▣ 논 단

투자분쟁, 상사중재, 국내소송의 병행적 활용에 관한 소고

법무법인(유한) 태평양 변호사 한창완*·김준우**

*논문접수 : 2023. 8. 1. *심사개시 : 2023. 8. 18. *게재확정 : 2023. 9. 8.

〈 목 차 〉

Ⅰ. 들어가면서
Ⅱ. 투자분쟁, 상사중재 및 국내소송의 개요
1. 투자분쟁의 특징
2. 상사중재의 특징
3. 국내소송의 특징
Ⅲ. 투자분쟁과 국내소송의 관계와 활용
1. 투자분쟁과 국내소송의 관계
2. 투자 구조에 따른 투자분쟁 제기 가능성
3. 투자분쟁과 국내소송의 병행적 또는 순차적 활용
Ⅳ. 투자분쟁과 상사중재의 관계와 활용
1. 별개의 독립된 절차
2. 중재합의가 있는 경우 투자분쟁절차 개시 가능성
3. 분쟁절차 선택시 고려할 사항 – 판정의 집행
Ⅴ. 마치며

Ⅰ. 들어가면서

우리 기업이 해외에 투자하거나 재화·용역을 수출하였다가 그에 관한 법적 분쟁이 발생하면 이를 어떤 분쟁절차를 통해 해결할지 검토할 것이다. 계약에 중재조항을 두거나 별도의 중재합의를 한 경우에는 그 중재합의 대상인 분쟁은 상사중재로 해결해야 하고, 국내법원은 원칙적으로 그 분쟁에 대한 관할권을 가지지 않는다고 이해하는 데 특별히 어렵지 않다. 또한, 중재합의가 없는 경우에는 상사중재절차로 분쟁을 해결할 수 없고, 원칙적으로 외국 또는 국내의 법원에서 국내소송절차에 따라 해

* 법무법인(유한) 태평양 변호사, 법학박사.
** 법무법인(유한) 태평양 변호사.

결해야 한다는 점에 대해서도 별다른 이견은 없을 것이다.

그런데 기업은 자국(본국, home country)과 투자유치국(host country)이 체결한 국제투자협정(international investment agreement, 이하 "투자협정")[1]을 근거로 투자유치국을 상대로 국제투자분쟁(international investment dispute, 이하 "투자분쟁")에 따른 절차를 개시할 수 있고, 최근에는 실제로 투자분쟁절차가 많이 활용되고 있다.[2] 투자나 수출 등 국제적 성격을 띤 분쟁에서 종전의 상사중재와 국내소송 외에도 투자분쟁절차를 고려할 수 있게 된 것이다.

예컨대, 우리 기업이 외국 정부나 공공기관과 계약을 체결하였다면, 그 계약에 적용되는 준거법에 따라 일정한 권리와 의무가 발생하고 그에 관한 분쟁은 국내소송 또는 상사중재에 따라 해결하게 될 것이다. 이에 더하여, 투자유치국 정부가 그 계약의 이행과 관련하여 외국인 투자자인 우리 기업을 차별하거나 부당한 대우를 하였다면 투자협정에 따른 투자분쟁절차를 제기하는 것도 고려할 수 있다. 외국 정부와 계약 관계가 없다 하더라도 국내법 위반을 이유로 국내소송을 제기하고, 동시에 투자협정에 따른 분쟁절차도 개시할 수 있다. 또한, 우리 기업이 외국에 투자하거나 외국의 정부와 직접 거래하는 경우 뿐만 아니라 외국의 사기업 등과 거래를 한 경우에도 투자유치국 정부의 조치가 개입된다면 투자협정상 투자분쟁절차를 개시할 수 있다.

이처럼 특정 투자나 거래에 관한 유사한 조치나 사실관계 하에서도 여러 절차에서 권리 주장을 할 수 있으므로 그 양상을 정확히 파악하는 것은 간단한 일이 아니다. 문제되는 계약이나 법률관계가 다수이거나 관련된 당사자가 다수인 경우와 같이 분쟁의 양상이 복잡해진 점도 고려되어야 한다.

본고는 이러한 상황에서 해외에 투자하거나 국제거래를 하는 우리 기업이 다양한 분쟁절차를 이해하고 자신의 이익을 위해 어떤 절차를 고려할 수 있는지 살펴보고자 하는 것이다. 구체적 쟁점에 대한 세심한 학술적인 논의 보다는 해외 분쟁과 관련한 절차들에 관한 이해를 돕기 위한 것이다. 우리 기업이 다양한 분쟁절차를 어떻게 활용할 수 있는지 알고 경우에 따라 여러 절차를 병행 또는 순차적으로 활용하기 위해

1) 투자협정에는 투자 보호에 관한 조약인 양자 또는 다자간 투자협정 뿐만 아니라 자유무역협정(free trade agreement)에 투자 보호에 관한 장(chapter)이 있는 경우도 포함된다.

2) 국제연합무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)의 통계에 따르면, 2022년 12월 13일 기준 알려진 투자분쟁 사건은 모두 1,257건이다.

서는 각각의 분쟁절차가 가진 특징을 우선 이해해야 한다. 그러므로 이하에서는 각 분쟁절차의 특징을 간략하게 살펴본 후 구체적 사안에서 어떤 점을 고려해야 하는지 검토하겠다.

Ⅱ. 투자분쟁, 상사중재 및 국내 소송의 개요

1. 투자분쟁의 특징

가. 개요

투자분쟁절차는 외국인 투자자가 투자유치국의 조치(작위, 부작위)로 인하여 손해를 입었을 때 그 손해를 구제받기 위하여 투자협정에 근거하여 투자유치국을 상대로 제기하는 분쟁절차이다. 이는 통상적으로 널리 인정되는 것이 아니라, 투자자의 본국(우리 기업의 경우 대한민국)과 투자유치국 사이에 투자분쟁절차를 명시하고 있는 투자협정이나 기타 조약이 있는 경우에만 가능하다. 따라서 이러한 별도의 협정이 없다면 투자분쟁절차를 고려할 수는 없다.

우리나라는 2023년 1월 기준 84개의 투자보장협정, 21개(59개국)의 자유무역협정이 발효되어 있다. 그러나 이들 협정 모두에 투자분쟁절차가 포함된 것은 아니다. 예컨대, 우리나라를 비롯하여 아세안 10개국, 호주, 뉴질랜드, 중국, 일본 등이 가입한 「역내포괄적경제동반자협정」(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP), 유럽연합(EU)과의 자유무역협정[3] 등에는 현재 투자자와 국가 간의 투자분쟁절차가 존재하지 않는다.[4]

투자분쟁은 통상적으로 투자유치국이 투자협정에서 정한 의무를 위반하면 제기할 수 있는데, 크게 세계은행 산하의 투자분쟁해결센터(ICSID)에서 진행되는 사건과 그 이외 기관에서 진행되는 사건으로 나뉜다. 전자의 경우는 ICSID 사무국이 ICSID 협약에 따라 절차를 진행하고, 후자의 경우 항상 그런 것은 아니지만 상설중재재판소(PCA)를 사무국으로 하여 국제연합상거래법위원회(UNCITRAL) 중재규칙에 따라 절차가 진행되는 경우가 많다.[5]

---

3) 다만, EU의 개별 회원국들 대부분과 별도의 투자보장협정을 맺고 있다.

4) RCEP 제10.18조는 협정 발효일 후 2년 이내에 투자분쟁절차의 도입에 관한 논의를 개시하고, 개시일로부터 3년 이내에 논의를 종결한다고 정하고 있다.

5) UNCTAD의 통계에 따르면, 2022년 12월 31일 기준 알려진 투자분쟁 사건 1,257건 중 782건이 ICSID, 226건이 PCA, 56건이 스톡홀름 상업회의소(SCC), 24건이 국제상업회의소(ICC)에서 진행되었다. 적용 중재규칙의 경우, 1,257건 중 756건이 ICSID 협약, 387건이 UNCITRAL 중재규칙, 56건이 SCC 중재규칙, 23건이 ICC 중재규칙이었다.

나. 투자자보호의무의 주요 내용

투자협정에 포함되는 투자유치국의 투자자보호의무의 내용은 일반적으로 다음과 같다. 다만, 개별 협정마다 특정한 의무의 포함 여부나 그 구체적 내용이 다를 수 있으므로 협정마다 개별적으로 판단할 필요가 있다.

1) 공정·공평대우 의무

투자분쟁절차에서 가장 많이 사용되는 조항이 공정·공평대우에 관한 조항이다. 최근 발효한 대한민국-인도네시아 포괄적 경제동반자협정(CEPA) 제7.6조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다. 다른 협정들도 유사한 내용을 두고 있다.

> 1. 각 당사국은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준에 따라 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 적용대상투자에 부여한다.

"투자유치국이 투자자에게 공정하고 공평한 대우를 부여하여야 한다"는 추상적 명제를 실제 사안에서 어떻게 적용할지 사전에 명백한 기준을 정하기는 어렵고, 결국 개별 사안에서 모든 구체적 사정을 고려하여 판단할 수밖에 없다. 다만, 대체로 부당하게 자의적이고 차별적 대우,[6] 적법절차에 반하는 경우, 투자유치국의 사법절차가 명백하게 정의에 반하는 경우(사법부인),[7] 투자자가 투자할 당시 가진 합리적 기대, 특히 투자유치국 정부가 투자자에게 어떤 약속을 하였음에도 불구하고 특별한 사정없이 이를 변경하거나 다른 행위를 하여 투자자의 합리적 기대를 침해한 경우[8] 등이 이에 해당한다고 본다.

2) 내국민 및 최혜국대우 의무

대부분 투자협정에는 외국인 투자자를 부당하게 차별하지 않도록 하는 조항을 두고 있는데, 자국 투자자와 동등한 대우를

6) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3 2006, para. 157; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 290. "The standard of protection again arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment."

7) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, para. 132. "Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough ....."

8) *EDF (Services) Limited v. Romania,* ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 217; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 178. "These comprise the obligation to act transparently and grant due process, to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures, from exercising coercion or from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework affecting the investment."

하도록 하는 것을 내국민대우, 제3국 투자자와 동등한 대우를 하도록 하는 것을 최혜국대우라고 한다. 예컨대, 대한민국-인도네시아 CEPA 제7.4조 제1항, 제7.5조 제1항, 2항은 각각 내국민대우와 최혜국대우를 규정하고 있다.

따라서 (우리나라와 투자협정을 체결한) 외국에 투자한 우리 기업은 동종 상황에 있는 투자유치국 국민(내국민대우)과 제3국 투자자(최혜국대우)보다 불리한 대우를 받아서는 안 된다. 즉, 투자유치국이 그 국민과 제3국 투자자에게 부여하는 대우보다 우리 기업에 더 불리한 대우를 부여하는 것은 허용되지 않는다. 그런데 내국민대우 조항과 최혜국대우 조항은 '동종상황'에 있는 경우에만 적용되므로 비교 대상인 투자유치국 국민과 제3국 투자자를 잘 설정할 필요가 있다.[9)]

3) 수용 관련 의무

투자자는 자신의 투자 자산을 투자유치국이 강제로 몰수 또는 국유화하거나, 설사 물리적으로 몰수하지 않더라도 그 자산의 경제적 가치를 사실상 소멸시키는 투자유치국의 조치를 두려워한다. 반면 투자유치국은 자국 영토 내에서 다양한 공적 목적을 추구하기 위하여 규제권한 행사로서 일정한 경우 외국인을 포함한 개인이나 기업의 자산을 수용해야 하는 때도 있다. 따라서 종래 국제법은 통상 투자유치국의 수용 권한은 인정하되 투자자에게 정당한 보상을 하여야 한다고 보았다.[10)]

이러한 점은 투자협정에서 명문으로 받아들여지고 있다. 대부분 투자협정에는 수용에 관한 조항을 두고, 일정한 요건이 충족되는 경우 투자유치국의 수용 권한을 인정하되 정당한 보상을 해야 한다고 정하고 있다(예컨대, 한-인도네시아 CEPA 제7.12

9) 예컨대, *Feldman* 사건에서는 멕시코 정부가 담배를 제조하여 수출하는 국내기업에 보조금을 지급하는 반면, 멕시코에서 담배를 구입하여 수출하는 무역회사에 그러한 보조금을 지급하지 않은 것이 문제 되었다. 중재판정부는 담배를 제조하여 수출하는 제조기업과 담배를 단순히 구입 및 수출(재판매)하는 무역회사는 동종상황에 있지 않다고 보아 내국민대우 조항이 적용되지 않는다고 판단하였다. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 171.

10) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* 8th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2012), 622-626; Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties,* Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2015), 64-65. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3 2006, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 186. "A State may, at its discretion, under Article IV of the Bilateral Treaty and in accordance with general principles of international law, make use of its sovereign power to expropriate private property with the purpose of satisfying a public interest. However, expropriation in any of its modalities requires due process and compensation under international law."

조). 그러므로 투자유치국이 투자자의 투자 자산을 수용하거나 실질적으로 그 경제적 가치를 소멸시키는 조치를 할 때는 공공 목적, 적법절차 준수, 비차별적 방식, 신속하고 적절하며 효과적 보상이 수반되어야 한다.

수용과 관련하여 대부분은 정부의 조치로 인하여 자산에 대한 소유권 그 자체의 물리적 박탈, 즉 직접수용(direct expropriation)은 없다 하더라도 그 경제적 가치가 실질적으로 없어지는 소위 간접수용(indirect expropriation)이 문제된다. 간접수용은 투자유치국 정부의 조치로 인하여 사실상 투자 자산의 운용, 사용, 통제가 불가능하거나 그 경제적 가치의 막대한 감소가 있는 경우 인정되지만,[11] 최근에는 투자유치국 정부가 공공의 목적으로 한 정당한 규제권한의 행사라면 (간접)수용에 해당하지 않는다고 판단하거나[12] 그렇게 투자협정에 명시된 경우[13]도 있다.

2. 상사중재의 특징

가. 중재의 기초로서의 중재합의

분쟁당사자 간 별도 합의가 필요 없는 국내소송과는 달리, 중재로 분쟁을 해결하기 위해서는 "현재 발생하고 있거나 장래 발생할지도 모르는 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자 간의 약정"[14]인 중재합의가 필요하다. 중재합의는 ① 계약 등 문서에서 장래 발생할 수 있는 일정한 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 경우와 ② 이미 발생한 분쟁을 중재로 해결하기로 사후에 합의하는 경우가 있다.[15] 양자 모두 중재합의로서 중재절차에서 중재판정부의 관할권을 인정하는 데 큰 차이가 없다.

---

11) *Spyridon Roussalis v. Romania,* ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, paras. 327-328.

12) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 195. "With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed."

13) 대한민국-호주 자유무역협정(한-호주 FTA) 부속서 11-나 제5항은 "드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전 및 환경과 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다"고 하고, 역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 부속서 10-나 제4항도 "공중보건 보호, 안전, 공중도덕, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 달성하기 위하여 고안되고 적용되는 당사자의 비차별적인 규제 행위는 제2항 나호에 언급된 유형의 수용을 구성하지 않는다"고 하여 일정한 종류의 정부 조치는 간접수용에 해당하지 않는다고 명시하고 있다.

14) 목영준, 상사중재법, 박영사, 2011년,. 43면.

15) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunger, *Redfern and Hunter on International Arbitration,* Fifth Edition (Oxford: Oxford University Press, 2009), 85-87.

나. 중재지

중재절차에 적용되는 법을 결정할 때 가장 중요한 요소가 중재지(seat of arbitration)이다. 중재지에 따라 중재판정의 취소 사건을 담당하는 등 중재절차를 일정 부분 감독할 법원이 정해진다. 뿐만 아니라 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약」(The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 "뉴욕협약")에 따라 중재판정의 승인·집행이 가능하게 하도록 중재지가 뉴욕협약 가입국에 위치하도록 할 필요가 있다.[16] 이러한 중재지는 대체로 분쟁당사자가 사전에 계약의 중재조항에서 미리 정해놓거나, 분쟁 발생 후 중재합의를 하면서 정하기도 하는데, 중재지의 중요성에 비추어보면 신중하게 중재지를 결정할 필요가 있다.

다. 중재판정의 취소와 승인·집행의 문제

원래 상사중재는 국내법원의 관할을 배제하고 제한적인 경우에만 국내법원의 관여를 인정하는데, 그중 가장 중요한 것이 중재판정의 취소와 승인·집행이다. 중재사건에서 최종적인 결정으로서의 판정이 나오면 원칙적으로 이를 다툴 수 없지만, 이에 대한 예외로서 취소절차와 중재판정의 승인·집행절차가 있다. 전자는 중재지의 법에 따라, 후자는 중재판정의 승인과 집행을 구하는 곳의 법에 따라 이루어진다.

중재판정의 취소는 중재지에 소재한 법원이 담당하고, 취소사유는 중재지의 법에 따라 정해진다. 영국 등[17]과 같이 일부 예외가 있지만, 여러 국가의 국내법은 대체로 「국제상사중재에 관한 국제상거래법위원회 모델법」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 이하 "UNCITRAL 모델법") 제34조 제2항에서 정한 사유를 중재판정의 취소사유로 채택하고 있다. 우리나라 중재법 제36조 제2항도 UNCITRAL 모델법과 마찬가지로 중재판정의 취소사유를 정하고 있다.

이에 반해 중재판정의 승인·집행은 중재지의 법이 아니라 그 승인과 집행을 구하는 곳의 법에 따라 정해진다. 그러므로 집행을 구하는 곳의 법에 따라 중재판정의 승인·집행 거절 사유가 없음에도 불구하고 중재지의 법에 따라 중재판정이 취소되는 일도 있을 수 있다. 뉴욕협약의 당사국은

16) Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld and John Fellas, *International Commercial Arbitration* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021), 45.

17) 영국 중재법(1996 English Arbitration Act)은 제한된 범위에서 본안에 관한 사유를 취소사유에 포함하고 있다.

뉴욕협약에 따라 중재판정을 승인·집행할 의무를 부담하고, 뉴욕협약 제5조에서 정한 사유[18]가 있는 경우에 중재판정의 승인·집행을 거절할 수 있다. 우리나라 중재법 제39조는 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정의 승인 또는 집행에 대해서는 협약에서 정한 바에 따라 승인과 집행이 이루어진다는 점을 분명히 하고 있다. 이처럼 우리나라 중재법은 중재판정의 취소사유에 있어서는 UNCITRAL 모델법의 태도를 채택하고, 중재판정의 승인·집행에 있어서는 뉴욕협약에 따르므로, 취소사유와 승인·집행 거절 사유가 대체로 일치한다.

3. 국내소송의 특징

가. 국제재판관할과 준거법

국제적 성격이 있는 소를 어느 국가의 국내법원에 제기하기 위해서는 그 법원이 해당 사건에 대한 국제재판관할을 가져야 한다. 그런데 어느 국가의 법원이 어떤 사건에 대해 관할을 가지는지는 해당 국가의 법에 따라 결정한다. 그러므로 동일한 사건에 대해 여러 국가가 관할을 가지는 경우도 있다. 동일한 사건에 대하여 A국의 법, B국의 법 및 C국의 법 모두 자국 법원의 관할을 인정할 수 있는 것이다.

국제재판관할에는 일반관할과 특별관할이 있는데, 전자는 어느 피고(개인, 단체)에 대한 모든 사건에 대해 어느 국가의 법원이 관할을 가지는 경우를, 후자는 그 사건의 특수한 성격으로 인해 해당 사건에만 그 국가의 법원이 관할을 가지는 경우이다.[19] 예컨대, 국제사법 제3조는 대한민국에 일상거소가 있는 사람에 대한 소, 주된 사무소·영업소 또는 정관상의 본거지나 경영의 중심지가 대한민국에 있는 법인 또는 단체와 대한민국 법에 따라 설립된 법인 또는 단체에 대한 소에 대하여 우리나라 법원의 일반관할을 인정한다. 이러한 사람, 법인 또는 단체에 대한 소에 대해서는 그 사건의 성격을 불문하고 법원이 관할을 가지는 것이다.[20]

18) 대체로 UNCITRAL 모델법 제34조 제2항의 취소사유와 비슷하다.

19) 석광현, 국제재판관할법, 박영사, 2022년, 68면은 이를 다음과 같이 설명한다. “일반관할의 경우 피고와 법정지 간의 결합이 매우 강력해서 피고에 대한 모든 종류의 소송에 대하여 재판관할을 인정하고, 특별관할의 경우 어떤 종류의 사안과 법정지 간에 관할의 존재를 정당화할 정도의 관련이 있어 당해 종류의 소송에 한하여 재판관할을 인정하는 것이다.”

20) 미국의 경우 연방헌법상 적법절차의 원칙에 따라 법원의 관할을 인정하기 위해 피고와 법원이 위치한 주 사이에 최소한의 관련(minimum contacts)을 요구한다. 거칠게 정리하면, 기업의 경우 해당 주에서 지속해서 상당한 수준의 활동을 하면 그 기업에 대한 모든 사건에 대한 일반관할을, 일회적인 행위를 하면 그 행위와 관련되어서만 특별관할을 각각 인정할 수 있다. 이러한 연방헌법의 제한 내에서 각각의 주는 그 주에 특유한 관할규칙을 정할 수 있다. Gilles Cuniberti, *Conflict of Laws – A Comparative Approach*

한편, 어느 국가의 법원이 해당 사건에 대한 국제재판관할을 가진다고 하더라도 그 사건에 적용되는 준거법이 반드시 그 국가의 법인 것은 아니다. 이는 그 국가의 국제사법에 따라 별도의 판단이 필요하다. 예컨대, 우리나라 법원에 소를 제기한 경우 그 사건에 적용될 준거법은 우리나라 국제사법에 의해 정해진다. 그러므로 "계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법"에 따르고(국제사법 제45조 제1항), 그러한 합의가 없는 경우에는 그 "계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법"에 따른다(같은 법 제46조 제1항). 따라서 우리나라 법원이 관할을 가지는 사건이라 하더라도 사안에 적용되는 법(준거법)이 우리나라 법이 아닐 수 있다. 이는 우리 기업이 외국에서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지이다.

그러므로 국제적 성격이 있는 사건에 관하여 소를 제기할 때에는 이처럼 국제재판관할과 준거법에 대한 문제를 사전에 검토하여야 한다.

