

2016

6월호

K-BUILD저널

오피니언

미래 성장동력으로서의 초고층 건축

트렌드 위치

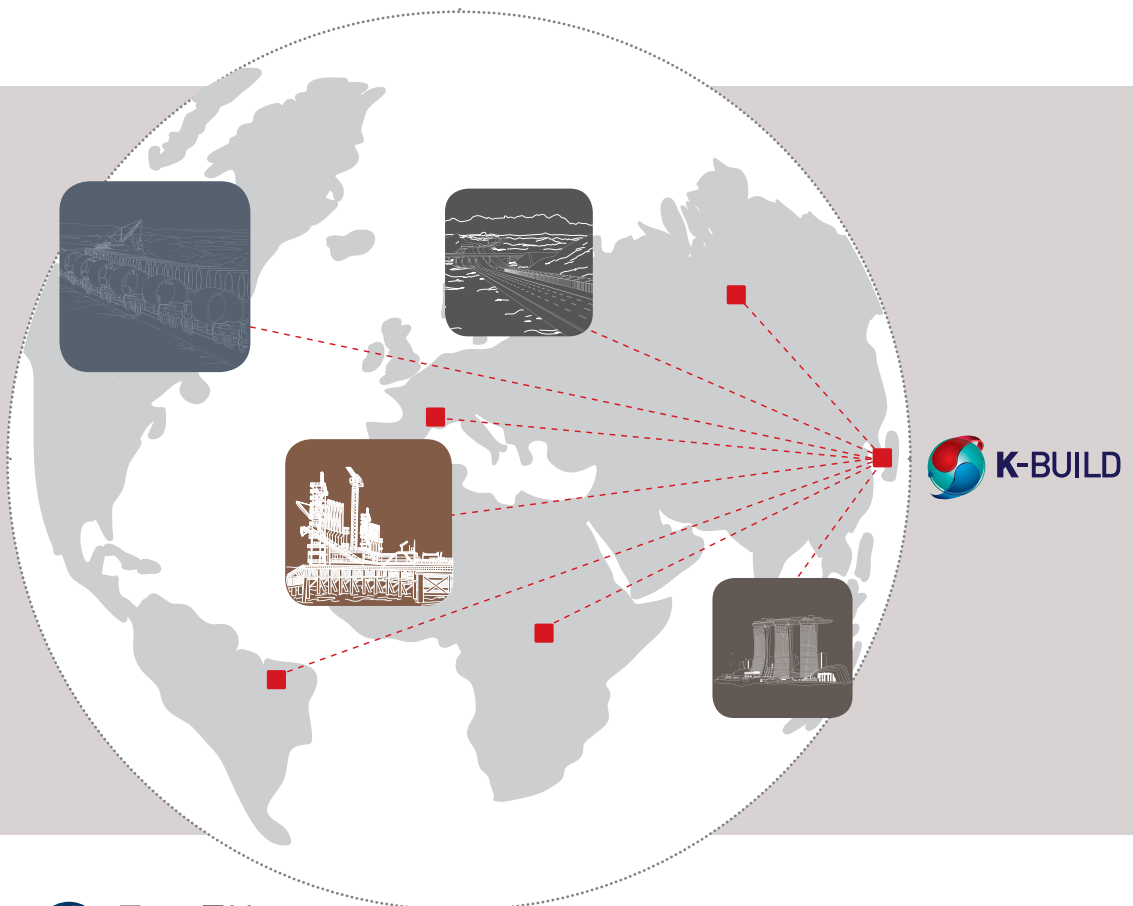
해외건설 관련 주요 대외변수 점검

“PREFENSE”와 테러예방매뉴얼

K-BUILD 특집

GRUPO ACS 성장패턴 분석 및 시사점

해외건설 분쟁 해결 - 'ISD 중재'가 대안이다



해외건설 분쟁 해결 - ‘ISD 중재’가 대안이다

김 두 식 대표변호사

정 하 늘 외국변호사

김 종 우 외국변호사

법무법인 세종, 해외건설분쟁 전문그룹

해외건설사업과 관련하여 정부의 행위나 조치로 인한 클레임 또는 분쟁이 발생하더라도 막상 이를 효과적으로 해결하기 위한 마땅한 분쟁해결수단이 없는 경우가 많다. 이러한 상황에서 해외건설 클레임을 해결할 수 있는 유력한 대안이 바로 투자자-국가 분쟁(Investor-State Dispute: ISD) 절차이다.

