분쟁심판원의 결정을 확정하였을 뿐인데, 행정분쟁심판원의 결정 내용은 단지 2008년 양허가 2002년 노천채광 무기한 보류 입법에 위반하는 위법한 양허였음을 확인한 것에 불과하다는 것이다. 즉, 청구인은 대법원이 법률불소급 원칙에 어긋나는 판결을 하였다고 주장하고 있으나, 2002년 노천채광 무기한 보류 입법은 2008년 양허가 청구인에게 부여되었을 때도 시행 중이었기 때문에 본 사건에서 소급적용된 법률은 애초에 존재하지 않는다는 취지이다.

## **B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 436-505)**

중재판정부는 사법거부는 국가의 사법제도의 총체적 실패가 있을 때 성립하는 것으로, 절차적 사법거부와 실제적 사법거부가 모두 성립할 수 있음을 인정하였다. 그리고 사법제도의 ‘총체적’ 실패가 필요하므로 사법거부의 주장을 하기 위해서는 국내구제절차의 완료가 선결 요건으로 충족되어야 하나, 본 사건에서 청구인은 모든 심급을 거쳐 대법원이라는 코스타리카의 최고 법원의 결정을 문

제삼고 있는 것이기 때문에 이 요건이 이미 충족되었다고 판시하였다.

중재판정부는 나아가 코스타리카의 주장과 같이 대법원의 행정재판부와 헌법재판부가 각자의 관할 범위 내에서만 판결을 내렸으므로, 문제된 판결들 간에 모순이나 기판력 저촉의 문제가 발생하지 않는다고 판단하였다. 마찬가지로 중재판정부는 실제적인 법적용의 중대한 오류도 없었다고 보았는데, 중재판정부가 보기에 대법원 헌법재판부는 2002년 결정에서 2002년 노천채광 무기한 보류 입법이 그 통과 이전에 노천채광 양허를 적법히 취득한 자들에게 소급적용되지 않음을 추상적인 수준에서 확인하였을 뿐이고, 2008년 양허가 2002년 노천채광 무기한 보류 입법에 저촉되는지 여부에 대해서는 판단하지 않았기 때문에 법률 불소급의 원칙 등의 위반도 없다고 판단하였다.

나아가 중재판정부는 아래의 이유로 코스타리카의 사법부가 체계적 결함을 가지고 있는 것도 아니라고 확인하였다. 첫째로, 본 사건에서는 애초에 각 재판부가 먼저 자신의 관할이 미치는 쟁점의 범위를 철저히 식별하고 그 범위 내에서만 판결을 내렸으므로 대법원의 행정재판부와 헌법재판부의 판결들 간에 모순이 발생하지도 않았다. 둘째로, 청구인이 스스로의 절차적 선택에 따라 활용하지는 못했지만, 코스타리카법 상으로 재심 절차를 통해 제한적으로 대법원의 각 재판부 간의 모순적 판결로 인한 문제를 해결할 수 있는 길이 열려있다 (다만, 모순을 발생시킨 후속 소송이 계속 중일 것을 요구하고 있다는 한계가 존재함). 마지막으로, 코스타리카의 사법체계가 대법원 재판부 간의 모순적 판결로 인한 문제를 해결할 수 있는 전담 조직을 따로 두고 있지 않은 것이 그 자체로 사법 거부에 이를 정도로 중대한 절차적 흠결이라고 보기도 어려웠다.

#### 다) 적법한 기대의 침해

##### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 368-394, 404-427)

청구인에 따르면 최초로 투자를 시작했을 당시의 법제도 환경에서는 코스타리카의 광업법 등 국내법에 노천채광에 대한 보류나 금지가 존재하지 않았고, 이를 바탕으로 청구인은 법령상 요건만 충족시키면 공평하고 적법한 절차에 따라 채광권 양허를 받고 광산 설비를 설치하여 사업을 진행할 수 있을 것이라고 생각하였다.

청구인에 따르면 청구인은 법령상 규정된 바와 같이 탐사 허가를 받고 금맥을 발견하여 그에 대한 10년 간의 채굴 양허권을 대통령으로부터 이미 취득하였고, 2002년 노천채광 무기한 보류입법은 기존에 있는 권리를 소급하여 침해하지 않는 것이었기 때문에, 환경 관련 필요 인허가들만 얻는다면 아무런 문제없이 광산 설비를 설치하고 금을 채굴하여 수익을 거둘 수 있을 것으로 기대하고 있었다. 청구인은 특히 코스타리카의 환경부장관이 2002년에 노천채광 무기한 보류입법이 청구인에게 적용되지 않을 것이라는 점을 확인해준 바 있고, 이후 2004년 대법원 헌법재판부 판결을 통해 양허가 취소된 상황에서도 코스타리카 정부



의 각계 각층에서 청구인의 금광 개발 프로젝트가 문제없이 속행될 수 있을 것이라는 신호를 주었다는 점을 강조하였다.

요컨대, 청구인에 의하면 코스타리카는 청구인이 최초 투자를 할 당시의 국내 법제 환경 및 국가기관들의 각종 직간접적인 의사표시를 통해 코스타리카 정부가 공평하고 정확하게 국내법을 적용하여 청구인이 금광 개발 프로젝트를 진행할 수 있도록 해줄 것이라는 적법한 기대(*legitimate expectations*)를 부여하였으나, 본 사건에서 문제된 각종 조치들을 통해 법제 환경을 교란시킴으로 인해 이 적법한 기대를 침해하였다는 것이다.

코스타리카는 이에 대해 다음과 같이 반박하였다. 첫째로, 청구인들이 주장하는 정부의 각종 행위들은 청구인이나 그 현지법인에게 금광 개발 프로젝트에 대한 구체적인 기대를 부여하는 행위가 아니라 추상적인 수준의 의사표명이거나, 청구인이 아닌 다른 광산업자를 대상으로 한 행위들이었다. 둘째로, 코스타리카는 법치주의 국가로서 이미 정부에 의해 이루어진 인허가나 처분이라고 하더라도 그 합법성에 대한 문제가 언제든지 제기될 수 있는 것이고, 청구인이 받은 인허가 등이 법치주의의 작용으로부터 면제되었을 것이라는 기대를 가질 수도 없다. 셋째로, 구체적인 내용의 보증이 있거나 계약·조약 등에 안정화 조항 등이 존재하지 않는 한 그 어떠한 투자자도 투자의 성립 이후 투자환경이나 법제 환경이 변동하지 않을 것이라는 점에 대한 기대를 지닐 수 없다. 넷째로, 청구인이 최초로 얻은 2002년 양허는 원천무효로 확인되었으므로 이를 바탕으로 어떤 일련의 ‘적법한’ 기대가 발생할 수 없다. 마지막으로, 대법원 헌법재판부의 판결들도 관련 인허가와 양허와 관련된 행정처분의 합헌성이 아닌 적법성에 관한 판단 권한은 오로지 행정재판부에 있음을 확인하고 있었으므로, 헌법재판부가 행정재판부의 판결 방향에 대한 어떠한 적법한 기대를 부여한 것도 아니다.

