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

법학석사학위논문

국제투자협정중재와
Denial of Justice

2013년 2월

서울대학교 대학원
법 학 과
이 혜 민

국제투자협정중재와
Denial of Justice

지도교수 신 희 택

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2013년 2월

서울대학교 대학원
법 학 과
이 혜 민

이혜민의 석사 학위논문을 인준함

2013년 2월

위 원 장_____

위 원_____

위 원_____

국문초록

세계적으로 외국인직접투자(Foreign Direct Investment)가 비약적으로 증가하면서 이에 동반하여 외국인 투자와 투자유치국 정부간의 갈등 사례도 증가하였다. 외국인 투자자의 모국(home state) 입장에서는 자국민의 안전과 자유, 자산을 보호하기 위해 투자유치국의 입장에서는 외국인 투자자에 대한 대우를 보장하여 외국인 투자를 유치하기 위해, 다자간·양자간 투자협정을 체결하고, 투자협정에 기반한 투자자-국가간 분쟁해결절차(Investor-State Dispute Settlement)로 '국제투자협정중재절차'를 두어 분쟁의 해결을 모색하게 되었다.

그런데 외국인 투자자가 투자유치국 국내법원의 부당한 판결이나 재판절차에 의해 피해를 입었다고 주장하거나 입법, 행정작용 또는 사인의 가해행위에 의한 피해(injury)를 입고 투자유치국 국내 법원에서 이에 대한 구제를 구하였으나 부당하게 구제를 받지 못하였다고 주장하면서 투자유치국에 그 책임을 물어 투자협정중재절차를 제기하는 사례가 등장하기 시작하였다. 그 대표적인 사건이 캐나다 국적 투자자가 북미자유무역협정(North America Free Trade Agreement, 이하 'NAFTA')에 기해 미국 미시시피주 법원의 판결에 대한 미국의 국가책임을 물은 <Loewen v. United States 사건(이하 'Loewen 사건')>이다.

국내 법원의 판결 등 사법작용이 투자협정중재의 심판 대상이 된다는 것은 세계적으로 많은 비판과 우려를 불러일으키고 있으나, 그 문제의식에 비해 그 법적 근거와 대상성, 심사기준 등에 관한 논의는 많이 이루어지고 있지는 않은 상황이다. 이러한 문제의식에서 본 논문은, 전통적으로 사법작용에 관한 국가책임의 성립 근거로 여겨졌던 'Denial of Justice(사법구제의 거부)'를 기준으로 삼아, 국내 사법작용에 대한 국제투자협정중재를 다각도로 분석해보고자 하였다.

제2장(Denial of Justice와 국가책임의 발생)은 우선 기초작업으로, 전통적으로 국제관습법상 국가의 사법작용으로 인해서도 외국인에 대한 국가책임이 발생할 수 있는지를 살핀 다음, 국제법상 국가책임 발생의 척도가 되는 외국인의 대우에 관한 '국제적 최소기준'의 연혁을 검토한 후, 사법작용과 관련한 '국제적 최소(대우)기준'으로서의 'Denial of

Justice'의 의의와 범주, 구체적인 판단기준을 고찰해 보았다.

제3장(국제투자협정중재에서의 Denial of Justice)에서는 외국인 투자 보호를 위해 도입된 '국제투자협정'의 ISDS 절차로서 국제투자협정중재 제도의 의의와, 사법작용이 국제투자협정중재의 대상인 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치(measures adopted or maintained by a Party)'에 해당하는지를 선결적으로 검토하였다. 이어 국제투자협정중재에서도 'Denial of Justice'가 위법성 심사기준이 되는 것인지, 협정상 그 근거는 무엇인지 등을 투자협정상 '공정·공평한 대우' 기준에 대한 고찰을 통해 논증한 후, 투자협정중재에서 현재 국내사법작용에 대하여 갖고 있는 심사기준 및 그에 대한 평가를 살펴보았다. 그리고 사법작용이 문제되는 사례를 유형화하여 유형별로 적정한 심사기준과 심사를 자제 또는 유보(deference)하는 정도를 확립할 필요성을 논하였다.

끝으로, 제4장(Denial of Justice와 최종성의 원칙)에서는, 국제법상 '국내권리구제절차소진원칙'과는 별개로, 'Denial of Justice'를 청구원인으로 하는 국제투자협정중재에서 국가책임 성립 요건으로서 최종심까지 모두 다투어 볼 것을 의미하는 '최종성의 원칙(Finality rule)'이 요구되는지를 논하고, 그 적용범위를 'Denial of Justice' 청구 외에 사법작용을 대상으로 하는 분쟁 전반에 확장할 가능성을 논하였다.

이러한 연구를 통해, 'Denial of Justice'의 법리가 전통 국제관습법뿐 아니라 현대 국제투자법에서 갖는 위상과 의미를 규명하고, 사법작용에 대한 국제투자협정중재가 갑자기 등장한 사법주권에 대한 새로운 위협이 아니라 'Denial of Justice'에 관한 국제관습법 규범을 계승하여 발전시킨 것임을 확인하였다. 아울러 본 논문에서는, 국제투자협정중재에서 국내 사법작용을 심사하면서 적용할 적정한 심사기준과 이에 대한 법리상·협정상 근거를 찾아보고자 노력하였다.

앞으로도 이러한 심사기준 및 범위에 관한 심층적인 연구가 필요함은 물론이고, 이를 통해 외국인 투자자 보호를 통한 투자유치의 활성화와 국가의 사법주권의 수호라는 두 가치의 균형점을 찾아, 이상적인 '국내법원과 국제투자협정중재와의 관계'의 정립에 기여할 수 있을 것이다.

주요어 : 투자협정중재, denial of justice, ISDS, 사법작용, 사법주권, 심사기준
학 번 : 2007-21519

목 차

국문초록 ····· i

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 배경과 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위와 구성 ····· 4

제2장 Denial of Justice와 국가책임의 발생 ····· 6

제1절 외국인 대우기준과 국가책임 ····· 6
I. 외국인의 대우와 국가책임의 발생 ····· 6
II. 외국인 대우기준의 변천 - 국제적 최소기준(International minimum standard)의 형성 ····· 8
1. National standard(내국민 기준) ····· 8
2. International minimum standard(국제적 최소 기준) ····· 9
제2절 Denial of Justice에 대한 국가책임의 발생 ····· 10
I. 국가의 사법작용에 대한 국가책임의 발생여부 ····· 10
1. 서설 ····· 11
2. 부정적인 견해 ····· 11
3. 긍정적인 견해 ····· 12
4. 검토 ····· 13
II. 사법작용으로 인한 국가책임 발생사례의 분류 ····· 14
1. 행위의 종류에 따른 분류 ····· 14
2. 하자의 종류(책임발생근거)에 따른 분류 ····· 15
가. 하자발생 단계에 따른 분류 - 최초의 하자(primary wrong)와 이차적 하자(secondary wrong) ····· 15
나. 대상 근거규범의 성질에 따른 분류 ····· 16
III. 사법작용에 대한 국가책임 성립의 기준으로서의 'Denial of Justice' ··· 17
1. 국제적 최소기준으로서의 'Denial of Justice(사법구제의 거부)' ····· 17
2. '사법구제의 거부' 개념의 역사적 기원 ····· 18
3. '사법구제의 거부'의 범주에 관한 논의 ····· 19

가. 명확한 기준의 부재 - 개념의 다의성 ····· 20
나. 사법구제의 거부의 범주 ····· 21
1) 넓게 해석하는 견해 ····· 21
2) 좁게 해석하는 견해 ····· 21
3) 절충적인 견해 ····· 22
4) 소결 ····· 23

제3절 Denial of Justice의 구체적인 판단기준 - 사례분석 ····· 24
I. 멕시코-미국 청구위원회(Mexican-American Claims Commission) 판정례 ····· 24
1. Neer(U.S.) v. United Mexican States(1926) ····· 24
2. Chattin(U.S.) v. United Mexican States (1923) ····· 25
Ⅱ. 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ') 판결례 · 25
1. Barcelona Traction 사건(Belgium v. Spain, 1970) ····· 25
2. ELSI 사건(U.S. v. Italy, 1989) ····· 26
Ⅲ. 검토 ····· 27

제3장 국제투자협정중재에서의 Denial of Justice ····· 28

제1절 국제투자협정중재 ····· 28
I. 국제투자협정 ····· 28
1. 의의 ····· 29
2. 체결현황 ····· 30
가. 국제적 현황 ····· 30
나. 우리나라의 현황 ····· 30
II. 국제투자협정상 ISDS 절차의 점진적 확립 ····· 31
1. 전통적인 분쟁해결수단 ····· 31
가. 개인적 권리구제절차 ····· 31
나. 초국가적 분쟁해결절차 ····· 31
1) 외교적 보호(diplomatic protection) ····· 31
2) 구체적 행사수단 ····· 32
다. 전통적 분쟁해결수단의 한계 ····· 33
2. 투자협정상 분쟁해결제도 ····· 35
3. 국제투자협정중재제도(Investment Treaty Arbitration) ····· 35
가. 투자협정상 투자협정중재제도 ····· 35
나. ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes)

중재 ····· 36
다. UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 ····· 38
라. 기타 기관 중재 ····· 38
III. 소결론 ····· 39

제2절 국제투자협정중재에서의 사법작용의 대상성 ····· 39
I. 당사국이 채택하거나 유지하는 '조치(measure)' ····· 40
II. '사법작용'의 대상성 ····· 40
1. Loewen 사건과 '사법작용'의 투자협정중재 대상성 ····· 41
2. 사법작용의 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치' 해당 여부 ·· 41
가. 대상판정 ····· 42
나. 검토 ····· 43
3. 사인간의 분쟁에 관한 사법작용의 제외여부 ····· 43
가. 대상판정 ····· 44
나. 검토 ····· 45
4. 국내구제절차를 완료하지 않는 사법작용의 경우 ····· 46
가. 판정 ····· 46
나. 검토 ····· 46
5. 소결론 ····· 47

제3절 국제투자협정중재 사례분석 ····· 47
I. Azinian v. United Mexican States 사건 ····· 48
1. 사실관계 및 판정의 요지 ····· 48
가. 사실관계 ····· 48
나. 판정의 요지 ····· 48
2. 쟁점별 판정 ····· 49
가. 근거규정 - NAFTA 제1110조(수용과 보상) ····· 49
나. 국내법원에서 판단된 쟁점에 대한 재판단 가부 ····· 49
다. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할 ····· 50
II. Mondev Int'l Ltd v. United States 사건 ····· 51
1. 사실관계 및 판정의 요지 ····· 51
가. 사실관계 ····· 51
나. 판정의 요지 ····· 52
2. 쟁점별 판정 ····· 53
가. 근거규정 - NAFTA 제1105조(최소대우기준) ····· 53

나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할 ··· 53
III. Loewen v. United States 사건 ··· 54
1. 사실관계 및 판정의 요지 ··· 55
가. 사실관계 ··· 55
나. 판정의 요지 ··· 57
2. 쟁점별 판정 ··· 59
가. 근거규정 - NAFTA 제1105조 ··· 59
나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할 ··· 59
IV. Waste Management, Inc. v. United Mexican States 사건 ··· 60
1. 사실관계 및 판정의 요지 ··· 60
가. 사실관계 ··· 60
나. 판정의 요지 ··· 61
2. 쟁점별 판정 ··· 61
가. 근거규정 - NAFTA 제1105조 ··· 61
나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할 ··· 62

제4절 투자협정상 'Denial of Justice' 관련 청구의 근거규범 ··· 62
I. 근거규범의 모색 ··· 62
II. '공정·공평한 대우(FET)'의 의미 ··· 63
1. 일반규정적 성격 ··· 63
2. 해석 기준 ··· 64
가. 문의적 해석에 충실하여 투자자에 대한 공정하고 공평한 대우를 의미하는 것으로 해석하되, 좁게 해석하는 견해 ··· 64
나. 국제적 최소 기준과 같은 것이라는 해석 ··· 64
다. 그 범위를 넓게 해석하는 견해 ··· 64
3. 사례분석결과 ··· 65
4. 검토 ··· 66
III. 소결론 ··· 68

제5절 위법성 심사기준 및 유형화 ··· 71
Ⅰ. 위법성 심사기준 - 사례분석결과 ··· 71
1. 혼합형 심사기준의 채택 ··· 71
가. 상소심 심사기준(appellate review) ··· 71

나. 유보적 심사기준(deferential review) ····· 72
다. 혼합형 심사기준의 채택 ····· 72
1) 상소심 심사기준의 지양 ····· 72
2) 유보적 심사기준의 제한적 차용 ····· 73
3) 혼합형 심사기준의 채택 ····· 74
2. 'Res judicata 원칙'의 부분적 적용 ····· 75
Ⅱ. 평가 ····· 77
1. 지지 견해 - Robert B. Andieh ····· 77
2. 비판적 견해 - William S. Dodge ····· 77
3. 절충적 견해 - George K. Foster ····· 80
4. 검토 - 유형화 및 심사기준 ····· 82
가. 유형화의 필요성 ····· 82
나. 유형별 심사기준의 검토 ····· 82
1) 유형 Ⓐ : 사법작용을 중재의 대상으로 삼아 그 위법성을 직접적으로 다투는 경우 ····· 82
2) 유형 Ⓑ : 원처분을 중재의 대상으로 삼아 사법작용의 위법성을 간접적으로 다투는 경우 ····· 87

제6절 투자협정중재에서의 구체적인 'Denial of Justice' 판단기준 ····· 90
I. 서론 ····· 90
II. 국제투자협정중재 사례분석 ····· 91
1. Azinian 사건 ····· 91
가. 심사기준 ····· 91
나. 사안에의 적용 ····· 91
2. Mondev 사건 ····· 92
가. 심사기준 ····· 92
나. 사안에의 적용 ····· 93
3. Loewen 사건 ····· 94
가. 심사기준 ····· 94
나. 사안에의 적용 ····· 95
4. Waste Management 사건 ····· 96
III. 소결론 ····· 97

제4장 Denial of Justice와 최종성의 원칙(Finality rule) ····· 99

제1절 최종성의 원칙(Finality rule)의 의의 ····· 99

제2절 비교개념 - 국내권리구제절차소진원칙(Exhaustion of local remedies rule) ····· 99
I. 국내권리구제절차소진원칙의 의의 ····· 99
1. 개념 및 연혁 ····· 99
2. 목적 ····· 101
3. 성질 ····· 102
4. 소진이 요구되는 '국내권리구제절차'의 의미 ····· 103
II. 국제투자협정에서 국내권리구제절차소진원칙의 규정방식 ····· 103
1. 규정방식의 종류 ····· 103
2. 포기조항(waiver clauses) ····· 104
3. 택일조항(Fork-in-the-road clauses) ····· 104
4. ICSID 협약 ····· 105
5. 대표적 투자협정의 경우 ····· 106
가. NAFTA ····· 106
나. 한미FTA ····· 107

제3절 최종성의 원칙 관련 사례분석 ····· 107
I. Mondev 사건 ····· 107
II. Loewen 사건 ····· 108
III. Chevron v. Ecuador 사건 ····· 111
IV. Saipem v. Bangladesh 사건 ····· 111

제4절 최종성의 원칙의 요부 및 적용범위 ····· 112
I. '사법구제의 거부' 청구에 최종성의 원칙 요부 ····· 112
1. 지지견해 ····· 112
2. 비판견해 (Mavluda Sattrova) ····· 114
가. 논거 ····· 114
나. 결론 ····· 115
3. 기타 견해 ····· 116
4. 소결론 ····· 116
II. 사법작용을 대상으로 한 청구 일반에의 확장여부 ····· 117
1. 최종성의 원칙 적용범위의 확장 필요성 ····· 117
2. 사안별 검토 ····· 118
3. 소결론 ····· 120

제5장 결 론 ····· 121

제6장 참고문헌 ····· 123

Abstract ····· 129

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

오늘날 세계화와 경제 대통합 현상이 심화되면서 세계적으로 외국인 직접투자(Foreign Direct Investment, 이하 '외국인 투자')가 비약적으로 증가하고 있다. 이와 함께 각 국의 외국자본의 유입액도 큰 폭으로 증가하였다. 외국인 투자는 많은 경우에 투자유치국(host state)에 자본과 기술을 전입시켜 투자유치국 경제를 활성화하는 동력이 된다. 이에 세계 많은 국가들도 외국인 투자의 필요성을 인식하고, 외국인 투자를 유치하기 위해 다방면에서 노력을 기울이는 한편, 타국으로 진출한 자국 투자자들의 안위에도 관심을 가져왔다.

그러나 한편, 외국인 투자가 늘어나면서 이에 동반하여 외국인 투자와 투자유치국 정부간의 갈등사례도 증가하였는데, 외국인 투자자의 모국(home state) 입장에서는 자국민의 안전과 자유, 자산을 보호하기 위해, 투자유치국의 입장에서는 외국인 투자자에 대한 대우를 보장하여 외국인 투자를 유치하기 위해 다자간·양자간 투자협정을 체결하고, 투자협정에 기반한 투자자-국가간 분쟁해결절차(Investor-State Dispute Settlement, 이하 'ISDS 절차')로 '국제투자협정중재절차'를 두어 분쟁의 해결을 모색하게 되었다.

그런데 이러한 투자협정들이 본래 예상한 분쟁의 범위를 다소 벗어나, 외국인 투자자가 투자유치국 국내법원의 부당한 판결이나 재판절차에 의해 피해를 입었다고 주장하거나 입법, 행정작용 또는 사인의 가해행위에 의한 피해(injury)를 입고 투자유치국 국내 법원에서 이에 대한 구제를 구하였으나 부당하게 구제를 받지 못하였다고 주장하면서 투자유치국에 그 책임을 물어 투자협정중재절차를 제기하는 사례가 등장하였다. 그 대표적인 사건이 캐나다 국적 투자자가 북미자유무역협정(North America Free Trade Agreement, 이하 'NAFTA')에 기해 미국 미시시피주 법원의 판결에 대한 미국의 국가책임을 물은 <Loewen v. United

States 사건(이하 'Loewen 사건')>이다.

위 투자협정중재가 제기되자 미국의 사법부는 물론 일부 시민단체들도 자국 법원의 판결이 중재의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 우려스런 반응을 보이기 시작했다. 2004. 7. 미국 주대법원장회의에서는 부시 행정부로 하여금 "주 사법 시스템의 주권과 주 법원 판결의 집행과 종국성을 인식하고 지지하는 통상조약 조항(provisions in trade agreements that recognize and support the sovereignty of state judicial systems and the enforcement and finality of state court judgments)"을 협상하고 승인할 것을 촉구하는 「Resolution 26」을 채택한 바 있다.[1] 워싱턴에 기반을 둔 미국 시민단체인 'Public Citizen'은 <Loewen 사건>을 NAFTA에 의한 미국 주권의 침해사례로 지적하고, 기자회견을 통해 위 사건이 "민주주의에 대한 전면적인 공격이고, 만일 성공한다면 우리 사법시스템의 근간을 이루는 배심제도를 훼손할 것"이라고 비판한 바 있다.[2]

이러한 문제의식은 우리나라도 다르지 않다. 한미자유무역협정(이하 '한미FTA')의 체결 후, 국내에서는 위 협정의 불공정성에 대한 우려, 그 중에서도 ISDS 절차를 둔 점에 대한 논란이 정치적인 쟁점으로까지 비화되어 이목을 집중시킨 바 있는데, 특히 투자협정 중재판정부의 편향성과 사법주권의 침해에 대한 많은 우려가 제기되고 있다. 그러나 현재까지 그 문제의식에 비해 ISDS 절차의 대상과 심사기준 등에 관한 논의가 많이 축적되지는 않은 상황이다.

이러한 문제의식에서 본 논문은 우선 기초작업으로 국제법상 판결 등 사법작용의 하자에 대하여도 국가책임이 성립할 수 있는 것인지와 그 근거를 살피면서, 국가가 본국에 입국한 외국인의 대우에 관하여 국제관습

1) Conference of Chief Justices International Agreements Committee, Resolution 26 : Regarding Provisions of International Trade Agreements Affecting the Sovereignty of State Judicial Systems and the Enforcement of State Court Judgments, 56th Annual Meeting on Jul. 29, 2004. (www.citizen.org/documents/CCJresolution.pdf)
2) René Lettow Lerner, International Pressure to Harmonize : The U.S. Civil Justice System in an Era of Glabal trade, Brigham Young University Law Review 2001, p.243.

법상 준수해야 하는 '국제적 최소기준'의 의미와 범위를 검토하여, 전통 국제관습법상 국가가 외국인에 대하여 사법적 구제를 거부하는 이른바 'Denial of Justice'의 경우 국가책임을 부담하여 왔음을 논증하고자 한다.

이후 본격적으로 국제투자협정중재와 'Denial of Justice'의 관계를 고찰하되, 우선 국제투자협정중재의 제도적 의의와 사법작용 역시 투자협정중재의 대상이 될 수 있는지를 선결적으로 검토한 다음, 주요 NAFTA 중재사례들을 중심으로 각 중재판정례들이 채택한 사법작용에 대한 위법성 심사기준과 근거규범, 'Res Judicate 원칙'의 적용여부 등을 귀납적으로 분석할 계획이다. 이를 통해, 국제투자협정중재의 위법성 심사기준으로서 'Denial of Justice'가 갖는 의미와 위상, 그 근거가 되는 규범 및 구체적인 심사기준 등을 논하고, 분쟁에 따라 이를 '유형화'하여 심사기준을 확립할 필요성을 논증한다.

끝으로, 투자협정중재에서 'Denial of Justice'의 청구가 성립하기 위한 실체적 요건으로서 '최종성'이 요구되는지, 그 범주의 확장가능성은 없는지 역시 살펴보고자 한다.

이러한 연구를 통해, 사법작용에 대한 국제투자협정중재가 갑자기 등장한 사법주권에 대한 새로운 위협이 아니라 'Denial of Justice'에 관한 국제관습법 규범을 계승하여 발전시킨 것임을 확인하고, 아울러 국제투자협정중재에서 국내 사법작용을 심사하면서 적용할 적정한 심사기준과 이에 대한 법리상·협정상 근거를 찾아보고자 한다. 본 논문은 이를 바탕으로 'Denial of Justice'의 법리가 전통 국제관습법뿐 아니라 현대 국제투자법에서 갖는 위상과 의미를 규명하고, 궁극적으로 외국인 투자자 보호를 통한 투자유치의 활성화와 국가의 사법주권의 수호라는 두 가치의 균형점을 찾아, 이상적인 '국내법원과 국제투자협정중재와의 관계'를 정립에 미약하나마 기여하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위와 구성

본 연구는 총 5장으로 이루어져 있다. 그 중 서론(제1장)과 결론(제5장)을 제외한 본론은 다음과 같은 순서로 구성되어 있다.

제2장(Denial of Justice와 국가책임의 발생)에서는 국제법상 국가책임 발생의 척도가 되는 외국인의 대우기준에 관한 역사적 논의와 기준의 변천과정에 관하여 살펴본 후, 국가의 사법작용으로 인해서도 외국인에 대한 국가책임이 발생할 수 있는지를 논증한 다음, 사법작용으로 인하여 국가책임이 발생할 수 있는 사례를 유형화하고, 국제관습법상 사법작용과 관련한 '국제적 최소(대우)기준'으로서의 'Denial of Justice'의 전통적인 의의와 범주, 구체적인 판단기준을 고찰해 본다.

제3장(국제투자협정중재에서의 Denial of Justice)에서는 외국인 투자보호를 위해 도입된 '국제투자협정'의 ISDS 절차로서 국제투자협정중재제도의 의의와 사법작용이 국제투자협정중재의 대상인 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치(measures adopted or maintained by a Party)'에 해당하는지를 선결적으로 검토한다. 이어 국제투자협정중재에서도 'Denial of Justice'가 위법성 심사기준이 되는 것인지, 협정상 그 근거는 무엇인지 등을 투자협정상 '공정·공평한 대우' 기준에 대한 고찰을 통해 논증한 후, 투자협정중재에서 현재 국내사법작용에 대하여 갖고 있는 심사기준 및 그에 대한 평가를 살펴본다. 그리고 사법작용이 문제되는 사례를 유형화하여 유형별로 적정한 심사기준과 심사를 자제 또는 유보(deference)하는 정도를 확립할 필요성을 논한다.

이를 위해서 최근 투자유치국의 사법작용을 대상으로 하는 주요 NAFTA 중재사례들을 분석하여 쟁점별로 검토해 본다. 중재판정례는 선례로서 법적 구속력은 가지지 않으나, 실제 많은 중재판정례가 선행 결정문을 직·간접적으로 인용하고 있고, 국제투자규범의 형성에 중요한 준거가 되고 있기 때문이다.

제4장(Denial of Justice와 최종성의 원칙)에서는, 국제법상 '국내권리

구제절차소진원칙'과는 별개로, 'Denial of Justice'를 청구원인으로 하는 국제투자협정중재에서 국가책임 성립 요건으로서 최종심까지 모두 다투어 볼 것을 의미하는 '최종성'이 요구되는지를 논하고, 그 적용범위를 사법작용을 대상으로 하는 분쟁 전반에 확장할 가능성을 논한다.

그리고 끝으로는, 이상의 논의를 요약하여 결론을 제시하는 한편, 추후 연구과제를 언급하고자 한다.

제2장 Denial of Justice와 국가책임의 발생

제1절 외국인 대우기준과 국가책임

I. 외국인의 대우와 국가책임의 발생

전통적으로 다른 나라에 들어가는 외국인은 그 나라의 법과 제도에 따른 규율을 승인하는 것으로 여겨졌다.[3] 국가는 본국의 영토에 들어온 외국인을 국내의 법과 제도, 정책에 따라 규율할 권리를 가지는 것이 원칙이고, 이는 국가주권(national sovereignty)의 본질적인 부분이기도 하다. 이에 따르면 원칙적으로 외국인은 모국에서 더 나은 대우를 받을 수 있음을 주장하며 유치국의 대우가 그에 미치지 못하였다는 이유로 국가책임을 물을 수는 없다.

그러나 한편 국가는 외국인에게 자국 영토에의 입국을 허가할 의무는 없지만, 일단 입국을 허가하면 적어도 일정한, 문명화된 기준에 따라 그 외국인을 대우할 국제법상 의무를 부담하고, 이에 이르지 못하면 국가책임이 발생할 수 있다는 것은 서서히 확고한 국제법원칙으로 자리잡았다. 다만, 그 기준이 내국인에 대한 기준과 동일하기만 하면 족한 것인지, 그와는 별개로 국제법상 준수되어야 하는 일정한 최소기준이 있는 것인지에 대하여는 아래에서 보는 바와 같이 역사적으로 뜨거운 논쟁이 있었다.

국가가 외국인에 대한 대우에 관하여 준수하여야 하는 일정한 기준,

---

3) 독일 법학자인 Samuel Pufendorf는 1688년에 '어떤 국가에 들어가는 외국인은... 그 나라에 들어감으로써, 그 스스로를 그 나라의 법에 따르게 할 것을 암묵적으로 표현한 것으로 이해되었고.. 같은 이유에서, 그는 암묵적으로 그 국가로부터의 임시적인 사람의 보호와 정의의 보장을 명시하였다'고 하였다(Andrea K. Bjorklund, Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims, Virginia Journal of International Law Summer 2005, p.818에서 재인용). ; "A stranger who, in the guise of a friend, enters a state whose policy has been the friendly reception of foreigners, even without giving any expression of his fealty, is understood to have expressed tacitly, by his act of entering the country, his willingness to conduct himself by the laws of that state, in accordance with his station, so soon as he has found out that such a general law was promulgated for all who desire to sojourn within the limits of that State. And, on the same ground, he has tacitly stipulated from the state for a temporary defence of his person and the securing of justice.".

즉 국제법상 보호규범을 위반하여 국제법이 요구하는 수준의 대우를 하지 아니하면 '국제적 위법행위(internationally wrongful act)'에 해당하고, 이로 인해 외국인에게 '피해(injury)'가 발생하면 그 국가의 국제적 책임이 발생할 수 있으며, 피해를 입은 외국인의 모국(home state)은 직접 해당 국가를 상대로 책임을 묻거나 자국민인 그 외국인을 대위하여 외교적 보호권(diplomatic protection) 등을 행사할 수 있다.[4)]

UN 국제법위원회(UN International Law Commission, 이하 'ILC')는 50여 년간 국가책임에 관한 국제규범을 성문화하는 데 노력을 기울여 왔고, 마침내 2001. 8. 9. 「Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts」(이하 'ILC 국가책임규정초안')[5)]을 채택하였는데, ILC 국가책임규정초안은 이러한 맥락에서 제1장(General Principles) 제1조(Responsibility of a State for its internationally wrongful acts)에서 "국가의 모든 국제적 위법행위는 국가의 국제적 책임을 수반한다."고 규정하고 있고,[6)] 제2조(Elments of an internationally wrongful act of a State)는 "국가의 책임을 발생시키는 국제적 위법행위는 ① 국가로 귀속될 수 있는 ② 국가의 국제법상 의무위반행위(작위 또는 부작위)가 있을 때 성립한다."고 규정하고 있다.[7)] 그러므로 국가가 외국인에게 제공해야 하는 대우의 기준은 국제적 위법행위의 성립여부, 나아가 국가책임 발생여부를 좌우하는 중요한 의

---

4) Peter Malanczuk, Akhurst's modern introduction to international law, 7th edition, 1997, p.256.

5) 1948년 UN 총회에서 ILC를 창설한 이후 '국가책임법'은 우선적인 성문화(codification)항목으로 지정되었고, 1955년부터 작업이 시작되었으며, 1996년 ILC는 국가책임 규정에 관한 잠정초안을 채택하였고, 2001년 캠브리지 대학의 James Crawford 교수의 주도 하에 위 최종 '국가책임규정초안'이 완성되어 2001년 ILC의 승인을 받았으며, UN 총회의 승인까지 받았다. 국가책임규정초안의 형성 경위와 내용, 주석 등 자세한 내용은 James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002. 참조.

6) Article I (Responsibility of a State for its internationally wrongful acts)
Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

7) Article 2 (Elements of an internationally wrongful act of a State)
There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:
(a) Is attributable to the State under international law; and
(b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

미를 가진다.

외국인에 대한 대우의 미비, 또는 외국인에 대한 가해행위를 이유로 국가책임을 묻는 것은 국가가 법과 제도의 운용에 관해 간섭받지 않을 권리인 '주권'의 행사에 한계를 설정하는 것이다. 또한 이는 유치국의 주권과 그 외국인의 인권, 또는 그 외국인의 모국의 자국민을 보호할 권리가 첨예한 갈등관계를 이루는 지점이기도 하다. 그러므로, 국가가 외국인의 대우에 관해 적용해야 하는 문명화된 최소한의 '기준'에 관한 논의와, 기타 국가책임이 발생하는 요건 및 분쟁해결, 구제수단 등에 대한 논의는 국제인권법과 국제투자법을 포함하는 국제법 발전의 근간을 이루고 있기도 하다.

II. 외국인 대우기준의 변천 - 국제적 최소기준(International minimum standard)의 형성

역사적으로 19세기 이래 국제법상 유치국의 외국인, 특히 외국인 투자자에 대한 대우에 관한 치열한 논쟁이 대두하였다. 신생 독립국가 등 자본수입국(capital-importing country)들은 일단 투자가 이루어진 이후에는 외국인 투자자도 내국민과 동등하게 일반적인 주권행사에 복종해야 한다는 입장을 고수하였던 것에 반하여, 서양 선진국 중심의 자본수출국(capital-exporting country)들은 유치국의 주권행사에는 국제법에 따른 일정한 제약이 가해져야 하고, 그 주권행사가 국제적 최소 기준(international minimum standard)에 미치지 못하는 경우에는 유치국의 책임을 물을 수 있다고 주장해 왔다.

1. National standard(내국민 기준)

'내국민 기준(national standard)'은 일단 자발적으로 외국에 입국한 자는 현지의 조건에 자신을 맡겨야 하며, 그가 피해를 받은 경우에도 외국인이라는 이유로 부당한 차별을 받은 것이 아닌 한(내국인에게도 동등한 대우를 한 이상) 유치국은 책임이 없는 것이므로 모국은 이 문제에 개입할 수 없다는 관점에서 주장된 기준이다.[8] 19-20세기 중남미 국가

들에 의해 주로 주장되었고, '국내표준주의'라고도 한다.

내국민 기준은 본래 외국인에 대한 차별이 크던 시절에 외국인 투자와 이민을 장려하기 위한 법적 장치로서 외국인에게도 내국인과 동일한 처우를 하겠다는 목적으로 제시된 것이었다.[9] 그러나 19세기 중남미국가들은 아직 안정된 정치·경제체제를 갖추지 못한 상태였고, 서구적 기준의 질서와 안정에 대한 요구를 만족시킬 수 없었기 때문에, 위 이론은 외국의 과중한 요구로부터 약소국이 스스로를 지키기 위한 이론으로 환영받았다.[10]

중남미 학자들의 의견을 대변한 아르헨티나 법학자 Carlos Calvo는 "외국인투자자는 그 국가의 내국민과 같은 보호를 받을 권리가 있고, 더 넓은 보호를 주장할 수는 없다. 만일 외국인투자자가 피해를 입었다면, 투자유치국의 법정에서만 주장할 수 있고, 투자유치국 국내 법정에의 접근이 가능한 한, 국제적인 구제는 없으며, 외교적 보호권 행사영역에서 제외된다."고 주장한 바 있다.[11]

2. International minimum standard(국제적 최소 기준)

19-20세기초까지 중남미국가들의 입장과는 반대로 미국을 비롯한 서양 강대국들은 주로 자본수출국의 입장에서 국가는 외국인에 대한 대우와 관련해 문명국가로서 '국제적 최소기준'을 준수해야 한다고 주장해 왔다.

'국제적 최소기준' 또는 이른바 '국제표준주의'는 국가의 외국인에 대한 대우는 단순한 내외국인의 평등대우로는 부족하며, 국제법이 요구하는 최소한의 기준에 합치되어야 한다는 주장이다. 위 이론은 내외국인간 평등대우가 외국인 처우의 적정성을 보장하는 주요 기준은 되나 절대적인 기준은 될 수 없으며 그 기준은 문명사회의 일반적 척도에 맞게 결정되어야 하므로, 내국민도 그 이상의 처우를 받지 못하고 있다는 것이 국

---

8) 정인섭, 신 국제법 강의 - 이론과 사례, 박영사, 2011. p.647.
9) 정인섭, supra note, p.647.
10) 정인섭, supra note, p.647.
11) Jan Paulsson, Denial of Justice in International Law, Cambridge University, 2005, p20. 한편, 이러한 원칙은 워싱턴에서 1889-1890년경 열린 First International Conference of American States에서 공식적으로 확인되었고, 아이티(Haiti)를 제외한 라틴아메리카 국가들은 만장일치로 이러한 취지의 recommendation을 채택하였다.

가책임을 회피할 수 있는 정당화 사유는 될 수 없다고 본다.[12)]

역사적으로 강대국들이 자국민이 해외에서 입은 피해에 대한 외교적 보호권 행사를 빌미로 하여 약소국에 대하여 무력을 사용하거나 이른바 군함외교(gun-boat diplomacy) 수단을 사용하는 일이 빈번하게 발생하였으므로 신생국 또는 약소국들로서는 '내국민 기준'을 원용하여 외교적 보호권(diplomatic protection)의 행사근거를 좁게 해석할 필요가 있었던 것이 사실이다.

그러나 이러한 기준을 적용하게 되면 투자유치국으로서는 내국민과 동등하게 대우하기만 하면 그 대우에 관한 어떠한 제약도 받지 않게 되므로, 외국인 투자자는 언제나 투자유치국의 자의적인 수용, 국유화, 송금제한, 기타 이와 유사한 공권력 행사를 당할 가능성에 노출되게 되고, 그 외에도 투자유치국의 정치·경제적 상황에 따라 폭동, 내란 등의 상황에서 보호나 구제를 받지 못할 위험에 처하는 등 불안정한 지위에 놓이게 된다. 따라서 위 기준은 외국인 투자자의 생명·신체에 대한 안전과 투자 자산에 대한 권리를 보장하기에 미흡하다는 비판이 계속 제기되었고, 실제로 외국인 투자를 주저하게 하는 요인으로 비난을 받았으며, 이제 역사적인 의미만 남긴 채 그 지지자를 찾기 어렵게 되었다.

이러한 역사적인 논쟁을 거쳐 외국인 또는 외국인 투자자와 투자 자산에 대한 대우는 투자유치국의 법·제도 등이나 내국민에 대한 대우기준과 상관없이 국제 법규범이 보장하는 '국제적 최소기준'에 이르러야 한다는 것은 국제관습법 및 법원칙으로 자리잡게 되었다. 국제인권법규, 국제투자법규 등 역시 위 기준을 적극 수용하고 있고, 국제분쟁을 관할하는 국제재판소, 국제기구, 중재판정부 등 역시 위 기준에 입각한 판단을 내리고 있다.

제2절 Denial of Justice에 대한 국가책임의 발생

I. 국가의 사법작용에 대한 국가책임의 발생여부

12) 정인섭, supra note, p.647.

1. 서설

위에서 본 바와 같이 유치국의 국가기관 등이 외국인의 대우와 관련하여 국제적 최소기준에 미치지 못하는 대우를 하여 외국인 투자자에게 피해가 발생하고, 그 행위가 그 유치국에 귀속가능할 때, 이는 국제적 위법행위에 해당하고, 유치국은 그 외국인의 피해에 대해 국제적 책임을 진다.

그런데 국내법원의 판결을 포함하여 외국인에 대한 국내의 사법작용에 관련하여서도 국제적 국가책임이 발생하는지에 관하여는 국제투자협정 등이 보편화되기 되기 훨씬 이전 시대부터 논란이 계속되어 왔다.

2. 부정적인 견해

사법작용으로 인해 국가책임이 발생하는지에 관해 비판적인 견해의 주된 논거는 다음과 같다.

