

국제투자중재에서의 자연인 투자자 관련 인적 관할

- 국적 판단 및 다중국적 관련 주요 판정례의 법리 분석

김·장 법률사무소 변호사 윤 석 준

*논문접수 : 2021. 11. 17. *심사개시 : 2021. 11. 17. *게재확정 : 2021. 11. 25.

〈 목 차 〉

| | |
|---|---|
| I. 서론 | 2. 국적 판단의 주체와 근거(Soufraki v. UAE 사건) |
| 1. 투자자 개념의 체계적 지위 | 3. ICSID 협약에 따른 투자자 요건과 그 심사 (Siag v. Egypt 사건) |
| 2. 투자자 개념의 근거 규범 | 4. 신청인의 이중국적(Al Tamimi v. Oman) |
| II. 외교적 보호권 행사의 요건으로서의 국적 | 5. 국적 보유의 시기(Seo v. Korea) |
| III. 국제투자중재에서의 자연인 투자자에 대한 인적 관할 관련 주요 쟁점과 법리 | IV. 결론 |
| 1. 주요 쟁점 | |

I. 서론1)

국제투자중재의 근거 규범인 투자협정2)

1. 투자자 개념의 체계적 지위

에서는 그 적용범위를 정하면서 “타방 체 약국의 투자자”를 그 판단 기준 가운데 하

- 1) 줄고를 검토해 주시고 귀중한 의견을 주신 심사위원들께 이 자리를 빌려 깊이 감사드립니다.
- 2) 전통적으로는 양자 간 투자조약(bilateral investment treaty)의 형태였으나, 최근에는 양자 간 또는 다자간 자유무역협정(free trade agreement)에 투자라는 표제를 단 하나의 장(Investment Chapter)으로 포함되는 형태도 많아졌다. 전자의 예로는 이란의 다야니 가문이 대한민국을 상대로 투자 중재를 신청하면서 근거로 삼았던 대한민국 정부와 이란회교공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Protection of Investments, 이하 “한-이란 BIT”라고 한다)을 들 수 있고, 후자의 예로는 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America, 이하 “한-미 FTA”라고 한다) 중 제11장 투자(Chapter 11 Investment)를 들 수 있다.

나로 규정한다. 예를 들어, 한-미 FTA 제 11.1조 제1항은 적용범위(Scope and Coverage)라는 표제 아래 “이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다(This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to)”라고 규정하는데, 그 가목은 “다른 쪽 당사국의 투자자(investors of the other Party)”이다. 따라서 투자협정에서 부여하는 보호와 혜택을 받기 위해서는 우선 투자자에 해당하여야 한다.³⁾

한편, 투자유치국이 투자협정상의 의무를 위반하여 자신에게 부여된 보호와 혜택을 침해하였다고 주장하는 청구인은 투자유치국을 상대로 국제투자중재를 신청할 수 있는데 이러한 청구인의 지위도 투자자에게만 인정된다. 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조는 정의(Definitions)라는 표제 하에 “청구인이라 함은 다른 쪽 당사국과의 투자분쟁의 당사자인 어느 한 쪽 당사국의 투자자를 말한다(claimant means an investor

of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party)”라고 규정한다. 나아가 상당수의 국제투자중재는 세계은행 산하의 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 “ICSID”라고 한다)에서 ICSID 협약⁴⁾ 및 ICSID 중재규칙에 의하여 해결⁵⁾되는데, ICSID 협약 제25조 제1항은 국가와 타방 계약국 국민(national of another Contracting State) 사이의 분쟁에 관하여 ICSID가 관할을 가진다고 규정하면서 제2항에서 타방 계약국 국민을 정의하고 있다. 따라서 국제투자중재의 신청인이 되기 위해서는 투자협정이 정하는 투자자에 해당하여야 하며, ICSID 중재의 경우에는 추가로 타방 계약국 국민이기도 해야 한다.

위와 같이 투자자라는 개념은 실체적으로 투자협정이 적용되기 위한 요건임과 동시에 절차적으로 국제투자중재의 소송(내지 중재)요건⁶⁾이기도 하다.⁷⁾ 국제투자중재의 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추

3) 박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012, 75면.

4) 공식 명칭은 국가와 타방 계약국 국민 사이의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)이다.

5) 이하 이러한 중재를 중재기관의 명칭을 따라 ICSID 중재라고 한다.

6) 소송요건은 소제기로 성립된 소송이 적법해져서 본안재판을 받을 수 있는 요건, 즉 본안재판요건을 말한다. 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 295면. 국제투자분쟁의 형태가 소송이 아니라 대안적 분쟁 해결방법인 중재라는 점에 착안한다면 민사소송에서 소송요건에 해당하는 개념을 중재요건이라고 부를 수 있을 것이다.

7) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.01.

지 못한 경우 중재판정부가 중재신청을 어떻게 처리해야 하는지에 관해서 대부분의 투자협정은 명문의 규정을 두고 있지 않으나 ICSID 협약은 제25조에서 이를 관할(jurisdiction)⁸⁾의 문제로 다루고 있으며, 실무에서도 국제투자중재의 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추지 못하였다고 판단할 경우 중재판정부는 투자협정이 적용되지 않음을 이유로 청구를 기각하는 것이 아니라 관할이 없음을 이유로 신청을 각하⁹⁾한다.¹⁰⁾ 즉, 투자자로서의 요건을 갖추었는지 여부는 실무상 중재판정부의 인적 관할(jurisdiction *ratione personae*)¹¹⁾ 문제로

다루어지는바, 이하에서도 두 용어를 상호 호환적으로 사용하고자 한다.

2. 투자자 개념의 근거 규범

투자자의 정의는 기본적으로 개별 투자협정에서 정하는데, 투자협정에 따라 차이는 있으나 대체로 투자자를 자연인과 법인으로 나누고 자연인의 경우는 국적을, 법인의 경우에는 설립지, 본사소재지, 영업활동지 등을 기준으로 삼아 투자자 요건 구비 여부를 판단하도록 한다.¹²⁾ 최근 들어서는 이중국적자인 자연인의 투자자 판

8) 여기서 말하는 관할은 영미법상의 관할 개념에 터잡은 것으로, 우리 민사소송법상 관할과는 다르다. 우리 법상으로는 행정소송의 원고적격(인적 관할), 대상적격(물적 관할), 제소기간(시적 관할)을 합한 개념에 가깝다고 볼 수 있는데, 이러한 면을 포함하여 국가 행위의 적법성(투자협정 위반)을 다룬다는 점에서 국제투자중재는 행정소송과 유사한 부분이 있다.

9) 우리 민사소송에 비유하여 “신청을 각하”한다고 설명하였으나, 국제투자중재 실무에서는 각하(*abweisen als unzulässig*)와 기각(*abweisen als unbegründet*)을 구별하지 않는다. 이는 영미법계 실무가 대륙법계 실무보다 우세하기 때문인 것으로 생각된다.

예를 들어, 한-미 FTA에 기하여 대한민국을 상대로 제기된 *Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. 18117* 사건에서는 투자 요건이 갖추어지지 않았다고 판단하였는데, 그 주된 주문은 아래와 같다.

1. DETERMINES that the Respondent’s Preliminary Objection No. 1 be upheld;
2. DETERMINES that the Tribunal has no jurisdiction over the Claimant’s claims;
3. ORDERS that the Claimant’s claims be dismissed[.]

10) 우리 민사소송에서도 소송요건에 관한 판단이 본안에 관한 판단에 우선한다. 법원은 소송요건이 갖추어져 있지 않다고 판단할 경우 본안요건이 갖추어져 있지 않다는 판단을 이미 한 경우에도 청구를 기각하지 않고 소를 각하한다. 상세는 호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016, 295면 이하 참조.

11) 투자자라는 인적 요소를 근거로 한 관할이라는 의미이다. 이에 대비하여 투자라는 물적 요소를 근거로 한 관할은 *jurisdiction ratione materiae*, 제소기간이라는 시적 요소를 근거로 한 관할은 *jurisdiction ratione temporis*라고 부른다.

