

# 국제투자법상 간접수용에 관한 연구\*

## A Study on Indirect Expropriation in International Investment Law

김 여 선\*\*  
Kim, Yeu-Sun

### 목 차

- I. 서론
- II. 규제의 목적과 간접수용
- III. 규제의 효과와 간접수용
- IV. 목적과 효과의 혼합기준
- V. 기대이익과 간접수용
- VI. 결론

### 국문초록

국제투자법에서 수용은 공공목적, 무차별적, 신속·적절·유효한 보상 그리고 적법절차에 의하는 경우 합법적으로 허용된다. 요건이 명백하여 다툼이 적지만 위법한 수용인 경우 중재판정을 통한 원상회복 가능성 등이 문제된다. 수용에서 문제가 되는 것은 정부규제를 통하여 투자회수 혹은 활동을 제한하는 수용과 동등한 효과를 발생시키는 것이다. 즉, 규제가 직접적으로 투자재산의 소유권을 박탈하지 않지만, 수용 및 국유화와 동등한 또는 유사한 효과가 발

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

\* 2009년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음.

\*\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

생되는 것으로 이해된다. 이를 잠행적수용, 규제적수용, 부분적수용, 사실상수용, 결과적수용 그리고 위장수용 등으로 지칭되며 일반적으로는 간접수용이라고 한다.

BIT/FTA에서는 간접수용을 국유화나 수용의 효과에 상당한 조치 등으로 규정한다. 간접수용 규정은 효과만을 포괄적으로 강조하였는데 국가의 규제수단이 다양하기 때문이다.

간접수용은 BIT/FTA에서 명백한 요건이 규정되지 않아서 개별 중재판정에 의하여 일관되지 않는 기준이 제시되고 있다. 중재판정 사례에서 나타난 간접수용의 판정기준은 다음과 같다. 첫째, 효과기준은 BIT/FTA의 '수용과 동등한 효과' 라는 조문에 근거하여 재산권 전체의 이용과 향유를 제한하는 경우에 간접수용으로 판정하며, 대부분의 ISD중재사례에서 인용되고 있다. 둘째, 규제의 의도와 목적에 근거하여 간접수용을 판정하는 기준으로 소수의 ISD중재판정에서 나타나고 있다. 수용국이 무차별, 공익목적 그리고 법적절차를 유지하는 경우 수용국의 주권을 고려하여 수용을 인정하지 않는다. 다만, 수용을 목적으로 하는 고의적이고 악의적인 규제는 당연히 제외된다. 규제의 효과는 객관적이지만 목적과 의도는 주관적이라는 문제가 있다. 셋째, 최근에 규제조치의 목적과 발생한 효과를 비교형량하는 절충적인 입장이 나타나고 있다. 이는 비례원칙을 적용하는 판정기준으로 한·미FTA에서도 전향적으로 반영되어 있다. 향후 중재판정에 많은 영향을 미칠 것으로 판단된다.

**주제어** : 양자간투자협정, 자유무역협정, 간접수용, 규제권, 공공이익, 투자자와 정부간 분쟁해결제도

## 1. 서론

국제투자법에서 수용은 공공목적, 무차별적, 신속·적절·유효한 보상 그리고 적법절차에 의하는 경우 합법적으로 허용된다. 요건이 명백하여 다툼이 적지만 위법한 수용인 경우 중재판정을 통한 원상회복 가능성 등이 문제된다.<sup>1)</sup>

수용에서 문제가 되는 것은 정부규제를 통하여 투자회수 혹은 활동을 제한하는 수용과 동등한 효과를 발생시키는 것이다. 즉, 규제가 직접적으로 투자재산의 소유권을 박탈하지 않지만, 수용 및 국유화와 동등한 또는 유사한 효과가 발생하는 것으로 이해된다. 이를 잠행적(creeping), 규제적(regulatory), 부분적(partial), 사실상(de facto), 결과(consequential) 그리고 위장(disguised)수용 등으로 지칭되며 일반적으로는 간접수용이라고 한다.

BIT/FTA에서는 간접수용을 ①국유화나 수용의 효과에 상당한 조치(measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation, 캐나다·라트비아 BIT제8(1)조) ②국유화와 수용 또는 이와 유사한 성격이나 효과를 가지는 어떠한 다른 조치(any other measure of similar characteristics or effects, 이집트·잠비아 BIT제5조) ③투자자의 투자에 대한 모든 박탈 조치를 직·간접적(measures depriving directly or indirectly, 네덜란드·아르메니아 BIT제6조) ④수용과 국유화에 동등한 조치(any measure tantamount to expropriation or nationalization, 한·일 BIT제10(2)조) ⑤모든 수용과 국유화의 조치 또는 기타 직접 또는 간접적으로 몰수의 효과가 있는 조치(any other measures having the effect of dispossession, direct or indirect, 2006프랑스 모델 BIT제5(2)조) 등으로 규정한다. 간접수용 규정은 효과만을 포괄적으로 강조하였는데 국가의 규제수단이 다양하기 때문이다.<sup>2)</sup>

한·미FTA 및 2012년 미국모델BIT는 ‘수용 또는 국유화에 동등한 조치를 통하여 직·간접적으로 투자를 수용 혹은 국유화할 수 없다’고 규정한다. 부속서에서는 수용을 직·간접으로 구분하여 간접수용을 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를

1) M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd Ed., Cambridge University Press, 1994, p.349-340; OECD, *INDIRECT EXPROPRIATION AND THE RIGHT TO REGULATION INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT* Number 2004/4.27, pp.45-46. Feldman 사례에서는 직접수용의 편리성을 강조하고 NAFTA의 투자정의와 같은 광의적 규정은 정당한 규제가 보상이 필요한 수용으로 전환되는 것은 불명확하다고 한다. *Marvin Feldman v. Mexico*(Case, No. ARB(AF) /99/1, Award2002), para.100.

2) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.99.

가지는 경우라고 규정한다. 그 기준으로 ① 정부행위의 경제적 영향, ② 정부행위가 투자의 분명하고 합리적 기대를 침해하는 경우 ③ 목적과 의도를 포함한 정부행위의 성격과 관련하여 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자/투자에게 요구하는 것을 고려하도록 하고 있다.<sup>3)</sup> 이는 그 동안의 ISD중재판정에서 나타난 쟁점들을 모두 반영한 것으로 간접수용의 이론적 방면에서 진전이다.

그러나 간접수용은 침해 권리가 명확하지 않고, 규제도 직접적인 재산권 침해행위가 아니고, 규제목적도 공익에 의한 것으로 수용에 비하여 복잡하다. 본고에서는 첫째, 간접수용은 정부행위의 존재와 그 결과 투자에 영향을 미쳐서 피해가 발생하여야 한다. 본고는 정부행위를 '규제'라는 표현으로 사용하고 국제법상 규제 의미와 규정 등을 살펴본다.<sup>4)</sup> 그리고 어떠한 규제가 간접수용 대상이 되는지 사례를 통하여 검토한다. 둘째, 규제조치의 의도를 불문하고 결과가 재산권을 침해하게 되면 수용이 된다는 것이 다수 중재판정의 입장으로 관련 사례를 검토한다. 셋째, 규제의 의도와 효과인 재산권의 침해를 적정한 비례를 통하여 수용여부를 가려야 한다는 절충적 입장의 중재판정이 나타나고 있어 상세한 검토를 한다. 마지막으로 기대이익의 침해 문제인데, 이는 공정·공평대우(Fair and Equitable Treatment, F&ET) 위반의 문제로 다루어져 왔는데 최근에는 간접수용에까지 확장되어 이에 대한 상세한 검토를 한다.

## II. 규제의 목적과 간접수용

### 1. 국제법상 규제조치

#### 1) 다자규범

3) 한미 FTA 제11(6)조, 2012년 모델 BIT 부속서 B 제4항: 2004년 캐나다 「외국인투자 촉진 및 보호 협정」 모델에서도 간접수용의 판정요건을 규정하고 있다(FIPA 부속서(B) 13(1)).

4) 본고에서는 중재판정사례에서 나타난 정부행위, 규제조치 그리고 행정행위 등을 '규제'라고 표현하고, 간접수용과 수용도 구분없이 사용한다.

