

## 공기업 재산에 대한 국제투자중재판정의 집행가능성\*

### Enforcement of Investor-State Arbitral Awards Against the Assets of State-Owned Enterprises

장석영\*\*

Sok Young Chang

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
  - II. 중재판정 집행의 한계
  - III. 공기업 재산에 대해 중재판정을 집행하기 위한 요건
  - IV. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

**주제어** : 국제투자중재, 중재판정의 집행, 공기업, 공기업 재산, 집행면제

\* 본 연구는 고려대학교 대학원 Junior Fellow-Research Grant의 지원을 받아 수행되었습니다.

\*\* 고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수 (법학박사, 국제법 전공), [sychang@korea.ac.kr](mailto:sychang@korea.ac.kr).

## I. 서론

국제투자중재에서 피신청인인 투자유치국이 불리한 중재판정을 받는 경우, 투자유치국은 이를 자발적으로 이행하는 경우가 대부분이다.<sup>1)</sup> 당사국은 중재판정에 구속되므로 중재판정의 불이행은 국제의무 위반에 해당하며, 국제사회에서의 신용하락 및 세계은행과 국제통화기금의 대출 정지를 야기할 수 있기 때문이다.<sup>2)</sup> 그러나 2000년대 초 아르헨티나를 상대로 다수의 국제투자중재가 회부되고 불리한 중재판정이 내려지자 아르헨티나는 이를 이행하는 데에 소극적이었으며, 이후 러시아, 카자흐스탄 등도 중재판정을 이행하지 않는 모습을 보였다.<sup>3)</sup> 최근 러시아의 최대 석유가스회사였던 Yukos의 전 주주들이 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration, PCA)에 신청한 세 건의 사건(이하 ‘Yukos 사건’)에서 투자자의 재산 수용이 인정되어 러시아는 500억 달러라는 유례없는 큰 액수의 배상금지금판정을 받게 되었지만 이를 이행하지 않고 있다.<sup>4)</sup>

이처럼 불리한 중재판정을 받은 국가가 이를 자발적으로 이행하지 않는 경우에 유리한 중재판정을 받은 투자자는 어떻게 중재판정의 집행을 확보할 수 있는지가 문제된다. 투자유치국의 재산에 집행면제가 인정되므로 투자자가 자발적으로 이행되지 않는 중재판정의 집행에 성공하기는 매우 어렵기 때문이다. 이에 따라 최근에는 제3국에 위치한 투자유치국 공기업의 재산에 대해서까지 중재판정을 집행하려는 시도가 증가하고 있는데, 국가를 상대로 한 중재판정을 공기업 재산에 대해서도 집행할 수 있는지에 대한 의문이 제기된다. 이 문제는 최근에 새롭게 제기된 문제이므로 이에 관한 논의는 부족한 편이다.

따라서 이 글에서는 중재판정이 자발적으로 이행되지 않을 때 이를 집행하는 방식과 그 한계를 검토하고, 집행대상의 선정이 왜 중요하며 이를 선정할 때 어떤 어려움이 있는

- 1) Queen Mary University of London, School of International Arbitration, “International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008”, 2008. online: <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy\\_2008.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2008.pdf)>, pp. 13, 16.
- 2) Anoosha Boralessa, “Enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the Republic of Argentina: Obstacles that Transnational Corporations may Face” 17 NY Int’l L Rev 53, 2004, pp. 65-67; 홍성규, “중재판정의 집행에 있어서 구제조치의 개선방안”, 『중재연구』 제27권 제1호, 한국중재학회, 2017, p. 148; ICSID 협약 제53조 제1항 및 뉴욕협약 제3조 참조.
- 3) Andrea K Bjorklund, “Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes” 21 Am Rev Int’l Arb 211, 2010, p. 213.
- 4) Gololobov Dmitry, “The Prospect of Enforcement of Hague Arbitration Awards against State-Controlled Companies in the United States and the United Kingdom” 3:4 Russian Law Journal 7, 2015, pp. 8-9; Olga Gerlich, “State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles’ Heel of the Investor-State Arbitration System?” 26 American Review of International Arbitration 47, 2015, p. 47; 세 건의 사건은 *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, [2014] UNCITRAL, PCA Case No AA 226; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (Final Award)*, 2014; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, [2014] UNCITRAL, PCA Case No AA 228 이다.

지 살펴볼 것이다. 또한 집행대상을 구분하는 기준에 대해 살펴본 후, 이를 통해 어떤 경우에 투자자가 공기업의 재산을 상대로 투자유치국에 대한 중재판정을 집행할 수 있는지 검토해보려고 한다.

## II. 중재판정 집행의 한계

### 1. 자발적으로 이행되지 않는 중재판정의 집행

중재판정이 자발적으로 이행되지 않을 때 유리한 중재판정을 받은 투자자가 가장 먼저 생각할 수 있는 중재판정의 집행 방식은 투자유치국의 법원에 강제집행을 청구하는 것이다.<sup>5)</sup> 그러나 투자유치국은 중재판정을 이행하지 않고 있는 바로 그 국가인 만큼 법원이 강제집행을 허용하지 않을 가능성이 있다. 따라서 외국인 투자자는 제3국 법원에 강제집행 청구소송을 신청하는 경우가 대부분이다.

중재판정은 국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Disputes, 이하 'ICSID') 중재의 경우 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 이하 'ICSID 협약')이 적용되며, 그 외의 경우에는 일반적으로 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 '뉴욕협약')이 적용된다.<sup>6)</sup> 그리고 ICSID 협약 제54조와 뉴욕협약 제3조는 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 그 국가의 집행 관련 법률에 따라 집행할 체약국의 의무에 대해 규정하고 있다.<sup>7)</sup> 따라서 투자자가 체약국인 제3국 법원에 중재판정의 집행을 신청하면 그 제3국의

5) George K Foster, "Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for its Reform" 25 Ariz J Int'l & Comp L 665, 2008, p. 670.

6) ICSID 협약은 1966년에 체결되었고 2019년 기준으로 154개의 체약국이 있으며, 대한민국은 1966년 4월 18일에 가입, 1967년 3월23 일에 협약이 발효하였다<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>>. 1958년 체결된 뉴욕협약은 2019년 기준 총 159개국이 당사국이며, 대한민국은 1973년 2월 8일 가입, 1973년 5월 9일 발효하였다 <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>.

