

## 투자협정중재에 의한 중재판정의 승인·집행에 대한 뉴욕협약 적용에 관한 고찰

A Study on the Application of the New York Convention in the  
Recognition and Enforcement of ISDS Arbitral Awards

강수미\*  
Soo Mi Kang

### 〈목 차〉

- I. 들어가며
  - II. 투자협정중재의 의의 및 본질
  - III. 투자협정중재에 의한 중재판정의 승인·집행에 대한 뉴욕협약의 적용 여부
  - IV. 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁의 중재적격 인정 여부
  - V. 나오며
- 참고문헌  
Abstract

주제어 : 뉴욕협약, ISDS규정, ICSID협약, 중재판정, 투자협정중재

\* 연세대학교 법학전문대학원 교수, [kangsophia@yonsei.ac.kr](mailto:kangsophia@yonsei.ac.kr)

## I . 들어가며

오늘날 투자의 자유화, 투자의 보호 등을 목적으로 하는 국제투자협정(International Investment Agreement: IIA)이 빈번히 체결되고 있다. 최초의 투자협정으로 볼 수 있는 서독일과 파키스탄 간의 협정(1959년)을 선두로 하여, 외국에 대한 직접 투자의 기회가 확대됨에 따라 1990년대부터는 투자협정의 체결건수가 비약적으로 증가하고 있는데, 2017년 말 기준으로 체결된 양자간 조약(Bilateral Investment Treaty: BIT)은 2,950건에 달하고 있고, 투자에 관한 장<sup>1)</sup>을 포함한 자유무역협정 등 투자보호조약(Treaties with Investment Provisions: TIP)까지 포함하면 2016년 말 기준으로 3,324건에 이르고 있다.<sup>2)</sup>

우리나라의 경우 1960년 2월 19일 발효된 “투자보장에 관한 협정을 형성하는 대한민국 정부와 아메리카합중국(미합중국) 정부간의 교환각서(Exchange of Notes between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America relating to Investment Guaranties)”를 필두로 2018년 4월 기준 94개국과 투자협정(발효 88, 미발효 6)을 체결하고 있다.<sup>3)</sup>

투자협정에는 통상 투자의 자유화(투자 전의 내국민대우, 투자 전의 최혜국대우, 특정 조치의 이행요구의 금지 등), 투자의 보호(투자 후의 내국민대우, 투자 후의 최혜국대우, 공정·공평대우, 수용 및 보상, 자금의 이전 등)에 관하여 정하는 것 외에도 외국 투자자와 투자유치국간의 투자에 관한 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 하는 내용의 중재조항이 포함되어 있는 경우가 있다. 이러한 경우에는 투자분쟁을 중재에 의해 해결하게 된다. 투자협정에 삽입되는 중재조항에는 대략 ①세계은행(World Bank)이 투자분쟁을 조정 또는 중재에 의하여 해결하기 위하여 만든 “국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 이하 ‘ICSID협약’이라 한다)”에 기해 설립된 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement Investment Disputes, 이하 ‘ICSID’라고 한다)에 의한 중재, ②ICSID협약이 직접 적용되지 않는 사건에 이용되는 ICSID 추가절차규칙(Additional Facility Rules)에 의한 중재, ③국제연합 산하 국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 ‘UNCITRAL’이라 한다)의 UNCITRAL 중재규칙<sup>4)</sup>에 의한 중재 등이 포

1) 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA)에 투자에 관한 장(Investment Chapter)을 둔 경우 그러한 투자에 관한 장은 투자협정에 해당하는 것으로 해석된다.

2) 이에 관해서는 법무부, 「한국의 투자협정 해설서」, 법무부 국제법무과, 2018, p. 50 참조.

3) 이에 관해서는 공공데이터 포털, 데이터셋, 파일데이터, 경제협정 체결 현황, 외교부\_우리나라의 투자보장협정 체결 현황, <https://www.data.go.kr/dataset/3040299/fileData.do> (2018. 11. 30. 접속) 참조.

4) UNCITRAL은 2013년 투자협정중재의 투명성에 관한 UNCITRAL 규칙(UNCITRAL Rules on Transparency in

함되어 있고,<sup>5)</sup> 투자자는 이 가운데 자신이 원하는 중재를 선택할 수 있는 것으로 정하고 있다.

투자협정에 의한 중재 가운데 ICSID협약에 따른 중재의 경우에는 ICSID협약의 체약국은 ICSID에 의해 내려진 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고, 그 중재판정을 자국의 확정판결로 간주하여 이에 따른 금전적 채무를 그 영역 내에서 집행할 의무를 부담하게 되는데(ICSID협약 제54조 제1항 전문), 중재판정의 승인·집행을 구하는 자는 ICSID 사무총장(Secretary-General)이 인증한 정본을 체약국이 지정한 집행기관에 제출하여야 하고(같은 협약 같은 조 제2항 전문), 중재판정의 집행은 집행국의 집행 관련 법령에 따라 이루어진다(같은 협약 같은 조 제3항). 그런데 ICSID 추가절차규칙에 의한 중재나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 등의 경우와 같이 ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재에 의한 중재판정과 관련해서는 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 이하 ‘뉴욕협약’이라 한다)”에 기해 그 중재판정을 승인·집행할 수 있는지가 문제된다.

따라서 본 논문 II에서 투자협정중재의 의의, 유형 및 본질 등을 살펴본 다음, III에서는 투자협정 중의 외국 투자자와 투자유치국간 분쟁해결규정에 의한 중재판정의 승인·집행에 뉴욕협약이 적용될 수 있는지 여부를 투자협정중재의 유형과 본질 등을 고려하여 검토하고, IV에서는 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁에 대한 중재판정의 승인·집행이 대한민국에서 요구되거나 대한민국이 그러한 투자협정중재의 중재지로 지정된 경우 우리나라의 중재법상 해당 투자분쟁의 중재적격이 인정될 수 있는지를 살펴보고자 한다.

Treaty-based Investor-State Arbitration, 이하 ‘UNCITRAL 투명성 규칙’이라 한다)을 채택하였는데, 이는 투자협정의 당사국간에 특별한 약정이 없는 한 2014년 4월 1일 또는 그보다 뒤에 체결된 투자협정에 기해 UNCITRAL 중재규칙에 따라 개시된 중재절차에 적용된다(UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 제1항). 또한 2014년 4월 1일 전에 체결된 투자협정에 기해 UNCITRAL 중재규칙에 따라 개시된 중재절차에 관해서는 분쟁당사자 또는 투자협정의 당사국, 다국간협정의 경우에는 신청인이 속한 국가 및 피신청인이 속한 국가가 각각 2014년 4월 1일보다 뒤에 합의한 경우에 한해 적용된다(UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 제2항).

- 5) 투자협정에서 중재기관을 정하지 않고 단순히 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재에 의해 분쟁을 해결하기로 정한 때에는 투자와 관련하여 분쟁이 발생한 경우 분쟁당사자는 합의로 또는 일방의 선택으로 중재절차를 개시할 수 있다. 이밖에도 투자협정의 당사자 일방 또는 쌍방이 ICSID협약의 체약국이 아니고, 투자협정에서 중재기관을 특정하지 아니한 채 단순히 중재에 의해 분쟁을 해결하기로만 정한 때에는 투자자와 투자유치국간에 분쟁이 발생한 경우 분쟁당사자의 합의로 또는 일방의 선택에 의해 특정한 중재기관에 중재를 신청할 수 있는데, 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)의 국제중재법원(International Court of Arbitration), 런던의 국제중재법원(London Court of International Arbitration), 스톡홀름 상업회의소의 중재협회(Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce) 등에 의한 중재가 주로 이용되고 있다. 이에 관해서는 최태관, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 「중재연구」 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007. 8, pp. 151-153 참조.