「외국인재산보호에 관한 협약초안」(Draft Convention on Protection of Foreign Property, OECD재산권협약초안) 제3조의 '재산박탈 금지' 해석노트는 "국제법에 의하여 정치, 사회 또는 경제적 목적을 실현하기 위하여 국가가 자국 영역에서 외국인을 포함하는 소유권자의 재산을 박탈하는 주권적 권리를 갖는 것을 제3조는 묵시적으로 인정한다. 이 권리의 부정은 국제법상 국가독립과 자치로부터 유래된 규제권(powers to regulate) 및 국가의 정치·사회 문제에 간여하는 것이다. 이 권리의 행사는 외국인재산을 박탈하는 경우 보상이 요구된다는 외국인 재산에 대한 존중 및 국가 보호의무와 함께 조화된다"고 설명한다. 그러나 "박탈(taking)은 정상적·합법적(normal and lawful)규제조치에는 적용되지 아니하고, 소유권자 권리 중의 실제적 권리를 박탈하기 위하여, 합법적인 규제적 조치를 남용하는 것에 적용된다"고 하였다.<sup>5)</sup>

둘째, MAI초안 제3조(규제적 권리)는 "채약국은 건강·안전·환경 등을 배려함으로 투자활동에 대한 어떤 조치라도 적절한 경우에 협정에 합치하는 조치의 채택·유지·집행을 할 수 있다"고 규정한다. OECD 이사회에서는 MAI는 정부가 무차별적 규제권의 정상적 행사를 제한하지 않고, 규제조치는 수용이 아니라고 한다.<sup>6)</sup>

## 2) BIT/FTA규정

BIT/FTA에서 규제권을 직접 규정한 경우는 없고, 수용의 예외조항으로 합법적 규제권을 규정하는데 예외조항의 유무, 내용과 방식에서 차이가 있다.<sup>7)</sup>

첫째, 공공질서, 공공건강 또는 필수적인 안보이익(essential security interests) 등의 사유에 해당하는 경우, 국가가 필요한 조치를 취할 수 있다.<sup>8)</sup> 둘째, 정

5) OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, Notes and Comments to Article 3.; UNCTAD, Taking of Property, UNCTAD/ITE/IIT/15, 2000, p.12.

6) OECD, The Multilateral Agreement on Investment, DAF/MAI(98)17, pp.13-15.(www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf); R. Geiger, Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment, New York University Environmental Law Journal, Vol.11, No.1, 2002, p.104.

7) UNCTAD, Trends in Investment Rulemaking, United Nations Publication, 2007, p.80.

치·경제적 목적을 위하여 환경과 노동에 대한 예외를 규정하기도 한다. 그러나 대부분 BIT/FTA에서 환경과 노동조치의 규정이 없다.<sup>9)</sup> 셋째, 외환거래 규제 조치가 국제수지 통제를 위한 합리적이고 필요한 것이면 정당한 규제권이라고 한다.<sup>10)</sup> 넷째, 토지에 관한 예외조항이 있는데, 수용과 보상에 대하여 국내법 적용을 규정하는 경우이다.<sup>11)</sup>

한·미 FTA 제12장(서비스무역)의 국내규제(DOMESTIC REGULATION)에서 “국가정책목적에 합치하기 위하여 서비스 공급을 규제하거나 새로운 규제를 도입할 수 있는 권리를 인정하고, 자격요건 및 절차, 기술표준 그리고 면허요건과 관련된 조치가 서비스무역에 대한 불필요한 장벽을 구성하지 않도록 조치가 서비스를 공급할 수 있는 자격 및 능력과 같은 객관적이고 투명한 기준에 기초하여야 하고, 면허절차의 경우, 그러한 조치 자체가 서비스 공급에 대한 제한이 아닐 것을 요구하고 있다”고 규정한다.

### 3) BIT/FTA의 조세조치와 간접수용

조세조치의 간접수용 구성여부에 대하여서는 국제법상 주권국가가 관할영역에서 조세권을 인정하고 있다.<sup>12)</sup> 예외로 규정하는 이유는 조세주권, MFN 원칙상 특정 조세면제특권의 불가, 복잡한 조세문제를 BIT에 규정하는 것이 불가능하다는 것이다.<sup>13)</sup> BIT/FTA가 주권과 관련된 것이 ISD대상으로 되는

8) 「한·일 BIT」 제16(1)조는 예외상황에 대하여 상세하게 규정하고 있다.

9) 2009년 「오스트레일리아·칠레 FTA」 제11장 부속서 10-B 제3(2)조는 “드문 상황을 제외하고는, 공공의 건강·안전·환경 등의 법적 공공복리목적 보호를 위하여 기획되거나 실행되는 당사국의 무차별적 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. Justin R. Marles, Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law, Journal of Transnational Law & Policy, Vol.16, No.2, 2007, pp.324-336.

10) Khrushchev Ekwueme, Protection of Foreign Investment in Context: Nigeria's Investment Laws, Treaties And Petroleum Agreements, Nomos Universitatsschriften, 2007, p.78: 「한·일 BIT」 제17조.

11) 「싱가포르·오스트레일리아 FTA」 제9(3)조(수용과 국유화), 「한·ASEAN 포괄적 경제협력에 관한 기본협정하의 투자에 관한 협정」 제12(4)조(수용 및 보상).

12) Khrushchev Ekwueme, p.77.

데 반하여 조세조치만을 예외로 한다는 비판도 있다.<sup>14)</sup> Marvin Feldman v. Mexico 중재판정사례에서는 미국 대외관계리스테이트(제3차)<sup>15)</sup>를 원용하여 조세조치는 정당한 규제권으로 분류하고 있다.<sup>16)</sup>

첫째, 조세조치를 간접수용의 적용 예외로 규정하는 것이 일반적이지만 예외적으로 이를 인정하는 경우도 있다.<sup>17)</sup> 둘째, BIT에 조세조약 우선적용 조항을 두어 조세조약과 BIT규정이 충돌하는 경우 조세조약이 우선하도록 하고 있다. 노르웨이 모델BIT는 적용 예외로 규정한다. 조세분쟁의 관할권은 국내 법원에 두고 조세조약을 적용하도록 규정한다.<sup>18)</sup> 셋째, BIT/FTA에서 조세조치를 수용의 적용예외로 규정하는 구체적 수단으로 관할권부정(Tax Veto)이나 해석권을 조세당국에 부여하는 경우이다. EnCana Corporation v. Republic of Ecuador사례에서 중재판정부는 관할권이 에콰도르법원에 있다고 관할권을 부정하였다.<sup>19)</sup> 해석권과 관련하여 한·미 FTA는 조세분쟁에서 투자자가 수

13) UNCTAD, Taxation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/16, 2000, p.36.

14) Todd Weiler (ed.), NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects, Transnational Publishers, Inc., 2004, pp.102-103.

15) Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, Volume 1, 1987, Section 712, Comment(f).: American Law Institute, 「제3차 미국 대외관계법, (Restatement of the Law (third), the Foreign Relations Law of the United States)은 간접수용과 유효한 정부규제 간의 구분을 확정하기 위한 견해를 밝혔다. 즉 “한 국가가 외국인의 재산을 대상으로 조세부과, 규제 그리고 몰수 또는 외국인재산의 향유에 대한 방해·비합리적 간여·부당한 지연 또는 강제출국 등의 행위를 한 경우에, 당해 국가가 재산의 수용에 대하여 책임을 부담한다. ... 진실적·일반적 조세, 규제, 형사적 몰수 그리고 일반적으로 인정된 국가의 규제권에 속한 기타 행위로 인하여, 또한 이러한 행위가 무차별적이라면, 국가는 재산의 손실 또는 다른 경제적 손해에 대해 책임을 부담하지 아니한다.

16) Marvin Feldman v. Mexico, (CASE No. ARB(AF)/99/1), para.105.

17) 투자자가 조세조치가 수용을 구성한다고 직접적으로 중재청구가 가능한 경우로 일본·베트남 BIT 제19(2)조에서 “제1조(정의), 제3조(중재 등의 청구권), 제7조(투명성), 제9조(수용 및 보상), 제22조(지방정부 등의 예외) 및 제23조(최종 조항)는 조세조치에 적용된다고 규정하고 있다.

18) 2007 Norway BIT Model, Comments, Part 4.5.5. [1].

