creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법 학 박 사 학 위 논 문

역할전환 배경 아래
중국의 ISDS 경험과 전망 연구

2023년 8월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

ZUO YUHAN

법 학 박 사 학 위 논 문

역할전환 배경 아래
중국의 ISDS 경험과 전망 연구

지도교수 김두진

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함.

2023년 8월

부 경 대 학 교 대 학 원

법 학 과

ZUO YUHAN

ZUO YUHAN의 법학박사 학위논문을 인준함.

2023년 8월 18일

위 원 장 법학박사 정 하 윤 (인)

위 원 법학박사 최 성 수 (인)

위 원 법학박사 최 현 숙 (인)

위 원 법학박사 김 성 호 (인)

위 원 법학박사 김 두 진 (인)

목 차

표목차 ····· viii

약어표 ····· ix

국문초록 ····· xii

ABSTRACT ····· xv

제1장 서론 ····· 1

제1절 문제제기 ····· 1

Ⅰ. 연구의 배경 ····· 1

Ⅱ. 연구의 의의 ····· 3

제2절 국내외 연구 현황 ····· 5

Ⅰ. 영문 문헌 ····· 6

Ⅱ. 한국 문헌 ····· 8

Ⅲ. 중국 문헌 ····· 9

제3절 논문의 구성 및 연구방법 ····· 11

Ⅰ. 논문의 구성 ····· 11

Ⅱ. 연구방법 ····· 13

제2장 투자자국가간 분쟁해결(ISDS) 개요 ····· 14

제1절 ISDS의 개념 및 특징 ····· 14

Ⅰ. ISDS의 개념 ····· 14

Ⅱ. ISDS의 특징 ·····17
제2절 ISDS의 연혁 ·····20
Ⅰ. 투자자-국가간 분쟁해결의 발생 ·····20
Ⅱ. 투자자-국가간 분쟁해결의 초기 발전 ·····21
Ⅲ. 국제정치경제 틀에서의 투자자-국가간 분쟁해결 ·····24
Ⅳ. 양자투자협정의 발생 ·····27
Ⅴ. ISDS의 최종 형성 ·····29
1. '탈 정치화'의 노력 ·····31
2. '탈 국내법'의 노력 ·····34
제3절 ISDS의 법적인 틀 ·····37
Ⅰ. 국제투자협정의 ISDS 규칙 ·····38
1. 다자간 협정에서의 ISDS 규칙 ·····38
2. 지역협정에서의 ISDS 규칙 ·····40
3. BITs에서의 ISDS 규칙 ·····44
Ⅱ. 국제중재규칙 ·····47
1. ICSID 중재규칙 및 추가편의규칙 ·····48
2. UNCITRAL 중재규칙 및 UNCITRAL 투명성 규칙 ·····50
3. 상사중재기구 중재규칙 ·····51
Ⅲ. 국가법상의 ISDS 규칙 ·····52
제4절 ICSID 협약과 국제투자분쟁해결센터 ·····53
Ⅰ. 국제투자분쟁해결센터 ·····53
Ⅱ. ICSID 협약의 주요 내용 ·····55

1. ICSID 관할권의 요건 ·····55
2. 조정 및 중재에 관한 규정 ·····56
Ⅲ. ICSID의 장점 ·····59

제3장 역할전환 배경 아래 중국과 ISDS ·····62
제1절 해외투자에서 중국의 역할전환 ·····63
Ⅰ. 중국 해외투자의 비약적인 발전 ·····63
1. 발아 및 초기 단계 ·····63
2. 모색 및 속도 향상 단계 ·····64
3. 신속과 안정 단계 ·····65
Ⅱ. 중국 국제투자에서 역할전환 ·····68
1. 자본유입대국에서 쌍방향 투자대국으로 역할전환 ·····68
2. ISDS의 관찰자에서 참여자로 역할전환 ·····70
3. 국제투자에서 중국 역할전환의 특수한 복잡성 ·····75
제2절 중국 역대 BITs 중 ISDS 조항 ·····81
Ⅰ. 탐색기(1982-1988) ·····82
Ⅱ. 확산기(1989-1996) ·····87
Ⅲ. 자유화 전환기(1997-2002) ·····90
Ⅳ. 조정기(2003-2009) ·····93
Ⅴ. 균형기(2010-현재) ·····95
제3절 중국 투자협정의 새로운 추세 ·····101
Ⅰ. 중국-미국 BIT 협상 ·····101

Ⅱ. 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP) ·····106
1. 신중하고 절제된 투자 보호 조항 ·····106
2. 점진적이고 실용적인 투자 접근 자유화 조항 ·····110
3. 주재국 규제권한 및 지속가능한 발전 조항 ·····111
4. 잠정 보류된 ISDS 조항 ·····114
Ⅲ. 중국-유럽 포괄적투자협정(CAI) ·····115
1. 투자자유화 ·····117
2. 규제 프레임워크 ·····118
3. 투자와 지속가능한 발전 ·····124
4. ISDS의 설계 ·····128

제4장 중국 관련 ISDS 사건에서의 법적 쟁점 ·····140
제1절 중국 관련 투자 중재 사건 개요 ·····141
Ⅰ. 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건 ·····141
Ⅱ. 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건 ·····145
제2절 중국 관련 ISDS에서의 관할권 문제 ·····153
Ⅰ. 중국 정부가 대외적으로 체결한 BITs는 홍콩·마카오 특별행정구에 적용되는가 하는 문제 ·····154
1. 사건 개요 ·····154
2. 사건 분석 ·····158
3. 소결 ·····162
Ⅱ. 중국 국유기업의 사적 투자자 적격성 문제 ·····164

1. 사건 개요 ·····165
2. 사건 분석 ·····166
3. 소결 ·····171
Ⅲ. 중국 국유기업이 ISDS에서 주권면제를 받는지 여부 ·····174
Ⅳ. '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항의 사항적 관할권 문제 ·····176
Ⅴ. 과도기적 BIT의 적용 문제 ·····181
1. 사건 개요 ·····182
2. 사건 분석 ·····182
3. 소결 ·····184
제3절 중국 관련 ISDS에서의 조기기각 절차 적용 문제 ·····185
Ⅰ. ICSID 투자 중재 조기기각 절차의 확립과 보완 ·····185
Ⅱ. ICSID 중재 조기기각 절차의 적용상 난점 ·····188
1. '명백한(manifestly)' 요건 ·····188
2. '법적 근거(legal merit)' 요건 ·····190
Ⅲ. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조에 대한 평가 ·····192
1. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조의 긍정적 부분 ·····192
2. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조의 미흡한 부분 ·····193
3. 조기기각 절차를 한층 보완하는 방법 ·····194
Ⅳ. 조기기각 절차가 적용된 중국 관련 ICSID 중재 사례 ·····197
1. 2014년 대한민국 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건 ·····197
2. 2020년 Fengzhen Min 대 한국 정부 사건 ·····200
제4절 중국 관련 ISDS에서의 최혜국대우 문제 ·····203

Ⅰ. MFN의 분쟁해결조항 적용여부 ·····203
Ⅱ. 중국 관련 ISDS에서 분쟁 해결 조항 MFN 적용 현황 ·····205
Ⅲ. 소결 ·····207
제5절 중국 관련 ISDS에서의 간접수용 문제 ·····211
Ⅰ. 간접수용의 범위 및 내용 ·····211
Ⅱ. 간접수용의 판단기준 ·····214
1. 정부의 임시 규제 조치로 인한 분쟁 ·····215
2. 정부 정책의 조정 또는 새로운 법령의 반포로 인한 분쟁 ·····217
3. 환경보호의 공익상 필요에 의한 조치가 야기한 분쟁 ·····220
4. 소결 ·····220
Ⅲ. 중국이 체결한 투자협정 중 간접수용에 관한 규정이 포함된 것들 ·221

제5장 중국 ISDS의 미래 선택 ·····227
제1절 ISDS 메커니즘의 불균형 및 개혁 ·····228
Ⅰ. 현행 ISDS 메커니즘의 불균형 ·····228
1. 일방적으로 투자자를 두둔하고 주재국의 공익을 무시하는 점 ·····229
2. 여러 중재 판정들간의 불일치 ·····231
3. 판정에 대한 항소 절차가 없는 점 ·····232
Ⅱ. ISDS에 대한 국가별 태도 변화 및 ISDS 개혁 추세 ·····232
1. 미국의 점진적 경로에서 투자 중재 개혁 모델 ·····234
2. 유럽연합의 시스템 개혁 경로에서의 투자법원 모델 ·····235
3. 칼보주의에 의한 패러다임 전환 ·····237

Ⅲ. UNCITRAL이 주도하는 ISDS 메커니즘 개혁 포인트 ·····237
제2절 ISDS 개혁에 대한 중국의 기본적 입장 ·····239
Ⅰ. 중국의 입장에 대한 평가 ·····240
Ⅱ. ISDS 메커니즘 개혁에서 중국의 필요한 요소 ·····243
Ⅲ. 제언: 중국의 구체적인 ISDS 개혁방안 ·····245
1. ISDS 메커니즘 설계에서 투자자와 주재국의 이익 균형의 유지 ····245
2 IIAs 업그레이드 과정에서 차별화된 투자분쟁 해결 체계 구축 ·····246
3. 다각화된 투자분쟁 해결 메커니즘 구축 ·····248
제3절 중국이 제안한 일대일로 관련 ISDS 구성 방안 ·····249
Ⅰ. 외국인 투자 민원 조정제도를 바탕으로 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터 구축 ·····250
1. 외국인 투자 민원 조정제도의 탄생과 발전 ·····251
2. 외국인 투자 민원 조정제도가 주는 시사점 ·····253
3. 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터 구축의 기본이념 ·····254
4. 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터의 기구형태 구상 ·····256
Ⅱ. 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원 설치 시도 ·····257
1. 분쟁 해결 방식 다각화 ·····257
2. 투자분쟁 항소법원 설립 ·····258

제6장 결론 ·····263

참고문헌 ·····272

표목차

〈표 1〉 미국 투자자의 해외 기업 수용 건수(1946-1973) ·····27

〈표 2〉 조약 기반 ISDS 사건 수 ·····37

〈표 3〉 BITs 투자분쟁 해결조항 개요 ·····45

〈표 4〉 주요 투자 중재규칙 적용 건수 (1987-2021) ·····47

〈표 5〉 중국 쌍방향 투자 대비(2012-2021) ·····69

〈표 6〉 중국 투자협정 실무(practices) 특징 ·····82

〈표 7〉 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건(2023.2.28. 기준) ·····141

〈표 8〉 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건(2023.2.28. 기준) ·····146

〈표 9〉 2007년～2022년 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건수 ·····150

〈표 10〉 2010년～2022년 중국 본토 투자자가 신청한 투자 중재 사건수 151

〈표 11〉 UNCITRAL 제3 워킹그룹 ISDS 가능한 개혁방안 ·····238

약어표

ADR	Alternative Dispute Resolution 대체적 분쟁해결
BIT	Bilateral Investment Treaty 양자투자협정
BRI	Belt and Road Initiative 일대일로(一帶一路) 이니셔티브
CAI	China-EU Comprehensive Agreement on Investment 중국-유럽연합 포괄적투자협정
CETA	Canada-EU Trade Agreement 캐나다-유럽연합 포괄적경제무역협정
CICC	China International Commercial Court, 중국국제상사법원
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정
CRCICA	Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration 카이로 국제상사중재지역센터
ECT	Energy Charter Treaty 에너지헌장조약
EU	European Union 유럽연합
EUVIPA	EU-Vietnam Investment Protection Agreement 유럽연합-베트남 투자보호협정

FCN	Treaty of Friendship Commerce and Navigation 우호통상항해조약
FDI	Foreign direct investment 대외직접투자
FET	Fair and Equitable Treatment 공정하고 공평에 부합하는 대우
FTA	Free Trade Agreement 자유무역협정
ICC	International Chamber of Commerce 국제상공회의소중재원
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes 국제투자분쟁해결센터
ICSID 협약	Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States 국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약
IIAs	International Investment Agreements 국제투자협정
IMF	International Monetary Fund 국제통화기금
ISDS	Investor-State Dispute Settlement 투자자-국가간 분쟁해결
LCIA	London Court of International Arbitration 런던국제중재원
MAI	Multilateral Agreement on Investment 다자간 투자협정
MCCI	Moscow Chamber of Commerce and Industry 모스크바 상공회의소
MFN	Most-Favored-Nation clause

최혜국대우조항

NAFTA North American Free Trade Agreement
북미자유무역협정

OECD Organization for Economic Cooperation and Development
경제협력개발기구

PCA Permanent Court of Arbitration
헤이그 상설중재원

RCEP Regional Comprehensive Economic Partnership
역내포괄적경제동반자협정

REIO Regional Economic Integration Organization
지역경제통합단체

SCC Stockholm Chamber of Commerce
스톡홀름 상공회의소중재원

SSDS State-state Dispute Settlement
국가-국가간 분쟁해결

TPP Trans-Pacific Partnership Agreement
환태평양경제동반자협정

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law
유엔국제상거래법위원회

UNCTAD United Nations Conference on Trade and Development
유엔무역개발회의

USMCA United States Mexico Canada Agreement
미국-멕시코-캐나다 협정

WTO World Trade Organization
세계무역기구

역할전환 배경 아래 중국의 ISDS 경험과 전망 연구

ZUO YUHAN

부 경 대 학 교 대 학 원 법 학과

국문초록

중국의 개혁개방 이후 외자 이용액은 줄곧 세계 1위를 차지하고 있는 전형적인 자본유입이 큰 나라이었다. 최근 몇 년 동안 중국의 해외진출(走出去) 전략과 일대일로(一帶一路) 이니셔티브(Belt and Road Initiative, BRI)의 실시로 국제투자 실무에서 중국의 역할이 변화하여 전통적인 자본유입국에서 자본유입국·자본유출국의 양방향 투자 대국으로 전환되었다. 세계 2위의 경제대국인 중국은 글로벌 투자 분야에서 중요한 역할을 하고 있으며, 관련된 국제투자분쟁의 수와 규모도 증가하고 있다. 투자자-국가간 분쟁해결(Investor State Dispute Settlement, ISDS)은 현재 외국인 투자자와 주재국 간의 투자분쟁을 해결하는 주요 메커니즘으로 세계 각국에서 널리 사용되고 있으며, 중국과 ISDS의 상호 작용은 수동적 대응에서 능동적 참여로 변화를 겪었다.

그러나 중국의 막대한 투자 규모에 걸맞지 않은 것은 ISDS에 대한 중국의 경험이 중국 정부나 해외 투자자들에게 강력한 지원을 제공할 만큼 풍부하지 않다는 점이다. 쌍방향 투자대국인 중국이 주재국의 규제권한과 해외투자 보호의 관계를 어떻게 균형 있게 정립할 것인가가 시급히 해결해야 할 문제의 하나이다. 최근 몇 년 동안 ISDS 메커니즘은 합법성의 위기를 맞았고, 국제 사회는 ISDS 개혁에 대한 요구가 갈수록 높아지고 있으며, 중국도 ISDS 개혁에 적극적으로

참여하고 있다. 본 연구는 국제투자에서 중국의 역할전환을 배경으로 ISDS의 가능한 개혁 방안과 결합하여 중국과 ISDS 간의 상호 작용을 탐구한다.

국제투자에서 중국의 역할전환은 단순 자본유입 대국에서 자본 쌍방향 대국으로의 전환뿐만 아니라 ISDS의 관찰자에서 참여자로의 전환도 포함된다. 국제투자협정(International Investment Agreements, IIAs)의 ISDS 조항에 따르면 중국의 투자협정은 1세대 보수형 투자협정, 2세대 자유화형 투자협정, 3세대 균형형 투자협정으로 나뉘며, 조약 이념도 주재국의 규제권한을 강조하는 것에서 국제중재에 대한 전방위 동의, 나아가 투자자와 주재국 간의 이익 균형과 지속가능한 발전을 추구하는 것으로 바뀌었다. 현재 차세대 투자협정 구축에 적극 나서고 있는 중국은 '역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)', '중국-유럽연합 포괄적투자협정(China-EU Comprehensive Agreement on Investment, CAI)', 그리고 아직 협상 단계인 미국-중국 양자투자협정에서 실질적 조항이나 투자분쟁 해결 조항에서도 더 나은 투자 환경과 더 효과적인 법적 보호를 제공하는 데 주력하고 있는 것으로 보인다.

중국 관련 ISDS 사건들은 국제투자분쟁에서 흔히 볼 수 있는 관할권 확장, 조기기각, 최혜국대우와 간접수용 등의 문제를 다루었을 뿐만 아니라 중국 특유의 투자분쟁의 법적 쟁점도 포함하고 있다. 예를 들어 중국 정부가 체결한 양자투자협정(Bilateral Investment Treaties, BIT)이 홍콩, 마카오 특별행정구에 직접 적용되는지 여부, 중국 국유기업이 투자 중재에서 당사자 자격을 어떻게 인정하는지 여부 등의 쟁점이 포함되어 있다. 이러한 사건들에 대한 분석과 고찰을 통하여 중국 정부와 중국 투자자들이 체약과 투자 실무에서 부족한 점을 발견하여 향후 사건에 참고할 수 있도록 개선점을 제언하였다.

현재 진행 중인 ISDS 개혁은 중국에 자신의 입장을 표명할 수 있는 창구를 제공하고 있으며, ISDS 메커니즘 개혁에서 중국의 입장과 방안은 점차 성숙하고 명확해지고 있다. 일대일로 이니셔티브의 지속적인 추진으로 중국은 효율적이며 공정한 투자분쟁 해결 메커니즘을 구축하기 위한 내부 동력과 현실적인 필요를 가지고 있다. 중국은 기존의 제도적 기반을 이용하여 외국인 투자 민원 조정 메커니즘을 구축하여 투자분쟁을 예방하고 해결하는 데 있어 비소송 방식의 역할을 제고할 수 있으며, 동시에 시범 방식으로 중국이 주도하는 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설립.운영함으로써 사실적 데이터를 바탕으로 경험을

효과적으로 요약하고 국제사회에 대응 아이디어를 제시해 국제사회에서 중국의 발언권을 높일 수 있을 것이다.

본 연구에서는 역할전환 배경 아래 중국의 ISDS 발전과정과 ISDS에 대한 태도의 변화를 논의하고, 중국의 ISDS에서 제한된 경험을 정리한다. ISDS 개혁에서 중국의 역할에 주목하고, 나아가 일대일로 관련 ISDS의 제도 구축을 제안한다. 관련 데이터, 사건 및 문헌 분석을 통해 본 연구는 국제투자에서 중국의 추가 발전을 위한 참고를 제공하는 것을 목표로 한 것이다.

주제어: 역할전환, 국제투자협정(IIAs), 국제투자분쟁해결, ISDS 개혁, 일대일로 이니셔티브

PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY
부경대학교

A Study on China's Experiences and Vision of the ISDS in the Context of Role Transformation

Yuhan Zuo

Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University

Abstract

Since its reform and opening up, China has been one of the world's leading countries in terms of foreign investment utilization and a typical capital-importing country. With the rapid development of China's economy and the implementation of the "going out" strategy and the "Belt and Road Initiative", China's role in international investment practice has undergone a major transformation, gradually developing from a simple capital importing country to a two-way capital importing and exporting country. Now, as the second largest economy in the world, China is playing an important role in the global investment arena, and the number and scale of international investment disputes involved are also increasing. Investor State Dispute Settlement (ISDS), as the main means of resolving investment disputes between foreign investors and host countries at present, is widely used around the world, and China's interaction with ISDS has undergone a transformation from passive response to active participation.

However, what is not commensurate with China's huge investment volume is that China does not have much experience in ISDS to provide strong support to the Chinese government or overseas investors. As a major two-way investment country, how to balance the relationship between the host country's regulatory authority and overseas investment protection has become an urgent issue to be resolved at present. In recent years, the ISDS mechanism has suffered a legitimacy crisis, and the international community has increasingly called for reform of ISDS, and China has actively participated in the process of

ISDS reform. This paper explores the interaction between China and ISDS from the perspective of China's changing role in international investment, in conjunction with the current ISDS possible reform proposals.

China's changing role in international investment is not only a shift from a pure capital importing power to a two-way capital importing and capital exporting power, but also includes a shift from an observer to a participant in investor-state dispute settlement (ISDS). According to the content of ISDS provisions in investment agreements, China's investment agreements can be divided into the first generation of conservative investment agreements, the second generation of liberalized investment agreements, and the third generation of balanced investment agreements. Its treaty philosophy has also shifted from emphasizing the host country's regulatory authority, to agreeing to international arbitration on all fronts, to pursuing a balance of interests and sustainable development between investors and host countries. Now, China is actively building a new generation of investment agreements, as seen in the RCEP, the China-EU CAI, and the China-US BIT which is still in the negotiation stage, where China is committed to providing a better investment environment and more effective legal protection, both in the substantive provisions and in the investment dispute settlement provisions.

ISDS cases related to China involve not only the common issues of jurisdictional expansion, most-favored-nation treatment and indirect expropriation in international investment disputes, but also the legal issues of investment disputes with Chinese characteristics. For example, whether the BIT signed by the Chinese government is directly applicable to Hong Kong and Macau Special Administrative Regions, and how to determine the eligibility of Chinese state-owned enterprises as parties in investment arbitration. Through the analysis and consideration of these cases, the shortcomings of the Chinese government and Chinese investors in contracting and investment practice are identified, which will serve as a reference for future cases.

The ongoing ISDS reform provides a window for China to express its position, and China's position and proposals in the ISDS mechanism reform are gradually maturing and becoming clear. Under the continuous promotion of the "One Belt, One Road" initiative, China has an intrinsic motivation and realistic need to build a perfect, efficient and fair investment dispute settlement mechanism. This paper proposes that China can make use of the existing system to establish a foreign investment complaint coordination center to enhance the role of non-litigation methods in the prevention and resolution of investment disputes; at the same time, it can establish a China-led Belt and

Road dispute appeals tribunal on a pilot basis to propose ISDS reform ideas to the international community. In addition, it can be used to enhance China's voice in the international community.

This paper discusses China's development history and changing attitudes in ISDS in the context of role transformation, compares China's limited experience in ISDS, focuses on China's role in the ISDS reform process, and proposes China's suggestions for the construction of the ISDS system related to "Belt and Road". Through the analysis of relevant data, cases and literature, this paper discusses the development trend and challenges of China in ISDS, and provides reference and reference for China's further development in the international investment field.

Keywords: role change, International Investment Agreement (IIA), International Investment Dispute Settlement (ISDS), ISDS reform, Belt and Road Initiative

PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY
부경대학교

제1장 서론

제1절 문제제기

Ⅰ. 연구의 배경

중국의 개혁개방 이후 중국의 외자 이용액은 줄곧 세계 상위권을 차지하고 있는 전형적인 자본유입이 큰 나라이었고, 오랫동안 외자 관리 질서를 유지하는 것이 중국의 주요 고려 사항이었으며 자국민의 해외투자의 법적 보호 문제는 두드러지지 않았다. 그러다가 중국 경제의 비약적인 발전과 함께 '해외진출(走出去)' 전략[1], '일대일로(一帶一路) 이니셔티브(Belt and Road Initiative, BRI)'[2]의 실시로 국제투자 실무에서 중국의 역할은 중대한 변화를 겪었고, 점차 '외자유치 위주'의 자본유입 대국에서 '외자유치와 대외투자를 모두 중시하는' 자본의 유입 및 유출 쌍방향 대국으로 발전하였다. 이러한 역할의 변화는 또한 중국이 외자유치와 해외투자보호라는 두 가지 측면에서 큰 이익을 가지고 있음을 의미하며 동시에 중국의 해외투자 촉진 및 보호 문제를 점점 더 두드러지게 만든다.

---

1) '해외진출' 전략은 1990년대 중반 중국 공산당이 내린 중대한 전략적 결정이었다. 1997년 12월 24일 장쩌민(江澤民)은 전국외자공작회의 대표들을 만났을 때 처음으로 해외진출을 중요한 전략으로 제시하여 국가발전전략의 중요한 위치에 두었다. 2002년 중국 공산당의 제16차 전국대표대회 정치보고서에 해외진출 전략이 실렸다. 보고서는 "해외 진출 전략을 펴는 것은 대외개방의 새로운 단계를 밟는 중대한 조치"라고 지적하고, 자본의 '유입(引進來)'과 '유출(走出去)'의 결합을 견지해 대외 개방 수준을 전면적으로 높여야 한다고 주장하였다. 참고 : 陳揚勇 : 《江澤民"走出去"戰略的形成及其重要意義》, https://www.dswxyjy.org.cn/n1/2019/0228/c425426-30909751.html (訪問日期: 2023.4.20.).

2) 일대일로 이니셔티브는 '실크로드 경제벨트'와 '21세기 해상 실크로드'의 약칭이다. 2013년 9월과 10월 중국 국가주석이 시진핑(習近平) 각각 '신실크로드 경제벨트'와 '21세기 해상 실크로드' 건설을 위한 협력 구상을 제안했다. 참고: 陳積 : 《正确認識"一帶一路"》, http://theory.people.com.cn/n1/2018/0226/c40531-29834263.html (訪問日期: 2023.4.20.).

국제투자에서 중국의 역할전환은 단순 자본유입 대국에서 자본유입·자본유출 쌍방향 대국으로, 나아가 투자자-국가간 분쟁해결(Investor State Dispute Settlement, ISDS) 관찰자에서 참여자로의 전환으로 정의할 수 있다. 세계 2위의 경제대국인 중국은 글로벌 투자 분야에서 중요한 역할을 하고 있으며, 관련된 국제투자분쟁의 수와 규모도 증가하고 있다. ISDS에서 중국의 입장은 수동적 대응에서 능동적 참여로 변화를 겪었고, ISDS에 대한 중국의 태도도 점차 명확해졌다. 그러나 중국은 여전히 ISDS에서 많은 도전과 어려움에 직면해 있다. 우선 중국이 관련된 ISDS 사례가 상대적으로 적어 중국은 충분한 경험과 교훈이 부족하다. 둘째, 중국의 ISDS에서의 표현과 성과도 만족스럽지 못하다. 예를 들어 Sanum 대 라오스 정부 사건 Ⅰ[3]에 있어서 중국 정부의 관점과 입장은 중재판정부(Arbitral Tribunal)의 채택을 받지 못했다. 중국은 세계에서 두 번째로 많은 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty, BIT)을 체결하고 있지만 투자협정의 보호 범위가 좁아 자국의 해외 투자자들에게 강력한 지원을 할 수 없다. 또 ISDS 체제 자체에 대한 논란으로 주재국의 규제권한을 훼손했다는 지적을 받는 경우가 많아 중국과 같은 개발도상국에 큰 불이익을 주고 있다.

이제 국제투자는 점점 더 국가 간의 경제적 연결의 중요한 방법이 되었다. 국제투자분쟁해결을 위한 주요한 메커니즘 중 하나로 ISDS가 주목받고 있다. ISDS는 투자자가 BIT 또는 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA)상 체결되어 있는 투자자보호협정에 따라 직접 주재국에 중재를 신청할 수 있는 권리를 부여한다. ISDS 메커니즘은 전통적인 정치적 해결 방법과 사법적 해결 방법에 비해 투자자의 권익을 보호하고 분쟁 해결의 효율성을 높이며 정치적, 법적 위험을 줄이는 데 분명한 이점이 있으며 지난 수십 년 동안 널리 사용되었다. 그러나 최근 몇 년 동안 ISDS 메커니즘은 판정의 일관성 부족, 중재인의 독립성 부족, 절차의

3) Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (PCA Case No. 2013-13).

투명성 부족, 비용 부담 및 과도하게 오랜 시간이 소요되는 점과 같은 문제와 관련된 점점 더 많은 비판과 의문이 제기되면서 ISDS의 합법성 위기를 초래하고 ISDS에 대한 개혁의 목소리가 높아지고 있다.

중국은 전 세계적으로 진행되고 있는 ISDS 개혁에 대응하여 ISDS 메커니즘의 개혁과 개선에 적극 참여하고 있으며, 국제투자분쟁에 대한 보다 유리하고 효과적인 해결 방법을 모색하기 위한 일련의 개혁 방안을 제시하고 있다. 특히 일대일로 이니셔티브의 배경에는 중국의 대외투자 보호 강도와 주재국의 규제권한에 대한 관심이 더욱 강화되었고, ISDS 개혁에서 어떻게 중국의 목소리를 내는지, 중국의 이익에 부합하는 투자분쟁해결 방식을 구축하며, 투자자와 주재국에 대한 보호를 강화하고, 중국과 글로벌 경제 발전을 위해 보다 안정적이고 신뢰할 수 있는 투자 환경을 제공하는 것 등은 중국이 시급히 해결해야 할 문제이다.

Ⅱ. 연구의 의의

중국이 40여 년의 발전을 거쳐서 현재 세계 최대의 개발도상국이자 양방향 투자국인 중국은 ISDS 메커니즘에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있다. 2020년 이후 중국 투자자들이 신청한 투자 중재 사건과 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건이 모두 급부상하면서 중국도 ISDS의 분쟁 당사자 중 하나로 떠올랐다. 특히 ISDS 개혁 논의가 날로 치열해지고 중국 BRI가 지속적으로 심도 있게 발전하고 있는 오늘날, 중국의 역할전환에 따른 중국과 ISDS의 상호작용을 연구하는 것은 다음과 같은 네 가지 큰 의미가 있다.

첫째, 중국이 대외적으로 체결한 투자협정을 성찰하고 보완하는데 기여한다. 중국이 ISDS에 점점 더 많이 참여함에 따라 중국의 투자협정도 점점 더 많은 관심과 주목을 받고 있다. 역할전환에 따른 중국의 대외투자협정 체결의 발전과정을 정리함으로써 투자조항의 단점과 문제점을 발견할 수 있으며 중국의 투자협정을 반성하고 개선하기 위한 참고사항을 제공할 수 있다.

둘째, ISDS 메커니즘의 개혁과 개선에 기여한다. 현재 ISDS 메커니즘의 합법성에 대한 의문과 광범위한 비판이 제기되고 있으며, 전 세계 국가 및 관련 조직은 ISDS 메커니즘을 개혁하기 위해 노력하고 있다. 역할전환에 따른 중국의 ISDS 개혁 태도 및 입장에 대한 연구를 통해 ISDS 메커니즘의 개혁 및 개선에 대한 새로운 아이디어와 실무 경험을 제공할 수 있다.

셋째, 중국의 국제투자법제와 중재기구 개선에 기여한다. 국제투자 분야에서 점차 부상하는 강대국으로서 중국은 ISDS에서 발언권과 영향력을 높이기 위해 자체 국제투자법제와 중재기구를 더욱 개선해야 한다. 역할전환에 따른 중국의 ISDS에서의 성과와 경험을 연구함으로써 법률 시스템 및 중재기구 개선에 대한 투자 부족 등 해결해야 할 문제를 발견하고 중국 법률 시스템 및 중재기구의 수준을 향상시키기 위한 지침 및 참고 자료를 제공할 수 있다.

넷째, 일대일로 이니셔티브와 국제투자 협력의 균형과 발전을 촉진하는데 기여한다. 개발도상국이자 일대일로 이니셔티브의 발기국으로서 중국의 ISDS 성과와 경험은 국제투자 협력의 균형과 발전을 촉진하는 데 중요한 시사점과 참고사항을 제공한다. 역할전환에 따른 중국의 ISDS 경험을 연구함으로써 국제투자 협력에서 상호 이익과 균형 발전의 중요성을 발견하고 국제투자 협력의 균형과 발전을 촉진하는 데 시사점을 제공할 수 있다.

요약하면, 역할전환에 따른 중국의 ISDS 연구는 매우 중요한 의의를 가진다. 중국의 투자정책을 성찰하고 보완하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 ISDS 제도 설계 및 개혁을 심도 있게 논의하고 국제투자분쟁을 해결하기 위한 더 나은 메커니즘과 방법을 제공하는 동시에 국제투자에서 중국의 역할과 위상에 대한 새로운 이론적 지지와 실무 경험을 제공할 수 있다.

제2절 국내외 연구 현황

현재 ISDS 메커니즘에 대한 연구는 제도 설계, 법적 적용 및 사례분석과 관련하여 어느 정도 축적되고 성과를 거두었으며, 특히 최근 몇 년 동안 ISDS 메커니즘이 직면한 비판과 질문은 광범위한 학술 토론을 불러일으켰다. ISDS 메커니즘과 중국의 역할은 중국에서만이 아니라 중국 밖에서도 연구 핫이슈가 되었다. 국내외 학자들은 ISDS 메커니즘과 중국의 입장, 전략 및 사례에 대해 많은 연구를 수행했다. 예를 들어, 중국에서는 일부 학자들이 중국 BITs의 특성을 분석하여 중국의 투자 보호 전략을 논의했다.[4] 또, 일부 학자들은 중국의 ISDS 사례를 분석하고 총결산했다.[5] 해외에서는 일부 학자들이 중국의 ISDS 메커니즘에 대한 입장, 역할 및 개혁 경로에 대해 심도 있게 논의했다.[6]

---

4) 余劲松：《國際投資條約仲裁中投資者与東道國權益保護平衡問題研究》，載《中國法學》2011年第2期，第132-143頁；李玲：《中國双邊投資保護協定締約實踐和面臨的挑戰》，載《國際經濟法學刊》2010年第4期，第114-126頁；喬慧娟：《試析中國簽訂BIT中的東道國与投資者爭端解決條款》，載《商業時代》2012年第5期，第52-54頁.

5) 黃世席:《國際投資仲裁裁決的司法審查及投資條約解釋的公正性－－基于“Sanum案”和“Yukos案”判決的考察》，載《法學》2017年第3期，第130-145頁；沈偉：《論中國双邊投資協定中限制性投資爭端解決條款的解釋和适用》，載《中外法學》2012年第5期，第1046-1068頁；黃月明：《ICSID仲裁庭擴大管轄權的途徑及其應對－－從“謝業深案”切入》，載《華東政法大學學報》2013年第5期，第64-75頁；梁咏：《國際投資仲裁中的涉華案例研究－－中國經驗和完善建議》，載《國際法研究》2017年第5期，第98-116頁；劉雪紅：《論國有企業私人投資者身份認定及啓示－－以ICSID仲裁申請人資格爲視角》，載《上海對外經貿大學學報》2017年第3期，第5-16頁.

6) Chester Brown, *The Origins of Investor-State Arbitration*, The Journal of Legal History, 39(3), 2018, pp.261-281 ; Taylor St John, *The Creation of Investor - State Arbitration*, in: Thomas Schultz and Federico Ortino(ed.), The Oxford Handbook of International Arbitration, 2020, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3516614 ; Gus Van Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, European Journal of International Law, Volume 17:1, 2006.02, pp.121-150.

Ⅰ. 영문 문헌

ISDS에 대한 해외연구는 매우 풍부하며 내용은 주로 ISDS 중재 기존 메커니즘, 향후 발전 및 ISDS 메커니즘 및 주재국 규제권한, ISDS 투명성 문제, 항소제도 등 많은 이론적 문제를 포함한다. 다양한 관점에서 ISDS를 연구하는 영어 문헌은 많이 있으며 그 중 중국과 관련된 연구는 주로 다음과 같다.

Gus van Harten이 쓴 *Investment Treaty Arbitration and Public Law*[7]는 투자 조약 중재와 공법의 관계를 탐구한다. 이 연구는 ISDS 메커니즘의 역사, 현재 및 미래에 대한 심층 분석을 수행하고 ISDS 메커니즘을 공법의 틀에 재통합할 것을 요구한다. 이 책의 장점 중 하나는 심도 있는 역사와 이론 분석을 제공하고 ISDS 메커니즘의 문제점과 결함에 대해 자세히 설명한다는 것이다. 저자는 여러 사례를 자세히 연구하여 불투명성, 공정성 및 합법성 부족, 국가 법률 시스템에 미치는 영향 등 ISDS 메커니즘의 많은 문제를 지적했다.

영국의 Norah Gallagher 교수가 중국 선원화(單文華) 교수와 합작으로 펴낸 *Chinese Investment Treaties: Policy and Practice*[8]는 많지 않은 중국의 섭외 투자법을 전문적으로 연구하는 저서다. 이 책은 중국 투자조약의 정책과 실무에 대한 심층 분석과 중국의 국제투자법 참여의 역사와 발전을 제공한다. 이 책에는 중국의 양자투자협정에 대한 전면적인 분석, 협상 방법, 조항 내용, 실무상의 문제 등이 담겨 있으며, 중국이 해외투자에 관한 법률 실무를 전개하기 위한 많은 규칙 설정 문제를 집중적으로 다루고 있다.

Julien Chaisse, Leïla Choukroune, Sufian Jusoh이 공동으로 편집한 *Handbook of international investment law and policy*[9]는 국제투자법과

---

7) Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

8) Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice,* Oxford University Press, 2009.

정책에 대해 포괄적이고 체계적이고 심층적인 분석을 진행했다. 이 책은 투자와 지속가능한 발전 사이의 관계, 국제투자 계약의 역할, 외국인 투자 보호, 지역 통합의 도전 및 기회를 포함하여 국제투자법과 정책의 주요 문제와 토론에 대한 포괄적이고 최신 분석을 제공한다. 중국의 경우 국제투자법과 정책에서 중국의 역할을 상세히 분석했다. 그것은 투자조약 협상 및 분쟁해결에서 중국의 관행과 중국의 일대일로 이니셔티브가 국제투자 법률 및 정책에 미치는 영향을 조사했다. 이 책은 또한 외국인 투자에 대한 법적 및 규제 프레임워크, 지적재산권 보호, 중국경제에서 국유기업의 역할을 포함한 중국 투자의 도전과 기회에 대해 논의한다.

미국의 Stephan W. Schill의 *Tearing down the Great Wall - the New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China*[10]는 중국 쌍무 투자협정에 대해 ISDS 메커니즘에서 중국의 역할과 트렌드를 심도 있게 이해하는 시각을 제공한다. 저자는 중국의 차세대 투자협정의 조항과 목표에 초점을 맞추고 이러한 협정이 전통적인 서방 투자협정과 다른 점, 혁신적이고 실용적인 의미를 갖는지 여부를 탐구한다. Axel Berger는 1980년대 초부터 중국의 양자 투자협정 정책의 진화를 연구하고 선진국의 방법과 비교했다.[11] 저자는 1998년 이후 중국이 포괄적 양자투자조약을 협상하면서 이전의 제한적 정책을 자유로 바꾸는 데 적극적이었으며 여기에는 포괄적인 투자자-국가간 분쟁해결 조항이 포함되어 있다고 주장한다.

미국의 Anthea Roberts는 *Incremental, Systemic, and Paradigmatic*

---

9) Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), *Handbook of international investment law and policy*, Springer Singapore, 2021.

10) Stephan W. Schill, *Tearing down the Great Wall——the New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China,* Cardozo Journal of International and Comparative Law, Volume 15:1, 2007.

11) Axel Berger, *China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making*, American Society of International Law International Economic Law Interest Group (ASIL IELIG) 2008 biennial conference.

Reform of Investor-State Arbitration[12]에서 ISDS 개혁의 세 가지 모델에 대해 심층 분석을 실시하였으며, 특히 중국은 빠르게 부상하는 대국으로서 서방 국가와는 다른 역사, 문화, 법률 전통을 가지고 있기 때문에 국제투자 중재 메커니즘의 개혁에 대해 독특한 시각과 건의를 제시할 수 있다고 한다.

네덜란드의 Yuwen Li와 Cheng Bian의 *China's Stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options*[13]는 중국과 ISDS 메커니즘의 상호작용을 보다 포괄적이고 체계적으로 탐구하는 연구 중 하나이다. 이 논문은 투자 보호와 공익의 균형, 분쟁 해결 비용과 효율성, 해결 방법의 선택, 분쟁 해결 기구 및 절차의 개혁 등 ISDS 메커니즘에서 중국이 직면한 도전에 대해 논의하고 개혁 제안을 제시한다.

Ⅱ. 한국 문헌

ISDS에 대한 한국 학자들의 연구는 ISDS의 국제법칙과 메커니즘 운영, 투자 중재 사건의 구체적인 사례와 분석, ISDS 개혁과 향후 발전 방향 등에 집중돼 활발히 진행되고 있다. 반면 중국에 대한 연구는 한-중 FTA나 한·중·일 3국 양자 및 3자 투자협정에 집중되어 있어 중국의 ISDS만에 대한 연구는 상대적으로 적다. 유예리 교수는 "중국의 ISD 분쟁 사례 및 중국의 ISD 분쟁 사례 및 그 시사점에 관한 연구"[14]에서 중국이 체결한 투자협약에서 투자 중재제도의 주요 내용을 비교분석한 뒤 중국 관련 ISDS 사례를 분석하고 중국은 투자조약에서 ISDS의 제한적인 조항 때문에 ISDS 관련 경험이 적다고 주장했다. 유예리 교수는 게다가 외국

12) Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration,* American Journal of International Law, 112(3), 2018, pp.410-432.

13) Yuwen Li & Cheng Bian, *China's Stance on Investor State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options*, Netherlands International Law Review, 2020. pp.503-551, https://doi.org/10.1007/s40802-020-00182-3 (Lastly visited on 2023.4.16.).

14) 유예리, "중국의 ISD 분쟁 사례 및 중국의 ISD 분쟁 사례 및 그 시사점에 관한 연구", 「국제법평론」 제37호, 국제법평론회, 2013년, 87-111면.

기업들은 중국 정부의 보복을 두려워해 중국 정부에 대한 중재신청도 거의 하지 않고 있다고 주장하였다.

하현수 교수는 “중국의 투자자-국가 간 분쟁 해결제도에 관한 연구”[15]에서 중국이 체결한 BIT에서의 투자분쟁해결 조항을 전면적으로 검토하고, 중국의 ISDS 태도와 변화를 체계적으로 연구하였으며, 중국 BIT에서의 중재범위, 중재기구를 중점적으로 연구하였으며, 이를 바탕으로 한-중 FTA 체결에 대한 주의사항을 제시하였다. 하현수 교수의 또 다른 연구에서는 중국의 ISDS 관할권 문제에 관심을 두고 ‘수용 보상금액에 관한 분쟁’ 중재조항에 관한 관할권 문제를 중점적으로 분석하였다.[16] 이 연구는 중국 정부가 ‘수용 보상금액에 관한 분쟁’ 중재조항에 대해 광의 해석과 협의 해석이라는 두 가지 다른 입장을 취했다고 주장했다. 최근 체결·개정된 무역협정에서 중국 정부는 ‘수용 보상금액에 관한 분쟁’ 중재조항 관련 규정을 삭제해 투자 관련 모든 분쟁을 국제중재로 해결할 수 있도록 했다. 그러나 중국은 ‘수용 보상금액에 관한 분쟁’ 중재조항을 포함한 기존 무역합의에 대해서는 좁은 의미의 해석을 선호하는 것으로 보인다. 하현수 교수는 중국의 이런 모순된 태도는 국내 기업과 공공의 이익 보호, 중국 투자자의 외국 투자 증가에 따른 사법 관할권 보호 등 모순된 문제에서 비롯된 것으로 중국은 이런 모순된 입장을 계속 유지할 것으로 보았다.

Ⅲ. 중국 문헌

중국의 국제투자법 연구는 1980년대에 시작되었지만, 중국과 ISDS에 대한 중국 학자들의 연구는 상당히 풍부하다. 姚梅镇의 《国际投资法》[17]과 陈安의 《国际投资法》[18]은 중국 학계의 국제투자법

15) 하현수, “중국의 투자자-국가 간 분쟁 해결제도에 관한 연구”,「仲裁研究」第23卷 第4號, 2013년 12월, 29-53면.

16) Hyunsoo Ha, “A Study on ‘Expropriation Compensation Amount Arbitration Clause’ on Chinese Investment Agreement”, 「무역금융보험연구」(구 무역보험연구), 第22卷 第1號, 2021년, 135-152면.

17) 姚梅鎮：《國際投資法》，武漢大學出版社，1987年版.

연구에 초석적인 역할을 했으며 외자 유치를 시대적 배경으로 한 초기 소개성 저작이다. 최근 몇 년 동안 중국 학계에서 ISDS 연구에 대한 관심이 해마다 증가하고 있으며, 이러한 추세는 국제투자에서 중국의 위상 증가와 관련이 있다. ISDS에 대한 중국 학자들의 연구 관점도 매우 다양하다. 주로 ISDS 메커니즘의 역사, 법적 문제, 영향력, 중국의 ISDS 사례, 중국에 관련된 국제투자협정(International Investment Agreements, IIAs) 등을 포함하며, 현재의 ISDS 개혁에 대해서도 중국 학자들은 비판적인 시각에서 평가하는 경우가 많다.

최근 몇 년 동안 중국 학자들은 해외투자 보호 법률과 관련된 연구가 분산되고 다양해지고 있으며, 일부 학자들은 다른 국가, 특히 미국, 유럽연합(European Union, EU)의 투자협정 실무를 연구하여 새로운 정세 하에서 중국 투자협정의 발전 법칙과 특징을 도출한다.[19] 더 많은 학자들이 국제투자 분야의 실체 법률 규범에 주목하고, 국제투자 대우, 수용 및 국유화, 환경, 노동, 이행 조치 등 새로운 조항의 의미와 외연에 대해 논의한다.[20] 중국 학자들은 일반적으로 ISDS 관련 문제를 연구하는 것을 중시하고 해외 투자분쟁해결 메커니즘의 입법을 개선하고 중국 해외 투자자의 권익을 보호하는 방법에 대한 의견과 건의를 제시한다.[21] 일부

---

18) 陳安：《國際投資法》，鷺江出版社, 1987年版.

19) 單文華：《美國投資條約新范本及其可接受性問題》，載《現代法學》2013年第5期，第149-160頁；劉笋：《論國際投資仲裁對國家主權的挑戰－－兼評美國的應對之策及其啓示》，載《法商研究》2008年第3期，第3-13頁；張慶麟，張曉靜：《國際投資習慣規則發展狀況分析－－以双邊投資條約爲考察對象》，載《法學評論》2009年第5期，第89-95頁；張生,馬燕飛：《<中歐全面投資協定>中的國家間爭端解決机制：內容、特点与影響》，載《武大國際法評論》2022年第1期，第141-157頁.

20) 徐崇利：《公平与公正待遇：眞義之解讀》，載《法商研究》2010年第3期，第59-68頁；韓冰：《准入前國民待遇与負面淸單模式：中美BIT對中國外資管理体制的影響》，載《國際經濟評論》2014年第6期，第101-110頁；何芳，鄧瑞平：《当代國際投資條約中的新型條款与我國未來取向》，載《河北法學》2016年第3期，第77-87頁.

21) 蔡從燕：《風險社會与國際爭端解決机制的解构与重构》，載《法律科學(西北政法大學學報)》2008年第1期，第153-163頁；黃世席：《可持續發展視角下國際投資爭端解決机制的革新》，載《当代法學》2016年第2期，第24-35頁.

학자들은 ISDS 개혁의 중국 입장에 대해 연구한다.[22] 일부 학자들은 국가의 주요 대외 협력 이니셔티브와 결합하여 일대일로 이니셔티브에서 발생할 수 있는 법적 분쟁을 연구했다.[23] 일부 학자들은 국가 투자 입장의 포지셔닝과 관련하여 모델 참조 및 시스템 개선 측면에서 몇 가지 아이디어를 제안한다.[24] 지면의 제한에 따라 다른 학자들의 학문적 성과를 이 논문에서 모두 다 서술하지는 않고 필요한 경우에 소개하기로 한다.

전반적으로 말하면 기존 연구는 ISDS 메커니즘의 역사, 기본 원칙 또는 법적 문제, 개혁 경로 등에 초점을 맞추고 있다. 쌍방향 투자대국으로서의 중국의 역할에 대해서는 많은 관심을 기울이지 않고 있으며, ISDS에서의 중국의 역할전환과 대응 전략에 대한 연구는 아직 충분하지 않다. 따라서 본 연구는 국내외 연구를 종합하여 국제투자에서 중국의 역할 변화와 ISDS에 대한 중국의 태도 변화 및 대응 전략을 더욱 심도 있게 검토하는 것을 목적으로 한다. 또한 ISDS 개혁에 대한 중국의 입장을 분석하여 일대일로 관련 투자에서 더욱 공정한 분쟁해결 메커니즘을 구축하는 데 참고할 수 있을 것으로 기대한다.

제3절 논문의 구성 및 연구방법

Ⅰ. 논문의 구성

---

22) 梁咏：《國際投資仲裁机制變革与中國對策研究》，載《厦門大學學報(哲學社會科學版)》2018年第3期，第160-172頁；靳也：《投資者－國家爭端解決机制改革的路徑分化与中國應對策略研究》，載《河北法學》第39卷第7期，2021.07，第142-158頁；陶立峰：《投資者与國家爭端解決机制的變革發展及中國的選擇》，載《当代法學》2019年第6期，第37-49頁.

23) 王貴國：《“一帶一路”戰略爭端解決机制》，載《中國法律評論》2016年第2期，第33-38頁；石靜霞，董暖：《“一帶一路”倡議下投資爭端解決机制的构建》，載《武大國際法評論》2018年第2期，第1-24頁.

24) 王彦志：《中國在國際投資法上的身份轉換与立場定位》，載《当代法學》2013年第4期，第131-138頁；鄧婷婷，屈丹：《論國家在投資者－國家爭端解決机制中的角色轉變》，載《中南大學學報(社會科學版)》第27卷第2期，2021.03，第65-80頁.

이 논문은 전체적으로 국제투자 환경에서 중국의 역할전환을 분석하고, 중국투자협정에서 ISDS에 대한 세대 분석과 중국의 ISDS 사례 경험을 소개함으로써 중국이 진행 중인 ISDS 개혁에서 일대일로 이니셔티브와 연계된 ISDS 개혁에 중국의 그동안의 성과를 반영할 것을 주장하는 것이다.

제2장에서는 먼저 ISDS의 의미와 특징을 소개한 후 ISDS의 역사적 발전, 법적 프레임워크, ISDS가 행해지는 주요 기구인 투자분쟁의 해결을 위한 국제본부(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) 등을 서술한다.

제3장에서는 중국의 해외투자 발전 과정부터 시작하여 중국의 국제투자에서의 역할전환을 설명하고 이어서 중국 역대 BIT에서 ISDS 조항을 관찰함으로써 ISDS에 대한 중국의 태도 변화를 살펴본다. 그리고 중국이 최근 체결한 IIAs의 새로운 추세를 소개한다.

제4장에서는 ICSID, 헤이그 상설중재원(Permanent Court of Arbitration, PCA)을 중심으로 한 중재기구의 공개정보, 관련 웹사이트 정보 및 관련 투자자 또는 주재국의 공개정보를 기반으로 중국에 관한 ISDS 사건을 정리하고, ISDS 사건 중 관심도가 높은 관할권, 조기기각 절차, 최혜국대우, 간접수용 등의 문제를 둘러싸고 국제투자에서의 중국의 특수성과 결합하여 대표적인 사건을 선정하여 관련 법적 문제를 분석하고, 중국의 ISDS 대응 방안을 검토한다.

제5장에서는 ISDS가 직면한 어려움(정당성의 위기)과 이를 해결하기 위한 ISDS의 노력(세 가지 개혁 모델)을 소개한다. 이어 중국의 규제권을 존중하면서 동시에 외국인 투자 유치를 위하여 필요한 범위에서의 투자 자유화를 시각으로 ISDS 개혁에 관하여 중국이 나아가야 할 방향을 제시한다. 중국의 일대일로 관련 투자분쟁 메카니즘의 혁신과 시도를 소개하고 마지막으로 역할전환에서 비롯될 중국 ISDS의 미래 선택을 전망하는 데 중점을 둔다.

Ⅱ. 연구방법

이상과 같은 연구의 목적, 범위 및 구성에 걸맞은 연구를 수행하기 위하여 본 논문에서는 다음과 같은 연구방법을 도입하였다.

첫째, 본 논문은 문헌(文献)연구법을 이용하였다. 문헌 연구 방법은 기초적이지만 매우 효율적인 연구 방법이다. 논문의 사고와 집필의 전 과정은 문헌자료를 입수, 정리, 선별, 정제, 승화하는 과정이다. 국내외 기존 연구 성과의 읽기 및 분석, 각종 국제기구, 지역경제기구의 기술문서 보고서 등의 통계 및 분석을 통해 국제투자환경에서 중국의 역할전환과 대외투자협정에서 ISDS에 대한 태도 변화 사이의 논리적 관계를 명확히 정리하였다. 문헌을 소화, 이해, 사고한 후 정수(精髓)를 취하고 진위(眞僞)를 가려내야만 보다 객관적이고 포괄적인 결론을 얻을 수 있다.

둘째, 본 논문은 비교법적 방법을 이용하였다. '역할전환'은 그 자체로 시간적 차원에서의 전후 비교의 의미를 내포하고 있으며, 본 논문은 중국의 국제투자에서의 역할전환의 관점에서 투자자-국가간 분쟁해결절차(ISDS)의 발전에 착안하여 주로 동서고금의 종적(纵向)비교와 횡적(横向)비교를 결합하는 방식으로 각 시간대별 중국 ISDS의 특징을 발견하고 총결산하며, 비교를 통해 중국의 현재 투자협정에서 ISDS 조항의 문제점과 결함을 발견하고, 나아가 보완방법을 제안한다.

셋째, 본 논문은 사례분석 방법을 이용하였다. 사례분석 방법은 중요한 이론적 분석 방법이며 법적 해석의 도구이기도 하다. ICSID 및 유엔무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 웹사이트는 본 논문의 사례 연구를 위한 중요한 플랫폼인 공개된 사례 정보를 분류한다. 본 논문은 국제투자 중재에서 중국에 관련된 사례와 판정을 인용하였으며, 이러한 사례의 발생, 심리 및 판정 상황에 대한 체계적인 분석과 사고를 통해 중국 투자협정에서 투자자 보호의 부족과 현행 ISDS의 결함을 발견하여 ISDS 개혁을 보다 잘 인지하는데 유용할 것으로 기대한다.

제2장 투자자국가간 분쟁해결(ISDS) 개요

제1절 ISDS의 개념 및 특징

국제투자, 즉 대외직접투자(Foreign direct investment, FDI)의 가장 일반적인 의미는 국경을 넘어선 자본의 이동이며, 투자자가 일정한 경제적 이익을 얻기 위해 자금을 해외에 투자하는 경제활동이다.[25] FDI는 "일국의 사업주체에 의한 자본, 기술 및 기타 자원의 투자를 통하여 획득한, 그 이익을 장기간 소유하는, 해외에서의 기업의 설립이나 인수"로 정의할 수 있다.[26] 국제투자는 외국 투자자가 투자유치국과 직접 접촉하는 것이 특징이다. 외국 투자자의 행위는 투자유치국 법률의 관할 하에 있으며, 경영은 투자유치국의 원자재, 제품, 노동력 등 시장정책의 영향을 받는다.[27] 이에 정치나 문화, 이익, 예상치 못한 일들로 인해 외국 투자자와 투자유치국 사이에 투자분쟁이 발생할 수 있다. 이러한 분쟁을 어떻게 해결하느냐에 따라 투자사업의 지속 여부, 양국 정부 간의 관계에 영향을 줄 수 있다. 이와 관련하여 국제투자분쟁해결 방식은 정치 수단을 위주로 하는 전통적인 해결방식에서 현재 다양한 투자분쟁해결 메커니즘으로 발전되어 왔다.

Ⅰ. ISDS의 개념

ISDS는 투자자-국가간 분쟁해결(Investor State Dispute Settlement)의 약칭으로 외국인 투자자와 투자유치국 정부 간의 투자 관계로 인한 분쟁해결

---

25) 陳安：《國際經濟法學專論》，高等教育出版社，2006年，第630頁；余勁松：《國際投資法》，法律出版社，2001年，第1-2頁.

26) Daniel C. K. Chow & Thomas J. Schoenbaum, *International Trade Law: Problems, Cases, and Materials*, Aspen Casebook, 4th ed., 2020, p.16. 김두진, 「국제거래법」, 도서출판 동방문화사, 2022년, 244면에서 재인용.

27) 王貴國：《國際投資法》，法律出版社，2008年第2版，第34頁.

메커니즘을 말한다. ISDS는 외국인(개인 또는 기업)이 국제투자에서 투자유치국 정부의 작위 및 부작위로 인해 발생하는 투자분쟁에 대하여 투자협정을 근거로 투자유치국에 분쟁해결을 직접 청구할 수 있도록 허용하고 있다. 넓은 의미에서 ISDS는 투자자-국가간 분쟁을 해결하는 데 사용될 수 있는 모든 메커니즘을 말한다. 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 제3 워킹그룹의 회의에서 ISDS 메커니즘에는 다자간상설투자법원(Multilateral Permanent Investment Court), 중재판정부(Arbitral tribunal)에 의한 국제중재와 투자중재, 조정(mediation), 화해(settlement) 등 다양한 방법이 있다고 하였다.[28] 그러나 유엔국제상거래법위원회는 ISDS를 무역법위원회, 국제투자분쟁해결센터 또는 기타 중재기구의 규칙에 따라 설립된 중재판정부를 통해 투자자와 국가의 분쟁을 해결하는 것을 일컫는다고 정의하였다.[29] 이러한 좁은 의미의 ISDS는 투자유치국 정부가 협정상 의무, 투자계약 또는 투자인가를 위배한 조치에 의하여 투자자에게 부당하게 손실이 발생하는 경우, 그 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국내 법원이 아닌 제3의 중재기구의 공정한 국제중재를 통한 구제를 요청할 수 있는 분쟁해결 제도이다.[30] 본 논문에서 논의할 ISDS는 모두 좁은 의미의 ISDS를 가리킨다.

외국인 투자자와 현지 투자자 간, 외국인 투자자와 투자유치국 간, 국가간 국제투자분쟁이 발생할 수 있다. 투자자 간의 투자분쟁은 평등한 주체간에 발생하며 일반적인 비즈니스 분쟁에 속한다. 국적은 다르지만 이 같은 투자분쟁의 당사자들은 모두 투자유치국의 국내법상의 주체이며,

---

28) 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) 업무 문서, https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state(검색일: 2023.4.16.).

29) UNCITRAL, *Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor-State dispute settlement (ISDS),* A/CN.9/917, note 5("The term 'investor-State dispute settlement (ISDS) regime' is used in this note to refer generally to the use of arbitral tribunals established under the Rules of UNCITRAL, ICSID or other arbitral institutions, to solve a dispute between an investor and a State.").

30) 장효은, "해외직접투자의 법원(法源)과 투자자·국가분쟁해결(ISDS)에 대한 고찰",「강원법학」 제58권, 2019년 10월, 744-745면.

이러한 분쟁은 해당 국가의 사법(私法)원칙에 따라 해결할 수 있다. 국가 간의 투자분쟁은 일반적으로 개별 사건에서의 구체적 계약 의무를 포함하지 않으며 주로 국가 간 투자협정을 일반적으로 어떻게 해석하고 적용하는지에 대한 국가 간의 충돌이다. 일반적으로 국가 간 투자분쟁해결은 외교 수단, 국제 소송 등 전통적인 국제 공법상의 분쟁해결 방식을 채택하는 경우가 많다. 그러나 투자자와 투자유치국 간의 투자분쟁, 즉 ISDS에 있어서는 분쟁의 일방이 사적 투자자이고 타방이 주권국가이며 일반적으로 법적 지위가 불평등한 주체로 간주된다. 주체의 특수성으로 인해, ISDS는 종종 사법과 공법의 성격을 모두 가지고 있으며, 사적 투자자, 투자자의 본국 정부 및 주재국 정부 각 측의 이익에 관한 것으로 사익과 공익의 경합 및 형량이다.[31)]

국제투자분쟁이 잦아지면서 ISDS가 주요 투자분쟁의 형태로 자리 잡으면서 국제사회의 주목을 받고 있다. 하지만 투자자와 투자유치국 간 분쟁해결에 대해서는 국제사회에서 심각한 의견충돌을 일으킨다. 선진국은 투자유치국인 개발도상국의 국내 사법시스템에 공정성이 부족하여 투자자가 사법 불공정에 직면할 수 있다고 보고, 선진국에서 온 투자자들이 투자분쟁에 대한 투자유치국에서의 현지 소송을 꺼린다. 그러나 투자를 유치한 개발도상국의 입장에서는 선진국 주도의 국제투자 분쟁해결 방식이 선진국 투자자를 지나치게 두둔할 수 있고 자국의 경제발전 계획의 실현에 심각한 영향을 미칠 수 있기 때문에 그러한 방식의 채택을 꺼리며 자국 소송 등 현지 구제방식을 고수하고 있다. 따라서 이상적인 분쟁해결 메커니즘은 두 가지를 충족하여야 한다. 첫째, 투자자들에게 수준 높은 보호를 제공하고 투자유치국이 받아들일만한 실체와 형식을 갖추어야 한다. 둘째, 외교적, 정치적 개입을 피하려면 최대한 법적 방식의 대응을 취해야 하지만 지나치게 경직되어선 안된다.[32)]

---

31) 李文怡：《“一帶一路”投資爭端解決机制研究》，博士學位論文, 西南政法大學, 2018.11, 第10頁.

32) 魏德紅：《投資者-國家爭端解決(ISDS) 机制轉型研究》，博士學位論文，吉林大學，2020.12, 第9頁.

투자자의 이익을 효과적으로 보호하고 투자유치국의 발전 요구를 유지하기 위해, 국제투자 협력의 지속가능하고 안정된 발전을 위해 효과적이고 완전한 투자분쟁해결 제도를 구축할 필요가 있다.

이러한 배경에서 1965년 3월 세계은행의 주재로 '국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)'(이하'ICSID 협약'이라 한다)이 체결되었고, 세계은행 산하에 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)가 설립되었다. ICSID 협약의 분쟁해결 메커니즘은 완전히 새로운 것이고 이름은 '투자 중재(Investment Arbitration)' 또는 '투자자-국가간 중재(Investor-State Arbitration, ISA)'라고 불린다. ISA는 투자자에게 국제투자 분쟁해결절차에서 구제될 권리를 부여하며, 전통적인 국제사법이나 국제공법이 주권국가에게만 인정하던 심판기관에의 접근 제한[33]을 받지 않고, 투자유치국에 대한 투자분쟁에서 투자협정을 근거로 직접 중재신청하여 법적 구제를 구할 수 있도록 한다.

ICSID 협약은 그간 외국인 투자자의 이익을 효과적으로 보호해왔으며[34] ICSID 협약의 발효와 운영은 외국인 투자자의 이익을 효과적으로 보호했으며, 이는 국제투자보호 역사상 가장 혁신적인 단계로 간주된다.

Ⅱ. ISDS의 특징

수십 년의 발전 끝에 ISDS는 독특한 분쟁해결방식으로 다음과 같은 특징을 보인다.

첫째, ISDS의 주체 및 투자분쟁의 해결시 얻는 이익은 다음과 같은 특수성을 가지고 있다. ISDS의 주체는 한 쪽은 외국 투자자이고 다른

33) 예컨대 설립초기에 국제투자분쟁해결을 위하여 투자자들이 모국 정부를 통하여 접근하던 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)의 당사자적격은 국가에게만 인정되어 국제기구, 기타 당국 및 자연인 또는 법인에게는 인정되지 아니한다(ICJ Statute Article 35).

34) 姚梅鎮：《國際投資法》(第3版)，武漢大學出版社, 2011年版，第288頁.

한쪽은 주권국가이며, ISDS에서는 사사로운 당사자가 (투자조약에 명시된 전제조건을 충족하는 경우) 국가를 상대로 소송을 제기할 수 있으며 막대한 금전적 보상을 받을 수 있다. 전술한 대로 전통적인 국제법상 절차에서는 국가가 적격 주체이며 사적 투자자는 국제법상의 법적 주체의 지위를 갖지 않는다. 국제사법에서 사적 투자자와 주권국가는 일반적으로 법적 지위가 불평등한 주체로 간주된다.[35] 같은 법적 지위를 갖지 않는 두 주체 간에 발생하는 투자분쟁을 어떻게 처리할 것인가는 법의 적용, 관할권 및 재판 집행 문제에서 단순한 사법 및 공법 분쟁보다 해결하기 어렵다. 또한 ISDS에 의해 해결되는 투자분쟁은 종종 투자자의 사적 이익(예를 들어 주재국 내의 투자이익이나 투자가 피해를 입은 후 구제받을 수 있는 가능성) 뿐만 아니라 주재국 국가의 규제 권한과 외국인 투자자의 이익 보장에 대한 국제적 의무 등 공공이익과 관련이 있다. 간단히 말해, 투자자와 투자유치국 간의 투자분쟁은 국제법과 국내법의 문제 모두를 포함하며, 공법적 요소와 사법적 성격을 모두 지니고 있는 것이다.

둘째, ISDS의 절차는 체계적으로 상사중재의 장점을 갖고 있어서 유연하고 자주적이며, 이익지향적인 분쟁해결 방식으로 당사자의 자치(自治)에 더 유리하다. ISDS는 당사자에게 일반적인 소송보다 더 큰 유연성과 자주권(self-determination)을 제공하며, 당사자는 분쟁에 적용되는 규칙, 사건을 심리하는 중재인, 중재기구 및 중재에서 사용하는 언어를 자유롭게 선택할 수 있다. 동시에 ISDS는 당사자에게 법적 이유를 변호할 수 있는 동등한 기회를 제공하고 절차의 공정성을 보장하며 구속력 있는 결정을 내린다.[36]

---

35) 국제사법에서는 국가가 사적 활동이나 사적인 일에 관여할 때만 국제사법상의 주체적 지위를 갖는다고 보고 있다. 투자자와 주재국 간의 투자분쟁은 사법상의 계약 문제뿐만 아니라 주재국의 주권 행사 및 국내 공익과 정치적 요인도 포함한다. 따라서 투자자와 주재국 간의 투자분쟁에서 국가를 단순히 국제사법상의 주체로 인정할 수 없다.

36) Juan Pablo Charris Benedetti, *The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?,* Revista Derecho del Estado, No.42, 2018.1

셋째, ISDS 판정은 1심 판정 확정의 단심제이다. 국제중재 시스템으로서 ISDS는 일반적으로 1심 판정으로 확정되며 판정 중의 실체적 쟁의 결과에 대해 구제할 기회를 제공하지 않는다. 예컨대 ICSID에 관한 규칙의 적용을 받아 이루어진 판정의 경우, 판정의 효력이 발생한 후, 분쟁 당사자는 ICSID 협약 제52조에 따라 ICSID에 또 다른 특별 사건 중재판정부(취소위원회)를 설립하여 유효 판정을 검토할 것을 요구할 수 있다. 그러나 심사기준과 파기사유는 원안 중재판정부 구성의 부적절성, 중재판정부의 명백한 월권, 뇌물수수, 절차규칙의 중대한 위반 및 이유 미진술 등에 한한다. ICSID 협약 이외의 다른 중재규칙에 따른 판정은 중재지 법원에 중재판정의 취소를 청구하거나, '외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)' (일명 '뉴욕협약') 제5조에 따라 현지 법원에 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 것을 요청할 수 있다.[37] 따라서 ICSID는 중재 판정에 대한 항소 절차가 아닌 취소 절차를 규정하고 있다. 양자의 차이점은 취소 절차는 "통상 절차 남용으로 인해 판정이 취하되기 때문에 판정이 무효화되는 것"이고, 항소 절차는 "판정의 실질적인 정확성을 심사하는 것으로서 새로운 판정으로 기존 판정을 대체할 수도 있다"는 것이다.[38] 이러한 특징은 패소자가 판정에 대해 의문을 제기할 권리가 제한적이라는 것을 의미하므로, 효율적이고 경제적인 방식으로 분쟁을 해결할 수 있고[39] 절차 남용을 줄일 수 있음을 의미한다.

넷째, 판정은 국제적인 실행 가능성을 가지고 있다. 예컨대 ICSID 협약에

1, at https://doi.org/10.18601/01229893.n42.04 (Lastly visited on 2023.4.16.).

37) 그러나 이 협약 제5조에 열거된 승인 및 집행 거부의 근거와 주요 중재기구의 소재지의 중재법에서 정한 중재 판정 취소의 근거도 중재판정부의 중대한 절차오류 및 공공정책 위반 등의 사유에 한정된다. 뉴욕협약 제5조 및 UNCITRAL 국제상사중재모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 제34조 참조.

38) Nicolette Butler, *Possible Improvements to The Framework of International Investment Arbitration,* The Journal of World Investment & Trade. Volume 14, 2013, p.632.

39) Juan Pablo Charris Benedetti, *Supra* note 36.

따르면 ISDS 재결은 ICSID 협약의 모든 회원국에서 자동으로 집행된다.[40] 한편 뉴욕협약에 따르면 외국의 중재 판정은 해당 국가의 법률과 공공정책에 위배되지 않는 한 그 국가에서 집행이 가능하다.[41] 따라서 중재판정은 외국 법원의 판결보다 국제적으로 집행이 용이하다. ISDS는 판정의 국제적 실행 가능성으로 인해 각자 국가의 사법 심사 시스템과 독립적이라는 평가를 받아 법적 확실성과 신뢰성에서 새로운 영역을 창출하였다.[42]

제2절 ISDS의 연혁

Ⅰ. 투자자-국가간 분쟁해결의 발생

투자분쟁해결의 시초는 18세기로 거슬러 올라간다. 이미 1778년 미국과 프랑스는 해외투자자의 권익보호조항을 담은 제1호 우호통상항해조약(Treaty of Friendship Commerce and Navigation, FCN)을 체결했다. FCN은 처음에는 국제무역보호를 주된 목적으로 했지만 그중 종속된 사항인 투자보호조항이 해외투자의 법적보호의 최초의 형태로 간주된다.

이후 19세기에 이르러 라틴 아메리카 각국에서 유럽 식민자들의 착취 통치를 견디지 못하자 민족독립운동이 잇따라 일어났다. 독립 후 라틴 아메리카 국가들은 높은 민족주의 열기로 자국경제를 빠르게 발전시키려는 활동에 매진했기 때문에 원종주국의 억압에서 벗어났음에도 불구하고 독립 초기 유럽인들의 자국투자와 정착을 독려했다. 유럽 이민자에 의한 금융

---

40) ICSID 협약 제54조 참조.
41) 뉴욕협약 제5조 제2항 참조.
42) Sharon Schmidt, *Reflections On ISDS And Its Reform Ahead Of The 39th Session Of UNCITRAL Working Group III*, 2020.9.30, at https://www.mondaq.com/austria/arbitration-dispute-resolution/989510/reflections-on-isds-and-its-reform-ahead-of-the-39th-session-of-uncitral-working-group-iii(Lastly visited on 2023.4.16.).

및 기술 투자는 라틴 아메리카 국가들에게 발전을 가져다주었고, 동시에 라틴 아메리카 국가들에게 유럽 이민자의 재산 보호 등의 문제가 제기되었으며, 이는 초기 투자자-국가간 분쟁을 야기했다.

당시 국제투자분쟁은 식민주의의 영향을 많이 받았고, 유럽 이민자들의 투자이익이 침해되었을 때, 유럽 이민자들의 모국은 라틴 아메리카 국가가 막 독립한 지 얼마되지 않아 경제력과 군사력이 매우 취약하다는 약점을 이용하여 극도로 난폭한 방식으로 자국민의 재산을 보호하였다.[43] 이 시기에 강대국들이 무력을 사용해 다른 나라 일에 간섭하고 주재국의 주권과 이익을 침해하고 위협하는 '군함 외교(Gun-boat Diplomacy)'라는 개념이 생겨났다.[44] 제국주의와 식민정권과 함께 나타난 군함 외교는 초기 투자자-국가간 분쟁해결의 주요한 수단이었다. 따라서 초기 투자자-국가간 분쟁해결과 현대적 의미의 투자자-국가간 분쟁해결은 표현 형태에서 본질적으로 다르다. 근현대적 의미의 투자자-국가간 분쟁해결은 비교적 문명적이고 대화, 협상, 교섭을 통해 해결할 수 있지만 초기의 투자자-국가간 분쟁해결은 전쟁으로 표현되었다.

Ⅱ. 투자자-국가간 분쟁해결의 초기 발전

19세기의 투자자-국가간 분쟁해결방식이 폭력적이었다면, 20세기의

43) 예를 들어 1838~1840년 아르헨티나의 프랑스 국민에 대한 재산과 대출에 대한 부당한 관행은 프랑스의 반발을 불러일으켰다. 프랑스는 자국 국민이 재산권을 주장한다는 이유로 아르헨티나의 주요 항구를 점령하고 봉쇄했다. 이후 1843~1850년 라플라타의 운항이익을 독점하기 위해 영국과 프랑스는 연합을 결성하여 남미의 제2위 강을 공동으로 봉쇄하였고, 1838년 '제과전쟁'이 발발한 것은 프랑스 출신의 제과점 주인이 멕시코에 투자해 설립한 제과점이 현지 정부로부터 부당한 대우를 받았다며 모국의 권리를 주장했고, 프랑스는 이를 빌미로 멕시코를 사상 처음으로 침략했다. Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration : Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, p.37. 轉引自：白雲鵬：《"一帶一路"建設中投資者-國家爭端多元治理研究》，博士學位論文，雲南大學，2020.06，第63頁.

44) 羅丹思(Rodanthi Chatzopoulou)：《投資者國家爭端解決机制及其對東道國法治影響的研究》，博士學位論文，中南財經政法大學，2014.09，第9頁.

수용과 국유화로 촉발된 투자자-국가간 분쟁은 과거 전쟁을 통했던 것에 비하여 비폭력적이고 평화적인 분쟁해결 방식으로 처리되기 시작하였다.

20세기 초부터 제2차세계대전 후까지 많은 신흥민족국가들이 잇달아 독립하였고, 국가의 주권을 수호하기 위하여 신흥민족국가들은 외국투자를 통해 강제수용과 국유화 방식을 채택하여 자국의 경제구조와 자본의 성격을 개조하였으며, 이 과정에서 투자자와 주재국 사이에 격렬한 분쟁이 발생했다. 예컨대 1922년 소비에트 사회주의 공화국 연방, 즉 소련 정권 수립 후 국내 사회주의 경제구조를 개조하는 과정에서 자국민의 자산을 외국인 투자자와 구분하지 않고 수용하고 국유화했으며, 외국인 투자자에게 수용된 자산의 일부만 제한적으로 보상하는 방식은 서방이 주장하는 최소 보상기준에 크게 못 미쳤다. 1917년 멕시코 헌법 제27조는 멕시코 내 천연자원에 관한 투자는 멕시코 국적을 가진 국민만 할 수 있다고 규정하고 있다. 외국인 투자자가 이러한 천연자원에 투자하려면 사전에 모국의 투자보호 권리를 포기하기로 약속해야 하며, 그렇지 않으면 외국인 투자자에 대한 투자 승인은 철회된다.[45] 1938년 멕시코는 자국 내 석유생산의 전량 국유화를 완료했다.[46] 이 과정에서 미국과 멕시코는 치열한 논의를 벌였는데, 멕시코는 국가가 천연자원을 통제할 주권이 있다고 주장하면서, 국제법에는 보편적 조치를 취할 경우 전액 배상을 요구하는 규정이 없다고 주장했다. 미국은 정부가 재산을 국유화할 수 있는 권한을 인정하면서도 외국 재산을 수용하는 모든 상황에서 충분하고(adequate), 실효적인(effective), 신속한(prompt) 배상[47]이

45) 白雲鵬, 同前注 43, 第65頁.

46) 멕시코의 석유 국유화는 1938년 멕시코 연방정부가 민족경제를 발전시키고 민족독립을 수호하기 위하여 채택한 중요한 조치이자 아시아, 아프리카, 라틴 아메리카 지역의 개발도상국이 외국 기업을 국유화하기 위한 첫 번째 조치이기도 하다. 1938년 3월 18일 멕시코 대통령 라사로 카데라스는 외국 석유회사 징용법령을 공포하여 미국·영국·네덜란드 등의 독점자본 소유 석유기업 17개를 국유화하고, 외교협상을 통해 이들 외자회사에 1억 3,000만 달러의 보상금액을 확정하여 10년간 상환하였다. 참조 : 《財經大辭典》(第5卷) , 中國財政經濟出版社, 2013年版, 第104頁.

47) 즉, Hull 공식이다. 1938년 미국 국무장관 Cordell Hull은 멕시코의 수용행위

필요하다는 입장을 고수하였다.[48]

작디작은 불티가 들판을 태울 수 있다. 1960년대부터 많은 신흥국들이 국제적으로 수용 및 국유화의 물결을 일으켰다. 투자유치국의 수용과 국유화에 맞서 서방 선진국들이 펼쳐오던 군함 외교가 이제는 먹히지 않고,[49] 무력 위협을 핵심으로 하는 모국의 외교적 보호마저 잃으면서 외국인 투자자들이 많은 손해를 보았다. 국제 분쟁을 평화적으로 해결하자는 목소리가 갈수록 높아져 왔다. 1899년과 1907년 두 차례의 헤이그 국제평화회의에서 체결된 '국제분쟁의 평화적 해결을 위한 협약(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)'과 '계약채무의 무력추징 제한협약 (Drago-Porter Convention)', 1928년 '부전조약 (Kellogg-Briand Pact)', 1945년 '유엔헌장'[50] 등에서 모두 무력 사용에 대한 금지 규정을 두고 있다. 유럽 국가들은 국제사회의 다양한 현실적 요인에 의해 제약을 받고 있어 무력 위협으로 인한 외교적 보호는 기대한 만큼의 효과를 거두지 못할 뿐 아니라 국제사회, 특히 개발도상국들로부터 한 목소리로 비난을 받을 수 있다는 사실을 깨닫게 되었다. 제2차세계대전이 끝나면서 인류문명은 평화에 대한 절박한 외침을

에 대응하여 수용된 재산에 대해 충분하고, 실효적인, 신속한 배상을 주장하였는데, 후에 Hull 공식으로 불리게 되었다.

48) UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, p.23.

49) 1956년 이집트 정부는 영국과 프랑스 자본이 통제하는 자국의 재정 명맥인 '수에즈 운하회사'를 국유화한다고 발표했다. 영국-프랑스 연합군은 이스라엘을 규합하여 이집트를 침략전쟁으로 몰아넣고 무력으로 이집트에 국유화 조치를 포기하도록 강요하여 자국의 해외투자 이익을 보장하려 하였다. 그러나 이 불의한 침략행동은 국제사회에 큰 파문을 일으켰고, 특히 개발도상국들로부터 거센 비난을 받았다. 결국 유엔의 조정과 감독 아래 3국 침략군은 이집트에서 철수해야 했고, 1958년 이집트 정부가 국유화 조치 보상금 2830만 파운드를 6년에 걸쳐 지급하기로 합의했다. 참조: 陳安：《國際經濟法專論》，高等教育出版社，2006年，第390頁.

50) 유엔헌장 제2조 제4항: 각 회원국은 국제관계에서 위협이나 무력을 사용하거나 유엔의 취지와 다른 어떤 방법으로든 회원국이나 어떤 국가의 영토 보전이나 정치적 독립을 침해해서는 안 된다.

드러냈고, 무력이나 무력으로 위협하는 투자자-국가간 분쟁해결 방식은 동시대적 흐름과 맞지 않아 유엔의 다자틀 아래 투자자-국가간 분쟁해결을 모색하는 쪽으로 방향을 틀었다.

이 단계의 분쟁해결은 국제투자 최소대우기준 (Minimum Standard of Treatment)과 칼보원칙(Calvo Doctrine)이라는 두 가지 분쟁해결이론의 대결을 반영한다. 제1차세계대전 전 유럽과 미국의 법학자들은 국가가 실질적인 권리와 정당한 절차를 포함하여 외국인과 그 재산에 대해 최소한의 대우 기준을 세울 책임이 있다고 생각했다.[51] 선진국들은 막강한 군사력을 앞세워 국제투자 최소대우기준원칙을 밀어붙이며 '수용은 반드시 보상해야 한다'는 시각에 공감대를 형성하도록 했다.[52] 그러나 라틴아메리카 지역 신흥 독립국들은 구미 투자자와 그 모국이 강제로 주입한 대우기준을 버리려 노력했고, 아르헨티나의 법학자 카를로스 칼보는 '칼보원칙'을 내세웠다. 칼보원칙은 "한 국가에 정착하는 외국인이 내국인과 동일한 보호를 받을 권리를 가지고 있으며 그들은 더 확대된 보호를 주장해서는 안된다"라는 것이다.[53] 칼보원칙은 국제관습법으로 인정된 적은 없지만, 이미 몇몇 라틴 아메리카 헌법과 많은 기타 조약, 법규, 계약의 일부에 포함되었으며, 신흥 개발도상국들은 모국이 특정 계약에 근거하여 야기한 어떠한 분쟁에 근거하여 외교적 보호를 제공할 권리를 포기하도록 요구하는 강력한 이론이 되었다.

Ⅲ. 국제정치경제 틀에서의 투자자-국가간 분쟁해결

---

51) 통상 자본유출국은 외국인의 인적 또는 재산적 피해를 입히는 조치에 대하여 배상을 하지 않는 것은 외국인이 누리는 국제 최저 대우 기준에 위배된다고 주장한다.

52) Edwin Borchard, *The "Minimum Standard" of The Treatment of Aliens,* Faculty Scholarship Series, Michigan Law Review, 1940.02, pp.447-448.

53) Thomas E. Carbonneau & Mary H. Mourra, *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts,* Kluwer Law International, 2008, p.8. 轉引自：張磊:《論拉美國家對卡爾沃主義的繼承与發展》，載《拉丁美洲研究》第36卷第4期，2014年8月，第67頁.

신흥민족국가들이 잇달아 정치적 독립과 경제적 독립을 쟁취한 후, 전쟁을 투자분쟁해결의 수단으로 삼는 것은 비용이 너무 많이 들기 때문에 이러한 방식은 점차 도태되었다. 대신 국제정치의 틀 안에서 유엔, 세계은행, 국제통화기금(International Monetary Fund, IMF) 등 국제기구 플랫폼에서의 정치적 각축을 통해 투자자-국가간 분쟁해결의 새로운 발전을 모색하여 왔다.

미국은 제2차세계대전이 끝난 뒤 전쟁배상금으로 세계 1위의 자본유출국으로 급부상해 전 세계적으로 광범위한 해외투자 이익을 누렸다. 동시에 미국은 세계 최강자로 부상했고, 탄탄한 경제력과 군사력으로 국제사회에서 폭넓은 발언권을 누리게 되었다. 미국은 제2차세계대전 전의 유럽 강대국들의 군함 외교보다 국제경제무역투자 분야에서 자국의 이익을 우선시하는 국제정치경제체제를 구축해 자국의 이익을 극대화하는 데 주력하여 왔다. 미국의 강력한 추진으로 자유주의를 핵심으로 하는 국제경제 다자체제가 형성되고 미국이 국제사회에서 지배적인 위치를 차지하게 되면서 브레튼 우즈 시스템(Bretton Woods System)이 탄생했다. 한편, 많은 새로운 독립국가들이 사회주의 경제에 가까운 새로운 이데올로기를 채택했다.[54] 미국·소련이 형성한 양극화된 국제 시스템은 고도의 이념적 대결을 보여준다. 이런 경제·정치적 분위기 속에서 각국은 국제정치경제시스템을 통해 외국인 투자에 유리한 국제 환경을 조성하기 위한 일련의 조치를 취하기 시작했다.

1950년대와 1970년대 사이에 많은 개발도상국들이 유엔의 '한 나라 한 표' 표결 메커니즘을 통해 개발도상국의 유엔 회원국 수적 우위를 이용하여 국가의 경제주권을 확인하는 일련의 결의안을 통과시켰다. 1962년 유엔총회는 '천연자원의 영구주권' 결의(제1803호 결의)를 채택하고 주권국이 자국 내 천연자원 개발 및 채굴을 국유화하고 자유롭게 개발·이용할 수 있는 권한을 갖고 있음을 확인하고, '적절한

54) 예를 들어 동유럽 국가, 중국, 쿠바, 아르헨티나, 볼리비아, 브라질, 칠레, 과테말라 및 페루가 있다.

보상(appropriate compensation)'을[55] 부과하며, 보상 문제로 인한 분쟁은 가급적 투자유치국 관할로 삼아야 한다고 하였다. 다만, 주권국가 및 기타 관련 당사자의 동의를 얻어 중재 또는 국제판정을 통해 분쟁을 해결할 수 있다고 하였다.[56] 그러면서 정부와 외국인 투자자 간 합의가 선의로 지켜져야 한다고 강조했다.[57] 이는 해외투자의 법적 보호를 위한 중요한 상징적인 사건으로, 양 진영의 모종의 타협을 의미한다.

수적 우위를 점한 개발도상국들은 이에 만족하지 않고 유엔총회에서 새로운 국제경제질서를 호소했고 결국 1974년 유엔결의 3201호인 '새로운 국제경제질서 수립 선언(Declaration for the Establishment of a New International Economic Order)'과 결의 3281호인 '각국 경제권리 및 의무헌장(Charter of Economic Rights and Duties of States)'을 차례로 채택해 새로운 국제경제질서 수립을 위한 기반을 마련하고 해외투자방식의 변화를 촉진했다. '각국의 경제적 권리와 의무 헌장' 제2조 제2항은 투자유치국이 외국 재산을 국유화할 권리를 가지며, 외국 재산을 수용할 때 적절한 배상을 해야 하며, 배상 문제로 인한 분쟁은 당사자가 다른 평화적 해결책을 선택하는 데 동의하지 않는 한 투자유치국이 국내법에 따라 해결해야 한다.[58] 이들 조항은 대외직접투자를 취급할 때

---

55) 여기서 '적절한 보상'은 Hull 공식의 '충분하고, 실효적인, 신속한 보상' '완전한 보상(Full Compensation)'과 다르다는 점에 유의해야 한다. 미국은 Hull 공식을 적용해야 한다고 권고했지만 지지 부족으로 철회하였다. 따라서 '적절한 보상' 개념은 자세히 설명되지 않았고, 단지 자본유출국 입장과 칼보원칙을 주장한 개발도상국 입장 사이의 절충에 의한 기준으로 받아들여졌다.

56) 유엔결의 1803호 제4조.

57) 유엔결의 1803호 제8조.

58) 영어 원문 : Each State has the right: … (c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the

투자유치국 정부의 역할을 강조하고 외국 투자, 특히 다국적 기업에 대한 투자유치국 관할권과 국가 통제를 고수하고 있다.[59] 이 시기 칼보주의는 투자자-국가간 분쟁해결의 지도사상이 되었다.

이러한 유엔총회 결의의 채택은 개발도상국의 천연자원과 경제활동에 대한 주권을 강화하였다. 특히 개발도상국이 자국내 기존의 외국자본에 대한 수용 또는 국유화 조치를 취하는 것이 합법적인 것으로 간주됨에 따라 개도국의 선진국 해외자본 수용이 폭발적으로 늘어났다. 예컨대 미국 투자자들의 해외 투자기업이 1967년 이후 발생한 수용 누적 건수가 전체 기업 수의 80%를 차지했다. (표 1 참조).

