

## 안성주택과 중국의 ICSID 중재사건에 관한 사례연구

### Comments on the ICSID Award *Ansung Housing v. People's Republic of China*

강병근\*  
Pyoung-Keun Kang

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 사실관계 개요
- III. ICSID 중재규칙 제41조 제5항의 적용 여부
- IV. 한중 BIT 제9조 제7항의 적용 여부
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 본안진 항변, ICSID 중재규칙 제41조 제5항, 한중 BIT, 제척기간, 관할권

---

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 서론

최근 안성주택산업 주식회사(“안성주택”)와 중국 정부 사이의 투자중재사건에서 ICSID 중재판정이 내려졌다.<sup>1)</sup> 이 사건은 대한민국 국적의 투자자가 다른 주권국가를 상대로 ICSID 협약을 활용한 첫 번째 사례이며<sup>2)</sup>, 동시에 한중 양자투자보장협정(Bilateral Investment Treaty : BIT)에 따른 첫 번째 투자 중재 사건이기도 하다.<sup>3)</sup>

이 사건의 신청인인 안성주택은 중국 강소성(江蘇省) 사양현(射陽縣)에서 골프장과 콘도 개발 사업을 위하여 중국에 투자하였다. 신청인은 2014년 5월 19일, 한중 BIT 제9조 제5항에 따라서 중재의향서(notice of intent)를 제출하면서 우호적인 해결을 시도했지만 피신청인 측은 대응하지 않았다.<sup>4)</sup> ICSID 사무국은 2014년 10월 7일 신청인의 중재요청서를 전자문서로 수령하였고, 서면으로는 2014년 10월 8일 우편 수령하였다. 2014년 11월 4일 ICSID 사무총장은 ICSID 협약 제36조 제3항에 따라서 신청인 측의 중재요청서를 등록하고서 이 사실을 양 당사자에게 통지하였다.<sup>5)</sup> 사무총장은 중재개시규칙(ICSID’s Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings) 제7조 (d)호에 따라서 중재판정부 구성하도록 요청하였고, 중재판정부 구성은 2016년 9월 2일 완료되었다. 2016년 9월 15일 피신청인인 중국은 ‘ICSID 중재규칙 제41조 제5항에 따른 관할권 항변 절차’(“제41조 제5항 항변 절차”)를 개시하였다.<sup>6)</sup> 피신청인은 신청인의 청구사항이

- 1) *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25 (9 March 2017) (“안성주택사건”) <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/25>>
- 2) ICSID 협약은 “국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약” (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)을 말하며 대한민국에 대해서는 조약 제234호로서 1967년 3월 23일 발효하였다. ICSID 협약에 의하여 미국 워싱턴 D.C.에 설치된 국제투자분쟁해결본부(International Centre for Settlement of Investment Disputes : ICSID)는 투자조약에 근거한 투자자-국가 중재(Investor-State Arbitration) 사건을 전문으로 관리하는 일종의 중재기관이다.
- 3) “대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정” (개정) (Agreement Between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Protection of Investments)을 말하며, 대한민국에 대해서는 조약 제1872호로 2007년 12월 1일 발효하였다. 이 조약은 1992년 12월 04일 발효했던 조약 제1108호를 개정한 것이다.
- 4) 한중 BIT 제9조 제5항의 관련 규정은 다음과 같다. “이 조 제3항에 따라 투자분쟁을 회부하는 투자자는 그러한 회부의 최소 90일 전에 분쟁 제기 의사를 분쟁당사자인 계약당사자에게 서면으로 통지한다. 이러한 통지는 다음의 사항을 명시한다. 가. 당해 투자자의 성명 및 주소; 나. 분쟁당사자인 계약당사자의 논쟁의 대상인 특정한 조치와 위반한 것으로 주장되는 이 협정의 규정을 포함하여 문제를 명확히 제시하는 데 충분한 투자분쟁의 사실적·법률적 근거에 관한 요약자료”
- 5) ICSID 협약 제36조 제3항의 규정은 다음과 같다. “사무총장은 요청서에 포함된 내용을 근거로 그 분쟁이 센터의 관할권에 속하지 않는다는 것이 명백하다고 판단하지 않는 한 그 요청서를 등록하여야 한다. 사무총장은 즉시 당사자에게 등록 혹은 등록 거부를 통지하여야 한다.”
- 6) ICSID 중재규칙(ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings) 제41조 제5항의 관련 규정은 다음과 같다. “Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first

‘명백할 정도로 법적 판단 대상이 되지 않는다’(is manifestly without legal merit)고 주장하였다. ICSID 중재규칙 제41조 제5항에 따르면 중재판정부는 항변사항에 관하여 양 당사자의 의견을 신문한 뒤, 제1회기 혹은 그 직후 항변사항에 대해서 결정을 내리고 이를 당사자에게 통지해야 한다.

2016년 10월 28일 신청인 측에서 제41조 제5항 항변 절차와 관련해서 첫 번째 준비서면을 제출하였고, 2016년 11월 16일 피신청인 측이 이에 대해서 답변서를 제출하였다. 2016년 12월 2일 신청인 측이 두 번째 준비서면을 제출하였고, 2016년 12월 14일 중재판정부는 ICSID 중재규칙 제13조 제1항에 따라서 제1회기에서 제41조 제5항 항변절차에 따른 심리를 수행하였다. 여기에서 양측 중재대리인들은 향후 중재절차에서 적용할 중재규칙, 사용할 중재언어, 그리고 중재판정이나 결정은 공개하기로 하였지만, 주장서면, 심리조서, 그 밖에 중재절차에서 교환된 문서는 공개하지 않기로 하면서, 이러한 내용을 제1차 절차명령에 담기로 하였다.<sup>7)</sup> 최종적으로 중재판정부는 피신청인의 관할권 항변사항을 인용하고 신청인의 청구를 각하하면서, 중재판정만 공개하였다.

아래에서는 제41조 제5항 항변 절차를 둘러싼 안성주택과 중국의 주장을 위주로 다루면서, 이 사건의 핵심 쟁점 사항인 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간의 시기와 종기에 대해서 다루고자 한다. 결론 부분에서는 ICSID 협약 체제 내에서 활용가능한 중재판정 이후의 절차에 대해서 간단히 언급하고자 한다.

## II. 사실관계 개요

2005년 4월부터 2006년 4월 사이에 신청인인 안성주택은 중국 강소성 염성(鹽城)시가 주최한 투자설명회에서 골프장 개발 기회를 알게 되었다. 2006년 9월 13일 경, 신청인은 염성시 사양현 연안에 합자투자방식으로 골프장을 건설하기로 하였다. 신청인은 3000 무(畝, 약 1.3 평방킬로미터)에 27홀 골프장과 부대시설을 설치하는 계획을 수립하면서, 이 사업에 필요한 토지는 사양현 연안 합자투자회사의 1500 무 토지와 인근 토지 1500 무를 합치기로 하였다. 신청인은 사양현 지자체 정부의 투자허가를 받기 위하여 당 위원회(Sheyang Harbor Industrial Zone Administration Committee : 사양항산업구행정위원회)에 신청서를 제출하였다. 이 때, 18홀을 초과하면서 36홀 이하 규모에 달하는 골프장 건설계획서를 첨부하였다. 2006년 12월 12일, 신청인은 당 위원회와 투자계약을 체결하였다. 이 계약서에서 당 위원회는 1단계 사업과 관련해서 강소성과 사양현 관련 기관이 1500 무

session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit....”

7) 안성주택사건, para. 22.

