

## 국제투자중재에서 부패행위에 의한 관할항변 Corruption Defenses in the International Investment Arbitration

최 성 호(Choi, Sung Ho)\*

### ABSTRACT

Corruption in international transactions adversely affects fair competition in international transactions and the soundness of the trading market. Corruption, in particular, in the international investment market, operates anti-corruption legislation and systems in various countries or in the international community. Therefore, the ICSID Agreement was created by the international community with the aim of vitalizing the international investment market, and the International Centre for Settlement of Investment Disputes(ICSID) has operated to protect individual investors.

No matter what investment in the ICSID is in the form of an investment, if it fails to comply with the laws of the investment-seeking country and violates it, it at least does not constitute an investment under Article 25 (1) of the ICSID Convention, which results in an exclusion from the ICSID arbitration and, therefore, the applicant is entitled to make a jurisdictional objection to the arbitration claim due to a flaw in the legality of the investment. Therefore, on the basis of these issues, the international commercial arbitration system, especially the ICSID Convention shall be examined and reviewed for possible jurisdictional objections to corrupt practices by both parties.

To this end, the International Investment Arbitration should first analyze the legality of the investment and the type and type analysis of corrupt practices, and at the same time examine the significance of the relevant ICSID Arbitration Tribunal itself, then discuss the Compliance Law, which is the basis for determining jurisdictional contravention due to corrupt acts in international investment arbitration, and finally discuss the points of criticism and future improvement of the law on compliance of jurisdiction due to corrupt acts.

Key words : ICSID, corruption defense, international public policy, good faith, bribery

\* 경북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사

## I. 서론

국제거래 단계에서 발생하는 부패행위(corruption practices), 특히 어느 국가의 기업이 외국의 영향력 있는 대상 또는 공무원에게 뇌물을 제공하는 행위는 국제거래의 공정한 경쟁과 거래시장의 건전성에 악영향을 미친다. 국제사회에는 선진국과 개발도상국이 존재하고, 이들 모두는 부패행위에 대해 취약한 경향이 있고, 동 부패행위가 발생하면 상호 경제적인 피해를 주는 것은 당연하며, 궁극적으로 국제거래 및 투자시장에 부정적인 결과를 초래한다. 국제거래에서 부패행위가 자유롭고 공정한 국제무역에 장애가 된다는 인식이 점증하여, 국제사회는 부패행위 방지를 위한 국제적인 노력을 하게 되었다.<sup>1)</sup>

특히 국제적인 투자시장에서의 부패행위는 그 부정적 효과가 투자유치국의 국민뿐만 아니라 경쟁하는 다양한 국제거래의 주체에게도 실질적으로 악영향을 미치는 관계로 다양한 국가에서 또는 국제사회에서 반부패 입법 및 제도를 운용하고 있다. 또한 국제투자시장의 활성화를 목표로 1965년 ‘국가와 다른 국가 국민 간의 투자분쟁해결에 관한 협약’(이하 “ICSID협약”)을 만들었으며, 아울러 동 협약에 근거하여 세계은행이 설립한 국제투자분쟁 해결센터(ICSID)를 통해서 투자자 보호를 위한 국제중재 형식의 분쟁해결기구를 운용하고 있다.

ICSID에서 2012년 대한민국을 상대로 제기된 론스타 투자중재사건의 중재판정이 내려질 시기를 앞두고 있는 가운데, 위 사건에 대하여 애초 론스타의 투자가 국내법상 합법적인 투자였는지에 대한 문제제기가 존재하는데<sup>2)</sup>, ICSID에서 어떠한 투자가 형식적으로 투자의 형태를 하고 있더라도, 그것이 투자유치국의 법령을 준수하지 아니하고 위반한 경우 최소한 ICSID협약 제25조 (1)항에 따른 투자에 해당하지 아니하며, 이에 따라 ICSID 중재 대상에서 제외되는 결과에 이르게 된다. 이러한 이유로 피신청국은 그 중재청구에 대하여 투자 적법성 흠결을 원인으로 한 관할항변(jurisdictional objection)을 할 수 있게 되는데<sup>3)</sup>, 그 중

1) 우리도 경제협력개발기구의 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물 제공행위 방지를 위한 협약의 이행에 필요한 사항을 규정하기 위하여 국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법을 제정하였으며, 또한 초국가적 뇌물공여에 대한 국제적 규제를 위하여 국제연합(UN), 세계무역기구(WTO), 지역적 기구, 국제상업회의소(ICC) 등에서 다양한 시도를 하고 있다. 자세한 것은 문준조, “부패와 뇌물공여에 대한 국제적 규제동향에 관한 연구”, 현안분석 2001-15, 한국법제연구원, 2001, 33-53면.

2) UN무역개발회의(UNCTAD) 자료에 의하면, 최근 매년 70여 건 이상의 투자자-국가간 소송을 경유해서 분쟁을 해결하고 있으며, 누적 사건은 총 983건이다. 또한 외국인투자자가 우리나라를 상대로 제기한 사건은 2012년 론스타 사건을 시작으로 현재 총 10건을 기록하고 있다. 자세한 것은 오현석, “투자의 적법성과 ISD 관할에 관한 연구”, 법조 제69권 제1호, 법조협회, 2020, 224면.

3) 대부분의 국제중재기관에서 사용하는 각각의 중재규칙은 일반적으로 피신청인의 반대진술이 있기 전까지만 관할문제를 서로 다를 수 있도록 제한하고 있다. 그러나 중재판정 후 일지라도 중요한 새로운 사실의 발견 등 합리적으로 고려해야 하는 상황이 발생하면 뒤늦은 관할문제도 고려할 수 있도록 한다. 심지어 ICSID 중재판정부는 판정이 난 후라도 부패행위의 증거가 발견된 경우에 피신청인은

‘부패행위에 의한 관할항변’(corruption defense)이 투자유치국이 중재를 제한하기 위한 수단으로 이용한다는 경향이 있어 동 관할항변에 대한 요건 검토가 요구된다. 따라서 이러한 문제제기를 기초로 국제상사중재제도 특히 ICSID 협약 및 중재판정문을 기초로 양당사자의 부패행위에 대한 관할항변의 적절성을 검토하고 관련 사례를 통한 면밀한 분석을 한다.

이를 위해 먼저 국제투자중재에서 투자의 적법성과 부패행위 관련성을 투자의 의미와 부패행위에 대한 유형분석을 통해서 검토하고, 동시에 관련된 ICSID 중재판정부의 판결례를 이용해서 부패행위 자체의 경중에 따른 결정의 의미를 살펴보고, 그 다음 국제투자중재에서 부패행위로 인한 관할항변의 판단기준인 준거법에 대하여 논의를 진행하며, 끝으로 부패행위로 인한 관할항변의 준거법에 대한 비판점 및 향후 개선해야 할 부분에 관한 논의를 한다.

## Ⅱ. 국제투자중재에서 투자의 적법성과 부패행위

### 1. 국제투자중재에서 적법한 투자

#### 1) ‘적법한 투자’의 의미

투자유치국은 국내법에서 ‘투자’에 대한 정의를 규정하면서, 투자 인정요건과 그러한 투자가 법적 투자로서 지위를 향유하기 위해 투자가 갖추어야 할 법적 요건을 두는 경우가 있는데, 일명 투자유치국 국내법에 따른 ‘적법한 투자’일 것을 요구한다. 예를 들면, 나미비아 외국인투자법(Namibian Foreign Investment Act of 1992)은 제5장에서 동 법에서 보호하는 투자를 정의하면서 “자국법에 따라 회사나 합작회사로 설립된 기업”을 강조하고 있다. 즉, ‘자국법에 따른’이라는 문구는 국내법을 준수하여 외국인이 투자유치국에 투자하는 것을 중요 요건으로 규정하고 있다. 투자유치국의 국내법 이외에도 조약형식의 국제법인 국제투자협정 역시도 준수해야 할 규범으로 규정하고 있다. 한·미 FTA 제11.28조 정의 조항에서 “면허·인가·허가와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리”를 투자 범위에 포함시켜, 면허·인가·허가 등은 반드시 ‘국내법에 부합’해야 함을 명시적으로 규정하고 있다.