<표 1> 미국 투자자의 해외기업 수용 건수(1946-1973)[60]

시간	수용된 기업의 수	연평균 수용된 기업 수
1946-1960	12	0.8
1961-1966	22	3.7
1967-1971	79	15.8
1972-1973	57	28.5

물론 개도국에 유리한 결의안이 채택된 것은 개도국이 선진국에 비해 양적 우위를 점하고 있기 때문이다. 유엔총회의 '한 나라 한 표'라는 의사결정 시스템은 전후 국제투자 질서와 규칙을 개도국 쪽으로 기울게 했다. 자본유출국들은 국제투자 다자틀 안에서 투자자-국가간 분쟁의 주도권을 잡기 어려워지자 다른 길을 찾아야 했다.

Ⅳ. 양자투자협정의 발생

사회주의 이데올로기와 민족주의 사조, '한 나라 한 표'라는 유엔의 틀에

---

principle of free choice of means.

59) UNCTAD, *Supra* note 48, p.23.

60) Robert G. Hawkins, Norman Mintz & Michael Provissiero, *Governmental Takeovers of U.S. Foreign Affiliates*, Journal of International Business Studies, Volume 7, 1976, p.9.

간혀 선진국은 투자자-국가간 분쟁해결에서 패퇴해 투자자와 자국의 해외투자 이익을 지켜내지 못하고 있었다. 이러한 국면을 뒤집기 위해, 투자자의 모국은 국제 도의(道义)적으로 투자유치국을 구속하고, 국가 간 국제투자에 관한 조약을 체결함으로써, 서로 간에 권리와 의무를 설정하고, 개발도상국이 외국 자본에 대한 대규모 수용 및 국유화 조치를 취할 때 신용원칙(good faith)에 따르도록 제한하고 국내 투자자의 해외투자 이익을 보호하며 나아가 자국의 해외 이익을 보호하고자 하였다.[61] 이에 따라 투자보호를 전담하는 양자투자협정(BIT)이 탄생했다. BIT의 등장은 투자유치국의 이익을 강조하는 칼보주의에 대한 정면 대응으로 보인다.

1950년대에 FCN은 미국이 국제 경제 무역 및 투자 분야에서 채택한 주요 협정 형식이며 선진국들을 모방한 것이다. 그러나 내용이 광범위한 보호조항은 투자유치국의 대규모 외국자본 수용 및 국유화에 직면했을 때 약점을 보여 투자자의 이익을 효과적으로 보장할 수 없다. 해외투자의 구체적인 수요에 대하여 연방독일은 미국 FCN의 원래 내용을 기초로 투자보호에 대한 비교적 세밀한 실체성 규정을 추가하였고, 투자자의 권익 보호를 강화하며, 주재국이 외국 자본에 대해 부담해야 할 의무를 명확히 하였다. 그리고 외국인 투자자가 주재국에서 누려야 할 권리를 적절히 보완한 동시에 FCN의 일부 프로그램 규칙을 융합하였다. 양자투자보호협정의 제정은 국내 투자자의 해외투자이익 보호를 강화할 뿐만 아니라 국가의 해외투자이익을 보호하는 합리적인 근거를 제공하였다.[62] 이를 바탕으로 1950년대 연방 독일은 1세대 양자투자협정을 만들었다. 1959년 독일은 파키스탄과 최초의 양자투자보호협정을 체결하였다. 이어 1960년대 프랑스・스위스・네덜란드・이탈리아 등도 비슷한 내용의 양자투자보호협정을 체결했다. 특히 1969년 이탈리아와 차드, 코트디부아르의 BIT는 실질적인 투자보호 및 촉진기준을 포함할 뿐만 아니라 구속력 있는 투자자와 투자유치국의 중재 방식으로써 BIT로

61) 白雲鵬, 同前注 43, 第72頁.
62) 陳安：《國際經濟法》(第2版)，法律出版社，2009年版，第284頁.

모든 분쟁을 해결할 것을 제안했다.

선진국과 개발도상국은 BIT의 형식을 통해 그동안 논란이 되어온 투자보호의 실질적 내용을 상호간의 권리와 의무로 전환하고, 주재국의 이익과 투자자의 이익을 확고히 묶어 투자사업의 지속과정에서 투자자-국가간 분쟁이 발생하지 않도록 노력하며, 투자사업의 원활한 추진과 동시에 투자자와 모국의 해외투자이익도 보장한다. BIT에서 채택된 투자분쟁해결 방식인 ISDS와 BIT의 유행은 국제투자분쟁해결의 새로운 문을 열었다.

Ⅴ. ISDS의 최종 형성

BIT의 투자분쟁해결 메커니즘은 투자자에게 국제투자분쟁해결 절차에서 구제될 권리를 부여하며, 전통적인 국제사법이나 국제공법이 주권국가에게만 인정하던 심판기관에의 접근 제한을 받지 않아도 되며, 투자자는 발생한 투자분쟁에 대하여 직접 주재국에 중재를 신청하여 법적 구제를 구할 수 있다. 이러한 분쟁해결방식을 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)이라고 한다.[63] ISDS는 기본적으로 외교적 보호수단에 의존해 투자 관련 논란을 해결하는 전통적인 메커니즘과 크게 다르다. 중요한 것은 ISDS가 투자분쟁을 탈정치화해 국가 간 갈등으로 번질 위험을 효과적으로 제거하겠다는 의도이다.[64]

투자분쟁을 중재 방식으로 해결한 것은 1794년 미국과 영국이 '우호통상항해조약'을 체결한 것으로 거슬러 올라간다.[65] 19세기 초

---

63) 전술한 대로 이 논문에서 ISDS는 투자유치국 정부가 협정상 의무, 투자계약 또는 투자인가를 위배한 조치에 의하여 투자자에게 부당하게 손실이 발생하는 경우, 그 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국내 법원이 아닌 제3의 중재기구의 공정한 국제중재를 통한 구제를 요청할 수 있는 분쟁해결 제도를 의미하는 좁은 의미의 ISDS를 가리킨다.

64) UNCITRAL, *Supra* note 29, para. 9.

65) 1872년 영국과 미국 사이의 '앨라배마호' 사건은 일반적으로 현대 중재 역사에서 큰 영향을 미친 사례로 간주된다. 앨라배마호는 미국 남북전쟁 당시 남부 반란 주들이 영국에서 주문 제작한 선박으로 무장한 뒤 미국 북부 주들의 상선

베네수엘라는 채무불이행으로 영국, 독일, 이탈리아 해군에 의해 주요 항구를 봉쇄당했다. 당시 아르헨티나 외무장관이었던 루이스 드라고(Luis M. Drago)는 공공부채가 무력 개입을 일으켜서는 안 된다며 외국 정부가 무력으로 빚을 독촉하는 것을 반대했다. 이 제안은 1906년 제3차 범미회의(리우회의)에서 격렬한 토론을 불러일으켰다. 그로부터 1년 뒤 제2차 헤이그 평화회의는 '계약상의 채무회수를 위한 병력사용의 제한에 관한 조약(Drago-Porter Convention)'을 통과시켰다. 그 중 제1조는 드라고 장관의 무력사용 제한 주장에 동조하면서도 반드시 국제중재를 거칠 것을 요구하고 있다. 이는 이후 투자자-국가간 분쟁해결의 토대를 마련했다. 투자자의 분쟁에서 독립적인 제3자 결정에 따른 국제중재에 대한 투자유치국의 동의와 교환하여, 투자자 국가는 투자자를 보호하기 위해 무력을 사용하는 것을 포기하는 것이다.[66]

그러나 이때의 국제중재는 여전히 국가 간 중재이며, 투자자 개인이 국제법에 따라 투자유치국에 대해 손해배상을 청구할 수 없으며, 투자자의 모국만이 신청할 수 있고, 투자자는 모국의 결정을 받아들여야 하였다. 따라서 투자자들은 모국 정부에 의해 통제되고 그들의 이익은 형식적으로 모국의 이익 계산에 포함되며 정치적 고려로 투자자를 희생시킬 가능성도 있었다. 또한 관련 국가가 해결방법을 달성하면 투자자 개인은 국제법에 따라 더 이상 구제받을 수 없었으며,[67] 국제법도 모국이 받은 손해배상금을 피해 투자자에게 이전할 것을 요구하지는 아니하였다. 이런 상황은 다국적 기업에게 있어서도,[68] 어떤 면에서는 주요 자본유출국에

을 공격해 큰 피해를 입혔다. 내전이 끝난 뒤 미국은 중립법 위반을 이유로 영국에 손해배상을 요구했다. 양국은 심각한 실랑이를 벌였고, 결국 조약을 체결하여 분쟁을 중재를 신청하였다.

66) 뉴스 : 著名國際法學者W. Michael Reisman在蘇州校區開展學術講座, https://news.ruc.edu.cn/archives/203889?ivk_sa=1024320u (訪問日期: 2023.4.16.).

67) Gus Van Harten, *Supra* note 7, p.18.

68) 다국적 기업은 많은 나라에 자회사를 가지고 있기 때문에, 각 자회사는 서로 다른 국적을 가질 가능성이 크다. 게다가 다국적 기업의 다국적 주주들이 고도로 글로벌화되어 있어 외교적 보호를 구할 때 회사의 국적을 정확히 정하기 어렵다.

있어서도 그다지 바람직하지 않다. 불필요한 국가 분쟁을 줄이고 투자자 보호의 정확성과 효율성을 높이기 위해서는 투자자가 직접 주재국에 청구하여 중재할 수 있는 권리를 부여해야 한다. 이러한 투자자에 대한 권한 부여는 다음 두 가지 과정을 거쳐 이루어졌다.

1. '탈 정치화'의 노력

앞서 언급했듯이 20세기 국제투자는 이데올로기적 색깔이 뚜렷하고 자본유출을 하는 선진국과 개발도상국 사이에 명백한 대립이 있으며 투자분쟁해결의 '탈 정치화'는 국제사회에서 공감대를 형성하고 있다. 한편, 투자유치국은 투자자의 모국이 외교적 보호를 통해 투자자와 투자유치국 간의 분쟁에 개입하는 것을 원하지 않는다. 선진국 투자자인 모국이 분쟁에 개입한 뒤 투자유치국의 자국 내정에 거칠게 간섭하고, 주재국의 인권 문제, 노동자 문제, 환경 문제에 대해 참견하는 경우가 많기 때문이다. 이는 분쟁해결에도 도움이 되지 않을 뿐 아니라 분쟁 확대로 이어질 수 있어 투자자들의 투자분쟁해결 취지에도 역행하는 것이다. 반면 투자자의 해외자산은 모국과 직결돼 있어 선진국은 개도국의 수용과 국유화로 인한 자국 투자자의 정치적 위험을 줄여 해외투자이익을 보장해야 한다.

이 경우, 주요 서방 국가들은 해외투자를 위한 다자협정을 구축함으로써 정치적 이데올로기의 차이가 투자분쟁에 미치는 영향을 줄이고 해외 투자자와 해외 자산을 보호하려고 한다. 첫 시도는 1929년 국제연맹과 국제상공회의소 관리들이 작성한 '외국인처우협약 초안'이었다. 이 초안은 내용이 너무 광범위하고 투자자 보호 측면에서도 보수적이어서 투자분쟁을 국가 간 관계로 개념화해, 직접적인 투자자 클레임이 아닌 국가 간 결정을 통한 분쟁해결을 주장하고 있다.[69] 일부 국가의 반대로 이 초안은

---

69) League of Nations, *Responsibility of States for Damage Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion, Volume 3, LN Doc C.75.

거부되었다.

제2차세계대전 후 미국은 절대적인 자본유출국으로서 다자간 투자분쟁해결의 문제를 양자조약이 아닌 다자조약에 의한 국제무역기구의 권한 범위 안에 포함시켰다. 1948년 쿠바에서 시도된 '아바나 헌장(ITO 세계무역헌장, A Charter for World Trade)'에서는 외국인 직접투자의 국제원칙을 정하려 했으나 개도국들은 각국에 관리상의 유연성을 부여해야 한다는 이유에서, 그리고 자본유출국 투자그룹은 수용보상이나 중재를 포함하여야 한다는 이유에서 각각 이를 거부하여서 무산됐다. 그러나 나중에 아바나 헌장은 대부분 무역과 관련된 부분이 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)으로 발효됐다.[70]

사적 투자자의 대헌장으로 불리는 '해외투자에 관한 Abs-Shawcross 협약 초안 (Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad)' (이하 '협약 초안'이라 한다). 협약 초안은 투자자가 조약에 근거하여 중재판정부에 투자유치국에 대한 중재신청을 할 수 있도록 하는 내용을 담고 있었다. 이 협약 초안은 1959년 독일과 영국의 투자자 단체는 투자자 보호에 대한 제안을 더해 제시한 것이다.[71] 협약 초안에는 투자자의 경제적 자유를 보호하고 광범위한 수용에 대한 보호가 포함되어 있었다. 가장 중요한 내용은 투자자와 국가 간의 규제 분쟁을 해결하기 위해 국제중재를 이용한다는 점이었다. 즉 투자자는 중재판정부에 투자유치국에

M.69.1929.V 1929; AK Kuhn, *The International Conference on the Treatment of Foreigners,* (1930) 24 AJIL 570. as cited in: Gus Van Harten, *Supra* note 7, p.19.

70) UNCTAD, *International Investment Rule-making : Stocktaking, Challenges and The Way Forward*, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, 2008, https://unctad.org.

71) 1957년 독일의 저명한 은행가 Hermann Josef Abs는 전 세계적으로 적용되는 '외국 재산 보호 대헌장'의 설립을 추진했다. 특정 보호기준은 물론 고정 적용조약을 갖고 있고 위반국(헌장 미서명국 포함)에 경제제재를 가하는 중재판정부를 설치해야 한다. 나중에 현실과 맞지 않아 무산되자 Abs는 영국 Sir Hartley Shawcross과 협력해 '애브스-쇼크로스 해외투자협약 초안'을 작성했다. 참조: 馮德恒:《身份轉換語境下的中國海外投資法律保護研究》，博士學位論文，吉林大學，2019.06，第22頁脚注③.

대한 중재신청을 할 수 있으며, 투자자, 투자유치국 및 국제사법재판소(ICJ)의 재판소장 또는 유엔 사무총장이 중재판정부의 중재인을 임명하도록 하였다. 이 협약 초안은 투자자-국가간 분쟁해결에서 혁명적인 돌파구였고 현대 ISDS의 선구자적 역할을 했다.[72]

그렇지만 협약 초안은 결국 자본유입국의 강한 반대로 다자조약으로서 성립되지는 못하였다. 이후 1967년 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)의 '외국재산보호협약'에 협약 초안의 내용이 다시 등장했는데, 이에 따르면 협약 초안은 OECD 회원국에만 적용되는 것이었다. 따라서 자본유출국과 유입국의 외국인투자보호에 대한 많은 원칙적 문제가 여전히 논란이 되고 있던 당시의 시대적 상황에서는 모든 국가에서 인정받지는 못하였다. 하지만 협약 초안이 투자자 분쟁에 대한 강제중재를 규정한 초기 유럽 양자조약의 모델인 것은 사실이다.[73]

20세기 1970~80년대 선진국은 늘 실패로 끝났기는 했지만 다자간 투자협정을 구축하려는 노력을 포기하지 않았다. GATT 우루과이라운드 협상에서 제시한 다자간 투자협정 구상이 다시 개발도상국의 반대에 부딪히자 미국과 유럽은 '다자간 투자협정'인 MAI (Multilateral Agreement on Investment) 타결을 계속 추진하기 위해 OECD로 전환하기로 했다. MAI는 시장개방, 투자자유화 프로세스 활성화, 투자보호강화에 중점을 둔 다자간 투자협약이다. MAI는 투자분쟁해결에 관한 두 가지 모델을 규정하고 있다. 첫째는 '국가와 국가 간의 투자분쟁해결 메커니즘(State-state dispute settlement, SSDS)'이다. 둘째는 '외국인 투자자와 투자유치국 정부 간의 투자분쟁해결 메커니즘(Investor-state dispute settlement, ISDS)'이다. 이는 두 모델에 대해 상세히 규정하고 향후 다자간 투자 협의에 참고할 수 있는 템플릿을 제공했다.[74] 실제 내용을

---

72) Gus Van Harten, *Supra* note 7, p.20.
73) *Id.*, p.21.
74) MAI에서 규정한 SSDS 및 ISDS의 해결 절차에는 협상, 알선 또는 조정, 소송 및 중재가 포함되며 절차의 적용에 대한 세부 규정이 있으며 특히 중재판정

보면 MAI는 여러 면에서 자본유출국들과 국제기업들이 수십 년간 글로벌 차원에서 높은 수준의 투자자 보호를 공고히 해 온 성과였다.[75] 그러나 개발도상국의 낮은 경제 수준과 낮은 기업 경쟁력으로 인해 외국 자본의 무제한 대량 유입을 초래할 수 있는 MAI에 대하여 개도국들은 더욱 격렬히 반대했고 국가 경제 안보의 요구는 상승하였기 때문에 결국 MAI는 무산되었다.

이후 세계무역기구(World Trade Organization, WTO)는 여러 차례 장관급 회의에서 통일된 다자간 투자협정에 관한 협상을 계속 추진하려고 시도하였는데, 복잡한 국제정치경제환경에 직면하여 결국 성과 없이 끝났다. 그러나 탈정치화된 투자분쟁해결 메커니즘을 구축할 필요성은 이미 사람들에게 분명하게 인정되었다. 1968년 인도네시아-네덜란드 BIT에서[76] ISDS를 최초로 투자협정에 포함시킨 것을 시작으로 점점 더 많은 개발도상국들이 양자 차원에서 투자자 보호와 대우의 기본 기준에 동의하였고(그러나 다자 차원에서는 여전히 그러한 기준을 거부하였지만), 특히 1990년대에 체결된 각종 투자조약에서 중재제도를 채택함으로써, ISDS는 양자투자협정의 원칙이 되었고 ISDS는 하나의 시스템으로 발전하였다.

2. '탈 국내법'의 노력

부의 구성, 중재규칙, 판정의 효력 및 취소에 대한 구체적인 설명이 있다. 참조: P Malanczuk, *State-state and investor-state dispute settlement in the OECD draft multilateral investment agreement*, Journal of International Economic Law, Volume 3 Issue 3, 2000.09, p.422.

75) Gus Van Harten, *Supra* note 7, p.22.

76) 인도네시아-네덜란드 BIT(1968) 제11조, 원문 : The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall assent to any demand on the part of such national and any such national shall comply with any request of the former Contracting Party, to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of March 18, 1965, any dispute that may arise in connection with the investment.

ISDS의 출현은 정부행위(state action)로부터 외국인 투자자를 보호하는 데 상당한 진전을 이루었다. ISDS가 등장하기 전 투자유치국의 작위 또는 부작위에 대하여 이의신청을 하려는 외국인 투자자는 모국의 외교적 보호 또는 익숙하지 않은 투자유치국의 국내 소송절차에 의존하여 자신의 권익을 보호할 수밖에 없었다.[77]

전술한 바와 같이, 군함 외교는 비용이 너무 많이 들고, 시대적 흐름에 크게 위배되어 점차 배제되었다. 국가 대 국가의 국제 재판 방식으로 보호하면 투자유치국이 사법면제권에 따라 국제법원이나 제3국 법원의 관할을 거부할 수 있어 투자분쟁이 교착상태에 빠질 수 있다. 투자자가 주재국 국내법원에 주재국 정부를 제소하는 데 있어서, 이러한 자기 감독, 자기 심판의 분쟁해결 메커니즘의 공신력과 권위성에 관한 의문에 대해서는 더 말할 필요도 없다. 투자자와 그 모국은 투자유치국이 국내법으로 투자자-국가간 분쟁을 해결하는 폐단을 회피하기 위해 다자간 타협과 조정하에 투자자-국가간 분쟁해결 거버넌스에 있어 '탈 국내법'을 구상하고 투자자가 투자조약에 기초하여 국제 차원에서 직접 투자유치국에 대하여 중재를 신청할 수 있는 권한을 부여해야 한다고 생각하였다.[78]

국제법상의 주권지상원칙에 따라 ISDS는 투자유치국의 동의가 있어야 가동된다. 국가는 계약, 국내 입법, 조약 등 세 가지 방식으로 장래에 외국인 투자자와의 분쟁을 중재하는 데 동의할 수 있다. 첫째, 국가는 외국인 투자자와 체결한 계약의 중재조항을 받아들일 수 있다. 이 경우 국가는 일반적으로 사적인 자격으로 행동하며 그 동의는 체약국과의 상업적 관계로 제한된다. 둘째, 국가는 외국인 투자자와 국가의 모든 투자분쟁을 국제중재 신청할 수 있도록 권한을 부여한 법률을 공포하는 것을 통해 투자 중재에 동의한다. 셋째, 국가는 외국인 투자자와의 분쟁에 대한 투자 중재를 규정한 조약을 체결할 수 있다.[79] 위의 둘째와 셋째

---

77) Juan Pablo Charris Benedetti, *Supra* note 36.
78) 白雲鵬, 同前注 43, 第80頁.
79) Gus Van Harten, *Supra* note 7, p.24.

방법의 경우, 국가는 국내법 또는 국제법에 따라 투자 중재에 동의하며, 이때 국가의 동의는 일반적이다. 즉, 국가는 특정 계약에 국한되지 않고 향후 국가 활동으로 인해 외국 투자자와 발생하는 모든 분쟁을 중재를 통해 해결할 수 있다. 이는 국가가 정부 활동과 관련된 다양한 잠재적 투자자 청구에 직면할 수 있음을 의미한다.

이와 함께 '탈 국내법'적 투자 중재를 위한 근거 규칙과 플랫폼을 제공하기 위해 세계은행의 주도로 국제투자 중재를 투자자-국가간 분쟁해결 방식으로 한 최초의 국제협약인 ICSID 협약과 전문 국제기구인 ICSID가 출범했다. 이후 세계 경제 지형이 끊임없이 변화함에 따라 ICSID 협약을 비준하는 국가가 늘어나면서 ICSID는 ISDS의 주요 포럼으로 부상했다.

'탈 국내법'을 완성하는 데 1965년 ICSID 협약과 1958년 뉴욕협약은 ISDS에 제도적 구조와 절차적 패러다임을 제공하고 국내 법원에 판정을 승인하고 집행할 수 있는 권한을 부여했다는 점을 언급하지 않을 수 없다. 이것은 ISDS의 운용성을 크게 보장해준다.

1960년대 말 ICSID 조항을 포함한 첫 번째 양자투자협정[80] 이후, 국제 분야에서 투자 중재를 허용하는 국가의 일반적(사전) 동의가 BITs에 점점 더 보편화되고 있다. 1980년대 이후 많은 양자투자협정(BITs), 자유무역협정(FTAs) 등은 ISDS로 외국인 투자자와 투자유치국 간의 분쟁을 해결하기로 약속했다. 1990년대에는 ISDS에 대한 일반적 동의를 포함하는 것이 일반화되었으며 ISDS는 투자환경의 안정성에 대한 투자자의 신뢰를 높이는 방식으로 투자협약에서 널리 채택되고 있다.

수십 년 동안 각국이 체결한 투자조약의 수는 끊임없이 증가하였다. 2021년 현재 유효한 국제투자협정이 무려 2,558건이었으며[81] 투자 중재

---

80) ICSID 조항이 포함된 최초의 BIT는 1968년에 체결된 네덜란드-인도네시아 BIT이다. 이어 1969년 체결된 이탈리아와 차드와 코트디부아르의 BIT가 뒤를 이었다. 이와 함께 1969년 ICSID는 조약에 근거한 투자 중재에 대한 각국의 동의를 독려하기 위한 양자투자협정 모델조항을 발표했다.

81) UNCTAD, *World Investment Report 2022*. p.15.

사례도 증가하고 있다. 유엔무역개발회의(UNCTAD)는 오랫동안 투자 중재 운영에 관심을 기울여 왔으며 매년 전세계 투자 중재 사례에 대한 통계정보를 공개하고 있다. UNCTAD가 수집한 정보에 따르면 2021년 12월 31일 현재 조약 기반 ISDS 사례는 총 1,190건, 2021년 68건이 새로 발생했으며 2010년 이후 사건 수가 크게 증가했다. (표 2 참조). 시간이 지남에 따라 각국은 현재의 ISDS 시스템에 더 익숙해지고 투자자의 중재신청에 더 잘 대응할 수 있도록 자국의 조직 구조를 조정했다. 따라서 현재의 ISDS 시스템은 투자자와 국가 간의 분쟁을 해결하기 위해 중립적이고 유연한 방식으로 계속 널리 사용될 것이다.[82]

<표 2> 조약 기반 ISDS 사건 수[83]



제3절 ISDS의 법적인 틀

앞의 역사적 개요에서 알 수 있듯이 ISDS의 국제법적인 틀은 다양한 국가 및 국제 규칙과 원칙을 포함하며 그 형식, 강도 및 범위가 다르다. 현재는 주로 국제투자협정(IIAs), 국제중재규칙, 국가투자법 등에 반영되어 있다.

---

82) UNCITRAL, *Supra* note 29, para. 10.
83) 데이터 출처: UNCTAD, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement(검색일: 2022.10.25.).

Ⅰ. 국제투자협정의 ISDS 규칙

현대 국제경제법은 주로 쌍무·지역과 다자간 국제 협정에 기초하고 있으며, 그것들은 국제규범을 제정하고 적용하는 가장 효과적인 수단이다. 한편, 그 내용은 한 개 이상의 국가의 공동 합의된 입장을 반영한다. 그들은 법적 구속력을 가지고 있으며 각국은 그 규정을 준수할 의무가 있다.

그러나 외국인 직접투자에 관한 포괄적인 국제협약은 없으며, 이 분야에서 과거와 최근의 다양한 노력은 성공하지 못하고 있다. 또한 일부 포괄적이지 않은 다자간조약은 ISDS에 대한 직접적인 규정을 가지고 있으며 지역협정들은 점차 ISDS를 더 많이 포함하며 때로는 이 분야의 국제적 추세를 표현하는 데 획기적인 의미가 있다. 또한 늘어나는 양자투자협정은 ISDS를 위한 원칙을 확립했다.

1. 다자간 협정에서의 ISDS 규칙

ISDS 다자간 규칙은 ICSID 협약, '에너지헌장조약 (Energy Charter Treaty, ECT)', '조약에 기반한 투자자-국가간 중재의 투명성에 관한 유엔협약'(일명 모리셔스 투명성 협약)[84] 등 다자간 조약에 주로 반영돼 있다.

1965년 ICSID 협약은 ISDS 중재절차에 법적 프레임워크를 제공했다. 주요 절차 규정은 협약 제4장부터 제7장까지에 명시되어 있으며, 규정된 조정과 중재절차는 서로 독립적이며 각각 조정위원회와 중재법원에서 진행된다. 조정 자체는 구속력이 없기 때문에 중재는 ICSID가 제공하는

84) '조약에 기반한 투자자-국가간 중재의 투명성에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)'은 유엔무역법위원회가 초안한 국제 조약으로 'UNCITRAL 투명성 규칙'의 적용 범위를 확대하고 국제투자 중재의 투명성을 높이기 위한 것이다. 2014년 12월 10일 유엔총회에서 비준된 협약은 2017년 10월 18일부터 공식 발효되었다.

투자분쟁해결의 가장 효과적인 방법이 되었다. ICSID는 ICSID 협약을 시행하는 상설기구으로, 주로 각 분쟁에 대해 구성된 독립적인 조정위원회와 중재판정부의 제도적, 절차적 프레임워크와 편의를 제공하는 역할을 한다. 조정과 중재의 적용 순서에 특별한 규정이 없고 당사자는 조정만 신청하거나 조정에 실패한 후 중재를 신청할 수 있으며 분쟁해결 방식을 택하는 데 융통성이 있다.

1994년 체결돼 1998년 4월 정식 발효된 ECT는 일련의 국제에너지무역, 투자의 원칙을 포함하고 있으며 현재 에너지 분야에서 유일하게 법적 구속력을 갖고 투자보호와 무역을 포괄하는 다자간 협정으로 유럽 및 아시아 국가 등이 회원국으로 참여하고 있다. 분쟁해결 메커니즘은 ECT의 초석이며, 제26조는 체약국과 투자자의 분쟁해결을 규정하고 있다. 만약 양측이 우호적인 협상 방식으로 3개월 이내에 분쟁을 해결하지 못한다면, 투자자는 세 가지 방법으로 이를 해결할 수 있다. ① 분쟁 당사자의 법원 또는 행정중재기구에 인도한다. ② 적용가능한, 이전에 합의된 기타 절차에 따라 해결한다. ③ UNCITRAL, 스웨덴 스톡홀름 상공회의소중재원(SCC) 또는 ICSID의 3개 국제중재기구 중 하나에 중재를 신청한다. ECT는 피소된 투자유치국 정부가 투자계약의 당사자여야 한다고 요구하지 않는다.

모리셔스 투명성 협약은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협약에 따른 투자자와 국가 또는 지역 경제통합기구 간의 중재에 적용된다.[85] 이 협약은 'UNCITRAL 조약에 기반한 투자자-국가간 중재의 투명성 규칙'(이하 'UNCITRAL 투명성 규칙'이라 한다)[86]을 기반으로 규칙의 적용에 관하여 더욱 구체적인 규정을 마련하였으며, 제2조는 협약의 핵심 조항이다. 협약 제2조는 중재가 'UNCITRAL 중재규칙'에 따라

85) United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, Article 1, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/transparency-convention-e.pdf(Lastly visited on 2023.4.16.).

86) UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf (Lastly visited on 2023.4.16.).

신청되었는지의 여부에 관계없이 분쟁의 피신청인이 협약의 제3조 제1항에 대해 유보성명을 하지 않은 경우, UNCITRAL 투명성 규칙은 모든 투자자-국가간 중재에 적용된다고 규정한다. 동시에 UNCITRAL 투명성 규칙의 개정시 신구 버전 적용 문제 및 조약과 충돌하는 경우 우선 적용 문제를 조정하고 중재신청인이 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용을 피하기 위해 최혜국대우조항을 인용할 가능성을 배제했다. 모리셔스 투명성 협약은 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 범위를 확대하고 투명도 관련 의무 측면에서 기존 투자 조약을 보완했으며 협약의 체약국이 유보를 성명할 수 있다고 규정하였다. 이는 국제협약의 형태로 국제투자 중재의 투명성 규칙을 더 높은 수준으로 끌어올렸다고 본다. 모리셔스 투명성 협약에 대한 지지여부와 상관없이 중재 투명성은 많은 나라들에게 주목할 만한 정책이기 때문이다.

다자간 협정, 특히 글로벌 협정은 국제법에서 가장 '입법'에 가까운 것으로 모든 국가 또는 대다수의 국가가 동의하고 적용하는 보편적인 규칙을 제정하는 것을 가능하게 한다. 그러나 많은 나라 사이에서 공통점을 찾아야 하기 때문에 이들 다자간 협정은 매우 포괄적이거나 여러 가지 특수한 상황으로 가득 차 있는데, 각국의 방식과 정책이 다르기 때문에 외국인 직접투자, 분쟁해결 등의 의제에 대해 글로벌 차원의 협정을 도출하기 어렵다는 한계를 가진다.

2. 지역협정에서의 ISDS 규칙

지역적 국제협정은 제한된 수의 국가만 참여하는 협정으로 모든 국가에 개방되지 않는 경우가 많다. 이 같은 지역협정은 경제발전 수준이 비슷한 국가끼리 적용하는 것이 일반적이지만 투자 세계화가 진행되면서 지역협정도 지역을 넘어 개발도상국과 선진국이 함께 체결하는 추세다. 특히 투자분쟁해결과 관련하여 지역협정은 기존의 법률 및 정책 구조를 변경하는 데 도움이 되고 광범위한 다국적 수준에서 중요한 관습 및 기대 모델을 만들 수 있다는 것이다. 따라서 최근 몇 년 동안 체결된

지역협정들은 종종 투자법과 주재국 규제의 중대한 새로운 추세를 전망할 수 있게 하고 있다.[87] 다음은 ISDS에 관한 몇 가지 주요 지역협정의 규정을 열거한 것이다.

1994년 발효된 '북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, NAFTA)'은 20세기 들어 타결된 수많은 지역적 투자무역협정의 가장 성공적인 모델이자 세계 최초로 선진국과 개발도상국으로 구성된 경제그룹이다.[88] NAFTA는 FDI를 포괄할 뿐만 아니라 투자분쟁해결에도 긍정적인 혁신을 가져왔다. NAFTA는 ISDS 제도를 처음으로 특별장(제11장)으로 상세히 규정하고 있으며, 제11장 제B절의 제목은 '한 나라와 다른 나라 투자자의 분쟁해결'로 중재 통지, 중재 합의, 중재인 지정, 적용 법률, 중재 판정 및 집행 등 ISDS 절차의 구체적인 내용을 명확히 규정하고 있다. NAFTA는 이후 체결된 ISDS에 풍부한 참고 의의를 제공하였다.

2020년에는 NAFTA를 기반으로 국제무역투자의 최신 관행과 개념을 결합하여 NAFTA를 대체하기 위해 '미국-멕시코-캐나다 협정(United States Mexico Canada Agreement, USMCA)'이 체결되었다. USMCA의 제14장은 전문 투자 장이며 ISDS의 규정을 포함하고 있다. 다만 투자분쟁해결 규정은 본문이 아닌 '여유투자분쟁 및 진행 중인 분쟁', '멕시코와 미국의 투자분쟁', '멕시코와 미국의 포괄적 정부계약 관련 투자분쟁' 등 3개 부속문서로 되어있다. 이는 NAFTA의 분쟁해결 메커니즘과는 사뭇 다르다. USMCA의 주요 변화는 투자분쟁에 관련된 계약국 및 투자자의 국적에 따라 다른 해결 메커니즘을 적용하는 것이다. USMCA 제14장에 따르면 미국과 캐나다 사이에 ISDS 메커니즘이 완전히 폐지되고 캐나다와 멕시코 사이의 다른 관련 조약[예컨대 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)[89]]에 규

87) UNCTAD, *Supra* note 48, p.44.
88) 王學東：《從〈北美自由貿易協定〉到〈美墨加協定〉:緣起、發展、爭論与替代》, 載《拉丁美洲研究》第41卷第1期, 2019年, 第2頁.
89) 캐나다와 멕시코는 모두 CPTPP의 회원국이다.

정된 ISDS 메커니즘이 적용된다. ISDS 메커니즘은 미국과 멕시코 사이에 계속 적용되지만 이전보다 크게 제한된다. 첫째, 중재를 허용하는 투자분쟁은 진입 후 내국민대우와 최혜국대우 위반 및 직접 수용에 따른 분쟁으로 한정된다. 둘째, 투자자의 절차적 권리는 이전보다 제한된다, 즉 투자자는 ISDS 중재를 시작하기 전에 투자유치국 법원 또는 행정법원에 소송을 제기하고 최종 판결을 받거나 소송일로부터 30개월이 경과해야 한다.[90] NAFTA에서 USMCA로의 이러한 변화는 최근 몇 년 동안 국가 규제 권한의 지속적인 강조와 칼보주의로의 회귀와 일치하는 것으로 보인다.

'환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)'은 미국을 포함한 12개국의 5년 협상 끝에 2016년 타결됐다. TPP의 최종 조문의 제9장은 투자 장이며, 그 중 제B절은 투자자와 투자유치국 간의 분쟁해결에 대한 내용이다. TPP는 투자분쟁해결 유형을 대부분의 투자협정에 있는 SSDS와 ISDS로 구분하지 않고 ISDS만 규정한다. TPP 제9장 제B절의 관련 규정에 따르면 투자자 및 국가 간의 분쟁에 대한 협상, 담판 및 중재의 다양한 해결 방법이 규정되어 있으며 중재를 주요 수단으로 하여 관련 내용을 자세히 규정하고 있다. 신청인은 ICSID 협약, ICSID 중재규칙, ICSID 추가편의규칙(Additional Facility Rules), UNCITRAL 중재규칙 및 기타 중재기구 또는 기타 중재규칙에 따라 중재를 신청할 수 있다.[91] 신청인이 요청을 신청할 때 피신청인은 요청의 사실 및 법적 근거에 대해 반소를 제기하거나 신청인의 요청에 대해 상쇄를 주장할 수 있다.[92] 분쟁당사자가 따로 합의하지 않는 경우 중재판정부는 3명의 중재인으로 구성되며, 그 중 2명은 분쟁당사자가 각각 지정하고, 수석 중재인인 제3의 중재인은 분쟁당사자들이 협의하여 지정한다.[93] TPP 제9조 제24항은 중재절차의 투명성을 규정하고 있으며, 피신청인은 의사통지, 중재통지, 소장 및 요약, 중재판정부 판정 등 관련 중재문서를 받은 후

90) USMCA 부속서류 14-D, 제14.D.3(2)조, 제14.D.5(1)조.
91) TPP 제9조 제9항 제4호.
92) TPP 제9조 제19항 제2호.
93) TPP 제9조 제22항.

즉시 이를 분쟁 없는 당사자에게 발송하고 대중에게 공개해야 한다고 규정하고 있다. 또한 판정부가 공청회를 열도록 규정했다.

미국이 TPP를 탈퇴한 뒤에도 나머지 11개국은 TPP를 계속 추진하면서 '포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)'으로 이름을 바꾸었고 2018년 12월 30일에 서명 및 발효되었다. CPTPP는 TPP와 대부분의 장과 조항이 일치하지만 미국의 탈퇴로 논란이 큰 22개 조항의 적용은 잠정 중단(suspend)되었다.[94] 잠정 중단된 규정들은 투자협정의 정의, 투자 중재, 특정 국가의 예외조항을 다루는 것을 포함하였다.[95]

CPTPP는 ISDS의 범위가 훨씬 좁아 투자 계약과 투자 승인으로 인한 정부와 투자자 간의 분쟁에는 적합하지 않으며, 또한 회원국이 상호 협정을 체결하여 투자 중재의 분쟁 범위를 더욱 제한할 수 있다. 동시에 CPTPP는 현지 구제 조치의 소진을 완전히 포기하고 분쟁해결의 선택권을 투자자에게 부여하여 투자자가 주재국의 국내 구제 및 직접 중재 중에서 선택할 수 있어 주재국의 보호무역주의로 인한 불공정한 판정을 최소화할 수 있다. ISDS 개혁 추세에 발맞춰 중재인의 전문성, 독립성, 공정성을 강조하는 한편 체약국에 대한 높은 투명성 의무 기준을 제시했고, 중재시효에 대해 CPTPP는 '신청인이 위반행위 및 손해를 처음 알게 된 날로부터 3년 6개월'로 규정했다.[96] 주목할 점은 일부 조항의 중단으로 인해 중재를 통해 투자분쟁을 해결할 수 있는 법적 근거가 부족하여 일부 투자분쟁은 국가 법원이 국내 규정을 사용하여 해결해야 하며 이는 주재국의 주권을 크게 강조하고 있어 USMCA의 변화와 유사한다는 것이다.

'역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic

94) 보류된 조항은 주로 미국의 의사를 반영하는 조항이자 분쟁과 이견이 집중된 조항으로 주로 투자와 지적재산권을 포함한다.

95) CPTPP의 적용 중단된 투자 관련 조항에는 제9.1조 '투자계약', '투자승인'의 정의 및 각주. 제9.19조 제1-3항 및 투자계약, 투자승인에 관한 내용. 제9.22조 제5항. 제9.25조 제2항 및 각주, 부속서류 9-L 등이 있다.

96) 池漫郊, 任清:《中國國際投資仲裁年度觀察-2022》, 載《北京仲裁》專題, 第7頁.

Partnership, RCEP)'은 2012년 아세안이 발의하고 중국, 일본, 한국, 호주, 뉴질랜드와 아세안 10개국, 총 15개국이 제정한 협정이다. 이 지역은 현재 세계에서 가장 인구가 많고 경제무역 규모가 가장 크며 발전 가능성이 가장 높은 자유무역지역으로 2022년 1월 1일 RCEP가 공식 발효되었다. RCEP 제10장은 투자와 관련된 내용을 규정하고 있으며, 제10.17조의 투자 촉진 부분에는 투자자의 투자 활동 동안 발생한 정부기관에 대한 민원 및 고충 해결을 위한 지원 절차가 포함된다. RCEP는 협정 발효일로부터 늦어도 2년 이내에 ISDS 단독 논의를 진행하고 논의 개시 후 3년 이내에 논의를 종료하도록 규정한 ISDS 조항을 잠정 보류했다. RCEP는 기존의 양자협정에 기초한 다자간 협정이기 때문에 투자분쟁 발생 시 체약국의 다른 협정과 분쟁해결 메커니즘이 중복되는 경우, 장소 선정에 관한 규정을 준수한다는 전제 하에 체약국이 참여하는 협정에 따라 분쟁해결절차를 진행할 수 있다.[97] RCEP는 국가 주권의 보호와 관련하여 안보 예외 조항(제10.15조)을 설정하여 체약 당사자가 국제 평화 유지나 근본적인 안보상 이익을 위해 필요한 조치를 보유할 수 있음을 강조한다.[98]

3. BITs에서의 ISDS 규칙

오늘날 국제투자법의 주요 법원(法源)은 양자투자협정이다.[99] 1959년 독일과 파키스탄이 첫 양자투자협정에 서명한 이후 계속 증가하여 현재 전 세계적으로 발효된 양자투자협정의 총수는 2,221개에[100] 이른다. ISDS

---

97) RCEP規則解讀之爭端解決（一），中國國際貿易促進委員會湖南省分會，http://manhadunyu.qz.hengyangccpit.org/mch2_flfw/swfl_qtflfw/flfw_hzjz/202203/t20220303_21671.html（訪問日期: 2023.4.16.).

98) 于鵬，廖向臨，杜國臣:《RCEP和CPTPP的比較研究与政策建議》，載《中國經貿》2021年第8期，第31頁.

99) 김두진, 앞의 책(註 26), 254면.

100) UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements(Lastly visited on2022.12.08.).

국제법적인 틀의 주요 구성 요소인 BITs의 투자분쟁해결 규정은 상당히 표준화된 형식을 가지고 있지만, 이러한 협정을 체결한 국가의 다양한 입장과 관행을 특정 조항에 반영할 수 있다. 따라서 BITs의 ISDS 조항을 통해 ISDS에 대한 체약국의 태도 변화를 관찰할 수 있다.

대부분의 BITs에는 국가-국가간 분쟁해결(SSDS)과 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)의 두 가지 형태의 투자분쟁해결이 포함된다. 1961년부터 2017년까지 총 2,571개의 BITs에 대한 투자분쟁해결 조항을 집계한 학자들이 SSDS나 ISDS 조항 포함 여부, 중재 청구범위, 중재의 동의, 중재기구, 임시조치 측면에서 BITs 분쟁해결 조항을 분석했다. (표 3 참조). 표 3에 따르면 약 99%의 BITs가 SSDS와 ISDS 규정을 포함하였으며, 약 71%의 BITs가 중재 청구범위에 관해 투자와 관련된 어떠한 분쟁도 포괄하였으며, 약 91%의 BITs가 사전 동의를 제공했다. 국제중재기구는 ICSID와 UNCITRAL에 집중되어 있는데, 각각 약 85%의 BITs가 ICSID를 선택할 수 있고, 약 64%의 BITs가 UNCITRAL을 선택할 수 있다. 또한 약 63%의 BITs가 투자유치국 국내 법원을 선택할 수 있도록 허용한다. 대부분의 BITs는 임시조치를 허용하지 않으며 약 3.7%의 BITs만이 임시 또는 과도 조치를 허용한다.

<표 3> BITs 투자분쟁해결조항 개요[101]

BIT조항유형		해당 BIT의 수
국가-국가간 분쟁해결(SSDS)	SSDS 포함	2555
	SSDS 제외	16
투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)	ISDS 포함	2555
	ISDS 제외	16
중재 청구범위	조약 기반 청구에만 적용	491
	투자와 관련된 모든 분쟁을	1838

101) 표 출처: Michael Frenkel & Benedikt Walter, *Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? The role of international dispute settlement provisions,* Table 1: Overview of International Dispute Settlement Provisions in BITs, The World Economy, Volume 42, 2019, p.1322. at https://doi.org/10.1111/twec.12743(Lastly visited on2022.12.08.).

	포함	
	분류할 수 없음	242
중재 동의	사건별로 중재 동의	242
	사전(事前) 동의를 제공	2329
중재기구 : UNCITRAL	UNCITRAL 신청 허용	1633
	UNCITRAL 신청 불가	938
중재기구 : ICSID	ICSID 신청 허용	2182
	ICSID 신청 불가	389
주재국 국내 법원	국내 법원 제소 허용	1614
	국내 법원 제소 불가	957
임시조치	임시조치 신청 허용	95
	임시조치 신청 불가	2476

BITs에서 중재 의무를 규정하는 조항은 몇 가지 유형이 있다. 가장 낮은 수준의 BITs는 “당사자가 중재를 신청할 수 있다”고 규정하여 중재를 투자분쟁해결의 방법의 하나로 제시할 뿐, 어떠한 방식으로도 어느 한쪽의 강제적인 중재신청 의무를 부과하지 않는다. 최고 수준의 BITs는 외국인 투자자가 일방적으로 국제 중재기구에 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있으며 투자유치국이 동의를 거부하는 것은 국제 의무 위반에 해당할 수 있다. 수준이 높을수록 국제투자분쟁의 해결을 규정하는 BITs 조항이 엄격하여 투자자가 이에 따라 권리를 보호받을 가능성이 높아져 외국인 직접투자를 유치하는 BITs의 역할이 커진다. 이는 BITs의 보다 강력한 국제투자분쟁해결규정이 외국인 직접투자 활동에 긍정적인 영향을 미치는 것이 사실임을 보여준다.

BITs의 세대교체와 함께 분쟁해결 조항도 투자자 보호만 강조하던 것에서 국가 주권에 대한 존중으로 바뀌면서 더 큰 균형을 모색하고 있다. 특히 ISDS 개혁이 진행되고 있는 현재, 새로 제정된 BITs는 ISDS 조항을 혁신함으로써 이러한 관심에 대처하기 시작하였는데, 그 특징은 중재를 신청할 수 있는 범위에 대해 더욱 엄격한 제한이 있고, 절차 규칙이 더욱 상세하여 투자자가 중재를 신청할 수 있는 요건을 명확히 하고, ISDS를 ‘외부’ 중재규칙이나 중재판정부에 맡겨 해석하는 대신 조약 자체에 의하여 설치된 중재기구가 해석하도록 하여, 체약국의 이익에 부합하는

ISDS 제도를 두고 있다.[102)]

Ⅱ. 국제중재규칙

국제협약의 ISDS 조항은 일반적으로 투자자가 적용 가능한 규칙을 선택할 수 있도록 한다. ICSID, PCA, 국제상공회의소중재원(International Chamber of Commerce, ICC), 스톡홀름 상공회의소중재원(Stockholm Chamber of Commerce, SCC), 카이로 국제상사중재지역센터(Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration, CRCICA), 런던국제중재원(London Court of International Arbitration, LCIA), 모스크바 상공회의소(Moscow Chamber of Commerce and Industry, MCCI) 및 UNCITRAL 특별판정부 등 ISDS 메커니즘의 구체적인 운영 플랫폼이 다수 있으며 이러한 중재기구는 자체 중재규칙을 가지고 있다.

UNCTAD의 통계에 따르면 투자 중재 사건의 규칙 적용 상황은 표 4와 같다. ICSID와 UNCITRAL 국제 중재규칙이 지금까지 가장 일반적으로 사용되는 두 가지 규칙임을 알 수 있다.

<표 4> 주요 투자 중재규칙 적용 건수 (1987-2021)[103)]

No.	적용중재규칙	건수(총 1190건)
1	국제투자분쟁해결센터(ICSID) 중재규칙	644
2	유엔국제무역법위원회(UNCITRAL) 중재규칙	368
3	국제투자분쟁해결센터 추가편의규칙 (ICSID AF)	66
4	스톡홀름 상공회의소중재원(SCC) 중재규칙	53
5	국제상공회의소중재원(ICC) 중재규칙	22
6	모스크바 상공회의소(MCCI)	3
7	카이로 국제상사중재지역센터(CRCICA) 중재규칙	1
8	런던 국제중재원(LCIA) 중재규칙	1

102) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series on International Investment Agreements II, 2014, p.16.

103) 데이터 출처: UNCTAD, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=1000(검색일: 2022.12.08.).

9	미주상사중재위원회(IACAC) 중재규칙	1
10	상설중재원(PCA) 중재규칙	0
11	데이터 불명	21
12	없음 (임시 규칙, Ad hoc)	10

1. ICSID 중재규칙 및 추가편의규칙

ICSID는 1965년 ICSID 협약에 따라 설립되었으며 현재 협약 서명국과 체약국은 총 165개국이다.[104] 투자유치국과 투자자의 모국이 모두 ICSID 협약의 체약국일 경우, 그 협약에 따라 중재할 수 있다. 둘 다 체약국이 아닌 경우 ICSID 추가편의규칙을 사용하여 중재할 수 있다. 추가편의규칙은 ICSID 중재규칙과 매우 유사하지만 추가편의규칙에 따른 판정은 ICSID 취소 절차의 경로가 없으며 중재지의 국내 법원에서 판정에 대해 이의를 제기할 수 있으며 뉴욕협약에 따라 집행될 수 있다.

ICSID는 2022년에 규칙과 규정을 개정했다. 이는 1968년 1월 1일 발효 이후 ICSID 규칙의 네 번째 업데이트이며 이 중 가장 광범위한 수정이다. 규칙 개정의 전반적인 목표는 규칙을 현대화, 단순화 및 간소화하고 새로운 기술을 사용하여 투명성을 향상시키는 것이다. 이 과정은 수백 개의 ICSID 사례에서 경험과 교훈을 얻어 만들어진 것이다. 새로 개정된 ICSID 규칙 및 규정은 2022년 7월 1일에 발효되었다.

최신 ICSID 중재규칙은 여전히 중재신청, 중재판정부의 구성, 권한 및 기능, 판정, 판정의 해석, 수정 및 취소, 판정의 승인 및 집행의 6가지 부분으로 구성된다. 개정된 ICSID 규정 및 규칙의 주요 포인트는 다음과 같다. ① 절차의 효율을 전면적으로 높였다. 개정된 'ICSID 중재규칙'은 특별한 사정이 없으면 모든 문서를 전자문서 형식으로 보내야 한다고 명시하고 있으며[105], 동시에 새로운 규칙은 중재판정부와 당사자가

104) 체약국은 158개국, 서명국(국내 입법기관이 승인하지 않음)은 7개국이다. 데이터 출처:https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states(검색일: 2022.12.11.).
105) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 4.(2).

신속하고 비용 효율적인 방식으로 절차를 진행해야 하고[106] 사건의 주요 절차 단계의 구체적인 진행의무 기한을 늘린다고 규정했다. 또한, 이번 개정으로 당사자가 더욱 적당한 선택을 할 수 있도록 새로운 신속중재절차가 추가되었다.[107] ② 개정 ICSID 추가편의규칙은 국제투자분쟁에 대한 ICSID의 관할범위를 크게 확대하였다. 이제는 양 당사자 모두가 ICSID의 회원국 또는 그 회원국의 국민이 아닌 경우 및 일방 당사자가 유럽연합(EU) 등 지역경제통합단체(REIO)인 경우에도 ICSID 추가편의규칙에 의거하여 국제투자분쟁을 해결할 수 있게 되었다.[108] ③ 이번 개정에서 'ICSID 조정규칙(ICSID Mediation Rules)'과 'ICSID 팩트-파인딩규칙(ICSID Fact-Finding Rules)'을 신설했다. 이들 규칙에 따른 조정 및 사실 규명 절차는 독립적으로 적용될 수도 있고 중재절차와 함께 적용될 수도 있으며, 당사자들이 가장 유리한 분쟁해결방법을 모색할 때 더 많은 선택권을 제공한다. ④ 이번 개정으로 중재절차의 투명성 향상에 관한 장이 새로 마련되었다. 이에 따라 최종 중재판정의 공개가 강화되어 판정 후 60일 내에 반대가 없는 한 당사자들이 공개에 동의한 것으로 간주되고, 동의가 없더라도 일부를 발췌하여 공개하도록 규정하였다. 이외에 명령, 결정문 등도 당사자들의 동의 또는 중재판정부의 결정에 따라 전부 또는 일부를 발췌하여 공개하여야 한다. 또한, 중재판정부는 당사자들의 반대가 없는 한 제3자가 심리기일에 참석하는 것도 허용하여야 한다.[109] ⑤ 또한 이번 개정으로 제3자 자금지원(third-party funding) 공개 의무를 늘렸다. 개정 ICSID 중재규칙 제14조에 따르면 모든 당사자는 잠재적인 이해충돌을 피하기 위해 제3자 자금지원을 받은 경우에는 자금을 받은 후 또는 사건을 접수하는 즉시 제3자의 이름과 주소를 공개해야 한다. ⑥ 그리고 이번 개정에 비용 관련 사항도 포함되었다. 중재판정부는

106) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 3.(1); 2022 ICSID Additional Facility Arbitration Rules, Rule 11.
107) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 75.
108) 2022 ICSID Additional Facility Arbitration Rules, Rules 3.(2).(c)-(e).
109) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rules 62-68.

중재와 관련된 당사자 간의 비용 분담 결정을 내릴 때 판단 이유를 명확히 해야 하며, 비용에 관한 결정은 필요시 절차 진행 중에 중간결정(interim decision)으로도 내릴 수 있게 되었다.[110] 한편, 중재판정부가 청구 또는 반대청구를 제기한 당사자에게 비용에 관한 담보(security for costs) 제공을 명령할 수 있는 규정이 신설되었으며, 담보 제공 명령이 이행되지 않을 경우에는 중재절차가 연기 또는 중단될 수 있다.[111]

이번 대폭 개정을 통해 ICSID는 더 많은 국가, 경제통합조직 및 투자자에게 ISDS에 참여할 수 있는 새로운 경로를 제공하는 동시에 국제투자분쟁해결 메커니즘으로서 ICSID의 영향력을 더욱 확대하는 것을 목표로 하고 있다.

2. UNCITRAL 중재규칙 및 UNCITRAL 투명성 규칙

많은 IIAs는 ICSID에 이어 UNCITRAL에 따른 중재를 규정하고 있으며, 이는 지금까지 투자자-국가간 중재에서 두 번째로 많이 사용되는 규칙이다. UNCITRAL 중재규칙에 따라 진행되는 중재는 반드시 상설 중재기구에서 진행되어야 하는 것은 아니다. 예를 들어, 많은 UNCITRAL 중재는 헤이그 상설중재원(PCA)에서 관리하는 반면 일부 중재는 ICSID 사무국에서 관리한다.

UNCITRAL 중재규칙은 제31차 유엔총회에서 공식적으로 채택되었다. 1976년에 처음 채택된 UNCITRAL 중재규칙은 2010년에 개정되었으며 이 규칙은 국가와 개인 간의 투자분쟁 중재, 다자 중재, 제3자 중재절차 가입, 중재인 지정, 중재인 책임 면제, 중재 비용 통제 등에 적용된다. UNCITRAL은 처음에는 사적 당사자 간의 상사중재를 위해 개발되었지만 이란-미국 중재판정부 절차규칙의 기반이 되었으며 투자자-국가간 및 국가간 중재에서 모두 유용하다.

2013년에 채택된 'UNCITRAL 투명성 규칙'은 투자자와 투자유치국 간의

110) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 52.
111) 2022 ICSID Arbitration Rules, Rule 53.

조약 기반 중재를 수행할 때 정보가 더 투명하도록 보장하는 일련의 절차 규칙이다. UNCITRAL 투명성 규칙은 2014년 4월 1일 이후 체결된 많은 투자조약에 포함되었다. 또한 일부 투자조약은 그 조항의 중재절차에 투명성 요소를 도입했다. 투명성은 각국이 투자조약을 협상할 때 또는 특정 사건에서 피신청국으로서 고려해야 할 문제이다.

UNCITRAL은 2017년 제3 워킹그룹에 투자자와 국가 간 분쟁해결 제도의 가능한 개혁에 대한 논의를 시작하도록 권한을 부여하였고 현재 ISDS 제도의 가능한 개혁 방안을 마련하는 3단계에 있다. 2022년 12월 현재까지 제3 워킹그룹은 총 43회 회의를 열어[112] 상담센터 설립, 중재인 행동수칙(Code of Conduct), 제3자 자금지원 규제, 분쟁 예방 및 감소, 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution, ADR) 절차, 체약국의 조약 해석, 비용 담보, 무의미한 청구 처리수단, 다중 소송 및 반소, 손실 및 주주 배상청구, 항소 및 다자법원 메커니즘, ISDS 법정 구성원 선정 및 임명 등의 의제와 관련된 구체적인 개혁 방안을 논의했다.

3. 상사중재기구 중재규칙

일부 IIAs는 투자자들이 스톡홀름 상공회의소중재원(SCC), 런던 국제중재원(LCIA) 및 국제중재원(ICC)을 포함하여 상사중재기구의 규칙에 따라 중재신청을 할 수 있도록 한다. 각 상사중재기구는 자체 중재규칙을 가지고 있으며 중재절차 관리를 위한 기구 지원을 제공한다.

이러한 중재기구 및 관련 규칙은 주로 비즈니스 분쟁을 해결하기 위해 제정되었으며 ICSID 중재규칙과 구별되는 특성을 가지고 있다. 그들은 일반적으로 상당히 엄격한 기밀 요구 사항을 포함하고 있으며 일반적으로 중재인 명부를 공개하지 않으며 중재 사건의 정보 공개가 거의 없다. 이들 기관에 의한 중재판정은 중재지의 국가법원에서 심사할 수 있으며 취소될

112) UNCITRAL 제3 워킹그룹의 제43차 회의는 2022년 9월 5일부터 16일까지 비엔나에서 개최되었다. 참조: https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state (검색일: 2022.12.12.).

수 있다. 일반적으로 분쟁 당사자들은 중재판정의 승인 및 집행은 뉴욕협약에 따라 국가법원을 통해 수행되도록 사전에 약정한다.[113]

Ⅲ. 국가법상의 ISDS 규칙

외국인투자 관련 국가의 법률 및 정책은 해당 외국인 직접 투자 및 ISDS에 매우 중요하다. 그 중 국가투자법은 많은 개발도상국 및 전환기 국가에서 외국인 투자를 규제하는 핵심이 된다. UNCTAD 투자법 데이터에 따르면 최소 136개국이 이러한 법을 가지고 있는데, 이 중 거의 모든 국가는 개발도상국 또는 전환기경제체(총 121개)이며[114] 선진국에서는 외국인 직접투자의 주요 조항이 다양한 다른 법률에 흩어져 있다.

국가투자법의 주요 목적은 외국인 투자를 촉진하고, 국내 시장 접근을 규제하며, 투자자의 권리와 보장을 규정하고, 분쟁해결의 방법을 명확히 하고, 투자 촉진 기관을 설립, 원스톱 서비스와 인센티브를 제공하여 투자를 장려하는 것이다. 그러나 대부분의 투자 방법은 동일한 목표와 기본 구조를 가지고 있지만 주요 FDI 조항의 내용과 질적 부분에 큰 차이가 있다. ISDS 조항은 그리 흔하지는 않지만, 국가투자법에 간혹 존재한다. UNCTAD에 따르면 136개의 국가투자법 중 68개가 국제중재를 규정하고 있다. 국가투자법이 ISDS를 포함할 때, 종종 더 신중하며, 일반적으로 사건별 동의 방식을 사용한다. 이러한 조항은 ISDS의 가능성을 제공하지만 ISDS가 진행되기 전에 주재국 정부의 추가 중재 동의가 필요하다.[115] 중국은 2019년 새로운 《중화인민공화국 외국인투자법》(이하 '외국인투자법'이라 한다)에 ISDS를 규정하지 않았지만, 투자분쟁을 해결하기 위해 외국인 투자기업에 대한 민원(claims) 처리 메커니즘을

113) UNCTAD, *Supra* note 102, p.69.
114) 라트비아, 에스토니아, 리투아니아, 우즈베키스탄 등 구 소련에서 독립한 국가들을 가리킨다. https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws(검색일: 2022.12.12.).
115) UNCTAD, *World Investment Report 2018*, p.107, at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf(Lastly visited on 2022.12.12.).

제26조에 규정했다.

조약에 따른 ISDS 중재가 오늘날 국제투자 논의의 초점이 된 것과 달리 국가투자법의 ISDS 규정에 따라 발생하는 ISDS 사건 수는 그러한 규정 자체가 드문 관계로 비교적 적다. ICSID에 따르면 국가투자법을 근거로 신청된 ISDS 사건 수는 지금까지 총 76건(이와 비교하여 ICSID 총 사건 수는 933건이었다)이 신청됐다.[116] 국가투자법에서 ISDS 조항을 적게 규정한 이유는 IIA와 국가투자법에서 ISDS의 사전 동의를 동시에 규정함으로써 각국의 ISDS에 대한 리스크가 증가하고 소송 절차가 연장되며 피소국이 더 높은 비용을 부담하게 되어 상충되는 판정이 나올 수 있기 때문으로 보인다.[117] 예를 들어, Caratube 대 카자흐스탄 정부 사건[118]에서 최초 IIA에 근거한 중재신청이 관할권을 이유로 기각된 후 투자자는 동일한 IIA에 따라 다시 중재를 신청하고 그 밖에 국가투자법에 따라 중재를 신청했다. 투자자는 결국 3,900만 달러의 배상금을 받았다. 또한 Pac Rim Cayman 대 엘살바도르 정부 사건[119]에서 중재판정부는 관할권 심사단계에서 조약에 기초한 청구를 기각했지만 국내법에 기초한 청구는 계속할 수 있었고 중재절차는 4년 더 지속되어 많은 중재 비용이 발생한 바 있다.

제4절 ICSID 협약과 국제투자분쟁해결센터

Ⅰ. 국제투자분쟁해결센터

세계은행은 1962년 ICSID 협약의 초안을 작성했으며, 이후 끊임없는

116) https://icsid.worldbank.org/cases/case-database(Lastly visited on 2022.12.12.).
117) UNCTAD, *World Investment Report 2018*, p.108.
118) Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/13/13).
119) Pac Rim Cayman Ltd v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12).

논의와 여러 수정을 거쳐 1965년 3월 18일 워싱턴에서 열린 세계은행 집행이사회에서 초안 조문이 공식 채택되고 공개 서명되었으며 1966년 10월 14일에 공식적으로 발효되었다. 협약이 발효되자마자 국제투자분쟁해결센터(The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)가 출범되었다.

ICSID는 세계 최초의 조정과 중재를 통해 국제투자분쟁을 해결하는 전문기관이다. ICSID에는 행정협의회와 사무국이 있으며 조정자 전문가 그룹과 중재인 전문가 그룹이 있다. 외국인 투자자와 투자유치국 정부 사이에 투자분쟁이 발생한 때에 ICSID는 투자유치국의 국내 사법 절차를 우회하고 ICSID 협약에 규정된 국제조정 및 중재절차를 사용하여 분쟁을 해결할 수 있다. 이는 ICSID 협약에 따라 각 체약국과 다른 체약국 국민 간의 투자분쟁을 조정하고 중재할 수 있는 편의를 제공하는 것을 목적으로 한다.[120] ICSID의 출현 의의는 ICSID의 전 사무총장인 Shihata가 말했듯이 "ICSID는 모든 관련 당사자의 이익과 요구, 특히 투자분쟁해결의 방식을 '탈정치화(depoliticize)'하려는 시도로 분쟁해결의 틀을 만들었다"고 할 수 있다.[121]

그러나 ICSID는 구체적 사건에서 직접 조정 및 중재를 수행하지는 않으며 대신 이 두 가지 특정 절차에 시설과 편의를 제공하고 중재판정부와 조정위원회의 작업에 필요한 지원을 제공한다. 분쟁 당사자가 ICSID 협약에 따라 ICSID에 분쟁을 중재신청하면 ICSID는 즉시 중재판정부와 조정위원회를 구성하여 분쟁 당사자와 중재판정부 또는 조정위원회 간의 상호교류 경로를 제공하고 ICSID 협약에 규정된 중재절차 또는 조정절차를 시작할 수 있도록 한다. 조정절차와 중재절차는 각각 독립적이며, 분쟁 당사자는 조정만을 요구할 권리가 있고, 먼저 조정을 요구할 권리가 있으며, 합의에 도달할 수 없을 때 중재 해결을 요청할

120) ICSID 협약 제1조 제2항.

121) I.F.I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes,* ICSID Rev 1, 1986.1. Shihata는 1983년부터 1998년까지 ICSID 사무총장이 되었고 세계은행 총고문을 지냈다. 轉引自：羅丹思, 同前注 44, 第15頁.

권리가 있다.

Ⅱ. ICSID 협약의 주요 내용

ICSID 협약이 확립한 분쟁해결 메커니즘은 크게 두 가지이다. 첫째는 ICSID 관할권에 관한 규정이고, 둘째는 조정 및 중재절차에 관한 규정이다.

1. ICSID 관할권의 요건

ICSID 협약 제2장은 ICSID의 관할권을 규정하고 있으며, 외국인 투자자와 투자유치국 정부 간의 투자분쟁중재사건에 대해 ICSID가 관할권을 갖는 것은 다음 세 가지 조건을 동시에 충족해야 한다고 하고 있다.

가. *분쟁을 중재신청할 권리가 있는 주체는 반드시 ICSID 협약의 체약국과 다른 체약국의 국민이어야 한다.*

이 국민이 자연인일 때 국적은 지속성이 있어야 한다. 즉 분쟁 당사자가 분쟁을 센터에 신청하거나 접수를 요청할 때 이 자연인은 다른 체약국의 국적을 가져야 한다. 실무에 있어서 예외적인 상황이 있는데, 즉 체약국이 아닌 국가에 설립되었으나, 체약국 국민이 통제하는 법인도 해당 체약국의 국적을 가질 수 있다.[122]

나. *ICSID 관할에 중재신청된 분쟁은 투자로 인한 직접 법적 분쟁이어야 한다.*

ICSID 협약의 해석에 따르면 법적 분쟁은 “법적 권리나 의무의 존재나 범위, 또는 법적 의무 위반에 따른 보상의 성질이나 정도에 관한 것이어야

122) 史曉麗，祁歡：《國際投資法》，中國政法大學出版社，2009年8月第1版，第273頁.

하며”, 단순한 이해충돌은 ICSID의 관할이 아니다.[123] 그러나 이 절차의 대상이 되는 투자의 정의에 대해서는 명확한 규정이 없다. 이에 대해 대상 투자는 “당사자의 동의와 체약국의 의사를 고려하여 정한다”는 것이 협약의 해석인데,[124] 현실적으로 ICSID가 관할권을 확대해 적용 범위를 넓히려는 의도로 풀이된다. 투자의 정의가 명확해지면 ICSID의 관할권 확대가 어려워진다. 현재는 어떤 투자든 ICSID 관할 범위 안에 들어 있다.

다. *분쟁 당사자는 분쟁을 ICSID 관할로 중재신청하는 데 서면으로 동의해야 한다.*

체약국은 ICSID의 관할에 동의한다는 의사표시를 본국 법률에 명시할 수 있으며, 타국과 체결한 쌍무조약에서 ICSID 관할을 수락할 것을 명시할 수 있으며, ICSID 협약에 가입할 때 ICSID에 분쟁을 중재신청하는 것에 동의하거나, 체약국이 다른 체약국 국민과 투자계약을 체결할 때 ICSID 조정 또는 중재조항을 적용하는 것을 선택할 수 있다. 그러나 분쟁 당사자들이 ICSID에 분쟁의 중재신청에 동의하면 철회할 수 없다. 한쪽이 독단적으로 동의를 철회하는 경우 다른 한쪽은 ICSID 협약에 따라 양측이 이전에 동의한 대로 ICSID에 분쟁을 중재신청할 수 있다.

2. 조정 및 중재에 관한 규정

ICSID 협약 제3장은 조정의 개시, 조정위원회의 구성 및 조정 절차를 규정하고 있다. 조정위원회는 쌍방이 동의한 단독 조정자 또는 홀수 조정자로 구성될 수 있으며, 위원회는 분쟁 당사자의 쟁점을 명확히 하고 분쟁 당사자 쌍방이 인정하는 해결 방안을 달성하기 위해 가능한 모든

123) ICSID, *Report of The Executive Directors On The Convention On The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 1965.3.18, Para. 26, at https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention (Lastly visited on 2023.6.7.).
124) *Id.*, Para. 27.

노력을 기울여야 한다. 조정위원회는 조정절차가 진행되는 동안 분쟁 당사자에게 언제든지 해결방안에 대한 의견을 제시할 수 있다. 동시에 분쟁 당사자는 조정위원회와 적극적으로 협력하고 조정위원회의 의견을 주의 깊게 듣고 고려하며 조정위원회가 직무를 수행할 수 있도록 노력해야 한다. 분쟁 당사자들이 모두 받아들일 수 있는 해결 방안이 도출되면 조정위원회는 양측 분쟁의 쟁점과 해결방안의 내용을 담은 보고서를 작성해야 한다. 해결방안에 도달하지 못하거나 분쟁 당사자가 조정에 참여하지 않은 경우에도 위원회는 상황을 설명하기 위해 보고서를 작성해야 한다.

중재절차에 관한 ICSID 협약의 규정은 제4장에 있으며, 조정보다 중재절차에 관한 규정이 더 상세하다. 그 중 제1절과 제2절은 중재의 개시와 중재판정부의 구성을 규정하고 있다. 제3절은 중재판정부의 권한과 기능을 규정하고 있으며, 중재판정부는 자신이 향유하는 권한을 결정할 권리가 있으며, 분쟁의 어느 쪽이든 ICSID가 관할권 없거나 중재판정부의 권한 범위에 속하지 않는다고 판단되는 경우 중재판정부는 그 의견을 진지하게 고려하고 이를 선결문제로 처리할지 또는 분쟁의 실질적인 문제와 함께 처리할지 여부를 결정해야 한다.[125] 제42조는 중재준거법의 적용을 규정하고 있다. 중재판정부는 각 당사자가 동의한 법률규칙에 따라 분쟁에 대해 판정을 내려야 한다. 그러한 합의가 없는 경우 중재판정부는 분쟁 당사국의 법률(저촉법에 관한 규칙 포함)과 적용될 수 있는 국제법 규칙을 적용해야 한다. 중재판정부는 '법에 명문 규정이 없다'거나 '법이 모호하다'는 이유로 판정을 미룰 수 없다. 중재판정부는 분쟁 당사자가 모두 동의하는 경우 신의성실의 원칙에 따라 분쟁에 대해 판정을 내릴 권리가 있다.

제4장 제5절은 판정의 해석, 수정 및 파기에 관한 규정이다. 파기는 일정한 절차를 통해 이미 발효된 판정의 일부 또는 전부를 효력을 상실시키는 것을 말하며, 하자가 있는 판정에 대한 구제 수단이다. ICSID

125) ICSID 협약 제41조 제2항.

협약 제52조에 따르면 중재 판정이 내려진 후, 어느 당사자도 일정 기간 내에 다음 중 하나 또는 여러 가지 이유에 따라 사무총장에게 판정 파기 신청서를 서면으로 제출할 권리가 있다. ① 중재판정부의 구성이 부적절한 경우, ② 중재판정부가 명백히 그 권한을 초월한 경우, ③ 중재판정부의 중재인이 뇌물을 받는 행위를 한 경우, ④ 기본절차 규칙을 심각하게 위반한 경우, ⑤ 판정이 그 근거가 되는 이유를 진술하지 않은 경우. 행정이사회의장은 파기 신청을 받은 후, 반드시 즉시 전문위원회를 구성하여 처리해야 한다.[126] 특히 전문위원회는 사건의 실체를 심사할 수 없고, 판정 결과를 직접 변경할 수 없으며, 앞서 언급한 파기 사유가 있는지 여부를 심사해 취소 여부를 결정할 수 있다.

제6절은 판정의 승인과 집행을 규정하고 있다. 규정에 따르면 판정 후 분쟁 당사자 모두 판정에 구속력이 있음을 인정하고 판정을 국내 법원의 판결처럼 판정을 이행할 의무가 있다. 분쟁의 모든 당사자는 중재판정을 엄격히 준수하고 이행해야 하며 판정에 대한 항소나 ICSID 협약에 규정된 것 이외의 다른 구제 수단을 채택해서는 안 된다.[127] 이로써 ICSID 센터의 감독 메커니즘은 내부적이며 ICSID 협약 및 기타 관련 규범(예를 들어 ICSID 중재규칙)에 의해 제한되며 다른 국가, 국제기구 또는 국제협약과 완전히 독립되어 있음을 알 수 있다. 요컨대, 각 체약국이 ICSID의 판정을 승인하거나 이행하는 것은 ICSID 협약의 중요한 부분이다. 분쟁을 완전히 해결하려면 반드시 판정의 승인과 집행에 의존해야 비로소 당사자의 합법적인 권익을 진정으로 보호할 수 있기 때문이다.

ICSID 협약은 ICSID 추가편의규칙에 적용되지 않고 ICSID 추가편의규칙은 중재판정을 승인하고 집행하는 절차를 포함하지 않기 때문에 이 규칙에 따른 중재판정의 승인과 집행은 국제조약과 중재지국법의 적용을 받게 된다는 점에 유의해야 한다. 또한 ICSID 협약을 효과적으로 시행하기 위해 ICSID는 ICSID 조정규칙과 ICSID 중재규칙을 제정하여 협약에 명시된

126) 위의 협약, 제52조 제3항.
127) 위의 협약, 제53조 제1항.

내용을 더욱 세분화하고 보완하였다.

Ⅲ. ICSID의 장점

ICSID 메커니즘은 현재 세계에서 가장 적용 가능하고 효과적인 국제투자분쟁해결 메커니즘이다. 이 메커니즘은 투자자 개인이 투자유치국을 상대로 투자분쟁을 해결하는 효시이며, 외국인 투자자와 투자유치국 간의 충돌을 완화하고 갈수록 실용적인 국제투자분쟁해결 메커니즘의 청사진을 구축한다.

국제경제 활동에서 ICSID 메커니즘은 지속적으로 국제 자본의 국가 간 이동을 촉진하며, 그 중요한 역할은 다음과 같은 방면에서 나타난다.

첫째, *ICSID 협약에 규정된 중재절차는 독립성을 갖고 적용 법률은 자주성을 갖는다.*

ICSID 협약에 규정된 중재절차는 체약국 국내법의 투자분쟁해결절차와 다르며, 중재판정부는 외국인 투자자와 투자유치국 정부 간의 투자분쟁을 심판할 때 각 체약국 국내법원의 관할이나 주장을 고려하지 않고 중립적인 위치에 설 수 있다. 이러한 중재절차는 체약국 법률에 비해 자치적이고 배타적인 특징이 있다. 일반적으로 적용 법률에서 분쟁 당사자는 체약국의 국내법, 국제법 및 규범, 국내법과 국제법을 동시에 적용할 수 있는 선택권을 가지고 있다. 어떤 법이 최종적으로 적용되든 ICSID 중재판정부는 분쟁 당사자가 선택한 법률에 대해 충분한 존중과 집행을 제공한다.

둘째, *중재 판정의 승인과 집행에 대해서는 ICSID 협약의 규정이 유리하다.*

ICSID 판정은 구속력이 있다. 분쟁 당사자의 경우 결정이 내려지면

구속력이 있고, 판정 내용을 준수하고 이행해야 할 의무가 있으며, 다른 경로를 통해 쉽게 결정을 변경할 수 없다. ICSID 협약은 판정을 해석, 수정 또는 파기할 수 있다고 규정하고 있지만 이 세 가지 구제 조치는 ICSID 협약에 따라야만 수행될 수 있고 각국 국내 법원에서 수행될 수 없다. 분쟁 당사자가 앞서 언급한 보완 조치를 사용하거나 사용하지 않을 경우 판정은 구속력을 가지며 분쟁 당사자는 무조건 준수하고 이행해야 한다. 또 ICSID 협약 자체가 국제협약이기 때문에 국제법상의 법적 효력을 갖는다. 따라서 이 협약과 그 규칙에 따른 판정은 반드시 체약국의 준수, 승인 및 집행을 받아야 한다. 이것은 모든 체약국에 있어서 강제성을 지닌 의무이다. 그러므로 상대적으로 약자인 투자자 개인을 보호하고 투자분쟁을 최대한 공정하게 해결하는 데 도움이 된다.

셋째, *ICSID 메커니즘은 국가와 타국 간의 투자분쟁을 비정치적 방식으로 공정하고 합리적으로 해결하는 데 도움이 된다.*

투자유치국 정부와 외국인 투자자 간의 국제투자로 인한 법적 분쟁은 투자유치국 내에서 일종의 외국 관련 행정 분쟁이다. 이러한 분쟁에 대해서는 국가 주권 중 속지 관할권 원칙에 의하든, 경제주권의 원칙에 의하든, “각국은 자국 내 외국인 투자 및 다국적 기업의 활동에 대한 관리 감독권을 가진다.” 그리고 “각국은 지역의 외국 자산을 국유에 귀속하거나 수용할 권리가 있다.” 투자유치국 법원은 이러한 투자분쟁에 대해 독점적인 관할권을 가지고 있다.

그러나 주재국의 법률과 사법기관의 공정성을 의심하는 외국인 투자자들은 종종 ‘국제 표준’의 보호를 요구하는데, 이는 투자유치국이 절대 받아들일 수 없는 일이다. 또 자본유출국들도 외교적 보호권 행사를 이유로 투자유치국에 대한 외교적 개입, 국제적 요청, 일방적인 경제제재 등으로 빈번히 투자분쟁을 정치화하는 경우가 많다. ICSID 메커니즘의 설립은 주재국과 사적 투자자 간의 이익을 적절하게 맞추었으며, 이러한

분쟁에 대한 주재국의 관할권을 국제기구에 양도하였다.[128]

128) 余勁松：《國際投資法》，法律出版社，1997年，第458頁.

제3장 역할전환 배경 아래 중국과 ISDS

1980년대부터 중국(홍콩・마카오・대만 제외)은 외자 이용액이 줄곧 세계 상위권을 차지하고 있는 전형적인 자본유입대국이다. 상당기간 동안, 어떻게 외자 관리 질서를 잘 유지할 것인가는 중국의 가장 중요한 고려사항이며, 해외투자분쟁의 해결은 결코 두드러지지 않는다. 해외진출(走出去) 전략의 실시와 일대일로 이니셔티브의 제안으로 중국은 전방위 개방의 새로운 구도를 더욱 추진했고 해외투자는 빠르게 발전하여 최근 몇 년 동안 줄곧 고속성장 추세를 유지하고 있다. 지금까지 중국의 FDI 유입량(FDI inflows)과 유출량(FDI outflows)은 모두 세계 상위권을 유지하고 있다.[129] 중국은 자본유입국에서 자본유입・자본유출이라는 이중적 지위를 겸비한 국가로 변모했다.

역할이 바뀌면서 해외투자 보호에 대한 중국의 태도도 달라졌다. 중국이 조기에 서명한 대량의 BITs 중 ISDS에 대해 규정한 것은 제한적 동의 조항이다.[130] 그러나 1998년 '중국-바베이도스 BIT'는 기념비적인 상징으로, 모든 투자자와 주재국 간의 분쟁을 ICSID에 중재신청할 수 있도록 한 최초의 양자투자협정이다. 그 이후로 중국의 ISDS에 대한 태도는 크게 변화했으며 광범위한 ISDS는 최근 중국의 BITs의 필수 조항이 되었다. 오늘날 ISDS는 투자자와 국가 간의 분쟁을 해결하는 효과적인 수단으로서 국제투자에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있으며, 역할전환의 배경인

129) 최근 5년(2017-2021) 동안 중국의 FDI 유량은 모두 세계 상위권을 차지했다. 그 중 FDI 유입량은 5년 연속 세계 2위를 차지했다. FDI 유출량은 소폭 변동했다. 즉, 2017년에는 세계 3위, 2018년에는 2위, 2019년에는 3위, 2020년에는 2위, 2021년에는 4위를 차지했다(유엔무역개발회의 2018-2022 세계투자보고서 참조). 짚고 넘어가야 할 것은 UNCTAD가 2022년 발표한 세계투자보고서에 따르면 중국의 2021년 FDI 유출량은 1,450억 달러이지만 중국의 상무부, 국가통계국, 국가외환관리국이 공동으로 발표한 '2021년 중국 대외직접투자통계공보서'에 따르면 2021년 중국 FDI 유출량은 1,788억 2,000만 달러이다. 중국 발표대로라면 2021년 중국 FDI 유출량은 세계 2위이다.

130) 중국이 초기에 체결한 BITs 중 다수 규정은 수용 보상금액에 관한 분쟁만을 ICSID 관할에 맡기도록 규정하고 있었다.

중국도 보다 적극적인 자세로 ISDS에 참여하고 있다.

이 장은 세 부분으로 나뉘는데 먼저 중국의 해외투자 발전과정부터 시작하여 중국은 국제투자에서 역할전환을 설명한다. 다음 중국 역대 BIT의 ISDS 조항을 관찰함으로써 ISDS에 대한 태도 변화를 살펴보고. 마지막으로 중국이 최근 체결한 IIAs의 새로운 추세를 소개할 것이다.

제1절 해외투자에서 중국의 역할전환

Ⅰ. 중국 해외투자의 비약적인 발전

중국 해외투자는 중화인민공화국 경내(홍콩, 마카오, 대만 제외)의 각종 투자주체가 화폐, 유가증권, 실물, 지적재산권 또는 기술, 지분, 채권 등의 자산과 권익을 투자하거나 담보 제공을 통해 해외기업의 소유권, 통제권, 경영관리권 및 기타 관련 권익을 획득하는 활동을 말한다.[131] 중국의 해외투자는 무에서 유를 창조하고, 작은 것에서 큰 것으로, 약한 것에서 강한 것으로 비약적인 발전 과정을 거쳤다. 개혁개방(改革開放) 초기부터 지금까지 40여 년 동안 세계 대외투자 발전사의 기적을 일궈냈다. 전반적으로 중국의 해외투자발전은 다음과 같은 단계를 거쳤다.

1. 발아 및 초기 단계

이 단계는 중국의 개혁·개방 초기부터 1990년대까지로 해외투자는 수출입 확대나 외자 유치보다 종속적인 위치에 있었다. 개혁개방 이후 중국의 소수의 대외경제무역회사는 건설, 무역, 요식업, 컨설팅 서비스 등의 산업을 포함하여 해외에 무역 서비스를 위한 창구 기업을 설립했으며 가공 및 제조업에 대한 투자는 비교적 적었고 투자는 주로 개발도상국과

131) 中國國家發展与改革委員會：《中國對外投資報告》，人民出版社，2017.11，第2頁.

홍콩, 마카오에 분포되어 있었던 것이 중국의 해외투자의 초기 형태이다. 1985년 중국 구 대외경제무역부는 《해외 비무역성 기업 설립에 관한 승인절차 및 관리방법》를 제정하여 사업체와 자금 출처, 일정한 기술 수준과 전문 업무, 합작 대상만 있는 경우 모두 해외에 가서 합자기업을 설립할 수 있다고 규정했다.[132] 이 시기에 투자주체는 기존 대외무역회사뿐만 아니라 많은 중대형 생산기업과 종합 금융기업을 포함했으며 투자영역도 점차 요식업, 서비스, 자원 개발, 가공 및 제조, 운송 및 기타 산업으로 확장되었고 목적지는 개발도상국과 홍콩 및 마카오에서 일부 선진국으로 확장되었다.

이 시기 중국의 해외투자는 경영 마인드나 투자방식·규모 면에서 탐색적이고 시험적이었으며, 기본적으로 자발적 단계였다. 국가는 엄격한 규제에서 적절한 완화로 대외투자를 전환하는 과정을 거쳤고 점차 해외투자 관리에 대한 초기 경험을 축적했다. 이때의 해외투자는 발아 및 초기 단계였지만 무(无)에서 유(有)를 창조하는 실질적인 도약을 이루었다.

2. 모색 및 속도 향상 단계

이 단계는 주로 1990년대를 가리킨다. 1992년 덩샤오핑(鄧小平)의 남순강화(南巡講話)와 해외진출 전략을 내세워 중국의 개혁개방은 새로운 발전단계에 들어섰다. 국가는 해외투자에 대한 승인을 완화하고 기업의 해외투자관리를 지속적으로 간소화하여 중국기업의 해외투자 속도는 눈에 띄게 빨라졌다. 서우강(首鋼, Shougang), 하이얼(海爾, Haier) 등으로 대표되는 중국기업의 국제화 경영의 급속한 발전기가 나타났다. 수많은 대형 국유기업과 사기업이 해외진출에 나서면서 중국의 대외 직접투자는 성황기를 맞았다.[133]

---

132) 原磊, 邱霞 : 《中國企業國際化的回顧与展望》, 載《宏觀經濟研究》2009年第9期, 第26-27頁.

133) 1992-1993년 서우강(首鋼) 국제경영이 급속히 확대되어 2년 만에 서우강 국제기업유한회사, 서우강 말레이시아유한회사, 서우강 모스크바사무소, 서우강 페루철광회사, 인도네시아 사발리유한회사, 서우강 두바이강선공장, 박카그룹유

가속도가 붙으면서 이 시기 중국의 해외투자에도 문제가 적지 않았다. 첫째, 발전이 불안정했다. 1992년의 대외직접투자액은 1991년에 비해 3배 이상 증가한 40억 달러에 달했지만 2000년에는 9억 2,000만 달러로 다시 떨어졌다. 둘째, 해외투자는 장기성과 전략성이 부족했다. 많은 기업의 대외투자는 비교적 많은 우연성 요인과 단기 이익 목표에 의해 주도되며, 진정으로 대외투자를 기업의 장기경영발전전략에 포함시키지 않았다. 셋째, 전체 규모가 작았다. 2000년까지 중국의 해외투자 총액은 277.68억 달러에 불과하여 미국의 그것(6조 7,000억 달러)과 천양지차일 뿐 아니라 대만의 그것(666.55억 달러)의 절반에도 미치지 못했다.[134]

3. 신속과 안정 단계

이 단계는 2000년대 이후 현재까지이며 이 기간 동안 중국의 해외투자에 일련의 긍정적인 요소가 나타나기 시작하였다. 첫째, 정책적 측면에서 국가는 해외투자를 장려하고 지원하며 적극적으로 유도하는 업무방침을 채택하였다. 중국 공산당 제16차 전국대표대회부터 제20차 전국대표대회까지 각 보고서에서는 모두 높은 수준의 대외개방을 추진하고 대외투자를 혁신해야 한다고 강조했다. 2022년 중국 공산당 제20차 전국대표대회 보고서에서는 “외자접근 유보목록(negative list)을 합리적으로 축소하고 법에 따라 외국인 투자자의 권익을 보호하며 시장화, 법치화, 국제화 일류 비즈니스 환경을 조성하고 일대일로 공동 건설의 고품질 발전을 촉진한다”고 밝혔다. 이러한 지시는 중국의 해외투자의 급속한 발전을 위한 정책적 토대와 제도적 기반을 튼튼히 다지기 위한

한회사 등 17개의 해외투자기업을 설립하였다. 하이얼(海爾)그룹은 1996년 해외투자를 시작해 2001년까지 유고슬라비아 하이얼 생산공장, 필리핀 하이얼 LKG 전기유한회사, 하이얼사 폴유한회사, 말레이시아 하이얼공업유한회사 등 여러 국가의 해외 생산기지를 설립했다. 이런 국제화 확장의 속도와 효율은 해외투자기업의 발전사에서 모두 전세계적으로 매우 보기 드물다. 參見 : 同上注, 第27頁.