## **B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 510-549)**

중재판정부는 청구인에게 애초에 국제투자법상 보호될 수 있는 적법한 기대가 존재하지 않았으므로, 그러한 기대가 침해될 수도 없었다고 판시하였다.

중재판정부가 보기에 청구인이 얻은 두 차례(2002년과 2008년)의 양허는 모두 법적인 흠결이 존재하여 사법부에 의해 무효로 확인된 것이므로, 적법한 기대의 근거가 될 수 없었다. 또한 국제투자법상으로 적법한 기대는 투자유치국이 외국인 투자자에게 구체적인 보증이나 약속을 하는 등 신뢰를 부여하여 투자자가 이를 바탕으로 투자를 한 경우에만 인정될 수 있다. 그러나 중재판정부가 보기에 코스타리카 정부가 청구인에게 양허에 법적 흠결이 존재함에도 불구하고 금광 개발 프로젝트에 아무런 법적 장애가 없도록 하겠다는 취지의 신뢰를 부여한 바는 없었다. 청구인이 최초 투자를 할 당시의 법제환경이나 투자환경을 완벽히 동일하게 유지할 것이라는 코스타리카 측의 보증이나 약속도 없었을 뿐만 아니라, 애초에 청구인이 양허를 상실한 것은 양허에 내재된 법적 흠

결로 인해 발생한 것이었지, 법제 환경의 변화로 인해 발생한 것도 아니었다.

또한 중재판정부는 청구인이 코스타리카 정부가 청구인에게 신뢰를 부여하는 행위를 한 것이라고 주장한 경우들은 대다수 이미 청구인의 투자가 이루어진 이후의 것들로, 국제투자법상 적법한 기대를 불러일으키지 못하는 것들이었다는 점을 지적하였다.

#### 라. 기타 공정공평대우의무 위반 (Award, paras. 506-580)

중재판정부의 다수의견은 앞서 사법거부 외의 형태로도 사법부가 공정공평대우의무를 위반할 수 있음을 인정하였기 때문에, 본 사건에서 사법거부가 인정되지 않는 것임에도 불구하고 별도로 공정공평대우의무 위반이 성립하였는지 여부에 대해 판단하였다.

다수의견은 청구인이 취득한 2002년 양허의 무효 원인이 된 법적 흠결들은 모두 코스타리카 정부의 인허가 및 양허 취득 절차 과정에서의 잘못된 안내와 지시로 인해 촉발된 것이고, 특별히 청구인의 과실이라고 볼 것은 없다고 판시하였다. 이후 무효화된 2002년 양허를 청구인이 사후적인 흠결 치유를 통해 유효한 것으로 전환시킬 수 있는지 여부(즉, 2002년 양허가 절대적 무효인지 아니면 상대적 무효에 해당하는지)가 수년간 객관적으로 불명확한 상태에 있었으며, 중재판정부는 이것 또한 코스타리카 측의 사유로 인해 발생한 것이라고 보았다. 심지어 청구인이 무효화된 2002년 양허의 법적 흠결을 치유하여 ‘복구’하고자 하였음에도 불구하고, 코스타리카 정부가 이를 무시하고 완전히 새로운 양허를 신규 부여하는 ‘전환’의 방식으로 2008년 양허를 청구인에게 부여하는 구제방식을 적용하였다. 그 결과 2008년 양허는 2002년 노천채광 금지 입법의 불소급 범위에서 벗어나게 되었으며, 이는 최종적으로 행정분쟁심판원과 대법원 행정재판부가 2008년 양허가 부적법하여 원천무효임을 확인하게 되는 핵심적 원인이 되었다. 다수의견은 이러한 일련의 행위가 “청구인에게는 비극적 결말로 이어진 희극적 실수의 연속(“a comedy of errors, with tragic consequences for the Claimant”)”이라고 평하였으나, 안타깝게도 위 사실관계가 모두 제소기간의 cut-off date 이전에 발생한 사실관계여서 공정공평대우의무 위반에 대한 판단에 고려할 수 없다는 점을 지적하였다.

대신 다수의견은 제소기간의 cut-off date 이후에 발생한 2011년 광업금지법을 주목하였다. 2011년 광업금지법은 확정적으로 노천채광 방식의 광업을 무기한 금지하였고, 이로 인해 청구인이 금광 개발 프로젝트를 재개할 가능성은 사실상 완벽히 소멸되는 결과가 발생하였다.

다수의견은 환경보호를 이유로 노천채광을 전면 금지시킨 해당 법률이 그 자체로 공정공평대우의무에 위반되는 것은 아니라고 보았다. 그러나 다수의견은 코스타리카 정부가 해당 법률을 청구인에게 적용시킨 행위는 공정공평대우의무의 위반이라고 판시하였다. 2011년 광업금지법이 발효 당시 청구인 외에는 실제로

이 법의 적용을 받는 자가 없었을뿐더러, 정작 기존 양허 취득 과정에서 청구인의 금광 개발 프로젝트는 코스타리카의 환경 기준에 어긋나지 않는다는 점이 확인되었기 때문이다. 다수의견은 국가가 특정 공공복리 목적을 위해 조치를 실행하고 적용함에 있어 언제나 달성하려는 목적과의 관계에서 비례의 원칙이 지켜져야 하는데, 코스타리카가 2011년 광업금지법을 청구인에게 적용한 것은 이러한 비례의 원칙에 어긋나기 때문이라는 이유를 제시하였다.

Stern 교수는 본 사건 BIT의 공정공평대우의무가 국제관습법상 최소기준대우와 동일하다는 입장이었던 만큼, 사법거부가 성립하는 경우 외에는 사법작용에 의해 공정공평대우의무의 위반이 인정될 수 없다는 견해를 제시하였다. Stern 교수는 사법거부가 아닌 형태의 공정공평대우의무 위반을 폭넓게 인정하기 시작하는 순간 사법거부라는 개념 자체가 독자적인 의미를 상실하게 될뿐더러, 국제 투자중재판정부가 사실상 국내 법원들에 대한 항소심으로 기능하게 될 위험성이 존재한다고 경고하였다.