첫째, 사법부와 법관은 정부로부터 독립되어 있기 때문에, 입법, 행정부에 대해서와는 달리 정부는 원칙적으로 사법부나 법관에게 특정 행위를 명할 수 없고, 법관이나 법원의 행위가 정부의 의지를 대변하는 것으로도 볼 수 없으므로, 결국 사법부의 행위에 대한 책임이 정부에 귀속될 수도 없다.[13]

또한, 사법부는 정치적인 고려로부터 자유로운 것으로 추정되므로 사법부의 '판결'은 다른 정부기관의 행위에 비해 덜 의혹을 받게 되고, 법원은 비교적 무색투명하고 중립적이며 외국인을 차별하지 않을 것이라는 신뢰를 받는다.[14]

둘째, 판결은 그 자체로 강력한 주권의 표현이고, 판결은 종종 그 국

---

13) T. Baty, The Canons of International Law, London - John Murray, 1930, pp.127-128(Jan Paulsson, supra note, p.38에서 재인용) ; 참고로 <Yuille, Shortridge & Co. case> 사건에서 Senate of Hamburg는 1861년경 이와 같은 견지에서, 포르투갈 법원의 판결로 인해 입은 영국인의 청구에 대하여, '포르투갈 헌법이 법원에 정부로부터의 완전한 독립성을 부여하고 정부가 결과적으로 판결에 어떠한 영향력을 행사할 수 없는 이상, 포르투갈 정부에 그 법원의 위법행위에 대하여 응답하게 하는 것은 전적으로 부당하다.'는 취지로 판단한 바도 있다.

14) René Lettow Lerner, supra note, pp.275-276.

가의 자원이 상당히 투입되어 생성된다. 사법부의 판단을 외부에서 사후적으로 비판하는 것은 그 정부의 내부적인 조직에 간섭하는 것이고, 이는 결국 그 국가의 주권과 민주적으로 선택된 사법체계에 대한 간섭으로 이어진다.[15] 이러한 우려는 앞에서 본 것과 같이 오늘날 국제사회에서도 끊임없이 제기되고 있다.

그 외, 판결이 한 번 내려지면 '종국성'을 가지므로, 이를 다시 다툴 수 없다는 주장도 있다. 1930년 헤이그 국제법 편찬회의에 제출된 Guerrero Report는 "국가의 판결은 절대적으로 독립되어 있으므로, 판결이 한번 내려지면 어떠한 근거에서도 국제적으로 다투어질 수 없다. 국내법에 존재하는 어떠한 구제수단과 별개로 '기결사항(Res judicata)'이 된다"고 보기도 하였다.[16]

3. 긍정적인 견해

이에 반하여 상당수의 견해는 국가가 사법작용에 대하여도 국가책임을 질 수 있다는 입장을 취하고 있다.

전 ICJ 소장인 Eduardo Jimenez de Arechaga는, 지난 세기 일부 중재판정에서는 사법작용에 대한 국가책임을 인정하는데 주저했음을 인정하면서, "오늘날 사법작용에 대한 국가책임이 인정되기에 이르렀다. 사법부는 비록 정부로부터 독립되어 있으나, 국가로부터 독립되어 있지는 않다: 사법부의 판결은 입법부에 의해 생성된 법이나, 행정부의 결정과 같은 방식으로, 국가기관으로부터 흘러 나온다."고 주장했고[17], <Azinian v United Mexican States 사건>[18]에서 중재판정부는 위 주장을 인용

15) René Lettow Lerner, supra note, p.279.

16) 1926년 Committee of Experts for the Progressive Codification of International law에 의해 채택된 League of Nations Document C.196.M.70.1927.V의 questionnaire No.4.에 첨부(조사위원 : Gustavo Guerrero)(Jan Paulsson, supra note, pp.39-40에서 재인용).

17) Eduardo Jimenez de Arechaga, 'International Law in the Past Third of a Century', 159-1 Recueil des Cours (General Course in Public International Law, The Hague, 1978) ; "... in the present century State responsibility for judicial acts came to be recognized. Although independent of Government, the judiciary is not independent of the State: the judgment given by a judicial authority emanates from an organ of the State in just the same way as a law promulgated by the legislature or a decision taken by the executive."

18) Azinian v. United Mexican States Case No. ARB(AF)/97/2, 14 ICSID Review-FILJ 538.

하였으며, 이는 다시 <Loewen 사건>[19]에 인용되기도 했다.

4. 검토

사법부와 법원이 정부로부터 독립되어 있고, 법원의 '판결'은 사법주권의 표현이며, 확정된 판결은 함부로 사후에 평가되어서는 안된다는 지적은 타당하다. 그러나 사법작용이라는 이유만으로 그로 인한 외국인의 피해에 대한 국가책임이 면책된다는 주장은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

우선, 사법부도 국가기관의 일부이므로 사법부의 잘못에 대해 국가가 책임을 지는 것은 당연하다. 사법부가 정부로부터 독립되어 있다는 뜻은 정부의 지시나 간섭을 받지 않는다는 의미이지, 정부가 사법부의 잘못으로 인해 발생한 외국인의 피해에 대해서는 책임을 지지 않는다는 의미로까지 해석할 수는 없다. ILC 국가책임규정초안 제4조(1) 역시 "국가기관의 행위는, 그 기관이 입법, 행정, 사법작용 또는 어떤 다른 작용을 하는지와 상관없이... 국제법 하에서 국가의 행위로 여겨져야 한다."[20]고 규정하고 있다.

다음으로, 사법작용에 대한 국가책임을 인정할 실질적인 필요성도 부인할 수 없다. 대부분의 문명국가에서 법관은 나름의 엄격한 절차와 기준으로 선발, 임용 또는 선출되지만, 그렇다고 모든 법관이 중립적이고 공정하고 법을 집행할 것이라고 보장할 수 없고, 법관 외 법원공무원이나 배심원단 등의 행위가 심각한 국제법상 가해행위에 해당할 가능성도 있다. 그리고 법관이 국내법에 따라 공정하게 재판을 진행한다고 하더라도, 결국은 국내법의 구속을 받아 재판을 하는 것이므로, 그릇된 법에 기반한 부정의한 판결이 있을 경우에도 사법작용의 하나라는 이유만으로

---

19) The Loewen Group, Inc. v. U.S. (Canada v. U.S.), 42 I.L.M.811(ICSID 2000)(이하 'Loewen Jurisdictional award', para. 47.

20) International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, UN Doc. A/56/10(2001), Art.4(1) ;
"The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of a State."

국가의 책임이 면책된다는 것은 부당하다. 실제로 외국인들이 국가의 사법작용으로 인해 피해를 입는 경우는 드물지 않다.

국내 사법작용에 대하여 국가책임을 묻는 것이 사법주권에 대한 중대한 제약이 될 수 있는 것은 사실이다. 그러나 현대의 모든 국가들은 이미 각 주권의 일정 부분씩을 희생하여 국제법의 규율에 맡기고 있다. 단순히 형식적인 주권을 수호하는 것만으로는 국제사회에서 국가의 위상과 권리를 더 이상 지킬 수 없는 시대가 도래하였다.

그리고 어떠한 측면에서는 국가가 국제재판소나 중재기관에 국내 사법작용에 대한 심사권한을 부여하는 것 역시 민주적으로 표출된 의사의 표현이자 주권행사의 일환이라고 볼 여지도 있다. 예를 들어, 투자협정을 체결하는 것은 민의의 표시이고, 투자협정중재에 동의함으로써 '국가의 면책특권(sovereign immunity)'을 포기하는 것 역시 민의의 표시이며, 각 국가의 의회와 대통령이 그 혜택과 결점을 형량한 결과라고 추정하는 것이 타당하다.[21]

그러므로 사법작용에 대한 국가책임의 발생을 부인할 수는 없고, 다만, 사법작용에 대한 적정한 심사기준을 연구함으로써, 외국인의 보호와 투자유치국의 사법주권 사이의 적절한 균형점을 찾을 필요가 있다. 이것이 바로 이 연구의 과제이기도 하다.

II. 사법작용으로 인한 국가책임 발생사례의 분류

1. 행위의 종류에 따른 분류

사법부의 행위[22]는 우선 행위유무에 따라 적극적인 작위(판결 등)와 소극적인 부작위(재판거부, 재판지연 등)로 나누어질 수 있고, 행위주체에 따라 판사, 법원공무원, 배심원단의 행위 등으로 나누어 볼 수도 있다. 그 밖에 문제될 수 있는 작용의 성질에 따라 구분해 보면, 법원의

21) Andrea K. Bjorklund, supra note, p.816.

22) 행정부, 입법부 등 기타 국가기관의 행위도 'Denial of Justice'의 범주에 포함될 수 있는가의 논의가 있고, 실제 중재판정례들은 행정기관 등의 행위에 의해서도 'Denial of Justice'가 이루어질 수 있음을 인정하고 있기도 하나(뒤에서 볼 <Amco v. Indonesia 사건> 참조), 본 논문은 '사법작용에 대한 국가책임'을 중심 주제로 삼고 있으므로, 사법작용으로 인한 국가책임의 발생사례의 분류를 위한 현 단계에서는 '사법부의 행위'를 중심으로 살펴본다.

판결 또는 결정(하급심 및 상급심 판결과 가처분 등 가구제제도를 아우른다), 판사의 재판절차 진행상의 조치, 판결 집행상의 조치 등으로 분류하는 것도 가능하다.

2. 하자의 종류(책임발생근거)에 따른 분류

가. 하자발생 단계에 따른 분류 - 최초의 하자(primary wrong)와 이차적 하자(secondary wrong)

사법작용과 관련하여 국가의 책임이 문제될 수 있는 유형은, 사법작용이 최초의 침해에 해당하는지, 혹은 최초의 침해작용은 별도로 존재하나 이에 대한 구제가 제대로 이루어지지 않은 경우인지에 따라, 다음과 같이 분류할 수 있다.

(1)유형의 하자인 '최초의 하자(primary wrong)'는 특별한 선행 침해작용 없이 법원의 판단이나 조치 등이 그 자체로 위법행위를 구성하는 경우이다. 예를 들어 사인간의 민사분쟁에서 외국인이 피고의 지위에 있었는데 부당한 판결로 권리나 자산을 박탈당하거나, 사인-정부간의 민사적 분쟁에서 사법절차가 위법한 방식으로 진행되거나, 형사사건의 피고인으로서 부당한 구금, 재판 등을 받은 경우를 상정해 볼 수 있다.

(2)유형의 하자는 '이차적 하자(secondary wrong)'로서, 외국인이 입법, 행정작용 등에 의하여 받은 권리침해에 대하여 투자유치국 국내 법원에서(원고로서) 제소하여 구제를 시도하였는데, 재판의 거부, 지연, 오심 등으로 권리구제가 이루어지지 않은 경우, 즉 이른바 '좌절된 구제'를 말한다. '이차적 하자'는 '최초의 하자'의 경우와 같이 그 사법작용을 직접 대상으로 하여 하자를 직접 주장하는 경우에도 당연히 문제가 되나, 최초의 침해작용, 이른바 '원처분'에 대한 하자를 국제무대에서 다시 다툴 때 '원처분'에 대한 국내법원에서 이미 이루어진 판단에 어떤 효력과 의미를 부여할 것인가의 국면에서도 문제된다.

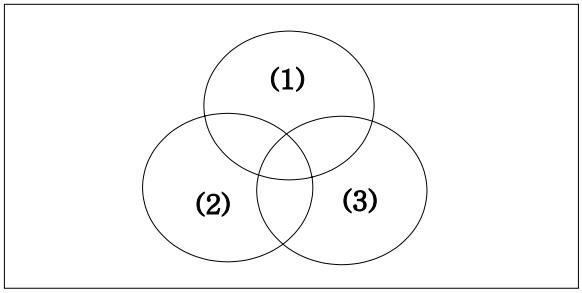
그런데 이와 같은 분류가 아래에서 검토할 외국인의 대우에 관한 국제적 최소기준으로서 'Denial of Justice'의 범주를 정하는데 필요한가?

일부 학자들은 'Denial of Justice'를 '이차적 하자'의 경우에만 발생할 수 있는 것으로 한정 해석한다. 즉, 외국인이 원고로서 구제를 구했는데 좌절된 경우만이 사법구제가 거부된 경우에 해당하고, 외국인이 부당한 판결을 받은 경우에는 판결이 잘못 내려진 것일 뿐 사법구제가 거부된 경우는 아니라고 보는 것이다.[23] 그러나 외국인이 원고로서 법익을 적극적으로 세우고자 했던 경우 뿐 아니라 피고로서 법익을 보호하고자 했던 경우에도 적절한 사법절차를 부여받지 못했다면 이는 'Denial of Justice'로 포괄하여 국제적 책임을 물을 필요가 있다.[24] 따라서 이는 'Denial of Justice'의 범주를 정하는 본질적인 기준은 될 수 없다고 생각한다. 그러나 이러한 분류는 뒤에서 보는 바와 같이 위법성 심사기준을 정하기 위한 '유형화' 작업의 중요한 기초가 된다.

나. 대상 근거규범의 성질에 따른 분류

또한, 사법작용과 관련하여 국가의 책임이 문제될 수 있는 유형은 위반되었다고 주장되는 '규범의 성질'에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다.

(1)유형의 하자는 국내 법원이 국제법을 잘못 적용하거나, 기타 다른 방법으로 국가간 조약 등에서 부과된 의무 등을 직접 위반한 경우이다. (2)유형의 하자는 국내 법원이 국내법에 정하여진 절차규정을 위반하거나, 국내법을 잘못 해석·적용하여 국내법에 어긋난 실체판단을 한 경우이다. (3)유형은 아래에서 자세히 검토할, 국제적 최소기준인 이른바 'Denial of Justice'에 해당하는 경우이다.



23) Grotius는 'Denial of Justice'를 ① 피고인이나 채무자에 대한 판결이 합리적인 기간 내에 나지 않은 경우, ② 판결이 중대하게 법에 반해서 이루어진 것이 매우 명백한 경우로 분류하였는데, 이는 Denial of Justice를 원고로서 구제를 구하였으나 좌절당한 경우에 한정하여 보는 시각이라 할 수 있다(Jan Paulsson, supra note, p.62).

24) Jan Paulsson, supra note, p.63.

이 중, 국내법이 국제법상 의무와 같은 의무를 법으로 정하고 있는 경우에는 국내법 위반이 동시에 국제법 위반이 될 수 있고, 같은 논리로 'Denial of Justice'에 해당하는 행위는 동시에 국제법 위반이자 국내법 위반에 해당할 수도 있을 것이다. 이를 도식화 하면 위 그림에서 보는 것과 같이 위 유형은 모두 교집합을 이룰 수 있다.

이 중 (1)유형(국제법상 의무 위반)에 해당하는 경우는 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 국제법 위반으로서 국가에 책임이 귀속될 수 있다. 그 위반의 결과로 '중대한 부정의'가 있었는지, 사법부에 '악의'가 있었는지 등을 굳이 따질 필요가 없이, 원칙적으로 위반행위 자체만으로 책임 성립에 족하다.

한편, (2)유형(국내법 위반)에 해당하는 경우 중에서, 사소한 국내법상의 절차· 실체상의 오류까지 위법하다고 평가할 수는 없다. 이는 국가의 사법주권에 대한 지나친 간섭이자 침해가 될 우려가 크다. 즉, (2)유형에 해당하는 하자는 적어도 (3)유형의 'Denial of Justice'에 해당하는 사안이라고 인정될 경우에 비로소 국가책임을 발생시킬 수 있다고 보아야 한다.

(3)유형(Denial of Justice)의 하자는, 아래에서 자세히 검토하는 바와 같이, 국가가 외국인에 대한 국내 사법작용과 관련하여 부담하는 '국제적 최소기준'을 준수할 의무를 충족시키지 못한 것이므로 당연히 이로 인한 국가책임이 발생한다.

그러므로 결국 국가책임의 발생여부는 국내법 위반에 불과한 일반 사법작용의 하자(2)와 'Denial of Justice'에 달하는 하자(3)를 구분하는 것에서부터 시작한다.

III. 사법작용에 대한 국가책임 성립의 기준으로서의 'Denial of Justice'

1. 국제적 최소기준으로서의 'Denial of Justice(사법구제의 거부)'[25]

25) 'Denial of Justice'는 국내에서는 통상 '재판거부' 또는 '정의의 거부'라고 번역된다. 그러나 국제법상 'Denial of Justice'의 의미를 포괄하기에 전자는 지나치게 협소하고, 후자는 지나치게 넓다. 따라서 본고에서는 '어떤 문제에 대하여 법을 적용하여 그 적법성과 위법성, 권리관계 따위를 확정하여 선언하는 일, 국가의 기본적인 작용의 하나'를 의미하는 '사법(司法)'이라

국가도 사법작용에 의한 외국인의 피해에 국제적 책임을 질 수 있으므로, 국가는 합리적인 수준의 사법체계를 유지, 제공해야 한다. 국가는 국제법상 정의를 보장하기 위해 자산과 사람을 보호할 의무가 있고, 또한 그러한 권리를 주장할 수 있는 공정하게 작동하는 사법체계를 성립시킬 의무가 있다.[26]

그러나 국가가 국가기관의 모든 사소한 잘못에 대해 국가책임을 지는 것은 아님과 마찬가지로, 사법작용과 관련하여서도 다른 특별한 국제법상 의무가 없는 한 국제적 최소기준에 부합하는 대우를 할 것이 요구될 뿐이고, 국제적 최소기준에 미달하는 대우라고 평가되지 아니하는 한 국가책임이 발생하지는 않는다. Fitzmaurice는 1932년에, "국내법 해석상의 단순한 하자는 국가책임을 발생시키지 않는다."고 천명한 바 있고,[27] Charles de Visscher 판사는 "국내법의 단순한 위반은 사법구제의 거부에 기반한 국제적 청구를 절대로 정당화할 수 없다, Errare humanum est(실수는 인간상사) - 선의에 기반한 오류에는 책임이 없다(error in good faith excludes responsibility)."라고 선언한 바 있다.[28]

이러한 맥락에서, 외국인의 대우와 관련하여 '사법(司法)'의 영역에서 문명국가에 준수가 요구되는 '국제적 최소기준(International Minimum Standard)'이 바로 'Denial of Justice(사법구제의 거부)'를 하지 않을 의무이다. 다시 말해, 국가가 권익을 침해받은 외국인들에게 사법적 구제를 거부하거나, 사법절차를 밟는 과정에서 오히려 외국인들의 정당한 권익을 침해하는 경우 이는 '사법구제의 거부'에 해당하는 것이다.

2. '사법구제의 거부' 개념의 역사적 기원

'사법구제의 거부'의 기원은 중세에 널리 만연되어 있던 '사적복구(private reprisal)'의 전통에서 찾을 수 있다. 한 국가 내에서 부당하게

는 용어를 차용하여, 'Denial of Justice'를 '사법구제의 거부'라 칭하기로 한다.

26) Andrea K. Bjorklund, supra note, pp.818-819.

27) Fitzmaurice, Sir Gerald, Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge, (1961) 37 BYIL 53., p.111.(Jan Paulsson, supra note, p.73.에서 재인용)

28) De Visscher, Charles, Le déni de justice en droit international, Recueil des cours de l´Académie de Droit International, 1935/II, tome 52,, p.382.(Jan Paulsson, supra note, p.74.에서 재인용)

권익을 침해받은 외국인에게 재판 등이 거부되는 경우 그 외국인에게 재판 등을 거부한 영토국의 법관 또는 그 국민을 상대로 복구를 취할 권리가 인정되었었다고 하고, 12-13세기부터 이러한 '사적복구'의 관행은 '복구허가증(letter of Marque : lettre de marque)'의 부여에 의해 규제되었다고 한다. 즉, 외국에서 권익을 침해받은 외국인은 그 외국에서 재판의 거부가 이루어져 사법적 구제가 불가능할 경우 모국의 군주에게 이를 호소할 자격을 얻게 되고, 모국의 군주는 '복구허가증'을 발부하였으며, 이를 받은 외국인은 침해국가 및 국민들을 상대로 물리력을 행사할 수 있었다고 한다.[29]

이러한 '사법구제의 거부'는 근대에 이르러서는 '외교적 보호권' 행사의 전제요건으로 취급되었다(전통적·초국가적 분쟁해결수단인 '외교적 보호권'에 관하여는 아래 제3장 제1절 II. 1. 나. 1)항에서 보다 자세히 살펴본다).[30] 즉, 침해국에 의하여 사법구제의 거부가 발생하는 경우에는 '더 이상 국내적 구제가 불가능한 것으로 간주되어 피해 외국인의 모국이 자국민 보호 차원에서 외교적으로 개입'할 수 있게 된다는 것이다.[31]

이후 '사법구제의 거부'에 관한 조항이 각종 인권조약, 통상조약 등에 삽입되었으며, 외국인의 대우와 관련된 여러 국제 판정, 판결례의 기준으로 원용됨으로써, '사법구제의 거부'로 인하여 국가책임이 성립한다는 국제관습법이 확립되어 왔다. 1927년 국제법학회(ILI)가 채택한 국가책임에 관한 초안도 제5조에서 '사법구제의 거부'에 대해 국가가 책임진다고 규정한 후, 제6조에서 국가는 모든 외국인 또는 특정 국가의 국적자에 대한 악의에 의하여 재판절차와 판결이 명백히 정의에 반하는 경우 이에 대해 책임진다고 규정하고 있다.[32]

3. '사법구제의 거부'의 범주에 관한 논의

---

29) H.Spegel, Origin and Development of Denial of Justice, American Journal of International Law, 1938, pp.64-65.; De Visscher, Charles, supra note, pp.370-371(김현석, 「재판의 거부」의 개념과 그 현대적 의의, p.214.에서 재인용.).

30) 김현석, supra note, p.215.

31) 김현석, supra note, p.216.

32) Yearbook of the International Law Commission, 1956, vol. II, p.228(김현석, supra note, p.222에서 재인용).

가. 명확한 기준의 부재 - 개념의 다의성

외국인 투자자에 대한 사법서비스를 보장해 외국인 투자자의 구제를 소홀히 하지 않으면서 과도한 규제를 지양해 국가주권에 대한 침해를 최소화하기 위해서 '사법구제의 거부'의 기준과 범주에 관한 논의를 우선 살펴볼 필요가 있다.

'사법구제의 거부'는 그 명칭이 모호한 만큼 그 범주에 대한 논란이 많은 개념이다. 저명한 법학자인 Charles de Visscher는 '사법구제의 거부'는 "가장 오래되었으면서도, 가장 형편없이 설명되는 법이론"이라고 지적한 바 있고,[33] Alwyn Freeman 역시 1938년에 '사법구제의 거부'는 "국제법상 가장 형편없이 설명되는 개념 중의 하나"라고 지적한 바 있다[34].

전통적으로 '사법구제의 거부'는 국가기관, 특히 사법부의 영역에서 인정되는 특별한 결함의 종류이자,[35] 특정 사건에서의 절차적인 부정으로부터 국가의 전체 사법시스템의 결점까지 아우르는 탄력적인 개념[36]으로 인식되어 있었으나, 구체적인 기준이 확립되어 있지 않았고, 각 법문화와 법체계에 따라, 또는 학자나 판정, 판결례에 따라 그 개념을 달리 규정하는 경향을 보이기도 하였으며, 현재에도 그 개념과 범주가 정립되었다고 단정하기 어렵다.[37]

---

33) Charles de visscher, Le déni de justice en droit international, Recueil des cours de l´Académie de Droit International, 1935/II, tome 52, p.369("one of the oldest and one of the worst elucidated in international law" ; René Lettow Lerner, supra note, p.248.에서 재인용)

34) Freeman, A.V., The International Responsibility of States for Denial of Justice, Londen/New York : Longman, 1939., p.2.("one of the most poorly elucidated concepts of international law" ; Jan Paulsson, p.2.에서 재인용)

35) Ian Brownlie, supra note, p.506.

36) Andrea K. Bjorklund, supra note, p.812.

37) 여러 국가의 국내법은 '사법구제의 거부'에 관한 나름의 원칙을 함유하고 있는데, 이는 국제법상 확립된 기준과 일치하지 않는 경우도 있다. 대부분의 국내법체계는 통상 적법하지 않은 판결도 '상소의 대상'으로 볼 뿐 '사법구제의 거부'로 분류하지 않는 등, 국제법상 요구되는 기준보다 협소한 기준을 가지고 있다.
예외적으로 스위스는 '사법구제의 거부'에 관해 넓은 개념을 채택하고 있는데, 1880년 스위스 연방재판소(Swiss Federal Tribunal)는 위 개념이 '시민에게 법에 의해 부여된 핵심적 보장'을 박탈하는 어떠한 사법적, 행정적 행위에도 적용될 수 있다는 입장을 채택한 바도 있고, 스위스의 이러한 태도는 '형식적(또는 절차적)인 사법구제의 거부'와 '실체적인 사법구제의 거부'를 모두 포괄하는 것으로 이해되었다. 이 때 '형식적인 사법구제의 거부'는 합리적인 시간 내에 판결을 받고, 적법하게 구성되고 독립된 기관에 의해 재판을 받으며, 하찮은 절차상 하자를 이유로

나. 사법구제의 거부의 범주

오랜 시간에 걸친 다양한 '사법구제의 거부'의 범주에 관한 논쟁 속에서 발견할 수 있는 유의미한 흐름 중 하나는, '외국인에 대한 국가의 대우기준'에 관한 논의와 마찬가지로, 20세기 초 위 개념이 어떻게 정의되어야 하는가에 관해 자본수출국과 자본수입국 사이의 첨예한 대립이 있었다는 것이다.

이하에서는 이러한 역사적 배경에 주안점을 두고, '사법구제의 거부'의 범주를 넓게 해석하는 견해, 좁게 해석하는 견해 및 절충적인 견해로 대별하여 차례로 살펴보기로 한다.

1) 넓게 해석하는 견해

미국과 영국은 자본수출국의 입장에서 사법구제의 거부의 개념을 최대한 넓게 해석하고자 했다. 그 중에서도 '사법구제의 거부'를 가장 넓게 해석하는 견해는 국가가 외국인에게 국가책임을 지는 모든 경우를 포함하여, 어떤 국가기관의 어떤 국제법 위반도, 그 기관이나 행위가 사법적 성질을 가지는지를 불문하고 사법구제의 거부에 해당할 수 있다고 하며,[38] 사법구제의 거부인지는 그 행위의 국제법상 적법여부에 달려 있는 것이지 주어진 구제수단에 좌우되는 것이 아니라는 입장을 취하기도 했다.

2) 좁게 해석하는 견해

전통적으로 외교적 보호권의 행사는 전형적으로 자국민이 '사법구제의 거부'의 피해자라는 주장을 동반했다. 이에 경험적으로 '사법구제의 거부'를 '외교적 보호권'이라는 이름의 자본수출국의 일방적인 무력행사나 군함외교(gunboat diplomacy)를 정당화하는 위선적인 수단으로 인식했던 중남미의 학자들은 외교적 보호권의 행사를 제한하려는 입장에서, 국가의 외국인에 대한 대우는 '내국민 대우(national treatment)' 기준에 의하면 족하다는 입장과 함께, 외교적 보호권 행사 전에 국내권리절차의

청구가 기각되지 않을 권리 등을 포함하고, '실체적인 사법구제의 거부'는 법의 올바르고 정형적인 해석에 대한 권리 뿐 아니라, 자의적이지 않은 판결에 대한 권리까지 포함하는 것이었다(자세한 내용은 Jan Paulsson, supra note, pp.11-13 참조).

38) René Lettow Lerner, supra note, p.249-250.

소진을 널리 요구하는 한편, 청구의 권원이 되는 '사법구제의 거부'의 개념 역시 좁게 해석하고자 했다. 이러한 시각에서 '사법구제의 거부'를 가장 제한적으로 해석하는 견해는 '사법구제의 거부'를 '법원에의 접근을 거부' 또는 '판결을 거부'한 경우로 한정하여 해석한다. 이러한 시각에서는, 재판이 아무리 지연되었거나, 설령 재판이 불공정했더라도, 판결이 나오기만 하면 그 실체와 절차를 다툴 수 없다고 보았고, 국제재판소가 국내 사법작용을 심사하는 것은 국가 주권의 침해라고 보기도 하였다.[39]

이러한 입장은 위에서 이미 살펴 본 Calvo doctrine으로 대표되는데, 내국민에게 부여된 법원에의 접근성이 외국인에게 똑같이 부여되는 이상 '사법구제의 거부'의 청구는 성립할 수 없다는 것이다.[40][41]

한편, 1930년 헤이그 국제법 편찬회의 중 국가책임 관련 전문가위원회에서 보고자인 Guerro가 제출한 이른바 'Guerro Report'는 당시 많은 논란을 불러일으킨바 있는데, 위 보고서 역시 당시 이러한 남미의 태도를 반영하여, "사법결정은 설령 오류와 부정의로 오염되었다고 하더라도, 그 국가 책임을 발생시키지 않는다"고 명시하기도 하였다.[42]

3) 절충적인 견해

절충적인 견해는 '법원에의 접근 거부와, 부적절한 절차와, 부정의한 결정을 포함하는, 외국인에 대한 부적절한 민·형사 사법'이 '사법구제의 거부'라고 본다. 이와 같이 부적절한 절차와 부정한 결정 등 법원의 절차와 실체의 잘못을 모두 포함하는 절충설은 널리 받아들여지게 되었다.[43]

Vattel은 1758년에 이미 'refusal of justice'라는 개념을 ① 외국인들에게 보통의 법정에서 그들의 권리를 세우는 것을 허용하지 않는 것, ② 감당할 수 없을 정도 또는 '거부'에 상응할 정도의 지연, ③ 중대하게 부

39) Jan Paulsson, supra note, p.58.

40) René Lettow Lerner, supra note, p.250.

41) Jan Paulsson, supra note, p.20 ; "외국인투자자는 그 국가의 내국민과 같은 보호를 받을 권리가 있고, 더 넓은 보호를 주장할 수는 없다. 만일 외국인투자자가 피해를 입었다면, 투자유치국의 법정에서만 주장할 수 있고, 투자유치국 국내 법정에의 접근이 가능한 한, 국제적인 구제는 없으며, 외교적 보호권 행사영역에서 제외된다."

42) 1926년 Committee of Experts for the Progressive Codification of International law에 의해 채택된 League of Nations Document C.196.M.70.1927.V의 questionnaire No.4.에 첨부(조사위원 : Gustavo Guerrero), para. 6(b).(Jan Paulsson, supra note, p.25-26.에서 재인용)

43) René Lettow Lerner, supra note, p.250.

정의하고 편향적인 판결이라고 정의했다.[44]

또한, 1930년 헤이그에서 열린 성문화 회의를 앞두고 하버드 로스쿨의 연구자들이 준비한 국가책임 관련 초안에서 역시, '사법구제의 거부'를 다음과 같이 정의하고 있다 ; "국가는 사법구제의 거부에서 비롯된 외국인에 대한 피해에 대해 책임이 있다. 사법구제의 거부는 거부, 부당한 지연 또는 법원에의 접근의 방해, 사법 또는 구제절차에의 중대한 흠결, 일반적으로 적절한 사법부에 필수적이라고 여겨지는 보장을 부여하는 것의 실패, 또는 명백히 부정의한 판결이 있을 때 존재한다. 명백한 부정의를 생성하지 않는 국내법원의 단순한 실수는 사법구제의 거부가 아니다."[45]

4) 소결

'사법구제의 거부'를 가장 넓게 해석하는 견해는 '국제적 위법행위'의 정의와 다를 바가 없어 '사법구제의 거부'에 대한 유의미한 기준을 제시해준다고 할 수 없다. 반대로 '사법구제의 거부'를 좁게 해석하는 견해는 역사적인 가치는 있으나 현대 국제법에는 이미 지지하는 사람을 찾기 어렵다.[46] 문명국가들로서는 '국제적 최소기준'에 부합하게 외국인을 대우해야 한다는 기준이 정착된 것과 마찬가지로, '사법구제의 거부'를 '법원에의 접근을 거부' 또는 '판결을 거부'한 경우로 한정하여 해석하는 것은 현대 국제법이 요구하는 보호 수준에 맞지 않는다. 요컨대 법원에의 접근(access)이 허용되느냐 뿐 아니라, 그 접근의 질이 어떠한가도 문제되는 것이다. 또한, 중세의 국제무대에서 보복(reprisals)이나 근대의 외교적 보호권의 행사를 빙자한 군함외교(gunboat diplomacy)의 위협이 무

---

44) Jan Paulsson, supra note, p.65.

45) Research in International Law at Harvard Law School, The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, 23 Am. J. Int'l L. Spec. Supp. 131, 134(1929)(Andrea K. Bjorklund, supra note, p.841에서 재인용) : "A state is responsible if an injury to an alien results from a denial of justice. Denial of justice exists when there is a denial, unwarranted delay or obstruction of access to courts, gross deficiency in the administration of judicial or remedial process, failure to provide those guaranties which are generally considered indispensable to the proper administration of justice, or a manifestly unjust judgment. An error of a national court which does not produce manifest injustice is not a denial of justice."

46) Jan Paulsson, supra note, p.58.

력사용을 금지시키려는 노력과 함께 현저히 감소하였고, 이제 개인이 직접 투자유치국을 상대로 투자협정중재를 제기할 수 있는 시대가 도래하였으므로, '사법구제의 거부'를 이와 같이 극히 제한적으로 해석할 필요성도 감소하였다.

그러므로 사법구제의 거부는 기본적으로 '사법작용'과 관련된 하자에 한정하되, '법원에의 접근, 재판의 거부'외에도 '불합리한 지연' 기타 부적절한 절차상의 하자와 실체상의 하자 중 일부 중대한 하자를 포괄하는 개념으로 보아야 한다.

이러한 논의를 통해 '사법구제의 거부'가 성립하는 기본적인 범주는 확정할 수 있었으나, 확정된 범주 역시 여전히 추상성을 내포한다. 개념정의에 있어서의 이와 같은 추상성은 위법한 사법작용의 다의성를 포괄하기 위해서는 어느정도 불가피하다고 여겨지기도 한다. '사법구제의 거부'에 관해 깊이 연구한 저명한 국제법학자인 Jan Paulsson은 결국 '사법구제의 거부'의 의미에 대하여, "국가가 외국인들에게 근본적으로 불공정한 방법(fundamentally unfair manner)으로 사법을 집행하면 국가책임이 발생"하는 것이라고 폭넓게 정의하기도 했다.[47]

특히 재판의 거부나 지연은 비교적 객관적으로 판단이 가능하나, 어느정도의 하자가 사법구제의 거부를 구성하는 '부적절한 절차'와 '부정의한 결정'이 되는 것인지는 쉽게 파악하기 어렵고, 그 기준에 관한 논쟁이 2세기에 걸쳐 계속되고 있는 것이기도 하다. 그러므로 그 구체적인 기준은, 이하에서 투자협정 이전에 국제분쟁에서 사용된 기준과, 투자협정중재절차에서 사용된 기준으로 나누어, 각 사안에 비추어 살펴보기로 한다.

제3절 Denial of Justice의 구체적인 판단기준 - 사례분석

I. 멕시코-미국 청구위원회(Mexican-American Claims Commission) 판정례

1. Neer(U.S.) v. United Mexican States(1926)

47) Jan Paulsson, supra note, p.4.

대상판정은 미국 탄광관리자의 미망인이 멕시코 정부가 남편을 죽인 살인자들을 찾는데 충분한 성실성과 열의를 보이지 않았다고 주장하면서 제기한 이 사건에서, 멕시코가 책임이 없음을 밝히면서,[48] 사법부의 행위를 입법, 행정부의 행위와 구별하지 않고 다음과 같은 기준으로 심사하였다;

"... 정부의 행위의 적절성은 국제적 기준의 심사를 거쳐야 하고, 외국인에 대한 대우가 국제적 비행을 구성하기 위해서는, 무도한 행위, 악의, 고의적인 의무의 무시(an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty) 또는 모든 합리적이고 중립적인 사람이 부족하다고 느낄 정도로 국제적 기준에 미달하는 정부의 행위에 이르러야 한다.[49]"

2. Chattin(U.S.) v. United Mexican States (1923)

대상판정에서 중재인 Vollenhoven은, 입법부, 행정부의 행위와 구별하여 사법부의 행위의 경우는 그 잘못이 "무도한 행위, 악의, 고의적인 의무의 무시 또는 어떠한 선입견 없는 사람에게도 명백한 행위의 부족함(an outrage, bad faith, willful neglect of duty, or insufficiency of action apparent to any unbiased man)"에 이르지 않는 한 국제법상 부족하게 여겨지지는 않는다고 보았다.[50]

Ⅱ. 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ') 판결례

1. Barcelona Traction 사건(Belgium v. Spain, 1970)

Judge Tanaka는 대상판결 별개의견에서, 만일 본안이 다투어졌다면

---

48) Andrea K. Bjorklund, supra note, p.840.

49) Neer (U.S.) v. United Mexican States, 4 R.I.A.A. 60, 61-62 (Gen. Claims Comm'n, Mex.-U.S. 1926)(Andrea K. Bjorklund, supra note, p.840에서 재인용). ; "(First) the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency."

50) Chattin (U.S.) v. United Mexican States, 4 R.I.A.A. 282, 286-88 (Gen. Claims Comm'n, Mex.-U.S. 1927)(Andrea K. Bjorklund, supra note, p.840에서 재인용).

사용했을 '사법구제의 거부'의 기준에 대해 설시하였다. 그에 따르면, 사법구제의 거부는 "부패, 협박, 부당한 지연, 사법절차의 노골적인 남용, 행정부에 의해 지시된 판결, 어떠한 유능하고 정직한 재판부로서는 내릴 수 없었을 명백히 부정의한 판결(corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or [a judgment] so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it.)"이 있을 경우에 발생한다.[51]

2. ELSI 사건(U.S. v. Italy, 1989)

이탈리아 회사인 Elettronia Sicula S.p.A.(ELSI)의 모든 지분은 미국의 두 기업(Raytheon Company, The Machlett Laboratories)이 소유하고 있었는데, 위 회사의 소유주들이 위 회사를 청산하여 매각하려고 하자, 이탈리아의 Palermo시 시장은 공익을 이유로 위 공장을 징발하였다. 미국은 위 수용이 Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation(FCN 조약) 위반이라고 주장하면서, 이탈리아 정부를 ICJ에 제소하였다.