## II. 투자협정중재의 의의 및 본질

### 1. 투자협정중재의 의의

투자유치국 내의 외국인 투자를 보호·증대할 목적으로 외국인 투자 보호규범을 정하는 다자간 조약(Multilateral Investment Treaty: MIT) 또는 양자간 조약(BIT)을 투자협정이라고 한다. 투자협정은 보통 ①협정 체결의 목적 등을 규정한 서문(Preamble), ②투자자, 투자 등에 대한 정의(Definition)규정, ③내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평대우, 수용 및 보상, 송금 보장, 이행요건 부과금지 등 실체적 권리·의무규정, ④투자자와 국가간의 분쟁해결절차 (Investor-State Dispute Settlement, 이하 ‘ISDS’라고 한다), ⑤협정의 해석·적용 등에 관한 국가간의 분쟁해결절차, ⑥예외 규정, ⑦유효기간 등 최종조항으로 구성되는데,<sup>6)</sup> 투자협정의 구체적인 내용은 당사국간의 협상 결과와 투자자의 보호수준 등의 영향을 받을 수 있다.

국가간에 조약을 위반하여 분쟁이 발생한 때에는 국가간의 분쟁이 되어 국제법의 적용을 받게 되지만, 국제투자의 경우 투자유치국이 투자협정을 위반하여 투자자가 피해를 입게 된 때에는 국가간 분쟁해결절차로는 투자자를 적절히 구제하기 어려우므로 별도의 구제절차가 필요하다.<sup>7)</sup> 따라서 대부분의 투자협정에는 투자자와 투자유치국간의 투자 관련 분쟁을 중재를 통해 해결하기로 하는 규정(이하 ‘ISDS규정’이라 한다)을 두고 있다.<sup>8)</sup> 투자협정상 ISDS규정에 근거하여 이루어지는 중재를 투자협정중재라고 할 수 있다.

### 2. 투자협정중재의 유형

국제투자 관련 분쟁, 특히 외국 투자자와 투자유치국간의 분쟁을 소송 등의 전통적인 분쟁해결방법으로는 유효·적절하게 해결하기 어려운 측면을 고려하여 투자협정은 ISDS규

6) 법무부, 앞의 책, p. 10.

7) 이러한 경우 외국 투자자가 투자유치국을 상대방으로 하여 투자유치국의 법원에 제소할 수도 있지만, 그 법원의 중립성을 보장하기 어려울 뿐 아니라 투자자가 투자유치국의 법원에서 소송을 수행하는데 법적·현실적 제약이 따를 것이므로 효율적인 구제방법이 될 수 없을 것이다.

8) 우리나라가 체결한 투자협정 중에 ISDS규정을 두고 있지 않은 경우는 “대한민국 정부와 미합중국 정부간의 투자촉진협정(조약 제1461호)”, “대한민국 정부와 파키스탄 회교 공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(조약 제1000호)”, “대한민국 정부와 방글라데시인민공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(조약 제961호)”, “대한민국 정부와 스위스 정부간의 투자촉진과 상호보호에 관한 협정(조약 제376호)”, “대한민국과 독일연방공화국간의 투자증진 및 상호보호에 관한 조약(조약 제227호)”에 불과하다. 이에 관해서는 김연경, “우리나라가 체결한 국가별 투자협정에 포함된 ISDS 규정의 비교·분석”, 『투자자-국가 분쟁해결절차에 관한 연구』, 사법발전재단, 2015, p. 269 참조.

정을 두고 있는데, 이러한 ISDS규정에 의한 투자협정중재에는 ICSID협약이 적용되는 경우, ICSID 추가절차규칙이 적용되는 경우, UNCITRAL 중재규칙이 적용되는 경우 등이 있다. 투자협정에서 특정한 중재기관을 정하지 않고 단순히 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재에 의해 분쟁을 해결하기로 정한 때에는 투자와 관련하여 분쟁이 발생한 경우 분쟁당사자는 합의로 또는 일방의 선택으로 특정한 중재기관을 정하여 중재절차를 개시할 수 있다.

### (1) ICSID협약에 따른 중재

세계은행이 투자분쟁을 조정 또는 중재로 해결하기 위하여 만든 ICSID협약에 기해 설립된 ICSID는 외국 투자자와 투자유치국간의 투자로부터 발생한 법률상 분쟁을 처리한다. 그런데 ICSID는 분쟁당사자가 중재를 신청하는 모든 사건을 처리할 수 있는 것이 아니라, ICSID협약 제25조의 요건을 구비한 경우에 한하여 ICSID협약에 따른 중재로 분쟁을 해결할 수 있다. 즉 ①분쟁당사자가 해당 분쟁을 ICSID에 회부하기로 서면으로 동의하였어야 하고, ②투자에서 직접적으로 발생한 분쟁을 그 대상으로 하여야 하며, ③분쟁의 일방 당사자가 협약의 체약국 (또는 해당 체약국이 ICSID에 지정한 그 체약국의 하부조직이나 기관)이어야 하고, 상대방은 다른 체약국의 국민이어야 비로소 ICSID협약에 따른 중재를 통해 투자자와 투자유치국간의 투자분쟁을 해결할 수 있다.<sup>9)</sup> 이러한 요건을 충족한 경우 ICSID 사무총장<sup>10)</sup>은 해당 사건이 ICSID의 관할권에 속하지 않음을 이유로 중재요청서의 등록을 거부할 수 있다(ICSID 협약 제36조 제3항).<sup>11)</sup>

룬스타 사건<sup>12)</sup>과 Hanocal 사건<sup>13)</sup>은 ICSID협약에 따른 중재에 해당한다.

9) ICSID협약에 따른 중재절차에는 조정 및 중재절차의 개시에 관한 절차규칙(Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, 이하 'ICSID 절차개시규칙'이라 한다)이 적용되며, ICSID협약에 따른 중재를 이용하고자 하는 당사자는 ICSID 사무총장에게 중재요청서를 제출하여야 하는데, 중재요청서에는 분쟁당사자, 동의일자, 당사자적격을 판단할 수 있는 사항, 분쟁의 대상에 관한 정보를 기재하여야 한다(ICSID 절차개시규칙 제1조, 제2조).

10) 사무총장은 ICSID가 중재가 요청된 사건에 대하여 관할권을 가지는지 여부를 심사하는데, 사무총장에게 이러한 심사권을 부여한 것은 당사자가 ICSID에 대한 중재회부에 동의하지 않은 분쟁이나 당사자적격의 흠결이 명백한 사건에 대한 중재절차가 개시되는 것을 사전에 방지하기 위한 것이다.

11) 사무총장이 접수된 사건에 대한 관할권의 존부를 심사하여 관할권이 존재하지 않음을 이유로 중재요청서의 등록을 거부한 경우 당사자는 사무총장의 결정 자체에 대하여 불복할 수 없으므로 ICSID의 중재절차를 이용할 수 없다. 또한 사무총장이 관할권의 존재를 전제로 중재요청서를 등록한 경우에도 중재의 피신청인은 해당 사건이 ICSID의 관할권에 속하지 아니함을 주장할 수 있다(중재절차에 대한 절차규칙(Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, 이하 'ICSID 중재규칙'이라 한다) 제41조 제1항).

12) LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea(ICSID Case No. ARB/12/37). 이 사건은 대한민국을 상대방으로 한 최초의 투자협정중재사건이라는 점에 의미가 있는데, 미국계 사모펀드 룬스타가 “대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments)”을 근거로 대한민국을 상대방으로 하여 ICSID에 46억 7,950만 달러(5조 1,700억 원)의 지급을 구하는 중재신청을 하였다.

13) Hanocal Holdings B.V. and IPIC International B.V. v. Republic of Korea(ICSID Case No. ARB/15/17). 이 사건은 신청인의 중재신청취하로 종결되었다.