134) 데이터 출처 : UNCTAD, Annex Tables: FDI outward stock by region and economy, 1990-2021.

것이었다.

이와 함께 중국 대외투자 관리체제도 점차 간소화되는 추세이다.[135] 2019년 중국은 외국인투자법을 통과시켰으며, 이는 중국의 첫 번째 외국인투자 분야에서의 기본법이었다.[136] 외국인투자법 제4조에 따르면 국가는 외국인투자에 대하여 승인을 하기 전에 내국민대우 및 유보목록 관리제도를 시행한다. 국가는 유보목록에 포함된 항목 외의 사항에 대해서는 외국인 투자에 대해 내국민대우를 한다. 이는 입법 차원에서 중국 신시대 외자관리에 대한 새로운 체제를 확립한 것이다.

둘째, 대외 환경의 관점에서 중국은 국제 산업 패턴의 분업과 경제 세계화의 물결에 깊이 참여하고 있다. 2001년 중국은 세계무역기구(WTO)에 가입하여 'WTO 가입' 약속을 이행함과 동시에 중국기업이 해외투자를 장기적인 전략으로 접근하면서 대외투자 활동을 더욱 강력하고 지속적으로 추진하기 시작하였다. 자체 정책을 WTO 규칙에 점차 접목하여 해외투자활동을 위한 규칙적인 길을 마련했다. 중국은 적극적으로 세계 주요 경제단체와 다양한 유형의 파트너십을 구축하고 양자·다자 투자보호협정을 광범위하게 체결하며 주변 지역과 경제무역 협력 및 통합을 지속적으로 강화하고 일대일로 공동 건설, 특히 국제 생산 협력을 적극적으로 추진하며 세계 각국과 경제와 무역에 관하여 긴밀한 관계를 맺고 해외투자 활동을 촉진하기 위한 좋은 분위기, 조건 및 환경을

---

135) 1990년대 말부터 중국의 기업 대외투자 관리는 간소화됐다. 2004년 7월 중국 국무원은 《투자체제 개혁에 관한 결정》을 발표하여 중국이 공식적으로 허가를 위주로 하는 대외투자관리체제를 실시함을 표시하였으며, 발전개혁부서는 해외투자 프로젝트의 관리를, 상무부는 해외 설립기업의 관리를 담당하였다. 2008년 8월 중국 국무원은 《중화인민공화국 외환관리조례》를 공포하여 강제 외환매각에서 자발적 외환매각의 새로운 외환관리체제로 전환하였다. 2014년 중국 발전개혁위원회가 공포한 《해외투자사업 허가 및 신고에 관한 관리방법》과 상무부가 공포한 《해외투자 관리방법》은 중국의 대외투자 관리가 '허가 위주'에서 '신고 원칙, 예외 허가'로 바뀌어 심사절차를 대폭 간소화하였다. 中國國家發展与改革委員會, 同前注 131, 第11-12頁.

136) 중국 외국인투자법의 공포는 기존 《중외합자경영기업법》,《외자기업법》, 《중외합작경영기업법》의 기능을 통합하여 중국이 외자의 촉진, 보호 및 관리에 새로운 시대에 들어섰음을 상징한다.

조성한다.

셋째, 내부 수요의 관점에서 볼 때 점점 더 많은 중국기업이 해외투자를 장기적인 전략으로 접근하면서 대외투자 활동을 더욱 강력하고 지속적으로 추진하기 시작하였다. 중국기업의 지속적인 성장과 함께 기업은 수익을 극대화하기 위해 대외투자 활동을 통해 글로벌 차원에서 자원 공급을 받고 또 그렇게 공급받은 자원을 활용하여 그 효율성을 높이면서 지역 또는 글로벌 생산 공급망을 형성하기 위해 노력하였다. 그 결과 해외투자는 이미 기업의 장기적인 생존과 발전의 내재적 요소가 되었다.

이 시기 중국의 대외투자는 비약적으로 발전하였고, 대외투자 규모는 비교적 빠른 성장세를 유지하였다. 2005년 100억 달러를 돌파했고, 2013년 1,000억 달러를 넘어섰으며, 2015년 중국 FDI 유출량이 처음으로 FDI 유입량을 추월했고, 2016년 중국 FDI 유출량은 1,961억 달러에 달해 세계 2위로 뛰어올랐다. 중국의 대외직접투자 총액이 눈에 띄게 증가했다. 2021년 대외투자 총액은 2000년 말 대비 93배 가까운 2조 6,000억 달러로[137], 세계 비중의 6.6%를 차지하며 미국(9조 8,000억 달러), 네덜란드(3조 4,000억 달러)에 이어 세계 3위였다. 투자산업구조와 지역 배치가 더욱 다양해지고 투자 주체와 투자 산업 분야가 더욱 다양해졌다.[138] 국제 생산협력과 인프라를 상호 연결하는 건설을 적극적으로 추진하면서 해외투자는 중국과 세계 각국의 경제 관계를 강화하는 중요한 연결 고리가 되었다.

개혁개방 이후 중국 해외투자의 진화와 성장 과정을 살펴보면 중국의 대외투자 활동은 항상 역동적이고 왕성한 활력을 유지하고 있다. 그중에는

137) UNCTAD는 2조 6,000억 달러, 중국은 2조 8,000억 달러를 공식 발표했다.

138) 중국의 해외투자 주체는 점차 국유기업에서 사기업과 개인을 포함하여 여러 산업과 분야에 걸쳐 확장되었다. 2021년 중국의 대외 직접투자는 국가 경제의 18개 산업 범주를 포괄할 것이며 그 중 80%는 임대 및 비즈니스 서비스, 도소매, 제조, 금융, 교통 및 운송 분야로 흘러가고 흐름은 100억 달러를 초과할 것이다. 2021년 말 임대 및 비즈니스 서비스, 도소매, 금융, 제조 및 기타 산업의 투자 총액이 1,000억 달러를 초과하고 투자 자유화 개념이 어느 정도 촉진되었다.

국가의 에너지, 자원안전을 보장하고 경제사회의 지속가능한 발전의 기본수요를 충족시키는 시대적 추진이 있었을 뿐만 아니라 산업구조를 최적화하고 업그레이드하며, 중국의 국제경제 지위와 영향력을 확대하기 위한 주도적 계획도 있었다.[139] 중국의 해외투자는 자발적 탐색에서 전면적인 발전으로 역사적 전환과정 중에 있다. 즉 이익 탐구가 근본, 정책적 장려가 관건, 국가력이 기초, 국제환경이 조건, 기업의 노력(분투)이 주체가 되어 다양한 요인들이 복합적으로 작용하면서 국제투자 구도에서 중국의 역할 변화를 촉진하고 있다.

Ⅱ. 중국 국제투자에서 역할전환

개혁개방 이후 40여 년의 급속한 발전을 거쳐 국제투자에서 중국의 역할은 단순한 자본유입국에서 자본유입국과 자본유출국으로 이중역할을 겸비하고 동시에 자신 특수성과 복잡성을 가진 사회주의 투자대국으로 변모하였다. 국제투자에서 중국의 역할전환을 살펴보면 다음과 같이 이해할 수 있다.

1. 자본유입대국에서 쌍방향 투자대국으로 역할전환

자본유입에서 자본유출, 자본 양방향 이동에 이르는 대체적인 균형은 나라 경제발전의 필연적인 논리이다. 1993년부터 중국의 연간 FDI 유입량은 세계 대부분의 선진국 지역보다 높았고 2017년 이후에는 종종 미국에 이어 세계 2위를 차지했다. 그러나 1990년대부터 21세기 첫 10년까지 중국의 FDI 유출량과 FDI 유입량 사이에는 항상 큰 격차가 있었고 FDI 유입량은 유출량보다 훨씬 높았으며 둘 사이에 명백한 불균형 상태에 있었다.[140] 즉, 중국의 국제투자활동 참여는 외자유치 위주,

---

139) 周升起：《中國對外直接投資：現狀、趨勢与政策》，載《東亞論文》2009年第5期, 第12-18頁.

140) 여기에서 FDI 유출량과 유입량은 유량(flow) 개념이고, FDI 유출총액과 유입총액은 저량(stock) 개념이다.

대외투자를 보조한다는 것이다. 그러나 최근 몇 년 동안 이 상황은 현저한 변화를 겪고 있으며, 중국의 대외투자는 가속적인 발전 추세를 보이고 있다. 2012-2021년 중국의 쌍방향 투자 대비표(표 5 참조)를 관찰하여 보면 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 2012년부터 중국의 FDI 유출량 증가 속도가 유입량보다 현저히 높았고, 특히 2015년에는 중국의 대외투자가 또 다른 시점을 맞이하여 자본 순유출 단계에 진입하기 시작했으며, 이후 몇 년 동안 중국의 FDI 유출량이 유입량을 초과하여 자본 순유출국이 되었다. 같은 기간 전 세계 자본유출량에서 중국의 FDI 유출이 차지하는 비중은 2012년 6.3%에서 2020년 20.2%로 지속적으로 증가해 세계경제에 대한 기여가 뚜렷해지고 있다.[141] 2021년 코로나19의 영향으로 중국 FDI 유출량은 감소한 반면 FDI 유입량은 크게 증가하여 일시적으로 자본 순유입국으로 돌아왔다. 중국은 2013년 일대일로 이니셔티브를 제안한 이후 150개 국가 및 32개 국제기구와 200여 건의 일대일로 관련 협력 문서에 서명했다.[142] 2013년부터 2020년까지 일대일로 파트너 국가에서 중국의 직접투자총액은 1,400억 달러에 육박하여 중국은 쌍방향 투자 대국, 특히 대외투자 대국의 위상을 더욱 강화했다.

FDI 유입량이 장기간 고공행진을 하였기 때문에 중국의 유입총액도 빠르게 상승하였다. 2021년 말 기준 중국 FDI 유입총액은 세계 4위였다. FDI 유출총액은 2002년 글로벌 25위에서 2021년 3위로 뛰어올랐다. 자본 유입과 유출 양쪽의 흐름과 총액 상승은 중국이 명실공히 쌍방향 투자 대국이 되었음을 상징한다.

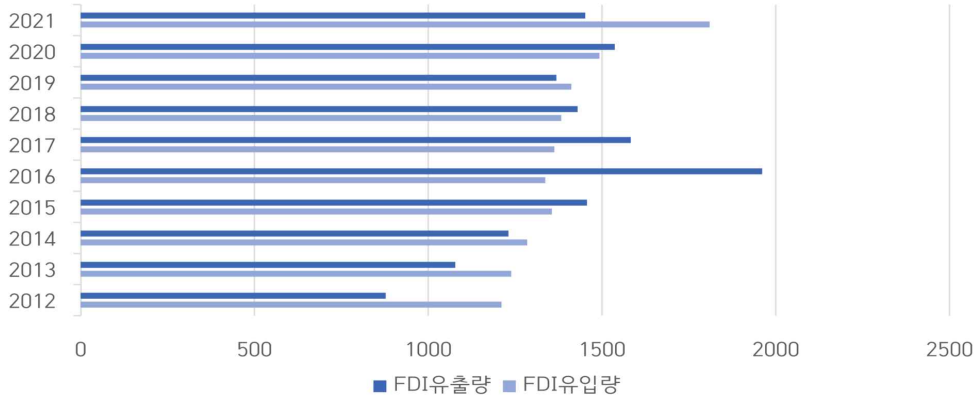
<표 5> 중국 쌍방향 투자 대비(2012-2021)[143]

단위: 억 달러

141) 中國國家外匯管理局國際收支分析小組, 《2021年中國國際收支報告》, 2022.3.25, 第30頁.

142) 데이터 날짜는 2022년 12월까지이며, 중국 일대일로 홈페이지 참고: https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/roll/77298.htm (검색일: 2022.12.16.).

143) 데이터 출처 : UNCTAD, Annex Tables: 'FDI outflows, by region and economy, 1990-2021', 'FDI inflows, by region and economy, 1990-2021'.



2. ISDS의 관찰자에서 참여자로 역할전환

중국은 개혁개방 초기 자본유입국으로서 국제투자체제에 수동적으로 참여했고, 분쟁해결의 주된 시각은 자국의 외자관리권을 수호하고 현지화 방식을 통해 문제를 해결하면서 분쟁의 국제화를 막는 것이었다. 이는 중국이 초기 대외적으로 체결한 1세대 BIT 분쟁해결 조항에서 주재국의 행정심사(administration review) 절차[144]나 현지 사법구제를 통해 문제를 해결하자고 주장한 데 반영됐다. 국제투자 중재는 분쟁해결조항을 규정하지 않거나[145] 중재 가능한 투자자와 주재국 간의 분쟁 사항을 보상금 수용액을 결정하는 문제로만 한정하는 등 규제가 심했다.[146]

144) '대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정' 제9조에서는 '행정심사'란 용어 대신 그 체약국의 법률에 따른 국내 '행정검토' 절차라는 용어를 사용하고 있다. 한국법에서는 행정심판이 그러한 행정검토 절차에 속할 것이다. 이하 같다.

145) 예를 들어, 1982년 중국이 대외적으로 체결한 첫 번째 BIT인 중국-스웨덴 BIT는 투자자와 주재국의 분쟁해결조항을 규정하지 않았으며, 양측은 각서교환에서 추가 협정으로 ICSID 틀에서 분쟁을 해결하기로 합의했다. 중국 상무부 조약법률사: 중국-스웨덴 BIT 참고: http://www.mofcom.gov.cn/article/zhongyts/ci/200207/20020700032156.shtml.(검색일: 2023.4.16.).

146) 예를 들어, 1993년 중국과 크로아티아 BIT 제8조 제3항은 수용 보상금액에 관한 분쟁이 우호적인 협상 후 6개월 이내에 해결되지 않으면 임시 중재판정부

이러한 이유들로 인해 2007년 이전에는 중국 투자자와 중국 정부 모두 ISDS 관련 경험이 전무했다.

금세기 들어 중국의 해외진출 전략이 빠르게 추진되면서 중국의 대외투자가 계속 증가하고, 중국기업이 해외에서 각종 위험과 부당한 대우를 받는 일이 빈번해지자[147] 중국 투자자들은 국제투자 중재체제를 이용해 자신들의 합법적인 권익을 보호하는 법을 배우기 시작했다. 중국 투자자의 첫 국제투자 중재 사건은 2007년 홍콩 주민(중국 국적)인 셰예선(謝業深) 대 페루 정부 사건[148]이고, 중국 본토 투자자의 첫 ISDS 사건은 2010년 북경서우강(北京首鋼) 등 대 몽골 정부 사건[149]이다. 이와 함께 중국 정부가 외국인 투자자에 의해 국제중재판정부에 제소될 위험도 높아져 2011년 말레이시아 Ekran Berhad 대 중국 정부 사건[150]은 중국 정부를 피신청인으로 하는 첫 번째 국제투자 중재 사건이 되었다. 이후 중국 관련 투자분쟁이 늘면서 중국은 국제투자 중재 무대에서 참여자로서 그 역할을 탈바꿈하게 되었다. 이 같은 변화의 원인은 두 가지다.

에 중재신청할 수 있다고 규정하고 있다. 참고: 중국-크로아티아 BIT, http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/200212/20021200058368.html.(검색일: 2023.4.16.). 1980년대와 1990년대 초반 중국이 ICSID 협약에 가입하지 않았기 때문에 이론적으로 당시 중국 해외투자자들은 현지 구제를 구하는 것 외에 BIT 중재조항이나 분쟁 당사자 간의 중재 합의를 근거로 분쟁을 UNCITRAL 중재규칙에 근거한 임시 중재판정부에 맡길 수 있었다.

147) 예를 들어 2009년 중국알루미늄회사가 호주 리토그룹에 출자하기로 한 계약이 파기되었다. 중국 화웨이(華爲)가 미국 시장에 진출할 때 미국 외자투자위원회가 미국의 '국가 안보'를 위협한다는 이유로 번번이 제동을 걸었다. 2011년 리비아 내란으로 중국 정부가 교민 철수에 성공한 뒤 중국 기업 50여 개 프로젝트가 큰 손실을 입었다. 2014년 차드 정부는 CNPC(中石油)의 현지 유전 채굴을 중단시켰다. 2014년 멕시코 정부는 CRCC(中國鐵建)가 낙찰한 고속철 프로젝트를 무기한 보류한다고 발표했다. 2016년 중국 기업이 베네수엘라 고속철을 수주했지만 베네수엘라 경제 상황 악화로 멈춰섰다. 인도 재무부 조세국은 2021년 12월 탈세 혐의로 인도 내 일부 모바일 기기 제조 관련 중국 기업을 불시 수색했다.

148) Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6.

149) Beijing Shougang and others v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20.

150) Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15.

가. 쌍방향 투자 대국인 중국은 해외투자 이익보호와 효과적인 외국인투자 감독 사이의 균형을 달성하기 위해 ISDS에 적극적으로 참여해야 한다는 현실적인 필요가 있었다는 점

중국 상무부의 데이터에 따르면 중국의 대외직접투자 총액의 거의 90%가 개발도상국에 분포되어 있다. 2021년 말 현재 중국 내 투자자들은 전 세계 190개국(지역)에 46만 개의 대외직접투자기업을 설립했으며, 전 세계 80% 이상의 국가(지역)에 퍼져 있으며, 이 중 개발도상국의 투자총액은 24,983억 8,000만 달러로 대외투자총액의 89.7%를 차지한다.[151] 개발도상국의 정치, 경제 및 사회 시스템은 여전히 지속적인 조정 중이기 때문에 객관적으로 이러한 국가에서는 간접수용 또는 기타 투자자의 권익을 손상시키는 위험이 증가할 수 있다. 중국의 대외 직접투자의 흐름과 보유량이 지속적으로 증가함에 따라 중국 투자자와 중국의 해외투자 이익을 보호하는 것이 매우 중요해졌다.

또 일대일로가 계속 추진되면서 일대일로 포함 국가들과의 협력이 하이라이트로 떠올랐다. 2021년 말 중국 투자자는 일대일로 포함 국가에 11만 개 이상의 해외기업을 설립했으며 국민 경제와 관련된 18개 산업 범주로 그 해 241억 5천만 달러를 달성하여 같은 기간 중국 대외직접투자 흐름의 13.5%를 차지했다.[152] 그러나 이러한 숫자의 이면에는 막대한 투자위험이 도사리고 있으며, 일대일로 포함 국가의 대부분은 개발도상국이며, 공업화를 실현하는 과정에 있고, 기반 시설이 낙후되어 있으며, 법제도가 미비하다. 동시에 일대일로 포함 국가는 세계에서 정치 상황이 가장 복잡한 여러 지역을 통과하고 있으며, 일대일로 포함 대부분 국가는 고유한 정치, 종교, 민족 환경을 가지고 있다. 심지어 일부 국가는 오랫동안 정치적 불안정에 처해 있으며, 안보 상황이 심각하여 투자위험을

---

151) 中國商務部,國家統計局,國家外匯管理局：《2021年度中國對外直接投資統計公報》, 中國商務出版社, 2022.9, 第24頁.

152) 同上注, 第18頁.

무시할 수 없다. 일대일로 포함 국가에 대한 중국 기업의 투자가 늘면서 각종 투자분쟁도 커질 것으로 예상된다.

이와 함께 중국이 주재국으로서 외국인 투자자들로부터 국제중재기구에 제소될 위험과 확률도 높아지고 있다. 현 단계에서 중국은 사회 발전의 특별하고 중요한 시기에 처해 있으며 경제발전과 산업구조는 전환과 고도화의 도전에 직면해 있다. 외국인투자법 및 관련 규정과 정책 공포로 인해 외국인 투자와 관련된 많은 법률, 규칙 및 규범 문서가 정리, 수정 또는 폐지되는 결과에 직면했다. 이 과정에서 중국에 있는 외국인 투자자의 이익이 관련될 수 있으며, 외국인 투자자는 정책이나 규정이 BIT의 규정을 위반한다는 이유로 국제투자 중재를 신청할 가능성이 높다.

나. *중국이 ICSID 협약에 가입한 점과 중국이 대외적으로 체결한 BIT가 분쟁해결에 있어 보다 개방적이고 국제화된 방식을 채택하게 된 점*

앞서 언급했듯이 중국이 초기에 체결한 BIT는 국제투자 중재에 대해 매우 엄격한 제한을 두고 있으며, 이는 초기 중국 관련 ISDS 건수가 적은 이유일 수 있다. 금세기 들어 ICSID 협약 가입과[153] 해외진출 전략이 빠르게 추진되면서 중국의 해외투자 이익보장에 대한 수요가 급증했고, 대외적으로 체결된 BIT는 분쟁해결에 있어 보다 개방적이고 국제화된 방식을 채택했다. 중재할 수 있는 범위를 수용 보상금액에 관한 분쟁에서 모든 투자분쟁으로 확대하고,[154] 중재신청 요구 사항은 ICSID 협약과 일치하는 양측의 서면 동의로 규정된다. 차세대 BIT 규정에 따르면, 중국 해외 투자자는 분쟁에 대한 중재를 ICSID에 따른 중재판정부, UNCITRAL

153) 중국은 1993년 ICSID 협약을 비준하면서 수용과 국유화로 인한 보상 관련 분쟁만 ICSID 중재 관할로 신청하는 것을 검토하는 유보조항을 이끌어냈다.

154) 1998년 중국-바베이도스 BIT가 모든 투자분쟁에 대해 ICSID에 중재신청할 수 있는 최초의 양자투자협정이었고, 이후 네덜란드 독일 캐나다 러시아 등과 맺은 BIT에도 같은 규정이 적용됐다. 참조: 中國商務部條約法律司：我國對外簽訂双邊投資協定一覽表，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml(검색일: 2022.12.12.).

중재규칙에 따라 설립된 임시 중재판정부 또는 쌍방이 자율적으로 선택한 중재판정부에 신청할 수 있으며, 이는 전 세계 대다수 국가의 일반적인 관행과 일치하여 해외 투자자의 분쟁해결 방법을 보장·강화한다.

국제중재에 대한 중국의 태도가 점점 더 개방되고 포용됨에 따라 투자분쟁은 구제 방법을 선택한 후 다른 구제 방법을 선택할 수 있는지 여부에 대한 의문을 제기했다. 흔히 말하는 '택일조항(Fork-in-the-road Provision)' 문제다. 중국은 ICSID 중재 방식을 승인한 후 초기에 체결된 BIT에서 국제중재를 모색하고 시도하는 단계이며, 택일조항에 대해서는 상대적으로 보수적이다. 당시 국내 사법 판결이 국제중재판정부의 관할 하에 놓이거나 관할권 충돌이 발생하는 것을 피하기 위해 현지 사법구제와 국제중재판정부 간의 선택은 최종적이고 배타적이라고 규정했다.[155] 이후 중국은 국내 구제와 국제중재 간 관계를 다루는 체약방식이 점차 유연해졌다. 처음 체결되거나 재체결된 BIT에서는 투자자가 양자 간 자율적 선택을 할 수 있고, 분쟁의 주재국 법원 제소 후 국제중재를 선택할 수 있으며, 중재신청 전에 주재국 법원에서의 소송을 취하하면 되거나,[156] 투자자는 주재국 법원의 판결 전에 소송을 취하한 후 분쟁을 국제중재 신청할 수 있도록 규정하고 있다.[157] 최근 중국은 택일조항 처리

155) 예를 들어, 중국과 크로아티아가 체결한 투자 보호 협정 제8조 제2항은 분쟁이 6개월 이내에 협상으로 해결되지 않을 경우 당사자는 투자유치국에서 관할권을 가지고 있는 법원에 소를 제기할 권리가 있다고 규정했다. 제3항은 수용 보상금액에 관한 분쟁이 제8조 제1항의 우호적 협상 절차에 제출된 후 6개월 이내에 해결되지 않는 경우, 당사자의 요구에 따라 분쟁을 임시 중재판정부에 중재신청할 수 있다. 만약 관련 투자자가 제8조 제2항에 규정된 절차에 제출했다면, 본 규정은 적용되지 않는다고 규정했다. 같은 기간 중국이 체결한 대부분 BIT는 유사한 표현을 사용하는데, 이는 투자자가 주재국의 국내 구제를 선택한 경우 분쟁을 중재판정부에 신청할 수 없다는 것을 의미한다.

156) 예를 들어 중국과 네덜란드 BIT 제10조, 중국과 독일 BIT 제9조와 의정서 제6조.

157) 중국 및 캐나다 BIT 제3부분 제21조 부록 중재신청의 전제조건: 체약당사자에 대한 특정요건 '중국을 관련 경우' 제2조. 참고 : 中國商務部网站, 中國-加拿大 BIT (2012), at http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml(검색일: 2023.4.16.).

문제에 있어 예외적인 상황이 존재하지만,[158] 전반적으로 투자자의 자주적 선택권을 존중하는 입장을 따르고 있으며, 체결 방식도 이전보다 더욱 유연해지고 있다. 이는 주재국과 투자자의 양쪽 당사자의 법률 수요에 더욱 부응할 뿐만 아니라 중국의 ISDS 참여에 대한 법적 근거를 제공하고 있다.

중국 투자자들이 국가가 체결한 BIT 및 ICSID 중재 메커니즘을 적극적으로 사용하여 자신의 권익을 보호하거나 중국 정부가 국제투자 중재에 수동적으로 참여하면서 중국과 관련된 ISDS 사건은 증가 추세를 보이고 있다. 국제중재에 대한 참여는 중국정부와 해외투자자의 국제중재 메커니즘에 대한 인식을 확대하였으며, 중국은 국제투자분쟁해결 메커니즘 방면에서 이미 해외투자 초기의 정치적 사고와 행정적 처리 방식에서 벗어나 ISDS에 대해 개방적이고 포용적인 태도를 취하면서 국제적으로 통용되는 규칙과 관행에 더욱 부합하는 적극적인 참여자의 자세를 보여주고 있다.

3. 국제투자에서 중국 역할전환의 특수한 복잡성

최근 중국은 신흥시장국가의 선두주자로 외국 자본을 유치하는 흐름과 총액은 이미 대다수 선진국을 넘어섰다. 대외투자 총액은 1, 2위를 차지하는 미국, 네덜란드보다 낮지만 중국의 외국자본 발전 추세는 매우 빠르며 미래에도 여전히 큰 발전의 여지가 있다. 그러나 국제투자에서 중국의 정체성은 특별하고 복잡한 점이 있다. 즉 중국의 정체성은 여전히 개발도상국이며 법치주의 수준은 아직 매우 낮을 뿐만 아니라 현 단계는 경제발전의 전환기에 있다. 특히 대부분의 선진국의 외국자본 흐름과 법치주의 발전 수준은 일치하는데 반하여 중국의 법치주의 발전 수준은

158) 예를 들어 중국과 인도가 체결한 BIT는 분쟁해결 방식의 선택이 주재국의 국내구제, 행정심사, 국제중재든 반드시 투자자와 주재국의 일치된 동의를 전제로 해야 한다고 강조하여 사실상 당사자의 분쟁해결 방식 선택의 자유를 제한하였다.

외국자본 흐름의 증가 속도만큼 미치지 못하는 것이 분명하다.

1) 세계에서 가장 큰 개발도상국.

중국 경제는 수십 년의 축적 끝에 종합 국력이 눈에 띄게 향상돼 국내총생산(GDP)은 이미 오래된 선진국(독일・일본・영국・프랑스)을 제치고 미국에 이어 세계 2위인 경제대국이 되었다.[159] 현재 중국경제는 국내총생산이 높고 성장 속도가 빠르며 기여도가 높아 세계 경제 중의 샛별로 떠올랐다. 그러나 구체적인 국가 상황과 결합하여 중국은 여전히 경제 및 사회 발전, 산업 구조, 과학 기술 혁신 및 기타 분야에서 많은 문제를 가지고 있으며 상당 기간 동안 중국은 여전히 개발도상국의 범주에 속한다는 것이 입증되었다.

첫째, 중국은 국가 전체로는 국내총생산이 높지만 1인당 GDP 수준이 낮다. 유엔, 국제통화기금, 세계은행 발표에 따르면 중국은 이미 1990년대 초 세계 10대 경제대국으로 발돋움했다. 새로운 세기에 들어선 후 중국 경제는 꾸준한 고속 성장을 유지하였고 국내총생산(GDP)은 12년 연속(2010-2021) 세계 2위를 차지했으며 연평균 성장률은 9%를 넘었다[160] 그러나 중국의 1인당 GDP는 2021년 12,556.3달러로 세계 1인당 GDP 12,234.8달러를 갓 넘어 세계 75위다.[161] 동시에 오늘날 중국은 여전히 1인당 중위소득 국가이며 2011년 이후 중상위 소득 국가로 분류되었지만 오늘날까지 중국은 '중위소득 함정(中等收入陷阱)'을 벗어나지 못하고 있다.[162]

---

159) 세계은행에 따르면 2021년 중국의 GDP는 17조 7,300억 달러로 미국의 23조 3,200억 달러보다 낮고 세계 2위다.

160) World Bank. *China Overview.* at https://www.worldbank.org/en/country/china/overview(Lastly visited on 2023.4.16.).

161) 데이터 출처 : World Bank, at https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CN-1W&name_desc=false(Lastly visited on 2023.4.16.).

162) 중위소득 함정의 개념은 2007년 세계은행이 발표한 보고서 '동아시아 부흥: 경제성장에 관한 관점'에서 비롯됐다. 중위소득에 진입한 국가는 그 노동력 임금이나 인건비가 아직 중위소득에 진입하지 않은 개발도상국을 점차 추월하고, 노동력 임금 등 저비용 우위가 점차 약화돼 노동집약적 산업에서 개발도상국과 경쟁하기 어렵다. 동시에 기술 혁신이 부족하고 모방 학습 단계에 있으며 혁신

유엔개발계획(United Nations Development Program)이 1990년대 이후 발간한 '인간개발보고서(Human Development Report)'는 '인간개발지수(Human Development Index, HDI)'에 대한 통계를 전문으로 하고 있는데, 각국의 사회경제적 발전 정도를 측정하는 기준으로 삼으며, 각국을 극고·고·중·저 4개 그룹으로 나누고 있고, 제1그룹의 '극고'로 분류된 나라만이 선진국이라 할 수 있다. UNDP는 2022년 9월 8일 'Human Development Report 2022' 최신호를 발표했는데 중국의 HDI 지수는 0.768로 세계 191개국 중 79위를 차지해 '고 인류발전수준' 국가에 속하며 '극고 인류발전수준'(지수가 0.800 이상)에 비해 여전히 큰 격차가 있다.

둘째, 중국의 사회 발전 수준은 더욱 향상되어야 한다. 과학 기술 혁신 방면에서 중국은 최근 몇 년 동안 혁신 방면에서 일정한 성과를 거두었지만 선진국과 비교하면 여전히 일정한 격차가 있으며 중국의 과학 기술 연구 및 발명 지출은 GDP에서 차지하는 비율이 높지 않고[163] 기업 혁신 동력이 향상되어야 한다.[164] 주민 소득 분배 측면에서 국제사회는 주민 소득 격차를 측정하고 주민 간의 빈부 차이를 반영하는 중요한 분석 지표로 지니계수(Gini coefficient)[165] 를 자주 사용한다. 중국인의 1인당 가처분소득 지니계수는 2008년 0.491로 최고점을 찍은 뒤 2009년 이후 변동성이 낮아져 2020년에는 0.468로 떨어지지만 여전히 국제빈부격차

능력이 부족하여 기술 측면에서 선진국과 경쟁하기 어렵다. 중위소득 국가는 다른 개발도상국이나 선진국에 비해 경쟁우위가 부족하기 때문에 저성장 문제가 발생하기 쉽다. 陳建奇：《中國爲何惧怕中等收入陷阱》, http://finance.sina.com.cn/zl/china/20150330/100321842160.shtml(검색일: 2023.4.16.).

163) 세계은행 통계에 따르면 중국의 2020년 GDP 대비 R&D 지출 비율은 2.4%로 한국의 4.81%, 미국의 3.45%, 일본의 3.26%에 비해 여전히 적지 않은 격차가 존재한다.

164) 세계지식재산권기구(WIPO)가 발간한 '2022년 글로벌 혁신지수 보고서'에 따르면 중국은 세계 132개 경제국 중 11위를 차지하며 10위권 내에서도 여전히 노력하고 있다.

165) 지니계수의 실제 값은 0과 1 사이이며 지니계수가 작을수록 소득분배가 평균화되고 지니계수가 클수록 소득분배가 고르지 않다. 국제적으로는 통상 0.4를 빈부격차의 경계선으로 삼는데, 이보다 크면 사회불안이 발생하기 쉽다는 것이다.

경계선인 0.4보다 높다. 도시화 과정에서 세계은행이 발표한 2021년 중국의 도시 인구 비율은 63%로 세계 평균의 56%보다 높지만 선진국과의 격차는 아직 크다.[166] 중국의 도시화 과정은 아직 상대적으로 낙후되어 있으며 여전히 상당수의 사람들이 완전히 고정된 도시에서 살고 있지 않음을 알 수 있다.

간단히 말해, 중국은 국내총생산 규모는 비교적 크나 특수한 개발도상국일 뿐이며 1인당 GDP, 과학 기술 및 산업 수준, 사회 발전 수준이 선진국의 요구 사항에 훨씬 미치지 못해 개발도상국으로서의 중국의 역할은 의심할 여지가 없다.

2) 경제발전 전환기 단계

중국 경제는 개혁개방 이후 40년 이상의 급속한 성장을 거치고 있다. 커진 경제 규모로 인해 자원 및 환경 제약의 심화, 불균형한 개발, 비협조 및 지속 불가능한 문제를 가져왔다. 과거 중국의 투자, 저비용 제조업, 수출에 기반한 고성장은 거의 끝났고, 이러한 성장 모델은 경제·사회·환경의 다양한 불균형을 가져왔다. 지난 몇 년 동안 중국의 경제 성장률은 구조적 제약으로 인해 둔화되었으며 이러한 제약에는 노동력 증가율 감소, 투자수익 감소 및 생산성 성장 둔화가 포함된다.

중국은 현재 양적 성장에서 질적 성장으로, 핵심 경쟁력을 최적화하고 끌어올리는 전환기의 새로운 단계에 있다. 제조업에서 고부가가치 서비스업으로, 투자에서 소비로, 고탄소에서 저탄소로의 경제구조 전환을 촉진할 필요가 있다. 동시에 제도적 개방에 중점을 둔 수준 높은 대외 개방 프로세스를 가속화해야 한다. 이 과정에서 많은 기회와 도전이 있을 것이다. 현재 중국의 인구 고령화 정도가 심화되고 총 노동인구가 이미 정점을 넘어서 저비용 노동력의 우위를 상실한 후 중국의 일부 노동집약형 산업은 바뀌기 시작했다. 자본과 기술이 집약된 제조업, 서비스업에서

166) 세계은행에 따르면 2021년 기준 도시 인구 비율은 일본 92%, 미국 83%, 한국 81%였다.

새로운 경쟁력을 형성하려면 중국 기업은 기존 선진국 기업의 압력에 직면할 것이다. 현재 강대국간 경쟁의 심화와 지정학적 긴장은 모두 중국의 경제 성장 전망에 중대한 위험을 초래하고, 이는 또한 국제투자에서 중국의 역할전환의 복잡성을 더욱 심화시킬 것이다.

3) 낮은 법치주의 수준

경제 세계화의 물결 속에서 법치화는 피할 수 없는 추세가 되었고 세계 각국의 공감대가 되었다. 법을 사회 프로젝트로 삼고 법치를 엄격하게 시행하여 경제, 정치 및 사회의 발전을 촉진하는 것은 세계 각국에서 받아들여졌다. 중국도 예외는 아니다. '법대로 나라를 다스리고 사회주의 법치국가를 건설한다'는 기본 치국방침이 중국의 헌법에 정식으로 들어간 지 20년이 넘었다. 수년간의 노력 끝에 중국의 법치주의 수립은 어느 정도 성과를 거두었다. 예를 들어 입법상의 '중국 특색의 사회주의 법체계'가 기본적으로 형성되어 나날이 개선되고 있다. 그러나 전반적으로 중국에서 법치의 시행과 효과는 그리 만족스럽지 못하다.

워싱턴에 본부를 둔 '월드 저스티스 프로젝트(World Justice Project)'[167]는 2008년부터 '글로벌 법치지수(Rule of Law Index) 보고서'[168]를 발표해 2011년 세계 정의 공정 법치지수로 중국의 법치 상황을 처음으로 평가하기 시작했다. '2022년 세계 법치지수 보고서'에 따르면 2022년 중국의 법치지수는 0.47로 전년 대비 3계단 상승한 140개국 중 95위로[169] 후순위에 있다.[170] 따라서 중국의 법치화 과정은 아직 갈

---

167) 월드저스티스 프로젝트는 미국변호사협회가 세계 여러 변호사들과 함께 시작한 조사팀이 전 세계 각국의 법치 상황을 평가하는 것이다.

168) 법치지수는 국가의 법치 전반을 종합적으로 반영하는 8가지 1차 요인의 가중평균을 통해 산출된다. 즉, 1. 정부 권력에 대한 제약, 2 부패 없음, 3 명확하고 개방적이며 안정적인 법률, 4 공개 정부, 5 기본권, 6 질서와 안전, 7 감독 집행, 8 민사 사법 정의 및 형사 사법 정의이다.

169) World Justice Project, at https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022(Lastly visited on 2023.4.16.).

170) 중국은 동아시아 및 태평양 지역 15개국 중 12위이었고, 같은 상위 중위소득 42개국 중 33위로 모두 하위권이다.

길이 멀다는 것을 보여준다. 구체적으로 이러한 관점은 주로 다음과 같은 측면에서 나타난다.

첫째, 중국의 정치 체제에는 여전히 일련의 문제가 존재하고 있다. 예를 들어, 권력 감독 메커니즘이 완벽하지 않다. 아직 민주적이고 과학적인 의사결정 메커니즘이 형성되지 않았다. 비록 입법이 나날이 완벽해지고 있지만, 입법의 민주성과 공정성은 더욱 향상되어야 한다. 그리고 입법 과정은 개혁발전 과정보다 뒤처져 있다. 부패와 뇌물이 상존하는 등 문제가 있기 때문에 정치체제 개혁의 임무는 여전히 매우 막중하다. 둘째, 중국은 사회변화기에 있으며 공업화 수준과 도시화 수준은 여전히 상승 단계에 있어 이 기간 동안 많은 사회 문제를 일으킬 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해 법적 수단을 사용하는 방법은 중국의 법치주의를 수립하는 과제가 직면한 적지 않은 도전이다.[171] 셋째, 중국의 시장경제체제는 완벽하지 않으며, 사회주의 시장경제체제를 완비하는 것은 국가와 사회관리의 여러 분야를 포괄할 수 있으며, 개혁과제는 더욱 어렵고 복잡해질 것이다.

실제로 한 나라의 법치 수준은 외국인 직접 투자에 어느 정도 영향을 미친다. 법치화 수준이 높은 국가는 건전한 법률 시스템을 가지고 있어 외국인 투자자, 특히 중소 투자자의 권리 보호에 도움이 되며 정부 채무 불이행 위험이 적고 기업의 거래 비용을 절감하며 법률 및 규정의 투명성을 유지하고 투자자에게 공정하고 안전한 투자환경을 제공한다.[172] 그러나 법치국가 건설은 장기적이고 체계적인 프로젝트로 정치, 경제, 문화 등 다방면의 긴밀한 협력이 필요하다. 현재 중국이 직접투자 분야에서 세계적인 성과를 거뒀지만 세계은행의 글로벌 거버넌스 지표(Worldwide Governance Indicators, WGI)[173]에 따르면 중국의 법치에는 여전히 몇 가지

171) 蔣立山：《中國法治"兩步走戰略"：一个与大國成長進程相結合的遠景构想》，載《法制与社會發展》2015年第6期，第12-14頁.

172) 王永欽，杜巨瀾，王凱：《中國對外直接投資區位選擇的決定因素：制度、稅負和資源禀賦》，載《經濟研究》2014年第12期，第128－130頁.

173) Worldwide Governance Indicators (WGI), at https://info.worldbank.org/gove

불리한 요소가 있어 법치 수준은 여전히 선진국에 비해 일정한 격차가 있으며 중국의 법치화 과정은 아직 갈 길이 멀다.

요약하면, 최근 몇 년 동안 중국은 국제투자 관행에서 자본유입대국에서 쌍방향 투자대국으로, ISDS의 관찰자에서 참여자로 변화하고 있는 동시에 중국은 복잡하고 특수한 다층적 구조를 가지고 있어 상호작용에 서로 영향을 주고 있다. 따라서 역할전환은 중국에게 있어 기회이자 도전이다. 국제투자에서 중국의 특별한 지위는 중국이 대외투자를 보호하고 외국투자를 유치하는 데 있어 중대한 국익을 가지고 있음을 의미하며, 이는 역대 BITs에서 중국의 ISDS에 대한 입장과 태도 변화에 직접적인 영향을 미쳤다.

제2절 중국 역대 BITs 중 ISDS 조항

중국은 다른 나라에 비해 대외적으로 IIAs의 체결이 늦었지만 성장세가 가파르다. 1982년 스웨덴과 첫 번째 BIT를 체결한 이후 중국은 2022년 12월 31일을 기준으로 145개의 양자투자협정(BITs)에 서명했다. 그 중 19개의 협정은 서명했지만 발효되지 않았고 19개의 협정은 종료되어 현재 유효한 협정은 107개이다. 중국은 또한 투자 장을 담은 각종 무역협정(Treaties with Investment Provisions, TIPs)을 25개 체결해 모두 발효했다.[174] 중국은 현재 독일에 이어 세계에서 두 번째로 많은 BIT를 체결한 개발도상국이 되었다.[175]

지난 40년 동안 중국의 IIAs 체결 입장도 대외투자 정책 변화에 따라 달라졌다. 현행 국제투자협정에는 접근조항, 대우조항, 수용 및 보상조항,

---

rnance/wgi/(Lastly visited on 2023.4.16.).

174) UNCTAD, at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china(Lastly visited on 2023.4.16.). 투자 장을 포함한 25개의 각종 무역협정에 대해 UNCTAD의 정보는 아직 완전히 업데이트되지 않았다. 중국 상무부가 발표한 정보에 따르면 투자 장을 포함한 25개 무역협정이 이미 모두 발효됐다.

175) UNCTAD의 데이터에 따르면 2022년 12월 31일 현재 독일이 체결한 BIT의 수는 155개이다.

송금조항, 분쟁해결조항 등 5가지 핵심조항이 있다. 그 중 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)은 현대투자협정의 가장 중요한 제도적 혁신을 구성한다. 어떤 학자는 분쟁해결 조항이 주재국이 양자투자협정에서 외국인 투자자에게 부여하는 실질적인 보호 기준보다 더 중요할 수 있다고 본다.[176]

본 절에서는 ISDS 조항을 중심으로 국제투자 역할전환 과정에서 중국의 ISDS 태도 변화를 시간 단위로 관찰한다. 수집할 수 있는 정보의 관점에서 볼 때 중국 BIT는 40년의 개발 과정에서 총 4개의 모델(1984년 모델, 1989년 모델, 1997년 모델, 2010년 모델)[177]을 형성했다. 1998년과 2010년의 두 가지 정책 전환점에 따라 중국 투자협정의 특성은 3세대, 4모델, 5단계로 나눌 수 있다.

<표 6> 중국 투자협정 실무(practices) 특징[178]

3세대	1세대		2세대		3세대
4모델	1984 Model	1989 Model	1997 Model		2010 Model
5단계	탐색기 1982-1988	확산기 1989-1996	자유화 전환기 1997-2002	조정기 2003-2009	균형기 2010-현재
조약이념	권한 유보	투자 외교	투자 촉진	내외 겸구 (內外兼顧)	지속가능한 발전

Ⅰ. 탐색기(1982-1988)

1980년대 초는 중국의 개혁개방 초기였고, 중국 정부는 국내 경제를

176) 沈偉：《投資者－東道國爭端解決條款的自由化嬗變和中國的路徑－－以中國双邊投資協定爲研究對象》，載《經貿法律評論》2020年第6期, 第45頁.

177) 중국 1984년 모델, 1989년 모델, 1997년 모델의 본문 참고：Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Supra* note 8, pp.423-439. 2010년 모델 참고： 溫先濤:《中國投資保護協定范本（草案）論稿》，載《國際經濟法學刊》第18卷第4期、第19卷第1期和第2期，轉引自：王鵬，郭劍萍：《投資法律外交：中國國際投資協定的政治邏輯》，載《中國國際法學會》2016年學術年會論文集，第4頁.

178) 王鵬, 郭劍萍의 논문 내용에 근거하여 정리하여 제작한다.

발전시키고 부흥시키기 위해 주로 외국인 투자를 유치하는 것을 주요 목적으로 삼았다. 따라서 이 단계에서 BIT의 계약 대상은 대부분 자본유출국(대부분 유럽 선진국)이다. 1982년부터 1988년 말까지 중국은 총 21개국과 투자협정을 체결했는데, 그중 17개국은 자본을 유출하는 선진국이고 13개국은 유럽 국가이다.[179] 유럽 국가들이 먼저 중국과 투자협정을 맺은 것은 초기 단계에서 중국의 제도적 인식에 영향을 미쳐 중국이 상당 기간 유럽 모델(특히 독일 투자협정 모델)을 선호하는 결과를 낳았다.[180]

중국의 첫 번째 투자협정 모델은 1984년에 형성되었으며, 첫 번째 모델은 서문에서 체약국들이 협력하는 동기를 명확히 하였다. 즉 좋은 투자환경을 제공하고, 투자자들의 투자를 촉진하며, 양국의 경제협력을 증진시킨다.[181] 그러나 이때 중국이 일종의 반자발적, 반협박적 방식으로 국제투자협정 체제에 진입한 것은 분쟁해결 조항에서 드러난다.

대상이 되는 투자분쟁의 성격에 따라 분쟁해결 조항은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 분쟁해결 조항이 적용되는 대상이 수용의 적법성을 포함한 투자와 관련된 일반적인 분쟁인 경우(I급), 보상금액 부과에 관한 분쟁인 경우(Ⅱ급), 그리고 투자협정의 해석 및 적용에 대한 체약국의 분쟁인 경우(Ⅲ급) 등이다. I급의 분쟁은 종종 쌍방이 우호적으로 협상하고 해결해야 하며 성공하지 못할 경우 현지 구제(행정 및 사법 포함)를 모색할 수 있다. Ⅲ급의 분쟁은 대부분 외교 경로를 통해 해결하도록 규정하고 있으며, 해결되지 않을 경우 체약국은 중재(국가-국가간 간 중재)를 신청할 수 있다. 주의할 점은 Ⅱ급의 분쟁인 보상금액 부과에 관한 분쟁은 대부분의 BITs가 쌍방이 먼저 우호적으로 협의하여 해결할

179) 李玲：《中國双邊投資保護協定締約實踐和面臨的挑戰》，載《國際經濟法學刊》2010年第17卷第4期，第115頁.

180) 曾華群：《論我國"可持續發展導向"双邊投資條約的實踐》，載《厦門大學學報》2015年第1期，第66頁.

181) The text of Chinese Model BIT Version I, *See* Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Supra* note 8, pp.423-427.

것을 요구하고 있다.[182] 일정 기간 내에 해결되지 않으면 투자자의 신청에 따라 주재국 관할 법원에 제소하거나 또는 국제 임시 중재판정부에 신청하여 보상금액을 검토할 수 있다.[183]

1985년 '중국-싱가포르 BIT' 제13조 투자분쟁 조항[184]은 이 시기 중국의 ISDS에 대한 태도와 입장을 잘 반영하고 있다.

> 제13조 투자분쟁.
> (1) 체약당사국의 국민 또는 회사와 체약당사국 사이에 체약당사국의 영토 내 투자에 대한 분쟁은 가능한 한 당사자의 우호적인

---

182) 1988년 중국이 말레이시아, 폴란드와 체결한 BIT에서는 수용 보상금액에 관한 분쟁에 우호적인 협상을 규정하지 않고 투자자가 수용 조치를 취한 체약국의 정부에 행정심사를 거치도록 규정하고 있다. 참고: 1988년 중국-말레이시아 BIT 제7조, 1988년 중국-폴란드 BIT 제10조.

183) 참고: 1983년 중국-독일 BIT 의정서 제4조. 1984년 중국-벨기에 룩셈부르크 BIT 제10조. 1984년 중국-핀란드 BIT 의정서 제2조. 1984년 중국-노르웨이 BIT 의정서 제2조. 1984년 중국-프랑스 BIT 제8조. 1984년 중국-네덜란드 BIT 제9조. 1985년 중국-이탈리아 BIT 의정서 제4조. 1985년 중국-덴마크 BIT 제8조. 1985년 중국-싱가포르 BIT 제13조. 1985년 중국-쿠웨이트 BIT 제8조. 1985년 중국-오스트리아 BIT 제4조. 1986년 중국-스리랑카 BIT 제13조. 1986년 중국-스위스 BIT 제12조. 1986년 중국-영국 BIT 제7조. 1988년 중국-일본 BIT 제11조. 1988년 중국-말레이시아 BIT 제7조. 1988년 중국-뉴질랜드 BIT 제13조. 1988년 중국-폴란드 BIT 제10조, 1988년 중국-호주 BIT 제12조.

184) 조항 원문 : Article 13. INVESTMENT DISPUTES 1. Any dispute between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute. 2. If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting Party accepting the investment. 3. If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation, nationalization, or other measures having effect equivalent to nationalization or expropriation mentioned in Article 6 cannot be settled within six months after resort to negotiation as specified in paragraph (1) of this Article by the national or company concerned, it may be submitted to an international arbitral tribunal established by both parties. The provisions of this paragraph shall not apply if the national or company concerned has resorted to the procedure specified in the paragraph (2) of this Article.

협의에 의해 해결되어야 한다.

(2) 분쟁이 6개월 이내에 협상 및 해결되지 않을 경우 당사자는 분쟁을 투자를 수락한 체약국의 관할 법원에 제소할 권리가 있다.

(3) 제6조에 언급된 수용·국유화 또는 기타 국유화·수용에 해당하는 조치에 의해 발생한 보상금액에 관한 분쟁이 있는 경우 당사자인 국민 또는 기업은 이 조 제1항의 절차에 제기한 후 6개월 이내에 해결되지 않는 경우 분쟁을 쌍방으로 구성된 국제 중재판정부에 (중재)신청할 수 있다. 당사자인 국민 또는 기업이 이 조 제2항 규정된 절차를 신청하는 경우 이 항의 규정을 적용하지 않는다.

……

위 조항에서 알 수 있듯이, 이 시기의 분쟁해결 메커니즘은 투자분쟁 발생 후 일정 기간 동안 우호 협상, 행정심사, 사법 소송을 포함한 '현지 구제'를 충분히 사용하여 분쟁을 해결하도록 노력해야 한다. 투자자가 분쟁을 국제중재에 신청할 수 있도록 허용해도 수용 보상금액에 관한 분쟁만 신청대상이 될 수 있다. 이 시기 중국은 아직 ICSID 협약에 가입하지 않았기 때문에 대부분의 중국과 외국 BIT는 분쟁 당사자들이 임시 중재(ad hoc) 형식으로 분쟁을 심사하도록 규정하고 있다. 또한 일부 BITs에는 택일조항이 포함되어 있어 투자자들이 국내 법원에 분쟁을 신청하거나 국제중재를 신청할 수 있는 옵션이 최종적이고 유일한 것으로 간주된다. 전반적으로 이 시기 중국 투자협정의 분쟁해결 메커니즘은 국제중재판정부의 관할을 제한하고 주재국의 경제주권을 수호하기 위해 다양한 '안전판'을 설치했다.[185] 전 중국 상무부 조법국장 장위치응(張玉卿)은 "중국이 중재를 꺼리는 이유는 국제중재체제에 대한 중국 정부의 불신 때문에, ICSID를 포함한 국제중재판정부에 분쟁이 중재신청될 경우 국가 주권이 영향을 받을 수 있고, 특히 중국 정부가 국제중재판정부에서 공정한 대우를 받을 수 있을지 우려된다"고 적었다.[186]

---

185) 陳安:《中外双邊投資協定中的四大"安全閥"不宜貿然拆除－－美、加型BITs談判范本關鍵性"爭端解決"條款剖析》. 載《國際經濟法學刊》2006年第13卷第(1)号, 第5頁.

186) Zhangyuqing, *The Case of China*, in: Michael J. Moser(ed). Investor-State

중국이 대외적으로 IIAs를 체결하기 시작하는 탐색 기간으로 이 기간 동안 BITs에서도 분쟁해결 메커니즘에 대해 다소 다른 표현이 있었다. 1982년 중국-스웨덴 BIT와 1985년 중국-태국 BIT는 투자자와 주재국 간의 분쟁해결을 규정하지 않고 '체약 당사자 쌍방이 본 협정의 해석 또는 이행 중 발생한 분쟁'에 대해서만 해결 메커니즘을 규정했으며, 양측 정부는 협상 후 체약 당사자 어느 한쪽의 요구에 따라 분쟁을 중재판정부에 중재신청할 수 있다.[187] 중국-스웨덴 BIT의 양해각서(Memorandum of Agreement)'에서 ISDS는 "중화인민공화국이 1965년 3월 18일 ICSID 협약의 참가국이 아니라는 점을 감안할 때 양측 대표단은 본 협정 내에 체약국과 계약 상대방의 투자자 간의 분쟁을 해결하기 위한 어떠한 규정도 포함시키는 것이 불가능하다고 느꼈다. 그러나 양측 대표단은 향후 중화인민공화국이 ICSID 협약에 가입할 경우 ICSID 센터에 중재신청하여 분쟁을 해결하는 데 준수해야 할 시스템을 규정하는 협정을 보완해야 한다는 데 동의한다"고 덧붙였다.[188] 1983년 중국-루마니아 BIT는 전통적인 외교 보호 방식을 사용하여 투자자와 주재국 간의 투자분쟁을 해결했다.[189] 1988년 중국-호주 BIT 제12조 제4항은 일단 양측이 ICSID 협약의 회원국이 되면 분쟁은 투자자를 ICSID 협약의 회원국으로

Arbitration: Lessons or Asia, New York: Juris Publishing, 2008. p.157. 轉引自：谷婀娜：《身份轉換背景下中國對外締結BIT的立場對策研究》，博士學位論文, 厦門大學，2017, 第124頁.

187) 1982년 중국-스웨덴 BIT 제6조, 1985년 중국-태국 BIT 제9조.

188) 2004년 중국은 스웨덴과 '중국-스웨덴 BIT 의정서'를 체결하고 ISDS 조항인 새로운 제6조를 추가했다. 새 제6조 제3항은 한 국가의 투자자가 서면통지로 분쟁을 신청한 지 3개월이 지나도 해결되지 않을 경우 투자자는 ICSID 중재판정부 또는 UNCITRAL 중재규칙에 따라 설립된 임시 중재판정부에 '투자 관련 분쟁'을 신청할 수 있다고 규정하였다. 참고: https://jusmundi.com/en/document/treaty/zh-protocol-china-sweden-bit-1982-protocol-china-sweden-bit-1982-monday-27th-september-2004 (검색일: 2023.4.16.).

189) 1983년 중국-루마니아 BIT 제4조는 체약국의 투자자와 주재국 간의 수용 보상금액에 관한 분쟁이 주재국의 국내 법원 또는 기타 주관 기관의 재심사 후에도 해결되지 않는 경우 투자자는 모국의 외교적 보호를 신청할 수 있으며, 분쟁은 체약국 간의 분쟁해결 절차에 중재를 신청할 수 있다고 규정하였다.

받아들이는 조건에 따라 ICSID 중재판정부에 중재신청하여 해결할 수 있다고 규정하고 있다. 일부 BIT는 “체약 당사자가 동의하면 수용보상금 이외의 다른 분쟁도 임시 중재판정부에 중재신청할 수 있다”고 규정하면서 임시 중재를 신청할 수 있는 분쟁 범위를 개선했다.[190]

결론적으로 중국은 탐색기에 체결한 BITs가 투자자와 주재국 간 분쟁해결에 대해 규정을 두지 않거나 수용보상금에 관한 분쟁만 중재에 합의하는 등 ISDS에 대해 ‘권한 유보’를 주장하며 주재국의 규제권한을 강조하고 있다.

Ⅱ. 확산기(1989-1996)

1989년부터 1996년 말까지 중국은 59개의 BIT를 체결했는데, 이는 투자협정이 체결된 가장 많은 기간으로 중국의 전체 대외 BIT의 41%를 차지하며, 그 중 1992년이 15개로 가장 많았다. 이는 1992년 덩샤오핑(鄧小平) 동지의 ‘남순(南巡)’ 연설, 중국 공산당 제14차 전국대표대회 개최로 사회주의 시장경제체제 구축을 위한 개혁목표를 수립한 것과 관련이 있으며, 개혁은 중국과 다른 국가의 양자투자협정 협상을 진전시켰다.

1989년 중국은 두 번째 BIT 모델을 형성했으며[191] 두 번째 모델은 여전히 자본유입국의 입장에서 사전 설정되었으며 핵심 조항은 비교적 보수적이며 ‘협정이 국내 법률정책에 미치는 충격과 영향을 줄이는 것’에 중점을 둔다.[192] 그러나 체약 대상이 크게 변경되었으며 소수의 선진국을 제외하고 모두 아시아, 아프리카 및 라틴 아메리카의 개발도상국이다. 당시만 해도 중국은 경제력이 약해 해외진출 능력을 갖추지 못했고,

---

190) 1985년 중국-쿠웨이트 BIT 제8(3)조, 1986년 중국-스위스 BIT 제12(1)조, 1988년 중국-일본 BIT 제11(2)조, 1988년 중국-말레이시아 BIT 제7(4)조, 1988년 중국-호주 BIT 제12조 제2(b)항.

191) The text of Chinese Model BIT Version II, *See* Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Supra* note 8, pp.429-433.

192) 李玲, 同前注 179, 第116頁.

개도국과 협정을 맺는 주된 목적은 외교적 필요에 맞춰 “협정 자체의 역할보다 정치적 의미가 크다” 는 것이었다.[193]

투자자와 주재국의 분쟁해결 문제에서, 이 시기의 상징적인 사건은 중국이 1993년 초에 ICSID 협약에 가입하는 것을 비준하였다는 것이다.[194] 그러나 중국은 협약에 가입할 때, 협약 제25조 제4항에 따라 중국 정부는 “수용과 국유화 보상금액에 관한 분쟁을 ICSID 중재판정부에 신청하는 것만을 고려하고 있다” 고 유보했다.[195] 또한 협약 당사자인 중국은 ICSID 협약 비준 이후 체결된 여러 BITs에서 ICSID 중재를 언급하지 않았으며,[196] 관련 투자자와 주재국 간의 분쟁 해결은 여전히 구 표준을 채택하고 있다. 투자분쟁이 발생한 후 우호적인 협상을 선호하며, 일정 기간(일반적으로 6개월) 내에 해결되지 않으면 분쟁 당사자는 분쟁을 주재국 관할 법원에 제소할 권리가 있다. 수용보상액에 관련된 분쟁이 우호적인 협상 후에 해결될 수 없는 경우, 어느 당사자도 임시 중재판정부에 중재신청하여 심사를 받을 수 있지만, 수용보상액에 관련된 분쟁이 주재국 국내 법원에 제소된 경우 더 이상 중재신청할 수 없다.

이 기간 동안 59개의 BITs 중 13개 BITs만이 ICSID 중재를 수락하기로

---

193) 同上注, 第115頁.

194) 중국은 1990년 2월 9일 ICSID 협약에 서명하여 가입하였고, 1993년 1월 7일 이 협약을 비준하였으며, 2월 6일 협약이 정식으로 발효되었다.

195) 중국 전국인민대표대회(전인대) 상무위원회는 중국의 ICSID 협약 가입을 승인하는 승인서에 “중국 정부는 수용 및 국유화에 따른 배상금액 분쟁만 센터에 신청하는 것을 고려하고 있다”고 중국어로 명시했다, 하지만 ICSID에게 제출한 영문판 : “Pursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization” 영어 표현에서 ‘금액(amount)’이라는 키워드가 누락돼 중국어의 본래 의미와 달리 ‘수용·국유화 배상금액’에서 ‘수용·국유화 배상’으로 바뀌었다. 여기엔 중국 인민대표대회 상무위원회 비준서 표현이 우선이다.

196) 1993년부터 1996년까지 벨라루스, 타지키스탄, 알바니아, 에스토니아, 조지아, 크로아티아, 라오스, 슬로베니아, 우루과이, 아제르바이잔, 이집트, 에콰도르, 자메이카, 오만, 쿠바, 알제리, 캄보디아, 짐바브웨, 레바논, 모리셔스, 세르비아와 체결한 BIT는 ICSID 중재를 언급하지 않았으며, 중재신청이 허용되더라도 임시 중재판정부이며, 범위는 수용 보상금액에 관한 분쟁에 국한되었다.

규정했으며 중재 가능한 범위는 부과된 보상금액과 관련된 분쟁뿐이며 일부는 '체약 당사자의 동의'에 따라 ICSID 중재를 위해 신청된 기타 분쟁도 포함된다.[197] 중국이 ICSID 중재 관할을 받아들이기를 꺼렸던 것은 특정한 경제적·정치적 배경(개혁개방 초기) 아래서 합리적인 결과로 간주되었는데, 이는 당시 자본유입국으로서 중국이 해외투자를 보호할 동기가 거의 없었기 때문이다. 반면 ISDS에 대한 투자자의 진입을 제한하는 것은 외국인 투자자와 분쟁을 해결할 때 국내 법원의 판정 특권을 유지하고,[198] 국가의 외국인 투자 통제 주도권을 유지하기 위한 것이었다.

중국이 확산기에 체결한 BITs의 절대다수는 여전히 국제투자 중재판정부의 관할권 범위를 수용보상액에 관한 분쟁과 당사자 쌍방의 동의를 거친 분쟁으로 한정하고 있어 이전 단계와 크게 다르지 않기 때문에 이 시기는 이전 탐색기에 체결된 BITs와 함께 중국의 1세대 보수형 BITs를 구성하고 있다. ISDS 규칙 내용은 상당히 보수적이며 오직 수용 보상금액 산정에 관한 분쟁만 국제투자 중재를 신청할 수 있다. ICSID 협약에 가입한 뒤에도 중국정부의 동의라는 사전적 전제 조건을 명시하고 국제중재의 대상 범위를 최소화하는 등의 방법을 통해 ISDS 규정의 사실상 무력화를 추구하였다.[199] 계약 대상은 초기에는 선진국 위주로 선진국의 투자자를 중국에 유치하기 위해, 후기에는 개발도상국 위주로 좋은 정치와 외교관계를 홍보하기 위해 노력하고 있다.[200]

---

197) 예를 들어 1993년 중국-리투아니아 BIT 제8조 제2항은 체약국의 동의를 얻어 보상액 부과와 관련된 분쟁 및 기타 투자분쟁을 ICSID 중재판정부에 중재 신청할 수 있도록 규정하고 있으며, 1994년 중국-루마니아 BIT 제9조 제2항은 체약국은 투자와 관련된 어떠한 분쟁이든 주재국 관할권이 있는 국내 법원에 제소하거나 체약국의 동의를 얻어 상기 분쟁을 ICSID 중재판정부에 신청할 수 있도록 규정하고 있다.

198) Yuwen Li & Cheng Bian, *Supra* note 13, p.508.

199) 김관호, "중국 투자협정 정책 전개의 신국면과 전망", 「社會科學硏究」 第25卷 第3號, 2018년 9월, 126면.

200) 王鵬, 郭劍萍, 同前注 177, 第7頁.

Ⅲ. 자유화 전환기(1997-2002)

1997년 당시 중국의 대외무역경제협력부(현 상무부 담당)는 중국의 경제발전 상황과 외자유치 수요에 따라 투자협정의 내국민대우 확대, 국제중재신청되어 해결된 투자분쟁 범위 확대 등 중대한 문제에 대해 국무원에 지시를 요청했다. 중국 국무원은 '국내 행정심사 절차 소진' 전제로 투자자가 주재국과의 모든 투자분쟁을 국제중재에 신청하여 해결할 수 있도록 하는 동시에 '불합치 조치'형 내국민대우를 허용할 것을 승인했다.[201] 이렇게 한 것은 중국은 1997년경 세 번째 모델이 나타나고 내국민대우를 늘리고 국제중재신청 범위를 확대하는 등 중국의 2세대 자유화형 BITs를 형성하고 이를 통해 21세기 초반 BITs 실무의 토대를 마련하기 위한 이유에서였다.

1997년부터 2002년까지 중국은 총 28개 BITs를 체결했으며 2001년 네덜란드와 키프로스를 제외하고 체약 당사자는 모두 개발도상국이다. 중국 투자협정은 1997년부터 모든 투자분쟁에 대해 국제중재를 허용하고 실질적이고 전면적인 접근 후 내국민대우를 제공하는 등 투자자 접근에 우호적인 방향으로 전환해 왔다. 이러한 변화는 1997년 중국-남아공 BIT에서 시작되었으며, 이 조약의 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제9조
> 1. 다른 체약국의 영토 내의 투자로 인해 발생하는 다른 체약국 소속의 투자자와 체약국 사이의 모든 분쟁은 가능한 한 분쟁 당사자 간의 협상을 통해 우호적으로 해결되어야 한다(Any dispute between an investor of the other contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.).
> 2. 해당 분쟁이 6개월 이내에 협상을 통해 해결될 수 없는 경우

201) 李玲, 同前注 179, 第116頁.

분쟁 당사자는 분쟁을 국제 중재판정부에 중재신청할 권리가 있지만 분쟁과 관련된 체약국은 투자자가 분쟁을 체약국의 국내 법원에 제소하지 않는 한 투자자에게 법률 및 규정에 따라 행정심사를 시작하도록 요구할 수 있다(If the dispute cannot settled through negotiations within six months, the either Party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to an international arbitral tribunal provided that the Contracting Party involved in the dispute may require the investor to initiate administrative review procedures in accordance with its laws and regulations, and provided that the investor has not submitted the dispute to a dometic court of that Contracting Party.).

……

이 조약의 ISDS는 '투자와 관련된 어떠한 분쟁도 수용할 수 있다'는 것은 중국의 투자협정이 보수적인 규제에서 자유화로 전환되었음을 의미한다. 하지만 중국은 '돌다리밟기(摸石頭過河)'의 점진적 경로를 이어가면서 '주재국 내 행정심사 소진'이라는 안전판을 설치했다. 조문의 '할 수 있다'는 용어는 행정심사 절차를 모두 사용하는 것이 BIT가 규정한 조약 요구 사항이 아니라 주재국이 제기할 수 있는 요구 사항임을 시사한다. 이는 투자자들이 행정구제를 거치지 않고 분쟁을 중재에 부칠 수 있다는 의미이다.[202]

1998년 중국과 바베이도스가 체결한 BIT는 처음으로 투자자가 "모든 투자분쟁을 ICSID 또는 UNCITRAL 중재규칙에 의해 설립된 중재판정부에 중재신청할 수 있다"고 규정하고 있으며, 체약 당사자는 투자자가 분쟁을 국제중재에 신청하기 전에 현지 행정심사 절차를 소진할 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있다.[203] 중국-바베이도스 BIT는 이후 중국의 2세대 BITs의 모델이 되었으며, 이러한 '포괄적 ISDS 메커니즘 + 현지 구제 소진(Exhaustion of local remedies)'도 이 기간 BIT의 ISDS 메커니즘의 주요

202) 이 시기 중국과 코트디부아르의 BIT 규정만 국제중재 이전에 행정심사 절차를 다 밟아야 한다는 요구가 강제적이었다. 참고: 중국-코트디부아르 BIT(2002) 제9조 제3항.

203) 1998년 중국-바베이도스 BIT 제9조 제2·3항.

형태가 되었다.

또한 이 시기의 BITs는 전통적인 택일조항을 제공하여 투자자가 분쟁을 주재국의 관할권이 있는 국내 법원에 제소하면 더 이상 국제중재를 신청할 수 없다. 국내 법원이나 국제투자 중재 중 두 가지 절차 중 하나를 선택하는 것이 최종적이라는 것이다. 주목할 점은 2001년 중국과 네덜란드가 재체결한 BIT의 제10조 제2항은 "투자자는 분쟁을 국내 관할 법원에 제소하기로 결정할 수 있다. 중화인민공화국 영토 내 투자에 관한 법적 분쟁이 국내 관할 법원에 제소되면 해당 투자자가 국내 법원에서 소송을 취하한 경우에만 국제분쟁해결을 위해 중재를 신청할 수 있다"고 규정한다.[204] 조건 반전이 있는 이 택일조항의 출현은 외국인 투자자가 국내 법원과 국제중재 사이에서 더 큰 선택의 자유를 초래할 수 있고 이론적으로 국내 사법 시스템의 법치를 촉진하여[205]국내 법원이 국제 중재판정부와 경쟁하도록[206] 하기 때문에 1세대 BITs로부터 하나의 중요한 전환을 상징한다.

전반적으로 이 기간 동안 중국이 체결한 BITs는 국제중재신청 허용에 대한 투자분쟁 유형을 더 이상 제한하지 않으며 더 많은 국제중재 양식을 포괄한다. 현지 행정구제를 최대한 활용하라는 요구는 있지만 표현상

---

204) 영문 원문 : An investor may decide to submit a dispute to a competent domestic court. In case a legal dispute concerning an investment in the territory of the People's Republic of China has been submitted to a competent domestic court, this dispute may be submitted to international dispute settlement, on the condition that the investor concerned has withdrawn its case from the domestic court.

205) Susan Franck, *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, Articles in Law Reviews & Other Academic Journals. 1588, 2007, at https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1588(Lastly visited on 2023.4.16.). 저자는 BIT가 중재 도입을 통해 국가 법원의 보완으로 삼고, 국제 정의와 절차적 공정 준칙을 전파함으로써 개발도상국의 법치를 강화한다고 주장한다.

206) Kate Hadley, *Do China's BITs matter? Assessing the effect of China's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the rule of law*, Georgetown Journal of International Law, 45(1), 2013, p.301.

강제적 구속성은 없다. 따라서 중국은 일방적인 주재국 규제 주권 고수에서 투자자 권익 보호에 치중하는 모델로 선회했음을 알 수 있다. 이러한 급격한 정책 전환은 경제적, 지정학적 및 역사적 요인의 시너지 효과에 기인한다. 이러한 변화의 가장 중요한 이유 중 하나는 중국이 점차 개발도상국에 투자하는 자본유출국이 되기 시작했기 때문이다.[207] 중국은 대외투자를 보호하려고 노력하면서 느슨한 ISDS 조항 때문에 주재국 정부의 예상치 못한 상업 활동 개입으로 인한 해외 위험을 방지하기 위해 중국의 대외투자를 보다 강력하게 보호하는 것을 목표로 한 것이다.

Ⅳ. 조정기(2003-2009)

2003년부터 국제투자협정 내용의 끊임없는 발전과 중국이 직면한 국내외 경제 정세의 변화에 따라 중국의 투자협정 협상 업무도 새로운 특징을 나타냈다, 죽 협정조항은 보다 구체적이고 명확하다, 그리고 새로운 조항은 어떤 협정에 나타나기 시작했다. 이 시기 중국은 대외 FTA 체결에 박차를 가해 10개 FTA의 투자협정을 체결했다. 동시에 조정기의 BITs도 큰 탐색성을 보이며 ISDS 약관에 많은 새로운 특징이 나타났다. 주로 다음과 같은 측면에서 나타난다.

첫째, 중재신청할 수 있는 분쟁의 범위를 명확히 한다. 예를 들어, 2007년 중국-쿠바 BIT 제10조는 “이 조항에 적용되는 투자분쟁은 체약국이 본 협정 제2조부터 제7조까지의 의무를 위반하여 투자자가 손실을 입음으로써 발생한다”고 규정하고 있다. 둘째, 투자자들의 손해배상 청구 시한을 정했다. 예를 들어 2007년 중국-한국 BIT는 ‘투자자가 손실 또는 손해를 처음 알았거나 알았어야 하는 날로부터 3년이 경과한 경우 분쟁은 중재를 신청할 수 없다’고 규정하고 있다.[208] 셋째, 중재인의 자격을

207) 이 기간 동안 중국의 BIT 체결 상대국은 아프리카, 동남아시아 및 라틴 아메리카에 위치한 개발도상국으로 일반적으로 자본유입국으로 간주되며 ISDS의 대응자로 간주될 가능성이 낮다.
208) 2007년 중국-한국 BIT 제9조 제7항.

규정한다. 2007년 중국과 쿠바가 재개정한 BIT 제9.6(2)조는 투자분쟁해결조항에 규정된 중재인이 국제법과 투자 경험이 있어야 한다고 규정하고 있다. 위의 몇 가지 규정은 투자 중재판정부의 관할권에 어느 정도 제약을 가한다. 넷째, 중재병합의 원칙적 규정이 추가되었다. 2008년 중국-멕시코 BIT 제16조는 투자자가 두 개 또 두 개 이상의 중재판정부에 신청한 중재신청이 공통적인 사실 또는 법적 문제를 가지고 있는 경우 신청을 공정하고 효과적으로 해결하기 위해 모든 분쟁 당사자의 합의에 따라 중재절차를 통합할 수 있다고 규정하고 있다. 다섯째, 중재판정부는 관할권과 투자자의 신청이 명백히 법적 근거가 부족한지 여부를 판단해야 한다는 규정이 나왔다.[209]

조정 단계에서 중국이 체결한 일부 BITs는 이미 국제투자 중재판정부의 관할권에 대해 제한적인 조치를 취하기 시작했다. 특히 후반기에 중국이 체결한 투자협정은 북미자유무역지대 투자 장의 영향을 많이 받아 유럽 모델에서 보다 포괄적이고 상세한 미국 모델로 전환되기 시작했다. 예를 들어 2007년 중국과 쿠바 사이에 재개정된 BIT는 투자에 대한 실질적인 권리와 의무, ISDS에 관한 절차적 규정 등 보다 구체적이고 상세한 규정을 두고 있다.[210] 2008년 중국-멕시코 BIT의 ISDS 조항은 별도의 장으로 편재되었으며 중재 동의, 범위, 기간, 장소, 판정의 집행 및 임시 보호 조치를 포함한 ISDS에 대한 보다 자세한 규정이 있다.[211] 그러나 여전히 많은 BITs가 이전 규정을 따르고 있으며[212] 여전히 2세대 자유화 BIT에 속한다.

이때 중국은 여전히 투자유입국에 속하지만 대외 직접투자가 끊임없이 발전하고 있는데, 어떻게 '국내 발전과 해외 진출의 이익 균형을

---

209) 2008년 중국-콜롬비아 BIT 제9조 제12항.

210) 中國商務部條法司, http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/bk/201003/20100306805854.shtml(訪問日期: 2023.4.16.).

211) 2008년 중국-멕시코 BIT, Chapter III: Dispute Settlement, Article 11-21.

212) 예를 들어 중국은 스위스, 말리, 몰타, 러시아, 체코, 프랑스, 코스타리카와 BIT를 체결했다. 참고: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china(검색일: 2023.4.16.).

조화시키는 것이 중요한 작업'이었다.[213] 중국은 보다 구체적인 규칙에 대한 탐색을 반영하기 위해 다양한 국가들과 많은 새로운 조항을 시도하기 시작했다. 이때 투자협정의 정책목표는 중국에 오는 외국인투자뿐만 아니라 중국의 대외직접투자를 촉진하고 보호하는 것도 포함된다. 투자자의 권익보호와 주재국의 규제주권의 균형을 맞추는 모델로 발전하기 시작한 것이다.

Ⅴ. 균형기(2010-현재)

최근 몇 년 동안 '지속가능한 발전(可持續發展)'의 원칙은 경제발전과 국제관계의 일반원칙으로 각국에서 일반적으로 받아들여지고 있으며, 점점 더 많은 BITs가 서문에 지속가능한 발전을 포함시키고 있다. 국제투자 정책 맥락에서 지속가능한 발전은 주재국의 경제 및 사회 발전을 강조하고 주재국의 건전한 투자환경 형성을 촉진하며 자본유출국과 외국인 투자자의 공통된 요구를 충족시킨다. 이 원칙은 자본유출국과 자본유입국 간의 관계뿐만 아니라 주재국과 외국인 투자자의 관계에도 적용된다.[214] 지속가능한 발전을 지향하는 BIT는 자본유출국과 자본유입국 모두 상응하는 책임과 의무를 지며, 진정으로 자본유출국과 자본유입국 간의 권익 및 주재국과 외국 투자자 간의 권익을 균형 있게 형량해야 한다.[215]

2010년 4월 중국 상무부는 네 번째 BIT 모델 초안을 발표했는데, 서문은 체약국의 경제주권을 존중하고 지속가능한 발전 목표에 포함시킬 것을 명시하고,[216] 중국은 3세대 균형화 투자협정에 들어갔다. 규칙 내용 면에서

---

213) 尙明：《2005年中國對外商務形式及法律工作的回顧与分析》，載《國際經濟法學刊》2005年第12卷第4期，第7頁. 저자는 중국 상무부 조약법률사(條法司) 사장을 역임하였다.

214) 曾華群：《可持續發展的投資政策框架与我國的對策》，載《厦門大學學報（哲社版）》2013年第 6 期，第61頁.

215) 曾華群:《論双邊投資條約范本的演進与中國的對策》，載《國際法研究》2016年第4期，第74頁.

216) 溫先濤：《中國投資保護協定范本（草案）論稿1》，載《國際經濟法學刊》2011年第18卷第4期，第173頁.

중국의 3세대 투자협정은 한편으로는 투자자의 투자 접근 후 권리를 보호하는 데 중점을 두고 동시에 투자 접근에 대한 제한을 점차 완화하고 전면적인 ISDS 메커니즘을 제공한다. 한편, 주재국의 감독 주권을 재확인하는 데 더욱 주의를 기울이고 다양한 유형의 예외 조항을 지속적으로 도입하는 동시에 투자 중재판정부의 프로세스 통제를 강화한다. 이후 중국 투자협정은 균형기에 접어들어 주재국의 감독권 보장과 투자자 권리 보호의 균형을 실현하고 체약국의 지속가능한 발전을 촉진하며 각종 실무를 통해 투자 관련 규정을 투자자 편의를 위하여 '선택적으로 리모델링'하기 시작했다.

2010년 이후 중국은 대외적으로 BITs 체결 속도가 느려져 주요 경제국과의 협상과 체약을 더욱 중시하고 있으며, 2010년부터 현재까지 중국은 양자투자협정 7개, 자유무역협정의 투자 장 11개 새로 체결하고 4개의 자유무역협정 의정서를 업그레이드하였다(모두 중국 본토와 홍콩·마카오·대만 간 경제무역협정 제외).[217] 이 중 2012년 체결된 중국-캐나다 BIT(이하 '중-캐 BIT'라 한다)와 2019년 체결된 중국-모리셔스 FTA(이하 '중-모 FTA'라 한다)는 3세대 중국 BITs의 대표주자이다.

첫째, 중국 3세대 BITs의 가장 두드러진 특징 중 하나는 분쟁해결 조항의 확대, NAFTA 투자 장과 미국 BIT 모델의 영향으로 중국 BIT의 조항 내용이 더욱 풍부해지고 있으며, 일반적으로 세부 조항을 포함하는 ISDS 전문 챕터를 특징으로 한다. 예를 들어 중-캐 BIT의 제C부분은 14개 조항으로 ISDS 메커니즘을 구성하는데 이는 NAFTA 조항과 매우 유사하다. 점점 더 상세한 ISDS 조항은 중국이 상세하고 고도로 규범화된 분쟁해결 방안에 대해 협상할 용의가 있음을 보여주는 것으로 보이며, BIT 협상에서 중국의 패러다임이 점차 간소화된 유럽 모델에서 상세한 미국 모델로

217) 중국 자유무역지대 서비스 사이트(http://fta.mofcom.gov.cn/)와 UNCTAD 웹 사이트의 통계 데이터는 약간 달라서 UNCTAD 통계는 중국과 몰디브 FTA를 포함하지 않는다. 중국 자유무역지대 서비스 사이트의 통계에 따르면 중국과 몰디브 FTA는 2017년 12월 7일 베이징에서 서명되었다. 이곳은 중국의 데이터를 기준으로 한다.

옮겨가고 있음을 보여준다.

둘째, 중국 3세대 BITs는 투자자가 분쟁을 중재신청하기 전에 먼저 협상(consultations)을 진행하여 우호적으로 청구를 해결하도록 요구하는 협상전 절차를 추가했다.[218] 중-모 FTA 제8장 제23조 제1항은 신청인이 중재신청서를 제출하기 최소 180일 전에 피신청인에게 협의 요청을 보내야 한다고 규정하고 있으며, 협의 요청에는 분쟁 당사자의 기본 정보가 포함되어야 하며, 분쟁의 기본 문제와 클레임의 사실, 법적 근거 및 클레임 금액을 설명해야 한다.

또 중국 3세대 BITs는 냉각기간(Cooling-off period) 개념을 도입해 분쟁 당사자가 우호적인 협상 절차 이후 분쟁을 해결하지 못하면 투자자가 중재신청을 하기 전까지 통상 180일의 냉각기간을 갖는다.[219] 냉각기간은 투자자가 중재 의사 통지를 제출한 날부터 계산되며, 양측은 가능한 한 우호적으로 협상하여 분쟁을 해결해야 한다. 투자자가 주재국에 제출한 중재 의사 통지서에는 분쟁의 사실적 근거와 법적 근거를 포함하여 경솔한 중재 또는 법적 근거가 없는 청구를 방지한다. 동시에 이 기간 동안 대부분의 BITs는 여전히 중재신청을 위한 전제조건으로 국내 행정심사 절차를 사용할 것을 요구한다.

셋째, 중국 3세대 BITs는 투자자들이 국제중재에 호소할 수 있는 투자분쟁의 범위를 명확히 했다. 기존 중국과 외국 BIT의 '모든 투자분쟁은 중재신청될 수 있다'는 표현과 달리 이번 세대 BITs는 투자분쟁의 범위를 명확하게 제한하고 투자협정에 규정된 구체적인 의무를 위반하여 투자자에게 손실 또는 손해를 입힌 경우에만 중재를 신청할 수 있다. 예를 들어 중-모 FTA 제8장 제24조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

---

218) 예를 들어 중국-캐나다 BIT(2012) 제21조 제1항, 중국-호주 FTA(2015) 제9장 제11조, 중국-모리셔스 FTA(2019) 제8장 제23조.

219) 중국-캐나다 BIT 제21조에 규정된 냉각기간은 4개월이다.

……

신청인은 자신의 명의로 본 절에 따라 다음과 같은 경우에 중재를 신청할 수 있다.

1. 피신청인이 다음을 위반한 경우.

(1) 이 장 제3조(내국민대우), 제4조(최혜국대우), 제5조(최저대우기준), 제6조(손실보상), 제7조(수용 및 보상), 제8조(송금) 및 제10조(임원 및 이사회)에 규정된 의무 또는

(2) 투자계약. 그리고

2. 피신청인이 상술한 위반으로 인하여 피신청인이 손실 또는 손해를 입은 경우

……

요청된 대상 및 요청된 손해배상액이 관련 투자협정에 대한 신뢰에 기초하여 설정 또는 취득되었거나 설정 또는 취득을 추구하는 포괄적 투자와 직접적인 관련이 있는 경우에만 신청인은 투자협정 위반을 주장할 수 있다.

……

이는 중국 3세대 투자협정이 특정 조항을 위반하는 조약 의무와 이로 인한 실제 피해를 결합할 것을 요구하여 투자 중재의 수용 가능성에 대한 더 높은 문턱을 설정한다는 것을 의미한다.

넷째, 중국 3세대 투자협정은 분쟁 당사자들에게 광범위한 분쟁 해결 옵션도 제공한다. '대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정(2012)'(이하 '한·중·일 투자협정'이라 한다) 제15조 제3항 '투자자와 체약국 간의 투자분쟁해결'은 다음과 같이 규정하고 있다.

3. 투자분쟁은 분쟁 투자자의 요청에 따라 다음 중 어느 하나에 회부된다.

가. 분쟁 체약국의 권한 있는 법원

나. ICSID 협약이 적용 가능한 경우, ICSID 협약에 따른 중재

다. ICSID 추가편의규칙이 적용 가능한 경우, ICSID 추가편의규칙에 따른 중재

라. UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재 또는

마. 분쟁 체약국과의 합의가 있는 경우에는 그 밖의 중재규칙에 따른 모든 중재

나호에서 마호까지의 목적상 아래 요건이 충족되어야 한다.

1) 분쟁 체약국에 협의를 위한 서면 요청서를 제출한 날부터 4개

월 내 제2항에 언급된 협의를 통해 투자분쟁이 해결되지 아니하는 경우, 그리고

2) 적용 가능한 경우, 제7항에 명시된 국내행정검토절차와 관련된 요건을 충족하는 경우

분명히 한·중·일 투자협정은 분쟁해결 경로의 규정에서 중국의 다른 양자 투자협정과 기본적으로 일치한다. 이와 함께 4개월간의 협상과 주재국 행정심사 절차를 투자 중재의 전제조건으로 삼았다. 이후 2015년 중국-한국 FTA에서도 같은 규정을 채택하였다. ISDS에서는 주재국의 국내 행정심사의 필요성을 강조하고 있다. "선택적 분쟁해결 메커니즘의 중요성을 중시하는 칼보주의 국가 주권 보호 논리의 혼합체다."[220]

다섯째, 차세대 중국 투자협정은 위에서 언급한 수용성 요구 사항 외에도 ISDS의 특정 제외 조항을 명확하게 규정하기 때문에 중재 동의 범위 측면에서 더 선택적인 것으로 보인다. 예를 들어, 중국과 캐나다의 양자투자협정은 투자자-국가간 중재에서 조약의 특정 조항을 명시적으로 제외하는 유보목록을 포함한다. 전체 조약에 적용되지 않는 일반적인 예외 상황 외에도,[221] 중-캐 BIT는 금융 부문의 신중한 조치 분쟁에서 ISDS의 적용을 명시적으로 배제하고 있으며, 이러한 분쟁은 궁극적으로 국가 간의 중재에 의해 해결될 수 있다.[222] 조세조치에 관한 분쟁도 투자자-국가간 중재에서 제외된다.[223] 또한 국가 법률 및 규정에 따라 중국 또는 캐나다의 투자 승인 또는 국가 안보 검토 결정은 투자자와 국가의 중재대상이 아니다.[224]

여섯째, 분쟁해결 조항에 최혜국대우가 적용되지 않음을 명확히 한다. 중-캐 BIT 제5조 제3항은 "더 확실하게 하기 위해, 이 조항의 제1항과 제2항에서 언급된 '대우'는 다른 국제투자 조약 및 기타 무역협정에서

220) 沈偉, 同前注 176, 第54頁.