규모의 토지 개발을 허가한 점을 인지하였다. 아울러 투자계약서에서는 당 위원회가 1단계 사업 시행지 근처에 있는 1500 무 넓이의 토지를 예비해서 9홀 골프장을 건설하는 2단계 사업지로 활용할 수 있도록 하였다.<sup>8)</sup>

2007년 1월 16일, 당 위원회의 요청을 받아서, 안성주택은 3000 무 규모의 토지에 27홀 골프장을 건설하기 위한 ‘기본계획’을 지자체 공무원들에게 설명하였다. 2007년 1월 29일, 신청인 측이 당사기인 You Dao-Jun을 만났을 때, 지자체 정부에서 3000 무 전체를 한 번에 제공할 수 있는지를 문의했고, 이에 대해서 You 서기는 지자체에서는 1단계 사업 종료 즉시 2단계 사업 수행을 위한 1500 무의 토지를 제공할 수 있다고 알렸다.

2007년 3월 5일, 신청인측은 1단계 공사를 착공하였다. 2007년 3월, 1단계 공사 착공 직후 신청인측은 사양도공원(Sheyang Island Park)에 골프장이 건설되고 있는 것을 알게 되었다. 2007년 4월 5일, 안성주택의 대표인 배진우가 You 서기에게 사양도공원의 골프장 개발은 불법이라는 의견을 전달했다. 이에 대해서 You 서기는 사양도에서는 골프장 건설이나 운영이 불법이고, 사양도 공원의 공사는 오락공원을 개발하는 것이라고 하였다. 2007년 4월과 5월, 다른 지자체 공무원들도 사양도 공원 개발의 성격에 대해서 You 서기가 한 말이 맞다고 확인해 주었다.<sup>9)</sup>

2007년 6월 27일 경, 신청인측이 1단계 사업과 관련된 시설을 신축하는데 필요한 300 무의 토지를 요청하였다. 이 때, You 서기는 중국의 부동산 정책이 변경되어서 당 위원회에서는 투자계약에서 명시한 가격으로는 해당 토지를 제공할 수 없고, 신청인이 더 높은 가격으로 공매절차를 통해서 토지 이용권을 신청해야 한다고 설명하였다. You 서기는 신청인측에 대해서 300 무의 토지에 대해서 클럽하우스와 콘도를 건축하려면 합작투자회사가 중국 내 자회사를 신설해야 한다고 하였다. 이에 따라서 신청인측은 2007년 7월 10일, 1단계 사업 수행의 일환으로서 300 무의 토지에 클럽하우스와 콘도를 건설하기 위한 목적만을 위하여 사양미라쥐필드(Sheyang Mirage Field Co., Ltd : Mirage)를 설립하였다.<sup>10)</sup>

2008년 5월 20일, 당 위원회는 신청인측 자회사인 Mirage를 통하여 300 무의 토지에 대해서 상당히 높은 가격을 지불하도록 요청하였다. 신청인측은 당 위원회가 투자계약의 이행을 노골적으로 거부한다고 생각했지만, 이미 상당한 금액을 투자한 상태이고, 클럽하우스의 중요성 때문에 더 높은 가격을 지불하고라도 클럽하우스를 건설할 수밖에 없었다.<sup>11)</sup> 2008년 5월 27일, 사양현 정부는 원래 합의하였던 금액보다 높은 금액으로 100 무의 토지에 대한 토지이용권을 신청인에게 부여하면서도, 200 무를 추가로 제공하는 것은 거부하였다. 이 결과 신청인은 콘도를 건설할 수 없게 되었다.<sup>12)</sup>

8) Ibid., para. 36.

9) Ibid., para. 40.

10) Ibid., paras. 41-42.

11) Ibid., para. 43.

12) Ibid., para. 44.

2009년 6월 30일, 1단계 사업이 거의 완공될 즈음, 당 위원회는 제3의 개발회사를 주선해서 **Mirage**에게 자금을 대출하도록 함으로써 클럽하우스 건설이 신속히 수행되도록 하였다. 2009년 8월, 신청인은 사양도 공원에서 18홀 골프장이 운영되고 있었다는 것을 알게 되었고, 여러 경로로 지자체에 골프장 운영 사항에 대해서 진정하였다. 신청인이 2010년 11월, 18홀 골프장 건설 사업을 완료하였을 당시, 당 위원회에 대해서 2단계 사업 수행에 필요한 토지를 추가로 제공하도록 요청하였지만, 당 위원회에서는 이에 대해서 분명히 답하지 않고, 기다리라고만 하면서 신청인 측의 면담요청을 거부하였다.<sup>13)</sup>

2011년 3월 24일, 신청인 회사의 대표인 배진우가 사양현 당서기인 **Xu Chao**를 방문한 자리에서 토지를 추가로 공급해 주도록 요청하였다. 배진우 대표는 **Xu** 서기로부터 문제 해결에 필요한 조치를 취하겠다는 약속을 받았다. 2011년 3월 25일, **You** 서기가 배대표에게 연락해서 **Xu**서기는 이 문제를 다룰 권한이 없고, 자신만이 토지와 관련된 모든 사안을 다룰 수 있다고 하였다. 하지만, **You** 서기는 아무런 조치도 취하지 않았고, 그 이후 신청인 측과 면담하는 것도 거부하였다.<sup>14)</sup>

2011년 6월, **Mirage**는 당 위원회에서 알선했던 자금을 상환하지 못했다. 신청인은 18홀 골프장 운영만으로는 합작투자회사와 **Mirage**를 계속 운영할 정도로 수익을 낼 수 없었다. 또한, 사양현 정부가 명백히 약속을 위반한 상태에서 한국에서 자금을 마련하여 중국 내 자회사에 계속 출연할 수도 없었다.<sup>15)</sup>

2011년 6월, 신청인 측 직원에 따르면 당 위원회 관리들이 골프장을 방문하여 채무 상환을 요구하면서 불법적인 수단으로써 골프장 입구를 차단하였다. 또한, 신청인 측 직원을 구타하기도 해서, 경찰의 보호를 요청했지만 그 보호를 제대로 받지 못하였다고 하였다.<sup>16)</sup>

신청인은 자신이 계획했던 27홀 골프장과 최상급 콘도 시설도 없고, 사양도 공원의 불법 골프장과 경쟁하는 한편, 지자체 정부 공무원에게도 시달리게 되자, 골프장 회원권 매출을 늘릴 수도 없었다. 2011년 10월, 신청인측은 **Mirage**를 위시하여 골프 사업장 자산 일체를 사업 투자 금액보다 현저히 낮은 가격으로 중국인 사업자에게 매각할 수밖에 없었고, 이로써 재정적으로 심각한 손실과 손해를 입게 되었다.<sup>17)</sup>

신청인은 중재요청서에서 2011년 10월까지의 사실관계를 설명하고 있으나, 신청인이 ICSID 사무총장에게 보낸 2014년 11월 3일자 서신 그리고 피신청인의 제41조 제5항 항변 절차와 관련해서 신청인이 제출한 첫 번째 준비서면에서 자산 매각은 2011년 11월에서 12월 사이에 이루어졌다고 적시하고 있다.<sup>18)</sup> 중재판정부는 제41조 제5항 항변절차상 신청인의 주장을 진정한 것으로 추정하였다.

13) Ibid., para. 47.

14) Ibid., para. 48.

15) Ibid., para. 49.

16) Ibid., para. 50.

17) Ibid., para. 51.

18) Ibid., paras. 53-55.