대상판결은, '국내법의 준수와 조약상 조항의 준수는 서로 다른 문제'라면서, '공공주체의 어떤 행위가 국내법상 적법하지 않다는 것이 반드시 국제법상 적법하지 않다는 의미는 아니'고, '적법하지 않다(unlawfulness)는 것이 반드시 자의적(arbitrariness)인 것은 아니'라고 전제하였다.

이 때 위 재판부는 위 '자의성(arbitrariness)'을 "법의 적법절차의 고의적 무시, 사법적 적절성의 감각에 충격을 주거나 적어도 놀라게 하는 행위(a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety)"라고 정의하였다.[52]

---

51) Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 6-11, 17-49 (Feb. 5).

52) Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. Italy), 1989 I.C.J. 15 (July 20), para 76. ; 한편 위 대상판정은 위 수용 당시 정상적인 유동화(청산)이 가능했다는 점이 성립되지 않고, administrative appeal에서의 지연은 이탈리아법상 빠른 결정을 요구하는 수단이 있었던 이상 '사법구제의 거부'에 해당하지 않으며, 적법절차에 어긋난, 자의적인 수용은 없었다는 등의 이유로, 결국 위 수용이 FCN 조약에 위반한다는 주장을 모두 배척하였다.

Ⅲ. 검토

이와 같이 국제재판소들은 '사법구제의 거부'를 인정함에 있어 비교적 엄격한 잣대를 사용해 왔다. 그리고 사법작용에 대한 국가책임 성립요건으로서의 '사법구제의 거부'의 기준과, '사법구제의 거부'를 판단하는 이러한 구체적인 심사기준은, 추후 살펴보는 바와 같이 국제투자협정중재판정례에도 현재까지 현저한 영향을 미치고 있다.

제3장 국제투자협정중재에서의 Denial of Justice

근래 국제투자협정중재 사례가 늘어나면서 외국인 투자자가 직접 '사법구제의 거부' 등을 청구원인으로 하여 투자유치국을 상대로 중재를 제기하는 사례가 증가하고 있다. 두 가지 근본적인 배경은 첫째, 국내법원들이 국가기관으로부터 분리되어 존재하는 것이 아니라 국가기관의 하나라는 관념이 보편적으로 받아들여졌고, 둘째, 피해자들이 국가의 대위를 구하지 않고 국제적 재판관할에 직접 구제를 구할 수 있는 투자협정중재 절차가 등장했기 때문이다.[53]

그런데 사법작용과 관련된 모든 사소한 실수, 오류, 하자가 국가책임을 불러일으킬 위법한 조치로 평가되지는 않는 것이고, 이는 국제투자법 분야에서도 같다.

그렇다면 우선, 국제투자협정중재제도의 의의 및 사법작용이 국제투자협정중재의 '대상'이 되는지 선결적으로 검토한 후에, 국제투자협정중재에서도 국제관습법상 외국인의 대우에 관한 국제적 최소기준으로서 인정되는 'Denial of Justice(사법구제의 거부)'가 위법성 심사기준이 되는 것인지, 언제나 그러한지, 통상협정상 그 근거가 되는 규정은 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 또한, 만일 '사법구제의 거부'가 심사기준이라면, 이때 '사법구제의 거부' 해당여부를 심사하는 구체적인 기준 역시 살펴볼 필요가 있다.

적정한 심사기준의 확립은 중재판정의 예측가능성을 높이고, 투자유치국의 사법주권을 수호하며, 투자유치국에게도 중요한 준거기준을 제시함으로써, 결국 투자유치국과 국제투자협정중재 양쪽의 적법절차의 확립에 기여할 수 있을 것이다.

제1절 국제투자협정중재

I. 국제투자협정

53) Jan Paulsson, supra note, pp.2-3.

1. 의의

'투자협정(Investment Treaty)'이란 투자유치국 내의 외국인 투자를 보호·증대할 목적으로 외국인 투자 보호규범을 정하는 다자간(multilateral investment treaty, 이하 MIT) 또는 양자간(bilateral investment treaty, 이하 BIT) 조약을 말한다.

투자협정은 그 내용에 따라 투자 유치국의 국내법에 따라 허용된 투자에 대한 보호를 규정하는 '투자보장협정(Investment Promotion and Protection Agreement)'과 투자 자유화까지 포함하는 '투자자유화협정'으로 나눌 수 있다. 우리나라가 체결한 대부분의 BIT는 '투자보장협정'에 해당하고, FTA와 한일 투자협정은 '투자자유화협정'에 해당한다. 투자협정은 또한, 체결 주체에 따라 다자간, 양자간 투자협정 또는 지역 투자협정(regional investment treaty) 등으로 구분할 수 있다.[54)]

투자협정들은 대체로 외국인 투자 보호에 관한 실체적 기준을 성문화하여 규정하고 있다. 그 대표적인 예로는 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평한 대우, 수용, 충분한 보호와 안전, 자의적·차별적 조치의 금지, 송금보장 등이 있다. 또한, 최근에 체결되는 투자협정들은 투자유치국이 보호규범을 위반할 경우 그 분쟁을 해결하는 절차인 투자자-국가간 분쟁해결절차 등을 아울러 규정하고 있는 경우가 많다.[55)]

예를 들어, 대표적인 협의의 투자협정이자 지역 투자협정인 NAFTA 중 투자에 관한 제11장은 당사국들의 실체적인 의무를 규정하는 Part A와 ISDS 절차를 다루는 Part B로 나누어진다. Part B의 목적은 "국제상호주의 원칙에 따른 동등한 대우와 공정한 판정부에서의 적법절차를 보장하는, 투자분쟁의 해결을 위한 매커니즘을 설치(mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal)" 하는데 있다고 명시되어 있고, NAFTA는 이러한 조항을 둔 최초의 다자간 투자협정이기도 하다.[56)] NAFTA의 11장에 의거하여 제기되고, 축적

54) 김재훈, 한국의 국제투자규범 중 ISDS의 보호범위에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2008, p.8.

55) 정수봉, 한미FTA 투자분야 연구, 법무부, 2008, p.3.

된 많은 중재판정례들은 국제투자규범의 형성과 발전에 큰 영향을 미치고 있다.

2. 체결현황

가. 국제적 현황

독일이 파키스탄과 1959년에 세계 최초로 양자간 투자협정을 체결한 이후로, 세계의 BIT의 체결 사례는 점차 증가하다가 특히 1990년대 이후 급증하여 2011년 말 현재 2,833개에 달하고 있고,[57] 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 'FTA'라 한다)의 체결도 점차 증가하고 있다.

한편, 대표적 지역무역협정인 NAFTA는 1991년 2월 미국, 캐나다, 멕시코의 정상들이 NAFTA 추진의사를 공식발표한 이후에, 1992. 10. 11. 체결되어, 1994. 1. 1.부터 정식 발효되었다.[58]

나. 우리나라의 현황

우리나라는 독일과 1964년에 최초로 BIT를 체결한 이후 2011. 12. 현재까지 92개국과 투자협정을 체결하였고, 그 중 6개를 제외한 나머지 협정이 발효된 상태이다.[59] 나아가 우리나라는 2012. 6. 26. 현재, 칠레, 싱가포르, EFTA, ASEAN, 인도, 페루, 미국, 터키, 콜롬비아와 각 FTA를 체결하였고, 그 중 터키, 콜롬비아와의 FTA를 제외한 7건이 발효되었다.[60]

---

56) Benjamin Klafter, "International commercial arbitration as appellate review : NAFTA's Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata", U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Spring, 2006, p.413.

57) UNCTAD, World Investment Report 2012 : Non-Equity Models of International Production and Development, United Nations publication, 2012. p.84.

58) 우리나라와 중국, 일본은 2012. 5. 13. "투자보장협정(Trilateral investment treaty, TIA)"을 체결하였고, 국회 비준을 앞두고 있다.

59) 외교통상부 홈페이지, '우리나라 투자보장협정 체결현황(2011. 12)'
http://www.mofat.go.kr/main/index.jsp

60) 외교통상부 자유무역협정 홈페이지, '한국의 FTA 추진 현황'
http://www.fta.go.kr/new/ftakorea/fta_world.asp
우리나라는 미국과 2007. 4. 2. 한미FTA를 체결하였는데, 2011. 10. 12. 미국 의회에서 이행법안이 통과되었고 한국에서도 2011. 11. 22. 국회 비준동의 절차를 마쳐 2012. 3. 15. 발효

II. 국제투자협정상 ISDS 절차의 점진적 확립

1. 전통적인 분쟁해결수단

투자협정과 그에 따른 분쟁해결수단이 보편화되기 이전에 국제법상 사용되던 투자자-국가간 분쟁해결수단은 크게 투자자 개인이 투자유치국 내에서 국가기관을 상대로 직접 개인적으로 구제를 구하는 경우와, 투자자의 모국이 외교적 보호권을 행사하여 투자유치국을 상대로 초국가적 분쟁해결을 구하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

가. 개인적 권리구제절차

전자에 관하여 살펴보면, 유치국의 행위로 인해 피해를 입은 외국인이 투자유치국 내의 절차에 따라 그 피해에 대한 구제를 구하는 것은 현 시점에도 여전히 기본적인 구제수단이다. 행정심판, 정부에의 청원 등 다양한 수단을 생각할 수 있으나, 국내법원(domestic court)에 행위의 중지, 시정 또는 배상을 구하는 민사상 청구를 하는 것이 대표적인 수단이다.

그리고 국내에서의 권리구제는 시간, 비용, 수단 등 많은 면에서 효율성과 편리성을 가지고 있기도 하다. 이 논문에서 추후 검토하는 바와 같이, 국제관습법상 외국인이 자신의 본국으로부터 외교적 보호를 추구하기 이전에 유치국의 국내구제절차를 모두 마칠 것을 요구하는 이른바 '국내권리구제절차소진원칙(exhaustion of local remedies rule)'이 확립되었고, 이 원칙은 현재에도 유의미하다.

나. 초국가적 분쟁해결절차

1) 외교적 보호(diplomatic protection)

전통적으로 개인은 국제공법의 이론과 실제에서 아무런 인격이 없었다. 국제법은 각 국가의 힘이나 크기의 차이에도 불구하고 주권평등이 절대적으로 여겨지는 국가들간의 관계에 적용되었다. 어떤 국가가 외국

되었다.

인에게 피해를 입히면 그 외국인의 모국에 피해를 입힌 것이라는 가설이 등장하였고, 이는 그 분쟁을 국제법상 국가 대 국가의 단계로 승격시켰다.[61] 그 이론적 출발이 바로 국제법학자 Emer de Vattel이 창안한 'Vattel의 의제'인데, Vattel은 "외국인에게 피해를 입힌 자는 간접적으로 그를 보호할 권리가 있는 국가를 침해한 것(whoever ill-treats a citizen indirectly injuries the State, which must protect that citizen)"이라고 주장하였다.[62]

이러한 이론적인 의제에 근거하여, 국제위법행위로 인하여 자국민이 외국에서 피해를 입은 경우 피해자의 모국이 그를 보호하고 손해에 대한 배상을 청구하는 절차 또는 권리를 '외교적 보호(diplomatic protection)'라고 한다.[63] 이러한 이론적 근거에 입각하면, 외교적 보호권은 국가 자신의 전속적 권리이지 의무는 아니고, 피해자를 대위하여 청구하는 것이 아니라 스스로의 권리를 행사하는 것에 불과하다. 따라서 언제, 어떠한 방법으로, 어떠한 내용의 청구를 할 것인지는 모국에게 달려있는 것이다.[64]

2) 구체적 행사수단

국가는 외교적 보호권을 행사하여, 바람직하게는 당사국간의 직접 교섭(negotiation) 등으로 분쟁을 해결하였으나, 때로는 무력 등의 방법으로 보복(복구, reprisal)을 가하기도 하였다.

당사자간 해결이 어려운 분쟁의 경우에는 제3자의 개입을 통한 해결이 시도되는데, 이 방안은 크게 결과가 당사국에 구속력을 갖는 사법적 해결(중재, 사법재판)과, 구속력을 갖지 못하는 비사법적(외교적) 해결(알선, 중개, 심사, 조정)로 대별된다.[65]

그 중 '중재'를 위해 세워진 대표적인 기관은 헤이그 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration, 이하 'PCA')다. PCA는 100개가 넘는 국가가 협약당사국으로 가입한 정부간기구로서, 1899년 제1차 헤이

61) Andrea K. Bjorklund, supra note, pp.821-822.
62) E. de Vattel, The Law of Nations or the Principles of Natural law(1758)(C. Fenwick translation 1916), Book II, paras 71, 73, 77.(정인섭, supra note, p.349에서 재인용).
63) 정인섭, supra note, p.348.
64) 정인섭, supra note, p.348.
65) 정인섭, supra note, p.767.

그 평화 회의에서 체결된 「국제 분쟁의 평화적 처리협약(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 1907, 제2차 평화회의에서 개정)」에 근거하여 설립되었고, 오늘날까지 활동하고 있다. 이는 엄밀한 의미에서는 재판소라기 보다는 중재를 위한 상설기관 또는 협약당사국에 의해 임명된 저명한 법률가들의 명부로 이루어져 있다.[66]

'사법재판'을 위한 대표적인 기관은 UN 산하기구인 국제사법재판소(ICJ)이다. ICJ는 유엔헌장에 의해 1945년 설립되었고, 국제연합 총회 및 안전보장이사회에서 선출된 15인의 재판관으로 구성되며, 국제법을 적용하여 심리한다. ICJ의 역할은 국제법에 의해 국가들에 의해 청구된 법적 분쟁을 해결하고, 유엔 기구들에 의해 제기된 쟁점에 대해 권고의견을 주는 것이다.[67] ICJ는 원칙적으로 임의관할권을 가지므로, 재판에 관한 조약을 체결하거나 선택조항(ICJ규정 제36조 제2항) 수락선언을 한 경우 등을 제외하고는, 그 국가의 동의 없이는 재판에 회부되지 않는다.

그 외에도, 1840년 이후 19세기 말까지 외국인 피해에 관한 약 60여 개의 혼성청구위원회(Mixed Claims Commission)가 설치되어 외교적 보호권 행사와 외국인 법적 지위발전에 커다란 영향을 준 바 있다.[68] 그 중에서도 Algiers Declarations(General Declaration, Claims Settlement Declaration)에 의거하여 1981. 1. 19. 헤이그에 설립되어 현재까지 존속하는 Iran-U.S. Claims Tribunal은 현재까지 가장 영향력 있는 혼성청구위원회 중의 하나로 꼽힌다.[69] 위 재판소는 오랜시간 지속되어 왔고, 높은 수준의 재판관들로 구성되어 있으며, 방대한 양의 사건을 처리해 왔고(현재까지 종결된 사건은 3,900건에 이른다), 또한 처리한 모든 결정을 발간함으로써 국가책임법의 발전에 기여해 왔다.[70]

다. 전통적 분쟁해결수단의 한계

외국인 투자자가 직접 국내법원에 제소를 하여 권리구제를 받는 길은 효과적인 수단이 되는 경우도 있으나 여러 한계를 내포하고 있다. 때로

---

66) PCA 공식 웹사이트 : http://www.pca-cpa.org.
67) ICJ 공식 웹사이트 : http://www.icj-cij.org.
68) 정인섭, supra note, p.646.
69) Iran-U.S. Claims Tribunal 공식 웹사이트 : http://www.iusct.net.
70) Andrea K. Bjorklund, supra note, p.827.

는 유치국 내에 적절한 구제절차가 존재하지 않을 가능성도 있고, 국내 법원에서의 재판이 외국인에게 불공정하고 편파적으로 진행될 가능성도 없지 않으며, 국내 법원이 '주권 면제(sovereign immunity)', '국가행위 이론(act of state doctrine)' 등을 원용하여 정부기관을 면책시키는 등으로 실질적인 구제가 이루어지지 않는 경우도 드물지 않다. 유치국 정부의 행위로 인해 피해를 입은 외국인으로서는 자연스럽게 유치국의 정부 또는 법원이 적절한 구제를 해줄 것인가에 대한 불안과 의혹을 갖게 된다. 후술할 ICSID에 제소된 <Amco v. Indonesia 사건>에서 중재판정부는, "국제중재절차를 개시하는 이유 중의 하나는, 당사자들이 - 옳든 그르든 - 한쪽 당사자에만 완전히 관련되어 있지는 않은 법기구를 보다 신뢰하기 때문이다."고 설시하기도 하였다.[71] 이러한 이유로 초국가적 분쟁해결절차가 적극적으로 활용되기 시작하였다.

그러나 외교적 보호권도 다음과 같은 한계를 가지고 있었다. 첫째, 모국의 외교적 보호권 행사여부는 재량에 맡겨진 선택사항이고 국가들은 실제로 여러 정치적 고려에서 외교적 보호권의 행사를 포기하기도 하였으므로, 피해를 입은 외국인은 모국으로 하여금 가해국(유치국)에 대한 청구권을 행사하도록 설득해야 했다. 둘째, 피해를 입은 외국인은 그 과정에서 가해국의 정부가 실제로 국제법을 위반했다는 점을 모국에 납득시켜야 했다. 셋째, 오로지 피해를 입은 시민(자연인 또는 법인)의 국적국만이 그 청구를 할 수 있기 때문에 '국적'의 존재여부 및 존속여부가 또다른 문제로 대두하였다. 넷째, 외교적 보호권 행사시 국제관습법상 '국내권리구제절차소진원칙'이 적용되었기 때문에 원칙적으로 그 피해를 입은 외국인이 유치국 국내의 구제수단을 모두 소진하기 전에는 모국은 외교적으로 개입할 수 없었다(다만, 사법구제의 거부가 있었던 경우에는 국내권리구제절차의 소진 없이 외교적 보호권 행사가 허용된다는 이론이 전개되었다). 다섯째, 국가의 청구가 개시된 경우에도 피해 당사자가 아니라 국가가 그 청구에 관해 포기나 화해여부 등을 결정할 전적인 권한

71) Amco v. Indonesia (Award, Nov. 20, 1984), 1 ICSID Rep. 413, 460 (1993), sustained in relevant part, Amco v. Indonesia (Decision on the Application for Annulment, May 16, 1986), 1 ICSID Rep. 509, 526-27 (1993) ; "[o]ne of the reasons for instituting an international arbitration procedure is precisely that parties-rightly or wrongly-feel often more confident with a legal institution which is not entirely related to one of the parties."

을 가졌고, 배상금도 국가에게 지불되었다.[72] 결국, 외국인은 그 피해의 구제를 전적으로 모국의 선의와 능력에 기대야 하는 제도적인 한계를 내포하고 있었다.

2. 투자협정상 분쟁해결제도

투자협정은 외국인 투자자를 실체적 보호규범을 통한 보호의 객체로 삼았을 뿐만 아니라, 절차적 분쟁해결수단을 직접 활용할 수 있는 주체의 지위도 부여하였다. 따라서 외국인 투자자는 모국의 선의에 기대지 않고서도 스스로의 권리를 구제할 수 있는 기회를 갖게 되었다.

투자협정이 통상 마련하고 있는 '투자자-국가간 분쟁해결절차', 즉 ISDS 절차에는 일반적으로 ① 투자유치국 국내법원(domestic court), ② 협의(negotiation), ③ 조정(conciliation), ④ 국제중재(international arbitration) 등의 수단이 있다. 그 중에서도 국제투자협정중재(또는 투자협정중재, Investment Treaty Arbitration)[73]가 가장 실질적인 분쟁해결수단으로 알려져 있고, ISDS가 곧 국제투자협정중재절차를 의미하는 것으로 사용되기도 한다.[74]

이하에서는 국제투자협정중재제도에 관해 더 나아가 살펴본다.[75]

3. 국제투자협정중재제도(Investment Treaty Arbitration)

가. 투자협정상 투자협정중재제도

투자협정이 마련한 투자협정중재(Investment Treaty Arbitration)제

---

72) Andrea K. Bjorklund, supra note, pp.822-826.

73) 또는, 투자자-국가간 중재(Investor-State Arbitration) 제도

74) 김재현, supra note, p.22.

75) 한미FTA에 대해서도, ISDS에 대한 비판적 여론이 우세하였는데, 특히 간접수용 등과 관련한 국가 공공정책의 훼손, 법원 판결에 대한 ISDS로 인한 사법주권의 침해 등의 문제가 제기되었다. 그러나 ISDS는 세계 여러 투자협정에서 외국인 투자자 보호를 위한 안전장치로서 이미 보편화 되어 있는 제도이고, 한미 FTA를 제외하더라도 우리나라가 체결한 많은 투자협정에 이미 포함되어 있는 제도이기도 하다. 우리나라는 한미FTA 체결 이전 85개 BIT 중 5개를 제외한 81개 BIT 및 한-EU FTA를 제외한 6개의 FTA에서 이미 ISDS 조항을 도입하고 있다. BIT 중 ISDS 조항이 없는 협정 당사국은 독일, 프랑스, 미국, 방글라데시, 파키스탄이다(오현석, "한미 FTA 투자자 - 국가 중재의 주요 쟁점에 관한 연구", 안암법학 37권, 안암법학회, 2012, p.875).

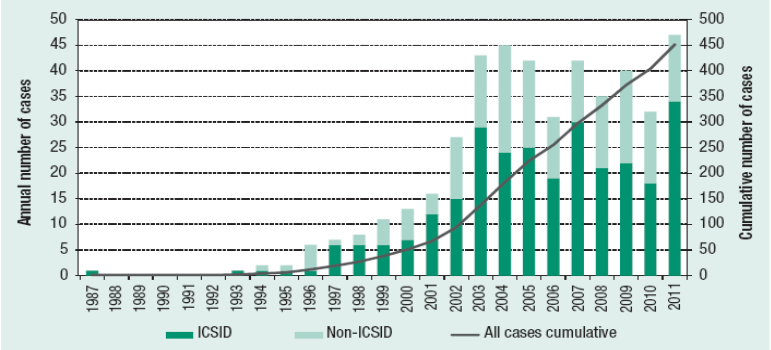
도의 가장 큰 특징은 위에서 본 바와 같이 투자자가 직접 투자유치국을 상대로 직접 중재를 제기할 수 있도록 보장한 점이다. 이를 통해, 투자협정중재제도는 실질적이고 실효적인 투자자-국가간 분쟁해결수단으로 자리잡았다.

중재는 당사국들의 동의 없이는 개시될 수 없는데, 투자협정들은 대부분 당사국들이 투자분쟁을 중재에 회부하는 것에 사전적으로 동의하는 조항을 삽입하고 있다.

투자협정들은 통상 ICSID(국제투자분쟁해결센터) 중재, UNCITRAL(유엔 국제상거래법위원회) 중재규칙에 의한 임시중재, 기타 기관에 의한 중재절차 등을 이용할 수 있도록 그 절차를 다원화하고 있는데, 어떤 절차를 이용할 것인가의 선택권도 결국은 청구인이 되는 투자자에게 부여하고 있다.

나. ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes) 중재

현재까지 투자협정에 기한 투자협정중재사례 중에서는 ICSID 중재사례가 차지하는 비율이 가장 크다. 2011년 현재까지 투자협정중재사건은 450건에 달하는데, 그 중에 ICISD 협약 또는 ICSID 추가절차규칙에 따라 내려진 사건은 279건이고, UNCITRAL 중재규칙을 이용한 사건은 126건이다.[76]



Source: UNCTAD.

<1987-2011. 투자협정에 기한 투자협정분쟁사례>[77]

76) UNCTAD, Latest Developments In Investor-State Dispute Settlement, IIA Issue Note No. I (2012), p.1.

또한, 우리나라는 ICSID 협약 당사국이어서 우리나라가 관련된 투자협정중재는 ICSID 중재로 진행될 가능성이 크기도 하므로, 이하에서는 ICSID 중재에 관하여 간략히 살펴본다.

「국가와 타방국가의 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States, 이하 'ICSID 협약')」은 1965. 3. 18. 성립, 1966. 10. 14. 발효되었다. 2012. 10. 23. 현재 158개국이 서명하였고, 그 중 147개국이 비준서 등을 기탁하였다.[78] 우리나라에 대하여는 1967. 3. 23. 발효되었다.

위 협약에 의해 1966년 창설된 조직이 세계은행의 하위조직인 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 'ICSID')이고, 미국 워싱턴에 자리하고 있다.[79] ICSID는 사인인 투자자와 투자유치국간의 분쟁에 대한 조정이나 중재를 위한 기구를 제공함을 목적으로 한다.

ICSID 협약 제25조 제1항에 따르면, "센터의 관할권은 분쟁 당사자들이 센터에 제기하기 위해서 서면으로 동의한 분쟁"으로, "협약 당사국과 다른 협약 당사국 국민간에 투자로부터 직접 발생한(arising directly) 모든 법적 분쟁"에 미친다.[80] 따라서, ICSID 협약에 따른 중재관할이 인정되기 위해서는 ① 투자자의 모국과 피청구국이 모두 ICSID 협약 당사국이어야 하고, ② 투자자와 투자유치국 모두 ICSD 중재관할에 동의하여야 한다. 이 때, 투자유치국은 투자협정으로 중재관할을 사전에 일괄 동의한 상태인 경우가 많다. ③ 그리고 해당 분쟁은 '투자'로부터 '직접 발생'한 '법적 분쟁'이어야 한다.

---

77) UNCTAD, World Investment Report 2012 : Non-Equity Models of International Production and Development, United Nations publication, 2012., p.87.

78) 베네수엘라, 볼리비아, 에콰도르는 각 탈퇴하였다.

79) ICSID 공식 웹사이트 : https://icsid.worldbank.org

80) ICSID협약 : Chapter II(Jurisdiction of the Centre) ; Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

한편, ICSID는 ICSID 중재관할 외 분쟁에 대하여도 중재절차 서비스를 지원하고 있는데, 분쟁 당사자 중 일방이 ICSID 협약의 회원국이 아니거나, 또는 투자에서 직접적으로 야기된 분쟁이 아니어서 ICSID 중재관할이 인정되지 않는 법적 분쟁에 관한 조정·중재절차의 경우에는 1978년에 승인된 「ICSID 추가절차규칙(ICSID Additional Facility Rules)」에 따라 중재절차를 제기할 수 있다.[81)]

다. UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재

ICSID 중재에 이어 가장 많이 사용되는 중재방식으로, 이 방식에 따르면 UNCITRAL 중재규칙에 따라 임시 중재판정부(ad hoc arbitration tribunal)를 구성하여, 당사자들과 중재인들의 합의에 따라 중재절차를 진행하게 된다.

라. 기타 기관 중재

ICSID를 제외하고, 기관중재(institutional arbitration)을 관할하는 그 밖의 대표적인 기관에는 국제상업회의소 중재재판소(The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce : ICC), 런던국제중재재판소(London Court of International Arbitration : LCIA), 미국중재협회(American Arbitration Associaiton : AAA) 등이 있다.

---

81) Additional Facility Rules ; Article 2

The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:

(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;

(b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and

(c) fact-finding proceedings.

The administration of proceedings authorized by these Rules is hereinafter referred to as the Additional Facility.

Ⅲ. 소결론

이처럼 국제투자협정의 체결이 비약적으로 증가하고, 이에 따른 투자협정중재 이용률과 분쟁사례 역시 축적되면서 국제투자법은 점차 진화하고 있다. 이는 국제투자협정이 사인(私人)인 투자자를 본격적으로 국제무대에 인격체로 격상시켰기 때문이기도 하다. 이러한 제도가 확립됨으로써 투자자의 모국이 직접 분쟁에 뛰어들 필요성을 줄여, 국가간 분쟁을 실질적으로 감소시키는데 기여하고 있다고도 볼 수 있다. 실제 ICSID 협약은, 협약 당사국은 자국민이 중재를 제기하기로 하였거나 중재제기에 동의한 분쟁에 관하여 외교적 보호권을 행사하거나, 국제청구를 제기할 수 없다고 규정하고 있기도 하다(제27조 참조).

그런데 이러한 ISDS 절차에 대한 비판과 우려는 계속 이어지고 있는데, 대표적인 비판은 투자협정중재가 국내 판결 등 사법작용을 사후적으로 심사함으로써 사법주권을 침해하는 것이 아닌가 하는 것이다. 그러므로, 사법작용이 과연 투자협정중재의 대상이 될 수 있느냐부터 그 심사기준이 무엇인지 등에 관해 이어서 살펴보기로 한다.

제2절 국제투자협정중재에서의 사법작용의 대상성

국제관습법상 사법작용에 대하여도 국가책임이 발생할 수 있다는 점은 위에서 살펴보았다.

그런데 투자협정은 조약(treaty)이므로, 국가의 사법작용에 대해 투자협정상 책임을 물으려면 나아가 투자협정의 규정을 살펴야 한다. 국제투자협정은 통상 "(다른 쪽 당사국의 투자자, 적용대상 투자, 그리고 그 당사국의 영역에 있는 모든 투자에 관하여) 당사국이 채택하거나 유지하는 조치(measures adopted or maintained by a Party)"만을 규율대상으로 한정하고 있고, 국제투자협정중재의 대상이 되는 범위도 이와 같다.[82]

82) 예를 들어, 한미FTA의 투자챕터인 제11장 제11.1조(적용범위)는 다음과 같이 규정하고 있다;
1. 이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다.

그러므로, 당사국의 사법작용에 대하여 투자협정상 책임을 묻기 위해서는 사법작용도 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에 해당할 수 있을지 위 정의 규정의 해석 문제가 선결적으로 검토되어야 한다.

I. 당사국이 채택하거나 유지하는 '조치(measure)'

'당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에서 '조치(measure)'는 일반적으로 '모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함(measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice)'하는 개념이다. 한미FTA[83]와 NAFTA의 경우[84]도 이와 같이 규정하고 있다. <Ethyl Corp v. Canada 사건>에서도 중재판정부는 "법적인 형태를 가지지 않는 관행의 성질을 가진 것도 (NAFTA) 제11장의 목적상 '조치'에 해당할 수 있다"고 판시한 바 있다.[85]

위 '조치(measure)'의 의미는 또한 열거된 사항에 한정되지 않는다. 캐나다의 이행입법 설명자료(Settlement of Implementation)에서는 이 용어가 "한정적이지 않으며(non-exclusive), 정부가 그 영역 내에서 부과하는 다양한 규제에 적용된다."고 기술하고 있다.[86]

II. '사법작용'의 대상성

가. 다른 쪽 당사국의 투자자
나. 적용대상투자, 그리고
다. 제11.8조 및 제11.10조에 대하여, 그 당사국의 영역에 있는 모든 투자
3. 이 장의 목적상, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치라 함은 다음을 말한다.
가. 중앙·지역 또는 지방 정부와 당국이 채택하거나 유지하는 조치, 그리고
나. 중앙·지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부 기관이 채택하거나 유지하는 조치

83) 한미 FTA 제1장 최초규정 및 정의 ;
제1.4조(정의) - "조치라 함은 모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다."

84) NAFTA Chapter Two: General Definitions ;
Article 201(Definitions of General Application) - "measure includes any law, regulation, procedure, requirement or practice."

85) Ethyl Corp v. Canada, Uncitral Award on Jurisdiction, June 24, 1998. ; "something in the nature of a pratice which may not amount to a legal structure could qualify as a measure for the purpose of Chapter 11."

86) Canadian Statement on Implementation, p.80. (정수봉, supra note, p.35에서 재인용).

1. Loewen 사건과 '사법작용'의 투자협정중재 대상성

'당사국이 채택하거나 유지하는 조치'는 이와 같이 상당히 포괄적인 개념임에도, 사법부(법원)의 행위 또는 결정(판결) 역시 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 해당하는지에 대해서는 여전히 논란이 있다. 이러한 논란이 가장 대표적으로 표출된 것이 <Loewen 사건>이다[87].

캐나다의 대형 체인 장례업체인 Loewen Group, Inc.(이하 'Loewen 사'라 한다)는 경쟁회사이자 미시시피주 지역 장례업자인 Jeremiah O'Keefe Sr.측으로부터 제소당한 미시시피주 법원 소송에서 5억 달러(전보배상액 1억 달러, 징벌적 손해배상액 4억 달러)의 손해배상판결을 받은 바 있다. Loewen사와 소유주인 Raymond Loewen(이하 'Loewen 측'이라 한다)은, 위 소송 과정에서의 미시시피주 법원 판사의 부당한 재판진행 및 막대한 배상판정 등이 미시시피주의 NAFTA 제11장 위반행위에 해당한다고 주장하면서, 미국을 상대로 NAFTA에 근거한 투자협정중재를 제기하였다. 이에 대하여 피청구국인 미국은 '사인간의 소송에서의 사법작용은 NAFTA에 의해 규율되는 "당사국이 채택하거나 유지하는 조치"에 해당하지 않는다'는 항변을 제기하였다.

<Loewen 사건> 중재판정부는 2001. 1. 5. 관할에 관한 일부판정(Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, 이하 'Jurisdictional award', 이 장에서는 '대상판정'이라 한다)을 통해 위 항변을 모두 배척하였다.

이하에서는 대상판정에서의 판단을 기초로 하여, 1) 사법작용도 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에 해당하는지, 2) 사인(私人)간의 소송에서의 사법작용은 혹시 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에서 배제되는지, 3) 해당 분쟁이 국내에서 최종심까지 거치지 않은 경우에는 '당사국이 채택하거나 유지한 조치'로 볼 수 없는 것인지의 쟁점을 차례로 살피고, 위 대상판정 판단의 당부도 아울러 검토한다.

2. 사법작용의 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치' 해당 여부

87) Loewen 사건의 구체적인 사실관계는 '제3절 국제투자협정중재 사례분석' 부분에서 자세히 살펴본다.

가. 대상판정

대상판정은 NAFTA 제201조를 다음과 같이 규정하면서, 사법부의 판결 등 사법작용이 투자협정중재의 대상이 되는 '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에 포함됨을 분명히 하였다;

"(NAFTA) 제201조는 '조치'를 '어떤 법, 규제, 요구 또는 관행'을 포함하는 것으로 정의한다. 명시적으로 법, 절차, 요구 또는 관행을 명시하는 이런 포괄적인 정의조항의 넓이는, 사법적 행위가 '조치'라는 일반적인 표현에서 제외된다는 관념과 일치하지 않는다. '법'은 법령에 따른 것뿐 아니라 판사가 만든 것도 포함한다. '절차'는 입법 절차뿐만 아니라 사법 절차도 포함하는 경향이 있다. '요구'는 당사자에게 어떤 행위나 납부를 요구하는 법원의 명령을 포함할 수 있고, '관행'은 다른 기구들과 마찬가지로 법원의 관행을 의미할 수 있다."[88]

아울러 대상판정은, "NAFTA 제102(2)조는 당사국들로 하여금 조항들을 협정의 목적과 국제법에 맞게 해석할 것을 요구한다"고 하면서, "'조치'의 의미가 사법작용에까지 확장된다고 해석하는 것이 제102조 (1)항에 명시된 NAFTA의 목적, 특히 (b) 자유무역지대의 공정한 경쟁조건의 증진, (c) 당사국들의 영토 내에서 투자 기회의 실질적 증대, (e) 이 협정 실행, 적용과 분쟁해결을 위한 효과적인 절차의 창설에 부합한다"[89]고 보았다.

또한, 대상판정은, 앞에서 본 ILC 국가책임초안규정 제4조와, 사법작용에도 국가책임이 발생한다는 취지의 Eduardo Jimenez de Arechaga의 주장을 함께 인용하면서, "'조치'에 관한 이러한 해석이 국가책임의

88) Loewen Jurisdictional award, para 40 ; "Article 201 defines ‘measure’ as including ‘any law, regulation, procedure, requirement or practice’. The breadth of this inclusive definition, notably the references to law, procedure, requirement or practice, is inconsistent with the notion that judicial action is an exclusion from the generality of the expression ‘measures’. ‘Law’ comprehends judge-made as well as statute-based rules. ‘Procedure’ is apt to include judicial as well as legislative procedure. ’Requirement’ is capable of covering a court order which requires a party to do an act or to pay a sum of money, while ‘practice’ is capable of denoting the practice of courts as well as the practice of other bodies."

89) Loewen Jurisdictional award, para 46.

일반원칙과 조화를 이룬다"고 명시하기도 하였다.[90]

나. 검토

생각건대, 투자협정의 규율 대상이 되는 '조치'는 포괄적인 개념이고, 사법부도 국가의 기관이므로, 사법작용을 위 개념에서 배제할 이유가 없다. 위에서 이미 검토한 바와 같이 사법부가 정부로부터 독립되어 있다는 원칙과, 사법부 역시 국가기관의 하나로서 국가가 사법부의 행위에 책임을 진다는 것은 양립 가능하다.[91]

실제로 한미 FTA나 NAFTA 등 투자협정문에 사법부의 행위가 ISDS 대상이 됨을 명시한 조문은 없더라도, 투자 협정의 대상을 체약당사국의 조치로 규정함으로 인하여 이론상 사법부의 행위도 협정 적용대상이 되는 것으로 해석하는 것이 일반적이다.[92] 위 <Loewen 사건> 외에 아래에서 검토하는 상당수의 중재판정례도, 사법적 행위가 위 '조치'에 해당함을 전제로 판단에 나아가고 있다(참고로 European Court of Justice는 <Regina v. Pierre Bouchereau> 사건에서, '조치'에 사법부의 행위는 포함되지 않는다는 항변을 배척하였고,[93] ICJ의 <Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)> 사건에서는 '조치'라는 단어는 보통의 관점에서 어떤 행위도 포함하기에 충분히 넓다는 취지로 판시한 바도 있다[94]).

3. 사인간의 분쟁에 관한 사법작용의 제외여부

---

90) Loewen Jurisdictional award, para 47; "The approach which this Tribunal takes to the interpretation of 'measures' accords with the interpretation given to the expression in international law where it has been understood to include judicial acts."