7) ICSID 협약 제54조

- (1) 각 체약국은 본 협약에 따라 내려진 판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 그것이 당해 국가법원의 최종 판결과 같이 자국의 영역 내에서 그 판정이 부과하는 금전상의 의무를 집행하여야 한다 (Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State) .....
- (3) 판정의 집행은 해당 집행이 요구된 영역의 국가에서 유효한 판결집행 관련 법률에 의하여 규율되어야 한다 (Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought).

민사소송법, 민사집행법, 중재법, 국가면제에 관한 법 등이 적용되며, ICSID 협약 제55조에서도 집행면제에 관한 국내법의 적용 가능성을 언급하고 있다.<sup>8)</sup>

그런데 중재판정의 집행과 관련하여 국가면제원칙이 적용되기 때문에 투자자로서는 자발적으로 이행되지 않는 중재판정을 집행하기가 매우 어렵다는 문제가 발생한다. 집행면제의 내용과 이로 인한 중재판정 집행의 문제점에 대해서는 항목을 바꾸어 설명하기로 한다.

## 2. 집행면제의 적용

국가면제(state immunity)는 국가 또는 국가의 재산이 외국 법원의 관할권 행사로부터 향유하는 면제를 의미하며, 관할권면제(immunity from jurisdiction)와 집행면제(immunity from execution, immunity from enforcement)로 구분된다. 이 중에서 중재판정의 집행과 관련하여서는 집행면제가 문제되며, ICSID 협약 제55조에서도 집행면제만을 언급하고 있다.

국가면제의 범위와 관련하여 국가의 비권력적이고 상업적인 행위에 대해서는 면제를 제한적으로 인정해야 한다는 제한적 면제이론이 오늘날 널리 받아들여지고 있지만 관할권면제의 범위가 집행면제의 범위와 같다고 할 수 없으며, 집행면제는 관할권면제에 비해 넓게 인정되는 경향이 있다.<sup>9)</sup> 또한 국가들이 집행면제를 인정하는 범위는 계속해서 변화하고 있으며 국가면제에 관한 구속력 있고 통일된 규범이 없으므로 집행면제의 범위는 각국의 국내법 및 판례를 통해 확인하는 것이 중요하다.<sup>10)</sup>

국내법과 국내법원의 판결을 살펴보면 여전히 집행면제를 절대적으로 인정하는 국가들도 있지만,<sup>11)</sup> 집행면제와 관련하여서도 제한적 면제이론이 점차 널리 받아들여지고 있는 것으로 보이며,<sup>12)</sup> 2004년 국가 및 그 재산의 관할권면제에 관한 UN협약(UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 이하 ‘UN국가면제협약’) 제19조

뉴욕협약 제3조

각 계약국은 중재판정을 다음 조항에 규정된 조건 하에서 구속력 있는 것으로 승인하고 그 판정이 원용될 영토의 절차 규칙에 따라서 그것을 집행하여야 한다 (Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles) .....

- 8) ICSID 협약 제55조 “제 54 조의 어느 규정도 그 국가 또는 외국에 대한 집행면제와 관련해서 계약국에서 유효한 법률을 훼손하는 것으로 해석되지 아니한다 (Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution).
- 9) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment*, [2012] ICJ Reports 2012, para. 113.
- 10) UN국가면제협약은 아직 발효하지 않았으며, 국가면제에 관한 유럽협약(European Convention on State Immunity, 이하 ‘유럽국가면제협약’)은 당사국이 많지 않다.
- 11) David Gaukrodger, “Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors” OECD Working Papers on International Investment, 2010, pp. 11-13.
- 12) C H Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 1162-1165; David Gaukrodger, *supra* note 11, p. 11.

에서는 집행면제의 예외 사유를 규정하고 있다.<sup>13)</sup> 세 가지 예외 사유는 (i) 집행에 대한 국가의 명시적 동의가 있는 경우, (ii) 국가가 재산을 할당하였거나 특정한 경우, (iii) 집행의 대상이 법정지국에 소재하는 소송 상대방인 실체의 상업적 재산인 경우인데, 국가의 동의로 인한 면제 포기나 상업적 예외는 국가관행으로 인정되고 있으며, 재산의 할당은 면제 포기에 대한 동의를 특별한 형태로 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 따라서 집행면제를 절대적으로 인정하는 국가가 아니라면 UN국가면제협약 제19조에서 언급하고 있는 집행면제의 예외 사유, 특히 상업적 재산에 대한 예외는 일반적으로 받아들여지고 있는 것으로 보인다.<sup>15)</sup>

국가면제에 관한 법을 고려하여 투자자는 먼저 (i) 투자유치국의 재산이 위치한 국가를 찾고, (ii) 그 국가의 국내법상 집행면제 인정 범위를 고려하여 중재판정 집행청구 소송을 제기하게 된다. 특히 (ii)와 관련하여 가장 중요하게 고려되는 것은 재산의 상업성 여부인데, 그 이유는 집행면제의 예외 사유 중 면제의 포기 또는 재산의 할당을 만족하는 경우는 극히 드물기 때문이다.<sup>16)</sup> 따라서 투자자는 투자유치국의 집행면제 주장을 회피하기 위해 제3국에 있는 투자유치국의 상업적 재산을 찾는 데에 주력하게 된다.

### 3. 중재판정 집행의 문제점

#### (1) 관련 사례 검토

*Sedelmayer v. Russia* 사건<sup>17)</sup>에 대한 중재판정의 집행과정을 살펴보면 자발적으로 이행되지 않는 중재판정을 제3국에서 집행하는 것이 얼마나 어려운지 확인할 수 있다. 이 사

13) UN국가면제협약 제19조 [State immunity from post-judgment measures of constraint]

No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.

14) R O'Keefe, C J Tams & A Tzanakopoulos, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, OUP Oxford, 2013, p. 327; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, pp. 630-632.

15) C H Schreuer et al, *supra* note 12, p. 1158; Olga Gerlich, *supra* note 4, pp. 70-71.

16) Andrea K Bjorklund, *supra* note 3, pp. 223-225.

17) *Sedelmayer v. Russia Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award (Jul. 7, 1998).