서론

우리나라의 해외건설은 6, 70년대 단순 노임하청 또는 시공 위주의 계약형태를 벗어나 EPC 턴키계약이나 설계·조달·시공·금융 등이 복합된 패키지계약으로 발전해 왔다. 계약이 복잡해진 만큼 해외건설사업에 수반되는 각종 리스크도 커지고 있다. 해외건설사업에 따른 리스크가 현실화되면 십중팔구 법률적 분쟁이나 클레임으로 발전하게 마련이다.

해외건설 리스크는 지역에 따라 유형이 다르다. 예컨대 우리나라 건설사들이 많이 진출한 중동, 동남아, 아프리카, CIS지역은 발주청이 정부기관이거나 혹은 정부가 지배하는 공기업인 경우가 많다. 이들 지역은 대체로 정치환경이 불안하고 정부의 정책변경이 잦다. 그 결과 해외건설사들은 심각한 ‘정부 리스크’까지 떠안아야 하는 형편이다. 실제로 정부의 정책변경이나 공권력의 직간접적 개입으로 인해 계약이 제대로 이행되지 않고, 그 결과 건설사들이 막대한 피해를 보는 경우가 비일비재하다.

문제는 이처럼 해외건설사업과 관련하여 정부의 행위나 조치로 인한 클레임 또는 분쟁이 발생하더라도 막상 이를 효과적으로 해결하기 위한 마땅한 분쟁해결수단이 없는 경우가 많다는 점이다. 대다수의 건설 공사계약에서는 상사중재나 현지 법원에서의 소송을 통한 분쟁해결절차를 규정하고 있다. 그러나, 정부의 행위 또는 조치로 인한 클레임 발생 시 발주자는 공사사의 손해가 자신의 직접적인 계약위반 행위가 아닌 정부의 행위나 정책변경으로 인해 발생하였다는 이유로 불가항력(Force majeure) 항변을 하는 경우가 많고, 설사 정부의 행위가 불법행위를 구성한다고 한다고 하더라도 불법행위를 청구원인으로 하기 어려운

상사중재의 특성상 중재절차를 통해 시공사의 손해를 구제받기란 어렵다. 정부의 부당한 행위가 빈번히 발생하는 국가들은 대개 ‘법에 의한 통치(rule of law)’ 문화가 정착되지 않고 사법시스템이 후진적인 수준에 머물러 있는 실정이라서 건설사들이 현지 법원에 소송을 제기하더라도 공정한 판결을 기대하기 어렵다.

이러한 상황에서 해외건설 클레임을 해결할 수 있는 유력한 대안이 바로 투자자-국가 분쟁(Investor-State Dispute: ISD) 절차이다. 후술하는 바와 같이 모든 해외건설분쟁을 ISD절차로 해결할 수는 없다. 그러나 일단 공사 발주자가 국가기관이거나 국가가 소유 또는 지배하고 있는 공기업이거나, 클레임이 정부의 부당한 정책변경이나 조치 때문에 발생한 경우에는 ISD절차를 통한 분쟁해결을 심각하게 고려해 볼 필요가 있다.

ISD 중재란 무엇인가?

ISD 분쟁 해결 절차는 대부분 중재(arbitration)의 형태로 진행되므로 통상 ‘ISD 중재’라 부른다. ISD중재란 상대국 정부의 위법·부당한 행위로 인해 피해를 입은 투자자(건설사)가 양국간에 체결된 투자보호협정(통상 investment treaty라 한다)에 따라 직접 그 상대국 정부를 상대로 손해배상을 청구하는 중재절차를 말한다. 일반 상사중재의 경우에는 당사자들간의 계약조항이나 혹은 별도의 중재계약을 통해 그들간에 발생하는 분쟁을 중재절차에 의해 해결하기로 하는 ‘중재합의’

(arbitration agreement)가 있어야만 중재를 제기할 수 있다. 그러나 ISD중재는 투자자(건설사)와 상대국 정부간에 직접적으로 이루어진 중재합의에 의한 중재가 아니고, 투자자의 본국 정부와 상대국 정부간에 체결된 투자보호협정에 포함된 ISD 중재 조항에 따라 ISD중재 관할권이 성립된다. 즉 상대국 정부는 투자보호협정의 ISD중재조항에 따라 중재합의를 청약(offer)하는 셈이고 투자자는 그 상대국 정부를 상대로 ISD중재신청을 제기함으로써 그 청약을 승낙하는 것으로 간주되는 것이다.