다. 판결 승인·집행의 문제

국제적 성격이 있는 사안에 관하여 어느 국가의 법원에 소를 제기함에 있어서는 승소하였을 경우 그 판결을 집행할 수 있는지 신중하게 검토해야 한다. 비용, 시간과 노력을 들여 승소 확정판결을 받더라도 이를 실제로 재산이 있는 곳에서 집행하지 못하면 아무 소용이 없다. 피고의 충분한 재산이 있는 곳의 법원에서 승소 확정판결을 받았다면 이를 그 국가의 법원에서 집행하는 데 큰 어려움이 없을 것이다. 그에 비해 피고의 재산이 없거나 부족한 국가의 법원에서 승소 확정판결을 받았다면, 이 판결을 피고의 재산이 있는 곳의 법원에서 별도의 승인 및 집행절차를 거쳐야 한다. 국가마다 외국판결의 승인 요건이 상이하고, 어렵게 승소 확정판결을 받더라도 이를 다른 국가에서 승인 및 집행하지 못하는 일이 발생할 수 있으므로 국내법원에 소를 제기할 때는 이 점을 염두에 두어야 한다.

외국판결의 승인 사유는 그 승인을 구하는 국가의 국내법에서 정하고 있다. 같은 영미법계 국가라 하더라도 미국에 비해 영국은 외국판결의 승인을 엄격하게 하고 있다고 이해된다.[21] 우리나라의 경우 민사소송법 제217조에서 정한 사유가 있으면 외국판결을 승인하고 있는데, 판결이 내려진 국가와 우리나라가 서로 확정판결을 승인하는 상호보증이 있는지가 가장 중요한 문

(Cheltenham: Edward Elgar, 2017), 149-155.

21) 신창섭·윤남순, 신국제사법, 제2판, fides, 2016년, 207면.

제로 다루어지고 있다.

Ⅲ. 투자분쟁과 국내소송의 관계와 활용

1. 투자분쟁과 국내소송의 관계

가. 별개의 독립된 절차

투자분쟁은 투자협정에서 정한 절차에 따라 원칙적으로 그 협정에서 정한 의무의 위반에 관한 것이지만, 국내소송은 국내의 소송법규에 따라 대체로 국내법의 위반이나 해석을 문제 삼는다는 점에서 형태가 다르다. 투자분쟁은 원칙적으로 국제법의 적용, 국내소송은 대체로 국내법의 적용에 관한 것이라는 점에서 적용법규도 상이하다. 또한, 투자분쟁에서는 대체로 분쟁당사자가 관여하여 선정된 3명의 중재인으로 구성된 중재판정부가 사안을 판단하는 반면 국내소송에서는 분쟁당사자와 무관하게 해당 국가의 판사에 의해 법에서 정한 절차에 따라 진행되는 등 절차도 상이하다. 그러므로 양 절차는 완전히 별개의 절차이고, 별도의 명시적 규정이 없는 한 설사 어느 한 절차에서 판단을 받았더라도 다른 절차를 개시하는 것이 금지되지 않는다.

그런데 대부분의 법체계에서는 동일 사안을 두고 같은 당사자들이 반복적으로 분쟁에 휘말리지 않도록 하는 장치들을 두고 있다. 예컨대, 우리나라의 경우 확정된 종국판결은 기판력을 가지고(민사소송법 제216조 제1항), 이는 외국법원의 확정판결이 우리나라에서 승인될 수 있는 경우에도 마찬가지이다.[22] 그러므로 확정된 종국판결과 동일한 대상에 대하여 동일한 당사자[23] 간에 새로운 소가 제기되었을 때 이를 다시 판단하거나 모순된 판단을 할 수 없다.[24] 그런데 동일한 법체계 하에서의 법적 절차(예컨대, 같은 국가에서의 국내소송 간)에 이 문제를 해결하는 것에는 해당 법체계에서 취하고 있는 방법이 있을 것이나, 동일한 사안을 두고 국내소송과 투자분쟁절차를 병행하여 활용할 경우 이를 어떻게 해결할 수 있을지는 분명하지 않다. 이는 주로 *res judicata*와 *les pendens* 등의 맥락에서 논의되기도 한다.

이때 기판력(*res judicata*)이란 대체로, 동일한 당사자 간에 이미 권한이 있는 법원 또는 판정부에 의해 종국적인 판단이 이루

22) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므57, 86므58 판결.

23) 당사자의 지위를 승계한 경우 등과 같이 실질적으로 당사자와 동일시할 수 있는 제3자도 포함된다(민사소송법 제218조).

24) 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법, 제6판, 법문사, 2017년, 758-759면.

어진 사안에 대해서 다시 소를 제기할 수 없음을 말한다. 그런데 국내소송에서 확정판결이 있는 후 투자분쟁절차를 개시한 경우, 투자분쟁절차의 근거가 되는 투자협정에서 이를 어떻게 처리할 것인지 정한 바가 있다면 그에 따를 것이다. 엄밀하게 기판력과는 무관하지만, 뒤에서 살펴볼 택일조항(갈림길조항)이나 포기조항이 국내소송과 투자분쟁절차의 관계를 정하고 있는 것이라고 할 것이다. 이러한 규정이 없는 경우, 통상 국내소송에서는 국내법에 따른 청구원인(예컨대, 민법상 불법행위책임)이 문제되는 반면 투자분쟁에서는 투자협정상 청구원인(예컨대, 내국민대우 위반에 따른 배상책임)이 문제되어 적용되는 법규칙이 다르므로 이를 같은 소송이라 할 수 없어 기판력이 문제되지 않는다. 따라서 국내소송에서 동일한 사실관계와 관련하여 어떤 확정판결이 있더라도, 근거가 되는 협정에서 달리 정하지 않는 한 투자분쟁절차를 개시하는 것이 금지되지 않는다. 나아가, 투자유치국 국내법원이 지나치게 소송절차를 지연하거나 적법절차를 위배하거나 명백히 정의에 반하는 판결을 하는 등 사법부인(denial of justice)에 해당할 수 있는 사유가 있다면 국내 판결이나 소송절차 그 자체를 문제 삼아 투자분쟁절차를 개시할 수도 있다.[25]

우리 기업이 외국에 투자하거나 외국에서 거래하면서 투자유치국 정부의 조치로 인하여 손해를 입었을 때 우리나라 또는 투자유치국 등의 국내법원에 소를 제기할 수 있다는 점은 그리 어렵지 않게 이해될 수 있는 문제이므로, 이하에서는 주로 투자분쟁절차에 관해 더 검토한 후 국내소송과의 병행적 활용에 대해 살펴보겠다.

나. 투자분쟁절차 개시 전 국내소송 제기에 관한 규정

전항에서 살펴본 바와 같이 투자분쟁과 국내소송은 전혀 별개의 절차이다. 그런데 일부 투자협정에서는 투자분쟁절차를 개시하기 전에 국내소송을 제기할 것을 요구하는 경우가 있다.

우선, 흔하지는 않지만 소수의 투자협정 중에는 국내구제절차를 모두 거칠 것(소진)을 요구하는 경우가 있다. 특히 과거에

25) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, paras. 123, 129, 132. “[W]e take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice.”

체결된 협정 중에 이를 포함한 경우가 있는데, 우리나라와 네덜란드 간에 1974년 체결된 투자협정 제6조는 투자분쟁절차를 개시하기 전에 국내구제절차를 모두 거치도록 하고 있었다. 다만, 현재 이 협정은 우리나라와 네덜란드가 2003년 체결하고 2005년 발효한 투자협정에 의해 대체되어 효력이 없으므로, 우리 기업이 네덜란드를 상대로 또는 그 반대로 네덜란드 기업이 우리나라를 상대로 투자분쟁절차를 개시하기 전에 국내구제절차를 거칠 필요는 없다.

또한, 국내구제절차를 소진할 것까지 요구하지는 않지만, 최소한 일정 기간 국내구제절차를 거칠 것을 요구하는 경우도 있다. 예컨대, 우리나라와 인도네시아가 체결한 「대한민국 정부와 인도네시아공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제9조 제2항은 국내구제절차를 통해 12개월 이내에 분쟁을 해결하지 못하면 투자분쟁절차를 개시할 수 있도록 하고 있다.[26] 이 경우 해당 협정에 따라 투자분쟁절차를 개시하기 위해서는 일정 기간 국내소송을 진행할 필요가 있을 것이다.

다. 국내소송에서 투자협정상 의무의 원용 가능성

앞서 살펴본 바와 같이 투자협정에는 국내법에는 존재하지 않는 투자자보호에 관한 조항들이 있다. 투자유치국의 국민과 동일한 대우를 해야 한다는 내국민대우에 관한 조항, 공정하고 공평한 대우를 해야 한다는 공정공평대우에 관한 조항, 투자자의 자산을 물리적으로 몰수하거나 그 실질적 가치를 훼손하는 수용에 관한 조항 등이 그것이다. 그런데 여러 사정으로 인해 투자분쟁절차를 제기하지 않기로 하더라도, 국내소송에서 국내법에 따른 권리뿐만 아니라 투자협정에 따른 권리의 주장을 할 수 있다면, 투자자인 우리 기업의 권리를 더 두텁게 보호하는 방법이 될 수 있다.

이는 일률적으로 정할 수 있는 것은 아니다. 투자협정에서 어떻게 정하고 있는지, 투자유치국의 국내법체계가 이러한 주장을 허용하는지에 따라 다를 수 있다. 그러므로 설사 투자분쟁절차를 고려하지 않는다고 하더라도, 투자유치국 국내법체계에 비추어 보았을 때 국내소송에서 투자협정에서 정한 권리의 주장이 가능한지 점검할 필요가 있다. 이에 대한 논의가 충분하지 않지만, 일부 국가의 법원은 이에 대해 명

26) 그런데 우리나라와 인도네시아 간에는 투자보호협정 뿐만 아니라 자유무역협정인 한-인도네시아 CEPA도 존재한다. CEPA 제7.19조는 국내구제절차를 거치는 것을 조건으로 하지 않고 있고, 다만 일정한 기간(최소 120일) 조정절차를 거치도록 하고 있다.

시적으로 판단한 적이 있다. 예컨대, 미국 법원은 조약에서 명시적으로 청구원인을 부여하지 않는다면 국내소송에서 조약을 근거로 권리를 주장할 수 없다고 본다. 반면 스위스 법원은 투자협정에서 분쟁해결을 위한 절차 중 하나로 국내소송을 포함하고 있다면 협정에 따른 권리를 주장할 가능성이 크다고 평가된다.[27]

라. 택일조항(갈림길조항, Fork-in-the-Road Clause)

투자협정에는 동일한 분쟁(dispute)에 대해 반복적으로 분쟁절차가 개시되는 것을 방지하기 위하여, 국내소송이나 투자분쟁 등 여러 분쟁해결절차 중 하나를 선택하면 그 선택을 최종적인 것으로 하고, 다른 분쟁해결절차는 개시할 수 없도록 하는 택일조항(갈림길조항, Fork-in-the-Road Clause)을 두는 경우가 있다. 예를 들면, 「대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정」제15조 제5항은 다음과 같이 규정하고 있다.

> 5. 일단 분쟁 투자자가 투자분쟁을 분쟁 체약당사자의 권한 있는 법원 또는 제3항에 명시된 중재 중 하나에 회부하면 분쟁 투자자의 선택은 최종적이며, 분쟁 투자자는 이후 동일한 분쟁을 제3항에 명시된 다른 중재에 회부하지 못한다.[28]

그러므로 예컨대, 중국에 투자한 우리 기업이 중국의 법원에 투자분쟁을 제기한 경우에는 투자협정에 따른 투자분쟁절차를 다시 제기할 수는 없을 것이다. 우리 기업이 투자유치국의 국내법원에 투자와 관련한 소를 제기할 때는 이 점을 반드시 염두에 두어야 한다.