19) 사례에서 중재판정부는 다음과 같이 언급한다. 조세조치에 의한 수용은 일반적이지 않고, 세액의 징벌성과 징세대상의 자의성을 고려하여 수용을 판단하여야 한다. 수용국에서 구체적인 조세조치와 관련된 승낙이 없는 경우, 투자기간 조세제도가 불리하게 변화되지 않을 것이라는 기대이익은 가질 수 없다. 모든 조세조치는 기업이 투자 중 획득할 이익을 감소시키므로 극단적인 상황에서 실시하면 수용과 동등한 효과가 발생된다. 중재판정부는 첫

용이라는 판단하는 경우 중재신청이 가능한데, 우선 권한있는 조세당국에 수용여부의 해석 검토를 의뢰하여 수용이 부정되는 경우에는 청구를 금지한다(제23장(예외) 제3(6)조). 그리고 부속서 11-바(과세 및 수용)에서 수용을 구성하지 않는 과세조치를 포괄적으로 규정하고 있다. 주목할 만 것은 제23장 제6(가)조는“제11.16조(중재 청구 제기)는 수용 또는 투자 계약이나 투자 승인의 위반이라고 주장되는 과세 조치에 적용된다”고 규정하여 투자계약에서 조세조치 관련 안정화조항 위반을 ISD대상에 포함시키고 있다. Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador 사례에서 미국·에콰도르 BIT 제10조에 의하여 조세조치의 수용 관할권을 부정하고, 계약상 안정화조항 위반을 이유로 관할권을 인정하였다.<sup>20)</sup>

## 2. 규제의 목적과 간접수용

규제목적이 정당하고 합법적이면 재산권 침해가 발생해도 수용을 구성하지 않는다는 것이 일부 중재판정사례이다. 물론 투자에 대한 정치적 혹은 보복의 경우는 불법책임을 부담한다.<sup>21)</sup> 중재판정에서 규제목적은 판정기준으로 제시하는 근거가 규제권(police power)이론이다. 규제권의 적절한 행사라고 인정되는 조치는 보상이 필요하지 않는 수용이 되거나 수용자체가 구성되지 않는다는 것이다. 미국 대외관계법(3차) 해설서에서 “규제의 결과 재산권 박탈은 국가 보상의무가 면제되고, 선의(bona fide)의 일반 과세, 범죄의 몰수, 국가의

---

제, 세수동결 혹은 면세(Tax Holiday)에 대한 수용국 승낙이 있어도, 계약위반이나 합리적 기대에 반하는 수용에 해당되지 않는다. 둘째, 조세조치의 보편적 실시에 대하여 제3차 리스트테이트먼트를 원용하여 정당한 규제권이라고 하였다. EnCana Corporation v. Ecuador, (London Court of International Arbitration, Award, 2006), para.142.

20) Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, (London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467, Award, 2004)([www.biicl.org/files/3914\\_2004\\_occidental\\_v\\_ecuador.pdf](http://www.biicl.org/files/3914_2004_occidental_v_ecuador.pdf)).

21) Christoph Schreuer, The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties, Transnational Dispute Management, Vol.2, 2005, para.78 : Ian Brownlie, Public International Law(6th Edition), Oxford University Press, 2003, p.441: udolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, p.109.

규제권의 범위내의 일반적으로 인정되는 그 다른 조치"라고 하여 추상적으로 규정한다.<sup>22)</sup>

Methanex v. U.S 중재판정부는 의도적·차별적(intentional and discriminatory) 규제가 수용 요건이라고 하였다. 정당한 규제는 공공목적, 무차별과 적법절차에 의하면 투자에 영향을 미쳐도 수용이 아니고, 의도된 투자(contemplating investment)에 정부약속이 존재하면 규제는 자제되어야 한다고 하였다.<sup>23)</sup> Lauder v. Czech 사례에서는 진정한 규제는 경제적 피해가 발생해도 책임이 없다고 한다. 체코가 Lauder의 재산권 사용과 향유에 직·간접적 간여가 없었고, 규제에도 수용국 이익에 영향이 없었다고 하였다.<sup>24)</sup> SALUKA 사례에서는 경영 악화된 외국인 투자은행에 대한 공적관리는 규제권 범위내로 수용이 아니라고 하였다.<sup>25)</sup>

목적기준으로 수용을 판정한 중재사례는 소수인데 BIT/FTA 규정상 목적 기준을 적용할 만한 근거가 없기 때문이다. 그리고 수용국이 공익을 이유로 규제를 남발하는 권력남용과 투자보호와 관련한 의무·책임을 회피할 수 있다.<sup>26)</sup>

22) 캔자스주의 의료목적 이외의 알코올 제조와 판매의 금지조치에 대하여 주류업자가 수용이라고 주장한 *Mugler v. Kansas* 사례에서 확립된 이론이다. 법원은 유효한 입법, 공동체 건강 그리고 도덕의 목적을 위한 재산이용 금지는 수용이 아니고, 이 규제는 소유자 재산을 합법적인 목적에 이용하는 것을 방해하지 않고, 재산처분권도 제약하지 않는다고 하였다. Andrew Paul Newcombe, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?*, University of Toronto, 1999, p.75.

23) 신청인은 메탄올 판매를 위하여 캘리포니아주에 지사를 설립하였다. 캘리포니아주 정부는 신청인의 MTBE 제품이 발암성 휘발유 첨가제에 해당하여 지하수를 오염시킬 수 있다고 하여 관련법규에 따라 MTEB사용 및 판매를 금지하였다. *Methanex v. United States*, (UNCITRAL, Final Award, 2005), Part IV, Chapter D, p.4.

24) 미국의 TV 사업자인 Lauder는 독일과 네덜란드 회사인 CME와 CEDC를 통하여 *Zelezny*라고 하는 체코사업자와 함께 체코텔레비전 방송권에 투자했다. Lauder와 *Zelezny*가 투자한 텔레비전 방송이 성공하면서 양자간 분쟁이 발생하였다. 체코미디어위원회는 텔레비전 방송과 관련된 규제를 변경하였고, 이로 인해 투자자인 Lauder에게 불리하게 되어 방송운영에서 배제되고 말았다. *Lauder v. Czech*, (UNCITRAL, Final Award, 2001), paras.198, 201-204.

25) *Saluka Investments B.V. v. Czech*, (UNCITRAL, Partial Award, 2006), para.276.

26) *J.L.Gudofsky, Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade*

### 3. 정당한 규제와 간접수용

수용의 목적기준은 정당한 규제는 합법적인 권력행사로서 투자자 이익에 현저한 영향이 있어도 수용을 구성하지 않는다고 한다. ISD중재판정에서는 규제의 목적을 판정의 기준으로 고려하는데 그 근거로 미국 대외관계리스테이트(제3차)의 규제권을 들고 있다. 정당한 규제권과 간접수용에 대하여 다음과 같은 입장도 존재한다. 첫째, 투자자산과 그 이용은 조세, 양허·쿼터를 포함한 무역제한 그리고 환율 평가절하 조치(measures of devaluation)로부터 영향을 받을 수 있는데, 규제로 인하여 사실관계의 성격은 변하지만 원칙적으로 불법이나 수용이 아니라고 한다. 물론 합법적 규제와 간접수용의 형식적 경계는 여전히 존재한다.<sup>27)</sup> 둘째, 반독점, 소비자보호, 증권, 환경보호 그리고 도시계획 등에 관련된 무차별적 조치는 보상이 필요없는 수용에 해당한다. 규제는 국가가 공공목적 수행함에 있어, 투자를 포함하는 개인재산과 권리에 불리한 영향을 미치는 것이 일반적이다.<sup>28)</sup>

최근 BIT에 환경과 노동 등에 관한 규제조치가 신설되고 있다. 이는 전통적인 공익과 경제주권의 관계에서 보면 간접수용의 판정에서 규제목적 강조할 가능성이 크다. 따라서 첫째, Methanex 사례와 Middle East Cement 사례의 중재판정에서 보듯이 규제의 절차적 정당성을 충족하여야 한다.<sup>29)</sup> 둘째, 규제가 목적달성을 위한 정당한 규제권 범위라도 목적달성이 불가능하면 수용가능성은 존재한다. 규제가 본래 목적이 아닌 부당한 의도로 행사하거나 규제가 목적에 비하여 균형성이 현저히 부족한 것 등이다. 셋째, 규제는 무차별 적용되어야 한다. Too Greater Modesto Insurance Associates 사례와 Methanex사

---

Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol.21, 2000, pp.266-269.