## 2) 완전한 안전 및 보호 제공 의무 위반

### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 587-620)

청구인은 국제투자법상 완전한 안전 및 보호 제공 의무(Full Protection and Security: “FPS”)가 공정공평대우의무와 구분되는 독자적 의무에 해당하며, 단순히 경찰력 등을 통한 물리적 안전의 제공을 내용으로 하는 것이 아니라 제도적 환경의 안정성을 담보하는 ‘법적 안전(legal security)’까지 제공하는 것이라는 입장을 취하였다. 청구인은 이러한 FPS의 개념을 전제로 코스타리카의 각종 조치들이 청구인이 누리던 법제 환경의 안정성을 침해하여 양허 등 투자에 손실을 끼친 것이 투자협정의 위반이라고 주장하였다.

이에 대해 코스타리카는 FPS는 전통적으로 경찰력을 통한 물리적 안전의 보호 이상을 요구하지 않는 것이기 때문에 청구인의 주장이 성립할 수 없다고 반박하였다. 코스타리카는 설령 FPS가 법적 안전까지 보호 범위를 확대하는 개념이라고 하더라도, 그 보호의 정도가 공정공평대우의무 이상의 보호수준을 제공하는 것이 아니며, 단지 투자유치국이 신의성실원칙에 따라 주의의무를 다할 것을 요구하는 정도라고 주장하였다.

캐나다는 비분쟁당사국 참여 절차를 통해 경찰력을 통한 물리적 보호의 제공에 국한되는 것이라는 의견을 밝혔다.

### B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 621-629)

중재판정부는 법적 안전까지 보장한다는 명시적인 문언이 투자협정에 포함되어 있지 않는 한 FPS는 오로지 경찰력에 의한 물리적 보호의 제공에 국한되는 것이라고 판시하였다. 그 결과 FPS가 법적 안전까지 보장하는 것이라는 해석을 전제로 한 청구인의 FPS 주장은 기각되었다.

### 3) 수용

#### 가) 재판상 수용의 성립 가능성

##### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 630-638, 680-681)

청구인은 BIT상의 수용 조항이 행정·입법 행위와 사법작용을 구분하지 않고 있는 만큼, 사법작용을 통해 이루어지는 소위 ‘재판상 수용(judicial expropriation)’ 또한 충분히 성립이 가능하며, 이러한 재판상 수용이 인정되기 위해서 반드시 문제된 사법작용이 사법거부에 해당할 필요는 없다는 입장을 취하였다.

이에 대해 코스타리카는 재판상 수용이라는 개념은 존재할 수 없고, 사법거부가 성립하지 않는 한 국제중재판정부가 국내 법원의 재량에 개입할 여지가 없다고 주장하였다.

캐나다는 비분쟁당사국 참여 절차를 통해 코스타리카와 동일한 의견을 개진하였다.

##### B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 696-701)

중재판정부의 다수의견은 ① 투자유치국의 조치가 투자자의 투자를 박탈하고 ② 박탈의 효과가 영구적이며 ③ 국가의 정당한 규제권 행사로 인해 애초에 수용에 해당할 가능성이 없지 않는 한 수용이 성립된다고 보았다. 이를 바탕으로 다수의견은 이러한 세 가지 요소만 충족된다면 사법작용을 통한 재판상 수용도 얼마든지 성립이 가능하다는 입장을 밝혔다.

#### 나) 직·간접 수용의 성립 여부

##### A. 당사자들의 주장 (Award, paras. 639-695)

청구인은 2011년 대법원 행정재판부 판결을 통해 코스타리카가 청구인이 보유하고 있던 양허와 관련 인허가, 각종 부수적 권리 등을 무효화시키는 방식으로 직접 수용하였다고 주장하였다. 또한 청구인은 코스타리카 정부와 사법부의 조치들로 인해 현지법인의 양허와 관련 인허가 등이 무효화 되자 그 결과 청구인이 보유하고 있던 현지법인의 주식 가격이 폭락하여 가치를 영구적으로 완전 상실하고, 청구인이 소유하고 있던 금광 관련 각종 동산과 부동산의 가격 역시 폭락하는 등 간접수용이 있었다고 주장하였다.

코스타리카는 청구인이 보유한 양허와 인허가, 각종 부수적 권리 등이 모두 국내법상 부적법하여 원천무효로 확인된 이상, 청구인에게는 애초에 수용이 가능한 재산이 존재하지 않았다고 주장하였다.

##### B. 중재판정부의 판단 (Award, paras. 702-719)

다수의견은 먼저 BIT의 문언상 캐나다 국적 회사인 청구인이 코스타리카 국적의 현지법인을 통해 보유하고 있는 재산은 보호대상 투자에 해당하지 않기 때

문에, 현지법인이 직접적으로 보유하고 있었던 양허와 각종 인허가 등은 처음부터 수용이 가능한 투자에 해당하지 않는다고 판시하였다. 다수의견은 현지법인이 보유하고 있던 양허와 각종 인허가 등 권리는 원천무효인 것으로 국내법상 적법하게 확인된 관계로 어차피 수용이 가능한 투자에 해당하지 않았을 것이라고 지적하였다.

중재판정부가 인정한 청구인의 투자는 바베이도스 중간법인을 통해 간접적으로 보유하고 있는 현지법인의 주식이었다. 다수의견은 이를 전제로 양허의 무효 확인으로 인해 현지법인 주식가격이 폭락한 것이 간접수용에 해당할 수 있는지를 살펴보았다. 다수의견은 현지법인의 주식가격은 현지법인이 보유하고 있는 가장 핵심적인 자산인 광업에 관한 양허와 관련 인허가들의 가치를 표상하는 것이라고 판단하였다. 그리고 2011년 대법원 행정재판부 판결을 통해 현지법인이 보유한 양허 및 인허가들이 무효로 판명되면서 현지법인의 주가가 폭락한 사실은 인정하였다.

그러나 다수의견은 주가의 폭락을 간접수용이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 다수의견의 입장에서 현지법인의 주식가격은 원천무효이므로 처음부터 아무런 가치를 지니고 있지 못하던 양허와 인허가들의 가치를 반영한 신기루에 불과한 것이었고, 2011년 대법원 행정재판부 판결은 단지 이 사실을 확인하여 ‘가짜 가치’를 표상하던 현지법인의 주가가 정상화 되는 계기를 제공했을 뿐이기 때문이다.