## (2) ICSID 추가절차규칙에 의한 중재

ICSID협약에 따른 중재는 ICSID협약의 체약국 또는 그 하부조직이나 기관과 다른 체약국의 국민간의 투자에서 직접적으로 발생한 법률상 분쟁을 그 대상으로 하므로, 체약국 대 비체약국 국민간의 분쟁이나 비체약국 대 체약국 국민간의 분쟁은 그 대상에서 제외된다. 또한 투자와 직접적인 관련이 없는 분쟁이나 기술적·금융적·정치적 쟁점 등이 문제되는 분쟁도 ICSID협약에 따른 중재의 대상이 될 수 없다. 그런데 국가와 외국 국민간의 투자현실에 비추어 보면 라틴아메리카의 상당수 국가들은 ICSID협약의 체약국이 아니고, 당사자간의 분쟁이 투자로부터 직접 발생한 것이 아닐지라도 이를 해결하지 않으면 투자분쟁을 해결하기 어려운 경우가 있을 수 있으며, 투자로부터 직접 발생한 분쟁이더라도 법률적 쟁점이 아닌 사실의 존부에 관해서만 다투어지는 경우가 적지 않다. 이러한 현실을 방지할 경우 국가와 외국 국민간의 투자 관련 분쟁을 효율적으로 해결하기 어려운 측면이 있다.

ICSID도 이러한 측면을 고려하여 ICSID 추가절차규칙을 통해 ICSID에서 중재로 분쟁을 해결할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 즉 분쟁당사자인 국가 또는 분쟁당사자의 소속 국가 중 어느 국가가 비체약국인 경우에도 ICSID 사무국은 상대방 당사자가 체약국 국민 또는 체약국이고 투자로부터 직접 발생한 법률상 분쟁을 대상으로 하는 때에는 ICSID 추가절차규칙에 따라 중재절차를 담당할 수 있다(ICSID 추가절차규칙 제2조 (a)). 또한 체약국과 다른 체약국 국민간의 법률상 분쟁이 투자로부터 직접 발생한 것이 아니거나 {ICSID 추가절차규칙 제2조 (b)} 체약국과 다른 체약국 국민간의 투자로부터 직접 발생한 분쟁이 법률적 쟁점이 아닌 사실의 확정에 관한 것인 때에도 {ICSID 추가절차규칙 제2조 (c)} ICSID 사무국은 ICSID 추가절차규칙에 따라 중재절차를 담당할 수 있다.<sup>14)</sup>

ICSID 추가절차규칙에 따른 중재는 ICSID의 관할권에 속하지 않으므로 ICSID 추가절차규칙에 따른 중재절차에는 ICSID협약이 적용되지 아니한다(ICSID 추가절차규칙 제3조).

## (3) UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재

투자협정 체결시 국가와 외국 국민간의 투자분쟁을 UNCITRAL 중재규칙에 따라 해결하기로 합의하는 경우가 있다. 이러한 경우 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재판정부 구성하여 중재절차가 진행되는데, 이는 상설중재기관을 통해 중재절차가 진행되는 기관중재와는 차이가 있다. 이러한 ISDS규정이 투자협정에 편입되게 된 것은 많은 개발도상국들이 선진국의 이해를 주로 대변한다고 인식하여 인지도 있는 국제중재기관의 중재규칙의 적용을 회피하는 반면, 국제연합 산하 국제상거래법위원회에서 제정한 UNCITRAL 중재

14) ICSID 추가절차규칙에 의한 중재의 경우 중재판정부가 소정의 기간 내에 구성되지 않으면 절차관리위원회의 위원장(the Chairman of the Administrative Council)이 중재인을 선임하게 된다(ICSID 추가절차규칙 제6조 제4항).

규칙을 선호하는 현실이 반영된 것으로 볼 수 있다.<sup>15)</sup>

다만 임의중재의 경우에는 기관중재의 경우와는 달리 분쟁이 발생한 후 당사자간에 중재절차진행에 관한 별도의 합의가 필요하므로, 당사자 일방이 중재절차진행에 관한 합의에 응하지 아니할 때에는 중재절차의 진행이 원활하지 못할 가능성이 있지만, UNCITRAL 중재규칙은 이러한 경우에 대비한 규정을 두고 있다. 따라서 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재의 경우 당사자나 중재인이 중재인을 선임하지 못하는 때에는 중재인 선임권자(appointing authority)가 중재인을 선임하게 된다(UNCITRAL 중재규칙 제8조, 제9조, 제10조).

Dayyani 사건,<sup>16)</sup> Elliott 사건,<sup>17)</sup> Mason 사건<sup>18)</sup> 등은 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재에 해당한다.

### 3. 투자협정중재의 본질

#### (1) ICSID협약의 적용을 받는 중재의 경우

ICSID협약의 체약국은 ICSID에 의해 내려진 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고, 그 중재판정을 자국의 확정판결로 간주하여 이에 따른 금전적 채무를 그 영역 내에서 집행할 의무를 부담하므로(ICSID협약 제54조 제1항 전문), 이러한 중재판정의 집행은 집행국의 집행 관련 법령에 따라 이루어진다(같은 협약 같은 조 제3항). 다만 ICSID협약 제54조는 그 국가 또는 외국에 대한 강제집행 면제에 관한 체약국의 법령에 영향을 미치지 아니한다(ICSID협약 제55조).

ICSID협약에 따른 중재절차는 국가간의 합의에 기한 것이므로 당사자는 중재판정의 취소를 국가의 법원에 소구할 수 없고(ICSID협약 제53조 제1항 전문), 중재판정에 대한 집행절차도 국내법의 적용을 받지 아니한다.

15) 장승화, 「양자간 투자협정 연구」, 법무부 국제법무과, 2001, p. 208.

16) Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea, PCA Case No. 2015-38. 이 사건에서 대한민국은 다야니에게 6,800만 달러(730여억 원)를 배상하라는 중재판정이 2018년 6월 7일 내려졌는데, 우리나라가 패소한 첫 투자협정중재사건으로 볼 수 있다.

17) Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea, UNCITRAL. 미국계 사모펀드 엘리엇(Elliott Associates L.P.)이 박근혜 전 대통령이 국민연금공단에 부당하게 영향력을 행사하여 삼성물산과 제일모직의 합병을 승인함으로써 삼성물산과 제일모직의 주주였던 신청인이 손해를 입었다고 주장하면서 7억 7,000만 달러(8,600여억 원)의 지급을 구하는 중재신청을 하였다.

18) Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, UNCITRAL. 미국계 사모펀드 메이슨(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC)이 Elliott 사건과 동일한 이유를 들어 2억 달러(2,200여억 원)의 지급을 구하는 중재신청을 하였다.

## (2) ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재의 경우

### 1) 국내법의 적용을 받는 중재에 해당하는지 여부

ICSID협약의 적용을 받지 않는 투자협정중재는 ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙, 국제중재기관의 중재규칙 등에 기해 중재절차가 진행되는데, 이러한 경우 국내법의 적용을 받는 중재에 해당하는지 여부가 문제된다. 이는 투자협정이 ICSID협약에 따른 중재 외의 중재에 대하여 중재절차가 진행되는 국가의 중재법의 적용을 의도하고 있는 것인지와 관련이 있다.

ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재가 중재절차가 진행되는 국가의 법이 적용되는 중재에 해당하는지와 관련하여, 국가에 대한 재판권 면제가 인정된다는 것을 이유로 국가가 당사자인 중재절차에는 다른 국가의 법이 적용되지 않는다는 입장을 취한 사례가 없지 않지만,<sup>19)</sup> 오늘날 재판권 면제는 상대적으로 인정되고 있고,<sup>20)</sup> 국가가 중재합의를 체결한 때에는 재판권 면제를 주장할 수 없는 것으로 볼 수 있다.<sup>21)</sup> 결국 이러한 경우에는 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조가 정한 조약의 해석기준에 따라 투자협정의 내용과 의미를 해석하여야 하는데, 투자협정의 문언상으로 명확하지 아니한 경우 중재합의에 관한 체결국의 의사가 인정된다면 그에 따르면 될 것이지만, 체결국의 의사가 분명하지 아니한 때에는 투자협정의 목적·취지 등을 고려하여 그 성질을 파악하여야 할 것이다.