27) Ian Brownlie, p.509.

28) M. Sornarajah, p.283.

29) 이집트는 MEC사 소유 선박의 압수와 경매 절차를 진행하면서 당사자 통지 절차를 흠결하였다. 중재판정부는 국내법원의 절차는 수용이 아니지만 적법절차에 의하지 않으면 효과가 수용에 동일한 조치에 해당된다고 하였다. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, (ICSID Case No. ARB/99/6), para.139.

례의 중재판정은 무차별 적용을 강조하여 수용을 인정한 사례이다. 넷째, 정부가 규제하지 않는다는 약속이 있었다면, 규제권의 범위라도 보상이 필요한 수용이 될 수 있다.

### III. 규제의 효과와 간접수용

#### 1. 규제의 효과와 간접수용

규제조치로 인하여 투자에 중대한 효과가 발생하는 것만으로 간접수용을 구성한다는 것이 ISD중재판정의 경향이다.<sup>30)</sup> 효과기준에 의하면 재산권에 중대한 침해가 발생하면 수용을 구성한다고 한다. 즉, 효과와 투자에 대한 간여정도를 판단하여 결정하는 것이다. NAFTA 최초의 수용판정인 Metalclad 사례에서 “명백한 압류나 권리의 공식·의무적으로 수용국으로 이전되는 명백하고, 의도적이며 인정되는(open, deliberate and acknowledged) 재산박탈(taking)뿐만 아니라, 규제로 인한 명확한 이익이 없어도 재산 이용에 관한 은닉된 혹은 부수적인(covert or incidental) 간여로 인하여 재산 및 합리적으로 예측 가능한 경제적 이익의 모두 혹은 주요한 부분을 박탈하는 효과를 가지는 것도 포함된다” 고 하였다.<sup>31)</sup> 이 판정에서 규제의 목적과 의도라는 것을 확정 혹은 고려할 필요가 없다고 하였다.<sup>32)</sup> 효과를 판정하는 고려요소로 경제적 침해의

30) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, p.92.

31) Metalclad v. Mexican, (CASE No. ARB(AF)/97/1, (ADDITIONAL FACILITY)) 사례에서 첫째, 건축 불허가는 시간적, 법적 및 실질적으로 근거를 흠결하므로(the absence of a timely, orderly, or substantive basis) 간접수용을 구성한다고 하였다(para.107). 시간적 의미는 이유 없는 건축 허가의 지연이다. 법적 의미는 멕시코 국내법상 위법을 의미하는 것으로, 주민의 반대나 환경에 대한 우려가 문제이며, 시설의 건축적인 결함은 없기에 시정부의 행위는 부적절(improper)하다고 한다.(228. para.86.) 둘째, 지방정부는 중재신청 후 폐기물 처리장 주변을 희소 선인장 환경보호지역으로 지정하였기에, 그 목적 혹은 동기를 확정 혹은 고려할 필요는 없다고 하였다. 환경보호지역 지정 그것 자체(in and of itself)가 수용을 구성한다고 하였다.

32) Ibid. p.231. Howard Mann, Konrad von Moltke, NAFTA's Chapter 11 and the Environment Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment, International

정도, 재산의 일부 혹은 전부의 침해 그리고 규제의 지속성을 들고 있다.<sup>33)</sup> 규제효과만을 고려하는 것은 BIT/FTA에서 수용과 동일한 효과를 가지는 조치 등과 같은 조문 때문으로 규제를 열거하는 것이 불가능하여 포괄적으로 규정하고 있다.<sup>34)</sup> 그리고 규제목적이나 차별성에 대한 명시적 규정이나 정당한 규제와 보상이 필요한 규제를 명확하게 구분하는 조항도 없다.

## 2. 규제효과의 정도

규제의 효과가 재산권 침해에 중대한 영향을 미쳐야 한다는 판정사례의 입장이다. 1) 유럽인권법원은 재산권이 확정적이고 완전하게 박탈되면 수용이 된다고 한다. 권리의 상실은 없지만 실질적 감소(substantially reduced)가 되거나 그 형태나 상황이 회복될 수 없는(irreversible)것이 박탈(deprivation)이라고 하였다.<sup>35)</sup> 2) Pope & Talbot 사례에서는 박탈이 중대한 정도(a significant degree of deprivation)여야 하고, 간여가 재산박탈에 충분할 만큼 제한했는지 여부가 수용의 판정기준이라고 한다.<sup>36)</sup> 3) S.D. Myers v. Canada 사례에서는 권리 능력을 영구적 제거(lasting removal)를 하는 것이라고 한다.<sup>37)</sup> 4) PSEG

Institute for Sustainable Development, p.17 ([www.iisd.org/pdf/nafta.pdf](http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf)).

33) Ursula Kriebaum, Partial Expropriation, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.8, No.1, 2007, pp.72-73.

34) Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral investment treaties*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p.99.

35) H. Ruiz Fabri, The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for Regulatory Expropriations of the Property of Foreign Investors, *N.Y.U. Environmental Law Journal*, Volume 11, No 1, 2002, pp.148-173. Hauer v. Land Rheinland-Pfalz 사례는 생산과잉을 이유로 3년간 포도나무 추가 파종을 금지하는 이사회규칙(council regulation 1161/1176)은 재산권 침해라고 제기된 분쟁이다. 법원은 규칙이 일시적 성격(temporary nature)과 한정된 기간(limited period)에 운용되는 것으로 '일반적인 이익'(general interest)의 목적으로 정당화된다고 판결하였다. Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, (European Court of Justice Case 44/79, Judgement of 1979).

36) 캐나다와 미국은 협정을 체결하여 연재목(softwood lumber) 수출쿼터를 운영하였는데, 투자자가 쿼터제도로 더 많은 수수료를 납부하는 것은 수용이라고 한 사례이다. 중재판정부는 규제는 일정범위에서 간접수용을 구성할 수 있고, 수출통제 제도가 규제이기 때문에 1110조의 범위 밖에 있다는 캐나다 주장을 기각한다. Pope & Talbot Inc. v. Canada, (UNCITRAL), para.99, 102.

v. Turkey 사례에서 수용은 행정의 간여, 이익배당의 방해, 임직원·경영진 임명 그리고 재산의 전부 또는 일부의 박탈 등의 형식성을 요구한다. 중재판정부는 사례에서 극단적 간여형식(extreme forms of interference)이 없다고 하고, 규제조치는 강력한 간여(strong interference)가 있어야 한다고 하였다.<sup>38)</sup> 폴란드 정부는 보험회사 PZU의 민영화를 결정하고 Eureko사와 주식매도계약을 체결한 후 정치 쟁점화되어 계약을 해지하였다. 중재판정부는 계약상 권리의 박탈은 효과상 수용에 해당된다고 하였다.<sup>39)</sup>

### 3. 규제효과의 범위와 규제의 지속성

규제로 인하여 재산권에 중대한 침해가 있고, 침해가 재산권의 전체에 해당되어야 수용이 된다고 한다. 1) Telenor v. Hungary 사례에서 수용에서 경제적가치의 박탈과 재산이용은 전체(whole)로 파악하여 투자가치가 실질적 감소(substantial erosion)해야 한다고 하였다.<sup>40)</sup> 2) CMS v. Argentina 사례에서는 침해는 존재하나 투자자가 투자지분에 대한 소유·관리·통제의 권리를 여전히 보유하므로 수용이 아니라고 한다.<sup>41)</sup> 3) Waste Management v. Mexican

37) S.D. Myers는 캐나다의 폴리염화비닐(PCB) 폐기물을 미국에서 처리하기 위하여 미국 환경청에서 면허를 취득하였다. 캐나다 환경부는 환경과 보건을 이유로 비상명령을 발동하여 PCB 폐기물 수출을 금지하여 발생한 사례이다. S.D. Myers v. Canada, (UNCITRAL, First Partial Award, 2000), paras.283-284.