12) 예를 들어, 한-이란 BIT 제1조(정의) 제2호는 투자자를 가목의 자연인과 나목의 법인으로 나누고, 각각을 “어느 일방 계약당사자의 법에 의하여 그 국민으로 간주되고 투자유치국의 국적을 가지지 아니한 자연인 (natural persons who, according to the laws of either Contracting Party, are considered to be its national and have not the nationality of the host Contracting Party)”, “어느 일방 계약당사자의 법에 의하여 설립되고 그 일방 계약당사자의 영역 안에 본사나 실제 경제활동이 있는 그 일방 계약당사자의 법인(legal persons of

단 기준을 구체적으로 명시¹³⁾하거나, 법인 외에도 다양한 형태의 기업이 투자자에 포함됨을 명시¹⁴⁾하는 등 더욱 상세한 규정을 두는 것이 추세이다.¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 실제 국제투자중재 사건에서는 신청인이 투자자에 해당하는지 여부가 문제 되는 경우가 적지 않으며, 특히 ICSID 중재에서는 ICSID 협약 제25조 제2항 각호에서 정하는 타방국 국민의 정의와 투자협정이 정하는 투자자 정의 사이의 관계 내지 적용상

의 우열¹⁶⁾ 등이 추가로 다투어지기도 한다. 한편, 국제투자중재에서 ICSID 협약 다음으로 널리 활용되는 유엔국제상거래법위원회(United National Commission on International Trade Law, 이하 “UNCITRAL” 이라고 한다) 중재규칙의 경우 당초 국제상사중재를 염두에 두고 제정되었으므로 중재규칙에 투자자의 정의에 관한 조항을 두고 있지 않다.¹⁷⁾

국제투자법과 국제투자중재에 관한 통

either Contracting Party which are established under the laws of that Contracting Party and their headquarters or their real economic activities are located in the territory of that Contracting Party)”으로 정의한다.

- 13) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조(정의)는 “이중국적자인 자연인은 그의 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 본다(a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality)”고 규정한다.
- 14) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.28조(정의)는 자연인이 아닌 투자자를 법인(legal person)이라고 하지 않고, 기업(enterprise)으로 지칭한 다음, 한-미 FTA 제1.4조(정의)에서 기업을 “회사, 신탁, 파트너십, 단독소유기업, 합작투자, 협회 또는 유사한 조직을 포함하여, 영리목적인지의 여부와 민간이나 정부가 소유하거나 지배하고 있는지의 여부에 관계없이 [...] 모든 실체(any entity [...] whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization)”로 정의한다.
- 15) 상세는 C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.58 이하 참조.
- 16) 투자 개념의 경우에도 투자협정이 명시적으로 규정하고 있지 않은 요건들을 ICSID 협약 제25조 제1항의 해석에 의하여 추가적으로 요구할 것인지가 다투어졌는데, *Salini v. Morocco* 사건의 중재판정부가 투자자의 출자(contribution), 일정 기간 동안의 지속(a certain duration), 위험의 인수(participation in the risks), 투자유치국의 발전에 대한 기여(contribution to the host state’s development) 요건이 (투자협정과 무관하게 추가적으로) 요구된다고 판시한 이후, 이것이 국제투자중재 실무의 주류적 견해가 되었다. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001 참조.
 위 법리를 이른바 *Salini test*라고 부르는데, 그에 관한 상세는 우선 박덕영 편저, *국제투자법*, 박영사, 2012, 65면 이하, 439면 이하; E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2016, p. 97 이하 참조.
- 17) UNCITRAL 중재규칙의 활용을 공식적으로 권장하고 UN 사무총장으로 하여금 중재규칙의 광범위한 확산을 도모하도록 한 1976. 12. 15.자 유엔총회 결의31/98호는 “국제상사(법률)관계의 맥락에서 발생하는 분쟁의 해결방법으로서의 중재의 가치를 인정([r]ecognizing the value of arbitration as a method of settling

일적인 규범 또는 분쟁해결기구가 존재하지 않는 상황에서 투자자 요건에 관하여 일반적으로 통용되는 법리를 찾기는 쉽지 않다. 따라서 신청인이 투자자로서의 요건을 갖추었는지(더 널리 쓰이는 실무상 표현으로는 중재판정부의 인적 관할이 인정되는지)가 문제되는 국제투자중재에서 중재판정부는 해당 사건에 적용되는 투자협정의 구체적인 문언과 ICSID 협약의 해석론을 종합적으로 고려하여 판단하게 되는데, 이 과정에서 유사한 문언을 가진 투자협정을 적용하거나 유사한 쟁점에 관하여 ICSID 협약을 해석한 다른 국제투자중재 사건 판정례는 영미법상 선례구속과 같은 효력은 없으나 설득력 있는 근거(persuasive authority)가 된다.¹⁸⁾ 한편, 타국으로부터 권리 또는 이익을 침해받은 개인에 대한 구제라는 점에서 국제투자중재와 유사한

측면이 있는 외교적 보호권과 관련된 법리도 국제투자중재에 시사점을 줄 수 있다.

이에 이하에서는 외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적에 관하여 간략히 살펴본 다음, 투자자가 자연인인 경우에 요구되는 인적 관할 요건에 관한 주요 국제투자중재 판정례를 중심으로 관련 법리를 분석한다.¹⁹⁾ 실제 사건에서는 중재판정부의 인적 관할 내지 투자자 요건 외에도 다양한 사실관계와 쟁점이 다투어졌으나, 본고에서는 연구 주제에 관련된 부분에 한정하여 검토를 진행하였다.

disputes arising in the context of international commercial relations)”하고 “그러한 분쟁의 해결에 UNCITRAL 중재규칙을 활용하도록 권장([r]ecommends the use of the Arbitration Rules of the [UNCITRAL] in the settlement of disputes arising in the context of international commercial relations)”하였다.

한편, 이후 UNCITRAL 중재규칙이 국제투자중재에서도 널리 활용됨에 따라 2010년 개정 중재규칙의 활용을 공식적으로 권장한 2010. 12. 6자 유엔총회 결의 65/22호는 “중재규칙이 투자자-국가 분쟁 등 다양한 분쟁을 포함하는 다양한 상황에서 활용된다는 점에 주목([n]oting that the Arbitration Rules are [...] used in a wide variety of circumstances covering a broad range of disputes, including [...] investor-State disputes)”하기에 이르렀다.

18) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.39. 특히 *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, para. 46은 그렇게 하지 않을 강력한 근거가 있지 않은 한, 중재판정부에게는 일련의 국제투자중재 판정례들이 일관되게 채택하여 온 견해를 따를 의무(duty)가 있다고 판시한 바 있다.

19) 투자자는 자연인과 기업으로 구분되므로 투자자가 기업인 경우의 투자자 요건을 다른 주요 판정례도 살펴봐야 할 것이나, 지면 제약상 이는 다음 기회로 미루고자 한다.

II. 외교적 보호권 행사의 요건으로서의 국적

투자협정의 주요한 목적 가운데 하나는 외국, 구체적으로는 상대방 계약당사국으로부터의 투자를 유치하는 데에 있다.²⁰⁾ 따라서 자연인의 경우 투자자로 인정받기 위해서는 투자유치국의 관점에서 볼 때 외국인이어야 하며 그 판단 기준은 국적이다.²¹⁾

이와 관련하여 외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적에 관하여 먼저 살펴볼 필요

가 있다. 외교적 보호권이 국제법상 자국민 보호를 위한 전통적 제도로 존재해 왔으며 국제투자중재도 그에 터잡아 발전한 측면이 있기 때문이다. 또한 개별 투자협정이나 ICSID 협약 등에서 국적 판단의 기준 내지 준거법에 관한 명시적인 지침을 제공할 경우에는 그러한 규정이 특별법(*lex specialis*)으로서 우선 적용되고 외교적 보호권에 관한 일반 법리는 적용되지 않을 것이나,²²⁾ 그렇지 않을 경우에는 국적 관련 쟁점에 관하여 이미 판례가 축적되어 있는 외교적 보호권 관련 논의가 방향을 제시해 줄 수 있다.²³⁾ 예를 들어, ICSID협

20) 예를 들어, 한-이란 FTA 서문 참조. 자연인이 투자자의 국적과 관련하여 투자유치국의 상대방 계약당사국 국적을 보유할 것(적극적 요건)과 투자유치국의 국적을 보유하지 않을 것(소극적 요건)을 요구하는 ICSID 협약 제25조 제2항도 이러한 고려에 기한 것이다.