### 2) 이란-미국분쟁중재정(Iran-United States Claims Tribunal: IUSCT)에 의한 중재

1979년 이란혁명 당시 이란의 과격파 학생이 미국대사관을 점거하자, 미국은 이란에 대한 자산동결 등의 대항조치를 강구하는 등 분쟁이 발생하였고, 1981년 1월 19일 알제리의 중재로 알제리 선언에 의해 합의가 이루어졌다. 이 선언에서 양국간의 분쟁(대여금, 계약, 수용 기타 재산상 조치에 관한 미국·이란 국민과 상대국간의 분쟁, 양국간의 물품매매·서비스제공계약에 관한 분쟁, 알제리 선언의 해석·이행에 관한 분쟁)을 UNCITRAL 중재규

19) Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.(ARAMCO), reprinted in 27 ILR 117(August 23, 1958), at 155-156.

20) 전통적인 절대적 면제이론에 따르면 국가가 외국법원의 재판권 행사에 동의하지 않는 한, 국가 또는 국가의 재산은 외국법원의 재판관할권으로부터 면제되었지만, 다방면에 걸쳐 국제거래가 활성화됨에 따라 국가가 사적 거래의 주체로서 분쟁당사자가 되는 경우가 적지 않게 발생하게 되었고, 이러한 경우까지 주권평등이론에 입각하여 재판권(주권·국가)면제를 인정할 필요가 없으므로, 20세기에 들어서는 국가의 행위나 재산 가운데 국가의 주권적·권력적·공법적 행위(*acta jure imperii*)와 관련된 것에 한해서만 재판권이 면제되고, 국가의 비주권적·비권력적·사법적·상업적 행위(*acta jure gestionis*)와 관련된 것에 대해서는 면제가 인정되지 않게 되었다. 재판권면제에 관한 법리는 국제관습법, 조약법, 국내법 등에 의해 규율되는데, 국내법의 내용은 해당 국가의 실정, 입법정책 등에 따라 각각 달리 정해진다. 이에 관해서는 김대순, 「국제법론(제19판)」, 삼영사, 2017, pp. 511-513 참조.

21) Albert Jan van den Berg, "The New York Arbitration Convention and State Immunity", *Acts of States and Arbitration*, Carl Heymanns, 1997, p. 49.

칙에 따른 중재에 의해 해결하기로 하는 합의가 이루어졌고, 이 합의에 따라 이란-미국분쟁중재정이 설립되었다.<sup>22)</sup>

이란-미국분쟁중재정에 의한 중재가 국제법중재인지, 아니면 네덜란드 중재법의 적용을 받는 중재인지가 다투어지고 있는데,<sup>23)</sup> 이와 관련해서는 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 제1항이 정한 해석기준에 의거하면서 동 협약 제31조 제3항 (b)가 규정한 조약체결 후의 당사국의 관행 등도 고려하여 국내법이 적용되는 중재로 보는 견해,<sup>24)</sup> 이러한 중재정을 창설한 당사국의 목적에 비추어 국제상사중재정이 아니라 국제사법재판소와 동일하게 국제법에 의해 창설된 국내법의 적용을 받지 않는 판단기관으로 보는 견해<sup>25)</sup> 등이 주장되고 있다.

### 3) 검토

ICSID협약에 따른 중재의 경우에는 중재인의 선정(ICSID협약 제37조 내지 제40조), 중재인의 기피(같은 협약 제57조, 제58조), 중재판정의 취소(같은 협약 제52조) 등과 같이 중재절차를 감독하는 기능을 ICSID가 직접 담당함으로써 국가법원의 감독이 개입될 여지가 없다. 그러나 ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재의 경우에는 중재절차를 감독하는 기능을 국가법원이 담당하게 된다. ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재의 경우에는 ICSID협약에 따른 중재의 경우와 달리 국가법원의 감독기능 없이는 공정하고 실효성 있는 중재절차를 확보하기 어렵다.<sup>26)</sup> 따라서 투자협정의 ISDS규정에 ICSID협약에 따른 중재와 아울러 ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 등과 같이 ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재가 포함되어 있는 때에는 투자협정의 목적·취지 등을 고려하여 ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재는 국가법원의 감독을 받는 중재로 보아야 할 것이다.

ICSID협약의 적용을 받지 않는 투자협정중재가 국가법원의 감독을 받는 중재에 해당할 경우 이에 따른 중재판정의 집행에 뉴욕협약이 적용될 수 있는지 여부, 나아가 ICSID협약에 따른 중재판정이 동 협약에서 규정하고 있지 않는 비금전채무의 이행을 그 내용으로 하고 있거나 ICSID협약의 비체약국인 국가에서 ICSID의 중재판정을 집행하고자 하는 경우 그러한 중재판정의 집행에 뉴욕협약이 적용될 수 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

22) Jacomijn J. van Hof, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Kluwer Law International, 1991, pp. 1-6.

23) 이에 관해서는 *Id.*, pp. 7-10 참조.

24) David D. Caron, "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 137-151.

25) William T. Lake and Jane Tucker Dana, "Judicial Review of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal: Are the Tribunal's Awards Dutch?", *Law and Policy in International Business*, Vol. 16, 1984, pp. 773-780.

26) D. D. Caron, *op. cit.*, p. 150.

### Ⅲ. 투자협정중재에 의한 중재판정의 승인·집행에 대한 뉴욕협약의 적용 여부

#### 1. 국내법의 적용을 받지 않는 투자협정중재의 경우

##### (1) 뉴욕협약의 적용 여부

ICSID협약의 체약국은 ICSID에 의해 내려진 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고, 그 중재판정을 자국의 확정판결로 간주하여 이에 따른 금전적 채무를 그 영역 내에서 집행할 의무를 부담하므로(ICSID협약 제54조 제1항 전문), 금전채무의 이행을 내용으로 하는 중재판정의 승인·집행은 ICSID협약상 보증되어 있다. 중재판정의 승인·집행이 ICSID협약에 의해 보증되어 있는 경우에도 뉴욕협약이 적용될 수 있는지 여부와 관련해서는 뉴욕협약 제7조 제1항 전단의 규정을 살펴볼 필요가 있다. 이 조항에 따르면 뉴욕협약의 규정은 체약국에 의하여 체결된 중재판정의 승인·집행에 관한 다자 또는 양자협정의 효력에 영향을 미치지 않는데, 이는 “최대효율의 원칙(principle of maximum effectiveness)”을 반영한 것으로서 중재판정이 보다 신속·원활하게 승인·집행될 수 있게 하기 위한 것으로 볼 수 있다.<sup>27)</sup> ICSID협약에 따른 중재판정의 승인·집행과 뉴욕협약에 따른 중재판정의 승인·집행을 비교해 보면, ICSID협약에 따른 경우에는 중재판정의 취소사유가 뉴욕협약의 경우보다 제한되어 있고, 중재판정의 승인거부에 관한 규정이 없으며, 중재판정의 집행과 관련해서도 중재판정을 집행지국의 확정판결로 간주하고 있으므로, ICSID협약에 따른 중재판정의 승인·집행이 뉴욕협약에 따른 중재판정의 승인·집행보다 간이·신속하게 이루어질 수 있다. 따라서 중재판정의 승인·집행이 ICSID협약에 의해 보증되어 있는 때에는 뉴욕협약이 적용되지 않는 것으로 보아야 한다.

그러나 ICSID협약에 따른 중재판정이더라도 비금전채무의 이행을 명한 중재판정이 내려지거나<sup>28)</sup> ICSID협약의 체약국이 아닌 국가에서 중재판정을 집행하고자 하는 때에는<sup>29)</sup> ICSID협약에 따라 집행할 수 없게 되는데, 이러한 경우에는 ICSID 추가절차규칙이 적용될 수 있다(ICSID 추가절차규칙 제3조).<sup>30)</sup> 그런데 ICSID 추가절차규칙 내의 중재규칙에는

27) David Quinke, “Article VII [Other Enforcement Regimes]”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, 2012, p. 455.

28) Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 1099.

29) K. V. S. K. Nathan, *The ICSID Convention: The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, 2000, p. 61.