### Ⅲ. ICSID 중재규칙 제41조 제5항의 적용 여부

#### 1. 당사자의 청구 사항

이 사건에서 피신청인은 신청인의 청구 사항이 한중 BIT의 청구 대상이 아닌 것이 명백하기에 각하되어야 한다고 주장하였다. 그 이유는 신청인 측이 손해를 인지한지 3년을 초과해서 ICSID 중재를 개시했고, 이 결과 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간을 위반했다는 것이다. 피신청인은 한중 BIT 제3조의 최혜국 대우 조항으로는 신청인이 늦게 청구한 사항을 구제할 수 없다고 주장하였다.<sup>19)</sup> 피신청인은 이 사건에서 신청인의 청구 일체를 부적법 각하하고, 피신청인이 부담했던 제 비용을 보전하도록 하는 결정을 내려 달라고 주장하였다.<sup>20)</sup> 특히 피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항과 관련한 사항에 대해서 증인을 신문하며, ICSID 중재규칙 제41조 제4항에 따라서 본안전 사항으로서 판단해 달라고 청구하였다.<sup>21)</sup>

한편, 신청인은 자신이 손실을 인지한 시점과 관련해서 피신청인이 한중 BIT 제9조 제7항의 요건을 충족한다는 점을 입증하지 못했고, 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간에 해당되는지 여부와 상관없이 한중 BIT의 최혜국대우조항에 의하여 시간요건과 관련해서 제3자가 다른 BIT상 누리는 유리한 대우를 신청인도 누릴 수 있다고 주장하였다. 무엇보다도, 신청인은 자신이 손실 발생 사실을 인지한 날로부터 2년 반이 되는 때에 중재의향서를 제출했기 때문에 3년의 제척기간을 도과하지도 않았다고 주장하였다. 또한, 신청인은 신청인의 청구사항이 기한을 경과했는지 여부는 사실관계와 법적 사항을 더 검토해야 할 것이기에 ‘명백히’(manifestly) 중재 대상이 아니라고 할 수 없다고 주장하였다.<sup>22)</sup> 신청인은 피신청인의 제41조 제5항 항변 절차를 기각하며, 이로 인하여 신청인이 부담하게 된 비용 일체를 보전하도록 하는 취지의 판단을 내려주도록 청구하였다.<sup>23)</sup> 이에 대해서, 중재판정부는 당사자들의 주장 중 본안 사항에 대해서는 아무런 견해를 표명하지 않는다는 점을 분명히 하였다.<sup>24)</sup>

19) Ibid., para. 56.

20) 이 사건에서 중국 측은 법률비용으로서 중국정부 측 지출 비용 미화 6,471 달러, 중재대리인 Dentons의 청구비용으로서 유로화 356,590.80, Zhong Lun의 청구비용으로서 중국위엔화 1,850,000.00, ICSID 중재관리비용으로서 미화 149,985.00 달러를 청구하였다. 안성주택사건, para. 154.

21) 안성주택사건, para. 60.

22) Ibid., para. 57.

23) Ibid., para. 61; 안성주택 측은 중재판정부 수당 및 경비로서 미화 175,000 달러, ICSID 행정비용으로서 미화 175,000 달러, 중재대리 법률비용으로서 한화 4억3377만2145원 등을 청구하였다. 안성주택사건, para. 147.

24) 안성주택사건, para. 58.

## 2. 적용 요건

ICSID 중재규칙 제41조 제5항에 따르면 ICSID에 회부된 청구사항이 ‘법적 판단 대상이 아닌 것이 명확한’(manifestly without legal merit) 경우 약식절차를 통해서 조기에 해당 청구사항을 각하하도록 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제6항에 따라서 중재판정부는 각하 시 중재판정을 내려야 한다. 제41조 제5항 항변 절차는 분쟁 대상의 본안(merit)이 중재대상이 되지 않는다는 판단과 함께 중재판정부의 관할권이 존재하지 않는다는 항변 사항도 함께 판단하는 효과가 있다.<sup>25)</sup>

이 절차에 따르면 청구사항이 ‘법적’ 견지에서 중재대상이 되지 않아야 한다. 제41조 제5항 규정은 ‘legal merit’ 용어를 사용함으로써 사실관계의 진위를 둘러싼 논란을 차단하려는 측면이 있지만<sup>26)</sup>, 어느 청구사항이 법적으로 판단 대상인지 여부를 판단하기 위해서는 청구의 근거가 되는 사실관계를 간과할 수 없을 것이다.<sup>27)</sup>

제41조 제5항 항변절차는 약식이기에 시간적 제한이 있다. 따라서 중재판정부는 신청인이 주장하는 청구사실을 일단 진정한 것으로 간주하고 이에 대한 피신청인의 항변 사항을 판단할 수밖에 없다.<sup>28)</sup> 하지만, 신청인의 청구에서 제시된 사실이 ‘신뢰할 수 없고, 정확하지 않고, 근거 없거나, 악의적인 것’(incredible, inaccurate, frivolous, or made in bad faith) 이 명확한 경우라면 본안전 단계라도 그러한 사실의 진정성을 추정할 수 없을 것이다.<sup>29)</sup>

제41조 제5항 항변절차는 본안전 절차이기에 일응 기준(prima facie test)이 적용된다. 이에 따르면 사실관계에 관한 증명은 오직 관할권과 관련되는 사항에 한정하거나 증명이 전혀 필요 없을 수도 있다.<sup>30)</sup> 이 점에서 관할권 판단과 본안 판단으로 중재절차가 분할되고, 관할권 판단 절차에서는 본안에 관한 증거가 필요하지 않게 되는 것이다.<sup>31)</sup> 제41조 제5항 항변절차에서 ICSID 중재판정부는 피신청인이 자신의 권리를 방어하는데 불필요한 수고와 비용이 발생하지 않도록 신청인의 청구사항이 법적 판단 대상이 아닌 것이 명백한지 여부

25) Brandes Investment Partners, LP v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/08/3, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (2 February 2009) (“Brandes v Venezuela”), para. 52.

26) A. Antonietti, “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules” 21 ICSID Rev-FILJ (2006), p. 440.

27) Trans-Global Petroleum, Inc v The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/07/25, Decision on the Respondent’s Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (12 May 2008) (“Trans-Global v Jordan”), para. 97; Brandes v Venezuela, para. 60.

28) Brandes v Venezuela, para. 61.

29) 중재판정부는 중재신청인이 본안으로 주장하는 사항이 ‘신뢰할 수 없고, 정확하지 않고, 근거 없거나, 악의적인 것’이라고 판단할 경우 그러한 주장을 판단할 필요가 없을 것이다. Trans-Global v Jordan, para. 105.

30) 일응기준(the prima facie test)에 대해서는 다음 논문 참조. Michele Postesta’ and Marija Sorbat, “Frivolous claims in international adjudication: a study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of other courts and tribunals to dismiss claims summarily”, 3 J.Int.Disp.Settl.(2012), pp. 154-155.

31) A. Sheppard, “The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), Oxford Handbook of International Investment Law (OUP 2008), p. 933.

를 판단한다.<sup>32)</sup> 이 때, 판정부는 본안 사항이 명시적으로 중재대상이 아니라고 판단하기 위하여 적용할 법적 기준이 확실하지 않으면 본안전 항변을 배척하고 있기에 이때 적용되는 일응 기준은 일반적인 경우에 비해서 더 엄격하다고 할 수 있다. 제41조 제5항 항변 절차에서 요구하는 ‘명확성’(manifest)은 매우 높은 수준이다.<sup>33)</sup> 즉, 제41조 제5항 항변 절차는 새로우면서 어려운 법적 분쟁이 있는 쟁점 사안을 해결하려는 것이 아니라, 다툼이 없고 진정성을 의심할 바 없는 법규칙을 다툼이 없는 사실에 적용하는 절차인 것이다.<sup>34)</sup>

이 사건에서 피신청인은 신청인이 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간을 초과하여 중재 청구를 하였기에 해당 청구의 본안 사항은 법적 판단 대상이 되지 않는다는 이유로 신청인의 청구를 각하해야 한다고 주장하였다.<sup>35)</sup> 이에 반해, 신청인은 자신이 제출한 중재의 향서 그리고 중재요청서에서 적시한 사실관계는 한중 BIT 제9조 제7항의 시간적 요건을 ‘일응’(prima facie) 추정한다고 주장하면서, 피신청인이 주장하는 중재판정부의 시간적 관할권에 대한 의의제기 사항을 제대로 판단하려면 사실관계를 심층적으로 검토해야 하기에 이는 제41조 제5항 항변 절차에서 다루기 적절하지 않다고 주장하였다.<sup>36)</sup>

제41조 제5항 항변절차에서 항변사항을 인용하는 기준은 대상 청구의 본안사항이 법적 판단 대상이 아닌 것이 ‘명백한지’의 여부이다. 이 사건의 중재 판정부는 피신청인이 자신의 항변 사항을 ‘명확히 그리고 분명히, 비교적 쉬우면서 신속히’(clearly and obviously, with relative ease and dispatch) 입증해야 한다고 판단하였다.<sup>37)</sup> 판정부는 신청인의 주장이 사실이라고 간주했을 뿐, 피신청인이 주장하듯이 그러한 사실관계가 ‘신뢰할 수 없는지, 근거 없는지, 괴롭히기 위한 것인지, 그리고 신의칙에 반하는 것인지 여부’(incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith)에 대해서는 판단하지 않았다.