한편, 박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012, 75면은 절차적인 측면에서 투자유치국 국적을 보유한 투자자(소극적 요건을 갖추지 못한 투자자)는 자국민 투자유치국 국내 법원의 소송을 통하여 분쟁을 해결할 수 있기 때문에 굳이 국제투자중재를 허용할 필요가 없다는 취지로 설명하나, 국가에 따라서는 국내 법원이 국가와 국민 사이의 분쟁에서 공정하고 합리적인 판결을 내릴 것이라고 기대하기 어려운 경우도 있다. 실제로 투자유치국 국적을 보유한 투자자가 국내 법원의 소송이 아닌 국제투자중재에 호소하는 사례가 발생하고 있다는 사실이 이를 방증한다.

21) A. Sinclair, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 20, Issue 2, Fall 2005, p. 357 이하; R. Wisner and R. Gallus, "Nationality Requirement in Investor-State Arbitration", The Journal of World Investment and Trade, Volume 5, Issue 6, 2004, p. 927 이하 참조. 이때 국적 외에 투자 자금의 출처는 투자자 요건 판단과 무관하다. Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p. 314 이하; R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 46 참조.

22) 2006년 채택된 유엔 국제법위원회(International Law Commission)의 외교적 보호에 관한 규정 초안(Draft Article on Diplomatic Protection, 이하 "ILC 초안"이라고 한다) 제17조 참조. 원문은 다음과 같다.

"The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments."

23) Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, para. 108; McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.37.; R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 47; 박덕영 편저, 국

약 제25조 제2항 제1호는 국자투자중재의 신청인이 투자유치국 국민이어서는 안 된다고 규정하고 상당수의 투자협정에서도 비슷한 규정을 두고 있으나, ICSID 중재²⁴⁾가 아닌 국제투자중재에서 투자협약도 그에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은 경우라면 투자유치국 국민이라는 이유만으로 신청인 자격이 당연히 배제되는 것은 아니고 실효적 국적이 어디인지에 따라 국제투자중재를 신청하는 것이 허용된다는 주장이 가능할 수 있는 것이다.²⁵⁾

우선, 국제법상 각국은 누가 자국의 국적을 가지는지 결정할 수 있고, 이를 위해 그 기준이 되는 규범(국내법)을 창설할 권리가 있다. 다른 국가들은 조약이나 국제관습법에 반하지 않는 이상 이를 존중하여

야 한다.²⁶⁾ 그러나 국가가 특정 사안에 있어 외교적 보호권을 행사할 수 있는지 여부는 국제법상의 문제이므로, 피해를 입었다고 주장되는 사람이 외교적 보호권을 행사하고자 하는 국가의 국적을 보유하고 있는지 여부에 관한 심사 권한은 당해 사건을 심리하는 국제재판부에 독립적으로 귀속하며 국가의 국내법적 판단에 구속되지 않는데, 이러한 원칙은 국제투자중재에서도 그대로 적용된다.²⁷⁾

한편, *Nottebohm* 사건에서는 외교적 보호권 행사를 위해서 특정인이 국적국의 국적을 형식적으로 보유하고 있는 것만으로는 부족하고 그 특정인과 국적국 사이에 진정한 관련성(*genuine connection*)이 필요하다고 판시하였다.²⁸⁾ 그러나 이후 *Italia*—

제투자법, 박영사, 2012, 76면.

24) ICSID 협약 제27조 제1항은 국제투자중재가 제기된 경우 그 국적국이 해당 분쟁과 관련된 외교적 보호권 행사를 포기한 것으로 간주하므로, ICSID 중재의 경우에는 외교적 보호권과 관련된 법리가 적용될 여지가 거의 없다. *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, para. 69.

25) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, paras. 5.14, 5.89.

26) 1930. 4. 12. 헤이그에서 체결된 국적법의 충돌에 관한 협약(*Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Laws*, 이하 “국적법 협약”이라고 한다) 제1조. 원문은 다음과 같다.

“It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality.”

위 협약은 1937년 발효되었고 현재까지 24개국이 비준 또는 가입하였으나 비회원국들에게도 국제관습법으로서의 효력을 가지는 것으로 받아들여진다. Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p. 375 참조.

27) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.18. 박덕영 편저, *국제투자법*, 박영사, 2012, 76면.

28) *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 4. 같은 태도를 보인 판례로 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (*Belgium v.*

US Conciliation Commission Tribunal은 진정한 관련성이 모든 사건에서 요구되는 것이 아니라, 문제된 특정인이 리히텐슈타인에는 거의 거주하지 않은 반면 과테말라에서는 34년 이상 거주하면서 사업 활동을 하였던 Nottebohm 사건과 같이 특수한 경우에만 요구된다고 판시하였고,²⁹⁾ ILC 초안 제4조도 같은 입장을 취하였다.³⁰⁾

반면, Iran-United States Claims Tribunal은 Nottebohm 사건을 인용하면서 국제법의 일반원칙에 따라 외교적 보호권 행사에는 실질적이고 효과적인 국적(real and effective nationality)이 요구된다고 판시하였다.³¹⁾ 이와 같은 진정한 관련성 요건은 국제투자중재의 신청인이 자신이 원용한 국적 뿐 아니라 투자유치국의 국적도 동시에 보유하고 있는 경우에 국제투자중재 목적

상 최종적인 국적을 판단하기 위한 기준으로 다수의 BIT에 반영되어 있으며, ILC 초안 제7조도 특정인이 외교적 보호권을 행사하는 국가와 그 상대방 국가의 국적을 동시에 보유하고 있는 경우에는 더 우월한 국적³²⁾을 기준으로 행사 가부를 판단한다고 하고 있다.³³⁾

또한, 전통적으로 국가가 외교적 보호권을 행사하기 위해서는 상대방 국가의 행위로 피해를 입은 국민이 외교적 보호권을 행사하는 국가의 국적을 피해가 발생한 시점으로부터 일정 시점까지 계속 유지하여야 한다는 국적계속(continuity of nationality)의 원칙이 인정되어 왔다.³⁴⁾ 구체적으로 어느 시점까지 국적이 유지되어야 하는지에 관해서는 관련 분쟁에서 판결 또는 판정이 내려질 때까지라고 보는 것이 다수

Spain) (Second Phase), Judgment of 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 3; Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 582 도 참조.

29) Flegenheimer Claim (United States v. Italy), Judgment of 20 September 1958, 25 I.L.R. 91.

30) ILC 초안 제4조에 대한 commentary는 ILC 초안 제4조가 Nottebohm 사건에서 요구된 특정인과 국가 사이의 실효적 또는 진정한 관련성을 요구하지 않는다는 점을 명시하였다. United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, p. 29 이하.

31) Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R. 251, p. 265.

32) 이 때 고려할 기준으로는 상거소, 이익의 중심지, 가족관계상 유대, 공적 영역에의 참여 등이 있다. C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017, para. 5.94.

33) United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, p. 34 이하. 다만, 특정인이 외교적 보호권을 행사하는 국가의 국적과 그 상대방 국가가 아닌 제3국의 국적을 동시에 보유하고 있는 경우에는 더 우월한 국적이 어느 것인지를 판단할 필요 없이 외교적 보호권 행사가 가능하다. ILC 초안 제6조 제1항.

34) Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p. 40 참조.

설이었다.³⁵⁾ 그런데 ILC 초안 제5조는 문 제된 국적이 청구가 공식적으로 이루어진 때(official presentation of the claim)까지만 유지되면 족하다는 입장³⁶⁾을 취하고 있는 바, 앞으로 ILC 초안이 국제관습법으로서 의 지위를 인정받고 기존의 국적계속 원칙 의 내용은 변경되었다고 평가될 수 있을지 주목된다.³⁷⁾

III. 국제투자중재에서의 자연인 투자자에 대한 인적 관할 관련 주요 쟁점과 법리

1. 주요 쟁점

국제투자중재 판정례에서 자연인인 투 자자에 대한 인적 관할과 관련하여 주요 쟁점으로 다루어진 것들은 앞서 살펴본 외 교적 보호권에서도 주로 문제되는 것들이

거나 외교적 보호권 행사시 요구되는 요건 들을 국제투자중재에서도 요구할 것인가 라는 문제와 관련된 것이 대부분이다. 구 체적으로는, 국적 판단의 근거는 무엇인가, 최종적인 국적 판단을 내릴 권한은 누가 가지는가(중재판정부는 개별 국가의 국적 판단에 종속되는가), 국적 보유 외에 국제 공법에서 요구하는 진정한 관련성(genuine connection or link)을 추가로 요구할 것인가, 투자협정의 투자자 요건³⁸⁾과 ICSID 협 약의 투자자 요건 사이의 관계는 어떠한 가, 신청인이 이중국적을 보유하고 있다면 이는 투자유치국(소극적 요건)과 그 상대 방 계약당사국(적극적 요건)과의 관계에서 어떻게 문제되는가, 투자자로서 보유해야 할 국적은 어느 시점부터 어느 시점까지 유지하고 있어야 하는가 등을 들 수 있다.