91) 한-EU FTA에서는 '조치(measure)'에 대한 정의조항 제7.2조(a)을 통해 'decision'과 'administrative action'을 포함한다고 정하고 있다.

92) 오현석, supra note, pp.887-888.

93) Regina v Pierre Bouchereau, Case 30 77 [1977] ECR 1999, the European Court of Justice.

94) Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), No. 96 (ICJ 4 December 1998) ; "...in its ordinary sense the word ['measure'] is wide enough to cover any act, step or proceeding, and imposes no particular limit on their material content or on the aim pursued thereby."

가. 대상판정

대상판정은, "NAFTA 제11장의 목적은 국제적 상호성에 부합하는 당사국에 의한 투자자들 사이의 공평한 대우와 중재판정부 앞에서의 적법절차를 모두 보장하는 투자분쟁해결 메커니즘을 마련하는 것"이라고 전제하면서, "NAFTA 제11장의 문언, 문맥과 이러한 목적은 모두 결합되어, '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'의 해석에 관하여, 제한되기보다는 자유로운 해석, 즉, 외국인 투자자와 그 투자의 보호와 안전을 부여하는 방향으로의 해석을 지지한다"고 표명하였다.[95]

이어 대상판정은 다음과 같이 판시하였다;

"NAFTA의 규정에서도 국제법에서도, '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'의 사법작용에 대한 적용에 있어, 순수하게 사적인 분쟁에 관한 국내법원의 판결은 제외된다는 피청구인의 주장의 근거를 찾을 수 없다. 제201조의 '조치'에 대한 정의에서도, 제10장과 제17장의 '조치'와 '절차'에 관한 조항들에서도, '사법작용'에 적용함에 있어 '조치'의 존재가 소송수행자의 성격이나 그 분쟁이 공적인지 사적인지에 대한 성질규정에 좌우된다는 암시는 찾을 수 없다. 제11장이 표방하는 적절한 분쟁해결의 기능은, 당사국이 문제되는 '조치'를 구성하는 사법작용에 대한 책임이 있고, 그 행위가 NAFTA 의무 위반을 구성하는 한, 공적이든 사적이든, 그 분쟁에 적용되어야 한다. 국가가 그 국내법원의 결정(또는 적어도 최상급심의 결정)에 대한 책임이 있다는 원칙은, '당사국이 채택하거나 유지하는 조치'에 대한 피청구인측의 제한된 해석보다는 보다 넓은 해석의 근거가 된다."[96]

---

95) Loewen Jurisdictional award, para 53.

96) Loewen Jurisdictional award, para 54 ; "Neither in the text or context of NAFTA nor in international law is there to be found support for the Respondent's submission that measures adopted or maintained by a Party', in its application to judicial acts, excludes the judgments of domestic courts in purely private disputes. Neither the definition of 'measure' in Article 201 nor the provisions of Chapters 10 and 17 relating to 'measures' and 'procedures' contain any indication that, in its application to judicial acts, the existence of a measure depends upon the identity of the litigants or the characterisation of the dispute as public or private. An adequate mechanism for the settlement of disputes as contemplated by Chapter

미국 측은 NAFTA 제1101조의 '채택하거나 유지한'의 의미는 대상 작용을 국가의 승인을 결부한 작용으로 제한하려는 취지라고 하면서, 이것이 '국가행위이론(act of state doctrine)'에 부합한다고도 주장하였으나, 중재판정부는 위 이론은 국제법상 원칙이라기 보다는 국내법상 개념에 해당한다고 보았다.[97] 아울러 '국가행위이론'의 효과가 무엇이든지, 제1105조에 따라 국가가 외국인 투자에 부담하는 'full protection and security'를 제공할 의무는 국가의 사법기관을 통해 행동하는 사인으로부터의 보호에까지 확장되어야 한다고 하였다.[98]

나. 검토

사인간의 분쟁에 기초한 재판절차가 문제되는 경우는 위에서 본 사법작용의 하자의 유형 중 '최초의 하자'에 해당한다. 일부 견해에서는 '사법구제의 거부'는 '이차적 하자'에 한정된다는 주장을 펴기도 하나, '사법구제의 거부'의 금지는 '최초의 하자'에서도 유의미하고 필요한 기준임은 이미 위에서 보았다.

같은 이유에서, 사적인 분쟁에 대한 사법작용에서 발생한 '사법구제의 거부'라 하여 투자협정중재의 구제의 대상에서 제외할 이유는 없고, 협정문언상 그 근거를 찾을 수도 없다. 사인이 국가기관과의 계약에서 발생한 분쟁으로 제기한 소송에서 부당한 대우를 받았을 때와, 사인이 사인과의 계약에서 발생한 분쟁으로 제기한 소송에서 외국인이라는 이유로 부당한 대우를 받았을 때를 구별할 필요는 없는 것이다. 다만, 국가기관과의 분쟁과는 달리, 사인의 침해작용은 특별한 사정이 없는 한 별도로 중재의 대상으로 삼을 수 없다는 차이가 발생할 뿐이다.

Eleven must extend to disputes, whether public or private, so long as the State Party is responsible for the judicial act which constitutes the 'measure' complained of, and that act constitutes a breach of a NAFTA obligation, as for example a discriminatory precedential judicial decision. The principle that a State is responsible for the decisions of its municipal courts (or at least its highest court) supports the wider interpretation of the expression 'measure adopted or maintained by a Party' rather than the restricted interpretation advanced by the Respondent."

97) Loewen Jurisdictional award, para 57.

98) Loewen Jurisdictional award, para 58.

4. 국내구제절차를 완료하지 않는 사법작용의 경우

가. 판정

한편, 대상판정에서 피청구인 미국 측은, 설령 사법작용이 '조치'에 해당한다고 하더라도, Loewen측이 미국 내에서의 국내구제절차를 완료(소진)하지 않았기 때문에, 결국 미시시피주 법원의 판결, 조치 등은 미국정부에 의해 '채택되거나 유지된' 조치로 볼 수 없다는 취지로도 항변한 바 있다. 위 '국가에 의해 채택되거나 유지된 조치'라는 개념은 국제법을 반영하므로 행위의 최종성을 요구한다는 것이다.

대상판정에서 중재판정부는 이 부분에 대한 판단을 명확히 하지 않은 채 결론을 본안에서 심리하기로 유보했고, 결국 위 사건 최종 판정(final award)에서 아래에서 살펴보는 바와 같이 최종성을 갖추지 못했다는 이유로 Loewen측의 이 사건 청구를 배척하였다.

나. 검토

본래 국내권리구제절차를 소진했는지 여부는 별도의 절차적 제소요건에 해당하므로 그 소진여부에 따라 투자협정중재의 대상성이 달라지는 문제는 아니다. 나아가 사법작용, 특히 '사법구제의 거부' 청구와 관련하여 '국내권리구제절차소진원칙'은 '최종성'이라는 다른 평면에서 요구, 검토되고 있는데, 이는 역시 아래에서 검토하는 바와 같이 국내권리구제절차소진원칙과 같이 절차적 제소요건이라기 보다는, 국가의 사법작용이 국제적 위법행위를 구성하는 요건으로서 실체적 '본안(merit)' 요건으로 이해하는 것이 타당하다.

만일 이를 '대상성'의 측면에서 보아 최종심까지 거치지 않은 사법작용의 경우에는 투자협정의 대상이 되는 '조치'에 해당하지 않는다고 보게 되면, 국내권리구제절차의 소진이 불가능한 경우 등 국내권리구제절차의 소진을 요구할 수 없는 경우가 있는데, 이러한 예외적인 경우에도 그 대상성이 부정되는 부당한 결론에 이를 수 있다. 따라서 국내구제절차를 완료했는지, 혹은 대상 판결이 모든 가능한 상소절차를 거쳐 국내 사법

부의 최종적인 판단을 받은 것인지는 '당사국에 의해 채택되거나 유지된 조치'인지를 가리는 기준은 될 수 없다고 생각한다.

5. 소결론

사법작용에 대한 국가책임의 성립이 긍정되는 것과 마찬가지로, 국내 사법작용의 국제투자협정중재절차에서의 '대상성'을 부인하는 것은 타당하지 않다. 실제로 사법작용을 대상으로 한 중재판정례가 드물지 않게 제기되고, 그 책임여부가 가려지고 있는 현실에서, 이는 거부할 수 없는 흐름이기도 하다.

사법작용을 투자협정중재의 대상으로 삼았을 때, 사법주권이 침해될 우려는 여전히 남아 있으나, 이는 사법심사의 대상, 관문을 좁히기 보다는, 합리적이고 적절한 위법성 심사의 기준과 강도를 정립하고, 본안요건을 살피는 측면으로 접근하는 것이 타당하고, 이러한 방법이 보다 탄력적인 권리구제에 기여할 수 있다. 이는 발전하고 있는 국제투자법 규범을 전제로, 현실적으로 권리구제와 사법주권 수호와의 사이의 균형을 찾는 길이기도 하다.

제3절 국제투자협정중재 사례분석[99)]

NAFTA는 가장 대표적인 투자협정을 포함하고 있고, 투자유치국 내에서의 사법작용을 다룬 대표적인 중재판정례들도 대부분 NAFTA를 기반으로 하고 있다.

아래에서는 국내의 사법작용에 관한 주요 NAFTA 중재판정례를 대상으로, 각 판정례가 사법작용에 대한 국가책임의 근거로 삼은 투자협정상 규정, 국내법원(판결)에서 판단한 쟁점을 재판단하였는지와 그 요건, 국내법원 판결 등의 위법성을 심사한 기준과 중재판정부의 역할에 대한 입장 등을 분석해본다.

---

99) 각 사안을 정리할 때 쟁점에 따른 * 목차는 임의로 부가한 것이다.

I. Azinian v. United Mexican States 사건[100)]

1. 사실관계 및 판정의 요지

가. 사실관계

멕시코 회사인 DESONA는 멕시코 Naucalpan시 정부와 폐기물 수집·처리에 관하여 양허계약을 체결하였는데, 새로운 정부가 수립되자 시정부는 약 4개월 만에 계약불이행을 이유로 위 양허계약을 취소했다. DESONA가 멕시코 법원에 제기한 소송에서 멕시코 State Administrative Tribunal은 양허계약이 기망에 의해 체결되었고 위 계약은 멕시코법 하에서 유효하지 않다고 주장하면서 취소를 승인했고, Administrative Tribunal의 Superior Chamber 역시 같은 결론을 내렸으며, 상소청원은 Federal Circuit Court에 의해 기각되었다.

DESONA의 주주들 중 미국투자자인 Robert Azinian은 Naucalpan시의 위법한 양허계약 파기 행위가 NAFTA 11장 제1110조(수용과 보상), 제1105조(최소대우기준)에 해당한다고 주장하면서, 이 사건 투자협정중재를 제기하였다.

나. 판정의 요지

멕시코 국내법원에서는 3심까지 걸쳐 이미 Naucalpan시의 양허계약 파기 행위가 위법하지 않다는 판단이 이루어졌는데, 이 사건에서는 위 양허계약 파기 행위가 여전히 NAFTA 의무 위반에 해당하는지가 다투어지게 되었다. 이 과정에서 이미 국내법원에서 판단된 것을 중재판정부가 다시 판단할 수 있는가가 문제되었는데, 판정부는 아래에서 보는 바와 같이 재판단은 가능하나 국내법원의 판단이 '사법구제의 거부' 또는 이에 준하는 정도에 이르러야 한다는 입장을 표명하였다. 이를 전제로 멕시코 법원의 판결은 '사법구제의 거부'에는 이르지 않았다고 판단하여(아래의 제6절. II. 1.에서 자세히 살펴본다), 결국 이 사건 청구를 배척하였다.

---

100) Azinian v. United Mexican States(Nov 1, 1999), 39, I.L.M. 537, 551(2000)(이하 'Azinian award').

2. 쟁점별 판정

가. 근거규정 - NAFTA 제1110조(수용과 보상)[101]

청구인은 비록 NAFTA 제1105조[102]와 제1110조를 모두 근거로 삼았으나, 대상판정은 청구인의 주장이 제1110조에 보다 집중되어 있고, "제1105조와 관련된 생각할 수 있는 유일한 실체적 원칙은 NAFTA 투자자는 국제법에 반하는 방식으로 다루어져서는 안된다는 것"[103]이어서 제1110조가 보다 구체적이므로, 제1110조 위반에 해당하지 않는다면 제1105조 위반에도 해당하지 않는다는 논리로, 제1110조 위반여부(즉, 위법한 수용인지)에 관해 심리에 집중했다.

나. 국내법원에서 판단된 쟁점에 대한 재판단 가부

위에서 본 바와 같이 Naucalpan시의 양허계약 취소가 멕시코법 하에

---

101) NAFTA Article 1110 : Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:
 (a) for a public purpose;
 (b) on a non-discriminatory basis;
 (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
 (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.
2. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("date of expropriation"), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

(후략)

102) NAFTA Article 1105(Minimum Standard of Treatment)

(1) Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
(2) Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.
(3) Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

103) Azinian award, para 92. ; "The only conceivably relevant substantive principle of Article 1105 is that a NAFTA investor should not be dealt with in a manner that contravenes international law." 이 설시는 NAFTA 제1105조가 국제법이 부여하는 수준의 보호를 제공한다는 취지로도 이해된다.

서 위법한 수용에 해당하는지에 관해서는 이미 멕시코 국내법원에서 3심까지 다투어져, 그렇지 않다는 판단을 받았다. 이에 대해 청구인 측(William S. Dodge 교수)은, "국내법원의 판단이 국제중재에 구속력이 없다(an international tribunal is not bound to follow the result of a national court)"는 취지의 <Amco사건> 등을 원용하면서, 멕시코 국내법원의 판단은 이 사건 투자협정중재를 구속하지 않는다고 주장하였다.

대상판정은 "청구인이 멕시코 법원에서 구제를 시도했다는 점은 이 중재판정의 관할에 치명적인 것은 아니"라면서, Dodge 교수의 주장과 같이, 잠재적인 청구인들이 후속 NAFTA 투자협정중재에 미칠 영향을 우려하여 국내구제를 회피하는 것은 바람직하지 않을 것이라고 언급하였다.[104] 이어 중재판정부가 투자유치국 정부가 국제조약을 위반했는지를 판단함에 있어 "그 조치를 승인한 국내법원의 판단이 있었다고 하더라도 중재판정이 마비되는 것은 아니"라고 하여, 일응 국내법원의 판단이 있었더라도 동일 쟁점에 대해 중재판정부가 심사를 할 수 있음은 긍정하였다.

다. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할

그러나 이와 동시에 대상판정은, "정부기관이 그 법원이 유효하다고 한 방식에 따라 행동할 경우, 그 법원이 국제적 단계에서 부정되지 않는 한, 그 정부기관의 행위에 오류가 있다고 할 수는 없는 것"이라면서, "멕시코 법원이 양허계약의 취소(무효)가 멕시코법상 적법하다고 판단한 이상, 쟁점은 그 멕시코 법원의 결정 자체가 멕시코의 NAFTA 제11장 의무 위반에 해당하는지"라고 보았다.[105]

---

104) Azinian award, para 86. ; "As the Claimants argue persuasively, it would be unfortunate if potential claimants under NAFTA were dissuaded from seeking relief under domestic law from national courts, because such actions might have the salutary effect of resolving the dispute without resorting to investor-state arbitration under NAFTA."

105) Azinian award, para 97. ; "With the question thus framed, it becomes evident that for the Claimants to prevail it is not enough that the Arbitral Tribunal disagree with the determination of the Ayuntamiento. A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its courts unless the courts themselves are disavowed at the international level. As the Mexican courts found that the Ayuntamiento''s decision to nullify the Concession Contract was consistent with the Mexican law governing the validity of

그리고 사법작용에 의해서도 국가책임이 발생할 수 있다고 인정하면서도, "국가의 사법 결정에 대하여 그 국가의 책임을 물을 수 있다는 것이, 청구인으로 하여금 국내 법원 판결(결정)에 대해 마치 국제 관할이 제한 없는 상소심인양 국제적 심사를 요청할 수 있음을 의미하지는 않는다. 이는 일반적으로 사실이 아니고, NAFTA에서도 마찬가지"라고 하였고, "그 법원의 결정이 조약 위반을 구성한다는 것이 증명되어야 하고, 멕시코 법원이 양허계약과 관련하여 오류를 범했다 하더라도, 곧바로 NAFTA 위반을 구성하는 것은 아니"며, "'사법구제의 거부(denial of justice)' 또는 '국제적으로 위법한 목적을 달성하기 위한 가식(a pretence of form to achieve an internationally unlawful end)'에 해당함을 증명하지 못하는 한, NAFTA 위반은 성립할 수 없다."고 판단했다[106](결국, 중재판정부는 양허계약이 기망에 의해 체결되었는지에 관하여 심리를 한 후, 청구를 배척하였다).

II. Mondev Int'l Ltd v. United States 사건[107]

1. 사실관계 및 판정의 요지

가. 사실관계

캐나다회사인 Mondev International Ltd.(이하 'Mondev'라 한다)의 자회사로서 부동산개발업체인 Lafayett Place Associates(LPA)는 1978. 12. 22.경 체결된 상업적 부동산개발계약상 'Hayward Parcel'이라는 땅을 그 계약상 공식에 따라 계산된 가격에 구매할 수 있는 선택권을 부여받았는데, LPA는 보스톤시와 Boston Redevelopment Authority(BRA)가 (위 땅이 평가절하되었다고 하면서) LPA의 위 선택

---

public service concessions, the question is whether the Mexican court decisions themselves breached Mexico''s obligations under Chapter Eleven."

106) Azinian award, para 99. ; "The possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seised has plenary appellate jurisdiction. This is not true generally, and it is not true for NAFTA."

107) Mondev Int'l Ltd. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (Oct. 11, 2002)(이하 'Mondev award').

권 행사를 방해하였다고 주장하면서 1992년 보스톤시와 BRA를 상대로 매사추세츠 주 상급법원에 소를 제기하였다.

위 소송에서 배심원단은 보스톤시가 계약상 의무를 위반하였고, BRA가 고의적으로 LPA와 Campeau Co.와의 사이의 계약상 관계를 방해했다고 판정하였는데, 위 법원 판사는 보스톤시를 상대로 한 계약상 의무위반 청구 부분은 인용하였지만, BRA는 국가기관이어서 매사추세츠 불법행위법에 따라 고의적인 불법행위책임으로부터 면책된다는 이유로 BRA에 대한 청구 부분은 기각하였다.

양측이 전부 상고하였는데, 매사추세츠 주 대법원(SJC)은 보스톤시의 계약상 책임에 관하여는 위 판결을 파기하고 보스톤시의 상소를 인용하였고, BRA의 면책에 관한 판단은 인용하였다. LPA의 미 연방대법원에 대한 상고허가신청(writ of certiorari)은 기각되었다.

그러자 Mondev는 보스톤시나 BRA의 행위에 더하여, BRA의 고의적 불법행위 책임에 대한 면책을 정한 매사추세츠 주의 법령 {Massachusetts Tort Claims Act(PL 258). §10(c)} 및 매사추세츠 주 대법원의 결정이 자의적이고 사법구제의 거부에 이르므로, 미국이 NAFTA에 정한 내국민대우(제1102조), 최소기준대우(제1105조), 수용 및 보상(제1110조)의 각 의무를 위반한 것이라고 주장하면서, ICSID 추가절차규칙(ICSID Additional Facility Rules)에 의거하여 이 사건 통상투자협정중재를 제기하였다.

나. 판정의 요지

대상판정은, 이 사건에서 청구인이 문제삼은 보스톤시나 BRA의 행위는 NAFTA의 효력발생시점 이전의 행위이므로 대상판정의 관할 범위에 속하지 않아, 결국 '위 각 행위에 대한 매사추세츠 주 대법원(이하 'SJC')의 결정이 NAFTA 제1105(1)조에 위반했는지 여부'만이 이 사건 중재의 심리 대상이 되므로, '이 사안은 정부의 다른 기관이 한 행위가 중재의 대상이 되고 국내법원이 국내법상 그 행위에 대해 판정을 내린 경우'와는 구별된다고 보았다.[108)]

대상판정은 SJC 결정의 제1105(1)조 위반여부를 심리함에 있어

108) Mondev award, para 97.

NAFTA 판정부가 국내법원에서 이루어진 판단에 대해 상소심처럼 행동하는 것을 지양해야 한다는 입장을 고수하면서, 결국 SJC의 판결이 국제관습법상 '국제적 최소기준'에 비추어 '사법구제의 거부'에 해당하지 않는다고 보아(아래의 제6절. II. 2.에서 자세히 살펴본다), 이 사건 청구를 전부 기각하였다.

2. 쟁점별 판정

가. 근거규정 - NAFTA 제1105조(최소대우기준)

대상판정은 위와 같은 경위로 매사추세츠 주 대법원(이하 'SJC')의 결정의 NAFTA 제1105조 위반여부에 대해 심리하면서 NAFTA 제1105조의 '사법구제의 거부'와 관련된 측면, 즉 투자유치국의 법원이나 재판소의 결정에 적용될 수 있는 외국인에 대한 대우 기준에 심리를 집중했다.[109)]

나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할

대상판정의 심리과정에서 NAFTA 제1105조의 해석과 관련하여, NAFTA 자유무역위원회(Free Trade Commission, 이하 'FTC')의 2001. 7. 31.자 해석선언의 의미에 대한 공방이 있었다. 위 해석선언은 제1105조에 관해 다음과 같이 명시하고 있다[110)111)] ;

---

109) Mondev award, para 96.

110) FTC Note of Interpretation of 2001. 7. 31. 해석선언 :
Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

(1) Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

(2) The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

(3) A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

111) 한편, NAFTA 제1131조는 FTC의 해석선언이 중재판정부를 구속하는 효력이 있다고 명시하고 있다.

"① 제1105조 제1항은 외국인에 대우에 관한 국제관습법상 최소대우기준을 규정한 것이며, ② '공정·공평한 대우'와 '충분한 보호와 안전'은 외국인에 대한 국제관습법상 최소대우기준에 추가하거나 이를 넘어선 보호를 부여할 것을 요구하지 않으며, ③ NAFTA의 다른 조항 또는 별도의 국제협정을 위반하였다는 결정으로 제1105(1)조 위반을 구성하는 것은 아니다."

위 해석선언과, 국제관습법을 제1105(1)조에 반영한 것이라는 NAFTA 당사국들의 의도를 고려하여 대상판정은, 위 조항의 "공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)'와 "완전한 보호와 안전(full protection and security)"은 국제관습법상 현존하는 외국인(투자)의 대우에 관한 국제적 최소기준과 같은 것이고, 그 기준에 어떠한 추가적인 요소를 더한 것이 아니라고 인정했다.[112] 이를 전제로 대상판정은, '현재 시점(적어도 NAFTA가 효력을 발생한 1994년 현재)'의 사법구제의 거부에 관한 '국제관습법의 내용(기준)'에 관한 심리에 나아갔다.[113]

나아가, 대상판정은 '사법구제의 거부' 심사기준과 관련하여, Azinian 사건에서의 위 설시를 그대로 인용하면서, "국내에서 구제받지 못한 행위를 다루는 것과, 한 국가의 최고법원의 이유를 붙인 결정을 사후에 비판하는 것은 완전히 다른 것"이라면서, "NAFTA 아래서 당사자들은 국내구제를 구할 수 있는 선택권들이 있고, 만일 그들이 국내구제를 구하고 본안에서 패소했다면, 상소심처럼 행동하는 것은 NAFTA 중재판정부의 역할이 아니"라고 보았다.[114]

III. Loewen v. United States 사건[115]

112) Mondev award, para 122.
113) Mondev award, para 125.
114) Mondev award, para 126. ; "it is one thing to deal with unremedied acts of the local constabulary and another to second-guess the reasoned decisions of the highest courts of a State. Under NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal."
115) The Loewen Group, Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF) 98/3, Award (June 26, 2003)(이하 'Loewen final award').

1. 사실관계 및 판정의 요지

가. 사실관계

이 사건은 위에서 본 것처럼, 캐나다의 대형 체인 장례업체인 Loewen Group, Inc.(이하 'Loewen사'라 한다)와 소유주인 Raymond Loewen(이하 'Loewen측'이라 한다)이 미시시피주 지역 장례업자인 Jeremiah O'Keefe Sr.(이하 'O'keefe측이라 한다)로부터 제소당한 미국 미시시피주에서의 소송 과정에서의 미시시피주 법원 판사의 부당한 재판 진행 및 막대한 배상판정 등이 미시시피주의 NAFTA 제11장 위반행위에 해당한다고 주장하면서, 미국을 상대로 NAFTA에 근거한 투자협정중재를 제기한 사건이다.

문제가 된 소송은 Loewen사와 O'keef측 사이의 3개의 계약과, 이에 뒤따른 1991. 8. 19.자 합의에서 비롯된 것이다. Loewen사는 북미지역 장례식장들을 인수하여 사업을 확장면서 Wright&Ferguson 장례식장을 매수하였는데, O'keefe는 1974년에 Wright&Ferguson 장례식장에 Gulf 장례식장 보험을 독점적으로 팔 권한을 매수한 바 있었다. Loewen사가 위 계약상 독점권에도 불구하고 위 장례식장에서 보험을 판매하자, O'keef측은 이러한 계약위반에 항의하며 미시시피주 법원에 소송을 제기하였다. 그리하여 Loewen측은 1991. 8. 19. O'keef측과, 보험회사와 관련 펀드를 매도하고 O'keef측은 Loewen사를 상대로 한 위 3개의 계약에 관한 소를 취하하며, 아울러 Loewen사에 2개의 O'keefe의 장례식장을 매도하기로 하는 합의에 이르렀다(O'keefe측에 의하면 위 3개의 계약은 98만 달러의 가치가 있고, O'keefe측의 2개의 장례식장은 2백5십만 달러, Loewen사의 보험회사는 4백만 달러의 가치가 있었다). 위 합의는 120일 안에 완결되는 것으로 예정되어 있었으나, 최종적으로는 결렬되었다.

그러자 O'keef측은 소송의 청구취지를 수정하여, 위 합의 위반을 주장했고, 사기(fraud)와 미시시피주 공정거래법 위반 주장 등을 새로이 제기하면서, 5백만 달러 상당의 실손해배상을 청구하였다.

사건 및 소송절차의 배경이 된 지역은 흑인이 주류를 이루는 지역사회였고, 위 소송을 진행한 Graves판사는 흑인이었으며, 12명의 배심원

단 중 8명의 배심원 역시 흑인이었다.

위 1심 재판 과정에서 O'keefe측 변호인은 ① Loewen사의 국적(캐나다)과 O'keefe의 국적(미국, 특히 미시시피주에 근거지를 두고 있다는 점)을 반복적으로 언급하면서, O'keefe는 영웅이자 참전용사로, Loewen사는 캐나다 침략자로 묘사하고, '미시시피주의 힘'과 '국가에 대한 사랑'을 보여달라는 등의 애국심에 호소하는 주장을 폈고, ② 흑인이 다수를 점하고 있는 위 배심원단을 상대로 O'keefe는 백인, 흑인 모두와 사업을 한 반면, Loewen사는 백인들과만 사업을 했다는 취지의 인종주의에 기반한 주장 및 ③ Loewen사는 크고 부유한 외국 회사로 묘사하고, O'keefe는 작고, 지역에 기반한, 가족 회사(사업가)로 묘사하여 계층적 편견에 호소하는 주장 등을 전략적으로 개진하였으며, 위 1심 판사는 이의신청을 받아들이지 않고 이러한 전략적 변론을 모두 허용했다. 그리고 위 판사는 배심원단에 구체적인 지침을 주라는 Loewen사의 제안을 거부하고, '편견, 동정심 또는 선입견에 영향을 받아서는 아니 된다'는 통상적인 경고를 하는데 그쳤다.

위 사건의 배심원단은 첫 단계에서 전보배상과 징벌적 손해배상을 모두 고려하여 배상액을 정했는데(전보배상액 1억 달러, 징벌적 손해배상액 1억6천만 달러), 미시시피주법에 따르면 전보배상과 징벌적 손해배상을 한번에 산정할 수 없으므로[116] Loewen사는 심리무효선언을 구했으나, 1심 판사는 그 신청을 기각하고 배심판정 중 전보배상액 부분만 받아들이면서 배심원단에게 징벌적 손해배상액을 다시 심리하도록 지시했다. 결국 배심원단은 징벌적 손해배상액을 증액하여 5억 달러(전보배상액 1억 달러, 징벌적 손해배상액 4억 달러)의 배상판정을 하였다.

Loewen사는 위 판결에 대해 항소하였는데, 미시시피 주법에 따르면 당시 집행정지를 위해서는 판결액의 125%의 보증금을 납부해야 했고, 신청인은 법원에 보증금 액수를 감액해 줄 것을 청원하였으나, 1심 법원과 주 대법원은 이를 받아들이지 않으면서 6억2천5백만 달러의 보증금을 7일 이내에 납부하지 않으면 즉시 판결을 집행하겠다고 하였다. Loewen사는 미 연방대법원에 '상고허가신청(writ of certiorari)'은 제기

116) 미시시피주법에 의하면, 배심원단은 1단계로 책임과 전보배상을 고려하고, 두 번째 단계에서 징벌적 손해배상을 명할 것인지 여부를 결정한다{Miss. Code Ann. §11-1-65(b-c)}. 즉 첫 단계에서 전보배상과 징벌적 손해배상을 모두 판단, 산정할 수는 없다.

하지 않았고, 결국 O'Keefe에 1억7천5백만 달러를 지급하기로 합의하여 위 사건은 화해로 종결되었다.

Loewen사와 소유주인 Raymond Loewen(이하 'Loewen측'이라 한다)은 미시시피 주 법원 판사가 O'Keefe의 변호인과 증인들의 지속적이고 악의적인 편견어린 변론을 금지하지 않고, 배심원단에 적절한 지시를 내리지 않아 배심원들로 하여금 위와 같은 변론을 판단에 고려하게 함으로써 '절차적인 사법구제의 거부'를 범하였고, 이는 NAFTA 제1102조의 내국민대우 위반이며, 이러한 변론으로 초래된 5억 달러에 이르는 막대한 배상판정과 항소 보증금을 면제 또는 감축하지 않은 것 역시 각 실체적·절차적 사법구제의 거부에 해당하여 최소기준대우원칙 위반이고, 이러한 차별적인 행위, 상소할 권리의 부인 및 강박에 의한 화해는 결국 제1110조의 위법한 수용에 해당한다고 주장하면서, NAFTA에 근거한 투자협정중재를 제기하였다.

나. 판정의 요지

자세한 쟁점은 추후 살펴보겠으나, 전체적으로 대상판정(본안최종판정)은 위 미시시피주 법원 판결에 관하여 1심 판사에 의해 허용된 원고(O'keefe)측의 이와 같은 소송 전략들과, 위 판사가 그 영향에 대해 배심원단을 올바로 지도하지 않은 것, 배상액 산정절차의 하자 등을 언급하면서, 위 재판에서의 "판사의 행위는 매우 결함이 많아 국제법상 명백한 부정의(manifest injustice)에 상당하는 오심(miscarriage of justice)에 해당한다."고 지적하고 위 재판을 "수치(disgrace)"라고 평가하였으며, 위 사건에서의 재판 전체는 "명백히 부적절하고 자의적"이고, "사법적 적절성을 침해할 정도로 불공정"하여, '국제적 최소 기준'과 '공정하고 공평한 대우'에 부합하지 않는다고 판단하였다(아래의 제6절. II. 3.에서 자세히 살펴본다).

그럼에도 대상판정은, 국내법원 판결에 대한 '상소심'처럼 기능하는 것은 NAFTA 중재판정부의 역할이 아니고, 사법작용에 관하여는 '최종성의 원칙(finality rule)'이 적용되는데 청구인 측이 가능한 구제수단을 모두 소진하였다는 점을 보이지 못하였다는 이유로 이 사건 청구를 배척하였다(아래의 제4장. 제2절. II. 2.에서 자세히 살펴본다).

이러한 결론을 내리면서 중재판정부는 이렇게 명백하게 부정의한 판결에 대하여결국 아무런 구제수단도 부여하지 못하게 된 결과에 대한 인간적인 고뇌를 털어놓은 바 있다.[117] 그러면서도 대상판정은, "NAFTA에는 판정부가 유치국의 상소심과 같은 기능을 수행하는 것을 정당화하는 근거가 없"고, "유치국이 적절한 구제를 부여하는데 실패한 것은 오로지 최종단계에서만 국제적 위법행위가 될 수 있다"고 결론지었으며, "(아무리 심각하더라도) 사실상 국내 문제를 국제적 위법행위로 규정지어 국내 문제에 지나치게 개입하는 것은 국내 사법체계의 완전성과 NAFTA의 생존 능력 모두를 손상시킬 것"이라고 하여,[118] 이와 같은 결론을 정당화하였다.

---

117) Loewen final award, para 241.; "We think it right to add one final word. A reader following our account of the injustices which were suffered by Loewen and Mr. Raymond Loewen in the Courts of Mississippi could well be troubled to find that they emerge from the present long and costly proceedings with no remedy at all. After all, we have held that judicial wrongs may in principle be brought home to the State Party under Chapter Eleven, and have criticised the Mississippi proceedings in the strongest terms. There was unfairness here towards the foreign investor. Why not use the weapons at hand to put it right? What clearer case than the present could there be for the ideals of NAFTA to be given some teeth?"

118) Loewen final award, para 242.; "This human reaction has been present in our minds throughout but we must be on guard against allowing it to control our decision. Far from fulfilling the purposes of NAFTA, an intervention on our part would compromise them by obscuring the crucial separation between the international obligations of the State under NAFTA, of which the fair treatment of foreign investors in the judicial sphere is but one aspect, and the much broader domestic responsibilities of every nation towards litigants of whatever origin who appear before its national courts. Subject to explicit international agreement permitting external control or review, these latter responsibilities are for each individual state to regulate according to its own chosen appreciation of the ends of justice. As we have sought to make clear, we find nothing in NAFTA to justify the exercise by this Tribunal of an appellate function parallel to that which belongs to the courts of the host nation.In the last resort, a failure by that nation to provide adequate means of remedy may amount to an international wrong but only in the last resort. The line may be hard to draw, but it is real. Too great a readiness to step from outside into the domestic arena, attributing the shape of an international wrong to what is really a local error (however serious), will damage both the integrity of the domestic judicial system and the viability of NAFTA itself. The natural instinct, when someone observes a miscarriage of justice, is to step in and try to put it right, but the interests of the international investing community demand that we must observe the principles which we have been appointed to apply, and stay our hands."

2. 쟁점별 판정

가. 근거규정 - NAFTA 제1105조

대상판정은, 이 사건의 쟁점은 그 전체적인 재판과 배심원의 평결 등이 국제적 최소기준을 충족했는지, 또는 NAFTA 제1105조의 'fair and equitable treatment and full protection and security'를 충족하였는지라고 전제하였다.[119] (청구인은 제1110조도 아울러 근거규정으로 제시하였으나, 대상판정은 이 사건의 경우 청구인의 제1110조 '수용'조항에 기반한 청구가 제1105조에 기한 청구에 무언가 더하지는 않는다고 하면서, 제1110조 위반의 주장은 제1105조 하의 '사법구제의 거부' 성립이 인정될 경우에만 성공할 수 있다고 하였다.[120])

나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할

대상판정은 Mondev award와 같이, 2001. 7. 31.자 FTC의 해석선언을 원용하면서,[121] 위 해석선언에 따르면 'fair and equitable treatment'와 'full protection and security'가 국제관습법상 인식되는 한도에서만 의무를 구성한다고 보았다.[122]

나아가 대상판정은, "FTA 협정에서 이 중재판정부로 하여금 투자유치국의 법원에 속하는 상소심의 기능을 행사할 것을 정당화할 만한 근거를 찾을 수 없"고,[123] "일반적인 사건에서 국내법원 상소심은 국제법 위반에 국한되지 않고 더 넓은 범위의 심리를 할 수 있는데도, NAFTA의 당사국들이 국내 상소심을 훼손시키면서 NAFTA 중재절차에 호소하도록 장려하고자 했다고 보기는 어렵다."[124]고 판단하여, 중재판정부의 역할

---

119) Loewen final award, para 121.
120) Loewen final award para 141.
121) Loewen final award para 125.
122) Loewen final award para 128.
123) Loewen final award para 242. ; "We find nothing in NAFTA to justify the exercise by this Tribunal of an appellate function parallel to that which belongs to the courts of the host nation."
124) Loewen final award, para. 162. ; "...It is unlikely that the Parties to NAFTA would have wished to encourage recourse to NAFTA arbitration at the expense of domestic appeal or review when, in the general run of cases, domestic appeal or review would offer more

을 제한하였다.

이를 바탕으로 대상판정은, 중재는 상소심이 아니므로, 제1105조 위반-국제적 최소기준미달 여부를 판단함에 있어 해당 판결이 국내법에 위반한 재판인지 여부는 중재판정부의 판단사항이 아니라고 보면서도,[125] 다만 국제법은 국내법의 '차별적' 위반에는 특별한 중점을 둔다면서, "국내법에 위반하고, 외국인 소송수행자에게 차별적인 결정은 국제법상 중대한 부정의에 해당한다."고 보았다.[126]

IV. Waste Management, Inc. v. United Mexican States 사건[127]

1. 사실관계 및 판정의 요지

가. 사실관계

미국 폐기물 관리회사인 Waste Management, Inc.는, 청구인의 멕시코 자회사인 Acaverde가, 멕시코의 Guerrero주에 있는 Acapulco시로부터 1995년 거리청소 및 폐기물 관리업에 관하여 15년을 기간으로 하는 양허계약을 체결 받았고, 이를 충실히 이행하였음에도, 부당하게 대금 지급을 거부당하였다고 주장했다. 또한, 아울러 멕시코 은행인 Banobras가 무조건적인 지급보증을 하였음에도, 부당하게 보증금 지급을 거절했다고 주장하면서, 멕시코 정부는 NAFTA 최소대우기준(제1105조)의무 위반, 수용 및 보상(제1110조)의무 위반의 책임을 진다는 이유로, 1998년 ICSID 추가절차규칙(ICSID Additional Facility Rules)에 의거하여 투자협정중재를 제기하였다. 이에 대해 멕시코 측은 다른 항변과 함께, 시의 양허계약 위반을 다투지는 않으면서도, 그러한 위반사항들이 개별적으로나 집단적으로나 NAFTA 의무위반에는 이르지는

---

wide-ranging review as they are not confined to breaches of international law."