221) 중-캐 BIT (2012) 제33조는 전체 양자투자협정에 적용되지 않는 일반적인 예외상황은 문화산업 조치, 환경 조치, 금융부문의 신중한 고려에 의한 조치, 화폐정책 조치, 기본안전이익 또는 비밀정보를 포함한다.

222) 중-캐 BIT 제20조 제2항.

223) 중-캐 BIT 제14조.

224) 중-캐 BIT 부속서류 D.34.

제C부분과 같은 분쟁해결 메커니즘을 포함하지 않는다" 고 규정하고 있다. 이는 외국인이 중국이 체결한 다른 BIT에서 더 유리한 분쟁해결 조항을 인용할 수 없고 중재판정부 관할권도 제한한다는 의미다.

일곱째, 중국 3세대 BITs는 준거법의 적용에 있어 중요한 변화가 있다. 즉 체약국의 국내법을 배제한다. 예를 들면 중-모 FTA 투자 장에서는 '투자자가 중재를 신청할 경우 중재판정부는 본 협정 및 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁 사항에 대해 판정을 내려야 한다'라고 명시되어 있다.[225] 이 규정에 따라 중재판정부는 두 서명국의 국내법을 더 이상 참조하지 않을 것으로 보인다. 국내법을 준거법 또는 적용법으로 ISDS에 포함시키는 것은 주재국이 국내법을 인용하여 조약 의무를 위반한 것으로 알려진 국가 조치를 변호할 수 있도록 하는 메커니즘이다.[226] 이를 제외하면 주재국이 국내 법규를 적용해 조치의 정당성을 입증하지 못하게 된다.

또 중국 3세대 투자협정은 기존 제1, 2세대보다 포괄적이고 혁신적인 특징을 보이고 있다. 특히 당사국들은 분쟁 발생 후 일부 투자자와 투자를 해당 투자협정 상의 중재로부터 개별적으로 배제할 수 있도록 혜택의 거부(Denial Of Benefits) 조항을 도입했다.[227] 세무 중재에 있어서, 체약국 조세 기관의 공동 결정을 사전 절차로 삼는다.[228] 체약국의 공동 해석 메커니즘을 도입하여 체약 당사자의 공동 해석이 중재판정부에 구속력이 있음을 명확히 하였다.[229] 중국 2010년 BIT 모델에는 없는 조항도 다수 등장했다. 예를 들어, 중재가 진행되는 과정에서 '보조참가인(Amicus curiae)' 제도가 도입되고,[230] 피신청인에게 반소할 권리를 부여한다.[231] 또

---

225) 중-모 FTA 제8장 제29조 제1항. 이 조항은 "더욱 명확히 하기 위하여 피신청인의 국내법이 사실상의 중재신청과 관련이 있는 경우, 이 규정은 피신청인의 국내법을 사실로서 고려하는 데 영향을 미치지 아니한다"고 규정하고 있다.
226) Yuwen Li & Cheng Bian, *Supra* note 13, p.522.
227) 중국 2010년 BIT 모델 제10조.
228) 중국 2010년 BIT 모델 제11(5)조.
229) 중국 2010년 BIT 모델 제17조.
230) 중-모 FTA 제8장 제28조.

ISDS 개혁의 문제를 고려하여 일부 중국 투자협정은 해당 조항을 설정하여 후속 항소기관 설립을 위한 조항을 적용할 수 있는 여지를 남겼다는 점에 주목할 가치가 있다.[232]

보수주의에서 자유화, 그리고 지속가능한 발전을 추구하는 중국 3세대 BIT는 균형 잡힌 내용을 보여 주면서 투자가 주재국의 사회 발전에 기여하는 데 더 많은 관심을 기울이고 투자협정의 제도적 위치는 수단에서 목적으로 그 지위가 변경되었다. 그 규칙 내용 면에서 3세대 투자협정은 한편으로는 투자자가 투자에서 취득한 권리를 보호하는 데 중점을 두고 동시에 투자 접근에 대한 제한을 점차 완화한다. 한편, 주재국의 규제권한을 재확인하는 데 더욱 주의를 기울이고, 각종 예외 조항을 지속적으로 도입하고, 투자 중재판정부의 프로세스 통제를 강화하여 관할권을 무제한 또는 과도하게 확장하지 않도록 한다. 동시에 무의미하거나 가치 없는 중재신청을 방지하기 위해 투자자에게 더 많은 제한과 더 높은 절차적 요구 사항을 부과한다. 일반적으로 중국의 3세대 BITs의 ISDS 조항은 2세대 자유주의 방식과 결별하고 투자자 보호와 주재국의 규제권한 보호 사이에서 균형을 찾으려 한다.

제3절 중국 투자협정의 새로운 추세

Ⅰ. 중국-미국 BIT 협상

중국과 미국은 각각 세계 최대의 개도국과 선진국이며, 세계 1, 2위의 외국인 투자 흡수국이자 대외투자의 주역이다. 1983년과 1987년 사이에 중국과 미국은 첫 번째 BIT 협상을 진행했는데, 당시 중국과 미국의 이념적 차이가 상대적으로 커서 많은 주요 문제에 대해 조정 불가능한 입장이 충돌하여 협상이 실패하게 되었다. 2008년 미국과 새로운 BIT

231) 중-모 FTA 제8장 제24조 제4항.
232) 중-모 FTA 제8장 제28조 제8항, 중국-호주 FTA 제9장 제23조.

협상이 시작돼 2016년 완성에 근접하기도 했지만 트럼프 행정부 동안 미국-중국 BIT (이하 '미-중 BIT'라 한다) 협상은 완전히 정체에 빠져 아직 재개되지 않고 있다.

2008년 6월 미국과 중국이 제4차 전략경제대화에서 양자투자조약 협상을 공식 시작한 이후 두 경제대국 간의 BIT 협상은 중단되는 등 우여곡절을 거듭해 지금까지 3단계에 걸쳐 총 31회 협상을 벌여왔다. 미-중 BIT 협상은 조지 부시 행정심사 추진으로 시작됐지만 별다른 진전이 없었다. 이 기간은 우선 방치 단계(2008.06-2012.04)였다. 이후 오바마 행정부 시절 미국 정부가 투자협정 모델을 새로 고치면서[233] 미-중 BIT 협상은 일단 보류됐다. 둘째, 재가동 단계(2012.05-2016.12)였다. 2012년 미-중 전략경제대화 기간 중 BIT 협상 재개를 선언하고, 2013년 7월 '접근 전 내국민대우 플러스 유보목록 모델'을 바탕으로 실질적인 협상단계 진입을 선언했다. 이후 미-중 BIT 협상은 급물살을 타 2016년 거의 완성 상태에 이르렀다. 셋째, 정체 단계(2017.01-현재)로서, 트럼프 대통령 취임 이후 미-중 무역 마찰의 여파로 미-중 BIT 협상은 '10년 롱런' 이후 정체 상태에 빠졌고 아직까지 재개되지 않고 있다.

현재 기존의 미-중 BIT 협상은 기본적으로 2단계에서 완료되었다고 할 수 있다. 2012년 4월 미국이 BIT 모델 개정을 완료한 후 미-중 BIT 협상은 즉시 재개되지 않았다. 미-중 BIT 협상은 미국과 중국 간 입장이 전면 충돌하는 데다 각국과의 다양한 이해관계를 고려할 때 역사적인 협상으로 평가된다. 당시 전반적인 예상은 투자협정 내용에 대한 양국 간의 확연한 입장 차이로 인해 협상이 재개되어도 양국 간에 대타협이 이루어지지 않는 한 협상의 진행은 난관에 봉착할 것이라는 것이었다.[234]

---

233) 미국의 투자모델 재개정은 그동안의 투자협정 내용이 공익 차원의 정부 규제 권한을 침해한다는 사회적 여론에 따른 것이다. 재심사를 거쳐 미국은 2012년 4월 새로운 BIT 모델을 공포했다. 새 모델은 금융 분야와 환경 및 노동 분야에서 정부의 규제 권한을 보다 명확히 규정하고 공기업 관련 내용을 추가해 공기업을 투자협정 의무 적용 대상으로 명확히 했다. 그 배경에서 유추할 수 있듯이 이것은 중국 BIT와의 협상 요소를 고려한 것으로 보인다.

234) 김관호. 앞의 논문(註 199), 129면.

대타협은 중국 쪽에서 시작된 것 같다. 2013년 7월 제5차 미-중 전략경제대화를 통해 투자협정 협상의 가장 큰 쟁점 이슈였던 투자의 설립전 단계에서의 내국민대우[235] 부여 원칙을 중국이 전격적으로 수용하였고 양국은 협상 재개에 합의하였다. 이후 중국은 같은 해 상하이 자유무역시험구에서 기존 내국민대우 및 유보목록 관리 모델을 시범적으로 시행하고 유보목록 관리를 받지 않는 외자 항목을 승인제에서 등록제로 변경했다. 이로써 미-중 BIT 조문 협상이 급물살을 탔다. 2014년 초 중국과 미국은 처음으로 협정문에 대한 실질적인 협상에 들어갔고, 같은 해 7월 본문의 주요 조항에 합의했다. 12월 협정문 검증을 바탕으로 2015년 3월 중국과 미국은 최종적으로 협정문 협상을 완료했고, 2015년 6월 제19회 협상을 시작으로 중국과 미국은 유보목록 교환 및 시장 접근 가격 협상 단계에 들어갔으며 2016년 9월까지 세 차례 유보목록을 교환했다.

2017년 트럼프가 등장하면서 미-중 BIT 협상이 정체 국면에 접어들었지만 그동안 일련의 협상은 중국에 의미 있고 파장이 컸다. 특히 접근 전 내국민대우에 유보목록이 확립된 것은 중국의 외국인 투자 정책 기조가 규제에서 자유화로 전환됐음을 보여줌으로써 중국이 개방을 더욱 확대한다는 메시지를 던지고 있다. 2013년 상하이 자유무역지대에서 처음으로 유보목록 관리 모델 시범사업을 진행했는데 당시 유보목록에는 190여 개의 내용이 있었다. 2015년 유보목록 관리 모델은 광둥(廣東), 톈진(天津), 푸젠(福建) 자유무역구에 확대 적용되었다. 2019년 3월 15일, 중국 제13기 전국인민대표대회 제2차 회의에서 외국인투자법을 의결하여 외국인투자 유보목록 관리 제도를 정식으로 법에 포함시켜 법제화된 형태로 명확히 하고, 외국인 투자 유보목록은 국무원이 발표하거나 비준하여 발표하도록 규정하였다. 2022년 3월 12일 중국발전개혁위원회와 상무부는 《시장 접근 유보목록(2022년)》을 발표했으며 최신 리스트에는

235) 접근 전 내국민대우는 일종의 내국민대우로서 구체적으로 기업이 설립, 취득, 확대 등의 단계에서 외국인 투자자와 그 투자가 자국 투자자와 그 투자보다 낮지 않은 대우를 하는 것을 말하며, 내국민대우를 '접근 후'에서 '접근 전'으로 앞당기는 것이다.

접근금지 항목 6개, 허가접근 항목 111개 등 총 117개 항목이 나열되어 있다.[236] 유보목록의 내용이 계속 줄어들고 있는 것은 표준적인 국제투자 규칙에 대한 중국의 의지와 태도를 보여준다.

ISDS에 관한 한, 기존의 미-중 협상은 ISDS 메커니즘을 다루지 않았지만, 미국의 2012년 BIT 모델 및 TPP에서의 규정을 통해 미국의 입장을 이해할 수 있다. TPP 투자 장의 두 번째 부분은 13개 조항을 사용하여 ISDS 규칙과 메커니즘을 자세히 설명했으며 그 구조와 내용은 기본적으로 미국 2012년 모델과 일치한다. 협상, 중재신청, 중재에 대한 각 체약국의 동의, 체약국의 동의 조건 및 제한, 중재인의 선택, 중재 진행, 중재절차의 투명성, 준거법, 부속서의 해석, 전문가 보고서, 병합 심리, 판정, 문서 송달을 포함한다.

이에 비해 중국 2010년 BIT 모델은 ISDS 조항에 훨씬 적은 규정으로, 단 하나의 조항(제13조)으로 설명하였고 중재인의 선택, 중재절차의 투명성, 부록의 해석, 전문가 보고서 등을 포함하지 않았다.[237] 그러나 2012년에 체결된 중국-캐나다 BIT는 14개 조항을 이용하여 ISDS에 대한 상세한 설명을 하였다.[238] 이름은 완전히 동일하지는 않지만 대체적으로 TPP 투자 장의 ISDS 내용과 유사한다. 따라서 미국과 중국은 ISDS 문제의 조문 형식에 큰 이견이 없어야 한다고 추측할 수 있다. 양측의 가장 중요한 실질적인 차이점은 중국이 투자자들에게 국제중재를 신청하기 전에 분쟁을 해결하기 위해 국내 행정 또는 사법기관을 통해 현지 구제를 해야 한다고 요구한다는 것이다. 미국은 국제중재의 전제조건으로 투자자가 자신의 권익을 쟁취하는 과정에서 많은 시간과 재원을 낭비할 수 있고, 국제적인

---

236) 中華人民共和國中央人民政府, http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-03/26/content_5682276.htm(訪問日期: 2022.12.12.).

237) 溫先濤:《中國投資保護協定范本（草案）論稿3》, 載《國際經濟法學刊》2011年第19卷第2期, 第59頁.

238) 목적, 체약국의 투자자에 대한 성명, 중재신청을 위한 전제조건, 중재신청, 중재에 대한 각 체약국의 동의, 중재인의 선택, 병합 심리, 비분쟁 당사자의 참여, 청문회 및 문서의 공개, 비분쟁 당사자의 신청, 준거법, 임시 보호 조치, 판정을 포함한다.

제3자 중재기구의 부족으로 주재국이 분쟁 처리에 주도권을 쥐고 있어 외국인 투자자에게 부당한 판정을 내리는 경우가 많다는 점을 우려하고 있다.[239]

미-중 BIT 협상이 언제 재개될지 알 수 없지만 중국은 미-중 BIT 협상 타결에 강한 의지를 보이고 있으며 바이든 정부 출범 이후 수차례 BIT 협상 재개 의사를 밝혀왔다. 미-중 BIT의 성사는 중국과 미국뿐 아니라 세계 경제의 회복과 발전에 큰 의미가 있기 때문이다. 중국의 입장에서 보면, 첫째, 국제투자협정은 국내법에 대해 '오버플로 효과'가 있다. 미-중 BIT를 통한 대외개방 확대는 국유기업 개혁 추진, 접근 전 내국민대우에 유보목록 외국인 투자 관리 제도 개선, 외국인 투자 시장 진입 확대 등 중국의 개방형 경제 구축과 '이중순환 구도(双循环格局)'[240]에 동력을 제공하는 국내 관련 분야 개혁에 도움이 될 수 있다. 둘째, 중국의 현재 유효한 107개 양자 투자협정 중 63%가 1998년 이전에 체결되어 다양한 수준의 규제 부족과 적용 어려움이 있으며 이러한 협정은 중국 투자 중재 사건에서 자주 인용되어 중국의 주재국 주권 행사와 해외진출 기업의 권익 보호에 도움이 되지 않는다. 미-중 BIT 협상은 중국의 새로운 투자협정 템플릿을 제정·추진하는 계기를 마련함으로써 구세대 투자협정의 세대교체를 가속화하고 중국 투자협정 체계의 내부 통일과 외부 조율을 촉진하며 그 영향력은 중국의 WTO 가입의 그것에 못지 않다.

미-중 BIT가 합의한 조문 문건은 아직 비밀에 부쳐져 있어 중국이 미국의 투자협정 모델을 어느 정도 수용했는지는 확인하기 어렵지만 2020년 11월 중국이 체결한 역내포괄적경제동반자협정(RCEP)[241]에서

239) 盛斌：《TPP投資新規則与中美双邊投資協定談判》，載《國際經濟評論》2016年第5期，第22頁.

240) 이중순환 구조: 2020년 4월 10일 중국 중앙재경위원회 제7차 회의에서 시진핑(習近平) 총서기는 국내 대순환(大循环)을 주체로 하고 국내외 이중순환을 상호 촉진하는 새로운 발전구도를 구축해야 한다고 강조했다. 이중순환에 기반한 새로운 발전 구도의 구축은 중국 공산당 중앙위원회가 국내외 환경의 현저한 변화를 배경으로 중국의 개방 경제를 더 높은 수준으로 발전시키기 위한 주요 전략적 배치이다.

중국의 투자협정에 대한 입장 변화의 정도를 확인할 수 있다.

Ⅱ. 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)

2020년 11월 15일 '역내포괄적경제동반자협정(RCEP)'이 8년간의 협상 끝에 마침내 서명되었다. RCEP는 동남아국가연합(ASEAN)이 주도하고 중국이 적극 추진하며 다른 아시아태평양 주요 파트너국이 적극 참여해 맺은 초대형 자유무역협정이다. RCEP의 제10장은 투자 장으로서 투자자 보호와 주재국의 정당한 공공정책 규제권한 존중을 조화시킨 균형 있는 IIAs의 글로벌 발전 추세를 반영하고 추진하며 동시에 많은 아시아적 특성을 가지고 있다.

RCEP는 중국이 최근 체결한 FTA로서 동 협정의 투자 장에는 중국, ASEAN 등 아시아 국가의 국제투자협정의 실무와 경험을 통하여 응축되고 승화된 내용이 들어있어서 우리는 RCEP에서 국제투자협정에 대한 중국의 최근 입장 변화를 관찰할 수 있다. 아래는 투자 보호, 투자 자유화, 주재국 규제권한 및 잠정 보류된 ISDS 조항의 네 가지 측면에서 RCEP의 투자 섹션과 중국의 차세대 투자협정에 미치는 영향에 대해 논의한다.

1. 신중하고 절제된 투자 보호 조항

투자 보호는 항상 투자협정의 최우선 과제였다. RCEP 협상 공동성명, 지침 원칙 및 목표는 RCEP가 현대적이고 포괄적이며 고품질이며 상호 이익이 되는 지역 경제 통합 협정임을 강조한다.[242] 자본 보호는 투자 문제의 주요 지주 중 하나다. RCEP의 목적과 목표에 입각하여 볼 때 높은 수준의 투자 보호는 당연한 것이지만, 형평성의 측면에서 볼 때 높은 수준의 투자 보호는 일방적인 강조가 아니라 주재국의 정당한 공공정책

241) 2022년 1월 1일부터 발효되었다.
242) RCEP 제1.3(a)조.

목표와 규제권한을 존중하면서 하여야 한다. RCEP는 적용범위, 투자·투자자 정의, 내국민대우, 최혜국대우, 공평·공정대우, 충분한 보호와 안전, 송금, 손해배상, 수용, 대위권, 이익거부 등 투자보호 조항을 비교적 포괄적으로 규정하고 있다.

RCEP 투자 장은 기존의 IIA 투자 보호 조항을 명확히 하고 제한하는 균형 잡힌 접근 방식을 반영하지만 더 많은 제한이 부과된다. 예를 들어 투자 정의 측면에서 RCEP는 자산을 기반으로 하는 개방형 열거 모델을 채택했다.[243] 동시에 RCEP상의 투자 정의는 사법적 또는 행정적 행위 또는 중재절차에 들어있는 명령 또는 판결을 포함하지 않는다.[244] 또한 투자란 오직 ① 상품 또는 서비스의 판매를 위한 상업적 계약, 또는 ② 그러한 상업적 계약과 관련된 신용의 공여 등으로부터 발생하는 금전청구권은 의미하지 않는다.[245]

투자 정의는 투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 종류의 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가질 것을 요구한다.[246] 이는 현재 CPTPP, '캐나다-유럽연합

243) RCEP 제10.1(c)조는 다음과 같은 7가지의 투자 형식을 열거하고 있다.
ⅰ) 주식, 증권과 그 밖의 형태의 법인에 대한 지분 참여(그로부터 파생되는 권리를 포함한다)
ii) 채권, 회사채, 대부 및 법인의 그 밖의 채무증서와 그로부터 파생되는 권리
iii) 완성품인도, 건설, 경영, 생산 또는 수익배분 계약을 포함하여 계약에 따른 권리
iv) 투자유치 당사자의 법과 규정에 따라 인정되는 지식재산권 및 영업권
v) 사업과 관련되고 금전적 가치를 가지는 금전청구권 또는 어떠한 계약 이행청구권
vi) 천연자원의 탐사 및 채굴을 위한 것을 포함하여, 양허, 면허, 인가 및 허가와 같이 투자유치 당사자의 법과 규정 또는 계약에 따라 부여되는 권리, 그리고
vii) 동산 및 부동산 그리고 리스, 저당권, 유치권 또는 질권과 같은 그 밖의 재산권
244) *Id.*
245) RCEP 제10.1(c)조 note 6.
246) RCEP 제10.1(c)조.

포괄적경제무역협정(Canada-EU Trade Agreement, CETA)' 등 다른 차세대 IIA와 일치한다. 그러나 RCEP는 CETA와 CPTPP에 포함된 '기업'이나 CPTPP에 포함된 파생상품과 포트폴리오 투자를 투자로서 열거하지 않아 이 둘을 투자의 정의로부터 배제하려는 듯하면서도 명시적으로 배제하지 않아 불확실성을 초래할 수 있다. 또 개방형 열거 모델을 채택하고 있어 기대했던 규제 효과에도 미치지 못할 것으로 보인다.[247]

내국민대우 측면에서 RCEP는 '유사한 상황(in like circumstances)'에 있는지 여부는 해당 처우가 정당한 공공복지 목표에 따라 다른 투자자나 투자를 차별하는지 등 상황의 총체에 달려 있다고 규정하고 있다.[248] 이는 정당한 공공복지 목표를 비차별적 처우 인정에서 제외하거나 일반 예외조항에만 포함하는 것이 아니라 비차별적 처우 인정에 포함시켰다. 최혜국대우의 적용 범위 측면에서 RCEP는 '기타 기존 또는 미래 국제협정에 따른 모든 국제분쟁해결 절차 또는 메커니즘'을 명시적으로 제외한다.[249] 이는 CETA 및 CPTPP와 일치하며 최혜국대우 적용 범위 개혁의 주류 추세와도 일치한다. 그러나 RCEP는 다른 IIA 또는 기타 무역협정의 실질적 의무를 일반적으로 최혜국대우 적용에서 제외하지 않았다. 많은 RCEP 체약당사자가 첨부파일 유보목록에서 RCEP 발효 전에 서명 또는 발효된 기타 국제협정, RCEP 발효 후 서명 또는 발효된 기타 국제협정을 최혜국대우 적용범위에서 제외하지만, 이러한 배제는 여전히 불완전하고 일관되지 않는다. 투자자가 RCEP 이외의 다른 제3자 조약(예컨대 BIT)에서 더 유리한 실체적 대우를 인용할 수 있으며 IIA 실체 조항의 투자자 보호와 주재국 규제권한간의 균형을 추구하는 개혁의 효과를 상쇄하고 투자 중재에 복잡성, 불확실성 및 불일치를 초래할 수 있다.[250]

---

247) 王彦志：《RCEP投資章節：亞洲特色与全球意蘊》, 載《当代法學》2021年第 2 期, 第46頁.
248) RCEP 제10.3조, note 17.
249) RCEP 제10.4조, 제3항.
250) 王彦志：《從程序到實体：國際投資協定最惠國待遇适用范圍的新爭議》, 載

간접수용 측면에서 RCEP는 동남아시아국가연합(ASEAN)의 특성을 비교적 잘 나타내는 표현을 채택했다. 초기 IIA는 일반적으로 직간접 수용을 포괄적으로 포함했을 뿐이며, 초기 중재 관행은 일반적으로 간접수용을 결정하기 위해 단일 효과 기준을 채택했다. 최근 IIA와 그 중재 관행은 효과와 목적을 결합하는 기준을 채택하고 간접수용에 대해 구체적으로 명확히 했으며 간접수용과 보상되지 않는 정당한 규제를 구분했다. RCEP는 최근 일부 투자협정에서 사용하는 간접수용에 대한 표현과 유사하다. RCEP는 직접수용이란 '명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수를 통하여 적용대상투자가 국유화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우'를 말한다고 정의하고, 간접수용이란 '소유권 이전이나 완전한 몰수를 하지 않았음에도 직접수용과 동등한 효과를 갖는 행위'라고 규정하였다.[251] 그리고 간접수용의 인정은 사실에 기초한 개별적인 고찰이 필요하다고 강조하였다. 정부행위의 경제적 영향만으로 간접수용을 구성하는 것이 아니라 정부행위의 경제적 영향, 투자자에 대한 명확하고 합리적인 투자예상 개입 정도, 정부행위의 성격 등의 요인을 종합적으로 고려해야 한다고 강조하였다.[252]

다만, 간접수용의 성립 여부를 가리는 정당한 규제에 있어서는 RCEP는 체약국이 공중보건, 안전, 공중도덕, 환경보호 및 부동산 가격 안정과 같은 정당한 공공복지 목표를 달성하기 위해 적용하는 비차별적 규제행위가 간접수용을 구성하지 않는다는 것을 명시하였다.[253] RCEP는 유럽과 미국의 최근 투자협정과 달리 '드문 경우를 제외하고(except in rare circumstances)'라는 제한이 없으며, 비차별적 규제행위가 간접수용을 구성하지 않는다고 직접 규정하고 있다. 이것은 ASEAN 국가 및 기타 일부 개발도상국에서 흔히 볼 수 있는 표현이다.[254] 또한, 정부의 정당한

《淸華法學》2020年第5期, 第194頁.
251) RCEP 제10.13조, 부속서 10B.
252) RCEP 제10.13조, 부속서 10B 제3(a)·(b)·(c)조.
253) RCEP 부속서 10B 제4조.
254) 王彦志, 同前注 247, 第48頁.

공공복지 목표 규제행위가 비례원칙에 의해 제한되는지 여부에 대해서는 RCEP의 표현이 명확하지 않으며, 주석을 통해 한국을 제외한 다른 체약국은 비례원칙에 의해 제한되지 않는 것으로 보인다. 비차별적인 정당한 공공복지 목표를 달성하기 위한 감시행위인 한 간접수용이 성립하지 아니한다.[255] 정당한 공공복지 목표를 위해 규제조치를 취하더라도 비례원칙이나 합리적 연계 기준에 부합해야 하며, 그렇지 않으면 주재국 정부의 권한을 과도하게 방임해 외국인 투자 보호에 지나치게 불리해진다.

RCEP는 투자 보호 조항을 명확히 하고 규제함으로써 투자자와 주재국 간의 권익 균형을 맞추려고 하는 것으로 보인다. 그러나 전반적으로 규제가 더 많고 보호 수준이 상대적으로 낮다. 이는 주로 ASEAN의 경험과 입장을 반영하며 개발도상국의 입장에서 현실과 일치하고 어느 정도 합리적이다. 그러나 어떤 면에서는 투자 보호에 대한 과도한 제한이 있어 합리적이지 않다.

2. 점진적이고 실용적인 투자 접근 자유화 조항

RCEP 투자 장의 가장 큰 포인트는 '투자 접근 내국민대우 + 유보목록(negative list) 모델'을 전면적으로 채택한 것이다. 이는 중국과 RCEP의 다른 체약국들이 함께 투자 접근의 자유화를 촉진하는 모델을 정면으로 연 것이다.

RCEP는 투자의 설립 및 취득 단계에서 다른 체약국의 투자자와 그가 포함된 투자에 대해 유사한 상황에서 내국민대우와 최혜국대우를 부여하고 외국 투자를 제한 및 금지하는 조치 및 부서를 부록에 나열한다고 명시한다.[256] 이는 CETA 및 CPTPP와 마찬가지로 RCEP의 주요 발전인 투자 접근 내국민대우와 유보목록의 투자 접근 자유화 모델을 채택한다는 것이다. 중국에게는 2013년 7월 미-중 BIT 협상에서 투자접근

255) RCEP 부속서 10B 제3(c)조 note 2.
256) RCEP 제10.8(b)조.

내국민대우와 유보목록 모델을 수용한 이후 첫 번째 국가 간 투자협정이며,[257] 이는 또한 중국이 투자 접근을 주재국의 국내법 관할에서 국제법 차원으로 격상시켰음을 상징한다는 것을 의미한다.

투자 접근 자유화와 관련하여 RCEP는 체약국이 유보목록을 통해 내국민대우, 최혜국대우, 성과 요구 사항 금지, 임원 및 이사회와 같은 조항의 보류 및 부적합 사항을 나열할 수 있도록 허용한다. 이것은 발전 수준이 다른 국가의 일반적인 관행이다. RCEP 국가는 부록에 각각의 보류 및 부적합 조치 목록을 나열한다. 개발 수준, 규제 능력, 호혜 관계, 회원 자격 등 다양한 요인으로 인해 국가별 유보목록에는 많은 차이가 있니다. 개발도상국은 유보목록을 작성·발표할 때 자국 현실에 맞게 각국이 수용하는 상호 윈윈 유보목록을 만드는 데 더 신중하다. 예를 들어, RCEP 부록에서 중국의 유보목록 2의 11항은 중국이 새로운 부문과 새로운 산업에 대해 조치를 취하거나 유지할 권리를 보유한다고 규정하고 있다. 이는 중국이 외국인 투자 접근을 자유화하는 과정에서 유연하고 점진적이며 실용적인 원칙과 특성을 채택하고 있음을 보여준다.

3. 주재국 규제권한 및 지속가능한 발전 조항

차세대 IIA는 투자 보호와 주재국 규제권한 간의 균형 잡힌 지속가능한 발전에 점점 더 많은 관심을 기울이고 있다. RCEP는 주재국의 규제권한을 보장하고 지속가능한 발전을 추구하는 고유한 특성을 가지고 있다. 다른 차세대 IIA와 일치하며, RCEP는 투자 보호 조항의 명확화, 제한, 보류, 유보목록, 수용 구성 요소, 간접수용 및 보상되지 않은 정당한 규제의 구분 등에 대해 주재국의 규제권한과 지속가능한 발전과 같은 정당한 공공정책 목표에 대한 보장을 구현한다. 그러나 RCEP는 주재국의 규제 권한과 지속가능한 발전에 대한 표현이 매우 제한적이며 주로 다양한 예외 조항에 반영된다.

257) 현재 중국은 이미 타결된 투자협정 중 본토와 홍콩·마카오의 두 특별행정구 사이의 투자협정에만 유보목록 모델을 채택하고 있다.

RCEP 제17장은 조정된 GATT 제20조와 GATS 제14조와 같이 일반 예외 조치 예외, 안보 예외, 국제수지 예외를 규정하고 있으며, 제10장 투자 장에서는 투자에 특화된 안보 예외를 규정하고 있다. 제10장에 규정된 안보 예외는 중요한 의미를 갖는다. 제17장은 근본적인 안보 이익을 위한 정보공개 예외만을 규정하고 있고, 제10장의 어떤 규정도 체약국이 자신의 근본적인 안보 이익을 보호하기 위해 필요하다고 인정하는 조치를 적용하는 것을 막는 것으로 해석되어서는 안 되며, 이는 '필요하다고 인정되는 조치'의 예외이며, 자체 판단 성격의 안보 예외 조항이다. 따라서 10장의 안보 예외 조항은 주재국이 근본적인 안보 이익을 보호하는 데 더 도움이 된다.[258]

지속가능한 발전 측면에서 RCEP 서문은 공정한 경제발전, 새로운 일자리 창출, 생활 수준 향상, 국민 보편적 복지 개선의 희망을 명시하고 '지속가능한 발전의 3대 지주가 상호의존적 상호 촉진을 할 수 있고 또 경제 동반자는 지속가능한 발전을 촉진하는 데 중요한 역할을 할 수 있다'는 인식을 강조한다. 이런한 표현은 모두 지속가능한 발전에 대한 재확인이며, '합법적인 공공복지 목표를 추구하기 위해 규제할 권리를 재확인한다'는 점을 분명히 강조하여 차세대 IIA의 바람직한 발전방향에 부합하고 있다. 그러나 RCEP 서문은 환경보호, 노동권 보호, 인권보호에 대한 명확한 언급을 하지 않았으며, RCEP도 환경, 노동규약이나 환경, 노동복귀협정이 없고 경제성장을 통한 지속가능한 발전 촉진에 중점을 두고 주재국의 감독권한을 통한 지속가능한 발전을 강조했다. 이는 다른 지역 및 국가 간의 IIA와 극명한 대조를 이루고 있다. 즉 CETA, CPTPP 등은 기업의 사회적 책임과 환경, 노동 및 지속가능한 발전에 대한 투자자의 의무 조항을 규정하고 있다.

이와 같이 RCEP의 주요 특징은 특별한 환경, 노동 또는 지속가능한 발전에 대한 사회적 조항 또는 장을 규정하지 않는다는 것이다. 이것은 사실 아시아 국가의 IIA의 특색이라고도 할 수 있다. 많은 아시아 국가와

258) 王彦志, 同前注 247, 第54頁.

지역에서 IIA의 환경, 노동 및 지속가능한 발전 방향은 매우 취약하다. 중국은 일반적으로 환경, 노동 및 지속가능한 발전 전문 서문, 조항 또는 장에 포함되지 않는 극히 일부 경우[259]를 제외하고는 IIA의 환경, 노동 및 지속가능한 발전 문제에 대해 비교적 신중하고 민감하다.[260] 이러한 차이는 주로 민주주의, 인권 등을 이해하고 실행하는 아시아 국가들의 독특한 정치·경제·사회·문화적 전통과 현실 때문에 발생한 것으로 여겨진다. 이들 국가는 경제협력과 수익을 더 중시하고 국가 주권의 독립과 정책 유연성을 강조하며 국제경제협정에서 더 많은 환경, 노동, 지속가능한 발전 방면의 국제법적 제약을 받기를 원하지 않는다.

그러나 지속가능한 발전을 위한 방식과 길은 다양하며 중국과 ASEAN 등 아시아 국가들의 가치와 이익, 입장도 일정하지 않다. 예를 들어 2018년 중국-싱가포르 FTA 업그레이드 의정서에는 제17장(환경 및 무역), 2008년 중국-뉴질랜드 FTA에는 '환경협력협정'과 '노동협력 양해각서'라는 두 개의 특수한 다자간 협정(Plurilateral Agreement)[261]이 포함되어 있는데, 그 내용은 주로 교류, 대화, 협상, 협력이며, 경직된 제약이 아닌 소프트 협력의 범주에 속하며, 2021년 중국-뉴질랜드 FTA 업그레이드 의정서는 환경 및 무역 특별 조항을 추가하여 환경 규범을 더욱 강화했다. 또한 중국과 유럽연합의 포괄적투자협정(China-EU Comprehensive Agreement on Investment, CAI)에는 실질적인 내용을 가진 환경, 노동 및 지속가능한 발전 조항이 포함되어 있다. 환경, 노동 및 지속가능한 발전 조항을 포함한 중국의 최근 태도 변화는 양방향 투자 국가로서 높은 수준의 사회 조항의

259) 예를 들어 2012년 한·중·일 투자협정 제23조(환경 조치)는 환경 조치를 훼손하지 않고 투자를 촉진하도록 규정하고 있다.

260) Henry S. Gao, *China-New Zealand Free Trade Agreement, in Simon Lester*, in: Bryan Mercurio & Lorand Bartels (eds), Bilateral and Regional Trade Agreements: Case Studies, 2nd edition, Cambridge University Press , 2016, p.93.

261) Plurilateral Agreement는 다자간 협약(multilateral treaty)의 일종이지만, 어느 한 체약국의 유보(reservation) 선언을 위하여 다른 모든 체약국들이 동의하여야 하는 특성을 가진다. https://en.wikipedia.org/wiki/Plurilateral_agreement. (검색일: 2023.6.5.).

균형 잡힌 IIA를 적극적으로 추진한 반영이기도 한다.

4. 잠정 보류된 ISDS 조항

투자자와 국가 간의 투자 중재는 외국인 투자자에게 주재국에 대한 직접적인 국제중재 신청권을 부여한다. 이는 IIA의 시행, 주재국의 기업의 의무 준수 및 투자자의 물리적 권리를 보장하는 데 있어서 핵심 메커니즘이다. 그러나 전통적인 IIA의 실체의 권리와 의무의 불균형으로 인해 전통적인 투자 중재에는 많은 한계가 있다. 최근 몇 년 동안 정부 정책과 조약의 실행이 회의, 반대, 규제, 개혁, 심지어 투자 중재 폐지에 이르기까지 경쟁적으로 등장했다. 투자 중재의 미래는 위기와 도전, 불확실성 속에 놓여 있다. 이것이 RCEP 투자 장 협상의 큰 배경이 되었다.

RCEP는 결국 ISDS 조항을 잠정 보류하고 투자 중재 조항을 포함시키지 않았다. RCEP 제18장(제도규정)에 따르면 체약 당사자는 각자의 입장을 해치지 않는 범위 내에서 본 계약의 발효일 후 2년 이내에 ISDS에 대해 논의해야 하며, 논의 시작 후 3년 이내에 논의를 종료해야 하며, 논의 결과는 모든 체약 당사자의 동의를 받아야 한다. RCEP의 협상 당사자들은 ISDS 문제에 대해 상당한 이견을 가지고 있다. 2015년 10월 16일 협상문에 따르면 중국, 일본, 한국만이 투자 중재 제도의 채택에 대한 명확한 지지와 ISDS 조항에 대한 각자의 제안을 제출했다. 그 투자 중재 조항 제안들은 투명성, 병합 심리, 체약국의 공동 해석 등을 포함하는 ISDS의 차세대 IIA의 중심적인 개혁 관행을 반영하고 항소 검토 메커니즘의 확립을 고려하고 있다. 2019년 9월 뉴질랜드, 인도, 인도네시아, 말레이시아의 주도 하에 RCEP 체약국은 ISDS를 일시적으로 제외하고 추후 논의를 위해 보류하기로 합의했다. 실제로 RCEP 협상 당사국 가운데 인도 인도네시아 등 개발도상국은 물론이고 뉴질랜드와 호주까지 투자 중재를 기피하고 있다.[262]

---

262) CPTPP에서 투자 승인 및 투자계약에 기초한 ISDS 조항은 모든 체약국에 의해 적용 중지되며 체약국은 담배 통제 조치에 대한 투자자의 투자 중재신청

또한 ISDS의 입장과 개혁 관행에 대한 RCEP 당사자의 의견과 다양성도 매우 다르다. 예를 들어 베트남과 싱가포르는 각각 EU와 체결한 투자협정에서 EU의 상설투자법원(Permanent Investment Court) 모델을, CPTPP에서는 미국 주도의 투자 중재(Investment Arbitration) 개혁모델을 받아들였다. RCEP 체약 당사자가 ISDS에 대해 예정대로 논의를 시작하여 합의에 도달할 수 있는지 여부는 여전히 많은 변수와 불확실성이 있다.

현재 ISDS의 잠정 보류는 RCEP에 심각한 문제가 아니며 체약국들 간에 체결된 양자 또는 다자간 IIA의 ISDS 조항을 통해 투자 중재를 수행할 수 있지만 RCEP의 ISDS 조항이 채택되는 것이 종국적으로 필요하다. RCEP상 ISDS 모델의 경우 투자 중재 개혁 모델을 채택하거나 투자 중재와 상설항소법원 메커니즘을 채택하는 것이 현실적이다. 투자 중재의 적용범위에 관해서는 추가적인 제한을 고려할 수 있다. 예를 들어 투자자가 최혜국대우에 기초하여 제3자 조약의 실체 조항을 인용하는 것을 허용하지 않는다고 명시되어 있다. CPTPP와 같은 체약국이 투자자가 담배 통제 조치 및 주요 공중 보건 비상 조치를 중재하는 것을 거부할 수 있도록 허용하고 체약국이 투자 중재의 적용을 배제하기 위해 개별적으로 합의할 수 있도록 허용하는 것도 고려할 수 있다. 요컨대 투자자의 국제중재신청권을 계속 유지한다는 전제하에 보다 유연한 법칙이나 제한을 만들어 각국이 납득할 수 있는 ISDS 방안을 도출하는 것이 적절하다.

Ⅲ. 중국-유럽 포괄적투자협정(CAI)

'중국-유럽 포괄적투자협정(China-EU Comprehensive Agreement on Investment, CAI)' 협상은 2013년 공식적으로 시작되었으며 35번의 협상을 거쳐 2020년 12월 30일에 완료되었다. 이는 2009년 '리스본조약'이 외국인 직접투자를 EU의 '공동상업정책'에 편입한 이후[263] EU가 대외적으로

을 거부할 수 있다. 뉴질랜드는 호주·브루나이·말레이시아·페루·베트남 등 5개국과 ISDS를 상호 배제하는 양자투자협정을 체결했다.

263) *Treaty of Lisbon-Amending the Treaty on European Union and the Treat*

체결한 첫 투자협정이다. 중국 상무부는 CAI가 수준 높은 국제 경제무역규칙을 벤치마킹하고 제도적 개방에 중점을 두면서 균형, 높은 수준, 상호 이익 및 윈윈을 위한 협정이라고 평가했다. EU 집행위원장 Ursula von der Leyen은 “이는 중국과의 관계에서 가치관에 입각한 무역 어젠다에 중요한 이정표이고, CAI는 유럽 투자자들에게 중국 시장에 진출할 수 있는 전례 없는 기회를 제공하여 우리 기업이 성장하고 일자리를 창출할 수 있도록 할 것이다. 그리고 지속가능성, 투명성, 비차별 원칙에도 힘을 쏟게 할 것이고 이 협정은 중국과의 경제관계를 재조정할 것” 이라고 말했다.[264]

현재 ‘원칙적으로’ 합의된 CAI 내용에는 서문, 목표 및 정의, 투자 자유화, 규제 프레임워크, 투자 및 지속가능한 발전, 분쟁 해결, 제도 규정이 포함되고, 보조금의 투명성 규칙, 국가 간 분쟁해결절차 규칙, 국가 간 분쟁해결 중재인 및 조정위원의 행동 수칙도 첨부파일로 첨부되어 있다.[265] 이전에 중국이 체결한 여러 BIT 및 FTA 투자 섹션과 비교하여 CAI는 명백하게 포괄성과 선진성을 가지며 현 단계에서 중국투자조약의 새로운 패러다임을 나타내고 있다.

중국-유럽 포괄적투자협정의 ‘포괄적’이라는 용어는 협정 전체의 틀과 조문 내용에 대한 구체적인 이해를 바탕으로 하고 있다. 투자협정이라고 하지만 CAI는 투자자유화 내용뿐 아니라 서비스업 투자자유화, 국유기업 규율, 보조금 투명성, 공정경쟁 규칙 등 규제틀 설계, 무역과 노동, 환경,

---

y Establishing the European Community, 2007/C306/01, effective as of December 1, 2009, Article 188A, Article 188C. EU 공동상업정책(common commercial policy)은 관세동맹과 비즈니스 관계에 입각해 EU가 초국가적 전속 권능으로 회원국을 대표해 통일된 대외협상과 국제경제무역규칙을 제정하는 근거다.

264) European Union Press Release, *EU and China Reach Agreement in Principle on Investment*, 30 December 2020, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2541(Lastly visited on 2022.12.14.).

265) 유럽위원회가 발표한 ‘중국-유럽 포괄적투자협정’의 원칙적인 의정서 원문 참고 : https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/china/eu-china-agreement/eu-china-agreement-principle_en(검색일: 2022.12.14.).

기후변화, 기업의 사회적 책임 등을 연계해 지속가능한 투자추구와 전반적인 규제를 실현한다. 현재 CAI 조문의 주요 내용은 투자 자유화, 규제 프레임워크 및 지속가능한 발전의 세 부분으로 반영된다. 이와 동시에 투자협정의 관점에서 현 단계의 CAI 조문은 포괄적이지 않다. 중국과 유럽은 투자보호와 투자자-국가간 분쟁해결체제(ISDS) 양쪽에 대한 협상을 아직 마무리 짓지 못했지만 협정 체결 후 2년 안에 투자보호와 투자분쟁해결을 위한 협상을 마무리 짓기로 합의했다.

1. 투자자유화

초기 IIA가 투자 촉진과 보호에 치중했던 것에 비해, 후기 IIA 발전의 주요 특징은 투자 자유화와 편리화 촉진에 있다. 즉, 투자 시장 접근과 상응하는 규제 프레임워크이다. 중국의 전통에 입각하여 체결된 BITs는 투자 보호에 중점을 두었으나 후기 IIA은 중국 자유무역지대/항의 건설과 외국인투자법의 공포와 시행으로 시장접근에 관한 내국민대우와 유보목록 개방 모델은 중국 내 외국인 투자 시장 진입 수준을 실질적으로 확대하고 중국이 차세대 IIA를 체결할 수 있는 토대를 마련했다. CAI와 RCEP는 시장접근에 관한 내국민대우와 유보목록 모델을 채택하여 높은 수준의 제도적 개방을 실현했다.

RCEP와 비교하여 CAI가 적용하는 투자 산업은 많은 주요 서비스 산업에 대한 투자를 포함하고 서비스 시장의 추가 개방에 대한 규율을 확립했다. 2021년 3월 12일, 유럽위원회는 CAI 시장 접근 목록을 발표했다. 공약목록은 여러 개의 복잡한 첨부파일로 구성되며, 양측은 공약목록을 작성하기 위해 CAI에 이른바 유보목록과 포지티브 리스트를 추가하는 '하이브리드 방식'을 적용하기로 합의했다.[266] CAI 부록에서 중국은 금융, 통신, 의료, 환경 서비스 등 EU에 대한 투자가 집중된 서비스 분야를 크게

266) 유럽위원회가 고시한 시장 접근 명세서 조문, https://policy.trade.ec.europa.eu/news/commission-publishes-market-access-offers-eu-china-investment-agreement-2021-03-12_en (검색일: 2023.4.17.).

개방했다. 중국은 WTO의 틀에 박힌 GATS 공약에 비해 클라우드 컴퓨팅 등 새로운 서비스업을 포함해 이들 분야에서 접근 제한을 대폭 완화했다. CAI는 현재 중국이 대외적으로 체결한 모든 경제무역조약 중 유일하게 서비스업 투자에 대해 유보목록 방식을 채택하고 있다.[267] 동시에 CAI는 역진방지조항(ratchet clause)을 규정했다. 즉, 대부분의 산업 분야에 대하여 장래 개방 정도를 후퇴시켜서는 안 되며 일부 산업 분야는 개방 정도를 조정할 수 있지만 개방 수준을 낮춘다고 해서 외자 이탈을 요구해서는 안 된다는 것이다. 이는 중국과 유럽이 서로에게 불가역적인 개방 보증을 서는 것은 물론, 각자 내부적으로 개방에 유리한 개혁 조치를 지속하는 데에도 도움이 될 것이다.

2. 규제 프레임워크

첫째, CAI는 투자자유화의 실효성을 확보하기 위해 투명성 중심의 규제틀을 설정하였다. CAI 투명성 의무의 폭과 깊이는 중국의 IIA 체결의 새로운 발전을 보여준다. CAI의 중심어인 투명도는 조문에 많이 나타나며 'transparency'와 'transparent'라는 단어가 총 26회 나타난다. 규범 제정의 투명성에 관하여 CAI는 이해관계자가 관련 조치 또는 방안의 제정 및 시행에 참여할 수 있도록 한다. 예를 들어 반도체 정보통신기술(ICT) 등 업종에 대한 표준 제정에 투자자가 참여해 내국민대우를 받을 수 있도록 하는 식이다. 분쟁 해결의 투명성 측면에서 CAI는 '보조참가인(Amicus curiae)'과 같은 혁신적인 제도를 도입하여 완성되었다. 이러한 투명성 중심의 규제 규율은 최근 몇 년 동안 중국이 지속적으로 강조하고 심화시키는 높은 수준의 제도적 개방과 일치하며 중국이 법치주의 정부를 건설하고 포괄적인 법치주의를 실현하는 데 도움이 될 것이다.

---

267) RCEP 항목에서 중국은 현재 투자분야 공약에 대해 유보목록 모델을 채택하고 있지만 서비스업 투자는 제외되어 서비스업 구체적인 공약표는 여전히 긍정적인 리스트 모델을 채택하고 있다. 참고: RCEP, Annex II, Schedule of Specific Commitments for Services-China.

둘째, 시장의 공정한 경쟁을 실현하기 위해 CAI는 우선 서문에서 체약국의 공정한 경쟁 환경 구축을 중요한 목표로 삼는다. 또, CAI는 공정경쟁 목표의 실현을 위한 많은 조항을 포함하고 있다. 예를 들어 물리적 규칙, 보조금 투명성, 기술 이전, 표준 제정, 금융 감독 및 기타 기업의 설립 및 운영과 밀접한 관련이 있다. 보조금 투명성 측면에서 CAI는 보조금 규율을 상품에서 서비스 분야로 확장하고 필요한 정보 수집 및 보조금 영향 평가를 용이하게 하기 위해 2단계 협의 메커니즘을 구축했다. 경쟁법 집행의 공정성 측면에서 CAI는 규제 기관의 독립성을 강조하면서 체약국에게 규제 기관이 동일한 상황에서 실체와 기타 기업을 포괄하는 법 집행 활동에 대해 일관성과 비차별성을 보장하고 경쟁 법 집행에 대한 사법, 준사법 등의 심사 메커니즘을 수립하여 법 집행 오류를 시정할 것을 요구한다. 기술 이전 측면에서 CAI는 쌍방이 모두 투자자에게 그 합작 파트너 또는 주재국 국내 기업에 기술을 이전하도록 강요해서는 안 되며 기술 라이선스 계약에 간섭할 수 없으며 국내법에 따라 영업비밀을 보호하도록 규정하고 있다.

CAI의 선진성과 포괄성은 또한 중국과 유럽의 경제 현실과 주요 관심사, 특히 국유기업의 투자 행동에 대한 규제를 적시에 반영하는 데 반영된다. CAI는 제2장(Section 2) 투자자유화에서 '포괄적 실체(Covered Entities)' 조항과 제3장 규제 프레임워크에서 보조금 투명성 요건 등을 통해 국유기업을 규제한다.[268] 이는 중국이 국유기업과 관련된 국제규범에서 실질적인 첫발을 내디뎠다는 것을 의미하며, 양자 및 지역 차원에서 국유기업의 공정경쟁 문제에 대해 구속력 있는 국제적 약속을 한 것은 이번이 처음이다.

CAI 국유기업 조항의 규제내용은 주로 규제를 받는 국유기업의 범위를 확대하고, 국유기업의 상행위 및 관련 정부행위에 대한 규제요구를 제기하여 EU 및 EU 기업이 중국 국유기업에 대해 우려하고 있는

268) CAI 국유기업 규칙에는 CAI 제3-bis조 '포괄적 실체', 제3ter조 규제 기관의 중립성 및 공정성, 제8조 보조금 투명성이 포함된다.

불공정경쟁 문제에 대응하고 있다.

1) CAI의 '포괄적 실체'에 대한 정의

CAI 조문은 국유기업, 공공기업 또는 국유기업과 같은 용어를 사용하지 않고 '포괄적 실체(Covered Entities)'라는 용어를 창의적으로 사용하여 문제의 민감도를 어느 정도 줄였다. CAI에서 포괄적 실체에 대한 정의는 국유기업, 정부통제기업 및 지정독점기업 등을 포함한다.[269] 이 정의를 보면 다음과 같이 알 수 있다. 첫째, 포괄적 실체 구성 요소인 기업 자체가 상업 활동에 참여할 필요가 없다. 이는 CPTPP, USMCA 등 '주로 상업 활동에 종사한다'고 규정한 국유기업과는 다르다. 둘째, CAI는 실제 통제 원칙을 적용하며 체약국 정부가 기업의 경영진 임명에 실질적인 영향을 미치는 경우 그 기업은 적용 대상 기업의 범위에 속한다.[270] 이에 따르면 CAI는 국유기업이라는 용어보다 실질적으로 더 넓은 범위의 기업을 포괄하며 더 많은 유형의 국유기업, 국가 지분 참여 및 입법상 특정 정부 권한을 가진 기업을 포괄할 수 있다. 규제된 국유기업의 범위를 확대하는 것은 중국 정부가 주도하는 경제 모델에 대한 EU의 우려에 대응했을 뿐만 아니라 중국 국유기업의 EU 시장 진입에 유리하고 과거 투자분쟁에서 발생한 바 있는 적격 투자자의 분쟁을 피하는 데 도움이 된다. 이에 따르면 CAI는 국유기업이라는 용어보다 실질적으로 더 넓은 범위의 기업을 포괄하며 더 많은 유형의 국유기업, 국가 지분 참여 및 입법상 특정 정부 권한을 가진 기업을 포괄할 수 있다. 규제된 국유기업의 범위를 확대하는 것은 중국 정부가 주도하는 경제 모델에 대한 EU의 우려에 대응했을 뿐만 아니라 중국 국유기업의 EU 시장 진입에 유리하고 과거

269) 포괄적 실체의 정의는 (a) 체약국이 과반수의 지분을 보유하거나 과반수의 의결권을 행사하여 소유지분을 통제하거나 이사회 등 경영기구의 임원 임면권을 갖거나 그밖에 다른 수단으로 회사 의사결정권을 통제하는 기업, (b) 체약국이 (a)와 동등한 수준의 법적 통제권을 보유한 기업, (c 및 d) 체약국이 인정한 단독 또는 복수의 상품/용역의 독점적 공급자/구매자 등 네 가지 유형의 실체가 포함된다. 참고: CAI, Section II, Article 3bis (Covered Entities), para. 1.

270) 石靜霞:《中歐全面投資協定：我國商簽經貿條約的新范式》，載《國際法研究》2021年第5期，第90頁.

투자분쟁에서 적격 투자자의 분쟁을 피하는 데 도움이 된다.

2) 국유기업의 상업 행위 규범화

CAI 제3bis조의 '포괄적 실체' 조항의 제3조와 제4조는 국유기업의 상업행위에 대한 두 가지 요구 사항을 제시한다. 첫째, 주재국은 국내 국유기업이 외자기업과 상업활동을 할 때 상업적 고려에 근거하여 상대방에게 비차별적인 대우를 하도록 보장할 의무가 있다. 둘째, 체약국은 국유기업에 부정적인 영향을 미칠 때 관련 정보를 공개할 의무가 있다.

비차별적 대우 및 상업적 고려 조항과 관련하여 CAI는 체약국에게 사업활동에 종사하는 기업이 상업적 고려에 기초하여 상품 및 서비스를 비차별적으로 거래하도록 요구한다.[271] 상업고려원칙(principle of commercial considerations)[272]은 미국에서 처음 제안되었으며 기본적으로 경쟁 중립 정책[273]과 일치한다. CAI는 최근 미국 FTA 체약 관행을 모방하여 상업적 고려를 비차별적 대우와 독립적인 의무로 간주하고 상업활동에 종사하는 국유기업에 포괄적인 경쟁법상 의무를 부과한다.[274] 한편,

---

271) 여기서 상업 활동은 상품 무역에 종사하거나 투자를 통한 기업 설립 또는 운영을 제외한 서비스 제공 행위를 포함하지 아니한다. CAI, Section II, Article 3 bis (Covered Entities), para. 3: footnote 8.

272) 상업고려원칙은 미국이 계획경제체제 하에서 무역을 완전히 독점하는 국가가 시장경제체제 국가의 무역협상에 참여하도록 설계한 최초의 모델로, 무역을 완전히 독점하는 국가에 적용되었다. 미국 정부는 그 효과가 사기업의 최혜국 원칙을 적용하는 것과 동일하며, 그 약속과 집행은 한 국가가 국유 독점을 이용하여 다른 무역 파트너에게 정치적 영향력을 행사하는 것을 방지할 수 있다고 생각한다. 지금은 국유기업의 정부보조금으로 인한 불공정경쟁을 규제하는 기본원칙으로 발전해 국유기업의 독립적 의무가 됐다. 상업 고려 원칙은 2019년 2월 1일 발효된 'EU-일본 경제 파트너십 협정'으로 가장 최근에 정의되었으며, 이를 다음과 같이 한다: 시장 경제 원칙에 따라 관련 산업 또는 산업 사기업이 상업적 결정을 내릴 때 일반적으로 고려하는 가격, 품질, 가용성, 시장성, 운송 및 기타 구매 및 판매 조건 및 기타 요인으로 정의된다. 참고: 張斌：《國有企業商業考慮原則:規則演變与實踐》，載《上海對外經貿大學學報》2020年第4期，第22-26頁.

273) '경쟁 중립'은 미국이 '중국 모델'이 가져올 도전에 대응하기 위해 제시한 개념이다. 경쟁은 외부 요인에 의해 방해받지 않아야 한다는 뜻이고 공기업과 사기업의 공정한 경쟁을 보장하지 못하는 기존 국제경제규칙의 단점을 보완하기 위해 기존 국제경제규칙을 개정·조정하는 것이 핵심이다.

‘비차별 대우’ 규칙에 따르면 체약국은 상업활동에서 외국인 투자자와 대상 기업을 내국민으로 대우할 의무가 있다. CAI 제3bis(3)조의 비차별적 대우와 사업 고려 조항은 중국 내에서 사업 활동을 하는 EU 투자자들이 공정한 경쟁의 투자 환경을 확보할 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

국유기업의 투명성 조항에 대하여, CAI 제3bis(4)조는 외부 정보 공개와 내부 기업 경영의 두 가지 측면에서 국유기업이 속한 정부에 대해 투명성을 요구한다. 외부 정보 공개와 관련하여 EU는 중국이 포괄적 실체의 비즈니스 행동이 이익에 부정적인 영향을 미친다고 생각하는 경우 관련 정보의 공개를 요구할 권리가 있다. 이 조항에서 요구하는 정보 공개 범위는 매우 상세하고 광범위하다. 체약국이 실체를 포괄하는 주식을 보유하는 것, 투표권비율, 기업의 소유권 및 투표권 구조, 기업의 조직 구조, 기업에 대한 통제를 행사하는 이사회 또는 이와 유사한 기구의 인원 구성, 교차지분 또는 기타 법적 약정, 기업의 연간 소득, 총자산, 계약방법에 따라 향유되는 어떠한 면제, 특권 또는 이와 유사한 약정, 기업에서 체약국의 정부 소유권 기능을 수행하는 주관 기관 및 관련 정보 등을 포함한다.[275] 투명성 요구 사항은 체약 당사자가 다른 체약 당사자의 국유기업 활동을 철저히 검토하고 상업적 고려 및 비차별적 대우 위반 여부를 확인하는 데 편리할 뿐만 아니라 체약 당사자의 외국인 투자 검토에 중요한 정보를 제공할 수 있음을 알 수 있다.[276]

내부 기업 거버넌스 수준에서 CAI는 모든 체약국은 기업이 기업 거버넌스와 투명성을 존중하는 국제적으로 좋은 관행을 포함하도록 보장하기 위해 노력해야 한다.[277] 이는 세계은행, 경제협력개발기구(OECD)

---

274) CAI ‘상업적 고려사항’의 구체적인 내용은 상품의 가격, 품질, 가용성, 시장성, 운송 및 구매 또는 판매에 대한 기타 조항 및 조건 또는 관련 사업 또는 산업에서 이윤을 기반으로 하고 시장 세력에 구속된 기업이 비즈니스 의사 결정에서 일반적으로 고려하는 기타 요소를 포함한다. 참고: 張金矜：《<中歐全面投資協定>國有企業規則述評》，載《國際經濟法學刊》2022年第 4 期，第72頁.

275) CAI, Section II, Article 3bis (Covered Entities) para. 4(a).

276) 張金矜, 同前注 274，第73頁.

277) CAI, Section II, Article 3bis (Covered Entities) para. 4(b).

등의 국유기업과 기업지배구조에 관한 지침을 CAI가 조약상 의무에 간접적으로 도입함으로써 중국의 경쟁환경을 개선하고 국유기업 개혁을 더욱 촉진하는 역할을 한다.

CAI에서 국유기업의 투명성 규칙을 포함한 것은 중국 국유기업의 내부 구조의 복잡성과 정보 공개 제한에 대한 EU의 우려를 완화하기 위한 것이다.

3) 정부의 감독 행위를 규제함

CAI는 미국식 FTAs에서 규제 중립 및 보조금 규칙을 국유기업 장에 두는 것과 달리 제3ter조(규제 중립성) 및 제8조(보조금 투명성)는 독립조항들이다. 이는 두 규정의 범위가 국유기업과 관련된 정부 감독 및 보조금 행위에 국한되지 않고 정부행위로 인해 감독하에 있는 기업(국유기업 및 사기업 포함)이 불공정한 경쟁 우위를 얻는 것을 방지하기 위한 것임을 의미한다. 이는 중국의 규제 환경에 대한 EU 투자자들의 우려에 대응하기 위한 것이다.

CAI 제3ter조는 체약국의 규제기관에 공정성, 비차별성 및 독립성을 요구한다. 그 중 공정성은 체약국에게 규제 기능을 수행하는 모든 규제기관 및 기타 기관이 유사한 상황에서 국유기업을 포함한 모든 기업에 공정한 대우를 제공하도록 요구한다. 비차별적 요구는 각 체약당사자가 국유기업을 포함한 모든 실체에 대해 비차별적인 방식으로 법을 집행하도록 보장해야 한다. 동시에 CAI는 규제 기관과 국유기업 간의 상호 독립성을 더욱 강조하여 규제 기관과 국유기업 간의 지배 구조 중복을 방지한다.[278]

정부 보조금의 투명성 측면에서, CAI는 국유기업에 대한 특별 보조금 규칙을 구축하지 않았지만 WTO '보조금 및 상계 협정'을 기반으로 제3부 규제 프레임워크에서 규정한 보조금 투명성 조항을 기반으로 보조금

278) 叶斌：《<中歐全面投資協定>与監管權：戰略机遇及外部風險》，載《國際法研究》2021年第 6 期, 第13頁.

투명성 요구 사항을 서비스 분야로 확대했다. 이전에 유럽연합과 미국이 체결한 경제무역협정의 비상업적 원조 조항과 유사하지만, CAI의 보조금 투명성 규정은 비교적 광범위하고 제약 요건은 약화된 것으로 보인다. 체약당사자는 보조금의 목적, 법적 근거, 형식, 예산액, 보조금 대상만을 공표할 것을 요구할 뿐 보조금의 주체, 대상, 행위와 결과 간의 인과관계 등에 대해서는 명확히 언급하지 않는다.[279]

국유기업에 대한 정부의 보조금 또는 기타 지원은 종종 국유기업이 부당한 경쟁우위를 얻는 중요한 원인으로 간주된다. CAI의 보조금 투명성 규칙은 체약 당사자가 서로의 행동을 검토하고 규칙을 이행하는 데 중요한 지원을 제공하여 EU 투자자의 우려를 줄일 수 있다. 동시에 CAI의 보조금 투명성 조항은 매우 개방적이고 유연하며 WTO 중 보조금에 대한 양측의 입장과 향후 출현할 새로운 규칙에 영향을 미치지 않는다는 점에 유의해야 한다. 이는 EU가 일방적이고 독립적인 조치를 계속 취하고 보다 엄격한 보조금 규칙을 개발할 수 있는 여지를 남긴다.[280]

요약하면, CAI는 중국 국유기업에 대한 EU의 불공정 경쟁 우위에 대한 우려에 대응하여 '포괄적 실체'의 정의, 국유기업의 상업 행위 및 관련 정부 감독 행위의 세 가지 차원에 대한 규제 요구 사항을 제시했다. 이러한 요구 사항은 국유기업의 행동과 관련 정부 행동에 대한 중국의 국제적 약속을 구성하며, 또한 중국이 국유기업을 협정의 규제 하에 두고 경쟁 중립을 목표로 하는 국유기업의 개혁을 지원할 의향이 있음을 나타내며, 더 나아가 중국의 무역 및 투자 조약에서 국유기업 규칙에 대한 새로운 발전이다.

3. 투자와 지속가능한 발전

지속가능한 발전은 최근 EU가 체결한 경제무역조약의 필수 사항이며 CAI도 예외는 아니다. CAI는 서문 외에 제4부분(Section 4)을 통해

279) CAI, Section Ⅲ, Article 8.
280) 石静霞, 同前注 270, 第92頁.

지속가능한 발전이 체약국들이 추구하는 목표임을 강조하고 있다. 그 내용은 투자 자유화와 체약국의 규제권한을 고려하면서 다양한 사회 정책 목표에 대한 관심을 반영한다. CAI는 현재 중국이 서명한 조약 중 지속가능한 투자 문제에 가장 관심이 있는 조약으로서 노동, 환경, 기후변화 및 기업의 사회적 책임에 대한 규정이 어느 정도 혁신적이다.

1) 투자와 환경보호와 기후변화

투자와 기후변화 문제는 이미 유럽식 협정의 대표적인 내용으로 자리 잡았다. CAI는 현재 중국이 협상한 경제무역협정 중 가장 새로운 환경 장에 포함되었다. CAI의 조문에서는 지속가능한 발전 개념을 강조할 뿐만 아니라 특정 규칙을 통해 이 개념을 구현한다. 투자에서 기업의 환경 책임, 대중 참여 및 협상, 실행 검토, 모니터링 및 평가 프로세스 및 메커니즘에 대한 요구 사항, 주재국 정부의 환경 규제 권한 등이 포함된다. 규칙의 혁신 측면에서 CAI는 기후변화와 다자간 협력에 중점을 두고 체약국에게 '기후변화 기본 협약' 및 '파리협정'을 효과적으로 이행할 것을 요구한다. 또한 CAI는 기후친화적인 투자를 장려하고 기후변화에 대한 투자 규칙화를 이니셔티브 형태로 안내한다.

중국은 최근 몇 년 동안 경제무역투자조약 체결에서 환경문제를 중시하기 시작했고, 이미 일부 BITs가 환경관련 조항을 포함하였으며, 서명한 대부분의 FTAs도 환경조항을 포함하였지만, 대부분 서문을 통해 규정되었고, 일부는 일반 예외조항으로서 설명되었다. CAI의 환경 규제 구성은 중국이 이전에 체결한 조약의 내용을 크게 초과하기 때문에 투자규칙의 녹색화는 EU에 대한 중국의 투자를 제한하거나 제한할 수 있다.[281] 또한 중국은 선행 입법, 사회 참여 및 분쟁 해결 측면에서 환경 문제의 고려 부족과 함께 향후 CAI의 환경 조항의 규칙 세분화 및 분쟁 해결 측면에서 많은 도전에 직면할 것으로 예상된다.

2) 투자 및 노동권리 보호

281) 石靜霞, 同前注 270, 第93頁.

노동 권리 보호 조항이 포함된 것은 지난 20년 동안 체결된 경제 무역 및 투자협정들의 중요한 추세였다. 보호 수준에서 CAI는 체약국이 법률 및 정책을 규정하기 위해 가능한 한 노력하고 자국내 최고수준의 노동 보호 표준의 채택을 장려하며 법적 보호 표준의 효과적인 구현을 지속적으로 강화해야 한다고 강조한다. 체약국은 외국인 투자를 유치하거나 장려할 목적으로 노동 보호 기준을 낮추거나 노동법을 효과적으로 시행하지 못해서는 안 된다. CAI는 노동 문제에 대한 체약국의 국내 규제권한을 인정하지만 체약국은 노동 보호 기준을 투자 및 투자자 간에 부당한 차별을 초래하는 위장된 투자 제한 조치로 사용할 수 없다.[282] CAI는 체약국들이 기존의 양자 또는 다자 메커니즘을 보완하기 위해 투자 및 노동 권리와 관련된 문제에 대해 대화하고 협력하도록 권장한다.[283] CAI는 대부분의 협정의 노동 조항과 비교하여 '웰빙 노동(Decent Work)'을 촉진하기 위해 더 많은 노력을 기울이고 있다. CAI 체약국의 지속가능한 발전 목표에 대한 투자 증진에 관한 약속에 따라, 양국은 국제노동기구(ILO)의 2008년 '공정한 세계화를 위한 사회 정의 선언(Declaration on Social Justice for a Fair Globalization)',[284] 2019년 '노동 세계의 미래 100년 선언(Centenary Declaration for the Future of Work)'[285]에 의거하여, 투자정책 차원에서 사람 중심적이고 충분한

282) CAI, Section IV, Sub-Section 3－Investment and Labor, Article 2.
283) CAI, Section IV, Sub-Section 3－Investment and Labor, Article 3.
284) 이 선언은 2008년 6월 10일 제네바에서 국제노동총회 제97차 총회에 의해 채택되었다. 이 기념비적인 선언은 국제노동기구의 세계화 시대에 그 권력과 책임에 대한 당대의 인식을 나타내며, 국제노동기구의 가치 이념을 힘있게 재확인하였다. 이 선언은 1999년 이후 국제노동기구가 개발한 웰빙 노동 개념을 제도화해 정책의 핵심이 됐다. 영문판 참고: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099766/lang－en/index.htm(검색일: 2023.4.16.).
285) 선언문은 2019년 6월 21일 제네바에서 국제노동총회 제108차 총회에 의해 채택됐다. 이 선언은 공정하고 포용적이며 안전한 노동세계의 미래를 창조하여 노동자들이 충분하고 자유롭게 선택할 수 있는 일자리와 웰빙 노동(Decent Work)을 누릴 수 있도록 하기 위한 것이다. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--en/index.htm(검색일: 2

최저임금 보장, 노동사회보장, 안전보건 등 웰빙 노동(Decent Work) 어젠다로 설정한 목표를 추진한다는 것을 동의한다고 선언한다.[286]

CAI 자체는 새로운 노동 권리를 창출하지 않았지만, 국제 노동 기구가 제정한 노동 협약에 의거하여 체약 당사자를 위한 세 가지 의무를 설정했다. 비준된 노동협약을 효과적으로 이행할 것을 약속하고, 국제노동기구의 '강제노동협약(Forced Labour Convention)'(제29호)[287] 및 '강제노동폐지협약(Abolition of Forced Labour Convention)'(제105호)[288]를 비준하기 위해 노력하고, 국제노동기구가 '현대화'(up to date)로 분류한 노동협약 비준을 검토한다.[289]

CAI의 노동 조항은 중국이 IIA에 처음으로 노동 권익 보호에 대해 명확하게 약속을 한 것이다. CAI에 따라 중국은 국제노동기구 체계 내에서 이미 가입한 협약의 이행을 강화하고 2022년 4월 20일 제13기 전국인민대표대회 상무위원회 제34차 회의에서 협약 제29호와 제105호를 비준했다.[290] 동시에 노동 분야에서는 투자 유치를 위한 보호 기준을 낮추지 않을 것을 약속하고, 자국 기업이 기업의 사회적 책임을 질 수 있도록 지원하는 바, 이는 중국 내 노동 입법과 후속 조약 협상에 중요하고 긍정적인 영향을 미칠 것으로 예상된다.

3) 지속가능한 발전 문제에 관한 이견 처리 메커니즘

023.6.7.).

286) CAI, Section IV, Sub-Section 3－Investment and Labor, Article 5.

287) 이 협약은 1930년 6월 28일 제네바에서 국제노동기구 총회 제13차 총회에서 채택되어 1932년 5월 1일 발효되었다. 2014년 6월 11일 제네바에서 개최된 제103차 국제노동총회는 '1930년 강제노동협약의 2014년 부가 의정서'를 채택하고 1930년 협약을 수정하고 모든 형태의 강요 또는 강제노동을 보다 효과적으로 제거하기 위한 것으로 강제노동을 근절하고 근절하는 데 있어 세계가 한 걸음 앞으로 나아갔음을 의미하므로 기념비적이다.

288) 이 협약은 1957년 6월 5일 28일 제네바에서 국제노동기구 제40차 총회에서 채택되어 1959년 1월 17일 발효되었으며, 이는 제29호 협약에 대한 보완이다.

289) CAI, Section IV, Sub-Section 3－Investment and Labor, Article 4.

290) 2022년 8월 12일 중국 정부는 국제노동기구에 '강제노동협약'(제29호)과 '강제노동폐지협약'(제105호)의 비준서를 제출하여 중국이 비준한 국제노동기구 핵심 협약의 수는 7개, 중국이 비준한 국제노동기구 협약의 총수는 28개에 달했다.

CAI는 지속가능한 발전 부분의 표현에서 '최선을 다한다'와 같은 표현을 많이 쓰는데, 이는 표면적으로는 구속력이 약한 것 같지만 이 부분은 분기 처리 메커니즘[291]을 자세히 규정한다. 분기 처리 메커니즘은 CAI 제5부분(Section 5)에 명시된 국가 간 분쟁해결 메커니즘과 독립적으로 지속가능한 분쟁 처리를 위한 메커니즘이다. 이견 처리 조항은 공허해 보이는 CAI의 지속가능한 발전에 대한 가치 추구를 명확한 법적 규칙으로 구현하면서 그 운영을 확보하고자 한다.

우선 프로그램 설계에서 이견 처리 메커니즘은 협상(consultations) 절차와 전문가 그룹 절차를 포함한 WTO 분쟁해결절차를 참고하고 협상을 전문가 그룹 절차의 사전 절차로 설정한다. 둘째, 전문가 그룹 설치 및 구성 등의 절차는 강제성을 가지며, CAI가 규정한 국가 간 분쟁해결 메커니즘과 실질적인 차이가 없다. 따라서 CAI의 지속가능한 발전 장의 일부 규정은 확실성, 예측성 및 실행 가능성이 부족할 수 있지만 향후 이견 처리 메커니즘을 통해 관련 조항을 해석하여 체약국에게 법적 의무의 확실성과 구속력을 발생시킬 수 있다.[292]

CAI 이견 처리 메커니즘은 투자 중 노동 권리, 환경보호 및 기업의 사회적 책임 등 부분에 중요한 보장 작용을 하며, 체약국은 지속가능한 투자 가치에 대한 규칙제정을 추구하는 차원의 실행작업이다. 마지막으로 CAI는 이견 해결의 이행을 촉진하고 감독하기 위해 지속가능한 발전 전문가 작업반을 구성하여 모든 당사자가 그 준수 문제에 관하여 독립적인 기관에 제출할 수 있도록 했다.[293]

4. ISDS의 설계

현재 EU가 발표한 CAI 조문은 주로 투자 자유화를 다루고 있으며 투자

291) CAI, Section IV, Sub-section 4 Mechanism to Address Differences.
292) 石靜霞, 同前注 270, 第95頁.
293) Julien Chaisse & Matthieu Burnay, *Introduction - CAI's Contribution to International Investment Law: European, Chinese, and Global Perspectives,* Journal of World Investment & Trade 23, 2022, p.518.

보호 및 ISDS에 대한 내용은 없다. 양측은 협정 체결 후 2년 이내에 투자보호 및 투자분쟁해결을 위한 협상을 완료하기로 합의했다. 그러나 현재 CAI의 내용을 보면, 이 협정의 ISDS 조항은 과거의 투자협정에서 직접 차용할 수 없는 것으로 보인다. 또한 현재의 국제투자 분쟁해결 메커니즘 개혁의 맥락에서 살펴 보면 중국과 유럽 양측이 생각하는 이 조항 초안이 상당히 다를 수 있으며, 이는 이론적으로 어느 실체 조항에도 뒤지지 않는 협상 난이도를 가지고 있음을 예측할 수 있다. 유럽위원회는 2015년 투자법원제도(Investment Court System, ICS)를 제안했다. 이 제안은 ICS가 현재 진행 중인 모든 EU의 투자협정 협상에서 기존의 ISDS 메커니즘을 대체할 것이며, 여기에는 물론 중국-유럽 투자협정의 협상이 포함된다. 따라서 향후 양측이 서로 다른 ISDS 개혁 입장을 어떻게 조율할 것인지, CAI에 어떤 ISDS 메커니즘을 포함시킬지 주목하고 기대해 볼 만하다.

1) 중국과 EU 회원국의 기존 투자협정의 ISDS 조항

중국은 현재 EU 27개 회원국 중 아일랜드를 제외한 26개 회원국과 ISDS 조항을 담은 BITs를 체결했다. 그러나 중국과 EU 회원국 간의 BITs는 대부분 1세대 보수형과 2세대 자유화형 BIT에 속한다. 그 중 ISDS 조항은 다음과 같은 특징을 반영하고 있다. 첫째, 절대다수의 BITs는 당사자에게 협상을 통해 우호적으로 분쟁을 해결할 것을 요구하며, 기한은 일반적으로 6개월이다.[294] 둘째, 1998년 이전에 투자자는 분쟁을 당사자의 관할 법원에 제소하여 심리할 수 있다. 예를 들어 수용보상금에 관한 분쟁이 있는 경우, 어느 한쪽의 요구에 따라 분쟁을 전문 중재판정부에 중재신청할 수 있다. 셋째, 1998년 이후 투자자들은 일반적으로 세 가지 선택을 했다. 즉 투자와 관련된 어떠한 분쟁도 체약국의 관할권이 있는 법원, ICSID 또는 전문 중재판정부에 중재신청할 수 있다. 넷째, 최근의 협정에서 투자자는 분쟁을 ICSID 또는 전문 중재판정부에 신청하도록 허용하며, 그 전제는 국내

294) 중국-핀란드 BIT(2004)상의 기한은 3개월이다.

행정심사 절차를 모두 사용할 것을 요구한다. 일반적으로 중국과 EU 회원국이 체결한 BITs의 ISDS 조항은 비교적 간단하고 투자자에 대한 보호가 약하며 현재 목소리가 높은 ISDS 메커니즘의 개선은 포함하지 않는다.

2) 유럽연합 투자법원제도

EU 투자자는 기존 ISDS 메커니즘의 주요 사용자이며 EU는 ISDS 메커니즘 개혁의 적극적인 추진자이기도 한다. 2015년 5월 5일, 유럽위원회는 개념성 문서 'TTIP의 투자 및 기타--개혁의 길(Investment in TTIP and Beyond－the Path for Reform)'을 발표했다.[295] 이 문서는 국가의 규제권한을 강화하는 한편 현재의 임시중재를 투자법원(investment court) 방향으로 점진적으로 개혁할 것을 요구하고 있다. EU는 ISDS의 새로운 모델로 상설 투자법원(Permanent Investment Court) 및 항소 메커니즘을 구축할 것을 제안했다. 투자법원제도(Investment Court System, ICS)의 주요 특징은 제1심법원(first instance tribunal)과 항소심법원(appeal tribunal)으로 구성된 상설법원, 완전한 자격을 갖춘 판사(judges)의 공개 임명, 투명성이 있는 소송절차 및 명확한 규칙, 국가의 규제권한을 보장하고 투자자가 다중 또는 무의미한 중재신청을 하는 것을 방지하는 새로운 메커니즘 등이다. 투자자에게 중립적이고 투명하며 효과적이며 법적으로 예측 가능한 ISDS 메커니즘을 제공하는 것이 목적이다.[296] 2016년 10월 30일 서명된 '캐나다-유럽연합 포괄적경제무역협정(Canada-EU Trade Agreement, CETA)'의 제8장 투자장은 상설 투자법원 및 항소 메커니즘에 명확하게 포함하였으며, 이는 EU의 ICS 구상작업이 아이디어 차원에서 실행으로 전환되었음을 의미한다.

---

295) European Commission, Concept Paper: *Investment in TTIP and Beyond – the Path for Reform*. at https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/84f1ee41-1c66-4bd2-adda-47f074336110/details (Lastly visited on 2022.12.31.).

296) European Commission, *Multilateral Investment Court project*, at https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en(Lastly visited on 2022.12.31.).

또 EU가 싱가포르, 베트남 등과 체결한 무역 및 투자협정은 자유무역협정(FTA)과 투자보호협정(IPA)으로 나뉘며 IPA에 투자법원 메커니즘이 명시돼 있어 EU의 모든 회원국이 국내 절차를 거쳐 비준하면 발효된다. 이 중 2018년 유럽연합-베트남 투자보호협정(EU-Vietnam Investment Protection Agreement, EUVIPA)의 내용은 이하에서 CETA와 같이 살펴본다.

현재 공개된 조약 조문의 내용으로 볼 때 EU의 협상 목표는 매우 명확하다. 그리고 ICS는 전통적인 ISDS 메커니즘을 완전히 대체한다. EU의 ICS는 주로 다음과 같은 내용을 포함한다.

첫째, 의무적인 협상 절차와 대체적인 분쟁해결절차이다. EU 투자법원 제도에는 전문적인 ADR인 교섭(negotiations) 및 조정(mediation)과 협상(consultations) 규정이 포함되어 있다. 이 제도 하에서 협상은 필수절차가 되었다. 투자자와 주재국 정부 간 어떤 분쟁도 먼저 협상해야 하며, 정해진 기간(6개월 또는 180일) 내에 협상이 이뤄지지 않으면 법원에 중재를 신청할 수 있다.[297] 또한 ICS는 투자자가 조정 절차를 사용하여 주재국과의 분쟁을 해결하도록 장려하고 조정자의 선임, 조정 절차 규칙 및 조정의 집행 등 조정 메커니즘에 대한 상세한 규정을 별도로 마련했다.[298] 조정은 강제적이지 않고 전적으로 임의적이지만 ICS의 이 내용은 EU가 투자자와 주재국 간의 투자분쟁을 해결하기 위해 다양한 수단을 모색하고 시도했음을 시사한다. 동시에 의무적인 협상 절차와 조정 설정은 중국의 ISDS 개혁과 일치하며, 이는 향후 중국-유럽 CAI의 ISDS 조항에 반영되어야 한다고 본다.

둘째, 투자 중재를 위한 상설 제1심법원(Tribunal)이다. EU ICS는 두 가지 수준의 사법 통제를 설정한다. 첫 번째 단계는 상설 제1심법원이다. 제1심법원의 15인의 구성원(Members)은 'CETA 공동소위원회(The CETA Joint Committee)'에 의하여 각각 EU, 다른 체약국인 캐나다 및 제3국[299]

297) CETA 제8.22.1(b)조. EUVIPA 제3장 제3절 제3.33조.
298) EUVIPA, Annex 10 (Mediation Mechanism for Disputes between Investors and Parties).
299) CETA는 제1심법원을 EU 회원국과 캐나다, 제3국 국민이 각각 5명씩인 15

국민 중에서 임명될 수 있으며 그 수는 동일한 비율로 3의 배수로 증가할 수 있다.[300] 구성원의 자격은 해당 국가에서 사법기관에 임명될 수 있는 조건을 갖추거나 유사한 자격을 갖추어야 하며 국제공법, 특히 국제투자법 및 국제거래법에 대한 전문지식을 보유해야 한다.[301] 제1심법원의 위원장과 부위원장(The President and Vice-President)은 임기 2년으로서 제3국 국민이 추첨으로 선임된다.[302] 제1심법원 구성원은 조약별로 5년 또는 4년의 전해진 임기를 한 번 연임할 수 있다.[303] 제1심법원 제1기 구성원에 대해서는 제도의 존속성을 위해 추첨을 통해 일부 구성원의 임기 연장 여부를 결정한다.[304] 제1심법원 위원장은 구성원(Members) 중에서 무작위적이고 예측할 수 없게(random and unpredictable) 구성되며 돌아가면서(on a rotation basis) 개별 사건을 심리할 재판부(division)를 선임하며, 모든 부원들의 직무 기회가 균등하도록 보장한다.[305] 원고가 중소기업인 경우 또는 청구된 배상액이 소액인 경우, 제3국 국민인 재판부가 아닌 단독 구성원(a sole Member of the Tribunal)이 사건을 심리할 수 있다.[306] 제1심법원 구성원은 비상근이지만 필요할 경우 그 기능을 수행할 수 있도록 월 단위로 보수(monthly retainer fee)를 지급하며, 이 비용은 체약국들이 부담한다.[307]

명의 구성원으로 구성하도록 규정하고 있다. EUVIPA는 제1심법원을 9명의 구성원으로 구성하도록 규정하고 있으며, 이 중 EU 회원국, 베트남 및 제3국 국민이 각각 3명씩이다.

300) CETA 제8.27.2조.

301) CETA 제8.27.4조.

302) CETA 제8.27.8조.

303) CETA는 제1심법원의 임기를 5년으로, EUVIPA는 4년으로 규정하고 한 차례 연임할 수 있다고 규정한다.

304) CETA는 제1심법원의 제1기 구성원 중 추첨으로 7명의 임기를 6년으로 연장할 수 있도록 규정하고 있으며, EUVIPA는 추첨으로 구성원 5명의 임기를 6년으로 연장할 수 있도록 규정한다.

305) CETA 제8.27.7조. EUVIPA 제3장 제4절 제3.38.7조.

306) CETA 제8.27.9조.

307) CETA 제8.27.12·13조는 비용을 체약국들이 균등하게 분담하도록 규정하고, EUVIPA 제3장 제4절 제3.38.14·15조는 비용을 체약국들의 발전수준에 따라 분담하도록 규정하고 있다.

셋째, 항소법원(Appeal Tribunal)이다. 항소법원은 EU ICS가 설정한 두 번째 수준의 사법 통제로서 제1심법원의 판결을 심사하기 위하여 설치되었다.[308] 항소법원의 구성, 임기 및 운영 방식 측면에서 제1심법원과 많은 유사점이 있어서, 구성원(Members)은 EU, 다른 체약국 및 제3국[309]에서 선임하며 구성원의 수도 3의 배수로 증가할 수 있다. 항소법원 구성원의 임기는 일정하며, 한 차례 연임할 수 있다. 제1기 항소법원의 구성원 중 일부 구성원은 추첨으로 임기 연장을 결정할 수 있다. 제1심법원과 마찬가지로 항소법원도 재판부(division) 단위로 사건을 심리하고 구성원은 무작위로 임명하지만 항소 사건은 제3국 국민 단독 구성원의 심리를 허용하지 않는다. 또한 항소법원 재판부 구성원의 자격은 제1심법원 재판부 구성원보다 높아야 하며, 국제공법에 대한 전문지식 외에 본국에서 최고 사법기관에 임명될 수 있는 요건 또는 이와 유사한 자격을 갖추어야 한다.[310]

넷째, 고도의 도덕적 규범이 요구된다. EU ICS는 투자법원 제도는 이해충돌을 효과적으로 피하기 위해 구성원들에게 확실한 독립성(independent beyond doubt)을 요구한다. 그들은 어떤 정부에도 종속되지 않으며 분쟁 사안에 대해 어떤 조직이나 정부의 지시를 받을 수 없으며, 관련된 중재 사건과 직간접적인 이해 상충(direct or indirect conflict of interest)이 있어서는 안 된다.[311] 임명될 때부터 구성원은 어떤 협정이나 국내법에 따른 미결 또는 새로운 투자분쟁에서 변호사 또는 분쟁 당사자에 의해 전문가 또는 증인으로 임명될 수 없다. 분쟁 당사자가 특정 구성원이 이해 상충이 있다고 판단하는 경우 선임에 의문을 제기할 수 있으며 각각 제1심법원의 위원장 또는 항소법원의 위원장이 결정을 내릴

308) CETA 제8.28.1조.
309) EUVIPA는 항소법원을 EU 회원국과 베트남 및 제3국 국민 각 2명씩 6명으로 구성하도록 규정하고 있다. CETA는 항소법원의 구성원을 CETA 공동소위원회(Joint Committee)가 정하도록 규정하고 있다.
310) CETA 제8.28.4조, 제8.27.4조, 제8.30조.
311) CETA 제8.30.1조.