아래에서는 위 쟁점들을 다룬 국가투 자중재 판정례 중 각종 문헌과 후속 판정

35) R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, Oxford University Press, 1996, pp. 512-513; Ian Brownlie, *Principle of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p. 460.

36) 그에 관한 상세는 United Nations, *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, pp. 31-32; P. Bernardini, "Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration", *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 165 이하 참조.

37) 국제관습법이 이미 본문과 같이 변경되었다고 보는 견해는 P. Bernardini, "Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration", *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 166 이하 참조.

38) 아래에서 상세히 살펴보는 바와 같이, 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 법령을 기준으로 국적을 판단하도록 하는 것이 일반적이거나, 투자협정에 따라서는 국적국이라고 주장하는 국가에 거주할 것을 추 가로 요구하는 경우도 있다. K. Yannaca-Small, "Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges", *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, p. 214.

례에서 선례로 자주 인용되는 판정례³⁹⁾를 구체적으로 살펴보고 그에 드러난 관련 법리를 검토한다.

2. 국적 판단의 주체와 근거

(Soufraki v. UAE 사건⁴⁰⁾)

가. 쟁점

본 건에서 원용된 투자협정은 이탈리아와 피신청인 아랍에미리트 연합 사이의 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty between Italy and the United Arab Emirate)이며, 그 제1조 제3항은 투자자를 “해당 국가의 법령에 따라 그 국가의 국적을 보유하고 있는 자연인(natural person holding the nationality of that State in accordance with its law)”이라고 정의한다. 따라서 투자협정에 근거하여 피신청인을 상대로 국제투자중재를 신청하기 위해서는 신청인이 이탈리아 국민이어야 한다.

신청인은 당초 이탈리아 국적을 보유하고 있다가 이후 캐나다 국적을 취득하였는

데, 이탈리아의 법령에 따르면 이 경우 이탈리아 국적을 상실하게 되며, 이탈리아에 1년 이상 주거를 두는 등 별도의 요건을 갖춘 경우에 한하여 국적을 회복할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 이탈리아 정부는 신청인을 이탈리아 국민으로 인정하고 있었는데, 이러한 상황에서 중재판정부가 그와 달리 판단하여 신청인의 이탈리아 국적을 부인할 수 있는지 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

우선, 신청인이 1991년 당시 이탈리아 국적을 보유하고 있었다는 사실에 관해서는 당사자 사이에 다툼이 없다. 피신청인은 신청인이 1991년경 캐나다 국적을 취득하고 캐나다에 거주하게 됨에 따라 당시 적용되던 이탈리아 법령⁴¹⁾에 의하여 이탈리아 국적을 상실하였다고 주장하였다. 이에 대하여 신청인은 주위적으로 국적 상실을 부인하면서 자신은 이탈리아 국적을 포기할 의도가 없었고 본건 중재에 이르기까지 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식조차 하지 못하였다고 주장하였다.

39) C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.83과 K. Qureshi QC, *Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 33 이하에 수록된 판정례 중 관련 쟁점을 최초로 다루었는지, 후속 판정례가 이를 선례로 인정하고 따르고 있는지를 주요한 고려 요소로 삼았다. Seo v. Korea 사건 판정은 위 문헌이 출판된 이후인 2019년에 내려진 최근 판정이나, 대한민국이 당사자인 사건으로 자연인 투자자 요건의 시점을 다룬 드문 판정례라는 점에서 포함하였다.

40) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7.

41) Article 8, paragraph 1 of the Italian Law No. 555 of 1912.

다음으로 피신청인이 1992년 이후 이탈리아 법령⁴²⁾에 따라 신청에 의해 또는 이탈리아에 1년 이상 주거를 함으로써 자동으로 이탈리아 국적을 회복할 수 있었다는 사실에 관해서도 당사자 사이에 다툼이 없다. 이에 관하여 신청인은 자신이 이탈리아 국적 회복 신청을 한 바 없다는 사실은 자인하면서도, 예비적으로 자신이 1993. 3. 경부터 다음 해 4.경까지 이탈리아에 거주하였고 그에 따라 이탈리아 국적을 회복하였다고 주장하였다.

마지막으로 신청인은 이스탄불 주재 이탈리아 영사관에서 2003. 5. 5.자로 발급받은 증명서 등을 비롯하여 자신이 소지하고 있는 이탈리아 여권, 신분증 및 이탈리아 외무부의 공문에 자신이 이탈리아 국적자로 기재되어 있는바, 이탈리아 법령을 해석, 적용하는 것은 이탈리아 정부의 소관이므로 위와 같은 문서들이 사기적으로 취득되었다는 사실이 인정되지 않는 한 중재판정부는 자신을 이탈리아 국민으로 인정할 이탈리아 정부의 판단을 존중해야 한다

고 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 우선, 신청인이 1991년경 캐나다 국적을 취득함에 따라 이탈리아 국적을 상실하였다고 판단하면서 이탈리아 법령의 해석상 신청인의 의도나 국적 상실에 대한 인식은 고려할 사항이 아니라는 취지로 판시하였다.⁴³⁾

다음으로 중재판정부는 국제법상 국적의 득실에 관한 규정을 입법하는 것은 해당 국가의 권한에 속하는 사항⁴⁴⁾이라는 점을 인정하면서도, 동시에 국제중재 내지 사법절차에서 특정인의 국적이 문제될 때에는 중재판정부가 이를 판단할 권한을 가진다고 판시하였다. 그 과정에서 해당 국가 정부의 판단을 매우 중시(accord great weight)하기는 하지만, 궁극적으로 그 국적이 다투어지는 특정인이 해당 국가의 국민인지 아닌지는 중재판정부가 독자적으로 판단할 사항이라는 것이다.⁴⁵⁾

한편, 국적 판단을 위한 증거에 관하여

42) Article 17(1) or Article 13(1)(d) of the Italian Law No. 91 of 1992.

43) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 52.

44) 앞서 살펴본 바와 같이 국적법 협약은 국제관습법으로서의 효력을 가지는 것으로 이해되는바, 중재판정부가 이를 명시적으로 언급하지는 않았으나 위 본문과 같이 판시하면서 “[i]t is accepted in international law”라고 표현한 것은 위와 같은 점을 고려한 것으로 생각된다.

45) Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 55.

중재판정부는 ICSID 중재규칙 제34조 제1항에 따라 ICSID 중재에 제출된 증거의 증거능력과 증명력을 판단하는 것은 중재판정부의 전권에 속하는 사항이라고 판시한 다음, 이탈리아 정부의 증명서나 공문이 신청인의 주장을 일응(*prima facie*) 증명한다고 보면서도, 이들은 신청인이 1992년 이후 이탈리아 국적을 “회복”하였음을 전제로 하지 않고⁴⁶⁾ 오히려 신청인이 이탈리아 국적을 애초에 상실하지 않았다는 잘못된 전제를 바탕으로 하고 있으므로 결국 신청인의 국적을 증명할 수 없다고 보았다.⁴⁷⁾

마지막으로 중재판정부는 위 문서 외에 다른 증거를 근거로 신청인이 이탈리아에 1년 이상 거주함으로써 국적을 회복하였다고 인정할 수 있는지를 검토⁴⁸⁾하고, 신청인이 제출한 증거⁴⁹⁾만으로는 이를 인정할 수 없다고 판단하였다.⁵⁰⁾

라. 검토

판단 근거가 되는 규범 면에서 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 법령에 따라 신청인의 국적을 판단해야 한다는 것과, 판단 주체 면에서 신청인 국적을 판단하는 최종적인 주체가 (신청인이 국적국이

46) 신청인은 (당사자)신문과정에서 자신이 1991년경 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식하지 못하였고 따라서 이탈리아 정부로부터 증명서를 발급받을 때 (자신이 이탈리아 국적을 계속 유지하고 있다고 생각하였으므로) 1년 이상 거주 요건을 갖추어 이탈리아 국적을 회복하였다는 주장은 한 바 없다고 진술하였다. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 67.

47) *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 68.