따라서 해외건설과 관련하여 우리나라 건설사가 상대국 정부를 상대로 ISD중재를 제기하려면, 한국과 상대국 정부 간에 체결된 투자보호협정이 존재하여야만 한다. 투자보호협정은 대부분 양자조약의 형태를 취하고 있다(따라서 투자보호협정을 통상 Bilateral Investment Treaty, 또는 약칭하여 “BIT”라고 한다). 그러나 최근에는 자유무역협정(Free trade Agreement: FTA)에서도 투자관련 분쟁을 ISD중재에 회부하기로 하는 조항을 두는 경우가 늘고 있다. 2016. 3. 현재 한국은 전세계 100여개 국가들과 이러한 투자협정을 체결하고 있어 해외에 진출한 한국 기업들은 사실상 전세계 대부분의 국가를 상대로 ISD중재를 제기할 수 있다고 할 수 있다.

투자보호협정은 말 그대로 기업의 해외 ‘투자’를 보호하기 위한 협정인데, 대부분의 투자보호협정에서는 건설도 ‘투자’의 일부로 인정하고 있다. 구체적으로 건설공사계약이나 플랜트 운영계약은 물론, 이들 계약을 수행하기

위해 설립한 현지법인, 공사현장에 반입한 건설장비나 기타 설비가 모두 투자로 인정될 수 있다.

ISD중재에서 적용하는 실체적 준거법은 기본적으로 투자보호협정과 같은 국제법이다. 다시 말해, 상대국 정부가 투자보호협정상 의무나 기타 일반적으로 인정된 국제법 원칙을 위반했는지 여부가 ISD중재의 심사기준이 된다. 이 점에서 ISD중재는 계약 및 계약의 준거법인 국내법을 기준으로 판단하는 일반 상사중재와 다르다. 물론 ISD중재에서도 국가행위의 적법성을 판단함에 있어 그 행위의 근거 내지 배경이 된 해당국의 국내법을 고려할 수 밖에 없다. 그러나 해당국의 국내법상 적법한 행위라고 하여 국제법적 의무 위반이 정당화되는 것은 아니다. ISD 중재판정부는 상대국의 국내법이나 그에 따른 정부의 행위가 국제법 원칙에 부합하는지 여부를 심사하기 때문이다.

원래 국제법은 국가와 국가간의 관계를 규율하는 법이다. 따라서 국제법 위반 여부를 다루는 국제소송이나 중재의 당사자도 국가로 제한되는 것이 원칙이다. 실제로 대부분의 투자보호협정에서는 국가 대 국가간 중재절차(state-to-state arbitration)를 규정하고 있다. 그러나 상대국 정부의 행위로 인해 민간 투자자가 입은 손해를 그 투자자가 속한 국가와 상

대국 정부간의 중재로 해결하는 것은 매우 비효율적이고, 분쟁절차의 수행이나 집행에 있어 수많은 문제를 내포하고 있다. 이런 문제를 해결하기 위해 1960년대 초반 세계은행(World Bank)은 민간투자자가 직접 상대국 정부를 제소할 수 있는 권리를 인정하는 협정안을 만들어 회원국들의 승인을 받았다. 이 협정을 통상 ICSID협정이라 부른다.¹⁾ 1966. 10. 14. 발효한 ICSID협정에는 2016년 현재 161개국이 가입하고 있다.

ICSID 협정에 따라 ISD중재절차를 전담할 중재기관으로 ICSID²⁾가 설립되었다. ICSID는 세계은행 산하기관으로 미국 워싱턴 DC에 설치되었다. 오늘날 대부분의 ISD중재사건은 ICSID에 제기되고 있다. 통계에 의하면, 1972년 최초로 ISD 중재사건이 ICSID에 제기된 이래 2015년말까지 총 549건의 ISD 중재사건이 ICSID에 회부되었다.³⁾ ICSID에 회부된 중재에서 내려진 중재판정은 ICSID협정에 의해 그 집행이 보장된다. 그러나 ICSID는 세계은행 회원국 정부와 다른 세계은행 회원국 소속 투자자가 ICSID에 회부하기로 동의(consent)한 투자분쟁만을 다룬다. 따라서 어느 투자분쟁 당사자가 세계은행 회원국이 아니거나 관련 국가들간에 투자협정이 없거나 투자협정에 ICSID 중재를 허용하는 규정이 없으면 ICSID중재절차를 이용할 수는 없다. 이런 경우에는 ICSID가 별도로 마련한 Additional

1) 정식 명칭은 The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States이다.