#### 4) BIT 부속서 제3조 제1항이 예외조항에 해당하는지 여부 (Award, paras. 755-781)

코스타리카는 설령 투자협정의 위반이 인정된다고 하더라도, BIT의 부속서1의 제3조 제1항에서 코스타리카가 환경보호를 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 권리를 규정하고 있으므로,<sup>7</sup> 이 예외 조항의 적용을 통해 법적 책임을 회피할 수 있다고 주장하였다.

그러나 중재판정부는 동조항의 문언에서 환경보호를 위해 필요한 조치가 “동협정에 부합하는 여하한 조치(any measure otherwise consistent with this Agreement)” 일 것을 요구하고 있으므로, 동조항이 법적 책임을 면제시켜주는 예외조항이 아니라 단순히 당사국의 정당한 규제권한이 존재한다는 점에 대한 확인적 성격을 지닌 조항에 불과하다고 판시하였다.

---

<sup>7</sup> **Canada – Costa Rica BIT**, Annex I, Section III(1). (“Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.”)

## 5) 손해 산정 (Award, paras. 581-586, 712)

앞서 살펴본 바와 같이 다수의견은 코스타리카가 2011년 광업금지법을 청구인에게 적용한 것이 비례의 원칙에 어긋나 공정공평대우의무의 위반에 해당한다고 판시하였다.

그러나 정작 다수의견은 이러한 BIT 위반으로 인한 손해의 발생은 인정하지 않았다.

다수의견은 코스타리카가 2011년 광업금지법을 청구인에게 적용하기 전의 상황을 살펴보았을 때, 청구인은 이미 실제 금광 개발 프로젝트를 추진하기 위한 각종 인허가와 양허를 상실한 상태였고, 단지 처음 현지법인을 통해 사업을 시작하였을 때 얻은 광물 탐사 허가만을 보유하고 있는 사업자에 해당하였다. 청구인은 성공적인 탐사를 통해 금맥을 발견하여 후속 인허가와 양허권을 정부에 신청할 수 있는 지위에 있기는 하였으나, 기존 2002년 노천채광 무기한 보류입법으로 인해 후속 인허가와 양허의 실제 신청으로는 나아가지 못하고 있는 상황이었다.

이를 바탕으로 다수의견은 ① 청구인이 입은 정확한 피해는 탐사를 통해 확인한 금맥에 대해 코스타리카 정부에 후속 인허가와 양허를 신청할 수 있는 ‘기회의 상실’에 해당하나, ② 코스타리카가 언제 노천채광에 관한 무기한 보류를 해제하여 청구인이 위 ‘기회’를 활용할 수 있게 될지는 전혀 알 수 없는 상황이라고 판단하였다. 즉, 추상적이고 관념적인 수준에서 ‘기회의 상실’이라는 손해를 인정할 수는 있었으나, 그 기회의 상실이 금전적으로 어느 정도의 가치에 상응하는 것인지는 판단이 불가능한 상황이라고 본 것이다.

청구인의 수용 주장과 관련하여, 다수의견은 청구인이 중간법인이나 현지법인을 거치지 않고 코스타리카에 직접 보유하고 있던 권리로서 탐사 허가 등이 존재하고, 이것에 대한 직·간접수용이 성립하는지 여부가 문제될 가능성이 있다고 인정한 바 있다 (para. 712). 그러나 다수의견은 위와 동일한 이유에서 설령 청구인의 권리가 수용되었다고 하더라도 그로 인한 손해의 발생을 인정하기 어렵다며 소송경제 차원에서 추가 검토로 나아가지 않았다.

## 4. 평가 및 해설

### 가. 평가

본 사건은 중재판정문만 400여 페이지에 달할 정도로 다루어진 쟁점들과 그에 대한 당사자들의 주장, 그리고 중재판정부의 판단의 범위가 폭넓은 사건이다. 8년에 걸친 장기간의 소송 끝에 코스타리카의 투자협정 위반은 인정되었으나, 정작 손해배상액이 전혀 인정되지 않은 결과가 나왔다. 어느 한쪽에 완벽하게 만족스러운 결과는 아니지만, 결국 손해배상을 하지는 않았다는 점에서 코스타

리카 측의 사실상 승리로 평가할 수 있는 사건이다.

앞서 중재판정부 정보 항목에서 분석한 바와 같이 이번 사건의 중재판정부는 현재 국제투자중재 중재인 중 담당 사건 숫자 기준으로 전체 1, 3, 4위로 이루어져 있으며, 좀 더 세부적으로 들여다보면 가장 전형적인 의장중재인과 청구인/피청구국 측 선임 중재인들로 구성되어 있었다고도 볼 수 있다. 이처럼 본 사건은 국제투자중재의 최전선에서 법의 형성에 큰 영향을 미치는 중재인들이 관여된 사건인 만큼, 이 중재인들이 어떤 쟁점에서 의견이 일치하고, 어떤 쟁점에서는 의견이 충돌하는지를 살펴보는 것은 그 자체로 국제투자법의 최근 현황과 향후 발전방향에 대한 정보를 얻을 수 있는 기회라고 할 수 있다.

청구인과 코스타리카가 각 위촉한 Hanotiau 교수와 Stern 교수는 기존 사건들을 통해 대한민국과 인연이 있는 중재인들이기도 하지만, 본 사건은 대한민국의 투자협정 및 투자중재 실무에도 적지 않은 시사점을 던져주는 내용들이 판정문의 곳곳에 포함되어 있다.

이하에서는 본 사건에서 특히 주목할만한 몇 가지 포인트들을 좀 더 자세히 소개하도록 한다.

## 나. 해설

### 1) NAFTA의 기나긴 그림자

최근 국제투자법의 실체법적 쟁점 중에서 가장 뜨거운 쟁점을 꼽자면 단연 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계에 대한 논란을 꼽을 수 있을 것이다.

공정공평대우의무는 최초의 투자보장협정이 체결된 1960년도 이래로 존재해왔던 3,000건이 넘는<sup>8</sup> 투자협정의 거의 대부분에 포함되어 있는 조항으로,<sup>9</sup> 투자 분쟁에서 투자자들에 의해 가장 흔하게 원용되는 조항에 해당한다.<sup>10</sup> 공정공평대우의무의 기나긴 역사를 고려해보면 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계에 대한 논쟁 또한 매우 오래되었을 것 같지만, 의외로 2000년도에 들어선 후에야 비로소 시작된 논쟁에 해당한다.