38) 터키는 BOT방식으로 발전소 설립 후 전력을 국유 전력회사에 매도하도록 하였다. PSEG는 터키와 계약 체결 후, 이행계약(implementation contract)협상과정에서 터키정부는 계획 변경과 조직구조의 제안 등의 행정행위를 함으로써 결렬되었다. 신청인은 투자과정과 금융 대출 등을 이유로 수용을 주장하였다. PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, (ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 2004), paras.278-279.

39) Ureko B.V. v. Poland, (ad hoc arbitration)([www.achmea.com/press/paginas/ministry-of-treasury-of-poland-and-eureko-b-v--sign-agreement.aspx](http://www.achmea.com/press/paginas/ministry-of-treasury-of-poland-and-eureko-b-v--sign-agreement.aspx)).

40) 청구인은 모바일 서비스 민영화사업을 위하여 헝가리와 계약을 체결하였다. 헝가리가 EU 가입에 따라 관련 기준을 EU기준에 부합되도록 기술과 서비스 내용의 조정을 요구하였다. 기존 시스템을 준비하던 투자자가 피해를 받았다고 수용을 주장하였다. Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary, (ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 2006), para.67.

41) CMS는 아르헨티나 가스산업 민영화와 외국인투자 촉진을 위한 인센티브 조치로서 요금을 달러화로 산정한 후, 요금청구는 청구시점 환율로 전환된 폐소화로 하고, 6개월마다 미국

사례에서 수용은 특정 자산만이 아니고 기업 전체를 대상으로 하여야 한다고 한다. 투자에 대한 규제와 계약상 권리침해를 구분하여, 계약의무 불이행은 계약권리에 대한 것으로 수용을 부정하였다.<sup>42)</sup> 4) GAMI v. Mexico 사례에서 긍정적 가치(positive value)를 가지는 유일한 재산권이 박탈된다면, 이것은 재산전체(total)의 피해라고 하였다.<sup>43)</sup> 5) Nykomb v. Latvia 사례에서 규제에 의한 재산권 침해정도 또는 기업지배에 대한 간여정도를 수용 요건으로 보고 단순한 요금지급 불이행은 수용이 아니라고 하였다.<sup>44)</sup> 6) Vivendi사례에서 재산권 침해는 부분 혹은 완전한 박탈을 구별하고, 계약해지는 완전한 박탈이고 규제는 계약종료 또는 재협상을 강제하기 위한 위법한 국가권력 행사라고 하였다.<sup>45)</sup>

수용을 구성하려면 규제조치는 반드시 영구적(non-ephemeral) 조치라는 존속기간(duration)이 고려된다.<sup>46)</sup> 1) Wena Hotels Ltd. v. Egypt 사례에서 중

---

생산자물가지수(U.S. price index)에 따라 조정되도록 하였다. 1999년 경제·금융위기에 따라 요금을 폐소화로 표기하도록 전환하였고, 변동환율제로 폐소화 가치가 70% 하락하고, 요금동결조치로 손실을 입었다고 주장한 사례이다.CMS Gas Transmission Company v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005), paras.262-264.

- 42) Waste Management사는 멕시코에서 오물처리 서비스 제공 허가를 받았으나, 멕시코가 계약상 대금지급 및 기타 계약의무를 이행하지 않았다고 주장하였다. 또한 신청인은 무조건부 지급보증을 하였던 멕시코은행 Banobras가 이를 일방적으로 거절하였다고 중재청구를 하였다. Waste Management, Inc. v. Mexican(No.2), (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, 2004), paras.141, 155, 159, 162-163, 175.
- 43) 신청인이 멕시코 GAMI사에 투자를 하였으며, 멕시코가 새로운 설탕정책을 시행하여 청구인이 투자한 회사의 지분을 직접 수용하지 않았으나, GAMI의 실제생산 시설인 5개 설탕 공장 중에 2개를 일시적으로 수용하였다. GAMI v. Mexico, (UNCITRAL, Final Award, 2004), paras.126-128, 131.
- 44) 신청인은 라트비아에서 Windau 자회사를 통하여 발전소를 건설·운영하고 있었다. 투자자는 에너지 인센티브 조치로 8년 동안 전력가격 두배의 요금징수를 내용으로 하는 계약을 국가전력회사와 체결하였다. 신청인은 라트비아가 계약규정을 위배하여 일부요금만을 지급하는 것은 수용과 동등한 조치라고 하였다. 라트비아는 투자자 자산과 기업 지배권이 박탈되지 않았고, 요금의 일부지급이 투자를 무의한(worthless) 것으로 만들지 않았다고 주장하였다. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia, (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 2003), pp.11-13, 33.
- 45) Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivnedi Universal S.A. v. Argentine, (ICSID Case No. ARB/97/3,2007), paras. 7.3.34. Tecmed, CME, Santa Elena 중재판정을 인용하고 있다.
- 46) J. Martin Wagner, International Investment, Expropriation and Environmental Protection,

재판정부는 이집트는 불법적으로 1년간 호텔을 점유하여 투자자권리를 실질적으로 박탈하거나 참여하였다고 하였다. 이집트의 박탈이 일시적(ephemeral)이라는 주장에 대하여 재산권사용 또는 향유에 대한 '일시적인 간여 이상의 것'(more than a ephemeral interference)이라고 하였다.<sup>47)</sup> 2) Middle East v. Egypt 사례에서 이집트는 면허 재취득 후 수입행위는 정상적이었다고 하여 규제의 비영구적 성격을 강조하였다.<sup>48)</sup> 면허가 3년 후 취소될 것이라는 사전 정보가 있었다면 투자활동을 지속하지 않았을 것이라고 수용을 인정하였다.<sup>49)</sup> 3) Siemens사는 신분증명 및 입국심사 시스템 계약을 체결한 후 아르헨티나 경제위기시 대통령에게 재협상권한을 부여한 Decree 669/01에 의하여 계약이 해지되었는데 영구적 규제라 수용이라고 하였다.<sup>50)</sup>

#### IV. 목적과 효과의 혼합기준

효과기준은 공익을 위한 국가주권을 적절하게 고려하지 못한다는 비판이 크다.<sup>51)</sup> 규제의 목적과 효과간 적절한 균형을 고려하여 간접수용 여부를 결정하는 경향이 나타나고 있다. 이는 법해석론으로 국내법이나 국제법에서 인정

---

Golden Gate University Law Review, Vol.29, No.3, 1999, p.515 ; Bjørn Kunoy, The notion of time in ICSID's case law on indirect expropriation, Journal of International Arbitration, Vol.23, No.4, 2006, p.345.

47) Wena사는 국영기업인 이집트호텔(Egyptian Hotels Company)과 임대·개발 계약을 체결하였다. 계약에서 신청인은 Luxor와 Nile 호텔을 임대받고 이집트호텔은 관리와 경영에 대한 간여금지를 규정하였다. Wena와 이집트호텔은 의무관련 분쟁이 발생하였고, 이집트호텔은 임대계약을 해지하고 호텔과 경영권을 박탈하였다. 이집트 검찰총장은 이집트호텔의 박탈행위가 불법이라 하여 Wena에 반환을 명하였다. Wena Hotels Ltd. v. Egypt, (ICSID Case No. ARB/98/4, Award on Merits, 2000), para.99.

48) Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt(ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 2002), paras.97-108.

49) Ibid, para.169.

50) Siemens A.G. v. Argentine, (ICSID Case No. ARB/02/8, 2007). ([http://www.biicr.org/files/3905\\_\\_2007\\_siemens\\_v\\_argentina.pdf](http://www.biicr.org/files/3905__2007_siemens_v_argentina.pdf))

51) Allen S. Weiner, Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes, International Law Forum, Vol.5. No.3, 2003, pp.166-167.