32) Global Trading Resource Corp and Globex International, Inc v Ukraine, ICSID Case No ARB/09/11, Award (1 December 2010) (“Globex v Ukraine”), para. 34.

33) “‘명확하게’(manifestly) 용어의 통상적 의미에 따라서 피신청인은 자신의 항변 사항을 분명하고도 명확히, 그리고 상대적으로 쉬우면서 신속히 증명해야 한다. 따라서 그 기준은 높게 설정되어 있다. 투자분쟁의 성격을 전반적으로 감안할 경우, 판정부는 이러한 작업이 항상 쉽지만은 않다고 생각한다. ... 따라서 이러한 작업은 복잡할 수 있지만, 불가능한 것은 아니어야 한다.” Trans-Global v Jordan, para. 88; 이 점에서 ‘manifest’ 용어가 사용되고 있는 ICSID 협약 제57조 혹은 ‘manifestly’ 용어가 사용되고 있는 같은 협약 제36조 제3항, 제52조 제1항 (b)의 경우에서도 그 기준은 높다.

34) PNG Sustainable Development Program Ltd v Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No ARB/13/33, Decision on the Respondent’s objections under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (8 October 2014), para. 89.

35) 제척기간에 관련된 항변사항은 제41조 제5항 절차의 대상으로 적절하다. A. Antonietti, op.cit., p. 439.

36) 안성주택사건, paras. 67-68.

37) Ibid., para. 70.



## IV. 한중 BIT 제9조 제7항의 적용 여부

### 1. 시기(始期)

#### (1) 판단 기준

##### 1) 피신청인의 주장

피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에서 시기(dies a quo)는 ‘투자자가 손실이나 손해를 입었다는 사실을 처음으로 알았거나 알 수 있었던 날’이라고 주장하였다.<sup>38)</sup> 피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에 따르면 손실을 입었다는 ‘사실’(fact)을 인지하는 것이 중요하고, 손실 ‘금액’(quantum)을 인지하는 것은 중요하지 않다고 주장하였다.<sup>39)</sup>

피신청인은 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement : NAFTA)에 따른 중재판정례를 근거로 특정시점에 위반사실과 그로 인한 손실이 발생한 일자를 인지하는 것이 중요하고, 일단 이러한 ‘일자’(date)를 인지했다면 나중에 다른 위반 행위로 인하여 손실이나 손해가 발생했어도 제척기간을 갱신하지 못한다고 주장하였다.<sup>40)</sup>

피신청인은 신청인이 2011년 10월 추가적인 손실을 피하기 위하여 사양현에 했던 투자 전체를 매각하기로 결정한 일자 이전에 손해를 입었다는 사실을 알았던 것이 틀림없다고 주장하면서, 이 경우 3년의 제척기간을 경과하는 것이 확실하기에 손실을 알았던 일자를 특정하지 않아도 된다고 주장하였다.<sup>41)</sup>

피신청인의 주장에 따르면 중재요청서에서 신청인은 당 위원회가 2007년 토지허가를 보류한 점, 2008년에는 300 무 넓이의 토지에 대한 사용료를 훨씬 높은 가격에서 지불하도록 강제한 점으로써 투자계약을 노골적으로 위반했다고 주장했다가, 나중에 제41조 제5항 항변 절차에서 제출한 준비서면에서는 신청인이 최종적으로 주식을 양도한 것이 2011년 12월 17일이라고 하여, 입장이 바뀌었다고 주장하였다.<sup>42)</sup> 피신청인은 제척기간의 개시

38) 한중 BIT 제9조 제7항의 규정은 다음과 같다. “이 조 제3항의 규정에도 불구하고 투자자는 투자자가 손실이나 손해를 입었다는 사실을 처음으로 알았거나 알 수 있었던 날부터 3년이 지난 후에는 제3항에 따라 분쟁을 회부할 수 없다.”

39) 아래 사건의 중재판정부는 BIT 위반이라고 주장하는 여러 가지 조치 중에서 위반 행위를 신청인이 인지했는지 여부와 상관없이 신청인이 가장 최근의 위반조치를 근거로 해서 제척기간이 아직 경과되지 않았다고 한다면 제척기간 제도의 의미가 없다고 판단하였다. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objection to Jurisdiction (July 20, 2006), para. 81.

40) *Eli Lilly & Co. v. Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Submission of the United States of America (March 18, 2016), para. 4.

41) 안성주택사건, para. 77.

시점은 2011년 12월 17일이라는 신청인의 주장을 반박하면서, 비록 이 날짜에 신청인의 자산처분과 관련하여 청산결제가 완성되었다고 할 수 있어도, 이 날짜는 신청인이 자신의 사업에 발생한 손해 혹은 손실을 처음 알았거나 알았어야 했던 날짜가 아니라는 것이다. 피신청인은 3년의 제척기간은 신청인이 손실 발생 사실을 알았을 때 개시되는 것이고 그 손실이 실현되는 날짜에 개시되지 않는다고 주장하였다.<sup>43)</sup>

## 2) 신청인의 주장

신청인은 한중 BIT 제9조 제1항에서 청구원인으로서 BIT 의무 위반으로 인한 손실과 손해, 그리고, 제9조 제7항에서의 손실과 손해가 발생한 때는 지자체 정부가 계속해서 2단계 사업 수행에 필요한 토지를 추가로 제공하지 않은 것이 주된 원인이기에 제척기간의 개시 시점은 신청인이 기대하고 계획했던 27홀 골프장 사업이 완전히 실패하게 된 이후라고 주장하였다.<sup>44)</sup>

신청인은 2011년 12월 17일에 이르러서야 사정상 손실을 입을 수 있다는 것이 명확해지면서, 자신의 사업을 중국인에게 매각할 수밖에 없었다고 주장하였다. 따라서 한중 BIT 제9조 제7항에 따라서, 신청인이 손실 혹은 손해를 처음 인지했거나 인지했어야 했던 날짜는 2011년 12월 17일이라는 것이다.<sup>45)</sup>

신청인은 지자체 정부가 1500 무 토지를 허가 하지 않은 결과 자신에게 손해가 발생한 것이고 신청인이 지자체 정부와 계속 노력해서 그러한 부작위를 시정하고자 했던 동안에는 손실이 발생하지 않았다고 주장하였다. 또한, 신청인은 투자유치국의 부작위가 계속되는 동안 BIT 위반이 있는 것이고 이러한 계속적인 부작위로 인하여 제척기간의 한계가 연장된다고 주장하였다.<sup>46)</sup>

신청인은 한중 BIT 제9조 제7항과 관련하여 자신의 주식을 양도했던 2011년 12월 이전에는 자신이 개발하고자 했던 27홀 골프장과 콘도에 대한 합법적 기대가 좌절되었다는 것을 알지 못했다고 주장하였다. 신청인에 따르면 지자체 정부는 2단계 사업에 필요한 토지를 제공할 지 여부에 대해서 아무런 조치도 취하지 않은 채 1년 이상 지속했고, 2011년 12월 중순 경에서야 비로소 지자체의 위반행위가 명확해졌다는 것이다.<sup>47)</sup>

42) Ibid., para. 78.