125) Loewen final award, para 134. ; "Whether the conduct of the trial amounted to a breach of municipal law as well as international law is not for us to determine. A NAFTA claim cannot be converted into an appeal against the decisions of municipal courts."

126) Loewen final award, para 135. ; "A decision which is in breach of municipal law and is discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice according to international law."

127) Waste Management, Inc. v. United Mex. States, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/00/3 (Apr. 30, 2004) (Award)(이하 'Waste Management award').

않는다고 항변했다.

나. 판정의 요지

중재판정부는 2000. 6. 2. 청구인이 국내권리구제절차소진원칙과 관련하여 유효한 포기의사를 제출하지 않아 청구가 부적법하다는 이유로, 청구를 배척하였다.

청구인은 2000. 9. 27. 사건을 재소하였고, 중재판정부는 2002. 6. 26. 일부판정을 통해 이미 종전 판정에서 판단되어 청구가 부적법하다는 취지의 'res judicata 항변'을 배척하면서 청구인의 재소가 적법하다고 인정하였으나, 2004. 4. 30. 최종판정을 통해 NAFTA 중재판정부는 '상소심'이 아니고, 이 사건의 대상이 된 멕시코법원의 판결과 소송상대방의 행위 등에 '사법구제의 거부'에 달하는 하자는 없었다(아래의 제6절. II. 4.에서 자세히 살펴본다)는 이유로 결국 청구를 전부 기각하였다.

2. 쟁점별 판정

가. 근거규정 - NAFTA 제1105조

청구인은 NAFTA 제1110조와 제1105조에 기한 청구를 모두 제기하면서, 제1105조의 청구를 예비적으로 하였으나, 대상판정은 제1105조 위반 여부를 먼저 판단하였다.

대상판정은 NAFTA 제1105조의 '공정·공평한 대우'가 '국제적 최소기준'과 같은 것이라는 FTC 해석선언과, 이에 관한 Mondev, Loewen 각 사건의 판정 등을 인용하면서, 이러한 판정들을 종합하면 결국 제1105조의 심사기준은, "그 행위가 자의적이고, 극도로 불공정하며, 불공평하거나 기이하고, 청구인을 집단적인 또는 인종적인 편견에 노출시키거나, 사법적 적절성을 위반하는 결과로 이어지는 적법절차의 결여를 수반(if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety)"하는지라고 보았다.[128] 그리고 이는 일

128) Waste Management award, para 98.

정 부분 유연한 기준이므로, 각 사건의 사정에 따라야 한다고 부가하였다.[129]

나. 국내법원 판결의 위법성 판단기준(사법구제의 거부 등) 및 중재판정부의 역할

나아가 대상판정은, 멕시코 국내판결에 '사법구제의 거부'가 있었는지를 심사함에 있어서, 중재판정부는 '상소심'이 아니고, 새로운 형태의 'amparo(멕시코의 헌법 소송)'도 아니라고 하면서 심사를 일정 부분 자제하였고, '이 사건들이 다른 사법시스템에서는 어떻게 달리 판단될 수 있었더라도, 이 사건 멕시코 연방법원의 결정에 Azinian, Mondev, ADF, Loewen 각 사건에서 제시한 '사법구제의 거부'에 이르는 요소는 없다.'는 취지로 판단하였다.[130]

제4절 투자협정상 'Denial of Justice' 관련 청구의 근거규범

I. 근거규범의 모색

ICJ 등 국제재판소에서 '사법구제의 거부'를 사법작용에 대한 위법성 심사기준으로 삼았던 것은, 외국인의 대우에 관한 '국제적 최소기준'이 요구되고, 사법작용에서는 '사법구제의 거부'를 하지 않을 의무가 국제적 최소기준에 포함된다는 것이 국제관습법 또는 국제법원칙으로 확립되어 있었고, 국제재판소는 국제관습법이나 국제법원칙을 법원(法源, ICJ Statute 제38조 참조)으로 삼고 있었기 때문이다.

그러나 투자협정중재는 원칙적으로 당사국이 투자협정에 규정된 의무를 위반했을 경우를 대상으로 하는 분쟁해결절차인데, 투자협정에 '사법구제의 거부'에 관한 명문의 원칙이나 의무가 규정되어 있는 경우는 드물다. 그리고 모든 투자협정중재가 명문으로 국제관습법을 법원으로 삼고 있는 것도 아니다. 그럼에도 투자협정중재에서도 '사법구제의 거부'가

129) Waste Management award, para 99.
130) Waste Management award, para 130.

사법작용에 대한 위법성 판단의 준거가 되는가? 그렇다면 이 때 협정상 근거가 되는 의무조항은 무엇인가? 이는 심사기준의 차원일 뿐 아니라, 외국인 투자자가 국내 법정에서 '사법구제의 거부'를 겪었다고 주장하면서 투자협정중재를 제기할 때 협정상 어떠한 규정에 근거하여 중재를 제기하여야 하는가의 실질적인 문제이기도 하다.

그런데 대부분의 투자협정들은, 구체적인 형식과 내용에는 세부적인 차이가 있기는 하나, 외국인 투자자에게 '공정·공평한 대우(FET)'를 제공해야 한다는 취지의 규정을 포함하고 있다.[131] 그러므로 우선, '공정·공평한 대우'과 국제관습법상 외국인의 대우에 관한 '국제적 최소기준'과 동일한 기준인 것으로 해석되는지, 그 해석기준에 관한 논의를 살펴본다.

II. '공정·공평한 대우(FET)'의 의미

1. 일반규정적 성격

투자협정에 공정·공평한 대우 조항을 포함하는 관행은, 그 협정이 의도하는 정도의 보호수준을 보장하기 위해 보다 구체적인 기준으로 포괄하지 못하는 부분을 보충하기 위한 것이라고 설명되기도 한다.[132] 이러한 일반규정적 성격과 '공정(fair)'과 '공평(equitable)'한 대우라는 추상적인 용어는 그 해석 및 적용범위를 확정하는데 어려움을 준다. 이는 국제법의 발전과 이에 대한 해석사례가 축적됨에 따라 발전하고 있는 유동적인 규범이라고도 할 수 있다.

위 기준이 국제관습법상 '사법구제의 거부'를 하지 않을 의무를 포괄하는 '국제적 최소기준'과 일치하는 것인지의 전제로서, 그 해석기준에

131) 예를 들어 독일, 네덜란드, 스웨덴, 스위스의 BIT는 대체로 단순히 "공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)"라고만 규정하고 있는 반면, 프랑스, 영국, 미국, 캐나다 등은 "...국제법의 원칙들에 따라 공정하고 공평한 대우를 보장하여야 한다"는 형식으로 규정하고 있다고 한다(김재화, 외국인투자에 대한 보호기준에 관한 연구 - 공정·공평한 대우'를 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2010, p.38 참조). 참고로 NAFTA 제1105조는 위에서 본 바와 같이 "각 당사국은 다른 당사국 투자자의 투자에 대해 공정하고 공평한 대우 및 완전한 보호와 안전을 포함한 국제법에 부합하는 대우를 보장하여야 한다"고 규정하고 있다.

132) Dolzer and Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p.122.; 김재화, supra note, p.64.

관한 논의는 다음과 같다.

2. 해석 기준

가. 문의적 해석에 충실하여 투자자에 대한 공정하고 공평한 대우를 의미하는 것으로 해석하되, 좁게 해석하는 견해

대부분의 투자협정은 공정·공평대우의 원칙과 국제적 최소 기준의 관계에 대해 언급이 없고, 개발도상국들은 국제적 최소 기준이 국제관습법에 해당하는지에 대해 유보적인 태도를 취하고 있기 때문에 국제적 최소 기준과 같이 해석하는 것은 문제가 있다는 견해이다.[133] 이 견해는 국제법 최소기준을 원용하고자 하는 경우에는 투자협정 체결 시 따로 명시 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다. 예를 들어, OECD의 「외국인 재산의 보호에 대한 협약 초안(OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property)」 제1조에 관한 공식 문건은 위 원칙이 국제법적 최소 기준의 원칙을 의미한다고 규정하고 있다고 한다.[134]

나. 국제적 최소 기준과 같은 것이라는 해석

공정·공평대우 의무는 국제관습법상 인정되는 최소 기준과 같은 것이라고 해석하는 견해이다. 위에서 본 바와 같이 NAFTA에 대한 FTC의 2001. 7. 31.자 해석선언의 입장도 이와 같고, 1967년 OECD의 외국인 재산의 보호에 관한 협약 초안에 대한 주석서(the Notes and Comments to the Draft Convention on the Protection of Foreigh Property)도 이와 같은 입장을 취하고 있다.[135]

다. 그 범위를 넓게 해석하는 견해

다른 협정상의 의무를 포함하여 모든 범위의 국제법 법원들을 고려하여 넓게 해석하거나, 또는 국제최소기준보다 외국인 투자를 한층 더 보호하는 별도의 규범으로 인정하는 견해이다. 공정·공평대우가 단순히 국제관습법상 최소기준을 의미하는 것이라는 것은 문리해석상 받아들이기

---

133) 장승화, 양자간 투자협정 연구, 법무부, 2001, p.74.
134) 장승화, supra note, p.74.
135) 7 ILM(1968) 118, 120.(Dolzer and Schreuer, supra not, p.124.에서 재인용)

어렵고, 당사국들이 국제관습법의 적용을 희망하였다면 다른 표현을 쓰기보다 그 표현을 그대로 사용했을 것이라는 근거 등을 든다.[136] 이러한 견해를 주장하는 학자들 중에 FA MANN은 영국 BIT와 관련하여, 공정·공평한 대우는 최소기준을 훨씬 넘어서는 보호를 제공하는 보다 포괄적이고 객관적인 기준이기 때문에, 중재판정부는 최소기준이나 최대기준 등과 무관하게 당해 행위가 공정하고 공평하였는지만 판단하면 된다는 입장을 취했다.[137] 이러한 견해에 따르면 외국인이 '사법구제의 거부'의 성립을 주장할 수 없는 경우에도 위 규정에 따라 보호를 받을 여지가 있다.

3. 사례분석결과

위의 각 사례를 종합해 보면, 사법작용(대개는 판결)의 하자가 문제된 사안에서 청구인들은 투자협정상 내국민대우, 공정·공평대우, 수용 등의 규정을 근거로 드는 경향이 있다.

대상판정들을 분석해 본 결과, 위 각 사건 중 특히 사법작용(판결)의 하자가 직접 중재의 대상이 된 <Mondev 사건>, <Loewen 사건> 및 <Waste Management 사건>에서 각 중재판정부는 '최소기준대우(공정·공평대우)' 위반 여부를 중심으로 심리를 하였고, 위 규정이 국제관습법상 국제적 최소기준과 동일한 것이고, 특히 사법작용과 관련하여 '사법구제의 거부'에 해당하는지를 기준으로 하여야 한다는 취지로 판시하였다.[138] 한편, <Azinian 사건>에서는 원처분을 다룬 판결이 아니라 '원처분'의 하자만이 다툼의 대상이었으나, 중재판정부는 멕시코 국내 법원에서 원처분의 하자(위법한 수용여부)에 대한 판단이 모두 완료된 이상, 국내 법원의 판결이 '사법구제의 거부'에 이르렀는지가 결국 원처분의 위

136) Dolzer and Schreuer, supra not, p.124.; 김재화, supra note, p.70.

137) FA Mann, 'British Treaties for the Promotion and Protection of Investment', 1981. 52 British Year Book of International Law, p.241.244.(Dolzer and Schreuer, supra not, p.124. 에서 재인용)

138) <Mondev 사건>은 본래 '이차적 하자'에 해당하는 유형이었으나, 원처분이 근거 투자협정인 NAFTA 발효 전 발생하여 결국 판결의 하자만이 대상이 되었다. <Loewen 사건>은 '최초의 하자'에 해당하는 유형이었으므로 당연히 판결만이 심사의 대상이 되었다. 한편, '이차적 하자'에 해당하는 유형이었던 <Waste Management 사건>은 원처분과 원처분을 다룬 국내법원의 판결 절차가 모두 심사의 대상이 되었다.

법성을 가리는 데에도 기준이 된다고 하였다.

그러나 위 사건은 모두 NAFTA에 기한 사건이므로, 이를 투자협정중재 사례 일반을 대표하는 것으로 보기는 어렵다. 특히, NAFTA의 경우 제1105조의 제목을 'Minimum Standard of Treatment'라고 두고 있고, 본문 내용 중에서도 "treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment"라고 하여 국제법에 의함을 명시하고 있으며, 이를 대상으로 2001. 7. 31.자 FTC의 해석선언이 이미 위 기준이 국제적 최소기준 이상을 요구하는 것이 아님을 명시적으로 밝히기도 했던 점 등이 고려되어야 한다.[139]

4. 검토

많은 투자협정들이 '공정·공평한 대우'에 관한 규정을 포함하고 있으나 구체적인 규정 내용은 각 투자협정마다 차이가 있으므로, 모든 투자협정에서의 '공정·공평한 대우 의무'에 관한 규정의 의미를 일률적으로 평가할 수는 없고, 투자협정은 기본적으로 조약이므로 조약의 해석에 관한 「Vienna Convention on the Law of Treaties」제31조(General rule of interpretation)[140]에 따라 신중하게 해석되어야 할 것이다.[141]

각 투자협정이 규정하는 '공정·공평한 대우'에 관한 규정은 그 규정

---

139) Dolzer and Schreuer, supra not, p.126.

140) Article 31(General rule of interpretation)

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
   (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
   (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
   (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
   (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
   (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

141) Dolzer and Schreuer, supra not, p.121.

형식에 따라 대략적으로 각 다음과 같은 의미를 가질 것이라고 정리해 볼 수 있다.

① 우선, 투자협정상 '공정·공평한 대우'에 관한 규정이 국제적 최소기준을 성문화 한 것이고 그 이상을 요구하는 것이 아니라고 명시한 경우에는 그 규정대로 해석하면 될 것이다. 예를 들어, NAFTA와 FTC의 해석선언을 문언화한 2004년 Model BIT와 이를 따른 한미 FTA에서는 명확하게 국제관습법상의 최소대우 이상을 요구하는 것은 아니라고 규정하여 해석상 의문의 여지를 제거하고 있다.

그 중 한미 FTA 제11.5조는 최소대우기준(Minimum Standard of Treatment)이라는 부제 하에 공정·공평한 대우에 관한 비교적 상세한 규정을 두고 있는데, 위 조항은 아래와 같이 최소대우기준이란 국제관습법상 외국인의 대우에 관한 최소기준을 규정한 것임을 명시하면서, 이 의무에는 사법구제의 거부를 하지 아니할 의무가 포함되어 있다는 점까지 명확하게 확인하고 있다.[142)]

한미 FTA - 제11.5조(대우의 최소기준)

1. 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대상투자에 부여한다.
2. 보다 명확히 하기 위하여, 제1항은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준을 적용대상투자에 부여하여야 할 대우의 최소기준으로 규정한다. "공정하고 공평한 대우"와 "충분한 보호 및 안전"이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.

가. 제1항의 "공정하고 공평한 대우"를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다. 그리고

142) 또한, 위 조항은 각주로서 동 조문을 부속서 11-A(또는 11-가, 국제관습법)에 따라 해석되도록 하고 있기도 하다.

나. 제1항의 "충분한 보호 및 안전"을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하도록 요구한다.

3. 이 협정의 다른 규정 또는 별도의 국제협정에 대한 위반이 있었다는 판정이 이 조에 대한 위반이 있었다는 것을 입증하지는 아니한다.

② 다음으로, '공정·공평한 대우' 규정을 국제법적 기준과 연결하여 국제법에 따른다고 명시하거나 국제법 원칙의 하나를 의미하는 것이라고 규정한 경우에는, 문언 및 당사국들의 의도를 고려할 때 역시 특별한 사정이 없는 한 국제관습법상의 최소기준을 규정한 것으로 해석할 수 있을 것이다. 위에서 본 NAFTA 제1105조의 규정과 이에 대한 FTC의 해석선언이 그 예가 될 수 있다. 특히, 미국은 상원에 BIT 비준을 권고하면서, 'fair and equitable treatment'의 기준이 "국제관습법에 기반한 최소대우기준을 요구하고자 의도한 것"이라고 한 바 있고,[143] 캐나다의 NAFTA 이행입법(Canadian Statement on Implementation of NAFTA)은 제1105(1)조가 "오래된 국제관습법원칙에 기반한 최소한의 절대적 대우기준을 제시한다"고 서술하고 있기도 하다.[144]

③ 끝으로, 아무런 국제법에 대한 언급없이 규정된 경우에는 독자적인 의미가 부여되어야 할 것이고, 각 협정의 문언, 당사국들의 의도, 배경 등이 종합적으로 고려되어야 할 것이다. 그리고 그 해석에 있어서, 위에서 본 바와 같이 '공정·공평한 대우' 규정은 다른 특정 보호규범들로 인해 보호되지 않는 부분을 채워 애초에 당해 협정이 의도한 투자자 보호의 수준을 달성하고자 하는 목적을 가진 일반규정의 의미를 가지고 있음이 고려되어야 할 것이다.

III. 소결론

143) Mondev award, para 106.

144) Canada, Department of External Affairs, North American Free Trade Agreement, Canadian Statement on Implementation, Canada Gazette, 1 January 1994, p68 at p.149.(Mondev award, para 111에서 재인용).

1) 투자협정에서 '법원에의 접근(access to court or judicial system)'을 보장하거나 기타 외국인 투자자에 대한 사법적 구제를 보장하는 취지의 규정을 두고 있는 경우에는 해당 규정을 직접적으로 원용하는 것이 편리할 것이다. 아래에서 보다 자세히 살펴볼 <Chevron v. Ecuador> 사건에서는, 미국-Ecuador BIT상에 '효과적인 청구와 권리실현 수단을 제공할(to provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorisations) 의무'에 관한 특별조항이 있었고, 중재판정부는 이 조항을 근거로 Ecuador가 청구인 측이 제기했던 국내 소송을 불합리하게 지연시킴으로써 위 조항을 위반했다고 인정한 바 있다.

2) 그러나 이러한 특별규정이 존재하지 않는 경우 '사법구제의 거부'에 해당하는 사법작용을 대상으로 삼아 투자협정중재를 제기하기 위한 근거규범으로서 다른 규정에 관하여도 아울러 차례로 검토해 본다.

우선, '내국민대우', '최혜국대우' 등은 비차별적인 대우를 요구하는 상대적인 기준으로서, '사법구제의 거부'에 해당한다는 것만으로는 청구가 성립하기에 충분하지 않고, 다른 대우기준과의 비교 또는 차별성 등 추가적인 요건이 필요하다. 물론 반대로, 차별적인 대우에 해당하지만 '사법구제의 거부'에는 이르지 않는 경우도 있을 수 있다.

기타 '수용과 보상' 등 특정 의무조항의 경우에도, 역시 어떠한 판결 등이 '사법구제의 거부'에 해당하면서 동시에 수용과 같은 효과를 발생시켜 해당 조항 위반에 해당하는 사례도 있을 수 있고, 그러한 경우에는 위 조항이 근거가 될 수 있다. 그리고 이러한 경우에는 곧바로 그 조약상 의무 위반을 주장, 증명하면 되는 것이고, 반드시 해당 하자가 '사법구제의 거부'에 달함을 주장, 증명할 필요는 없다. 그러나 '사법구제의 거부'에 해당하는 하자라 하여 반드시 다른 '위법한 수용' 등 특정 의무규정 위반에 해당하는 것은 아니고, 역시 반대로 특정 의무 조항 위반에 해당한다고 하여 '사법구제의 거부'에 해당하는 것도 아니다.

3) 그러므로 특정 사법작용이 '사법구제의 거부'라는 이유만으로 투자

협정중재를 제기하고자 하려면 '공정·공평한 대우' 의무규정을 근거규범으로 원용하는 것이 가장 적절하다고 판단된다.

앞서 본 바와 같이 '공정·공평한 대우' 규정이 문언상 국제적 최소기준을 의미함을 명시하거나 국제법에 따른다는 취지의 규정을 두고 있는 경우에는 국제관습법상 국제적 최소기준을 성문화한 규정으로 인정할 수 있을 것이므로 협약당사국인 투자유치국 입장에서는 '공정·공평대우' 의무를 준수하기 위해서는 국제관습법상 국제적 최소기준에 해당하는 '사법구제의 거부를 행하지 아니할 의무'를 지게 되는 것이다. 한편, 투자협정상 '공정·공평한 대우' 규정이 독자적인 의미를 가질 경우에도, 외국인 투자자에게 '공정하고 공평한 대우'를 해야 한다는 의무의 내용과 '공정·공평한 대우' 규정의 일반규정적 의의까지 고려해 보면, 외국인 투자자에게 행하여진 '사법구제의 거부'는 위 의무 위반에 해당한다고 보아야 할 것이다.

그러나 한편, '사법구제의 거부'가 '공정·공평한 대우' 규정 위반에 해당하는 것과는 별개로, '공정·공평한 대우' 규정 위반여부의 심사기준은 '사법구제의 거부'인가? 즉, 사법구제의 거부에 이르지 않는 하자는 어떻게 보아야 하는가?

사법작용의 하자가 다른 특정 규정상의 의무를 위반하는 것이라고 주장할 때에도(예를 들어 사법작용이 '위법한 수용'에 해당한다고 주장할 때에도) 투자협정중재에서 그 청구가 받아들여지려면 그 하자의 정도가 국제관습법상 '사법구제의 거부'에 이르러야 하는 것인가? <Loewen 사건>의 판시는 그러한 취지로 보이기도 한다. 한편, 사법작용의 하자를 문제삼고 있지는 않고, 원처분의 하자만을 대상으로 청구를 제기하였는데, 투자유치국의 국내법원에서 해당 하자에 관한 판단이 이미 있었던 경우, 원처분이 위법하다고 인정되기 위해서는 <Azinian 사건>에서 판정하였듯이, 국내법원의 판결이 '사법구제의 거부'에 이르러야 하는 것인가? 이러한 세부적인 위법성 심사기준과 심사강도에 관하여, 이하에서 더 나아가 살펴본다.

제5절 위법성 심사기준 및 유형화

Ⅰ. 위법성 심사기준 - 사례분석결과

위에서 본 NAFTA 주요 사례의 분석결과를 통해, 투자협정 중재판정부들이 사법작용에 관한 청구를 심사함에 있어 가지고 있는 심사기준을 살펴본다.

1. 혼합형 심사기준의 채택

가. 상소심 심사기준(appellate review)

일반적으로 '상소심'은 하급심 판결에 대해 심사하여 파기·인용여부를 결정하는 제도로서, 이는 하급심 판결의 오류를 교정하고, 권리구제의 기회를 확대하며, 사법부의 판단의 일관성을 유지하기 위해 마련된 제도이다. 상소심 제도를 통해 사법부는 사법시스템에 대한 신뢰를 고양시킨다. 그러므로 '상소심 심사기준(appellate review)'은 상소심이 상소된 하급심 판결(결정)을 심사하는 잣대를 의미하는데, 구조상 국내법원 상호간의 심사기준으로 가장 많이 사용되는 기준이기도 하다.

각 국가 또는 법체계마다 상소제도의 차이가 있고, 단일한 법체계 내에서도 해당 상소심이 2심인지 3심인지(최종심인지), 연방제에서의 상소심인지 단일지역 안에서의 상소심인지에 등에 따라 채택하는 심사기준이 달라서 그 기준을 일반화시키기는 어려운 측면이 있다. 이러한 난점은 있으나 Robert B. Ahdieh 교수는 통상 '상소심 심사'가 가지고 있는 특징을 다음과 같이 정리하고 있다; ① 우선 상소법원은 하급심의 법해석, 때로는 사실확정까지 무효로 할 수 있는 권한을 가지고, ② 여기에서 자연스럽게 그 심사의 구속력이 도출되는데, 상소심 법원의 판단은 협소하게는 해당 사실심 법원을 구속하고, 좀 더 넓게는 '선례구속의 원칙(Stare decisis effect)'으로 구속력을 가지기도 한다. ③ 또한, 상소심은 일방향성(unidirectionality)을 지니므로 상소심 법원은 다시 하급심 법원의 심사를 받지 않고, ④ 상소심은 통상 그 심사의 깊이는 깊으나, 폭은 좁으며, 처음부터 다시 전면적으로 심사하는 경우는 드물고, 사실관계에 관한 것은 제한적으로 심사, 파기한다. 이러한 점을 종합하여 도출되는

상소심의 가장 큰 특성은 법원 사이의 '위계(hierarhy)'이다. 즉, 상소심 법원이 심사에 있어 우월적 지위를 누리는 것이다.[145]

나. 유보적 심사기준(deferential review)

'유보적 심사기준'은 가능한 한 심사를 유보, 지양하는 것으로서, 법원 및 재판소들이 초국가적으로 사법적 예양(judicial comity)이라는 관념에 기초하여 외국 재판소들의 관할이나 판결 집행에 대해 유보적 태도를 취하는 경우,[146] 또는 법원이 법의 위법여부를 심사할 때 입법자의 의도를 존중하여 가능한한 유보적 태도를 취하는 경우들을 그 예로 들 수 있다.

Ahdieh교수는 이러한 관계를 '사법적 대화(Judicial Dialogue)'라고도 칭하면서 그 특성을 정리하였는데, 이에 따르면 유보적 심사기준은 ① 통상 소급적이기 보다는 미래지향적(prospective)이다. 즉, 과거의 결정을 비판하는 것이기 보다는, 미래의 결정이나 규범에 대한 것이고, 달리 말하면, 한 법원의 판결에 대한 다른 법원의, 법적 의미에서의 '심사(review)'를 내포하지 않는다. ② 또한, 위 기준은 상소심의 경우와 달리 상호성(bidirectionality)을 가진다. 즉, 한 쪽 법원에만 일방적으로 심사의 권한이 부여되는 것이 아니라, 최소한 양쪽 법원에서 서로에 대한 심사에 참여하는데 장애가 없어야 한다는 것이다. ③ 또한, 위 기준은 자발성(voluntariness)을 내포하기도 한다. 자발적으로 국내의 문제를 국제재판소(ICJ 등)의 임의관할에 회부하는 경우를 예로 들 수 있다.[147]

다. 혼합형 심사기준의 채택

1) 상소심 심사기준의 지양

우선, 위 상소심 심사기준의 특성에 비추어 살펴보면, 투자협정중재가 국내법원의 판결에 대하여 '상소심 심사기준'을 취하고 있다고 보기는 어렵고, 의식적으로 상소심처럼 심사하는 것을 지양하고 있다고도 할 수 있다.

---

145) Robert B. Andieh, Between Dialogue and Decree: International review of national courts, New York University Law Review, December 2004, p.2045.
146) Robert B. Andieh, supra note, p.2050
147) Robert B. Andieh, supra note, pp.2050-2052

우선 제도적으로, ① 투자협정 중재판정부는 국내법원 판결의 법해석 및 사실확정을 무효로 하거나 판결을 파기할 수 있는 권한이 없다. ② 따라서, 중재판정부의 판단이 대상이 된 국내법원의 판결에 구속력을 미치지 않음은 물론, 향후 유사한 사안에서 선례로서의 구속력을 발휘하지도 않는다. 이러한 점에서 투자협정중재는 통상의 상소심보다 권한이 약하다. 같은 사안을 대상으로 할지라도 투자협정중재가 적용하는 법(투자협정, 국제법)과 국내법원이 적용하는 법(계약 또는 국내법)이 다르고, 이에 따라 쟁점도 상이하게 되는데(투자협정 위반여부와 계약 또는 국내법 위반여부 등), 이러한 특성이 투자협정중재가 국내법원의 판단에 갖는 힘과 미치는 영향에 위와 같은 한계를 부여한다고도 할 수 있을 것이다. 아울러, ③ 투자협정중재는 어떠한 측면에서는 일방향성도 가지고 있으나, 국내법원도 투자협정중재의 판정에 대하여 집행, 무효화 등의 국면에서 심사를 할 수 있다는 점에서 일정한 양방향성(bidirectionality)을 가진다. 그리고 근본적으로 투자협정중재를 통상의 상소심처럼 국내법원 판결의 오류를 교정하거나, 사법부 판단의 일관성을 유지하기 위한 장치로 볼 수는 없다.[148] 이러한 특성을 종합하여 보면 결국, 투자협정중재가 국내법원과의 관계에서 우월적인 지위를 가지고 있다고 보기 어렵고, 이는 투자협정중재의 취지에도 맞지 않는다.

그리고 실제로 위에서 본 바와 같이 Azinian, Mondev, Loewen 각 사건의 중재판정부 모두, 스스로 각 국내법원 판결에 대해 '상소심 법원'으로 기능하는 것은 NAFTA 중재판정부의 역할이 아님을 명시하였고, Loewen사건에서는 '상소심처럼 기능하여 국내문제에 개입하는 것은 국내 사법체계의 완전성과 NAFTA의 생존능력 모두를 손상시킬 것'이라는 우려까지 표명한 바 있다. 실제 어떤 중재판정부도 실제로 국내법원 판결이 위법하다는 이유로 그 판단을 '뒤집고' 중재청구를 받아들인 바는 없다.

2) 유보적 심사기준의 제한적 차용

이러한 유보적 심사기준의 특성에 비추어 투자협정중재가 국내법원의 판결에 대하여 가지는 심사기준을 살펴보면, 투자협정중재의 심사는 ①

148) Robert B. Ahdieh 교수의 견해도 이와 같다.

'미래지향성'과 ② '상호성'을 일정 부분 보유하고 있기는 하다. ③ 그러나, 국내법원은 자발적으로 투자협정중재의 심사를 받는 것이 아니라 투자자인 청구인에 의해 심사에 회부된다. ① 위 '미래지향성'과 관련해서도, 투자협정 중재판정부는 제한적이나마 소급적으로 국내 법원에서 이루어진 실체적 판단과 절차적 결정의 당부에 대하여 일종의 '심사(review)'를 수행한다. ② 그리고 위 '상호성' 또한 상대적으로 제한된다. 국내법원도 집행 등의 단계에 이르러 투자협정중재를 심사할 수 있으나, 그 심사가 동시에, 평행하게 진행되는 것이 아니라 순차로 이루어지는 것이므로, 전형적인 상호성을 가지고 있다고 볼 수 없다. 그리고 무엇보다, 투자협정중재는 국가간 '사법적 예양'에 기반한 제도는 아니다.[149]

나아가, 위 중재판정 사례들을 살펴보면, 위에서 이미 검토한 바와 같이 중재판정 사례들은 대부분 국내법원 판결에 대해 상소심 법원으로 기능하는 것을 부인하면서 유보적 태도를 보이고 있다. 그러나 한편으로, 위 각 중재판정부는 각 사건에서 국내법원에서 이미 다루어진 사건의 사실관계, 쟁점에 대하여 다시 판단해보기도 했고, 특히 <Loewen 사건>에서는 아래에서 살펴보는 바와 같이 국내법원에서 판사의 여러 작위, 부작위(조치)의 적절성을 검토하여 그 위법성을 지적, 나열하였으며, 배상판정 액수의 적절성, 해당 사실심 법원이 변호사의 이의 신청을 받아들이지 않고, 배심 지시사항을 명하지 않은 행위의 위법성 등을 세밀히 살펴보았다.

3) 혼합형 심사기준의 채택

이를 종합하면, 투자협정중재는 원칙적으로 '상소심' 심사를 '지양'하고, 국내법원의 판단에 비교적 '유보적'인 태도를 차용하고 있다. 그러면서도 투자협정중재는 통상의 독립적 법원들 사이의 관계와는 달리, 대상이 되는 국내법원의 판단 등에 대해 상당 부분 심사를 수행하면서 '상소심'과 유사하게 기능하고 있는 측면이 있다.

무엇보다, 투자협정중재는 제도적으로 개인 투자자가 직접 투자유치국을 상대로 제소할 수 있도록 함으로써, 정치적인 이해관계가 개입할 여지를 줄이고, 이로 인해 사건의 양이 증가하였으며, 이는 결과적으로

149) Robert B. Ahdieh 교수의 견해 역시 이와 같다.

중재판정부로 하여금 그 국가기관의 작용에 대하여 영향을 주는 기회를 증대시켜, 중재판정부로 하여금 상대적으로 더 큰 '힘'을 갖게 하였다. 또한, 투자협정 중재판정부는 다른 일부 국제재판소들과는 달리, 구제수단으로서 상대 국가에게 직접 '금전적 배상'을 명하는 권한을 가져, 구제의 실효성이 높다.[150] 그리고 투자협정중재는 국내판결을 직접 파기할 수는 없으나 사안에 따라서는 배상을 명함으로써, 국가기관의 책임을 부인한 판결이나, 징벌적 손해배상을 명한 판결 등 특정 유형의 국내법원 판결을 간접적으로 무효화 할 수 있는 능력이 있다. 그리고 해당 국가의 '정부'에 배상을 명함으로써, 역시 간접적으로 그 국가의 법원에 압력을 가하는 메커니즘을 갖고 있기도 하다. 이러한 여러 특성에서 비롯된 투자협정 중재판정부의 사법적 '힘' 및 제한적이나마 가지는 '위계'는 투자협정중재의 심사기준이 통상의 '유보적 심사기준'과 차이가 있음을 보여준다.

따라서 국제투자협정중재는, 상소심 심사기준이나 유보적 심사기준 중 어느 하나의 심사형태로 분류되기에는 여러 걸림돌이 있으나, 비자발적으로 이루어지는 심사, 제한적이나마 가지고 있는 심사기구로서의 '힘'과 구체적인 심사정도의 측면에서는 상소심 심사기준의, 부분적인 '미래지향성' 및 '상호성'의 측면에서는 유보적 심사기준의, 각 중요한 특성을 함께 보유하고 있다.[151] 그러므로 국제투자협정중재는 '혼합형 심사기준'을 채택하고 있다고 정리할 수 있다.

2. 'Res judicata 원칙'의 부분적 적용

Res judicata는 '이미 판단한 사항(a matter judged)'이라는 뜻으로, 'Res judicata 원칙'은 어떤 법원의 앞선, 종국적인 결정은 같은 대상 또는 구제, 같은 법적 근거와 같은 당사자들에 관한 후속 절차에 결정적인 영향을 준다는 뜻으로, 재소송을 금지시키는 효과를 가지는 원칙을 의미한다. '기결사항의 원칙' 또는 '기판력의 원칙' 정도로 표현할 수 있겠다.[152]

---

150) Robert B. Andieh, supra note, pp.2057-2058
151) Robert B. Andieh, supra note, p.2062
152) 우리법상 이에 대응하는 가장 유사한 개념은 '기판력'이다.

우선, 위 'Res judicata 원칙'은 국제법상 일반원칙으로 받아들여지고 있다. <Waste Management v. Mexico 사건>의 관할에 관한 중간판정에서 중재판정부는, 위 원칙이 국제법상 원칙임에는 의심의 여지가 없고, 국제법상 일반원칙{ICJ Statute 제38조 (1)(c)의 general principle of law}'에도 해당한다고 인정한 바 있다.[153] The Hague Permanent Court of Arbitration의 중재판정부는 <Pious Fund 사건>에서, 이 원칙은 국가에 의해 성립된 재판소의 판결에 뿐 아니라, 중재합의(compromis)에 의해 관할이 제한된 중재 판정에도 동일하게 적용된다고 하였다.[154][155]

한편, 이와 관련하여 <Azinian 사건>에서는 위에서 본 바와 같이, 위법한 수용여부에 대해 이미 국내법원의 판단이 있었다고 하여 이를 심사할 수 없는 것은 아니라고 하면서도, 이 경우에는 국내법원의 판결 자체가 NAFTA 위반에 해당하여야 하고, 그러기 위해서는 국내법원의 해당 판단이 '사법구제의 거부' 또는 '국제적으로 위법한 목적을 달성하기 위한 가식'에 해당한다는 것이 증명되어야 한다고 하였다.

위 Azinian 판정에 대하여는, 중재판정부가 멕시코 법원의 판결에 대하여 상당부분 유보적 태도(deference)로 접근하여, '사법구제의 거부'의 사안에서는 국내판결을 무시할 수 있을 정도의 권한을 보유하지만 이에 이르지 않은 경우에는 사건의 경우에는 심사를 유보하는 입장을 취했다

민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위)

① 확정판결(확정판결)은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(기판력)을 가진다.

제218조(기판력의 주관적 범위)

① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다.

153) Waste Management, Inc. v. Mexico (U.S. v. Mex.), Award on Jurisdiction, 2002 Case No. ARB(AF)/00/3 (June 26), para 39.

154) Pious Fund of the Californias (Mex. v. U.S.), Hague Ct. Rep. (Scott) 1, 5 (Perm. Ct. Arb. 1902)(William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.365에서 재인용). ; **"this rule [of res judicata] applies not only to the judgments of tribunals created by the State, but equally to arbitral sentences rendered within the limits of the jurisdiction fixed by the compromis,"**

155) Bin Cheng 역시 'Res judicata 원칙'이 국제법상 일반원칙이라고 보았다.{Bin Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals 336-72 (1953)(William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, pp.365-366에서 재인용).

는 분석이 있고,[156] 이는 적절한 평가로 보인다. 결국 대상판정은, 국내법원의 판단이 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 '기결사항'으로 받아들여 그 심사 자체를 자제한 태도로 해석된다.

한편, 위 Azinian 판정에 대하여는, 위 판정부는 결국은 사건의 기초가 된 양허계약이 '사기'에 의해 체결되었는지 여부를 판단함으로써, 스스로의 'Res judicata'와 관련한 판단을 방론화 하였다는 평가도 있다.[157]

Ⅱ. 평가

위 각 중재판정 사례를 종합해 보면, 중재판정부들은 적어도 표면적으로는 국내법원의 판결이 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 그에 대한 심사를 유보하는 태도를 보이고 있다. 이러한 태도에 대한 학계의 평가는 다음과 같이 나누어진다.

