

국제투자중재판정의 집행에 있어서 구제조치의 개선방안

An Improvement Discussion of Remedy in the Enforcement
Mechanism of the International Investment Arbitral Award

홍성규*
Sung-Kyu Hong

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 국제투자중재판정의 집행 범위
 - III. 국가면제론과 외교적 보호권의 제한
 - IV. 국제투자중재판정 집행의 문제점과 구제조치
 - V. 결 론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 투자분쟁, 투자자, 중재판정, 국가면제론, 외교적 보호권, 승인과 집행, 금전보상.

* 한국교통대학교 국제통상학과 교수, hsk567@ut.ac.kr.

I. 서론

투자자가 투자유치국의 작위 또는 부작위로 인하여 재산상의 손해를 입은 경우, 투자자가 자신의 권리를 확보하기 위하여 취할 수 있는 조치는 소송, 국제중재, 외교적 보호 등 다양하다. 그러나 실무적으로는 국가의 주권문제나 국제적인 공법상의 근본이념, 또는 국가간의 관계 등으로 인하여 개인이 국가를 상대로 손해배상을 직접 청구하는 것은 크게 제한을 받는다. 이 경우에 국가의 권력으로부터 단절된 중립적인 분쟁해결절차를 활용할 수 있다면 투자자의 권리가 한층 확보됨과 동시에 국제적인 투자활동도 크게 활성화될 것이다. 대부분의 국제투자협정(International Investment Agreement: 이하 ‘투자협정’)은 당사자간에 분쟁이 발생하는 경우 중재로 분쟁을 해결한다는 중재조항(arbitration clause)을 포함하고 있으며,¹⁾ 이러한 중재판정은 최종적인 것으로 당사자에 대하여 구속력을 가진다. 중재판정은 투자협정상 피신청국에게 준수의무가 있지만, ICSID협약에서는 중재판정의 집행에 관하여 규정(제53-제55조)을 두고 있는데, 이러한 점은 ICSID협약만이 갖는 가장 독특한 특징의 하나라고 할 수 있다.²⁾ ICSID추가절차규정(ICSID Additional Facility Rules)³⁾이나 UNCITRAL규칙과 같은 비ICSID(non-ICSID) 중재판정의 경우에는 집행지의 국내법에 따라 승인과 집행이 가능하지만, 「외국중재판정의 승인과 집행에 관한 UN협약(U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958: 이하 ‘뉴욕협약’)」에 따라 중재판정을 승인 및 집행하는 것도 가능하다.⁴⁾ 투자중재판정은 일단

1) 2016년 12월 기준으로 세계의 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty: BIT)은 3,304개가 체결되었으며, 대부분 투자자-국가간 분쟁해결제도(ISDS)와 중재조항을 포함하고 있다. 발효 중인 BIT수를 주요 국가별로 살펴보면, 독일(135), 중국(129), 스위스(114), 영국(106), 프랑스(104), 한국(93), 미국(46), 일본(35) 등을 들 수 있다(UNCTAD, 홈페이지(Investment Policy Hub참조). 또한 세계 투자협정에 따른 국제중재는 2015년말 기준으로 696건이 공개되어 있으며, 피제소국이 되고 있는 주요 국가는 아르헨티나(59), 베네수엘라(36), 체코(33), 스페인(29), 이집트(26), 캐나다(25), 멕시코(23), 에콰도르(22), 러시아(21), 폴란드(20), 우크라이나(19), 인도(17) 등으로 대부분 중남미국가들이 이에 해당한다. 한국은 제소 및 피제소 건수가 각각 3건인 것으로 나타났다(UNCTAD, *World Investment Report 2016*, pp.101-106.; UNCTAD, *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No.2, 2016, pp.2-3, pp.43-45). 대표적으로 아르헨티나는 2001년말 이후 재정위기에 따른 정책적 혼란이 있었고, 체코는 1997년의 통화위기를 계기로 표면화된 금융분야의 불량채권문제에 기인하는 것으로 파악된다. 한편, ICSID에 2016년 12월 31일까지 등록된 ICSID협약 및 AFR에 따른 제소건수는 597건으로 나타났다. 구체적으로는 중재 534건(89.5%), 조정 8건(1.3%), AF중재 53건(8.9%), AF조정 2건(0.3%)으로 나타났다(ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics*, (Issue 2017-1), pp.7-8).

2) Yaraslau Kryvol, *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, Wolters Kluwer, 2010, p.77.

3) ICSID의 AFR은 1978년부터 운영되기 시작하였으며, 비체약국을 일방 당사자로 하는 등 협약의 대상 외의 분쟁해결을 관리하는 권한이 이사회로부터 부여되어 있다. ICSID중재규칙과 함께 2006년 4월 개정되었다.(<http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>). 이것은 ICSID관할권에 속하지 않는 특정한 사건을 위한 것으로 일반당사자가 ICSID의 체약국이 아니거나 체약국의 국민이 아닌 경우에만 적용가능하다.

4) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, p.310.; Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID*, 2nd ed, Wolters Kluwer, 2011, p.181

기판력(*res judicate effect*)을 인정받아 양당사자를 구속하고, 분쟁사안에 관련되어 다른 절차상의 구제조치를 배제하게 됨에 따라 대부분 자발적으로 이행되고 있다. 그러나 투자협정중재(*Investment Treaty Arbitration*)는 분쟁해결에 오랜 시간이 소요되고 비용도 많이 소요되는 문제점이 있으며, 특히 투자자에게 손해배상을 하도록 하는 중재판정이 내려졌음에도 불구하고 투자유치국이 중재판정을 이행하지 않는 경우에는 중재판정의 집행(*enforcement*)⁵⁾에 적지 않은 문제점이 발생한다. 재판관할면제와는 달리 강제집행면제의 경우에는 중재판정의 이행을 요구받은 국가(법원)가 집행면제론을 이유로 집행을 거부하면, ICSID협약이나 뉴욕협약상의 중재판정의 집행의무에는 위반되지 않을 수도 있지만, 반대로 집행을 하게 되면 집행면제에 관련된 국제법에 위반될 가능성이 존재하므로 국가면제에 대한 국제법상의 비대칭적 성격도 나타나게 된다. 따라서 투자유치국이 투자중재판정을 자발적으로 이행하지 않는 경우에 투자자가 스스로 취할 수 있는 조치로서 중재판정의 집행은 충분히 보장받고 있다고 할 수 없다. 이 경우 최종적인 수단으로 투자자의 본국이 전통적인 투자분쟁해결수단인 외교적 보호권(*diplomatic protection*)을 행사하여 투자유치국에 중재판정의 이행을 촉구할 수도 있지만, 이러한 형태로 국제사법재판소(*International Court of Justice*: 이하 ‘ICJ’)⁶⁾에 소송을 제기하는 것은 일반적으로 원용된 전례가 없다.

이러한 투자중재판정의 집행에 관한 문제를 해결하는 하나의 방안은 비금전적인 구제조치(*non-pecuniary remedy*)를 인정하여, 투자유치국이 중재판정에 상응하는 조치를 취하도록 하는 방안도 고려해 볼 만하다. 투자자가 투자유치국에서 계속적으로 동종의 사업을

- 5) ICSID협약의 영어정본에서는 “enforce” 또는 “enforcement”(제54조 1항 및 2항)와 “execution”(제54조 3항, 제55조)을 구별하여 사용하고 있으나, ICSID협약의 또 다른 정본인 프랑스어(*exécution*)와 스페인어(*ejecutar*, *ejecución*)에서는 구별하지 않고 있다(Christoph H. Schreuer *et al*, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention of the Settlement of Investment Dispute between State and Nations of other States*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, pp.1134-1136.). 한국의 법무부에서도 뉴욕협약의 정식명칭을 「외국중재판정의 승인과 집행에 관한 UN협약(U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958)」으로 하여 “enforcement”를 “집행”으로 번역하여 사용하고 있다. 한편, 중재판정의 집행절차는 “승인(recognition)”과 “집행력부여(enforcement)”, “집행(execution)”의 과정을 거치며, 승인과 집행의 중간단계인 집행력부여의 의미는 명확하게 구분되지 않는다는 설명도 있다(Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *op.cit.*, pp.179-180, pp.185-186.; 오원석 외, “ICSID 중재판정의 승인과 집행에 관한 고찰”, 「무역상무연구」, 제62권, 한국무역상무학회, 2014, p.88, p.96.). 또한 후술하는 *LETCO*사례에서도 미국항소법원은 “enforce” 및 “enforcement”를 승인에 가까운 의미로, “execution”을 집행의 의미로 사용한 바 있다(US Court of Appeals Decision, *LETCO*). 외국판결과는 달리 대부분의 중재판정은 확정적이고 양당사자를 구속한다고 규정하고 있으며, 일반적으로 승인된 국제협약은 국내법과 동일한 효력을 가진다(한국헌법 제6조 1항). 외국 중재판정에 대하여 “enforcement”를 집행력부여로 이해하면 “execution”을 사용하지 않은 뉴욕협약은 집행불능이 되며, 더구나 국내법원에서 집행력부여를 받지 못하는 경우 시간적·경제적 손실은 물론 국내법과 국제협약상의 법충돌(*conflict of law*)현상도 야기될 수 있다. 따라서 ICSID협약의 한국정본(법무부, 제54조 및 제55조 본문해석)과 같이 “enforcement”와 “execution”을 모두 집행으로 사용하여도 큰 차이는 없다고 판단된다. 다만, 경우에 따라서는 각국의 국내법상 구분에 따른 해석상의 차이가 존재하므로 공법적 성격이 짙은 외국판결의 경우에는 중재판정과 그 성질을 달리하는 것으로 이해하여야 할 것이다.
- 6) 국제사법재판소(ICJ)는 UN의 주요 사법기관으로 1945년 UN헌장에 의해 설립되었으며, 네덜란드의 헤이그(Hague)에 본부를 두고 있다. 그리고 UN총회(UN General Assembly)와 안전보장이사회(Security Council)에서 추천하는 15명의 판사로 구성되어 있으며, 판사의 임기는 9년이다.

영위하고자 하는 경우나 또는 다른 산업분야에 대규모 투자활동을 계속하고 있는 경우에는 일도양단적 성격을 갖고 있는 금전적 보상보다도 WTO협정과 유사하게 중재판정에 따른 위반조치의 철폐 내지는 시정을 요구하여 수용된다면, 비즈니스관점에서 오히려 합리적인 방안이 될 수 있을 것이다.

본 논문의 주제와 관련한 선행연구로는, 중재판정의 집행과 국가면제에 관한 고영국(2006)⁷⁾과 투자자-국가간 분쟁해결제도를 활용한 FTA접근전략이나 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안을 제시하고 있는 홍성규(2015)⁸⁾의 연구가 있다. 또한 중재판정의 집행을 위해 필요한 제출서류를 연구한 이호원(2013)⁹⁾과 ICSID중재판정의 승인과 집행을 연구한 오원석 외(2014)¹⁰⁾ 등이 있다. 그리고 중국의 중재제도변화에 따른 집행문제를 연구한 박규용 외(2015)¹¹⁾의 연구가 있다.

이러한 선행연구의 검토과정을 거쳐 본 논문에서는 국제투자 중재협정의 집행에 따른 문제와 관련 사례를 분석하고, 전통적으로 인정되어 온 국가면제의 기능과 한계, 외교적 보호권의 이행가능성에 대하여 검토하고자 한다. 또한 투자중재판정의 집행력을 촉진하기 위한 구제조치로서 비금전적 보상방법에 관한 논의를 통하여 국제투자의 활성화를 도모하고 투자분쟁해결방법의 새로운 대안을 제시하고자 한다.

Ⅱ . 국제투자중재판정의 집행 법원(source of law)

1. ICSID협약의 투자중재판정 집행

(1) ICSID협약의 집행

ICSID협약 제25조에 따르면, ICSID중재는 체약국(투자유치국)과 다른 체약국의 국민(투자자)간의 투자분쟁에서 양당사자가 중재를 신청하기로 서면으로 동의하는 경우에 행하여진다. ICSID중재의 가장 큰 특징은 ICSID사무국이 물리적으로 워싱턴 D.C.에 위치하고 있어도 미국법이 적용되지 않는 ‘탈지역화(de-localized)’와 특정 법계의 개입으로부터 독립

7) 고영국, “중재판정의 집행과 국가면제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제51권 제3호, 대한국제법학회, 2006, pp.143-170.

8) 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도를 활용한 FTA접근전략”, 『무역연구』, 제11권 제1호, 한국무역연구원, 2015, pp.177-197.; 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안”, 『무역상무연구』, 제68권, 한국무역상무학회, 2015, pp.89-121.

9) 이호원, “중재판정의 승인·집행을 위하여 제출할 서류”, 『중재연구』, 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013, pp.141-164.