건에서 투자자인 Sedelmayer는 스웨덴 법원과 다수의 독일 법원을 통해 집행을 시도한 결과 판정액 전액에 대해서 중재판정을 집행할 수 있었지만 집행을 확보하는 과정이 결코 쉽지는 않았으며, 십 여 년 이상의 기간이 소요되었다.<sup>18)</sup>

먼저 독일 법원의 2005년과 2009년 두 판결에서는 루프트한자(Lufthansa) 항공사가 러시아에 지급하는 영공통항료(overflight fees)와 뮌헨에 있는 러시아 과학문화관(House of Science and Culture)에 세입자가 지급하는 임대료가 주권적 행위와 관련된 공적 재산에 해당한다고 보았다.<sup>19)</sup> 그러나 2008년 독일 법원은 과거 소련무역사절단(Soviet Trade Mission)이 주재하였지만 더 이상 공적으로 이용되고 있지 않은 건물에 대해 강제집행을 허용하였고, 2011년 스웨덴 법원은 스톡홀름에 있는 러시아 소유의 건물이 일부 상업적인 목적을 위해 이용되고 있음을 인정하여 외교관이 아닌 세입자로부터 받는 임대료에 대해서는 집행이 가능하다고 하였다.<sup>20)</sup>

이 사건 관련 투자자가 중재판정액을 전액 집행하였다고 하더라도 이것이 러시아를 상대로 중재판정 집행에 성공한 거의 유일한 사례에 해당한다는 점을 고려했을 때 이 같은 경우를 일반적이라고 할 수는 없다.<sup>21)</sup> 국제투자중재사건은 아니었지만 *Sedelmayer v. Russia* 사건과 함께 자주 언급되는 *Noga v. Russia* 사건만 보아도 Noga는 미국, 프랑스, 스위스 법원을 통해 중재판정 집행을 시도하였지만 관할권 부존재, 외교면제, 집행면제 등의 이유로 성공하지 못했다.<sup>22)</sup> Noga는 외교사절단의 재산, 해외 전시중이었던 미술작품 등에 대해서 집행을 시도하였지만 이들은 집행면제를 향유하는 공적 재산에 해당하여 집행의 대상이 되지 않았던 것이다.<sup>23)</sup>

## (2) 집행대상 선정의 어려움

두 사건을 보면 결국 중요한 것은 집행대상을 잘 찾아내는 것이라고 할 수 있다. 즉, 제3국에 소재한 투자유치국의 재산 중 집행면제의 예외가 적용되는 상업적 재산을 찾아야 하는데, 투자자는 제3국에 소재하는 외국의 재산에 대한 정보를 얻기 쉽지 않으므로 집행대상을 선정하는 데에 많은 어려움이 있다. 더구나 투자유치국은 자국 재산의 소재지를 공개하고 있지 않을 뿐만 아니라 재산의 소유주를 은폐하려 하는 경우도 있다.<sup>24)</sup> 특히 국

18) Julien Fouret & Pierre Daureu, "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Enforcement of the Yukos Awards: A Second Noga Saga or a New Sedelmayer Fight?" 30:2 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 336, 2015, pp. 340-343.

19) Chiara Giorgetti, *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 493; Andrea K Bjorklund, "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards" in *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 314; Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 76.

20) Chiara Giorgetti, *supra* note 19, p. 493; Olga Gerlich, *supra* note 4, pp. 76-77; Julien Fouret & Pierre Daureu, *supra* note 18, p. 343.

21) Andrew Higgins, "Beating Russia at Its Own Long Game", The New York Times, Feb. 9, 2015, <<https://www.nytimes.com/2015/02/10/world/europe/once-friendly-with-putin-german-goes-to-court-over-seized-assets.html>>.

22) Julien Fouret & Pierre Daureu, *supra* note 18, p. 342.

23) *Ibid.*

가의 재산은 일반적으로 공적인 목적을 위해 이용되는 것으로 여겨지므로 국가의 특정 재산이 상업적 재산이라는 점은 이를 주장하는 투자자가 입증해야 한다.<sup>25)</sup> 집행대상을 찾고, 그 재산이 상업적 재산임을 입증하는 과정이 모두 투자자에게 맡겨져 있기 때문에 투자자는 중재판정의 집행에 성공하지 못하는 경우가 많다.<sup>26)</sup>

### (3) 투자자의 대응방안: 공기업 재산에 대한 집행 청구

이처럼 자발적으로 이행되지 않는 중재판정을 집행하는 것은 쉽지 않으므로 투자자는 중재판정의 집행을 확보하기 위한 하나의 방안으로 투자유치국 공기업의 재산에 대해서 집행을 시도하기도 한다.<sup>27)</sup> 즉, 공기업을 사실상 국가와 동일하다고 보고 공기업의 재산도 집행면제의 대상이 된다고 보아 면제의 예외가 인정되는 상업적 재산에 대해서는 중재판정을 집행할 수 있다고 주장하는 것이다. 다시 말해서, 투자유치국의 상업적 재산에 대해 집행면제의 예외가 인정되어 중재판정 집행을 청구할 수 있듯이 투자유치국 공기업의 재산도 집행대상이 될 수 있다고 보는 것이다.

특히 공기업의 투자계약 위반행위로 인해 공기업의 국적국인 투자유치국이 국가책임을 부담하게 된 경우라면 중재판정부가 공기업의 행위로 인한 투자유치국의 관할권 성립 및 공기업 행위의 투자유치국 귀속 여부를 인정한 것이고, 이는 곧 공기업과 그 국적국 간의 밀접한 관계를 인정한 것이므로 투자자는 해당 공기업의 재산에 대한 중재판정 집행이 가능하다고 주장할 것이다. 아직까지 투자유치국 공기업의 재산을 상대로 투자유치국에 대한 중재판정을 집행하려는 시도가 많이 있지는 않았지만, 앞으로도 중재판정을 자발적으로 이행하지 않는 국가가 있을 것이고, 공기업의 재산에 대해서도 중재판정을 집행할 수 있다고 주장하는 투자자는 증가할 것으로 예상되므로 투자자의 주장이 합당한지 검토할 필요가 있다.

## III. 공기업 재산에 대해 중재판정을 집행하기 위한 요건

투자유치국을 상대로 한 중재판정을 투자자가 투자유치국 공기업 재산에 대해서 집행하기 위해서는 공기업의 독립적인 법인격이 부인되어 공기업을 사실상 국가로 볼 수 있어야

24) Jacob A Kuipers, "Too Big to Nail: How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards" 39 BC Int'l & Comp L Rev 417, 2016, pp. 427, 435.