1. 지지 견해 - Robert B. Andieh

Andieh 교수는, Loewen 사건을 비롯한 여러 유사 국제투자협정중재판정례들은 '상소심의 계급적 심사(appellate review)'와 '사법적 대화(judicial dialogue)에서의 예양(comity)' 사이에서, 각 심사기준과 구별되는 사법적 상호작용의 패턴을 보여주고 있다고 하면서, 국제투자협정중재가 취하고 있는 이러한 혼합적 심사기준을 "dialectical review(변증법적 심사기준)"라 칭하고, 이러한 심사기준은 중재의 적법성을 고양시키고 국제화시대에 보편적인 적법절차원칙의 발전에 기여하는 바람직한 심사기준이라고 본다.[158]

2. 비판적 견해 - William S. Dodge

1) Dodge 교수는, 특히 <Azinian 사건>에서 제시한, '사법구제의 거

156) Benjamin Klafter, supra note, p.433p 참조

157) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, pp378-379. 참고로 William S. Dodge는 위 판정 과정에서 청구인 측의 변론을 맡았다.

158) Robert B. Andieh, supra note, p.2029.

부에 이르지 않는 한 Res judicata로 보아 심사를 자제한다'는 기준을 비판하면서, 국제관습법상 'Res judicata 원칙'은 국제중재판정과 후속 국제중재판정의 관계에 한해 적용되고, 이와 반대로 국내법원의 판결이 국제 재판소, 중재판정부 등의 심리에서 '기결사항'으로 작용하여서는 안 된다고 주장한다.[159]

Dodge 교수는 그 근거로, ① 양 사건의 당사자가 다르고, ② 양 사건의 쟁점이 다르며,[160] ③ 국내법원은 국내법 문제를 다루고, 국제절차는 국제법 문제를 다루도록 양 절차가 이원화되어 있고, ④ 국내법원들은 외국인들과 정부와의 문제에 충분히 공정하지 않을 수 있다는 관념 등이 있다는 점과 아울러, 무엇보다 ⑤ 국제재판소 등에 사건을 가져오기 전에 국내권리구제절차를 먼저 이용할 것을 의미하는 국제관습법상 '국내권리구제절차소진원칙'이 적용되는 조약(협정)에 근거한 사안일 경우 'Res judicata 원칙'이 함께 적용되는 것이 부당하기 때문이라고 주장한다.[161] 만일 외국인(투자자)에게 국제재판소 또는 판정부에 사건을 제기하기 앞서 국내권리구제절차를 소진할 것을 요구하면서, 국내판결이 후속 재판소 또는 판정부에 기결사항으로서 구속력이 있다고 하면, 외국인으로서는 결국 그 청구를 국제무대에 제기할 권리를 박탈당한다는 것이다.[162] 이러한 견해에 따르면 외국인으로서는 국내절차를 먼저 시도해야

159) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.367.

160) Dodge 교수는 국제관습법상 'Res Judicata 원칙'은 당사자들(parties)과 쟁점(question at issue)이 같은 사안에 적용된다고 전제한다. 위 '쟁점' 요건과 관련하여 어떤 학자들은 대상(object)과 근거(grounds)가 같아야 하는데, 이러한 전제에 따르면 청구인으로서는 청구 근거를 달리해서 Res judicata 효과를 피할 수 있게되나, 실무에서 국제재판소들은 이러한 청구의 분리를 받아들이지 않고, 청구인들이 종전의 중재에서 제기할 수 있었던 청구를 새로 제기하는 것을 금지시키고 있다고 한다{William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, pp.366-369(<In re Newchwang>사건에서 판정부는 "국내법원에서의 유일한 쟁점은 Newchwang의 소유주인 China Navigation Co., Ltd.의 책임문제였고, 재판소에 제기된 문제는 Saturn의 소유주인 미국의 책임 문제이므로, 양 사건의 사실관계의 관련성이 어떻든지 간에 동일하지 않다"고 하여, res judicata 주장을 배척한 바 있다고 한다.}

161) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.368-371.

162) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of

하는 의무는 가지나, 'Res judicata 원칙'의 제약을 받지 않으므로 국내구제절차와 국제재판소 등 두 가지 수단을 모두 활용할 수 있게 된다.[163]

2) Dodge 교수는 나아가, NAFTA와 같은 투자협정은 현재 국내권리구제절차의 소진을 요구하지 않고 있는데(NAFTA 제11장 제1121조 참조), 이와 같이 '국내권리구제절차소진원칙'의 적용이 배제되는 투자협정에 기한 중재의 경우에도 역시 'Res judicata 원칙'이 적용되어서는 안된다고 주장한다. '국내권리구제절차소진원칙'이 적용되지 않는 투자협정의 경우에 외국인투자자로서는 국내법원에 반드시 사건을 먼저 제소할 필요없이 국제투자협정중재를 바로 제기할 수 있는 권리를 갖고 있는데, 이 경우 'Res judicata 원칙'이 적용된다면 외국인투자자들로서는 편파적이거나 비우호적으로 판단을 받을 가능성이 있다고 생각되는 국내법원에의 제소를 미리 기피할 가능성이 있다. 이는 국내법원으로 하여금 스스로 구제를 할 기회를 박탈하며 분쟁을 국제적인 차원으로 부상시킨다고 한다.[164]

3) Dodge 교수는 궁극적으로는 NAFTA 제11장 제1121조는 명시적으로 청구인들로 하여금 투자협정중재를 제기하기 전에 국내권리구제절차 소진을 요구하는 방향으로 개정되어야 하고, 이와 더불어 국내법원의 판결에 'Res judicata' 효과를 주어서는 안된다고 주장하고,[165] 이로써 국내법원은 스스로의 실수를 교정할 기회를 가질 수 있을 것이라고 한다(비록 미국 국내법원이 국내법 위반 문제만을 다룰 수 있으나 NAFTA 제11장의 의무를 위반한 하급심 판결은 대부분의 사건에서 국내법도 위

---

remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.359.

163) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.360.

164) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.360.

165) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.359.; William S. Dodge, "Loewen v. United States : Trials and Errors under NAFTA Chapter eleven, Depaul Law Review Winter 2002 역시 참조.

반했을 가능성을 예상할 수 있다고 전제한다).[166]

4) 재반박 견해

Dodge의 교수의 이러한 견해에 대해 Andrea Bjorklund 교수는, 이는 투자자들이 'Res judicata 원칙'의 효과 때문에 국내구제를 기피할 가능성을 과대평가한 것이고, <Loewen 사건>에서 볼 수 있듯이 국내법원의 행위가 '사법구제의 거부'로서 국제적 위법행위를 구성할 경우 여전히 심사가능성이 열려 있다고 반박한다[167] 그 외에, 만일 국내권리구제절차의 소진을 요구하면서, Res judicata 원칙의 적용을 배제하면, 투자협정중재를 일종의 '상소법원'으로 창설한 것이 되고, 국내법원의 판결(예를 들어 미 연방대법원의 판결)을 국제적 심사에 회부하는 것에는 사회적인 비용의 소모를 동반한다는 지적도 있다.[168]

3. 절충적 견해 - George K. Foster

Foster 교수는, 현재 국제투자협정중재판정들은 국내판결이 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 그 심사를 자제하고 있는데, 이러한 유보의 정도보다 완화된 기준을 가져야 한다고 주장한다. 만일 청구인이 국내권리구제절차를 소진했다면, '사법구제의 거부'의 기준까지는 요구하지 말고, 국내법원의 판결은 옳은 것으로 추정을 받지만, 청구가 국내법원의 판결이 잘못된(erroneous) 것임을 보여주는 '명확하고 설득력 있는 증거 기준(Clear and convincing evidence standard)'[169]을 제시한다면

---

166) William S. Dodge, Loewen v. United States: Trials and Errors Under NAFTA Chapter Eleven, 52 DePaul L. Rev. 563, 573-74 (2002).

167) Andrea K. Bjorklund, Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence, NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects, 2004., p.278.

168) Benjamin Klafter, supra note, p.437.

169) 'clear and convincing evidence standard'는 성립되어야 하는 주장의 진실과 관련하여, 판단자의 마음에 굳은 믿음이나 확신을 주는 수단이나 입증의 정도를 의미한다. 미국 민사소송에서 사용되는 전통적인 증명책임의 기준은 "preponderance of the evidence standard"인데, 이는 당사자들(보통은 금전적 보상으로 해결되는 민사소송)로 하여금 주장과 항변을 입증할 위험을 나누도록 한다. 한 당사자가 다른 쪽을 사기 등과 같은 보다 심각한 민사적인 잘못으로 책임을 묻는 경우에는 'clear and convincing evidence standard'가 적용된다. 미 연방대법원은 '특별히 중요한 개인적 이익이나 권리가 위기에 처했을 때' 보다 높은 'clear and convincing evidence standard'가 요구된다고 밝힌 바 있다. 참고로, 형사사건에서는 국가에게 '합리적인 의심을 넘어(beyond a reasonable doubt)' 그 피고인의 죄책을 입증할 책임을 전적으로 부담시키고 있다.

그 추정은 번복될 수 있어야 한다고 주장한다. 위 기준에 따르면, 중재판정부는 그 판결이 잘못된 것일 가능성이 상당하다(highly probable)는 점이 신뢰할 만한 증거에 의해 납득되지 않으면 국내판결에 대한 심사를 유보하게 된다.[170]

만일 중재판정부가 국내 법원 판결을 신뢰하지 않으면 중재판정부의 입장에서 국내 법원 판결을 부적절하게 사후적으로 평가(second-guessing)하는 것으로 여겨질 수 있고, 이는 투자유치국 입장에서 보는 중재판정부의 합법성을 오히려 훼손하는 결과가 된다. 나아가, 국내법원은 스스로의 법을 해석, 적용하는데 최상의 위치에 있고, 증인소환 가능성 등 증거에의 접근도 용이하며, 모국어로 된 서류와 증인들을 쉽게 심리할 수 있다. 또한 투자협정들이 규정한 '의무'의 내용은 여전히 상당 부분 모호하기도 하다. 이러한 잣대는 투자자가 이미 국내소송에서 다루어진 쟁점을 무의미하게 새로이 다투는 것을 방지할 수 있다. Foster 교수는 이러한 점을 고려하여 중재판정부는 국내법원의 판결을 가볍게 배척하여서는 아니 된다고 주장한다.[171]

그럼에도 Foster 교수는 '유보'의 정도와 관련하여(국내권리구제절차를 소진한 경우를 전제로), 'Clear and convincing evidence standard'가 현재 중재판정례들이 채택하는 '사법구제의 거부'의 기준보다 낮은 기준이라고 보면서, 다음과 같은 이유로 위 기준을 지지한다; 첫째, '사법구제의 거부'를 인정하려면 중재판정부로서는 국내의 사법 공무원들(판사 등)이 악의를 가지고 업무를 수행했거나, 중대한 오류를 저질렀다고 인정해야 하는 부담을 가지는데, 위 새로운 기준은 이러한 필요를 덜어준다. 둘째, 새로운 기준은 청구인에게 보다 현실적인 승소가능성을 준다. 청구인이 'Clear and convincing evidence standard'를 충족시키기 위해서는 관련 국내법원 결정이 잘못되었다는 것을 충분히 보이면 족하지만, '사법구제의 거부' 기준을 충족시키기 위해서는 관련 법원이 투자자의 소송을 거부하고, 근본적인 적법절차를 거부하였거나 법의 적용에 있어 명백하고 악의적인 잘못을 저질렀다는 것을 입증해야 한다.[172]

---

170) George K. Foster, Striking a Balance between Investor protections and National Sovereignty : The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law 2011, p.261.

171) George K. Foster, supra note, p.262.

Foster 교수는 이러한 새로운 기준을 적용함으로써 국내권리구제절차가 추구되었을 때 국내 법원에 상당한 정도의 유보를 부여하여, Andieh 교수가 주장했듯이 투자유치국의 관점에서는 국제투자협정중재의 적법성을 증진시키는 동시에, Dodge 교수의 우려와 같이 투자자가 국내구제를 기피하게 하는 것을 예방할 수 있다고 본다.[173]

4. 검토 - 유형화 및 심사기준

가. 유형화의 필요성

'사법작용'에 관한 각 중재판정례에서 국내법원의 판결의 심사시 가지는 기준, 태도가 반드시 명확하다거나 일관된다고 보이지는 아니하고, 스스로 제시하는 심사기준과 채택한 심사기준이 반드시 일치한다고 보기도 어렵다. 각 중재판정례가 같은 내용의 판시를 언급하더라도 논의의 평면이 달라 그 입장을 이해하기 어려운 측면도 있다. 그리고 이러한 중재판정례에 대한 평가도 엇갈리는데, 각 평가는 위에서 보는 바와 같이 현재 중재판정례가 취하고 있는 유보의 정도에 대한 지지, 비판, 절충적 견해로 대별할 수는 있으나, 각자 논하고 있는 부분이 정확히 같은 지점이라고 보이지는 않고, 이 때문에 혼란이 가중되기도 한다.

이러한 혼란은, 국제투자협정중재에서 사법작용이 문제되는 유형과 각 유형에 따른 심사기준이 분류, 정립되지 않은 것에서 기인한다고 생각한다. 그러므로 국제투자협정중재에서 국내의 사법작용의 하자가 문제되는 경우를 유형화하여, 각 유형 별로 적정한 심사기준을 모색해 볼 필요가 있다.

나. 유형별 심사기준의 검토

1) 유형 Ⓐ : 사법작용을 중재의 대상으로 삼아 그 위법성을 직접적으로 다투는 경우

(1) 유형 Ⓐ에는 법원의 판단이나 조치 등이 그 자체로 위법행위를

172) George K. Foster, supra note, p.263.
173) George K. Foster, supra note, p.260.

구성하는 '최초의 하자(primary wrong)'가 포함됨은 물론이고, 외국인이 입법, 행정작용 등에 의하여 받은 권리침해에 대하여 투자유치국 국내법원에 (원고로서)제소하여 구제를 시도하였는데, 재판의 거부, 지연, 오심 등으로 권리구제가 이루어지지 않은 '이차적 하자(secondary wrong)'의 경우도 포함된다.

원칙적으로 유형 Ⓐ로 분류되는 사안은 'Res judicata 원칙'을 적용할 만한 사안이 아니라고 생각한다. 국내법원의 특정 판결이 위법한 국가의 조치에 해당한다고 하여 투자협정중재를 제기하였는데, 그 판결이 있음으로써 이미 '기결사항'이 된 동일 쟁점에 대하여는 다시 판단할 수 없으므로 그 판결에 대해서도 판단하지 않겠다는 접근은 결국 판결로 인한 외국인 투자자의 피해에 대한 구제를 거부하는 태도가 될 수 있다. 이는 판결 등 사법작용에서도 국가책임이 발생할 수 있다는 확립된 국제법의 태도, 그리고 사법작용을 투자협정중재의 대상으로 인정하는 입장과 일관된다고 보기 어렵다. 그리고 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 '기결사항'이므로 판단하지 않겠다는 원칙을 관철시키기 위해서는, 결국 '사법구제의 거부'인지 여부를 판단하기 위한 대상판결에 대한 심사를 요하므로, 모순된 판단을 가져올 수 있다. 설령 실제로는 결과에 차이가 없을지라도, 이러한 유형은 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 '기결사항'으로 볼 것인지의 관점에서 접근할 것이 아니라, 그 위법성을 '사법구제의 거부' 등의 기준으로 심사할 것인지 여부의 관점에서 접근하는 것이 논리적이다. 그리고 아래와 같이 위법성 심사기준을 유형별로 달리 적용할 경우는 물론 실익도 있다.

(2) 이 유형은 다시, Ⓐ-① '공정·공평대우' 의무 위반 등 일반조항 위반을 주장하는 경우와, Ⓐ-② 특정한 투자협정상 의무 위반을 주장하는 경우('수용 및 보상' 조항을 예로 들 수 있고, 기타 투자협정에 사법작용에 관한 특정한 의무를 명시한 경우를 상정해 볼 수 있다)로 나누어 볼 수 있다.

Ⓐ-① 유형의 경우, 사법작용과 관련한 국제적 최소기준이 곧 '사법구제의 거부를 하지 않을 의무'이므로, 투자협정상 '공정·공평대우' 의무

조항이 외국인 투자에 관한 국제적 최소기준을 규정한 것으로 해석될 경우에는 대상 사법작용의 위법성을 심사하는 기준은 당연히 '사법구제의 거부'여야 한다.

한편, 투자협정상 '공정·공평대우' 의무 조항이 독자적인 의미를 가진다고 해석될 경우에도 '사법구제의 거부'를 하지 않을 의무를 포괄한다고 보아야 할 것임은 위에서 본 바와 같은데, 이 경우 의무 위반여부의 심사기준 역시 특별한 사정이 없는 한 '사법구제의 거부'가 됨이 바람직하다고 본다. '공정·공평대우' 의무 조항은 협정상 다른 보호규범의 공백을 보충하는 일반규정적 성격을 가지고 있으므로 투자협정의 의의 등을 고려하여 해석기준이 마련될 필요가 있다. 이와 관련하여 우선, 외국인 투자자의 입장에서는 투자의 모든 단계에서 분쟁이 발생할 가능성이 있는데, 투자유치국의 사법부로부터 최소한 '사법구제의 거부'를 당하지는 않을 것이라는 신뢰, 즉, 국제적 최소기준의 보호가 제공될 것이라는 신뢰가 있어야 투자에 나아갈 수 있을 것이므로, 이는 투자협정 및 투자협정 중재제도의 취지를 달성하는데에 필수불가결하다. 그러나 한편, 모든 사법작용의 하자에 대하여 위법성을 심사하고 인정하는 것은 외국인 투자 규율과 관련하여 투자유치국의 법적안정성 및 예측가능성을 훼손하고, 사법주권을 침해할 우려가 있고, 중재판정부의 투자유치국 고유의 사법 시스템이나 정책, 법에 대한 몰이해가 그릇된 판단을 가져오게 할 가능성도 있다. 그러므로, '사법구제의 거부'가 위 일반조항의 심사기준이 되어야 하고, '사법구제의 거부'에 이르지 않는 절차상·실체상의 하자에 대하여는 단순히 '불공평하거나 불공정'하다는 이유로 위법성을 인정할 수 없다고 보아야 한다.

Ⓐ-② 유형의 경우, 특정한 의무 조항 위반을 주장하는 경우에도 사법작용에 한해서는 그 하자가 '사법구제의 거부'에 이르러야 한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 '사법구제의 거부'에 관한 기준이 'Judicial expropriation(사법적 수용)'[174] 등 특정 의무 위반여부를 판단하는데 참고적 기준이 될 수는 있겠으나, 사법작용이 협정상 특정 의무 위반을

174) Judicial expropriation or denial of justice? A note on Saipem v. Bangladesh, International Arbitration Law Review. 2010.

구성한다고 청구할 때에도 반드시 '사법구제의 거부'에 이르러야만 그 청구가 성립한다고 볼 필요는 없다고 생각한다. 협정은 기본적으로 당사국 간의 '약정'이어서, 규율하는 대상과 의무는 자유롭게 정할 수 있는 것이고, 당사국들이 국제적 최소기준보다 높은 수준의 보호를 부여하겠다는 의사를 가지고 있다면 분쟁해결단계에서 그 의사를 무시할 이유는 없기 때문이다. 다만, 이 경우에도 피소국의 사법주권을 존중하여 입법·행정작용 등 다른 하자를 대상으로 하는 경우와는 구별되는 신중한 접근과 심사가 필요함은 물론이다.

참고로, <Remeli Telekom v. Kazakhstan> 사건에서 중재판정부는 카자흐스탄 법원들의 행위는 '사법구제의 거부'에 이르지는 않는다고 하면서도, 그러나 카자흐스탄 대법원이 강제적인 투자자의 주식 상환을 승인한 것은 점진적 '수용'에 해당한다고 보아, 역시 양자를 구별하였다.[175]

다음으로, <Chevron v. Ecuador> 사건[176]은 미국의 거대 정유회사인 Chevron과 자회사인 Texaco Petroleum(TexPet)이 'U.S.-Ecuador BIT'에 의거하여 제기한 사건인데, TexPet이 에콰도르에서 운영하던 유전지역에 대규모 오염이 발생했고, 에콰도르 국가와 시민들이 TexPet을 상대로 위 오염에 관한 청구를 제기할 것을 위협하자 TexPet은 에콰도르를 상대로 에콰도르 법원에 계약위반을 주장하는 여러개의 소송을 제기하였다. 수년이 지난 2006년까지 위 소송들은 기각되거나 계류중인 상태였으므로, Chevron과 TexPet은 이 사건 중재를 제기하여 에콰도르가 BIT상 '공정·공평한 대우 의무' 규정과, '효과적인 청구와 권리실현 수단을 제공할 의무' 규정을 각 위반하였다고 주장했다.

중재판정부는 2010. 3. 30. 위 사건의 본안에 관한 일부판정(a Partial Award on the Merits)에서, US-Ecuador BIT상의 효과적인 청구와 권리실현 수단을 제공할(to provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment,

175) Mavluda Sattorova, supra note, p.37

176) Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v Ecuador (Partial Award on Merits), 30 March 2010 (ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules)(이하 'Chevron award').; 해설은 George K. Foster, supra note, pp.237-238 참조.

investment agreements, and investment authorisations) 의무가 국제관습법상 '사법구제의 거부'의 금지와 상당히 겹친다고 인정하면서도("The obligations created by Article II(7) overlap significantly with the prohibition of denial of justice under customary international law"),[177] 위 기준은 단지 국제관습법상 사법구제의 거부를 배제할 것을 요구한다기 보다는 일종의 특별법으로서("The Tribunal thus finds that Article II(7), setting out an "effective means" standard, constitutes a lex specialis and not a mere restatement of the law on denial of justice"), "사법구제의 거부와 비교해서, 구별되고 덜 엄격한 기준이 적용된다(a distinct and potentially less-demanding test is applicable under this provision as compared to denial of justice)"고 하여 역시 양자를 구별하였다. 위 각 판정은 사법작용에 대한 하자가 다른 협정상

177) Chevron award, para 242. ; "The obligations created by Article II(7) overlap significantly with the prohibition of denial of justice under customary international law. The provision appears to be directed at many of the same potential wrongs as denial of justice. The Tribunal thus agrees with the idea, expressed in Duke Energy v. Ecuador, that Article II(7), to some extent, "seeks to implement and form part of the more general guarantee against denial of justice."74 Article II(7), however, appears in the BIT as an independent, specific treaty obligation and does not make any explicit reference to denial of justice or customary international law. The Tribunal thus finds that Article II(7), setting out an "effective means" standard, constitutes a lex specialis and not a mere restatement of the law on denial of justice.

Indeed, the latter intent could have been easily expressed through the inclusion of explicit language to that effect or by using language corresponding to the prevailing standard for denial of justice at the time of drafting. The Tribunal notes that this interpretation accords with the approach taken in Amto v. Ukraine, another case that is cited by the Respondent, which considered the identically worded provision found at Article 10(12) of the Energy Charter Treaty.75"

para 243. ; "The lex specialis nature of Article II(7) is also confirmed by its origin and purpose. According to Vandevelde, such "judicial access" provisions arose in U.S. treaty practice at a time when disagreement existed among publicists about the content of the right of access to the courts of the host state, "thus making treaty protection desirable."76 Article II(7) was thus created as an independent treaty standard to address a lack of clarity in the customary international law regarding denial of justice. Vandevelde further notes that this provision was later deleted from the U.S. Model BIT when U.S. drafters deemed that other BIT provisions and customary international law provided adequate protection and that a separate treaty obligation was no longer necessary, as is shown by the reference to "effective means" in the preamble and the express reference to denial of justice in the formulation of the fair and equitable treatment standard."

의무 위반에 해당한다고 주장할 때 반드시 '사법구제의 거부'의 심사기준을 그대로 적용할 필요는 없음을 보여준다.

2) 유형 Ⓑ : 원처분을 중재의 대상으로 삼아 사법작용의 위법성을 간접적으로 다투는 경우

(1) 유형 Ⓑ는 외국인이 입법, 행정작용 등에 의하여 받은 권리침해에 대하여 투자유치국 국내 법원에서 (원고로서)제소하여 구제를 시도하였으나 좌절된 '이차적 하자(secondary wrong)'의 유형에 한정되어 발생한다. 외국인이 '원처분'만을 대상으로 하여 국제투자협정중재를 제기하였을 경우(원처분을 대상으로 한 '판결' 자체에 '사법구제의 거부'에 달하는 하자가 있어 이에 대한 책임을 묻는 경우는 별론으로 한다), 이미 '원처분'의 적법성 등에 관한 판단이 포함된 국내의 판결을 어떻게 심사할 것인가의 문제이다.

이 경우 <Azinian 사건>에서는 위에서 본 것처럼, 멕시코 법원의 판단이 사법구제의 거부에 이르지 않는 한 다시 심사할 수 없다는 취지로 판시한 바 있다. 그러나 이 경우에도 '사법구제의 거부'를 심사기준으로 삼아 '사법구제의 거부'에 이르지 못한 사법작용은 '기결사항'으로 보아 심사를 유보할 필요는 없다고 생각된다.

예를 들어, 투자협정상 명백하게 위법한(보상 없는) 수용에 해당하는 행정작용이 있었을 경우에, 청구인이 국내에서 그 행정작용에 대한 소송을 제기하였는데 국내소송에서 국제법상 '사법구제의 거부'에는 이르지 않는 여러 절차상 또는 실체상 오류로 해당 행정작용이 국내법상 위법한 수용에 해당하지 않는다는 판단을 받은 경우를 가정해 보자. 이 경우 투자자산을 보상 없이 몰수당한 청구인이 투자협정중재를 제기해도 그 쟁점에 대해서는 다시 판단받을 수 없다는 것은 가혹하고, 이렇게 볼 근거도 부족하다. 국내법원의 판단을 한 번 거쳤다고 하여, 원처분인 행정작용의 성질이나 위법성이 변하는 것은 아니다.

나아가, 원칙적으로 국내법원에서 판단한 적법성의 기준과 국제투자협정에서 판단하는 적법성의 기준, 청구원인 및 적용법이 같지 않다. 국내법이 다루는 것이 원처분이 국내법에 비추어 위법한가, 국내법상 보상

이 필요한가 등의 문제라면, 중재판정부가 다루는 것은 원처분이 투자협정중재에 위반하였는가의 문제이다. 그러므로, 원처분에 대한 국내법원의 판단이 있었다고 하여 국제투자협정중재에서도 같은 판단이 내려질 것이라고 추정할 수 없다.

이 경우 투자협정중재의 심사의 중심은 원처분의 적법성을 심사한 국내법원의 '판결'이 아니라, '원처분'이 되어야 한다고 본다. 그러므로 원처분의 위법여부는 해당 주제에 투자협정상 부과된 의무 위반여부를 기준으로 판단하여야 하지, 사법작용에 대한 판단기준으로 위법성을 심사하는 것은 타당하지 않다. '사법구제의 거부'는 국제관습법상 국가의 사법작용으로 인한 외국인의 피해가 있을 때 그 위법성을 판단하는 척도일 뿐, 언제나 국제재판소가 국내법원에 가지는 태도의 기준이 될 필요는 없다.

(2) 다만, 이 경우 이미 국내법원에서 구제절차를 거치고도, 정당한 상소심을 거치지 않고 투자협정중재를 제기하거나, 혹은 이미 국내법원에서 상소절차까지 모두 소진한 사안을 또 다시 투자협정중재에 가져와 투자협정중재를 '상소법원화' 한다는 비판이 있을 수 있다.

그러나 위와 같은 판단기준들을 고수한다고 하여 국내법원의 위상이 지켜지는 것은 아니다. 오히려 원처분의 성질을 심사의 기준으로 삼아 국내법원의 판단을 거친 사항에 대하여도 투자협정중재로 다투어 볼 수 있도록 하는 것이, 다음과 같은 이유로 각 국가의 사법주권을 수호하고 투자협정중재보다 국내법원에서 권리구제를 도모하도록 이끄는 길이 될 수 있다.

오늘날 많은 통상협정들에서 당사국들이 아래에서 보는 바와 같이 '국내권리구제절차소진원칙'의 적용을 배제, 포기하거나, 나아가서는 오히려 '택일조항(fork in the road)'과 같은 규정을 통해 국내법원에 제소한 사건에 대하여서는 국제투자협정중재에 제소할 수 없도록 함으로써 처음부터 외국인투자자에게 선택을 강요하고 있기도 하다. 이러한 상황에서, 만일 국내법원의 판단이 '사법구제의 거부'에 이르지 않는 한 원처분에 대하여 다시 투자협정중재로 다툴 수 없다고 보게 되면, Dodge 교수가 우려했던 바와 같이, 투자자들이 국내법원에서의 구제는 시도조차 하지

않을 가능성이 있다. 국내권리구제절차를 반드시 거쳐야 할 의무는 없는데, 국내권리구제절차를 소진하면 투자협정중재절차에서 구제를 받을 가능성은 현저히 낮아진다면, 투자자 입장에서는 국내법원에의 제소를 기피하고 바로 투자협정중재를 제기할 것이라고 추단할 수 있다. 이는 국내법원의 의미, 효율성 등을 고려할 때면, 투자자와 투자유치국 모두에게 여러 모로 낭비가 된다. 또한, 투자유치국으로부터 스스로 침해작용의 위법성을 판별하여 투자자를 구제할 가능성마저 박탈하고, 그 국가의 정책적 판단을 바로 국제적 무대에 회부당함으로써, 투자유치국의 주권을 한층 더 침해할 우려가 있다.

또한 실제로 투자협정 중재판정례들은 '사법구제의 거부'의 기준을 요구하면서도 원처분의 사실관계, 국내법원 판단의 경위(적용법리, 절차 등) 등을 모두 판단하고 있다. 위에서 본 <Azinian 사건>에서도, 원처분(양허계약의 취소)의 배경(양허계약이 기망에 의해 체결되었는지) 및 멕시코 법원의 판단 법리 등을 심사에 반영한 바 있다. 그러므로 '사법구제의 거부'의 기준을 안일하게 요구하는 것이 곧바로 사법주권을 수호하는 길은 아니다.

(3) 나아가, 국내법원에서 판단한 사항을 다시 투자협정중재에서 심사한다고 하더라도 국내법원과 투자협정중재판정과의 사이에 그리 큰 충돌을 야기하지는 않을 가능성도 있다. 위에서 본 것처럼 국내법원에서의 심리와 국제투자협정중재의 심리는 각 청구원인과 쟁점이 다른 경우가 많으므로, 이 경우는 직접적인 모순·충돌이 야기된다고 보기 어렵다.

이와 달리 심리에 공통 쟁점이 있을 경우에는 투자협정상 '택일조항' 또는 '포기조항'이 적용될 수 있다. 투자협정에서 국내권리구제절차와 투자협정중재간에 택일조항('Fork-in-the-road clauses)을 둔 경우 투자자가 이미 국내법원에 소송을 제기한 경우에는 투자협정중재의 이용 자체가 제한되고, 포기조항(waiver clauses)을 둔 경우에는 투자자는 국내법원에서의 소송절차의 개시 또는 계속을 포기하고 투자협정중재절차를 개시해야 하는 부담을 진다. 이러한 각 조항의 취지 중 하나는 국내법원의 판단과 투자협정중재의 판단이 모순·충돌되는 것을 방지하기 위함이기도 하다. 예를 들어, 한미FTA는 한국이 피청구국일 경우에는 '택일방

식'을 따른다는 특칙을 두고 있다. 따라서 한국 정부를 상대로 하는 미국인 투자자는 분쟁 초기 단계에서 국내재판절차와 국제중재절차 중 하나만을 택하여 협정위반을 주장할 수 있고, 만일 국내에서 어떠한 침해작용에 대한 소송을 제기하였는데 그 구제가 좌절되었다면, 동일한 당사자가 동일한 쟁점을 대상으로 한미FTA에 근거하여 투자협정중재절차를 제기하는 길은 봉쇄된다. 그러므로 한국법원이 이미 판단한 쟁점을 투자협정중재절차에서 중재판정부가 다시 심사하여, 한국법원의 판단이 그릇되었고 원처분은 한국법원의 판단과 달리 위법한 것이라는 판단을 내릴 가능성은 일정 부분 감소한다고 볼 수 있다.

(4) 그러나 한편, 국내법원이 국내법을 해석, 적용하고, 또 국내에서 일어난 침해적 '원처분'의 경위, 성질, 내용 등을 가장 정확히 파악할 수 있는 위치에 있으므로, 국내법원이 '원처분'의 적법성에 대하여 한 판단은 어느 정도 존중되어야 하고, 투자협정 중재판정부로서도 사후적인 관점에서 이를 함부로 배척하는 것은 지양할 필요가 있다. 국제투자협정중재가 국내법원의 판결에 대하여 상소심처럼 기능하는 것은 국내 사법시스템, 사법주권에 대한 침해가 될 우려가 있을 뿐 아니라, 투자협정 및 투자협정중재제도의 적법성을 동시에 훼손할 수 있다.

이를 위해 투자협정 중재판정부로서는, 만일 국내법원에서 정상적인 재판절차를 거쳐 원처분의 적법성 등에 대한 판결을 하였다면, 동일 쟁점에 관하여는 그 판단이 옳은 것으로 일단 '추정'하고, 원처분에 대한 심사를 개시하여 위 판단을 번복할 만한 명확한 사정이 있는지의 관점에서 접근하는 것이 바람직하다고 본다.

제6절 투자협정중재에서의 구체적인 'Denial of Justice' 판단기준

I. 서론

위와 같은 유형화를 전제로 할 때, 최초의 하자 및 이차적 하자 모두에서, 청구인이 사법작용을 직접 중재의 대상으로 삼아 사법작용의 위법

성을 직접적으로 다툴 경우에는 '사법구제의 거부'가 그 심사기준이 된다. 그런데 '사법구제의 거부'의 근거가 되는 '공정·공평대우'나 '사법구제의 거부' 모두 다소 추상적이고 유연한 기준이자 국제관습법의 발전에 따라 진화하는 개념이다. 따라서 이하에서는, 투자협정중재사례들이 '사법구제의 거부'를 심사하는데 실제 적용한 기준을 살펴본다.

II. 국제투자협정중재 사례분석

1. Azinian 사건

가. 심사기준

대상판정에서 청구인은 멕시코 Naucalpan시의 양허계약 취소 문제만을 다투었고, 이 취소가 적법하다고 승인한 국내법원의 판결을 직접 중재의 대상으로 삼지는 않았으며, '사법구제의 거부'의 청구도 제기한 바 없다.

그럼에도 중재판정부는, 위에서 본 바와 같이, 사법결정에 대한 국가책임은 '사법구제의 거부' 또는 '국제적으로 위법한 목적을 달성하기 위한 가식'에 해당함을 증명하지 못하는 한, NAFTA 위반은 성립할 수 없다고 하면서, '사법구제의 거부'의 청구가 제기될 수 있는 경우를 "국내법원이 ① 소송을 다루기를 거부하거나(refuse to entertain a suit), ② 부당하게 재판을 지연시키거나(subject it to undue delay), ③ 심각하게 부적절한 방법으로 사법을 수행하거나(administer justice in a seriously inadequate way), ④ 명백하고 악의적인 법의 오적용(clear and malicious misapplication of the law)이 있는 경우"로 규정하였다.[178)]

나. 사안에의 적용

178) Azinian award, para 102-103. ; "A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. There is no evidence, or even argument, that any such defects can be ascribed to the Mexican proceedings in this case. There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law. This type of wrong doubtless overlaps with the notion of "pretence of form" to mask a violation of international law."

이를 전제로 한 가정적인 판단에서 대상판정은, 양허계약의 취소를 승인한 멕시코 법원의 판결은 악의적이지 않음은 물론, 자의적이었다고 볼 여지도 없다고 하여, '사법구제의 거부'를 구성하지 않는다고 판단했다.

2. Mondev 사건

가. 심사기준

대상판정은 위에서 본 것처럼 NAFTA 제1105조가 외국인(투자)의 대우에 관한 국제적 최소기준에 관한 것임을 전제로, '현재 시점'의 사법구제의 거부에 관한 '국제관습법의 내용(기준)'에 관한 심리에 나아갔다.

피청구인(미국)측에서 사법구제의 거부와 관련된 '최소기준'이란 Mexican Claims Commission이 <Neer 사건>에서 1926년에 제시한 이른바 'Standard of outrageous treatment'에 한정되어야 한다는 항변을 제기하였으나, 위 판정부는, i) 위 사건은 범인을 잡기 위한 경찰력을 효과적으로 가동시키지 않은 책임에 관한 것이었고, 일반적으로 국가는 사적 주체의 행위에 대해 책임을 지지 않고 특별한 경우에만 책임이 발생한다는 것이므로, 그 판단을 위한 기준을 외국인 투자자에 대한 국가의 처우가 문제되는 이 사건에 적용하기에는 불충분하고,[179] ii) 국제관습법은 진화하는 기준이므로, 외국인 투자자에 대한 보호가 발전하지 못했던 1920년대의 기준을 그대로 차용할 수는 없으며,[180] iii) 수많은 투자협정들이 대부분 통일적으로 '공정·공평 대우'와 '보호와 안전보장'을 규정하고 있는데 이러한 축적된 관행은 진화하는 국제법에 영향을 미쳤다[181]는 이유로 위 주장을 배척하였다.[182]

이어서 대상판정에서는, 'ELSI' 사건에서 제시된 "사법적 적절성에 충

179) Mondev award, para 115.
180) Mondev award, para 116.
181) Mondev award, para 117.
182) Mondev award, para 116, 123. ; "To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat a foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith... the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognized in arbitral decisions in the 1920s."