1990년도에 들어서서 국제투자중재가 활성화되는 과정에서 공정공평대우의무는 그 일반성에 비추어 여러 중재판정부들에 의해 매우 폭넓고 유연하게 해석되며 투자자들에게 광범위한 보호를 제공할 수 있는, 반대 측면에서 생각하자면 투자자유치국의 자유로운 주권 행사에 상당한 제약을 가할 수 있는 조항으로 점차

<sup>8</sup> UNCTAD Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> <last visited = 2022. 5. 31.>)

<sup>9</sup> S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", 70 BRIT. Y. B. INT'L L. 99 (2000).

<sup>10</sup> K. YANNACA-SMALL ED., ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES (2<sup>ND</sup> ED), Oxford University Press (2018), pp. 502-503.

인식되기 시작하였다.<sup>11</sup> 자본수출국의 역할을 하던 선진국들은 한동안 자국 투자자들이 공정공평대우의무의 유연한 해석을 통해 혜택을 누리는 것을 긍정적으로 바라보거나 이에 대한 명확한 입장을 채택하지 못하고 있었던 것으로 보인다.

그러다가 2000년에 NAFTA 제11장 투자중재 사건인 *Metalclad v. Mexico* 사건의 판정이 나오게 되며 분위기가 반전되기 시작한다.<sup>12</sup> *Metalclad* 사건은 멕시코에서 폐기물 처리 사업에 투자한 미국 국적의 청구인이 멕시코의 환경규제 조치의 적법성을 다툰 사건으로, 중재판정부가 특별히 공정공평대우의무에 대한 폭넓은 해석론을 채택한 것은 아니었다. 그러나 이 사건은 NAFTA 당사국들이 투자중재에서 최초로 패소를 한 기념비적인 사건으로서, 패소의 당사자인 멕시코 뿐만 아니라 나머지 당사국들인 미국과 캐나다에도 언제든지 자국의 주권적 규제조치들이 공정공평대우의무 위반으로 인정될 수 있다는 우려를 불러일으키게 되었다.<sup>13</sup>

NAFTA 당사국들의 피드백은 거의 즉각적으로 이루어졌다. 본래 NAFTA의 공정공평대우의무 조항인 제1105조에는 최소기준대우나 국제관습법에 대한 언급이 전혀 없다. 단지 “공정공평대우의무와 완전한 보호 및 안전을 포함한 국제법에 따른 대우를 제공”하라는 문언만 존재할 뿐이다.<sup>14</sup> NAFTA 당사국들은 협정에 대한 지속적인 해석선언을 할 권한을 지닌 자유무역위원회(Free Trade Commission)를 소집하여 2001년 6월 31일 다음과 같은 내용을 포함한 해석선언을 발표하며 투자보장협정상 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계라는 쟁점을 표면화시키게 된다.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> K. YANNACA-SMALL ED., *ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES* (2<sup>ND</sup> ED), Oxford University Press (2018), p. 501.

<sup>12</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/AF/97/1, Award (2000).

<sup>13</sup> L. Dhooge, “The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of *Metalclad Corporation v. United Mexican States*”, 81 *MINNESOTA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 209 (2001), pp. 212-214.

<sup>14</sup> NAFTA, Article 1105(1). “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

<sup>15</sup> 물론 공정공평대우라는 개념과 국제관습법상 최소기준대우 간의 관련성을 논한 것이 NAFTA 자유무역위원회가 완벽한 최초는 아니었다. 이미 1967년에 OECD에서 외국인의 재산 보호에 관한 조약 초안(Draft OECD Convention on the Protection of Foreign Property)을 준비하는 과정에서 공정공평대우와 국제관습법상 최소기준대우의 관계를 검토한 결과 실질적으로 동일하다는 결론을 내린 바 있다. Draft OECD Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention, “Notes and Comments to Art. 1” (1967) 참조.



## B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another party.
2. 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.
3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).<sup>16</sup>

미국과 캐나다는 이후 각각 자국의 모델 BIT들을 이에 맞추어 개정하고,<sup>17</sup> 이를 바탕으로 후속 투자협정들을 체결하였으며, 이보다 앞서 체결된 투자보장협정들에도 일관된 해석을 적용하기 위한 노력의 차원에서 관련 투자중재가 발생하면 적극적인 비분쟁당사국 참여를 하게 된다.

본 사건에서 문제된 캐나다-코스타리카 BIT는 1998년에 체결되어 1999년에 발효된 것으로, NAFTA 자유무역위원회의 2001년 해석선언이 있기 이전의 투자협정에 해당한다. 따라서 당연히 시간상으로 최소기준대우나 국제관습법에 대한 명시적인 언급이 협정 문언에 포함되어 있지 않다. 다만, 본 사건 BIT가 1992년에 체결되고 1994년에 발효된 NAFTA와 NAFTA의 내용을 충실히 반영한 캐나다의 1994년 모델 FIPA(Foreign Investment Protection Agreement)에 상당 부분 기반하고 있음은 부정할 수 없는 사실이기도 하다.<sup>18</sup>

본 사건 BIT의 해석에 직접적인 연관성이 없어 보이는 NAFTA와의 연관성과 NAFTA의 해석론을 양측 당사자와 판정부, 그리고 비분쟁당사자인 캐나다까지 끈질기게 논의하게 된 이유가 바로 이러한 배경에서 비롯되었다.<sup>19</sup>

이처럼 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계에 대한 논의는 어떤 투자협정의 맥락에서 이루어지건 그 뿌리가 NAFTA에 있기 때문에 NAFTA의 해석론과 어떻게든 직간접적으로 연결될 수밖에 없다. 우리나라의 투자협정 및 투자중재 실무 역시 마찬가지로 NAFTA의 기나긴 그림자 아래에 있다고 볼 수 있다.

---

<sup>16</sup> NAFTA FTC, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions” (2001. 7. 31.).

<sup>17</sup> **US Model BIT** (2004); **Canada Model FIPA** (2004); K. VANDELDE, *US INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS*, Oxford University Press (2008), pp.263-273.

<sup>18</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 307-310.

<sup>19</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 294-350.