43) *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (October 11, 2002), para. 87; *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et. al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (October 25, 2016) (“Spence”), para. 213.

44) 안성주택사건, para. 93.

45) 신청인은 “예상되는 미래의 손해가 아니라 실제 손해가 있어야 제척기간이 개시된다.”는 아래의 중재판정례를 인용하였다. *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award in Relation to Preliminary Motion by the Government of Canada (February 24, 2000), para. 12.

46) 안성주택사건, para. 95.

47) Ibid., para. 96.

### 3) 관정부의 판단

중재 관 정부는 신청인이 중재요청서에서 추가적인 손실을 피하기 위하여 사양현에 했던 자신의 투자 일체를 2011년 10월에 처분할 수밖에 없었다고 밝힌 점을 근거로 신청인에게 손실이나 손해가 발생한 시점은 2011년 10월 이전이라고 판단하였다. 신청인은 중재요청서에서 자신의 자회사인 Mirage가 2011년 6월 대출금 상환일자를 지키기 못했다고 했고, 신청인의 종업원이 당 위원회 직원으로부터 괴롭힘을 당했지만, 지자체 정부는 경찰을 활용하여 보호하지 않았던 것도 2011년 6월이라고 했기에, 관 정부는 이를 근거로 신청인이 2011년 6월 발생했던 손실이나 손해를 인지했다고 판단하였다.

신청인은 2007년에 이미 사양도 공원에 골프장이 건설되어서 2009년 운영에 들어갔다고 했던 점, 그리고 2007년과 2008년 사이에 신청인은 1단계 사업용 토지 300무를 추가로 구입하면서 합의했던 것보다 더 높은 가격을 지불하게 되었고, 이로 인하여 “당 위원회가 노골적으로 투자계약을 위반했다”(the Committee’s outright repudiation)고 표현한 점에 관 정부는 주목하였다. 중재판 정부는 신청인이 한중 BIT 제9조 제7항의 손실 또는 손해가 발생한 것은 27홀 골프장 건설에 대한 기대가 완전히 좌절된 이후이고, 그 일차적인 이유는 지자체 정부가 신청인의 2단계 사업에 필요한 토지를 추가적으로 제공하지 않은 부작위가 계속되었기 때문이라고 하면서, 제척기간의 시기는 신청인이 소유한 합작투자회사의 주식일체를 매각했던 2011년 12월 17일이라는 주장을 배척하였다.<sup>48)</sup>

중재판 정부에 따르면, 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간은 투자자가 손실 혹은 손해를 입은 ‘사실’을 처음 인지하게 된 날로부터 개시되는 것이고 손실 혹은 손해의 ‘금액’을 알게 된 날부터 개시하지 않는다. 관 정부는 2011년 12월 17일은 신청인이 자신의 주식을 실제로 매각함으로써 손해가 확정된 날이고 손해가 발생했다는 것을 처음 알게 된 날이 아니라고 판단하였다.<sup>49)</sup> 결론적으로 한중 BIT 제9조 제7항에 따라서 신청인이 자신에게 손실 혹은 손해가 발생했다는 점을 처음 알았거나, 알았어야 했던 일자는 2011년 10월 이전으로서, 정확한 날짜를 기록에서 찾을 수는 없지만, 2011년 10월 경 혹은 2011년 9월 초로 보는 것이 합당하다고 판단하였다.<sup>50)</sup>

#### (2) 계속적 부작위의 효과

신청인이 주장하는 BIT 위반은 지자체 정부가 2007년에서 2010년 사이에 수행한 행위로서 300 무 토지의 사용료 인상을 요구한 것이다. 이에 대해서, 피신청인은 이러한 행위의 효과가 지속할 수는 있겠지만, 국가 책임을 수반하는 연속적 성격의 위반행위는 아니라고 주장하였다.<sup>51)</sup> 더욱이, 계속적으로 BIT 위반상태가 해소되지 않았다는 점만으로는 이러한

48) Ibid., para.109.

49) Ibid., para. 110; Spence, para. 213.

50) 안성주택사건, para. 114.

행위가 국가책임을 수반하는 계속적 성격의 위반행위로 변하지 않는다는 것이다. 피신청인은 이 사건에서 당 위원회가 추가로 1500 무의 토지를 제공하기로 약속했던 사항을 명시적으로 위반하지 않았기에, 신청인이 18홀 골프장과 클럽하우스를 매각했던 2011년 12월 중순까지도 신청인이 원래 계획했던 27홀 골프장은 건설 가능한 상태였다고 주장하였다.<sup>52)</sup>

피신청인은 제척기간을 계산할 때 계속적 부작위에 관한 주장을 배척하는 것이 중재판정부의 법리라고 주장하였다.<sup>53)</sup> 피신청인은 신청인이 2011년 11월 4일 이전 혹은 2011년 10월 이전에 자신의 투자에 발생한 손해 혹은 손실을 처음 알았거나 알았어야 했다는 사실은 바뀔 수 없다고 주장하면서, 신청인의 주장대로 협약 당사국의 부작위로 인해서 제척기간이 갱신되거나, 투자를 최종적으로 처분해야만 제척기간이 개시된다면, 투자자가 제척기간을 통제하게 됨으로써 제척기간을 통해서 달성하고자 했던 법적 안정성을 무위로 돌리게 되어, 한중 BIT 제9조 제7항에서 제척기간을 규정한 효과가 사라진다고 주장하였다.<sup>54)</sup>

신청인은 2007년에서 2010년 기간 중 지자체 정부의 행위가 별개로 모두 3년의 제척기간을 경과한다고 해도 해당 지자체가 2단계 사업 수행에 필요한 토지를 제공하기로 한 약속을 계속해서 위반하는 행위를 했기에 그 이전의 BIT 위반 행위는 신청인의 청구사항에 아무런 영향이 없다고 주장하였다.<sup>55)</sup> 신청인은 사양현 지자체 정부가 2단계 사업에 필요한 토지를 제공하지 않는 부작위를 계속 유지한 결과 새로이 3년의 제척기간이 개시된다고 주장하였다. 신청인은 지자체 정부의 경우 2단계 사업에 사용될 토지에 대한 사용허가를 보류하고 있었을 뿐 아무런 조치도 취하지 않았기에 적극적인 행위를 한 후 사후요청에 대해서 아무런 행위를 하지 않았던 경우와 구별된다고 주장하였다. 하지만, 중재판정부는 지자체 정부의 계속적 부작위가 있었다고 해도 신청인이 처음으로 손해 또는 손실을 인식했던 일자는 바뀌지 않는다고 판단하였다.<sup>56)</sup>

## 2. 종기(終期)

### (1) 피신청인의 주장

피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에 따른 제척기간의 종기(*dies ad quem*)는 투자자가 제3항에 따라서 분쟁을 청구할 수 있는 날이라고 하고, 같은 조 제3항에서는 분쟁을 중재

51) Clayton/Bilcon v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (March 17, 2015), para. 268.

52) 안성주택사건, para. 81.

53) Spence, para. 231; Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (August 22, 2016), para. 221; Corona Materials LLC v. Dominican Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award (May 31, 2016), paras. 146-147.

54) 안성주택사건, paras. 83-85.

55) Ibid., para. 97.

56) Ibid., para. 113.