2) 정식 명칭은 International Center for Settlement of Investment Disputes이다.

3) 전체 ISD중재사건 중에서 건설 및 에너지 산업분야의 분쟁이 약 50%를 차지하고 있다.

Facility 규칙⁴⁾에 의한 중재를 진행하거나 아니면 UNCITRAL 중재규칙 등에 따른 임의(ad hoc) 중재절차를 이용할 수 있다.

ISD중재의 대상이 되는 건설클레임의 유형

ISD 제소대상이 되는 건설클레임의 유형은 다양하다. 가장 대표적인 것은 상대국 정부가 외국투자자(건설사)를 ‘공정하고 공평하게 대우해야 할 의무’(fair & equitable treatment: FET)를 위반하였다는 클레임이다. 특히 상대국 정부가 건설공사계약을 체결할 당시 시행 중이던 외국인투자 혜택이나 정책을 변경하는 등의 조치를 취하여 해외건설사의 ‘정당한 기대(legitimate expectation)’를 배반하고 손해를 입힌 경우 그러한 상대국 정부의 행위는 투자 보호협정 위반을 구성할 수 있다. 예컨대 상대국 정부가 정부보조금을 지급하겠다는 약속을 통해 투자를 유인한 뒤 보조금 지급을 일방적으로 중단하는 행위, 환율제도를 자의적으로 변경하여 외국인 투자의 수익을 감축시키는 행위, 외국인 투자에 대한 조세감면 등 외국인 투자법상의 혜택을 취소·변경하는 행위, 외국인투자자에 대하여 내국인 고용의무를 강화하거나 자국 내에서 생산된 원자재만 사용하도록 하는 요건을 부과하여 사업비를 대폭 상승시키는 행위 등이 FET의무 위반을 구성할 수 있다.

상대국 정부의 이러한 행위로 인해 건설사가 예측하지 못한 손해를 입었다면 외국인 투자자를 ‘공정하고 공평하게 대우할 의무’의 위반에 해당할 가능성이 있다. 다만 투자유치국에게는 기본적으로 정책을 변경할 권한이 인정되기 때문에 정부의 이러한 주권적 권한을 전제하고서도 투자자의 기대가 정당했다고 볼 수 있는지 여부가 위와 같은 사건에서 주된 쟁점이 된다.

급격한 환율제도 변경으로 외국 투자자들에게 피해를 입혀 ISD제소를 당한 대표적인 사례로 아르헨티나의 소위 ‘페시피케이션(Pesification)’ 사건이 있다. 아르헨티나는 1980-90년대 달러 대 페소화 환율을 1 대 1로 고정하는 고정환율제를 채택하고 이를 대외적으로 적극 홍보하여 외국인투자를 유치하였다. 그런데, 2000년대 초반 페소화의 가치가 급격히 평가절상되자 고정환율제를 폐기하고 페소화의 가치를 절하함으로써 수많은 외국인 투자자들이 막대한 투자손실을 입었다. 이에 다수의 투자자들이 아르헨티나 정부를 상대로 ISD 제소를 하여 거액의 승소판정을 받아냈다.

최근에는 카자흐스탄 정부가 탱게화에 대한 고정환율제를 변동환율제로 변경하여 탱게화 기준 건설공사계약을 체결한 국내건설사들에게 큰 피해를 입히고 있는데, 이는 FIDIC계약상 법률의 변경으로 인한 비용 증가에 해당할 소지도 있지만 아르헨티나 페시피케이션 사건

4) Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility Rules).

을 참고하여 ISD 제소 가능성을 검토해 볼만하다.