30) 외국 투자자와 투자유치국간의 분쟁이 투자로부터 직접 발생하지 아니하여 ICSID의 관할권이 미치지 않는

중재판정의 승인·집행에 관한 규정이 없으므로, 그러한 중재판정의 승인·집행에 뉴욕협약이 적용되는지 여부를 검토할 필요가 있다.<sup>31)</sup> 이와 관련해서는 ①뉴욕협약 제1조 제1항은 동 협약의 적용을 받는 중재판정을 국내법에 의한 것으로 한정하지 않고, 중재판정의 승인·집행거부사유를 정하고 있는 뉴욕협약 제5조 제1항 (d)도 당사자의 선택을 국내법에 한정하고 있지 않은 것을 이유로, 국내법에 의하지 않은 중재판정의 집행에 대해서도 뉴욕협약이 적용될 수 있는 것으로 보는 견해,<sup>32)</sup> ②뉴욕협약 제정과정상의 논의상황에 따르면 뉴욕협약 제5조 제1항 (d)는 준거법을 언급하고 있지 않지만, 동 조항 (a)는 중재합의의 준거법을 규정하고 있고, 중재합의가 법률의 지배를 받으면 중재절차도 법률의 지배를 받게 되며, 국제상사중재회의에 참석한 각국 대표의 대부분은 뉴욕협약 제5조 제1항 (d)에서 준거법을 언급할 필요가 없다는 의견을 표명하였고, 조문의 구성과 문언상으로도 뉴욕협약 제1조 제1항은 중재판정이 국내법에 의하여야 한다고 규정하고 있지는 않지만, 뉴욕협약 제5조 제1항 (a), (e)에 따르면 뉴욕협약은 중재판정이 국내법에 의한 경우를 전제하고 있으며, 중재절차에 법적 공백이 존재하는 일은 있을 수 없으므로, 뉴욕협약은 국내법에 의한 중재판정만을 그 적용대상으로 하는 것으로 보아야 한다는 견해<sup>33)</sup> 등이 주장되고 있다.

## (2) 관련 사례

이란-미국분쟁중재정의 중재판정을 미국에서 집행하는데 뉴욕협약이 적용되는지 여부가 다투어졌던 *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.* 사건에서, 미연방 제9순회구 항소법원은 뉴욕협약 제1조는 절차법을 전혀 언급하고 있지 않으며, 중재판정이 국내법에 의하지 않은 경우에도 동 협약 제5조 제1항에 절차보장, 공서의 안정장치가 마련되어 있고, 당사자가 국내법의 적용을 받는 중재를 선택하지 않은 때에는 단지 제5조 제1항 (a), (e)를 원용할 수 없을 뿐이라고 하여, 이란-미국분쟁중재정의 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 된다고 하였다.<sup>34)</sup>

다는 이유로 ICSID 추가절차규칙이 적용되는 경우 해당 거래가 일반적인 상거래와 구분되는 요소를 가지고 있어야 하는데(ICSID 추가절차규칙 제4조 제3항), 이러한 절차에서 내려진 중재판정을 뉴욕협약에 대한 상사유보선언을 한 국가에서 승인·집행할 수 있는지가 문제될 수 있다. 그런데 “일반적인 상거래와 구분되는”이라는 것은 일반적인 상거래가 아닌 요소를 가지고 있을 것을 요구하는 것이 아니라 일반적인 상거래를 초과하는 요소를 가지고 있을 것을 요구하는 것으로 볼 수 있으므로(C. H. Schreuer et al., *op. cit.*, p. 1122), 상사유보선언을 한 국가에서도 이러한 중재판정을 뉴욕협약에 따라 승인·집행할 수 있을 것이다.

- 31) 투자협정중재 가운데 ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재를 국내법의 적용을 받지 않는 중재로 보는 경우에도 그에 따른 중재판정의 승인·집행에 뉴욕협약이 적용되는지 여부가 문제될 것이다.
- 32) Aida B. Avanesian, *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993, pp. 298-301; W. T. Lake and J. T. Dana, *op. cit.*, pp. 792-797.
- 33) A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 34-40.
- 34) *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*, 887 F. 2d 1357(9th Cir. 1989), at 1362, 1365.

### (3) 검토

ICSID협약에 따른 중재판정도 중재판정의 승인·집행을 요구받은 국가의 내국판정은 아니지만, 이러한 중재판정에 대한 승인·집행이 ICSID협약에 의해 보증되어 있는 때에는 뉴욕협약 제7조 제1항 전단에 의해 뉴욕협약이 적용되지 않는 것으로 보아야 한다.

ICSID협약에 따른 중재판정을 ICSID협약에 따라 승인·집행할 수 없는 예외적인 경우 그러한 중재판정은 그 승인·집행지국의 내국판정이 아니므로 뉴욕협약의 적용대상이 되는 것으로 볼 수 있다. 또한 뉴욕협약의 문언상으로 그 적용대상인 중재판정이 국내법의 적용을 받는 중재절차에서 내려진 것으로 한정된다고 보기 어렵고, 투자유치국의 행위에 의한 투자재산의 침해에 관한 분쟁해결절차라는 점에서 국내법의 적용을 받는 중재와 그렇지 아니한 중재간에 본질적인 차이가 없으며, 뉴욕협약의 목적·취지 등에 비추어 보더라도 뉴욕협약에 의하지 않고도 보다 간이·신속하게 승인·집행할 수 있는 경우가 아닌 한, 국내법의 적용을 받지 않는 중재절차에서 내려진 중재판정을 뉴욕협약의 적용대상에서 배제시켜서는 안 될 것이다.

## 2. 국내법의 적용을 받는 투자협정중재의 경우

### (1) 뉴욕협약의 적용 여부

ICSID협약의 적용을 받지 않는 투자협정중재 가운데 국내법이 적용되고, 중재절차의 진행과정 전반에 걸쳐 국가법원의 감독을 받는 중재의 경우에는 일단 외국 투자자와 투자유치국의 행위가 중재절차와 중재판정의 준거법상 중재의 대상이 될 수 있어야 한다. ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재에 의한 중재판정이 외국에서 내려진 후에 그 중재판정에 대한 승인·집행이 대한민국에서 요구된 경우 그 중재판정이 우리나라가 가입되어 있는 뉴욕협약의 적용대상인 때에는 그 승인·집행에 대하여 뉴욕협약이 적용될 수 있다. 결국 투자자와 투자유치국간의 투자분쟁에 대한 중재판정이 외국에서 내려진 경우 이에 대한 승인·집행에 뉴욕협약이 적용될 수 있는지 여부는 그러한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 될 수 있는지와 관련이 있다.<sup>35)</sup> 그런데 뉴욕협약의 문언상으로는 이에 대한 명시적인 언급이 없으므로, 뉴욕협약에 대한 해석을 통해 이 문제를 해결하여야 할 것이다.

뉴욕협약 제1조 제1항에 따르면 뉴욕협약은 자연인인지 법인인지를 불문하고 당사자간의 분쟁에서 비롯한 판정의 승인·집행에 적용되는데, 국가가 위 조항상의 법인에 해당하는지 여부가 문제된다.<sup>36)</sup> 이에 관한 뉴욕협약 제정 당시의 논의상황을 살펴보면, 국제연합

35) ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재에 의한 중재판정이 대한민국에서 내려진 후에 그 중재판정에 대한 승인·집행이 외국에서 구해진 경우에도 해당 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 되는지 여부가 문제될 것이다.