에 회부하는 방식에 대해서 규정하고 있기에, 중기는 투자자가 분쟁을 중재에 회부하려는 의도로 ‘청구한’(making a claim) 때를 말하는 것이라고 주장하였다.<sup>57)</sup> 피신청인에 따르면 3년 제척기간의 중기는 ICSID에서 신청인의 중재요청서를 등록했던 2014년 11월 4일이어야 하고, 따라서 제척기한은 2011년 11월 4일 이후 개시한다. 특히 피신청인은 투자자가 한중 BIT 제9조 제3항에 따라서 ICSID 중재방식을 선택했을 때 중재개시규칙 제6조 제2항에 따라서 중재를 청구한 날을 정할 수 있다고 주장하였다.<sup>58)</sup>

피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항의 의미상 중재를 ‘청구한’ 날은 중재의향서를 제출한 날이라는 신청인의 주장에 대해서, 청구일자는 제9조 제3항에서 정한 중재규칙에 따라서 중재에 분쟁이 회부된 날을 말할 뿐이라고 반박하였다. 피신청인은 한중 BIT 제9조 제3항의 ‘분쟁(dispute)을 회부한다’는 규정과, 제7항에서 ‘청구(claim) 한다’는 규정 사이에는 아무런 차이가 없다고 하면서, 청구한다고 할 때 ‘making’ 용어와 분쟁을 회부한다고 할 때 ‘submitting’ 용어의 의미는 영어, 중국어, 그리고 한국어 사이에도 차이가 없다고 주장하였다. 피신청인은 ‘청구한다’(making a claim)는 것은 중재의향서로써 할 수 없고, 중재 절차를 확정적으로 가동시키는 행위로써만 파악될 수 있다는 것이다.<sup>59)</sup>

피신청인에 따르면 제척조항은 신청인이 늦게 청구하지 않도록 차단하기 위한 법적 장치로서 NAFTA 중재의 경우 그 활용이 어렵지 않다고 하면서, 한중 BIT 제9조 제7항을 너무 엄격히 해석할 경우 ICSID 중재 당사자들을 불편하게 할 수 있다는 신청인의 주장을 반박하였다.<sup>60)</sup>

피신청인은 신청인이 사양현 골프장 사업과 관련해서 손해를 처음 인지한 것은 2011년 10월 이전이기에, 이 날 이후 3년을 초과해서 신청인의 사건이 2014년 11월 4일 등록되었다는 것이다. 결국, 한중 BIT 제9조 제7항 규정에 따라서 신청인의 청구는 제척대상이고 신청인이 청구한 본안 사항이 법적 판단 대상이 아닌 것이 명확하다는 것이다.<sup>61)</sup>

## (2) 신청인의 주장

신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에서 ‘청구한다’(make a claim)는 규정의 의미는 중재의향서가 제출된 때를 말하는 것이라고 주장하였다.<sup>62)</sup> 이러한 주장의 근거로써, 한중 BIT 제9조 제5항에서 신청인은 중재에 ‘회부’(submit)하기 전 서면으로 중재의향서를 피신청국에게 통지해야 하는데, 중재의향서와 중재요청서는 내용이 서로 크게 다르지 않기에 중재

57) Ibid., para. 87.

58) ICSID 중재개시규칙(Institutional Rule) 제6조 제2항에서는 “협약에 따른 절차는 요청서 등록일에 개시된 것으로 간주한다.”고 규정하고 있다.

59) Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility (June 14, 2013) (“Apotex”), para. 301.

60) 안성주택사건, para. 96.

61) Ibid., para. 92.

62) Ibid., para. 99.

요청서 제출 일을 기준으로 제척기간을 산정할 경우 90일의 기간을 축소하는 것이 된다는 것이다. 또한 한중 BIT 제9조 제3항에서 투자자는 투자유치국 내에서 행정심판절차를 우선 거쳐야 하는데, 이에 따르면 제척기간이 추가로 4개월 단축된다는 것이다. 따라서 분쟁을 중재에 회부하는 것은 형식적인 절차이지만, 청구를 제기하는 것은 실질적인 단계이고, 제척기간이 실질적인 단계로서 중재의향서 통지에 적용되는 것이라고 주장하였다. 또한, 신청인은 중재의향서 통지에 의해서 비로소 사실관계 혹은 법률적인 이해관계에 대한 이견이 존재하는 ‘분쟁’이 발생하는 것이고 그 이전까지는 ‘청구’만 존재한다고 주장하였다.<sup>63)</sup> 따라서, 신청인은 제척기간의 종기는 중재의향서 통지일자이거나 아니면 자신이 중재요청서를 제출했던 2014년 10월 7일이 종기가 된다고 주장하였다.<sup>64)</sup>

결론적으로 신청인은 자신이 한중 BIT 제9조 제7항에 따른 3년의 제척기간을 초과하지 않았다고 주장하면서, 신청인이 자신의 손실 혹은 손해에 대해서 알았거나, 알았어야 했던 날짜는 2011년 12월 17일이고, 이로부터 약 2년 6개월 이 후인 2014년 5월 19일 중재의향서를 통지했다고 주장하였다. 예비적으로 신청인은 자신이 중재요청서를 제출했던 2014년 10월 7일에 청구를 했다고 주장하면서, 이 경우도 3년의 제척기간 이내라고 주장하였다. 결국 기한을 초과해서 중재대상이 될 수 없는 것이 명백하다는 피신청인의 주장은 배척되어야 한다는 것이다.<sup>65)</sup>

### (3) 판정부의 판단

중재 판정부는 분쟁이 ICSID에 회부되었을 때 시효의 진행을 차단하는 시점은 중재요청서를 근거로 결정해야 한다고 판단하였다. 3년의 제척기간이 종료되는 시점에 대해서 판정부는 한중 BIT 제9조 제7항의 규정상 종기는 투자자가 ICSID에 중재요청서를 제출한 날짜이고, 같은 조 제5항의 중재의향서는 제3항에서 규정하고 있는 ICSID에 분쟁을 회부하는 문서가 아니라고 판단하였다.<sup>66)</sup> 판정부는 중재요청서를 등록한 날이 제9조 제7항에서 정한 제척기간의 종기가 된다면 외부적인 요인으로 인해서 종기가 명확해지지 않을 수 있다고 판단하였다.<sup>67)</sup> 판정부는 신청인이 문제 삼았던 ‘분쟁’(dispute) 그리고 ‘청구’(claim)의 구별 여부에 대해서 논할 필요가 없다고 판단하였다.<sup>68)</sup> 판정부는 중재요청서가 2014년

63) Ibid., para. 100; Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), Objection to Jurisdiction, PCIJ Rer. Series A, No. 2 (1924), p. 11.

64) 안성주택사건, para. 103; 제척기간 초과 여부를 판단할 때 종기의 기준으로서 중재요청서를 제출한 날짜를 고려한 경우로는 다음 사건을 참조하시오. Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction (August 22, 2008), pp. 31-32.

65) 안성주택사건, para. 104.

66) Ibid., paras. 115, 118.

67) Ibid., para. 119.

68) Ibid., para. 120.