한-미 FTA의 투자챕터는 NAFTA와 자유무역위원회 해석선언의 직계후손이라고 할 수 있는 2004년 미국 모델 BIT를 기반으로 하여 만들어졌고, 이에 따라 거의 동일한 내용의 공정공평대우 의무 조항을 포함하고 있다.<sup>20</sup> 당연하게도 한-미 FTA를 바탕으로 제소된 엘리엇과 메이슨 ISDS 사건들에서는 NAFTA 제 1105조의 해석론이 공정공평대우의무 조항인 제11.5조의 해석에 대한 논의 과정에서 활발히 인용되고 있다.<sup>21</sup> 한-미 FTA 이후 체결된 FTA들의 투자챕터들도 모두 동일한 구조의 공정공평대우 의무를 규정하고 있다. 한-미 FTA 이후의 최신 BIT들은 한-미 FTA와 유사한 공정공평대우의무 규정을 채택하고 있는데,<sup>22</sup> 이를 통해 우리나라의 현행 BIT 표준문안이 NAFTA 기반의 공정공평대우 의무 규정을 채택하고 있음을 추측해볼 수 있다.

이러한 점을 고려했을 때, 실무자들과 연구자들은 NAFTA 제1105조로부터 촉발된 해석론의 연혁과 주요 내용을 숙지할 필요가 있을 것이다.

## 2) 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계

앞서 살펴본 NAFTA 자유무역위원회의 2001년 해석선언 이래로 약 20여년 간 공정공평대우와 최소기준대우 간의 관계에 관한 중재판정례들이 다량 축적되었다. 각 판정례마다 세부적인 입장의 차이는 있을 수 있으나, 이를 일반화하자면 관련 판정례의 유형은 대체로 다음과 같이 크게 세 가지로 분류할 수 있다:

- **[제1유형]** 공정공평대우를 최소기준대우와 구분되는 별도의 독자적 기준 (autonomous standard)으로 보는 입장으로, 공정공평대우는 전통적인 국제 관습법상 외국인의 최소기준대우의 협소한 보호범위보다 훨씬 폭넓고 광범위한 보호를 제공하는 것으로 이해됨.<sup>23</sup> 이 경우 최소기준대우는 대개 구 미국-멕시코 청구위원회의 *Neer* 사건을 통해 확립된 엄격한 법리를 기준으로 해석됨.<sup>24</sup>
- **[제2유형]** 공정공평대우와 최소기준대우는 원칙적으로 구분되는 별도의

<sup>20</sup> 한-미 FTA, 제11.5조, 부속서 11-가.

<sup>21</sup> 예컨대, *Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea* (PCA Case No. 2018-51), The Claimant's Amended Statement of Claim, FN519; The Republic of Korea's Statement of Defence, paras. 490-497; The Republic of Korea's Statement of Rejoinder, paras. 281-284; Article 11.20.4 Submission of the United States of America (2020. 2. 7.).

<sup>22</sup> 예컨대, **대한민국-케냐 BIT** (2014), 제2조; **대한민국-카메룬 BIT** (2013), 제2조; **한국-아르메니아 BIT** (2018), 제2조 등.

<sup>23</sup> 제1유형 판정례들의 예시로, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (2003)); *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Award (2007).

<sup>24</sup> *Neer v. Mexico* (1926. 10. 15.), United States – Mexico Claims Commission, 4 UNRIAA 60.

기준에 해당하였으나, 국제관습법의 점진적 발전을 통해 *Neer* 사건에서 정립된 최소기준대우의 엄격한 입장이 완화되어 현재는 독자적인 공정공평대우 기준과 차이가 없어짐.<sup>25</sup>

- **[제3유형]** 공정공평대우는 *Neer* 사건을 통해 정립된 국제관습법상 외국인의 최소기준대우를 바탕으로 해석되어야 하거나, 적어도 상당히 엄격한 기준에 의하여 인정되어야 함.<sup>26</sup>

본 사건에서는 청구인과 중재판정부의 다수의견이 위 제1유형의 입장을 취한 것으로 보인다. 특히 다수의견은 국제관습법상 최소기준대우 하에서는 사법거부 외의 방식으로 사법작용이 공정공평대우의무 위반으로 인정될 수 없다는 점을 인정한 것으로 보이는데,<sup>27</sup> 이는 적어도 국제관습법상 최소기준대우가 *Neer* 사건 혹은 그에 준하는 엄격한 기준에 따라 이해된다는 입장을 전제로 하고 있는 것으로 보인다.

코스타리카와 캐나다, 그리고 Stern 교수는 제3유형의 입장을 취한 것으로 이해된다. 제3유형의 엄격한 해석은 캐나다와 미국이 NAFTA 자유무역위원회의 2001년 해석선언 이래로 일관되게 취하고 있는 입장이다.

최근 실무계에서는 조심스럽게 제2유형이 상대적으로 다수가 되어가는 추세가 생기고있다는 의견이 나오고 있으나, 이처럼 공정공평대우의무의 해석론은 여전히 여러 갈래로 나뉘어져 있으며, 어느 한쪽 견해가 확연한 강세를 보이고 있다고 말하기는 어려우며, 논란이 완전히 정리되기까지는 상당한 시간이 걸릴 것으로 생각된다. 당장 2021년에 판정이 선고된 본 사건과 같은 최신 판정례에서 가장 수요가 많은 중재인들로 구성된 중재판정부가 제1유형과 제3유형으로 의견이 극명하게 갈리고 있다는 점이 이를 방증한다.

본 사건에 또 한가지 주목할만한 점은 다수의견과 Stern 교수의 소수의견 모두 본 사건 BIT상 공정공평대우와 최소기준대우의 관계를 이해함에 있어 조약 문언에 국제관습법에 관한 언급이 있는지 여부를 핵심적 요소로 고려하였다는 점이다.<sup>28</sup> 기존 중재판정례 중 상당수가 협정 문언상 국제관습법이나 최소기준대

---

<sup>25</sup> 제2유형 판정례들의 예시로, *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (2002); *ADF Group Inc. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award (2003))

<sup>26</sup> 제3유형 판정례들의 예시로, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America* (UNCITRAL), Award (2009); *Mobil Investments Canada Inc & Murphy Oil Corporation v. Government of Canada* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and Principles of Quantum (2012)).

<sup>27</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 357-358; Separate Opinion on Jurisdiction and on the Merits of Professor Brigitte Stern, para. 101.

<sup>28</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 331-334; Separate Opinion on Jurisdiction and on the Merits of Professor Brigitte Stern, paras. 77-96.

우에 관한 명시적인 언급의 존재여부는 중요하지 않고, 공정공평대우의 실체적 내용이 무엇인지가 중요한 것이라는 입장을 취해왔다는 점에 비추어 보았을 때,<sup>29</sup> 가장 수요가 많은 중재인들로 구성된 본 사건의 중재판정부가 위와 같이 문언적인 근거의 존부에 큰 비중을 둔 것도 상당히 흥미로운 부분이다.