한편, 위 조항에서 볼 수 있는 것처럼 택일조항은 '분쟁(dispute)'에 관한 것이다. 동일한 분쟁일 때에만 택일조항의 적용이 문제된다. 그러므로 유사한 사실관계나 투자에 대한 것이라 하더라도 동일한 분쟁이 아니면 택일조항이 적용되지 않는다. 이때 택일조항이 작동하는 동일한 분쟁이라고 하기 위해서는 원칙적으로 당사자, 대상, 청구원인이 같아야 한다고 보는 것이 많은 중재판정부의 입장이다.[29] 그러므로 투자

27) 이에 대해서는 Gabrielle Kaufmann-Kohler & Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts,* European Yearbook of International Economic Law (Springer Open, 2020), 38-39 참조.

28) "Once the disputing investor has submitted an investment dispute to the competent court of the disputing Contracting Party or to one of the arbitrations set out in paragraph 3, the choice of the disputing investor shall be final and the disputing investor may not submit thereafter the same dispute to the other arbitrations set out in paragraph 3."

유치국 정부의 동일한 조치에 대한 것이라 하더라도 국내소송에서 국내법 위반만 주장한 경우에는 다른 청구원인인 투자협정 위반을 근거로 투자분쟁절차를 개시하는 것이 가능하다.[30] 투자자가 국내소송에서 투자유치국의 계약 위반만 주장하였을 뿐 투자협정 위반을 주장하지 않는 이상, 투자협정 위반이 문제되는 투자분쟁절차에서 택일조항이 적용되지 않는다는 것이다.[31]

따라서 우리 기업이 투자유치국에서 동일한 사안에 대해 설사 국내소송을 제기하였다 하더라도 그 소송에서 투자협정상 의무 위반을 주장하지 않은 이상 이후 투자분쟁절차를 제기하는 것은 원칙적으로 가능할 것이다.

마. 포기조항(Waiver Clause)

분쟁의 반복을 방지하기 위하여 협정에 두고 있는 장치 중 또 다른 하나가 포기조항(waiver clause)이다. 투자협정에 포기조항이 있는 경우 투자자는 투자분쟁절차를 개시하면서 국내법원이나 다른 중재절차에서 동일한 조치에 대하여 다시 소나 중재를 제기하거나 계속하지 않겠다는 포기의 의사를 나타내야 한다. 예컨대, 「대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정」(한-미 FTA) 제11.18조 제2항 나호가 포기조항이라고 할 수 있다. 따라서, 미국에 투자한 우리 기업이 미국 정부를 상대로 투자분쟁절차를 개시할 때는 동일한 조치에 대하여 국내법원을 포함하여 다른 분쟁절차를 개시하거나 계속하지 않겠다는 의사를 서면으로 표시하여야 한다.

---

29) Borzu Sabahi, Noah Rubins, and Don Wallce, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 464; Christoph Schreuer, "Consent to Arbitration," in *The Oxfod Handbook of International Investment Law,* edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, 830-867 (Oxford: Oxford University Press, 2008): 849. 이에 관한 대표적인 판정으로는 *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/08, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 80; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc and AS Baltoil v. The Republic of Estonia,* Award, para. 331; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic,* UNCITAL, Final Award, 3 September 2001, para. 161. "The purpose of Article VI(3)(a) of the Treaty is to avoid a situation where the same investment dispute ("the dispute") is brought by the same the claimant ("the national or the company") against the same respondent (a Party to the Treaty) for resolution before different arbitral tribunals and/or different state courts of the Party to the Treaty that is also a party to the dispute."

30) Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 104-105, 121; Kenneth J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 441-442.

31) *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3, Award, para. 53; *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, paras. 38-39.

유의할 점은, 분쟁의 반복을 방지하기 위한 것이라 하더라도 포기조항과 전항에서 살펴본 택일조항은 그 적용대상이 다르다는 점이다. 택일조항이 적용되기 위해서는 '분쟁'이 같아야 한다. 그러나 포기조항은 동일한 '조치'(measure)일 것을 요구한다. 이처럼 포기조항은 문제된 정부의 조치가 동일하면 적용되기 때문에, 협정상 의무 위반을 이유로 투자분쟁을 제기한 경우에는 설사 청구원인이 다르더라도(예컨대, 계약 위반) 정부의 조치가 동일하다면 포기조항이 적용되어 이에 대한 국내소송을 제기하는 것이 제한되는 것이다.[32]

이처럼, 투자협정에 택일조항이나 포기조항이 존재하면 동일한 분쟁 또는 조치에 대해 어떤 분쟁절차를 개시하면 다른 분쟁절차를 제기하지 못하는 경우가 있으므로 유의할 필요가 있다. 즉, 투자협정에서 여러 분쟁절차 간의 관계를 조정하기 위해 택일조항과 포기조항을 두고 있다면, 문제가 되는 정부 측 조치와 관련하여 투자분쟁을 제기하면 이후에는 국내소송에서 해당 조치의 국내법 위반을 주장하지 못하고(포기조항의 경우), 국내소송에서 동일한 분쟁을 문제 삼았다면 이후 투자분쟁을 제기하지 못할 수 있다(택일조항의 경우). 그러므로 외국에 투자하거나 거래를 하는 우리 기업이 투자유치국의 조치로 인하여 손해를 입은 경우 어떤 종류의 분쟁절차에서 구제받는 것이 유리한지 검토하여 의사결정을 할 필요가 있다.

2. 투자 구조에 따른 투자분쟁 제기 가능성

가. 투자유치국에 자회사를 설립한 경우

우리 기업이 해외에 투자하거나 거래할 때는 우리나라에 설립된 법인이 직접 하는 때도 있겠지만 외국에 자회사를 설립하여 이 자회사를 통해 투자 또는 거래활동을 하기도 할 것이다. 이때 그 자회사가 손해를 입은 경우, 자회사는 투자유치국 내에 설립된 기업이므로 대부분의 경우 투자협정에서 정한 투자자에 해당하지 않는다. 그러므로 많은 경우 자회사가 직접 투자유치국을 상대로 투자분쟁을 개시할 수는 없다. 문제는 우리 기업이 자회사가 입은 손해를 투자유치국에 청구할 수 있느냐이다. 종래 국제재판 중에서는 법인격이 다른 이상 우리 기업이(또는 우리 기업을 대신해 우리 정부가) 그 자회사의 손해를 청구할 수 없다고 보는 경우도 있었다.[33]

32) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Arbitral Award, para. 31.

33) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970,* p. 3., para. 88.

그런데 투자협정 중에는 이러한 경우에도 우리 기업이 직접 그 자회사의 손해를 이유로 투자분쟁절차에 따른 청구를 할 수 있도록 명시한 경우가 있다. 한-미 FTA가 그렇다. 한-미 FTA 제11.16조 제1항 나호는 "청구인*[우리 기업]*은, 자신이 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 법인인 피청구국의 기업*[투자유치국 내 자회사]*을 대신하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다"라고 규정하고 있다. 따라서 우리 기업은 한-미 FTA에 따라 미국에 설립한 자회사를 대신하여 투자분쟁에 따른 청구를 제기할 수 있다.

그렇다면 투자협정에서 명시적으로 자회사를 대신하여 청구를 제기할 수 있다는 규정을 두고 있지 않을 때는 어떤가? 대부분의 협정은 보호대상인 투자를 폭넓게 정의하고 있고, 주식 또는 지분을 보호대상인 투자의 한 형태로 예시하고 있는 경우도 있다. 예컨대, 「대한민국 정부와 우즈베키스탄공화국 정부 간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정」(한-우즈베키스탄 BIT) 제1조 가호는 "투자"가 취할 수 있는 형태로 "기업"과 "주식, 증권과 기업에 대한 그 밖의 형태의 지분 참여"를 포함하고 있다. 다른 투자협정 중에도 이런 예시를 두고 있는 경우가 많다.

그러므로 투자자는 자신의 투자인 주식 또는 지분에 발생한 손해를 근거로 투자분쟁절차를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 대주주가 아니라 소수주주라고 하더라도 마찬가지이다.[34] 다만, 이 경우에는 자회사를 대신하여 청구를 제기할 수 있는 규정을 두고 있는 협정과 달리, 투자자는 자신의 투자에 발생한 손해를 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서, 투자자인 우리 기업은 자신의 지분 가치에 발생한 손해만을 주장할 수 있을 것이다.

나. 제3국을 통해 투자한 경우

대부분의 투자협정은 직접투자의 경우뿐만 아니라 간접투자도 보호의 대상으로 한다. 예컨대, 최근 발효한 「대한민국 정부와 우즈베키스탄공화국 정부 간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정」 제1조 가호는 협정의 적용대상인 투자를 "한쪽 체약당사자의 영역에서 다른 쪽 체약당사자의 투자자에 의하여 직접적 또는 간접적으로 소유되거나 통제되고 있는 모든 종류의

34) *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire,* ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, para. 5.15; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 48. "The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders."

자산"으로 정의하고 있다. 그 외에도 우리나라가 체결한 투자협정 대부분은 간접투자와 직접투자를 모두 보호하고 있다.

우리 기업이 제3국에 설립한 자회사를 통해 투자유치국에 투자한다면, 우리 기업은 제3국의 자회사를 통해 투자한 것이 된다. 이때 우리나라에 설립된 우리 기업은 간접투자를, 제3국의 자회사는 직접투자를 한 것으로 이해될 것이다. 이때 우리나라와 투자유치국 간에, 제3국과 투자유치국 간에 각각 투자협정이 체결되어 있다면, 우리 기업은 '간접'투자자로서 우리나라와 투자유치국 간의 투자협정에 따라 투자분쟁을 제기할 수도 있고, 제3국에 설립된 자회사가 '직접'투자자로서 제3국과 투자유치국 간의 투자협정에 따라 투자분쟁을 제기할 수도 있다.[35]

이에 관한 대표적인 사례가 *Lauder* 사건과 *CME* 사건이다. *Lauder* 사건의 청구인(미국 국적자)은 *CME* 사건 청구인(네덜란드 기업)의 실질적 소유주이다. 양 사건 모두 같은 사실관계 하에서 발생하였다. 미국인 Lauder가 지배하는 네덜란드 기업 CME가 체코에서 시도한 방송 사업이 실패하자, Lauder는 미국-체코간 투자협정에 따라, CME는 네덜란드-체코간 투자협정에 따라 각각 별도의 투자분쟁절차를 제기하였다. 이처럼 동일한 사실관계하에서 투자기업(네덜란드 기업 CME)과 그 주주(미국인 Lauder)가 다른 투자협정을 근거로 병행적으로 투자분쟁절차를 제기하였지만,[36] 양 사건 모두 중재판정부의 관할권이 인정되어 본안 판단까지 이루어졌다.[37] 특이하게도 *CME* 사건에서는 청구인의 수용 주장이 받아들여졌지만,[38] *Lauder* 사건에서는 청구인의 청구가 기각되는 정반대의 결론이 내려졌다.[39]

이처럼 대부분의 투자협정이 간접투자와 직접투자를 모두 보호하고 있으므로, 우리 기업은 우리나라와 투자유치국이 체

35) *Siemens A.G. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para. 137; *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction, 30 December 2010, para. 152; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia,* ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007. paras. 123-124.

36) 심지어 청구인들과 피청구국 체코를 대리하는 대리인들이 동일하였다. 미국 로펌 Debevoise & Pimpton이 Lauder와 CME를 대리하였고, 영국 로펌 Clifford Chance가 양 사건 모두에서 체코를 대리하였다.