48) 중재판정부는 신청인이 이탈리아에 상거소(*habitual abode*)를 두었는지 및 이탈리아에 영업 활동의 중심지를 둘 의사를 명시하였는지를 판단 기준으로 삼았는데, 이는 이탈리아 법령의 국내법적 해석론에 따른 것으로 보인다. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 73, fn. 9.

49) 이는 거주 사실에 대한 입증책임이 신청인에게 있음을 전제로 하는데, 이와 관련하여 중재판정부는 특정한 사실을 주장하는 당사자가 그에 대한 입증책임을 부담한다는 것이 국제적인 (그리고 대부분 국가의) 실무라고 판시하였다. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 58. 입증책임에 관한 상세한 논의는 C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.49 이하 참조.

50) 한편, 중재판정부는 세계 각지에서 사업을 영위하며 끊임 없이 여행하는 신청인이 10년도 더 지난 과거 시점의 거주 사실을 증명하는 것은 어려운 일이고, 자신이 이탈리아 국적을 상실하였다는 점을 인식하기만 했더라도 국적 회복 신청을 통하여 쉽게 이탈리아 국적을 회복할 수 있었을 것이며, 자연인 자격에서 아랍에미리트 정부와 직접 계약을 체결하지 않고 이탈리아 법인을 통하여 계약을 체결하였더라면 투자자 지위를 인정받는 데에 아무런 문제도 없었을 것이라는 등 신청인의 억울함에 공감하면서도 중재판정부로서는 (증거를 통하여) 인정된 사실관계에 터 잡아 판단할 수 밖에 없다고 덧붙였다. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 83.

라고 주장하는 국가가 아니라) 중재판정부는 라는 것은 논리적으로 서로 별개의 명제이며 양립가능하다. 앞서 살펴본 국적법 협약 제2조도 특정인의 특정 국적이 문제된 경우 문제된 “국적국의 법령에 의하여” 판단한다고 규정할 뿐, 그 “국적국이” 판단한다고 규정하지는 않는다. 중재판정부는 문제된 법령에 관한 해당 국가의 해석이나 신청인의 국적에 관한 해당 국가의 판단을 일용 존중할 것이지만, 그에 구속되는 것은 아니며 그와 달리 판단하는 것이 필요하다고 생각할 경우 독자적으로 판단한다.⁵¹⁾

3. ICSID 협약에 따른 투자자 요건과 그 심사(Siag v. Egypt 사건⁵²⁾)

가. 쟁점

본건에서 원용된 투자협정은 이탈리아와 피신청인 이집트 사이의 투자의 촉진

및 보호에 관한 협정(Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Italy and the Arab Republic of Egypt)이며, 그 제1조 제3항은 투자자를 “해당 국가의 법령에 따라 그 국가의 국적을 보유하고 있는 자연인(natural person holding the nationality of that State in accordance with its laws)”이라고 정의한다.

한편, 투자협정에는 명문의 규정이 없으나, ICSID 협약 제25조 제2항 가호 단서는 투자유치국의 국적을 (투자유치국의 상대방 계약당사국의 국적과) 함께 보유하고 있는 자연인은 투자자에 포함되지 않는다고 규정한다.⁵³⁾ ICSID 협약에 따르면, 신청인들이 이탈리아의 국적과 함께 피신청인 이집트의 국적도 보유하고 있을 경우, 즉 이탈리아와 이집트의 이중국적자일 경우, ICSID 중재의 중재판정부는 본건 분쟁에 관한 관할이 없게 되는데, 이 때 누가 무엇을 근거로 신청인들의 이집트 국적 보

51) 아래 살펴보는 Siag v. Egypt 사건과 Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2; Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20; Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 사건의 중재판정부들도 그에 따랐다. 상세에 관하여는 C. Schreuer, “Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)”, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 153 이하 참조.

52) Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15.

53) 원문은 다음과 같다.

(2) “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person [...], but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute[.]

유 여부를 판단할 것인가가 문제되었다. 또한 투자협정이나 ICSID협약에 명문의 규정이 없는 상황에서 ICSID 중재의 중재판정부가 자연인의 국적을 판단할 때 주된 국적 또는 실효적 국적을 고려할 것인가도 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인 Siag는 출생한 때로부터 이집트 국적을 보유하고, 1989년 레바논 국적을 취득하였으며, 이후 이탈리아 국민과 결혼함에 따라 1993. 5. 3. 이탈리아 법령⁵⁴⁾에 의하여 이탈리아 국적을 취득하였다. 신청인 Vecchi는 Siag의 모로서, 출생한 때로부터 이탈리아 국적을 보유하고, 이집트 국민과 결혼하면서 1957년 이집트 법령⁵⁵⁾에 의하여 이집트 국적을 취득하였으며⁵⁶⁾, 1993년 이탈리아 법령⁵⁷⁾에 의하여 이탈리아 국적을 회복하였다. 신청인들이 현재 이탈리아 국적을 보유하고 있다는 사실

에 관해서는 당사자 사이에 다툼이 없다.

이집트는 신청인들이 이탈리아 국적과 함께 이집트의 국적도 보유하고 있으므로 ICSID 협약에 따라 중재판정부에 관할이 없다고 주장하였다. 한편, 이집트는 인적 관할 심리를 위하여 신청인들의 국적을 판단함에 있어 주된 국적 또는 실효적 국적을 기준으로 판단(dominant or effective nationality test)해야 한다고도 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

피신청인은 신청인들이 이집트 국적을 보유하고 있다는 취지의 이집트 내무부 명의 공문서 등을 증거로 제출하였으나, 중재판정부는 앞서 살펴 본 Soufraki v. UAE 사건 판정을 인용하면서 이는 일응의 증거(*prima facie evidence*)일 뿐이며 신청인들의 국적에 관한 최종적인 판단은 중재판정부가 이집트 법령을 해석하여 내린다고 판

54) Article 5 of the Italian Nationality Law No. 91 of 1992.

55) Article 9 of the Egyptian Nationality Law No. 391 of 1956.

56) Soufraki v. UAE 사건에서와 같이 이탈리아가 아닌 외국의 국적을 취득함에 따라 이탈리아 국적은 자동으로 상실되었다.

57) Article 17 of the Italian Nationality Law No. 91 of 1992. 흥미롭게도 이 조문은 앞에서 살펴 본 Soufraki v. UAE 사건의 중재판정부가 신청인이 국적 회복 신청을 통하여 쉽게 이탈리아 국적을 재취득할 수 있었을 것이라고 판시하면서 적시한 바로 그 조문이다.

58) 신청인들의 국적 취득이 국제투자중재 신청을 위한 수단(device)으로 보인다는 견해가 있다. K. Qureshi QC, *Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016, p. 33 이하. 그러나 중재판정부는 신청인들의 이탈리아 국적 취득이 본건 국제투자중재를 신청하기 위한 수단이 아니라고 보았다. Waguhih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, para. 200.

시하였다.⁵⁹⁾

다음으로 중재판정부는 신청인 Siag가 레바논 국적을 취득한 후에도 이집트 국적을 유지하기 위해서는 이집트 법령⁶⁰⁾이 정하는 1년의 기간 내에 이집트 내무부에 (외국 국적 취득에도 불구하고) 이집트 국적을 유지하겠다는 선언을 하였어야 하는데 그렇게 하지 않았으므로 결국 이집트 국적을 상실하였다고 판단하였다.⁶¹⁾

한편, 피신청인은 이집트 국민과의 혼인을 통하여 이집트 국적을 취득한 외국인 여성이 혼인의 종료에도 불구하고 본래의 국적을 회복하거나 외국인과의 새로운 혼인을 통하여 그 외국인의 국적을 취득하지 않는 한 이집트 국적을 상실하지 않는다는

이집트 법령⁶²⁾이 신청인 Vecchi에게는 적용되지 않는다고 주장하였으나,⁶³⁾ 중재판정부는 해당 조항이 위와 같은 상황에 처한 이집트 국민 일반에 적용되는 것이지 1975년 국적법 시행 이후에 혼인으로 인하여 이집트 국적을 취득한 여성들에게만 적용된다고 해석할 수는 없다고 판시한 다음,⁶⁴⁾ 신청인 Vecchi가 1993년 이탈리아 국적을 회복함에 따라 이집트 국적을 상실하였다고 판단하였다.