10) 오원석 외, 전제논문, pp.87-109.

11) 박규용·서세걸, “중국 중재제도의 새로운 발전과 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 연구”, 『중재연구』, 제25권 제2호, 한국중재학회, 2015, pp.49-70.

적이고 자율적인(self-contained) 성격을 갖는다는 점이다. 특히 국내법원은 ICSID중재절차를 연기하거나 강요하는 등의 영향을 줄 수 없으며, 중재판정을 파기(set aside)하거나 재심(review)할 권한을 갖지 않는다.¹²⁾ 이러한 권한은 ICSID협약의 특별취소절차에 의해서만 가능하다. ICSID중재에서 이러한 “불개입의 법칙”(rule of abstention)은 국내법원이 ICSID중재의 독립적 성격을 존중하여야 함을 의미한다. 또한 ICSID중재절차는 일방 당사자의 비협조(non-cooperation)에도 큰 영향을 받지 않고 그대로 진행되며, ICSID협약은 비협조적인 일방 당사자에 의한 중재절차의 방해에 대하여 확고한 체계(watertight system)를 갖추고 있다. 또한 중재판정의 승인절차와 관련하여 ICSID는 국내법원의 심사권을 제한하여 ICSID사무총장에 의해 인증된 중재판정문이 국가기관에 기탁되면 중재판정이 자동적으로 승인되도록 하고 있다. 이는 뉴욕협약 등 다른 국제협약이 중재판정을 승인할 의무를 체약국에 부과한 것과는 달리 심사에 따른 절차의 지연과 미승인에 따른 위험을 제거하였다는 점에서 ICSID중재의 또 다른 특징이라고 할 수 있다.¹³⁾

각 체약국은 ICSID협약에 준거하여 내려진 중재판정에 대하여 구속력을 가지는 것으로 승인하고, 자국의 법원에서 내려진 확정판결과 같이 중재판정에 의해 부과된 금전상의 의무(pecuniary obligations)를 집행하여야 한다(제54조 1항). 또한 중재판정의 집행은 그 집행을 구하는 영토의 국가에서 유효한 판결의 집행에 관한 법률에 따라 행하여진다고 규정하고 있다(제54조 3항). 따라서 ICSID중재판정의 집행에 따른 의무가 부과되는 것은 ICSID협약의 체약국 전체이고, 중재의 당사자(투자유치국)에 한정되는 것은 아니다.¹⁴⁾ 만일 본 협정의 대상을 중재당사자인 ICSID협약 체약국으로 한정하면 중재판정을 구속력있는 것으로 승인한 제53조 1항과 중복되기 때문에 존재의의가 없게 된다. 또한 중재판정에 의해 부과된 의무의 모든 것이 아닌 금전상의 의무를 집행하는 의무는 중재판정의 당사자를 구속하는 것과 정합적이지 않게 된다. 따라서 ICSID협약 제54조는 제3국(투자유치국 이외의 ICSID체약국)을 주된 대상으로 함은 물론 기타의 ICSID체약국이 당사자로 되어 있는 중재판정에 대해서도 집행의무를 부과하고 있는 것이다.¹⁵⁾

이와 같이 중재판정의 집행을 모든 체약국에 의무를 부과하는 제도는 세계 대부분의 경제활동을 하는 국가들이 ICSID협약의 체약국¹⁶⁾임을 감안하면, ICSID중재의 실효성을 높이기 위함이라고 할 수 있다. 이 제도의 전체적인 평가는, 「제54조에서의 어느 조항도

12) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op. cit.*, pp.238-239.

13) Christoph H. Schreuer *et al*, *op. cit.*, pp. 1117-1118.; 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응 방안”, *전계논문*, pp.103-104.; 이는 ICSID중재의 자율성(self-contained mechanism)과 배타성(exclusiveness)으로도 표현된다.

14) Christoph H. Schreuer *et al*, *op. cit.*, pp.1123-1124.

15) Stanimir A. Alexandrov, “Enforcement of ICSID Awards: Article 53 and 54 of the ICSID Convention,” in Christina Binder *et al* (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, p.336.

16) 한국은 1966년에 체약국이 되었으며, 2017년 1월 현재 159개국이 서명하고 150개국이 비준하여 투자분쟁해결의 중심이 되고 있다.

해당 국가 또는 모든 외국의 집행에 대한 면책과 관련하여 모든 체약국에서 유효한 법률을 훼손하는 것으로 해석해서는 아니 된다」는 ICSID협약 제55조를 근거로 해야만 한다.

전통적인 국제법(또는 이를 반영하고 있는 국내법)에 따르면, 외국의 재산은 타국에서 강제집행으로부터 면제된다(집행면제). ICSID협약은 투자중재판정의 집행이라는 한정된 목적에서도 그러한 집행면제의 규칙적용을 제외시키지 않고 있다. 그 결과 ICSID협약에서 중재판정의 집행은 집행의무규정(제54조)과 집행을 방해할 수 있는 집행면제규정(제55조)이 병존하고 있다.

이상에서 서술한 바와 같이 ICSID중재의 가장 주목할 만한 특징의 하나는 중재판정의 승인과 집행에 관한 체계(제53조-제55조)를 갖추고 있다는 점이다. 다른 중재판정부(arbitral tribunal)의 판정과는 달리 ICSID중재판정은 뉴욕협약에 따라 집행할 필요가 없다.¹⁷⁾ 그리고 ICSID중재판정은 각 체약국의 어떤 추가적인 집행명령(exequatur)없이 직접 집행가능하며, 국내법원은 자국의 공공정책(public policy)을 포함하여 어떤 이유로도 내려진 중재판정을 검토할 수 없다. 즉 ICSID중재판정은 승인과 집행절차가 진행되는 동안 국내법원에서 재심(review)의 대상이 되지 않는다. 그러므로 국내법원이나 기관은 ICSID중재판정의 관할권(jurisdiction)의 존속유무, 적합한 절차의 준수여부, 또는 중재판정의 실질적인 시비를 검토해서는 아니 된다.¹⁸⁾ 결국 ICSID중재판정은 초국적(a-national)성격을 갖고 있으며, 국내법이 아닌 ICSID협약에 근거하고 있다는 점에서 국내법원에 의해 취소(vacate)될 수 없다.¹⁹⁾

(2) ICSID협약의 투자중재판정 집행사례

ICSID중재판정사례는 2010년 1월까지 271건 중 복잡한 사건들임에도 불구하고 오로지 4건만 집행절차(execution proceedings)가 행하여졌다.²⁰⁾ ICSID중재판정부에 의한 중재판정에 대하여 최초로 승인 및 집행이 청구된 사건은 프랑스법원에서의 *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. Congo*사건(1980)이었다.²¹⁾ 본 사건에서는 이탈리아기업과 콩고(인민공화국)간의 계약에 따라 페트병 제조 및 미네랄소다 채취에 관한 투자재산이 콩고에 의해 국유화된 것이 발단이 되었다. 계약에 따라 ICSID중재를 신청하여 1980년에 내려진 중재판정²²⁾

17) Yaroslau Kryvol, *op.cit.*, p.77.

18) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op.cit.*, pp.310-311.

19) Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *op.cit.*, p.181

20) Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *op.cit.*, p.186.; 이하 중재판정사례 4건에 대한 자세한 분석은, Vasily Shubin, "The Enforcement of ICSID Arbitration Award, Practice and Problems," *Korea University Law Review*, Vol.11, 2012, pp.23-31.참조

21) Alan S. Alexandroff and Ian A. Laird, "Compliance and Enforcement," in Peter Muchlinski, F. Oritno and C. Dchreuer ed., *The Oxford handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp.1177-1178.

22) *S.A.R.L. Benvenuti and Bonfant v. Government of the People's Republic of Congo* (ICSID Case No.ARB/77/2), Award, 8 August 1980, translated in *ICSID Reports*, Vol.1, 1993, p.330.

을 콩고가 이행하지 않은 사례이다. 투자자인 이탈리아기업이 프랑스에 있는 콩고의 재산에 대하여 집행을 청구하였으며, 파리 제1심 법원은 집행명령(exequatur)²³⁾을 내렸다. 실제 집행에 대하여 프랑스파취원(Cour de cassation)은 문제가 된 콩고의 재산은 별도의 법인격을 갖고 있는 콩고상업은행의 은행예금이므로 이에 대하여 집행할 수 없다고 판정하였다. 다만, 최종적으로는 콩고로부터 중재판정의 이행이 있었다.²⁴⁾

LETCO v. Republic of Liberia 사건(1986)은 라이베리아의 산림관리에 관한 양허계약(concession agreement)의 종료를 둘러싼 투자분쟁으로 라이베리아에 보상을 청구하는 1986년의 ICSID 중재판정²⁵⁾을 라이베리아가 이행하지 않았기 때문에 미국에 있는 라이베리아의 재산에 대하여 집행이 청구된 사례이다. 미국의 연방지방법원은 중재판정을 승인하고, 집행명령도 발부²⁶⁾하였으나, 구체적으로 집행이 청구된 라이베리아의 재산은 미국의 외국주권면제법(U.S. Foreign Sovereign Immunities Act)에 따라 집행이 면제되는 국가재산이기 때문에 집행할 수 없다고 판결²⁷⁾하였다.

SOABI v. Senegal 사건(1988)은 세네갈에서 저소득층에 대한 주택건설계획을 둘러싼 투자분쟁이 계약에 따라 ICSID 중재를 신청한 사건으로, 1988년에 내려진 ICSID 중재판정²⁸⁾을 세네갈이 이행하지 않았기 때문에 프랑스에서 집행을 청구한 사례이다. 파리 제1심 법원이 중재판정을 승인하고 집행명령을 발부한 것에 대하여 파리항소법원은 세네갈이 집행 면제를 포기하지 않은 것으로 판단하여 집행명령을 취소하였으나²⁹⁾, 프랑스파취원은 집행명령은 집행 그 자체를 의미하는 것이 아니라는 것을 전제로 프랑스가 ICSID 계약국인 이상 집행명령은 발부되어야 한다고 판결³⁰⁾하였다. 하지만 실제로는 이러한 집행명령에 따라 프랑스에 있는 세네갈의 재산에 대하여 집행조치가 내려진 것은 아니다.

AIG Capital Partners v. Kazakhstan 사건(2003)은 카자흐스탄에서 조인트벤처회사(Joint Venture Company) 재산수용을 둘러싼 투자분쟁이 미국-카자흐스탄투자협정에 의해 ICSID 중재에 신청되었다. 2003년에 내려진 중재판정³¹⁾을 카자흐스탄이 이행하지 않았기 때문에

23) 파리 제1심 법원의 집행명령에서는 집행할 때 법원의 사전허가를 받도록 하였으나, 파리항소법원은 집행명령은 집행 그 자체가 아니라 그 전단계의 조치를 말하므로 사전허가를 조건으로 할 필요는 없는 것으로 하여 그 조건을 삭제하였다. 일반적으로 집행명령(exequatur)은 중재판정 승인단계의 조치를 말한다(Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, p.1128.).

24) Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, p.1131.

25) *Liberian Eastern Timber Corporation [LETCO] v. Government of the Republic of Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2). Award, 31 March 1986, *ICSID Report*, Vol.2, 1994, p.343.

26) *ICSID Report*, Vol.2, 1994, p.384.

27) *ICSID Report*, Vol.2, 1994, pp.388-390.; Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, pp.1161-1162.

28) *Société Quest Africaine des Bétons Industriels [SOABI] v. State of Senegal* (ICSID Case No.ARB/82/1), Award, 25 February 1988, *ICSID Review*, Vol.6, No.1, 1991, p.125, translated in *ICSID Report*, Vol.2, 1994, p.190.

29) (1990) 117 JDI 141.

30) (1991) 118 JDI 1005.; Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, p.1131, pp.1164-1165.

31) *AIG Capital Partners, Inc v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No.ARB/01/6), Award, 7 October 2003, *ICSID Report*, Vol.11, 2007, p.3.

영국에서 집행이 청구된 사례였다. 영국의 고등법원(the High Court)은 1978년 국가면제법(State Immunity Act, 1978)을 근거로 “외국의 재산은 상업적으로 사용되는 것을 제외하고 중재판정의 집행절차를 거부할 수 있다고 되어 있기 때문에 외국의 중앙은행의 재산은 상업적 목적으로 사용되는 재산에 한정되어야 한다”고 판결하였다.³²⁾ 문제가 된 재산은 카자흐스탄 중앙은행의 재산이었기 때문에 영국의 법원은 국가면제법에 따라 이러한 재산에 대하여 집행을 할 수 없었다.³³⁾

이와 같이 투자유치국이 ICSID중재판정을 자발적으로 이행하지 않는 경우에, 제3국의 법원이 ICSID협약에 따라 중재판정을 승인하고 집행명령까지 발부한 사례는 있으나 집행까지는 이루어지지 않고 있다. 투자자의 입장에서는 집행에 이르지 않은 승인이나 집행명령은 대부분 의미가 없고 집행명령이 발부되는 것이 하나의 이유가 되어 지급했는지도 모르는 *Benvenuti & Bonfant*사건을 제외하면³⁴⁾, ICSID협약에 있어서 중재판정의 집행의무는 반드시 ICSID중재의 실효성을 높이고 있는 것은 아니라고 할 수 있다.