수 있다.[312]

또한 '서비스 및 투자 소위원회(The Committee on Services and Investment)'가 CETA 투자 장에서 발생한 분쟁에 적용되는 제1심법원의 구성원의 행위 수칙(Code of Conduct)을 채택할 수 있다고 규정하고 있다.[313]

다섯째, 다자간 투자 분쟁해결 메커니즘이다. EU의 ICS는 체약국이 투자분쟁을 해결하기 위해 다른 체약국이 함께 다자간 투자법원 및 항소 메커니즘을 구축하기 위해 노력할 것을 요구한다. 이 다자간 체제가 구축되면 기존 협정에 따른 분쟁은 다자간 기구 규정에 따라 처리된다.[314]

또한 EU의 ICS는 제3자 자금지원(Third party funding)을 받는 당사자에게 지원 상황을 공개하고 지원자의 이름과 주소를 통지할 것을 요구한다.[315] 또한 '패소자가 소송비용을 부담하는 원칙'을 확립하였다.[316] EU의 ICS에 있어서 국내법은 적용 되지 않으며 적절한 경우 사실상의 문제로서(as a matter of fact) 국내법의 의미를 규명할 필요가 있는 경우 국내 법원 또는 체약국의 권한 있는 기관의 해석을 따라야 하며 투자법원의 관련 국내법의 의미에 대한 판단은 국내 법원 또는 권한 있는 기관을 구속하지 않는다는 점을 명확히 하였다.[317]

3) 중국-유럽 CAI에서의 ISDS 조항 설계

앞서 중국-유럽 CAI의 전반적 내용에 관해서 살펴보았지만 CAI의 ISDS 관련 내용이 어떻게 되어 있는지 현재 공개된 초안[318]을 중심으로

312) CETA는 국제사법재판소의 재판소장(President of the International Court of Justice)이 판사의 임명을 결정할 수 있도록 규정하고 있다. CETA 제8.30.2조를 참조.
313) CETA 제8.44.2조.
314) CETA 제8.29조, EUVIPA, 제3장 제4절 제3.41조.
315) CETA 제8.26.1조, EUVIPA, 제3장 제3절 제3.37조.
316) CETA 제8.39.5조, EUVIPA, 제3장 제5절 제3.53.4조.
317) CETA 제8.31.2조. EUVIPA, 제3장 제5절 제3.42.3조.
318) https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/china/eu-china-agreement/eu-china-agreement-principle_en.(Lastly visited on 2023.6.5.).

살펴본다. EU는 스스로가 제안한 ICS가 ISDS 개혁 문제를 전방위적이고 적절하게 해결할 수 있다고 보고 이를 전 세계적으로 사용되는 '국제 다자 투자법원'으로 기능하도록 할 의향이 있다. EU ICS가 기존 ISDS 메커니즘의 단점을 해결하는 좋은 방법이라는 것은 아직 입증되지 않았지만 EU는 CAI의 ISDS를 어떻게 구성할지에 관한 중국과의 협상에서 ICS의 다변화를 계속 추진할 것으로 예상된다. 그렇다면 중국이 이에 어떻게 대응해야 할지 관심거리이다.

중국은 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL) 제3 워킹그룹에 제출한 입장문에서 상설 항소 메커니즘 구축을 지지한다고 밝혔다. 양측은 구조개혁과 상설항소체제 구축이라는 ISDS 메커니즘의 개혁 방향에 공감하고 있지만 여전히 이견이 있음을 알 수 있다. 양측 모두 ISDS 메커니즘을 통해 투자자-국가간 투자분쟁을 해결해야 한다고 주장하지만, ISDS 조항 설계에 있어 중국은 앞으로 다음과 같은 문제에 주의를 기울여야 한다.

첫째, 중재 범위의 확정이다. EU가 ICS를 설립하는 목적 중 하나는 국가의 규제권한을 보장하는 것이다. 따라서 EU는 ISDS 약관의 적용 범위를 투자협약에 기초한 투자보호 부분에 한정해 논란을 빚고 있는 등 제1심법원(Tribunal)에 대한 중재신청(Submission of a claim)이 가능한 사항을 축소하는 데 상당한 노력을 기울였다.[319] 중국도 CAI 중 제1심법원(Tribunal)에 대한 중재신청 가능범위를 신중하게 결정할 필요가 있다고 보므로 EU의 입장과 다르지 않다. 그런데 CAI의 중요한 특징은 투자 접근까지 투자협정에 포함시켜 '포괄적투자협정'이라고 부르는 점이므로 그렇다면 투자 접근 부분의 조항이 ISDS 조항의 적용에서 제외되는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 관해서는 적용되지 않는다는 것을 확실히 할 필요가 있다.

둘째, 국내 차원의 분쟁해결 메커니즘 적용이다. 현재 공개된 CAI 초안상 협상(Consultation) 메커니즘은 포함되어 있지만[320] 국내 차원의 분쟁해결

319) CETA, 제8.18조, EUVIPA, 제3장 제1절 제3.27.1조.

메커니즘은 포함되어 있지 않다. 앞서 언급했듯이 EU가 체결한 IPA에서 협상은 분쟁을 투자법원에 중재를 신청하기 전에 거쳐야 하는 강제 절차이며 협상 또는 기타 우호적인 해결 방법은 어느 단계에서든 권장된다. 따라서 ICS의 설립은 '소송을 장려하는 것'이 아니며 많은 분쟁이 협상을 통해 해결될 수 있다. 이는 우호적인 협상 등 대체적 분쟁해결절차(ADR)의 중요성을 강조하고 협상 메커니즘의 운용을 중시하는[321] 중국의 ISDS 개혁에 대한 입장과도 일치한다. 그러나 ICS는 전통적인 ISDS 조항처럼 국내 차원의 분쟁해결 메커니즘과 주재국 현지 구제방법을 다 이용하라는 요구를 담고 있지 않은데, 주재국 현지 구제방법을 다 이용한다는 것은 중국의 후기 BITs에서 꼭 필요한 조항이다. 중국-유럽 CAI에서 주재국 내 구제방식이 포함될지 주목된다. 그러나 ISDS 메커니즘은 투자자에게 협정을 직접 근거로 주재국 정부를 상대로 중재를 신청할 수 있는 권리를 부여하며, 그 자체가 ISDS 메커니즘이 저항을 받는 중요한 이유 중 하나이다. 외국인 투자자들이 주재국 현지 구제방법을 넘어 직접 국제분쟁해결기구를 통해 주재국 정부를 상대로 중재를 신청하는 것은 받아들일 수 없다는 반론도 있다.[322] 따라서 EU 투자협정의 ISDS 조항은 협상 및 조정과 같은 우호적인 방법을 통해 투자분쟁을 해결하는 현재의 추세를 반영하지만 국제투자 분쟁해결 메커니즘이 직면한 근본적인 우려, 즉 주재국의 사법 주권을 해결하지 못했다.

셋째, 항소 메커니즘의 설정이다. EU ICS의 항소 메커니즘은 재판의 일관성과 공정성을 높이는 데 탁월한 이점이 있지만 항소법원이 제1심법원의 법률의 적용과 해석뿐 아니라 제1심법원의 관련국의 국내법 해석을 명백한 사실오류의 일종으로서 심사할 수 있다는 규정은 논란의

320) CAI, Section IV(Investment and sustainable development) Sub-section 4(Mechanism to Address Differences) Article 1.

321) 張皎：《中歐投資協定投資者与國家爭端解決條款設計－－基于條款价值的考量》，載《歐洲研究》2020年第2期，第117頁.

322) 同上注，第118頁.

여지가 있다. ISDS 개혁에 대한 중국의 입장 문서에서도 상설 항소 메커니즘의 수립을 주장했다. 그러나 여기서 항소 메커니즘은 사실오류에 대한 심사를 포함하지 않는다. 중국-호주 FTA 제9장 제23조는 “이 협정 발효일로부터 3년 이내에 쌍방은 항소 심사 메커니즘을 구축하기 위해 협상을 시작해야 하며…이 항소 심사 메커니즘은 법적 문제에 대한 항소를 심리한다” 고 규정하고 있다. 이 조항은 기본적으로 항소 메커니즘에 대한 중국의 입장을 대변할 수 있으며, 즉 항소 메커니즘의 검토 범위는 관련 법적 문제에 국한되어야 한다. ICS에 있어서 국내법의 해석에 관한 분쟁은 사실 문제이기 때문에 항소 심사에서 제외되어야 한다고 본다. 또한 항소 메커니즘은 비용이 많이 들고 절차가 오래 걸린다는 것을 의미하며 협상 과정에서 중국은 항소 메커니즘의 비용과 효율성을 효과적으로 고려해야 한다.

넷째, 강화된 투명성(Transparency)의 요구이다. EU 투자법원 시스템은 투명성 요구 사항을 강화했으며 기밀 정보를 공개하지 않을 수 있는 경우를 제외하고 중재 사건과 관련된 기타 문서 및 서면을 공개해야 한다. 이 규정은 중국에 대해 현재보다 매우 높은 요구 사항을 제시했으며 중국 국내법과 선진국 국내법의 문서 공개 규정 사이에는 큰 차이가 있다. 중국 국가비밀법은 기밀을 유지해야 하는 문서에 대해 상당히 광범위한 규정을 두고 있다. 따라서 중국은 협상 과정에서 높은 투명성으로 인한 리스크를 신중하게 평가해야 한다.

마지막으로 약관의 구조상 ICS를 전면적으로 수용할 것인지, 아니면 복수 선택이 가능한 ISDS 메커니즘을 병행할 것인지도 고려할 문제이다. 현재 중국과 EU 회원국이 체결한 투자협정의 ISDS 조항은 당사자들이 먼저 협상을 통해 우호적으로 분쟁을 해결하도록 요구하고 있다. 우호적인 협상을 통해 분쟁이 해결되지 않을 경우 투자자들은 체약국의 관할 법원, ICSID 및 기타 임시 중재판정부를 통해 분쟁을 해결할 수 있다. 이는 EU 투자협정의 관행상 투자법원 메커니즘만 있는 조항 구조와는 다르다.

현재 각국은 UNCITRAL 제3 워킹그룹을 통해 국제 ISDS 메커니즘

개혁을 논의하고 있다. 다자간 수준의 개혁 결과는 EU가 다자간 투자법원(ICS)을 설립하는 것처럼 체계적 개혁일 수도 있고, 기존의 ICSID 등 투자중재 메커니즘을 개량하는 점진적 개혁일 수도 있다. 이에 앞서 투자협정의 ISDS 조항은 현재의 국제 ISDS 체제 개혁 추세를 반영하려면 반드시 대체적분쟁해결(ADR) 방식을 충분히 활용하는 기초 위에서 주재국의 사법 주권을 존중하고 미래의 다자 분쟁해결 체제 발전을 위해 여지를 남겨두어야 한다.[323]

현재 국제 ISDS 메커니즘의 개혁이 정형화되지 않은 상황에서 대체적 분쟁해결(ADR) 방법, 주재국 국내 구제수단 또는 투자 중재는 ISDS 조항 설계에 고려되어야 한다. 투자자들이 분쟁해결 방법을 선택할 수 있도록 허용하는 것은 현재 다자간 ISDS 메커니즘의 운명을 예측할 수 없는 상황에서 더 적합한 선택일 수 있다. EU 투자협정의 관행은 현재 양자간 투자법원이지만 향후 다자간 투자법원이 설립된 후에는 다자간 투자법원으로의 변환을 규정한다. 마찬가지로, 중국도 보다 포괄적으로 고려할 사항은 중국이 일대일로 관련 투자분쟁을 위해 설계할 수 있는 분쟁해결 메커니즘을 포함하여 향후 국제 ISDS 메커니즘의 다른 발전을 위한 여지를 남겨 두는 것이어야 한다는 점이다.

요약하면, CAI는 중국과 EU 간의 투자 규칙을 통합하고 혁신하여 기존 25개의 양자 투자 조약을 대체하고[324] 현재는 중국과의 BIT가 체결되지 않은 아일랜드에 새로운 조약상 의무를 창출할 것이다. CAI는 중국과 EU 회원국 간의 기존 합의와 확연히 다르다. 그것은 현재 중국이 유럽연합과 체결한 BITs의 모든 특징을 모아서 통일된 절차 방식을 포함하는 별도의 문서에 포함시켰다. 예를 들어, 자유화된 시장 접근 및 운영 가능하고 지속가능한 발전 장을 제공한다. 그러나 CAI는 투자 보호 및 분쟁해결 조항이 포함되지 못하였다. CAI에 투자 보호 장치가 개선되고 분쟁해결

323) 同上注, 第120頁.
324) 벨기에와 룩셈부르크가 공동으로 중국과 BIT를 체결하였기 때문에 중국과 EU 회원국이 체결한 BIT의 수는 25개이다.

프레임워크가 구축되기 전까지는 부득이 기존 BIT는 계속 역할을 할 것이다. 따라서 중국과 EU 회원국이 체결한 기존 BIT는 투자와 기존 ISDS 메커니즘에 대한 접근에 다양한 수준의 보호를 계속 제공할 것이다.

현재 중국-유럽의 정치적 이견으로 인해 CAI의 비준과 발효는 큰 불확실성에 직면해 있다.[325] 그러나 CAI가 수준 높은 국제경제 무역 투자 규칙을 벤치마킹하고 전면적인 균형을 기반으로 제도적 개방 및 투명한 감독 시스템과 공정한 경쟁규칙 구축을 기반으로 많은 측면에서 중국 무역 및 투자조약의 새로운 패러다임과 새로운 발전을 반영한다는 것은 부인할 수 없다. 중국이 체결한 전통적인 투자 조약과 비교하면, CAI는 중국 투자자의 EU 시장 진출과 운영에 대하여 더 많은 법적 확실성을 제공할 것이다. 수준 높은 제도적 개방의 관점에서 보면, 국유기업의 시장 지향적인 개혁, 중립적이고 투명한 감독 시스템, 노동 및 환경보호 표준의 지속적인 개선은 경제 세계화에서 중국과 서방의 상호 대립하는 모순점을 해결하는 데 도움이 될 것이다. CAI 규칙의 포괄성과 선진성은 중국의 개혁 및 개방 촉진 전략의 핵심적인 부분이다.[326] 따라서 이러한 주요 목표를 달성하기 위한 과제는 CAI의 발효가 지연되더라도 부인할 수 없는 역사적 중요성을 가지고 있다.

---

325) 2021년부터 중국과 유럽 관계는 신장면화(新疆棉花)등의 분쟁으로 인해 상호 제재 조치를 취했다. 2021년 5월 20일 유럽의회는 CAI에 대한 논의를 중단하고 승인 절차를 동결하는 결의안을 채택했다.

326) 石靜霞, 同前注 270, 第98頁.

제4장 중국 관련 ISDS 사건에서의 법적 쟁점

현재 중국은 쌍방향 투자대국이 되면서 중국 투자자들이 주재국을 제소하고 외국 투자자가 중국 정부를 제소하는 국제투자 중재 사건이 종종 발생하지만 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)의 경험이 많지 않다. 2022년 12월 31일 현재 중국 정부 또는 중국 투자자[327]와 관련된 투자 중재 사건수는 총 28건이다.[328] 관련된 투자 중재 사건에는 미국 워싱턴에 위치한 국제투자분쟁해결센터(ICSID)가 접수하거나 네덜란드 헤이그에 위치한 상설중재법원(PCA)이 관리하는 기구중재와 비기구중재가 포함되며, 사건에 적용되는 중재규칙에는 'ICSID 협약'과 'ICSID 중재규칙' 및 'UNCITRAL 중재규칙' 등이 있다.

중국 관련 ISDS 사건들은 국제투자분쟁에서 일반적으로 흔히 볼 수 있는 관할권 확장, 조기기각 절차, 최혜국대우와 간접수용 등의 문제를 다룰 뿐만 아니라 중국 특유의 투자분쟁의 법적 쟁점들도 포함하고 있다. 중국 정부가 체결한 BIT가 홍콩·마카오 특별행정구에 직접 적용되는지 여부, 중국 국유기업이 투자 중재에서 당사자 적격성이 어떻게 인정되는지 등이 그와 같은 중국 특유의 쟁점들의 예이다. 이 장에서는 중재기구의 공개정보, 관련 웹사이트 정보 및 관련 투자자 또는 주재국의 공개정보를 기반으로 중국 관련 사건들을 분류하여 대표적인 사례를 간략하게 소개하고 관련 법적 쟁점에 대한 분석과 고찰을 통해 중국 정부와 중국 투자자들이 체약과 투자 실무에서 부족한 점을 발견하여 향후 사건 처리에 참고할 시사점을 발견하려고 한다.

---

327) 홍콩, 마카오, 대만 및 그 투자자를 포함한다.

328) 이 장에서 논의한 사건은 투자협정에 근거한 투자 중재로 스탠다드차타드은행이 투자계약에 따라 중재신청한 2건을 포함하지 않았으며, 이는 UNCTAD 통계와 일치한다.

제1절 중국 관련 투자 중재 사건 개요

Ⅰ. 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건

2022년 12월 31일까지 중국 정부를 피신청인으로 하여 공개된 국제투자 중재 사건은 총 9건(표 7 참조)이며, 대만을 피신청인으로 한 사건을 제외한 8건은 모두 중국이 대외적으로 체결한 양자투자협정에 따른 것이다. 아래는 중재절차가 시작된 연도, 신청인 및 국적국의 상황, 관할권 근거, 실체적 분쟁의 관련 분야, 사건 결과 등의 관점에서 간략히 사건을 정리한다.

<표 7> 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건(2023.2.28. 기준)[329]

연번	사건명(약칭)	중재연도[330]	투자자 국적, 업종	근거	중재규칙	규제기구	상태(최근 판정)
절차가 종결된 사건							
1	Ekran 대 중국[331]	2011 - 2013	말레이시아, 부동산업	중국-이스라엘 BIT(1995). 말레이시아-중국 BIT(1988)	ICSID	ICSID	화해
2	안성주택 대 중국[332]	2014 - 2017	대한민국, 부동산업	한국-중국 BIT(2007)	ICSID	ICSID	조기기각 절차 판정
3	Macro Trading 대 중국[333]	2020 - 2021	일본, 부동산업	중국-일본 BIT(1988)	ICSID[334]	ICSID[335]	ICSID 행정 및 재무규칙 제14.(3)(d)조에 따라 절차불속행 결정
절차 진행중인 사건							
4	Hela Schwarz 대 중국[336]	2017 - 현재	독일, 식품제조업	중국-독일 BIT(2003)	ICSID	ICSID	2023.2.14. 각 당사자는 청문회 후 브리핑 제출

329) 표 내용 출처 : ICSID Cases Database, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database. UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china ; PCA, https://pca-cpa.org/en/cases/.

5	Surfeit Harvest 대 중국(대만)[337]	2017 - 현재	싱가포르, 금융서비스	ASTEP (2013)	UNCITRAL	PCA	사건 중재절차 정보 비공개
6	송우(宋宇) 대 중국[338]	2019 - 현재	영국인, 비공개	중국-영국 BIT(1985)	비공개	PCA	사건 중재절차 정보 비공개[339]
7	오진순(吳振顺) 대 중국[340]	2020 - 현재	싱가포르인, 부동산업	중국-싱가포르 BIT(1985)	UNCITRAL [341]	PCA	사건 중재절차 정보 비공개[342]
8	AsiaPhos 대 중국[343]	2020 - 현재	싱가포르, 광업	중국-싱가포르 BIT(1985)	UNCITRAL	ICSID	사건 중재절차 정보 비공개
9	Montenero 대 중국[344]	2021 - 현재[345]	스위스인, 예술·연예	중국-스위스 BIT(2009)	UNCITRAL	비공개[346]	사건 중재절차 정보 비공개

330) 이 표에서 기구중재는 접수된 연도를 사건의 시작 연도로 하고, 비기구중재는 투자자가 중재신청서를 보낸 연도를 사건의 시작 연도로 한다.

331) Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/11/15.

332) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/25.

333) Macro Trading Co.,Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/20/22), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/22.

334) 중국-일본 BIT(1988)의 제11조 제2항 및 제5항에 따라 중재절차는 중재위원회가 ICSID 규칙을 '참고'하여 정한다고 규정하였다.

335) 중국-일본 BIT(1988) 제11조에 따르면 사건은 임시 중재여야 하지만 ICSID는 사건을 기구중재로 등록하였다.

336) Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/17/19), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/19.

337) Surfeit Harvest Investment Holding Pte Ltd v. Republic of China (Taiwan), https://www.italaw.com/cases/5929, 이 사건은 2013년 11월 7일 서명되었고 2014년 4월 19일 발효된 '싱가포르와 대만·펑후·진먼·마쭈 독립관세구역 경제동반자협정(Agreement between Singapore and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu on Economic Partnership, ASTEP)'에 따른 임시 중재이다.

338) Jason Yu Song (United Kingdom) v. People's Republic of China (PCA Case No. 2019-39). at https://pca-cpa.org/en/cases/241/.

중재절차가 시작된 연도를 보면 2010년과 이전에는 중국 정부가 투자 중재를 신청한 적이 없다. 중국 정부는 2011년부터 6년 동안 2011년 1건, 2014년 1건을 신청했지만, 이후 2년씩 기소되지 않아 3년에 한 건꼴이다. 2017년 셋 번째 사건 이후[347] 1년 만인 2019년 네 번째 사건이 생겼다. 2020년 입안된 투자 중재 사건은 3건으로 지난해를 합친 것과 거의 맞먹는다. 2021년에 발생한 사건은 중국 정부가 2019년부터 3년 연속 투자 중재를 신청한 것이었다.

9건의 사례에서 투자자의 국적 분포는 기본적으로 중국 외자의 출처 분포와 일치하는 것으로 알려져 있다. 중국 상무부가 발표한 《중국 외자 통계공보(2021)》에 따르면 2020년 (홍콩·마카오·대만 지역을 제외한)

339) PCA 공개정보에 따르면 이 사건의 중재판정부는 이미 구성되었고 중재절차의 언어는 중국어와 영어로서 중국 관련된 투자 중재 중 중국어를 중재언어로 사용하는 사건은 아직까지 이 사건이 유일하다.

340) Mr. Goh Chin Soon (Singapore) v. People's Republic of China (PCA Case No. 2021-30),at https://pca-cpa.org/en/cases/269/. 오진순(吳振順) 대 중국 사건은 처음에 ICSID에 중재를 신청했으며 2021년 8월 ICSID 중재절차를 종료하고 PCA 관리의 임시 중재로 변경하였다. UNCTAD의 통계적 기준과 일치하여 본 연구는 오진순(吳振順) 대 중국 사건의 ICSID 중재절차와 PCA 중재절차를 동일한 사건으로 간주한다. 오진순(吳振順) 대 중국 사건은 ICSID 홈페이지 정보 참고: Goh Chin Soon v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/20/34), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/casedetail?CaseNo=ARB/20/34.

341) 중국-싱가포르 BIT(1985) 제13조 제6항에 따라 중재판정부는 ICSID 협약을 참고하여 중재절차를 자체적으로 제정해야 하였다. 그러나 UNCTAD의 정보에 의하면 이 사건 중재규칙은 UNCITRAL 중재규칙으로 되어 있었다.

342) PCA 공개정보에 따르면 이 사건의 중재판정부는 이미 구성되었다.

343) AsiaPhos Limited v. People's Republic of China, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1106/asiaphos-v-china.

344) Eugenio Montenero v. People's Republic of China, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1154/montenero-v-china.

345) 이 사건 투자자는 2021년 6월 16일에 중재신청 사실을 통지하였다. 중재 통지 참고 : https://jusmundi.com/en/document/pdf/other/en-eugenio-montenero-v-peoples-republic-of-chinarequest-for-arbitration-wednesday-16th-june-2021.

346) 중재 통지에 따라 투자자들은 단독 중재인이 사건을 심리할 것을 제안했다.

347) 여기에는 대만을 피신청인으로 하는 사건은 포함되지 않았다.

외국인 투자 실질 투자액 상위 12개국(또 지역)은 싱가포르, 영국령 버진아일랜드, 한국, 일본, 케이맨제도, 네덜란드, 미국, 독일, 영국, 사모아, 스위스, 프랑스이다.[348] 9건의 사례 중 싱가포르 투자자가 3건, 한국・일본・독일・영국・스위스 투자자가 각각 1건, 말레이시아 투자자가 1건을 신청한 것으로 알려졌다. 국제통화기금(IMF)과 유엔개발정책위원회등이 정한 국가 유형[349]으로 말레이시아 투자자를 제외한 나머지 투자자는 모두 선진국에서 왔다.

투자자 유형별로는 지금까지 대형 글로벌 기업이 중국에 투자 중재를 신청한 적이 없다. 현재 9건 중 2020년 추가된 Asia Phos 대 중국 정부 사건은 싱가포르 켈리보드 상장사가 신청한 것을 제외하고 나머지는 비교적 소규모인 비상장사나 자연인이 신청한 것이다. 한 가지 이유는 거대 다국적 기업이 중국에서의 장기적인 경영 발전을 저해하는 위험을 감수하지 않기 때문에 합리적인 구제를 위해 다른 방법을 선택했기 때문일 수도 있다.[350]

사건의 관할권 근거를 살펴보면, 중국과의 BITs 체결에 따른 8건 사건 중 안성주택 대 중국 정부, Hela Schwarz 대 중국 정부, Montenero 대 중국 정부를 제외한 나머지 5건은 모두 중국 초기(1997년 이전) 대외적으로 체결된 BIT에 따른 것이다. 이런 종류의 투자협정에 있어서, 주재국은 모두 투자자가 '수용보상금 관련 분쟁'을 국제 중재판정부에 중재신청하는 것에만 동의하였었다. 안성주택 대 중국 정부, Hela Schwarz 대 중국 정부와 Montenero 대 중국 정부 사건 등 근거인 BIT 중 주재국은 국제중재관할을 전면 수용하고 투자자가 투자와 관련된 모든 분쟁을 국제중재에 중재신청하기로 합의한다. 이미 알려진 사건에서 나타난

---

348) 中國商務部, 《中國外資統計公報 (2021)》, http://images.mofcom.gov.cn/wzs/202111/20211125164038921.pdf (訪問日期: 2023.4.16.).

349) 국제통화기금 홈페이지 참고 : https://www.imf.org/external/datamapper/NGDP_RPCH@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD. 유엔개발정책위원회 홈페이지: https://www.un.org/development/desa/dpad/least-developed-country-category/ldcs-at-a-glance.html.

350) 池漫郊,任清, 同前注 96, 第16頁.

관할권의 근거 분포 상황은 중국 조약 체결 상황과 기본적으로 일치한다. 관련 통계에 따르면 중국의 기존 유효한 BIT 중 주재국의 중재 동의를 제한하고 특정 분쟁만 투자 중재를 신청할 수 있도록 하는 협정이 약 60%를 차지한다.[351]

사건의 실체적 분쟁이 관련된 분야별로 보면 이들 사건 중 부동산 관련 분쟁이 최소 5건 있었다.[352] 공개정보에 따르면 부동산 분쟁과 관련되지 않은 사안은 AsiaPhos 대 중국 정부 사건과 Montenero 대 중국 정부 사건이 있으며, 공개정보에서 송우 대 중국 사건은 그 분쟁 유형을 확인할 수 없다. 나머지 사건의 실체적 문제는 부동산 개발이나 토지이용권에 관한 분쟁의 정도가 다르다.

마지막으로 사건의 심리 상황을 보면 종결된 사건은 3건에 불과하다. 이 중 1건만이 재판 종결(사건은 중재판정부에서 '조기기각')이고, 1건은 쌍방 당사자가 합의한 것이며, 1건은 중재에 필요한 선수금 미지급으로 절차가 종료되었다. 나머지 사건은 모두 아직 심리 중이다. 다시 말하면 중국 정부가 관할권이나 실체에서 패소한 사건은 아직 없다는 얘기다.

Ⅱ. 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건

2022년 12월 31일 현재 중국 투자자는 신청인로서[353] 국제투자협정에 따라 총 19건[354]의 투자 중재를 신청했다. 이 19건의 사건 중 중국

---

351) Yuwen Li & Cheng Bian, *Supra* note 13, p.507.

352) Hela Schwarz 대 중국 정부 사건에서 Hela Schwarz는 식품 제조업체이지만, 중국에서의 투자분쟁은 주택 수용으로 인한 분쟁이다.

353) 중국 투자자가 직접 신청한 사건 외에도 일부 중국 투자자는 해외 합작회사를 통해 투자 중재절차를 제안한 것으로 알려졌다. 가장 큰 관심사는 자금광업(紫金鑛業)과 캐나다 배릭골드사의 합작사인 배릭(뉴기니)유한공사가 2020년 7월 9일 ICSID에 파푸아뉴기니 정부의 Porgera 금광 특별채광권 연장 신청 거부에 대해 제기한 조정 절차다. 참고: 池漫郊, 任清:《中國國際投資仲裁年度觀察-2021》, 載《北京仲裁》2021年第2輯, 第27頁. 이러한 사건은 중국 국적 투자자가 신청인으로 직접 신청한 투자중재 사건에 해당하지 않아 통계에 포함되지 않았다.

354) 스탠다드차타드은행이 투자계약에 따라 신청한 2건은 포함되지 않았다.

홍콩특별행정구 정부가 대외적으로 체결한 쌍무투자협정에 의거한 2건과 '중국-아세안 투자협정'에 의거한 2건 외에, 나머지 15건은 중국 정부가 대외적으로 체결한 BIT에 따른 것이다. 아래는 중재절차가 시작된 연도, 피신청인의 상황, 신청인의 상황, 관할권의 근거, 사건의 결과 등의 관점에서 사건을 정리한다.

<표 8> 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건(2023.2.28. 기준)[355]

연번[356]	사건명(약칭)	중재연도	주재국, 국가분류[357]	투자자 유형	분쟁업종	근거	중재규칙	규제기구	상태(최근 판정)
절차가 종결된 사건									
1*	셰예슨(谢业深) 대 페루[358]	2007-2015	페루, 개도국	자연인	식품생산업	페루-중국 BIT(1994)	ICSID	ICSID	투자자에게 유리하게 판정
2	북경서우강(北京首钢) 등 대 몽골[359]	2010-2017	몽골, 개도국	국유기업	광업권	중국-몽골 BIT(1994)	UNCITRAL	PCA	관할권 결여로 투자자의 중재신청을 기각
3*	Philip Morris 대 호주[360]	2011-2017	호주, 선진국	대형 다국적 기업	담배가공	호주-홍콩 BIT(1993)	UNCITRAL	PCA	관할권 결여로 투자자의 중재신청을 기각
4	중국핑안(中国平安) 대 벨기에[361]	2012-2015	벨기에, 선진국	대형금융기관	금융	중국-벨기에 BIT(1986) 중국-벨기에 BIT(2009)	ICSID	ICSID	관할권 결여로 투자자의 중재신청을 기각
5*	Sanum 대 라오스 I[362]	2012-2019	라오스, 최빈국	중소기업	도박업	라오스-중국 BIT(1993)	UNCITRAL	PCA	주재국에 유리하게 판정
6	북경성건(北京城建) 대 예멘[363]	2014-2018	예멘, 최빈국	국유기업	건설업	중국-예멘 BIT(1998)	ICSID	ICSID	투자자에게 유리한 관할권 결정을 내리고, 실체 심리

355) 표 내용 출처 : ICSID Cases Database, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database. UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china ; PCA, https://pca-cpa.org/en/cases/.

									단계에서 당사자들이 화해
7	Jetion And THertz 대 그리스[364]	2019 - 2019	그리스, 선진국	중소기업	에너지	중국-그리스 BIT(1992)	UNCITRAL	규제기구 없음	종료
8	Zhongshan Fucheng 대 나이지리아[365]	2018 - 2021	나이지리아, 개도국	중소기업	부동산개발업	중국-나이지리아 BIT(2001)	UNCITRAL	PCA[366]	투자자에게 유리하게 판정
절차 진행중인 사건									
9*	Sanum 대 라오스 II[367]	2017 - 현재	라오스, 최빈국	중소기업	도박업	라오스-중국 BIT(1993)	ICSID AF[368]	ICSID	2021.8.30. 피신청인의 2021.8.13. 신청에 대한 결정
10	Fengzhen Min 대 한국[369]	2020 - 현재	한국, 선진국	자연인	부동산업	한국-중국 BIT(2007)	ICSID	ICSID	2022.12.5. 절차적 문제에 관한 제6호 절차명령 발령
11	Wang Jing 등 대 우크라이나[370]	2020 - 현재	우크라이나, 개도국	자연인	운송장비 제조업	중국-우크라이나 BIT(1992)	UNCITRAL	PCA[371]	사건 중재절차 정보 비공개[372]
12*	Shift Energy 대 일본[373]	2020 - 현재	일본, 선진국	중소기업	재생에너지	홍콩-일본 BIT(1997)	UNCITRAL	ICSID	사건 중재절차 정보 비공개[374]
13	Everyway 대 가나[375]	2021 - 현재	가나, 개도국	중소기업	건설업	중국-가나 BIT(1989)	UNCITRAL[376]	규제기구 없음	사건 중재절차 정보 비공개[377]
14	Wang Jiazhu 대 핀란드[378]	2021 - 현재	핀란드, 선진국	자연인	도매업	중국-핀란드 BIT(2004)	UNCITRAL	비공개	사건 중재절차 정보 비공개
15*	Alpene 대 몰타[379]	2021 - 현재	몰타, 선진국	중소금융기업	금융업	몰타-중국 BIT(2009)	ICSID	ICSID	2023.2.7. 절차적 문제에 관한 제3호 절차명령 발령
16	Qiong Ye 등 대 캄보디아	2021 - 현재	캄보디아, 최빈국	자연인	정보통신	중국-아세안 투자협정	ICSID	ICSID	2022.9.1. 절차적 문제에

	380)					(2009)			관한 제2호 절차명령 발령
17	Huawei 대 스웨덴[381]	2022 - 현재	스웨덴, 선진국	대형 사기업	정보 통신	중국-스웨덴 BIT(1982) 및 2004년 의정서	ICSID	ICSID	2023.1.17. 신청인이 본안에 대한 신청서 제출
18 *	PCCW 대 사우디아라비아[382]	2022 - 현재	사우디아라비아, 개도국	대형 다국적 기업	정보 통신	중국-사우디아라비아 BIT(1996)	ICSID	ICSID	2023.2.1. ICSID 중재규칙 제45(5)조에 따라 피신청인이 초보적인 이의 제출
19	Power China HuaDong 등 대 베트남[383]	2022 - 현재	베트남, 개도국	국유기업	건설업	중국-아세안 투자협정 (2009)	ICSID AF	ICSID	2023.2.5. 피신청인의 지정을 받은 Rolf Knieper (독일)를 중재인으로 선임

356) *는 홍콩과 마카오의 투자자들이 신청한 중재 사건들이다.

357) 즉, 해당 사건의 주재국은 국제통화기금(IMF)이 인정한 선진국 또는 개발도상국이다. 이 중 국제통화기금(IMF)이 인정한 개발도상국이 유엔발전정책위원회에서 최빈개도국으로 인정될 경우 본 표에서는 유엔발전정책위원회가 인정한 결과에 따라 최빈개도국으로 표기한다. https://www.un.org/development/desa/dpad/least developed-country-category/ldcs-at-a-glance.html(검색일: 2023.4.16.).

358) Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/6.

359) Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia (PCA Case No. 2010-20), https://pca-cpa.org/en/cases/48/.

360) Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, (PCA Case No. 2012-12), https://pca-cpa.org/en/cases/5/.

361) Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/29.

362) Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (PCA Case No. 2013-13), https://www.italaw.com/cases/2050.

363) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID

Case No. ARB/14/30), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/30.

364) Jetion Solar Co. Ltd and Wuxi T-Hertz Co. Ltd. v. Hellenic Republic, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/975/jetion-and-t-hertz-v-greece.

365) Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. v. Federal Republic of Nigeria, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1196/zhongshan-fucheng-v-nigeria.

366) UNCTAD는 이 사건의 중재규칙과 중재기구를 '비공개'하였으나 온라인 공개 정보 조회에 따르면 이 사건은 UNCITRAL 규칙에 따른 임시 중재이며 중재지는 영국 런던, 중재기구는 PCA이다.

367) Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (ICSID Case No. ADHOC/17/1), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ADHOC/17/1.

368) 이 중재는 임시 중재이며 중재규칙은 쌍방 당사자가 합의하여 정하기로 하였다.

369) Fengzhen Min v. Republic of Korea (ICSID Case No. ARB/20/26), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/26.

370) Wang Jing, Li Fengju, Ren Jinglin and others v. Republic of Ukraine, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1105/wang-and-others-v-ukraine.

371) UNCTAD는 이 사건의 중재규칙과 중재기구를 '비공개'하였으나 인터넷 공개 정보 조회에 따르면 이 사건은 UNCITRAL 규칙에 따른 임시 중재이고, PCA가 중재기구이다.

372) 관련 보도에 따르면, 이 사건의 중재판정부는 이미 구성되었고, 중재판정부의 구성원은 Pierre Tercier(의장 중재인), Klaus Reichert(신청인 지정), Zachary Douglas(피신청인 지정)이다. 참고 : 池漫郊, 任清, 同前注 96, 第36頁.

373) Shift Energy Japan KK v. Japan, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1194/shift-energy-v-japan.

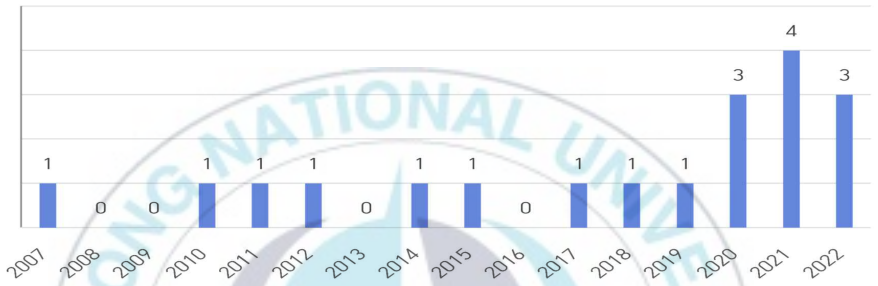
374) ICSID는 아직까지 사건을 공개하지 않았으나 관련 보도에 따르면, 이 사건의 중재판정부는 이미 구성되었고, 중재판정부의 구성원은 A. Rigo Sureda(의장 중재인), Stanimir A. Alexandrov(신청인 지정)와 Zachary Douglas(피신청인 지정)이다. 참고 : 池漫郊, 任清, 同前注 96, 第73頁.

375) Beijing Everyway Traffic and Lighting Technology Company Limited v. Republic of Ghana, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1150/everyway-v-ghana.

376) UNCTAD는 이 사건을 임시 중재라고만 표시하였다. 중국-가나 BIT 제10조 제3항에 따르면 중재판정부는 자체적으로 절차를 제정해야 하지만 중재판정부는 절차를 제정할 때 스톡홀름 상공회의소중재원 규칙 또는 ICSID 중재규칙을 참조할 수 있다. 온라인 정보 조회에 따르면 이 사건에서는 UNCITRAL 중재규칙을 채택하였다.

중재절차가 시작된 연도를 보면 2007년 중국 투자자가 신청한 첫 투자 중재 사건이 발생한 이후 2008, 2009, 2013 그리고 2016년 4개 연도를 제외하고 매년 1건씩 중국 투자자가 투자협정에 따라 신청한 투자 중재 사건이 추가된다. 2020년 이후 신규 건수가 가속화되고 2021년에는 4건에 달해 역대 최고치를 기록했다. (표 9 참조).

<표 9> 2007년~2022년 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건수



377) 인터넷 정보 조회에 따르면, 이 사건의 최근 진행 상황은 다음과 같다. 2023년 1월 30일, 중재판정부는 관할권 부족으로 투자자의 중재신청을 기각했다. https://www.jtn.com/CN/booksdetail.aspx?type=06001&keyid=000000000000000006834&PageUrl=majorbook&Lan=CN (검색일: 2023.4.17.).

378) Wang Jiazhu v. Republic of Finland, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1192/wang-v-finland.

379) Alpene Ltd v. Republic of Malta (ICSID Case No. ARB/21/36), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/36

380) Qiong Ye and Jianping Yang v. Kingdom of Cambodia (ICSID Case No. ARB/21/42), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/42.

381) Huawei Technologies Co.,Ltd. v. Kingdom of Sweden (ICSID Case No. ARB/22/2), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/2.

382) PCCW Cascade (Middle East) Ltd. v. Kingdom of Saudi Arabia (ICSID Case No. ARB/22/20), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/20.

383) PowerChina HuaDong Engineering Corporation and China Railway 18th Bureau Group Company Ltd v. Socialist Republic of Vietnam (ICSID Case No. ARB(AF)/22/7), https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/22/7.

중국 본토 투자자들의 투자 중재 사건만 논의하면 중국 본토 투자자들의 투자 중재 사건은 비교적 늦게 신청됐지만 최근 몇 년간 뚜렷한 상승세를 보이고 있다. 2010년 북경서우강(北京首钢) 등 대 몽골 정부 임시 중재를 신청한 사건은 중국 본토 투자자들이 신청한 첫 투자 중재 사건이었다. 이어 북경성건(北京城建)과 중국핑안(中國平安)은 2012년 예멘 정부, 2014년 벨기에 정부에 각각 투자 중재를 신청했다. 공개된 정보에 따르면 2015년부터 2017년까지 중국 본토 투자자가 신청한 다른 투자 중재 사례는 없다. 2018년부터 매년 1개 이상의 중국 투자자가 투자 중재를 통해 주재국과의 분쟁을 해결하고 있으며, 특히 2020년부터 중국 본토 투자자의 투자 중재 언급 속도가 크게 빨라졌다. (표 10 참조).

<표 10> 2010년~2022년 중국 본토 투자자가 신청한 투자 중재 사건수



국제통화기금(IMF)과 유엔개발정책위원회(UNDE) 등이 정한 국가 유형을 보면 기존 19건 중 8건은 호주·일본 등 선진국이, 11건은 페루 등 개발도상국이 피신청인였고, 이 11건 중 4건은 라오스·예멘 등 최빈개도국이 피신청인이었다.

투자 중재를 거론하는 중국인 투자자 유형을 보면 중소기업과 자연인이 신청한 건수가 높은 편이다. 19건 중 국유기업이 3건, 대기업이 4건, 나머지 신청자는 모두 중소기업과 자연인이다.

사건의 관할권 기준을 보면 19건 중 2건은 중국 홍콩특별행정구 정부가 대외적으로 체결한 BIT에 근거하고, 2건은 '중국-아세안 투자협정'에

근거하며, 나머지 15건은 모두 중국 정부가 대외적으로 체결한 BIT에 근거한다.

중국 정부가 대외적으로 체결한 양자투자협정에 따라 신청된 15건의 사건 중 중국핑안 대 벨기에 정부 사건, Fengzhen Min 대 한국 정부 사건, Zhongshan Fucheng 대 나이지리아 정부 사건, Wang Jiazhu 대 핀란드 정부 사건과 Huawei 대 스웨덴 정부 사건[384], 이 다섯 건의 사건에서 인용된 투자협정은 투자자가 투자와 관련된 모든 분쟁을 국제중재 신청할 수 있도록 허용한다. 나머지 10건의 사건은 중국이 조기에 대외적으로 체결한 양자투자협정에 근거하여 신청하였으며, 이러한 투자협정중 주재국은 투자자가 '수용보상금 관련 분쟁'을 국제중재판정부에 중재신청하는 것에만 동의하였다. '중국-아세안 투자협정'은 중재가능한 사항을 "체약국과 다른 체약국의 투자자 사이에 제4조(내국민대우), 제5조(최혜국대우), 제7조(투자대우), 제8조(수용), 제9조(손실보상), 제10조(송금)에 따른 의무를 위반하여 투자자에게 그 투자의 관리・시행・운영・매각 또는 처리와 관련된 손실 또는 손해에 대한 분쟁을 야기한"것으로 규정하고 있었다. 주재국의 중재 동의가 제한된 조기 투자협정에 따른 건수가 전체의 52.6%를 차지했음을 알 수 있다.

사건의 실체적 분쟁이 관련된 분야로 보면 에너지, 도박업, 건설업, 가공제조, 광업권, 부동산 등 19건의 분야가 비교적 분산되어 있다. 본토 투자자들이 신청한 12건의 투자 중재 사건도 에너지, 건설공사, 광업권, 부동산, 물류창고, 정보통신 등 다양한 분야에 걸쳐 있다.

마지막으로 이 19건의 심리 상황을 보면 종결된 사건이 8건, 미결된 사건이 11건이다. 종결된 8건의 사건 중 4건의 사건은 중재판정부는 주재국에 유리한 판정을 내렸고, 3건의 사건은 중재판정부는 투자자에게 유리한 판정을 내렸고(이 중 1건은 나중에 분쟁 당사자 간의 화해로 종결), 1건은 심결 전에 종료되었다.

---

384) Huawei 대 스웨덴 정부 사건은 1982년 중국-스웨덴 BIT와 2004년 의정서에 근거하고 있다.

위의 중국 관련 ISDS 사례에서 볼 수 있듯이 중국은 현재 쌍방향 투자 대국이 되었지만 ISDS에서의 경험은 제한적이다. 이는 중국의 초기 BITs에서 ISDS 분쟁해결에 대한 제한적인 조항에 기인한 것으로 보인다. 중국은 중재 대상으로서 동의를 '수용배상금에 관련한 분쟁'으로 제한하고 있으며 이 같은 BITs가 현재 발효 중인 BITs의 60%를 차지하고 있다. 그러나 2007년 중국 투자자가 신청한 투자 중재 사건 이후 중국과 ISDS의 상호 작용이 수시로 발생했다. 특히 2020년부터 중국 투자자들이 신청한 투자 중재 사건과 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건은 모두 가파른 상승세를 보이고 있다. 이는 중국이 대외개방을 지속적으로 강화하고 투자와 투자보호 범위를 확대하는 발전과 일치한다. 중국의 BRI 이니셔티브가 지속적으로 추진됨에 따라 중국의 외국인 투자 및 대외 투자 규모를 고려할 때, 중국 내 외자 마찰이 증가하고 중국 자본 흐름의 일부 투자유입국의 정치적 위험이 높다는 점에서 볼 때, 아니면 기업의 권리 보호 의식이 높아졌다는 관점에서 볼 때, 중국 정부와 중국 투자자들은 앞으로 더 많은 투자 중재 사건에 수동적이건 능동적이건 참여할 수밖에 없으며, 중국이 ISDS 무대에서 활동할 기회는 점점 더 많아질 것이다.

제2절 중국 관련 ISDS에서의 관할권 문제

국제투자 중재는 조약에 근거한 분쟁해결 메커니즘이고, 관할권은 중재판정부가 투자분쟁을 해결하기 위한 법적 필요조건이다. ICSID 협약 제25조에 따르면 분쟁 당사자가 관련 분쟁을 ICSID의 조정 또는 중재를 신청하기 위해서는 다음 세 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 관련 분쟁은 직접투자로 인해 발생한 법적 분쟁이어야 한다(사항관할). 둘째, 분쟁 당사자는 각각 ICSID 협약 체결국들의 국민이어야 한다(인적관할). 셋째, 분쟁 당사자는 서면으로 분쟁을 ICSID의 조정 또는 중재를 신청하기로 동의하였어야 한다. 또, 시간적 관할은 관할권을 확립하기 위한 중요한 요건이기도 한다,즉 관련 투자 및 투자분쟁은 투자조약이 적용되는 기간

범위 내에 있어야 한다.[385]

최근 몇 년 동안 투자 중재 메커니즘의 급속한 발전과 사건 수의 지속적인 증가에 따라 중재판정부의 관할권 경계도 변경되었으며 중재판정부는 관할권 문제에 대한 조약 해석을 통해 관할권의 장벽을 넘어 전략적으로 관할권을 확장하는 행위가 점점 더 일반화되고 있다. 중국과 관련된 ISDS 사건 중에는 관할권에 관한 판정도 광범위하게 논의되고 있다. 다음은 대표적인 사건 중 관할권을 둘러싼 논란의 표현, 특히 중국만의 특이한 쟁점에 대하여 분석하고자 한다.

Ⅰ. 중국 정부가 대외적으로 체결한 BITs는 홍콩・마카오 특별행정구에 적용되는가 하는 문제

국제투자협정은 일반적으로 적용 대상과 적용 범위가 매우 명확하며 보호되는 '투자' 또는 보호되는 투자자는 계약 당사국의 영역 내에 위치해야 하며 보호되는 자연인도 계약 당사국의 국적을 가져야 한다. 그러나 중국의 경우 '일국양제(一國兩制)' 체계 하에 홍콩・마카오 특별행정구가 존재하기 때문에 중국 중앙정부가 대외적으로 체결한 BIT를 홍콩과 마카오에 적용할 수 있을지에 대한 문제가 상대적으로 복잡해졌다. 이 문제는 2007년의 'Tza Yap Shum(셰예슨) 대 페루 정부' 사건, 2012년의 'Sanum 대 라오스 정부 Ⅰ' 사건에서 집중적으로 구현되었다.

1. 사건 개요

1) Tza Yap Shum(셰예슨) 대 페루 정부 사건

셰예슨 대 페루 정부 사건은 우리가 알고 있는 중국 투자 중재의 첫 번째 사건이자 중국 중앙정부가 체결한 BIT가 홍콩에 적용할 수 있는지가 쟁점이 된 첫 번째 ICSID 사건이다. 이 사건 신청인 셰예슨은 중국

385) 左玉含・金斗鎭, "중국 관련 ICSID 투자자 국가 분쟁 중재 사건 연구－중국의 ISDS 경험 및 전망을 중심으로", 「연세법학」 제40호, 2022년 11월, 355면.

푸젠성(福建省) 출생으로 홍콩 여권을 소지한 홍콩 주민이다. 2002년 세예슨이 투자한 페루 TSG 회사(TSG Perú S.A.C.)는 운영을 시작했으며 운영 기간 동안 페루에서 가장 큰 어분(魚粉) 수출기업중 하나이다. 2004년 페루 국가조세관리국은 TSG에 대한 정기적인 감사를 실시하였다. 페루 당국은 감사 결과 TSG가 원자재 가치를 제대로 반영하지 않고 판매량을 줄였다고 판단해 2005년 TSG에 추징금 및 벌금 400만 달러를 부과하고 TSG의 일부 재산과 페루 은행 계좌 자산을 동결하는 임시 조치를 취해 TSG를 마비시켰다. 임시조치의 영향으로 TSG의 판매실적이 급감하자 TSG는 2005년 3월 임시조치의 시행을 유예하고 경영을 유지하기 위해 채무재조정 절차를 밟아야 했다.

페루 내에서 제기된 행정소송과 페루 조세법원에 제기된 항소는 모두 기각되었다. 2006년 세예슨은 1994년 중국-페루 BIT(이하 '중-페 BIT'라 한다)에 따라 페루 정부를 피신청인으로 ICSID에 중재를 신청했고, 페루 정부의 행위가 BIT의 공정하고 공정한 대우 조항을 위반했을 뿐만 아니라 감사 결정과 임시 조치가 투자에 대한 간접수용을 구성한다고 주장하며 총 2,500만 달러의 손해배상을 청구했다.[386] ICSID는 2007년 2월 페루 정부에 대한 세예슨의 중재신청을 등록했으며 사건 번호는 ARB/07/6이다.

이 사건에서 페루 정부는 신청인 세예슨이 홍콩특별행정구 주민이기 때문에 중-페 BIT를 인용할 권리가 없으며 페루 정부의 동의 없이 ICSID에 일방적으로 중재를 신청할 권리가 없으며 ICSID 중재판정부는 이 사건에 대한 관할권이 없다고 주장한다.[387] 2009년 6월 19일 관할권에 대한 판정에서 ICSID 중재판정부는 중국과 외국 간 BIT가 홍콩·마카오에 적용될 수 있는지에 대한 논증을 회피하는 대신 중-페 BIT의 '투자자'에 대한 정의를 분석하여 세예슨이 중국 국적을 보유하고 있다고 인정하여 중-페 BIT가 규정한 적격 투자자를 구성함으로써 중재판정부가 본 사건에

386) ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence Awar d, paras. 30－32.
387) *Id.*, paras. 45－48.

대해 관할권을 갖는다는 결론을 도출하였다.[388] 이를 바탕으로 2011년 7월 중재판정부는 분쟁의 실체적 문제에 대해 신청인에게 유리한 판정을 내렸다.

2011년 11월 페루 정부는 ICSID에 2009년 중재판정부의 관할권 판정과 2011년 실체 판정 취소를 신청했다. 페루 정부는 ① 중재판정부의 명백한 월권, ② 중재 기본절차를 심각하게 위반한 점, ③ 중재 판정이 근거사유를 진술하지 않았다는 점 등을 이유로 판정의 집행정지를 신청하였다. 취소 절차에서 분쟁 당사자들은 중재판정부의 관할권 여부 등 핵심 쟁점에 대해 다시 한번 반박했다. 2015년 2월 12일 중재판정부는 신청 기각 결정을 내리고 중재판정부의 관할권 인정을 유지했으며 페루의 신청을 모두 기각하고 이전 판정의 집행을 중단하기로 하였던 이전의 결정을 종료시켰다.

2) Sanum 대 라오스 정부 I 사건[389]

2012년 마카오 투자자가 신청한 중재 사건에서는 '중국 중앙정부가 체결한 BIT가 홍콩과 마카오 특별행정구에 적용될 수 있는지' 여부의 문제가 다시 제기되었다. 신청인 Sanum Investment Co., Ltd.는 마카오에 등록된 회사로 2007년부터 라오스 현지 기업인 ST그룹과 합작회사를 설립하는 형태로 라오스에서 베팅과 호텔업에 투자하기 시작했다. 2012년 8월 14일, Sanum회사는 라오스에서 투자, 운영 중인 호텔 카지노 복합 엔터테인먼트 타운 프로젝트가 라오스 정부로부터 영업허가 취소 및 '차별적' 세금 징수를 당했다고 주장하며 헤이그 상설중재원(Permanent Court of Arbitration, PCA)에 투자 분쟁 중재를 신청하였다. 라오스 정부가 1993년 중국-라오스 BIT(이하 '중-라 BIT'라 한다)의 공정하고 공정한 대우, 수용, 송금의 자유 및 최혜국대우에 관한 규정을 위반했기 때문에

388) *Id.*, paras. 68－69.

389) 이 사건의 중재기구는 PCA 임시 중재판정부의 판정이 내려졌으며, 다시 2017년 ICSID에 같은 사건을 중재신청하여 여전히 진행 중이다(Sanum 대 라오스 정부Ⅱ 사건).

배상해야 한다고 주장했다. 쌍방 당사자는 협상 후 중재지를 싱가포르에 설정하고 UNCITRAL 중재규칙의 2010년 버전을 적용하였다.

라오스 정부는 중재판정부 관할권에 이의를 제기하며 중-라 BIT가 마카오 투자자들에게 적용되지 않아야 한다고 주장했다. 그러나 중재판정부는 라오스 정부의 주장을 지지하지 않았고, 2013년 12월 13일 1993년 중-라 BIT가 마카오 투자자들에게 적용되어야 한다고 판정했다.[390] 2014년 라오스 정부는 '싱가포르 국제중재법'에 따라 싱가포르 고등법원에 PCA 중재판정 취소를 요청했으며, 중-라 BIT가 마카오 투자자에게 적용되지 않는다는 두 가지 새로운 증거를 제출했다. 첫 번째 편지는 2014년 1월 7일 라오스 외교부가 비엔티안에 소재한 중국대사관에 보낸 서한으로, 내용은 라오스 정부가 중-라 BIT가 마카오 특구에 적용되지 않는다고 주장하며 중국 정부의 의견을 구하는 내용이었다. 두 번째 편지는 그에 대한 2014년 1월 9일 중국대사관의 회신으로서, 대사관은 라오스 정부가 중-라 BIT가 마카오 특구에 적용되지 않는다는 주장을 인정했다.[391] 싱가포르 고등법원은 양 편지를 증거로서 채택하고 중국대사관의 회신 내용 전문을 인용하고[392] PCA 중재판정부의 판정을 취소하고 중-라 BIT가 마카오 특별행정구에 적용되지 않는다고 판정했다.[393] 2015년 8월 17일 Sanum 회사는 1심판결에 불복하여 싱가포르

390) Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, para. 370.

391) The High Court of the Republic of Singapore [2015] SGHC 15, Originating Summons No. 24 of 2014, paras. 39－40.

392) 2014년 1월 9일 '중국 회신(回信)'에 다음과 같이 명시되어 있다: 마카오 특별행정구 기본법에 따르면 마카오 특별행정구는 중국 중앙인민정부의 권한에 따라 다른 국가 및 지역과 단독으로 투자협정을 체결하고 이행할 수 있다. 원칙적으로 중앙인민정부가 체결한 투자협정은 마카오 특별행정구 정부와 협의한 후 및 다른 체약 당사자와 협의한 후 별도의 협정을 체결하지 않는 한 마카오에는 적용되지 않는다. 위에서 언급한 바와 같이 1993년 1월 31일 비엔티안에서 체결된 중-라 BIT는 중국과 라오스가 미래에 별도로 합의하지 않는 한 마카오에는 적용되지 않는다.

393) The High Court of the Republic of Singapore [2015] SGHC 15, Originating Summons No. 24 of 2014, para. 111.

항소법원에 항소했다. 항소 절차에서 라오스 정부는 다시 다른 두 개의 편지를 제출했다. 즉 2015년 11월 18일 라오스 외교부가 중국대사관에 편지를 보내 중국 외교부에 2014년 1월 9일의 중국 편지의 진위를 확인하도록 요구한 편지와 중국 외교부가 그에 대하여 2014년 라오스 비엔티안 주재 중국대사관의 회신이 중국 외교부의 수권을 획득하였다고 확인한 편지를 법정에 제출했다.[394] 2016년 9월 29일 싱가포르 항소법원은 1993년 중-라 BIT가 Sanum에 적용되므로 PCA 중재판정부는 Sanum이 신청한 분쟁에 대해 중재사건의 관할권을 가지고 있다고 보면서 라오스 정부의 PCA 중재판정 취소 신청을 기각했다.[395]

2. 사건 분석

세예슨 사건과 Sanum 사건은 몇 가지 공통점이 있어 주목할 만하다. 첫째, 사건의 신청인은 모두 홍콩과 마카오 특별행정구에 소재하는 것이다. 둘째, 중재의 기초가 되는 BIT는 모두 홍콩과 마카오가 반환되기 전에 중국 중앙정부가 대외적으로 체결한 쌍무조약이다. 셋째, 두 사건에서 피신청인인 주재국은 모두 BIT의 적용에 반대한다는 입장을 표명했다. 넷째, 두 사건의 중재판정부는 모두 투자자의 청구를 지지했다는 것이다.

세예슨 사건과 Sanum 사건의 쟁점은 본질적으로 해당 중국과 외국간 BIT가 홍콩 및 마카오 투자자들에게 적용될 수 있는지 여부였다. 두 중재판정부 모두 긍정적인 답변을 내놓았지만 적용 경로가 달랐다. 세예슨 사건에서 ICSID 중재판정부는 해당 BIT가 홍콩 투자자에게 확대 적용될 수 있는지의 어려운 문제를 교묘히 회피했으며, BIT 자체의 투자자에 대한 정의를 고려했으며, 신청자가 중국 국적을 가지고 있고 적격 투자자에 속한다고 판단하여 해당 BIT를 적용했다. Sanum 사건에서 PCA 중재판정부, 싱가포르 고등법원은 모두 해당 BIT가 홍콩 및 마카오

394) In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, [2016] SGCA, Civil Appeals No. 139 and 167 of 2015, September 29, 2016, para. 13.
395) *Id.*, paras. 152-153.

투자자들에게 확대 적용될 수 있는지 여부에 대해 긍정적인 반응을 보였고, '모바일 조약 경계 규칙(moving treaty frontiers)'을 통해 해당 BIT의 공간적 적용 범위에 마카오 특별행정구가 포함된다고 결정하였다.[396]

구체적으로 셰예슨 사건에서 중재판정부는 "신청인이 ICSID 협약과 중-페 BIT에 따라 분쟁을 국제중재신청할 수 있는지 여부만 확인하면 되며 중-페 BIT가 홍콩특별행정구에 적용되는지 여부를 결정할 필요가 없다"고 판단했다.[397] 셰예슨은 홍콩 주민이지만 중국 국적법 제4조[398]와 중-페 BIT의 투자자 정의[399]에 따르면 셰예슨은 중-페 BIT의 적격투자자와 일치한다. 게다가 중재판정부는 중국 국적을 가진 홍콩 주민이 중-페 BIT의 적용대상에서 제외하는 조문은 없다고 보았다. 중재판정부는 중-페 BIT와 ICSID 협약이 홍콩에 거주하는 중국 국민의 중재신청 권리를 명확하게 제한하지 않았다는 점을 감안할 때 중재판정부는 해당 사건에 관할권을 가지므로 이 사건 신청인의 중재신청이 유효하다고 판단했다.[400]

중재판정부의 판단 논리는 어떤 투자자가 어떤 BIT를 인용할 수 있는지 여부는 두 가지 측면을 고려해야 한다는 것이다. 첫째, 투자자가 모국의 국적을 가지고 있는지 여부이다. 둘째, 해당 투자자의 소재지가 해당 BIT의 영토 적용 범위 내에 있는지 여부이다.[401] 이 사건 투자처는 페루이므로

---

396) 別良輝：《中國双邊投資協定對港澳投資者的适用——從"世能案"和"謝業深案"兩起投資仲裁案談起》，載《仲裁与法律》2017年9月第135輯，法律出版社，第168頁.

397) ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence Award, para. 68.

398) 중국 국적법 제4조는 "부모 쌍방 또는 한쪽이 중국 국민이며, 본인은 중국에서 출생한 자는 중국 국적을 가진다"고 규정하고 있다.

399) 중국-페루 BIT 제1조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다: '투자자'라는 용어는 중화인민공화국 방면에서 다음을 가리킨다: (1) 중화인민공화국 법률에 따라 국적을 가진 자연인, 또는 (2) 중화인민공화국 법률에 따라 설립되고 그 영업소가 중화인민공화국 영토 내에 있는 경제 조직.

400) ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence Award, paras. 71-77.

401) 別良輝, 同前注 396, 第186頁.

투자자의 중국 국적 여부만 판단하면 된다. 중재판정부는 중국의 일국양제(一國兩制) 제도의 복잡성을 고려해 중-페 BIT의 홍콩특별행정구 적용 여부에 대한 질문을 교묘히 피했고, Sanum 사건의 중재판정부는 이 질문에 처음으로 즉답을 했다.

Sanum 사건의 쟁점은 마카오 특별행정구에 중-라 BIT가 적용되는지 여부이었다. 중재판정부는 1969년 '조약법에 관한 비엔나협약' 제29조[402]와 1978년 '조약분야의 국가승계에 관한 비엔나협약' 제15조[403]와 이 사건의 관계에 초점을 맞췄다. 중재판정부는 이 두 조항이 서로 연관된 관습적인 국제법적 규칙이며, 모바일 조약 경계 규칙과 그 단서의 예외에 대한 이해와 적용은 중-라 BIT가 마카오에 적용될 수 있는지 여부를 직접 결정할 것이기 때문에 관할권 인정 논란의 핵심이라고 본다. 중재판정부의 견해에 따르면 '모바일 조약 경계 규칙'은 주권이양 때부터 승계된 조약은 체약국의 모든 영토에 자동으로 적용되는 것이다. 마카오 반환 이후 반대의 의도가 입증되지 않는 한 중국이 맺은 조약은 자동으로 마카오에 적용된다는 것이다. 중-라 BIT는 1993년에 서명하여 발효되었는데, 당시 이미 중국이 1999년 12월 20일부터 마카오에 대한 주권 행사를 재개하고 마카오에 '일국양제(一國兩制)'를 적용할 것을 예견할 수 있었지만, 이에 대한 명시를 하지는 않았다. 또한 중국과 라오스도 이후 중-라 BIT가 마카오에 적용되는지에 대해 어떠한 협상이나 설명도 하지 않았으며, 이러한 의도적인 침묵으로 인해 중재판정부는 중-라 BIT가 모바일 조약 경계 규칙을 적용해야 한다고 추론했다.[404]

---

402) 조약법에 관한 비엔나협약 제29조는 다음과 같이 규정하고 있다: 별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 조약은 각 당사국의 전체 영역에 관하여 각 당사국을 구속한다.

403) 일명 모바일 조약 경계 규칙(moving treaty frontiers)으로 불리는 '조약분야의 국가승계에 관한 비엔나협약' 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다: "한 나라(A국) 영토의 어느 한 부분이 다른 나라(B국) 영토의 일부가 되었을 때, A국이 맺은 조약은 그 부분 영토에 더 이상 적용되지 않으며, 뒤이어 B국이 맺은 조약은 그 부분 영토에 적용되기 시작한다. (어떤 조약이 그 영토에 적용되는 것이 그 조약의 목적과 취지에 부합하지 않는다는 것을 나타내거나 다른 증거가 있는 경우를 제외하고)".

중재판정부의 판정 후, 라오스 정부는 위에서 제출한 두 개의 서한(信函)과 조약법에 관한 비엔나협약 제31.(3)(a)조[405]에 따라 싱가포르 고등법원에 소송을 제기하여 승소하여 중재판정부의 판정을 취소했다. 고등법원은 라오스 정부가 제출한 두 서한은 새로운 증거에 포함된 고려 범위에 부합하고 조약법에 관한 비엔나협약 제29조의 관련 규정에 따라 두 서한은 조약 내용 중 '별도 확정'에 대한 보충 규정에 속하며 이에 따라 중-라 BIT의 Sanum 사건에 대한 적용을 배제한다고 설명했다.

그 후 2016년 9월 29일 싱가포르 항소법원은 중-라 BIT가 마카오에 적용된다고 판정했다. 항소법원은 모바일 조약 경계 규칙에 기초한 고려 사항 외에도 중국이 1987년 《중국과 포르투갈 공동성명》을 통해 중-라 BIT가 마카오에 적용되지 않는다는 입장을 표명했더라도, 그러나 중국과 포르투갈의 공동성명은 양자조약으로 체약국이 아닌 라오스에 구속력이 없으며, 라오스도 이 입장을 지지한다는 증거가 없다. 또한 라오스 정부가 제출한 새로운 자료에 대해 항소법원은 국제법상 '중요한 날짜 원칙'[406]에 따라 양국 서신의 효력이 중국과 라오스가 체결 당시 또는 중요한 날짜 이전에 이 협정이 마카오에 적용되지 않는다는 합의를 입증하기에 충분하지 않다고 판단했다. 위의 고려 사항을 바탕으로 싱가포르 항소법원은 결국 고등법원의 판정을 뒤집고 양국의 서신이 증거 효력이 없으며 중국이 마카오에 대한 주권을 회복한 것은 마카오 반환 후

404) 이에 비해 2006년 중국과 러시아의 BIT는 본문에서 마카오 적용을 명시적으로 배제하고 중-라 BIT는 직접 명시적으로 배제하지 않아 중재판정부는 배제를 의도할 경우 명시적 조항에 명시하고 명시하지 않은 경우 마카오 적용을 허용하는 것으로 추정했다.

405) 조약법에 관한 비엔나협약 제31.(3)(a)조는 "조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의"고 규정했다.

406) 중요한 날짜 원칙(Critical Date Doctrine)은 국제 사법 및 중재 관행의 핵심 개념이다. 특히 분쟁이 공식적으로 발생한 날짜를 말하며 주로 분쟁 당사자가 제출한 증거가 채택 가능한지 여부와 관련 시간법을 결정하는 데 사용된다. 이 원칙은 1928년 팔마스 섬 중재 사건에서 처음 적용되었다. 중요한 날짜를 초과한 사실, 행동 및 법적 변경은 이미 시작된 중재절차에 더 이상 구속력을 가질 수 없으며 중요한 날짜 이후에 제출된 증거도 제외되어야 한다.

적용되는 조약 문제를 결정하기 위해 모바일 조약 경계 규칙을 적용해야 한다고 결정했다. 이 사건에서 '별도 결정'이 적용되지 않는다는 합의는 당사국 간에 따로 없었기 때문에 마카오 특구에 중-라 BIT를 적용해야 한다. 이에 따라 싱가포르 항소법원은 중재판정부의 관할권을 인정하고 유지했다.[407]

3. 소결

1997년과 1999년에 홍콩과 마카오가 차례로 중국으로 반환되었으며 과도기 동안 중국 본토에서 체결한 조약이 홍콩과 마카오에 적용되는지 여부에 대한 관심이 집중되었다. 1984년 12월 19일 《중국과 영국 공동성명》의 부록1 제11절[408] 및 1987년 4월 13일 《중국과 포르투갈 공동성명》의 부록[409]도 중국과 외국의 BIT가 홍콩 및 마카오 특구에 자동으로 적용되지 않는다는 것을 분명히 밝혔다. 홍콩과 마카오가 반환된 후, 홍콩과 마카오 특구는 헌법이 부여한 고도의 자치권을 바탕으로 정치, 경제, 군사, 외교 면에서 '중국 홍콩', '중국 마카오'라는 명의로 독자적인 외교관계를 발전시킬 수 있다. 또한 홍콩과 마카오의 기본법은 홍콩과 마카오가 독립적인 대외 BIT 체결 권한을 가지며, 중앙정부가 대외적으로 체결한 BIT를 홍콩과 마카오 지역에 적용하려면 먼저 홍콩 정부와 마카오 정부의 의견을 수렴해야 한다고 규정하고 있다.[410] 따라서

---

407) Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, Judgement, 29 September 2016, Singapore Court of Appeal, [2016] SGCA 57.

408) 중국-영국 공동성명 부속서 1의 '중화인민공화국 정부의 홍콩 기본방침 정책에 대한 구체적인 설명' 제11절은 "중화인민공화국이 체결한 국제협정은 중앙인민정부가 홍콩특별행정구의 상황과 필요에 따라 홍콩특별행정구 정부의 의견을 수렴한 후 홍콩특별행정구 적용 여부를 결정할 수 있다"고 규정하고 있다.

409) 중국과 포르투갈 공동성명 부속서 1은 "중화인민공화국이 체결한 국제협정은 중앙인민정부가 마카오특별행정구의 상황과 필요에 따라 마카오특별행정구 정부의 의견을 수렴한 후 마카오 특별행정구 적용 여부를 결정할 수 있다"고 규정하고 있다.

410) 참고: 홍콩특별행정구 기본법 제151조 및 제153조, 마카오 특별행정구 기본법

일국양제(一國兩制) 하에서 중국과 외국의 BIT가 홍콩·마카오 특구에 자동으로 적용되지 않는 것에 대한 중국의 태도는 매우 명확하다는 것을 알 수 있다.

그러나 셰예슨 사건과 Sanum 사건의 중재판정부는 모두 이해관계가 있는 주재국의 국내법 규정을 무시하고 관련 국제법 규칙을 적용하는, 중재판정부의 국제법 규칙 우선 적용 관행을 보여주는 동시에 중국 관련 BITs상의 홍콩과 마카오 지역 투자자에 대한 규정의 부재를 근거로 판정하였다. 중국 정부는 전통적으로 중국과 외국의 BIT를 홍콩·마카오 지역에 적용하는 것을 선호하지 않는데, 이는 주로 두 가지 우려 때문일 수 있다. 첫째, 홍콩의 자유항 지위를 고려하여 일부 외국인 투자자가 중국의 방대한 중국과 외국의 BIT 네트워크를 이용하여 중국과 무관한 투자를 중국과 외국간 BIT에 포함시켜 보호함으로써 중국과 외국간 BIT가 "감내할 수 없는 부담"을 받게 될 것을 우려하며, 중국과 분쟁 투자 최종 목적지 국가의 좋은 관계에도 이롭지 않다. 한편으론 일국양제(一國兩制) 체제에서 홍콩과 마카오 지역의 정치·경제 제도의 독립성을 지키기 위한 측면도 있을 것이다.[411]

중국 정부가 중국과 외국의 BIT를 홍콩·마카오 지역에 확대 적용하는 것을 반대하는 것은 확실히 일리가 있다. 그러나 최근 몇 년 동안 중국의 대외 투자 흐름과 총액이 빠르게 증가함과 일대일로 이니셔티브가 계속 추진되고 있다는 것에 따라 상당 비율의 중국 기업이 해외 에너지 투자를 진행할 때 홍콩·마카오(특히 홍콩)를 통해 회사 구조 설계와 조세 문제 처리를 진행한다는 것을 더욱 분명히 인식해야 한다. 홍콩과 마카오에 설립된 이러한 투자기업을 관련 중국 중앙정부가 체결한 BIT에 중국 투자자로 포함시켜 보호할 수 없다면 이러한 막대한 투자와 투자자는 BIT 보호를 받지 못하게[412]되는 셈이며 중국의 해외투자 안전과 권익을

제136조 및 제138조.

411) 梁咏：《國際投資仲裁中的涉華案例研究－－中國經驗和完善建議》，載《國際法研究》2017年第5期，第102頁.

412) 易在成，朱怡：《港澳投資者适用中外BITs問題研究－－以"謝業深案"与"世能

보호하는 데 매우 불리하다. 따라서 중국의 외국인 투자 유치와 대외 투자 보호 양쪽의 이익을 재검토하고 평가해야 한다. 중국과 외국간 BIT의 취지와 가치를 강조하는 기초 위에서 '일국양제' 원칙에 따라 적시에 홍콩과 마카오 특구의 의견을 수렴하여 향후 중국과 외국간 BIT를 새로 체결하거나 갱신할 때 특정 조건에 부합하는 홍콩과 마카오 투자자를 중국과 외국간 BIT가 보호하는 중국 투자자의 범위에 포함하여야 한다. 예를 들어 투자유치국과 홍콩 사이에 BIT가 체결되면 중국과 투자유치국 간의 BIT를 적용할 수 없고, 투자유치국과 홍콩 사이에 BIT가 체결되지 않은 상황에서는 중국과 투자유치국 간의 BIT를 적용할 수 있다.

Ⅱ. 중국 국유기업의 사적 투자자 적격성 문제

국제투자 중재관할권 중 인적관할권(属人管辖权) 분쟁은 주로 '투자자'의 정의를 둘러싸고 벌어진다. 국유기업이 투자 보호 및 투자 구제를 받을 수 있는지 여부는 당연히 IIA의 '투자자' 정의에 달려 있다. 국제경제 분야에서 중국 국유기업을 중심으로 글로벌 국유기업을 어떻게 규제하고 그 자격을 법적으로 규정할 것인가는 항상 민감한 주제였다. 최근 미국을 비롯한 서방 국가들은 중국 국유기업을 '국가자본주의'[413] 의 집중적인 구현이라고 끊임없이 비판하고 있으며, 중국 정부가 국유기업을 이용해 시장을 조작하는 것은 전 세계 경제와 투자 활동에 중대한 위험을 초래한다고 생각한다. 심지어 모든 중국 국유기업이나 국가의 통제를 받는 국유기업을 직접 '국가대표'[414]로 인정하자고 제안해 중국 국유기업의 '사적 투자자' 가능성을 인정하지 않았다.

案"爲視角》, 載《國際商務研究》2018年第2期, 第72頁.

413) '국가자본주의'는 경제활동을 국가가 주도하는 경제제도를 말하는데, 예를 들면 국유기업이 생산을 조직하고, 국유지주회사가 경제에서 주요한 지위를 차지하는 것 등이다. 중국은 오늘날 '국가자본주의' 논쟁의 중점 대상이다.

414) *2016 Report to Congress of the U.S.-China Economic and Security Review Commission: One Hundred Fourteenth Congress Second Session*, 2016.11, pp.121-122. at https://www.uscc.gov/annual-report/2016-annual-report-congress (Lastly visited on 2023.4.17.).

사실 형식·형태·양적 차이에도 불구하고 각국은 거의 일정한 비중을 차지하는 국유기업을 보유하고 있으며, 그 국유기업들은 국제투자에도 적극적으로 참여하고 있다. 국유기업 투자자가 주재국 정부와 투자분쟁을 보이고 잘못된 자격인정으로 투자 중재를 포함한 법적 구제를 받을 수 없다면 국유기업이 참여하는 정상적인 국제투자활동이 저해될 뿐 아니라 각국의 막대한 재외자산도 투자협정의 보호를 받지 못해 국제경제질서가 혼란스러워질 수 있다. 따라서 국유기업 사적 투자자의 자격을 정확하게 식별하는 방법이 매우 중요하다.

중국은 세계에서 수량과 규모가 제일 큰 국유기업을 보유하고 있으며, 중국 국유기업 투자자가 신청한 투자 중재 사건은 기본적으로 주재국 정부가 '투자자 자격'이 부적합하다는 이유로 관할권 이의를 제기한다. 2010년 PCA 중재판정부가 판정한 북경서우강 등 대 몽골 정부 사건(이하 '북경서우강 사건'이라 한다) 및 2017년 ICSID 중재판정부가 판정한 북경성건 대 예멘 정부 사건(이하 '북경성건 사건'이라 한다)은 모두 투자자 적격성 문제에 관한 것이다.

1. 사건 개요

1) 북경서우강 등 대 몽골 정부 사건

이 사건은 중국 본토 투자자가 신청한 첫 번째 투자 중재 사건이고, PCA가 관리하는 투자자와 국가 간의 임시중재이며 중재신청인은 북경서우강광업투자유한책임회사(이하 '북경서우강'이라 한다), 헤이룽장 국제경제기술합작회사를 포함한 3개 중국기업들이고 피신청인은 몽골 정부이다. 투자자의 중재신청을 보면, 세 명의 중재신청인이 몽골 내 한 외자기업인 Tumurtei Khuder(이하 'TK'라 한다)사의 70%의 소유권을 공동으로 보유하고 있다. 몽골 정부는 TK가 Tumurtei 지역에서 철광석 광물을 개발할 수 있도록 채굴 허가를 내줬다가 철회했다. 투자자들은 몽골 정부가 허가증을 철회한 행위가 이미 1991년 중국-몽골 BIT(이하

‘중-몽 BIT’라 한다)와 몽골의 관련 외자법을 위반했다고 주장한다. 2010년 2월 국제중재판정부에 몽골 정부에 보상을 요구하는 중재신청을 했다. 중재판정부는 2010년 8월에 정식으로 구성되었으며, 중재 심리절차에서 피신청인은 여러 관할권에 대한 이의를 제기했다. 2017년 6월 중재판정부는 이 사건에 대한 판정을 내렸고, 판정문은 직접 인적관할권과 사적 관할권의 두 부분으로 나뉘었고,[415] 중재판정부는 인적관할권을 지지했지만 결국 사적 관할권으로 인해 이 사건에 대한 관할권이 없다고 인정되었다.

2) 북경성건 대 예멘 정부 사건

2006년 2월 28일, 북경성건그룹(北京城市建设集团)(이하 ‘북경성건’이라 한다)과 예멘 민간 항공 기상청은 예멘 사나 국제공항 터미널 건설 프로젝트 도급과 관련하여 공사 건설 계약을 체결하였다. 2009년 7월 예멘의 군대와 보안기관이 북경성건 직원들을 공격해 억류하고, 이들의 공사장 진입을 폭력적으로 막았다. 이처럼 예멘 정부가 공사 안전보호를 하지 않자 북경성건은 상대방의 디폴트(채무불이행)를 이유로 계약 이행을 중단했다. 예멘군과 보안기관의 몇 주간의 괴롭힘과 협박 끝에 예멘 민항기상청은 북경성건이 계약을 완료하지 못했다는 이유로 계약 종료를 주장했다. 북경성건은 계약을 제때 마무리하지 못하고 기대이익을 거두지 못한 것은 예멘 정부의 부작위와 방해 때문이라고 판단하고, 예멘 사나 국제공항 터미널 프로젝트 계약 당사자의 자격으로 1998년 중국-예멘 BIT(이하 ‘중-예 BIT’라 한다)에 따라 2014년 11월 4일 ICSID에 중재를 신청했다. 2017년 5월 31일, 중재판정부는 북경성건의 관할권 주장을 지지하여, 스스로는 인적관할이든 사항적 관할이든 이 사건에 대한 관할권이 있다고 판단하였다.[416]

2. 사건 분석

---

415) PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017, paras. 136-148.
416) ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

두 사건에서 피신청인은 모두 ISDS 신청자로서 중국 국유기업의 자격에 대해 국유기업이 BIT에 따른 '투자자'가 아니라고 반대 의견을 냈다. 북경서우강 사건에서 피신청인 몽골 정부는 이 사건의 신청인이 중-몽 BIT의 '투자자' 정의 규정에 부합하지 않는다고 주장하였다.[417] 몽골 정부는 북경서우강과 헤이룽장 국제경제기술합작회사는 모두 중국 국유기업이며 투자자가 아니라고 보았다. 이들 신청인은 영리성이 인정되지 않으며 "충분한 '독립성'을 갖추지 못했으며, 실제로는 중국 정부의 '직접 통제'하에 중국 정부의 외교 정책에 봉사하여 중국 정부의 외교 목적을 실현하는" 중국 정부의 준도구(准工具)라고 주장하였다.[418] 따라서 1993년 중-몽 BIT 제1조의 '투자자'로서 필요한 '경제적 실체' 요건을 충족하지 못하므로 이 사건 중재판정부는 이 사건에 대한 인적관할권이 없다고 보았다.

피신청인은 조약에 규정된 '경제적 실체'라는 용어는 '사적, 상업적 실체' 또는 '경제활동에 종사하는 모든 유형의 실체'를 의미한다고 전제하고,[419] 국유기업인 북경서우강 등과 주재국과의 분쟁은 상업 활동이 아니므로 국가 간 중재에 그칠 수밖에 없다고 주장하였다. 그러나 이 사건 중재판정부는 중-몽 BIT 조항에서 '경제적 실체'의 정의가 광범위하며 조직의 목적, 비즈니스 형식, 소유권 또는 통제권을 기반으로 구분되지 않는다고 보았다. 그리고 동 조약의 작성자가 위의 요건들을 통해 경제적 실체라는 개념을 의도적으로 제한하려는 징후는 없다고 보았다. 중재판정부는 조약에서 '경제적 실체'라는 용어는 경제 또는 상업 활동에 종사하는 모든 유형의 법적 실체(legal entity)를 가리킨다고 보았다.[420] 따라서 중재판정부는 이러한 측면에서 중국의 상술한 국유기업이 중-몽

417) 중-몽 BIT 제1조 제2항: '투자자'라는 용어는 중화인민공화국에서 다음을 가리킨다: (1) 중화인민공화국 국적을 가진 자연인, 또는 (2) 중화인민공화국의 법률에 따라 설립되었으며 그 영업소가 중화인민공화국 영토 내에 있는 경제 실체.

418) PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017, paras. 93-96.

419) *Id.*, para. 408.

420) *Id.*, para. 415.

BIT의 제1조 제2항의 규정에 부합한다는 것을 인정하였고, 피신청인의 진술은 북경서우강과 헤이룽장 국제경제기술합작회사가 '중국 정부의 준도구'라는 것을 증명하지 못하였고 이들 기업이 중국 외교정책을 봉사하기 위한 목적으로 해외투자에 나섰다는 증거는 없다고 보았다.[421] 따라서 이 사건의 신청인은 모두 중-몽 BIT의 '투자자'의 정의에 부합하며 중재를 신청할 법적 권리가 있다고 판단하였다.

중국 국유기업과 관련된 또 다른 사건, 즉 북경성건 사건에서 피신청인 예멘 정부는 중재판정부에 관할권에 대한 이의를 제기하여 신청인인 북경성건이 ICSID 협약에 따른 '체약 상대국의 국민'에 속하지 않는다고 주장하였다. 예멘 정부는 "신청인 북경성건은 국유의 실체이며 중국 정부의 대리인(agent)"이고, 심지어 표면적인 사업 활동에서도 정부 기능을 수행했고,[422] ICSID 협약 제25조 제1항에 따라 '다른 체약국 국민'의 자격이 없다고 주장했다.[423]

이 사건의 중재판정부는 우선 예멘 정부가 제출한 북경성건의 성격에 관한 증거를 인정해 동 기업은 중국 정부가 설립해 교부금을 지급하는 국유의 실체로 인정했다. 그러나 중재판정부는 피신청인의 "중국 국유기업에 대한 체계적 진술은 설득력이 있지만 이 사건과 기본적으로 무관하다"고 보아서 예멘 정부의 주장을 지지하지 않았다. 이 사건은 북경성건이 "구체적인 상황에서" 수행하는 기능에 초점을 맞춰야 한다. 즉, 공항 터미널 건설 프로젝트에서 북경성건은 분명히 공항 건설 현장에서 정부의 기능을 수행하지 않았다. 이 사건의 증거에 따르면 북경성건은 이 사건에서 중국 정부의 지시에 따라서가 아니라 일반 상업 계약자로서 프로젝트에 참여했으며 국가 정부의 대리인이 아니었다.[424] 중재판정부 입장에서는 '중국 정부야말로 북경성건의 최종 결정권자'라는

421) *Id.*, para. 136.
422) ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 38-39.
423) *Id.*, para. 7.
424) *Id.*, para. 40.

예멘 정부의 주장은 이 사건에서의 공항터미널 건설 사실과는 너무 거리가 먼 관계여서 이 사건에서 고려하지 않았다.[425] 결국 신청인인 북경성건은 이 사건에 대한 중재판정부의 관할권을 인정받았다.

북경성건 사건에서 중재판정부는 국유기업이 ISDS의 '투자자' 자격을 충족하는지 여부를 판단하기 위해 Broches 기준을 사용했다. Broches 기준은 1972년 ICSID 협약의 아버지인 Broches에 의해 제안되었다. Broches는 "자금의 출처에 따라 공공과 민간 투자를 구분하는 전통적인 방법은 시대에 뒤떨어진 것이고 현재의 글로벌 투자 동향에도 부합하지 않는다. 많은 공기업이 글로벌 투자에 중요한 역할을 한다"고 주장했다.[426] 따라서 '정부대리인 역할을 한다'거나 '기본 정부 기능을 행사한다'는 경우를 제외하고 정부가 해당 기업의 주식의 일부 또는 전부를 소유한 기업은 '혼합 소유제 또는 정부 소유가 다른 체약국으로 간주되어야 하는 국민'이다.[427] 이는 유명한 Broches 기준이다.