25) Jacob A Kuipers, *supra* note 24, pp. 427-428; Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 72.

26) Jacob A Kuipers, *supra* note 24, pp. 427, 434-435.

27) Anthony Sinclair & David Stranger-Jones, "Execution of Judgments or Awards against the Assets of State Entities" 4 Disp Resol Int'l 95, 2010, p. 96; Gololobov Dmitry, *supra* note 4, pp. 11-12; Julien Fouret & Pierre Daureu, *supra* note 18, pp. 343-344.

하고, 이 때 공기업 재산에 대해서도 집행면제가 적용되므로 집행대상은 집행면제의 예외가 인정되는 상업적 재산이어야 한다. 즉, (i) 공기업의 독립적 법인격 인정 여부와 (ii) 공기업 재산의 상업성 여부를 통해 이를 판단해야 한다.

이하에서는 먼저 공기업 재산과 국가 재산, 그리고 공적 재산과 상업적 재산의 구분방법에 대해 살펴본 후, 보다 구체적으로 공기업의 재산이 어느 경우에 중재판정의 집행대상이 되는지 검토할 것이다.

## 1. 집행대상의 구분

### (1) 국가 재산과 공기업 재산

국가의 재산과 공기업의 재산을 구분하는 기준은 공기업의 독립적 법인격이 인정되어 공기업과 국가를 별개의 존재로 볼 수 있는지 여부이다. 공기업의 독립적인 지위가 부인되어 공기업을 국가의 기관처럼 또는 사실상 국가와 동일하게 볼 수 있다면 그 재산 또한 국가의 재산과 같다고 볼 수 있기 때문이다. 그렇다면 국가면제원칙의 적용이 문제되었을 때, 공기업이 독립적인 지위를 향유하는지, 또한 어느 경우에 공기업이 국가의 범위 안에 포함된다고 할 수 있는지 살펴보아야 할 것이다.

일반적으로 공기업은 국내법상 독립적인 법인격을 가지며 그 재산 또한 국가로부터 독립된 재산으로 여겨진다. 법적 권리 및 의무를 향유할 능력이 있는 주체에 대해 법인격이 인정된다고 보는데, 기업은 주주 및 그 구성원으로부터 법적으로 독립된 실체일 뿐만 아니라 국내법상 독자적인 권리와 의무를 가지므로 국내법인격이 인정된다고 할 수 있으며, 여기에는 공기업도 포함되기 때문이다.<sup>28)</sup> 국가들은 집행면제와 관련하여서도 공기업의 독립성을 강하게 추정하는 경향이 있다.<sup>29)</sup>

그러나 예외적으로 공기업의 독립성을 부인한 경우들을 찾아볼 수 있는데, 대표적으로 미국 법원의 *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba* 사건이 있다.<sup>30)</sup> 이 사건에서는 기업이 일반적으로 자회사에 행사하는 정도의 통제만으로는 공기업의 독립성을 부인하기에 부족하고 국가가 기업에 대해 일일운영에 관해 통제(day-to-day operational control) 하는 정도를 만족해야 한다고 하였다.<sup>31)</sup> 이후 한국 예금보험공사의 지위가 문제되었던 *Filler v. Hanvit Bank* 사건에서는 위 사건으로부터 영향을 받아 다섯 가지 관련 요소를 검토하였는

28) Peter Muchlinski, "Corporations in International Law" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 1, online: < <http://opil.ouplaw.com.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1513?rskey=DkQ7gg&result=1&prd=EPIL>>.

29) Gololobov Dmitry, *supra* note 4, pp. 20-21; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 283-286.

30) *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, [1983] 462 US 611.

31) *Ibid.*, para. 614.



데, 그 요소는 (i) 기업이 국가 목적을 위해 설립되었는지 여부, (ii) 국가가 기업을 적극적으로 감독하는지 여부, (iii) 기업이 공무원을 고용하고 이들에게 임금을 지급해야 하는지 여부, (iv) 기업이 이 일정한 권리에 대한 배타적 권한을 갖는지 여부, (v) 기업의 국내법상 지위이며, 검토 결과 예금보험공사가 미국의 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act, 이하 ‘FSIA’)에서 말하는 국가의 기관(organ)에 해당한다고 보았다.<sup>32)</sup> 영국 법원의 *Kensington International v. Congo* 사건에서는 석유 관련 공기업인 SNPC(Société nationale des pétroles du Congo)의 설립 형태와 상업적인 활동이 국가로부터의 독립성을 나타내는 것으로 보이지만, 국가와 함께 예산을 운영하고 기업의 수익이 정부지출을 대신해 사용된 점을 고려했을 때 SNPC가 사실상 국가기관에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 하였다.<sup>33)</sup> 또한 프랑스 법원은 공기업의 자율성 인정 여부에 초점을 맞추어 국가의 지시 및 승인 권한이 공기업에 어떤 자율성도 허용하지 않는 수준에 이르는 경우에 공기업의 독립적인 지위를 인정하지 않는 경향이 있다.<sup>34)</sup>

이처럼 집행면제의 적용과 관련하여 별개의 독립적인 법인격을 향유하는 공기업이 집행면제를 원용할 수 있는 “국가”에 해당하지 않는다고 하더라도 예외적으로 사실상 국가와 같이 여겨지는 경우가 있을 수 있다. 그리고 그 예외적인 경우에 해당하기 위해서는 공기업에 대해 국가가 통제를 행사하고 있는 것만으로는 부족하고 매우 높은 수준의 통제 및 감독으로 인해 공기업에 자율성 또는 독립적인 예산이 인정되지 않는 정도를 만족해야 하는 것으로 보인다. 또한 일반적으로는 공기업의 재산이 국가의 재산과 명백히 구분되겠지만, 공기업이 사실상 국가와 동일시되는 경우에는 공기업의 재산도 국가의 재산에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

앞에서도 언급하였지만 공기업의 재산이 국가의 재산과 같이 여겨지는 경우가 일반적이지 않음에도 불구하고 투자자가 투자유치국 공기업의 재산까지 집행대상으로 주장하는 이유는 이미 중재판정에서 공기업의 투자계약 위반행위에 근거하여 투자유치국에 국가책임이 인정되었다면 이는 중재판정부가 공기업 행위의 투자유치국 귀속을 인정한 것이기 때문이다. 그러나 비국가행위자인 공기업의 행위의 국가귀속 여부를 판단하는 데 적용되는 국제법위원회(International Law Commission, 이하 ‘ILC’)의 국가책임초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) 제4조, 제5조, 제8조와 위에서 살펴본 집행면제와 관련하여 공기업이 사실상 국가와 동일하게 여겨지는 경우를 비교해보았을 때, 공기업 행위가 국가에 귀속되는 경우가 더 넓게 인정되고 있다고 할 수 있다.<sup>35)</sup>

32) *Filler v. Hanvit Bank*, [2004] 378 F3d 213, p. 217; 윤성승, “국제금융거래상 금융감독기관 등에 대한 주권 면제에 관한 고찰”, 『경희법학』 제53권 제2호, 2018, p. 321.