2. 뉴욕협약의 투자중재판정 집행

(1) 뉴욕협약의 집행

ICSID중재판정 이외의 투자중재판정의 제3국에서의 집행은 그것을 목적으로 하고 있는 별도의 법적영역에서 구하여야 되는데, 그러한 역할을 수행하고 있는 대표적인 것으로는 뉴욕협약을 들 수 있다. 뉴욕협약에서는 「본 협약은 중재판정의 승인과 집행을 받은 국가 이외의 국가의 영토내에서 내려진 판정으로서 자연인 또는 법인간의 분쟁으로부터 발생하는 중재판정의 승인 및 집행에 적용한다.…」(제1조). 「각 체약국은, …중재판정을 구속력있는 것으로 승인하고 그 판정이 원용될 영토의 절차규칙에 따라서 집행한다.」(제3조) 고 규정하고 있다. 이러한 뉴욕협약에는 세계 주요국 대부분이 체약국³⁵⁾으로 되어 있기 때문에 외국에서의 집행에 대해서는 중재판정이 오히려 법원의 판결보다도 명확한 규범으로 작용할 가능성이 높다고 할 수 있다.³⁶⁾

예를 들면, 분쟁 당사자중 일방이 체약국이 아닌 경우에는 ICSID협약이 아닌 별도의 AFR에 의하여 중재절차가 진행되며, 이 절차에 따른 중재판정의 승인과 집행은 ICSID협

32) 영국의 1978년 국가면제법(State Immunity Act of 1978), 제13조 2항 및 4항, 제14조 4항.

33) *AIG Capital Partners, Inc v. Republic of Kazakhstan*, [2005] EWHC 2239 (Comm), 129 ILR 589.

34) 중재판정의 집행가능성이 적은 승인은 완전히 의미가 없는 것이 아니고 투자유치국으로 하여금 이행을 촉진하게 할 가능성은 있다(Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, pp.1129-1130.).

35) 한국은 1973년 5월 9일에 상호주의원칙과 상사한정유보선언을 조건으로 42번째 회원국이 되었으며, 2017년 2월 현재 135개국이 회원으로 가입되어 있다.

36) Andrea K. Bjorklund, “State Immunity and the Enforcement of Invest-State Arbitral Awards,” in Christina Binder *et al* (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, p.304.

약의 규정이 적용되지 않고, 뉴욕협약이 적용되며 관할 국내법원에서 실질적인 검토가 이루어지고 파기여부가 결정된다.³⁷⁾ 이와 같이 뉴욕협약은 기본적으로는 사적당사자간의 중재를 염두에 두고 만들어진 것이지만, 투자중재와 같이 국가를 일방 당사자로 하는 중재에도 적용된다.³⁸⁾

(2) 뉴욕협약의 집행 관련사례

Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation 사건(1998)은 러시아에 있는 독일 투자자의 투자재산 수용과 관련된 투자분쟁으로, 독일-소련투자협정에 따라 스톡홀름상업회의소 중재협회(SCC)의 중재규칙에 의거하여 중재절차가 진행되었다. 중재절차가 종료된 후 중재판정³⁹⁾을 러시아가 이행하지 않아 독일에서 집행을 청구되었다. 독일-소련투자협정에는 이 투자협정에 근거한 중재판정은 뉴욕협약에 따라 집행되어야 한다고 규정하고 있으므로 독일의 연방최고법원은 2005년 10월 4일 판결에서, 러시아가 독일에 대하여 가지고 있는 배상환급청구권 및 러시아가 독일의 항공회사(루프트한자)에 대하여 가지고 있는 러시아상공의 비행권료 등의 청구권에 대하여 집행할 수 없다고 판결⁴⁰⁾하였다. 이러한 것은 러시아의 주권면제가 적용되는 재산이기 때문에 집행을 할 수 없다는 것이었다.

한편, 투자중재판정의 집행에 관련된 것은 아니지만, 스톡홀름지방법원의 SCC 중재판정의 취소청구절차(2002년 청구포기)에 관한 중재비용의 지급명령을 집행하기 위한 소송에서 스웨덴의 최고법원은 러시아가 소유하고 있으면서 대사관직원에 임대하거나 학술교류 등의 활동 및 민간기업의 이용에 사용되고 있는 건물과 자료에 대하여 UN국가면제조약 제19조 (c)을 참조하여 집행가능한 것으로 판결하였다.⁴¹⁾

37) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.241.; UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010, p.67.; http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

38) Andrea K. Bjorklund, *op.cit.*, p.308.; Albert Jan van den Berg, "Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Convention," *ICSID Review*, Vol.2, No.2, 1987, pp.447-448.

39) *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Award, 7 July 1998. <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf>>

40) Bundesgerichtshof, Beschluss, 4 Oktober 2005, VII ZB 8/05; VII ZB 9/05.; <<http://www.bundesgerichtshof.de>>.

41) pål Wrangé, "Case Report: Sedelmayer v. Russian Federation," *American Journal of International Law*, Vol.106, 2012, p.347.

Ⅲ. 국가면제론과 외교적 보호권의 제한

1. 국가면제론의 제한

(1) 국가면제론의 의의

국가면제론(doctrine of state immunity)은 국가가 자국의 영역내에서 외국 및 그 재산에 대하여 주권평등원칙에 입각하여 개인이 그 외국을 상대로 소송을 제기하는 경우에 문제의 행위가 당해 외국의 주권행사에 해당하는 경우 자국 법원은 당해 소송에 대해 재판관할권을 행사할 수 없으며, 자국 영역내에 있는 타국재산 중 당해 외국의 주권행사와 관련된 재산에 대해서는 강제집행권을 행사할 수 없다는 것을 말한다.⁴²⁾ 국가면제를 정확하게 표현하면 ‘국가 및 그 재산에 대한 관할권면제(jurisdictional immunities of states and their property)’⁴³⁾이며, 과거에는 주로 주권면제론(doctrine of sovereign immunity)이라고 불리었다. 19세기에서 20세기 초까지 국가면제론은 절대적 주권주의에 기초하고 있었으므로 주권국가의 면제는 절대적이었으며, 법정지국내에서 행하여진 외국의 모든 행위와 재산에 대하여 인정되었다.⁴⁴⁾

그러나 20세기에 들어와 국가자신이 상업적 활동에 직접 참여하는 경우가 증가하면서 절대적 면제론에 대한 비판이 일기 시작하였다. 특히 국가자신이 직접 무역에 종사하였던 국영(정부)무역 국가들은 국가면제에 대하여 일정한 제한을 두지 않으면 시장경제국가들로부터 외면을 받게 되어 오히려 실익이 없게 된다는 점을 스스로 인식하게 되었다. 이러한 시대적 상황을 거치면서 국가행위 중 권력적 행위에 대해서는 국가면제를 부여하고, 비권력적 행위에 대해서는 더 이상 국가면제를 부여하지 않으려는 제한적 국가면제론(restricted theory of state immunity)이 일반화되었다.

따라서 ICSID의 중재절차는 국가를 상대로 제3국에 제소하는 경우, 당해 국가는 타국에서 소송의 대상이 될 수 없다는 국가면제를 이유로 거부하는 경우 유용하게 활용할 수 있는 분쟁해결제도이다.⁴⁵⁾

42) 이와 유사한 국가행위이론(act of state doctrine)은 주권국가는 자국 영역내에서 배타적 관할권을 행사하므로 자국이 제정한 법령이나 자국 영역내에서 행한 공적행위에 관하여 타국의 국내법원이 그 법적 유효성을 판단해서는 아니 된다는 이론을 말한다. 국가면제론은 청구 전체를 소송으로부터 면제하는데 반하여, 국가행위이론은 특정한 문제만을 소송의 심리대상에서 제외시킨다는 점에 양자간 차이가 있다.

43) UN Document, “Report of the International Law Commission on the Work of its Thirty-eighth Session,” 1986; UNGA, Official Records, Forty-First Session, Supplement No. 10 a/41/10.

44) 국가면제에 관한 미국 최초의 판례는 1812년 ‘스쿠너 익스체인지호 사건’(the *Schooner Exchange v. McFaddon*, U.S. Sup. Ct. 1812.)이다.

45) 중국이 1998년까지 체결한 양자간 투자협정(BIT)에는 투자분쟁과 관련하여 국내중재절차만 가능하도록 하였

(2) 국가면제론의 법원(source of law)

국가면제에 관한 법원은 주로 관습법과 판례, 그리고 관계기관의 법률고문의견 등을 통하여 형성되어 왔다. 국가면제에 관하여 제일 먼저 체결된 조약은 1926년의 브뤼셀협약⁴⁶⁾이다. 동 협약은 국가가 통상항해를 목적으로 소유·운영하는 선박은 민간상선과 동일하게 국가면제를 부여하지 않는다는 제한적면제론을 채용하였다. 그 후 1972년 ‘국가면제에 관한 유럽협약’이 체결⁴⁷⁾되었으며, UN국제법위원회(UN International Law Commission)는 1977년 UN총회결의에 의하여 1978년부터 ‘국가 및 그 재산에 대한 관할권면제에 관한 협약초안(Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property)’을 작성하기 시작하여 1991년 6월에 22개조로 된 최종초안을 채택한 바 있다.⁴⁸⁾ 이외에도 많은 국가들은 국가면제에 관한 입법을 통하여 제한적면제론을 수용하고 있다. 예를 들면, 1976년 미국의 ‘외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)’(1976.10.21제정, 1977.1.19.발효, 1988년과 1996년 수정됨) 1978년 영국의 ‘국가면제법(State Immunity Act)’(1978.7.20.발효), 1982년 캐나다의 ‘국가면제법’(1982.7.15발효), 1985년 오스트레일리아의 ‘외국면제법’(1985.12.16제정, 1986.4.1.발효) 등이 있으며, 이외에도 오스트리아, 벨기에, 스위스 등은 1976년 유럽협약에 가입함으로써 제한적국가면제론을 수용하고 있다.⁴⁹⁾

(3) 강제집행 면제권의 포기

투자중재판정의 집행과 관련해서는 이미 앞에서 검토한 ICSID중재판정이나 다른 중재판정에서와 같이 집행면제규칙이 집행을 제약하는 가장 큰 요인이었음을 알 수 있었다. 강제집행면제란 외국에 대하여 국가의 관할권행사를 일정 범위에서 금지하는 국가면제(주권면제)에 관한 국제법의 한 분야로, 국가는 자국내에 있는 외국의 재산에 대하여 강제집행조치를 할 수 없다(외국의 재산은 국가에 의한 강제집행조치로부터 면제된다)는 것이다.⁵⁰⁾ 예를 들면, 외교사절단·영사관 또는 특별사절단의 은행예금계좌 (단, 상업용 재산

으나, 중국 기업의 해외투자가 활발해지기 시작한 1999년부터 체결된 중국의 BIT에는 ISDS를 위한 국제중재가 가능하도록 하는 조항이 증가하고 있으며, FTA투자협정에서는 기존 BIT보다 진전된 내용의 분쟁해결 절차를 포함시키고 있다.

46) Brussels Convention for the Unification of Certain Rules relating to the immunity of State-Owned Vessels, and its Additional Protocol of 1934.; 브뤼셀협약(1926. 4. 10채택, 1936. 2.23발효)은 미·소를 제외한 영·불·독·이·노르웨이 등 20개국에 의해 서명되었으나, 1938년까지 13개국만이 비준하고 영·불·일 등 7개국이 비준하지 않아 부분적 효력발생에 그쳤다.

47) European Convention on State Immunity(ECSI).; 국가면제 전반 분야에 관하여 채택된 다자조약으로 1972. 5. 16채택되고 1976. 6. 11부터 발효되었다.

48) 그 후 2004년 12월 UN협약이 채택되었으나 여전히 발효되지 못하고 있다.

49) 그러나 한국은 절대적 국가면제의 원칙을 지지하며 아직까지 국가면제에 관한 명문규정을 두고 있지 않다. 다만, 1994년에 “외국정부 또는 외국기관의 행위일지라도 그 행위의 성질이 주관적·공권적 행위가 아닌 사경제적 또는 상업적 활동인 경우에는 국내법원도 재판관할권을 갖는다”고 판결함으로써 제한적 국가면제론을 채택하고 있다(서울민사지법 1994.6.22. 90 가합 4223).

50) Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed, 2013, pp.479-508.

인 경우에는 강제집행의 대상이 되지만, 혼합자금의 경우에는 현실적으로 면제를 인정해 주고 있다), 군사적 성격의 재산, 중앙은행이나 기타 이에 준하는 금융기관의 재산, 비매 품인 문화적 유산이나 공문서, 비매품인 과학적·문화적 또는 역사적 전시품 등은 일반적으로 강제집행권이 면제된다. 따라서 이러한 외국재산에 대해 강제집행을 하기 위해서는 이에 대한 별도의 면제포기가 있어야 한다. 집행에 대한 면제의 포기는 가능하지만 투자 유치국으로부터 이를 얻어내기는 쉽지 않다. 경우에 따라서는 집행으로부터의 국가면제에 관한 국내규칙에서 포기에 동의할 가능성을 실질적으로 제한하기도 한다.⁵¹⁾

그러나 외국이 명시적으로 강제집행에 동의한 경우, 외국이 특별히 소송상의 청구에 대비하여 미리 할당 또는 계상해 둔 재산이 있는 경우, 외국에 의해 특히 비상업적 목적 이외에 사용되고 법정지국 영역내에 소재하며 소송의 목적인 청구와 관련되어 있거나 또는 소송의 당사자인 정부기관 또는 단체와 관련된 재산 등에 관해서는 강제집행권의 면제가 인정되지 않는다.

다만, 국가에 따라서는 아직도 절대적 국가면제론을 고집하는 경우⁵²⁾도 있고, 강제집행 면제권을 포기한다고 해도 집행을 청구하는 국가의 법원이 포기의 사정에 대하여 제한적 해석(집행면제는 포기되지 않는다고 해석)을 통하여 집행하지 않는 사례도 있음에 유의해야 한다. 예를 들면, 투자중재판정은 아니지만 아르헨티나가 발행한 채권에 근거하여 채무 불이행에 관한 외국(미국)판결의 집행이 일부 국가에서 청구된 *NML Capital*(사건⁵³⁾에서, 프랑스파워원은 2011년 9월 28일 판결⁵⁴⁾ 및 2013년 3월 28일 판결⁵⁵⁾을 통하여 “외국이 집행면제를 포기하면 집행면제를 부여할 필요는 없지만, 주권적 재산에 대한 집행면제의 포기는 명시적이어야 하며 집행면제를 포기하는 재산이 특정되어야만 한다”고 판결하고, 계약의 내용에 명시적으로 집행면제를 포기한다고 되어 있었음에도 불구하고 특정성의 요건을 충족하지 못했다는 이유로 집행을 인정하지 않았다.⁵⁶⁾

51) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.311.

52) 예를 들면, 국제상업회의소(ICC)의 중재규칙에 따른 중재판정으로 홍콩특별행정구에서의 집행에 관한 *FG Hemisphere Associates LLC* 사건에서, 홍콩중심법원(중국)의 2011년 판결은 집행면제를 포함한 국가면제에 대하여 절대적 국가면제주의를 고수한다는 입장을 명확히 하고 있다. *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates LLC (No.1)*, 147 ILR 376 (Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China of Final Appeal, 2011); *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates LLC (No.2)*, Lexis (Court of Final Appeal, 8 September 2011).

53) Sally El Sawah et Jorge E. Vnuaes, “Note: L’immunité d’ exécution dans l’affaire de l’ Ara Libertad devant le TIDM”, 140 JDI, pp.879-886.; 예를 들면, 영국의 최고법원은 미국판결의 승인 및 집행을 청구하는 법원 절차에 대하여 아르헨티나는 면제되지 않는다고 판결(*NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, UKSC 31, 147 ILR, 2011, p.575)하였지만, 아르헨티나의 재산에 대한 집행조치는 취해지지 않았다.

54) *Sté NML Capital Ltd c. République Argentine*, 139 JDI, 2012, p.139.; 본 사건에서 문제가 된 아르헨티나의 재산은 아르헨티나 외교사절단의 임무수행을 위해 사용되는 은행예금이였다.

55) *Sté NML Capital Ltd c. République Argentine*, 140 JDI, 2013, p.899.; 본 사건에서 문제가 된 아르헨티나의 재산은 아르헨티나가 프랑스회사의 아르헨티나지점에 대하여 갖고 있는 조세채권 및 석유채굴권사용료 채권이였다.

56) 이와 유사한 판결을 내린 프랑스의 하급심 판결로는, *Noga*사와 러시아간의 계약에서 중재판정에 대하여 러시아가 모든 면제를 포기한다고 명시하였음에도 불구하고, 집행에 관하여 외교적인 면제를 포기하는 것은

또한 가나의 법원이 NML Capital의 청구를 인정하여 가나에 기항중인 아르헨티나의 정부소유 선박을 압류한 조치에 대하여, 아르헨티나가 UN해양법조약 위반을 주장하고 잠정 조치로서 선박의 석방을 요구한 사건에서 국제해양법재판소는 군함의 면제를 근거로 석방을 명하였다(2012년 12월 15일 판결)⁵⁷⁾. 국제해양법재판소는 아르헨티나에 의한 집행 면제의 포기 여부에 대해서는 아무런 언급을 하지 않았으나 아르헨티나는 잠정 조치를 청구하는 서면에서 군사적 재산은 집행 조치로부터 절대적 면제 대상이므로 설사 집행 면제를 포기한다고 하여도 그러한 포기는 군사적 재산에 대하여 명시적이고 한시적이어야 한다고 주장하였다.

(4) 중재판정과 국가면제론의 제한

국제상설중재기관의 기관중재를 통해 국가와 개인간의 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 중재합의(중재계약)는 중재판정에 당사자가 구속된다는 점에서 국가면제로부터 면제를 묵시적으로 포기한 것으로 보는 것이 타당⁵⁸⁾하며, 이러한 중재합의를 기초로 국내법원에서 국가면제를 제한하는 것은 당연하다.⁵⁹⁾ 이는 개인이 다른 국가를 상대로 제소하는 경우 그 국가가 국가면제에 기초한 항변을 제기하지 못하도록 함과 동시에 소송상에서 발생할 수 있는 준거법의 문제나 재판관할권의 문제를 해결할 수 있는 기준이 된다. 따라서 국제투자계약에 삽입되어 있는 중재조항의 경우에는 제한적 국가면제론의 입장에서 국가면제에 대한 묵시적인 포기로 간주된다.⁶⁰⁾

미국은 1976년 처음으로 ‘외국주권면제법’에 상행위에 대하여 국가면제를 제한하는 취지를 규정(제1605조 a항 6호)한 후, 1988년 이를 개정하면서 영리를 목적으로 하는 상행위에 대하여 중재합의와 중재판정의 집행에 한하여 국가면제를 부인하는 입장을 분명하게 취하고 있으며, 영국도 1978년의 ‘국가면제법’을 통하여 서면으로 중재합의된 내용에 대해서는 국가면제를 부인(제9조)하고 있다.

아닌 것으로 판결하여 대사관명의의 은행예금에 대하여는 집행을 인정하지 않은 파리항소법원 2000년 판결이 있다(Ambassade de la Fédération de Russie en France c. Cie Noga d'importation et d'exportation, 127 JDI, p.105.).

57) The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), International tribunal for the Law of the Sea, Order (Request for the Prescription of Provisional measures), 15 December 212, <<http://www.itlos.org>>; James Kraska, “Case Report: The ‘ARA Libertad’ (Argentina v. Ghana),” *American Journal of International Law*, Vol.107, 2013, p.404.

58) Georges R. Delaume, “Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration,” *ICSID Review*, Vol.2, No.2, 1987, p.412.

59) J. Gillis Wetter, “Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals,” *Journal of International Arbitration*, Vol.2. 1985, pp.19-20.

60) Albert Jan van den Berg, *op.cit.*, p.451, p.456.

2. 외교적 보호권의 제한

(1) 외교적 보호권의 의의

국가면제(강제집행면제)의 경우에는 중재판정의 이행을 청구받은 국가(법원)가 집행면제론을 이유로 집행을 거부하면, ICSID협약이나 뉴욕협약에 따른 중재판정의 집행의무에 위반되지 않는다고 할 수 있으나, 반대로 집행을 하게 되면 집행면제에 관련된 국제법에 위반될 가능성이 존재하므로 국가면제에 대한 국제법상의 비대칭적 성격도 나타나게 된다. 투자유치국이 투자중재판정을 자발적으로 이행하지 않는 경우에 투자자가 스스로 취할 수 있는 조치로서 중재판정의 집행은 충분히 보장받고 있다고 할 수 없다. 이 경우 최종적인 수단으로 투자자의 본국이 전통적인 투자분쟁해결수단인 외교적 보호권(diplomatic protection)을 행사하여 투자유치국에 중재판정의 이행을 촉구할 수도 있지만, 이러한 형태로 ICJ에 소송을 제기한 사례는 현재까지 전무하다.

과거 중남미국가들은 서방 강대국의 자국민투자보호를 구실로 한 군함외교(gun boat diplomacy)에 대항하여 ‘칼보이론(Calvo doctrine)’⁶¹⁾을 들어 투자분쟁이 발생하면 외국투자자는 본국정부에 외교적 보호권을 요청하지 말고 현지국의 국내법정에서 투자분쟁을 해결하여야 한다고 주장했었다.⁶²⁾

그러나 현재의 추세는 세계화, 글로벌화의 진전에 따라 대부분의 중남미국가들도 투자 관련 분쟁에 있어서 국가면제론을 제한적으로 포기하거나 칼보조항(calvo clause)을 배척하고, 뉴욕협약이나 ICSID협약에 가입함으로써 투자협정에서 국제중재를 적극 도입하고 있는 실정이다. 오히려 외교적 보호권은 많은 국가들이 자국법에서 이를 의무화하고 있으므로 이제는 권리가 아닌 의무로 하자는 주장도 나타나게 되었다.⁶³⁾

한편, 투자유치국의 위반조치가 WTO협정의 의무위반에 해당하는 조치인 경우에는 사인(私人)인 투자자는 WTO에 직접 제소할 수 있는 권리가 제한되어 있으므로 자신의 본국으로 하여금 투자유치국을 WTO에 제소하도록 하여 위반조치의 시정을 요구할 수도

61) 칼보이론(Calvo doctrine)은 아르헨티나의 국제법학자 칼보(Carlos Cavlo)가 1896년에 주장한 이론으로, 특정 국가와 외국인(개인)간의 금전채무계약에서 외국인은 계약에 관한 모든 사항에서 채류국 국민으로 간주되어, 내국민과 동등한 대우를 받을 권리를 주장할 수 있으나, 내국민보다 더 확대된 보호를 주장해서는 아니 된다는 이론을 말한다. 칼보이론은 그 후에 “칼보조항(Calvo Clause)”으로 발전되어 외교적 보호권의 남용이 아닌 외교적 보호권의 본질적인 차단을 의미하게 되었다. 즉, 칼보조항은 투자유치국의 국가면제를 유지하고 내국민대우의 사상(idea of national treatment)을 지지하는 목적을 갖고 있다. 자세한 내용은 Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp.309-312. 참조

62) 외교적 보호권을 행사하면 외국인투자자의 재산권 침해에 대한 보호차원을 넘어 정치적으로 비화될 가능성이 있으며, 투자가 여러 국가에 설립된 중간단계의 법인을 두고 이루어지는 경우 외교적 보호권행사의 주체국을 결정하는 것도 어렵다고 한다(신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재”, 『서울대학교 법학』, 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014, pp.194-195.).

63) Phoebe Okowa, “Issues of Admissibility and The Law on International Responsibility,” in Malcolm D. Evans (eds.), *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006, p.484.

있으나, 이 경우에는 사적계약에 따른 투자분쟁이 통상분쟁으로 확대되어 국가간 무역마찰을 가져올 수 있다는 점에서 바람직한 현상은 아니라고 할 수 있다.⁶⁴⁾

(2) 외교적 보호권의 제한

ICJ도 현대의 국제법에 있어서는 투자보호분야는 기본적으로 투자협정에 따라 규율되어야 하며, 이에 따라 외교적 보호권의 역할은 축소되고 있지만, 투자협정이 존재하지 않는 경우나 존재하여도 그 기능을 충분히 발휘하지 못하는 경우에는 외교적 보호권의 행사를 어느 정도 인정하고 있다.