반면, 투자자-국가간 분쟁해결제도(ISD)의 중요 준거법으로 활용되고 있는 ICSID협약에서는 ‘투자’ 정의에 관해 명시적 규정이 없으며, 그 결과 ‘투자’ 정의에 대한 분쟁이 자주 발생한다. 따라서 투자의 적법성에 관해서는 투자유치국의 국내법, 투자협정의 규정에 의해

---

ICSID협약 제51조에 따라 판정의 변경을 신청할 수 있으며, 이는 재심의 절차를 진행하는 방법으로 이루어진다. 자세한 것은 법무부 국제법무과, ICSID 중재판정례 해설, 법무부, 2018, 774-778면.

개별적으로 판단하여야 할 것이다. 관련하여 ICSID 판정례에 의하면, 투자로 인정되기 위해서는 ICSID 협약 제25조 (1)항과 투자협정상의 투자의 정의 두 개의 기준을 충족하여야 하며, 이때 전자의 투자의 기준에 대하여 이른바 Salini test가 많은 판정부에 의하여 수용되고 있다.<sup>4)</sup> Salini test는 ICSID 협약상 투자로 인정하기 위해서는 일정한 지속성, 위험요소 감수, 정기적인 수익, 상당한 자산의 투입, 투자유치국 경제발전에의 기여 등의 요소를 갖추어야 한다고 하나, 투자의 적법성에 대하여는 언급하지 않았다.<sup>5)</sup> 한편, Salini test에 관하여, Phoenix v. Czech 사건에서 중재판정부는 Salini test에서 투자유치국 경제에 대한 기여성 요건은 인정하지 않는 판례가 있음을 언급하고, 또한 투자유치국의 법령에 부합하지 않는 투자는 투자로 볼 수 없다고 확인한 바, ① 자금 또는 기타 자산의 투입, ② 어느 정도의 기간, ③ 위험성, ④ 투자유치국 내의 경제활동 개발을 위한 운영, ⑤ 투자유치국의 법령에 따라 투자된 자산, ⑥ 선의로 투자된 자산일 것을 투자의 요건으로 보았다.<sup>6)</sup>

따라서, 어떠한 투자가 형식적으로 투자의 형태를 하고 있더라도, 그것이 투자유치국의 법령을 준수하지 아니하고 위반한 경우 최소한 ICSID 협약 제25조 (1)항에 따른 투자에는 해당하지 아니하며, 이에 따라 ICSID 중재 대상에서 제외되는 결과에 이르게 되므로, 결국 피신청국으로서 그 중재청구에 대하여 투자 적법성 흠결을 원인으로 한 관할항변을 할 수 있게 된다. 먼저 아래에서는 부패행위의 유형에 따른 투자의 적법성 판단 여부에 대한 논의를 한 후, 이러한 판단의 기준이 되는 준거법에 대한 논의를 하고자 한다.

## 2) 투자의 적법성 판단 -부패행위 자체를 기준으로-

일반적으로 불법적인 투자에 대해서는 ICSID협약에 의하면 중재관할권이 배척된다. 여기서 문제가 되는 것은 어떠한 기준으로 투자의 불법성을 판단하는가의 문제인데, 이는 국제공서, 국내법, 그리고 신의칙에 의한 기준으로 판단을 하는데 이는 후술하기로 하고, 여기서는 불법적인 투자에 대한 부패행위에 중점을 두고 논의를 하기로 한다. 따라서 구체적으로 그러한 불법성 정도가 매우 미약한 경우에도 중재관할권을 배제할 것인가가 문제될 수 있다.<sup>7)</sup>

먼저 관련된 중재판정들을 고찰하면 다음과 같다. 우선 Quiborax v. Bolivia 사건<sup>8)</sup>의 중재판정부는 투자 불법성 판단은 투자유치국 국내법의 미약한 위반으로는 충분하지 않고 중

4) Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco, ICSID case No. ARB/00/4, July 16, 2001; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 168-174면.

5) 오현석, 앞의 논문. 227면.

6) 법무부 국제법무과, 앞의 책, 537면.

7) Michael A. Losco, "Streamlining the Corruption Defense: a proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction", 63 Duke L.J. 1201, 1217.

8) Quiborax v. Bolivia, ICSID case No. ARB/06/04; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 515-518면.

대한 위반이 존재해야 함을 언급하였다. 따라서 중재신청인이 국내법을 경미하게 위반하였더라도 그 자체만으로 신청인의 투자행위를 불법으로 판단하여 중재관할을 배제할 수는 없다고 실시하였다. 리투아니아·우크라이나 양자투자보호협정(Bilateral Investment Treaty: 이하 “BIT”)에 근거하여 제기된 Tokios Tokeles v. Ukraine 사건<sup>9)</sup>에서 중재 피신청국은 신청인 회사가 2가지 불법행위를 행하였음을 주장하며 중재판정부에 대하여 관할항변을 제기하였다. 첫째, 신청인은 우크라이나 현지법인의 상호 관련 우크라이나 국내법을 준수하지 않고 등록하였고, 둘째, 우크라이나 현지법인 자산을 표시한 몇몇 문서에 형식상 오류가 있음을 주장했다. 그러나 중재판정부는 위 BIT에 규정된 국내법부합조항의 취지를 인정하면서도 신청인 투자와 사업(광고, 인쇄, 출판 등) 자체는 불법적이지 않은 합법적인 점을 지적하며, 다만 사소한 행정적 오류를 문제 삼아 BIT의 보호를 박탈하는 것은 BIT의 목적과 취지에 반한다고 하였다. 아울러 국내법부합조항을 지나치게 넓게 해석하는 경우 투자자는 ICSID협약의 보호를 받을 수 없는, 즉 ICSID 중재판정부 관할권이 배제되는 결과가 되므로, 국내법부합조항은 제한적으로 해석 및 적용되어야 함을 지적하였다.<sup>10)</sup>

오스트리아·우크라이나 BIT에 근거해서 제기된 Alpha Projektholdings v. Ukraine 사건<sup>11)</sup> 중재판정부 역시 모든 미약한 법률 위반이 투자협정 적용을 배제하는 것은 아니라 하였는데, 이 사건은 신청인의 사업자등록상의 하자가 문제 되었다. 동 중재판정부는 피신청국의 법률상 사업자등록에 하자가 있으면 투자 자체가 무효가 된다는 사실을 피신청국이 입증해야 함에도 근거자료를 제출하지 못하였음을 들어 국내법부합조항의 위법성에 의한 관할항변을 기각하였다. Desert Line v. Yemen 사건<sup>12)</sup> 역시 투자의 경미한 위법성에 대해 종전의 중재판정부와 동일한 입장을 유지하였다. 즉, 피신청국은 신청인이 예멘 당국으로부터 요구되는 인가를 획득하지 못했다면서 투자 적격을 문제 삼았는데, 중재판정부는 오만·예멘 BIT에서는 투자의 정의에 그러한 요건이 없으며, 또한 만약 신청인이 인가가 필요한 것이라 판단하여 당국에 신청을 했다면 인가를 받는데 전혀 문제없는 것이라 판단됨으로 형식적 요건 미비를 이유로 한 관할항변은 근거가 없다고 실시하였다. Mamidoil v. Albania 사건<sup>13)</sup>에서 중재판정부는 본 사건 투자의 경우 건설허가를 신청하지 않은 것이 경미한 불법이라 할 수는 없지만, 피신청국 스스로 유류 저장탱크의 철거를 명하거나 제재를 부과하지 않고 허가신청을 독려한 점을 고려할 때, 관할권을 배제할 정도로 투자에 중대 또는 명백한 불법이 행해진 것이 아니라고 판단하였다.

9) Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID case No. ARB/02/18; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 269-274면.

10) R. Zachary Torres-Fowler, “Note, Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration”, 52 Va. J. Int’l L. 995, 1027.

11) Alpha Projektholdings v. Ukraine, ICSID case No. ARB/07/16; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 577-585면.

12) DLP v. Yemen, ICSID case No. ARB/05/17; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 469-474면.