33) *Kensington International Ltd v. Republic of Congo*, [2005] EWHC 2684 (Comm); Anthony Sinclair & David Stranger-Jones, *supra* note 27, p. 99.

34) E Gaillard, J Younan & I A Institute, *State Entities in International Arbitration*, Juris Publishing, Incorporated, 2008, pp. 190-192.

35) ILC 국가책임초안 제4조 [국가기관의 행위]

1. 모든 국가기관의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 이는 그 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기

다시 말해서, 중재판정에서 공기업의 위법행위가 투자유치국에 귀속되어 투자유치국이 불리한 중재판정을 받게 된 경우라고 하더라도 해당 공기업에 독립성이 인정되지 않는다고 단정할 수 없으며, 그 재산 또한 투자유치국의 재산과 같다고 주장할 수 없다. 투자유치국이 불리한 중재판정을 받게 된 원인이 특정 공기업의 행위에 있다고 하더라도 집행 단계에서는 그 공기업의 독립성이 원칙적으로 인정되어야 하며, 그 공기업의 독립성이 부인될 정도로 투자유치국이 강한 통제를 행사하고 있었는지 여부는 별도로 검토해야 한다는 것이다.

## (2) 공적 재산과 상업적 재산

국가 및 공기업의 재산은 공적 재산과 상업적 재산으로 구분될 수 있는데, 국가의 재산은 일반적으로 공적인 재산으로 여겨지며, 반대로 공기업의 재산은 일반적으로 상업적인 재산으로 추정된다.<sup>36)</sup> 따라서 국가의 재산이 상업적 재산에 해당한다는 점을 투자자가 입증해야 하듯이, 공기업의 재산이 공적 재산에 해당하여 집행면제가 적용된다는 주장은 공기업이 이를 입증해야 한다.<sup>37)</sup>

그런데 공적 재산과 상업적 재산을 어떻게 구분할 것인가가 문제되며, 그 기준에 대해서는 견해가 대립한다. 명확한 기준이 존재하지 않기 때문에 행위의 상업성 여부를 판단하는 기준을 적용하여 성질(nature)을 고려하거나, 목적(purpose)을 고려하거나, 또는 이 두 가지를 모두 고려하기도 한다.<sup>38)</sup> 목적을 고려하는 기준에서는 공적인 목적을 충족하기 위해 재산을 이용했는지 또는 그와 같은 의도가 있었는지 여부를 검토하며, 성질을 고려하

타 다른 기능을 수행하는지 여부, 그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하고 있는지 여부, 그 기관의 성격이 중앙정부기관 또는 영토적 단위에 속하는 기관인지를 불문한다 (The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State).

2. 기관은 당해 국가의 국내법에 따라 그 같은 지위를 가진 모든 개인 또는 단체를 포함한다 (An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State).

제5조 [공권력을 행사하는 개인 또는 단체의 행위]

제4조에 의하여 국가기관에 해당하지 않으나 그 국가의 법에 의하여 공권력을 행사하도록 권한을 위임받은 개인 또는 단체의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 단, 이는 그 개인 또는 단체가 구체적 경우에 있어서 그러한 자격으로 행동하는 경우에 한한다 (The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance).

제8조 [국가에 의하여 지휘 또는 통제된 행위]

개인 또는 개인 집단의 행위는 그들의 그 행위를 수행함에 있어서 사실상 한 국가의 지시를 받거나 그 지휘 또는 통제 하에서 행동하는 경우 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다 (The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct).

36) Olga Gerlich, *supra* note 4, pp. 72, 79.

37) Jacob A Kuipers, *supra* note 24, pp. 427-428; Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 81.

38) Andrea K Bjorklund, *supra* note 3, pp. 226-228.

는 기준에서는 상업적인 성질의 거래 또는 행위에 재산이 이용되었는지 여부를 살펴본다.<sup>39)</sup> 특히 집행면제와 관련해서는 관련 규정에서 “상업적 목적을 위해 사용되었거나 사용하기로 의도된(used or intended to be used for commercial purpose)” 또는 이와 유사한 문구를 자주 찾아볼 수 있다는 점에서 재산의 상업성은 목적에 따라 결정된다는 주장이 더 설득력을 얻기도 한다.<sup>40)</sup>

그러나 오늘날에는 공적 및 상업적 목적 모두를 위해서 사용되는 혼합적 성격의 재산이 많이 있으므로 하나의 기준만으로 재산의 성격을 파악하기 어려운 경우가 많다.<sup>41)</sup> 또한 재산의 용도는 소유자의 재량에 맡겨져 있으므로 목적만을 고려하면 재산의 성격을 파악하기 힘들고, 성질만을 고려하면 관련 거래가 궁극적으로는 공적인 목적을 갖고 있다고 하더라도 사적 주체와 같이 행동한 것이라면 상업적인 것으로 여겨질 것이다.<sup>42)</sup> 따라서 하나의 기준에 따라 판단하기 보다는 성질과 목적을 함께 검토하는 것이 합당할 것이며, UN국가면제협약 제2조 제2항에서도 성질을 우선적으로 고려하더라도 목적도 아울러 검토되어야 한다는 점을 언급하고 있다.<sup>43)</sup>

이와 더불어 동 협약 제21조에서는 은행계좌를 포함한 외교사절단의 재산, 군사용 재산, 중앙은행의 재산, 문화유산, 과학, 문화, 역사적 성격의 전시품은 비상업적인 공적 목적 이외의 용도로 국가가 사용하고 있거나 사용하기로 의도된 재산으로 간주되지 않는다고 규정하고 있다.<sup>44)</sup> 이 조항에서 “특히(specifically)”라고 표현하고 있으므로 나열하고 있

39) Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 71.