36) 이와 관련해서는 ①뉴욕협약 제정과정상의 논의상황을 고려하여 국가가 사법적 행위를 하는 경우에 한하여 뉴욕협약이 적용되는 것으로 보는 견해(A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 42-44; Lionello Cappelli-Perciballi, "Application of the New York Convention of 1958 to Disputes between States and between State Entities and

경제사회이사회에 설치된 특별위원회가 1955년 3월 15일에 작성하고, 동 이사회가 1955년 5월 20일에 채택한 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약안”에 대하여 동 위원회의 구성원이었던 벨기에 대표는 사법적 행위를 하는 공공기업이나 공공사업체를 법인으로 간주한다는 규정을 둘 것을 제안하였는데, 동 위원회는 그러한 규정이 필요하지 않으며 보고자의 언급만으로 충분하다는 입장을 표명하였고,<sup>37)</sup> 협약안은 국가간의 중재를 대상으로 하지 않는다는 것을 분명히 하였다.<sup>38)39)</sup> 또한 1958년 5월 20일부터 같은 해 6월 10일까지 협약 작성을 위해 45개국의 전권위원의 참석으로 뉴욕의 국제연합 본부에서 개최되었던 국제상사중재회의에서, 이탈리아의 대표가 법인이라는 용어를 사용함으로써 국제사법재판소에 회부된 국가간의 분쟁에 뉴욕협약이 원용되지 않을까 염려하였는데, 이에 대하여 의장은 특별위원회가 협약안을 작성할 당시 그러한 의도는 없었던 것으로 보인다고 답변하였다.<sup>40)</sup> 그렇다면 뉴욕협약은 사법적 행위를 하는 국가가 법인에 포함된다는 것을 전제로,<sup>41)</sup> 국가간의 주권적 행위에 관한 분쟁을 적용대상으로 삼지 않은 것으로 볼 수 있다.

투자유치국과 외국 투자자간의 투자분쟁에 관한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 될 것인지 여부는 투자유치국의 행위가 해당 국가의 주권적 행위와 관련 있는 경우에 문제될 것이다. 그런데 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁의 경우에도 투자유치국과 투자자 소속국가간의 투자협정에서 중재에 의한 분쟁해결을 합의한 때에는 주권면제를 포기한 것으로 볼 수 있다. 그리고 대부분의 투자협정은 투자자와 투자유치국간의 투자분쟁의 해결을 위하여 투자자가 선택할 수 있는 중재로서 ICSID협약에 따른 중재 뿐 아니라 ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 등을 선택지로 열거함과 동시에 중재지를 뉴욕협약의 체약국으로 제한하고 있는데,<sup>42)</sup> 이러한 경우에는 투자협정 체약국이 ICSID협약에 의하지 않은 중재판정에 대해서는 뉴욕협약을 적용하여 승인·집행하는 것에 동의한 것으로 볼 수도 있다. 또한 ICSID 추가절차규칙에 의한 중재의 경우 추가절차규칙 내의 중재규칙도 중재판정이 뉴욕협약에 따라 집행되는 것을 염두에 두어 중재지를 뉴욕협약의 체약국으로 한정하고 있다(ICSID 추가절차규칙 별표 C 중재규칙 제19조).<sup>43)</sup> 투자협정에서

Private Individuals: The Problem of Sovereign Immunity”, *International Lawyer*, Vol. 12, 1978, p. 198; Paolo Contini, “International Commercial Arbitration: The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, 1959, p. 294), ②뉴욕협약을 적용하고자 하는 당사자간의 중재합의가 있는 경우에는 주권적 행위에 대해서도 뉴욕협약이 적용되는 것으로 보는 견해(Pieter Sanders, *International Commercial Arbitration*, Martinus Nijhoff, 1960, p. 299) 등이 주장되고 있다.

37) UN Doc. E/2704(1955), para. 24.

38) UN Doc. E/2704(1955), para. 17.

39) 위 협약안에 대하여 오스트리아 정부는 사법상 권리의무의 주체로서의 국가가 분쟁해결을 위해 중재합의를 체결한 경우에는 뉴욕협약이 적용된다는 명문규정을 두자는 의견을 표명한 바 있다{이에 관해서는 UN Doc. E/2822(1956), p. 11 참조}.

40) UN Doc. E/Conf. 26/SR. 16(1958), p. 5.

41) A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 43.

42) 미국 모델 BIT(2012)는 뉴욕협약이 투자협정중재에 의한 중재판정에 적용될 수 있다는 전제 하에 ICSID협약에 따른 중재가 아닌 때에는 중재지를 뉴욕협약의 체약국으로 정하도록 하고 있다(제28조 제1항).

ICSID 추가절차규칙에 의한 중재를 선택지로 정한 때에는 투자협정 체결국은 이 규칙에 따른 중재판정의 승인·집행에 뉴욕협약을 적용하는 것에 동의한 것으로 볼 수 있다.<sup>44)</sup>

ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재에 의한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 된다고 할 경우, 뉴욕협약이 그 적용범위를 승인·집행지국의 국내법에 의해 상사로 인정되는 법률관계에서 발생한 분쟁으로 한정하는 취지의 상사유보선언(*commercial reservation*)을 체결국에 허용하고 있는 것(뉴욕협약 제1조 제3항)과 관련하여, 상사유보선언을 한 체결국에서 그러한 중재판정을 집행하고자 하는 때에는 해당 분쟁의 원인이 된 법률관계가 상사에 관한 것인지가 문제될 수 있다. 이는 각국의 국내법의 내용에 따라 달리 판단될 수 있지만,<sup>45)</sup> 투자자의 투자행위는 상행위에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로 이러한 투자행위로부터 발생한 분쟁을 해결하기 위한 중재판정을 상사유보선언을 한 국가에서 승인·집행하는 경우에도 뉴욕협약이 적용되는 것으로 볼 수 있다.<sup>46)</sup>

UNCITRAL 국제상사중재모델법(*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 이하 ‘UNCITRAL 모델법’이라 한다)은 ‘상사’라는 용어를 계약관계인지를 불문하고 상사적 성격을 가지는 모든 관계에서 발생한 사항을 포함하는 것으로 넓게 해석하여야 한다고 주석을 달고 있는데(UNCITRAL 모델법 제1조 제1항 각주 2), 투자는 상사적 성격을 가지는 것으로 볼 수 있다.<sup>47)</sup>

## (2) 관련 사례

프랑스 기업과 구 유고슬라비아 정부간의 철도부설계약을 둘러싼 분쟁에 관한 중재판정의 집행에 뉴욕협약이 적용되는지 여부가 다투어졌던 *SEEE v. Yugoslavia* 사건에서, 네덜란드 항소원은 뉴욕협약 제정과정상의 논의상황을 근거로 국가도 사법적 행위를 하는 한 뉴욕협약 제1조 제1항의 범인에 포함될 수 있는데, 이 사건 철도부설계약의 체결은 국가의 주권적 행위에 해당하지 않으므로 이에 관한 중재판정의 집행에 뉴욕협약이 적용된다고 하였다.<sup>48)</sup>

43) 이에 관해서는 Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, p. 10 참조.

44) 대한민국이 체결국인 FTA 중에도 뉴욕협약의 적용을 염두에 두어, 해당 협정에 따른 중재에 회부된 청구는 뉴욕협약 제1조의 목적상 상업적 관계 또는 거래에서 발생된 것으로 간주한다는 규정을 두고 있는 경우가 있다. 한·미 FTA(조약 제2081호) 제11.26조 제11항, 한·칠레 FTA(조약 제1665호) 제10.40조 제7항, 한·호주 FTA(조약 제2215호) 제11.26조 제11항, 한·캐나다 FTA(조약 제2216호) 제8.42조 제7항 등이 이에 해당한다.

45) 뉴욕협약의 체결국이 투자협정분쟁을 상사분쟁에 포함시키지 않는 입법을 채택한 경우 해당 중재판정은 그 국가에서 뉴욕협약의 적용을 받지 못하지만, 이는 뉴욕협약이 투자협정중재에 의한 중재판정을 그 적용대상으로 하는지와 직접적인 관련이 있는 것은 아니다.

46) Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 65.

47) 캐나다의 브리티시 콜롬비아 주의 판례 중에는 위 주석에 근거하여 투자협정중재가 상사중재에 해당한다고 판단한 것이 있다(*United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 1529, British Columbia Supreme Court, October 31, 2001).