37) 체코는 양 사건에서 절차남용(abuse of process) 주장을 하였지만 받아들여지지 않았다. 피청구국 체코 스스로 사건 진행초기에 양 사건의 병합을 반대하였다는 점이 중요한 요소로 고려된 것으로 보인다.

38) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic,* UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

39) *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic,* UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001.

결한 투자협정 뿐만 아니라 제3국과 투자유치국이 체결한 투자협정에 근거한 투자분쟁절차를 검토할 수 있다. 그러므로 어떤 주체(한국에 설립된 기업 또는 제3국에 설립된 기업)가 어느 협정(우리나라-투자유치국 간 협정, 제3국-투자유치국 간 협정)에 근거하여 투자분쟁을 제기하는 것이 유리한지 세심하게 따져 보아야 한다. 예컨대, 어느 협정에서는 투자자보호의무의 범위를 상대적으로 좁게 규정하고 있을 수도 있고, 다른 협정에서는 투자분쟁절차를 개시하기 위한 절차적 요건을 까다롭게 정하고 있을 수 있다. 뿐만 아니라 하나의 지배구조 내에 있으면서 같은 지배주주의 지배를 받는 기업들이 하나의 사실관계를 두고 동일한 손해의 구제를 청구한 사안에서 청구적격[40]이 인정되지 않은 경우도 있다.[41] 그러므로 이러한 여러 사정들을 모두 종합적으로 고려하여 분쟁을 제기하는 주체와 적용 협정을 결정할 필요가 있다.[42]

3. 투자분쟁과 국내소송의 병행적 또는 순차적 활용

가. 투자유치국 정부와 계약을 체결한 경우

1) 개요

우리 기업이 투자유치국 정부와 어떤 계약을 체결하고 투자나 거래를 하는 경우가 있다. 계약의 이행을 둘러싸고 이견이나 투자유치국 정부의 계약 위반이 있는 경우, 별도의 중재조항이 없는 한, 원칙적으로 국내법원에 소를 제기할 수 있다고 보는데 별다른 문제는 없다. 그러나 이때 계약 이행이나 위반을 문제 삼아 투자유치국을 상대로 투자분쟁절차를 제기할 수 있는지는 문제 될 수 있다.

이와 관련하여 두 가지 경우가 있을 수 있는데, 우선 순수하게 계약 위반 그 자체만 문제 삼는 경우이다. 두 번째는 단순히 계약 위반 문제에 그치지 않고 계약이나 투자를 둘러싼 정부의 전반적인 조치가 투

40) 본안을 판단할 중재판정부의 관할권이 있는 경우에도, 권리남용과 같은 특수한 사정을 감안하여 본안을 판단하지 않는 경우를 청구적격(admissibility)의 문제라고 하는데, 본 발제의 성격상 이에 대한 자세한 논의는 생략한다.

41) *Orascom TMT Investments S.à.r.l v. People's Democratic Republic of Algeria,* ICSID Case No. ARB/12/35, Final Award, 31 May 2017, para. 546.

42) 최근 체결된 투자협정에는 혜택의 부인 조항이 포함된 경우가 있다. 이는 협정의 당사국이 아닌 제3국의 국민이나 기업이 투자자(청구인)의 실질적 소유자이고, 청구인이 협정 당사국에서는 실질적 영업활동을 하지 않는 경우에는 협정상 혜택을 부여하지 않겠다는 것이다. 그러므로 제3국을 거쳐 투자할 때, 제3국에 설립한 자회사가 실질적 영업활동을 전혀 하지 않고 순전히 페이퍼컴퍼니로서 기능할 때는 협정상 보호가 부인될 수 있다.

자자보호의무 위반이라고 주장하는 경우이다. 후자의 경우 투자협정에서 정한 투자자보호의무 위반에 해당한다고 주장하여 투자분쟁절차를 제기할 수 있다는 점에 큰 이견은 없다.[43] 투자유치국 정부와 직접 계약을 체결한 경우, 우리 기업으로서는 계약이나 국내법 위반을 문제 삼는다면 관할이 인정되는 국내법원에 소를 제기하고, 계약 위반과 무관하게 정부의 전반적인 조치가 투자자보호의무 위반이라고 판단한다면 투자분쟁절차 제기를 고려함이 원칙적인 모습일 것이다. 그러므로 계약이나 국내법 위반을 주장하며 국내소송을, 협정상 투자자보호의무 위반을 주장하며 투자분쟁절차를 각각 병행 또는 순차적으로 개시하는 것이 가능하다.

그렇다면 투자유치국 정부의 계약 위반 그 자체를 문제 삼아 투자분쟁절차를 제기할 수도 있는가? 이에 관해서는 두 가지가 논의된다. 첫째는 우산조항, 둘째는 투자보장협정에서 "(분쟁 당사자간) 모든 분쟁" 또는 "투자에 관한 모든 분쟁"에 대해 중재판정부의 관할을 인정한 경우이다.

2) 우산조항이 있는 경우

투자보장협정 중에는 투자유치국이 투자자에게 또는 투자와 관련하여 부담하는 계약상 의무를 이행하여야 한다는 소위 우산조항(umbrella clause)을 둔 경우가 있다. 그 문언이 모두 동일하지 않지만 대체로 투자유치국이 투자자에게 그 투자와 관련하여 부담하는 모든 의무 또는 약속을 준수하도록 명시한 조항이라 할 수 있다. 우리나라도 「대한민국과 유럽자유무역연합 회원국 간의 자유무역협정」(한-EFTA FTA),[44] 「대한민국 정부와 그리스공화국 정부간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정」,[45] 「대한민국과 오스트리아공화국 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」[46] 등 여러 투자보장협정에 우산조항을 두고 있다.[47]

---

43) 유의할 점은 이때 투자분쟁절차를 제기할 수 있다고 하여, 중재판정부가 계약 위반 여부까지 판단할 수 있는지는 별개의 문제이다. 중재판정부는 계약과 관련한 정부의 조치가 투자보장협정상 투자자보호의무 위반인지 여부를 판단할 수는 있지만, 별도의 근거가 없는 한 계약 위반 그 자체를 판단할 수는 없다.

44) 한-EFTA FTA 제3조 제3항은 "각 당사국은 다른 당사국 투자자의 특정한 투자에 대하여 지게 된 서면의 무로서, 그 투자자가 투자를 설립·인수 또는 확장할 때 선의로 의지하였을 의무를 준수한다"고 하여 투자유치국으로 하여금 투자자가 선의로 의지하였을 서면상 의무를 준수하도록 하는 우산조항을 두고 있다.

45) 협정 제10조 제2항은 "각 체약당사자는 이 협정에 부가하여 타방 체약당사자 투자자의 투자와 관련하여 부담하게 되는 다른 모든 의무를 준수한다"라고 하여 협정에서 정한 의무 뿐만 아니라 이외 다른 모든 의무를 준수하여야 한다고 규정하고 있다.

46) 협정 제7조 제2항은 "각 체약당사국의 자국의 영역안에서 각 체약당사국이 허가한 투자와 관련하여 타방 체약당사국의 투자자에 대한 모든 계약상 의무를 준수하여야 한다"고 규정하고 있다.

학자들은 우산조항이 있으면 투자유치국이 투자자나 투자와 관련하여 부담하는 계약상 의무가 단순히 국내법상 의무에 그치지 않고 투자보장협정상 의무로서 국제법상 의무에도 해당하게 된다고 보는 것이 다수인 것 같다.[48] 그러나 투자유치국이 계약상 의무를 위반하였을 때 투자자가 투자보장협정에 있는 우산조항을 근거로 투자분쟁절차를 개시할 수 있는지에 대해서는 중재판정부마다 견해가 일치하지 않는다.

예컨대, 우산조항의 해석이 문제된 초기의 *SGS v. Pakistan* 사건과 *SGS v. Philippines* 사건은 유사한 내용의 우산조항을 두고 있는 파키스탄-스위스 투자보장협정 제11조[49]와 필리핀-스위스 투자보장협정 제10조 제2항의 해석[50]과 관련하여 반대의 결론에 이르렀다. *SGS v. Pakistan* 사건 중재판정부는 우산조항에 의해 투자유치국의 계약상 의무가 투자보장협정상 의무로 전환된다고 볼 근거가 없다고 보았다.[51] 이에 비해 *SGS v. Philippines* 사건 중재판정부는 우산조항의 해석상 투자유치국이 계약상 의무를 이행하지 않으면 투자보장협정 위반에 해당한다고 보았다.[52]

이 초기 사건 이후의 투자분쟁 중재판정부들은, 다소 제한적으로 우산조항을 해석하는 경우도 있었으나,[53] 대체로 우산조항으로 인하여 계약상 의무 위반을 문제삼는 청구에 대한 관할권이 인정된다는 입장

47) 그러나 최근 체결된 투자보장협정에는 우산조항이 포함되는 경우가 거의 없다.

48) James Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration," *Arbitration International,* 24(3) (2008): 250-251; Stanimir A. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty," *The Journal of World Investment & Trade* 5(4) (2004): 565-569; Christoph Schreuer, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration," *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, no. 1 (March 2015): 9; Schreuer, "Consent to Arbitration," 839.

49) "Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party."

50) "Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party."

51) *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, paras. 164-166.

52) *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines,* ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, paras. 115-117.

53) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt,* ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, paras. 79-82; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/23, Award, paras. 940-941; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/15. Decision on Jurisdiction, para. 76.

이다.[54]

이에 관한 다른 쟁점은 우리 기업이 아니라 투자유치국 내에 설립한 자회사가 투자유치국 정부와 계약을 체결한 경우(자회사와 투자유치국이 계약당사자인 경우)에도 우리 기업이 우산조항을 근거로 투자분쟁절차를 제기할 수 있는지 여부이다. 이에 대해서는 크게 계약의 직접 당사자가 아닌 투자자가 우산조항의 적용을 주장할 수 있다는 입장[55]과 투자자가 계약의 당사자가 아니므로 우산조항이 적용될 수 없다는 입장[56]으로 나뉘어 있다.

3) "모든 분쟁"에 관할이 인정되는 경우

비록 투자보장협정에 우산조항이 없다고 하더라도, 투자분쟁절차의 대상을 투자자 또는 투자에 관한 "모든 분쟁"으로 하였다면 전형적인 협정상 의무 위반이 아니라 하더라도 계약 이행에 관한 또는 그 위반을 이유로 한 청구를 인정할 수 있을까? 문언 그대로 투자에 관한 모든 분쟁에 대해 투자분쟁절차를 개시할 수 있는지, 그렇지 않다면 투자보장협정상 의무 위반에 관한 분쟁만 대상으로 할 수 있는지가 문제될 수 있는 것이다.

최근 체결된 투자보장협정에는 투자분

54) *Noble Ventures, Inc. v. Romania,* ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, paras. 51-52, 60-62; *Eureko B.V. v. Republic of Poland,* Partial Award, 19 August 2005, paras. 244-250; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 302-303; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay,* ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 467-482; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, para. 204; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 169-175.

55) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 152; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 132; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 241; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 297; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, paras. 938-993; *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, Final Award, 18 January 2017, paras. 287, 289.

56) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 384; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, paras. 204-205; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 1 September 2006, paras. 94-97; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012, paras. 214-215, 220, 234.

쟁절차의 대상을 협정상 의무 위반으로 한정하고 있으므로 이러한 논의가 적용될 여지가 적으나,[57] 과거 체결된 투자보장협정에서는 투자분쟁절차의 대상을 다소 광범위하게 정하고 있어 논의의 소지가 있다. 예컨대, 한-오스트리아 BIT 제8조 제1항은 투자분쟁절차의 대상을 "일방 체약당사국과 타방 체약당사국의 투자자 간에 투자에 관하여 발생하는 어떠한 분쟁"으로 하고 있고, 이는 「대한민국 정부와 덴마크왕국 정부 간의 투자의 증진 및 상호 보호에 관한 협정」 제8조, 「대한민국 정부와 영국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」 제8조 등도 마찬가지이다.