Broches 기준은 체코 CSOB은행 대 슬로바키아 사건[428]에서 처음 사용되었다. 이 사건 피신청인 슬로바키아 정부는 CSOB은행을 ICSID 협약 제25조의 '다른 체약국의 국민(national of another Contracting State)'이 아닌 체코 정부의 대리인이므로 중재판정부의 이 사건 관할권이 없다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 피신청인의 관할권 이의를 기각하고, 이 사건 CSOB은행이 적격 중재신청인이라는 이 사건 주장을 지지하였다. 중재판정부는 ICSID 협약의 입법 역사를 참고하여 피신청인과 피신청인이 폭넓게 인정하는 Broches 기준을 도입하여 CSOB은행이 제25조의 '국민'에

---

425) *Id.*, paras. 42-43.

426) Chirstoph Hschreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch et al. *The ICSID convention: a commentary*, Cambridge University Press, 2009. 轉載自：伍穗龍:《國有企業在ICSID管轄權中的仲裁資格》，載《中南民族大學學報(人文社會科學版)》2022年第5期，第109頁.

427) ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999), para. 17.

428) Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.

해당하는지 여부를 분석하였다. 우선 중재판정부는 출자로 기업이 '국민'인지 아닌지를 판단하는 문턱으로 삼지 않기로 합의했다. 중재판정부는 "한 기업이 다른 체약국의 '국민'인지 여부는 해당 기업의 지분의 전부 또는 일부를 국가가 소유하는지 여부에 달려 있지 않다"고 지적했다.[429] 이후 중재판정부는 공기업의 중재신청 적격성을 부정하기 위한 요건으로서 '정부대리인(government agency) 역할' 또는 '기본적 정부기능 행사(discharging essentially governmental functions)'라는 쌍방이 동의한 Broches 기준 두 가지 요건을 확립했다. '기본적 정부기능 행사' 요건을 살펴 볼 때 중재판정부는 행위 목적이 아닌 상업행위의 성격을 중점적으로 살펴야 한다는 판단 기준을 명확히 했다. 중재판정부는 CSOB은행이 국가를 대표해 국가가 의도적으로 지원하는 다국적 자금조달과 상업활동을 촉진하거나 시행하고 있으며 CSOB은행도 국가의 통제를 받기 때문에 국가에 봉사할 의지가 필요하다는 점을 인정할 수밖에 없다고 강조했지만 CSOB은행의 행위가 정부 기능을 수행하는지를 판단하는 데는 목적이 아닌 행위의 성격에 초점을 맞춰야 하며, CSOB은행의 이 같은 행태는 국가 정책을 실행하는 것이지만 본질적으로 정부 행위가 아닌 상업 행위임은 두말할 나위가 없다고 강조했다.[430] 따라서 중재판정부는 CSOB은행의 행위 성격 자체가 적격중재신청인으로 인정하기에 충분한 상업적 속성을 가지고 있다고 판단하였다. 중재판정부는 '정부대리인' 요건과 관련해 별도로 검토하지 않고 Broches 기준의 '기본적 정부기능 행사' 요건과 결합해 검토했다.

북경성건 사건에서도 중재판정부는 Broches 기준을 사용하였다. 중재판정부 역시 '행위의 성격'의 기준에 따라 국유기업이 정부의 대리기관으로서 정부의 기능을 수행하고 있는지 여부를 판단하였다. 이 사건에서 중국 정부가 북경성건에 대해 공사와 관련하여 확실히 명령을

429) ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999), para. 16.
430) *Id.*, para. 20.

내릴 수 있다 하더라도, 증거에 의하면, 북경성건은 해당 공사 항목에서 모두 상업적 주체로서 그 공항 공사 항목의 의무를 이행하는 것이고, 중국 정부의 지시에 의한 것이 아니라고 보고, 따라서 북경성건을 적격 중재신청인으로 인정하였다.

3. 소결

위의 두 가지 사례를 통해 알 수 있듯이, 현재 종결된 중국 국유기업의 자격인정과 관련된 ISDS 사건에서 중국 국유기업은 모두 인적관할권에 관하여 승소하여, 일반 상업기업(Ordinary Commercial Entities)으로서의 사적 투자자 자격을 중재판정부로부터 인정받았다. 이는 ISDS가 국유기업이라는 이유로 중재판정부의 관할권을 배제하지 않고 있음을 보여주며, 중국 국유기업은 사적 투자자 자격에서 중재신청권을 가진다는 점을 확인한 것이다.

ICSID는 국유기업이 적격 사적 투자자 여부를 판단하기에 대한 중재 관행에서 주로 상행위 기준(commercial transaction test)을 채택한 것으로 보인다. 상행위 기준은 국유기업이 국제투자 활동에서 정부가 아닌 상업으로 행동하면 사적 투자자로 간주되어 ICSID에 따른 중재신청 자격을 얻을 수 있다는 것을 말한다.[431] 이 방법은 Broches 기준에서 파생되었지만 Broches 기준이 너무 모호하여 실무에 대한 구체적인 지침을 제공할 수 없으며, ICSID는 Broches 기준을 적용할 때 운영 규칙을 개발하기 위해 국제법위원회에 의해 2001년 채택된 '국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)'(이하 '국가책임 초안'이라 한다)[432]과 관련

---

431) 劉雪紅：《論國有企業私人投資者身份認定及啓示－－以ICSID仲裁申請人資格爲視角》，載《上海對外經貿大學學報》2017年第3期，第11頁.

432) '국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안'은 국제법위원회가 편찬한 불법행위에 대한 국가의 책임을 규제하기 위한 협약으로, 그 중 많은 조항이 국제관습법의 반영이기 때문에 아직 발효되지 않았지만 여전히 보편적인 구속력을 가지고 있다.

조항을 법적 근거로 들고 있다. 국가책임 초안 제5조와 제8조도 국제관습법에 대한 반영으로 간주되며, 내용면에서 Broches 기준과 매우 유사하여 '상행위 기준'의 법적 연원으로 간주된다.

국가책임 초안 제5조는 '국가기관이 아니더라도 그 국가의 법률적 권한을 받아 정부의 권력요소를 행사하는 개인 또는 기업은 그 행위를 국제법에서 말하는 국가행위로 본다. 그러나 해당 개인 또는 기업이 특정 상황에서 이러한 자격을 행사하는 자에 한한다'는 점은 Broches 기준의 '정부대리인'과 유사하다. 국가책임 초안 제8조는 1인 또는 1개 그룹이 실제로 국가의 지시에 따르거나 그 지휘 또는 통제하에 있는 경우 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주한다고 규정하고 있는데, 이는 Broches 기준의 '기본 정부 기능 수행'과 유사하다. 국가책임 초안 제5조, 제8조 및 Broches 기준의 핵심 요점은 실체 행위가 국가에 기인할 수 있는지 여부를 판단하는 열쇠인 '정부 기능의 행사'에 있다.

그러나 일부 학자들은 ICSID의 중재 관행에서 국유기업의 사적 투자자 자격에 대한 상행위 기준이 상대적으로 낮아 오늘날 국제투자활동의 발전에 더 이상 적합하지 않다고 지적했다.[433] 종래 국유기업의 행위가 국가에 귀속될 수 있는지 여부에 대해 ICSID의 대부분의 사례는 자금 출처보다 국유기업의 활동적 성격에 진정으로 영향을 미치며, 행위 목적이 아닌 행위적 성격에 따라 판단해야 한다고 하였다. 이 중 국유기업의 성격을 지분 귀속으로 직접 판단하지 않는 것은 널리 인정되고 있지만 성격만 중시하고 목적을 소홀히 하는 것은 발전 추세상 국제사회가 받아들이기 어렵다. 목적을 고려하지 않고 단순한 행동성 기준에만 의존하는 방법은 국유기업이 국제경제 무역교류에서 국가기능을 행사하거나 정부의 대리인 역할을 하는 현 상황을 간과하고 있다. 1980년대 사영화와 회사제 개혁을 거치면서 기존 국유기업들은 일반 사기업과 구조적으로 큰 차이가 없는데도 국가 정책이나 전략의 집행을 사적 행위로 호도하는 현상이 여전했다. 또한 현재 국제경제 활동에

433) 劉雪紅, 同前注 431, 第14頁.

참여하는 국유기업은 규모가 크고 자금이 풍부하며 운영 주기가 길고 활동이 복잡한 경우가 많다. 이러한 특성으로 인해 국유기업의 상행위와 국가주권적 행위를 구별하기 어려우므로, 행위목적의 다양한 요소를 결합하여 행위의 속성을 판단할 필요가 있다. 따라서 국유기업 행위의 표면적 속성만을 살펴보는 것이 아니라 공기업의 행위의 배후에 있는 목적을 이해하고 분석하며 통찰해야 한다. 예를 들어 호주 법률개혁위원회(Australian Law Reform Commission)는 "행위의 성격과 목적을 개념적으로 구분하는 것은 불가능하며 '정부행위'와 '상행위'의 분류 자체가 목적적(purposive) 행위"라고 밝힌 바 있다.[434]

게다가 국유기업이 '정부대리인' 역할을 하는지 여부에 대해 ICSID의 중재 관행에서 명확한 판단 기준을 제시하지 못하고 있다. 국가책임 초안 제8조의 규정은 비국가적 실체가 언제 국가대표로서의 판단을 명확히 하고 있으며, 여기에는 개인 또는 기업이 국가의 명령에 따라 행동하는 경우와 개인 또는 기업이 국가의 지휘 또는 통제 하에 행동하는 경우 두 가지 상황이 포함된다. 특히 '통제(control)'를 어떻게 이해할 것인지가 중요하다. 그 실체가 총체적으로 국가의 통제하에 있을 뿐만 아니라, 그 국가가 실체의 특정 행동을 실질적으로 효과적으로 통제(effective control)하도록 요구한다. 또한 통제 여부를 판단할 때에는 공기업의 개념과 관련하여 살펴본 요소들과 유사하게 소유권 외에 임원 임명권, 의사 결정권 등을 종합적으로 고려해야 한다. 그러나 현재 ICSID의 중재판정에는 이에 대한 명확한 분석이 없고 대부분은 '정부대리인' 역할과 '기본적인 정부기능 행사'를 혼용하고 있어 이 기준의 정확한 해석에 아무런 가치 있는 정보를 제공하지 못하고 있다.

또한 귀속 여부를 판단할 때 가장 중요한 참고자료는 해당 기업이 속한 국가의 국내법 규정이다. 국가책임 초안 제5조와 제8조를 적용할 때에 해당 공기업이 어떤 기능을 수행하는지 또는 법적으로 국가가 깊이 개입할

434) Australian Law Reform Commission, *Report No. 24: Foreign State Immunity* (1984). http://www.austlii.edu.au/ (Lastly visited on 2023.4.18.).

여지가 있는지 등을 검토할 때 국내법은 가장 먼저 확인해야 할 자료이다. 따라서 국내법상 공기업이 설립된 근거, 향유하는 지위 등이 국가와 공기업의 관계를 파악하는 데에 가장 핵심적인 역할을 한다.[435]

따라서 국유기업이 투자에서 사적 투자자 지위를 갖는지에 대해서는 현재 국제 및 국내 양면에서 실천적으로 확립된 '행위성질 + 목적'의 판단기준에 비추어 국유기업이 '기본적인 정부기능을 행사'하는지 여부를 판단하여야 한다. 국유기업이 '정부대리인' 역할을 하는지 여부는 해당 국유기업이 실제로 국가의 지시에 따르거나 국가의 지휘나 통제 아래 행동하고 있는지를 살펴보는 것이 관건이다.

국제투자 규칙의 관점에서 보면, 중국 국유기업의 해외투자는 현재 국제투자 규칙이 직면한 새로운 현상과 새로운 문제이다. 상당수 중재판정부는 중국의 이런 규모와 성격의 국유기업 투자분쟁에 대한 국제투자분쟁을 다뤄본 경험이 없다. 따라서 중국 국유기업의 해외투자분쟁에 대한 정확한 위치선정과 적절한 처리는 국제투자규칙 이론과 실무의 새로운 의제가 될 것이다. 그러나 중국은 유럽과 CAI를 체결하는 과정에서 국유기업에 대해 비교적 상세한 규정을 마련했다. CAI에는 중국의 중요하고 특별한 투자 주체인 국유기업에 대한 보호를 강화하기 위해 '포괄적 실체'의 정의, 국유기업의 상행위 및 관련 정부 감독 행위의 세 가지 차원에 대한 규제 요구 사항이 포함되었다.

Ⅲ. 중국 국유기업이 ISDS에서 주권면제를 받는지 여부

전술한 중국 국유기업의 투자자 적격성 문제와 관련 있는 문제로서 중국 국유기업이 ISDS에서 주권면제를 받는가 하는 문제가 있다. 주권면제는 국가가 국가의 주권과 평등원칙에 따라 타국의 관할을 받아들이지 않는 특권을 말하며, 국제사회가 공인하는 국제관습법 원칙으로, 주로 관할면제와 집행면제의 두 가지 측면을 포함한다. 외국정부가 중국

435) 장석영, "국제투자 중재에서의 공기업 관련 국제법적 문제", 「국제법평론」 2019-Ⅱ 통권 제53호, 111면.

국유기업에 대하여 국제 중재를 신청하고 피신청인이 된 해당 국유기업이 주권면제를 주장하는 경우에 그 국유기업이 주권면제를 향유할 수 있는지가 문제될 수 있다.

2004년 '국가 및 그 재산의 재판권면제에 관한 국제연합협약(UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property)'은 세계적으로 주권면제 문제를 규제하는 협약으로 2005년부터 서명되기 시작하였으며, 협약은 아직 발효되지 않았지만 그 규정은 국제관습법 규칙으로 인정받고 있다. 이 협약 제2.1(b)조는 '국가'라는 용어는 중앙정부 기관 및 특정 조건의 지방정부뿐만 아니라 실질적으로 국가 주권을 행사하는 다른 주체도 포함한다고 규정하고 있다. 이 조항에 따르면 국유기업은 정부의 대리인으로서 국가의 정부 기능을 행사하는 경우 주권면제를 주장할 수 있다.

그러나 국제투자에서 중국 국유기업이 자동적으로 주권 면제를 받는 것은 아니다. 많은 중국 법률은 국가와 국유기업을 구분하며, 예를 들어, 중화인민공화국 헌법 제16조는 '국유기업은 법률이 규정한 범위 내에서 자주적으로 경영할 권리가 있다'고 규정하고, 중화인민공화국 회사법 제2조와 제3조에 따르면 회사법에 따라 중국 경내에 설립된 유한회사와 주식회사는 모두 '법인'이고 독립적인 법인으로서 재산을 가지고 있으며, 중화인민공화국 기업 국유자산법 제6조는 정부와 기업의 분리, 행정관리 기능과 출자자 기능 분리, 국유기업이 경영 자율권을 향유하고 있다고 규정하고 있다. 따라서 중국 국유기업은 국가로부터 독립한 법인으로서 독립적으로 소송을 제기할 수 있는 주체적 자격을 갖고 있다. 실제로 국유기업의 활동이 국가활동이 아닌 상업적 성격인 경우 국유기업은 일반적으로 정부를 대표하여 기능을 수행하는 기관으로 간주되지 않으므로 당연히 주권면제를 주장할 수 없다.

구체적으로 투자자-국가간 분쟁해결에서 국유기업이 국가 정부 기능을 행사하고 정부의 대리인 역할을 한다면 ISDS 당사자 자격이 없어 주재국을 상대로 중재신청할 수 없다. 한편, 투자 중재 판정의 집행에서 주재국에

대하여 승리한 투자자는 일반적으로 주재국 국유기업의 재산을 집행하여 판정을 달성할 수 없다. 투자자들이 중재신청한 것은 주재국 정부의 행위이고 결국 배상 책임도 주재국 정부에 있고 국유기업은 주재국과 별개의 독립된 법인이기 때문이다.[436] 즉 국유기업은 독립법인으로서 그 자체가 정부의 일부가 아니며 일반적으로 국제투자 중재의 피신청인이 아니며 그 재산은 국유기업이 소유하며 국가나 정부 재산을 구성하지 않는다. 국유기업이 정부의 전폭적인 통제를 받으며 둘 사이에 주체와 대리관계가 형성돼 사실상 독립성을 상실한 경우에만 국유기업 재산을 국가재산으로 인정해 주권국가의 판정 집행 의무를 완수하는 데 사용될 수 있다. 이때 국유기업은 국가재산면제를 주장할 수 있으며, 상업적 목적으로 사용되는 재산에 한하여만 강제 집행될 수 있다.

중국 국유기업이 주권면제를 향유하는지 여부는 사건의 구체적인 상황을 바탕으로 민감하게 분석을 진행해야 한다. 국유기업은 정부의 허가를 받아 정부를 대표하여 기능을 행사함을 증명할 수 있는 경우에만 주권면제를 받을 수 있으며, 그렇지 않으면 상업활동에 종사하는 국유기업은 독립적인 기업법인으로 독립경영권을 향유하며 ISDS에서는 주권면제를 누릴 수 없다.

Ⅳ. '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항의 사항적 관할권 문제

국제투자 중재에서 '사항적 관할권' 분쟁은 주로 '투자'와 '투자분쟁'의 판단을 둘러싸고 벌어진다. 중국 관련 ISDS 사건들에서 가장 많이 공통적으로 문제가 된 쟁점은 중국이 체결한 이른바 1세대 BIT의 중재적격 기준인 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 개념을 어떻게 해석해야 하는가 하는 것이다. 중국이 체결한 BIT에 따라 신청돼 정식 중재절차에 들어간 6건 중 5건이[437] 모두 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항을 담고 있다. 이러한

436) 孫南申, 李思敏：《國際投資仲裁裁決執行中的國家豁免适用問題》, 載《上海對外經貿大學學報》2021年第6期, 第109頁.

437) 세예슨 대 페루 정부 사건(1994년 중-페 BIT), 북경서우강 등 대 몽골 정부

조항을 근거로 투자자들은 수용과 무관한 분쟁(예컨대 공정하고 공평한 대우, 내국민 대우 등 위반)을 중재에 부칠 수 없다. 그러나 수용 보상금액 이외의 수용 관련 분쟁(수용의 존재 여부, 법적 절차에 따른 것인지 등)을 중재에 부칠 수 있을지에 대해서는 이해가 엇갈린다.

셰예슨 대 페루 정부 사건은 중국 관련 사건 가운데 처음으로 ICSID가 심리한 사건이다. 이 사건에서 중재판정부는 중-페 BIT 제8조 제3항의 '수용 보상금액에 관한 분쟁'을 어떻게 해석하는지의 문제에 직면하였다. 이 문제에 대한 이 사건 중재판정부의 판정은 이러한 종류의 조항과 관련된 후속 사건에 상당한 영향을 미칠 수 있을 것인데, 그러한 효과는 실제로 입증되었다. 이 사건, Sanum 대 라오스 정부 사건, 북경성건 대 예멘 정부 사건에서 중재판정부는 모두 '수용 보상금액에 관한 분쟁'은 보상금액 분쟁뿐만 아니라 수용 관련 기타 분쟁도 포함한다고 하는 넓은 해석을 채택했다. 북경성건 대 예멘 정부 사건을 예로 들면 중재판정부는 관할권 결정에서 그 관할권이 수용 보상금액에 관한 분쟁의 심리에 국한되면 수용 자체에 관한 분쟁(예를 들어 수용이 발생하였는지 여부)은 주재국 법원에만 제소할 수 있으며, 중-예 BIT의 택일조항에 따르면 투자자들은 수용 분쟁을 법원에 제소한 후 다시 수용 보상금액에 관한 분쟁을 국제중재신청할 수 없다고 보았다. 따라서 중재판정부가수용이 발생하였는지 여부에 대한 논란에 대하여 관할권을 갖지 않을 경우 예멘 정부가 ICSID에 대한 투자자의 진입을 일방적으로 통제하는 상황이 벌어져 협정상의 중재조항이 무효가 된다.[438] 중재판정부는 또 셰예슨 사건과 Sanum 사건의 중재판정부에서 이러한 조항에 대한 해석을 인용한 만큼 이 조항에 대해서도 넓은 의미로 해석하기로 했다.

사건(1991년 중-몽 BIT), Sanum 대 라오스 정부 사건 I(1993년 중-라 BIT), 북경성건 대 예멘 정부 사건(1998년 중-예 BIT), 중국핑안 대 벨기에 정부 사건(1986/2009년 중국-벨기에 룩셈부르크 BIT)이다. 또한 Ekran Berhad 대 중국 정부 사건의 근거가 된 1988년 중국-말레이시아 BIT에도 유사한 조항이 포함되어 있다.

438) ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction,31 May 2017, paras. 74-81.

세 사건에서의 위와 같은 넓은 의미의 해석에도 불구하고 일부 중국 관련 사건은 여전히 좁은 의미로 해석되었다. 즉 북경서우강 등 대 몽골 사건에서는 중재판정부가 이러한 조항에 대하여 좁은 의미로 해석했다. 이 사건 신청인은 '인적관할권'에 관하여 중재판정부의 지지를 받았음에도 불구하고 '사항적 관할권'이 부족하여 결국 관할권 분쟁에서 이기지 못하였다. 이 사건 중재판정부는 중-몽 BIT가 '수용 보상금액에 관한 분쟁'만 중재를 신청할 수 있고 신청인의 중재신청은 몽골이 불법 수용을 했는지 여부와 관련된 분쟁은 몽골 국내 법원에서만 심리할 수 있다고 보았다. 중재판정부는 관련 조항을 이처럼 좁은 의미로 해석한 이유에 대해 중-몽 BIT가 관할권을 수용 보상금액에 관한 분쟁으로만 축소하기 위한 것으로서, 문맥상 수용 보상금액에 관한 분쟁은 수용 보상금액이 수용 선고 당시 수용된 재산의 가치에 해당하는지를 둘러싼 분쟁이라고 판단했다. 이러한 해석으로 인해 중-몽 BIT의 중재조항(제8.3조)이 무효화될지 여부에 대해 중재판정부는 주재국이 수용을 선고했지만 분쟁 당사자가 수용보상금에 합의하지 못하는 경우 보상금 분쟁을 중재신청할 수 있으며 이러한 분쟁이 실제로 발생할 가능성은 드물다고 해도 그런 이유로 중재 관할권을 확대할 명분이 될 수 없다고 보았다. 이 사건 중재판정부의 해석과 1세대 BIT에 따르면 국제투자 중재에서 주재국이 수용(예: 간접수용의 경우)을 명확히 인정하지 않으면 중국 투자자가 구제받기 어렵게 된다.

이와 같은 서로 다른 판정 결과를 어떻게 해결할지 논의가 필요하게 된다. 서로 다른 국제투자 중재판정부들간에 이처럼 동일하거나 유사한 조항의 해석방법과 결과에 대한 불일치가 여전히 존재하며 따라서 중재판정 결과에 대한 예측가능성이 매우 낮아서 이는 현재 투자 중재 제도를 개혁하고 개선해야 할 이유 중 하나이다. 중국이 초기에 쌍무투자협정을 체결한 목적은 외래투자 및 주재국 규제권한을 보호하려는 것이었다. 따라서 중국 정부는 투자협정 조문에 중재의 사항적 관할권에 관한 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항을 두고 중재신청을 위한 요건을

설정하는 타협 방식을 채택했던 것이다. 중국은 ICSID 협약 가입을 승인하면서 중국 정부가 ICSID 중재신청을 허용한 사건은 현재 "수용·국유화 보상금액에 관한 분쟁에 국한된다"고 해석했다.[439] 이 성명에 따르면 중국 정부는 ICSID 중재신청 사건만 수용 보상금액에 관한 분쟁으로 인정했다. 다만 ICSID 공식 홈페이지에 게재된 발표에서 중국이 제출한 승인서에 중재 관련 분쟁에 대해 '수용·국유화 보상(compensation resulting from expropriation and nationalization)'이라고 표현하지만[440] 중국어로 '수용 보상금액에 관한 분쟁'이 아니라 금액(amount)이 빠져 있다는 점은 주목할 만하다. 이렇게 되면 중재 범위가 훨씬 넓어지기 때문에[441] 관련 중재 사건 관할권에 관련해서 논란이 생기기 쉽다.

중국이 1980~90년대 투자유치국의 자세로 대외적으로 서명한 1세대 BITs의 제한적 동의 조항은 당시 중국이 견지하고 있던 절대적 국가면제이론을 고수하는 상황에서, 경제성장을 위해 투자금 유치가 절실하다는 취지에서 타협해 수용한 중재 관할권 조항이다. 이를 통해 투자협약에서 정한 수용 보상금액에 관한 분쟁만 국제 중재신청을 할 수 있게 함으로써 국가 규제권 보호의 목적을 달성할 수 있기를 기대하였다. 이런 점에서 이 조항을 광의로 해석한 전술한 중재판정들은 당시 중국이 투자협정을 맺은 시대적 배경과 진의에 배치된다.[442]

하지만 중국 역외투자가 늘면서 이런 제한조항은 이제 해외진출하는

---

439) 陳安：《對香港居民謝業深訴秘魯政府案ICSID管轄權裁定的四項質疑－－《中國-秘魯BIT》适用于"一國兩制"下的中國香港特別行政區嗎》，載《國際經濟法學刊》第17卷第1期，2010，第22頁(자료 조회에 따르면 '승인서'의 중국어는 "중화인민공화국 성명은 협약 제25조 제4항의 규정에 따라 중국 정부가 국제투자분쟁해결센터에 중재를 허용하는 사건은 현재 수용·국유화 보상금액에 관한 분쟁에 국한되어 있다"고 한다.).

440) At https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states/member-state-details?state=ST30(Lastly visited on 2023.6.11.).

441) 沈虹：《論ICSID對涉中國投資條約仲裁的管轄權－－兼論ICSID涉中國第一案》，載《華南理工大學學報（社會科學版）》第14卷第1期，2012.02，第60頁.

442) 하현수, "중국의 투자협정 상 '수용 보상금액 중재조항'에 관한 연구", 「무역보험연구」 제22권 제1호, 2021년 2월, 146면.

중국 역외투자자의 이익을 보호하는 데 도움이 되지 않는 것으로 보인다. 중국이 체결한 1세대 BIT가 69개(전체의 약 3분의 2를 차지)에 달하기 때문에 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 중재조항은 많은 중국 기업이 투자 중재 메커니즘을 활용하는 데 장애가 될 수 있다. 이에 따라 중국 정부는 21세기 초 BIT 분쟁해결 조항을 집중적으로 조정했다. 예를 들어 2007년 12월 발효된 한국-중국 투자협정은 1992년 양 국가 간에 체결된 투자협정에 포함된 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 중재조항을 수정하여 모든 투자분쟁에 대해 국제중재신청이 가능하도록 수정하였다. 중국은 독일・프랑스・네덜란드・스위스 등 최소 15개 국가와 새로운 투자협정을 체결하면서 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 중재조항을 똑같이 수정하였다. 중국의 이러한 투자협정 개정작업은 국제중재를 통한 투자 분쟁해결 범위를 확대시키고자 하는 의도가 반영된 결과라 할 수 있다.[443] 이 점은 역할전환 이후 중국이 ICSID를 적용하는 데 있어 가장 큰 변화이기도 하다.

1993년 중국이 ICSID 협약에 가입했을 때 중국이 대외적으로 맺은 BITs는 여전히 1세대 보수형 BIT이었다. 중국은 대외개방 확대와 외자 유치를 위해 ICSID 협약에 수동적으로 가입한 셈이어서 ICSID 협약이 중국의 외자 관리 통제에 미치는 영향을 최소화하기 위해 ICSID 협약 제25조 제4항에 따라 수용 보상금액에 관한 분쟁만 국제중재를 신청할 수 있도록 관할 범위를 제한했던 것이다.

국제투자에서 중국의 역할전환과 함께 중국의 해외 투자자 보호 확대가 갈수록 중요한 문제로 떠오르고 있다. 그동안 국가의 외자 통제를 위해 ICSID 협약 관할권을 제한했던 것이 이제는 반대로 중국의 해외투자 보호에 걸림돌이 되고 있다. 중국은 ICSID 협약에 가입할 때 '통지' 형식으로 중국이 수용과 관련된 배상액 분쟁을 ICSID에 중재를 신청하기로 합의했다고 밝혔지만, 이는 '폐쇄식' 성명은 아니다. 즉, 중국은 다른 분야의 투자분쟁을 ICSID에 중재를 신청하는 것을 명시적으로 배제하지

443) 위의 논문, 148면.

않았다.[444] 최근 중국 정부가 피신청인인 ICSID 사건의 경우 사건의 범위가 '수용 및 국유화 배상액'의 범위를 넘어섰지만 중국이 모두 중재판정부의 관할권을 받아들인 것은 중국의 ICSID 관할 적용 동의 범위가 갈수록 확대되고 있음을 보여준다. 이는 중국이 자유화·균형화를 취해온 투자협정의 발전과도 맞물려 있다.

중국 정부가 피신청인으로 참여한 사건 중 종결된 3건 중 2건은 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 중재조항과 관련된 사건이었다. Ekran Berhad 대 중국 사건에서는 중국-말레이시아 BIT(1988) 제7조 제4항이, Macro Trading 대 중국 사건에서는 중국-일본 BIT(1988) 제11조 제2항이 문제되었다. 그러나 두 사건 모두 정식 중재절차를 밟지 않아[445] 정식 중재절차가 진행되었더라면 중국 정부가 문제의 조항에 대해 어떤 항변을 하였을지는 알 수 없다. 그러나 현재 중재절차가 진행 중인 오진순(吳振順) 대 중국 사건, 아화그룹 대 중국 정부 사건, 두 사건 모두 중국-싱가포르 BIT 제13조 제3항, 즉 수용 보상금액에 관한 분쟁 중재조항과 관련된 것으로 예상할 수 있다. 양 사건에서 중국 정부가 제한적 분쟁해결 조항에 대한 자체 해석을 내놓게 되면 그 내용은 중국의 후속 투자 중재 참여 입장을 예상할 수 있게 할 것이며, 그 결과는 향후 중국 투자자가 해외투자의 정당한 권익을 보호하기 위해 투자 중재를 사용하는 데에도 영향을 미칠 것이다.

Ⅴ. 과도기적 BIT의 적용 문제

앞서 언급한 바와 같이 중국은 근래에 최소 15개국과 BIT 또는 BIT 의정서를 갱신했다. 이 중 나이지리아, 슬로바키아, 쿠바와의 개정 BIT에서 신구조약 적용 문제를 다루지 않은 것을 제외하고는 12개 개정 BIT에

444) 肖威：《ISDS机制變革的根源、趨勢及中國方案》，載《法治現代化研究》2020年第5期，第170頁.

445) Ekran Berhad 대 중국 정부 사건은 화해로 종결되었고, Macro Trading 대 중국 정부 사건은 신청인이 비용은 내지 않고 중재신청을 취소하였다.

신구조약 적용 문제를 다루는 경과규정이 있다. 신구조약의 적용에서도 중국핑안（中国平安） 대 벨기에 정부 사건에 대한 관할권 논란이 일었다.

1. 사건 개요

중국핑안그룹(中国平安集团)(이하 '중국핑안'이라 한다)은 2007년 포티스그룹(Fortis Group)의 주식 20억 유로어치 인수를 통해 최대 단일주주가 됐다. 2008년 경제 위기 동안 벨기에 정부가 '국가 지원'을 이유로 포티스그룹의 은행 업무를 모두 매각하여 중국핑안의 투자가 90% 가까이 대폭 축소되었으나 이에 대한 보상은 이루어지지 않았다. 중국핑안은 2012년 9월 벨기에 당국과 수차례 담판이 무위로 되자 중국-벨기에와 룩셈부르크 BIT(이하 '중-벨 BIT'라 한다)에 근거해 ICSID에 중재신청을 결정했다.

중국 정부는 벨기에 정부와 각각 1984년과 2005년 두 건의 BIT를 체결했으며 발효 시점은 각각 1986년과 2009년이다. 1986년 BIT에서 중재 가능한 사항의 범위는 '수용·국유화 또는 기타 이와 유사한 조치에 대한 보상금액에 관한 분쟁'으로 한정되었다.[446] 2009년 발효된 BIT는 투자자 보호를 극대화하기 위해 중재신청 대상인 분쟁의 범위를 '체약 당사자인 투자자와 체약 당사자 사이에 발생하는 법적 분쟁'으로 더욱 확대했다.[447] 중국핑안은 2009년 중국과 벨기에 BIT가 ICSID에 중재를 신청했지만, 이 사건 중재판정부는 관할권 분쟁에 대해서만 해명하고 관할권이 없다는 이유로 중국핑안의 중재신청을 기각했다.

2. 사건 분석

이 사건의 쟁점은 신구협정 계도기간 중의 BIT 적용에 있다. 중국과 벨기에 룩셈부르크 경제연맹이 체결한 1986년 BIT와 2009년 BIT는 투자자

446) 중-벨 BIT(1986) 제10조.
447) 중-벨 BIT(2009) 제8조.

대 주재국 분쟁해결 메커니즘에 큰 차이가 있다. 1986년 BIT는 수용 보상금액에 관한 분쟁에 대해서만 국제중재를 신청할 수 있는 반면, 2009년 BIT는 중재 가능한 분쟁의 범위에 제한이 없다. 분명히 2009년 BIT는 중국핑안을 보장하는 데 더 유리하다. 이 사건은 신BIT가 체결되었으나 아직 효력이 발생하지 않은 시기에 발생하였으므로 2009년 중-벨 BIT 제10조[448]에 따라 신구 BIT간의 투자분쟁에 관한 특별약정에 의한다. 2009년 중-벨 BIT가 발효되기 전에 분쟁이 사법 또는 중재절차에 들어갔다면 1986년 중-벨 BIT를 인용할 수밖에 없다. 즉 중국핑안이 2009년 중-벨 BIT를 인용하려면 포티스그룹에 대한 투자가 2009년 12월 1일까지 사법이나 중재절차에 들어가지 않았음을 입증해야 한다는 것이다.

이 사건 판정에서 중재판정부의 신구 2개 BIT가 적용되는 관할권 문제에 대한 분석은 다음과 같이 요약할 수 있다. ① 2009년 BIT 제8조 제1항은 이 조항의 영문판 'When a legal dispute arises…'의 'arise'라는 단어가 'has arisen'으로 이해되지 않아 2009년 BIT가 발효된 이후 발생한 분쟁만을 지칭한다. ② 2009년 BIT 서문의 조항은 그 효력이 제한적이며, 신청인의 주장을 뒷받침할 구체적인 내용이 없다. ③ 2009년 BIT 제10조 제2항의 규정은 '투자'에 관한 규정일 뿐 신규 BIT의 시행 이전에 존재했던 '투자분쟁'에 관한 규정은 없다. ④ 중재판정부는 2009년 BIT가 발효되기 전에 벨기에 정부에 보낸 중국의 '분쟁 통지'를 '사법 또는 중재절차'의 범주에 포함시켰다. ⑤ 중재판정부가 신청인의 주장을 지지하지 않는 가장 중요한 이유는 2009년 BIT를 원용하면 투자자가 중재를 신청할 사항의 범위를 넓힐 수 있어 수용 보상금액에 관한 분쟁이 투자법적 분쟁으로까지 확대될 수 있기 때문이다. 중재판정부는 이를 '부당이득'이라고 판단했다. 결국 중재판정부는 위와 같은 이유로 이

448) 제10조 제2항은 "이 협정은 협정을 체결한 어느 일방에 속하는 투자자가 체결 당사자인 상대방 영토 내에 하는 모든 투자에 적용되며 이는 이 협정 발효 이전이든 그 이후에 이루어진 것이든 포함한다. 단, 이 협정은 이 협정이 발효되기 전에 이미 사법 또는 중재절차에 들어간 투자와 관련된 어떠한 분쟁이나 구상에도 적용되지 아니한다"고 규정한다.

사건에 대한 관할권이 없다고 판정함으로써 중재절차를 종료하였다.

3. 소결

중국핑안 대 벨기에 정부 사건의 관할권 판정은 중국 학계의 광범위한 비판을 불러일으켰다. 2009년 중-벨 BIT 제10조 제2항에 대한 중재판정부의 해석은 너무 엄격하고 보수적이어서 '신의성실의 원칙(信義誠實原则)'에 위배되는 소지가 있다.

우선 '투자'와 '분쟁'을 엄격한 문장의 해석으로 분리했다. 2009년 중-벨 BIT 제10조 제2항의 '투자'는 이러한 투자와 관련된 '분쟁'을 포함하여 포괄적으로 해석되어야 하며, 양자를 분할하여 취급하는 것이 아니라 전체적으로 호의적으로 해석되어야 한다. 투자는 법적 행위로서 반드시 분쟁이 발생할 수 있는 행위 결과를 포함하기 때문에 행위와 결과 사이에 자연적으로 존재하는 내적 관계를 단절해서는 안 된다.[449]

둘째, 중재판정부의 분석에 따르면 신구 두 BIT 사이에 '중재 공백(arbitration gap)'이 존재한다. 즉 새로운 BIT가 발효되기 전에 생겨났고 사법이나 중재절차에 들어가지 않았다는 논란이다.[450] 그러나 중재판정부는 이 공백의 존재를 지적했을 뿐 이에 대한 해결책을 제시하지 않고 관할권이 없다는 이유로 자신의 권익보호 요청을 거부했다. 일반적으로 조약이 적용되지 않는 경우 체약 당사자는 종종 명확한 어구로 배제한다. 예를 들어 2009년 중-벨 BIT는 체약국은 사법적 또는 중재적 절차에 들어간 분쟁에는 사법적 또는 중재적 절차에 들어간 분쟁에는 적용되지 않다고 규정했다. 중재 공백이 발생하더라도 중재판정부는 합리적인 법적 추론을 통해 계약자의 의도를 추정하고 조약을 인용하는 당사자에게 명확한 규칙을 부여해야 한다. 그러나 중국핑안 사건의 중재판정부는 관할을 거부했고, 투자자는 구제받을 수 없는 처지에 놓였다.

---

449) 劉勇：《"中國平安訴比利時王國投資仲裁案"——以條約适用的時際法爲視角》，載《环球法律評論》2016年第 4 期，第171頁.

450) ICSID Case No. ARB/12/29, Award, para. 225.

이는 자제하려는 태도에 어긋날 뿐 아니라 선의의 발로라고 볼 수도 없다고 비판하였다.[451]

셋째, 중재판정부는 중국핑안이 2009년 중-벨 BIT를 무사히 인용할 수 있도록 허용하면 신청인이 일종의 '부당이득'을 얻을 수 있으며, 이는 투자 보호 원칙에 위배되고 투자 조약의 본래 취지에 반하는 판단으로 간주된다. 투자자와 투자자 보호는 세계 각국에서 BITs를 체결하는 것이 본래 취지이다. 그러나 이 사건의 중재판정부는 신청인의 실질적인 혐의에 주목하지 않았고, 분쟁 당사자의 이익에 대해 포괄적이고 적절한 절충과 판단을 하지 않았다.[452] 신청인의 요청을 거부할 때 다른 구제 수단이 있는지 여부를 입증하지 않는 것은 투자자의 이익을 보호하기 위한 양자 조약의 근본적인 목적에 위배된다.

제3절 중국 관련 ISDS에서의 조기기각 절차 적용 문제

Ⅰ. ICSID 투자 중재 조기기각 절차의 확립과 보완

중재의 효율성을 높이고 소송 남용을 억제하기 위해 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조는 중재절차 규정 가운데 조기기각 절차를 다음과 같이 삽입하였다.

> 분쟁 당사자가 초기 이의신청에 대한 신속한 절차에 대해 달리 합의하지 않는 한 당사자는 중재판정부 구성 후 30일 이내에 그리고 어느 경우이든 판정부의 첫 기일 전에 중재신청이 법적 근거가 없다는 이의를 제기할 수 있다(Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections,

---

451) 朱文龍：《新旧國際投資條約的過渡与銜接－－以 "中國平安訴比利時王國投資仲裁案"爲例》, 載《黑龍江省政法管理干部學院學報》2020年第1期, 第110頁.

452) Leon Trakman, *Resolving the Tension Between State Sovereignty and Liberalizing Investor-State Disputes: China's Dilemma*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2021, p.2429.

a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit.). 당사자는 가능한 한 정확히 이의제기의 근거를 명시하여야 한다(The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection.). 판정부는 모든 당사자에게 이의제기에 대하여 주장할 기회를 부여한 후 첫 번째 기일 또는 그 직후 즉시 당사자에게 이의제기 사항에 관한 결정을 통지하여야 한다(The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection.). 판정부의 결정은 이 조 제1항에 따라 관할권에 대하여 이의를 제기할 당사자의 권리 또는 중재절차가 진행되는 동안 당사자가 중재신청을 할 실체법상 근거가 없다는 이의를 제기할 권리를 저해하지 않는다(The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.).

이 조항이 신설된 후 ICSID 중재판정부는 2022년 12월 31일 현재까지 총 46건의 사건에서 조기기각 절차를 적용했다.[453] 이처럼 15년 이상의 실무 경험에 비추어 보면 이 조기기각 절차는 중재 효율성을 높이고 소송 남용을 억제하며 시간과 경제적 비용을 절약하는 데 긍정적인 역할을 했다. 그러나 이 조항은 제정 때부터 절차적 정의를 해칠 가능성이 있다는 큰 논란을 불러일으켰으며, 나아가 판정의 불공정성을 초래한다는 대중의 인식도 있었다.[454] 이에 따라 ICSID는 2016년 10월 'ICSID 중재규칙' 제4차 개정 작업을 공식적으로 시작했으며 조기기각 절차도 중점적으로 논의해야 할 규칙 개정 사항의 하나로 확정되었다.

---

453) ICSID, Decisions on Manifest Lack of Legal Merit, at https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit(Lastly visited on: 2023.1.31.)(중재판정부는 당사자가 조기기각 신청에 대하여 이의를 제기한 46건 중 9건의 사건에서는 조기기각 이의의 전부에 대하여 받아들였고, 3건의 사건에서는 이의의 일부만을 받아들였다.).

454) 梁丹妮，林希楠：《ICSID仲裁中的早期駁回程序研究－－基于2021年<ICSID仲裁規則修訂稿草案>第41條的分析》，載《中山大學法律評論》2021年第18卷第2輯，第226頁.

2022년 7월 1일, ICSID 중재규칙은 논의 끝에 개정되어, 그 1년 후인 2023년 7월 1일부터 시행되었다. 제6장 '특수절차(Special Procedures)' 아래에 제41조[명백한 법적 근거의 부족(Manifest Lack of Legal Merit)]가 있다. 개정 규칙은 구 ICSID 중재규칙과 달리 조기기각 절차를 별개의 조항으로 독립시켜 다음과 같이 규정함으로써 조기기각 절차의 중요한 역할과 가치를 보여주고 그 실체적 내용을 보다 명확하게 개선하였다.

(1) 일방 당사자는 법적 근거가 명백히 부족한 중재신청에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이의는 중재신청의 실체적 내용, 센터의 관할권 또는 중재판정부의 권한과 관련될 수 있다(A party may object that a claim is manifestly without legal merit. The objection may relate to the substance of the claim, the jurisdiction of the Centre, or the competence of the Tribunal.).

(2) 이러한 이의 제기에 대한 심리는 다음 절차를 적용해야 한다.

(a) 당사자는 중재판정부 구성 후 45일 이내에 서면 의견을 제출해야 한다(a party shall file a written submission no later than 45 days after the constitution of the Tribunal.).

(b) 서면 의견은 이의의 근거가 되는 이유를 밝히고 사실, 법률 및 주장에 관한 진술을 포함하여야 한다(the written submission shall specify the grounds on which the objection is based and contain a statement of the relevant facts, law and arguments.).

(c) 중재판정부는 당사자가 이의신청에 관하여 진술을 제출할 기한을 정하여야 한다(the Tribunal shall fix time limits for submissions on the objection).

(d) 당사자가 중재판정부를 구성하기 전에 이의를 제기하는 경우 사무총장은 이의신청에 대한 서면진술의 제출기한을 결정하여 중재판정부가 구성 후 적시에 이의신청을 심의할 수 있도록 한다(if a party files the objection before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the objection, so that the Tribunal may consider the objection promptly upon its constitution.) 그리고

(e) 중재판정부는 판정부 구성일 또는 당사자가 이의신청에 대한 마지막 의견을 제출한 날로부터 60일 이내에 이의신청에 대한 결정 또는 판정을 내려야 한다(the Tribunal shall render its decision or Award on the objection within 60 days after the later of the constitution of the Tribunal or the last submission on the objection.).

(3) 중재판정부가 모든 중재신청이 명백한 법적 근거가 부족하다고 인정하는 경우 중재판정부는 이에 대하여 판정한다. 그렇지 않

으면 중재판정부는 이의 제기 결정을 기각하고 절차를 더 진행하기 위해 필요한 기간을 정해야 한다(If the Tribunal decides that all claims are manifestly without legal merit, it shall render an Award to that effect. Otherwise, the Tribunal shall issue a decision on the objection and fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding.).

(4) 중재판정부가 해당 중재신청이 명백한 법적 근거가 결여되지 않았다는 결정을 내리는 것은 당사자가 ICSID 중재규칙 제43조에 따라 예비적 반대 신청을 하거나 후속 절차에서 중재신청이 법적 근거가 없다는 주장을 할 권리에 영향을 미치지 아니한다(A decision that a claim is not manifestly without legal merit shall be without prejudice to the right of a party to file a preliminary objection pursuant to Rule 43 or to argue subsequently in the proceeding that a claim is without legal merit.).

이러한 ICSID 중재규칙 개정은 ICSID가 조기기각 절차의 중재 효율성 향상 및 중재 비용 절감의 실제 역할에 대해 긍정적으로 평가하며, 동 절차의 역할과 가치를 더 크게 추구하기 위해 그 수정 및 개선에 전념한 것으로 평가할 수 있다.

Ⅱ. ICSID 중재 조기기각 절차의 적용상 난점

구 ICSID 중재규칙 제41(5)조 조항 자체가 너무 간결하여 당사자가 이 조항에 따라 이의를 제기하는 실체적 문제에 대한 명확하고 구체적인 규정이 없었기 때문에 중재판정부는 중재 조기기각 절차의 운용에 있어서 실제로 동 절차의 내용과 의미를 풍부하게 할 필요가 있었다. 종래의 중재 실무에서 중재판정부는 조기기각 절차의 구성 요건에 대하여 기본 합의에 도달했다. 그 과정에서 중점적으로 논의한 문제는 다음과 같다.

1. '명백한(manifestly)' 요건

구 ICSID 중재규칙의 규정에 따라 일방의 당사자가 조기기각 절차에 따라 상대방의 중재신청에 이의를 제기하는 것은 상대방의 중재신청 또는

반대 신청이 '명백한 법적 근거 부족'이어야 할 수 있지만 규칙 자체는 어느 경우가 '명백한' 것인지에 대한 기준을 명시하지 않았다. 중재 관행에서 '명백한'의 인정 기준은 주로 조기기각 절차가 적용된 첫 번째 사례였던 '미국 글로벌 석유회사 대 요르단 정부 사건'에서 확립되었다.[455] 이 사건 피신청인 요르단 정부는 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 따라 신청인의 신청이 명백한 법적 근거가 부족하다고 판단하여 중재판정부에 조기기각 이의를 제기했다. 중재판정부는 '명백한 법적 근거가 부족'하다는 요건의 구체적인 의미를 보다 자세히 분석하고 설명했다. 중재판정부는 먼저 ICSID 중재규칙 제41(5)조를 제정한 것은 중재판정부에 권한을 부여하여 중재절차 초기에 당사자의 명백한 법적 근거가 없는 주장을 기각함으로써 ICSID 중재절차의 사법경제성을 높이고 사건처리의 효율성을 높이기 위한 것이라고 지적했다. 그러나 중재판정부는 ICSID 규칙 시스템의 일관성을 보장하기 위해 ICSID 중재규칙 제41(5)조의 '명백한' 용어의 해석이 ICSID 협약상의 '명백한' 용어의 해석과 동일해야 한다고 보았다. 즉, 피신청인의 조기기각 신청은 '명확하고 확실하며 비교적 쉽게 입증(clearly and obviously, with relative ease and despatch)'이라는 높은 기준을 충족해야 한다.[456] 또 잘못된 조기기각 결정이 내려지면 당사자가 일반 심리 절차에 참여할 권리를 박탈하고 절차적 정의를 훼손할 수 있다고 강조했다. 따라서 당사자의 청구가 명백하고 확실하며 분명하게 해당 쌍무투자조약의 위반(clearly, certainly, and obviously incapable of constituting a breach under the BIT)이 될 수 없는 경우에만 중재판정부는 중재절차의 이른 단계에서 청구를 기각할 수 있다.[457]

이 사건에서의 '명백한'이라는 요건에 대한 해석은 후속 중재 관행에서 널리 인정되고 인용되었다. 중재판정부는 이 사건의 판정에서 당사자의 두

455) Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/07/25.
456) ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 88.
457) *Id*, para. 96.

가지 초기 반대 의견을 기각했으며, 이 두 가지 이의가 관련된 사실 부분은 중재판정부의 추가 검토가 있어야만 확정할 수 있다고 판단했다. 즉 중재절차의 초기 단계에서 당사자 쌍방의 대질증명이 없고 피신청인의 응답과 반론을 듣지 않은 경우에는 사건을 계속 처리할 수 없다. 따라서 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 규정된 기한 내에 완료할 수 없다. 중재판정부는 이로 인하여 "조기기각 절차에서 중재판정부의 심사 과정이 복잡할 수 있지만, 인정이 곤란할 정도는 결코 아니다"고 밝혔다.[458] 즉 중재판정부는 당사자의 의견을 듣고 사건의 표면적 증거를 검토한 뒤 정확한 판단을 내릴 수 있다. 사건의 표면적 증거만으로는 결론을 내릴 수 없고 '명백한' 판단 기준에 미달하는 경우 중재신청은 조기기각 절차에서 기각되지 않고 일반 중재절차에 들어가 심리해야 한다. 조기기각이 성립되면 신청인의 후속 구제 수단이 박탈되기 때문이다. 만약 중재판정부의 판정에 중대한 착오가 생긴다면, 반드시 당사자의 합법적인 권익을 심각하게 훼손할 것이다. 따라서 실무상 '명백한' 요건의 인정은 매우 엄격하고 신중해야 하며, 절차의 효율성 가치 추구는 절차적 정의에 기초해야 한다.[459]

2. '법적 근거(legal merit)' 요건

'법적 근거가 명백히 부족하다'는 기준에 따르면 중재판정부가 중재신청의 법적 근거를 분석하면서 신청인이 제기한 사실적 주장을 어떻게 판단해야 하는가는 조기기각 절차의 적용에 있어 또 다른 어려움이다. 2006년 규칙에서는 '법적 근거'를 강조했지만 중재 관행에서 사실에 대한 고려 없이, 법률이 정한 관점에서만 중재 초기 단계에서 하나의 사건이 명백한 법적 근거가 부족한지 여부를 판단하는 것은 현실적이지 않기 때문이다. 이 문제도 또한 미국 글로벌 석유 회사 대

458) *Id*, para. 88.

459) 汪榕：《ICSID中明顯缺乏法律依据的審前异議制度研究：對ICSID第41(5)條的剖析》，載《仲裁研究》2012年第2期，第60頁.

요르단 정부안의 중재판정부에서 다루어졌다. 이 사건 중재판정부는 사건의 초기에 사건의 사실을 전혀 심사하지 않고 법률적 근거만을 심사하는 것은 거의 불가능하다고 판단하였다. 그러나 중재판정부는 해당 사실이 명백히 사실이 아니거나, 무관하거나, 악의적으로 이루어진 경우를 제외하고는 분쟁과 관련된 사실문제의 진위를 충분히 고려할 필요가 없다.[460]

Brandes Investment Partners 대 베네수엘라 정부 사건[461]의 중재판정부는 미국 글로벌 석유회사 대 요르단 정부 사건 중재판정부의 의견을 인정했다. 중재판정부가 사건의 사실적 근거를 검토할 수 있음을 확인하고, 나아가 당사자의 중재신청이 법적 근거가 명백히 부족한 범주에 속하는지 여부를 판단하기 위하여 절차의 초기 단계에서는 신청인이 주장하는 사실의 전제가 사실이라고 가정해야 하며, 이러한 전제 하에서 신청인의 중재신청이 여전히 법적 근거가 명백히 결여되어 있는 경우에만 그 중재신청이 기각된다.[462]

중재 실무상 중재판정부와 당사자는 조기기각 절차에 규정된 '명백한 법적 근거 부족'을 판단할 때 사건의 사실관계를 적절히 고려할 필요가 있다는 데 기본적으로동의한다. 특히 동 절차를 적용할 수 있는지 여부와 관련하여 사건의 사실관계를 중재판정부가 고려하지 않을 수 없다. 그러나 사실의 진위 여부에 대한 검토의 정도에 대하여 보면, 신청인이 주장하는 사실이 명백히 터무니없고 신빙성이 없는 상황을 제외하고 중재판정부는 먼저 신청인이 말한 사건의 사실을 진실로 추정하여야 한다. 신청인에게 가장 유리한 이 처리 방법을 채택한 후에도 신청인의 신청이 여전히 명백한 법적 근거가 부족한 경우 중재 자원의 낭비를 피하기 위해 사건의 초기 단계에서 사건을 종료해야 한다.

---

460) ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, paras. 97,105.
461) Brandes Investment Partners, LP v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/3.
462) ICSID Case No. ARB/08/3. Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 61.

Ⅲ. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조에 대한 평가

조기기각 절차는 소송 남용을 억제하고 중재 자원의 낭비를 방지하는 데 긍정적인 역할을 했기 때문에 ICSID 사무국은 최근 5년간의 규칙 개정 작업에서 조기기각 절차를 개선하고 세분화하기 위해 노력했으며 독립적인 조항으로 만들어 투자 중재에서 이 절차의 중요한 가치를 강조했다. 그러나 이러한 개정에도 불구하고 2022년 ICSID 중재규칙 제41조는 이전 규정보다 개선되었지만 충분하지 않다.

1. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조의 긍정적 부분

개정 후 2022년 ICSID 중재규칙 제41조에 따른 조기기각 절차의 개선은 주로 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 당사자가 조기기각 절차에서 관할권에 이의를 제기할 수 있음을 명확히 하여, 조기기각 절차에서 중재판정부의 검토 범위는 중재신청의 실제 내용, ICSID 관할권 및 중재판정부의 권한을 포함할 수 있다. 이는 관할권 이의를 조기기각 절차에서 심사할 수 있는지 여부에 대하여 분명히 응답한 것이다. 둘째, 조기기각 절차의 핵심 시점을 명확히 하였다. 조기기각 절차가 당사자에 의해 새로운 유형의 절차 남용 도구로 사용되는 것을 방지하기 위해 당사자가 이의를 제기하는 합리적인 시한과 조기기각 절차의 판정 시한을 명확히 규정하는 것은 매우 중요하다. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조는 조기기각 절차에 대한 명확한 기한을 설정했다. 이는 중재판정부가 규정된 기한 내에 가능한 한 빨리 결정을 내리도록 촉진할 수 있을 뿐만 아니라, 중재의 효율을 더욱 높일 수도 있다. 조기기각 절차 단계에서 처리할 수 없는 사건에 대해서 명확한 시한을 설정하는 것이 이러한 유형의 사건을 가능한 빨리 일반 절차로 전환하여 중재 시간과 경제적 비용을 절감할 수 있으며,[463] 공정성과 효율성을 추구하는 조기기각 절차의 균형을 더 잘

463) 梁丹妮，林希楠，同前注 454，第234頁.

반영한다.

2. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조의 미흡한 부분

새로운 규칙은 조기기각 절차에 대한 규정을 더욱 세분화했지만 실제 존재하는 문제를 완전히 해결하지 못했는데 주로 다음 두 가지 사항을 지적할 수 있다.

1) 조기기각 이의 인정 기준 불일치

ICSID 중재 관행에서 불일치 판정 문제는 당사자나 대중이 ICSID 중재 시스템을 의심하게 할 뿐만 아니라 국제투자 중재 시스템의 정당성을 심각하게 손상시키기 때문에 학계와 실무계의 비판을 받아왔다. 조기기각 절차에서도 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 대한 중재판정부의 해석이 일치하지 않는 상황이 여러 차례 발생했다. 앞서 언급한 미국 글로벌 석유회사 대 요르단 정부 사건의 중재판정부는 '명백한'이라는 단어를 해석할 때 '명백한'은 명확하고 확정적이며 비교적 쉽게 입증되어야 한다고 생각하였다. 검토 작업은 매우 복잡할 수 있지만 절대 어려워서는 안 된다. 이 사건의 중재판정부의 해석은 후일 적지 않은 사건에 의해 채택되었지만, 'MOL 석유 및 가스 회사 대 크로아티아 정부 사건'[464]에서 중재판정부는 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조가 명백하고 확실하며 분명한 사항에만 적용된다고 판단했다. 즉 사실을 통하는 것이 어렵지는 않지만 복잡한 방법으로 입증되어야 하는 경우 제41(5)조의 규정을 충족할 수 없다고 보았다.[465] 이처럼 조기기각 절차에 관해서도 중재 관행에서 법적 해석이 일치하지 않았음을 알 수 있다.

중재판정부가 '명백한 법적 근거 부족'에 대해 비교적 엄격한 판단기준을 채택한 이유는 조기기각 신청이 중재판정부의 지지를 받으면 기각된

464) MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/13/32.

465) ICSID Case No. ARB/13/32, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 26.

당사자는 후속 구제 수단을 잃게 되기 때문이다. 이 경우 중재판정부의 조기기각 판정이 여러 가지 사유로 현저한 착오가 있거나 판정이 일치하지 않는 경우 투자자 또는 주재국의 권익은 물론 ICSID 중재에 대한 공신력과 권위도 크게 훼손된다. 그러나 2022년 ICSID 중재규칙 제41조는 중재판정부가 '명백한 법적 근거 부족'에 대해 비교적 일관된 판단기준을 채택하도록 안내하는 데 있어 개선되지 않았다.

2) 조기기각 절차 남용 가능성에 대한 실효적 대응 부족

2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 의해 확립된 조기기각 절차가 사건의 중재 효율성을 높이고 중재 시간과 경제적 비용을 절감하며 중재 자원을 절약하는 데 긍정적인 역할을 했다는 것은 인정된다. 그러나 한편으로 이러한 절차가 보편화됨에 따라 당사자들이 사건의 승소율을 높이기 위해 이 절차를 남용하는 경우가 있을 수 있으며 이는 원래 절차 설치 취지에 어긋날 수 있다. 실제로 중재판정부도 조기기각 절차가 남용된 정황을 발견하였다. MOL 석유 및 가스 회사 대 크로아티아 정부 사건을 예로 들어보면, 중재판정부는 크로아티아 정부가 조기기각 절차 단계에서 발생하는 비용을 부담하도록 판정하였다. 그 이유는 크로아티아 정부가 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 따라 제기한 이의는 법적 근거가 부족하고 경솔하게 이의를 제기하거나 조기기각 절차를 남용할 가능성이 있다고 보았기 때문이다. 심지어 일부 학자들은 피신청인이 부당한 목적으로 이 조항을 악용해 중재절차를 지연시키고 신청자의 부담을 늘리는 목적을 달성할 수 있다고 보고 있다.[466] 그러나 조기기각 절차를 악용하는 행위에 대해 필요한 보다 실효적인 구속과 억제 수단이 새 규칙에는 마련되지 않았다.

3. 조기기각 절차를 한층 보완하는 방법

---

466) Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch & Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2009, p.102. 轉引自：張亮，董格非:《ICSID審前异議制度研究》，載《國際經濟法學刊》2019年第1期，第54頁.

1) 투자 중재 항소제도 구축

조기기각에 대한 인정기준의 불일치는 현재 투자 중재에서 비판받고 있는 판정 불일치의 한 측면으로, 중재규칙 개정만으로 쉽게 해결할 수 있는 것이 아니다. 2022년 ICSID 새 규칙의 개정은 거의 5년의 논의를 거쳐 진행되었지만 개정된 현행 제41조에는 조기기각에 대한 인정 기준에 대한 추가 돌파구가 없으며 이러한 한계는 투자 중재에 체계적인 개혁의 필요성을 설명하며 항소 메커니즘의 설립은 조기기각 절차, 나아가 전체 투자 중재 메커니즘의 문제를 해결하는 방법일 수 있다.

조기기각 절차가 처음 설치되었을 때는 정당한 절차와 효율성 가치 사이 타협의 산물로 여겨지었고, 중재판정부는 당사자의 권리구제에 직접적인 영향을 미치기 때문에 조기기각 절차가 적용되는 사건의 심리에 매우 신중하였다. 그러나 아무리 신중한 중재도 틀릴 수 있고, 현행 ICSID 규칙은 중재판정에서의 중대한 사실오류나 법적 오류를 구제할 수 없으므로 중재판정부 판정의 정확성을 최대한 보장해야 하며, 이는 항소기구 설립의 필요성을 더욱 강조하게 한다.

첫째, 상설 투자 중재항소기구는 조기기각 절차의 '명백한 법적 근거 부족' 요건의 판단에 대해 통일되고 권위 있는 해석을 내릴 수 있으며, 향후 사건에 관련 중재 조항이 정확하고 통일된 적용을 받을 수 있도록 보장하고 투자분쟁 중재의 예측 가능성을 강화한다. 둘째, 조기기각 절차에서 중재판정부의 판정은 신청인의 권리구제와 밀접한 관련이 있기 때문에 판정이 잘못되면 신청인이 아무런 구제도 받지 못하는 상황이 발생할 수 있다. 특히 조기기각 절차에서 중재신청을 모두 기각한 당사자에게 항소기구가 설립되면 권리구제를 받을 수 있는 기회가 한 번 더 생기고 공정 가치를 더 잘 구현할 것이다.

2) 비용분배 규칙 보완

조기기각 절차가 남용될 수 있는 문제에 대해 중재규칙의 비용 분배 규칙을 개선하면 절차 남용을 제한하는 효과를 얻을 수 있다. 새로운 규칙

제52조는 중재비용의 분배원칙을 규정하고 있는데, 그 중 중재결과와 중재과정에서 각 당사자의 행위표현에 따라 비용을 분배하는 원칙은 조기기각 절차의 남용을 구속하는 데 중요한 의의가 있다.

첫째, 조기기각 절차에 대한 독립적인 벌금 책임 제도를 추가하고 신청인의 악의적인 신청 및 절차적 권리 남용을 규제하여야 한다. ICSID는 내부적으로 중재판정부에게 권한을 부여하여, 중재판정부가 신청인의 악의적인 신청 행위가 있다고 인정할 수 있는 경우 조기기각 절차 종료 후, 중재절차 개시 전에 결정 형식으로 신청인에 대해 벌금 징계를 내릴 수 있는 권한을 부여하여야 한다.

권리남용과 신의성실의 원칙 위반의 관점에서 권리남용자가 ICSID에 벌금을 납부하도록 요구하는 것은 합리적인 책임부담 방식이다. 조기기각 절차의 남용은 본질적으로 중재 프로세스를 지연시키고 상대방의 소송 비용을 증가시킬 뿐만 아니라 ICSID 중재 자원의 점유 및 낭비이다. 벌금의 형태로 조기기각 절차가 끝난 후 징계를 하면 중재판정부가 실제로 입은 손실을 효과적으로 보완할 수 있을 뿐만 아니라 중재절차가 정식으로 시작되기 전에 권리남용자에 대한 책임추궁을 완료할 수 있다. 즉, 중재판정부는 조기기각이라는 특수한 절차단계에서의 독자적인 행위만을 평가할 뿐 사건에서 당사자의 최종 승패에 악영향을 미치지 않고 당사자가 공정한 판정을 받을 권리를 확보하게 된다.[467] 벌금은 조기기각 절차가 실제로 발생한 시간의 장단 및 조기기각 신청에 대한 중재판정부의 판정 결과 등에 근거하여 산정할 수 있을 것이다.

둘째, 비용 분배 규정을 보완하여 중재신청이 '일부' 기각될 경우 해당 비용도 부담하도록 해야 한다. 비록 새 규칙 제52(2)조는 중재판정부가 제41(3)조에 따라 신청인의 중재신청이 명백히 법률적 근거가 부족하다고 판단하여 그 신청을 모두 기각하였을 때, 중재판정부가 비용분배에 대해 보다 공평한 결정을 내려야 하는 예외적인 상황이 있다고 판단하지 않는 한, 승소 당사자가 지출한 합리적인 비용은 패소 당사자가 부담하도록

467) 張亮,董格非，同上注，第55頁.

한다.[468] 그러나 이 조항은 조기기각 절차에서 중재 청구가 명백한 법적 근거가 없어 '전부' 기각된 경우만 규정하고 중재 청구가 '일부' 기각된 경우의 비용분배 문제는 다루지 않았다. 절차권리 남용을 억제하기 위해서는 비용분배규칙을 보완하여 중재신청이 부분적으로 기각된 경우에도 비율에 따라 동일한 비용분배 원칙을 적용하도록 해야 한다. 이처럼 판정을 통해 패소한 당사자가 임의적인 절차 남용으로 인해 발생하는 관련 중재절차 비용과 상대방이 중재를 위해 지출하는 합리적인 비용을 부담하도록 하여 신청자가 이의를 제기할 때 고려하도록 한다면 절차 남용을 현행보다 어느 정도 더 억제할 수 있을 것이다.

Ⅳ. 조기기각 절차가 적용된 중국 관련 ICSID 중재 사례

대한민국 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건[469]과 Fengzhen Min대 한국 정부 사건[470]의 두 사건에서 조기기각 절차가 적용되고 있다.

1. 2014년 대한민국 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건

한국 안성주택주식회사(이하 '안성주택'이라 한다) 대 중국 정부 사건은 2023년 현재까지 당사자의 조기기각 신청이 중재판정부의 전폭적인 지지를 얻은 총9건의 ICSID 중재 사건 중 하나이자 중국 정부가 피신청인인 두 번째 국제투자조약 중재 사건이기도 하다. 2006년 안성주택은 장쑤성사양항(江蘇射陽港)만산업단지관리위원회(이하 '관리위원회'라 한다)와 골프장 개발에 관한 투자협약을 체결했다. 착공 이후 중국의 부동산 개발 정책이 바뀌자 관리위원회는 종전 합의대로 토지를 제공할 수

468) ICSID ARBITRATION RULES, Rule 52 Decisions on Costs,…… (2) If the Tribunal renders an Award pursuant to Rule 41(3), it shall award the prevai ling party its reasonable costs, unless the Tribunal determines that there are special circumstances justifying a different allocation of costs. ……

469) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25.

470) Fengzhen Min v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/20/26.

없다며 한 중국 업체가 허가 없이 인근 지역에 골프장을 짓는 행위를 제지하지 않았다. 구장이 수익을 내지 못하자 안성주택은 추가 손실을 피하기 위해 2011년 10월 한 중국 업체에 사업 소유권을 헐값에 넘겼고, 2011년 12월 분양에 합의했다. 이로 인해 안성주택은 막대한 손실을 입었고, 2014년 10월 17일 중국을 ICSID 중재센터에 중국이 2007년 한-중 BIT를 위반했다며 중국에 손해배상을 청구하는 중재를 신청하였다. ICSID는 2014년 11월 4일에 사건을 접수했으며 중재판정부는 2016년 9월 2일에 구성되었다. 2016년 9월 15일 중국 측 대리인은 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조의 규정에 따라 중재판정부에 조기기각을 신청했다. 양측의 의견 제출과 심리 끝에 2017년 3월 9일 안성주택의 중재신청은 중재판정부의 결정에 의해 모두 조기기각되었으며, 중재판정부는 또한 안성주택에 이 사건의 모든 중재비용과 중국 측의 변호사 비용 및 지출의 75%를 부담할 것을 요구했다.

이 사건에서 중국 정부는 이 사건 중재판정부의 관할권이 한-중 BIT(2007) 제9조에 근거하여 인정되는데, 이 조 제7항은 투자자가 자신이 투자 손실을 입었다는 것을 알았거나 알았어야 했던 날로부터 3년이 경과한 경우 더 이상 손해배상을 청구할 수 없다고 중재시효를 규정하고 있다고 주장했다.[471] 중국 정부는 이 사건의 투자자(안성주택)가 중재신청을 한 시점은 손실을 안 날로부터 3년의 중재시효가 지났기 때문에 명백히 법적 근거가 없다고 주장하였다. 이에 대해 신청인 안성주택은 2011년 12월 사업 소유권을 양도한 후에야 그 피해를 알았다면서, 3년의 중재시효의 기산점은 중국 정부에 중재의사 통지서 제출일(2014년 5월) 또는 중재신청서 제출일(2014년 10월)이 되어야 하므로 중재시효가 만료되지 않았다고 주장하였다.

---

471) 원문 : Notwithstanding the provisions of paragraph 3 of this Article, an investor may not make a claim pursuant to paragraph 3 of this Article if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge that the investor had incurred loss or damage.

조기기각 절차를 심리하는 과정에서 이 사건 중재판정부는 먼저 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조의 조기기각 절차의 적용기준을 조사하고, 미국 글로벌 석유회사 대 요르단 정부 사건 판정을 인용하면서 조기기각 절차를 적용하는 기준은 '명백한 법적 근거가 부족'하다는 것이며 이의를 제기하는 당사자는 이의 사유를 '명확하고 확실하며 비교적 쉽게' 입증해야 한다고 지적했다. 동시에 신청인이 진술한 사실에 대해 중재판정부는 그것이 사실이라고 가정했다. 또 중재판정부는 이 사건의 사실과 결합하여 한-중 BIT의 중재시효 조항의 해석과 적용에 대해 분석했다.

3년의 중재시효 개시일에 관하여 중재판정부는 다음과 같이 보았다. 중재신청서에 기재된 신청인의 관련 표현에 의하면, "2011년 10월, 추가 손실을 피하기 위해 사양현에 투자한 돈을 모두 매각했다"는 식이므로 신청인은 2011년 10월 이전에 피해가 발생하였거나 발생할 수 있었음을 알았어야 한다는 것을 알 수 있다고 보았다. 따라서 2011년 10월 이전에 신청인이 저가로 지분을 양도하는 것을 중재시효의 기산점으로 삼아야 한다는 중국 정부의 견해를 채택하여 신청인이 ICSID에 중재신청서를 제출한 2014년 10월 7일을 시효마감일로 인정했다. 2011년 10월 이전에 자신이 피해를 입었다는 사실을 신청인이 알고도 2014년 10월 7일에야 중재신청을 한 점에 비추어 중재판정부는 그 청구가 3년의 시효를 도과하였다고 판정하였다. 따라서 신청인의 중재신청이 명백히 법적 근거가 없다고 판단하고 조기기각 절차를 시작하여 사건의 심리를 종료할 수 있다고 보았다.

중국 정부는 조기기각을 신청하여 이 사건이 지루한 일반 중재심리 절차를 따르는 것을 피하고자 하였고 결국 중재판정부의 지지를 얻었다. 중국 측 대리인은 이 사건에서 조기기각 절차를 잘 활용하고 승리하여 중재의 효율성을 크게 향상시키고 소송 비용을 절감했다고 보았다. 조기기각 절차는 주재국이 사건을 신속하게 종결하고 투자자의 청구를 조기에 차단할 수 있는 가능성을 제공한다.

2. 2020년 Fengzhen Min 대 한국 정부 사건

2007년 중국 국적의 Fengzhen Min(이하 'Mr. Min'이라 한다)은 한국 국내에 부동산 투자기업 Pi Korea를 설립하였다. 그 후 Mr. Min은 Pi Korea의 지분을 담보로 금융기관에서 대출을 받았다. 이 대출과 관련된 채권은 2009년, 2010년 우리은행으로 넘어갔다. 2013년 12월 우리은행은 Mr. Min이 대출금을 상환하지 못함에 따라 위의 담보지분을 다른 외국인 투자자에게 매각하였고, 해당 지분은 2014년 3월과 2015년 1월에 각각 양도가 완료되어 신청인을 Pi Korea의 지분 전량을 상실하였다. 2015년 3월, Mr. Min은 위의 우리은행과 다른 외국 투자자 사이의 지분 매각 거래를 알게 되었다(위의 조치를 통칭하여 '우리은행 조치'라 함).

Mr. Min은 이에 앞서 2013년 서울중앙지방법원에 우리은행을 상대로 Pi Korea의 주주로 인정해달라는 소송을 제기하였다. 2015년 11월 서울중앙지법은 우리은행이 외국인 투자자에게 지분을 매각한 거래가 유효하다며 Mr. Min을 Pi Korea의 주주로 인정하지 않았다. 이 1심 판결은 2016년 12월 23일 한국 고등법원에 의해 유지되었고, 2017년 7월 18일 한국 대법원에 의해 추가로 유지되었다(위 절차를 통칭하여 '민사법적 절차'라 함).

한편 한국 검찰은 2010년 Mr. Min을 상대로 횡령, 뇌물수수, 우리은행 허위고발 등의 혐의로 형사수사를 시작했다. Mr. Min은 2016년 10월 한국 고등법원으로부터 유죄가 인정돼 징역 6년을 선고받았다. Mr. Min은 이후 항소했지만 2017년 3월 한국 대법원에서 기각되어 유죄판결이 확정되었고 신청인은 수감되었다(위 절차를 통칭하여 '형사법적 절차'라 함).

2020년 7월 16일, Mr. Min은 한-중 BIT(2007)에 의거하여 ICSID에 중재신청서를 제출하였다. 신청인은 위의 우리은행의 조치는 불법 수용에 해당하고 한국 법원의 민사소송과 형사소송 판결은 공정하고 공평한 대우에 반하는 사법권 행사라고 주장하면서 이에 따라 한국 정부가 지분손실을 배상해야 한다고 주장하였다. 신청인은 또 중재판정부에

형사소송이 한-중 BIT(2007)와 국제법을 위반했다고 선언하고 한국 정부가 신청인을 즉시 석방하고 정신적 손해를 배상할 것을 요구했다. 2021년 2월 5일, 한국 정부는 중재판정부에 2006년 ICSID 규칙 제41(5)조에 의거하여 조기기각을 신청하였다. 피신청인 한국 정부는 우리은행의 조치와 관련 민형사상 법적 절차에 따라 신청인이 한 중재신청은 한-중 BIT(2007) 제9(7)조에 규정된 3년의 중재시효[472]를 도과하였다고 주장하였다. 한국 정부는 2006년 ICSID 중재규칙 제41(5)조에 따라 중국 투자자의 일부 중재신청에 대한 법적 근거가 명백히 부족하다는 이유로 조기기각을 신청했다. 2021년 6월 18일 중재판정부는 한국 정부의 이의 제기를 부분적으로 기각하였고 이 사건의 중재절차는 계속 진행되었다.

이 사건 당사자 쌍방 모두 중재시효의 마감일(cut-off date)은 신청인이 ICSID에 중재신청서를 제출한 날(2020년 7월 16일)의 3년 전인 2017년 7월 16일이라는 데 동의했지만, 언제가 시효 기산점인 신청인이 손해를‘알고 있는(knowledge)’ 때인지에 대해서는 의견이 엇갈렸다.[473]

조기기각 절차에서 이 사건 중재판정부는 한국 정부가 신청인의 ‘일부 주장’에 대해서만 이의를 제기하였기 때문에, 이는 조기기각 절차에서 어떤 결정이 내려지든 간에 이 분쟁이 계속될 것이며 적어도 신청인의 나머지 일부 청구에 대한 판정은 계속될 것임을 의미하며, 그 경우 중재판정부는 후속 절차에서 사실이나 법적 문제에 대해 사전 판단을 내릴 수 없을 것이라고 보았다.[474] 이어 중재판정부는 미국 글로벌 석유회사 대 요르단 정부 사건의 중재판정을 인용하여 이의를 제기하는 당사자가 이의 사유를 명확하고 확실하며 비교적 쉽고 신속하게 입증해야 한다고 보았다. 동시에 신청인이 말한 사실을 받아들여 그것이 사실이라고 가정하였다.

---

472) 이 사건은 안성회사 대 중국 정부 사건에서 피신청인이 인용한 BIT 조항과 동일한 조항이다.

473) ICSID Case No. ARB/20/26, Decision on the Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) dated 18 June 2021, para. 41.

474) *Id.*, para. 70.

그리고 중재판정부는 쌍방이 다투는 신청인이 손해를'알고 있는' 기산점에 대하여 위법행위가 발생한 때에 기산하여야 한다고 판단하였다.[475]

구체적으로 말하면 우리은행의 지분 매각 조치에 관한 중재신청에 관해서는, Mr. Min이 2015년 3월경 주식 매각 거래를 알게 되었을 때 우리은행 조치와 관련된 손실을 인지하였어야 하므로 신청인의 중재신청은 이미 중재시효를 도과한 것으로서 명백히 법적 근거가 없다고 판단하였다.[476]

형사법적 절차에 관한 중재신청에 관해서는, 신청인이 아직 수감 중임을 감안하여 중재판정부는 형사법적 절차가 한-중 BIT에 대한 지속적인 위반행위를 구성하는지 여부는 실체적 단계에서만 확정할 수 있으며 조기기각 이의 심사 단계에서 논의해서는 안 된다고 판단하였다. 또한 신청인이 중재시효 만료 전에 유죄판결을 받고 복역을 시작했음에도 불구하고 시효 만료 이후에도 위반행위와 손해가 발생할 수 있다. 따라서 형사법적 절차와 관련된 신청인의 중재신청은 중재시효를 도과한 것으로 볼 수 없으므로 신청이 '법적으로 명백히 불합리한' 것은 아니라고 판정하였다.[477]

중재판정부는 우리은행의 잘못된 조치와 형사·민사 법적 절차의 잘못된 처리로 정부가 신청인의 재산 형성에 대해 수용을 한 것으로 볼 수 있다는 신청인의 주장과 관련해서는 해당 행위는 복합행위(composite acts)에 근거한 것이어서 위법행위가 완전히 끝난 뒤에야 성립될 수 있다고 보았다. 다만 민사소송은 '시효 만료(2017년 7월 16일)' 이후에 이루어졌기 때문에 신청인은 시효 만료 이후에야 관련 피해를 처음 인지할 수 있었으며, 민사소송과 관련한 복합적인 주장은 '법적으로 명백히 불합리한' 것은 아니라고 보았다.[478]

위와 같은 이유로 중재판정부는 신청인의 우리은행 조치에 관한

475) *Id.*, para. 92.
476) *Id.*, paras. 84-85.
477) *Id.*, paras. 86-90.
478) *Id.*, paras. 91-96.

중재신청에 대한 피신청인의 조기기각 신청을 지지하였다. 그러나 피신청인이 한 형사·민사 법적 절차와 관련된 사유에 대한 조기기각 신청은 기각하고 사건의 중재절차를 계속 진행하였다.

조기기각 절차는 ICSID가 국제투자 중재 개혁의 발전 방향에 따라 설정한 혁신적이고 획기적인 절차로 중재 효율성을 높이고 중재 비용을 절감하며 외국인 투자자의 소송 남용으로 인한 주재국의 비용 부담을 억제하는 것을 목적으로 한다. 중국의 많지 않은 ICSID 중재 경험상[479] 조기기각 절차를 포함한 이들 두 사건에 비춰 볼 때 조기기각 절차가 보편화되고 그것을 통해 사건의 승패를 따지는 당사자가 늘고 있음을 알 수 있다. 2022년 ICSID 중재규칙 제41조의 조기기각 절차 개선도 ICSID가 이 절차를 중시하고 조기기각 절차를 통해 분쟁의 효율적이고 경제적이며 공정한 해결을 촉진한다는 목표를 달성하기 위한 개선으로 볼 수 있다.

제4절 중국 관련 ISDS에서의 최혜국대우 문제

Ⅰ. MFN의 분쟁해결조항 적용여부

세계 대부분의 BIT는 최혜국대우조항(Most-Favored-Nation clause, MFN)을 두고 있다. 그러한 조항들의 가장 대표적인 요건은 체약국은 다른 체약국 투자자에 의한 자국 영역내의 투자에 대하여 제3국의 투자자의 투자에 부여되는 대우보다 낮지 않은 대우를 적용하여야 한다는 것이다. MFN 조항은 중국이 스웨덴과 첫 양자투자협정을 체결한 이래 중국의 양자무역협정에 반영돼 있다. MFN 조항이 실질적인 사항에 적용될 수 있다는 점은 각계에서 받아들여지고 있지만 분쟁해결 등 절차적 사항에 MFN 조항이 적용될 수 있을지에 대해서는 논란이 크다.

MFN 조항을 절차적 사항에 적용하는 것은 Maffezin 대 스페인 정부

479) 2022년 12월 31일 현재 ICSID에 등록된 중국 관련 사례는 15건에 불과하다.

사건[480](이하 'Maffezin 사건'이라 한다)에서 시작되었다. 스페인에 투자한 아르헨티나 국민 Maffezin는 스페인의 한 기업과 분쟁을 벌여 ICSID에 중재신청을 했다. 아르헨티나-스페인 BIT는 국제투자분쟁이 발생했을 때, 사법 구제의 주요 경로는 주재국 법원이며, 18개월 후까지 법원이 응답하지 않을 경우 ICSID에 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 스페인-칠레 BIT에서 ICSID에 중재신청을 한 것은 제소 후 불과 6개월 만이었다. Maffezin는 주재국 법원 제소 후 6개월까지 법원이 응답하지 않을 경우 ICSID에 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있는 스페인-칠레 BIT의 더 나은 대우로 인해 아르헨티나-스페인 BIT가 규정한 18개월간의 사전 사법 절차가 필요하지 않다고 판단했다.

2000년 이 사건 중재판정부는 기초조약 중 최혜국대우조항의 용어가 충분히 광범위하다며 '분쟁해결 방식은 외국인 투자자의 보호와 불가분의 관계가 있다'고 판정했다.[481] 제3자 조약의 분쟁해결 규정이 투자자의 권익보호에 더 유리하고 기초조약의 취지에 부합한다는 이유로 신청인의 주장을 뒷받침했다.[482] 그것은 또한 분쟁해결의 절차적 사항에 대하여 최혜국대우 원칙이 적용된다는 것을 긍정하는 것을 의미한다. 이 사건에서 당사자가 MFN을 중재절차 적용 요구시 명시적으로 원용하여 고려함으로써 진정한 의미의 최혜국대우조항 적용이 중재절차에 확대된 최초의 사례로서[483] 이후의 중재 실무에 지대한 영향을 미치게 된다.

Maffezini 사건의 판정은 MFN 조항의 적용 범위를 실체적 문제에서 절차적 문제(관할권 문제)로 확대한 점에서 광범위한 논의를 촉발했다. 이는 ICSID의 투자 중재에 대한 관할권을 실질적으로 크게 확대하는 결과를 가져오며, 그 때문에 향후 그런 결과에 실망한 일부 국가들은 공익

480) Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB /97/7.
481) ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction. para. 54.
482) *Id.*, paras. 56, 64.
483) 龔柏華：《涉華投資者－東道國仲裁案法律要点及應對》，載《上海對外經貿大學學報》2022年第2期, 第88頁.

등의 사유에서 투자분쟁을 ICSID에 중재 신청하는 것에 동의하지 않을 수도 있다. Maffezini 사건 판정의 원리에 따르자면, 외국인 투자자는 모국과 유치국이 한 투자협정에서는 ICSID에 중재 신청 근거가 없더라도 해당 투자협정의 MFN 조항에 따라서 그 유치국이 제3국과 체결한 투자협정의 중재 조항을 인용하여 자신의 분쟁 사건을 ICSID에 중재 신청할 수 있게 된다. 이는 주재국의 공익을 해칠 수 있을 뿐만 아니라 사실상 중재 동의 의사를 양측이 서면으로 명확하게 표현해야 한다는 ICSID 협약 제25조를 위반한 것이다.[484] 중국의 경우 1세대 BIT의 좁은 중재 관할권 문제의 해결은 이러한 논리가 아니라 각 BIT의 업그레이드 의정서를 체결하여 중재 신청의 범위를 확대하여 중국 투자자의 이익을 보호하는 방법으로 대응하여야 한다고 생각한다.

Ⅱ. 중국 관련 ISDS에서 분쟁해결 조항 MFN 적용 현황

현재 전세계의 투자 중재 사건 가운데 MFN의 절차적 조항 적용에 대해 지지의견을 가진 중재판정부가 다수이지만, 중국 관련 사건의 중재 판정에서는 MFN 조항의 절차적 규정 적용을 주장한 모든 사건에서 중재판정부가 그러한 적용에 따른 위험에 주목하여 MFN의 절차적 조항 적용을 거부하였다. 즉 중국과 관련된 셰예슨 대 페루 정부 사건, 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건, 북경성건 대 예멘 정부 사건 등에서 중재판정부는 해당 투자협정상의 MFN 조항을 인용하여 제3자 조약의 보다 유리한 중재 대상 조항을 해당 사건에 적용하라는 신청인의 주장을 모두 기각했다.

셰예슨 사건에서 신청인 셰예슨은 중재판정부의 관할권이 중-페 BIT 제8조의 수용 규정 외에 제3조의 최혜국대우 규정을 원용하여 페루-콜롬비아 BIT상 투자 관련 분쟁의 ICSID 중재에서 모든 사유의 제출을 허용하는 조항을 중-페 BIT로 확대 적용함으로써 중재판정부가

484) 동지: 王楠：《最惠國待遇條款在國際投資爭端解決事項上的适用問題》，載《河北法學》第28卷第1期，2010.01，第123頁.

관할권을 가진다고 주장하였다. 이러한 신청인의 주장에 대해 중재판정부는 최혜국대우조항의 목적이 공정한 투자 환경을 제공하고 투자자에 대한 보호를 강화하며 더 나은 지위를 부여하려는 것이지만, 해당 BIT의 최혜국대우조항을 적용할 수 있는지는 구체적인 사건별로 분석해야 한다고 전제하면서, 중-페 BIT의 서문, 부속서 및 체약국의 의도에 대한 분석을 통해 중-페 BIT 제3조의 최혜국대우의 적용범위는 투자관리, 개발 등 실질적인 업무로 제한되고 절차적 규정은 포함되지 않는다고 판단했다.[485] 마지막으로 중재판정부는 중-페 BIT 제8조의 규정이 관할권을 확인하기에 충분하다고 판단하여 제3조의 최혜국대우조항을 분쟁해결 메커니즘에 적용하는 것을 거부하고 신청인의 최혜국대우 해석에 관한 주장을 받아들이지 않았다.