또한 최근에 문제되고 있는 사우디아라비아 정부의 자국민 우선채용 강제제도(소위 ‘사우디제이션’)도 정부의 정책변경이 투자자들의 합리적 기대를 저버린 사례로 거론되고 있다. 사우디 정부는 2012년경부터 사우디에 진출한 외국기업들에 대해 사우디 국민을 우선적으로 채용하도록 강제하는 제도를 시행하고 있는 것으로 알려져 있다. 구체적으로 외국인 고용비용이 일정 수준 이상인 외국기업에 대해서는 사우디인과 외국인 고용인원 수의 차이만큼 고용허가 수수료를 추가 부과하거나 외국인 근로자들에 대한 비자발급 및 갱신에 있어 불이익을 주는 등의 방법으로 자국민을 고용하도록 외국 건설사들을 압박하고 있다.

이 때문에 사우디에 진출한 국내 건설사들은 건설비용 증가는 물론, 숙련공 확보에 있어 큰 어려움을 겪고 있는 것으로 알려져 있다. 만약 이러한 사우디의 자국민 우선고용 강제제도가 공사계약 체결 당시에는 존재하지 않았던 것이거나, 설사 그러한 제도가 이미 존재하고 있었다 하더라도 이를 예고 없이 강화하여 건설사들에게 대비할 틈도 주지 않았고 합리적인 보상도 하지 않았다고 한다면, 이로 인해 피해를 입은 국내 건설사들은 사우디 정부를 상대로 한 ISD 제소를 통해 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.

이와 같이 투자자의 정당한 기대를 위반하는 행위 외에도, 정부의 행위가 그 자체로서 심

히 부당하고 불합리한 경우에도 공정대우 의무 위반을 구성할 수 있다. 예컨대 정부가 건설 관련 허가나 승인, 양허 등을 거부하거나 취소함에 있어 악의적(willful)이었거나, 투명성(transparency)을 결여했거나, 혹은 합리적인 의사결정 과정을 거치지 않은 경우, 혹은 다른 건설사와 비교해 볼 때 특정 건설사를 차별적으로 대우하는 행동을 한 경우, 정부 공무원이 뇌물을 요구하면서 인허가를 지연하는 경우, 합리적 근거 없이 환경법 위반등을 이유로 막대한 벌금을 부과하여 공사비용 증가를 초래한 경우에는 ISD제소가 가능하다.

이 밖에 경찰력을 통해 투자자를 보호해야 할 의무를 다하지 않은 경우에도 ISD 제소가 가능하다. 상대국 정부가 소요사태가 벌어지고 있는 건설현장에 경찰력을 투입하지 않는 등 보호의무를 다하지 않아 약탈을 당하게 만드는 경우가 그런 예이다. 또한 적절한 절차나 보상 없이 허가나 양허를 취소하여 사실상 건설투자를 수용하는 결과를 초래하는 행위, 혹은 공사대금 등의 송금을 부당하게 거부 또는 제한하는 경우 ISD 제소가 가능하다.

공공기관의 단순 계약위반도 ISD 제소대상이 되는가?

공사 발주자가 상대국의 정부기관인 경우, 그 발주청이 공사계약과 관련하여 취한 조치가 허가 또는 관리 관청으로서 공권력을 행사하는 행위인지, 아니면 단순히 계약 당사자로서 공사계약을 위반한 것에 불과한 행위인지

가 분명치 않을 때가 많다. 만약 후자의 경우라면 그러한 단순 계약위반 행위에 대해서도 ISD 제소가 가능한지가 종종 문제된다. 해외 건설사의 입장에서는 당연히 발주청이 계약당사자로서 계약상 의무를 이행할 것이라는 기대를 할 수 밖에 없고 이러한 기대는 정당한 것이므로, 이론적으로는 발주청의 단순 계약위반도 ‘공정 · 공평대우 의무’ 위반에 해당하고 따라서 ISD 제소대상이 된다는 주장이 성립될 수 있다.

하지만 발주청의 단순한 공사계약 불이행은 ISD 제소대상으로 보지 않는 것이 일반적이다. 예컨대 발주청의 재정이 악화되거나 공사계약 조건의 해석에 대한 이견이 발생하여 계약을 불이행하는 것에 불과한 경우에는 단순한 계약 불이행에 불과하고 그것이 투자보호협정 위반에 해당하는 것은 아니라고 보는 것이다. 그러나 발주청이 악의적이거나 자의적인 방법으로 계약을 불이행하는 경우, 투명성 원칙을 위반하거나 신의에 반하는(bad faith) 방법으로 계약을 불이행한 경우에는 단순 계약위반을 넘어서 투자보호협정 위반을 구성할 수 있다.