이에 대해서는 중재판정부마다 내린 결론이 다르다. 이러한 방식을 택한 모로코-이탈리아 투자보장협정 제8조의 해석이 문제된 *Salini* 사건에서 중재판정부는 투자보장협정상 의무 뿐만 아니라 계약상 의무 위반 주장에 대해서도 판단할 수 있다고 보았다.[58] *Vivendi* 사건 취소위원회 역시 아르헨티나-프랑스 투자보장협정 제8조에 관하여 그 문언이 협정상 의무 위반에 한정하고 있지 않으므로 투자에 관한 분쟁이면 충분하고 협정 위반에 대한 것이 아니라도 무방하므로 국가가 당사자인 계약에 관한 청구에 관해서도 판단할 수 있다고 하였다.[59]

반면 *SGS v. Pakistan* 사건 중재판정부는 "투자에 관한 분쟁"이란 문언은 협정 위반 청구와 계약 위반 청구를 모두 포함할 수 있다고 하면서도 이는 분쟁의 사실적 측면을 묘사한 것일 뿐 청구의 법적 근거나 청구원인에 대한 것은 아니므로 이 조항을 근거로 계약 위반 청구에 대한 관할을 인정할 수 없다고 판단하였다.[60]

나. 투자유치국의 공공기관·공기업과 계약을 체결한 경우

1) 개요

우리 기업이 해외에 투자하면서 투자유

57) 한-미 FTA 제11.16조 제1항은 투자유치국(피청구국)이 협정상 의무, 투자인가 또는 투자계약을 위반하고, 그 위반으로 인하여 손해를 입은 경우로 한정하고 있다. 「대한민국 정부와 일본국 정부간의 투자의 자유화·증진 및 보호를 위한 협정」(한-일 BIT) 제15조 제1항은 투자분쟁을 협정에 의해 부여된 권리의 침해와 그로 인한 손실 또는 손해에 한정하고 있다.

58) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I],* ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, para. 61.

59) *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, para. 55.

60) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para. 161.

치국 정부와 직접 계약을 체결하지 않고, 공공기관 또는 공기업과 투자계약을 체결하는 경우가 있다. 이때는 투자유치국 정부와 직접 계약관계에 있는 것이 아니므로 앞서 살펴본 투자유치국 정부와 직접 계약을 체결한 경우와 그 대응방식이 같을 수 없다.

물론 이 경우에도 공기업이나 공공기관의 계약 이행을 둘러싸고 투자유치국 정부가 직접 특정한 조치를 취한 경우에는 그 조치와 관련하여 투자협정상 투자자보호의무 위반이 문제될 수 있다는 것에는 특별한 의문이 없다. 그러므로 이 경우 우리 기업은 계약상대방인 공공기관이나 공기업을 상대로 계약 위반을 이유로 국내소송을 제기하고, 투자유치국 정부를 상대로 투자협정 위반을 이유로 투자분쟁절차를 제기하는 것이 가능하다.

문제는 이 경우에도 우리 기업이 투자유치국 정부를 상대로 순전히 계약 위반을 이유로 한 투자분쟁절차를 개시할 수 있는지이다. 이는 국가가 계약당사자가 아니므로 우산조항이 적용되지 않는다고 볼 것인지, 아니면 국가가 직접 계약당사자가 아니라고 하더라도 국제법상 귀속의 법리에 따라 우산조항이 적용된다고 볼 것인지에 달려 있다. 항을 변경하여 이에 대해 자세히 살펴보겠다.

2) 우산조항 적용 가능성

투자유치국 정부가 직접 계약을 체결한 것이 아니라 그 국가의 공공기관 또는 공기업이 계약을 체결한 경우, 예컨대 우리 기업이 외국의 공기업과 계약을 체결한 경우, 투자보장협정상 우산조항이 적용될 수 있는지에 대해서는 다양한 입장이 있다.

우선, 이 경우에도 우산조항이 적용될 수 있다는 입장이 있다. *Noble Ventures* 사건중재판정부는 루마니아의 정부소유권기금(SOF)의 계약 체결 행위가 국가에 귀속되고, SOF가 투자자와 체결한 계약에 우산조항이 적용되어 국제법 위반이 발생할 수 있다고 판단하였다.[61] 논증은 사뭇 다르지만, *Bosh* 사건에서도 유사한 결론이 내려졌다.[62]

반면, 투자유치국이 계약당사자가 아니므로 우산조항이 적용되지 않는다고 한 경우도 있다. *Nagel* 사건 중재판정부는 체코의 공기업과 투자자가 체결한 계약에 따라 계약상 의무를 부담하는 당사자는 그 공기업일 뿐 체코가 아니므로 우산조항이 적용

61) *Noble Ventures, Inc. v. Romania,* ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, paras. 79-86.

62) *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, paras. 241-242.

되지 않는다고 하였다.[63] *Impregilo* 사건 중재판정부,[64] *Amto* 사건 중재판정부,[65] *CMS* 사건 취소위원회,[66] *EDF* 사건 중재판정부,[67] *Azurix* 중재판정부,[68] *Vivendi* 사건 취소위원회,[69] *Hamester* 사건 중재판정부[70] 등도 이와 유사한 결론에 도달하였다. 다수의 중재판정부가 이 견해를 취한 것으로 보인다.

사견으로는 해당 계약의 준거법에 따라 계약당사자가 누구인지 판별하고, 그에 따라 만약 투자유치국 정부가 계약상 의무를 부담하는 것으로 해석될 수 있다면 우산조항이 적용되고, 만약 그렇지 않다면 우산조항이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 우산조항은 투자자의 계약상 권리를 투자보장협정 차원에서 보호하기 위한 것이지, 계약의 당사자를 달리하여(추가하여) 보호할 것까지 의도하지 않았다고 보아야 하기 때문이다. 우산조항의 존재로 인해 계약 그 자체의 내용이 변경되지도 않는다. 그러므로 이 문제는 일률적으로 결론을 내릴 것이 아니라 계약의 준거법에 따라 계약상 의무를 부담하는 자가 누구인지를 확인한 후 우산조항의 적용 여부를 따져 보아야 할 것이다.

Ⅳ. 투자분쟁과 상사중재의 관계와 활용

1. 별개의 독립된 절차

투자분쟁절차와 상사중재 모두 분쟁당사자 간 중재합의가 있으면 가능하지만, 그 적용법규나 형태는 사뭇 다르다. 투자분쟁절차에서는 투자보장협정상 투자자의

63) *William Nagel v. The Czech Republic,* SCC Case No. 049/2002, Final Award, 9 September 2003, paras. 160-166, 321.

64) *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, paras. 223, 262.

65) *Limited Liability Company Amto v. Ukraine,* SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para. 110.

66) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 95.

67) *EDF (Services) Limited v. Romania,* ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, paras. 317-319.

68) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 384.

69) *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para. 96.

70) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana,* ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, paras. 343-349.

권리 보호가 문제되고 피청구국의 의무 위반 여부에 국제법이 적용되는 반면,[71] 상사중재에서는 원칙적으로 분쟁당사자가 선택한 법이 적용된다. 만약 분쟁당사자가 준거법을 정하지 않았다면 중재판정부가 적용 중재규칙에서 정한 기준에 따라 준거법을 정하는데 많은 경우 사안과의 밀접한 관련성을 따져 준거법을 정한다.[72]

중재합의의 모습도 다르다. 상사중재의 경우 대부분 당사자들이 직접 계약 내에 중재조항을 포함하거나 별도의 합의를 통해 중재로 분쟁을 해결하기로 하는 합의를 한다.[73] 그에 비해 투자분쟁절차에서는 투자유치국(피청구국)의 투자분쟁절차에 대한 의사(청약)는 투자유치국과 투자자의 본국 간 체결한 투자보장협정에 포함되어 있다. 이후 투자자가 투자분쟁절차를 개시하면서 그에 대한 동의의 의사(승낙)을 표시함으로써 양 당사자(투자유치국, 투자자)의 중재합의가 성립한다.[74]

투자유치국과 투자자 간 체결한 계약에 (상사)중재조항이 있거나 별도의 중재합의가 있는 경우, 상사중재와 투자분쟁절차 간에 중복이 발생할 수 있다. 예컨대, 같은 사실관계가 문제된 경우에 계약에서 정한 중재조항에 따라 상사중재를 제기한 후 다시 투자협정에 따라 투자분쟁절차를 개시하는 경우가 있을 수 있다. 당사자 간에 중재합의가 있는 경우 대부분 원칙적으로 상사중재와 투자분쟁절차 모두 제기 가능한 것이다. 전자의 경우 계약의 준거법에 따라 판단이 이루어지고, 후자의 경우 투자보장협정과 국제법에 따라 판단이 이루어질 것이다. 뒤에서 자세히 살펴보지만, 상사중재로 분쟁을 해결하기로 하는 중재합의로 인해 투자분쟁절차가 배제되어 이를 제기할 수 없는 것 아니냐는 의문이 있을 수 있지만, 많은 경우 준거법이나 당사자가 다른 양 절차는 독립적·병행적으로 활용 가능할 것이다.

실제로 체코 방송사업 투자에 관한 동일한 사실관계가 문제된 *Lauder* 사건[75]과 *CME* 사건[76]에서 체코 정부를 상대로 2건의 투자분쟁절차가 개시되어 그중 한 건에

71) McLachlan, *et al., International Investment Arbitration,* 71-74; Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 81-90.

72) Blackaby, *et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 195; Ferrari, et al., International Commercial Arbitration,* 154-162.

73) 목영준, 앞의 책, 43-46면.

74) C. L. Lim, Jean Ho and Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration,* Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 95.

75) *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic,* UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001.

서 체코의 투자보장협정 위반이 인정되어 청구인이 승소하고, 이와 별도로 주식매매계약상 중재조항을 근거로 별도의 ICC 상사중재가 제기되어 역시 청구인이 승소하기도 하였다.

2. 중재합의가 있는 경우 투자분쟁절차 개시 가능성

가. 개요

앞서 살펴본 바와 같이 상사중재와 투자분쟁절차는 원칙적으로 적용법규가 다른 상이한 절차이므로 각각의 절차에서의 적용 사유가 있다면 병행적으로 제기하는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다. 그런데 실무에서는 투자자와 투자유치국 정부가 그 분쟁을 상사중재를 통해 해결하기로 하는 중재합의를 한 경우, 이에 따라 투자분쟁절차에서 중재판정부의 관할권이 배제될 수 있는지 문제가 될 소지가 있다.

이는 앞서 살펴본 바와 같이 투자보장협정에 우산조항이 있거나 투자에 관한 "모든 분쟁"을 대상으로 하고 있어 계약 위반 주장에 대해서도 투자분쟁 중재판정부의 관할이 인정될 수 있는 경우에 주로 문제된다. 우산조항이 없거나 분쟁대상이 제한적인 투자보장협정에 따른 투자분쟁절차에서는 어차피 계약 위반에 관한 주장을 할 수 없거나 하더라도 중재판정부의 관할이 인정되지 않을 것이므로, 이 점이 문제될 소지는 적다.