### (3) 검토

ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재에 의한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 되는지 여부는 뉴욕협약의 해석문제가 될 것인데, 뉴욕협약의 제정과정에 비추어 보면 국가간의 주권적 행위에 관한 분쟁을 그 적용대상으로 하지 않았던 것은 분명하다고 할 수 있다. 그런데 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁과 관련하여, 뉴욕협약의 제정 당시에는 외국 투자자인 사인과 투자유치국인 국가간의 투자분쟁의 해결에 중재가 이용되지 아니하였고, 뉴욕협약도 이러한 중재를 상정하고 있지 아니하였다.

중재의 국제적 이용의 활성화를 도모하고자 하는 것이 뉴욕협약의 목적이라면, 오늘날 기업의 국제적 활동이 증가하는 가운데 국제투자의 증진 및 국제투자에서 발생하는 분쟁의 중재에 의한 원활한 해결을 도모하는 것도 뉴욕협약의 목적에 포섭될 수 있다. 그리고 투자유치국의 행위가 주권적 활동과 관련이 있더라도 투자유치국과 투자자 소속국가간의 투자협정에서 중재에 의한 분쟁해결을 합의한 때에는 주권면제를 포기한 것으로 볼 수 있으므로 투자분쟁을 뉴욕협약의 적용대상에서 제외시켜서는 안 될 것이다.

또한 투자협정의 체결국이 뉴욕협약 가입시 상사유보선언을 한 경우에도 투자자의 투자행위는 상행위에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 투자행위로부터 발생한 분쟁을 해결하기 위한 중재판정을 상사유보선언을 한 국가에서 승인·집행하는 때에는 뉴욕협약이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

## IV. 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁의 중재적격 인정 여부

### 1. 대한민국에서의 승인·집행시 중재적격의 인정 여부

국가의 주권적 행위에 관한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 되는 것으로 볼 경우, 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)가 분쟁의 대상인 사항이 승인·집행지국의 법령에 의해 중재에 의한 해결이 불가능한 것을 중재판정의 승인·집행거부사유로 하고 있는 것과 관련하여, 국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁에 대한 중재판정의 승인·집행이 대한민국에서 요구된 경우 해당 분쟁이 대한민국 중재법상 중재적격을 가지는지 여부가 문제될 수 있다.

우리나라 중재법 제3조 제1호에 따르면 중재는 재산권상의 분쟁 또는 당사자가 화해에 의하여 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁을 그 대상으로 한다.<sup>49)</sup> 재산권이란 금전적 가

48) Hague Court of Appeal, September 2, 1972, SEEE v. Yugoslavia, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I, Kluwer Law International, 1976, p. 197.

49) 다만 중재법 제2조 제2항에 따르면 우리나라 중재법은 중재절차를 인정하지 아니하거나 우리나라 중재법의 중재절차와는 다른 절차에 따라 중재에 부칠 수 있도록 정한 법률과 대한민국에서 발효 중인 조약에 대한

치나 경제적 이익을 기초로 한 권리 또는 법률관계를 의미하는데, 이에 관한 분쟁은 별다른 제한 없이 중재의 대상이 될 수 있다. 또한 금전적 가치나 경제적 이익을 기초로 하지 않는 법률관계이더라도 당사자가 화해로 해결할 수 있는 법률관계에 관한 분쟁인 경우에는 중재의 대상이 될 수 있다.

간접수용위반, 공정·공평대우위반 등의 투자협정위반으로 인한 손해배상청구는 그것이 국가의 주권적 행위로 인한 사인의 손해배상청구라고 하더라도 사인의 손해의 전보라는 사법적 성질을 가지는 것으로 볼 수 있고, 손해배상청구는 재산권상의 분쟁에 해당한다. 또한 금전채무의 이행을 구하는 경우보다 발생빈도는 훨씬 적지만, 비금전채무의 이행 등에 관한 분쟁이 투자협정중재의 대상이 될 수도 있다. 이러한 경우에는 해당 분쟁을 당사자간의 화해로 해결할 수 있는지 여부에 따라 중재적격의 인정 여부가 달리 판단될 여지가 있다.

다만 우리나라가 체결국인 투자협정에서 중재에 의한 투자분쟁의 해결이 정해져 있는 경우 투자유치국인 우리나라의 주권적 행위에 관한 투자분쟁에 대한 중재절차에서 외국 투자자의 청구가 인용된 경우 이러한 분쟁이 우리나라의 중재법상 중재적격이 인정되지 않는다고 하여 우리나라에서 승인·집행될 수 없다고 한다면 중재판정의 집행가능성이라는 측면에서 우리나라가 체결한 투자협정 중의 ISDS규정에서 ICSID협약에 따른 중재와 아울러 국내법의 적용을 받는 중재를 선택지로 정한 것을 무의미하게 할 염려가 있다. 따라서 우리나라가 체결한 투자협정에서 국내법의 적용을 받는 중재를 선택지로 정한 때에는 투자협정의 체결국인 우리나라와 상대국가가 투자협정위반으로 인정될 수 있는 주권적 행위에 관한 투자분쟁에 대하여 중재적격을 부여하는 의사를 가지고 있는 것으로 볼 수도 있다. 그렇다면 투자협정상 중재적격이 인정되는 경우에 해당하는 것으로 볼 수도 있을 것이다.

외국 투자자와 투자유치국간의 투자협정위반을 원인으로 한 손해배상청구에 관한 분쟁은 우리나라 중재법상 중재적격이 인정되므로 이러한 분쟁에 대한 중재판정의 승인·집행은 우리나라에서 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 의해 거부되지 않을 것이다.

## 2. 투자협정중재의 중재지가 제3국으로서 대한민국인 경우

투자협정의 ISDS규정에 의한 중재의 경우 중재지는 투자자의 소속국가나 투자유치국이 아닌 제3국으로 지정되는 것이 일반적이는데, 이러한 때에는 중재적격의 인정 여부를 중재지국의 법에 의해 판단하여야 하는지가 문제될 수 있다.<sup>50)</sup> 투자협정의 ISDS규정에 의해

여는 영향을 미치지 아니한다.

50) 캐나다의 브리티시 콜롬비아 주(United Mexican States v. Metalclad Corp., 2001 BCSC 1529, British Columbia Supreme Court, October 31, 2001), 스웨덴(CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Judgement of the Svea Court of Appeal, T 8735-01, IIC 63(2003)}, 영국(Ecuador v. Occidental Exploration

선택지로 이용되고 있는 UNCITRAL 중재규칙에 따르면 당사자가 중재지를 선택할 수 있는데, 당사자가 중재지를 선택하지 아니한 때에는 중재판정부가 이를 결정하게 된다(UNCITRAL 중재규칙 제18조 제1항). ISDS규정의 또 다른 선택지로 이용되고 있는 ICSID 추가절차규칙이 적용되는 때에는 중재지를 뉴욕협약의 계약국 중에서 선택하여야 하는데(ICSID 추가절차규칙 제19조), 중재지의 결정방법은 UNCITRAL 중재규칙의 경우와 동일하게 이루어지는 것으로 볼 수 있다(ICSID 추가절차규칙 제20조).

중립성, 당사자의 편의 등을 고려하여 제3국을 중재지로 지정하는 관행으로 인해 대한민국이 제3국으로서 중재지로 지정된 경우 우리나라 중재법상 중재적격이 인정되지 않으면 우리나라 중재법이 적용되지 않고, 이를 간과하고 중재판정이 내려진 때에는 그러한 중재판정은 취소의 대상이 될 수 있다(중재법 제36조 제2항 제2호 가목).