이와 관련하여, 투자보호협정에 소위 우산조항(umbrella clause)이 포함되어 있는 경우에는 단순한 계약위반이라 하더라도 투자보호협정 위반으로 간주될 수 있다는 점에 유의해야 한다. 우산조항은 상대국 정부가 투자보호조약에서 투자와 관련하여 부담한 ‘협

정 외의 의무’를 준수할 의무를 부담하는 조항을 말한다. 전형적인 우산조항은 대개 “Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory of the other Contracting Party”라는 규정 형식을 취하고 있다.⁵⁾ 여기에서 말하는 ‘협정 외의 의무’(any other obligation)에는 상대국의 국내법에서 규정하고 있는 정부의 의무뿐 아니라, 상대국 정부기관이 당사자로 참여하여 체결한 계약에서 부담한 의무도 포함된다고 해석된다. 따라서 이와 같은 우산조항을 두고 있는 투자보호협정 하에서는 발주청의 단순한 공사계약 위반행위도 곧바로 투자보호협정 위반을 구성할 가능성이 있다.

국영기업의 행위

우리나라 건설사들이 체결한 해외공사계약을 보면 발주자가 정부기관은 아니지만, 상대국 정부가 소유하거나 통제하고 있는 국영기업 또는 정부소유기업(이른바 State-owned Enterprise: SOE)인 경우가 많다. 국영 석유공사나 도로공사, 주택공사 등이 발주하는 건설 프로젝트들이 그런 예이다. 이러한 국영기업이 해외건설사들에 대해 부당한 행위를 한 경우 ISD 제소가 가능한가?

ISD는 ‘국가’를 상대로 하는 쟁송절차이기 때문에 국영기업의 행위라고 하여 바로 ISD

5) 예컨대 한-알제리 투자협정 제9(3)항.

제소대상이 될 수는 없고, 국영기업의 행위가 국가에 귀속(attribution)될 수 있을 때에만 ISD 제소가 가능하다. 국제법에서 확립된 ‘귀속이론’에 따르면, 발주자인 국영기업이 정부로부터 위임 받은 권한을 행사하거나, 정부의 지시나 통제를 받아 행동하는 경우에는 그 행위가 국가에 귀속되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 반드시 국영기업의 개별 행위에 대하여 정부의 위임 또는 지시나 통제가 있어야 하는 것은 아니다. 예컨대 국영기업의 조직이나 이사회 구성 운영방식 등에 비추어 그 국영기업이 정부의 지시나 통제를 받고 운영되고 있음이 분명하고 문제의 행위가 정부의 일반적인 통제범위 내에서 이루어진 것이라고 한다면, 그런 행위 자체에 대해서는 정부의 구체적인 지시가 없었다고 하더라도 이를 국가의 행위로 볼 수 있을 것이다.

법원소송과 ISD중재와의 관계

해외건설 클레임은 이를 보는 각도에 따라 현지법원에 소송을 제기할 수 있는 사안이면서 동시에 ISD중재를 제기할 수 있는 사안인 경우가 많다. 예컨대, 발주청의 행위가 한편으로는 일반적인 공사계약 위반에 해당하고 또 다른 한편으로는 ISD 제소대상이 되는 ‘공정·공평대우 의무 위반’을 구성하는 경우이다. 그

렇다면 이러한 경우 건설사는 법원 소송(또는 상사중재)을 제기함과 동시에 ISD중재를 제기할 수 있는가? 투자보호협정에 특별히 달리 규정하지 않는 이상 이론적으로는 동시 제소가 가능하다.

그러나 대부분의 투자협정에서는 국내재판과 ISD중재를 동시에 진행하거나 충돌하는 것을 방지하기 위한 규정을 두고 있다. 규정 방법은 다양하다. 어떤 투자협정은 국내소송을 제기한 사건에 대해서는 ISD 제소를 금지한다고 규정하고 있다.⁶⁾ ISD 중재를 신청하기 전에 반드시 일정 기간 이상 국내소송을 거치도록 요구하고 그 기간 내에 국내소송이 종결되지 않을 경우에만 ISD중재를 신청할 수 있다고 규정하는 투자협정들도 있다.⁷⁾ 이 밖에 처음부터 국내소송과 ISD중재 중 하나를 선택하여 그 방법으로만 분쟁을 해결하도록 하는 투자협정도 있고,⁸⁾ 양자를 모두 허용하되 국내소송에 따른 판결이 확정되면 ISD중재를 신청하지 못하도록 하는 협정도 있다.⁹⁾

투자자(Investor)의 국적 문제 - 투자보호협정의 흠결 보충

투자자(건설사)가 투자보호협정에 따라서 ISD중재를 신청하려면 해당 협정을 체결한 국

6) 한-오만, 한-이란, 한-베트남, 한-멕시코 투자협정 등.