ICSID협약도「어떠한 계약국도 자국민 및 타계약국이 본 협약에 따라 중재를 신청하기로 동의하거나 또는 신청한 분쟁에 관하여 외교적 보호를 부여하거나 또는 국가간의 청구를 제기해서는 아니 된다」고 규정(제27조 1항 전문)하고, 한편에서「다만, 당해 타계약국이 그러한 분쟁에 대하여 내려진 중재판정에 불복하는 경우에는 그러하지 아니하다」고 규정(제27조 1항 후문)하여 중재판정이 이행 또는 집행되지 않는 경우에는 외교적 보호권을 행사할 수 있음을 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 그러나 제27조 2항에서「1항의 목적을 위한 외교적 보호는, 분쟁해결을 촉진하기 위한 것만을 목적으로 하는 비공식적 외교상의 교섭(informal diplomatic exchanges)은 이에 포함되지 않는다」고 규정하고 있어서 이러한 외교적 보호와 비공식적 외교상의 교섭이 구체적으로 무엇을 말하는지는 명확하지 않다. 예를 들면, 2006년 ILC의외교보호규정 초안(Draft article on Diplomatic Protection)⁶⁶⁾ 제1조는「본 규정 초안의 적용상 외교적 보호란 타국의 국제위법행위에 의해 자국민인 자연인 또는 법인에 발생된 피해에 대하여 당해 타국이 책임을 이행하도록 요청할 수 있고, 국가가 외교적 행동이나 기타 평화적 해결수단을 통하여 그러한 책임을 추궁하는 것을 말한다」고 규정⁶⁷⁾하고 있어서 무력을 통한 외교적 보호는 금지하고 있지만, 어떠한 조치가 투자자 본국에 인정되는지는 명확하지 않다.

투자중재제도는 투자유치국의 불충분한 국내구제조치를 대신하는 구제수단으로 도입된 제도이므로 ICSID협약 제26조(전문)에 따라, 외국투자자는 국내구제조치를 완료하지 않고도 투자중재를 신청하는 것이 인정된다.⁶⁸⁾ 그러나 ICSID협약 제26조(후문)에 의하면, 중재에의 동의조건으로서 투자유치국은 투자자에 대하여 당해 투자유치국에서의 행정적 또는 사법적 구제조치의 완료를 요청할 수 있다고 규정하여 국내구제조치의 완료(exhaustion

64) WTO에서는 협정상의 합리적인 이행확보를 위하여 피제소국의 위반조치가 철폐되거나 시정될 때(제소국의 양허 및 기타 의무의 정지가 이루어지기 전)까지 금전보상(financial compensation)을 할 수 있도록 하자는 주장이 제기되고 있음은 ICSID와 대조적이라고 할 수 있다.

65) Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, p.426.

66) 2006년 제58차 회의에서 ILC가 채택하여 UN총회에 제출한 외교적 보호에 관한 초안과 주석(Commentary)으로 ICJ에서 많이 인용되고 있다.

67) 2006 ILC Report, 27 (para 8). Commentary on the ILC draft Articles on Diplomatic Protection, Article 1.

68) Christoph H. Schreuer *et al*, *op.cit.*, p.403.

of local remedies)를 중재신청의 전제조건으로 하는 것을 금지하지 않고 있다. 따라서 일부 투자협정에서는 국내구제조치의 완료를 투자중재에 대한 전제조건으로 명시하기도 한다.⁶⁹⁾ 이러한 경우에는 통상적으로 투자협정상 분쟁이 발생하는 경우 투자유치국의 국내법정에서 우선적으로 분쟁해결을 도모한다는 국내법정 지정조항(forum selection clause)을 두게 된다.

결국, 투자자가 외교적 보호권을 행사하기 위해서는 투자유치국에 합리적인 보상체계의 불비, 구제절차의 부당한 지연, 투자협정상에 국내절차의 배제 규정⁷⁰⁾ 등이 있는 경우를 제외하고, 투자유치국에서 이용가능하고 실효성있는 국내구제조치를 완료해야만 한다.

여기서 외교적 보호의 수단으로 생각할 수 있는 것은 ICJ에 소송을 제기하는 것을 생각할 수 있다. ICSID협약 제64조는「본 협정의 해석 또는 적용과 관련하여 계약국간에 발생하는 분쟁이 협상에 의해 해결되지 않으면 관련국가가 다른 해결방식에 합의하지 않는 한, 그러한 분쟁 관련 당사국이 ICJ에 신청함으로써 제기되는 것으로 한다」고 규정하고 있어서, ICSID중재판정의 불이행에 대해서는 협상이나 다른 분쟁해결방식에 동의하지 않는 한, 최종적으로 투자자 본국에 의한 외교적 보호권의 행사로서 ICJ에의 제소가 인정된다.⁷¹⁾ 다만, 제64조에서도 「...관련국가가 다른 해결방식에 합의하지 않는 한(unless the States concerned agree to another method of settlement)」이라고 규정하고 있으므로, ICSID중재의 경우에도 중재신청이 투자협정에 따라 행하여지는 경우에는 그러한 투자협정에서 규정하고 있는 국가간 분쟁해결방법도 고려하여야 한다. 즉 이 경우에는 ICJ의 관할권이 부정되므로 ICSID중재판정의 이행과 관련된 분쟁일지라도 ICJ에 제소할 수 없게 된다.⁷²⁾

69) C. McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p.88.; N. Gallagher and W. Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford University Press, 2009, pp.364-366.; 예를 들면, 한중일 BIT 제15조 7항, 중국-코트디부아르 BIT 제9조 3항. 또한 ICSID모델조항 제13조는 투자유치국은 개별투자자와의 계약에 있어서 국내구제조치의 완료를 정할 수 있다고 규정하고 있다.

70) 투자자의 입장에서 투자유치국의 국내구제조치를 배제하는 규정을 두는 이유는 이러한 구제조치로 인하여 투자자의 권리구제가 부당하게 지연되고, 국내절차의 결과에 불복하는 경우, 다시 ICSID의 중재절차를 밟게 됨으로써 구제절차의 중복으로 인한 시간적·경제적비용의 증가를 들 수 있다. 투자유치국의 입장에서도 투자유치국 법원에서 진행되는 공개절차로 인하여 당사자간의 분쟁이 더 악화될 수 있어 투자유치국의 투자 환경에 악영향을 줄 수 있다. 투자유치국은 ICSID협약 제26조에 따라 국내구제조치의 완료를 요구할 권리에 대하여 포기할 수 있는 재량권을 갖는 것은 물론이다. 예를 들면, 오스트리아-아랍에미리트 BIT 제10조 5항, 사우디아라비아·벨기에-룩셈부르크 경제동맹 BIT 제10조 2항 등을 들 수 있다.

71) Christoph H. Schreuer *et al.*, *op.cit.*, p.1109, p.1150, pp.1153-1154, p.1261.; Alan S. Alexandroff and Ian A. Laird, *op.cit.*, p.1173.

72) 예를 들면, 한중일 투자협정에서는 투자분쟁해결방법으로 ICSID중재가 규정(제15조)되어 있지만, 동 협정의 해석 및 적용에 관한 계약국간의 분쟁해결방법으로는 중재판정부에의 신청만을 규정(제17조)하고 있고, ICJ에의 제소는 규정하고 있지 않다.

IV. 국제투자중재판정 집행의 문제점과 구제조치

1. 국제투자중재판정 집행의 문제점

(1) 투자유치국의 투자중재 회피

최근에는 투자유치국이 투자중재를 회피하는 움직임이 나타나고 있는데, 이러한 움직임은 투자중재가 투자자를 구제하고 있다는 관점에서의 긍정적 성과와는 완전히 다른 것으로, 향후 투자중재협정의 활용가능성을 저하시키는 요인이 될 수 있다.⁷³⁾ 이들 국가는 투자중재에 투자자들의 제도적인 편견이 있음을 주장하고, 국가주권이나 유연한 정책 폭을 확보할 필요가 있다는 점을 근거로 들고 있다. 구체적으로는 볼리비아, 에콰도르, 베네수엘라 등이 ICSID협약 제71조에 따라 ICSID협약을 탈퇴한 바 있으며, 아르헨티나 등도 탈퇴를 고려하고 있다.⁷⁴⁾ 또한 인도는 EU, 오스트레일리아, 뉴질랜드 등과의 투자협정 체결 과정에서 중재조항을 제외할 것을 검토하였다.⁷⁵⁾

또한 투자중재의 경우에는 비공개를 원칙으로 하고 있는 상사중재와는 달리 분쟁절차나 당사자의 주장, 중재판정이 공개되어 투자유치국은 평판의 저하를 가져오고, 투자자는 주가하락 등의 기업이미지 저하를 가져오는 불편함이 존재한다. 그리고 투자자가 현지에서 계속적으로 사업을 영위하고자 하는 경우에는 현지 정부와의 관계악화나 매스컴 등의 보도에 의해 다른 사업에도 악영향을 미칠 수 있다.

또한 투자중재의 경우에는 단심제로 중재판정이 확정되어 법원의 최종판결과 동일한 확정력을 가진다는 점은 신속성과 경제성을 중시한 긍정적인 요소임에는 틀림없으나, 당사자 일방이 국가라는 점에서 중재의 공정성과 신뢰성에 의문을 가지게 되는 경우도 있다. 특히 투자중재는 계쟁금액이 천문학적인 경우가 많고, 국내외의 여론과 관심속에서 중재절차가 진행되고 중재판정이 공개되는 등 복합적인 요인이 작용할 가능성이 크다. 그럼에도 불구하고 투자중재는 WTO에서와 같은 항소절차를 두지 않고, 오히려 중재판정은 협약상 규정된 바를 제외(예를 들면, 제52조에 의한 취소절차 등은 특별위원회가 담당)하고 기타 어떠한 구제수단에도 그 대상이 될 수 없음을 명시하고 있다(제53조). ICSID중재절

73) 이러한 내용은 투자중재판정의 집행이라는 측면에서는 본 논문의 주제와 직접적인 관련성이 적으나, 전체적인 맥락에서 투자중재의 활성화와 관련된다는 점에서 언급하였다.

74) 다만, 탈퇴에 따른 효력은 탈퇴 통지 직후에 발생하는 것이 아니고, 통지일로부터 60일 경과 후에 탈퇴의 효력이 발생한다(ICSID협약 제71조). 또한 ICSID협약으로부터 탈퇴하여도 개별 투자협정의 효력에는 영향이 없으며, 투자협정에 따른 중재판정의 집행도 뉴욕협약에 의해 보호되는 경우가 대부분이다.

75) "BIT of Legal Bother," Business Today, May 27, 2012.; <http://businesstoday.intoday.in/story/india-planing-to-exclude-arbitration-clauses-from-bits/1/24684.html>.

차에서 항소기구(appellate body)가 설치되면, 절차의 일관성을 확보할 수 있고, 법률적 착오(legal errors)를 정정(rectification)하거나 심각한 사실의 오류가능성을 회피할 수 있다. 또한 재심(review)은 국내법원보다 중립적인 중재판정부에서 제한적으로 행하여진다는 장점이 있다. 그러나 항소제도(appellate mechanism)의 도입은 중재판정의 종국성의 원칙(the principle of finality)에서 일탈하게 되고, 추가적인 시간과 비용이 소요되며 항소가 남발(increased caseload)되는 등 제도가 정치화(politicization)되는 단점이 있어 도입되지 않았다.⁷⁶⁾ 이러한 점은 국제무대에서 정치적 영향력 및 경제적 열위에 있는 개발도상국들이 투자중재를 꺼리는 요인으로 작용한다. 결국 투자분쟁 위반에 따른 해결수단으로 반드시 투자중재로 한정할 필요가 없다는 점은 투자중재합의 자체를 회피하는 요인이 되고 있다.

(2) 중재판정의 불이행 문제

ICSID협약에 따르면, 중재판정은 양당사자를 구속하고 각 당사자는 집행이 본 협약의 관련 규정에 따라 유예되는 경우를 제외하고는 중재판정을 준수하여야 한다고 규정(제53조 1항)하고 있다. 또한 실무적으로도 IBRD의 업무 매뉴얼에는 계약국이 수용이나 대외 채무에 관한 분쟁을 포함하여 적절한 시정조치를 받아들이지 않는 경우 또는 분쟁의 해결에 합리적인 노력을 기울이지 않는 경우에는 신규대출을 정지할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 중재판정의 불이행도 이러한 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 IBRD의 대출정지 가능성은 중재판정의 불이행에 대한 억지력을 갖는다.⁷⁸⁾ 또한 Mitchell특별위원회도 피신청인이었던 투자유치국이 ICSID중재판정을 이행하지 않은 점이 국제용자의 계속 또는 기타 신규투자유치에 대하여 당사국의 지위에 부정적인(-) 영향을 줄 가능성이 크다고 지적하고 있다.⁷⁹⁾ 아르헨티나가 2013년에 투자자와 화해에 이른 것도 IBRD의 압력이 있었던 것으로 알려졌다.