마지막으로 중재판정부는 ICSID 제25조 제2항 가호가 국민의 정의와 이중국적에 적용될 규범을 독자적으로 마련해 두고 있는 이상 국제(관습)법에서 발전된 주된 국적 또는 실효적 국적 심사(dominant or ef-

59) Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 150-153.

60) Article 10 of the Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975.

61) Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, para. 172.

62) Article 8 of the Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975.

63) 피신청인은 해당 조항(1975년 국적법 제8조)이 “외국 여성이 전 2조(즉, 제6조 및 제7조)의 규정에 의하여 이집트 국적을 취득한 경우(If a foreign woman acquires the Egyptian nationality under the provisions of the two previous articles)”에 적용되는데, 신청인 Vecchi는 (1975년 국적법 제6조 또는 제7조가 아니라) 1956년 국적법 제9조에 의하여 이집트 국적을 취득하였기 때문이라는 점 및 1975년 국적법 제1조에 따르면 신청인 Vecchi는 이집트 국민이지 더 이상 외국인이 아니라는 점을 이유로 들었다. 그런데 1956년 국적법 제9조와 1975년 국적법 제7조는 같은 내용이었고, 국적법 제1조는 잠시 동안 아랍공화국 연합(United Arab Republic)을 형성했던 이집트와 시리아가 분리되면서 연합 이전부터 이집트 국민이었던 사람과 그렇지 않은 사람을 구별하기 위해 입법된 조항이었을 뿐, 이집트 국민과의 혼인을 통하여 국적을 취득한 사람을 출생한 때로부터 이집트 국민이었던 사람과 동일하게 처우하기 위한 목적을 가진 조항은 아니었다. Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 184, 190.

64) Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 183-187, 191.

fective nationality test)는 적용될 여지가 없을 뿐만 아니라,⁶⁵⁾ 본건에서 신청인의 이중국적이 인정되어 그 가운데 어떤 국적에 따를 것인지가 문제되거나 또는 신청인이 비자발적으로 보유하게 된 국적을 부인할 것인지가 여부가 문제되지 않는다는 점에서 국내법상 인정되는 국적을 국제법적으로 부인하기 위한 위 심사는 적용되지 않는다고 판시하였다.⁶⁶⁾

라. 검토

당사자들이 다투지 않음에 따라 명시적으로 다루어지지 않았지만, 중재판정부는 투자협정에 투자자가 투자유치국 국민이어서는 안된다는 소극적 요건이 포함되어 있지 않더라도 ICSID 협약에 따라 이를 심사해야 한다는 점을 전제하였다.⁶⁷⁾

앞서 살펴 본 Soufraki v. UAE 사건의 중재판정부는 신청인이 이탈리아 국적을 상실하였다고 판단하는 과정에서 신청인의 이탈리아 국적을 증명하는 취지의 이탈리

아 정부 명의의 공문서들이 이탈리아 정부가 신청인의 캐나다 국적 취득이라는 사실을 알지 못한 상태에서, 즉 사실관계를 오인한 상태에서 작성된 것들이라는 이유로 이들을 배척하였다. 반면, Siag v. Egypt 사건의 중재판정부는 신청인들이 외국 국적을 취득함에 따라 이집트 국적을 상실하였다고 판단하면서 그와 반대되는 이집트 정부의 이집트 국내법(국적법) 해석을 정면으로 배척하였다는 점에서 중재판정부 판단의 독자성이 더욱 선명하게 드러났다고 할 수 있다.

4. 신청인의 이중국적(Al Tamimi v. Oman)⁶⁸⁾

가. 쟁점

본 건에서 원용된 투자협정은 미국과 피신청인 오만 사이의 자유무역지역 설립에 관한 협정(Agreement between the Government of the United States of America and the

65) 중재판정부는 위 심사를 적용한 Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984, 5 Iran-U.S.C.T.R. 251에서도 위 심사가 “명시적인 예외가 없는 한(unless an exception is clearly stated)” 적용된다는 점을 밝혔다고 언급한 Champion Trading Company et. al. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003의 설시에 동의하였다. Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 197-198.

66) Waguilh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, paras. 199, 201.

67) 투자 개념에 있어서 투자협정과 ICSID 협약의 관계에 관하여는 앞의 각주 16 참조.

68) Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33.

Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area)이며, 그 제10.27조는 투자자를 투자유치국의 상대방 계약당사국 국민인 자연인으로 정의하면서 “이중국적자인 자연인은 주되고 실효적인 국적국의 국적만을 보유한 것으로 간주한다(a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality)”라고 규정한다. 한편, 같은 협정 제1.2조는 미국의 국민을 “(미국의) 이민 및 국적법 제3편에 정의된 ‘미합중국 국민’(‘national of the United States’ as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act)”으로 정의한다.

제10.27조의 문언에 따르면 일견 신청인이 이중국적자일 경우 그 주되고 실효적인 국적국이 어디인지를 살펴봐야 할 것으로 보이나, 해당 조문의 영문 원문은 주되고 실효적인 “국적국”을 “State”로 표현하고 있다⁶⁹⁾는 점에서 위 심사가 이중국적자 일반이 아니라 투자협정의 두 계약당사국 국적을 모두 보유한 이중국적자에게만 적용되는 것은 아닌지 여부가 먼저 문제되었

다. 만약 위 심사가 이중국적자 일반에 적용되는 것이 아니라면 피신청인의 주장에 따르더라도 신청인이 피신청인의 국적을 보유하고 있는 것은 아니므로, 신청인이 미국 외에 제3국의 국적을 추가로 보유하고 있었는지 여부나 만약 보유하고 있었다면 주되고 실효적인 국적국이 어디인지를 살펴볼 필요가 없게 되기 때문이다. ⁷⁰⁾

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인은 아랍에미리트 연합을 구성하는 7개 토후국(emirate) 가운데 하나인 Sharjah에서 태어났다. 이에 피신청인은 신청인이 미국과 아랍에미리트 연합의 국적을 모두 보유하고 있는 이중국적자이고, 그 주되고 실효적인 국적국이 아랍에미리트 연합이므로 투자자의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다. 이는 신청인이 투자협정의 당사국인 미국과 오만의 이중국적자가 아니라, 당사국 중 한 국가와 제3국의 이중국적을 보유한 경우에도 주되고 실효적인 국적 심사가 적용됨을 전제로 한 것이다. 한편, 피신청인은 신청인이 미국 국민임은 다투지 않는다.

이에 대하여 신청인은 자신이 1980년 미

69) 이러한 의미에서 “State”를 단순히 “국적국”으로 번역하기 보다는 “계약당사국인 국적국”으로 번역하는 것이 보다 정확할 것이다.

70) 즉, 이 쟁점이 신청인의 이중국적 보유 여부 및 주되고 실효적인 국적국 판단보다 앞서서 해결되어야 할 선결문제라고 할 수 있다.

국 국적을 취득하면서 아랍에미리트 연합의 국적을 상실하였다고 주장하였다. 신청인은 나아가, 설령 자신이 미국과 아랍에미리트 연합 국적을 모두 보유하고 있는 이중국적자라고 하더라도 자신의 주되고 실효적인 국적국이 미국이므로 투자자 요건을 갖추었다고 주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 신청인이 미국 국적을 취득하였을 때 아랍에미리트 연합 법령⁷¹⁾에 따라 아랍에미리트 연합의 국적을 상실하였으므로 신청인은 이중국적자가 아니라고 판단하였다.⁷²⁾

중재판정부는 또한, 투자유치국 국민이 자신의 주되고 실효적인 국적국을 상대로 투자협정을 원용함으로써 투자유치국의 상대방 계약당사국 국민에 한하여 투자협정의 보호를 제공하려 한 협약의 취지를

몰각⁷³⁾시키지 못하도록 하는 것이 투자협정 제10.27조의 목적이므로, 이중국적자인 신청인이 주되고 실효적인 국적국의 국적만을 보유한 것으로 간주되는 위 조항은 그가 투자협정 계약당사국의 국적을 모두 보유한 이중국적자인 경우에 한하여 적용된다고 판시하였다. 그런데 본건에서는 신청인이 오만 국적을 보유하고 있지 않으므로, 그가 미국 국적과 함께 제3국 국적을 보유하고 있다는 사정은 국제투자중재를 신청하는 데에 아무런 방해가 되지 않고 주되고 실효적인 국적 심사도 할 필요가 없다는 것이다.⁷⁴⁾

라. 검토

앞서 살펴 본 *Siag v. Egypt* 사건에서는 ICSID 협약 제25조 제2항 가호가 주되고 실효적인 국적 심사의 적용을 배제하는 “명시적인 예외”로 작용한다⁷⁵⁾고 판시하

71) Article 15(C) of Federal Law No 17 for 1972 Concerning Nationality, Passports and Amendments thereof.

72) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, paras. 271-273.

73) 투자협정의 목적은 상대방 계약당사국, 즉 외국으로부터의 투자를 유치하는 대신 그 반대급부로 일정한 보호와 특혜를 제공하는 데에 있으므로 자국에 대한 자국 국민의 투자에는 그러한 보호와 특혜를 제공할 필요가 없다는 논리이다. 앞의 각주 17도 참조.

74) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 274.

75) 그와는 달리 투자협정에 명시적인 근거가 없음에도 국적의 실효성(effective nationality)이 인정되어야 한다는 취지로 판시한 판정례로는 *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, paras. 61-62 참조.

한편, ICISD 중재가 아닌 국제투자중재에는 주되고 실효적인 국적 심사의 적용을 배제하는 명시적인 예외 규정, 즉 ICSID 협약 제25조 제2항 가호가 적용되지 않으므로 위 심사가 여전히 적용된다고 보는 견

었는데, 이것이 ICSID 중재에서는 어떠한 경우에도 이중국적자의 국적 판단에 위 심사를 적용할 수 없다는 의미는 아니다. 즉, 본건에서와 같이 계약국들은 투자협정에 명시적인 규정을 둬으로써 중재판정부로 하여금 이중국적자의 국적 판단에 위 심사를 적용하도록 할 수 있다.⁷⁶⁾ 다만 본건에서는 투자협정의 해석상 주되고 실효적인 국적 심사가 투자협정 계약당사국의 국적을 모두 보유하고 있는 경우에 한하여 적용될 뿐, 계약당사국 중 한 국가의 국적과 제3국의 국적을 보유하고 있는 경우에는 적용되지 않는다고 본 것이다.

한편, 본건에서도 신청인은 자신이 미국 국적자임을 증명하기 위하여 귀화증명서와 미국 여권을 증거로 제출하였는데, 피신청인은 그 효력을 다투지 않았고, 중재판정부는 피신청인이 신청인의 미국 국적을 부정할 만한 사실관계상의 근거를 제시

하지 않았다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 신청인이 국적국이라고 주장하는 국가의 공문서를 존중하고 (앞서 살펴 본 두 사건에서와 달리) 이를 뒤집을만한 구체적인 증거나 법리가 없는 상황에서 그에 따른 국적을 인정한 사례라고 볼 수 있다.

5. 국적 보유의 시기(Seo v. Korea)⁷⁸⁾

가. 쟁점

본건에서 원용된 투자협정은 한-미 FTA로, 그 제1.4조(정의)는 협약의 적용을 받는 투자, 즉 적용대상투자(covered investment)⁷⁹⁾를 “이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된 [...] 다른 쪽 당사국 투자자의 투자로서 제11.28조(정의)에서 정의된 것(an investment, as defined in Article 11.28 (Definitions), [...] of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of

해가 있다. C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, para. 5.95. 이에 반대되는 취지의 판정례로는 *Serafin García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, 15 December 2014 참조.

76) 이 점에서 계약당사국들이 투자협정에 투자를 정의하면서 *Salini test*에 비하여 완화된 요건을 명시하더라도 *Salini test*에서 요구하는 투자의 요건들은 그와는 독립적으로 추가 적용된다는 것과 차이가 있다. *Salini test*의 독립성에 관해서는 E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 107 참조.

77) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 270.

78) *Jin Hae Seo v. Republic of Korea*, HKIAC Case No. HKIAC/18117.

79) 한-미 FTA 제11장(투자)에서 보호와 혜택을 부여하는 대상은 투자 일반이 아니라 적용대상투자이다.

this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter)”으로 정의하고, 제11.28 조(정의)는 투자자를 “다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 [...] 당사국의 국민(national [...] of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party)”으로 정의한다.

위 정의에 따르면 적용대상투자자 인정받기 위해서는 투자자의 투자여야 하는바, 투자자로서의 요건을 갖추어야 하는 시점이 투자가 이루어지는 시점인지 아니면 투자유치국의 투자협정 위반이 있는 시점인지가 문제되었다.

나. 사실관계 및 당사자의 주장

신청인은 출생으로부터 한국 국적을 보유하였으나, 2013년 미국에 귀화하면서 한국 국적을 상실하였다. 앞서 살펴본 사건들과는 달리, 이러한 신청인의 국적 자체에 대해서는 다툼이 없었다. 신청인은 2001년 문제된 부동산⁸⁰⁾을 매수하고 (소유권이전)등기를 마쳤다. 서울지방토지수용위원회는 2016년 도시재개발사업을 위하여 문제된 부동산을 수용하는 재결을 하였

다. 한편, 같은 해 신청인의 국적 변동 사실이 등기부에 기재되었다.

피신청인은 적용대상투자자가 되기 위해서는 한-미 FTA가 발효된 2012년 당시 투자자였던 자의 투자였거나 이후 투자자에 의하여 설립·인수 또는 확장된 투자이어야 하는데, 신청인이 한-미 FTA가 발효된 이후인 2013년에야 미국 국적을 취득하여 투자자가 되었으므로 전자의 요청은 충족되지 않았고, 신청인이 투자자가 된 이후 문제된 부동산을 설립·인수 또는 확장한 바 없으므로 후자의 요건도 충족되지 않았다고 주장하였다. 피신청인의 관할 항변은 이 사건 부동산이 적용대상투자자가 아니라는 것으로 물적 관할을 문제 삼는 취지이며, 신청인의 투자자 지위나 인적 관할을 문제삼고 있지는 않다. 그러나 피신청인의 주장을 구체적으로 살펴보면 투자가 적용대상투자자 인정받기 위해서는 한-미 FTA가 발효된 시점 또는 투자가 설립·인수 또는 확장된 시점에 투자자인 자의 소유였어야 한다는 취지이므로, 이에 주목한다면 본건의 쟁점은 투자자 요건이 갖추어져야 할 시점이 언제인지의 문제로도 볼 수 있다.

이에 대하여 신청인은 자신이 국적 변동 사실을 등기부에 기재하면서 투자를 재설

80) 신청인은 위 부동산 중 토지의 일부 지분을 2003년 배우자에게 양도하였으나, 본건의 쟁점과는 무관하므로 이하에서는 이러한 사실관계를 무시한다.

립(reestablish)하였고, 2014년 주차장을 포
장하는 등 문제된 부동산을 확장하였다고
주장하였다.

다. 중재판정부의 판단

중재판정부는 구체적인 이유를 제시하
지는 않은 채, 문제된 부동산이 적용대상
투자자로 인정되기 위해서는 한-미 FTA 발
효 당시 신청인이 투자자, 즉 미국 국적자
였어야 하고, 그렇지 않을 경우 한-미 FTA
발효 당시 문제된 부동산은 “투자자의” 투
자가 아니게 된다고 판시하였다. 중재판정
부는 이어서 신청인이 투자자 요건을 갖춘
이후 등기부에 자신의 국적 변동 사실을
기재하거나 주차장을 포장하는 등 행위를
한 것은 투자의 설립·인수 또는 확장에 해
당하지 않는다고 보았다.⁸¹⁾

라. 검토

ICSID 협약 제25조 제2항 가호에 따르
면 투자자 요건은 분쟁을 중재에 회부하기
로 동의한 때 및 사건이 ICISD에 등록된
때(“on the date on which the parties con-
sented to submit such dispute to conciliation
or arbitration as well as on the date on

which the request was registered”) 충족되면
된다.⁸²⁾ 그러나 투자협정에서 그보다 더
이른 시점에 투자자 요건이 갖추어져 있어
야 한다고 요구하는 것이 금지되지는 않
는다.

한-미 FTA 제1.4조가 적용대상투자를
정의하면서 한-미 FTA가 발효되는 시점이
나 투자자가 투자를 취득하는 시점에 투자
자 요건이 갖추어져 있어야 한다고 명시적
으로 규정하는 것은 아니다. 그러나 앞서
본 바와 같이 투자협정의 목적이 상대방
채약당사국, 즉 외국으로부터의 투자를 유
치하는 대신 그 반대급부로 일정한 보호와
특혜를 제공하는 데에 있다고 본다면, 이
미 투자가 이루어진 상황에서 그 소유자의
국적이 상대방 채약당사국으로 바뀌었다
는 이유만으로 새로운 투자의 유치 없이
보호와 특혜를 제공할 필요는 없을 것이다.