7) 한-인도, 한-페루 투자협정 등.

8) 한-알제리 투자협정 등.

9) 한-터키, 한-네덜란드 투자협정 등.

가의 국적을 보유해야 한다. 회사의 국적은 일반적으로 설립에 관한 준거법에 따라 정해지는 것이므로 우리나라 해외건설 회사가 상대국 정부를 상대로 ISD 제소를 하려면 우리나라 법에 따라 설립된 회사이어야 한다. 설사 실체가 없는 Paper Company라 하더라도 설립지국의 투자자로 인정될 수 있다.

그러나 투자보호협정에 따라서는 Paper company처럼 실체가 없는 회사에 대해서는 투자자 적격을 부인하는 조항(소위 ‘denial of benefit’ 조항)을 두는 경우가 있다. 이러한 규정이 있으면 Paper company는 설립지국의 투자자 적격을 부인 당하고 상대국 정부를 제소할 자격을 잃게 된다.

이와 같은 법리는 우리나라와 투자보호협정을 체결하지 않고 있는 국가에서 해외건설을 수행하는 기업이 그러한 협정 혜택을 보충하기 위하여 제3국 소재 자회사를 이용할 때 고려해야 한다. 즉, 이러한 협정 혜택이 있을 때, 건설사는 해외건설 현장이 소재한 국가와 투자보호협정을 체결하고 있는 제3국에 자회사를 설립하여 그 자회사를 통해 건설공사계약을 체결한다든가, 그 자회사에게 공사계약을 양도하는 방법을 통해 ISD 제소자격을 획득할 수 있는데, 이 경우 해당 투자보호협정의 투자자 규정을 면밀히 검토하여 투자자 적격을 충족하는 수준으로 자회사의 실체를 구성해야 하는 것이다.

중동, 동남아, CIS국가, 남미, 아프리카 등 제3세계 국가에서 대규모 에너지, 자원, 건설

사업을 수행하는 외국기업의 경우, 현지 정부의 부당한 행위로 인한 잠재적 피해를 구제받기 위한 ISD 제소권을 확보하는 것은 중요한 일이다. 실제로 외국 기업의 경우, 투자보호협정 비체결국가에서 대규모 프로젝트를 수주하거나, 혹은 기존 프로젝트를 수행하는 중에 해당국 정부와 심각한 ISD 클레임이 발생할 소지가 있는 경우에 제3국에 자회사를 설립한 후 공사계약 또는 해당 건설사업 부문을 양도하는 등의 구조개편을 통해 ISD 제소자격을 획득하는 사례가 상당수 있다.

상대국 정부에 대한 ISD 중재판정 집행 가능성

국내기업들 중에는 상대국 정부의 부당한 행위에 대해 ISD 제소를 할 수 있는 유력한 클레임을 갖고 있음에도 불구하고 상대방이 정부이기 때문에 송소판정을 받아내더라도 과연 상대국 정부에게 이를 집행할 수 있을지, 오히려 상대국정부로부터 유무형의 보복을 당하지 않을지를 걱정하여 ID 제소를 망설이는 경우가 많다.

ISD중재는 국가행위의 위법성을 지적하며 손해배상을 청구하는 절차이기 때문에 제소를 당한 국가는 이를 매우 민감하게 받아들이는 것이 사실이다. 특히 ISD 클레임 통지나 중재신청서가 상대국을 대표하는 대통령이나 수상에게 발송되게 되므로 상대국 정부로서는 신청인의 ISD청구를 중대한 사안으로 받아들이는 것이 일반적이다.