이와 같은 이유로 중재판정부가 투자유치국의 위반조치에 대하여 금전배상을 명한 경우에는 대부분 이러한 의무를 이행하고 있으나, 간혹 불이행하는 경우도 있다.⁸⁰⁾ 예를 들면, 아르헨티나 정부는 CMS Gas Transmission Company(약 1억 3,000만 달러의 배상을 명한

76) Yaraslau Kryvol, *op.cit.*, pp.86-87.; OECD, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, 2006, pp.11-14.

77) World Bank Operational Manual: BP 7.40(July, 2001)-Disputes over Defaults on External Debt, Expropriation, and Breach of Contract.; 특히 ICSID는 IBRD의 산하기관이라는 점에서 ICSID중재판정의 불이행은 대출에 영향을 줄 가능성이 크다.

78) 福永有夏, 「國際經濟協定の遵守確保と紛争處理」, 有斐閣, 2013, p.434, p.437.; Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *op.cit.*, p.186.; Stanimir A. Alexandrov, *op.cit.*, p.323, p.329.; Christopher F. Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2008, pp.675-676. 그러나 ICSID중재판정의 이행과 IBRD의 대출정지의 관계에 대하여 회의적이라는 주장도 있다(Christoph H. Schreuer *et al.*, *op.cit.*, p.1108.).

79) *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* 사건, Decision on the Stay of Enforcement of the Award(30 Nov., 2004) (ARB/99/7), para. 41.

80) 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안”, 전계논문, p.109.

2005년의 중재판정), Azurix Corporation(약 1억 6,000만 달러의 배상을 명한 2006년의 중재판정), Vivendi Universal(약 1억 달러의 배상을 명한 2007년의 중재판정)에 대하여 손해 배상을 명하는 중재판정을 따르지 않고 있다가 2013년에 이르러 간신히 투자자간의 화해를 성립시켰다.⁸¹⁾

특히, 아르헨티나와 체코간의 투자협정하에서 내려진 *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*사건의 중재판정⁸²⁾에서는 약 3억 5천만 달러에 대한 지급명령이 내려졌다. 이것은 체코국가 보건분야의 연간 예산에 상당하는 금액이며, 인구대비 GNI 등으로 환산하면 미국에 대하여 1,300억 달러의 배상을 명하는 의미를 갖는다. 2000년부터 2001에 걸쳐 아르헨티나에 제기된 제재중인 투자중재 건수가 44건에 달하며, 총금액이 총 8천억 달러(아르헨티나 국가세입의 약2배)에 달한다.⁸³⁾ 이러한 사실을 감안하면 투자중재판정이 오히려 경제적 곤란에 처한 국가들의 정책결정에 위축효과를 가져오는 것만은 확실하다고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 아르헨티나 외에도 카자흐스탄, 키르기스스탄, 러시아, 태국, 짐바브웨, 멕시코 등도 중재판정에 따르지 않은 전례를 갖고 있다.⁸⁵⁾

(3) 국가면제론의 문제

국가가 임의로 배상을 명하는 중재판정에 따르지 않는 경우에는 투자자는 중재판정의 집행을 위해 당해 국가의 재산을 압류하는 등의 조치를 취할 수 있다. ICSID협약은 ICSID 중재판정의 실효성을 확보한다는 관점에서 각 체약국은 ICSID협약에 준거하여 내려진 중재판정에 대하여 체약국의 법원에서 내려진 최종 확정판결과 동일한 금전상의 의무(pecuniary obligations)를 이행하여야 한다고 규정(제54조 1항)하고 있으므로, 손해배상을 명하는 ICSID협약에 따른 중재판정은 체약국내에서 자동적으로 집행된다고 할 수 있다.⁸⁶⁾ 그러나 이러한 점은 투자자가 바로 국가재산을 압류할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. ICSID협약은 국가 재산의 집행과 면제는 체약국내의 유효한 법률⁸⁷⁾에 따라 ‘국가면제의 원칙이 계속됨을 확인시켜 주고 있다(제55조).

또한 국제관습법상 국가에 의한 중재합의(ICSID협약 비준)를 통하여 자국내의 소송을

81) <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20131018-705467.html>.

82) *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, Final Award, March 14, 2003.

83) W.W. Burke-White and A. von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *Virginia Journal of International Law*, Vol.48, 2008, p.311.

84) T.W. Wälde and B. Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation,” in Peter Muchlinski, F. Oritno and C. Dchreuer ed., *The Oxford handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.1056.

85) Luke Eric Peterson, How Many States are Not Paying Awards under Investment Treaties?, May 7, 2010.; www.iareporter.com 참조.

86) 다만, ICSID협약에서는 중재판정 취소절차(제52조)가 있어서 중재판정의 원활한 집행을 저해할 우려가 있다. 또한 ICSID협약에 준거하지 않는 중재판정에 대해서는 뉴욕협약 제5조에 집행거부사유가 열거되어 있다.

87) 이러한 예로는, 미국의 Foreign Sovereign Immunities Act(1976)나 영국의 State Immunity Act(1978)가 있다.

포기하는 것은 반드시 집행단계에서의 국가면제론을 포기하는 것이 아니다.⁸⁸⁾ 이러한 이유로 국가는 근대적인 국가면제론을 들어 중재판정의 집행을 거부하는 경우도 상정할 수 있다. 근래에는 상업적 거래에 대하여 국가면제론을 제한하는 판례가 등장하고 있으나 투자자 개인이 한 국가를 상대로 압류 등의 법적수단을 강구하는 것은 실무적으로 어려움이 많다. 다만, ICJ는 국가의 재산이 정부적 비상업적 활동을 위해 이용되지 않는 경우 등 일정의 경우에는 국가면제의 원칙이 적용되지 않는다고 판결하고 있으나⁸⁹⁾, 이 경우에는 국가면제의 원칙이 적용되지 않는 범위가 제한되어 있다. 물론 국가면제론에 의해 국가재산에 대한 집행이 배제되었어도 국가가 중재판정에 따른 법적의무에는 변함이 없다.

(4) 외교적 보호권의 문제

ICSID협약상 모든 계약국은 중재합의가 있는 경우 자국에 외교적 보호를 요청하거나 국제손해배상을 청구할 수 없지만, 중재판정의 이행을 거부하는 경우에는 예외적으로 자국에 외교적 보호권을 요청할 수 있고(제27조 1항), ICJ에 제소할 수 있다(제64조). 그러나 실제로는 자국법원에 의한 중재판정의 집행은 국가면제에 의해 제한적이기 때문에 투자자 본국이 중재판정의 집행을 강구한 사례는 거의 없다.⁹⁰⁾

외교적 보호권은 ICSID협약 제54조에 따른 투자중재판정의 사법적 집행을 대체하는 수단이며, 동시에 이를 보충하는 수단이다.⁹¹⁾ 즉 중재판정의 준수를 확보하기 위한 외교적 보호권은 ICSID협약 제55조에서 규정하고 있는 국가면제의 효과를 상쇄하기 위해서 인정되는 조치이다. 따라서 외교적 보호권은 중재판정이 내려진 후 중재판정의 이행을 위해서만 활용되고, 중재판정과 독립적으로 활용될 수 없다. 그리고 중재판정부가 투자자의 청구 사항에 대하여 전부 또는 일부를 기각하는 경우에는 외교적 보호권을 나중에도 추구할 수 없을 것이다.⁹²⁾ 또한 외교적 보호권을 발동하는 국가는 이 제도에 의해 확보하려는 이익의 관점에서 보면, 본래의 당사자가 아니다. 어디까지나 해외투자자인 자국민으로부터 형식적인 권리를 부여받은 소송대리인에 지나지 않는다. 즉 사인(私人)의 손해를 국가간 쟁송의 형태로 발전시켜 나가는 것은 여러 가지 국제관계상 합리적인 방안이라고 할 수 없다.⁹³⁾

최종적으로는 대부분의 투자유치국이 중재판정의 집행을 이행하지만, 이러한 집행에 이르기까지는 투자자에 의한 국가의 재산압류 또는 모국정부에 의한 외교적 보호권의 요

88) 오원석 외, 전계논문, p.99, p.106.

89) Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening), I. C. J., Judgement (Feb. 3, 2012), para. 118. 참조.

90) 福永有夏, 전계서, p.437, p.446.; 2010년 9월까지 제64조의 권리를 요청한 ICSID계약국은 하나도 없다(Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *op.cit.*, p.190.).

91) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.312.

92) 법무부, 「ICSID 중재제도 연구」, 2006, pp.211-212.

93) 선진경제대국의 지위를 가지고 있는 대부분의 투자자에 의한 외교적 보호권의 요청이 오용되는 것을 방지하기 위해서는 투자자의 개념, 투자자의 국적, 국내구제조치의 완료 등이 엄격하고 제한적으로 해석되어야 한다.

청⁹⁴⁾ 등 추가적인 비용과 많은 노력이 투입되고 있는 실정이다. 투자자의 모국에 의한 외교적 보호권은 반드시 투자자에게 유리한 것만은 아니다. 예를 들면, 독일의 투자자는 러시아정부에 의한 배상을 확보하기 위해 독일에서 개최되었던 항공박람회를 위한 러시아산 항공기에 대하여 가압류를 신청하였으나 독일 정부는 외교문제로 비화되는 것을 우려하여 당해 투자자에 대하여 가압류신청을 취하하도록 강요한 사례도 있다.⁹⁵⁾

2. 국제투자중재판정 집행의 구제조치: 비금전적 보상방법의 제안

(1) 비금전적 보상의 필요성

투자협정 위반에 따른 국내조치의 취소나 특정이행의 명령은 국가주권의 침해에 해당하기 때문에 국제적인 절차에 있어서 적절한 구제는 금전배상이라고 지금까지는 생각해 왔으나, 거액의 배상명령도 특정이행 등과 마찬가지로 또는 경우에 따라서는 그 이상으로 국가주권을 침해하는 것이 아닌지 검토할 필요가 있다. 과거에는 국제법상의 손해배상청구는 평등한 국가관계를 고려하여 국내사법의 유추를 통하여 처리해 왔으며, 처분의 취소 등 행정적인 구제보다는 민사적인 차원에서의 구제가 이루어졌다. 그러나 투자중재에서는 국가에 의한 처분을 개인이 다룬다는 점에서 문제가 있기 때문에 적절한 구제수단으로 반드시 손해배상으로 한정하지 않고 처분의 취소 등 행정적 구제조치를 취할 필요도 있다.⁹⁶⁾

ICSID협약에 따르면, 중재판정에 의해 부과된 금전상의 의무(pecuniary obligations)를 자국의 법원에서 내려진 확정판결과 같이 승인하고 집행하여야 한다(제54조 1항). ICSID 제정 초기에는 비금전적 구제에 대한 권한을 중재판정부에 부여하자는 의견이 일부 국가에서 제안되었으나, 그러한 취지의 명문규정은 받아들여지지 않았다. ICSID의 제정 당시 기초위원의장은 각국 법원에 집행의무를 부과하지 않았다는 점은 중재판정부가 비금전적 구제를 명할 수 있는 권한을 갖는 것이라고 해석한다.⁹⁷⁾ 이와 같이 ICSID중재에서는 비금전적인 구제의 가능성도 열려있지만, 투자자의 입장에서는 ICSID당사국의 국내절차를 이용하여 확실하게 구제받기 위해서는 금전상의 의무를 청구하는 것이 합리적이고 처음부터 비금전적 청구를 통해 얻을 수 있는 이점은 높지 않다. 이러한 점에 고려하면 투자중재가 비금전적 구제를 내리는 것에 대한 부정적인 견해는 그러한 집행의 어려움이라고 할 수 있다.⁹⁸⁾ 무엇보다 상황에 따라서는 투자협정에 반하는 조치의 시정을 구하려고 한 이

94) 이러한 예로는, 미국에 의한 아르헨티나의 일반특혜관세(GSP) 정지가 있다.

95) 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안”, 전계논문, p.109.

96) G. van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, p.108.

97) Christoph H. Schreuer, “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration,” *Arbitration International*, Vol.20, 2004, pp.325-326.

98) C. Brown, “Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law,” in S.W. Schill ed., *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p.687.

상 투자유치국에서 사업을 계속 영위한다는 것을 투자자가 희망하는 경우도 없을 것이다. 반대로 투자유치국에서 투자자가 사업을 계속적으로 영위해 나가고자 한다면 투자유치국이 국내조치의 시정에 관하여 위법성을 시정하도록 선택하게 하는 것은 오히려 국제비즈니스의 관점에서 합리적이라고도 할 수 있다. 이러한 경우에 협정위반의 국내조치의 철회라고 할 수 있는 비금전적 구제를 투자자에게 부여할 수 있는지에 관하여는 국가주권에 대한 침해에 해당하기 때문에 부정적인 견해⁹⁹⁾도 있지만, 또 다른 한편으로는 국가에 대한 경제적 부담의 관점이나 투자법의 일정한 이해의 관점에서 보면 긍정적으로 평가할 수도 있을 것이다.