### 3) 사법거부와 국내구제절차 완료 요건

다수의견과 Stern 교수의 별개의견이 이견을 보인 부분 중 하나는 사법거부 청구를 제기하기 위한 요건으로 국내구제절차 완료(exhaustion of local remedies)가 요구되는지에 관해서다. 다수의견은 사법거부의 성립을 위한 실체적 요건으로서 국내구제절차를 완료할 필요가 있다는 것이다.<sup>30</sup> 이에 반해 Stern 교수는 청구인의 제소기간 준수 여부를 판단하는 과정에서 ICSID 협약 제26조에서 원칙적으로 국제투자중재의 개시에 국내구제절차의 완료가 필요하지 않다는 점을 규정하고 있고, 달리 BIT에 문언상 근거가 없음에도 이러한 요건을 요구하는 것은 잘못됐다는 의견을 개진한 바 있다.<sup>31</sup> Stern 교수는 투자협정 위반 행위가 성립하는 시기가 국내구제절차가 완료되는 시점까지 미루어지는 것이 아니라는 입장이다.<sup>32</sup>

이러한 입장 차이를 정확히 인식하기 위해서는 선행하여 짚고 넘어가야 할 몇 가지 부분이 있다.

첫째로, 사법거부의 맥락에서 청구인이 심급제를 거쳐 최종 판결을 받았음에도 불구하고 문제가 해결되지 않았을 것을 요구하는 요건은 본 사건의 경우와 같이 ‘국내구제절차 완료’라고 칭해지기도 하지만, 경우에 따라서는 ‘사법적 종국성(judicial finality)’ 또는 ‘종국성(finality)’이라고 칭해지기도 한다.<sup>33</sup>

둘째로, ‘국내구제절차 완료의 원칙’은 본래 국제투자법에 있던 개념이 아니라 일반 국제공법상 국가가 자국민을 위해 타국가를 상대로 외교적 보호권을 행사하기 위한 요건을 지칭하는 것이었다. 국제사법재판소 재판 절차상으로는 외교

---

<sup>29</sup> 예컨대, *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award (2006); *Saluka Investments BV v. Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award (2006); *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Award (2008); *SAUR International SA v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/04/4), Decision on Jurisdiction and Liability (2012) 등. 이러한 판정례들은 동시에 공정공평대우와 최소기준대우 간의 개념적 구분 자체를 지나치게 인공적이고 이론적인 것으로 보아 회의적으로 바라보는 태도를 취하고 있기도 하다.

<sup>30</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), para. 260.

<sup>31</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Separate Opinion on Jurisdiction and on the Merits of Professor Brigitte Stern, paras. 27-30.

<sup>32</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Separate Opinion on Jurisdiction and on the Merits of Professor Brigitte Stern, paras. 31-47.

<sup>33</sup> C. McLACHLAN ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES (2<sup>ND</sup> ED.), Oxford University Press (2017), pp. 305-307.

적 보호권의 행사 대상인 국민이 피고국가에서 국내구제절차를 완료하였을 것이 청구적격(admissibility of claims)이라는 일종의 소송요건으로 기능한다.<sup>34</sup> 이 요건이 외교적 보호권의 행사 및 재판상 청구적격 요건으로 요구되는 이유는 국제예양과 주권존중의 원칙상 가해국이 자체적인 절차를 통해 스스로 문제를 해결할 수 있는 기회를 부여하고, 국제재판소에의 남소를 방지하기 위해서이다.<sup>35</sup>

국제공법상의 국내구제절차 완료 원칙의 준수는 Stern 교수가 별개의견에서 지적한 바와 같이, 그리고 ICSID 협약 제26조에서 규정하고 있는 바와 같이 개별 투자협정상 관할 요건으로 특별히 규정되어 있지 않는 이상 국제투자중재에는 요구되지 않는다. 그 이유는 국제공법상 국내구제절차 완료의 원칙은 어디까지나 국가가 자국민을 위하여 ‘외교적 보호권을 행사하는 경우’에만 요구되는 것이기 때문이다. 투자협정을 통해 성립된 중재판정부의 관할권을 바탕으로 투자자가 직접 국가를 상대로 중재절차를 개시하는 ISDS 절차는 그 자체로 전통적인 국가 대 국가 간의 구도에서 존재의미를 가지는 외교적 보호권에 대한 대안으로서 기능한다.<sup>36</sup>

사법거부의 맥락에서 사법적 종국성의 요건은 이 국제공법상 ‘진정한’ 국내구제절차 완료의 원칙과 외견상 유사성을 보이고 있기에 간혹 편의상 (혹은 오해로 인해) 국내구제절차 완료의 요건이라고 칭해질 뿐, 실제로 이 둘이 동일한 개념은 아니다. 애초에 사법거부라는 국제투자법 위반행위가 인정되기 위해 사법적 종국성이 요구되는 이유는 외교적 보호권 행사의 전제로서 ‘진정한’ 국내구제절차 완료 원칙의 준수가 요구되는 이유와 다르다.

사법적 종국성이 요구되는 이유는 국제투자법의 실체적 위반으로서 사법거부의 정의(definition)에 이 요건이 내재되어 있다고 이해되기 때문이다. 요컨대, ‘국가 사법체계의 총체적이고 체계적인 실패’로 정의되는 사법거부가 성립되기 위해서는 단순히 하급심에서 어떤 절차적·실체적 잘못이 발생하는 것으로는 부족하고, 최고심까지 그 문제가 해결되지 않아 더 이상 사법체계의 자체적인 교정 가능성을 기대할 수 없어야 하기 때문이다.<sup>37</sup> 이런 이유에서 사법적 종국성의 요건은 본 중재판정에서 다수의견이 언급한 바와 같이 본질적으로 ‘실체법적인

---

<sup>34</sup> UN International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries (2006), “Article 14”, paras. 1, 6.

<sup>35</sup> UN International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries (2006), “Article 14”, paras. 1, 6; M. DIXON, TEXTBOOK ON INTERNATIONAL LAW (7<sup>TH</sup> ED.), Oxford University Press (2013), pp. 272-273.

<sup>36</sup> C. SCHREUER ET AL., THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2<sup>ND</sup> ED), Cambridge University Press (2009), pp. 415-416.

<sup>37</sup> C. McLACHLAN ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES (2<sup>ND</sup> ED.), Oxford University Press (2017), p. 305.

요건(substantive component)’에 해당하며,<sup>38</sup> 권리행사의 절차적인 전제조건 혹은 소송상 요건인 국제공법상의 국내구제절차 완료의 원칙과 구분되는 것이다.