13) Mamidoil v. Albania, ICSID case No. ARB/11/24; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 839-846면.

투자가 피신청국 국내법에 부합하여 이루어지지 않은 부적법한 투자라 할지라도 모든 부적법한 투자가 중재판정부의 관할권을 이탈하는 것이 아니며, 중재판정의 관할권이 배제되려면 투자의 부적법이 중대 또는 명백하여야 함을 분명히 하고 있다. 따라서 정리하면, 투자의 적법성 문제는 그 사안의 경중에 따라 판단을 해야 하며, 만약 그 사안이 경미 하거나 후발적인 치유가 가능한 경우, 또는 투자 불법성의 결과가 심각하지 않은 경우에는 투자의 위법성을 이유로 관할을 배제를 하지 않는 것이 ICSID 중재판정부의 일관된 태도이다. 즉 투자의 적법성의 문제는 매우 중대한 하자가 있는 경우 물적 관할이 부인된다. ICSID의 협약에 의해 관할권이 배제되기 위해서는 중대한 불법성이 존재해야 가능한 것으로, 앞서 언급한 사례는 중재판정부가 경미한 사안이라 판단하여 ICSID관할을 배제하지 않은 경우이다. 하지만 아래의 부패행위(corrupt practice)에 대한 판정은 대부분 중대한 사안으로 판단을 하고 있으나, 일부 부패행위에 대해서는 경미한 사안이라 판단하는 경우도 존재하므로 부패행위 자체에 대한 유형화가 필요하다.

## 2. 부패행위의 유형 및 본질

세계은행(World Bank)은 부패행위(corrupt practice)를 ‘직접적으로 혹은 간접적으로 특정 당사자의 행동에 부적절하게 영향을 줄 수 있는 뭔가를 사용하거나 제공하거나 수령하거나 요구하는 행위’로 정의하고 있고, 국제투명성기구(TI)는 부패란 ‘사적 이익을 얻기 위하여 위임된 권력을 오남용하는 것’이라고 정의하고 있으며, 특히 국제연합의 반부패가이드(UN Guide for Anti-Corruption Policies(2003))에 따르면 부패의 정의는 나라마다 문화, 법제, 나타나는 문제의 본질, 및 기타 다른 요소들에 의해 다양하게 표현되는 것으로 부패행위에 대한 일반적인 정의를 하는 것은 어려운 점이 있음을 지적하고 있다. 이하에서는 부패행위 자체의 다양한 유형을 제시하고 ICSID 중재에서의 부패행위에 대한 관할항변의 결과가 상이했음을 보여주고자 한다.

### 1) 일방 또는 상호 부패행위

일방 부패행위는 오직 한 당사자만의 부패행위를 의미한다. 이러한 일방 부패행위의 경우 투자자가 투자국을 상대로 사기행위를 의미하기도 한다. 따라서 다수의 중재판정부 결정에 의하면 투자유치국이 중재 피신청인인 경우(투자자가 중재 신청인)에 투자자의 일방적 부패행위에 대한 관할권 항변의 주장을 받아들이는 경우가 종종 있다. 이와는 대조적으로, 상호 부패행위는 쌍방이 부패행위에 연루되었을 때 발생하는데, 뇌물을 제공하는 행위가 대표적이다. 뇌물은 한 당사자가 불법을 행하는 것(‘적극적’ 뇌물)을 하고 다른 당사자가 그것을 받아들이는 것(‘수동적’ 뇌물)을 수반하기 때문에 이런 경우는 부패행위로 인한 관할항변이

받아지는 경우가 거의 없다.<sup>14)</sup> 이와 관련한 그 이유를 아래의 사례에서 잘 보여주고 있다.

World Duty Free(이하 “WDF”) 사건<sup>15)</sup>의 경우를 살펴보면, WDF는 1989년 케냐정부와 연 1백만 달러를 지급조건으로 10년간 나이로비와 몸바사 공항 면세점을 건설 및 운영을 위한 임대차계약을 체결하였다. 1992년 케냐언론은 케냐정부가 대통령 재선을 위한 선거운동비용 모금행위에 WDF가 관련되었다고 보도하였다. 케냐정부는 WDF를 부실하게 법정관리 하였으며, 1999년 케냐정부는 두바이출신인 WDF 소유자를 강제로 추방하였다. 2000년 신청인은 임대차계약의 중재조항을 근거로 케냐정부가 자신의 재산을 불법 몰수하였음을 주장하여 ICSID 중재를 신청하였다. 중재절차 진행 중 신청인은 회사소유자이며 운영자인 Ali가 10년간의 양허계약을 체결하고자 사업 제안 및 협상을 위해 당시 Moi 대통령에게 2백만 달러를 기부하였음을 폭로하였다. 신청인은 이 기부는 케냐에서 사업을 하기 위한 비용으로 여겼으며, 또한 임대차계약의 대가였다고 진술하였다. 중재절차 중 대통령은 이와 관련하여 자신이 직접 받은 기부금은 합법적이며 사적인 기부에 불과함을 주장하였다. 반면에 신청인은 이는 WDF가 사업을 계속하기 위한 대가로 지급한 기부라는 점을 계속 강조하여, 2백만 달러에 대한 법적 성격이 상호 상충하였다. 이에 대해 케냐 정부는 문제의 10년 임대차계약과 양당사자에게 부여된 권리에 대한 청구는 국제공서에 반하는 것이므로 중재판정부가 기각할 사안이라고 주장하였다. 중재판정부는 ICC에서 사례<sup>16)</sup>를 근거로 국제공서(international public policy) 개념을 차용하여 WDF의 청구를 기각하였다. 상호뇌물행위는 대부분 국제공서나 거래상의 공서를 위반하는 결과에 도달하기에 이러한 부패행위를 한 신청인은 국제공서 개념에 따라 중재판정 신청자격을 상실한다고 그 이유를 밝혔다.<sup>17)</sup>

## 2) 연성 또는 경성 부패행위

부패는 ‘경성’ 혹은 ‘연성’으로 구분할 수 있다. 경성 부패는 부적절한 이익을 얻기 위해 공무원에게 부당한 이익을 제공하거나 약속하는 것이다. 그것은 직접 또는 중개인을 통해 이루어질 수 있다. 그것은 “공무원의 공무수행상 영향을 미칠 목적으로 추진된 의도적인 행위로서 부당한 사업적 이익을 얻기 위한 것”을 의미한다. 이처럼 경성 부패행위를 부적절한 이익을 얻기 위해 공무원에게 부당한 이익을 제공하는 행위로 정의를 하며, 이러한 행위에 전체를 관할항변이 가능하다고 한다면 경성 부패행위가 너무나 확장하는 경향이 생길 수 있다. 예를 들면, 영국은 우리의 국제뇌물방지법과 미국의 해외부패방지법<sup>18)</sup>(Foreign

14) Michael A. Losco, “Streamlining the Corruption Defense: a proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction”, 63 Duke L.J. 1201, 1215.

15) World Duty Free v. Republic of Kenya, ICSID case No. ARB/00/7, 2000.

16) ICC Case No. 1110(1963), 동 판정에 관해서는 본문 III-1-1) ‘국제중재에서 부패행위에 대한 관할항변의 기원’ 참조.

17) Losco, *supra* note 7, at. 1219.

Corrupt Practices Act 1997(FCPA))의 경우와는 다르게 외국 공무원에게 급행료(express charge)나 관촉비(promotion expense)를 지불하는 경우에도 뇌물죄 성립을 배제하는 규정이 없어, 경성부패행위로 처벌받아야 하는 경우가 있다. 따라서 국가마다 상이한 뇌물죄의 규정으로 인해 국제중재사건에서 국내법을 적용하는데 한계가 있다. 이러한 문제는 국제사건을 국내법으로 해결해야 하는 경우 전형적으로 발생하는 문제이며, 이에 대해서는 아래 (III-3)에서 논의를 이어갈 것이다.