흥미로운 것은 이와 같은 ISD중재의 민감성 때문에 오히려 패소국 정부가 ISD중재판정을 이행할 가능성을 높다는 점이다. 실제로 ISD중재에서 패소하여 손해배상 판정을 받은 국가는 배상금액을 지급하는 것이 대부분이다. 거액의 패소금액을 당장 지급할 수 없는 경우에는 협상을 통해 감축 합의된 금액을 지급하기도 한다. 여하튼, 패소국 정부가 확정된 ISD 중재판정의 이행을 아예 거절하는 경우는 흔치 않다.

이런 사실은 판정 불이행에 따른 국가적 체면 손상 가능성, 국가 신용도 하락, 다른 외국 투자자들에게 미칠 부정적인 영향, 해외자산에 대한 압류 위험, ICSID 협약상의 이행의무 등이 복합적으로 작용한 결과라 할 수 있다. 여러 건의 ISD 제소를 당해 패소했던 아르헨티나가 처음에는 해외자산을 옮기는 등 중재판정 이행을 거부하려 하다가 결국은 2013년에 투자자들과 1달러당 85센트 비율로 배상금액을 감축하기로 합의하고 그 금액을 배상할 수 밖에 없었던 이유도 여기에 있다.

그렇다고 ISD 제소를 당한 국가가 제소한 투자자에게 어떤 불이익을 주거나 보복을 하려 할 가능성이 전혀 없는 것은 아니다. 제소기업에 대해 새로운 공사나 사업에 대한 입찰 참여를 불허한다든가, 시공 중인 다른 공사에서 부당한 하자주장을 제기하여 시공사를 괴롭힌다든지 하는 사례가 보고되기도 한다. 그러나 이와 같은 리스크는 설사 ISD중재가 아니라도 상대국 정부를 상대로 어떤 형태로든 클레임을 제기한 기업에게 발생할 수 있는 것이다. 이

와 같은 리스크에도 불구하고 어쩔 수 없이 상대국 정부를 제소할 수 밖에 없는 경우가 많고, 이런 상황에서는 오히려 ISD중재가 다른 분쟁 해결수단보다 더 강력한 분쟁해결방법이 될 수 있다고 할 수 있다.

한편, ISD 제소를 한 투자자가 상대국 정부와의 쟁송에도 불구하고 상대국 정부와 사업관계를 잘 유지하는 사례도 많다. 아르헨티나 정부를 제소했던 토탈(Total), 베네수엘라 정부를 제소했던 생고뱅(Saint-Gobain) 등이 대표적인 예이다. 이들은 비록 마지막 분쟁해결 수단으로 ISD중재를 신청하긴 하지만, 그것이 해당 국가에서 모든 사업관계를 정리한다는 의미는 아니라는 입장을 분명히 하고 현지에서 사업을 계속하고 있다.

맺는 말

ISD중재는 상대국의 영향력 하에 있는 법원 소송이나 중재를 벗어나 건설분쟁을 공정하게 해결할 수 있는 강력한 분쟁해결수단이다. ISD중재가 가진 또 하나의 매력은 협상을 통한 분쟁타결에 미온적인 상대방 국가를 협상 테이블로 끌어낼 수 있는 강력한 유인책이 될 수 있다는 점이다. 실제로 상대국 정부에 ISD 제소 의사를 통지하는 것만으로도 건설클레임이 화해로 해소되는 경우가 많다. 투자보호협정에서는 분쟁당사자들이 ISD중재를 개시하기 전에 대개 6개월 정도의 협상기간(cooling period)을 거치도록 요구하고 있는 것이 보통이다.

ISD중재의 공정성 때문에, 상대국 정부는 건설사의 클레임의 법적 근거가 박약한 경우가 아닌 한 건설사와 성실하게 협상에 임하지 않을 수 없고 가급적 ISD중재를 피하려는 태도를 취할 수 밖에 없다. 통계적으로 전제 ISD사건 중 약 1/3정도가 협상을 통해 종결되는 이유가 여기에 있다.

물론 해외건설 클레임이 모두 ISD 중재대상이 되는 것은 아니다. 나름대로의 한계도 있다. 그러나 해외건설사들이 상대국 정부의 정책이나 제도, 조치, 부작위 등으로 인해 피해를 입었음에도 불구하고 적절한 해결수단을 찾지 못해 고심하고 있다면, ISD중재로 클레임을 제기할 가능성이 있는지 여부를 반드시 검토할 필요가 있다. ●