북경성건 사건에서 신청인은 같은 이유로 MFN 조항을 통해 중재판정부의 관할 범위가 더 넓은 예멘-영국 BIT 분쟁해결 조항을 중-예 BIT에 포함시킬 수 있다고 주장하여 중-예 BIT 제10조 제2항의 '수용 보상금액'에 대한 제한을 회피하려고 하였다.[486] 이에 대하여 예멘 정부는 중-예 BIT의 최혜국대우조항은 최혜국대우조항의 범위를 실질적인 권리로 한정하고 있으며, 그 반대의 해석은 중-예 BIT 제10조 제2항의 분쟁해결 조항의 제한적 언어를 무의미하게 만들 것이라고 하는 반대 의견을 냈다.[487] 결국 중재판정부는 최혜국대우조항을 사용하여 분쟁해결 조항에 대한 예멘 정부의 동의 범위를 확대하는 것은 논란의 여지가 있다는 예멘

---

485) ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, paras. 196, 213.

486) 중국-페루 BIT 제10조 제2항: 분쟁이 서면으로 해결된 날로부터 6개월 이내에 분쟁 당사자 쌍방이 직접 안배를 통해 우호적으로 해결할 수 없는 경우 해당 분쟁은 투자자의 선택에 따라 다음 각호의 어느 하나를 이용한다: (1) 투자가 있는 체약국이 관할하는 법원의 소송 또는 (2) 1965년 3월 18일 워싱턴에서 서명된 '국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약'에 따라 설립된 '국제투자분쟁해결센터'의 중재. 이를 위해 체약국은 수용 보상금액에 관한 분쟁의 중재절차 제출에 대해 철회할 수 없는 동의를 한다. 다른 분쟁은 이 절차에 제출하는 데 당사자들이 동의해야 한다.

487) ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para. 110.

정부의 주장에 동의하였다. 중재판정부는 중-예 BIT 제3조 제1항 본문에서[488] 조약법에 관한 비엔나협약 제31조의 선의해석 원칙에 따라 중-예 BIT의 최혜국대우조항을 해석했다. 중재판정부는 제3조 제1항의 '대우'라는 단어가 절차적 '조치(measures)'를 포괄할 만큼 충분히 광범위할 수 있다고 판단했다. 그러나 이 조항에 첨부된 '그 영토 내에서(in its territory) 투자자에게 제공하는 대우'는 주재국의 '투자 현지 대우(local treatment of the investment)'에 대한 실질적인 영역상 제한을 속성으로 하기 때문에 국제 중재에는 적용하기가 적합하지 않다고 보았다.[489]

한국 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건에서 중재판정부는 한-중 BIT의 MFN 조항은 문맥 해석이 충분히 명확하고 용어가 광범위하지 않아서 문언상 분쟁해결 절차에서 최혜국대우를 제외하는 것으로서 중재판정부의 관할에 관해서는 '동종 규칙'[490] 요건이 충족되지 않는다고 판단해 최혜국대우조항을 근거로 중재판정부의 관할을 인정하려는 안성주택주식회사 측의 중재신청을 지지하지 않았다.

Ⅲ. 소결

전술한 바와 같이 중국 관련 사건의 중재 판정에서는 모두 MFN의 절차적 조항 적용에 대해 부정하였지만 전세계의 투자 중재 판정에서는 MFN의 절차적 조항 적용에 대해 지지한 중재판정부가 다수였다. 이와 같이 여러 사건에서 중재판정부의 판단이 달랐던 이유는 주로 다음과 같은

488) 중국-페루 BIT 제3조 제1항: 체약 당사자는 영토 내의 체약 상대방에 대한 투자에 공정하고 공평한 대우를 보장해야 한다. 이 대우는 법률과 법규에 따라 자국 투자자에게 주는 투자보다 낮거나 최혜국 투자보다 낮지 않아야 한다, 후자가 더 좋다면. 체약국은 법률 및 규정에 따라 해당 영토 내의 계약 상대방의 투자자와 관련된 활동에 대한 대우가 국내 투자자에 대한 대우보다 낮거나 최혜국 투자자에 대한 대우보다 낮아서는 안 되며, 위의 대우는 우선적으로 적용된다.

489) ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction. paras. 113, 116.

490) '동종 규칙'은 최혜국대우조항 적용의 중요한 조건이다. 모든 조약의 최혜국대우조항은 그 특정한 적용 범위를 가지고 있다. 최혜국대우조항은 제3자 조약이 '동일' 또는 '동종'의 사항을 규정한 경우에만 적용된다.

것에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 첫째, 각국 간에 체결된 투자협정이 최혜국대우조항의 적용 범위에 대해 대부분 문언의 의의가 넓어 MFN 조항의 확대 적용의 여지를 남겨두었다. 둘째, MFN 조항이 분쟁해결에 적용되는지 여부를 추론할 때 상황에 따라 중재판정부의 중점은 서로 다를 수 있다. 중재판정부의 관할권 여부가 분명하지 않은 경우에는 MFN 조항이 관할권을 방해할 수 있다는 관점에서 중재판정부 다수는 부정적인 태도를 취하게 된다. 기본조약의 분쟁해결절차는 주재국들이 중재에 동의하는 조건을 규정하고 있기 때문이다. 그러나 해당 사건에 대한 중재판정부의 관할권에 의문이 없어서 중재가 시간 문제일 뿐 언제인가는 개시될 문제일 뿐인 사건의 경우에는 중재판정부는 MFN 조항을 분쟁해결에 적용하고자 한다. 이때는 이미 관할권의 기본 문제는 해결되었기 때문이다.[491] 또한 중재판정부가 체결국의 의도에 따라 MFN 조항을 엄격히 해석할지 여부도 다른 결정을 가져올 것이다.[492]

현재 MFN 조항이 절차적 사항으로 확대 적용되는 것을 지지하는 중재판정부는 기본적으로 조약 체결의 최종 목적, 즉 투자를 보호하고 투자자의 이익을 보호하는 차원에서 ISDS 조항도 이들 투자자를 보호하는 핵심 부분으로 조약상 '투자대우'의 일부를 구성한다고 결론을 지었지만,[493] 그러나 투자자의 권리 보호의 관점에서만 문제를 고려하고, 체결국의 의도를 임의로 추정하고 MFN 조항을 분쟁해결에 적용한다면, 그 결과는 체결국의 의지에서 벗어나 투자자 한쪽을 편애하고, 심지어 주재국의 이익을 해치는 것이 될 수 있다.[494] 앞서 언급했듯이 MFN

---

491) James M. Claxton, *The Standard of Most-Favored-Nation Treatment in Investor-State Dispute Settlement Practice*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2020, p.292.

492) 左玉含・金斗鎭, 앞의 논문(註 385), 363면.

493) 허난이, "ISDS 포럼쇼핑 방지를 위한 투자협정상 MFN 배제조항", 「仲裁研究」 第28卷 第4號, 2018년 12월 1일, 180면.

494) 余劲松：《國際投資條約仲裁中投資者与東道國權益保護平衡問題研究》，載《中國法學》2011年第2期, 第140頁.

조항이 절차적 사항에 적용되는 것에 대해서는 사례별로 중재판정부의 해석과 결론에는 많은 차이가 있으며 때로는 완전히 반대되기도 한다. 이 경우 포럼쇼핑(forum shopping), 조약쇼핑(treaty shopping), 조항쇼핑(provision shopping) 문제가 발생하기 쉽다.[495] 투자조약 중재에서 투자자는 기본조약의 최혜국대우조항에 기초하여 주재국의 각 제3자 조약을 검색하여 그 중에서 자신에게 유리한 조항을 임의로 선택하여 붙여넣고, 다시 조립하여 자신에게 유리한 '새로운' IIA를 형성할 수 있으며, 현실에는 존재하지 않는 '슈퍼조약'을 형성하여 자신을 위해 사용하는 목적을 달성함으로써 자신을 다른 어떤 IIA에 의해 보호되는 투자자보다 유리한 위치에 둘 수 있다.[496] Plama 대 불가리아 정부 사건의 중재판정부와 Telenor 대 헝가리 정부 사건의 중재판정부가 최혜국대우가 IIA 분쟁해결절차에 적용된다고 판정하면서 지적했듯이 그러한 경우 결과적으로 최혜국대우는 여러 협정상의 분쟁해결 조항들의 조화를 촉진할 수 없을 뿐만 아니라 투자자들이 여러 BIT 중에서 자신에게 유리한 분쟁해결 조항을 선택하여 많은 수의 조합을 형성하여 오히려 혼란, 복잡화, 불확실성 및 불안정성을 초래할 수도 있다.[497] 이로 인해 국제투자법의 파편화와 불일치가 심화되고, 국제투자법의 혼란과 불확실성이 초래되며, 국제투자법의 형식과 절차상의 정당성 위기가 가중되며, 국제투자법 체제의 안정성과 정당성까지 위협한다.[498]

---

495) Scott Vesel, *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, Yale Journal of International Law, 2007, 32:125., pp.169-179, at http://hdl.handle.net/20.500.13051/6540.(Lastly visited on: 2023.4.18.).

496) Suzy H. Nikièma, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2017.02, p.21, at https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf(Lastly visited on: 2023.4.18.).

497) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 219; Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, paras. 93-94.

이처럼 투자협정 당사국이 협상 당시의 의도에 반하여 ISDS 절차 규범을 확대하여 포럼쇼핑 문제가 발생하는 것을 방지하기 위해 2010년대 이후 투자협정에서 분쟁해결과 관련된 MFN 적용을 배제하는 조항이 증가하고 있다. 최근 체결된 투자협정, 특히 FTA의 투자 장에는 명확한 MFN 배제 조항이 포함되어 있다. 이들 대부분은 MFN 조항에서 명시적으로 동 조항이 ISDS 절차에 대해서는 적용되지 않음을 분명히 하거나, MFN 적용 범위의 예외에 절차적 규정을 명시하고 있다.[499] 중국은 중국-캐나다 BIT(2012) 제5조 제3항에서 "더 확실하게 하기 위해, 이 조항의 제1항과 제2항에서 언급된 '대우'는 다른 국제투자 조약 및 기타 무역협정에서 제C부분과 같은 분쟁해결 메커니즘을 포함하지 않는다."고 규정하였다. RCEP는 또한 '기타 기존 또는 향후 국제협정에 따른 모든 국제 분쟁해결절차 또는 메커니즘'을 MFN 조항에서 명시적으로 제외한다. 이는 최혜국대우 적용범위 개혁의 주류 흐름과 일치하는 것이다.

그러나 세예슨 사건, 안성주택 사건, 북경성건 사건 등 전술한 세 건의 중국 관련 사례에서 각 중재판정부가 절차적 사항에 최혜국대우를 적용하는 것을 지지하지 않는 점은 주목할 가치가 있다. 이러한 입장은 중국 정부에게 나쁜 소식은 아니지만 중국 투자자를 보호하는 데 반드시 유리하지는 않을 것이다. 현재 중국의 해외투자 상당수는 아프리카 등 개발도상국으로 흘러가고 있다. 전술한 바와 같이 중국이 1997년까지 체결한 중국의 1세대 BIT는 기본적으로 수용 보상금액에 관한 분쟁에 대해서만 중재를 허용하고 있지만, 중국의 경제력이 증가하고 일대일로 구상이 진행됨에 따라 1세대 BIT가 점점 더 중국 투자자들의 해외투자 이익을 보호하는 요구를 충족시키지 못할 수 있어서 중국의 2세대, 3세대 BIT의 경향은 ISDS의 적용 범위를 확대하여왔다. 그러므로 중국 해외 투자자는 MFN 조항을 통하여 투자 주재국과 제3국이 체결한 투자협정

498) UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance,* United Nations, 2015, pp.130-131.
499) 허난이, 앞의 논문(註 493), 183면.

또는 중국의 2세대나 3세대 BIT 중 자신에게 더 유리한 분쟁해결절차를 선택해 자신의 권익을 보호할 수 있다. 예를 들어 주재국의 현지 구제 절차를 넘어 국제중재를 직접 거론하는 식이다.[500] 그러나 MFN을 분쟁해결 조항에서 제외하는 것이 보편화된 차세대 IIA에서는 이 같은 접근이 불가능하다. 따라서 중국 투자자들의 해외투자의 절실한 이익을 보호하고 쌍방향 투자대국으로서의 국익의 균형을 어떻게 맞출 것인가는 중국 정부가 심각하게 받아들여야 할 문제이다. 앞서 이야기하였듯이 중국의 경우 1세대 BIT의 좁은 중재 관할권으로 인하여 중국인 해외투자자가 보호를 받지 못하는 문제를 해결하기 위해서 중국 정부는 다른 나라와 체결한 1세대 BIT의 업그레이드 의정서를 체결하여 중재 신청의 범위를 확대하여야 한다.

제5절 중국 관련 ISDS에서의 간접수용 문제

Ⅰ. 간접수용의 범위 및 내용

수용(expropriation, taking) 관련 쟁점은 외국인 투자자가 보호를 구하는 중요한 중재신청 사유이다. UNCTAD의 통계에 따르면 2022년 7월 31일까지 종결 또는 진행 중인 ISD 중재 1,229건 중 수용에 관련된 사건이 모두 592건인데 그 중 간접수용 사건이 492건이다. 수용은 투자분쟁 중 공정대우에 이어 두 번째로 큰 중재신청 사유이고[501] 특히 간접수용은 수용 분쟁의 초점이다.

수용은 국제투자협정에서 매우 중요한 개념이며, 거슬러 올라가면 과거에는 외국인 보호에 대한 주재국의 국내법이나 국제법의 적용

500) 장만·하현수, “중국 BIT상 최혜국대우조항의 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 적용에 관한 연구”, 「아태비즈니스연구」 제10권 제1호, 2019년 3월, 129면.

501) 공정대우위반으로 청구된 건수는 616건이다. 데이터 출처: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search(검색일: 2023.2.21.).

문제로서 다루어졌다. 현대 국제투자법에서 수용은 특정 공공 목적을 위해 비차별을 기반으로 하고 정당한 절차 원칙과 보상 및 지불 원칙을 따라야 합법적이다.[502] UNCTAD가 발간한 보고서에 따르면 수용은 직.간접의 수용을 포괄하는 광의의 개념으로 정부가 행하는 다양한 형태의 공적 조치들을 의미한다. 현재 쌍무투자조약에서 수용의 개념은 끊임없이 확대되고 있으며, 이 개념은 현재 직접수용, 간접수용, '점진적 수용(creeping expropriation)' 그리고 '규제적 수용(regulatory expropriation)'을 포함한다. 국제투자 중재에서 상대적으로 직접수용, 간접수용이 전통적인 분류였으나, 점진적 수용과 규제적 수용이 새로운 수용 형태로 추가되었다. 점진적 수용은 투자 가치를 떨어뜨리는 외국인 투자자의 소유권에 대한 침해가 '느리고 점진적으로' 진행되는 경우를 말한다. 미국법률협회(American Law Institute)의 재록(Restatement)은 점진적 수용을 '외국인의 재화를 조세, 규제, 또는 그밖의 몰수적 조치(confiscatory action), 또는 금지하거나(prevents), 불합리하게 개입하거나(unreasonably interferes with), 또는 부당하게 지연하는(unduly delays) 조치'로 정의한다.[503] 규제적 수용은 국가의 경찰권 행사에 속하는 재산 취득 또는 투자유치국의 환경, 보건, 도덕, 문화 또는 경제 규제에 관련된 국가의 조치에서 발생하는 것을 말한다.[504]

국제투자법은 통상 정부가 행정이나 입법 활동을 통해 개인이나 기업이 보유한 유무형의 재산을 강제로 취득하는 행위를 직접수용으로 간주한다. 간접수용은 직접수용에 비해 판단하기 어려운 경우가 많으며, 투자협약은 일반적으로 간접수용의 범주를 명확히 정의하지 않고 국제관습법에 맡겨 그 범주를 정한다. 예를 들어 한국-미국 FTA에서는 다음과 같이 규정하고

---

502) 沈偉：《构建"一帶一路"高水平投資協定：基于征收條款的考察》，載《蘭州大學學報(社會科學版)》2021年第49(03)期, 第141頁.

503) The Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States §712 cmt. g (1987). 左玉含・金斗鎭, 앞의 논문(註 385), 366면에서 재인용.

504) 김인숙, "ISD 소송사례를 통해서 본 간접수용 판단의 기준과 국내적 시사점 연구", 「원광법학」 제37권 제2호, 2021년, 128면.

있다. '간접수용은 공식적인 소유권의 이전 또는 직접적인 탈취 없이, 투자의 전부 혹은 거의 전부에 대한 박탈을 포함하는 것으로 이해되고 있다.'[505] 다시 말하면 간접수용은 투자유치국 정부의 조치로 인해 투자를 이용하거나 그로부터 발생하는 혜택을 향유하는 외국인 투자자의 권리가 실질적으로 심각하게 지속적으로 회복 불가능하게 항구적으로 박탈되거나 투자의 활용, 향유, 통제, 소유, 처분, 양도 등 소유와 관련된 권리가 심각하게 영향을 받아서 투자의 가치와 이익이 심각하게 훼손된 경우를 말한다.[506] 이 설명에 따르면 간접 수용은 국제투자에서 매우 다양한 형태로 존재한다.

중국은 1982년 스웨덴과 체결한 첫 BIT에서 간접수용에 관한 표현을 썼지만 규정이 매우 단순해 정의가 모호할 뿐 아니라 간접수용의 인정 기준과 방법도 규정되어 있지 않고 간접수용의 예외조항도 두지 않았다. 중국-스웨덴 BIT 제3조 제1항은 '체약 당사국 중 어느 한쪽이 상대국의 투자자가 그 영토 내에서 투자한 것에 대하여 수용, 국유화 또는 이와 유사한 기타 조치를 취하려면 공공의 이익을 위해 적절한 법적 절차를 따르고 보상을 해야 한다'고 규정하고 있다. 이 조항에서는 '이와 유사한 기타 조치(or take any other similar measure in regard to)를 취하는 것'이 사실상 간접수용이다. 이후 중국이 체결한 투자협약들은 모두 이와 비슷하게 간접수용을 규정하고 있지만 표현이 완전히 같지는 않다. '기타 유사한 효과의 조치',[507] '기타 동등한 조치', [508] '효과가 수용・국유화에 해당하는 그 밖의 조치',[509] '기타 박탈효과를 발생시키는 조치'[510] 등이다. 기본적으로 수용 또는 국유화 다음에 위와 같은 문구를 붙이는 식이다. 또 중국과 독일은 2003년 12월 1일 BIT 제4조를 개정하여, '체약국의

505) 한국-미국 FTA 수용부속서 11-나 3.
506) 김인숙, 앞의 논문(註 504), 129면.
507) 중국-일본 BIT 제5조 제2항.
508) 중국－아세안 전면경제합작협정 제8조 제1항.
509) 중국-케냐 BIT 제4조 제2항.
510) 중국-우간다 BIT 제4조 제1항.

투자자는 체약국의 영역 내에서 직접 또는 간접적으로 수용, 국유화하거나 수용 또는 국유화 효과를 갖는 기타 조치를 취해서는 아니 된다'고 규정했다. 이 규정은 기본적으로 수용에 대한 NAFTA 제1110조의 규정과 동일하다.

통계에 따르면 2015년 무렵에 중국이 체결한 145개 BITs 중 138개(전체의 약 95%)는 위와 같이 간접수용에 대한 규정이 매우 단순하며, 모두 간접수용에 대한 개념 정의가 없으며 간접수용의 인정 기준과 구체적인 예외조항도 규정하지 않았다.[511] 이런 모호한 간접수용 규정 때문에 간접수용에 대한 보상을 청구하는 투자분쟁 사건이 발생한 경우, 판단기준이 부족해 간접수용 발생 여부를 어떻게 판단할 것인지가 중재판정부의 쟁점이 되고 있다.

Ⅱ. 간접수용의 판단기준

간접수용은 직접수용과 마찬가지로 개인이 갖는 사유 재산권의 보장이라는 측면에서 원칙적으로 금지되는 조치이다.[512] 그러나 국제관습법에 따르면 정부의 조치가 공공의 목적으로 정당한 법적 절차에 부합하고 수용에 비차별적이며 수용에 대한 보상이 있을 경우에만 국가는 외국인 투자자의 재산을 몰수할 수 있다. 그러나 이런 규제는 너무 포괄적이다. 또한 자본유입국과 자본유출국 간의 이익의 차이와 법률, 경제, 문화 차원에서 재산권에 대한 이해가 다르기 때문에 게다가 국경을 넘나드는 투자활동에서 주권국가의 규제권한에 대한 입장도 엇갈려 간접수용인지 여부의 판단이 중재 실무의 난제이다.

최근 몇 년 동안 새로운 간접수용 규칙을 포함하는 투자조약은 예외 없이 간접수용의 식별이 사례별 및 사실 조사에 기초해야 한다고 강조했다. 중국-페루 FTA(2009)는 간접수용에 대한 판단을 '사실에 기초한

511) 王小林：《國際投資間接征收的中國關切》,載《北方法學》第9卷總第50期, 2015年第2期, 第86頁.
512) 김인숙, 앞의 논문(註 504), 130면.

사안별 조사'로 요구하고 있다. 이는 커먼로에서 유래한 사안별 판단방법이 여러 양자투자협정에서도 인정받고 있는 것이다. 중재판정부는 셰예슨 사건에서도 이러한 현실주의적 진로를 채택하여 수용의 구성을 "추상적으로 답할 수 없으며 특정 상황과 특정 목적에 근거하여 판단할 수 있다" 고 지적했다.[513] 다음은 종결된 중국 관련 사건들중에서 간접수용에 관한 쟁점을 포함한 사건들을, 그 원인을 중심으로 정부의 임시 규제 조치, 정부 정책의 조정 또는 새로운 법령의 반포, 그리고 환경보호라는 공익상 필요에 의한 조치 등이 야기한 분쟁으로 분류하여 그에 대한 중재판정부의 판단기준을 살펴본다.

1. 정부의 임시 규제 조치로 인한 분쟁

'점진적 수용 또는 간접수용의 효과가 있는' 국가조치의 내용에 대한 연구는 국제투자협정 및 판례법에서 가장 논쟁적인 문제 중 하나이다. 정부의 임시 규제 조치로 인한 투자분쟁의 첫 번째 사건은 셰예슨 대 페루 정부 사건이었다. 이는 중국 투자자들이 ISDS에서 실체적 권리를 얻어 승소한 첫 사례이다. 이 사건 중재판정부는 셰예슨이 투자한 페루의 TSG 회사(TSG Perú S.A.C.)에 대한 페루 정부의 임시 조세조치가 본질적으로 자의적인 행위이며 자의적인 수탈에 해당한다고 지적했다. 이 조치는 최소 3년 동안 TSG 운영을 방해하여 사업 수익률을 떨어뜨릴 뿐만 아니라 회사의 운영 능력을 크게 제거하거나 좌절시킬 수 있었다.[514] 임시 조치를 시행하기 전에 관련 정부 부처가 정당한 절차를 이행하지 않았고 투자자가 보상을 받지 못했기 때문에 해당 조치는 수용에 관한 조약 규정을 위반한 것이므로 간접수용이 성립되어 페루가 패소한 것으로 판단된다.

두 번째 사건은 중국핑안 대 벨기에 정부 사건이었다. 이 사건 신청인의 청구사유 중 하나는 직접수용이었지만 학계에서는 간접수용 관점에서 이를 분석하는 경우가 많다. 2008년 경제 위기 동안 벨기에 정부가 '국가

513) 沈偉, 同前注 502, 第144頁.
514) ICSID Case No. ARB/07/6, Award, paras. 217,222.

지원'을 이유로 중국핑안이 보유하던 포티스그룹(Fortis Group)의 주식 90%정도를 인수하여 중국핑안의 투자가 대폭 축소되었으나 이에 대한 보상은 이루어지지 않았다. 벨기에 정부는 은행업의 안정을 보장하고 국내 고용을 촉진하기 위한 공익적 목적이라고 주장하면서 강제 분할 조치를 통해 포티스그룹에 대한 정부 공공 관리를 시행하였다. 이 사건은 관할권의 결여로 인하여 실체적 심리로 넘어가지 않았지만 정부가 '금융규제'라고 주장하는 한시적 규제 조치가 과연 보상이 필요없는 '경찰권 행사[515]의 예외'인지 간접수용인지 검토가 필요하다. 이론적으로 정부의 임시 통제 조치와 경찰권 행사의 구분이 완전히 명확하지 않을 수 있으며, 보상이 필요하지 않은 국가조치와 보상이 필요한 간접수용 사이에 명확한 경계가 없기 때문이다.[516] 그러나 이 사건에서의 벨기에 정부의 조치는 간접수용으로 볼 수 있다.

세 번째는 북경성건 대 예멘 정부 사건이었다. 이 사건에서 예멘의 사나 국제공항에 건설중이던 북경성건의 터미널 건설 프로젝트가 예멘 군대와 보안기관의 습격과 방해로 중단됐다. 프로젝트의 발주기관인 예멘 민항기상청은 북경성건이 프로젝트 지역으로 돌아가 계약을 완료하지 못했다는 이유로 계약 종료를 주장했다. 2014년 북경성건은 예멘 정부가 프로젝트 안전에 대한 보호의무를 이행하지 않고 자산을 강제로 박탈하였다는 이유로 ICSID에 중재를 신청했다. 신청인의 관할권 주장이 중재판정부에 의하여 받아들여진 후 양 당사자는 중재절차를 종료하기 위해 화해를 선택했다. 그러나 이 사건의 프로젝트는 전형적인 일대일로 관련 투자 인프라 프로젝트로서 투자자가 주재국에서 직면하는 투자 위험에는 전통적인 정치적 위험뿐만 아니라 다양한 새로운 유형의 정부의

515) 경찰권(police powers): 한 나라의 정부가 '공공의 목적'을 지키기 위해 공중 보건·복지·도덕을 보호하기 위한 조치를 취할 수 있는 권한을 말한다. '지방 보호주의'의 효과를 가져올 수 있기 때문에 국제법은 '공익'에 의한 것인지, '지방 보호'에 의한 것인지를 판별하는 데 어려움이 있다. 일부 BITs는 주재국이 경찰권을 합리적으로 행사하는 예외 조항을 두어 주재국이 자국의 공익에 부합하는 합리적인 규제 정책을 수립할 수 있는 조약 근거를 제공한다.

516) 김두진, 앞의 책(註 26), 274면.

규제적 위험이 포함될 수 있음을 보여주었다. 특히 각국이 정부 규제권한을 중시함에 따라 향후 친환경·보건·노동자 보호 등 공공안전을 명분으로 한 각종규제에 의한 외국 투자자 배척이나 차별이 늘어날 수 있으므로 중국 해외투자자는 이 문제에 관하여 촉각을 곤두세워야 한다.[517]

2. 정부 정책의 조정 또는 새로운 법령의 반포로 인한 분쟁

중국의 해외진출 전략과 일대일로 이니셔티브의 지속적인 추진으로 개발도상국 및 상대적으로 법치가 낙후된 지역에 대한 중국 투자자의 투자는 현지 정부 정책의 영향을 받기 쉽고 복잡한 상황에 직면할 수 있다. 마찬가지로 중국은 경제 구조조정과 산업 고도화라는 중대한 시기에 있고, 정부 정책 조정과 새 법령 반포도 중국에 투자하는 해외 투자자들에게 영향을 미칠 수 있다. 때문에 간접수용에 관련된 많은 중재 사건이 정부 정책의 조정 또는 새 법령의 반포와 관련되어 있다.

그러한 종류의 첫 번째 사건은 한국 안성주택주식회사 대 중국 정부 사건이었다. 이 사건은 조기기각 절차로 진행되어 실체적 심리에는 들어가지 않았지만 이 사건에서 중국의 지방정부의 관리위원회는 중국의 부동산 정책 변화로 당초 투자협약에서 약속한 가격으로 토지 인도 의무를 이행할 수 없다고 안성주택에 통보하였다. 그러자 안성주택은 해당 투자사업을 헐값에 매각해 막대한 손실을 입게됐다고 주장하였다. 이러한 종류의 사건에서는 간접수용 여부가 정부 조치가 투자자에 미치는 정도와 투자자의 적법한 합리적 기대의 보호를 고려하여 결정된다. 대부분의 중재판정은 정부 조치가 투자자에 미치는 정도를 중요한 판단 요인으로 삼아서, 해당 정부행위가 투자자에게 심각한 경제적 영향을 초래하지 않으면 간접수용이 성립하지 않는 것으로 보고 있다.[518] 또한 중재판정은

---

517) 張慶麟：《論國際投資協定中東道國規制權的實踐及中國立場》，載《政法論叢》2017年第6期，第76頁.

518) 左玉含·金斗鎭, 앞의 논문(註 385), 369면.

합리적 기대는 외국인 투자가가 양자조약이나 주재국 법에 기초해 투자를 하는 동안 법률정책 등의 갑작스러운 변화에 따른 이익 감소 및 재산가치 감소가 없을 것이라는 기대라고 보고 있다. 그러나 국제투자에서의 합리적 기대는 아직 개념이나 내용이 명확하게 정의되지 않은 채 국제투자에서의 합리적 기대를 보호하는 것은 '공정하고 공평에 부합하는 대우(Fair and Equitable Treatment, FET)'의 한 요소로 보고 있다.[519]

두 번째 사건은 Sanum 대 라오스 정부 사건 Ⅰ이었다. 이 사건에서 라오스 정부는 신청인 Sanum 회사의 도박장 개설 절차상의 증뢰(bribery) 및 부패행위(corruption) 등을 이유로 영업허가를 취소하고, 그 카지노 개설권을 취소하고, 큰 액수의 세금.벌금을 부과했다. 신청인은 라오스 정부의 행위가 FET 조항, MFN 조항 및 수용 조항을 위반했다고 주장하며 PCA에 투자 중재를 신청했다. 이 사건에서 중재판정부는 라오스 정부의 사업자등록 취소 행위 등이 일종의 수용조치인지, 아니면 피고가 의무를 다하지 못해서 계약해지권을 행사한 것인지에 대해서는 명시적으로 판단하지 않았다. 그러나 중재판정부는 신청인 Sanum의 수용 보상금 청구를 모두 기각하였다.

세 번째는 북경서우강 등 대 몽골 정부 사건이었다. 2012년 북경서우강 및 기타 회사(이하 '신청인들')는 몽골 정부의 광업권 회수 등의 조치가 수용에 해당한다는 이유에서 중-몽 BIT를 근거로 국제 중재를 신청했다. 비록 이 사건에서 중재판정부는 관할권이 결여되었다는 이유로 심층 실체심리에 들어가지 않고 신청인의 청구를 기각하였지만 몽골 정부의 허가 취소 행위가 법적 정당성이 있는지, 투자협정에 규정된 국가의 공익에 부합하는 정부 행위에 해당하는지 여부는 좀 더 따져볼 필요가 있다. 이 사건에서 신청인들은 철광석 국제시세가 낮은 시기에 몽골 정부로부터 획득한 광업권을 보유하고 있었는데 철광석 국제시세가 높아진

519) Emmanuel T. Laryea, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & S ufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Spri nger Singapore, 2021, p.97.

후 새로 집권한 몽골 정부가 신청인들의 합작회사인 Tumturei로부터 그 광업권을 회수하여 몽골 국영기업인 the Darkhan Metallurgical Plant ('Darkhan')에게 부여한 행위는 간접수용에 해당한다고 볼 여지가 많다고 본다.

네 번째는 중산시 푸청공업투자유한회사(이하 '중산푸청(中山富城)'이라 한다) 대 나이지리아 정부 사건이었다. 이 사건은 중국 본토 투자자가 아프리카 국가를 상대로 신청한 첫 번째 투자 중재 사건이며, 중국 본토 투자자들이 실체적 승소를 거둔 첫 번째 투자 중재 사건이다. 중산푸청은 2010년부터 2016년까지 나이지리아 오군(Ogun) 정부 등과 합작계약을 통해 '오군 광둥 자유무역지대'를 공동으로 건설·관리·운영하였다. 2016년 5월부터 오곤 주 정부는 합작계약을 종료하고 중산푸청의 권리와 자산을 인수했으며 경찰 등을 통해 중산푸청 회사를 위의 자유무역지대에서 추방했다. 중산푸청은 나이지리아 법원에 소송을 제기하고 싱가포르 국제중재센터에 중재를 신청했지만 결국 무산됐다. 2018년 8월 30일, 중산푸청은 '중국-나이지리아 BIT(2001)'에 따라 임시 중재를 신청했으며, 중재지는 영국 런던, 중재기구는 PCA이었다. 중산푸청은 2016년 나이지리아가 취한 관련 조치가 투자 보호, FET 조항에 따른 의무를 위반하였고 불법적이고 간접적인 수용을 구성한다고 주장하며 이에 따라 나이지리아가 손실을 배상할 것을 요구했다.

중산푸청은 먼저 관할권 주장을 인정받은 후 2021년 3월 26일 실체 승소 판정을 받았으며 중재판정부는 나이지리아가 2016년 중국-나이지리아 BIT(2001) 제2(2)조(지속보호), 제2(3)조(비합리적이거나 차별적인 조치의 금지), 제3(1)조(FET) 및 제4조(수용)에 따른 의무를 위반했다고 인정하여 해당 행위는 중산푸청에 대한 수용을 구성하며 이로 인해 나이지리아가 신청인에게 각종 보상을 지급해야 한다고 판정했다고 한다(이 사건의 판정문은 공개되지 않았다).[520]

또한 다섯 번 째 사건은 말레이시아 Ekran 대 중국 정부 사건으로서 이

520) 池漫郊，任涛，同前注 96，第28頁.

사건은 화해로 종결되었으며[521], 이 사건에서 하이난성 완닝현(海南省萬寧縣) 인민정부는 현지 법규에 따라 외국인 투자 기업이 취득한 국유 토지 사용권을 직접 회수했다. Ekran은 ICSID에 중재를 청구하여 피신청인에게 토지 피수용손실과 예상이익손실에 대한 보상금액을 청구하였다. 그러나 양측은 물밑 협상을 벌여 분쟁은 화해로 종결되었고 ICSID의 중재절차는 마무리되었다.

3. 환경보호의 공익상 필요에 의한 조치가 야기한 분쟁

현재 중재절차가 진행 중인 싱가포르 아화회사(AsiaPhos Limited) 대 중국 정부 사건에서 쓰촨성(四川省) 지방 정부가 문제의 구딩산(九鼎山) 광산이 판다 자연 보호구역에 위치해 있기 때문에 지속가능발전과 환경보호라는 공공 이익을 고려하여 외국 투자자인 아화회사의 광산 채굴 및 운영을 중단하기로 결정, 통지하고 채굴권 연장 신청을 기각했다.[522] 아화회사는 해당 결정이 국제법에 어긋난다고 주장하면서 2020년 임시중재를 신청했다. 정부의 공익적 판단이 간접수용으로 인정될지 주목된다.

4. 소결

위의 사례들에서 등장한 정부의 조치들을 정리하면 정부의 임시 규제 조치, 정부 정책의 조정 또는 새로운 법령의 반포, 그리고 환경보호라는 공익상 필요에 의한 조치 등 형태가 다양함을 알 수 있지만 현재 대부분의 IIAs는 간접수용의 판단기준에 대한 구체적인 규정이 없다. 간접수용 여부가 문제되는 때에 관련 조약에 정부의 조치와 그로 인한 해외 투자자의 피해 사이의 인과관계에 대한 구체적인 규정이 없는 경우

521) At https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/11/15.(Lastly visited on 2023.4.18.).

522) AsiaPhos Limited v. People's Republic of China, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1106/asiaphos-v-china.

중재판정부는 국제법의 일반원칙에 따라 처리할 것이다. 중재판정부는 정부 조치가 수용에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 '순수효과' 기준을 따르는 경우가 많다. 국제법의 주도적(dominant) 개념인 순수효과 기준을 따르는 방법의 본질은 정부 조치의 효과를 평가하는 데 있다. 정부 조치로 인해 투자가 완전히 또는 실질적으로 박탈되거나 자산 가치가 크게 감소하거나 기업 운영 능력이 저하되는 경우 해당 조치는 수용에 해당하며 주재국 정부는 투자자에게 보상을 제공해야 한다. 그러나 주재국의 하나 또는 일련의 조치가 투자의 경제적 가치에 부정적인 영향을 미친다는 사실만으로는 간접수용이 발생했다고 판단하기에 충분하지 않다. 이러한 투자재산에 미치는 영향의 심각성에 주목하여 정부 조치의 투자교란 정도를 추정하는 방법은 결정적인 평가방식이다.[523] 투자 중재 관행은 이러한 판단방법을 수용하여 투자자에게 미치는 영향의 규모나 심각성을 통해 간접수용의 발생 여부를 판단한다.[524] 실제로 재산권의 수용은 아니지만 실질적으로 '투자자의 재산 사용권을 무효로 하는' 조치를 간접수용으로 인정하는 추세도 나타났다. 결론적으로 '이 조치가 주재국의 명백한 이익을 위해 반드시 필요한 것은 아니더라도' '투자자가 재산에 대한 점유권을 완전히 상실하지는 않았다'고 하더라도 '소유자의 재산의 전부 또는 중요한 부분의 사용 또는 합리적으로 예상되는 경제적 이익을 박탈하는 것'은 수용에 해당한다.[525]

Ⅲ. 중국이 체결한 투자협정 중 간접수용에 관한 규정이 포함된 것들

중국이 체결한 170개의 투자관련 협정 가운데 8개에서 간접수용에 대해 비교적 구체적인 규정을 두고 있다.[526] 최근 중국이

523) Christoph Schreuer, *The concept of expropriation under the ETC and other investment protection treaties*, CSUN paper, 20 May 2005, pp.28-29.
524) 김인숙, 앞의 논문(註 504), 138면.
525) 沈偉，同前注 502，第143頁.
526) 2022년말 기준 중국이 외국과 체결한 양자투자협정(BITs)은 145개, 조약 중

인도・콜롬비아・캐나다・탄자니아와 맺은 양자투자협정, 일본・한국과 맺은 3자간 투자협정, 뉴질랜드・페루・칠레와 각각 체결한 자유무역협정(FTA)의 투자 장이나 투자에 관한 추가협정이 그에 속한다.

중국의 2세대 투자협정에 속하는 2006년 중국과 인도의 양자투자협정 의정서에서 간접수용의 세부 기준은 다음과 같이 규정되어 있다(따옴표는 필자가 추가).

> 2. 특정 상황에서 일방적인 행위 중 하나 또는 일련의 행위가 상기 제1항에 언급된 행위(수용 또는 국유화)를 구성하는지 여부를 결정하기 위해서는 다음을 포함한 다양한 요소를 고려하면서 '사실에 근거한 사례 검토(case by case, fact based inquiry)'를 요한다.
> (1) 하나 또는 일련의 행위의 '경제적 영향(economic impact)'이다. 그러나 한쪽의 행위 중 하나 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 '부정적인 영향(adverse effect)'을 미친다는 사실만으로는 수용 또는 국유화가 발생하였음을 추정하기에 충분하지 않다.
> (2) 행위의 범위 또는 적용에 있어서 특정 체약국 또는 특정 투자자 또는 특정 기업을 '차별하는 정도(the extent to which the measures are discriminatory)'
> (3) 하나 또는 일련의 행위가 '분명하고 합리적인 투자에 근거한 기대(reasonable, investment-backed expectations)'을 침해하는 정도
> (4) 하나 또는 일련의 행위의 성격과 목적, 선의의 공익목표를 위해 취했는지 여부, 그리고 행위와 수용목적 사이에 합리적인 관계가 있는지 여부.
> 3. 개별 상황에 있어서가 아니면 사법기관의 보편적 적용 효력이 있는 판정에 따라 취한 행위를 포함하여 체약국이 취한 공익을 보호하기 위한 비차별적 통제 행위는 간접수용 또는 국유화를 구성하지 않는다.[527]

중국 국제투자 조약의 실무상 중국-인도 BIT는 처음으로 간접수용의 의미와 구별기준을 명확하게 규정한 협정이다. 그것은 또한 간접수용에 관한 중재 관행과 미국[528]과 같은 다른 국가의 최근 조약 관행을 참조하여

투자보호 규정을 포함한 것(TIPs)은 25개이다. UNCTAD, at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china(Lastly visited on 2023.4.16.).

527) Protocol to India-China BIT, Ⅲ Ad Article 5.

528) 미국 2004 BIT 모델: (a) 구체적인 사실 상황에서 체약국의 하나 또는 일련의 행위가 간접 수용에 해당하는지 여부를 결정하려면 사실에 기반한 사례 분

다음과 같이 간접수용에 대한 구별기준과 방법을 규정하였다. 첫째, 문제의 정부행위가 범위 또는 적용 측면에서 어느 한쪽 당사국 또는 투자자나 기업을 차별하는 정도라고 하는 제2항 제2호의 구별기준(이 BIT에서 처음 추가된 것이다)을 규정하였다. 둘째, 제2항 제4호의 구별기준인'목적기준'에 있어서 해당 행위의 성격과 목적뿐만 아니라 '선의의 공익목표를 위해 그 행위를 취했는지 여부 및 이와 같은 행위와 수용목적 사이에 합리적인 연관성이 있는지 여부'에 대한 고려를 명확히 요구함으로써 간접수용 여부의 판단에 있어서 문제의 행위의 성격과 목적을 어떻게 고려할 것인지에 대한 지침을 제공하였다.[529] 그러나 이후 체결된 중국의 2세대 투자협정들에서는 이러한 형식의 간접수용 기준에 대한 문언이 다시 사용되지 않았다.

같은 2세대 투자협정인 2008년 4월 7일 체결된 중국-뉴질랜드 FTA(Free Trade Agreement Between The Government of the People's Republic of China And The Government of New Zealand) 부속서 13에서도 간접수용의 정의, 인정기준 및 방법을 규정하여 어떤 행위가 수용을 구성하는지 명확한 지침을 제공하고 있다. 이 협정에서 간접수용은 ① '직접수용과 상응하는 방식으로(in a manner equivalent to direct expropriation)' 투자자의 재산에 대한 사용권을 실질적으로 박탈하는 것[530]으로서, 그 박탈은 ② '심각하거나 무기한(severe or for an indefinite period)'이면서[531], '공적인 목적에 걸맞지 않은(disproportionate to the public purpose)' 것[532]이라는 조건을 동시에 갖추어야 하는 행위로

석이 필요하며 기타 요소를 고려해야 한다: (1) 정부행위의 경제적 영향, 그러나 체약국의 하나 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 영향을 미친다는 사실만으로는 간접수용이 발생하였다고 판단하기에 부족하다. (2) 명백하고 합리적인 투자 의존적 기대치에 대한 정부행위의 개입 정도. (3) 정부행위의 특징. (b) 극히 드문 경우를 제외하고, 체약국이 공중 보건, 안전 및 환경 보호와 같은 합법적인 공공 복지 목표의 비차별적 통제를 적용하는 것은 간접수용을 구성하지 않는다.

529) 王小林, 同前注 511, 第87頁.

530) 중국-뉴질랜드 FTA, Annex 13 Articles 2 (b).

531) *Id.*, Articles 3 (a).

정의된다. 그리고 재산권의 박탈은 그 효과상 해당 투자자 또는 그 투자자가 속한 집단에 대하여 차별적인 경우[533] 또는 계약, 면허 또는 그밖의 법적 문서에 의한 정부의 사전 서면 약속을 위반한 경우[534]에는 간접수용을 구성할 가능성이 높다. 또한 아주 드문 예외적 상황을 제외하고, 보건, 안전 및 환경을 포함하는 공공복지(public welfare)의 보호로서 합리적으로 정당화되는 정부의 규제권 행사에서 취해진 조치는 간접수용을 구성하지 않는다.[535]

또 다른 중국이 최근 체결한 투자협정을 보면 간접수용에 대한 기준은 2004년 미국의 양자투자협정 모델 정의를 엄격히 준수하고 있어 수용을 다루는 데 있어 중국이 미국의 입장에 접근할 의사가 있음을 보여준다.[536]

예를 들어 중국의 3세대 투자협정에 속하는 중-캐 BIT(2012) Annex B.10에서는 간접수용의 판정 기준을 다음과 같이 특별히 규정하였다.

> 1. 간접수용은 체약국의 권리의 정식 이전 또는 명백한 몰수와 상응하는 효과를 가지는 하나 또는 여러 행위로부터 생길 수 있다(Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Contracting Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.).
> 2. 체약국의 하나 또는 여러 행위가 간접수용을 구성하는지 여부의 판단은 다음을 포함한 다양한 요소를 고려하면서 사실에 기반한 사례 분석이 필요하다(The determination of whether a measure or series of measures of a Contracting Party constitutes an indirect expropriation requires a case-by case, fact-based inquiry that considers, among other factors):
> (a) 정부행위의 경제적 영향, 그러나 계약당사자의 하나 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 영향을 미친다는 사실만으로는 간접수용이 발생하였다고 판단하기에 부족하다.
> (b) 하나 또는 일련의 행위가 분명하고 합리적인 투자에 근거한 기대(reasonable, investment-backed expectations)을 침해하는 정도,

532) *Id.*, Articles 3 (b).
533) *Id.*, Articles 4 (a).
534) *Id.*, Articles 4 (b).
535) *Id.*, Articles 5.
536) 沈偉，同前注 502，第144頁.

그리고

(c) 하나 또는 일련의 행위의 성격(the character of the measure or series of measures).

3. 하나 또는 일련의 행위가 너무 심각하여 그것이 선의로 채택되고 적용되었다고 합리적으로 볼 수 없는 경우와 같은 예외적인 경우를 제외하고는, 체약국의 비차별적인 하나 또는 일련의 행위, 보건, 안전, 환경과 같은 시민들의 복지를 위한 적법한 공공 목적을 보호하기 위하여 선의로 고안되고 적용되는 하나 또는 일련의 행위는 간접수용을 구성하지 않는다(Except in rare circumstances, such as if a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, a nondiscriminatory measure or series of measures of a Contracting Party that is designed and applied to protect the legitimate public objectives for the well-being of citizens, such as health, safety and the environment, does not constitute indirect expropriation.).

한·중·일 투자협정(대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정)(2012) 의정서의 국문본 및 영문본의 제2조 제2호 나목 및 다목도 다소 다른 표현을 쓰면서도 같은 취지로 침해의 심각성, 행위의 목적에의 비례 여부, 규제의 비차별성 등을 간접수용 여부의 판단에 고려하여야 한다는 것을 규정했다(따옴표 필자 추가).

2. 나. 체약국의 행위 또는 일련의 행위가 특정 사실 상황에서 간접수용을 구성하는지 여부에 대한 결정은 다른 요소들 중에서 다음의 요소를 고려하는 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.

1) 행위 또는 일련의 행위의 경제적 영향. 그러나 그러한 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.

2) 행위 또는 일련의 행위가 '투자에 기인한 분명하고 합리적인 기대(distinct and reasonable expectations arising out of investments)'를 침해하는 정도, 그리고

3) 그러한 행위가 그 목적에 비례하는지(disproportionate in light of its purpose) 여부를 포함하여 행위 또는 일련의 행위의 성격과 목적

다. 체약국의 행위 또는 일련의 행위가 그 목적에 비추어 극

히 심하거나 불균형적인 경우와 같은 드문 상황을 제외하고는 정당한 공공복지 목적으로 체약당사자가 채택한 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.

중국-탄자니아 BIT(2013)는 위에서 언급한 수용 판단 기준을 계속 유지했으며 이를 기반으로 간접수용의 구별 기준으로서 체약국의 다른 체약국 투자자에 대한 '구체적인 약속(specific commitments)'에 기인한 '명백하고 합리적인 투자기대(clear and reasonable investment expectations)'를 침해하는 하나 또는 일련의 행위의 정도라는 요인을 추가했다.[537] 일반적으로 중국이 최근 체결한 IIA의 간접수용 조항에 관한 규정은 중재판정부의 해석의 여지를 좁히는 상세한 판단기준을 규정함과 동시에 주재국의 규제정책 공간과 투자자의 이익보호의 균형을 중시하고 있으며, 이는 국제투자협정의 발전 추세와 일치한다.

537) 중국-탄자니아 BIT (2013), Article 6.2.(c). the extent to which the measure or the series of measures interferes with the clear and reasonable investment expectations of investors of the other Contracting Party; where such expectations arise from specific commitments made by one Contracting Party to the investors of the other Contracting Party.

제5장 중국 ISDS의 미래 선택

앞서 언급했듯이 ISDS는 외국인 투자자에게 주재국 정부를 국제중재판정부에 직접 제소해 해결할 수 있는 가능성을 열어주어 투자분쟁을 '탈정치화'하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 주재국 법체제에 존재할 수 있는 사법부패, 지방보호주의, 비효율성 등의 요인이 투자분쟁해결에 방해가 되지 않도록 했다. 이처럼 전통적인 정치적 해결 방법과 사법적 해결 방법에 비해 ISDS 메커니즘은 분명한 이점이 있다. 그러나 2008년 금융위기 이후 세계 각국은 일반적으로 경제행위와 자본흐름에 대한 관리통제를 강화하고 있으며, 아르헨티나 등 일부 국가는 경제위기에 대응한 투자통제로 인해 외국 투자자로부터 다수의 ISDS 중재신청을 받았다. ISDS가 상사중재로 탈바꿈함에 따라 전체 메커니즘은 투자자의 이익을 보호하고 공익에 대한 고려가 부족하여 많은 국가가 투자 중재에서 패소하고 막대한 배상을 부담하게 되고 있다. 이들 국가는 중재판정부가 자의적 해석권 확대, 주재국의 공익 무시, 판정 불일치 등 많은 문제를 안고 있다며 그에 대해 질의와 비판을 제기하였다. 이는 ISDS의 합법성 위기(Legitimacy Crisis)'를 초래했고 심지어 이미 ICSID 협약에서 탈퇴한 국가도 있다.[538]

이러한 배경에서 ISDS 메커니즘의 개혁은 국제투자법 분야에서 가장 중요한 의제가 되었다. 국제투자법 원칙의 형성과 발전은 명백한 분산 특성을 보여준다. ISDS 메커니즘 개혁의 물결 속에서 국제투자 활동에서 서로 다른 국가의 이익 요구의 차이로 인해 ISDS 메커니즘 개혁의 방향에 대해 서로 다른 주장을 제기하여 모순과 불일치로 가득 찬 개혁 상황을 형성했다. 현재 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 시작한 ISDS 메커니즘의 다자간 개혁 작업은 국제투자 분쟁해결을 규칙 재구성의

538) 볼리비아·에콰도르·베네수엘라에 이어 아르헨티나도 ICSID 협약에서 탈퇴하겠다고 선언했다.

기로로 몰고 있다. 최근 몇 년 동안 중국은 ISDS 메커니즘에 대해 점점 더 개방적인 태도를 보였고 중국 정부와 중국 투자자의 실제 경험도 더욱 풍부해졌다. 이 때문에 쌍방향 투자 대국인 중국은 중국 정부를 피신청인으로 하는 중재 사건이나 중국 투자자의 중재 신청 사건 수가 계속 증가할 가능성이 있는 상황에서 국익에 부합하는 국제투자 분쟁해결 메커니즘을 구축하기 위해서는 현재 ISDS 변혁의 배경에서 중국의 위치와 대책을 재고할 필요가 있다.

본 장은 세 부분으로 나누어 먼저 ISDS의 존재 합법성과 정당성 위기의 표현 형식을 소개함으로써 현재 세계 각국에서 제안되고 있는 ISDS 개혁에 대한 세 가지 방안을 고찰하고, 제2절에서는 ISDS의 가능한 개혁에 대하여 중국이 UNCITRAL 제3 워킹그룹에 제출한 정부의견서를 소개하고, 현재의 ISDS 메커니즘 가운데에서 중국에 필요한 요소를 분석하여 필자가 생각하는 중국의 구체적인 ISDS 개혁방안을 제시하며, 제3절에서는 일대일로 이니셔티브가 지속적으로 진행되는 배경에서 중국이 외국인 투자 민원 조정제도를 바탕으로 국제투자분쟁 예방 및 평가 센터를 구축하자는 제안과 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 시범적으로 설립하려는 중국 정부의 제도 구상을 소개함으로써 ISDS 개혁에 중국의 지혜를 제공할 수 있는 방안을 모색한다.

제1절 ISDS 메커니즘의 불균형 및 개혁

Ⅰ. 현행 ISDS 메커니즘의 불균형

ICSID로 대표되는 ISDS 메커니즘은 투자자와 주재국의 투자분쟁을 해결하는 가장 중요한 메커니즘이 되었지만 최근 몇 년 동안 점점 더 많은 국가에서 ISDS 메커니즘이 주재국의 규제권한을 과도하게 침해한다고 주장하면서 합법성과 정당성에 대하여 의문을 제기했다. 주요 의문이 제기된 문제점들은 다음과 같다.

1. 일방적으로 투자자를 두둔하고 주재국의 공익을 무시하는 점

그동안 국제사회에서는 ISDS 메커니즘에 대해 일방적으로 투자자의 이익을 강조하고 주재국 정부의 정당한 관리 및 공공 이익을 무시한다는 비판이 끊이지 않았다. ISDS 메커니즘은 전통적으로 투자자에게 유리한 메커니즘으로 여겨졌는데, 이는 ISDS가 상사중재 모델을 채택하고 계약 개념을 고수하는 것에서 비롯되는 것이며, 이는 투자자와 국가 간의 투자분쟁이 갖는 공법적 성격과 배치된다.[539] ISDS의 기능 및 제도가 갖는 공법적 특성을 무시하면, 중재 판정의 형성 과정에서 공법적 고려가 부족하게 되고, ISDS 메커니즘의 목표도 글로벌 거버넌스에 대한 관심이 충분히 반영되지 못하게 된다. 이를 나누어서 살펴본다.

첫째, ISDS 메커니즘은 공법적 특성을 무시하고 설계되었다. ISDS 메커니즘은 상사중재로 탈바꿈하였지만, 이론적으로 상사중재는 사법 메커니즘과 완전히 다른 개념으로서 상사중재는 '투자계약 분쟁(investment contract-based disputes)'에 적용되지만 ISDS는 종종 '투자조약 분쟁(investment treaty-based disputes)'에도 직면한다.[540] 즉 ISDS 투자중재에서 투자자는 종종 국가안보, 국민보건, 환경보호 및 희소 자원 보호와 같은 중요한 공익 요소를 포함하는 주재국의 입법, 행정 및 사법 행위에 대하여 중재를 신청하고 이의를 제기한다. 그러나 중재절차에서

539) Gus van Harten, *Supra* note 7, pp.59-62.

540) '투자조약'과 '투자계약'은 본질적인 차이가 있다. 투자조약은 주권국가간에 체결되며, 서로 상대국으로부터의 투자자에게 어떠한 투자대우, 투자보호, 투자분쟁해결경로 등을 제공할 것을 약속하며, 국가간의 권리와 의무를 규정한다. 투자계약은 사적 주체인 외국인 투자자와 주재국 정부 또는 승인된 국가기관(국유기업 포함)이 협상을 기반으로 체결하는 것으로 투자 계약(예: 로열티 계약)에는 양 당사자의 구체적인 권리와 의무가 명시되어 있다. 따라서 투자조약에 의한 중재신청과 투자계약에 의한 중재신청은 그 성격에서도 중대한 차이가 있다. 전자의 법적 근거는 국가간에 체결된 투자조약이며, 중재판정부는 주재국이 투자조약에서 부담하는 의무를 위반하였는지 여부를 판단할 필요가 있다. 후자의 법적 근거는 투자계약에서 정한 구체적인 권리의무이며, 중재판정부는 계약주체의 계약의무 위반 여부에 대한 판단을 필요로 한다.

중재판정부는 사권보호의 관점에서 국가규제권한을 평가하고, 또 중재판정의 대부분은 투자자들이 선정한 상업적인 성격을 가진 중재판정부에 의해 이루어졌을 뿐이며, 중재판정부는 공공 이익에 대해 너무 광범위한 재량권을 가지게 된다. 중재판정부는 투자자의 '계약 기대'의 실현과 만족을 과도하게 강조하고 국가 규제 및 관리 공간을 무시하여 일방적으로 투자자의 이익을 보호하고 과도한 보상을 제공한다는 비판이 제기된다.[541]

현행 ISDS 메커니즘은 분쟁이 갖는 공법적 성격을 충분히 고려하여 설계되지 않았다. 구체적으로 중재판정부의 구성과정에 공법성이 결여되어 있다. 임시중재판정부 구성원은 특별한 자질이나 국제공법을 이해하지 않고도 한 나라의 의사결정 행위의 합법성을 결정할 수 있는 권한을 행사할 수 있다. 또 중재인은 흔히 전문가, 법률고문, 변호사 등 여러 역할이 혼재돼 있어 중립성을 담보하기 어렵다. 중재판정부의 구성은 판정의 과정과 결과를 어느 정도 결정하며, 현재의 ISDS 메커니즘은 사건의 공정한 판정을 위한 효과적인 제도적 제약을 갖추고 있지 못하다.

둘째, ISDS 판정의 형성 과정에서 공법성이 결여되었다. 중재판정부는 조약의 실질적 조항의 내용과 의미에 대한 해석권을 쥐고 있다. 전술한 대로 중재판정부는 역할이 혼재되어 있고 특히 대부분 외국인 투자자의 이익을 옹호하는 투자변호사와 투자전문가 등이 중재인으로 흔히 선임되며, 자신의 직업적 특성, 지식배경과 시스템, 가능한 이해관계에 따라 다를 수는 있지만 대체로 '투자보호'의 관점을 채택하는 경우가 많다. 많은 투자 중재 사건은 국제법 및 공법 원칙에 대한 이해와 적용을 무시하고 비즈니스 원칙에 따라 수행되는 것이 현실이다.

셋째는 ISDS가 글로벌 거버넌스에 대한 관심이 부족하다는 것이다. 현재 ISDS 메커니즘은 투자의 경제적 이익을 극대화하는 것이 기본 목표이며

---

541) UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, IIA Issues Note, No.2, 2013, p.3.

인권, 환경, 문화 및 노동 이익에 대한 관심이 부족하다. ISDS의 기능은 개별 사건의 투자 분쟁해결에만 집중되어 있으며 세계 경제 전체의 지속가능한 발전을 진정으로 촉진하는 기본 인식과 목적을 간과하고 있다.

2. 여러 중재 판정들간의 불일치

현행 ISDS 메커니즘에서 당사자는 중재인을 지정하여 최종 판정에 영향을 미칠 수 있으며, 유사한 사실관계를 갖고 유사한 조약 및 계약 규정이 적용된 사건들에서 중재판정부에 따라 조약 및 계약의 주요 내용에 대한 해석이 근본적으로 다를 수 있다는 문제가 지적된다. 예를 들어 중국 1세대 BIT의 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항에 대해 여러 중재판정부는 서로 다른 해석을 내놓았다. 이 측면은 중재판정부의 성격과 구성방식이 다름에 따라 중재 판정에 영향을 미친다는 점이며, 법원 시스템의 사법모드와 비교하면 중재 판정에 대해서는 항소절차가 없고 중재인의 신분은 법관에 비하여 안정적으로 신분이 보장되는 것도 아니다. 이러한 원인들이 복합적으로 작용하여 '판정의 불일치' 위험에 대한 숨겨진 원인을 내포하고 있다. 한편, 중재인은 종종 다른 사건에서 다른 역할을 하며, 예컨대 한 사건에서 중재인인 사람이 다른 사건에서는 특정 당사자의 변호사로 선임되거나 다른 사건의 판정취소절차에서 취소 여부를 결정하는 중재판정부의 중재인이 될 수 있다. 이러한 역할의 다중 변화는 특정 역할을 충족시키기 위해 동일한 종류의 법적 쟁점에 대해서 같은 사람이 서로 다른 의견을 표시할 수 있으며[542] 그 결과 판정부들이 동일한 사실 또는 법률에 대해 서로 상충되는 판정을 내릴 수 있다.

이같은 판정 결과들의 일관성 부재는 판정의 예측 가능성을 크게 떨어뜨린다. 특히 중재 판정을 통하여 주재국의 공권력 행사를 불확실하게 만드는 것은 투자자와 주재국 모두에 큰 위험을 초래할 수 있기 때문에 국제투자 발전에 큰 영향을 미칠 수 있다. 그와 동시에 조약 해석에 대한

542) 肖威, 同前注 444, 第161頁.

여러 중재판정부들간의 판정의 불일치는 ISDS의 권위를 크게 손상시켜 다수의 주재국들이 현행 ISDS 메커니즘에 대하여 의문을 제기하는 원인이 되었다.

3. 판정에 대한 항소 절차가 없는 점

국제투자 중재 메카니즘은 판정의 최종성(1심으로 종결되는 점)을 포함하여 상사중재의 많은 특징을 답습하고 있으며, 따라서 정상적인 상황에서는 사건의 실체 문제에 대한 재심사가 허용되지 않는다. 이론상 불리한 판정을 받은 당사자는 중재지 법원이나 ICSID가 구비하고 있는 판정 취소 메커니즘에 의해 내려진 판정을 취소하여 부당한 판정을 시정할 수 있지만 판정이 취소될 수 있는 상황은 극히 제한적이다. ICSID 협약 제52조는 판정이 취소될 수 있는 경우를 ① 중재판정부의 구성이 부적절한 경우, ② 중재판정부가 명백히 월권한 경우, ③ 중재판정부의 중재인이 뇌물을 받는 행위를 한 경우, ④ 기본 절차 규칙을 심각하게 위반한 경우, ⑤ 판정이 그 근거가 되는 이유를 기술하지 않은 경우로 제한한다. 분명히, 기존의 판정 취소 메커니즘은 판정 결과의 일관성, 조정성 및 정확성보다는 절차의 완전성과 공정성에만 초점을 맞추어 중재절차의 중대한 결함을 보완하는 데 중점을 둔다. 일관성이 없는 판정이나 정확하지 않은 판정이라도 현행 제도로는 바로잡기 어렵다는 의미이다. 또한 ISDS 메커니즘은 절차 지연, 높은 비용, 투명성 부족 및 대중의 감시 부족과 같은 문제점도 가지고 있다.

Ⅱ. ISDS에 대한 국가별 태도 변화 및 ISDS 개혁 추세

ISDS 메커니즘이 처음 등장했을 때 대부분의 국가는 이에 대해 경계심이 없었고 위험을 예측하지 못했으며 ISDS 조항을 많은 투자협정에 포함시켰다. 그러나 최근 몇 년간 글로벌 경제, 정치 지형의 변화와 함께 글로벌 경제 통합의 추세가 쇠퇴하고 지역주의가 대두되면서 국제투자

분야의 다각화(Plurilateralization)가 심화되고 있다. 이러한 상황에서 전술한 ISDS 메커니즘의 여러 가지 문제점들을 고려하여 각 국가 및 지역은 ISDS 메커니즘에 대한 태도(현행 제도의 유지론, 개선론, 혁신론 등)나 구체적인 중재절차의 개정 방안(투자법원 제도, 주재국 국내법원에의 위임 등)에서도 다양한 의견을 제시하고 있다.

국제 사회는 현행 ISDS 메커니즘의 실무에 존재하는 문제에 대응하여 투자자와 주재국 정부 간의 이익 균형을 재조정하기 위해 관련 개혁을 추진해 왔다. 최근 몇 년 동안 달성한 결과로는 2013년 'UNCITRAL 투명성 규칙', 2014년 유엔총회에서 채택된 '모리셔스 투명성 협약', 2022년 ICSID 중재규칙 등이 있다. 2017년 11월 UNCITRAL 제3 워킹그룹은 ISDS 메커니즘의 다자간 개혁 작업을 공식적으로 시작하여 현행 ISDS 메커니즘의 문제점을 전면적으로 수정하는 방안을 제안하기 위하여 현행 ISDS 개혁에 대한 실행 가능한 솔루션을 공식화하는 과제의 세 번째 단계에 있다. 이번 개혁을 통해 ISDS 개혁 경로를 둘러싼 각국의 이견과 충돌이 집중적으로 드러났다.

국제투자 중재 관행의 발전과 함께 세계 각국은 기본적으로 중재 메커니즘의 투명성 부족과 판정 불일치가 해결되어야 한다는 점에 대해서는 비교적 일관된 이해를 형성했다. 그러나 통일된 분쟁해결기구의 부재로 인해 국가별로 ISDS 메커니즘에 대한 규칙조정이 각국의 구상에 따라 추진되어 현재 추진하는 개혁조치와 기존의 구체적인 중재 제도의 괴리와 함께 복잡한 파편화된 특징을 보이고 있으며, 각 국가는 서로 다른 발전방향을 따라 ISDS 메커니즘의 개혁을 추진하고 있다. ISDS 메커니즘의 개혁방안을 국제투자법 분야의 저명학자인 Anthea Roberts 교수는 '점진적 개혁(incrementalism)', '체계적 개혁(systemic reformer)' 및 '패러다임 전환(paradigm shifter)'로 분류하는 3분법을 제안하였고 이는 국제적으로 널리 받아들여졌다. 점진적 개혁이란 투자 중재 메커니즘의 핵심 요소를 유지한 채 비판에 반응하는 세부적인 변화를 말한다. 체계적 개혁이란 투자자가 주재국에 대해 직접 국제 소송을 제기할 권리를 계속 보호하는

것을 말하며, 예를 들어 상설투자법원으로 중재 메커니즘을 대체하는 구조적 변화를 시행하는 것이다. 패러다임 전환이란 투자자의 국제 소송 제기 권리를 문제 삼아 주재국 국내 법원에의 소송 제기 또는 국가 간 중재만 신청할 수 있도록 하는 것을 말한다.

1. 미국의 점진적 경로에서 투자 중재 개혁 모델

미국은 점진적 개혁 경로의 주요 옹호자이며, 전통적으로 ISDS 메커니즘의 적극적인 옹호자로서 미국은 여전히 상사중재 모델을 기반으로 하는 투자자-국가간 중재를 투자분쟁해결의 가장 합리적인 선택으로 간주하고 있으며, 당사자의 의사 자치를 핵심으로 하는 분쟁해결의 특징은 버려져서는 안 된다고 주장한다. UNCITRAL 제3 워킹그룹 회의에서도 미국 외에 일본과 러시아 등이 이 같은 입장을 지지했다. 이들 국가는 현재의 ISDS 메커니즘에 많은 결함이 있지만 이 제도는 실제로 투자자와 체약국의 인정을 받아 투자자의 이익을 효과적으로 보호하고 주재국의 외자 유치에 도움이 되며 투자분쟁을 보다 효율적으로 해결할 수 있으며 현재의 문제는 수정 및 조정될 수 있다는 입장이다.[543] 예를 들어 국제사회에서 비판받는 ISDS의 판정 불일치 등 돌출적인 문제에 대해 미국은 국제투자조약 체계와 투자자-국가간 중재체제 하에서 나타나는 불가피하고 합리적인 현상이며 어떤 사법체계도 피하기 어렵다고 보고 있다. 러시아도 판정 불일치가 문제된 양자조약들이 조문의 내용에 차이가 있다고 지적하고 따라서 조약 해석의 불일치는 중재 시스템의 문제가 아니라 국제조약 자체의 특성에 기인한다고 지적했다.[544] 이러한 입장을 채택한 국가들은 국제투자협정의 실체적 규정과 중재절차 규칙의 점진적인

543) 靳也：《投資者-國家爭端解決机制改革的路徑分化与中國應對策略研究》，載《河北法學》第39卷第7期，2021年7月，第147頁.

544) Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns About Consistency, Predict-ability and Correctness*, EJIL: TALK!, 2018.6.5., at https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/(Lastly visited on 2023.4.18.).

조정을 통해 현재의 ISDS 메커니즘의 문제를 효과적으로 완화할 수 있다고 믿는다. 점진주의의 개혁 경로에서 중재절차의 투명성 강화, 체약국 공동 해석 메커니즘의 개발, 중재인 선임 시스템의 개선 등을 통해 현재의 중재절차의 단점과 부족을 보완할 수 있다는 것이다.

점진적인 중재 개혁 경로에서 미국은 상사중재의 또 다른 중요한 특징인 중재 판정의 종국성을 고수하지 않고 중재절차를 기반으로 하는 항소기구를 설치하는 데 개방적이다. 미국은 2004년 모델 BIT 제28조 제10항에 미래에 투자 중재 항소기구가 설립되는 경우의 상황에 관한 조항을 추가하였다.[545] 그리고 2012년 모델 BIT를 업데이트하고 조정할 때 이 조항을 유지했다[546]. 미국은 한국과 체결한 FTA 중 투자 장에서 항소 메커니즘에 개방적인 태도를 보였다.[547] 2016년 미국 주도로 작성된 TPP에서 협정 제9.23조 제11항은 또한 미래의 항소 메커니즘의 발전에 대한 규칙적인 공간을 남겨두었다. 항소 메커니즘이 다른 국제 조약에 따라 수립되는 경우 TPP 체약 당사자는 협정에 따른 판정을 항소 기구에 항소할 수 있는지 여부를 결정해야 하고, 항소 메커니즘을 적용할 경우 체약국은 항소 절차의 투명성을 보장하기 위해 노력해야 한다. 미국이 TPP를 탈퇴한 뒤 CPTPP를 체결한 국가들은 해당 조항을 유보했다.

2. 유럽연합의 시스템 개혁 경로에서의 투자법원 모델

미국의 개혁 입장과는 달리 EU는 현재 ISDS 메커니즘의 문제가 시스템

545) 2004 US Model BIT, Article 28.10 : If a separate, multilateral agreement enters into force between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force between the Parties.

546) 2012 US Model BIT, Article 28.10.

547) 한국-미국 FTA(2007), 제11장 투자, 제11.20조 제12항 및 부속서류 11-D.

결함으로 인해 발생한다고 하는 입장이다. 분쟁해결 메커니즘 개혁에 대한 기본 목표는 투자 중재의 '합법적 위기' 이론을 기반으로 한다. 따라서 EU는 현재의 ISDS 메커니즘의 결함은 중재절차의 수정을 통해 효과적으로 개선될 수 없고, 현재의 투자자 주도의 상사중재 패러다임을 완전히 바꿔야 공정하고 합리적인 투자분쟁해결 질서가 가능하다고 생각한다. 2015년 5월 5일 유럽연합 집행위원회는 발표한 개념문서 'TTIP의 투자 및 기타 - 개혁의 길(Investment in TTIP and beyond - the path for reform)'[548]에서 현재의 임시 중재를 투자법원제도(ICS) 방향으로 점진적으로 개혁할 것을 제안하고, 그 안의 투자법원 모델을 추후 공포된 TTIP 투자분쟁해결 초안에 적용하였다.[549] EU는 또 다른 나라와의 투자협정이나 자유무역협정 협상에서 상설투자법원 설립을 공동 협의하기 시작했다. 앞서 언급했듯이 EU는 2016년 캐나다와 체결한 CETA에서 상설투자법원 및 항소 메커니즘을 확립했다. 또 싱가포르, 베트남과 체결한 투자보호협정에 투자법원 제도가 명시돼 있는 등 양자 채널을 통해 투자법원 제도를 지속적으로 확대하고 있다.

점진적인 개혁과 비교하여 EU가 옹호하는 ICS는 중재에서의 당사자자치를 완전히 제거했으며 투자자와 국가 간의 분쟁은 상설투자법원에서 심리되며 투자법원에서 투자자와 주재국은 판사를 선택하거나 협상을 통해 재판 절차를 변경할 권리가 없다. 또한 투자법원은 항소 메커니즘을 구축하고 항소법원의 운영도 상설투자법원 모델을 채택하여 체약국이 고정 구성원을 지명하고 사건에 대해 판사를 할당하고 심리 기간이 고정된 모델을 채택한다. ICS는 또 의무적인 협상 절차, 강제적인 판결 승인 및 집행 메커니즘, 조기기각 절차, 임시

548) At https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/84f1ee41-1c66-4bd2-adda-47f074336110/details.(Lastly visited on 2023.6.5.).

549) European Commission, *Multilateral Investment Court project*, at https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en(Lastly visited on 2023.6.5.).

보호조치, 비분쟁 당사자 참여 등의 규칙을 규정하고 있다.

3. 칼보주의에 의한 패러다임 전환

최근 몇 년 동안 ISDS 메커니즘에 대한 국제사회의 비판과 질의에 따라 일부 개발도상국에서 칼보주의가 부흥하는 추세가 나타나 투자 중재에 대해 거부 입장으로 돌아섰고 ISDS 메커니즘 개혁 방향에서 주재국 법원에 의한 국내 구제 또는 국가간 중재 모델을 다시 채택했다. 이러한 경로에 서 있는 국가들도 통일된 입장은 아니고 저마다 구체적인 운영 방식이 다르다. 브라질은 국제투자법률체계의 특례로서 투자중재 모델에 대한 늘 경각심을 갖고 있으며, 지금까지 다른 나라와 ISDS 메커니즘을 포함한 양자투자협정을 체결한 적이 없다. 남아프리카와 인도는 최근 몇 년 동안 체결한 많은 BIT를 종료했다. 반면 에콰도르·볼리비아·베네수엘라 등은 ICSID 협약 탈퇴를 통해 중재체제의 충격에 저항하고 있다. 선진국 호주도 2011년 ISDS 체제를 담은 국제투자협정을 체결하지 않겠다고 선언한 바 있다.

객관적으로 ISDS를 완전히 다른 제도로 바꾸는 패러다임의 전환은 ISDS 메커니즘에 대한 불신과 적대시 입장의 반영이며, 어느 정도 칼보주의의 부활이기도 하다. 브라질, 남아프리카공화국 등이 국제투자 분야에서 영향력이 제한적인 데다 국제투자분쟁의 정치문제화, 칼보주의 부활 등은 투자분쟁해결 분야의 후퇴로서 투자분쟁의 공정하고 효율적인 해결에 도움이 되지 않기 때문에 ISDS 개혁 추세에 대한 논의는 앞선 두 모델의 분석에 집중되고 있다.

Ⅲ. UNCITRAL이 주도하는 ISDS 메커니즘 개혁 포인트

UNCITRAL 제3 워킹그룹은 2017년 11월 ISDS 개혁 경로에 대한 각국의 이견과 충돌에 직면하여 ISDS 메커니즘의 다자간 개혁 작업을 공식적으로 시작하여 현재의 이견을 봉합하기 위해 노력하고 있다. 동 워킹그룹은

여러 차례 각국의 의견을 수렴하여 2019년 10월 워킹그룹 제38차 회의에서 ISDS 메커니즘의 가능한 개혁 방안을 발표하였다.[550] 이 설명에서 워킹그룹은 ISDS 개혁의 초점을 다음과 같은 문제점들에 맞추었다. 첫째, 투자분쟁에 대한 중재판정부의 중재 판정은 일관성, 일관성, 예측 가능성 및 정확성이 결여되어 있다. 둘째, 중재인과 중재판정부 구성원의 독립성과 공정성이 결여되어 있다. 셋째, 투자분쟁 절차의 비용이 많이 소요되고 기간이 오래 걸린다. 넷째, 제3자 자금지원의 투명성이 보장되어야 한다.

각국이 제출한 개혁안을 심의하면서 워킹그룹은 투자분쟁해결제도 개혁을 '2030년 지속가능한 개발 목표'를 달성하기 위한 한 절차로 삼고, 개혁안은 ① 투자 정책은 투자자와 투자(유무형 투자 포함)에 대한 법적 확실성과 효과적이고 평등한 보호를 제공해야 하고, ② 효과적인 분쟁 예방 및 해결 메커니즘 및 실행 절차를 활용하고, ③ 분쟁해결절차는 공정하고 개방적이며 투명해야 하며 남용 방지를 위한 적절한 보호 장치가 있어야 하며 중재인은 지역, 문화 및 성별 다양성을 반영하여 선임되어야 한다.[551] 위의 목표를 달성하기 위해 워킹그룹은 다음 표와 같이 가능한 개혁 방안을 추가로 소개했다.

<표 11> UNCITRAL 제3 워킹그룹 ISDS 가능한 개혁방안[552]

A. 법정·특설기구와 상설다자기구	① 다자상담센터
	② 독립재심 또는 항소제도
	③ 전담 판사 딸린 1심과 항소 투자법원
B. 중재인과 판사의 임명방법과 직업 윤리	① 투자분쟁 법정 구성원의 선발, 임명 및 기피

550) UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session* (Vienna, 14 - 18 October 2019), at https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/104/76/PDF/V1910476.pdf?OpenElement(Lastly visited on 2023.6.5.).

551) UNCTAD, *World Investment Report 2017,* at http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf.

552) UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*, A/CN.9/WG.III/WP.166, at https://uncitral.un.org/en/reformoptions (Lastly visited on 2023.4.16.).

	② 행동 수칙
C. 조약의 해석에 대한 체약국의 참여와 통제 메커니즘	① 조약 체약국은 그 문서에 대한 통제를 강화하다
	② 국가 정부의 참여를 강화하다
D. 분쟁의 예방과 완화	① 중재 이외의 분쟁해결 메커니즘 강화(감시원, 조정)
	② 현지 구제방법을 다 이용한다
	③ 조기기각 절차를 포함한 무의미한 중재신청 처리 절차
	④ 다중절차, 반사적 손해와 피신청인의 반소
E. 비용관리 및 관련절차	① 신속중재절차
	② 비용분담과 비용담보에 관한 원칙/준칙
	③ 기타 절차 간소화 및 비용관리의 도구
F. 제3자 자금지원	

개혁방안의 실시에 관해서는 각국이 제출한 의견서에서 강조한 바와 같이, 워킹 그룹은 '모리셔스 투명성 협약'과 같은 모델로 실현될 수 있는지 여부를 고려할 수 있다. 각국은 가입하기로 한 협약을 통해 각종 개혁안을 동시에 시행함으로써 기존 투자협약에 새로운 개혁조치를 적용할 수 있도록 했다. 하지만 이 목표 달성까지는 아직 멀었다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

제2절 ISDS 개혁에 대한 중국의 기본적 입장

국제투자 분쟁해결이 급속히 발전한 20여 년 동안 중국 정부와 투자자들도 점차 국제투자 중재를 분쟁해결을 위하여 이용하기 시작했다. 유럽과 미국 등에 비해 이 분야에서 중국의 경험 축적은 여전히 매우 제한적이다. 그러나 중국의 제한된 ISDS 경험에서도 현행 ISDS 메커니즘의 많은 문제가 감지되고 인식되었다. 예를 들어 투자 중재 판정들이 일치하지 않는 경우가 있어서 중재판정부가 어떤 판정을 할지에 관하여 예측가능성이 떨어진다는 점, 투자 중재는 주재국의 규제권한에 대하여 관여한다는 점, 현행 투자 중재 제도는 해외에서의 중국 투자자의 합법적인 권익을 효과적으로 보호할 수 없다는 점 등이다. 따라서 중국은 ISDS 메커니즘의 결함에 대해 우려를 표명하고 ISDS 개혁에 적극적으로

관심을 갖고 참여하고 있다.

중국은 향후 투자조약 협상에서 적극적인 결정자(price-maker) 역할을 할 것이고, 특히 중국이 일대일로 프로젝트 포함 국가들과 맺은 투자조약을 업그레이드하는 과정에서 더욱 그러할 것이다.[553]

중국은 2017년 UNCITRAL이 주도하고 있는 ISDS 개혁에 매우 적극적으로 참여하고 있으며 2019년 7월 18일 ISDS 개혁에 대한 입장을 문서로 제출했다. 이는 최근 몇 년 동안 중국의 국제투자 증가, 자본 유출국과 유입국의 이중 정체성, 국제 중재규칙 개정에 대한 중국의 적극적인 참여와 밀접한 관련이 있다.

중국은 여섯 가지 구체적인 개혁 방안을 제시하였다. 이러한 방안에는 ① 임시가 아닌 고정적인 절차, 기구 및 직원을 갖춘 상설 항소 메커니즘의 구축, ② 당사자의 중재인 지정 권리의 보장, ③ 중재인의 자격, 이해 충돌 및 선임 및 해임 절차에 관한 규칙의 개선, ④ 조정과 같은 대체적분쟁해결제도(ADR)의 추가 도입, ⑤ 중재절차 시작 전에 민원을 제기한 투자자와 투자유치국 중앙정부 간의 3~6개월간의 의무적 협상, ⑥ 제3자 자금지원의 투명성을 제고하기 위한 규율 등이 포함된다.[554]

Ⅰ. 중국의 입장에 대한 평가

중국의 개혁 방안의 핵심은 기존 ISDS 체제를 유지하는 기초 위에서 다자규칙을 보완함으로써 상설 항소기구를 설립한다는 것으로 요약할 수 있다. 첫째, 중국은 ISDS 메커니즘을 유지하고 투자자가 주재국에 대한 직접 국제 중재를 신청할 수 있는 권리를 부여하는 것을 지지한다. 중국은

553) Peter Cai, *Understanding China's Belt and Road Initiative*, at https://www.lowyinstitute.org/publications/understanding-china-s-belt-road-initiative(Lastly visited on 2023.4.18.).

554) UNCITRAL, ISDS的可能改革：中國政府意見書 (2019年7月8日), A/CN.9/WG.III/WP.177.

ISDS가 외국인 투자자의 권리를 보호하고 국경을 넘나드는 투자를 촉진하는 데 중요한 역할을 하며 투자 거버넌스 법치 확립과 투자자와 국가 간 경제 분쟁이 정치 투쟁으로 비화되는 것을 막는 데 도움이 된다는 입장이다. 이러한 점에서 중국은 ISDS가 전체적으로 보호할 가치가 있는 메커니즘이라고 굳게 믿고 있다.[555] 또한 당사자의 중재인 지정 권리를 유지해야 한다고 믿고 있으며, 이는 국제중재의 핵심적이고 가장 매력적인 특징일 뿐만 아니라 널리 받아들여지는 제도적 설정이며, 분쟁 당사자들, 특히 투자자들의 신뢰를 높이는 데 중요한 도움이 된다고 보고 있다.[556] 자본유출국으로서의 중국의 이익이 나날이 증가하고, 특히 일대일로 포함 국가에서의 투자위험에 대한 대응의 필요성을 고려할 때 중국의 ISDS에 대한 지지는 놀랄 일이 아니며, 중국이 투자분쟁에서 ISDS를 지지하는 조약 체결의 진화(1세대에서 2세대, 3세대 조약으로)에 부합한다.

둘째, 중국의 ISDS 개혁 방안은 중재판정부와 투자법원의 장단점을 종합적으로 측정하고 각각의 장점과 항소 메커니즘의 기능과 가치를 충분히 발휘할 수 있게 하려는 것이다. 중국-유럽 CAI 협상에서 EU는 ICS를 추진하여 중국이 중재판정부와 상설투자법원의 두 가지 메커니즘의 장단점을 탐구하고 측정하도록 자극했다. 기존 투자 중재 메커니즘에 따른 중재인의 공정성과 판정의 불일치는 많은 의문과 논란을 불러일으켰다. ICS는 투자 중재와 비교하여 상설법원 및 항소 메커니즘의 두 가지 특성을 가지고 있다. 상설법원은 판사와 사건의 잠재적 경제적 이해관계를 차단하고 임시로 구성된 중재판정부보다 판정의 일관성을 중시하는 경향이 있지만 상설법원 역시 미흡한 점은 있다. 예를 들어 상설법원의 판사는 투자분쟁의 다양화를 위한 전문적인 요구를 충족시키기 어렵다. 투자자의 중재인 선택권 박탈이 중재인의 국가 편들기와 또 다른 불공정성을 낳는 것 아니냐는 우려가 있다.[557] 항소 메커니즘은 판정의 일관성과 오류

555) 同上注，第2頁.
556) 同上注，第4頁.
557) Piero Bernardini, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests*, ICSID Review – Foreign Investment La

수정을 촉진하는 기능이 있으며 이는 판정들간의 불일치라는 투자 중재 메커니즘의 부족한 부분을 보완하는 것이다. 따라서 임시 중재 메커니즘과 항소 메커니즘을 결합하면 두 메커니즘의 장점을 결합하고 단점을 피할 수 있으므로 더 나은 선택이 될 것이다.

상술한 고려에 근거하여 중국의 개혁방안에 포함된, 기본적으로 중재 메커니즘을 기초로 해서 상설 항소기구를 증설한다는 구상은, 두 메커니즘의 각각의 장점을 충분히 발휘하여, 그 부족한 부분을 시정하거나 회피하고,[558] 투자자와 국가 간의 투자분쟁을 보다 효과적으로 해결할 수 있게 한다. 따라서 중국이 제시한 개혁안은 현재의 ISDS를 개선하려는 경향과 함께 항소기구에 대한 개방적인 태도를 취함으로써 UNCITRAL 프로세스에서의 Anthea Roberts 교수의 3분법에 따를 때의 점진적 개혁론의 지지자들과 체계적 개혁론의 지지자들 간의 이견을 뛰어넘는 것으로 간주되기 때문에 혁신적인 것으로 간주된다.[559] 필자는 중국의 입장을 '적극적 점진주의'[560]라고 부르는 것에 더 공감한다. 즉, 중국의 개혁방안은 투자자가 중재인을 지정할 권리를 보유하는 것을 기반으로 ISDS의 결함을 수정하는 동시에 항소 메커니즘, 대체적분쟁해결제도(조정 및 의무적 협상 등)의 추가와 같은 체계적 관점에서 ISDS 메커니즘을 개혁하는 방안이다.

이 같은 'ISDS + 상설항소기구' 혼합 방법은 중국 정부 내 서로 다른 입장 간의 타협을 반영한 것으로 보이며, 이같은 입장이 시간이 흐르면서 바뀔지는 지켜봐야 한다. 중국은 과거 투자협정의 체결을 위한 협상에서도

---

w Journal, Volume 32, Issue 1, Winter 2017, p.48.

558) 肖軍：《論投資者－東道國爭端解決机制改革分歧的弥合進路》，載《國際經濟法學刊》2021年第2期，第95頁.

559) Anthea Roberts & Taylor St John, *UNCITRAL and ISDS reform: China's proposal*, EJIL:Talk!, 5 August 2019. at https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-chinas-proposal/(Lastly visited on 2023.4.18.).

560) Du Ming & Shen Wei, *The future of investor-state dispute settlement: exploring China's changing attitude.* 2020, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2021, p.2506.

단일 모델을 고집하는 대신 다양한 조항을 수용하는 실용적 태도를 취해왔다.[561] 이번 ISDS 개혁에 관해서 밝힌 입장도 중국의 유연하고 개방적인 접근방법을 보여준다. ISDS 메커니즘을 지지하면 미국, 러시아, 일본을 비롯한 점진적 개혁 지지국들의 공감대를 형성할 수 있다. 상설 항소 메커니즘의 설립을 지지하는 것은 또한 EU가 주장하는 ICS와 유사하다. 그래서 중국의 방안이 양 입장간의 이견을 좁히는 가교 역할을 할 수도 있다.

Ⅱ. ISDS 메커니즘 개혁에서 중국의 필요한 요소

중국은 유럽, 미국 선진국과 비교하여 독특한 법률 및 문화 배경과 활발한 경제 발전을 가지고 있는 개발도상국이므로 ISDS 메커니즘의 개혁 과정에서 다음과 같은 특별히 필요한 요소들을 갖고 있다고 본다.