40) *Ibid.*

41) *Ibid.*, p. 74.

42) Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 72; Andrea K Bjorklund, *supra* note 3, pp. 226-227.

43) Article 2 [Use of terms]

2. In determining whether a contract or transaction is a “commercial transaction” under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.

44) Article 21 [Specific categories of property]

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):

- (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
- (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
- (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
- (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
- (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.

2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

는 목록은 예시적인 것으로 볼 수 있으며, 따라서 이 목록에 포함된 재산만큼은 판단 기준에 관계없이 공적인 재산에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>45)</sup>

## 2. 구체적 적용

### (1) 공기업이 국가로부터 독립되어 있는 경우

투자자가 투자유치국의 재산과 더불어 투자유치국 공기업의 재산에 대해서도 중재판정을 집행하려고 하더라도 매우 높은 수준의 통제 및 감독으로 인해 예외적으로 공기업이 사실상 국가와 같이 여겨지는 경우가 아니라면 일반적으로 공기업은 국가로부터 독립된 실체로 강하게 추정되며, 공기업의 재산도 국가의 재산으로 여겨질 수 없다. 또한 공기업의 독립적인 지위 인정에 부정행위가 개입되어 있거나 불공정한 경우가 아니라면,<sup>46)</sup> 국가가 공기업의 지분을 소유하고 있거나 통제하고 있다는 사실만으로 공기업의 재산이 국가의 재산에 해당한다고 볼 수는 없다.<sup>47)</sup>

그런데 UN국가면제협약과 FSIA에서 국가면제를 원용할 수 있는 국가의 범위를 넓게 인정하고 있으므로 그 안에 공기업이 포함될 수 있다는 주장이 제기되기도 한다. 먼저 UN국가면제협약 제2조 제1항 제2호를 살펴보면, “국가(State)”의 범위에는 국가의 공권력 행사를 위임받아 실제로 이를 수행하는 국가의 기관 및 조직 또는 기타 실체가 포함된다.<sup>48)</sup> 또한 집행면제에 관한 규정인 제19조 제3항에서는 강제집행은 소송의 상대방인 실체(entity)와 관련이 있는 재산에 대해서만 가능하다고 규정하고 있는데, 제19조에 관한 양해(Understanding with respect to Article 19)에 의하면 그 “실체”에는 독립적인 법인격이 있는 실체가 포함된다.<sup>49)</sup> 그러나 제2조 제1항 제2호에서 살펴보았듯이, 국가의 공권력 행사를 위임받아 실제로 이를 수행하는 경우에만 공기업이 국가면제를 원용할 수 있으므로 공기업이 “국가”의 범위에 포함되는 경우는 제한적이다.<sup>50)</sup>

45) Olga Gerlich, *supra* note 4, p. 73.

46) *First National City Bank v Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, [1983] 462 US 611, para. 629.

47) George K Foster, *supra* note 5, p. 682.

48) UN국가면제협약 제2조 제1항 제2호

1. For the purposes of the present Convention:

(b) “State” means:

(i) the State and its various organs of government;  
(ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;  
(iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;  
(iv) representatives of the State acting in that capacity.

49) UN국가면제협약 제19조에 관한 양해(Understanding with respect to Article 19)의 관련 부분은 다음과 같다.

The expression “entity” in subparagraph (c) means the State as an independent legal personality, a constituent unit of a federal State, a subdivision of a State, an agency or instrumentality of a State or other entity, which enjoys independent legal personality.

또한 FSIA도 독립적인 법인격을 갖고 있고, 주식 또는 기타 소유지분의 과반수를 외국 또는 그 정부기관이 소유하고 있으며, 미국 또는 제3국의 법인이 아닌 공기업이 “외국 (foreign state)”의 범위에 포함될 수 있다고 규정하고 있다.<sup>51)</sup> 그러나 앞에서 살펴보았듯이, 미국 법원의 판례를 보면 집행면제와 관련하여 공기업의 국가로부터의 독립성을 강하게 추정하고 있으며 “외국”의 범위를 FSIA의 문구보다는 좁게 해석하고 있다.

이미 앞에서 공기업의 재산이 국가의 재산과 같이 여겨지는 경우는 매우 예외적인 경우에 해당한다는 점을 살펴보았으며, 위 내용을 종합해보았을 때 실제로 공기업이 국가면제를 원용할 수 있는 “국가”에 해당하기는 어렵다는 점을 알 수 있다. 따라서 공기업은 원칙적으로 국가로부터 독립되어 있으므로 공기업의 독립성이 부인되지 않는 한 공기업의 재산은 중재판정의 집행대상이 될 수 없다고 보아야 할 것이다.

## (2) 공기업의 독립성이 인정되지 않고, 집행대상이 상업적 재산인 경우

공기업의 재산에 대해서도 중재판정을 집행할 수 있다고 투자자가 주장한다면 가장 먼저 공기업과 투자유치국의 관계를 검토하여 공기업의 재산을 국가의 재산과 같이 볼 수 있는지 확인해보아야 할 것이다. 그리고 그 결과 공기업이 국가로부터 독립되어 있지 않고 사실상 국가와 같다고 볼 수 있다면 그 공기업의 재산 또한 국가의 재산과 같이 여겨질 것이다. 이 경우에는 공기업의 재산에 대해서도 집행면제 원칙이 그대로 적용되며, 집행면제의 예외 사유 또한 적용된다. 그런데 공기업의 재산은 일반적으로 상업적인 재산으로 추정되고 집행면제의 예외가 적용될 것이므로 결국 투자자의 입장에서는 집행면제의 대상으로 공기업의 재산에 관심을 가질 수밖에 없는 것이다.<sup>52)</sup> 공기업의 독립적인 지위를 부인하는 것은 매우 어려운 일이지만 국가의 재산 중에 집행가능한 재산을 찾는 것도 쉽지 않은 일이므로 문제된 공기업이 국가와 매우 밀접한 관련이 있다고 보인다면 투자자로서는 당연히 공기업의 재산을 중재판정의 집행대상으로 고려하게 될 것이다. 즉, 투자자가 공기업에 독립성이 인정되지 않는다는 점만 입증할 수 있다면 그 공기업의 상업적 재산에 대해서 중재판정의 집행을 신청할 수 있을 것이다.

50) George K Foster, *supra* note 5, p. 689.

51) FSIA 제1603조의 관련 부분은 다음과 같다.