(2) 투자협정상의 비금전적 보상 규정

투자중재에서 비금전적인 구제조치가 모두 주권침해에 해당한다고 일반적으로 평가할 수 없다. 실제로 투자협정중에는 구제조치의 내용에 대하여 명시적인 규정을 두고 중재판정부가 당해 규정에 따라 관할권의 범위내에서 중재판정을 내리도록 하는 경우가 있다. 예를 들면, IIA 중에는 중재판정부의 권한을 금전적인 구제로 한정하고 있는 것이 있다. 2012년 미국의 BIT모델협정 제34조는 중재판정부는 금전적 배상 및 이자, 피신청국이 금전배상이나 원상회복에 관련 된 이자를 부담하는 것으로 되어 있는 경우, 재산의 원상회복에 대해서만 판정을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 또한 재산의 원상회복에 대해서도 피신청국은 이를 금전배상 및 이자의 지급으로 대체할 수 있다는 취지의 규정을 두기도 한다. 따라서 중재판정부는 협정위반된 국내조치의 취소 등을 내릴 권한은 없고, 원상회복은 재산에 한정하여 내릴 수 있다.¹⁰⁰⁾ 이러한 협정에 의해 내려지는 중재판정은 금전배상 내지는 원상회복(*restitution of property*)뿐이며, 위법이라고 판단한 국내조치의 취소 등 특정이행은 중재판정부가 내릴 권한이 없다.

지금까지 검토한 대부분의 사례에서 나타난 바와 같이, 중재판정부는 국가책임규정이나 *Chorzów PCIJ*판결¹⁰¹⁾에서 제시된 원칙에 따라 위반이 존재하지 않았더라면 투자자가 향유할 수 있었던 금액을 손해배상액으로 산정하고 있다.¹⁰²⁾ 따라서 투자중재제도에 있어서

99) T.W. Wälde and B. Sabahi, *op.cit.*, pp.1059.; C. McLachlan *et al.*, *op.cit.*, p.341.; 福永有夏, 전거서, p.423, p.426의 각주 335번.

100) 캐나다의 2003년 BIT모델협정 제44조, NAFTA 제1135조, 2007년 일본-싱가포르협정(제17조), 2008년 일본-네덜란드협정(제18조), 2012년 한중일투자협정(제15조 9항) 등도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

101) 1927년 상설국제재판소(PCIJ)의 *Chorzów factory* 사건 판결에서는 “약속위반이 배상의무를 수반하는 것은 국제법의 일반원칙”임을 천명하고 있다. 전통적으로 국가의 국제위법행위는 불법행위와 유사한 것으로 인정되어 그 책임은 민사책임의 성질을 가지는 것으로 원상회복 또는 손해배상의 방법으로 구제되고 있다. UN국제법위원회(ILC)는 1955년 이에 관한 법전화 및 국제법의 점진적 발전을 위한 작업에 착수한 이래 46년만인 2001년에 ‘국제위법행위에 관한 국가책임규정초안’을 최종 채택한 바 있다.

102) *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LF & E International, Inc. v. Argentine Republic* 사건, Award(25 July, 2007), *LG & E* (ARB/02/1), para. 31.; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* 사건, Award(24 July, 2008), *Biwater* (ARB/05/22), para. 776.; *Impregilo S.p.A v. Argentine Republic* 사건, Award(21 June, 2011), *Impregilo v. Argentina* (ARB/07/17), para. 361.; *Chevron Corporation*

징벌적 손해배상은 인정되지 않고 있으며¹⁰³⁾, 일부 BIT중에는 중재판정부가 징벌적 손해배상을 내릴 수 없다고 규정하기도 한다. 다만, 예외적인 상황에 있어서 정신적 손해배상을 인정한 경우는 있다.¹⁰⁴⁾

따라서 만일 투자자가 투자유치국의 국내조치의 철폐를 원한다면 자국으로 하여금 이러한 조치가 WTO협정의 의무위반에 해당하는지 또는 자국 이익의 무효화 내지는 침해에 해당하는지를 다자간 분쟁해결기구인 WTO의 분쟁해결기관(Dispute Settlement Body: DSB)에 제소하게 함으로써 국내조치의 존속유무에 결정을 내릴 수 있게 해야 한다.¹⁰⁵⁾

반면에 많은 IIA에서는 중재판정에 따른 구제조치에 관하여 구체적인 규정을 두지 않고 있다.¹⁰⁶⁾ 한일투자협정(2002), 일본-베트남투자협정(2003) 등에서는 구제에 관한 명문규정을 두고 있지 않기 때문에 어떠한 구제조치를 내려야 할지가 문제된다.

(3) 비금전적 보상에 관한 투자중재 판정사례

Texaco 중재판정부는 국제재판사례나 학설에 의거하여 원상회복은 원상을 회복하는 것이 절대적으로 불가능한 것이 아닌 한 계약상의 불이행에 대한 통상적인 제재라고 하며, 원상회복을 위한 양허계약의무를 피신청인이 이행하도록 판정하였다.¹⁰⁷⁾ 그러나 양당사자들이 손해배상에 합의하였기 때문에 원상회복에 따른 계약이행은 결국 이루어지지 않았다.

또한 *CMS* 중재판정부는 원상회복은 손해를 입은 당사자를 위법행위 전의 상태로 완전히 돌려놓는 가장 신뢰를 얻을 수 있는 선택이라고 술회하고 있다.¹⁰⁸⁾ 다만, 피신청인이었던 투자유치국의 규제대상을 위법행위 전의 상태로 되돌리는 것은 현실적으로 불가능하므로 양당사자가 새로운 계약조건에 대하여 협상을 통하여 다른 종류의 원상회복이 실현되기를 희망한다고 판정하였다.¹⁰⁹⁾

and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador 사건, UNCITRAL Final Award(31 Aug., 2011), *Chevron I*, para. 308.

103) *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction (11 Apr. 2007), Award(1 June, 2009), *Siag* (ARB/05/15), paras. 544-546.

104) *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen* 사건(2008)에서 중재판정부는 피신청인의 BIT위반은 악질적이고, 이로 인하여 투자자의 신용이나 평판에 막대한 불이익이 있었다는 이유로 정신적인 손해배상을 인정하였다(Award(6 Feb., 2008), *Desert Line* (ARB/05/17), paras. 289-299.).

105) 개인이 직접 WTO와 같은 다자간무역기구에 제소할 수 있게 하면 WTO규범의 국가에 의한 준수가 촉진되고, 국가가 개인의 소송을 받아들이는 필요가 없게 되어 분쟁이 비정치화되는 이점이 있다. 유럽의 인권조약과 ICSID의 근간이 되고 있는 이러한 제도는 ITO현장의 준비위원회에서 처음 논의된 후 GATT체제에서도 계속적으로 논의가 있었으나 결국은 받아들여지지 않았다.

106) B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011, p.64.

107) Sentence, *Texaco*, paras. 97-112. cf. *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited* 사건, Final Award (12 July, 2001), (ARB/98/8), para. 65.

108) *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* 사건, Award (12 May, 2005), *CMS* (ARB/01/8), para. 406.; *Ioan Micula, Volrel Micula and others v. Romania* 사건, Decision on Jurisdiction and Admissibility (24 Sep., 2008), *Micula* (ARB/05/20), paras. 166-168.; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* 사건, Procedural Order No.1(29 June, 2009), *Burlington* (ARB/08/5), paras. 69-71.

Goetz v. Brasil 사건(1999)¹¹⁰⁾에서는 브라질에 의한 국내조치철폐의 합법성이 쟁점이 되어, 중재판정부는 조치철폐에 대하여 취소판정을 하였다. 브라질은 1992년 특정산업에 속해있는 기업에 대하여 관세 및 세금을 면제해 주는 제도(un régime de zone franche)를 두고 있었다. 귀금속의 생산 및 판매에 종사하는 AFFIMET사는 당해 제도의 자사에 대한 적용을 신청하고 면제증서를 교부받았다. 그러나 1995년 장관령에 의해 동사에 대한 면제 제도적용은 철회되었다. AFFIMET사는 주식의 75%를 보유하고 있는 벨기에 투자자 *Goetz*는 브라질에 의한 국내조치의 철회는 벨기에-브라질 BIT상의 수용에 해당한다고 하여 ICSID중재를 신청하여, 면제를 부정하고 있는 장관령의 취소와 손해배상을 제기하였다. 중재판정부는 면제제도의 철회는 BIT가 금지하고 있는 수용에 해당하기 때문에 적절하고 실효적인 보상을 하던지 면제제도 철폐조치의 취소를 하도록 브라질에 명하였다.

이러한 판정은 피신청국에게 거액의 금전배상이나 국내조치의 시정이라는 선택권을 부여하고 있다는 점에서 합리적인 판단이라고 좋은 평가를 받는다. 무엇보다도 금전배상 또는 조치철폐취소는 위반을 인정하고, 이에 따라 발생한 책임을 배상하도록 하는 구제수단으로서 제시하는 것에 그치지 않고 위법한 수용의 발생은 아직 확정되지 않았다는 점을 전제로 수용의 위법성요건에 대한 보상을 지급하든지 수용조치 자체를 개정하도록 투자유치국에 요청하고 있다는 특수성을 당해 판정이 갖고 있다는 점에는 주의가 필요하다. 또한 중재판정부는 중재판정 이후 4개월 이내에 보상지급 또는 철회의 취소가 시행되지 않는 경우에는 브라질에 의한 BIT위반이 성립된다고 판정하였다. 금전보상과 폐지된 면제제도의 부활에 선택권을 갖고 있었던 브라질은 면제제도의 부활을 선택하였다. 양당사자는 면제제도 철폐이후에 AFFIMET사가 납부한 세금의 반환과 면제제도의 재적용에 대하여 최종 합의하였다.

또한 *ATA v. Jordan* 사건(2010)¹¹¹⁾에서 ICSID중재판정부는 직접적인 금전배상 판결을 내리지 않고, 분쟁해결수단으로써 중재절차의 진행을 위해 국내재판절차의 종료를 판정하였다. 터키법인 ATA사는 요르단정부가 주식의 과반수를 소유하고 있는 APC사와 체결한 계약에 따라 제방을 건설하였으나, 건설공사가 완료된 후 APC사가 행한 담수유입 작업때 제방의 일부가 붕괴되었다. 계약상 분쟁이 발생한 경우에는 중재에 회부하기로 되어 있어 중재절차가 진행되었다. 중재판정부는 붕괴에 관한 ATA사의 책임을 부정하였고, 또한 ATA사가 반소에서 행하고 있는 APC사의 계약위반에 관한 금전배상청구를 인용하였다. 이에 대하여 APC사는 신규 제정된 요르단중재법에 따라 중재판정의 무효화를 주장하는 소송을 요르단항소법원에 제소하였다. 항소법원은 이러한 소를 인정하여(파워도 이를 지지함)

109) *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* 사건, Award(12 May, 2005), CMS (ARB/01/8), paras. 406-407.

110) *Antoine Goetz et concorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, 10 février 1999.

111) *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan* 사건, Award(18 May, 2010), ICSID Case No. ARB/08/2.

중재판정이 무효화된 경우에는 중재판정을 파기한다는 중재법 규정에 따라 중재조항의 파기를 결정하였다. 동 판결을 받아 ATC사는 새로 ATA사와 제방붕괴에 관한 책임을 추급하는 소송을 국내법원에 제기하였다. 이러한 움직임에 대하여 ATA사는 요르단의 행위가 터키-요르단간의 BIT에 반한다고 주장하여 ICSID중재를 신청하였다. 동 BIT는 2006년에 발효되었기 때문에 시간적 관할의 관점에서 2007년 요르단파쇄원 판결의 BIT와의 정합성만을 판단대상으로 하였다. 중재판정부는 파쇄원에 의한 중재조항 파기가 중재를 신청하기로 한 ATA사의 권리의 수용에 해당한다고 인정하면서 적절한 구제에 대하여 다음과 같이 판정하였다. 즉 구제의 원칙은 *Chorzów PCIJ*판결에 제시되어 있듯이 본 사건에 있어서 *Chorzów*기준을 충족하여 얻을 수 있는 유일한 구제는 ATA사의 중재를 신청할 수 있는 권리의 회복이다. 본 건에서는 요르단이 터키의 국내법원의 절차를 거절하고, 새로운 상사 중재에 분쟁을 신청하는 것을 제안하고 있으나, 이러한 제안은 ATA사의 중재에 대한 권리회복과 동일한 것으로서 중재판정부는 (1)제방에 관한 요르단 국내재판절차를 즉시 무조건적으로 중지하여야 하고, (2)ATA사는 계약의 중재조항에 따라 중재절차를 진행할 권리를 가진다고 판정하였다. 요르단 자신이 국내재판절차의 중지와 중재의 제안을 하고 있다는 사정이 존재하므로 중재판정부에 의해 국내재판절차의 중지가 내려진 사례이다.