같은 맥락에서 제소기간의 기산점을 특정할 때에도 사법적 중국성 요건이 충족된 시점을 기준으로 사법거부 청구의 제소기간을 계산하게 되는 것이다. 그 시점에서야 비로소 사법거부라는 위반행위가 실체법적으로 처음 ‘발생’하는 것이기 때문이다.

이러한 측면에서 본 중재판정을 살펴보면, Stern 교수는 사법거부의 요건에 해당하는 사법적 중국성의 요건의 성격을 국제공법상 ‘진정한’ 국내구제절차 완료의 원칙과 혼동한 것으로 생각된다. Stern 교수가 다수의견을 비판하며 ‘진정한’ 국내구제절차 완료의 원칙을 다루고 있는 ICSID 협약 제26조를 인용하였다는 점을 고려하였을 때 특히 그렇다고 할 것이다.

사법거부의 맥락에서 ‘국내구제절차 완료’라는 용어를 쓰는 것 자체가 이러한 혼선에 기여하는 부분이 있을 것으로 추정되며, ‘사법적 중국성’이라는 용어를 쓰는 것이 보다 바람직할 수 있을 것이다.

#### 4) 국제법의 법원(法源)

앞서 살펴본 바와 같이, 다수의견과 Stern 교수의 개별의견은 본 사건 BIT상의 공정공평대우와 국제관습법상 최소기준대우 간의 관계를 검토함에 있어 공통적으로 BIT 문언상 국제관습법에 관한 언급이 있는지 여부를 중요한 요소로 고려하였다. 구체적으로 BIT의 제2조 제2항 a호에서 투자유치국이 대상 투자에 대하여 “국제법의 원칙에 부합하는 공정하고 공평한 대우를 할 것(accord to investments fair and equitable treatment in accordance with principles of international law)”이라는 문언 중 ‘국제법의 원칙(principles of international law)’이 무엇을 지칭하는 것인지가 문제되었다.

다수의견은 ‘국제법의 원칙’이 국제사법재판소 재판규정 제38조 제1항 c호에 규정된 국제법의 법원(法源) 중 ‘법의 일반원칙(general principles of law)’을 지칭하거나, 혹은 동 재판규정 제38조 제1항에 규정된 모든 국제법의 법원을 총칭하는 것이라는 입장을 바탕으로 공정공평대우 원칙이 국제관습법(즉, 최소기준대우)에 국한되는 것이 아니라는 입장을 취하였다.<sup>39</sup> 다수의견은 그 근거로 UN 국제법위원회의 ‘법의 일반원칙에 관한 특별보고관 보고서’를 들며,<sup>40</sup> 현행 국제법상 ‘법의 일반원칙’이 여러 국내법에 공통적으로 존재하는 보편적인 원칙뿐만 아니라 국제법 질서에서 자체적으로 발생한 보편적 원칙도 포함되는 것으

<sup>38</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 240, 260.

<sup>39</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Award (2021), paras. 332-334.

<sup>40</sup> M. Vazquez-Bermudez, “First Report of the Special Rapporteur on General Principles of Law”, UN Doc. A/CN.4/732.

로 널리 인정받고 있다는 이유를 들었다.

반대로 Stern 교수는 국제법의 고전적 판례 중 하나인 상설국제사법재판소의 *Lotus*호 사건의 판시 내용을 바탕으로 ‘국제법의 원칙’이 명백히 국제관습법을 지칭하는 것이며,<sup>41</sup> 공정공평대우가 최소기준대우에 국한되는 것이라는 입장을 취하였다.<sup>42</sup> Stern 교수는 동시에 BIT 문언상 “국제법의 원칙”이라고 되어 있는 것을 ‘법의 일반원칙’으로 바꿔 읽을 수 있는 문언상의 근거가 전혀 없을 뿐만 아니라, 국제법의 법원으로서의 ‘법의 일반원칙’은 여러 국내법에 공통적으로 존재하는 보편적인 원칙에 국한된다는 이유를 제시하였다.

실제로 법의 일반원칙을 여러 국내법에 공통된 원칙으로 보는 것은 국제공법의 전통적인 통설적 견해이며,<sup>43</sup> 국제사법재판소 재판규정의 협상자료와 같은 입법 자료는 물론 국제사법재판소와 그 전신인 상설국제사법재판소의 기존 판례를 통해서도 가장 잘 뒷받침되는 입장이기도 하다.<sup>44</sup> Stern 교수는 원로 국제공법 교수로서 이러한 통설적 견해를 지지하고 있는 것으로 보인다. 이와 달리, 다수의견이 제시하고 있는 UN 국제법위원회의 특별관 보고서는 아직 최종보고서가 나오지 않은 1차 보고서이며, 2019년에 나온 비교적 최신의 보고서에 해당한다. 물론, UN 국제법위원회는 최고 수준의 권위를 지닌 국제법 전문가 집단으로, 국제법의 점진적 발전을 담당하는 UN 총회의 산하 기관에 해당한다. 그러나 이러한 점을 종합적으로 고려하였을 때 1998년에 체결되고 1999년에 발효된 본 사건 BIT가 빈약한 문언상의 근거를 바탕으로 국제법의 전통적·통설적 견해가 아닌 비교적 최근에 등장한 해석론을 염두에 두고 만들어졌을 가능성은 높지 않을 것으로 평가된다. /끝/

---

<sup>41</sup> 이 판례에서 상설국제사법재판소는 특별한 사정이 없는 한 ‘국제법의 원칙’은 국가들의 공동체에 속하는 모든 개별 국가들 사이에 적용되는 국제법이라고 해석할 수밖에 없다고 판시하였다. *The Case of the S.S. “Lotus”, Judgment (1927), PCIJ Case Series A, No. 10.* (“[I]t is impossible – except in pursuance of a definite stipulation – to construe the expression ‘principles of international law’ otherwise than as meaning the principles which are in force between all independent nations...”).

<sup>42</sup> *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/14/5), Separate Opinion on Jurisdiction and on the Merits of Professor Brigitte Stern, paras. 75-98.

<sup>43</sup> 정인섭, 新국제법강의: 이론과 사례 (제5판), 박영사(2014), pp. 57-58.

<sup>44</sup> A. ZIMMERMAN ET AL. EDS., *THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: A COMMENTARY* (3<sup>RD</sup> ED.), Oxford University Press (2019), Vol. 1, pp. 924-930; R. JENNINGS & A. WATTS (EDS), *OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW* (9<sup>TH</sup> ED.), Longman (1992), pp. 37-39.