For purposes of this chapter

(a) A 'foreign state', except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

(b) An 'agency or instrumentality of a foreign state' means any entity

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) which is neither a citizen of a State Of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, nor created under the laws of any third country.

52) Olga Gerlich, *supra* note 4, pp. 72, 79.

### (3) 공기업의 독립성이 인정되지 않고, 집행대상이 공적 재산인 경우

공기업의 재산이 대부분 상업적 재산으로 이루어진 것은 사실이지만 공기업으로서는 비록 공기업의 재산이 국가의 재산과 같이 여겨진다고 하더라도 그 재산이 공적 재산에 해당하므로 집행면제를 향유한다고 항변할 수 있을 것이다. 이 같은 항변을 위해 공기업의 재산 중 공적 재산은 어떤 것이 있을 수 있는지 살펴보아야 할 것이다.

먼저, 공기업의 재산 중 공적 재산은 전적으로 공용인 경우보다는 공적 및 상업적 성격이 혼재한 혼합재산에 해당하는 경우가 많을 것이다. 혼합재산과 관련해서 *Alcom v. Colombia* 사건에서 영국 법원은 문제된 재산이 “오로지(solely)” 상업적인 목적을 위해 이용된 것이 아니라면 면제의 예외를 인정할 수 없다고 하였다.<sup>53)</sup> 따라서 공기업의 혼합재산은 집행면제의 대상이 될 수 있다. 그러나 *Sedelmayer v. Russia* 사건에서 스톡홀름에 있는 러시아 소유의 건물이 일부 상업적인 목적을 위해 이용되고 있다는 점에 근거하여 스웨덴 법원은 외교관이 아닌 세입자로부터 받는 임대료에 대해서는 집행이 가능하다고 하였다는 점을 고려하면 혼합재산이라고 하더라도 불가분한 재산이 아니라면 상업적으로 이용된 부분에 대해서는 집행이 가능할 것이다.<sup>54)</sup>

또한 “재산(property)”의 개념을 확대해석하여 집행면제의 적용범위를 넓게 인정하는 방법이 있을 수 있다. *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic* 사건에서 영국 법원은 “재산(property)”의 개념을 모든 권리와 이해관계를 포함하는 매우 넓은 의미로 해석하여 은행계좌가 명의만 중앙은행으로 되어있다고 하더라도 중앙은행은 은행 고객으로서의 계약상 권리를 향유하는 것이며 이는 중앙은행의 재산에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로 그 계좌에 집행면제가 인정된다고 보았다.<sup>55)</sup> 이와 같이 “재산”의 개념을 넓게 이해한다면 공기업 재산에 대해 국가가 이해관계를 갖고 있을 경우 그 재산은 공적 재산에 해당한다고 말할 수 있을 것이다.

이밖에 영국 국가면제법(State Immunity Act, 이하 ‘SIA’)과 호주 국가면제법 등에서 규정하고 있는 외교사절단장의 증명서 발급을 통해 재산의 공적 이용을 증명하는 방법이 있을 수 있다.<sup>56)</sup> 외교사절단장의 증명서가 발급되면 입증책임이 전환되어 투자자가 그 재산이 상업적 목적으로 이용되거나 그와 같이 의도되었음을 증명해야 한다.<sup>57)</sup> 그러나 이는

53) *Alcom Ltd v. Republic of Colombia*, [1984] 23 ILM 719, p. 724.

54) *Russian Federation v. Sedelmayer, Högsta Domstolen*, [2011] Sweden Supreme Court, Case No Ö 170-10, paras. 21-25.

55) *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co, Ltd v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, [2013] EWHC 2466 (Comm), paras. 23, 25.

56) SIA 제13조 제5항

The head of a State's diplomatic mission in the United Kingdom, or the person for the time being performing his functions, shall be deemed to have authority to give on behalf of the State any such consent as is mentioned in subsection (3) above and, for the purposes of subsection (4) above, his certificate to the effect that any property is not in use or intended for use by or on behalf of the State for commercial purposes shall be accepted as sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved.

국내법상 그와 같은 규정이 있는 경우에만 활용할 수 있으며, 공기업의 재산이 상업적으로 이용되고 있음을 투자자가 입증하면 추정력이 사라지므로 확정적이지 않고 입증책임 전환의 효과만 있다는 문제가 있다.<sup>58)</sup>

공기업의 독립적인 지위가 부인되어 공기업 재산이 중재판정의 집행대상이 될 위험이 있다면 공기업은 문제된 재산이 공적 재산 또는 집행면제를 원용할 수 있는 재산에 해당한다고 주장함으로써 강제집행을 막을 수 있는 가능성이 남아있다고 할 수 있다. 그러나 그 가능성이 매우 제한적이므로 무엇보다 중요한 것은 공기업의 국가로부터의 독립성을 인정받는 것이다.

#### IV. 결 론

국제투자중재 사건의 중재판정이 자발적으로 이행되지 않는 경우는 많지 않지만 자발적으로 이행되지 않는 중재판정의 집행에 관한 논의가 중요한 이유는 투자자의 입장에서는 중재판정의 집행에 성공하기가 매우 어렵고, 투자유치국의 입장에서는 자국 재산의 보호와 관련이 있기 때문이다. 특히 오늘날 국가가 공기업에 권한을 위임하는 경우가 증가하고 있고 국제투자과 관련하여서는 외국인 투자자가 투자유치국의 권한을 위임받은 공기업과 투자계약을 체결하게 되는 경우가 많아서 공기업의 투자계약 위반행위로 인해 야기되는 국제투자분쟁에서 그 국적국인 투자유치국이 불리한 중재판정을 받는 경우가 증가하고 있다. 한국의 경우에도 최근 *Dayyani v. Korea* 사건에서 공기업의 행위로 인해 국제투자중재에서 피신청인이 되어 불리한 중재판정을 받았다.<sup>59)</sup>

이 경우에 불리한 중재판정을 받은 투자유치국과 공기업의 밀접한 관계가 중재판정 중 투자유치국에 대한 관할권 성립 및 공기업 행위의 투자유치국 귀속을 통해 나타난 것이므로 투자자는 국가의 재산과 같이 볼 수 있는 공기업의 재산에 대해서 중재판정을 집행할 수 있다는 주장을 하기도 한다. 이 같은 시도는 최근 다수의 중재판정 집행소송에서 나타나고 있으며 앞으로도 더욱 증가할 것으로 예상된다.<sup>60)</sup> *Yukos* 사건의 경우에도 이 사건에 대한 중재판정 집행 청구소송이 프랑스, 벨기에 등에서 제기되었다가 2014년 네덜란드 헤이그 법원에서 취소소송이 제기되면서 잠시 숨을 고르고 있지만 곧 중재판정 집행청구소송이 줄을 이을 것이 분명해 보인다.<sup>61)</sup> 더구나 대부분의 해외 소재 러시아 재산이 이미

57) *Alcom Ltd v. Republic of Colombia*, *supra* note 49, pp. 724-725.