## V. 나오며

국제거래가 다양해짐에 따라 거래 관련 분쟁의 태양 또한 복잡·다양해질 수밖에 없는데, 이러한 분쟁을 소송 등 전통적인 분쟁해결방법으로 해결하고자 할 경우 효율적인 권리구제에 미흡할 수 있다. 따라서 국가간의 투자협정 체결시에 투자자와 투자유치국간의 투자분쟁을 해결하기 위한 ISDS규정을 둬으로써 ICSID협약에 따른 중재, ICSID 추가절차규칙이나 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 등을 통한 투자분쟁의 효율적 해결을 도모하고 있다. ICSID협약에 따른 중재의 경우에는 중재인의 선정(ICSID협약 제37조 내지 제40조), 중재인의 기피(같은 협약 제57조, 제58조), 중재판정의 취소(같은 협약 제52조) 등과 같이 중재절차를 감독하는 기능을 ICSID가 직접 담당함으로써 국가법원의 감독이 개입될 여지가 없지만, ICSID협약의 적용을 받지 않는 중재의 경우에는 중재절차를 감독하는 기능을 국가법원이 담당하게 된다.

ICSID협약에 따른 중재판정에 대한 승인·집행이 ICSID협약에 의해 보증되어 있는 경우에는 뉴욕협약 제7조 제1항 전단에 의해 뉴욕협약이 적용되지 않는 것으로 보아야 한다. ICSID협약에 따른 중재판정을 ICSID협약에 따라 승인·집행할 수 없는 예외적인 경우 그러한 중재판정은 그 승인·집행지국의 내국판정이 아니므로 뉴욕협약의 적용대상이 되는 것으로 볼 수 있다.

---

& Production Co., [2005] 2 Lloyd's Rep. 240, Queen's Bench Division(Commercial Court), 2 All E.R. 225[2005], Court of Appeal], 스위스[Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Judgement of the Swiss Tribunal, IIC 211(2006)]의 법원에서 투자협정에 따른 중재판정의 취소가 구해졌는데, 각 법원은 자국(주)의 중재법의 적용 여부에 관해서는 언급하지 않고 중재판정의 취소관할권을 행사하였는데, 이러한 국가(주)에서는 투자협정에 따른 중재에서 중재지로 지정된 자국(주)의 중재법을 적용하여, 중재합의의 대상인 투자유치국의 주권적 행위로 인해 발생한 투자분쟁에 중재적격을 인정하였다.

ICSID협약이 적용되지 않는 투자협정중재에 의한 중재판정이 뉴욕협약의 적용대상이 되는지 여부는 뉴욕협약의 해석문제가 될 것인데, 오늘날 기업의 국제적 활동이 증가하는 가운데 국제투자의 증진 및 국제투자에서 발생하는 분쟁의 중재에 의한 원활한 해결을 도모하는 것이 중재의 국제적 이용의 활성화라는 뉴욕협약의 목적에 부합하게 될 것이다. 그리고 투자유치국의 행위가 주권적 활동과 관련이 있더라도 투자유치국과 투자자 소속국가간의 투자협정에서 중재에 의한 분쟁해결을 합의한 때에는 주권면제를 포기한 것으로 볼 수 있으므로 투자분쟁을 뉴욕협약의 적용대상에서 제외시켜서는 안 될 것이다. 또한 투자협정의 체결국이 뉴욕협약 가입시 상사유보선언을 한 경우에도 투자자의 투자행위는 상행위에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로, 이러한 투자행위로부터 발생한 분쟁을 해결하기 위한 중재판정을 상사유보선언을 한 국가에서 승인·집행하는 때에는 뉴욕협약이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

국가의 주권적 행위에 관한 투자분쟁에 대한 중재판정의 승인·집행이 대한민국에서 요구되거나 대한민국이 제3국으로서 그러한 투자협정중재의 중재지로 지정된 경우에는 해당 투자분쟁이 우리나라의 중재법상 중재적격을 가지는지가 문제된다. 외국 투자자와 투자유치국간의 투자협정위반을 원인으로 한 손해배상청구에 관한 분쟁은 우리나라 중재법상 중재적격이 인정되므로 이러한 분쟁에 대한 중재판정의 승인·집행은 우리나라에서 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 의해 거부되지 않을 것이다. 대한민국이 제3국으로서 중재지로 지정된 경우 우리나라 중재법상 중재적격이 인정되지 않으면 우리나라 중재법이 적용되지 않고, 이를 간과하고 중재판정이 내려진 때에는 그러한 중재판정은 취소의 대상이 될 수 있다.

## 참고문헌

- 김대순, 「국제법론(제19판)」, 삼영사, 2017.
- 김연경, “우리나라가 체결한 국가별 투자협정에 포함된 ISDS 규정의 비교·분석”, 「투자자-국가 분쟁해결절차에 관한 연구」, 사법발전재단, 2015.
- 법무부, 「한국의 투자협정 해설서」, 법무부 국제법무과, 2018.
- 장승화, 「양자간 투자협정 연구」, 법무부 국제법무과, 2001.
- 최태관, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 「중재연구」 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007.
- Avanessian, Aida B., *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993.
- Cappelli-Perciballi, Lionello, “Application of the New York Convention of 1958 to Disputes between States and between State Entities and Private Individuals: The Problem of Sovereign Immunity”, *International Lawyer*, Vol. 12, 1978.
- Caron, David D., “The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution”, *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990.
- Contini, Paolo, “International Commercial Arbitration: The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, 1959.
- Lake, William T. and Jane Tucker Dana, “Judicial Review of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal: Are the Tribunal’s Awards Dutch?”, *Law and Policy in International Business*, Vol. 16, 1984.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007.
- Nathan, K. V. S. K., *The ICSID Convention: The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, 2000.
- Quinke, David, “Article VII [Other Enforcement Regimes]”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary*, C.H. Beck·Hart·Nomos, 2012.
- Reed, Lucy, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004.

Sanders, Pieter, *International Commercial Arbitration*, Martinus Nijhoff, 1960.

Schreuer, Christoph H., Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

van den Berg, Albert Jan, "The New York Arbitration Convention and State Immunity", *Acts of States and Arbitration*, Carl Heymanns, 1997.

van Hof, Jacomijn J., *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Kluwer Law International, 1991.

## ABSTRACT

### A Study on the Application of the New York Convention in the Recognition and Enforcement of ISDS Arbitral Awards

Soo Mi Kang

As international transactions have grown more numerous, situations of disputes related to the transactions are getting more complicated and more diverse. Cost-effective remedies to settle the disputes through traditional methods such as adjudications of a court will be insufficient. Therefore, nations are attempting to more efficiently solve investor-state disputes through arbitration under organizations such as the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility Rules, and the UNCITRAL Arbitration Rules by including the provisions on investor-state dispute settlement at the conclusion of an investment agreement. In case of an arbitration under the ICSID Convention, ICSID directly exercises the supervisory function on arbitral proceedings, and there is no room for the intervention of national courts. In time of the arbitration where the ICSID Convention does not apply, however, the courts have to facilitate the arbitral proceedings.

When the recognition and enforcement of an arbitral award under the ICSID Convention are guaranteed by the Convention, it should be considered that the New York Convention does not apply to them under the Convention Article 7 (1) fore-end. In exceptional cases in which an arbitral award under the ICSID Convention cannot be recognized or enforced by the Convention, the New York Convention applies to the recognition and enforcement because the award is not a domestic award of the country in which the recognition or enforcement is sought.

It is up to an interpretation of the New York Convention whether the New York Convention applies to ISDS arbitral awards not based on the ICSID Convention or not. Although an act of the host country is about sovereign activities, a host country and the country an investor is in concurring to the investment agreement with the ISDS provisions is considered a surrender of sovereignty immunity, and it will not suffice to exclude the investment disputes from the scope of application of the New York Convention. If the party to the investment agreement has declared commercial reservation at its accession into the New York Convention, it should be viewed that the Convention applies to the recognition and enforcement of the ISD

S awards to settle the disputes over an investitive act, inasmuch as the act will be considered as a commercial transaction.

When the recognition and enforcement of an arbitral award on investment disputes about a nation's sovereign act have been sought in Korea and Korea has been designated the place of the investment agreement arbitration as a third country, it should be reviewed whether the disputes receive arbitrability under the Korean Arbitration Act or not.

**Key Words** : New York Convention, ISDS provision, ICSID Convention, arbitral award, investment agreement arbitration