나. 투자유치국 정부와 중재합의가 있는 경우

투자자인 우리 기업이 투자유치국 정부와 직접 투자계약을 체결하면서 중재조항을 포함하거나 별도의 중재합의를 한 경우, 투자와 관련한 분쟁이 발생한 경우 위 중재합의에도 불구하고 투자보장협정에 따른 투자분쟁절차를 제기할 수 있는지에 의문이 있을 수 있다. 상사중재로 분쟁을 해결하기로 하는 합의로 인하여 투자분쟁절차에 대한 중재합의가 존재하지 않게 되어, 투자유치국의 계약 위반 주장에 관한 투자분쟁 중재판정부의 관할권이나 청구적격이 인정되지 않는 것 아닌가 하는 문제 제기가 있기 때문이다. 이에 대해서는 중재판정부마다 결론이 다르다.

우선, 계약상 분쟁해결조항의 존재를 이유로 투자분쟁절차에서의 청구적격을 인정하지 않은 중재판정부들이 있다. ***SGS v. Philippines*** 사건 중재판정부는 투자보장협정상 분쟁해결조항은 계약에서 정한 분쟁해결조항에 우선할 수 없고, 특별법 우선

76) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic,* UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

의 원칙에 따라 일반조항인 투자보장협정보다 당사자들이 자유롭게 합의한 계약에서 정한 분쟁해결조항이 우선한다고 보았다. 따라서 계약에서 정한 분쟁해결절차에서 계약상 의무의 범위에 관해 결정되기 전에 투자분쟁절차에서 투자유치국이 부담하는 계약상 의무의 범위를 판단하는 것은 시기상조라고 하였다. 중재판정부는 관할권이 존재한다는 점은 인정하면서도, 투자유치국의 계약상 의무의 범위에 관한 청구인의 청구를 판단하기에는 시기상조이므로 청구적격이 없다고 보아 투자분쟁절차를 중지하였다.[77]

BIVAC 사건 중재판정부 역시 우산조항으로 인하여 계약 위반이 투자보장협정 위반이 될 수 있다고 하여 관할을 인정하면서도, 계약상 분쟁해결조항의 존재를 이유로 청구적격이 없다고 보았다. 중재판정부는 투자보장협정(1992년)보다 계약(1996년)이 늦게 체결되었는데 만약 계약당사자들이 투자보장협정상 투자분쟁절차에는 영향이 없도록 하고자 하였다면 이를 계약에 명시할 수 있었음에도 그렇게 하지 않은 점, 우산조항에 따라 국가의 계약상 의무는 협정상 의무가 되지만 이는 계약에서 정한 분쟁해결조항을 지켜야 한다는 의무도 포함하는 점, 당해 사건에서 투자자 청구의 핵심은 계약에 근거할 뿐 그 외의 협정 위반 사유가 주장되지 않는 점, 청구의 근거가 계약이라면 그 계약에서 정한 전속적 분쟁해결절차 이외 다른 절차에 의지할 수 없어야 하는 점 등을 들어 청구적격을 인정하지 않았다.[78] *Bosh* 사건 중재판정부 역시 *BIVAC* 사건 중재판정부와 같은 결론을 내렸다.[79]

반면 계약상 분쟁해결조항에도 불구하고 투자분쟁절차에서의 관할권과 청구적격을 모두 인정한 중재판정부들도 있다. *SGS v. Paraguay* 사건 중재판정부는 투자보장협정의 취지가 국내법에 따른 보호에 더하여 추가적인 보호를 제공하는 것인데, 특별한 사정이 없으면 계약으로 인해 투자보장협정상 권리를 포기하였다고 단정할 수 없다고 하였다. 계약에서 명시적으로 투자보장협정상 권리를 포기하지 않은 이상, 계약상의 분쟁해결조항에도 불구하고

77) *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines,* ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, paras. 174-175.

78) *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay,* ICSID Case No. ARB/07/09, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 29 May 2009, paras. 145-159.

79) *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, paras. 251-259.

투자자는 협정에 따른 권리를 선택할 수 있다고 보았다.[80] *Gavrilovic* 사건 중재판정부 역시 같은 결론을 내렸다. 계약상 분쟁해결조항에도 불구하고 우산조항에 따른 청구에 대해 중재판정부의 관할을 인정할 수 있다고 보았다.[81]

한 가지 유의할 점은, 이러한 견해 차이에도 불구하고 계약 위반이 아니라 투자유치국의 전반적인 조치가 투자보장협정에서 정한 투자자보호의무에 위반하였다는 청구에 대해서는 계약상의 중재조항이 영향을 미칠 수 없다. 그러므로 투자자는 투자유치국을 상대로 계약 위반에 관한 판단을 구하는 상사중재를 제기하고, 이와 별도로 투자보장협정상 의무 위반을 주장하며 투자분쟁절차를 개시하는 것은 원칙적으로 가능하다고 보아야 한다.

다. 투자유치국에 설립한 자회사가 투자유치국과 중재합의를 한 경우

우리 기업이 해외에서 투자하거나 거래할 때 항상 스스로 계약을 체결하는 것이 아니라, 투자를 위하여 투자유치국에 자회사를 설립하고, 그 자회사가 투자유치국 정부와 계약을 체결하면서 중재조항을 포함하거나 별도의 중재합의를 하는 경우도 있을 것이다. 이때 우리 기업이 우산조항을 원용하여 투자유치국을 상대로 투자분쟁절차를 제기할 수 있는지, 제기할 수 있다면 중재합의가 어떤 영향을 미치는지가 문제된다.

전자, 즉 우리 기업이 자회사가 투자유치국 정부와 체결한 계약을 근거로 우산조항에 따라 투자분쟁절차를 개시할 수 있는지는 우산조항의 해석과 관련된 문제이다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 크게 투자자가 계약의 직접 당사자는 아니지만 우산조항의 적용을 주장할 수 있다는 입장[82]과 계약당사자가 아니므로 우산조항이 적용될 수 없다는 입장[83]으로 나뉜다. 우산조

80) *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay,* ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, paras. 179-181.

81) *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia,* ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 25 July 2018, paras. 420-422.

82) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 152; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 132; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 241; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 297; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, paras. 938-993; *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica,* ICSID Case No. ARB/12/4, Final Award, 18 January 2017, paras. 287, 289.

항이 적용될 수 없다는 후자의 입장을 따르면, 우리 기업은 계약에 중재합의가 있는지 여부와 무관하게 순수하게 계약 위반을 이유로 하여 투자분쟁절차를 개시하는 것은 쉽지 않을 것이다.

우산조항이 적용될 수 있다는 전자의 입장에 따르더라도, 전항에서 살펴본 바와 같이 계약상 분쟁해결조항의 존재로 인하여 투자분쟁 중재판정부의 관할권이 인정될 수 있는지에 대해 중재판정부마다 입장 차가 있다. 즉, 계약상 중재합의를 존중하여 투자분쟁절차를 배제하려는 것이 당사자의 의사라고 보아야 하므로 청구적격을 인정할 수 없다는 태도를 보인 경우도 있는 반면, 투자보장협정은 계약 및 국내법에 따른 보호 뿐만 아니라 국제법에 따른 보호까지 추가로 부여하고자 하는 것이므로 계약상 중재합의와 무관하게 투자분쟁절차에서 계약 위반을 주장할 수 있다는 태도도 있다.

따라서, 우리 기업이 투자유치국에 설립한 자회사가 투자유치국 정부와 체결한 계약에 중재합의가 있다면 우선 자회사가 체결한 계약임에도 불구하고 우산조항이 적용될 수 있는지 먼저 살펴본 후 중재합의에도 불구하고 우산조항에 따른 관할권 인정이 가능한지 검토해야 할 것이다.

라. 투자자 또는 그 자회사가 사기업과 중재합의를 한 경우

해외 사업에서 상대방인 사기업과 생긴 분쟁은 소송이나 중재 등 계약에서 정한 분쟁해결절차에 따라 해결하면 되고, 그 분쟁과 투자분쟁절차는 원칙적으로 무관하다. 다만 그 분쟁의 배경이나 원인사실 중에 투자유치국 정부의 투자보장협정 위반행위가 있다면 그에 대하여는 독자적인 청구원인으로 투자분쟁절차를 진행할 수 있다. 이 점은 계약상 분쟁해결절차가 국내소송으로 되어 있는 경우나 상사중재로 되어 있는 경우에 본질적인 차이가 없다.

다만, 계약상 분쟁해결절차가 국내소송인 경우에 비하여, 상사중재로 진행될 경우 몇 가지 특수성이 있다.

첫째, 국내소송과 달리 상사중재에서는 중재판정부 구성에 당사자가 관여할 수 있으므로, 투자분쟁절차와 병행할 경우 중재

83) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 384; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, paras. 204-205; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 1 September 2006, paras. 94-97; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador,* ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012, paras. 214-215, 220, 234.

인이 두 절차에 중복 선정될 가능성이 있다. 분쟁의 내용과 성질에 따라서 의도적으로 중복 선정을 시도할 수도 있고 반대로 중복 선정에 이의하거나 선정된 중재인에 대해서 기피를 신청할 수도 있다.

둘째, 상사중재와 투자분쟁절차는 절차적인 면에서 유사점이 많으므로, 투자자는 양 분쟁절차를 병행하여 진행하면서 각 절차의 이점을 취할 기회가 있다. 예를 들어 어느 중재에 대한 비밀성을 배제하고 공개적인 절차로 만들어, 그 절차에서 확보되는 증거나 사실관계를 다른 절차에서 활용하는 전략을 취하고, 그 반대로 비밀성을 활용하는 것도 가능하다. 다른 예로는, 문서제출절차를 이용하여 투자유치국 정부가 보유한 문서 및 상대방 기업이 보유한 문서를 모두 검토하고, 이를 바탕으로 분쟁 전략을 조정하는 것도 가능하다. 다만, 이러한 절차적 시도가 각 절차에서 성실한 협조의무를 저버리고 절차를 남용하는 것으로 평가되어 불이익을 입을 우려도 있으므로 사전에 여러 측면을 충분히 검토할 필요가 있다.

셋째, 상사중재에서 얻은 중재판정이 투자유치국에 있는 상대방의 재산에 대하여 집행이 거부 또는 지연되는 경우, 그러한 집행 거부나 지연 자체도 투자보장협정 위반으로 투자분쟁절차에 회부할 여지가 있다. 실제로 *White Industries* 사건에서 투자자는 인도의 공기업을 대상으로 상사중재 판정을 받았으나 인도 법원이 중재판정의 취소, 승인·집행 절차를 9년간 지연하자 2010년 투자분쟁절차를 개시하였다. 이 사건의 투자분쟁 중재판정부는 인도 법원이 중재판정 취소절차에서 9년 동안 판단하지 않은 것은 투자자보호의무를 위배하여 투자협정을 위반하였다고 판단하였다.[84] 이는 상사중재판정을 집행하기 위한 마지막 수단으로 투자분쟁절차가 활용될 가능성이 있음을 보여준다.

계약상 분쟁해결절차가 상사중재로 규정된 경우에는 분쟁 초기 또는 분쟁 발생 이전부터 위와 같은 특수성을 고려하여 섬세한 전략 수립과 판단이 필요하다.

3. 분쟁절차 선택시 고려할 사항 – 판정의 집행

이상 살펴본 바와 같이, 설사 계약에 중재조항이 포함되어 있거나 별도의 중재합의가 있는 경우라고 하더라도, 투자보장협정상 투자자보호의무 위반을 주장하며 투자유치국을 상대로 투자분쟁절차를 개시하는 것은 얼마든지 가능하다. 양 절차를 병행하여 진행하거나 순차적으로 진행하

84) *White Industries Australia Limited v. The Republic of India,* Final Award, paras. 11.4.16-11.4.19.