58) *Orascom Telecom Holding SA v. The Republic of Chad, La Societe des Telecommunications du Tchad*, [2008] EWHC 1841 (Comm), para. 24.

59) *Mohammad Reza Dayyani, et al v The Republic of Korea*, [2018] UNCITRAL, PCA Case No 2015-38.

60) Anthony Sinclair & David Stranger-Jones, *supra* note 27, p. 96.

61) Gololobov Dmitry, *supra* note 4, pp. 8-9.

집행면제의 대상으로서 두터운 보호를 받고 있으므로 투자자는 집행대상으로 공기업의 재산을 심도 있게 검토할 것으로 예상된다.<sup>62)</sup>

이 글에서 살펴본 내용에 따르면 공기업의 재산이 중재판정의 집행 대상이 될 수 있는 경우는 공기업의 독립적인 지위가 부인되어 공기업의 재산이 국가의 재산과 마찬가지로 집행면제를 향유하고 그 결과 공기업의 상업적 재산에 대해서 집행면제의 예외가 인정되는 경우이다. 그런데 집행면제와 관련하여 공기업은 국가로부터 독립되어 있는 것으로 강하게 추정되며 공기업의 재산은 일반적으로 상업적 재산으로 여겨지므로 투자자의 입장에서는 공기업이 사실상 국가와 동일하다고 볼 수 있다는 점을 증명하는 것이 중요할 것이며, 투자유치국의 입장에서는 재산의 공적인 용도를 증명할 수 있어야 공기업 재산에 대한 중재판정의 집행 문제로부터 자유로워질 것이다. 이 때 예외적인 경우로서 공기업의 독립성이 부인되는 경우는 공기업에 자율성이 인정되지 않을 정도로 국가가 강하게 통제 및 감독하는 경우이며, 공기업이 공적인 재산을 증명할 수 있는 경우에는 혼합적 성격의 불가분한 재산 또는 외교사절단의 증명서를 발급받은 재산이거나 “재산”의 개념을 확대해석하는 경우가 있을 수 있다.

62) Julien Fouret & Pierre Daureu, *supra* note 18, p. 344; Gololobov Dmitry, *supra* note 4, pp. 11-12.



## 참고문헌

- 윤성승, “국제금융거래상 금융감독기관 등에 대한 주권면제에 관한 고찰”, 『경회법학』 제53권 제2호, 2018.
- 홍성규, “중재판정의 집행에 있어서 구제조치의 개선방안”, 『중재연구』 제27권 제1호, 한국중재학회, 2017.
- Boralessa, Anoosha, “Enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards against the Republic of Argentina: Obstacles that Transnational Corporations may Face” 17 NY Int’l L Rev 53, 2004.
- Bjorklund, Andrea K, “State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards” in *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes” 21 Am Rev Int’l Arb 211, 2010.
- Dmitry, Gololobov, “The Prospect of Enforcement of Hague Arbitration Awards against State-Controlled Companies in the United States and the United Kingdom” 3:4 Russian Law Journal 7, 2015.
- Foster, George K, “Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for its Reform” 25 Ariz J Int’l & Comp L 665, 2008.
- Fouret, Julien & Daureu, Pierre, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: Enforcement of the Yukos Awards: A Second Noga Saga or a New Sedelmayer Fight?” 30:2 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 336, 2015.
- Fox, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008.
- Gaillard, E, Younan, J, *State Entities in International Arbitration*, Juris Publishing, Incorporated, 2008.
- Gerlich, Olga, “State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles’ Heel of the Investor-State Arbitration System?” 26 American Review of International Arbitration 47, 2015.
- Giorgetti, Chiara, *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner’s Guide*, Martinus

Nijhoff Publishers, 2014.

Kuipers, Jacob A, “Too Big to Nail: How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards” 39 BC Int’l & Comp L Rev 417, 2016.

O’Keefe, R, Tams, C J & Tzanakopoulos, A, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, OUP Oxford, 2013.

Schreuer, C H et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

Sinclair, Anthony & Stranger-Jones, David, “Execution of Judgments or Awards against the Assets of State Entities” 4 Disp Resol Int’l 95, 2010.

Yang, Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

Queen Mary University of London, School of International Arbitration, “International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008”, 2008. online: <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy\\_2008.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2008.pdf)>.

Andrew Higgins, “Beating Russia at Its Own Long Game”, The New York Times, Feb. 9, 2015, <<https://www.nytimes.com/2015/02/10/world/europe/once-friendly-with-putin-german-goes-to-court-over-seized-assets.html>>.

## ABSTRACT

### Enforcement of Investor-State Arbitral Awards Against the Assets of State-Owned Enterprises

Sok Young Chang

When the host states do not comply with the investor-state arbitral awards voluntarily, it is difficult for the successful claimants to seek the enforcement of arbitral awards against the host state because of the doctrine of state immunity. This raises a question whether the investors might be able to seize the assets of the state-owned enterprises, as well as those of the host states. The investors might consider the properties held by state-owned enterprises as an attractive target especially when it has been established that the host state is responsible for the act of its state-owned enterprise. In such case, the investor might argue that the close relationship between the state-owned enterprise and the host state has already been recognized so that the commercial assets of the state-owned enterprise could be subject to attachment. On the other hand, the host state might argue that the state-owned entity exists separately from the state, and thus its assets cannot be equated with those of the host state. Moreover, even if this argument is not accepted and, as a result, the properties of the state-owned entity is equated with those of the host state, the host state might still be able to argue that non-commercial assets of the state-owned enterprise are immune from execution.

**Key Words** : International Investment Arbitration (Investor-State Arbitration), enforcement of arbitral awards, state-owned enterprises, assets of state-owned enterprises, immunity from enforcement (execution)