‘연성’ 형태의 부패, 즉 ‘영향력 행사’는 본질적으로 경성 부패의 약화된 형태이다. 그것은 공무원에게 부당한 영향력을 행사할 수 있다고 주장하는 사람에게 부당한 이익을 제공하거나 약속하는 것을 의미한다. 영향력 행태는 중개인을 통해서 이루어지고, 경성 부패와는 대조적으로, 중개인은 실제로 뇌물을 줄 필요가 없다. 게다가, 영향력 행사를 원하는 회사는 공직자에게 직접 특정 행위에 영향을 미칠 의도를 가지지 않는다. 따라서 이러한 형태의 부패행위의 경우 ICSID중재에서 영향력 행사만으로 부패행위에 의한 관할항변을 인용하는 경우가 없으며, 반대로 경성부패행위의 경우는 부패행위에 의한 관할항변을 대부분 인용한다.<sup>19)</sup>

### 3) 부패를 목적으로 한 계약행위 또는 불공정조달행위

부패를 목적으로 한 계약이나 조달행위를 통해서 부패가 행해질 수 있다. 둘 다 성공적인 부패 항변을 형성한다. 공직자 뇌물 수수를 위한 중개계약이 전형적인 예이다. 한 당사자가 제시한 대가(뇌물수수)는 불법행위여서 계약은 법적으로 집행할 수 없다. 이러한 계약은 살인을 위한 계약과 같다. 위반 시 법원은 어느 한쪽 당사자에게 뇌물수수 의무를 이행하도록 강요하지 않을 것이다. 그러나 대부분의 ICSID 관할에서는 계약조달의 비리를 다룬다. 예를 들어, 기업이 공공의 이익을 얻기 위해 사기나 뇌물을 행할 때, 법정 및 중재판정부는 계약 자체에 하자가 없더라도 국가가 부패 방어를 하도록 일반적으로 허용한다.<sup>20)</sup>

18) 미국의 해외부패방지법은 1977년 12월 미의회에서 통과되었으며, 외국에서의 뇌물행위를 처벌할 수 있는 세계 최초의 입법이다. 워터게이트 사건의 영향으로 해외에서 뇌물행위 처벌에 대한 필요성이 제기되어 행해진 입법이며, 구체적인 법적 근거는 미국법의 역외적용이며, 역외적용에 있어 핵심은 관할권의 문제인데 효과 또는 영향이론을 통해서, 즉 외국에서의 행위가 자국에 영향을 미치게 된다면 관할권을 가진다는 이론으로 대표적인 것이 미국의 불공정거래방지법인 ‘서먼법’을 들 수 있다. 자세한 것은 Lauren Ann Ross, Note, “Using Foreign Relations Law To Limit Extraterritorial Application of the Foreign Corrupt Practices Act”, 62 Duke L.J. 445(2012), 451-52.

19) Losco, *supra* note 7, at. 1221.

20) *Id.*



### Ⅲ. 국제투자중재에서의 부패행위로 인한 관할항변

#### 1. 부패행위로 인한 관할항변의 제기

##### 1) 국제중재에서 부패행위에 대한 관할항변의 기원

국제중재에서 부패행위에 대한 관할항변의 핵심적 내용은 중재판정부가 부패행위로 얼룩진 투자계약의 성립을 인정해야 하는가의 문제이다. 부패문제가 항변사유로 최초로 부상하여 쟁점이 된 사례는 Lagergren 판사가 국제상공회의소(ICC) 중재에서 이슈가 된 1963년 중재판정문에 있다.<sup>21)</sup> 동 ICC 중재사건에서 Lagergren 판사는 부패 문제를 직접적으로 다룬 최초의 국제중재 판정부였다. 1963년 중재판정에 의하면 ‘정치적으로 연계된 아르헨티나 기술자’(청구인)가 아르헨티나 페로니스타 정부에 발전소용 전기장비를 판매하기로 한 계약을 위반했다며, 영국 업체인 피청구인을 상대로 중재신청을 했다. 양당사자는 사건계약 후 8년이 지난 후 아르헨티나 기술자(청구인)는 “어떠한 계약도 중개할 수 없다”고 했고, 그래서 피청구인은 100만 파운드의 수수료로 다른 대리인을 고용했다. 이듬해 피청구인은 놀랍게도 약 2700만 파운드 상당의 장비를 아르헨티나 새 정부에 팔았지만, 피청구인은 청구인에게 자신과의 수수료 계약에 따른 수수료를 지불하지 않고, 대신에 청구인을 대신해서 계약한 그의 대체자에게 100만 파운드를 지불한 것에 대해 중재신청을 하였다.<sup>22)</sup>

중재 당사자들은 그 계약이 청구인의 영향력을 이용하기 위한 것임을 인정했지만, 그럼에도 불구하고 양 당사자들은 자신들의 분쟁을 중재로 해결하기로 합의하였고 중재가 개시되었다. 실제로 영국회사인 피청구법인은 청구인을 고용한 유일한 이유는 “페로니스타 정부의 정치적 실세들과 청구인과의 매우 밀착된 친분관계”라고 인정했다. 따라서 동 에이전트계약은 실제로 공무원들에게 뇌물을 주기 위한 목적의 계약임이 명백해 보인다. 그럼에도 불구하고, 당사자들은 Lagergren 판사에게 위 계약이 부패를 목적으로 한 계약임에 대해서는 무시하고 중재판정을 요청했다.<sup>23)</sup>

Lagergren 판사는 중재절차를 개시할 것을 거부했다. 아르헨티나의 부패가 불가피했다는 증거는 물론 부패를 무시하기로 한 당사자들의 합의에도 불구하고 판사는 직권으로 관할권

21) Case No. 1110 of 1963, 21 Y.B. Comm. Arb. 47 (ICC Int'l Ct. Arb.). The original text of Judge Lagergren's award is reprinted in J. Gillis Wetter, *Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, 10 Arb. Int'l 277 (1994).

22) 계약에 의하면 청구인은 총 판매금액의 10%의 수수료를 받아야만 했다. 그러나 사실상 수수료의 10% 중 2%만이 청구인 몫이었으며, 나머지 8%는 후안 페론 대통령과 그의 측근 몫이었다.

23) 김선정, “메탈 테크회사와 우즈베키스탄 정부간 투자분쟁사건의 경위-부패행위의 정황증거를 중심으로-”, 무역보험연구, 제16권 제3호, 한국무역보험학회, 2015, 131-132면.

문제를 제기했다. 그는 국제공서(international public policy)와 신의칙(good faith)이 계약을 “유효하지 않거나 최소한 강제할 수 없는” 것으로 명령하므로 분쟁에 대한 국제중재를 하기를 거부했다. 그는 뇌물은 국제적인 악폐라고 선언하였으며, 그것은 신의칙과 대부분 국가들이 준수하는 국제공서에 반하는 것이므로, 중재로 이러한 성격의 분쟁을 해결한다는 것은, 즉 양당사자가 부패행위를 통해서 서로 협력관계를 구축하고 또한 이러한 중재제도를 이용하여 양자의 분쟁을 해결하는 것은 모순적인 상황이며, 따라서 중재를 이용해서 정의를 추구할 수 있는 권리를 박탈하는 것이 더 정의로운 결과임을 실시했다.

Lagergren 판사의 이러한 견해는 국가법을 넘어 국제공서에 반하는 부패가 개입된 계약은 무효화하거나 집행할 수 없다는 ‘법률의 일반원칙’을 천명한 것이며, 이는 지속적으로 국제사회에 영향을 주었다. 뇌물은 국제공서에 반한다는 개념은 이후 국제투자 관련 분쟁해결에 있어 중재의 중요한 부분으로 발전했다. 최근 몇 년 동안 ICSID 중재는 Lagergren 판사가 확립한 틀에 기초해서 많은 사례를 해결하고 있다.<sup>24)</sup> 또한 세계의 다양한 중재재판부 역시도 비슷한 문제에 직면하는 경우, 중재판정부들은 부패가 개입된 계약은 국제공서에 반하며, 따라서 무효라는 판정례를 만들어가고 있다.<sup>25)</sup>

## 2) 부패행위의 분리원칙

ICC 사건 이후, ICSID 중재판정부 다수의 중재판정이 Lagergren 판사의 해석에 동의함에도 대다수 실무상 중재판정은 분리원칙(principle of separability)을 근거로 부패행위에 터 잡은 계약의 분쟁을 중재판정의 관할 문제로 다루기를 거부하여왔다. 이는 법원에서 Lagergren판사의 입장을 지지하는 분위기와는 다른 방향이다. 이에 대해 법원은 오염된 손의 법칙(doctrine of unclean hands)을 근거로 하고 있는데, 이 법리는 피고의 과거 부적절한 행위에 대해서 원고가 이를 다투는 경우일지라도 구제를 구하는 자(원고)도 자신의 행위가 불공정하며 악의적인 행위가 되는 경우에 법원은 형평의 문을 닫아 원고의 구제를 허용하지 않는다는 이론이다.