첫째, 중국과 같은 동아시아 국가인 한국과 일본은 대표적인 자본 순유출국이기 때문에 ISDS 체제 개혁에서 가급적 외국인 투자자에게 유리한 투자 중재를 이어가며 최소의 폭을 개혁하겠다는 기본 입장을 가지고 있다. 중국과 같은 개발도상국인 인도, 브라질은 대표적인 자본 단순유입국으로서 ISDS 개혁에 대한 입장은 시대착오적인 투자 중재를 최대한 배제하고 주재국의 국가 주권을 수호하며 국가 간 중재나 주재국의 국내 구제로 분쟁을 해결하겠다는 입장이다.[562] 그러나 중국은 개발도상국이지만 현재 쌍방향 투자 대국이며 미래에는 순자본유출국으로 발전하고 있다. 이는 현재 국제투자 활동에서 중국의 기본 추세이며 투자자의 권익 보호와 주재국의 규제권간의 균형을 맞추는 것은 중국이 ISDS 메커니즘 개혁에서 필요한 첫 번째 요구조건이다. 따라서 ISDS 메커니즘의 개혁 과정에서 중국은 반드시 해외투자 보호와 국내 정책 공간 확보라는 이중 목표를 모두 고려하여 투자자의 권익 보호와 주재국 규제권한의 균형을 실현해야 한다.

---

561) Anthea Roberts & Taylor St John, *Supra* note 559.
562) 魏德紅, 同前注 32, 第128頁.

둘째, 중국이 쌍방향 투자대국으로 부상함에 따라 투자 중재에서 중국 정부를 피신청인으로 하는 중재 사건과 중국 투자자들이 신청인인 중재사건의 수가 계속 늘어날 수 있다. 특히 일대일로 구상이 지속적으로 추진되면서 중국의 대외투자 상당 부분이 투자환경이 미비한 국가나 지역으로 흘러가고 있다. 그러나 중국의 현재 유효한 BITs의 대부분은 1세대와 2세대 BITs에 속하며, 그 중 ISDS의 내용은 이미 현저히 낙후되어 중국의 현재 투자 활동을 효과적으로 보호할 수 없으며, 중국의 대외 투자 안전을 보장하기 위해 중국 IIAs를 재검토할 필요가 있다.

셋째, 현재의 ISDS 메커니즘은 1960년대와 1970년대에 당시 유럽과 미국의 자본유출국의 주도로 형성되었으며, 이는 주로 당시 주요 자본유출국의 이익을 반영하고 객관적으로 주재국이 더 많은 외국인 투자를 흡수하기 위해 투자 환경을 개선하도록 촉구했다. ISDS 메커니즘은 유럽과 미국의 법률 문화를 중심으로 한 현대 법률 문화를 반영하고 있으며, 강한 개인주의를 가지고 있다고 할 수 있다. 중국 전통 법률 문화는 현대 법률 문화와 다르며 현대적 가치는 인본주의(humanism) 조화 추구로 더 많이 반영된다.[563] 현재의 ISDS 메커니즘은 법적 문화적 다양성이 부족하고 ICSID 협약은 중재와 조정의 두 가지 분쟁해결 방법만 제공하므로 다양한 법적 문화적 배경을 가진 투자자의 요구를 충족시킬 수 없다. ISDS 메커니즘의 전환 과정에서 의무적 협상과 같은 그밖의 분쟁해결 방법의 추가와 다양화는 피할 수 없는 추세 중 하나이다.

현재의 ISDS 메커니즘에서 '현대성'으로 특징지어지는 서양의 법률 문화는 여전히 강력한 위치에 있지만 ISDS 메커니즘의 개혁은 중국에 자신의 요구를 표현할 기회를 부여한다. EU가 ICS 설계에 협상 메커니즘을 도입하는 것과 같이, ISDS 메커니즘에 의무적 협상을 도입하는 방안은 WTO의 분쟁해결 관행을 참고할 뿐만 아니라 동양의 지혜를 확인하는 것이다. 중국도 다자간 국제협상에서 적시에 중국의 목소리를 내고 더욱 적극적인 태도로 참여하며 중국의 이익과 수요를 결합하여 동양의 특징을

563) 張洪林：《中國傳統法律文化》，華南理工大學出版社，2018年版，第2頁.

지닌 개혁 건의를 제시해야 한다.

Ⅲ. 제언: 중국의 구체적인 ISDS 개혁방안

전술한 바와 같이 중국은 UNCITRAL 제3 워킹그룹에 제출한 의견서에서 ISDS 개혁에 대한 기본적 입장을 밝혔지만 중국은 아직까지 어떤 양자·지역·다자 규칙 협상에서도 뚜렷한 구체적인 개혁방안을 내놓지 않고 있다. 앞서 언급한 바와 같이 중국이 최근 체결한 RCEP와 중국-유럽 CAI 두 가지 중요한 무역 및 투자성 협정에서 ISDS 메커니즘에 대한 규정이 없고 후속 추가협정으로 해결하도록 남겨둔 것도 중국이 'ISDS + 상설항소기구'의 투자분쟁해결 메커니즘을 주장할지 기대를 갖게 한다. 그러나 앞서 살펴본 ISDS 개혁에 있어서 중국의 특별히 필요한 요소들을 종합하면 중국의 구체적인 ISDS 개혁방안은 다음과 같은 세 가지 측면에서 마련되어야 한다고 본다.

1. ISDS 메커니즘 설계에서 투자자와 주재국의 이익 균형의 유지

중국의 현재 쌍방향 투자 대국의 역할을 감안할 때 ISDS 개혁 과정에서 중국은 해외투자 보호와 국내 정책 공간 확보라는 이중 목표를 고려해야 한다. 첫째, 투자자 이익 보호의 관점에서 중국은 1세대와 2세대 IIAs를 현대화하고 업데이트해야 하며, 조약의 조항을 공동으로 해석하는 정의 조항을 마련하거나 일관성이 없는 조약 규정이 있다면 그것을 수정하거나 오래된 조항을 새로운 조항 내용으로 대체하는 등 체약국은 각국이 적절하다고 생각하는 방식으로 이 작업을 수행할 수 있다. ISDS 조항에서 공감대를 형성한 절차적 문제를 수정하는 데 중점을 두고 특히 중재 범위에 대한 규정을 체계적으로 조정하고 조약 내용의 업데이트를 통해 부적절한 제한 요소를 제거하고 중재 대상의 범위를 확대하여 중국 해외 투자자가 투자 중재를 사용하여 구제를 모색할 권리를 보장해야 한다. IIAs를 업데이트하면서 신구 협정 간의 연결을 개선하는 데 주의를

기울여야 하는데, 예를 들어 중국-유럽 CAI는 초기에 중국과 유럽 국가가 체결한 BIT의 전면적인 업데이트이다. CAI의 현재까지 완료된 협정문에 따르면 중국은 EU가 최근 몇 년 동안 주장한 ICS 시스템을 직접 받아들이지 않았다. 후속 조약 추가 협상에서 최종 양측이 어떤 ISDS 메커니즘을 채택하든 중국은 중국-유럽 CAI에 중국과 개별 유럽국가와 체결하였던 초기 BIT의 ISDS 메커니즘을 포함시켜서 중국핑안 대 벨기에 정부 사건에서의 상황이 재발하지 않도록 주의해야 한다.

둘째, 주재국 규제권한의 효율적 행사라는 관점에서 최근 국제투자법제 전반에 걸쳐 분쟁해결 절차에서 국가의 역할이 강조되는 '칼보주의 회귀' 추세가 나타나고 있다. 중국은 여전히 도시화 과정의 급속한 발전단계에 있으며 불가피하게 각 지역의 발전 계획과 관리 정책이 자주 변동하는 상황이 있으며 외국인 투자자들은 종종 중국의 복잡한 국내 법규와 정책을 정확하게 이해하지 못하고 불합리한 기대를 갖게 되어 정부 관리 조치에 대한 투자분쟁을 야기한다. ISDS 메커니즘 설계에서 중국은 국제투자법제 발전의 주류 추세에 따라 중재절차에서 조약 해석에 대한 체약국의 지위와 역할을 강화하여 중재판정부의 재량권을 제한하고 주재국을 위한 정책 공간을 확보해야 한다. 앞에서 살펴보았던 Sanum 대 라오스 정부 I 사건[564] 에서 중-라 BIT의 규정에 대한 체약국의 해석을 중재판정부가 무시한 사태와 같은 상황의 재발을 방지할 필요가 있기 때문이다.

2 IIAs 업그레이드 과정에서 차별화된 투자분쟁해결 체계 구축

자본유출입국의 이중역할로 인해 중국의 대외투자는 지리적 범위와 산업적 분야가 다양하지만 중국에 투자하는 외국 기업의 모국은 주로 선진국 지역이다. 따라서 향후 IIA 협상 및 업데이트 과정에서 중국은 다양한 국가간 실제 자본 흐름에 따라 USMCA의 분쟁해결 메커니즘을

564) 이 사건의 중재기구는 PCA 임시 중재판정부의 판정이 내려졌으며, 다시 2017년 ICSID에 같은 사건을 중재신청하여 여전히 진행 중이다(Sanum 대 라오스 정부 사건 Ⅱ).

벤치마킹하여 차별화된 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하여야 한다.

첫째, 미-중 BIT 협상에서는 미국이 주창한 점진적 개혁 틀에서 중재절차에 대한 체약국의 제약을 강화하고 중국 투자자의 이익을 보호하는 데 도움이 되는 중재절차 규칙을 마련하는 데 중점을 둘 수 있다. 우선, 중국은 중재절차에서 투자조약에 대한 체약국 해석의 효력을 강화하여 중국 정부가 관련 사건에서 조약 조항의 의미를 적시에 명확히 할 수 있도록 하여 중재판정부가 '국가안보'와 같은 조약 개념을 자의적으로 해석하는 것을 방지해야 한다. BIT에 특별 조약 해석 기관을 설치하여 논란이 되고 있는 BIT 실체적 규정의 공동 해석을 담당하게 할 수 있으며, 체약국들이 분쟁에 대한 공동의 해석을 달성할 수 없는 경우 체약국이 일방적으로 분쟁에 대한 해명을 제출할 수 있는 채널이 원활하도록 보장해야 한다.[565] 그리고, 중국 정부는 미-중 BIT의 분쟁해결 조항에 보다 엄격한 투명성 규칙을 설정하여 대중 투자기업과 기타 관련 중국 기업이 중재 사건과 관련된 법률 정보를 적시에 이해할 수 있도록 해야 한다. 다음, 중국 정부는 미국과의 BIT 협상에서 의무적 협상 등 대체적분쟁해결절차를 설치해 투자자와 주재국 간 분쟁 해결 채널을 늘릴 수 있다. 또한 중국과 미국이 모두 지지하는 항소 메커니즘에 대해 중국 정부는 항소 메커니즘의 구축 가능성과 내용(규칙 모델)에 적극적으로 주의를 기울이고 BIT 제정 과정에서 항소 메커니즘이 설치되도록 해야 한다.

둘째, 중국-유럽 CAI 협상에서는 투자법원의 규칙 내용과 효과를 신중하게 평가하여야 한다. CAI가 어떤 투자분쟁해결 메커니즘을 채택할지 기대를 모으고 있으며, 중국과 EU는 상설항소 메커니즘에서 유사성을 보이지만 중국은 EU의 ICS 메커니즘을 완전히 받아들이지 않기 때문에 중국은 EU가 제안한 체계적인 개혁을 객관적이고 신중하게 접근해야 한다. 중국은 EU와의 협상 과정에서 ICS 틀을 기반으로 자신의 이익에 부합하는 주장을 할 수 있으며 ICS 메커니즘을 더욱 세분화할 수 있다.

565) 靳也, 同前注 543, 第154頁.

예를 들어 중국은 투자협정에서 투자법원의 심리기간과 운영비용을 엄격히 제한하고 투자법원 밖에서 투자자의 주재국 국내 구제절차의 이용 가능성을 확보해야 한다. 또한 중국은 ICS 메커니즘이 다른 지역 및 다자 메커니즘과 충돌할 가능성에 주의를 기울여야 하며 ICS 메커니즘의 체계적이고 정확한 포지셔닝이 필요하다.

셋째, 중국은 일부 개발도상국과의 BIT에서는 ISDS 메커니즘의 투자 보호 역할을 충분히 유지해야 한다. 일대일로에 포함된 국가 중 대부분이 개발도상국이기 때문에 일부 국가의 정치적, 법적 환경은 안정성이 부족하고 중국 기업은 투자 과정에서 주재국 정부의 디폴트 또는 수용.국유화 등의 정치적 위험이 높으며 자본유출국인 중국은 ISDS 메커니즘 구축을 통해서 중국 해외 투자자의 보호에 중점을 둘 필요가 있다. 중국은 고위험 국가 대상 BIT에서 전통적인 국제투자 중재 메커니즘의 강력한 투자 보호 특성을 유지하고 ISDS 메커니즘이 투자자에게 부여하는 공격 성능을 유지하며 투자자가 효율적이고 유연하며 편리한 중재 메커니즘에서 효과적인 구제를 추구할 수 있도록 보장해야 하며 유럽과 미국의 개혁 추세를 너무 포괄적으로 추종해서는 안 된다.

3. 다각화된 투자분쟁해결 메커니즘 구축

중국이 제출한 개혁안 중 대체적분쟁해결절차(ADR)도 중요하다. ADR는 일반적으로 알선, 협상 및 조정 등을 포함한다. 중국 정부는 조정을 선도하는 동양 법문화의 특성을 충분히 발휘하고 WTO 분쟁해결 메커니즘을 배우고 ADR를 차세대 투자협정에 통합해야 한다. 구체적으로 투자분쟁은 중재를 신청하기 전에 의무적 협상을 해야 하며, 협상·조정을 후속 중재 전개의 사전절차로서 상응하는 대기기간 조항을 설정하고, 분쟁 발생 초기에 전문 조정위원을 통해 조정위원회를 적시에 조직하도록 규정하고, 조정위원도 관련 사실과 법률적인 의견에 대해 분쟁 당사자에게 적시에 설명하여 분쟁에서의 권리와 의무 관계를 명확히 하고,[566] 합의된 조정안에 대해서는 '싱가포르 조정협약'[567]을 통해 합의의 집행을 보장할

수 있으며, 조정이 실패할 경우 후속 중재 진행에 영향을 미치지 않으며, 조정제도와 중재 메커니즘의 연결 문제를 규범화해야 한다.

제3절 중국이 제안한 일대일로 관련 ISDS 구성 방안

중국은 2013년 일대일로 이니셔티브(BRI)를 발족해 정치적 신뢰, 경제적 통합, 문화적 포용이라는 이익공동체・운명공동체・책임공동체를 만드는 데 주력하고 있다. BRI는 세계 여러 국가와 유엔총회에서 승인되었으며, BRI는 '공동논의・공동건설・공동향유' 원칙에 따라 세계 경제 성장의 새로운 공간을 열었다. 다국적 투자 활동이 증가함에 따라 국제투자분쟁을 효과적으로 해결하는 것은 투자환경을 최적화하고 글로벌 법치화를 촉진하기 위한 불가피한 요구 사항이 되었다. 2015년 3월 28일 중국 국가발전개혁위원회, 외교부, 상무부는 공동으로 《일대일로 공동건설에 대한 비전과 행동(Vision and actions on jointly building Belt and Road)》라는 제안서를 발표했다. 그 중 제3조는 일대일로 공동건설은 시장 규율과 국제관습법을 준수해야 할 뿐만 아니라 각국의 발전 경로의 다양한 선택을 존중해야 한다고 강조했다. 분쟁해결 메커니즘 구축 과정에서도 일대일로 이니셔티브의 공동논의・공동건설・공동향유원칙을 충분히 고려하고 포함시켜야 하며, 동시에 일대일로 포함 각국의 이익을 고려하여 다양한 분쟁해결방식을 적용하여 각 분쟁해결방식의 장점을 충분히 발휘하여 일대일로 관련 분쟁해결 메커니즘이 분쟁당사자의 합법적인

---

566) 胡泓澤, 黃暉：《論調解先導式投資爭端預防机制的构建－－"一帶一路"視域下》, 載《北方經貿》2022年第9期, 第43頁.

567) 싱가포르 조정협약은 국제무역으로 발생한 기업 분쟁에서 당사자끼리 합의한 결과(조정)를 체약국에서 강제집행하는 것을 목적으로 하는 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) 협약이다. 나중에 투자자-국가간 분쟁해결에서 조정 합의 집행의 근거로 활용될 수 있을 것으로 보인다. 2019년 8월 7일 싱가포르에서 한국, 미국, 중국 등 46개국이 서명 가입했다.

권익을 평등하게 보호하고 공정하고 안정적이며 효율적인 법치경영환경을 조성해야 한다.

중국은 BRI의 발기국으로서 일대일로 포함 국가들의 최대의 자본유입국이자 자본유출국이며 효율적이고 공정한 투자분쟁해결 메커니즘 구축에 대한 내부 동력과 현실적인 필요성도 가지고 있다. BRI는 세계적으로 널리 인정받고 있지만 BRI가 안정적인 협력 메커니즘과 다자간 참여의 지역 조직을 아직 구축하지 않았다는 점은 부인할 수 없다. 조약 형식의 '일대일로협정'같은 것이 없기 때문에 일대일로 관련 분쟁 전문 해결 메커니즘을 구축하기가 어렵고 그 운영을 보장하기도 어렵다. 이에 비해 ISDS 메커니즘에 대한 국제사회의 개혁 방식을 거울삼아 중국 국내에서 일대일로 관련 수요에 맞는 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하는 것이 더욱 실용적이다. 구체적으로 중국은 기존의 제도적 기반을 활용하여 외국인 투자 민원 조정 메커니즘을 구축하고 투자분쟁을 예방하고 해결하는 데 있어 비소송 방식의 역할을 강화하는 동시에 시범적으로 중국이 주도하는 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설립해 일대일로 관련 투자에서 이 모델의 타당성을 검증함으로써 실증 데이터를 바탕으로 경험을 효과적으로 요약하고 국제사회에 대응 아이디어를 제시해 국제사회에서 중국의 발언권을 높일 수 있다.

Ⅰ. 외국인 투자 민원 조정제도를 바탕으로 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터 구축

중국은 미국을 제외하고는 가장 중요한 투자유치국이 되었으며, 2012년부터 외국인 투자 유치액은 기본적으로 연속적으로 증가하고 있다.[568] 특히 최근 10년간 국제투자가 전반적으로 부진한 상황에도 중국의 외자 유입량은 꾸준히 증가하고 있다. 중국의 투자 유치에 비해 중국의 투자분쟁은 항상 낮은 비율이며, 이는 중국의 국내 경제 안정

568) 참고: 앞의 <표 5>.

유지와 관련이 있으며, 동시에 중국의 투자분쟁 처리의 비소송 경로, 즉 외국인 투자 민원 조정제도와 직접 관련이 있다.

1. 외국인 투자 민원 조정제도의 탄생과 발전

중국이 최초로 외국인 투자 민원 조정제도를 규범화한 것은 1989년 《상하이시(上海市) 외국인 투자기업 민원 및 처리 조치》이다.[569] 이후 다른 성(省)과 시(市)에서도 비슷한 방법을 내놓기 시작했다. 이러한 상명하달식 실무에서 발생한 분쟁해결 방법은 소송과 중재에 비해 유연성과 실효성이 뛰어나기 때문에 중국 상무부의 인정을 받았으며, 2006년에 중국 중앙정부는 《상무부 외국인투자기업 민원에 관한 잠정조치》를[570] 공포하였고, 그 후 그 성과가 현저하여 법률로 승격되었다. 중국이 2019년 공포한 외국인투자법 제26조는 외국인투자기업의 민원업무 메커니즘을 규정했고 제12조는 다른 국가 및 지역, 국제기구와의 투자촉진 협력 메커니즘을 규정하였다. 2020년 1월 1일부터 시행되는 《외국인투자법 시행규칙》(이하 '시행규칙'이라 한다)은 이 제도의 중요성을 재확인했다. 시행규칙 제5조, 제29조, 제30조, 제31조는 외국인투자법 제26조의 규정을 세분화하여 중앙에서 지방으로 이어지는 외국인투자기업 민원업무 메커니즘을 규정하고 있으며, 중앙의 부서간 연계회의, 지방의 전문기관 담당 등을 포함하고 있다.

위의 법률 및 규정에 따라 중국 상무부는 2020년에 《외국인투자기업 민원업무 조치(外商投资企业投诉工作办法)》[571], 《전국 외국인투자기업 민원센터 업무지침(全国外商投资企业投诉中心办事指南)》 및 《전국 외국인투

569) 이 조치는 1989년 12월 18일 상하이시 정부가 공포하고 2021년 4월 30일에 폐지된 지방성 법규이다. https://www.shanghai.gov.cn/nw12344/20210514/0e3761662cb34e7fa457ea2b03f86541.html(訪問日期: 2023.6.5.).

570) 이 조치는 행정규칙에 속한다. http://www.mofcom.gov.cn/article/fgsjk/200609/20060902649815.shtml(訪問日期: 2023.6.5.).

571) 《外商投資企業投訴工作辦法》, 中國商務部网站, http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/202008/20200802996409.shtml(訪問日期: 2023.4.18.).

자기업 민원 업무기관 명부(全国外商投资企业投诉工作机构名录)》를 발표했다.[572] 위의 규범들은 모든 성(省)이 외국인투자기업에 대한 민원업무 메커니즘을 구축하고 개선해야 한다고 요구하는 내용이었다. 상무부의 지도하에 각 성·시에서 해당 지역의 민원업무 조치를 연속적으로 발표했다. 중국 상무부 투자촉진국 통계에 따르면 2021년 8월까지 전국 27개 성이 해당 지역의 외국인투자기업 민원업무 조치의 제정 또는 개정을 완료했다.

2022년 1월 중국 광둥성(廣東省) 인민대표대회 상무위원회는 《광둥성 외국인 투자권익 보호 조례(广东省外商投资权益保护条例)》를 의결했다.[573] 이는 국내 최초로 지방성 법규로 공포된 외국인투자 권익 보호 규정이다. 이 조례는 광둥성 인민정부 상무주관부서 및 시(市)·현(县)급 인민정부가 지정한 부서 또는 기관이 관련 민원을 조정·처리하는 업무책임을 더욱 명확히 하고, 5 영업일 이내에 접수여부를 결정하고 20 영업일 이내에 종결하는 업무시한을 제시하며, 외국인 투자권익 보호 업무의 직접책임자의 직무수행 책임을 엄격히 규정하고 있다.

현재 외국인투자기업이나 투자자의 민원에 대한 전국적인 통계 분석은 없지만 중국 일부 성의 상무 주관부서에서 관련 상황을 설명하였다. 예를 들어, 충칭시(重慶市) 상무위원회는 2021년에 충칭이 외국인투자기업의 스마트 서비스 클라우드 플랫폼을 구축하고 외국인 투자 시장 주체의 온라인 민원 전용 채널 및 온라인 데이터베이스를 구축하며 외국인투자기업에 '원 터치(一键即达)' 온라인 서비스를 제공하고 '인터넷 + 정부 감사'와 연결하며 총 141건의 민원 조정 사례를 처리했다고 밝혔다.[574] 2021년 산둥성(山東省) 타이안시(泰安市)는 타이산맥주 등 8개 외자기업의 '전력제한' 문제에 대해 에너지, 환경보호 등 부서와 공동으로

572) 《全國外商投資企業投訴中心辦事指南》, 《全國外商投資企業投訴工作机构名录》, 中國商務部网站, http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202009/20200903005428.shtml(訪問日期: 2023.4.18.).

573) 广東省人民代表大會商務委員會网站, http://www.rd.gd.cn/rdlz/lfgz/content/post_171106.html(訪問日期: 2023.4.18.).

574) 重慶市政府网站, http://cq.gov.cn/ywdt/zwhd/bmdt/202202/t20220207_10371130.html(訪問日期: 2023.4.18.).

외국인 민원 조정을 실시했으며, 2021년 동안 외국 투자자 민원 조정 사건에 대한 처리율과 만족률은 100%에 달했다.[575]

외국인투자기업 민원 처리 메커니즘은 30년간 현지 실무를 거쳐 점차 상위규범화되어서 법률 조항으로 전환되어 이러한 메커니즘의 생명력을 증명하였다. 중국 전역의 관련 사례는 또한 이 메커니즘의 적응성, 충분한 실행 가능성 및 다른 지역에서의 복제 가능성을 입증했다.

2. 외국인 투자 민원 조정제도가 주는 시사점

위의 표현을 통해 외국인 투자 민원 조정제도의 국제화가 불가능한 것은 아님을 알 수 있다. 이러한 중국 경험의 의미는 중국 국내법 차원에 국한되어서는 안 되고, 특히 민원을 처리하는 과정에서 기업과 관련 정부 부처가 협력하여 문제를 해결함으로써 유익한 상호작용을 형성하고, 주재국의 투자환경 개선, 투자관리 수준 향상, 외자기업의 사회적 책임 수준을 제고하는 것은 국제법적 의의가 더 크다.[576]

기존의 ISDS 개혁 논의, 유럽과 북미가 제안한 방안은 다 스스로의 기존 ISDS 절차에 대한 내부 개선을 지나치게 강조하고 있으며, 사후적이고 완전한 절차적 정의에 대한 신뢰에 기초한 태도이다. 이러한 절차는 이해가 대립하는 신청인과 피신청인 양측의 입장을 변호하는 소송활동에만 적용되며, 즉 대립을 핵심으로 하는 분쟁해결절차에 얽매여 있으며, 긴밀한 협력에 대한 현재 국제사회의 요구에 완전히 부응하지 못하고 있다.[577] 오히려 ADR 설계를 통해 분쟁 발생 초기에 협상을 통한 합의를 유도하는 것이 투자자와 주재국이 서로의 요구를 재검토해서 보다 실질적이고 비용 대비 효율적인 방식으로 분쟁을 해결하도록 유도하는 데 도움이 될 것으로

---

575) 中國新聞网, http://www.sd.chinanews.com.cn/2/2021/1116/81142.html(訪問日期: 2023.4.18.).

576) 王鵬：《國際投資法的社會化趨勢》,載《西安交通大學學報(社會科學版)》2016年第4期, 第94-95頁.

577) 張相君：《應對投資爭端解決机制變革的中國方案及其實現》, 載《中國國際法年刊》2019年, 第209頁.

보인다. 그런 점에서 한국의 외국인 투자자 비대면 고충상담제도(Foreign Investment Ombudsman)[578]와 브라질의 투자분쟁 예방 시스템(Direct Investment Ombudsman)[579]은 좋은 시도를 하고 있다.

현재 중국이 축적한 비소송 방식으로 투자분쟁을 해결한 국내경험은 분쟁 당사자의 합작으로 분쟁을 해결하고 보다 안정적이고 양호한 투자환경을 육성하는 이념의 타당성을 증명하고 있고, 또한 이러한 개념이 기존의 대립을 강조하는 분쟁해결 메커니즘과는 달리 우월성을 가지며 기존 ISDS에 대한 잠재적인 지침을 제공할 수 있음을 입증한다. 더 나아가 이는 후속 ISDS의 연계성을 부정하는 것이 아니라 분쟁해결체계에 양자가 잘 내재되어 있을 가능성을 가지고 있다고 인정하는 것이다.

미국 내 법원의 유사한 조기중립평가제도(Early Neutral Evaluation, ENE)[580]도 협력 방법이 적대적 경로보다 분쟁 해결의 목적을 더 잘 달성한다는 것도 증명되었다. 이러한 개념 아래 중국이 자국 주도로 적합한 국제투자 분쟁해결 메커니즘을 구축하는 것은 현재 개혁 중인 ISDS에 또 다른 대안을 제공할 수 있을 것이다.

3. 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터 구축의 기본이념

BRI 실시 과정에서 중국의 역할은 투자 유출과 유입의 쌍방향 대국이다. 분쟁 예방 메커니즘 구축에 있어 중국이 주재국과 투자자의 이익 균형을

578) https://ombudsman.kotra.or.kr/ob-kr/index.do(검색일: 2023.06.5.).
579) https://oid.economia.gov.br/en/menus/8(Lastly visited on 2023.06.5.).
580) ENE는 미국 분쟁 해결의 대안적 메커니즘에서 나온 전문가에 의한 분쟁 사실에 대한 조기 중립적 평가 제도로서, 제소 후 소송 시작 직전 양측이 법원이 제공하는 플랫폼에서 전문가(통상 변호사)와 대화함으로써 대항식 소송절차에 들어갈지 여부를 합의하는 제도이다. 당사자들이 분쟁의 최종 해결에 대한 전반적인 판단을 형성할 수 있도록 하기 위한 목적으로, 이 제도는 미국 국내법에서 수십 년의 실무 경험을 가지고 있으며 결과 예측 또는 사건 계획 제도라고도 한다. https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/disputeresolutionprocesses/early_neutral_evaluation/. 영국의 경우에는 소송이나 중재 이전의 사실 평가제도로서 미국과 약간 다른 개념이다. https://harperjames.co.uk/article/guide-to-early-neutral-evaluation/.

어떻게 맞출지 시험대에 올랐다. 분쟁해결에서의 대립적 제로섬 게임(zero-sum game)[581]과 이로 인한 쌍방의 이해충돌을 피하기 위하여 분쟁해결기관의 규약을 제정할 때에는 협력적 사고를 지향하여 ISDS의 사전 예방 메커니즘을 보완하여야 한다. 아울러 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터의 규정에는 다음 각 호의 원칙을 정할 수 있다. 즉 조기 개입, 균형(투자자 보호와 주재국의 필요한 규제권 존중) 원칙, 적정 투명성의 원칙이다.

첫째, 분쟁 해결 비용을 통제하기 위한 조기 개입이다. 현재의 분쟁해결 방식에서는 소송과 중재에 만만치 않은 비용이 들고, 특히 이미 위기 상황에 처했을 수도 있는 주재국에게는 그 비용을 감당하기 힘든 '정의' 추구가 될 것이다.[582] 따라서 BRI 시행 과정에서의 분쟁 해결은 조기 개입을 기본이념으로 하면 정의가 그렇게 비싸고 접근하기 어려울 정도로 비용이 많이 들지 않도록 기본적으로 제어할 수 있다.

둘째, 투자자와 주재국 간의 균형 원칙이다. 투자자와 주재국 간의 이익 균형은 현재 차세대 투자협정이 추구하는 목표 중 하나이며 ISDS 개혁의 출발점 중 하나이다. 중국이 예전에 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터를 설립하였던 것도 공동논의·공동건설·공동향유원칙으로 분쟁해결에 협력하기 위한 것이었다. 투자자와 주재국 사이에 이해 충돌이 있는 경우 투자자 또는 주재국은 센터에 신청하고 독립적인 평가를 수행하여 분쟁 해결에 있어서 양자 간의 지위의 균형을 이루게 된다.

셋째, 적정 투명성의 원칙이다. 이 원칙은 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터가 조기 개입에 해당하는 협력적 분쟁해결 방식에 기반하여 과도한 투명성 추구 대신 적당한 정도의 투명성을 추구하는 것이

---

581) 제로섬 게임, 한쪽의 이득과 다른 쪽의 손실을 더하면 제로(0)가 되는 게임을 일컫는 말이다. 게임에 참가하는 양측 중 승자가 되는 쪽이 얻는 이득과 패자가 되는 쪽이 잃는 손실의 총합이 0(zero)이 되는 게임을 가리킨다. 즉, 제로섬 게임은 서로 협력할 가능성이 없다.

582) UNCITRAL, 投資人与國家間爭議解決制度的可能改革--歐洲聯盟提交的材料, A/CN.9/WG.III/WP.145, paras. 33-34. https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.145.(訪問日期: 2023.4.16.).

분쟁해결에 주효하다는 사고이다. 이 방식은 전통적인 중재, 소송, 기타 ADR과는 모두 다른데, 그 중 쌍방의 쟁점의 확정과 그 증거의 솔직한 교환, 쌍방의 진실된 요구에 대한 평가 센터의 이해에 관한 차원에서 적용된다. 이 협상 과정은 비밀스러운 환경에서 더 잘 진행된다는 것이다. 그렇지만 협상이 끝나 최종 타결된 분쟁 해결 결과는 일반에 공개될 수 있다. 따라서 적당한 투명성은 투자자와 주재국의 상업 및 국가 기밀을 보호하는 동시에 분쟁 해결의 선례를 형성하는 데 도움이 되며, 평가 센터가 협상 진행중에 사실을 공개하지 못하게 하는 제약이 형성되어 해결 결과의 일관성에 도움이 된다. 'UNCITRAL 투명성 규칙' 및 '모리셔스 투명성 협약'과 같은 기존의 중재 투명성 프레임워크는 적절한 투명성 원칙을 확립하는 방법에 대한 유용한 참고 자료를 제공할 수 있다.

4. 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터의 기구형태 구상

위에서 언급한 일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가 센터는 중국 본토의 특정 지역에 기존의 국제법 연구기관이나 중재기구에 의존하여 설립될 수 있다. 센터는 '인터넷+ '와 빅데이터 트렌드를 기반으로 투자자와 주재국 인터넷 회의, 산업협회와 센터 평가팀 회의, 데이터 및 전자증거 실시간 전송·교환 등이 가능하도록 구성되어야 한다. 이 가운데 센터 평가팀은 독립적인 평가를 완료하여 당사자들이 분쟁 해결에 대한 예측을 형성하도록 촉진하는 역할을 하게된다.[583]

양측이 화해를 할 경우 국제상사분야에서의 싱가포르 조정협약을 벤치마킹해 실행 가능한 화해합의서를 작성하게 될 것이다.[584] 평가 후 당사자 쌍방이 중재를 선택하거나 일방이 소송을 제기할 경우 센터는 당사자와 자격을 갖춘 국제상사법원 또는 국제중재기구의 중간기구로서 사법적 문서의 작성, 송달 및 판결 또는 판정의 집행을 보조하는 등의

583) 張相君, 同前注 577, 第213頁.
584) 溫先濤:《〈新加坡公約〉与中國商事調解》, 載《中國法律評論》2019年第1期, 第199頁.

역할을 할 수도 있다.

Ⅱ. 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원 설치 시도

중국이 UNCITRAL 제3 워킹그룹에 제출한 ISDS 개혁 건의에서 중국은 중재 메커니즘을 유지하는 기초 위에 상설 항소기구를 증설한다는 입장이다. 이 아이디어는 일대일로 관련 투자분쟁해결 메커니즘의 구축을 통해 더욱 검증될 수 있으며, 많은 실무를 통해 경험과 교훈을 요약함으로써 ISDS 개혁에 중국의 지혜를 기여할 수 있다.

1. 분쟁해결 방식 다각화

일대일로 관련 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하는 과정에서는 물론 일대일로 이니셔티브에 따른 기본 원칙을 준수해야 한다. 즉, 공동논의·공동건설·공동향유를 준수하여 일대일로 포함 국가의 실제 요구를 충분히 존중하여야 한다. 일대일로 포함 국가 중 ICSID 협약에 가입한 나라는 109개국, 가입하지 않은 나라는 29개국, 비준하지 않은 나라는 6개국으로 투자 중재에 대한 각국의 태도가 엇갈리고 있음을 보여준다.[585] ISDS 메커니즘을 수용할 수 없는 국가에 대해서는 강요하지 말아야 한다. 다양한 분쟁해결 방식을 제공함으로써 일대일로 포함 국가의 투자분쟁해결 메커니즘을 널리 수용하도록 하는 동시에 관련 규정을 준수하는 경우 당사자에게 분쟁해결 방법을 독립적으로 선택할 수 있는 권리를 부여하여 사건의 실제 요구 사항에 따라 분쟁 및 분쟁을 해결할 수 있다. 이와 관련하여 현재의 ISDS 개혁 모델을 참고하여 일대일로 포함 국가에 의무적 협상, 조정, 중재, 소송 등 다양한 분쟁해결 방식을 제공하고 일대일로 포함 국가가 어떤 방식을 적용할 것인지 자율적으로 결정할 수 있게 하여야 한다.

---

585) 王祥修：《論“一帶一路”倡議下投資爭端解決机制的构建》，載《東北亞論壇》2020年第4期，第21頁.

다양한 분쟁해결 방식을 사용하는 과정에서 현재 ISDS 메커니즘 개혁의 핵심 내용을 흡수하여 일대일로 관련 투자분쟁해결에 적절하게 적용할 수 있을 것이다. 첫째, 일대일로 포함 국가와 투자자 간 분쟁에 대하여 기존의 다른 법원이나 판정부에서 본안에 관하여 심리하기 전에 '의무적 협상'을 거치게 함으로써 당사자 간의 우호적 협상을 최대한 실현함과 동시에 쟁점을 명확히 하고 복수의 사건들 중에서 협상 가능한 사건을 다른 사건들로부터 분리하여 분쟁의 효율적인 해결을 가능하게 한다.[586] 둘째, 조정제도의 운용을 중시한다. 조정제도는 다양한 분쟁해결의 중요한 부분으로 조정의 핵심은 유연성에 있으며, 협상제도, 중재제도, 투자법원제도 등과 병행하지만 어느 시점에서든 효과를 발휘하여 투자자, 주재국, 사회의 공익 균형을 보다 포괄적으로 균형 있게 달성할 수 있다. 일대일로 이니셔티브에 따른 투자분쟁의 조정을 통한 해결은 법적 구속력을 부여함과 동시에 조정 과정에서 형성된 조정안의 내용이 후속 다른 절차의 심판 근거로 사용되지 않도록 보장해야 한다는 점에 주목할 가치가 있다. 또한 분쟁 해결의 주류 경로로서 중재의 지위를 인정해야 하며, 중재제도의 확립은 투명성 제고, 절차의 시간 및 비용 절감, 중재인의 엄격한 행동 강령 준수 요구 등 전세계적 중재 개혁 경향에 부합해야 한다. 다양한 분쟁해결 방식의 선택은 또한 일부 일대일로 포함 국가가 투자 중재에 신중한 태도를 보이는 어려운 상황에 어느 정도 대응할 수 있다는 장점을 가진다.

2. 투자분쟁 항소법원 설립

유럽연합의 권고에 따라 일대일로 관련 상설 투자법원을 설립하는 경우 고려해야 할 현실적인 질문은 일대일로 포함 국가의 모든 BRI 관련 프로젝트에 대한 잠재적 분쟁을 처리하기 위해 법원이 얼마나 커야 하는지 또는 그러한 잠재적인 거대 법원이 설립될 수 있는지 여부이다. 예상되는

586) 여기에서의 의무적 협상은 후술하는 항소법원에서의 2차 의무적 협상과의 관계상 '1차 의무적 협상'이라 할 것이다.

많은 사건수를 감안하면 큰 법원이 필요하다. 일대일로 포함 국가의 동의와 분쟁해결 방식을 선택할 자유를 존중해야 한다는 점에서 이런 법원을 만드는 것은 어려운 과제이기 마련이다.[587] 그러나 일대일로 포함 국가 기타 분쟁해결기구로부터의 항소에 대하여 관할권을 갖는 통일된 항소법원만 만들고 1심 판결이나 판정은 적절하다고 판단되는 다른 법원이나 판정부에 맡기는 것이 보다 더 용이할 것이다. 그 경우 1심 판결(판정)은 분산될 수 있지만 통일된 항소법원은 그 분산된 판결을 정리하고 규칙을 적용해 일관성과 조화를 확보할 수 있게 된다.[588] 중국이 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설치한다면 중국의 ISDS 개혁 방안이 실현될 가능성을 높일 것이다.

중국 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설치하더라도 사전절차로서 의무적 협상이라는 ADR을 도입하여야 한다. '2차 의무적 협상'을 항소심의 사전절차로 설치한다면 동양적 특징을 지닌 조정제도의 유연성·효율성 등의 장점을 충분히 발휘하여 분쟁 당사자들이 충분히 협의하고 교류하며 평등하게 의견을 교환하고 투자분쟁을 평화적이고 안정적으로 해결할 수 있도록 할 수 있다. 일대일로 관련 분쟁에 대하여 해당 법원이나 판정부에서 내린 결정에 대하여 항소법원에 불복하려는 경우 2차 의무적 협상을 위한 상대적으로 짧은 대기기간을 거치도록 항소법원 관련규정에 제도화할 수 있을 것이다. 1심 판결(판정)을 거치면서 분쟁 당사자들은 분쟁 사실의 인정과 서로의 클레임에 대해 더 잘 알게 됐기 때문에 분쟁 해결의 효율성을 높이고 경제적 비용을 절감하기 위해 항소심 전의 2차 의무적 협상의 대기기간을 상대적으로 단축할 수 있을 것이므로, 분쟁 당사자들이 조속히 조정 합의에 볼 수 있도록 3개월 정도의 의무적 협상 기한을 설정할 것을 권고한다. 2차 의무적 협상 절차에서 분쟁 당사자가

587) Sienho Yee, *Dispute Settlement on the Belt and Road: Ideas on System, Spirit and Style*, Chinese Journal of International Law, Volume 17 Issue 3, 2018.09, para. 4. at https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy024 (Lastly visited on 2023.4.18.).

588) *Id.*, para. 5.

일부 분쟁에 대해 합의에 이르면 해당 부분에 대해 먼저 조정 협의를 작성하고 해결되지 않은 분쟁 부분을 항소심 절차로 전환할 수 있을 것이다. 중국 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원은 일대일로 관련 투자분쟁해결에서 의무적 협상이라는 ADR의 중요한 장점을 충분히 발휘하여 일대일로 지역 내의 양호한 투자 환경을 유지하고 국제투자분쟁해결 방식으로서의 의무적 협상제도의 발전을 추진해야 한다.

또한 중국 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원의 설립은 EU 상설투자법원의 항소법원 모델을 참조할 수 있으며 항소법원의 구성원은 주로 일대일로 포함 국가 출신으로, 세계 각국의 법계를 포함하고 주요 투자대국의 전문가와 판사도 임용할 수 있다. 항소심 절차에 들어간 분쟁에 대하여, 항소법원은 1심 판결(판정)의 법적 문제와 사실 문제를 조사하고 명백히 잘못된 판결(판정)을 수정하며 명확한 적용 기준을 사용하여 법적 및 사실적 문제를 처리하고 판결(판정)의 일관성을 기할 수 있다.

중국은 중국국제경제무역중재위원회(China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC), 선전(深圳)국제중재원(Shenzhen International Arbitration Court), 베이징국제중재센터(Beijing International Arbitration Center, BAC) 등 기존 국제중재기구에 의존해 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설립해 타당성을 시험할 수 있다. 따라서 실증 데이터에 의존하여 경험과 교훈을 효과적으로 요약하고 국제사회에 대응 아이디어를 제시하여 국제사회에서 중국의 발언권을 향상시킬 수 있을 것이다.

최근 몇 년 동안 중국의 기존 국제중재기구들은 관할권을 확대하고 투자자와 국가 간의 분쟁을 중재 범위에 포함시키기 위해 새로운 중재규칙을 연속적으로 채택했다.[589] 동시에 중국 사법부는 2021년 7월

589) 선전국제중재원(SCIA)은 2016년 중재규칙 개정을 통해 투자자-국가간 중재를 포함시켰고, 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)의 2017년 '국제투자중재규칙', 베이징국제중재센터(BAC)가 2019년 채택한 '국제투자중재규칙'이 뒤를 이었다.

30일 발표한 《중화인민공화국 중재법(개정)(의견 수렴 초안)》에서 기존 중재법 제2조의 '평등 주체' 제한을 삭제하고 기존 '국민'을 '자연인'으로 수정했다. 이 중요한 수정은 투자분쟁을 중재 신청할 수 있는 범위를 넓혀서 중국인과 외국인을 보다 확실히 포함할 수 있으며 중국 중재기구가 투자 중재를 관리하고 중국 및 외국 투자자가 중국에서 투자 중재를 신청할 수 있는 명확한 법적 근거를 제공한다.

또한 중국 최고인민법원 산하 두 개의 중국국제상사법원(China International Commercial Court, CICC)이 2018년 선전(深圳)과 시안(西安)에 설립돼 CICC가 '일대일로 판정부'로 불리지만 현재 관할권도 투자자-국가간 분쟁해결을 제외한 사적 당사자 간의 국제상사분쟁만 다루고 있지만 향후 CICC가 예를 들어 ISDS의 판정을 승인하고 집행하는 것과 같이 투자자-국가간 중재와 관련된 사건을 처리할 수 있는 권한을 부여받을 가능성을 배제하지 않는다.

그러나 중국 CICC를 통해 국제투자 계약 분쟁을 처리하든, 중국의 중재기구가 조약에 기반한 투자분쟁을 해결하든, 중국의 사법기관은 일반적으로 신뢰할 수 있는 공정성과 높은 수준의 중재 품질을 가지고 있지 않다는 명백한 문제가 있다. 이 때문에 외국 분쟁 당사자로서는 중국 밖 중립적인 제3자를 통해 중국 당사자와의 분쟁을 해결하는 것을 선호하고 있다. 중국 자체의 법치 수준이 상대적으로 약한 것으로 간주된다는 점을 감안할 때 중국은 일대일로 관련 항소법원을 설립하기 전에 국내 법치 환경 구축을 개선하고 사법기관의 국제 공신력을 높이고 보호해야 한다. 물론 사법의 권위와 평판의 실질적인 향상은 사법 관행에서 지속적이고 효과적인 노력을 통해 입증되어야 하며, 이는 시간이 지남에 따라 점진적으로 향상되어야 한다.[590]

결론적으로 일대일로 이니셔티브에 따른 투자분쟁해결 메커니즘은 우선 국제 사회의 주류가 지향하는 가치를 따르고 주재국의 규제권한과 사회 공익에 적절히 주의를 기울여야 한다. 또, 투자분쟁의 다양성, 복잡성 각

590) Yuwen Li & Cheng Bian, *Supra* note 13, p.530.

나라가 투자 중재에 대한 다른 태도 등 일대일로 포함 국가의 실제 상황과 결합하여 일대일로 이니셔티브에 따른 투자분쟁해결 메커니즘을 맞춤형으로 설계해야 한다. 효과적인 분쟁 예방 메커니즘의 구비와 1심 법원(판정부)의 개방성 유지 및 통합된 항소법원의 설치는 BRI의 투자분쟁 해결 요구를 충족시키고 투자분쟁을 적절하게 해결하며 국제 사회에 적극적으로 대응할 수 있게 할 것이다. 아울러 중국은 시대의 흐름에 발맞춰 국제 사회의 ISDS 개혁에 적극 지혜를 기여하는 대국적 역할을 보여야 할 것이다.

PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY
부경대학교

제6장 결론

본문에서 살펴본대로 국제투자분쟁의 빈도가 높아지면서 외교에 의존하는 국가간 분쟁해결보다는 ICSID 협약의 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)의 등장이 정치 개입을 희석시키고 국제투자 분쟁해결에서 투자자의 역할을 강조하는 중요한 전환점이 되고 있다는 사실은 분명하다. ISDS는 외국인 투자자에게 투자협정에 따라 투자유치국에 직접 국제중재를 신청할 수 있는 권리를 부여하고 있으며, ISDS의 발전은 이미 국제투자체계의 중요한 부분이 되었다. 그러나 동시에 ISDS도 일부 도전과 논란에 직면해 있어서, 중재판정의 불일치, 주재국 규제권한에 대한 간섭 등의 문제가 지적되고 합법성과 신뢰성을 의심받게 되자 ISDS에 대한 개혁 논의가 촉발되었다.

국제투자 활동의 관점에서 중국은 초기의 단순한 국제 자본유입국으로부터 점차 중요한 국제 자본 쌍방향 유동 대국으로 역할전환되었다. 이처럼 국제투자 환경에서 중국의 역할이 변화함에 따라 중국 대외투자는 자원 획득에서 보다 다원적이고 전략적인 투자로 전환되는 추세를 보이고 있으며, 이에 따라 중국은 국제투자 분쟁해결 메커니즘을 조정하고 업그레이드해야 한다고 요구하게 되었고, 이는 중국이 대외적으로 체결한 IIAs에 반영되었다. 앞에서 살펴본대로 중국 IIAs의 투자분쟁해결 조항을 정리하여 보면 ISDS에 대한 중국의 태도는 시대적 특징이 뚜렷함을 알 수 있다. 1세대 중국 양자투자협정은 수용 보상금액에 관한 분쟁만 국제중재를 신청할 수 있는 보수형 BIT였고, 2세대 자유화형 BIT는 투자자가 모든 투자자와 주재국 간 분쟁에 대해 국제중재를 신청할 수 있었으며, 가장 최근의 3세대 균형형 BIT는 지속가능한 발전을 강조하고 투자자와 주재국 간 이익 균형을 중시하는 추세이다. 3세대 균형형 BIT 가운데 특히 최근 몇 년 동안의 중국 IIAs의 ISDS 조항에서의 새로운 추세는 주로 투자자와 주재국 양측의 이익 균형을

더욱 강화하고 중재기구의 권한을 제한하며 현지 법적 구제를 강조하고 투명성을 높이고 분쟁 예방 메커니즘을 구축하는 특징을 갖고 있다. 이러한 변화는 국제투자 분쟁해결 메커니즘에 대한 중국의 지속적인 적응과 개선을 반영하고 국제투자 활동에서 중국의 보다 안정적인 발전을 보장한다.

중국이 쌍방향 투자대국이 됨에 따라 근래 중국 투자자들이 주재국을 제소하고 외국 투자자가 중국 정부를 제소하는 투자중재 사건이 종종 발생하고 있지만 중국은 아직까지는 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS)의 경험이 많지 않다. 이는 주로 중국의 초기 BITs에서 ISDS에 대한 제한적인 조항에 기인한다. 중국은 현재 발효 중인 BITs의 60%에서 중재 동의를 수용 보상금액과 관련한 분쟁으로 제한하고 있다. 그러나 나머지 40%의 2세대 및 3세대 BITs에서는 중재 적격이 확대되었고, 2020년부터 중국 투자자들이 신청한 투자중재 사건과 중국 정부가 피신청인인 투자 중재 사건은 모두 가파른 상승세를 보이고 있다. 이러한 중재 사건수의 증가는 중국이 대외개방을 지속적으로 강화하고 투자보호 범위를 확대하는 발전과 일치한다. 또한 일대일로 이니셔티브의 지속적인 발전에 따라 중국 정부와 중국 투자자들은 앞으로 더 많은 투자 중재 사건에 수동적이거나 능동적으로 참여할 수밖에 없으며, 중국은 ISDS 무대에서 더욱 활발해져 투자자-국가간 분쟁해결(ISDS) 관찰자에서 참여자로의 전환을 완성할 것이다.

앞서 본론에서 살펴본 중국 관련 ISDS 사건들은 국제투자분쟁에서 일반적으로 흔히 볼 수 있는 관할권 확장, 조기기각 절차, 최혜국대우와 간접수용 등의 문제를 다룰 뿐만 아니라 중국 특유의 투자분쟁의 법적 쟁점들도 포함하고 있다. 중국 정부가 체결한 BIT가 홍콩・마카오 특별행정구에 직접 적용되는지 여부, 중국 국유기업이 투자 중재에서 당사자 적격성이 어떻게 인정되는지, '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항의 관할권을 어떻게 해석하는지 등이 그와 같은 중국 특유의 쟁점들의 예이다. 이 연구는 중국 관련 대표적인 ISDS 사건들의 분석을 통해 향후

중국 정부와 중국 투자자들이 체약과 투자 실무에서 다음과 같은 점에 유의해야 한다고 지적했다.

첫째, 중국 정부가 대외적으로 체결한 BITs의 홍콩・마카오 특별행정구 적용과 관련하여 중국 정부는 중국과 외국의 BITs를 홍콩・마카오 지역에 확대 적용하는 것에 반대하고 있지만, 현재 상당 비율의 중국 기업이 홍콩・마카오를 통해 회사 구조 설계와 조세 문제 처리를 진행할 것이라는 점을 근거로 중국의 해외투자 보호를 위해 중국과 외국간 BIT의 취지와 가치를 강조하는 기초 위에서 일국양제 원칙에 따라 적시에 홍콩과 마카오 특구의 의견을 수렴하여 향후 중국과 외국간 BIT를 새로 체결하거나 갱신할 때 특정 조건에 부합하는 홍콩과 마카오 투자자를 중국과 외국간 BIT가 보호하는 중국 투자자의 범위에 포함하여야 한다.

둘째, 중국 국유기업의 적격 사적 투자자 확인과 관련하여 ISDS가 국유기업에 대한 관할을 배제하지 않는다는 것이 먼저 확실하였다. 국유기업이 투자에서 사적 투자자 지위를 갖는지에 대해서는 현재 국제 및 국내 양면에서 실천적으로 확립된 '행위성질 + 목적'의 판단기준에 비추어 국유기업이 '기본적인 정부기능을 행사'하는지 여부를 판단하여야 한다. 그리고 국유기업이 '정부대리인' 역할을 하는지 여부는 해당 국유기업이 실제로 국가의 지시에 따르거나 국가의 지휘나 통제 아래 행동하고 있는지를 살펴보는 것이 관건이다. 따라서 중국 국유기업의 투자분쟁과 관련된 ISDS 관할권 문제는 각 사건의 구체적인 사실과 상황에 따라 종합적으로 분석되어야 한다.

또한 중국 국유기업은 독립적인 기업법인으로서 그 자체가 정부의 일부가 아니며 투자활동에서 상업활동을 종사하며 독립경영권을 향유하고 있으므로 국유기업이 정부대리인이고 정부기능을 행사한다는 충분한 증거가 없는 경우 중국 국유기업은 ISDS에서 주권면제를 누릴 수 없다.

셋째, 중국 1세대 BIT의 '수용 보상금액에 관한 분쟁' 조항의 사항적 관할권 문제와 관련하여 현재 중국 관련 ISDS 사건에서 중재판정부가 이 조항에 대해 일치되지 않은 해석을 하고 있다. 중국 1세대 BIT는 이 제한

조항을 통해 다른 유형의 분쟁을 중재에서 제외함으로써 국가 규제권한 보호 목적을 달성했다. 그러나 중국 역외투자가 늘면서 이런 제한조항은 이제 해외진출하는 중국 역외투자자의 이익을 보호하는 데 도움이 되지 않는 것으로 보인다. 따라서 중국은 해외투자에 대한 강력한 보호를 달성하기 위해 가능한 한 빨리 초기 BIT의 업그레이드를 완료해야 한다.

넷째, 과도기 BIT의 적용과 관련하여 중국핑안 대 벨기에 정부 사건에 대한 분석을 통해 투자협정의 세심한 초안의 중요성을 강조하였으며, 특히 중국-유럽 CAI 후속 ISDS 조항 협상 과정에서 과도기 동안 중국 투자자들이 이러한 조약을 효과적으로 적용할 수 있도록 초기 BIT에서의 ISDS 메커니즘과 ICS 간의 전환에 주의를 기울여야 한다.

다섯째, 조기기각 절차의 보완과 관련하여 상설 투자 중재항소기구의 설치와 비용분배 규칙의 보완을 제안한다. 첫째, 조기기각 절차를 보완하기 위해 상설 항소기구를 설치하여 조기기각 절차에서의 '명백한 법적 근거가 부족'한지 판단하는 것에 대하여 통일되고 권위 있는 해석을 내리게 한다면 중재 판정의 예측 가능성을 높일 수 있으며, 동시에 조기기각 절차 판정에 대한 항소 심사도 당사자가 구제받을 권리를 보장하는 데 도움이 될 것이다. 둘째, 비용분배 규칙을 보완하여 조기기각 이의신청에 대한 독립적인 벌금 책임 제도를 추가하여 신청인의 악의적인 신청 및 절차적 권리 남용을 규제하고, 명백한 법적 근거 부족으로 인해 이의신청이 '일부' 기각된 경우에도 비례원칙에 따라 당사자의 비용 분담 금액에서 절차적 권리 남용에 대한 필요한 제약을 반영해야 한다.

여섯째, 중국의 경제력이 증가하고 일대일로 이니셔티브가 진행됨에 따라 1세대 BIT가 점점 더 중국 투자자들의 해외투자 이익을 보호하는 요구를 충족시키지 못할 수 있다. 더 나아가 ISDS의 최혜국대우가 절차적 조항에 적용되는지에 대해 중국이 최근 서명한 투자협정에는 모두 명확한 MFN 배제 조항이 포함되어 있지만 이는 중국 해외 투자자들에게 좋지 않은 소식이다. 이로써 MFN을 통해 자신에게 더 유리한 분쟁해결절차를 선택할 수 없기 때문에 중국 해외 투자자들에게는 엎친 데 덮친 격이 될

것이다. 따라서 중국 투자자들의 해외투자의 절실한 이익을 보호하고 쌍방향 투자대국으로서의 국익의 균형을 어떻게 맞출 것인가는 중국 정부가 심각하게 받아들여야 할 문제이다. 앞서 이야기하였듯이 중국의 경우 1세대 BIT의 좁은 중재 관할권으로 인하여 중국인 해외투자자가 보호를 받지 못하는 문제를 해결하기 위해서 중국 정부는 다른 나라와 체결한 1세대 BIT의 업그레이드 의정서를 체결하여 중재 신청의 범위를 확대하여야 한다.

일곱째, 간접수용의 문제와 관련하여 중국이 최근 체결한 IIA의 간접수용에 관한 규정은 간접수용의 정의와 판단기준을 명확히 하고, 점점 더 상세한 규정으로 중재판정부의 해석권한을 희석함과 동시에 주재국의 규제권한과 투자자의 이익보호를 중시하여 국제투자협정의 발전과 주류추세에 부합한다.

현재 ISDS 개혁은 세계적인 화두가 되었지만 통일된 분쟁해결기구의 부재로 인해 국가별로 ISDS 메커니즘에 대한 규칙조정이 각국의 구상에 따라 추진되어 현재 추진하는 개혁조치와 기존의 구체적인 중재 제도의 괴리와 함께 복잡한 파편화된 특징을 보이고 있으며, 각 국가는 서로 다른 발전방향을 따라 ISDS 메커니즘의 개혁을 추진하고 있다. 중국은 국익에 부합하는 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하기 위해 국제투자에서 자신의 위치와 대책을 재고할 필요가 있다.

중국은 2017년 UNCITRAL이 주도하고 있는 ISDS 개혁에 매우 적극적으로 참여하고 있으며 2019년 7월 18일 ISDS 개혁에 대한 입장을 문서로 제출했다. 입장문의 핵심은 기존 ISDS 체제를 유지하는 기초 위에서 다자규칙을 보완함으로써 상설 항소기구를 설립한다는 것으로 요약할 수 있다. '적극적 점진주의'는 중국의 입장을 보다 형상화한 것이다. 즉, 투자자가 중재인을 지정할 권리를 보유하는 것을 기반으로 ISDS의 결함을 수정하는 동시에 항소기구, 대체적분쟁해결(조정 및 의무적 협상 등)과 같은 체계적인 관점에서 ISDS 메커니즘을 개혁하는 경향이다. 이러한 ISDS 개혁에 관한 중국의 입장은 중국의 유연하고 개방적인

접근방법을 보여준다. ISDS 메커니즘을 지지하면 미국, 러시아, 일본을 비롯한 점진적 개혁 지지국들의 공감대를 형성할 수 있다. 상설 항소 메커니즘의 설립을 지지하는 것은 또한 EU가 주장하는 ICS와 유사하다. 그래서 중국의 방안이 양 입장간의 이견을 좁히는 가교 역할을 할 수도 있다.

이 같은 'ISDS + 상설항소기구'의 혼합방식에 대해 중국은 아직까지 어떤 양자·지역·다자 규칙 협상에서 뚜렷한 구체적인 개혁안을 내놓지 않고 있다. 현재 중국은 국제투자 활동에서 쌍방향 투자 대국이지만 중국은 여전히 경제 전환기에 있는 개발도상국이며, 법치주의 수준이 낮고, 복잡한 정체성으로 인해 중국이 ISDS 메커니즘의 개혁에 대해 특별히 필요한 요소들을 갖게 된 것은 부인할 수 없다. 따라서 중국의 구체적인 ISDS 개혁방안은 다음과 같은 세 가지 측면에서 마련되어야 한다.

우선 ISDS의 내용이 낙후된 중국 초기 IIAs를 조속히 업그레이드하여 중국의 대외 투자활동을 효과적으로 보호할 필요가 있다. ISDS 조항에서 공감대를 형성한 절차적 문제를 수정하는 데 중점을 두고 특히 중재 범위에 대한 규정을 체계적으로 조정하고 조약 내용의 업데이트를 통해 부적절한 제한 요소를 제거하고 중재 대상의 범위를 확대하여 중국 해외 투자자가 투자 중재를 사용하여 구제를 모색할 권리를 보장해야 한다. 둘째, ISDS 메커니즘 설계에서 중국은 국제투자법제 발전의 주류 추세에 따라 중재절차에서 조약 해석에 대한 체약국의 지위와 역할을 강화하여 중재판정부의 재량권을 제한하고 주재국을 위한 정책 공간을 확보해야 하여 투자자의 권익 보호와 주재국 규제권한의 균형을 ISDS 메커니즘 개혁에서 최우선으로 추구하여야 한다. 셋째, 중국은 다양한 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하고 의무적 협상 및 조정과 같은 대체적 분쟁해결절차를 차세대 투자협정에 통합하고 ISDS 개혁을 위한 동양적 특징을 지닌 개혁 건의를 제시해야 한다.

또한 향후 IIA 협상 및 업데이트 과정에서 중국은 다양한 국가간 실제 자본 흐름에 따라 차별화된 투자분쟁해결 메커니즘을 구축할 수 있다.

첫째, 미-중 BIT 협상 과정에서 양측은 ISDS 점진적 개혁 틀에서 BIT에 특별 조약 해석 기관을 설치하여 중재절차에 대한 체약국의 통제를 강화하고 중재판정부는 자의적으로 해석하는 것을 방지함과 동시에 투명성 조항, 대체적 분쟁해결절차에 대한 관심을 높일 수 있다. 중국과 미국이 모두 지지하는 항소 메커니즘에 대해 중국 정부는 항소 메커니즘의 구축 가능성과 내용(규칙 모델)에 적극적으로 주의를 기울이고 BIT에서 항소 메커니즘 구축을 위한 여지를 남겨야 한다.

둘째, 아직 확정되지 않은 중국-유럽 CAI 투자분쟁해결 메커니즘에서 중국 정부는 투자법원의 규칙 내용과 효과를 신중하게 평가하여야 한다. EU와의 협상 과정에서 ICS 틀을 기반으로 자신의 이익에 부합하는 주장을 할 수 있으며 ICS 메커니즘을 더욱 세분화할 수 있다. 예를 들어 중국은 투자협정에서 투자법원의 심리기간과 운영비용을 엄격히 제한하고 투자법원 밖에서 투자자의 주재국 국내 구제절차의 이용 가능성을 확보해야 한다. 또한 중국은 ICS 메커니즘이 다른 지역 및 다자 메커니즘과 충돌할 가능성에 주의를 기울여야 하며 ICS 메커니즘의 체계적이고 정확한 포지셔닝이 필요하다.

셋째, 일부 개발도상국과의 BIT에서 중국은 ISDS 메커니즘의 투자 보호 역할을 충분히 유지해야 한다. 특히 고위험 국가 대상 BIT에서 전통적인 국제투자 중재 메커니즘의 강력한 투자 보호 특성을 유지하고 ISDS 메커니즘이 투자자에게 부여하는 공격 성능을 유지하며 투자자가 효율적이고 유연하며 편리한 중재 메커니즘에서 효과적인 구제를 추구할 수 있도록 보장해야 하여 투자 과정에서 투자자가 손실을 입지 않도록 해야 한다.

중국은 BRI의 발기국으로서 일대일로 포함 국가들의 최대의 자본유입국이자 자본유출국이며 효율적이고 공정한 투자분쟁해결 메커니즘 구축에 대한 내부 동력과 현실적인 필요성도 가지고 있다. ISDS 메커니즘에 대한 국제사회의 개혁 방식을 거울삼아 중국 국내에서 일대일로 관련 수요에 맞는 투자분쟁해결 메커니즘을 구축할 수 있다고

본다. 구체적으로 중국은 기존의 제도적 기반을 활용하여 외국인 투자 민원 조정 메커니즘을 구축하고 일대일로 관련 투자분쟁을 예방하고 해결하는 데 있어 비소송 방식의 역할을 강화하는 동시에 시범적으로 중국이 주도하는 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 설립해 일대일로 관련 투자에서 이 모델의 타당성을 검증할 수 있을 것이다.

협력적 사고를 지향하고 조기 개입, 적정 투명성, 투자자 보호 및 주재국 규제권한간 이익 균형을 원칙으로 하는 '일대일로 관련 투자분쟁 예방 및 평가센터'를 중국 본토의 특정 지역에 기존의 국제법 연구기관이나 중재기구에 의존하여 설립하여야 한다. 이 센터는 '인터넷+ '와 빅데이터 기술을 이용하여 투자자와 주재국 간의 투자분쟁에 관한 데이터와 자료의 교환을 실현할 것이다. 센터평가팀은 독립적인 평가를 완료하여 당사자들이 분쟁해결에 대한 예측을 형성하도록 돕고 양측의 화해를 완수할 수 있도록 협조해야 한다. 평가 후 당사자 쌍방이 중재를 선택하거나 일방이 소송을 제기할 경우 센터는 당사자와 자격을 갖춘 국제상사법원 또는 국제중재기구의 중간기구로서 사법적 문서의 작성, 송달 및 판결 또는 판정의 집행을 보조하는 등의 역할을 할 수도 있다.

일대일로 포함 국가와 투자자 간 분쟁에 대해서는 현재 해당 지역별로 법원이나 중재판정부에서 처리하고 있지만, 그러한 관련 법원이나 판정부에서 본안에 관하여 심리하기 전에 (1차) 의무적 협상을 거치게 함으로써 당사자 간의 우호적 협상을 최대한 실현함과 동시에 쟁점을 명확히 하고 복수의 사건들 중에서 협상 가능한 사건을 다른 사건들로부터 분리하여 분쟁의 효율적인 해결을 가능하게 하여야 한다.

중국이 주도하는 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원을 시범적으로 설립하려면 우선 일대일로 포함 국가의 투자분쟁해결 방식에 대한 선택권을 충분히 존중하고 다양화된 분쟁해결방식을 제공하며 현재 ISDS 메커니즘 개혁의 핵심 내용을 흡수하고 의무적 협상·조정 등 대체적 분쟁해결절차의 운용을 중시해야 한다. 일대일로 관련 투자분쟁 항소법원 역시 전술한 관련 법원이나 판정부와 마찬가지로 2차 의무적 협상을

항소심의 사전절차로 삼을 수 있으며, 이를 위하여 분쟁 당사자들이 조속히 조정 합의에 볼 수 있도록 3개월 정도의 의무적 협상 기한을 관련 규정에 설정할 것을 권고한다. 2차 의무적 협상 절차에서 분쟁 당사자가 일부 분쟁에 대해 합의에 이르면 해당 부분에 대해 먼저 조정 합의서를 작성하고 해결되지 않은 분쟁 부분은 항소심 절차로 전환할 수 있다. 항소법원 설립에 대해서는 EU 상설투자법원의 항소법원 모델을 참조할 수 있으며, 항소심 절차에 들어가면 항소법원은 1심 판결(판정)의 법적 문제와 사실 문제를 조사하고 명백히 잘못된 판결(판정)을 수정하며 명확한 적용 기준을 사용하여 법적 및 사실적 문제를 처리하고 판결(판정)의 일관성을 기할 수 있을 것이다.

마지막으로 일대일로 관련 투자분쟁해결 메커니즘을 구축하는 과정에서 중국은 자체 투자법제를 지속적으로 정비하고 중국 사법기관의 국제적 공신력을 높이기 위해 노력하고 있다. 중국은 ISDS 개혁에서 적극적으로 탐색하고 생각을 혁신하며 중국이 시대의 흐름에 따라 국제사회의 ISDS 개혁에 중국의 지혜를 적극 기여하고 있음을 보여왔다.

참고문헌

《국내문헌》

【단행본】

김두진, 「국제거래법」, 도서출판 동방문화사, 2022.
박덕영 외 13인, 「국제투자법」, 박영사, 2012.

【학술지 논문】

Hyunsoo Ha, “A Study on ‘Expropriation Compensation Amount Arbitration Clause’ on Chinese Investment Agreement”, 「무역금융보험연구」(구 무역보험연구), 第22卷 第1號, 2021년.
김관호, “중국 투자협정 정책 전개의 신국면과 전망”, 「社會科學硏究」 第25卷 第3號, 2018년 9월.
김인숙, “ISD 소송사례를 통해서 본 간접수용 판단의 기준과 국내적 시사점 연구”, 「원광법학」제37권 제2호, 2021년.
左玉含.金斗鎭, “중국 관련 ICSID 투자자 국가 분쟁 중재 사건 연구–중국의 ISDS 경험 및 전망을 중심으로”, 「연세법학」 제40호, 2022년 11월.
장만·하현수, “중국 BIT상 최혜국대우조항의 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 적용에 관한 연구”, 「아태비즈니스연구」 제10권 제1호, 2019년 3월.
장석영, “국제투자 중재에서의 공기업 관련 국제법적 문제”, 「국제법평론」 2019-Ⅱ 통권 제53호.
장효은, “해외직접투자의 법원(法源)과 투자자·국가분쟁해결(ISDS)에 대한 고찰”,「강원법학」 제58권, 2019년 10월.
하현수, “중국의 투자협정 상 ‘수용 보상금액 중재조항’에 관한 연구”, 「무역보험연구」 제22권 제1호, 2021년 2월.
하현수, “중국의 투자자-국가 간 분쟁 해결제도에 관한 연구”,「仲裁硏究」 第23卷 第4號, 2013년 12월
허난이, “ISDS 포럼쇼핑 방지를 위한 투자협정상 MFN 배제조항”, 「仲裁硏究」 第28卷 第4號, 2018년 12월 1일.

《국외문헌》

【단행본】

Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.
Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), *Handbook of international investment law and policy*. Springer Singapore, 2020.
Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford University Press, 2009.
UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel,* UNCTAD Series on International Investment Agreements II, 2014.
UNCTAD, *Trends In International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999.
《財經大辭典》（第5卷），中国财政经济出版社，2013.
陳安，《国际经济法》（第2版），法律出版社，2009.
陳安，《国际经济法学专论》，高等教育出版社，2006.
史晓丽，祁欢，《国际投资法》(第1版)，中国政法大学出版社，2009.
王贵国，《国际投资法》（第2版），法律出版社，2008.
姚梅镇，《国际投资法》（第3版），武汉大学出版社，2011.
余劲松，《国际投资法》，法律出版社，2001.
张洪林，《中国传统法律文化》，华南理工大学出版社，2018.

【학술지 논문】

Nicolette Butler, *Possible Improvements to The Framework of International Investment Arbitration,* The Journal of World Investment & Trade. Volume 14, 2013.
Christoph Schreuer, *The concept of expropriation under the ETC and other investment protection treaties*, CSUN paper, 20 May 2005.
Du Ming & Shen Wei, *The future of investor-state dispute settlement: exploring China's changing attitude.* 2020, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2021.
Edwin Borchard, *The "Minimum Standard" of The Treatment of Aliens,* Faculty Scholarship Series, Michigan Law Review, 1940.02.
Emmanuel T. Laryea, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2021.
Susan Franck, *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, Articles in Law Reviews & Other Academic Journals. 1588, 2

007.

Henry S. Gao, *China-New Zealand Free Trade Agreement, in Simon Lester*, in: B ryan Mercurio & Lorand Bartels (eds), Bilateral and Regional Trade Agree ments: Case Studies, 2nd edition, Cambridge University Press , 2016.

James M. Claxton, *The Standard of Most-Favored-Nation Treatment in Investor-St ate Dispute Settlement Practice*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Suf ian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Sprin ger Singapore, 2020.

Julien Chaisse & Matthieu Burnay, *Introduction-CAI's Contribution to Internationa l Investment Law: European, Chinese, and Global Perspectives,* Journal of World Investment & Trade 23, 2022.

Kate Hadley, *Do China's BITs matter? Assessing the effect of China's investm ent agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the rule of law*, Georgetown Journal of International Law, 45(1), 2013.

Leon Trakman, *Resolving the Tension Between State Sovereignty and Liberalizing Investor-State Disputes: China's Dilemma*, in: Julien Chaisse, Leïla Choukr oune & Sufian Jusoh (eds), Handbook of international investment law and policy, Springer Singapore, 2021.

Michael Frenkel & Benedikt Walter, *Do bilateral investment treaties attract foreig n direct investment? The role of international dispute settlement provision s,* The World Economy, Volume 42, 2019.

P Malanczuk, *State-state and investor-state dispute settlement in the OECD draft multilateral investment agreement*, Journal of International Economic Law, Volume 3, Issue 3, 2000.09.

Piero Bernardini, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balan ce Both Parties' Interests*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journ al, Volume 32, Issue 1, Winter 2017.

Robert G. Hawkins, Norman Mintz & Michael Provissiero, *Governmental Takeover s of U.S. Foreign Affiliates*, Journal of International Business Studies, Volu me 7, 1976.

Scott Vesel, *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nati on Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treati es*, Yale Journal of International Law, 2007, 32:125.

Sienho Yee, *Dispute Settlement on the Belt and Road: Ideas on System, Spirit and Style*, Chinese Journal of International Law, Volume 17 Issue 3, 2018.09.

Suzy H. Nikièma, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, International Institute for Sustainable Development (II SD), 2017.02.

Yuwen Li & Cheng Bian, *China's Stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options*, Netherlands International Law Review, 2020.

曾华群，《论双边投资条约范本的演进与中国的对策》，国际法研究，2016年第4期.
曾华群，《论我国“可持续发展导向”双边投资条约的实践》，厦门大学学报，2015年第1期.
陈安，《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除—美·加型BITs谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》，国际经济法学刊，2006年第13卷第1期.
池漫郊，任清，《中国国际投资仲裁年度观察（2021）》，北京仲裁，2021年第2辑.
池漫郊，任清，《中国国际投资仲裁年度观察（2022）》，北京仲裁.
龚柏华，《涉华投资者-东道国仲裁案法律要点及应对》，上海对外经贸大学学报，2022年第2期.
胡泓泽，黄晖，《论调解先导式投资争端预防机制的构建--“一带一路”视域下》，北方经贸，2022年第9期.
蒋立山，《中国法治“两步走战略”：一个与大国成长进程相结合的远景构想》，法制与社会发展，2015年第6期.
靳也，《投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国应对策略研究》，河北法学，第39卷第7期，2021年7月.
李玲，《中国双边投资保护协定缔约实践和面临的挑战》，国际经济法学刊，2010年第17卷第4期.
梁丹妮，林希楠，《ICSID仲裁中的早期驳回程序研究—基于2021年<ICSID仲裁规则修订稿草案>第41条的分析》，中山大学法律评论，2021年第18卷第2辑.
梁咏，《国际投资仲裁中的涉华案例研究—中国经验和完善建议》，国际法研究，2017年第5期.
刘雪红，《论国有企业私人投资者身份认定及启示--以ICSID仲裁申请人资格为视角》，上海对外经贸大学学报，2017年第3期.
刘勇，《中国平安诉比利时王国投资仲裁案—以条约适用的时际法为视角》，环球法律评论，2016年第 4 期.
尚明，《2005年中国对外商务形式及法律工作的回顾与分析》，国际经济法学刊，2005年第12卷第4期.
沈伟，《构建“一带一路”高水平投资协定：基于征收条款的考察》，兰州大学学报(社会科学版)，2021年第49(03)期.
沈伟，《投资者-东道国争端解决条款的自由化嬗变和中国的路径—以中国双边投资协定为研究对象》，经贸法律评论，2020年第6期.
盛斌，《TPP投资新规则与中美双边投资协定谈判》，国际经济评论，2016年第5期.
石静霞，《中欧全面投资协定：我国商签经贸条约的新范式》，国际法研究，2021年第5期.
汪榕，《ICSID中明显缺乏法律依据的审前异议制度研究：对ICSID第41(5)条的剖析》，

仲裁研究，2012年第2期.
王鹏，《国际投资法的社会化趋势》，西安交通大学学报(社会科学版)，2016年第4期.
王鹏，郭劍萍，《投资法律外交：中国国际投资协定的政治逻辑》，中国国际法学会，2016年学术年会论文集.
王祥修，《论“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》，东北亚论坛，2020年第4期.
王小林，《国际投资间接征收的中国关切》，北方法学，第9卷总第50期，2015年第2期.
王学东，《从〈北美自由贸易协定〉到〈美墨加协定〉：缘起,发展,争论与替代，拉丁美洲研究》，2019年第41卷第1期.
王彦志，《RCEP投资章节：亚洲特色与全球意蕴》，当代法学，2021年第 2 期.
王彦志，《从程序到实体：国际投资协定最惠国待遇适用范围的新争议》，清华法学，2020年第5期.
王永钦，杜巨澜，王凯，《中国对外直接投资区位选择的决定因素：制度·税负和资源禀赋》，经济研究，2014年第12期.
温先涛，《中国投资保护协定范本（草案）论稿》，国际经济法学刊，第18卷第4期·第19卷第1期和第2期，2011年.
温先涛，《〈新加坡公约〉与中国商事调解》，中国法律评论，2019年第1期.
伍穗龙，《国有企业在ICSID管辖权中的仲裁资格》，中南民族大学学报(人文社会科学版)，2022年第5期.
肖军，《论投资者–东道国争端解决机制改革分歧的弥合进路》，国际经济法学刊，2021年第2期.
肖威，《ISDS机制变革的根源,趋势及中国方案》，法治现代化研究，2020年第 5 期.
叶斌,《<中欧全面投资协定>与监管权：战略机遇及外部风险》，国际法研究，2021年第 6 期.
易在成，朱怡，《港澳投资者适用中外BITs问题研究—以“谢业深案”与“世能案”为视角》，国际商务研究，2018年第2期.
于鹏，廖向临，杜国臣，《RCEP和CPTPP的比较研究与政策建议》，中国经贸，2021年第8期.
余劲松，《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，中国法学，2011年第2期.
原磊，邱霞，《中国企业国际化的回顾与展望》，宏观经济研究，2009年第9期.
张斌，《国有企业商业考虑原则:规则演变与实践》，上海对外经贸大学学报，2020年第4期.
张皎，《中欧投资协定投资者与国家争端解决条款设计—基于条款价值的考量》，欧洲研究，2020年第2期.
张金矜，《<中欧全面投资协定>国有企业规则述评》，国际经济法学刊，2022年第 4 期.
张亮，董格非，《ICSID审前异议制度研究》，国际经济法学刊，2019年第1期.

张庆麟，《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，政法论丛，2017年第6期.
张相君，《应对投资争端解决机制变革的中国方案及其实现》，中国国际法年刊，2019年.
張磊，《论拉美国家对卡尔沃主义的继承与发展》，拉丁美洲研究，2014年第36卷第4期.
周升起，《中国对外直接投资：现状·趋势与政策》，东亚论文，2009年第5期.
朱文龙，《新旧国际投资条约的过渡与衔接--以“中国平安诉比利时王国投资仲裁案”为例》，黑龙江省政法管理干部学院学报，2020年第1期.

【학위논문】

羅丹思(Rodanthi Chatzopoulou)，《投资者国家争端解决机制及其对东道国法治影响的研究》，博士学位论文，中南财经政法大学，2014年9月.
白雲鵬，《“一带一路”建设中投资者-国家争端多元治理研究》，博士学位论文，雲南大學，2020年6月.
馮德恒，《身份转换语境下的中国海外投资法律保护研究》，博士学位论文，吉林大学，2019年6月.
谷婀娜，《身份转换背景下中国对外缔结BIT的立场对策研究》，博士学位论文，厦门大学，2017年.
李文怡，《“一带一路”投资争端解决机制研究》，博士学位论文，西南政法大学，2018年11月.
魏德红，《投资者-国家争端解决（ISDS）机制转型研究》，博士学位论文，吉林大学，2020年12月.

【웹사이트】

ICSID Cases Database, https://icsid.worldbank.org/cases/case-database.
ICSID, https://icsid.worldbank.org/.
International Labour Organization, https://www.ilo.org/global/lang-en/index.htm.
IMF, https://www.imf.org/external/datamapper/NGDP_RPCH@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD.
International Investment Agreements Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements.
PCA, https://pca-cpa.org/en/cases/.
UNCITRAL, https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state.
UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china.

World Bank, China Overview, https://www.worldbank.org/en/country/china/overview.
World Justice Project, https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022.
Worldwide Governance Indicators, https://info.worldbank.org/governance/wgi/.
中国商务部条约法律司,我国对外签订双边投资协定一览表, http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml.
中国一带一路网, https://www.yidaiyilu.gov.cn.
中国自由贸易区服务网, http://fta.mofcom.gov.cn/.

【인터넷 자료】

Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns About Consistency, Predict-ability and Correctness*, EJIL: TALK! ,2018.06.5., https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/.
Anthea Roberts , Taylor St John. (2019) UNCITRAL and ISDS reform: China's proposal, EJIL:Talk!, 5 August 2019. https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-chinas-proposal/.
Australian Law Reform Commission, *Report No. 24: Foreign State Immunity* (1984). http://www.austlii.edu.au/.
European Commission, *Concept Paper: Investment in TTIP and Beyond – the Path for Reform,* https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/84f1ee41-1c66-4bd2-adda-47f074336110/details.
European Commission, *Multilateral Investment Court project*, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en.
European Union Press Release, *EU and China Reach Agreement in Principle on Investment*, 30 December 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2541.
ICSID, *Decisions on Manifest Lack of Legal Merit*, https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit.
Juan Pablo Charris Benedetti, *The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?,* Rev. Derecho Estado No. 42. 2019, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932019000100083.
Peter Cai, *Understanding China's Belt and Road Initiative*, https://www.lowyinstitute.org/publications/understanding-china-s-belt-road-initiative.
Sharon Schmidt, *Reflections On ISDS And Its Reform Ahead Of The 39th Session Of UNCITRAL Working Group III*, https://www.mondaq.com/austria/arbitration-dispute-resolution/989510/reflections-on-isds-and-its-reform-ahead-of-the-

39th-session-of-uncitral-working-group-iii.
陈积敏,《正确认识“一带一路”》，http://theory.people.com.cn/n1/2018/0226/c40531-29834263.html.
陈建奇，《中国为何惧怕中等收入陷阱》，http://finance.sina.com.cn/zl/china/20150330/100321842160.shtml.
陈扬勇，《江泽民“走出去”战略的形成及其重要意义》，https://www.dswxyjy.org.cn/n1/2019/0228/c425426-30909751.html.
中国商务部，《全国外商投资企业投诉中心办事指南》，《全国外商投资企业投诉工作机构名录》，http://www.mofcom.gov.cn/article/news/202009/20200903005428.shtml.
中国商务部，《外商投资企业投诉工作办法》，http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/202008/20200802996409.shtml.
中国中央人民政府，《国家发展改革委·商务部关于印发<市场准入负面清单（2022年版）>的通知》，http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-03/26/content_5682276.htm.
著名国际法学者W. Michael Reisman在苏州校区开展学术讲座，https://news.ruc.edu.cn/archives/203889?ivk_sa=1024320u.

【참고 사건 및 판정】

Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20.
Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30.
Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13.
Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.
Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15.
Pac Rim Cayman Ltd v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12.
Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.
Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, PCA Case No. 2013-13.
Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15.
Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6.
ICSID Case No. ARB/07/25, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules.

ICSID Case No. ARB/13/32, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules.
Beijing Shougang and others v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017.
Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.
Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999).
ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence Award.
ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence.
ICSID Case No. ARB/08/3, Decision on the Respondent's Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules.
ICSID Case No. ARB/12/29, Award.
ICSID Case No. ARB/20/26, Decision on the Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) dated 18 June 2021.
ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction.
In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, [2016] SGCA, Civil Appeals No. 139 and 167 of 2015, September 29,2016.
Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.
Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, Judgement, 29 September 2016, Singapore Court of Appeal, [2016] SGCA 57.
Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006.
The High Court of the Republic of Singapore [2015] SGHC 15, Originating Summons No. 24 of 2014.

【기타】

법류/협약

ICSID 협약
UNCITRAL 국제상사중재모델법
뉴욕협약
마카오특별행정구기본법
외국인투자법
유엔 투자자-국가간 조약 기반 중재 투명성 협약/ 모리셔스 투명성 협약
유엔헌장

조약법에 관한 비엔나협약
조약분야의 국가승계에 관한 비엔나협약
홍콩특별행정구기본법

투자협정

Canada-EU Trade Agreement, CETA
China-Japan-Korea Republic of Trilateral Investment Agreement (2012), Protocol.
Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP
EU-Vietnam Investment Protection Agreement, EUVIPA
Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP
USMCA 부속서류 14-D
역내포괄적경제동반자협정(RCEP)
인도네시아-네덜란드 BIT(1968)
중국-인도 BIT(2006)
중국-남아공 BIT(1997)
중국-동맹전면경제합작광가협
중국-라오스 BIT(1993)
중국-라오스 BIT(1993)
중국-말레이시아 BIT(1988)
중국-모리셔스 FTA
중국-몽골 BIT(1991)
중국-벨기에 BIT(1986)
중국-벨기에 BIT(2009)
중국-스웨덴 BIT(1982)
중국-싱가포르 BIT(1985)
중국-예멘 BIT(1998)
중국-유럽 포괄적투자협정(CAI)
중국-일본 BIT
중국-캐나다 BIT(2012)
중국-크로아티아 BIT(1993)
중국-페루 BIT(1994)
중국-페루 FTA(2009)
중국-폴란드 BIT(1988)
한국-미국 FTA 수용 부속서
한국-중국 BIT(2007)

조직 문서

유엔결의 1803호

유엔결의 3201호
2016 Report to Congress of the U.S.-China Economic and Security Review Commission: One Hundred Fourteenth Congress Second Session, 2016.11.
ICSID, *Report of The Executive Directors On The Convention On The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Para. 26, 1965.3.18.
UNCITRAL, *Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor-State dispute settlement (ISDS)*, A/CN.9/917.
UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)*,A/CN.9/WG.III/WP.166.
UNCITRAL, 投资人与国家间争议解决制度的可能改革--欧洲联盟提交的材料, A/CN.9/WG.III/WP.145.
UNCITRAL, 投资者-国家争端解决的可能改革：中国政府意见书（2019年7月8日), A/CN.9/WG.III/WP.177.
UNCTAD, *Annex Tables: FDI outflows, by region and economy 1990-2021*, *FDI inflows, by region and economy 1990-2021*.
UNCTAD, *International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and The Way Forward*, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, 2008.
UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, IIA Issues Note, No.2, 2013.
UNCTAD, *World Investment Report*, 2018-2022.
中国国家发展与改革委员会，《中国对外投资报告》，人民出版社，2017年11月.
中国国家外汇管理局国际收支分析小组，《2021年中国国际收支报告》，2022年3月.
中国商务部，《中国外资统计公报（2021）》.
中国商务部，国家统计局，国家外汇管理局，《2021年度中国对外直接投资统计公报》，中国商务出版社，2022年9月.