는 것도 큰 문제가 없다.

또한, 우산조항이 있거나 분쟁 대상이 넓게 설정된 경우("모든 분쟁")에는 투자보장협정상 의무 위반 뿐만 아니라 계약상 의무 위반을 주장하는 것도 고려할 수 있다. 다만, 이 경우 분쟁당사자 간 중재합의의 존재를 이유로 투자분쟁절차에서 중재판정부의 관할권이나 청구적격이 인정되지 않는다는 입장도 있음은 앞서 살펴보았다.

이렇게 양 절차를 모두 제기할 수 있는 경우라고 하더라도, 청구가 받아들여질 가능성, 절차 진행에 필요한 비용과 노력, 투자유치국에서 사업의 계속 가능성 등 다양한 요인들을 고려해서 양 절차를 병행 또는 순차적으로 진행할 것인지, 아니면 하나의 절차만 선택할 것인지 면밀히 검토해야 할 것이다. 이와 관련하여 고려할 요소 중 하나는 판정의 취소와 집행 문제이다.

앞서 살펴보았지만, 상사중재판정의 경우 중재지에서의 취소절차와 판정을 집행할 곳(대체로 패소한 당사자의 재산이 있는 곳)에서의 승인·집행절차가 있다. 즉, 중재판정에 대해서는 중재지에서의 취소신청이 가능할 뿐만 아니라 판정을 집행하는 곳에서의 승인·집행 거절 신청도 가능하다. 따라서, 비록 뉴욕협약의 당사국에서는 승인·집행 거절 사유가 없는 한 판정을 승인 및 집행할 수 있지만, 중재지에서의 취소절차와 집행하는 곳에서의 승인·집행 절차에 상당한 시간이 소요되고, 판정이 취소되거나 승인·집행이 거절될 가능성을 배제할 수 없다.

투자분쟁 판정의 집행은 ICSID 협약에 따른 사건과 그렇지 않은 사건으로 나누어 볼 수 있다. 후자, 즉 ICSID 협약이 적용되지 않는 투자분쟁 판정은 상사중재와 마찬가지로 중재지에서의 취소신청이 가능하고, 뉴욕협약에 따른 승인·집행 거절 사유가 있으면 집행을 구하는 곳에서 승인·집행이 거절될 수 있다. 이에 비해 ICSID 협약에 따라 진행된 사건은 조약인 ICSID 협약 그 자체의 구속력으로 인하여 ICSID 협약 당사국에서는 별도의 판정 승인이 필요없고, 그 국가의 확정판결과 같은 효력을 가진다.[85] 다만, ICSID 협약의 경우 ICSID에서 진행되는 별도의 취소절차가 존재한다.

요컨대, ① 상사중재판정, ICSID 협약이 적용되지 않은 투자분쟁판정의 경우 중재

85) ICSID 협약의 당사국은 ICSID 협약 제54조 제1항에 따라 판정을 승인할 국제법상 의무를 부담한다. "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by the award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State."

지에서의 취소절차와 집행을 구하는 곳에서의 승인·집행절차가 진행될 수도 있어 판정을 위한 절차가 복잡하고 취소절차와 승인·집행절차의 관계가 항상 분명하지 않은 반면, ② ICSID 협약에 따른 투자분쟁 판정의 경우 이처럼 중재지와 집행지에서의 두 절차로 나누어져 있지 않고 ICSID 협약에 따른 취소절차 하나만 존재하여 상대적으로 간명한 편이다.

Ⅴ. 마치며

본고는 우리 기업이 국제적 사건의 분쟁절차를 결정함에 있어 고려할 수 있도록 각각의 분쟁절차가 가진 특징과 상호 관계를 개관하고자 하였다. 앞서 국제적 요소가 있는 사건에서 활용가능한 주된 분쟁절차로 국내소송, 국제상사중재, 투자분쟁절차 등이 있을 수 있고, 비록 이들 절차가 별개의 절차이지만 다양한 관계를 맺고 있다는 점을 살펴보았다. 설사 하나의 분쟁절차에서 성공적이지 않았다고 하더라도 다른 분쟁절차에서 소기의 목적을 달성할 수도 있다.

이처럼 우리 기업으로서는 추구할 수 있는 분쟁절차가 다양하다는 장점도 있지만, 이는 자칫하면 분쟁의 장기화를 초래하여 불필요한 자원을 낭비할 가능성도 있다. 최근에는 사실상 같은 사건에 대해 여러 분쟁절차가 순차적 또는 병행적으로 제기되는 것에 대해 절차남용이라는 문제 제기가 있기도 하다. 그러므로 설사 여러 분쟁절차를 적극적으로 검토하더라도, 각각의 절차가 가진 장단점을 고려하여야 하고, 무조건 여러 절차를 병행하여 진행하는 것에 대해서는 사전에 진지한 고민이 있어야 한다. 우리 기업은 각각의 분쟁절차의 특징을 고려함과 동시에 각자 처한 상황, 사안의 구체적 사실관계, 적용법규, 투자유치국의 국내법령과 사법제도, 판결이나 판정의 집행 가능성 등 다양한 사정에 따라 어떤 분쟁절차를 취할지 세심하게 고려하여 결정해야 할 것이다.

참 고 문 헌

목영준, 상사중재법, 박영사, 2011년.

신창섭·윤남순, 신국제사법, 제2판, fides, 2016년.

정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법, 제6판, 법문사, 2017년.

Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan, and Hunger, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration,* Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law,* 8th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Cuniberti, Gilles. *Conflict of Laws – A Comparative Approach.* Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Ferrari, Franco; Rosenfeld, Friedrich, and Fellas, John. *International Commercial Arbitration.* Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Potestà, Michele. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts.* European Yearbook of International Economic Law. Springer Open, 2020.

Lim, C. L.; Ho, Jean and Paparinskis, Martins. *International Investment Law and Arbitration,* Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

McLachlan, Campbell; Shore, Laurence and Weiniger, Matthew. *International Investment Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2017.

Sabahi, Borzu; Rubins, Noah and Wallce, Don. *Investor-State Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2019.

Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties,* Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Vandevelde, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

Alexandrov, Stanimir A. "Breaches of Contract and Breaches of Treaty," *The Journal of World Investment & Trade* 5(4) (2004): 555-578.

Crawford, James. "Treaty and Contract in Investment Arbitration," *Arbitration International,* 24(3) (2008): 351-374.

Schreuer, Christoph. "Consent to Arbitration," in *The Oxfod Handbook of International Investment Law,* edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer. 830-867. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Schreuer, Christoph. "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration," *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, no. 1 (March 2015): 1-17.

[국문초록]

투자분쟁, 상사중재, 국내소송의 병행적 활용에 관한 소고

한창완·김준우

우리나라 기업이 해외에 투자하거나 재화·용역을 수출하였다가 그에 관한 법적 분쟁이 발생하면 이를 어떤 분쟁절차를 통해 해결할지 검토할 것이다. 계약에 중재조항을 두거나 별도의 중재합의를 한 경우에는 그 중재합의 대상인 분쟁은 상사중재로 해결해야 하고, 국내법원은 원칙적으로 그 분쟁에 대한 관할권을 가지지 않는다고 이해하는 데 특별히 어렵지 않다. 또한, 중재합의가 없는 경우에는 상사중재절차로 분쟁을 해결할 수 없고, 원칙적으로 외국 또는 국내의 법원에서 국내소송절차에 따라 해결해야 한다는 점에 대해서도 별다른 이견은 없을 것이다.

그런데 기업은 자국(본국)과 투자유치국이 체결한 국제투자협정을 근거로 투자유치국을 상대로 국제투자분쟁에 따른 절차를 개시할 수 있고, 최근에는 실제로 투자분쟁절차가 많이 활용되고 있다. 투자나 수출 등 국제적 성격을 띤 분쟁에서 종전의 상사중재와 국내소송 외에도 투자분쟁절차를 고려할 수 있게 된 것이다.

따라서, 국제적 요소가 있는 사건에서 활용가능한 주된 분쟁절차로 국내소송, 국제상사중재, 투자분쟁절차 등이 있을 수 있고, 비록 이들 절차가 별개의 절차이지만 다양한 관계를 맺고 있다. 설사 하나의 분쟁절차에서 성공적이지 않았다고 하더라도 다른 분쟁절차에서 소기의 목적을 달성할 수도 있다.

이처럼 우리 기업으로서는 추구할 수 있는 분쟁절차가 다양하다는 장점도 있지만, 자칫하면 분쟁의 장기화를 초래하여 불필요한 자원을 낭비할 가능성도 있다. 최근에는 사실상 같은 사건에 대해 여러 분쟁절차가 순차 또는 병행적으로 제기되는 것에 대해 절차남용이라는 문제 제기가 있기도 하다. 그러므로 설사 여러 분쟁절차를 검토하더라도, 각각의 절차가 가진 장단점을 고려하여야 하고, 무조건 여러 절차를 병행하여 진행하는 것에 대해서는 사전에 진지한 고민이 있어야 한다. 각각의 분쟁절차의 특징을 고려함과 동시에 각자 처한 상황, 사안의 구체적 사실관계, 적용법규, 투자유치국의 국내법령과 사법제도, 판결이나 판정의 집행 가능성 등 다양한 사정에 따라 어떤 분쟁절차를 취할지 세심하게 고

려하여 결정해야 할 것이다.

주제어

투자분쟁, 상사중재, 국내소송, 분쟁해결

[Abstract]

The Concurrent Use of Investment Disputes, Commercial Arbitration, and Domestic Litigation

Changwan Han, Junu Kim

Companies will need to carefully consider the resolution of legal disputes arising from their overseas investments and international trade activities. When a contract includes an arbitration clause or a separate arbitration agreement is in place, disputes covered by these agreements must undergo commercial arbitration. Domestic courts do not have jurisdiction over these disputes, which is relatively straightforward to comprehend. In cases where no arbitration agreement exists, disputes cannot be resolved through commercial arbitration. Instead, they must typically follow domestic litigation procedures, whether in a foreign or domestic court.

However, companies have the option to initiate proceedings against the host country based on international investment agreements concluded between their home state and the host state. Notably, the utilization of investment dispute resolution procedures has seen significant growth recently. This means that, in international disputes involving investments, exports, and other cross-border matters, one can explore avenues beyond the traditional commercial arbitration and domestic litigation processes, namely investment dispute resolution procedures.

Consequently, when dealing with international elements, available resolution mechanisms include domestic litigation, international commercial arbitration, and investment dispute resolution procedures. While these procedures are distinct and independent, they possess various interconnections. Even if one dispute resolution process is not successful, the desire outcome can be achieved through another.

While having a range of dispute resolution procedures at their disposal is advantageous for companies, there is also the risk of misallocation of resources if not managed properly. In recent times, concerns have arisen regarding the potential misuse of multiple dispute resolution

procedures initiated sequentially or concurrently for essentially the same case. Therefore, even when considering multiple resolution methods, careful evaluation of the pros and cons of each approach is essential, and it is advisable not to automatically opt for multiple procedures. Companies should base their decisions on a multitude of factors, including the distinctive characteristics of each dispute resolution procedure, the specific details of each case, relevant laws and regulations, the legal systems of the host country, and the enforceability of judgments or arbitral awards.

Keywords: Investment Disputes, Commercial Arbitration, Domestic Litigation, Dispute Resolution