중재판정부가 하자 또는 결함 있는 계약을 기초로 한 분쟁을 해결할 권한을 갖는가에 대

24) 관련된 사례로는 다음과 같다; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* ICSID case No. ARB/03/25, (16 August 2007); *African Holding Company of America, Inc and Société africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo*, ICSID case No. ARB/05/21, (29 July 2008); *TSA Spectrum de Argentina SA v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/05/5, (19 December 2008); *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID case No. ARB/05/15, (1 June 2009); *EDF (Services)Ltd. v. Romania*, *RSM Production Corp v. Grenada* and *Nico Resources(Bangladesh) Ltd. v. People’s Republic of Bangladesh*, ICSID case No. ARB/10/11 and ARB/10/18, (19 August 2013).

25) *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Sal.*, ICSID case No. ARB/03/26, p. 252.

하여 분리원칙은 비록 계약 자체에 결함이 있다고 하여도 그러한 결함으로 인해 계약상 합의된 중재조항이 무효로 되는 것은 아니며, 따라서 이 원칙에 의하면 중재판정부는 부패한 내용의 계약이 전제가 된 분쟁에 대해서도 당사자의 주장을 듣고 판정이유에서 계약의 유효성을 판정하여야 할 필요성이 있다.<sup>26)</sup> 따라서 중재인은 당사자간 분쟁의 전제가 되는 계약이 집행가능한 것인지에 관한 판단을 위하여 부패 관련 증거를 수집하여야 하는데, 그와 같은 입장의 대표적 사례로 앞에서 본 WDF 사건의 중재판정을 들 수 있다.<sup>27)</sup>

## 2. 부패행위로 인한 관할항변의 준거법

‘부패행위로 인한 관할항변’(corruption defense)의 특성을 제대로 파악하기 위해서는 다음의 네가지 중요한 판단을 해야 한다. 첫째, 부패행위를 불법행위(wrongful conduct)로 보다면 이러한 불법행위의 특징을 분석하는 것이 중요하며, 둘째, 부패행위를 판단함에 있어 중재판정부는 어떠한 법에 준거해서 부패행위를 다룰 것이며, 셋째, 부패행위와 관련하여 당사자들의 거증 책임은 어떻게 할 것인지, 마지막으로 적절한 법적 구제책은 무엇인지이다. 이러한 문제들은 관할항변을 주장하는 투자유치국들이 자신들의 항변이 중재판정부에서 받아들여질 것인가를 결정하는 주요한 요소가 되므로 이에 대한 면밀한 검토가 요구된다.

ICSID 중재에서 당사국이 부패행위에 의한 관할항변을 주장하는 경우, 그 법적 근거는 다양하다. 중재판정부는 통상적으로 다음의 세가지를 가지고 판단하는데, 국제적 공서, 투자국의 관련 법령, 그리고 의무 당사자의 신의칙이다.

### 1) 국제공서(International Public Policy)

공서(public policy)의 개념을 정의하는 것은 쉬운 문제가 아니다. 1853년 영국상원(House of Lords)은 공서를 “어느 행위주체도 대중에게 해를 입히거나(to be injurious to the public) 공공선(public good)에 반하는 경향이 있는 일을 합법적으로 행할 수 없는 법원칙”으로 설명하고 있다. 가장 유명한 공서의 정의는 1974년 Parsons & Whittemore 사건에서 “외국중재판정은 판정집행이 집행국의 가장 기본개념인 도덕과 정의를 침해하는 경우에만 ‘공서’를 근거로 거부될 수 있다”고 판시하였다. 즉 공서의 의미를 국가의 가장 기본적 개념인 도덕과 정의로 파악하고 있다. 1990년 독일 연방대법원은 ‘공서’는 기본 규칙(basic rules)이며 동시에 정의(ideas of justice)라 규정하고 있다.<sup>28)</sup>

26) Kendra, Thomas & Anna Bonini, “Dealing with corruption allegations in international investment arbitration: reaching a procedural consensus?”, *Journal of International Arbitration* Vol. 31, No.4(2014), p. 447.

27) 김선정, 앞의 논문, 132면.

이러한 국내 법원에서의 공서 개념에 반해, 국제적 공서는 국내의 공서 개념보다 좁게 해석되는 경향이 있다. ‘국제적 공서’(international public policy)는 엄격한 틀 내에 존재하는 개념으로, 보편적으로 적용되는 자연법 규칙, 보편적 정의, 국제공법상 강행규범(jus cogens)과 문명국이 인정한 도덕의 일반원칙이라 보는 것이 일반적이다. 전 세계적으로 공서 위반의 중요한 예는 사회통념에 반하는 마약거래, 부패, 테러리즘, 밀수와 같은 특정 행위라 구체적으로 인정하는 것이 일반적이다. 관련하여 국제중재사건에서 선량한 도덕과 공서의 위반으로는 테러, 해적행위, 밀수, 노예제도, 소아성애와 마약밀매와 같은 특정 행위에 대해서 모든 국가에서 도덕 및 미풍양속의 위반(contra bonos mores)으로 간주하며, 이러한 행위를 목적으로 하는 계약은 불법이고 집행될 수 없으며, 따라서 불법행위에 가담한 당사자 간 분쟁과 관련한 중재판정은 관할항변에 의해 사실상 본안의 문턱을 넘을 수 없다. 1997년 국제적 거래행위에서 외국 공무원에 대한 뇌물금지를 위한 경제개발협력기구(OECD) 협약은 부패행위에 의한 무역관행 확산을 국제적으로 방지하고자 하는 노력의 차원이며, 구체적인 국제사회 합의의 내용은 부패(corruption)와 뇌물(bribery)은 국제공서에 위반한다는 것이며, 또한 파리항소법원의 1993년 European Gas Turbines SA v. Sté Westman International Ltd 사건에서 뇌물과 관련하여 “뇌물에 의해 영향을 받은 계약은 프랑스가 지지하는 국제공서와 국제사회의 대다수 국가가 이해하는 국제상업윤리에 반하는 것”이라고 판시하였다.

ICSID협약 제52조 (1)항은 ① 재판소가 적절히 구성되지 않은 경우, ② 재판소가 명백히 그의 권한을 이탈한 경우, ③ 재판소의 재판관에 부패가 있는 경우, ④ 기본적인 심리 규칙으로부터 중대한 이탈이 있는 경우, 또는 ⑤ 중재판정문에 근거가 되는 판정이유를 명시하지 않은 경우를 규정하여 이러한 사실 하나라도 존재하면 중재판정 무효임을 규정하고 있다. ICSID협약에서의 공서를 대별하여 언급하면 절차적 공서와 실체적 공서로 구분하며, 전자의 예가 판정문에서 기본 내용을 언급하고 있으나 판정이유의 불기재를 하는 경우 무효 사유이며, 후자는 예로는 중재인/재판관의 부패를 특정하여 공서개념을 더욱 구체화해서 규정하고 있다.