격을 주거나, 적어도 놀라게 하는, 고의적인 적법절차의 무시(a willful disregard of due process of law... which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety)"라는 기준을 원용하면서, 위 사건에서 위 기준은 비록 행정행위가 자의적인지 여부를 판단하는데 사용되었던 것이나, 이는 '사법구제의 거부'의 맥락에서도 유용한 기준이라고 보면서,[183] 결국 "쟁점은... 모든 관련 사실을 종합하여 의문시된 결정이 명백히 부적절했고 신임할 수 없는(clearly improper and discreditable) 결정이어서, 그 결과로 인해 투자가 불공정하고 불공평한 대우에 처했다고 결론지을 수 있는지"라고 하였다.[184]

나. 사안에의 적용

대상판정은 위 기준에 따라 제1105조 위반여부를 심사하여, SJC가 판결을 통해 ① LPA의 보스톤시를 상대로 한 계약상 청구를 기각한 것, ② 계약상 청구에 관한 사실관계의 문제(특히 Mondev가 계약 이행에의 의지와 능력이 있었는지 등)를 사실심 배심원단이 판단하도록 환송하지 않은 것, ③ SJC가 새로운 법을 소급적으로 적용하고 있는것은 아닌지 고찰하지 않은 것, ④ BRA에게 매사추세츠 불법행위법에 따른 면책을 인정한 것 모두, '사법구제의 거부'에 해당하지 않는다고 보아, 이 사건을 전부 기각하였다.

특히, ② 쟁점과 관련하여서는, LPA가 계약이행의 의사와 능력이 있었는지 등은 사실관계에 관한 사항이므로 SJC가 사실심으로 환송하여 배심원들로 하여금 심리하게 하지 않은 것은 절차적인 사법구제의 거부에 달한다는 취지의 Mondev측의 주장을 배척하면서, 국내의 절차규정의 운용의 문제는 국내 법원에 부여되어 있으며, "Mondev측의 접근에 의하면, NAFTA 재판소는 상소법원으로 변질될 것이고, 이는 그들의 역할이 아니"라고 하였고, 원고는 상고허가신청을 할 권한도 있었으므로,

183) Mondev award, para 127.

184) Mondev award, para 127. ; "In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment." 이에 덧붙여 대상판정은, 이 기준이 다소 개방적인 기준임을 시인하면서도, 실제 여러 가능성을 포섭하기 위해 보다 정확한 공식이 제공될 수는 없다고 하였다.

이러한 상황에서 '절차적 사법구제의 거부'는 인정되지 않는다고 판단하였다.[185]

3. Loewen 사건

가. 심사기준

대상판정 역시, NAFTA 제1105조의 '최소대우기준' 위반을 인정하기 위해서는 사법부의 '불성실 또는 악의(bad faith or malicious intention)'가 있어야 한다는 피청구인측의 주장을, "국가의 실무나 국제중재판정부의 결정뿐만 아니라 평론가들의 견해 그 어떤 것도 '악의(bad faith)'나 '해의적 의도(malicious intention)'가 국제적 정의의 위반이라고 할 수 있는 불공정하고 불공평한 대우 또는 사법구제의 거부가 되기 위한 필수 요소라는 것에 동의하지 않는다."[186]고 하여 역시 배척하였다.

이어서 대상판정은, <Pope&Talbot Inc. v. Canada 사건>에서 <ELSI 사건>으로부터 차용했던, "사법적 적절성에 충격을 주거나, 적어도 놀라게 하는, 고의적인 적법절차의 무시(a willful disregard of due process of law... which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety)"라는 기준을 원용했고,[187] 아울러 <Mondev 사건>의 "명백히 부적절하고 자의적인(clearly improper and discreditable)" 기준도 아울러 적용했다.[188]

한편, 대상판정은 국내법에 위반한 재판인지 여부는 판단사항이 아니지만, 국제법은 국내법의 '차별적' 위반에는 특별한 중점을 둔다면서, "국내법에 위반하고, 외국인 소송수행자에게 차별적인 결정은 국제법상 중대한 부정의에 해당한다."고 보았다.[189]

---

185) Mondev award, para 136.

186) Loewen final award, para 132. ; "Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms."

187) Loewen final award, para 131.

188) Loewen final award, para 133.

189) Loewen final award, para 135; "A decision which is in breach of municipal law and is

나. 사안에의 적용

청구인은, 위 하급심 재판에서 미시시피 주 법원(1심) 판사가, 원고측 변호인에 의한 ① 국적, ② 인종, ③ 계층적 편견에 호소하는 전략적 변론을 허용하는 오류를 범했다고 주장했었는데, 이와 관련하여 대상판정은, "...외국인 투자자가 당사자일 때 공정한 재판을 제공하는 것은 국제법상 국가의 책임, 나아가서는 그 국가의 법원의 책임이다. 국가의 법원은 그 소송이 외국인 소송당사자에 대한 차별로부터 자유롭고, 그 외국인이 지역적 편견의 희생자가 되지 않도록 보장할 책임이 있다. ...판사는 불공정한 재판으로 귀결될 수 있는 불공정한 전략을 방지할 적극적인 의무를 진다."고 보았다.[190]

이를 전제로 대상판정은, 1심 판사에 의해 허용된 원고(O'keefe)측의 편견어린 주장들과,[191] 위 판사가 그 영향에 대해 배심원단을 올바로 지도하지 않은 것[192]을 언급하면서, 위 재판에서의 "...판사의 행위는 매우 결함이 많아 국제법상 명백한 부정의(manifest injustice)에 상당하는 오심(miscarriage of justice)에 해당한다."고 강조하였다.[193]

그 외에 국제적 최소기준에 미치지 못하는 많은 불공정한 대우 중 하나의 예로서, 중재판정부는 배심원단은 첫단계에서 전보배상과 징벌적 손해배상을 모두 고려하여 배상액을 정했는데(전보배상액 1억 달러, 징벌적 손해배상액 1억 6천만 달러), 하급심 판사가 전보배상액 부분만 받

---

discriminatory against the foreign litigant amounts to manifest injustice according to international law."

190) Loewen final award, para 123; "In reaching the conclusion stated in the previous paragraph, we take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice. In the United States and in other jurisdictions, advocacy which tends to create an atmosphere of hostility to a party because it appeals to sectional or local prejudice, has been consistently condemned and is a ground for holding that there has been a mistrial, at least where the conduct amounts to an irreparable injustice. In such circumstances the trial judge comes under an affirmative duty to prevent improper tactics which will result in an unfair trial."

191) Loewen final award, para 56-70.

192) Loewen final award, para. 88-91.

193) Loewen final award, para. 54 ; "...we have reached the firm conclusion that the conduct of the trial by the trial judge was so flawed that it constituted a miscarriage of justice amounting to a manifest injustice as that expression is understood in international law."

아들이면서, 배심원단에게 징벌적 손해배상을 새로이 판단하도록 지시하여, 결과적으로 징벌적 손해배상액의 액수가 대폭 증액된 부분을 들었다{결국 배심원단은 5억 달러(전보배상액 1억 달러, 징벌적 손해배상액 4억 달러)의 배상판정을 하였는데, 이는 미시시피에서 있었던 손해배상판결 중 가장 큰 액수였다}.[194]

대상판정은 위 재판을 "수치(disgrace)"라고 평가하였고, 어떠한 심사기준에 의하더라도 O'keefe의 변호사들(특히 Mr.Gary)이 사용한 소송전략은 허용될 수 없으며, 어떠한 평가기준에 의하더라도 1심 판사는 Loewen측에 적법절차를 제공하는데 실패했다고 판단했고,[195] 위 사건에서의 재판 전체는 "명백히 부적절하고 자의적"이고, "사법적 적절성을 침해할 정도로 불공정"하여, '국제적 최소 기준'과 '공정하고 공평한 대우'에 부합하지 않는다고 하였다.[196]

4. Waste Management 사건

대상판정이 국제적 최소기준을 적용한 '사법구제의 거부' 심사기준에 관한 <Mondev 사건>과 <Loewen 사건>의 판정을 인용하면서, 제1105조의 심사기준("그 행위가 자의적이고, 극도로 불공정하며, 불공평하거나 기이하고, 청구인을 집단적인 또는 인종적인 편견에 노출시키거나, 사법적 적절성을 위반하는 결과로 이어지는 적법절차의 결여를 수반하는 경우")을 제시한 것은 위에서 본 바와 같다.

이러한 기준을 바탕으로 멕시코 연방법원의 판결을 심사하여 대상판정은, 멕시코 법원의 판결은 <Azinian 사건>에서 제시한 '사법구제의 거부'의 사례에 포함되지 않고, 표면상으로서 자세히 검토한 결과로나, 명백하게 자의적이거나, 불공평하거나 기이한 사정이 없으며, Acaverde가 외국인에 의해 소유되고 있다는 점을 이유로 한 차별의 흔적이나, 적법절차의 명백한 결여를 찾을 수 없다고 판단하였다.[197]

한편, 위 사건에서 멕시코측은, 멕시코 법원에서의 소송과정에서 피고

194) Loewen final award, para 122.
195) Loewen final award, para 119.
196) Loewen final award, para 132-137
197) Waste Management award, para 130.

측인 시의 행위가 사법구제의 거부에 달한다고도 주장하였는데, 이에 대하여 대상판정은, "소송 당사자의 부적절한 전략이 법원에 의해 지지되거나, 법이 이상한 특권을 부여해 적법절차의 결여로 이르는 사정이 수반되지 않는 한, 소송당사자가 '사법구제의 거부'를 범할 수는 없다."고 보면서, Loewen 사건의 판시에 비추어 보아도 이 판결과정에 하자를 찾을 수 없다고 하였다.[198]

III. 소결론

위 투자협정중재 사례들을 종합해 보면, '사법구제의 거부'에 관하여 현존하는 국제관습법을 적용하는 기조를 유지하면서, 1920년대의 극단적인 태도보다는 조금 더 완화된 요소들을 기준으로 삼고 있다. 이러한 기준에 의하면, 국내의 사법작용이 '사법구제의 거부'에 이르기 위해서는 단순한 실수나 절차상 하자, 또는 다른 재판부에 의하면 달리 판단될 수 있다는 사정 정도로는 충분하지 않고, 충격적이거나 놀라운 정도의 적법절차의 고의적인 결여, 또는 명백하게 부적절하고 자의적 또는 차별적인 판단을 포함할 것을 요한다.

위와 같은 기준에 비추어 우리나라의 사법제도를 돌이켜 보면, 우리나라의 판결이 투자협정중재에서 위법하다고 판단될 위험이 그리 크지는 않다고 판단된다. 우선, 우리나라는 외국인에게 원칙적으로 차별 없는 사법서비스를 제공하고 있으므로 '재판의 거부' 등의 문제는 특별한 사정이 없는 한 발생할 여지가 없고, 우리나라의 소송절차는 세계 어느 나라의 사법제도와 비교하여도 신속하게 진행되는 편에 속한다. 나아가, 외국재판의 승인, 집행과정도 국제적 기준에 부합하게 이루어진다는 평가를 받고 있다.

나아가, 제도의 측면에서도, 3심제를 갖추고 있고, 법관도 투표로 선출하는 것이 아니라 시험 등을 거쳐 선발하는 제도를 가지고 있어 법관의 자질이 문제되는 경우는 많지 않으며, 배심재판제도는 형사재판에 한하여 일부 도입되었고 민사재판에는 아직 도입된 바는 없다. 그리고 징벌적 손해배상제도도 갖고 있지 아니하므로, 천문학적인 배상액이 책정

198) Waste Management award, para 131.

되는 사례도 흔치 않다.

앞으로도 국제적으로 사법구제의 거부에 대한 책임을 지는 사태를 예방하기 위해서, 외국인 투자자에게 차별 없는, 국제적 최소기준 이상의 사법서비스를 보장하기 위한 사법부와 법관의 노력이 전제되어야 할 것이고, 국제적 최소기준에 관한 연구도 계속 수반되어야 함은 물론이다.

그러나 한편, 모든 제도는 완벽하지 않고, 제도를 구성하는 모든 사람의 자질을 담보할 수 없으며, 재판에는 오류가 있기 마련이다. 이러한 오류를 시정하기 위해 우리나라를 비롯한 대부분의 법체계에서는 3심제를 두어, 상급심에서 하급심의 오류를 시정하고 침해를 받은 당사자를 구제할 수 있는 길을 확보해 두고 있다. 그런데 개개의 하급심에서 각 재판부가 한 판결이 '사법구제의 거부'를 구성할 수 있다면, 국가가 사법작용에 대한 책임을 지게 될 위험은 크게 증가할 수 밖에 없다. 그러므로, 해당 사법작용이 최종심까지 거쳤는데도 구제가 이루어지지 않은 경우에 한정하여서만 그 사법작용에 대한 국가책임이 발생하는 것으로 보아야 한다는 것이, 바로 이어서 볼 '최종성의 원칙'에 관한 논의이다.

제4장 Denial of Justice와 최종성의 원칙(Finality rule)

제1절 최종성의 원칙(Finality rule)의 의의

국제관습법상 외교적 보호권을 행사하기 위한 요건으로 아래에서 자세히 검토할 '국내권리구제절차소진원칙'이 요구된다. 그런데 이와는 별개로, '사법구제의 거부'에 대한 국가책임이 문제되는 경우에는, 해당 사법작용과 관련된 국내권리구제절차를 모두 소진했을 때, 즉 모든 상소심 구제절차를 완료했는데도 구제받지 못한 경우에 한하여 국가책임이 성립한다는 시각이 있다. 이러한 원칙을 국내권리구제절차소진원칙과 구별하여 '최종성의 원칙(rule of finality)'라 한다.

국내권리구제절차소진원칙이 적용되어 모든 구제절차를 소진할 것이 제소요건으로 요구되는 경우에는 위 원칙을 굳이 따로 고려할 필요가 없을 것이나, 투자협정에서 국내권리구제절차소진원칙을 요구하지 않거나 명시적으로 면제한 경우에도 실체적인 본안(merit)요건으로 상급심까지 가능한 구제수단을 모두 사용할 것{이른바 '최종성(finality)'}을 요구할 수 있는지가 문제된다. 위 논의는 특히, 청구인이 투자유치국내 하급심의 판결 또는 절차로 인해 권리가 침해되었다고 주장하면서, 상소 등을 제기하지 않은 채 곧바로 그 하급심의 사법작용에 대한 투자협정중재를 제기했을 때 실익이 있다.

제2절 비교개념 - 국내권리구제절차소진원칙(Exhaustion of local remedies rule)

I. 국내권리구제절차소진원칙의 의의

1. 개념 및 연혁

전통적으로 피해자가 현지에서 이용할 수 있는 권리구제수단을 모두 시도하였음에도 불구하고 구제를 받을 수 없을 경우에만 모국이 외교적

보호권을 행사할 수 있다고 보았고,[199] 이를 '국내권리구제절차소진원칙' 또는 '국내적 구제완료의 원칙'이라 한다. 위 원칙은 역사적으로 9세기 경에 국가간 '보복(또는 복구, reprisals)'의 관행에 적용되었고, 이후 '외교적 보호권'의 법리에 적용되었으며, 국제재판소에 청구를 제기하기 전의 전제요건으로 요구되어 왔다.[200]

국내권리구제절차소진원칙은 가장 오래되고 널리 받아들여진, 국제관습법상 확립된 법원칙 중의 하나이다. ILC 국가책임규정초안 제44조(Adimissibility of claims) (b)항은, "**국내권리구제절차소진원칙이 적용되는 청구인데, 가능하고 효과적인 구제수단이 소진되지 않았다면, 국가책임은 원용될 수 없다**"고 규정하고 있다. ILC 국가책임규정초안 주석서는 위 규정에 대해, 위 원칙이 '**중요한 국제관습법상 원칙**'이라고 하면서 같은 취지의 <ELSI 사건>을 원용하기도 하였다.[201]

국내권리구제절차소진원칙과 관련된 대표적인 국제분쟁사례는 ICJ에 회부되었던 <Interhandel 사건(Switzerland v. U.S.)>이다. 위 사건에서 스위스국적의 Interhandel사는 미국이 강제관리하고 있는 미국 내 GAF 사의 주식의 소유권을 주장하면서 1948. 10. 미국 연방법원에 소송을 제기하였으나 1957년까지 판결이 내려지지 않았고, 국적국인 스위스는 1957. 10. 이 사건을 ICJ에 제소하였다. ICJ에서 미국은 재판소의 관할권을 부인하는 몇 가지 선결적 항변을 제출하였는데, 그 중 하나가 Interhandel사가 미국에서 국내적 구제를 다하지 않은 상태에서 이 사건이 제소되었다는 것이었다. 재판부는 국내적 구제가 완료되었다는 미국의 선결적 항변을 받아들여, 스위스의 제소를 수락하지 않았다.[202] 위 사건에서 ICJ는 1959년에, 위 원칙의 근거는 국내 법원, 중재재판소 또는 분쟁조정위원회에 모두 공통된다고 하면서,[203] 다음과 같이 판시하였다 ;

---

199) 정인섭, supra note, p.364.
200) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.361.
201) James Crawford, supra note. pp.264-265.
202) 정인섭, supra note, p.366.
203) Interhandel Case (Switz. v. U.S.) 1959 I.C.J. 6, 29.

"국제소송을 제기하기 전에 국내권리구제절차를 소진해야 한다는 원칙은 확립된 국제관습법이다; 위 원칙은 국가가 국제법에 반하여 다른 나라에서 권리가 침해되었다고 주장하는 자국민의 청구를 하는 사안에서 일반적으로 준수되었다... 무엇보다도 위 원칙은 <Interhandel 사건>처럼 국내법원에 절차가 계속중이고, 두 가지 소송이 같은 결과를 얻고자 하는 것일 때 준수되어야만 한다."[204]

2. 목적

'국내권리구제절차소진원칙'은 '최종성의 원칙'과 비교할 때 그 연혁, 성질, 적용범위 등은 상이하나, 그 원칙의 목적에는 상당부분 공통점이 있다.

'국내권리구제절차소진원칙'의 첫 번째 목적은 위법행위가 발생한 국가에서 해당국의 국내법을 통한 시정의 기회를 부여하는 것인데[205] 이는 그 국가의 주권에 대한 존중의 표현이기도 하다. 국가는 주장되고 있는 외국인의 권리에 대한 이른바 '침해'에 대하여 스스로 교정할 기회를 갖지 않는 한 그에 대해 책임이 있다고 볼 수 없기 때문이다. <Interhandel 사건>에서 ICJ 역시 그러한 취지로 판단한 바 있다.[206][207]

---

204) Interhandel Case(Switz v. U.S.), 1959 I.C.J. 5, 27(Mar. 21)(정인섭, supra note, pp.366-367에서 재인용) ; "The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law.
... A fortiori, the rule must be observed when domestic proceedings are pending, as in the case of Interhandel, and when the two actions, that of the Swiss company in the United States Courts and that of the Swiss Government in this Court, in its principle Submission, are designed to obtain the same result: the restitution of the assets of Interhandel vested in the United States."

205) 정인섭, supra note, p.364.

206) Interhandel(Switz. v. U.S.), 1959 I.C.J. 6, 27 (Mar. 21) ; "그러한 상황에서 국제 법정에 구제를 구하기 전에 침해가 일어난 국가는 국내 법체계 안에서 스스로의 수단으로 구제할 기회를 가져야 하는 것이 필수적이라고 여겨졌다(Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system)."

위 원칙의 두 번째 목적은, 국내법원의 활용도를 높이기 위한 것이다. 실제로 위법행위가 일어난 국가의 국내법원은 분쟁당사자들과 대상 가해행위(또는 분쟁)의 법정지로서 피해여부를 확정하고, 국내법을 해석·적용하며, 적정한 구제수단 내지 피해금액을 산정하는데 가장 유리한 지위에 있다. 그리고 통상 국내구제절차는 국제소송절차에 비해 더 신속하고, 저렴하고, 보다 효율적이다. 국내법원의 상소심은 국제법위반에 한정되지 않고 보다 넓은 범위의 심리를 제공한다.[208] 나아가 국내법원의 상급심은 하급심의 판결을 파기할 수 있으나, 국제기구는 국가책임을 부여할 지언정 하급심을 파기하는 효과는 없다.[209]

위 원칙의 세 번째 목적은 국제 분쟁 및 국제 소송의 감소이다. 국내권리구제절차소진원칙은 분쟁이 국제적 분쟁으로 비화되기 전에 국내단계에서 해결될 가능성을 높임으로써 모국에게는 외교적 보호권의 행사나 청구의 부담을, 국제재판소에게는 소송의 부담을 줄여주는 기능을 하기도 한다.[210][211]

3. 성질

대부분의 학자들은 위 원칙이 절차적 성질을 가진 것으로 설명한다. 본안이 이유 있는 사건의 경우에도 제소요건으로서 허용성을 막는 효과가 있기 때문이다.[212] 따라서 대부분의 사건에서 위 원칙은 피청구국의 본안전 항변사유로 원용되고 있다.

---

207) Loewen final award에서도 위 원칙의 목적에 대해 같은 취지로 판시하였다; "afford [s] the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision."(Loewen final award, para 156)

208) Loewen final award, para 162. ; "...domestic appeal or review would offer more wide-ranging review as they are not confined to breaches of international law."

209) Jan Paulsson, supra note, p.102.

210) William S. Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000, p.362.

211) Feeman은 위 원칙의 의의에 관해 ① 국내 상소 결과는 국제소송을 불필요하게 만들 수 있고, ② 상소과정에서 나오는 사실관계들은 그 외국인을 위한 국제적 청구를 자제시킬 수 있으며, ③ 국내기관이 국제법 요구사항에 합치한다는 추정은 사법구제의 거부에 의해서만 번복되고, ④ 국가간 마찰이 감소하며, ⑤ 숙고할 가치가 있는 문제에만 청구를 한정함으로써 국제적 책임의 무게와 예외적인 성격이 존중된다는 점을 들었다(Jan Paulsson, supra note, p.101).

212) George K. Foster, supra note, p.210.

나아가, 1989년 ICJ는 <ELSI 사건>에서, 양국간의 국제중재절차는 규정하고 있으나 국내권리구제절차소진원칙에 대해서는 언급하지 않고 있는 FCN 조약[213]에 따른 중재신청시 국내권리구제절차의 소진이 필요한지에 관하여, 위 원칙은 "국제관습법상 중요한 원칙"으로서, "그러한 의도를 명확히 추단할 수 있는 말이 없이는, 암묵적으로 면제되었다고 볼 수는 없다."고 하였다.[214]

4. 소진이 요구되는 '국내권리구제절차'의 의미

한편, 위 원칙은 합리적인 수준에서 적용되어야 할 것이므로, 오로지 '가능하고 효과적인(available and effective)' 구제수단만이 소진될 것을 요구받는다. 단순히 형식적으로 구제수단이 존재하는 것에 그치고, 실현 가능성이 없어 보이거나(improbable)[215], 명백히 소용없는(obviously futile)[216] 구제수단의 소진까지 요구된다고 볼 수는 없다.

II. 국제투자협정에서 국내권리구제절차소진원칙의 규정방식

1. 규정방식의 종류

1) 적극적으로 투자협정상 명문의 규정에 의하여 국내권리구제절차소진원칙이 적용됨을 규정하는 예가 있고, 이런 방식은 초기의 투자협정에서 주로 발견된다.

2) 다음으로, 위 첫 번째 방식에 약간의 변형을 가하여, 국내권리구제

---

213) FCN Treaty Art. XXVI ;
Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or the application of this Treaty, which the High Contracting Parties shall not satisfactorily adjust by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties shall agree to settlement by some other pacific means.

214) Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. Italy), 1989 I.C.J. 15, 42, 50 (July 20). ; "unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so."

215) Jan Paulsson, supra note, p.113.

216) C. F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law 4(2d ed. 2004), p.206(George K. Foster, supra note, pp.210-211에서 재인용).

절차를 먼저 이용하되 일정한 기간이 지난 이후에는 투자협정에 의한 분쟁해결절차에 의할 수 있다고 규정하는 방식이 있다.

3) 한편, 국내권리구제절차소진이 요구되지 않는다고 명시적으로 규정하는 방식이 있는데, i) 그 중에서는 국내권리구제절차를 투자자가 선택할 수 있는 수단의 하나로 규정하는 방식이 있고(포기조항), ii) 투자자가 국내권리구제수단을 이용함으로써 중재에 관한 권리를 상실한다고 규정하여 두 절차 중 하나를 선택하도록 하는 방식(택일조항)이 있다.[217] 이러한 조항들은 모두 국내재판절차와 투자협정중재절차가 동시에 진행되어 모순된 결과가 나오는 것을 방지하기 위한 규정들이다.[218]

2. 포기조항(waiver clauses)

이는 투자협정중재를 청구하기 위해서는 사전에 국내구제절차의 개시를 포기하거나 분쟁을 국내법원에서 다투던 도중에도 이를 중단하고 포기해야만 투자협정 중재청구를 제기할 수 있도록 허용하는 방식이다. 이에 의하면 국제중재 청구를 제기하기 이전에 국내법원에서 절차를 개시하거나, 국내구제 도중 소를 취하하고 국제중재를 제기할 수 있으나, 투자협정중재에 회부한 후에는 국내법원에의 제소가 금지된다.[219]

미국은 체결된 국제조약이 즉시 국내법적 효력을 갖지 못하며 이행입법(implementation)을 거쳐 이를 국내화하는 구조를 취하며 국내법원에서는 국내법 위반만을 주장할 수 있을 뿐 협정위반을 직접적으로 주장할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 미국 국내법원에서는 국내법 위반여부를 다투고 국제중재에서는 협정위반을 다투게 되므로, 이러한 나라들은 '포기방식'을 취하는 것이 통례이다.[220]

3. 택일조항(Fork-in-the-road clauses)

BIT들은 통상 투자자로 하여금, 구제절차를 개시할 법정지(forum)를

217) 장승화, supra note, pp.172-176
218) 변필건, 한국의 투자협정해설서 : BIT와 최근 FTA를 중심으로, 법무부, 2010, p.360.
219) 변필건, supra note, p.360.
220) 변필건, supra note, pp.360-361.

스스로 선택하게 한다. 국내법원이든 국제중재재판소든 한 쪽을 택해 절차를 개시하였다면, 그 절차에서 구제 성공여부를 불문하고 다른 절차에서 재차 구제를 시도할 수는 없다는 것이다. 전형적인 '택일조항'은 국제중재절차를 개시하기 위한 선결요건으로 국내법원에서 구제절차를 개시할 권리를 포기할 것을 요구한다. 그리고 일단 국내법원에서 구제절차를 밟기 시작하면, 국제투자협정중재절차에 제소를 할 수는 없게 되는 것이다.[221]

우리나라처럼 조약이 별도의 국내 이행입법을 요하지 않고 바로 국내법과 같은 효력을 지니는, 소위 국제조약의 국내법적 효력에 관하여 '일원주의(monism)'를 택하는 법제에서는 협정위반을 국내법원에서도 다툴 수 있으므로 국내법원과 국제중재의 결론이 상충되는 것을 피하기 위해 '택일방식'을 규정하는 것이 통례이다.[222] 우리가 규정한 기존 FTA 및 투자협정도 모두 '택일방식'을 따르고 있다. [223]

이러한 택일방식은 처음부터 국내법원과 국제중재 중 하나를 택일토록 함으로써 절차가 간명해지는 장점이 있으나, 투자자가 동 조항의 존재를 모른채 분쟁을 국내법원에 제기한 경우에는 국제중재 이용이 제한되므로 투자자 보호에 미흡하다는 비판이 제기되기도 한다.[224]

4. ICSID 협약

ICSID 협약 제26조는 다음과 같이 규정하고 있다;

"본 협약에 따른 당사자의 중재동의는 달리 규정한 바가 없으면 다른 어떠한 구제수단도 배제한 상태에서 그러한 중재에 동의한 것으로 간주된다. 체약국은 본 협약에 따른 중재동의의 조건으로서 현지의 행정적 또는 사법적 구제수단을 완료할 것을 요구할 수 있다(Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of

221) Benjamin Klafter, supra note, pp.414-415.
222) 변필건, supra note, p.361.
223) 변필건, supra note, p.361.
224) 변필건, supra note, p.361.

any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention)."

위 규정은 협약 당사국이 중재동의 조건으로서 국내구제절차의 소진을 요구할 수 있으나, 명시적으로 요구함이 없이 당사국의 이 협약하의 중재에 대한 동의한 경우에는 국내권리구제절차소진을 배제 또는 면제한 것으로 본다는 취지로 해석되기도 한다.

5. 대표적 투자협정의 경우

가. NAFTA

NAFTA는 국내권리구제절차소진원칙에 대하여 명확하게 규정하고 있지는 않으나, 투자자로 하여금 투자협정중재를 제기하기 위해 국내권리구제절차를 소진할 것을 요구하는 규정은 없는 한편, NAFTA 제11장 제1121조 (1)(b)와 (2)(b)는 외국인 투자자로 하여금 NAFTA 중재를 개시하기 앞서 국내절차를 시작하거나 계속할 권리를 포기할 것을 요구하고 있다.[225] 위 규정은 다소 모호하기는 하나 '포기조항'을 채택하여 국

---

225) NAFTA Article 1121: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:
 (a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 (b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.
2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise:
 (a) consent to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 (b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not

내권리구제절차소진원칙을 배제한 것으로 이해되고, 실무운용도 그에 입각해서 이루어지고 있다.[226] 다만, 조약의 국내적 효력에 관하여 일원주의를 취하고 있는 멕시코에 대해서는 별도의 부속서(NAFTA 협정문 Annex 1120.1)를 두어 '택일조항'을 규정하고 있다.

위 '포기조항'에 따르면 외국인 투자자는 NAFTA 중재를 제기한 후 다시 국내법원에서 구제를 구할 수 없다. 그러나 문언상, 외국인 투자자가 국내 법원에 제소한 후에 만족할 만한 판결을 얻지 못하면 이어 중재절차에 NAFTA에 기한 청구를 제기하는 것이 금지되어 있지는 않다.

나. 한미FTA

한미FTA는 제11장 제11.18.2조에서 '포기방식'을 원칙으로 정하고 있으나 부속서 제11-E를 두어 한국이 피청구국일 경우에는 '택일방식'을 따른다는 특칙을 두고 있다. 따라서 미국이 피청구국일 경우에는 본문상의 '포기방식'에 따라 국내절차가 이미 개시되어 진행 중이더라도 우리나라 투자자는 이를 포기하고 중재절차를 새로이 제기할 수 있으나, 한국이 피청구국일 경우에는 부속서상의 '택일방식'에 따라 미국투자자는 분쟁 초기 단계에서 국내재판절차와 국제중재절차 중 하나만을 택하여 협정위반을 주장할 수 있다.

제3절 최종성의 원칙 관련 사례분석

I. Mondev 사건

---

involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.

(후략)

226) Loewen Final award에서도 같은 취지로 판단하고 있다(para 161.) ; "Although the precise purpose of NAFTA Article 1121 is not altogether clear, it requires a waiver of domestic proceedings as a condition of making a claim to a NAFTA tribunal. Professor Greenwood and Sir Robert Jennings agree that Article 1121 "is not about the local remedies rule". One thing is, however, reasonably clear about Article 1121 and that is that it says nothing expressly about the requirement that, in the context of a judicial violation of international law, the judicial process be continued to the highest level."

이 사건에서는 미국 국내법원에서 상고허가신청까지 기각되어 가능한 구제절차가 모두 소진된 사건이었으므로 국내권리구제절차소진원칙 또는 최종성의 원칙 충족여부가 쟁점이 되지는 않았다. 그런데 중재판정부는 NAFTA 제11장이 국내권리절차소진원칙을 면제하고 있으므로, "NAFTA 하에서는, '사법구제의 거부 원칙'과 '국내구제절차소진원칙'이 불가분의 관계에 있다는 것은 사실이 아니다."라고 하여, 마치 사법구제의 거부 청구의 경우에도 권리구제절차의 소진이 요구되지 않는다는 듯이 판시한 바 있다.[227]

II. Loewen 사건

가. 위 사건에서 Loewen측은 매사추세츠 주 법원 1심 판결에 대해 상소를 시도하다가 보증금을 감액받지 못하자 O'keefe측과 화해로 사건을 종결하였고, 받아들여질 가능성이 낮다는 이유로 미 연방대법원에 상고허가신청을 제기하지는 않았다.

청구인(Loewen)측은, '최종성의 원칙'은 국내권리구제절차소진원칙과 다르지 않고, 이는 NAFTA 제1121조 (1)(b)와 제1121조 (2)(b)에서 면제(waiver)되었다고 주장했는데, 피청구인(미국)측은 국제관습법상 사법작용에 관한 사건에서 국가책임은 국가의 사법 시스템의 최종 행위가 있을 때에만 발생하고, 국가는 모든 구제수단이 소진되기 전에는(최종심까지 상소가 이루어져 다투어지기 전에는) 국내법원의 오류에 대한 책임이 없으며, '상소가 불가능한 최종적인 사법작용일 것을 요구하는 국제관습법상의 실체적 요건(substantive requirement of customary international law for a final non-appealable judicial action)'은 '국제법상 국내권리구제절차의 소진을 요구하는 절차적인 요건(국내구제절차소진원칙){international law's procedural requirement of exhaustion of local remedies ('the local remedies rule')}'과 구별된다고 주장하

227) Mondev award, para 96. ; "[U]nder the system of Chapter 11, it will be a matter for the investor to decide whether to commence arbitration immediately, with the concomitant requirement under Article 1121 of a waiver of any further recourse to any local remedies in the host State, or whether initially to claim damages with respect to the measure before the local courts.... Thus under NAFTA it is not true that the denial of justice rule and the exhaustion of local remedies rule "are interlocking and inseparable."

면서,[228] 이 사건 중재청구의 기각을 구했다.

나. 위 사건의 Jurisdictional award에서는, "'최종성의 원칙'은 '국내 권리구제절차소진원칙'과 다르지 않고, 그 목적은 위반행위가 일어났던 국가에 그 국가의 국내 사법체계의 틀 안에서 스스로의 수단으로 구제할 기회를 보장하기 위한 것"[229]이라고 판시하면서, 이 부분에 대한 판단은 본안 심리 후로 유보했다.

다. 위 사건의 Final award에서는, 최종성을 요구하는 것은 "국가로 하여금 하급심 판결로 인해 발생한 국제법 위반을 국내의 법체계를 통해 시정할 기회를 주는 것"이라고 하면서,[230] "만일 국가가 국내 상소심이 소진되는 것은 별론으로 하더라도 시도되지도 않았는데도 치안판사나 하급 법원공무원의 국제법 위반행위에 대한 책임에 직면하는 것은 매우 이상할 것이다."[231]고 하여 위 요건을 정당화하였다.

이를 전제로 위 중재판정부는, "오로지 최종심에서만, 국가가 적절한 구제수단을 제공하지 못한 것이 국제적 위법행위에 해당할 수 있다... 국내무대에서 너무 벗어나, (아무리 심각하더라도) 실제로는 지역적 하자인

228) 피청구인 측은 아울러, '사법작용에 대한 국가책임은 그것이 법체계 전체의 최종적인 행위가 될 때까지 발생하지 않고, 하나의 행위에 불과한 판결에 대해서는, 상소심까지 모두 소진될 때까지 그 국가가 말한 것으로 볼 수 없'으므로 "measures adopted or maintained by a Party"에 해당하지 않고, "국제재판소가 어떤 국가를, 그 국가의 법체계에 효과적이고 적절한 상소제도가 있을 때, 그 국가의 하급심 판결을 근거로 국제법 위반의 책임을 지운 일은 없다"고도 주장했다(Loewen final award, para 143).

229) Loewen, Jurisdictional award, supra note, pp 70-71.; "There is support for the view that no distinction should be drawn between the principle of finality and the local remedies rule[1]...Viewed in this light, the rule of judicial finality is no different from the local remedies rule. Its purpose is to ensure that the state where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system."

230) Loewen final award, para 156. ; "The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision."

231) Loewen final award, para 162. ; "it would be very strange if a State were to be confronted with liability for a breach of international law committed by its magistrate or low-ranking judicial officer when domestic avenues of appeal are not pursued, let alone exhausted."

것을 국제적 위법행위로 귀속시키는 것은, 국내사법체계의 완전성과 NAFTA의 생존능력을 동시에 훼손할 것"[232]라고 판단하였다.

특히 '국내권리구제절차소진원칙'과 '최종성의 원칙'이 같은 것이고, 이는 NAFTA 제1121조에 따라 면제되었다는 취지의 청구인의 주장에 대하여 대상판정은, Jurisdictional award에서의 위 판시는 "두 원칙이 내용에서는 유사할 수 있으나, 서로 다른 목적을 가지고 있다는 뜻이다."[233]라고 하여 위 두 원칙을 구별하는 취지를 명백히 하였다. 나아가, "국제법상 중요한 원칙은, 그러한 의도를 명확하게 나타내는 말 없이는, 국제적 조약으로 묵시적으로 면제된 것으로 보아서는 아니 된다."는 <ELSI 사건>의 설시를 인용하면서,[234] "제1121조는 국제법의 사법적 위반에 관하여 사법절차가 가장 높은 단계까지 이어져야 한다는 요건에 대해서는 아무것도 명시적으로 언급하고 있지 않다"고 하였고,[235] "만일 NAFTA 제1121조가 그러한 효과를 가진다면, 국내의 상소심보다 NAFTA 판정부에 중재를 제기하도록 부추길 것"이라고 하면서, "이는 NAFTA 당사국들의 복잡한 법체계를 고려할 때 놀라운 결과를 가져올 것이며, 나아가, 대부분 국내법원이 국제법 위반사항에 한정되지 않은 보다 넓은 범위의 심리를 제공함에도, 당사국들이 국내의 상소절차를 희생시키면서 NAFTA 중재에 의존하는 것을 부추기고자 했을 것 같지 않다."[236]고 판정하였다. 이러한 판단을 종합하여 대상판정은 "제1121조는 사법작용으로 인한 국제법 위반에 관하여 국내권리구제절차를 소진할 의무의 면제를 포함하지는 않는다."고 보았다.[237]

---

232) Loewen, final award, para 242. ; "In the last resort, a failure by that nation to provide adequate means of remedy may amount to an international wrong but only in the last resort... Too great a readiness to step from outside into the domestic arena, attributing the shape of an international wrong to what is really a local error (however serious), will damage both the integrity of the domestic judicial system and the viability of NAFTA itself."