10월 7일 전자문서로 제출되었고, 서류상으로는 2014년 10월 8일 제출 되었기에 어느 날 이든 2011년 여름 하순 또는 9월 초, 아니면 2011년 10월 초로부터 시작해서 3년이 초과 되어, 신청인의 청구가 중재대상이 아닌 것이 명백하다고 판단하였다.<sup>69)</sup>

### 3. 한중 BIT 제3조의 효과

#### (1) 신청인의 주장

신청인은 한중 BIT 제3조 제3항의 최혜국대우(MFN)조항에 의하여 제척기간을 경과해서 청구하는 것이 가능하다고 주장하였다. 신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에 따른 3년의 제척기간은 중국이 체결한 다른 대부분의 BIT에서 제척기간을 두지 않은 것에 비해서 외국인 투자자에게 불리한 규정이라고 주장하였다. 신청인은 한중 BIT 제3조 제3항의 ‘대우’(treatment) 혹은 ‘투자행위’(investment activities) 용어를 넓게 해석할 경우 분쟁해결절차를 포섭하기에, 제척기간을 규정하지 않은 다른 BIT를 활용할 수 있고, 이 경우 피신청인이 활용하는 제41조 제5항 항변 절차는 법적 요건을 충족하지 않는다고 주장하였다.<sup>70)</sup>

#### (2) 피신청인의 주장

피신청인은 한중 BIT 제3조 제3항의 MFN 조항에 의한 대우는 투자유치국의 영역 내로 한정되고, 대상도 ‘투자행위와 영업행위’에 한정되기에 분쟁해결에는 적용되지 않는다고 주장하였다.<sup>71)</sup> 피신청인은 조약관련 실행 상으로도 2012년 한중일 투자보장협정<sup>72)</sup>에서 한국과 중국, 그리고 일본은 ‘투자행위’에 한정해서 최혜국 대우를 하고, 이러한 최혜국 대우는 분쟁해결에 확장되지 않는 것으로 양해했기 때문에<sup>73)</sup> 한중 BIT 제3조 제3항이 분쟁해결에 적용되지 않는다고 주장하였다. 또한 한중 FTA에서도<sup>74)</sup> 유사한 실행을 발견할 수 있다는 것이다.<sup>75)</sup>

69) Ibid., paras. 121-122.

70) Ibid., paras. 124-126.

71) Ibid., para. 131.

72) “대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정”(Agreement among the Government of the Republic of Korea, the Government of the People’s Republic of China and the Government of Japan for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment)을 말하며, 대한민국에 대해서는 조약 제2183호로 2014년 5월 17일 발효하였다.

73) 한중일 투자보장협정 제4조 제3항의 관련 규정은 다음과 같다. “제1항에 언급된 제3의 계약당사자 또는 모든 비계약당사자의 투자자와 그들의 투자에 부여된 대우는 다른 국제협정상 계약당사자와 제3의 계약당사자의 투자자 간 또는 계약당사자와 모든 비계약당사자의 투자자 간 투자분쟁해결에 관한 규정에 의해 제3의 계약당사자 또는 모든 비계약당사자의 투자자와 그들의 투자에 부여된 대우를 포함하지 아니한다.”

74) “대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 자유무역협정”(Trade Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People’s Republic of China)을 말하며, 대한민국에 대해서는 조약 제2269호로 2015년 12월 20일 발효하였다.

75) 한중 FTA 제12.4.조 제3항의 관련 규정은 다음과 같다. “제1항에 언급된 비당사국의 투자자와 그들의 투자에 부여된 대우는 다른 국제협정상 당사국과 비당사국의 투자자 간 투자분쟁해결에 관한 규정에 의하여 비

피신청인은 한중 BIT 제9조 제7항에서는 명확한 기간 내에 청구를 회부하는 것을 조건으로 같은 조 제3항에 따라서 중재에 동의한 것이기에 이는 투자자-국가 분쟁해결방식의 필수사항인 동시에 피신청인의 중재동의 사항의 전제가 되고, 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간은 관할권 문제에 해당한다고 주장하였다.<sup>76)</sup>

### (3) 관정부의 판단

중재 관 정부는 한중 BIT 제3조 제3항의 용어상 투자유치국이 투자자와 중재하기로 동의한 사항과 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간에는 최혜국 대우가 확장되지 않는다고 판단하였다. 관 정부는 한중 BIT 제9조 제7항은 당사국이 표시한 중재동의의 조건이기에 이 규정의 제척기간이 갖는 성격이 국내법상 실질적인 사항에 관한 것인지 아니면 절차적인 사항에 관한 것인지 여부와 관련이 없다고 판단하였다.<sup>77)</sup> 관 정부는 한중 BIT 제3조 제5항에서 국내 사법재판과 행정심판절차를 이용할 경우를 특정해서 최혜국 대우를 보장하고 있지만, 이와 달리 같은 조 제3항에서는 국제분쟁해결과 관련해서 아무런 언급도 하지 않고 있는 점에 주목하였다.<sup>78)</sup> 관 정부는 제3조 제3항의 MFN 조항의 어휘들이 명확하기에 굳이 다른 국제투자조약의 MFN 조항이나 조약체결 실행을 고려할 필요가 없다고 판단하면서, 이 점에서 피신청인이 제41조 제5항에 따른 항변사항을 ‘명확하고 분명하면서, 상대적으로 쉽고 신속하게’ 입증했다고 판단하였다. 이로써 신청인의 제3조 제3항에 근거한 주장을 배척하였다.<sup>79)</sup>

## V. 결론

위 사건에서 중재판정부는 안성주택과 중국 정부의 분쟁 사안인 한중 BIT 위반 여부를 본격적으로 다루지 않았다. 중재판정에서도 안성주택이 청구한 본안 사항과 관련하여 자세히 기술하지 않고 있다. 이 사건의 피신청인인 중국정부가 안성주택의 중재청구는 한중 BIT에서 정한 제척기간을 경과해서 개시된 것이기에 ICSID 협약 제41조 제5항에서 규정한 절차에 따라서 신속히 청구를 각하해야 한다고 주장했기 때문이다.

제41조 제5항 항변 절차는 ICSID 절차 상 ICSID 중재판정부의 판단 대상으로 하기에 적절하지 않은 청구를 일찍 배제함으로써 피신청인인 투자유치국이 ICSID 중재 청구에

당사국의 투자자와 그들의 투자에 부여된 대우를 포함하지 아니한다.”

76) 안성주택사건, para. 133-134.

77) Ibid., para. 138.

78) Ibid., para. 139.

79) Ibid., paras. 140-141.



대응하는 시간과 비용을 절약하기 위하여 2006년 ICSID 중재규칙 개정시 새롭게 도입된 제도이다. 이 절차는 ICSID 협약 제36조 제3항에 따른 사무총장의 검토 기능이 갖는 한계를 보완하는 역할을 수행하기도 한다. 안성주택사건에서도 언급된 바 있지만, ICSID 사무총장이 중재요청서를 등록한 사항은 제41조 제5항의 항변 사항을 판단하는데 결정적인 영향을 미치지 않는다.

제41조 제5항 항변 절차는 지난 10여년 기간 동안 20여건이 넘을 정도로 자주 활용되고 있다.<sup>80)</sup> 하지만, ‘명확성’ 요건으로 인해서 청구 일체가 전부 각하되는 경우는 매우 드물다. 이번에 중재판정이 내려진 안성주택사건은 이러한 드문 예에 속한다. 중재판정부가 이렇게 판단한 이유는 제척기간을 경과해서 청구된 사항의 경우 세분해서 명확성 요건을 충족했는지 판단할 필요가 없었기 때문일 것이다. 다른 사건에서는 중재판정부가 청구사항을 세분하고 각각에 대해서 해당 청구가 법적으로 판단할 여지가 없을 정도로 명확한지 여부를 판단한 것과 비견된다.<sup>81)</sup> 이 사건의 중재판정부는 이미 제41조 제5항 항변 절차가 기틀을 잡았고, 이 사건에서 안성주택의 반대 주장들이 타당하지 않았다고 판단하면서도, 비용 부담과 관련해서는 피신청인이 주장하는 법률비용 환급범위는 75%만 인정하였다. 그 이유는 제41조 제5항 항변 절차에서 제출된 서면 작성 부담이 본안 사건에 비해서 적었고, 구술심리는 하루만 열린 점으로 인해서 중국 측의 비용청구 범위가 과도했다고 판단하였기 때문이다.<sup>82)</sup>

안성주택 사건에서 논의되었던 주된 사항은 한중 BIT 제9조 제7항의 제척기간이 언제 개시되고 종료되는지에 관한 것이었다. 신청인의 경우는 제척기간을 경과하여 분쟁을 회부하지 않았다는 점을 주장하면서 강소성 사양현 정부의 계속적 부작위로 인하여 어쩔 수 없이 자신의 주식 일체를 중국인 매수인에게 양도한 날에 제척기간이 개시되고, 제척기간의 종착점은 중재의향서를 통지한 날이거나 아무리 늦어도 중재요청서를 제출한 날이라고 주장하였다.