되는 비례원칙의 적용하는 절충적 기준이라고 할 것이다.<sup>52)</sup> 국제법상 비례원칙은 다양하게 인정되지만 개인과 회원국간 분쟁에서 유럽인권협약을 적용하는 판결에서 인용되고 있다.<sup>53)</sup>

1) Tecmed v. Mexico 사례는 수용 관련 분쟁에서 처음으로 비례원칙을 적용하였다.<sup>54)</sup> 사례에서 매립장 허가연장 거부의 효과를 정당한 규제와 간접수용을 구분하는 기준으로 보았다. 중재판정부는 BIT규정은 불명확하지만 규제권은 존재하고, 규제는 재산권에 대한 효과에 비례해야 한다고 하였다.<sup>55)</sup> 이 구별은 투자자의 비용 및 부담증가와 정책목표간 합리적 비례관계에 의한다고 하였다. 그리고 중요한 고려사항으로 투자자의 합법적 기대, 수용국이 추구하는 규제이익의 중요성, 제한의 정도, 영향 및 기타 투자자와 관련 있는 사항, 투자자에 대한 특수한 혹은 불공평한 영향을 미치는 것 등을 들고 있다. 경미한 법률위반을 이유로 허가연장을 거부한 것은 정당하지 않다고 하였다.<sup>56)</sup>

- 
- 52) 독일의 Apothekenurteil 사례에서 약품공급 허가증제도와 약제사의 직업선택의 자유에 대한 침해의 충돌에서 이익의 신중한 균형을 요구하였다. 국내법에서 비례원칙은 국가와 국민간 경계를 확정하는 것으로 개인권리와 공익간 혹은 개인간 권리충돌을 해결하는데 도움을 준다. 비례원칙은 공권력의 사인영역 간여에 중요한 제한을 가하고 있다. Jürgen SCHWARZE, The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico Vol.1, 2003, p.53.
- 53) Enzo CANNIZZARO, The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, Eur. J. Int'l L. Vol.12, 2001, pp.889-897.; Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 1997, I.C.J. Reports 1997, p.7, para.85. EU에서는 공공도덕(public morals) 위반을 이유로 서적을 검열한 사건에서 이 원칙이 적용되었다. Handyside v. United Kingdom, App. No. 5493/72 (Eur. Ct. H.R, December 7, 1976), para.48.
- 54) Todd Weiler, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases From the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, 2005, pp.597, 624, 653-656.
- 55) 멕시코는 매립장은 처리 능력범위를 초월한 사실에 근거하여 경영자의 안정성과 신뢰성 결여를 이유로 영업허가 연장을 거절하였다. 중재판정부는 실질적 이유는 지역주민의 대규모 반대운동이며, 허가연장을 거절할 예정으로 시설이전을 요구한 것 등은 정치적 이유라고 하였다. 투자자는 조기이전에 동의하면서 5개월 연장을 요구하였지만, 당국은 즉시 중단을 명하였다. Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.v. Mexican (CASE No. ARB (AF) /00/2 AWARD).
- 56) 부가적으로 재산권의 합리적 제한을 위한 것으로 공공안전의 위협제거를 위한 강제조치를 들고 있다. 이 조치는 직접 공공안전을 위협하는 개인에 대하여 취할 수 있고, 긴급상황에서 공공안전을 위협하지 않는 제3자에게는 적용되지 않는다고 하였다. 즉, 위협방지를 위한 재산권 간여조치는 국제법에 부합하고, 반드시 보상을 요한다고 할 수 없다는 것이다. Ibid.,

2) LG&E v. Argentina 사례에서는 규제가 간접수용을 구성하려면 비교적 높은 정도의 간여가 필요하다고 한다.<sup>57)</sup> 규제에 의하여 재산권이 무효화 되고, 투자자가 투자에 대한 통제불능 혹은 정상적 경영이 불가능한 영구적 조치여야 한다고 한다.<sup>58)</sup> 이 사례는 Tecmed v. Mexico 사례에서 적용된 비례원칙을 원용하여 합법규제와 보상이 필요한 간접수용을 구분하고 있다. 규제가 명확하게 비례원칙에 위반하면(Obviously disproportionate) 공익을 위한 보편적 규제행위라도 보상이 필요하다고 한다. 중재판정부는 권리에 대한 효과의 정도와 국가정책간 이익균형을 검토하여 사회적·일반적 공공복리 목적을 위한 규제권이 명백히 불균형한 경우를 제외하면 필요성이 있다고 하였다.<sup>59)</sup>

3) S.D. Myers v. Canada 사례의 중재판정부는 오몰매립장과 관련된 환경규제조치가 간접수용을 구성한다는 것에 대하여 효과가 그 목적에 비례하지 않았다고 하였다. 그리고 NAFTA의 수용과 동등한 효과의 규정에 따라 효과가 판정요건이 되지만, 단지 기술적·표면적인 것을 고려하여 수용 또는 수용과 동등한 행위가 성립한다는 결론을 도출하면 안 된다고 지적하고 있다. 사실과 관련된 진정한 이익 및 규제의 목적·효과를 동시에 고려하여야 한다고 판정하였다.<sup>60)</sup>

절충적 입장은 권리와 이익의 충돌에서 사회문화, 특정기구의 정책과 가치 지향, 기타 법률 자료 및 특정 법률제도의 목적을 고려하여 비교형량하게 된다.<sup>61)</sup> 그리고 공익목적의 규제가 간접수용과 관계없이 공·사익을 합리적으로 처리할 수 있는 방법이 될 수도 있다.<sup>62)</sup> 절충적기준을 적용하는 고려요소로

paras.122, 136, 149.

57) LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International INC. v. Argentine (ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability), para. 177. 자세한 것은 Stephan Schill, International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises, J. Int'l Arb. Vol.24, 2007, p.265.

58) Ibid., paras.191, 193.

59) Ibid., paras.189, 195.

60) S.D. Myers v. Canada, (UNCITRAL, First Partial Award, 2000), paras.147, 281, 285.

61) 비례원칙은 정부의 규제행위를 확정하고, 자유를 제한하는 수단이 되고, 공공과 사인의 경계획정과 형량의 기준이 된다고 한다. Mads ANDENAS and Stefan ZLEPTNIG, Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective, Tex. Int'l L. J. Vol.42, 2007, p.371.

62) Yves L. Fortier & Stephen L. Drymer, Indirect Expropriation in the Law of International

규제에 의한 투자자에 대한 경제영향과 부담, 주권, 공공이익 및 법률상 부여된 투자자의 보호 및 보상, 심지어 투자자의 수용국 조치에 대한 참여결정권 등을 들고 있다. 따라서 절충적입장은 수용국의 광범위한 자유재량권(Exercises of discretionary powers)을 제한하고,<sup>63)</sup> 공익을 위한 규제납용의 방식을 위하여 규제가 합리적이고 목표와 비례적이어야 한다는 것을 의미한다.<sup>64)</sup>

물론 ISD중재판정에서 비례원칙 적용의 법적근거 결여의 비판도 존재한다. 사례에서 유럽인권법원의 판례에 전적으로 의존하고 있다.<sup>65)</sup> 이것은 BIT에서 비례원칙 적용근거를 찾을 수 없기 때문이었다. 한·미FTA의 수용요건은 절충적 입장을 강조하고 있어 투자보호와 공공정책 목적을 비례원칙에 의하여 서로 균형을 맞추어가는 조항이라고 할 것이다.

## V. 기대이익과 간접수용

### 1. F&ET와 기대이익

ISD가 규제로 피해를 받았다는 전제에서 출발하기 때문에 행정법상 신뢰보호의 원칙은 국제법의 기대이익에 가장 유사한 국내법원리라고 할 것이다. 행정기관의 행위는 정당성 또는 존속성에 대하여 보호가치 있는 신뢰는 보호되어야 한다는 독일의 행정법상 신뢰원칙에 근거를 두고 있다. 미국에서는 위약손해배상에서 기대이익(expectation interest) 과 신뢰이익(reliance interest) 개념이 발생되었다. 국제투자법에서 기대이익은 그동안 F&ET에서 문제되었고

Investment : I Know It When I See It , or Caveat Investor, 19 ICSID Review, 2004, p.326.

63) P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford: Blackwell, 1995, p.504.

64) *Handyside*(Judgement of 7 Dec 1976 Ser.A, no.24.)사례에서 유럽법원은 민주사회에서 필요한 것은 모든 종류의 절차, 조건, 제한 혹은 징벌이 그것이 추구하는 합법목표와 서로 비례되어야 한다고 하였다.

65) 인용된 사례로 *Matos e Silva, Lda. , an d Others v. Portugal*(<http://hudoc.echr.coe.int>) : *Mellacher and Others v. Austria*( <http://hudoc.echr.coe.int>) ; *Pressos Compania Naviera and Others v. Belgium*(<http://hudoc.echr.coe.int>) *James v. United Kingdom*, Eur. Ct . H . R. (ser.A), 1986 (98), 34 등이 있다.