공서위반을 의미하는 부패에 대해서 국제적 합의가 이루어졌다고 볼 수 있으며, 공서 적용의 시작은 외국중재판정을 거부 또는 불승인하는 근거로서 ‘협정의 공서개념’으로 ‘국제공서’에 대한 논의가 중요한 예가 된다. 따라서 뉴욕협약과 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL) 모델중재법에 규정된 ‘공서’의 의미가 집행국의 공서라 할지라도 이는 집행국의 국제공서로서 이해되고 판단되어야 한다. ICSID 중재에서 부패행위가 국제적 공서에 반한다는 결정례는 무수히 많다. 앞서본 국제상업회의소 중재에서의 Lagergren 재판관이 뇌물과 사기를 계약의 무효사유로 본 법적 근거가 국제공서의 위반으로 본 것이다. 세계

28) 장복희. “국제상사중재에 있어서 공서”. 서울법학, 제24권 제4호, 서울시립대 법학연구소, 2017, 229-231면.

국제법협회(ILA) 위원회는 공서에 대한 최종보고서에서 공서 개념에 포함시킬 수 있는 다양한 요소의 목록(list)을 마련하여, 잠재적인 공서 위반을 평가하에 고려할 수 있는 법의 요소를 특정하고, 공서의 내용 및 절차적 측면에서 국제적이며 객관적인 엄격한 기준을 제시하고 준수할 것을 권고하고 있다.<sup>29)</sup>

## 2) 국내법부합규정

투자도입 조항에서의 국내법 부합조항의 가장 일반적인 유형은 “당사국의 국내법령에 따라 도입한다.(admit in accordance with the laws and regulations)”라는 규정의 형태이다. 즉 외국 자본이 투자유치국으로 유치될 때, 투자유치국의 법령의 규제를 받도록 의도하는 조항으로 유치국의 법적 규제를 확보하기 위한 목적적 조치라 볼 수 있다. 이는 국내법에 부합하지 않은 경우는 합법적으로 도입된 투자로 볼 수 없다는 이유로 해당 투자협정의 적용에서 배제할 수 있게 함으로서 당사국의 정책에 부합하는 투자를 선별할 수 있는 권리를 확보하기 위한 것이다.<sup>30)</sup> 그러나 이 규정이 실제 법정에서 원용되면서 정책에 부합하는 투자의 선별을 위한 목적이 아니라 투자유치국의 입장에서는 불법적인 투자에 대해 국제(중재)법정에서 투자자의 제소를 차단할 목적으로 사용되고 있는 경우이다.

투자유치국의 국내법을 원용하여 투자자의 투자행위가 국내법령에 위반하는 경우 불법행위로 간주하여 중재판정부에 관할항변을 통하여 투자자의 중재신청 및 제소가 목적을 달성하지 못하게 하는 수단으로 사용되는 경우가 빈번하며 매우 효과적이라 이와 관련한 의미가 새롭게 대두되는 실정이다. 국내법 부합규정의 효력은 무한한 것이 아니라 시간적 또는 기능적인 한계를 갖는다. 따라서 관할항변의 가능성에 집착하는 경우, 이러한 한계들을 극복하기 위해 투자협정의 여러 다른 부분에서 동시에 국내법 부합규정을 언급하게 된다. 그 대표적인 경우가 투자 정의(definition)조항에서도 언급하는 경우이지만, 그 이외에 흔하진 않지만 투자대우(treatment)조항에서 등장하기도 하며<sup>31)</sup>, 그보다 더 드문 경우이긴 하지만 협정 서문(preamble)에서 이와 유사한 문구가 등장하는 경우도 있다. 그럼에도 그 중에서도 가장 잦은 경우라고 한다면, 투자 정의(definition) 조항과 투자도입(admission)조항에서 이를 동시에 규정하는 경우라 할 수 있다.<sup>32)</sup>

일반적인 국내법부합규정이라 하면 ‘in accordance with host state law’란 규정이 투자도입조항과 투자정의조항에 포함되어 있는 경우로, 자국의 국내법에 따라 투자된 또는 도입된

29) 장복희, 앞의 논문, 243-247면.

30) 김석호, “국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성”, 통상법률 제135호, 법무부 국제법무과, 2017, 80-84면.

31) 일반적으로 BIT 또는 다자투자협정의 경우에 대우조항에서 내국민대우 또는 최혜국대우의 구체적인 규정으로 국내법부합규정을 두는 경우가 있다.

32) 김석호, 앞의 논문, 81면.

자산이 협정의 적용대상이 된다는 취지로 규정되는 경우를 말한다. 투자 정의 조항에 ‘국내법 부합규정’이 등장하게 된 주요 이유는 위에서 언급한 것처럼 도입조항의 규정만으로는 관할이 배제될 수 없는 경우가 존재할 수 있는 기능적 한계를 커버할 필요가 있기 때문인 것으로 보인다. 즉 정의 조항에 국내법 부합 요건이 포함된 경우엔 국내법을 위반한 투자는 협정의 대상인 투자 자체가 되지 못할 것이기 때문에 도입 조항상의 규정의 한계를 극복함으로써 협정의 적용대상에서 배제될 가능성을 확실히 줄일 수 있다는 이유이다. 그러나 양자의 기능이 상이할 수 있는 관계로 투자 정의 조항에 국내법 부합규정이 포함된 경우라도 투자 도입조항에 동시에 포함되는 것이 일반적이다.

우선, 투자 정의조항에 포함된 국내법부합요건의 정확한 의미 및 효과가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있는데, 이를 위해 ICSID 중재판정부가 투자 정의조항에 소재하는 ‘국내법 부합규정’의 의미를 보다 상세히 그리고 최초로 다룬 2001년 *Salini v. Morocco* 사건에 대한 분석이 필요하다. 동 판정부는 동 조항이 갖는 의미에 대해 나름의 선구적인 해석을 시도하였으나 이에 대한 오해의 소지도 없지 않아 이에 대한 명확한 정리가 필요해 보인다. 동 사건은 이태리 회사인 *Salini*社가 모로코 정부와 체결한 계약의 위반이 문제된 건이다. 이의 해당 부분을 요약하자면, 피고인 Morocco 정부는 일단 ICSID의 관할을 부정할 목적으로 항변을 제기하게 되며, 그 주요한 이유 중의 하나로 해당 투자가 국내법에 의할 경우 ‘투자’가 아니라고 주장한 것이다. 즉 이태리-모로코간 BIT는 협정의 적용대상인 투자를 정의함에 있어, 투자를 ‘투자유치국 법규정에 따라 ... 투자된 모든 종류의 자산(the categories of invested assets ... in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party)’으로 정의하였고(제1조 제1항), 이에 모로코 법에 따르면, 문제의 계약은 상사계약(service contract)이므로 투자에 해당할 수 없다고 주장한 것이다.<sup>33)</sup>

이에 대해 동 판정부는 해당 BIT에서 ‘투자유치국 법과 규정에 따라’ 투자된 자산을 그 적용대상으로 규정하고 있는 경우라 할지라도, 이는 어디까지나 투자국 법은 투자의 유효성(validity)에 관여한다는 것이지, 투자의 정의(definition)에 관여한다는 의미는 아니라고 판단하며, 모로코 법에 따를 때 해당 건은 단순한 상거래일 뿐 투자로 볼 수 없다는 모로코 정부의 주장을 배척하였다. 그리고 ‘유효성’ 문제란 불법성 여부에 관한 문제로서, 국내법을 위반한 투자는 해당 협정의 보호 대상에서 배제하도록 하는 것이라고 실시하였다.

### 3) 그 외의 판단기준 : 신의성실의 원칙(Good Faith)

실체적 공서(substantive public policy)는 본안과 관련하여 집행법원이 당사자의 권리와 의무를 인정하는 것을 말한다. 예컨대 신의칙(good faith), 권리남용금지, 신의성실(pacta

33) 김석호, 앞의 논문, 85-86면.

sunt servanda), 차별금지와 보상 없는 수용금지 등을 들 수 있다. 또한 최고의 관습, 도덕 또는 미풍양속의 위반(contra bona mores), 해적행위, 노예제도, 테러, 마약 밀매, 대량 학살, 밀수 및 소아성애행위 금지가 이에 해당된다. 부패의 경우는 ICSID협약에서 명시하였듯이 대부분 법언에서 공서위반으로 간주하고 있다. 또한 법의 기본원칙(fundamental principles of law)은 의무규칙일 수도 아닐 수도 있다. 일부 법원은 법의 기본원칙을 특별 법규정 보다는 법의 일반원칙(general principles)으로 표현한다. 예컨대 신의성실원칙, 법의 남용금지, 신의칙, 보상 없는 수용금지, 차별금지와 제한능력자의 보호가 그것이다. 보통법계 출신 법률가들은 법의 기본원칙을 신의칙(good faith)으로 보는 경향이 있다. 1993년 Reoublic de Cote d'Ivoire v. Norbert Beyrard 사건에서 파리 항소법원은 “계약은 신의칙에 따라 이루어져야 하는 것이 국제공서의 일반원칙이다”고 하였다.