이에 대해서 피신청인은 계속적 부작위 개념은 손해나 손실을 알게 된 ‘사실’과 무관하고, 규정상 손해와 손실을 ‘처음’ 알게 된 날짜에 제척기간이 개시되고, 제척기간의 종기는 중재절차를 확정적으로 가동시키는 날짜여야 하는데, ICSID 중재절차는 등록일자에 개시된 것으로 간주한다는 규정을 근거로 중재요청서 등록 일자가 제척기간의 종기가 되어야 한다고 주장하였다.

중재판정부에 따르면 제척기간은 신청인이 손해와 손실을 알았거나 알 수 있었던 날짜에 개시하고, 종기는 외부적인 요인에 좌우되지 않는 중재요청서 제출일자가 되어야 한다.<sup>83)</sup> 이러한 기준에서 판단할 때, 중재판정부는 신청인의 청구가 제척기간을 초과하였기

80) Lars Markert, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, 31 ICSID Rev –FILJ (2016), p. 692.

81) Trans-Global v Jordan, para. 124.

82) 안성주택사건, paras. 162-163.

에 해당 청구사항이 중재판정부의 법적 판단 대상이 되지 않는 점이 명확하여 신청인의 청구 일체를 각하한다고 결정하였다. 이러한 중재판정부의 판단은 제41조 제5항 항변절차와 관련된 최근 중재판정례에서 크게 벗어나지 않는 것으로 보인다. 이러한 중재판정에서 중재판정부는 신청인이 제출한 중재의향서와 중재요청서의 기재 사항을 일단 진정한 것으로 추정하였다. 안성주택사건에서도 안성주택의 중재의향서와 중재요청서에 기재된 사실을 기반으로 안성주택이 언제 자신의 손해 혹은 손실을 인지(knowledge)했는지를 판단하였다.

이 사건의 중재판정 만으로는 어떠한 연유에서 안성주택이 3년의 제척기간을 초과했는지 명확하지 않다.<sup>84)</sup> 향후 한중 BIT를 활용하여 대한민국 기업이 손해 혹은 손실에 대한 구제책을 마련하고자 한다면, 중국 정부의 조치가 한중 BIT의 분쟁해결방식을 활용할 정도로 손해 혹은 손실을 야기했고, 그러한 손해 혹은 손실을 ‘최초로’ 인지한 시점을 면밀히 검토하여야 할 것이다. 입법적으로는 대한민국 기업이 중국정부를 상대로 한중 BIT에 따른 국제투자중재를 개시할 준비시간을 충분히 갖기 위해서는 현재 3년인 제척기간을 5년으로 연장하는 방안도 적극 검토할 필요가 있다.<sup>85)</sup>

이 사건의 중재판정이 내려진 후 안성주택 측의 중재대리를 맡은 법무법인(유한) 태평양은 ICSID 절차상 중재판정 취소절차를 활용하겠다고 알려져 있다. 만약, ICSID 특별위원회(ad hoc Committee)에서 취소 절차가 진행된다면, 어느 기준에서 이번 중재판정을 취소할 수 있을지는 또 다른 분석을 요하는 작업이 될 것이다.<sup>86)</sup>

83) ICSID 사무국에서는 중재요청서 접수 후 약 1달 이내에 등록절차가 완료된다고 한다. Martina Polasek, “The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, 5 *Disp.Resol.Int’l.* (2011), p. 177.

84) 3년의 제척기간은 한중 FTA 제12.12조 제11항에서 규정하는 제척기간과도 동일하다.

85) 룩스타 사건에서 문제된 “대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정”의 경우 개정조약 제8조 제7항에서 5년의 제척기간을 규정한 바 있다.

86) ICSID 중재판정의 취소에 관한 개괄적인 사항은 다음 문헌을 참조하시오. 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 25 *중재연구* (2015), 74-76쪽.

## 참고문헌

- 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 25 중재연구, 2015.
- Antonietti, A., “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, 21 ICSID Rev—FILJ, 2006.
- Markert, Lars, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, 31 ICSID Rev—FILJ, 2016.
- Postesta, Michele and Marija Sorbat, “Fivolous claims in international adjudication: a study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of other courts and tribunals to dismiss claims summararily”, 3 J.Int.Disp.Settl., 2012.
- Polasek, Martina, “The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, 5 Disp.Resol.Int’l., 2011.
- Sheppard, A., “The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), *Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, 2008.
- Case of the Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom), Objection to Jurisdiction, PCIJ Rer. Series A, No. 2, 1924.
- Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility (June 14, 2013).
- Brandes Investment Partners, LP v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/08/3, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (2 February 2009).
- Clayton/Bilcon v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (March 17, 2015).
- Corona Materials LLC v. Dominican Republic, ICSID Case No.ARB(AF)/14/3, Award (May 31, 2016).
- Eli Lilly & Co. v. Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL, Submission of the United States of America (March 18, 2016).
- Global Trading Resource Corp and Globex International, Inc v Ukraine, ICSID Case No ARB/09/11, Award (1 December 2010).
- Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Objection to Jurisdiction (July 20, 2006).

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (October 11, 2002).

PNG Sustainable Development Program Ltd v Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No ARB/13/33, Decision on the Respondent's objections under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (8 October 2014).

Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Award in Relation to Preliminary Motion by the Government of Canada (February 24, 2000).

Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (August 22, 2016).

Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et. al. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award (October 25, 2016).

Trans-Global Petroleum, Inc v The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (12 May 2008)

Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Decision on Jurisdiction (August 22, 2008).

## ABSTRACT

### Comments on the ICSID Award *Ansung Housing v. People's Republic of China*

Pyoung-Keun Kang

On 9 March 2017, a Tribunal constituted under the ICSID Convention issued its ruling in the case of *Ansung Housing v. People's Republic of China*, dismissing with prejudice all claims made by the Claimant, *Ansung Housing Co., Ltd.*, in its Request for Arbitration, pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5).

*Ansung Housing v. PRC* has drawn attention since it is the first case where an investor with Korean nationality initiated an ICSID arbitration on the basis of the Korea-China Bilateral Investment Treaty (BIT) as amended in 2007 between the Republic of Korea and the People's Republic of China.

The Tribunal finds that its ruling is about a lack of jurisdiction of the ICSID and of its own competence as well as regarding manifest lack of legal merit due to a lack of temporal jurisdiction, since a Respondent's Rule 41(5) objection is concerned with the three-year limitation period in Article 9(7) of the Korea-China BIT.

The Tribunal held that, under Article 9(7) of the Korea-China BIT, the limitation period begins with an investor's first knowledge of the fact that it has incurred loss or damage, not with the date on which it gains knowledge of the quantum of that loss or damage.

Finally, the Tribunal held that *Ansung* submitted its dispute to ICSID and made its claim for purposes of Article 9(3) and (7) of the BIT after more than three years had elapsed from the date on which *Ansung* first acquired knowledge of loss or damage and that the claim is time-barred and, as such, is manifestly without legal merit.

It remains to be seen whether the aggrieved Claimant initiates annulment proceedings before an ad hoc committee under the ICSID Convention. It is quite interesting to see whether the decisions by the Tribunal should be reversed on the basis of the Claimant's arguments as to the start date as well as the end date of the limitation period under the Korea-China BIT.

**Key Words** : Preliminary Objections, ICSID Rule 41(5), Korea-China BIT, Limitation Period, Jurisdiction