233) Loewen final award, para 159.

234) Loewen final award, para 160.

235) Loewen final award, para 161.

236) Loewen final award, para 162.

237) Loewen final award, para 162. ; "If Article 1121 were to have that effect, it would encourage resort to NAFTA tribunals rather than resort to the appellate courts and review processes of the host State, an outcome which would seem surprising, having regard to the sophisticated legal systems of the NAFTA Parties.... Further, it is unlikely that the Parties to NAFTA would have wished to encourage recourse to NAFTA arbitration at the expense of domestic appeal or review when, in the general run of cases, domestic appeal or review

결국 대상판정은, 문제가 된 판결이 '사법구제의 거부'에 이르는 위법한 판결이라고 보았음에도, 청구인 측이 가능한 구제수단을 모두 소진하였다는 점을 보이지 못했다는 이유로, 청구를 전부 기각하였다.

III. Chevron v. Ecuador 사건

이 사건은 사법작용이 Energy Charter Treaty상의 효과적인 청구와 권리실현 수단을 제공할(to provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorisations)의무를 위반한 것인지가 문제되는 사안이었는데, 대상판정은 위에서 본 바와 같이 위 의무에 관하여서는 "사법구제의 거부와 비교해서, 구별되고 덜 엄격한 기준이 적용된다."고 양자를 구별한 후, 이 사건에서의 에쿠아도르 법원의 불합리한 재판 지연과 명백한 기피는 효과적인 사법수단을 제공할 의무 위반을 구성한다고 하였다. 그리고 '사법구제의 거부'가 아니라 'effective means standard'의 기준이 적용된 이상, 국내권리구제절차소진원칙은 요구되지 않는다고 보았다.[238]

IV. Saipem v. Bangladesh 사건[239]

피청구국은 <Loewen 사건>을 원용하면서, 투자협정중재에서 사법적 행위를 다투려면 국내권리구제절차를 소진해야 하는 것은 중요한 실체적 원칙이라고 다투었다.

이에 대해 대상판정은 우선, 위 원칙이 '사법구제의 거부'에는 적용되나, '사법적 수용'에는 적용이 없고, 국가의 사법부의 행위에서 비롯된 '수용'이 반드시 '사법구제의 거부'를 구성하는 것은 아니므로, 국내권리구제절차소진원칙은 '(사법적) 수용'을 구성하는 실체적 요건으로 요구되지 않는다고 판단하였다.

---

would offer more wideranging review as they are not confined to breaches of international law."

238) Mavluda Sattorova, supra note, p.237.

239) Saipem v. Bangladesh(ICSID Case No.ARB/05/7) Unreported Award June 20, 2009.

나아가, 설령 국내권리구제절차소진원칙이 요구된다고 하더라도, 이때의 국내권리구제절차는 '효과적(effective)'인 구제절차를 의미하므로, 비록 Saipem이 방글라데시 국내절차에서 항소하지 않았더라도, 방글라데시의 여러 법원에서 쟁점을 다투었고, 구제를 받기 위해 '상당한 시간과 돈'을 썼으며, 항소심이 가능했더라도, 유리한 결론은 '나올 것 같지 않은(improbable)' 것이었으므로, 이런 상황은 Saipem이 합리적인(reasonable) 구제수단을 소진했다고 결론짓기에 충분하다고 판단했다.[240] 또한, 항소여부를 결정하는데 Saipem이 안전에의 위협을 고려한 것은 정당하다고 하였다.[241]

제4절 최종성의 원칙의 요부 및 적용범위

I. '사법구제의 거부' 청구에 최종성의 원칙 요부

1. 지지견해

Judge Jiménez de Aréchaga는 "국가가 국내법을 위반한 사법적 결정(판결)에 대한 책임이 있다고 하려면, 그 결정은 최종심의 결정이어야 한다."고 선언하였고,[242] 이러한 입장은 Freeman[243], Christopher Greenwood[244], James Crawford SC[245], Jan Paulsson[246], George

240) Saipem Award, p.183.

241) Mavluda Sattorova, supra note, p.36.

242) Loewen final award para 153. ; "an essential condition of a State being held responsible for a judicial decision in breach of municipal law that the decision must be a decision of a court of last resort, all remedies having been exhausted."

243) Freeman 역시 "국가의 책임은 최종단계의 법원의 사법결정이 국제법상 국가의 의무를 위반했을 때 발생한다"고 하였다.

244) Christopher Greenwood 교수의 주장은 다음과 같다 ; "[T]he responsibility of the State for a denial of justice arises only if the system as a whole produces a denial of justice. Where there is a manifestly defective judgment by a lower court, this will not amount to a denial of justice -and thus will not constitute a violation of international law by the State-if there is available to the foreign national an effective means of challenging the judgment."{Christopher Greenwood, State Responsibility for the Decisions of National Courts, in Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions 55, 61 (Malgosia Fitzmaurice & Dan Sarooshi, eds., 2004)}.

K. Foster 등 학자들의 지지를 받았다.

사법작용이 '사법구제의 거부'의 대상이 되기 위해서는 '최종성'이 구비되어야 한다고 보는 위 견해들은 그 논거를 우선 사법작용에 관한 국가의 의무의 성질에서 찾는데, 이에 따르면, '사법구제의 거부'는 우선 본질적으로 '공정하고 효율적인 사법시스템을 제공할 의무'를 전제로 하고, 이는 '행위의무(obligation of conduct)'와 구별되는 '결과의무(obligation of result)'이다.

국가는 개개의 판사가 절대 오심을 행하지 않을 것을 보장할 국제법상 의무를 부담하지는 않으므로, 판사의 개개의 잘못이 곧바로 국가에 귀속되는 국제적 위법행위를 구성하지 않는다. 국가가 부담하는 의무는 사법을 거부하지 않는 '시스템'을 갖추고 유지하며, 전체적인 사법시스템을 통해 정당한 구제를 받는 결과를 보장하는 것이다.

그러므로, 사법시스템 전체가 테스트되고 실패되어지기 전에는, 국제법상 '사법구제의 거부'의 책임이 발생할 수 없다. 이는 사법부의 특수한 '시스템'적 성격에 기반한다. 만일 상급심 법원에 의한 구제가 가능하다면, 하급심 법원의 잘못된 판결 하나만으로 그 의무 위반을 구성하지는 않는다는 것이다. 국가는 사법부의 최종적인 생산물로 평가받는다는 것은 해당 위법행위의 내재한 성질이라고 본다.[247]

무엇보다, 국가는 가장 적합한 방식으로 국내 사법체계를 운영할 자유가 있으므로, 이에 대한 방해를 지양하기 위해 '사법구제의 거부'에 관한 청구에는 특별한 주의가 필요하다. 예를 들어, 신속한 절차에의 대중적 요구를 반영하여 비록 최고급의 법조인력을 보유하고 있지 않더라도 많은 수의 지역 법원들을 설치할 수도 있고, 이러한 시스템은 상소심 제도에 대한 자신감에서 기인할 수도 있다. 그런데 외국인이 이러한 제도를 거치지 않고 1심에서의 결과물을 가지고 투자협정중재를 제기할 수

---

245) ILC의 rapporteur였던 James Crawford SC 교수는, 다음과 같이 주장했다;
"There are also cases where the obligation is to have a system of a certain kind, e.g. the obligation to provide a fair and efficient system of justice. There systematic considerations enter into the question of breach, and an aberrant decision by an official lower in the hierarchy, which is capable of being reconsidered, does not of itself amount to an unlawful act".

246) Jan Paulsson 교수는 그 전제로, '사법구제의 거부'는 절차상 하자에 한정된다고 본다.

247) Jan Paulsson, supra note, pp.108-109

있게 되면, 국제법은 국내문제에 부당하게 간섭하는 것이 된다.[248]

2. 비판견해 (Mavluda Sattrova)

가. 논거

위 견해는, 사법구제의 거부를 하지 않을 의무가 '효율적이고 공정한 사법시스템을 제공'할 '결과의무'임을 전제로 하는 위 긍정적인 견해를 비판하면서, 우선 투자유치국이 투자협정에 따라 부담하는 의무는 결과의무와 행위의무 모두에 해당할 수 있다고 반박한다. 예를 들어, '공정·공평한 대우 의무(FET)'는 외국인 투자자에게 불공정한 대우를 하지 말 것이라는 '행위의무'가 될 수 있는 한편, 투자유치국으로 하여금 공정·공평한 결과를 달성할 것을 요구하는 '결과의무'도 될 수 있다.[249]

그리고 실제로 '사법구제의 거부'는 결과의무 위반에서만 발생하는 것이 아니고 '행위의무(obligation of conduct)' 위반에서도 발생한다고 본다.[250] 예를 들어, <Humpura v. Indonesia 사건>에서, 외국인투자자가 제기한 이전의 국제중재절차에 대하여 자카르타지방법원은 당사자들로 하여금 해당 분쟁과 관련하여 어떤 중재절차에도 참여를 금지하는 명령을 발령하고, 그럼에도 중재절차가 계속되자, 인도네시아 정부가 헤이그지방법원에 그 금지를 구하는 가처분을 발령하며 인도네시아측 지명자가 중재절차에 참여하는 것을 가로막기도 하였는데, 대상판정은 법원이 외국인 당사자로 하여금 그 국가가 동의한 중재재판소에 구제를 구하는 것을 막는 것은 '사법구제의 거부'에 해당한다고 한 바 있다. 이는 행위의무(중재회부약속) 위반으로 인한 '사법구제의 거부' 사례에 해당한다.[251]

그리고 모든 정부의 작용 중에 '사법작용'만 결과의무라고 해석하여 최종성을 요구할 이유는 없고 행정이나 입법작용에도 같은 요건이 적용될 수 있을 것인데, 그렇게 되면 투자협정상 국내권리구제절차소진원칙을 면제(waiver)한 규정이 무용해진다.[252]

---

248) Jan Paulsson, supra note, p.108.
249) Mavluda Sattorova, supra note, p.231.
250) Mavluda Sattorova, supra note, p.232.
251) Mavluda Sattorova, supra note, p.233.
252) Mavluda Sattorova, supra note, pp.231-232.

또한, 투자협정 중재판정례들은 <Loewen 사건> 이후의 사례들에서 위에서 본 것처럼 같은 사법작용에 관한 하자의 경우에도 '사법구제의 거부'의 경우와 그 외의 의무 위반의 경우를 구별하여, 나머지의 경우에는 국내권리구제절차의 소진이 필요하지 않다고 함으로써 일관성을 상실하고 최종성의 원칙을 훼손시키고 있다.[253]

만일, <Loewen 사건>에서 '최종성의 원칙'에 따라 국내권리구제절차의 소진을 요구하는 이유가 '사법구제의 거부'에 기한 청구의 본질에 기인한 것이라면, '사법구제의 거부'에 해당하는 사안을 다른 청구(사법적 수용 등)로 이름붙여 제기하였을 때에는 국내권리구제절차의 소진이 요구되지 않는다는 점은 모순이고, 이러한 구별은 '사법구제의 거부'에 해당하는 사안을 '수용' 등 다른 청구로 이름 붙이기만 하면 최종성의 원칙의 적용을 회피할 수 있다는 선례를 만들어 결국 공정하고 효율적인 사법체계를 제공할 의무라는 성질 등에서 비롯된 '최종성의 원칙'의 취지를 몰각시킨다. 그리고 이러한 일관성 없는 사례들은 개념적 명확성, 확실성, 예측가능성을 희생시키고, 투자협정중재의 역할과 국내법원과 투자협정중재와 관계를 혼란스럽게 하고 있다.[254]

나. 결론

이러한 논거를 바탕으로 위 견해는 ① 결국, 국내권리구제절차소진원칙 적용범위의 문제는, 개별 사안에서 중재판정부가 정할 것이 아니라 각 당사국에게 맡겨야 하고, 당사국의 선택을 존중해야 한다고 본다. 즉, 국내권리구제절차소진원칙에 대해 당사국들이 면제규정을 둔 취지를 그대로 받아들이고, 면제규정이 배제되는 특별한 위법행위의 범주를 창설하려는 시도를 자제해야 한다고 주장한다.[255] ② 나아가, 명확성과 예측가능성을 높이기 위해 다중적이고 중복적인 대우기준(청구원인)을 제거하고, 협정위반의 통일적인 기준을 확립할 필요가 있다고 주장하고 있다.[256]

---

253) Mavluda Sattorova, supra note, p.234.
254) Mavluda Sattorova, supra note, p.241.
255) Mavluda Sattorova, supra note, p.243.
256) Mavluda Sattorova, supra note, pp.244-245.

3. 기타 견해

그 외, '최종성의 원칙'에 대한 비판적인 견해 중에는, 국내권리구제절차소진원칙을 중재의 전제로서 요구하지 않겠다는 국가의 명시적인 의사에도 불구하고 이를 실질적인 요건으로 해석하는 것은 투자협정중재의 힘과 효과의 발전을 약화시킬 것이고, <Loewen 사건>에서 중재판정부가 제시한 기준은 하급심 판사들도 국가의 공무원들이고, 국가는 단일한 법인격을 가지고 있으므로 모든 공무원들과 국가들의 행위에 대한 책임이 있다는 점을 간과한 것이라는 비판도 있다.[257]

4. 소결론

'사법구제의 거부'에 기한 투자협정중재가 제기될 경우, 대상 사법작용은 국내에서 최종심까지 가능한 불복수단을 모두 사용하였으나 실패한 경우에만 그 청구가 성립할 수 있다고 보아야 한다. 즉, '최종성'은 '사법구제의 거부' 청구가 성립하기 위한 실체적 요건으로 파악되어야 한다.

그 국가의 문화에 맞는 사법시스템을 구성하는 것은 국가의 자유, 주권행사의 일환이다. 사법시스템이 3심제로 구성되어 있다고 가정하면, 3심까지 거쳐야 비로소 그 국가의 사법부의 의사가 표현된 것이라고 볼 수 있다. 무엇보다 국가는 스스로 하급심의 오류를 시정하고, 국내의 위법한 침해작용으로 인해 발생한 외국인 투자자를 구제할 기회를 부여받을 필요가 있다. 국가에 스스로 사법시스템을 확립하고, 스스로 하급심에서의 하자 및 오류를 시정할 기회를 주지 않으면 그 국가의 사법주권을 심각하게 침해하고 내정에 간섭하는 결과가 될 수 있다.

나아가 통상 국내법원이 보다 신속하고, 경제적이며, 국내에서 일어난 침해의 위법성을 판단하고 적절한 구제를 부여하는데 더 적합한 절차이기도 하므로, 외국인 투자자에게도 국내법원에서 구제를 받도록 격려하는 것이 더 바람직하다. 그리고 이는 분쟁이 국제단계까지 비화되지 않도록 하는 기능도 하게 된다. 투자협정중재가 제기되면 투자유치국 내에서는 전형적으로 해당 외국인 투자자 뿐 아니라 외국인 투자자 전반에

---

257) McLachlan, Shore & Weiniger, Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles 233 (Loukas Mistelis et al. eds., 2007), p.233(George K. Foster, supra note, p.241에서 재인용).

대한 적개심이 형성된다. 그리고 투자협정중재로 피소당하는 경험은 국가들로 하여금 투자협정중재에의 동의나, BIT등의 투자협정의 체결까지 기피하게 할 우려가 있다.[258]

모든 청구에서 국내권리구제절차의 소진을 요구하는 것은 아니므로, 절차적인 국내권리구제절차소진원칙의 면제조항은 여전히 유의미하다.[259] 그리고, 국가가 단일 인격체여서 하급심 판사의 행위에 대한 책임이 있다는 주장은 '귀속'과 '책임'의 문제를 혼동한 것[260]이므로 역시 적절한 지적이 될 수 없다.

다만, 위에서 본 <Saipem 사건>에서 '사법적 수용'은 '사법구제의 거부'와 달리 최종성의 원칙이 요구되지 않는다고 하여 국내권리구제절차의 소진을 요구하지 않은 것처럼, 여러 중재판정례에서 일부 사법작용의 경우 최종성의 원칙을 요구하지 않으므로, 같은 사법작용으로 인한 사안임에도 '사법구제의 거부'로 제기하느냐, '수용'으로 제기하느냐에 따라, 즉 청구의 기술적인 '이름붙이기'에 따라 '최종성의 원칙'을 회피할 수 있게 할 우려가 있다는 위 비판견해의 지적은 수긍할 만 하다. 그러나 이는 아래에서 보는 바와 같이 '최종성의 원칙'을 '사법구제의 거부'에 한정할 것이 아니라 그 적용범위를 확장함으로써 해결될 수 있는 문제이므로, 사법구제의 거부에 최종성을 요구하지 않을 결정적인 이유는 되지 못한다고 본다.

II. 사법작용을 대상으로 한 청구 일반에의 확장여부

1. 최종성의 원칙 적용범위의 확장 필요성

'최종성의 원칙'이 실체적 요건으로 요구되어야 하는 근본적인 이유는, 통상 3심제가 하나의 시스템을 구성하는 사법시스템의 성질, 국가의 의무는 적정한 '사법시스템'을 제공하여 사법시스템 전체를 통해 권리를 구제하는 것이라는 점, 국가에게 스스로의 오류를 시정할 기회 및 자체

258) George K. Foster, supra note, p.250.
259) George K. Foster, supra note, p.242.
260) George K. Foster, supra note, p.242.

사법시스템을 통해 권리를 구제할 기회를 주어야 할 필요성, 사법주권에의 존중 등에 기인한다. 이러한 이유로 국가는 하급심 판사의 절차상의 잘못 또는 하급심 판결의 오류등에 대한 국가책임을 지지는 않는 것이다.

그런에 이와 같은 근거는 모든 '사법작용'에 공통된 것이므로, '사법구제의 거부'에 기한 청구에 한정할 필요는 없다고 본다. 국내사법작용이 '사법구제의 거부'에 해당하는 경우 및 사법작용이 기타 조약, 투자협정상 특정한 의무 위반을 구성하는 경우 등을 모두 포괄하여, 사법작용으로 인해 국가책임이 발생하는 경우에는 '최종성의 원칙'이 적용되어야 한다.

이하에서는, 투자협정중재사례에서 위반여부가 문제되었던 대표적인 협정상 의무들을 중심으로, 실제로 최종성의 원칙이 적용 가능한지를 검토하여, 위 원칙의 확장 적용하는 것에 이론상 장애물이 없고, 각 규정의 취지에 부합하는지 검토해 본다.

2. 사안별 검토

1) 우선, 공정·공평 대우(FET) 의무 위반의 경우는 '사법구제의 거부'에 기한 청구와 심사기준이 일치하므로, 당연히 최종성의 원칙의 적용을 받는다. 만일 국가가 부당한 판결이 상소심에서 파기될 수 있는 시스템을 제공한다면, 그 판결은 불공평하거나 불공정하다고 할 수 없기 때문이다.[261]

2) 다음으로, 위법한 '사법적 수용'에 기한 청구를 살펴본다. 투자협정상 '수용' 자체가 위법한 것이 아니고, 정당한 보상이 이루어진 수용은 적법한 수용이 될 수 있다. 그러므로 상급심에서 배상판결 등을 파기하여 '수용'행위가 없어지거나, 기타 국내 사법체계에 따라 정당한 보상을 제공할 여지가 남아 있는 이상,[262] 하급심에서의 판단이 외국인 투자자의 자산에 대한 '사법적 수용'에 해당한다는 이유로 상소심을 거침이 없

261) George K. Foster, supra note, pp.246-247.
262) George K. Foster, supra note, p.248.

이 국가의 수용에 대한 책임을 물을 수는 없다고 보아야 한다.

3) 또한, '효과적인 권리구제 수단을 제공할 의무' 위반(Effective Means Standard 위반)의 경우에 관하여 살펴보면, 하급심이 위법한 판결을 했더라도, 상소심에서 그 권리실행(구제)의 메커니즘이 제공된다면, 그 국가는 효과적인 구제수단을 제공하지 않았다는 이유로 책임을 질 수 없다. 소송수행자가 가능한 모든 수단을 써보기 전에 중재판정부가 그 국가의 사법체계가 효과적인지 여부를 평가할 수는 없기 때문이다.[263] 이와 관련하여 <Chevron 사건>에서는, "청구를 주장하고 권리를 실행하기 위해 국가에 의해 제공된 수단이 충분히 '효과적(effective)'인지 살펴보기 위해서 … 중재판정부는 반드시 당해 청구인이 적절하게 그가 처분할 수 있는 수단을 사용함으로써 그 역할을 다했는지를 고려해야 한다. 그 수단을 사용하지 못하여 청구 주장과 권리 실행을 위한 시스템의 '효율성'에 대한 적절한 평가를 막는다면, 그 피해 회복이 이루어지지 않을 수 있다"고 판시기도 하였다.[264]

4) 한편, 예를 들어 가정적으로 당사자들 사이에 투자협정상, '외국인 투자자에 대한 당사국 국내법원에서의 민사 절차에서 어떠한 경우에도 상대국의 투자자를 구금하지 말 것'을 별도의 조항으로 약정하였는데, 투자유치국 법원이 이를 위반하여 상대국의 투자자를 구금한 상태에서 1심 재판을 진행했다고 가정하자. 이 경우에는 설령 상소가 제기되더라도 협정상 의무 위반은 이미 발생한 것이고 치유될 수 없는데도, 외국인 투자자가 위 '구금금지의무' 위반을 이유로 투자협정중재를 제기하려면 최종심까지 상소심을 모두 거칠 것을 반드시 요구해야 하는가 하는 의문이 남을 수 있다(해당 재판절차나 그로 인한 판결이 '사법구제의 거부'에 이른다고 주장하여 청구를 제기할 경우에는 물론 상급심을 모두 거칠 것

263) George K. Foster, supra note, pp.247-248.

264) <Chevron 사건> p.324 (Mar. 30, 2010). ; "In the consideration of whether the means provided by the State to assert claims and enforce rights are sufficiently "effective" . . . the Tribunal must consider whether a given claimant has done its part by properly using the means placed at its disposal. A failure to use these means may preclude recovery if it prevents a proper assessment of the "effectiveness" of the system for asserting claims and enforcing rights."

이 요구된다고 보아야 한다. 구금한 채 재판이 진행되었다고 하더라도 상소심에서 공정하게 재판이 이루어져 구제를 받을 가능성이 남아 있기 때문이다).

이를 위하여는 '최종성의 원칙'에서 요구하는 '최종성'의 의미를 살펴볼 필요가 있다. '국내권리구제절차소진원칙'에서 이른바 'reasonable test'를 거쳐 '합리적인 수준의 국내권리구제절차를 거칠 것'을 요구하고, 사실상 실현가능성이 없어 보이거나 무용한 권리구제절차까지 모두 밟을 것을 요구하지는 않는 것과 마찬가지로, 최종성의 원칙에서 요구되는 '최종성'도 같은 수준의 권리구제절차 소진을 요구하는 것으로 해석해야 한다. 이러한 관점에서 보면, 위와 같은 사안은 더 이상의 사실상 상급심 절차의 소진을 요구할 수 없는 사안, 이미 '최종성'이 충족된 사안으로 해석할 수 있을 것이고, 반드시 '최종성의 원칙'의 적용이 없는 경우라고 볼 필요는 없지 않을까 생각된다. 기타 상급심이 사실상 무용하거나, 권리구제의 실현가능성이 없어 보이거나, 상소심을 제기하기 위해는 지나치게 과중한 부담을 지게 하는 경우에도 이와 같이 볼 수 있을 것이다.

3. 소결론

이와 같이, '사법구제의 거부'외에 다른 투자협정상 의무 위반을 이유로 한 사법작용에 관한 투자협정중재청구에 '최종성의 원칙'을 요구하는 것에는 특별한 모순이나 장애물은 존재하지 않고, 오히려 논리적 일관성, 법적 예측가능성을 고양시킨다.

그리고 이와 같이 '최종성의 원칙'을 확장 적용하는 경우, 특정 사안을 '사법구제의 거부'로 구성하여 청구하든 '사법적 수용' 기타 협정상 의무 위반으로 구성하여 청구하든 '최종성의 원칙'이 요구된다는 결론은 같으므로, 청구를 이름붙이기에 따라 실체적 요건이 달라지고 '최종성의 원칙'을 회피할 수 있다는 비판은 이제 그 타당성을 상실하게 된다.

따라서 위법한 판결을 포함하여, 그 하자가 문제되는 사법작용은, 국내법에 따라 상소심까지 가능한 권리구제절차를 소진하여 '최종성'을 갖춘 경우에야 비로소, 투자협정중재절차에서 그에 대한 국가책임이 인정될 수 있는 실체적 요건을 갖춘 것이 된다.

제5장 결론

본 논문은, ISDS 절차로서 국제투자협정중재가 당사국내 법원의 판결을 심사하는 것이 허용되는 것인지에 관한 뜨거운 우려와 논쟁에서 그 문제의식을 얻었고, 이에 입각하여 사법작용의 하자에 대하여도 국가책임이 성립한다는 것과 사법작용이 투자협정중재의 대상성이 긍정됨을 밝힌 후, 사법작용에 대한 국가책임의 기준으로서의 'Denial of Justice(사법구제의 거부)'의 의의와 범주, 위상을 살펴보았다.

이어 NAFTA 투자협정중재사례들을 분석하여 국제투자협정중재에서도 '사법구제의 거부'가 위법성 심사기준으로 활용되고 있음을 확인하고, 현재 중재판정부가 사법작용에 대하여 취하고 있는 심사기준을 고찰해 보았다. 그리고 이에 대한 보완적인 심사기준으로 사법작용의 하자가 문제되는 사안을 '유형화'하여 유형별로 심사기준을 달리 확립할 것을 제안하였으며, 각 유형별로 적정한 심사기준을 모색해보고자 노력하였다. 아울러, 국내사법작용이 투자협정중재의 대상이 되는 경우에는 '최종성'이 실체적 본안요건으로 요구됨을 논증해 보았다.

다만, 연구과정에서 ① '국내법원과 국제투자협정중재와의 관계'에 있어 반대로 국내법원이 투자협정중재에 관하여 발휘하는 심사권한(승인 및 집행의 문제와, 절차의 사전적 정지를 비롯한 감독권 등)의 문제, ② 위에서 검토한 '사법구제의 거부'의 법리나 국내사법작용에 대한 심사기준 또는 요건이 기타 행정작용 등에도 그대로 확장·적용될 수 있을지의 문제 등, 보다 깊이 있는 연구가 필요하다고 생각되는 관련 주제들이 많았으나, 이는 추후의 연구과제로 남기기로 한다.

국가의 주권은 중요하고, 특히 사법주권은 사법부의 독립성과 사법부 판결의 의미를 고려할 때 더욱 특별한 의미가 있다. 이러한 관점에서 여러 국가들이 외국 거대자본이 국내에 들어와서 투자를 하는 과정에서 받게 된 규제와 판결을 다시 투자협정중재에 회부하여, 투자협정중재가 국내의 판결을 심사하여 무효화할 가능성이 있다는 것에 민감한 반응을 보

이는 것은 당연하다. 그러므로, 다른 국가기관의 행위에 관한 분쟁 사안과는 달리 사법작용에 대한 투자협정중재에서는 판정부가 적정한 정도의 '유보(deference)'적 태도를 가지고 심사를 하고, 유형별 심사기준을 확립하며, 대상의 '최종성(finality)'의 요건을 요구하는 등, 사법주권을 수호하기 위한 적절한 방안을 모색할 필요가 있다.

한편, 미국은 과거에 특히 특히 중남미국가들을 의식하면서 국가들은 그들의 법정에서 행해진 부정의에 대한 책임을 져야 한다고 목소리를 높여온 바 있다.[265] 그리고 NAFTA 체결 당시에도, 멕시코 정부가 자국 투자자에 대한 대우를 충분하게 하지 않을 것을 우려하면서 협상에 임한 바도 있다. 실제 NAFTA에는 미국의 이런 시각이 상당부분 반영되어 있다고 해도 과언이 아니다. 그러나 실제 NAFTA가 발효된 이후에 미국은 빈번하게 NAFTA에 기해 중재 제소를 당하게 되었고, <Loewen 사건>에서는 자국 내에서의 외국인 투자자에 대한 판결이 '사법구제의 거부'에 상당하는 '중대한 부정의'라는 비난에 직면하기도 했다. 이러한 현상은, 현제 세계경제하에서는 모든 국가가 자본수출국이 될 수도, 자본수입국이 될 수도 있고, 자국민 투자자를 보호할 필요성이 있는 한편 외국인 투자자에 대한 대우에 관하여 국가책임을 지게 될 수도 있다는 것을 보여준다. 그러므로, 한 쪽의 입장만을 예상하고, 한 쪽의 시각만을 취하는 것은 바람직하지 않다. 국제투자법 분야는 지금 이 시점에도 역동적으로 발전하고 있다.

그러므로 보다 바람직한 접근 방법은 분쟁의 발생가능성을 외면하고 봉쇄하는 길이 아니라, 전통적인 국제관습법을 계승 발전시킨 현재의 심사기준과 요건 등을 연구하고, 보다 명확하고 합리적이며 예측가능한 심사기준을 제시하는 것이라고 생각한다.

이것이 바로 사법주권을 진정하게 수호하는 길일 것이며, 이러한 논의를 통해 궁극적으로 이상적인 국내법원과 국제투자협정중재의 관계, 나아가서는 국제사회와의 관계를 정립할 수 있을 것이다.

---

265) René Lettow Lerner, supra note, p.247.

제6장 참고문헌

1. 단행본

변필건, 한국의 투자협정해설서 : BIT와 최근 FTA를 중심으로, 법무부, 2010.

장승화, 양자간 투자협정 연구, 법무부, 2001.

정수봉, 한미FTA 투자분야 연구, 법무부, 2008.

정인섭, 신 국제법 강의 - 이론과 사례, 박영사, 2011.

Brownlie, Principles of Public International Law 473 (6th ed. 2003).

Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002.

Dolzer 외, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008.

Malanczuk, Akhurst's modern introduction to international law, 7th edition, 1997.

Paulsson, Denial of Justice in International Law, Cambridge University, 2005.

2. 논문

김재화, 외국인투자에 대한 보호기준에 관한 연구 - 공정·공평한 대우'를 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2010.

김재훈, 한국의 국제투자규범 중 ISDS의 보호범위에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2008.

김현석, 「재판의 거부」의 개념과 그 현대적 의의, 국제법학회논총 제51권 제2호, 대한국제법학회, 2006.

오현석, 한미 FTA 투자자 - 국가 중재의 주요 쟁점에 관한 연구, 안암법학 37권, 안암법학회, 2012.

Ahdieh, Between Dialogue and Decree: International review of national courts, New York University Law Review,

December 2004.
Bjorklund, Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims, Virginia Journal of International Law Summer 2005.
Bjorklund, Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence, NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects, 2004.
Dodge, National Courts and International arbitration : Exhaustion of remedies and Res Judicata under Chapter eleven of NAFTA, Hastings International and Comparative Law Review Spring-Summer 2000.
Dodge, Loewen v. United States : Trials and Errors under NAFTA Chapter eleven, Depaul Law Review Winter 2002.
Dodge, Loewen v. United States: Trials and Errors Under NAFTA Chapter Eleven, 52 DePaul L. Rev. 2002.
Foster, Striking a Balance between Investor protections and National Sovereignty : The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law 2011.
Klafter, International commercial arbitration as appellate review : NAFTA's Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata, U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Spring, 2006.
Lerner, International Pressure to Harmonize : The U.S. Civil Justice System in an Era of Glabal trade, Brigham Young University Law Review 2001.
Sattorova, Judicial expropriation or denial of justice? A note on Saipem v. Bangladesh, International Arbitration Law Review, 2010.

<기타 참고자료>
- 대한민국과 미합중국간의 자유무역협정(한미 FTA).
- International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, UN Doc. A/56/10(2001).
- North American Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 605 (1993).
- UNCTAD, World Investment Report 2012 : Non-Equity Models of International Production and Development, United Nations publication, 2012.
- UNCTAD, Latest Developments In Investor-State Dispute Settlement, IIA Issue Note No. I (2012)

<사이트>
외교통상부 자유무역협정 홈페이지, '세계 FTA 추진 현황'
http://www.fta.go.kr/new/ftakorea/fta_world.asp
외교통상부 홈페이지, '우리나라 투자보장협정 체결현황(2011. 12)'
http://www.mofat.go.kr/main/index.jsp
외교통상부 자유무역협정 홈페이지, '한국의 FTA 추진 현황'
http://www.fta.go.kr/new/ftakorea/fta_world.asp
ICJ 공식 웹사이트 : http://www.icj-cij.org/
ICSID 공식 웹사이트 : https://icsid.worldbank.org
Iran-U.S. Claims Tribunal 공식 웹사이트 : http://www.iusct.net
PCA 공식 웹사이트 : http://www.pca-cpa.org/

3. Cases

- Amco v. Indonesia (Award, Nov. 20, 1984), 1 ICSID Rep. 413, 460 (1993), sustained in relevant part, Amco v. Indonesia (Decision on the Application for Annulment, May 16, 1986), 1 ICSID Rep. 509, 526-27 (1993)
- Azinian v United Mexican States Case No. ARB(AF)/97/2, 14

ICSID Review-FILJ 538
- Azinian v. United Mex. States(Nov 1, 1999), 39, I.L.M. 537, 551(2000)
- Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 6-11, 17-49 (Feb. 5).
- Chattin (U.S.) v. United Mexican States, 4 R.I.A.A. 282, 286-88 (Gen. Claims Comm'n, Mex.-U.S. 1927)
- Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v Ecuador (Partial Award on Merits), 30 March 2010 (ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules)
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. Italy), 1989 I.C.J. 15 (July 20),
- Ethyl Corp v. Canada, Uncitral Award on Jurisdiction, June 24, 1998.
- Regina v Pierre Bouchereau, Case 30 77 [1977] ECR 1999, the European Court of Justice
- Fisheries Jurisdiction Case (Spain v Canada), No. 96 (ICJ 4 December 1998)
- Interhandel Case(Switz v. U.S.), 1959 I.C.J. 5, 27(Mar. 21)
- Neer (U.S.) v. United Mexican States, 4 R.I.A.A. 60, 61-62 (Gen. Claims Comm'n, Mex.-U.S. 1926)
- Mondev Int'l Ltd. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (Oct. 11, 2002)
- Saipem v. Bangladesh(ICSID Case No.ARB/05/7) Unreported Award June 20, 2009.
- The Loewen Group, Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF) 98/3, Award (June 26, 2003)
- The Loewen Group, Inc. v. U.S. (Canada v. U.S.), 42 I.L.M.811(ICSID 2000)
- Waste Management, Inc. v. United Mex. States, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/00/3 (Apr. 30, 2004) (Award)

- Waste Management, Inc. v. Mexico (U.S. v. Mex.), Award on Jurisdiction, 2002 Case No. ARB(AF)/00/3 (June 26)

Abstract

DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL INVESTMENT TREATY ARBITRATION

Haemin Lee
The Graduate School of Law
Seoul National University

As foreign direct investment has rapidly increased around the world, conflicts between foreign investors and host-states have increased as well. In an attempt to protect investors, many states have entered into bilateral or multilateral investment treaties, with international investment treaty arbitration designated as the investor-state dispute settlement(ISDS) method of resolving any disputes.

Among such disputes, cases have emerged in which foreign investors claimed either to have been subject to unlawful judgments or insufficient judicial process in national courts or to have suffered injuries by other entities(government or individual) and then denied redress in national courts. A representative example is the NAFTA case of 'Loewen v. United States', in which Canadian investors claimed to be injured by the process and judgment of the proceedings in Mississippi state court, where its original dispute was heard.

The fact that judicial actions of host-states(including judgments) can be reviewed in international treaty arbitrations is drawing deep concerns and criticisms worldwide. However, there have not been many studies concerning the validity and standards of such review. Noting this gap in the relevant literature, this thesis aims to analyze international arbitration concerning judicial actions from various angles, using the standard of 'Denial of Justice', which has been considered to be the basis for international state responsibility concerning judicial actions in customary international law.

First, to develop the premise of the subsequent discussions, Chapter 2 will discuss whether state responsibility for foreigners concerning judicial actions has been acknowledged in traditional international law. Chapter 2 will further examine the history and specific parameters of the 'international minimum standard' and 'Denial of Justice' standard as an international minimum standard concerning judicial actions.

Chapter 3 will present the significance of international investment treaty arbitration as an ISDS. Based on the studies in Chapter 2 and 3 so far, Chapter 3 will discuss the 'denial of justice' standard in international treaty arbitration in earnest. The thesis first examines whether 'judicial actions' can be considered‘measures adopted or maintained by a party(state)’, as only such measures are properly subject to investment treaty arbitration. It subsequently examines whether the 'denial of justice' standard can also be applied as a standard of review in international treaty arbitration and presents the legal basis through analysis of Fair and Equitable Treatment standard. Chapter 3 also sets out the current review standards in

international treaty arbitrations through discussing several important NAFTA cases which dealt with judicial actions in host-states, and stresses the necessity of setting proper standards of review and degrees of deference according to the types of cases.

Finally, Chapter 4 will show that the 'finality rule', which requires the claimant to have exhausted all available remedies in national courts to the court of last resort(i.e.,to the highest level) in order to establish 'denial of justice' claims, is applicable in international treaty arbitration. Chapter 4 subsequently presents the possibility of broadening the scope of the above rule to apply to all cases dealing with judicial actions.

Through these discussions this thesis attempts to clarify the role of the traditional 'denial of justice' standard in the current international investment regime and to determine the proper standards of review for the judicial actions of national courts in international treaty arbitration. Further research into this field will be instrumental in maintaining the balance between promoting foreign investment and protecting judicial sovereignty, and moreover in establishing an ideal relationship between national courts and international arbitration tribunals.

Keywords : Investment treaty arbitration, denial of justice, ISDS, judgment, judicial sovereignty, review

Student Number : 2007-21519