ICSID 중재판정부는 당사자들에게 신의칙을 준수할 의무를 부여하고 있으며, 중재 신청인의 의무 위반에 대하여 부패항변(corruption defense)을 허용하고 있다. 지금까지 ICSID 중재판정부는 두 개의 사건에서 신의칙 위반에 대하여 투자자를 사기로 판단하여 왔다. 관련하여 적어도 투자 개시시점에 투자자는 투자유치국에 필요한 정보를 제공할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않은 경우 신의칙 위반이 되고, 동시에 적용가능한 국내법 및 국제법이 위반이 될 수 있는데, 이는 신의칙 위반은 국내법부합규정에도 위반됨을 의미하는 것이다.

Inceya 중재판정부는 투자자가 공적인 양허와 관련하여 허위 정보를 제출한 것이 신의칙에 위반되는 것이라 판단했다.<sup>34)</sup> 동 판정부에서 신의칙을 ‘투자를 유치하는 과정의 협상과 실행행위시 상대방을 기만하지 않고 또한 당사자 간의 균형잡힌 호혜적 행위를 행할 의도와 진실 및 충성심을 의미’하는 것으로 정의했다. 만약 투자자가 이러한 신의칙에 기초한 행위 태양을 보이지 못한다면 투자유치국은 당사자간의 투자분쟁을 ICSID 관할로 합의한 투자유치국의 행위에 대해 간극이 발생하여 중국적으로는 관할항변이라는 결과에 이르게 된다. 아울러 신의칙 위반은 투자가 투자유치국의 법령에 따라 이루어지지 않았다는 것을 의미하며, 또한 이는 신의칙 의무가 명문의 규정에 의해 준수해야 되는 결과에 도달하게 된다. 비록 신의칙 준수 의무는 그 자체로서 충분히 의무의 위반을 구성할 수 있으며 이를 통해 관할항변의 근거를 제시할 수 있다. 따라서 국내법부합규정이 없는 경우 그리고 국제조약에 의해 투자가 관리되지 않은 경우라도 충분히 신의칙 준수 의무 위반을 이유로 관할항변을 인용한 판단을 할 수 있다.

#### 4) 소결

정리하면, 위 세 가지는 부패행위에 의한 관할항변을 판단하는 기준으로 다양한 조합의

34) Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Sal., ICSID case No. ARB/03/26, (2006), Metal-Tech v. Uzbekistan, ICSID case No. ARB/10/3, (2013).

방법으로 운용될 수 있을 것으로 보인다. 국제(또는 초국가적) 공서의 개념, 국내법부합규정, 그리고 신의칙 준수 의무가 그것인데, 각각이 또는 상호 조합의 방법으로 부패항변에 대한 법적 근거를 제시하는 역할을 하고 있다. 가령 Inceya 중재판정부는 국제공서와 신의칙의 개념을 국내법부합규정 내로 가져와서 구체적인 국내법률 기준에 따른 적법한 투자를 해야함을 강조하여 부패행위에 대한 부패항변 판단 기준을 단순화시킨 측면이 있으나, 또 다른 판정부에서는 국내법부합규정이 없는 경우에 국제공서와 신의칙의 개념을 이용하여 관할항변 정당화의 근거로 제시하기도 하였다.<sup>35)</sup>

한편 국제상사중재를 분쟁의 해결이라는 관점에서 볼 때, 국제적 요소가 있는 사건의 해결을 목적으로 하는 국제법정에서 관할항변을 위한 부패행위의 판단을 국내법에 따라 판단하는 것은 국제중재를 통한 분쟁해결이라는 원래의 취지 및 목적에 맞지 않은 부분이 있어 보인다. 따라서 국제공서 및 신의칙을 통한 판단 기준을 정립하여 통일적인 규정을 도입할 필요가 있다.

### 3. ICSID 중재판정부의 부패항변 적용 관행 및 개선점

국제투자중재에 있어서 뇌물공여 등 부패문제가 부각된 것은 비교적 최근의 일이다. 그러나 점차 흔한 쟁점이 되고 있고 중재판정부는 이 문제를 적극적으로 다루는 경향을 보이고 있다. 이에 따라 실무와 절차법적 측면에서 부패를 인정할 증거의 기준과 부패에 대한 법적 취급문제가 널리 논의되고 있으나 중재판정부가 어떤 역할을 하여야 할지에 대하여는 아직 명확한 원칙이 서있지 못한 실정이다.<sup>36)</sup> 앞서 본 2006년의 WDF 사건에서 중재판정부는 뇌물은 대부분 국제공서나 다국적기업의 공서에 반하는 것이므로 뇌물의 영향을 받아 체결된 계약을 기초로 한 청구는 중재판정부에 의하여 지지될 수 없다는 이유로 신청인의 청구를 전부 기각하였다. 이 사건에서는 뇌물은 국내·국제거래질서상 공서에 반하는 행위이므로 척결되어야 한다는 국제사회의 공감대를 이끌어 낸 바 있다.

국제공서에 의한 부패행위의 적법성을 판단하는데는 찬성할 수 있으나, 다만 국내법 규정에 의한 판단은 다소 납득하기 어려운 점이 있다. 물론 투자협정이라는 국제조약에 의해 국가간의 합의로 투자조약이 만들어져 그 구체적인 조약 적용의 결과 그 판단을 국내법에 따른다는 것은 논리적으로 타당할 수 있으나, 좀 더 깊이 살펴보면 투자유치국의 자의적 조치를 규제하고 투자자의 행위를 규제함에 있어 이의 적절성 여부를 국내법정이 아니라 국제법정에서 판단 받을 수 있도록 하고자 하는 것이 투자협정의 목적인데, 이를 위해선 국내법

35) Inceya case, *Id*

36) Kendra, Thomas & Anna Bonini, "Dealing with corruption allegations in international investment arbitration: reaching a procedural consensus?", *Journal of International Arbitration* Vol. 31, No.4(2014), p. 439.



내용 및 이의 적용에 있어서의 부적절성 여부가 가능한 한 국제법정에서 심리될 것이 필히 요청되는 것이므로, 국내법 위반을 이유로 관할 자체를 부정할 수 있는 경우란 극히 제한적으로 인정되어야 할 것이다.

투자유치국은 자국 내의 외국투자에 불법이 인정된다고 판단하는 경우, 이에 대해 아무런 조치도 취할 수 없는 지위에 있는 것이 아니라 협정과 관계없이 지체없이 상응하는 조치를 취할 수 있는 지위에 있다. 그럼에도 투자유치국의 일방적인 대응조치의 과소나 타당성 여부를 다투는 게 아니라 이를 문제 삼을 기회조차 투자자로부터 박탈하는 경우는 투자협정의 목적과 취지에 부합하지 않는 결과이다. 또한 위반의 대상과 관련하여 쟁점이 되는 것은 적법성 구문이 의미하는 법령의 범위이다. 투자유치국의 모든 법규인지 투자와 관련된 법규에 한정되는 것인지, 계약상의 위반이나 무형의 법 원칙도 해당되는지 여부이다. 통상 법 또는 법령에 의거한다고 규정되어 있으므로 투자유치국의 정식 법이나 규칙 등 성문 상의 규제 체제를 저촉하는 것은 적법성 요건을 충족하지 못한다고 볼 것이다. 지금까지 적법성 요건 충족이 부인된 사건들 중 지자체의 조례나 정부가 발포한 법령, 규칙 등은 적법성 대상에 포함되지 않는다는 주장이 제기된 바는 없다.<sup>37)</sup> 그러나 투자유치국의 모든 법을 의미하는 것은 아니며 투자와 관련된 법을 의미한다는 판정이 있다. Saba Fakes vs. Turkey 사건<sup>38)</sup>에서 터키는 “in accordance with the law”를 투자유치국의 모든 법령을 준수하라는 의미라고 해석한 반면 중재 판정부는 투자 유치를 관장하는 법, 투자를 행하는데 관련되는 법을 준수해야 한다는 의미라고 해석하였다. 투자와 무관한 법령 위반을 이유로 보호하지 않는 것은 투자 보호라는 투자협정의 대상과 목적과 합치되지 않으며 투자협정상에 명문의 규정이 없는 데에도 불구하고 막연한 국내법 위반을 이유로 투자협정이라는 국제법상의 의무를 회피할 수는 없다는 것이다. 국내법 위반이 있으면 해당 법에 따른 조치를 해야 할 일이지, 투자로 인정하지 않거나 투자 보호를 제공하지 않는 것은 부당하다는 취지이다.