일부 사례에서 수용을 구성하는 판정사태도 존재한다. 기대이익은 정부의 정당한 승낙에 의하여 발생하는 합리성을 보호하기 위한 것으로 F&ET의 중요한 구성부분이 되었다.<sup>66)</sup>

1) *Thunderbird v. Mexico* 사례에서는 기대이익을 관습국제법상 선의(good faith) 원칙에 근거하여 수용국 행위를 신뢰하여 투자하는 경우 합리적이고 정당한 기대이익이 발생하게 된다고 정의한다.<sup>67)</sup> 신청인이 허가신청 당시 도박용임을 고지하지 않았고, 금전이용과 현금 환전이 가능한 티켓 등은 국내법 위반이고 기대이익이 아니라고 판정하였다.<sup>68)</sup> 2) *Olgúin v. Paraguay* 사례에서 '명백하고 합리적'에 대하여 신청인은 사업경험이 풍부하여, 파라과이 행정상황을 충분히 파악할 수 있어 규제에 의한 손실보상 요구는 불합리하다고 하였다.<sup>69)</sup> M.C.I 사례에서는 BIT가 보호하는 기대이익은 집행 가능한 의무 범위 내에 존재하는 것이라고 한다.<sup>70)</sup> *Feldman v. Mexican* 사례에서 정치·경제·사회적 상황 변동에 의하여 법률을 제·개정할 수 있다고 하였다. 조세당국의 정책은 일관되고 예측가능하지 않고, 조세법이 공공 혹은 재정정책으로 실행되어 혜택의 편차가 발생하고 손실가능성도 있다고 한다.<sup>71)</sup> 신청인이 주장한 보증(assurances)은 모호하고(ambiguous) 비공식적인(informal) 것이므로

66) Thomas Walde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience*, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, p.209.

67) 신청인이 멕시코로부터 게임장 영업허가에 대한 긍정적 답변으로 2개 도시에 게임장 영업을 시작하였다. 후에 멕시코는 게임기를 도박기로 판정하여 영업정지 명령을 내렸다. *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, (UNCITRAL, Arbitral Award, 2006), para.147.

68) *Ibid.*, paras.202-208.

69) 투자자가 고수익을 보장하는 파라과이 금융회사에 투자한 후, 금융당국의 조치로 인하여 투자기업이 파산하여 수용이라고 중재를 신청하였다. *Olgúin v. Paraguay*, (ICSID Case No. ARB/98/5, Final Award, 2001), para.65.

70) *M.C.I. PowerGroup L.C. and New Turbine, INC. v. Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 2007), para.278.

71) 신청인은 멕시코 도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔다. 관련 법 개정으로 관세환급이 폐지되어 수용이라고 중재를 신청하였다. *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. Mexico*, (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award on Merits, 2002), paras.112, 113.

분명하고 합리적인 기대이익의 침해가 아니라고 하였다.<sup>72)</sup>

3) Parkerings-Compagniet AS 사례의 중재판정부는 법률체계의 안정성에 의한 기대이익의 합법성 판단기준을 제시하였다. ① 명시적인 약속 혹은 보증, ② 수용국의 묵시적 혹은 명시적인 보증 혹은 대표행위 ③ 보증 혹은 대표행위가 없는 경우는 투자당시의 환경 ④ 투자당시 수용국 행위 등을 포함하고 있다. 중재판정부는 공정하고 합리적인 입법권 행사는 주권임을 강조하고, 투자자는 반드시 환경의 변화가능성을 예상하고, 투자는 새로운 법적 환경의 적응을 지적하고 있다.<sup>73)</sup> Continental Casualty Co. 사례는 ① 피신평적 조치의 명확성, ② 보편적 입법 표현이 기대를 감소시키는 결과 ③ 계약사무에 대한 일방적 변경 등을 제시하고 있다.<sup>74)</sup> Azurix v. Argentine 사례에서는 국가가 종전의 보증(assurances)을 거절하거나 그 보증에 합치하는 자기의 의무를 거부하는 것은 기대이익의 전부 또는 중요한 부분을 박탈하는 것이라고 하였다. 기대이익은 계약, 명시적·묵시적 보증 또는 투자자의 투자결정에 필요한 국가의 의사표시(representations)에 의한다고 하였다.<sup>75)</sup>

## 2. 수용과 기대이익

수용에서 다루어진 기대이익은 1) Metalclad v. Mexico 사례에서는 기대이익의 침해가 간접수용에 포함된다는 것을 확인하고 있다.<sup>76)</sup> 신청인은 멕시코의 약속을 신뢰하여 투자하였고 후에 지방정부(Guadalzar)의 허가증 발급거부는

72) Ibid, para.149.

73) 리투아니아는 EU 신청전까지 소비에트 연방의 일부분의 체제전환기였기 때문에, 법적환경 변화는 예상할 수 있었고, 리투아니아의 명시·묵시적인 법률개정 약속은 없었다고 하였다. 2007. 9.11, paras.331, 334-338.

74) Continental Casualty v. Argentine Republic, (ICSID Case no. ARB/03/9, Award, 2008), para. 261.

75) 상수도서비스 민영화법은 투자자에게 운영면허를 부여하도록 규정하였다. 투자자는 경매를 통하여 지방정부와 30년 면허를 받았다. 후에 상수에서 조류(algae)가 발견되어, 신청인은 지방정부가 조류제거에 필요한 실비와 시스템을 설치하지 않아, 수용국의 부작위에 의한 상수도 이용료 징수가 불가능하게 되었다고 중재신청을 하였다. Azurix v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 2006), paras.316, 318.

76) Metalclad v. Mexico, para.103.

간접수용을 구성한다고 하였다.<sup>77)</sup> 2) CME v. Czech 사례에서 CME는 체코 미디어위원회는 투자간여와 허가취소를 결정했다. 중재판정부는 투자진행과정에서 새로운 행정조치를 통하여 투자를 무효화를 시키는 것은 BIT의 수용조항 위반이라고 하였다.<sup>78)</sup> 3) CMS 사례에서는 아르헨티나의 투자당시의 보증과 약속은 주목하지 않고, 단지 CMS 재산권의 실질적 박탈여부만을 판단하였다.<sup>79)</sup> 이 사례는 기대이익 침해만을 주장하는 경우, 투자재산권 침해가 없으면 수용이 되지 않음을 의미한다.

수용에서 기대이익 위반만으로 ISD를 제기하는 경우는 매우 드문 경우이다. 수용을 주장하는 대부분의 ISD 사례는 F&ET 위반을 동시에 주장하고 있다. F&ET와 수용조항의 기대이익의 차이점은 첫째, 투자보호 내용에 있다. 수용에서 기대이익은 재산권의 박탈이나 재산권 행사의 불합리한 방해나 장애와 연계되어 있다. F&ET상의 기대이익은 수용국의 이행승낙, 행위일치 그리고 법률과 상업환경의 안정과 예측가능성에 있다. 둘째, ISD에서 보상체계에서 차이가 있다. 수용은 보상기준을 규정하여 산정되는 것이고, F&ET는 원상회복이나 실질적 피해에 대한 배상을 한다. 그러나 기대이익에서 분명하고 합리적인 의미, 기대이익의 발생 시점과 기대이익의 보호에 대한 제한 등의 문제가 여전히 존재한다. 이것은 명확한 기준이나 범위에 대한 언급은 없고 다만 사안별로 그 기준이 다루어지고 있을 뿐이다.

수용조항에서는 유일하게 한·미 FTA 수용 조항에서 분명하고 합리적인 기대이익(distinct or reasonable expectations) 관련규정을 두고 있다. 부속서 11-나에서 정부행위가 투자의 기대이익을 침해하는 경우에 간접수용을 구성한다고 한다. 기대의 합리성 여부는 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다고 한다. 예를 들어 규제가 변경되지 않을 것이라는 기대는 규제가 강한 부문에서 합리적이 가능성 낮다고 규정하고 있다. 기대이익이 수용을 구성하려면 '분명'하고 '합리'적인 것에 한하게 된다. 즉 객관적이어야 하고 투

77) CME v. Czech, (UNCITRAL, Partial Award, 2001), para.107.