이상의 사례에서와 같이 중재판정부에 의해 손해배상 대신 원상회복과 같은 비금전적 구제조치가 내려지는 경우는 상당히 희박하다. 또한 원상회복의 판정이 내려진 중재사례에서도 중재판정에 따라 계약의 이행이나 법의 개정을 통한 원상회복이 실제로 행하여진 예는 거의 없고, 대부분 당사자들이 손해배상에 합의하였다. 다만, 이러한 사례들은 투자중재판정에 대하여 금전적 손해배상 대신에 비금전적 구제조치의 하나로 원상회복을 판정하였다는데 의의가 있다고 할 수 있다. 투자중재제도에 있어서 원상회복은, 구체적으로는 위법하게 수용된 투자재산의 회복이외에도 법의 개정이나 계약이행 등에 의한 위법상태의 해소를 생각할 수 있을 것이다. 특히 중재판정에 의해 원상회복을 위한 위법상태의 해소가 내려지는 경우에는 국제투자규칙의 준수를 직접 실현할 수 있을 것으로 기대된다.¹¹²⁾

V. 결 론

투자중재제도는 본래 투자유치국의 구제절차가 투자분쟁해결수단으로써 제 기능을 다하지 못함에 따라 이를 대신하거나 보충하는 구제수단으로 발전되어 왔다. 투자중재제도에 있어서 중재판정부는 투자유치국이 투자협정에 위반하였다고 인정하는 경우 투자유치국에 대하여 위반에 따라 투자자가 입은 경제적 손실을 구제하기 위해 보상이나 손해배상을 하

112) B. Sabahi, *op.cit.*, pp.65-71, pp.73-86.

도록 판정하는 것이 일반적이다. 투자유치국이 위반했다고 인정하는 조치를 계속적으로 유지하고 있어도 중재판정부는 그러한 조치의 시정을 거의 요구하지 않는다. 즉 투자협정상의 구제는 투자자의 경제적 손실을 회복하는 것이며, 투자협정상의 위반조치 자체를 철폐하거나 시정하는 것이 아니다.

대부분의 투자협정에서 투자유치국은 중재판정을 자발적으로 이행하지만, 투자유치국이 중재판정에 따른 보상이나 손해배상을 하지 않는 경우 투자자는 국내법원에 중재판정의 승인 및 집행을 청구할 수 있다. 또한 투자자가 중재판정의 이행을 확보할 수 없는 경우에는 본국에 외교적 보호권을 요청하여 자국정부로 하여금 중재판정의 이행을 촉구할 수 있도록 하여야 한다.

그러나 실제적으로는 중재판정의 국내법원에 의한 집행은 국가면제론에 의해 제약을 받기도 하고 정치적인 문제로 비화될 가능성도 열려 있기 때문에 투자자의 본국이 중재판정의 집행을 청구한 사례는 전무하다. 따라서 이러한 구제조치는 투자유치국의 자발적인 이행이 선행되지 않는 한 무용지물이 되고 있다.

전통적으로 국내구제절차는 외국투자자가 제일 먼저 사용하여야 하는 수단이며, 이러한 국내구제절차가 완료되었거나 불완전하게 시행된 경우 또는 국내구제절차에 대한 예외가 있는 경우에 한하여 투자자는 본국에 외교적 보호권을 요청할 수 있게 된다. 그러나 투자유치국이 개발도상국인 경우에는 국내구제절차가 충분히 완비되어 있지 못하는 경우도 있고, 법관의 공정성 문제, 투자자 보호에 관한 국내 실체법의 불완전성 등에 의해 국내구제절차에 의해서는 실효적인 구제를 얻을 수 없다.¹¹³⁾ 또한 국내구제절차나 실체법이 충분히 정비되어 있는 선진국인 투자유치국의 경우에도 국내법원은 자국 정부의 조치에 대한 위법성을 인정하는 것에 소극적인 경우도 있기 때문에, 이러한 경우에는 투자유치국의 국내구제절차가 투자자에게 유효한 구제수단으로 작용하지 않을 가능성이 크다.

본 논문에서는 위와 같은 투자중재판정의 집행에 따른 문제점을 다소 해결하기 위한 방안의 하나로 금전적 손해배상이 실효성이 적은 경우 중재판정의 대상이 된 위반조치의 철폐 내지는 시정을 요구하는 대체방안을 조심스럽게 제안하였다. 국내재판절차에서도 손해배상 이외의 구제수단이 통상적으로 활용되고 있음을 감안하면, 투자중재에서도 손해배상 이외의 비금전적 구제수단을 배척할 필요는 없다고 생각된다. 투자중재제도에 있어서 비금전적 구제조치는 구체적으로 위법하게 수용된 투자재산의 회복이나 위법조치의 시정 또는 계약의 이행을 통한 위법상태의 해소 등을 생각할 수 있다. 특히 계약의 이행을 통해 위법상태가 해소된다면 중재판정을 통하여 국제투자규칙을 준수하게 됨으로써 국제투자의 활성화에도 크게 기여하게 될 것이다.

113) Christopher F. Dugan *et al.*, *op.cit.*, pp.13-19.; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op.cit.*, p.235.; 국내법원이 BIT 등의 국제투자규칙을 적용함에 따라 국내법을 보완하면, 실체법상의 문제는 회피할 수 있을지 모르지만 국내법원은 국제법 규칙의 적용에 적극적이지 않은 경우가 많다.

ICSID와는 대조적으로 WTO에서는 금전적 배상 대신에 WTO협정에 위배되는 무역제한조치에 대하여 개선하도록 권고하고, 권고가 합리적인 기간내에 이행되지 않는 경우에 이행을 촉진하기 위한 방안으로 양허 및 기타 의무의 정지를 신청하여 DSB의 승인을 받으면, WTO의 기본정신에 반하는 관세인상나 수량제한 등의 대항조치를 합법적으로 취할 수 있도록 권한을 부여하고 있다. 투자중재판정에서도 금전적 배상이라는 일도양단적 성격의 구제수단보다는 위반조치의 시정이나 원상회복 판정도 내릴 수 있도록 제도를 개선한다면, 투자자가 투자유치국에서 계속적으로 사업을 영위하고자 하는 경우나 투자유치국의 입장에서 외국투자의 유치를 적극적으로 활성화할 수 있다는 점에서 상호만족(win-win)할 수 있는 합리적인 대안이 될 수 있다.

즉, 국가의 정책결정권의 확보는 취소 등에 의해 침해된 투자유치국의 국내공익과 투자자가 얻을 수 있는 이익과의 비교형량을 통하여 가능하기 때문에 투자중재에서도 비금전적 구제의 여지를 두는 것이 합리적이라고 판단된다. 다만, 실제적으로는 투자자 자신이 금전배상을 청구하는 사례가 많지만, 원상회복이 청구되는 경우에는 그러한 조치가 투자유치국에 있어서 균형을 해치는 부담이 되지 않는지를 실질적으로 고려하여 가부를 판단하여야 할 것이다. 무엇보다도 선례가 적고 판정례의 축적을 통하여 기준을 명확화하지 않으면 안되는 현상에 있어서는 중재판정부가 이점에 대하여 항상 타당한 판정을 내린다는 것도 쉽지는 않다.

하지만, 투자유치국에서 사업을 계속적으로 영위하고자 하는 투자자에 대하여 거액의 손해배상을 지급하는 것이 아닌 위법한 국내조치를 시정하도록 분쟁을 처리할 가능성을 남겨놓는 것은 사안의 성질에 따라서는 합리적일 수도 있다. 각국이 체결한 투자협정에서는 구제를 금전배상으로 한정하고 있는 것도 있고, 구제수단에 대한 규정이 전혀 없는 것도 있지만, 비금전적 구제의 가능성을 열어 두고 필요한 경우 금전배상을 대체하는 권리를 투자유치국에 유보하는 방법도 하나의 대안이 될 수 있다.

참고문헌

- 고영국, “중재판정의 집행과 국가면제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제51권 제3호, 대한국제법학회, 2006.
- 박규용·서세걸, “중국 중재제도의 새로운 발전과 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 연구”, 『중재연구』, 제25권 제2호, 한국중재학회, 2015.
- 법무부, 『ICSID 중재제도 연구』, 2006.

- 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재”, 「서울대학교 법학」, 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 오원석 외, “ICSID 중재판정의 승인과 집행에 관한 고찰”, 「무역상무연구」, 제62권, 한국 무역상무학회, 2014.
- 이호원, “중재판정의 승인·집행을 위하여 제출할 서류”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 한국 중재학회, 2013.
- 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도를 활용한 FTA접근전략”, 「무역연구」, 제11권 제1호, 한국무역연구원, 2015.
- 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안”, 「무역상무연구」, 제68권, 한국 무역상무학회, 2015.
- 福永有夏, 「國際經濟協定の遵守確保と紛争處理」, 有斐閣, 2013.
- Alexandroff, A.S. and Laird, I.A., “Compliance and Enforcement,” in Peter Muchlinski, F. Orino and C. Schreuer ed., *The Oxford handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Alexandrov, S.A., “Enforcement of ICSID Awards: Article 53 and 54 of the ICSID Convention,” in Christina Binder *et al* (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009.
- Bjorklund, A.K., “State Immunity and the Enforcement of Invest-State Arbitral Awards,” in Christina Binder *et al* (eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009.
- Brown, C., “Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law,” in S.W. Schill ed., *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
- Burke-White, W.W. and Staden, A. von, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,” *Virginia Journal of International Law*, Vol.48, 2008.
- Dolzer, R. and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012.
- Dugan, C.F., *et al.*, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2008.
- Fox, H. and Webb, P., *The Law of State Immunity*, 3rd ed, 2013.
- Gallagher, N. and Shan, W., *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford University Press, 2009,

- Harten, G.v., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.
- ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics*, Issue 2017-1.
- Kryvol, Y., *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, Wolters Kluwer, 2010.
- McLachlan, C., et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007.
- OECD, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, 2006.
- Okowa, P., "Issues of Admissibility and The Law on International Responsibility," in Malcolm D. Evans (eds.), *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006.
- Peterson, L.E., How Many States are Not Paying Awards under Investment Treaties?, May 7, 2010. <www.iareporter.com>
- Reed, L., Paulsson, J. and Blackaby, N., *Guide to ICSID*, 2nd ed, Wolters Kluwer, 2011.
- Sabahi, B., *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford University Press, 2011,
- Schreuer, C.H., et al, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention of the Settlement of Investment Dispute between State and Nations of other States*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009.
- Shubin, V., "The Enforcement of ICSID Arbitration Award, Practice and Problems," *Korea University Law Review*, Vol.11, 2012
- UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010. http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.
- UNCTAD, *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No.2, 2016.
- Voss, J.O., *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Wälde, T.W. and Sabahi, B., "Compensation, Damages, and Valuation," in Peter Muchlinski, F. Oritno and C. Dchreuer ed., *The Oxford handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Wrangé, pål, "Case Report: Sedelmayer v. Russian Federation," *American Journal of International Law*, Vol.106, 2012.

ABSTRACT

An Improvement Discussion of Remedy in the Enforcement Mechanism of the International Investment Arbitral Award

Sung-Kyu Hong

When any investment dispute arises, the investor has to exhaust the local remedies available in the host state, and according to the agreement between the parties, the investor is filed to the ICSID arbitral tribunal to seek arbitral awards. At this time, if the arbitral tribunal decides that the investment agreement has been violated, it normally demands the host state to provide financial compensations to the investor for economic loss.

According to the rules of the investment agreement, the host state is supposed to fulfill the arbitral awards voluntarily. If it is unwilling to provide financial compensations according to the arbitral awards, however, the investor may ask the domestic court of the host state for the recognition and enforcement of arbitral awards. In addition, if the host state is unwilling to fulfill arbitral awards on account of state immunity, the investor may ask his own country (state of nationality) for diplomatic protection and urge it to demand the fulfillment of arbitral awards. Effectiveness for pecuniary damages, a means to solve problems arising in the enforcement of investment arbitral awards, is found to be rather ineffective. For such cases, this study suggests an alternative to demand either a restitution of property or a corrections of violated measures subject to arbitral awards.

Key Words : Investment Dispute, Investor, Arbitral Awards, Recognition and Enforcement, Diplomatic Protection, State Immunity, Financial Compensations.