#### IV. 결론

ICSID 국제투자중재 사건에서 부패행위에 의한 관할항변의 법리를 살펴보았다. 구체적으로 관할항변의 인정 여부를 판단하기 위한 다양한 방법의 기준을 살펴보았다. 정리하면 부패행위 자체의 경중에 의해 판정부가 항변을 기각 또는 인용을 할 수 있을 것이다. 하지만 위반을 인정할 수 있는 중대한 위법인 경우의 기준을 정하는 것이 쉽지 않다는 점, 또한 현재의 관행에 의하면, ‘국내법부합규정’에 따른 위반인 경우와 ‘국제법 원칙’, ‘국제공서’, 또는

37) 법무부 국제법무과, 앞의 책, 767면.

38) Saba Fakes v. Turkey, ICSID case No. ARB/07/20; 법무부 국제법무과, 앞의 책, 591-596면.

‘신의칙’에 위반되는 경우 관할항변이 인용되고 있으나, 그 기준이 일관되지 못하여 중재판정부의 성향 및 당사자의 부패행위에 대한 거증 정도에 따라 다양한 결정이 나타나고 있다. 또한 국내법부합규정에 의하면 투자유치국 국내법 위반이 발생하는 경우 중재판정부에서는 관할항변을 인용하는 경향이 있는데, 여기에서의 국내법의 범위가 문제되는 경우가 많다. 따라서 국내법 위반을 판단하는 결정하기에 앞서 그 구체적인 국내법의 범위를 정하고 그에 따라 관할 거부를 정해야 하는데 이 역시 쉽지 않은 문제이다.

부패행위의 다양한 유형에 대해 앞서 보았지만, 실제 사례에서의 판단 기준을 확립하는 것, 예를 들면 투자 자체는 합법이나 그것을 실행하는 행위만이 위법한 경우 또는 그 위법이 선의에 의한 것이었거나 투자활동의 사소한 일부만이 위법한 경우 등이 있을 수 있는데, 이러한 행위에 대해 전체적으로 위법행위라 판단하는 것은 쉽지 않다. 국내법 위반 여부를 판단하는 권한은 국제법정에 있으나 국제법정이 국내법에 대해 취약한 사실을 고려하면 객관적인 해당 국가의 관련된 판례는 위법성을 판단함에 있어 주요한 고려대상이 될 수 있는 것으로 보인다. 이와 같이 외국법정에서 국내법규정의 문제를 다루어야 하는 것은 앞서의 언급처럼 많은 문제를 야기할 수 있고 국내법규정의 내용과 그리고 신의칙의 내용을 다 포함할 수 있는 국제공서의 개념을 사용하여 부패행위의 관할항변을 판단하는 기준으로 통일할 것을 제안한다. 물론 국제관행에서 이런 가능성을 인식할 수 있고 국제투자분쟁해결센터를 중심으로 통일된 공서 모델을 만들어 국제공서 적용을 명확하고 예측가능한 형태로 변화시킬 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- 김석호, “국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성”, 통상법률 제135호, 법무부 국제법무과, 2017.
- 김선정, “메탈 테크회사와 우즈베키스탄 정부간 투자분쟁사건의 경위-부패행위의 정황증거를 중심으로-”, 무역보험연구 제16권 제3호, 한국무역보험학회, 2015.
- 문준조, “부패와 뇌물공여에 대한 국제적 규제동향에 관한 연구”, 현안분석 2001-15, 한국법제연구원, 2001.
- 법무부 국제법무과, ICSID 중재판정례 해설, 법무부, 2018.
- 오현석, “투자의 적법성과 ISD 관할에 관한 연구”, 법조 제69권 제1호, 법조협회, 2020.
- 장복희, “국제상사중재에 있어서 공서”, 서울법학, 제24권 제4호, 서울시립대 법학연구소, 2017.
- Kendra, Thomas & Anna Bonini, “Dealing with corruption allegations in international investment arbitration: reaching a procedural consensus?”, Journal of International Arbitration Vol. 31, No.4, 2014.
- Lauren Ann Ross, Note, “Using Foreign Relations Law To Limit Extraterritorial Application of the Foreign Corrupt Practices Act”, 62 Duke L.J. 445, 2012.
- Michael A. Losco, “Streamlining the Corruption Defense: a proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction”, 63 Duke L.J. 1201. 2014.
- R. Zachary Torres-Fowler, “Note, Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration”, 52 Va. J. Int’l L. 995, 2012.

투고일자 : 2020. 12. 08

수정일자 : 2020. 12. 16

게재일자 : 2020. 12. 31

## &lt;국문초록&gt;

## 국제투자중재에서 부패행위에 의한 관할항변

최 성 호

국제거래 과정에서 부패행위, 특히 어느 국가의 기업이 외국의 영향력 있는 대상 또는 공무원에게 뇌물을 제공하는 행위는 국제거래의 공정한 경쟁과 거래시장의 건전성에 악영향을 미친다. 국제적인 투자시장에서의 부패행위는 그 부정적 효과가 투자유치국의 국민뿐만 아니라 경쟁하는 다양한 국제거래의 주체에게도 실질적으로 악영향을 미치는 관계로 다양한 국가에서 또는 국제사회에서 반부패 입법 및 제도를 도입하고 있다. 국제투자시장의 활성화를 목표로 ICSID협약을 국제사회는 성안하였으며, 아울러 동 협약에 기초하여 세계은행이 설립 주도한 국제투자분쟁해결센터(ICSID)를 통해서 투자자 보호를 위한 국제중재 형식의 분쟁해결기구를 운용하고 있다.

ICSID에서 어떠한 투자가 형식적으로 투자의 형태를 하고 있더라도, 그것이 투자유치국의 법령을 준수하지 아니하고 위반한 경우 최소한 ICSID 협약 제25조 (1)항에 따른 투자에는 해당하지 아니하며, 이에 따라 ICSID 중재 대상에서 제외되는 결과에 이르게 된다. 이러한 이유로 피신청국은 그 중재청구에 대하여 투자 적법성 흠결을 원인으로 한 관할항변을 할 수 있게 된다. 따라서 이러한 내용을 기초로 국제상사중재제도, 특히 ICSID 협약 및 중재판정을 기초로 양당사자의 부패행위에 대한 관할항변의 가능성을 살펴보고 이에 대한 분석 및 검토한다.

이를 위해 먼저 국제투자중재에서 투자의 적법성과 부패행위 관련성을 투자의 의미와 부패행위에 대한 유형분석을 통해서 검토하고, 동시에 관련된 ICSID 중재판정부의 판결례를 이용해서 부패행위 자체의 경중에 따른 결정의 의미를 살펴보고, 그 다음 국제투자중재에서의 부패행위로 인한 관할항변의 판단기준인 준거법에 대하여 논의를 진행하며, 끝으로 부패행위로 인한 관할항변의 준거법에 대한 비판점 및 향후 개선해야 할 부분에 관한 논의를 한다.

주제어: 국제투자분쟁, 부패행위, 국제투자분쟁해결센터, 국제공서, 신의칙, 관할항변, 부패항변