78) Ibid., para.601.

79) CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB /01 /8, Award, May 12, 2005. paras.262-263.

자자의 주관적 기대이익을 의미하지 않는다. 기대이익은 현지국의 명시적 보증(undertaking) 뿐만 아니라 일반적 약속을 통하여 확인될 수 있고, 수용국의 법적 규정은 중요한 근거가 된다.

## VI. 결론

간접수용은 BIT/FTA에서 명백한 요건이 규정되지 않아서 개별 중재판정에 의하여 일관되지 않는 기준이 제시되고 있다. 중재판정 사례에서 나타난 간접수용의 판정기준은 다음과 같다. 첫째, 효과기준(sole effect test)은 BIT/FTA의 '수용과 동등한 효과' 라는 조문에 근거하여 재산권 전체의 이용과 향유를 제한하는 경우에 간접수용으로 판정하며, 대부분의 ISD중재사례에서 인용되고 있다. 둘째, 규제의 의도와 목적(purpose test)에 근거하여 간접수용을 판정하는 기준으로 소수의 ISD중재판정에서 나타나고 있다. 수용국이 무차별, 공익 목적 그리고 법적절차를 유지하는 경우 수용국의 주권을 고려하여 수용을 인정하지 않는다. 다만, 수용을 목적으로 하는 고의적이고 악의적인 규제는 당연히 제외된다. 규제의 효과는 객관적이지만 목적과 의도는 주관적이라는 문제가 있다. 셋째, 최근에 규제조치의 목적과 발생한 효과(effect and purpose doctrine)를 비교형량하는 절충적인 입장이 나타나고 있다. 이는 비례원칙을 적용하는 판정기준으로 한·미FTA에서도 전향적으로 반영되어 있다. 향후 중재판정에 많은 영향을 미칠 것으로 판단된다. 중재판정사례에서 간접수용은 반드시 F&ET위반과 동시에 제기되고 있는데 수용국 행위의 존재와 재산권의 침해라는 구성요건이 동일하기 때문이다. F&ET의 경우에는 간접수용과 달리 단순한 투자이익의 침해의 경우에도 인용되고, 침해행위도 국가의 법적 혹은 일반적 행위의 문제를 모두 포괄하기 때문에 적용범위가 아주 넓다. 그리고 F&ET에서 다루어져 왔던 기대이익의 문제가 수용의 구성요건으로 되어 양자의 중첩적 위반의 다툼이 가능하다. 투자진입단계에서 외자유치를 위한 정부의 과도한 약속과 보장은 기대이익의 문제를 발생시킬 소지가 있으므로 특별한 주의가 필요하다. 한편 투자계약의 파기도 간접수용을 구성할 수

있다. 다만 계약의 일부의무 이행의 거부는 간접수용을 구성하지 않고 계약상 의무불이행 문제로 다루어진다.

시장에서 공정경쟁, 경제적 평등 그리고 소비자보호를 위한 정부의 규제조치는 내·외자를 불문하고 이루어지고 있다. 최근에 유통산업발전법상 대규모 점포에 대한 규제 등은 좋은 예가 될 것이다. 이러한 규제를 근거로 투자에 대한 피해 발생을 주장하는 ISD는 다양하게 발생될 수 있다. 본문에서 살펴본 대로 규제는 수용국의 주권행위로서 정당하고 합리적으로 행사하면 수용과 관계가 없다. 주의할 점은 외자에 대한 행정인·허가의 변경 및 취소는 실제적·절차적 요건을 충족하여야 한다. 투자계약의 파기는 특정투자계약만이 대상으로 되기 때문에 무차별하게 할 수 없다. 따라서 간접수용의 제기 가능성이 크며, 공익목적의 정부 규제행위 존재, 범위와 요건 그리고 계약의 해제와 해지의 요건을 상세히 명시하여야 할 것이다. 규제가 특정의 외자를 대상으로 하여도 적법절차에 의하고 그 의도와 목적이 공익에 근거하면 간접수용을 구성할 가능성은 없다. 향후 간접수용이 절충적 입장에서 판정될 가능성이 크기 때문에 규제조치의 의도와 목적을 명확히 하고 과도한 규제만 제한한다면 문제될 것은 없다고 판단된다.

마지막으로 우리헌법 제119조는 경제민주화를 규정하면서 시장에서 정부의 규제를 규정하고 있다. 이는 국내법상 외국투자자와 투자에 대한 규제의 합법적인 근거가 되고 있다. 따라서 이를 확대하여 외국인투자촉진법에도 이와 유사한 정부규제의 필요성과 상세한 요건을 규정하는 것이 필요하다. 한편 이 조항을 근거로 투자계약에서 외국투자자에 대한 규제근거를 명시하는 것도 간접수용의 시비에서 비껴나는 방안이 될 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- Christoph Schreuer, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, 2009.
- Cameron, Peter, *International Energy Investment Law*, Oxford Univ Pr.

2009.

Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.

Sergey Ripinsky · Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute for International & Compara, 2009.

Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International)*, Kluwer Law International (February 28, 2009).

Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law (Oxford International Arbitration)*, Oxford University Press, USA (October 25, 2009)

Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law (Oxford Monographs in International Law)*, Oxford University Press, USA: 1 edition (May 11, 2008).

Ian Brownlie, *"Public International Law"*, Oxford University Press, 6th Edition, 2003.

M. Sornarajah, *"The International Law on Foreign Investment"*, Cambridge University Press. 1994

Dolzer and Stevens, *"Bilateral Investment Treaties"*, ICSID, 1995.

J.M. Wagner, *"International Investment, Expropriation and Environmental Protection"*, Golden

Gate University Law Review (1999), Vol.29, No. 3.

Dolzer, *"Indirect Expropriations: New Developments?"*, Environmental Law Journal 64, New York University, April. 11. 2002.

[Abstract]

## A Study on Indirect Expropriation in International Investment Law

Kim, Yeu-Sun

*Professor, Law School of Jeju National Univ.*

In international investment law, expropriation is legally allowed under certain conditions as it is based on public purposes, non-discrimination, prompt, adequate and effective compensation, and applicable legal procedures. There are not many disputes in the area of expropriation because its conditions are obvious in general. However, in a situation that expropriation is illegal, its possibility of restoration to the original state could be a problem. The main issue in expropriation is that creates a same level of effects in comparison to the expropriation through the governmental regulation which collects investment and limits performance. In other words, it is understood that this regulation does not deprive of property of investment directly, but has the same or similar effect as it is produced by direct expropriation or nationalization. This view is generally accepted as indirect expropriation and also designated terms as "creeping", "regulatory", "partial", "de facto", "consequential" or "disguised" expropriation.

In BIT/FTA, indirect expropriation is provided as "measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation", according to Canada-Netherlands BIT Art.8(1). Indirect expropriation provisions mostly stress on comprehensive effects only because there are various governmental regulatory measures.

In an area of indirect expropriation, BIT/FTA do not provide obvious

conditions so that individual arbitral awards provide inconsistent standards. The criteria of indirect expropriation from decisions of international tribunals are as follows. First, there is 'sole effect test.' Based on a provision "same effect with expropriation", this standard determines government's interference as indirect expropriation when it limits the use and possession of property as a whole. This standard has applied to the most of ISD arbitral cases. Second, based on 'purpose test' of regulation, the standard has been appeared in a few of ISD arbitral awards in order to define indirect expropriation. If a host state maintains its non-discrimination, public purpose and applicable legal procedures, indirect expropriation is not admitted in light of sovereignty of the host state. However, calculated and malicious regulations with the purpose of expropriation are excluded as a matter of course. [It is an issue that effects of regulation are objective whereas purpose and intention of regulation are subjective. Third, an eclectic approach called 'effect and purpose doctrine' has been emerged. This approach focuses on the fair comparison between the purpose and effect of regulations. This approach is also affirmatively reflected by KOREA-US FTA as a standard of decision making that applies principle of proportionality. It seems that this approach will have great influences on further arbitral awards.

**Key words** : Bilateral Investment Treaty(BIT), Free Trade Agreement(FTA), direct expropriation, indirect expropriation, regulatory power, public interest, Investor-State Dispute(ISD), International Center for Settlement of Investment Dispute(ICSID)