한편, 같은 논리라면 원칙적으로는 한-
미 FTA 체결 이전에 이미 이루어진 투자
자의 투자에 대해서도 보호와 특혜를 제공
할 필요가 없을 터이나, 한-미 FTA의 당
사국들은 (정책적인 목적으로) 위와 같은
투자에까지 보호와 특혜를 제공하기 위하
여 적용대상투자의 범위에 이를 명시적으

81) Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117, Final Award, 27 September 2019, para. 144 이하.

82) P. Bernardini, “Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016, p. 172.

로 포함시켰다고 이해할 수 있을 것이다.

IV. 결론

이상으로 자연인인 투자자를 중심으로 국제투자중재에서의 인적 관할에 관하여 살펴 보고, 관련 쟁점을 다룬 주요 국제투자중재 판정례들을 검토해 보았다. 자연인의 경우 주로 출생, 혼인, 귀화로 인한 국적의 취득, 변경, 상실을 국제투자중재의 관점에서 어떻게 평가할 것인지, 국적에 관한 해당 국적국의 주장과 그 명의의 증거를 얼마나 존중할 것인지, 투자유치국, 그 상대방 계약국 및 제3국의 국적 가운데 일부를 동시에 보유한 자연인의 국적은 어떻게 확정할 것인지, 국적 평가의 근거 규범 면에서 각국의 국내법, 개별 투자협정, ICSID 협약 사이의 관계를 어떻게 볼 것인지 등이 문제되는데, 대부분의 쟁점에 관하여 국제투자중재 판정례가 어느 정도 일관된 입장을 형성하고 있어서 향후 제기될 개별 사건에 있어서도 길잡이가 되어 줄 것으로 기대된다. 물론 투자협정 및 ICSID 협약 등 중재절차에 적용될 규범의 구체적인 문언에 따라 비슷한 사실관계에서도 얼마든지 다른 판단이 내려질 수 있다는 점

은 항상 염두에 두어야 할 것이다.

투자협정과 ICSID협약 등 국제투자중재 관련 규범 체계가 투자자의 정의, 이중국적의 평가 등의 쟁점과 관련하여서는 대부분 구체적인 규정을 두고 있고 실제 국제투자중재 사건에서 새롭게 제기되는 쟁점들에 관해서도 투자협정의 규정을 더욱 정교하게 함으로써 대응⁸³⁾하고 있는 반면, 국적 판단의 근거 규범 및 판단 주체와 같은 가장 기본적인 측면에서는 외교적 보호권 분야에서 정립된 법리를 그대로 수용하여 여전히 활용하고 있다는 점은 흥미롭다. 또한 투자협정 등에 명문의 규정이 없는 경우, 특히 ICSID 중재가 아닌 국제투자중재에서는 외교적 보호권 관련 법리가 꾸준히 검토되고 적용될 것으로 생각된다. 따라서 국제투자중재를 신청인으로서의 구체적인 사실관계에 따라 위와 같은 점을 감안하여 ICSID 중재를 선택할 것인지 아니면 예를 들어 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재를 신청할 것인지 전략적인 판단을 내려야 할 수 있다.

예를 들어 개별 투자협정에서는 자연인의 국적과 관련하여 진정한 관련성(genuine connection or link)을 요구하거나 주되고 실질적인 국적(dominant and effective na-

83) 이와 같이 투자협정 등에서 구체적이고 명시적인 규정을 둬으로써 문제를 ‘해소’해 버리는 경향에 관하여는 줄고, “COVID-19와 국제투자조약상 완전보호·보장의무”, 법무부, 통상법률, 2020년 제3호(통권 제 148호), 2020. 8., 68면도 참조.

tionality) 기준을 적용하는 사례가 많지 않고, 적용하는 때에도 투자유치국과 상대방 계약당사국의 국적을 모두 가지고 있는 경우 등에 한정⁸⁴⁾하는데, ICSID 협약의 경우에는 개별 투자협정의 구체적 규정이 없는 이상 진정한 관련성이나 주되고 실질적인 국적 심사를 요구하지 않는다고 해석되므로 해당 쟁점이 문제될 여지가 없는 반면,

UNCITRAL 중재규칙은 이에 관하여 침묵하고 있으므로 외교적 보호권 관련 법리가 (개별 투자협정에서 명시적으로 금지하지 않은 이상) 적용될 수 있는 것이다. 결국 일반법으로서의 외교적 보호권 관련 법리와 그에 대한 특별법으로서의 투자협정 및 국제투자법 법리의 연구가 균형 있게 요구된다고 하겠다.

84) 이는 법인 내지 기업의 경우 그 실제 내지 실질성이 자주 문제되는 것과 대비된다. 법인의 경우 원할 때 원하는 곳에 설립 또는 이전하기가 상대적으로 용이한 반면, 자연인의 경우 국적 취득 내지 변경에 시간과 비용이 적지 않게 소요되고 이중국적도 허용하지 않는 국가가 많기 때문에 법인에 비하여 투자협정의 혜택을 받거나 국제투자중재를 신청하기 위한 목적으로 실질과 무관하게 투자자 요건을 충족시키기가 어렵기 때문인 것으로 보인다.

참고 문헌 및 판결/판정례

단행본 및 논문

박덕영 편저, 국제투자법, 박영사, 2012

윤석준, “COVID-19와 국제투자조약상 완전보호·보장의무”, 법무부, 통상법률, 2020년 제3호(통권 제148호), 2020. 8.

호문혁, 민사소송법 제13판, 법문사, 2016

P. Bernardini, “Continuous Nationality Rule in Invest-State Arbitration”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

I. Brownlie, Principle of Public International Law, Oxford University Press, 6th ed., 2003

R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008

Z. Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009

E. Gaillard & Y. Banifatemi, “The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

R. Jennings & A. Watts, Oppenheim’s International Law, Vol. I, Oxford University Press, 1996

C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, 2017

K. Qureshi QC, Bilateral Investment Treaty Claims: The Essentials, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2016

C. Schreuer, “Criteria to Determine Investor Nationality (Natural Persons)”, Building

International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2016

A. Sinclair, “The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 20, Issue 2, Fall 2005

United Nations, ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006

R. Wisner and R. Gallus, “Nationality Requirement in Investor-State Arbitration”, The Journal of World Investment and Trade, Volume 5, Issue 6, January 2004

K. Yannaca-Small, “Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges”, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Oxford University Press, 2010

판결/판정례

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of April 6th, 1955

Flegenheimer Claim (United States v. Italy), Judgment of 20 September 1958

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970

Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Judgment of 6 April 1984

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment of 24 May 2007

Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001

Champion Trading Company et. al. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9,

Decision on Jurisdiction, 21 October 2003

Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award,
7 July 2004

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case
No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No.
ARB/98/2, Award, 8 May 2008

Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de
Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic, UNCITRAL, LCIA Case No.
UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C.
Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction
and Admissibility, 24 September 2008

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case
No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009

Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on
Jurisdiction and Competence, 19 June 2009

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010

Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The
Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Award, 24 November 2010

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of
Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012

Serafín García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA
Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, 15 December 2014

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3
November 2015

Jin Hae Seo v. Republic of Korea, HKIAC Case No. HKIAC/18117, Final Award, 27
September 2019

[국문초록]

국제투자중재에서의 자연인 투자자 관련 인적 관할

- 국적 판단 및 다중국적 관련 주요 판정례의 법리 분석

윤 석 준

투자협정에서 부여하는 보호와 혜택을 받기 위해서는 투자자에 해당하여야 한다. 국제 투자중재의 신청인이 되기 위해서도 투자협정과 ICSID 협약 등이 정하는 투자자로서의 요건을 갖추어야 한다. 즉, 투자자 요건은 실제적으로 투자협정이 적용되기 위한 요건임과 동시에 절차적으로 국제투자중재를 신청하기 위한 요건이기도 하다. 그런데 실무상으로는 이를 중재에서의 소송요건에 해당하는 중재판정부의 인적 관할로 다루고 있다.

투자자 개념의 근거 규범으로는 각 투자협정 외에도 ICSID 협약 제25조 제2항을 들 수 있다. 투자자의 정의가 투자협정에 따라 다르고 국제투자중재의 절차에 적용될 규범도 ICSID 협약 뿐 아니라 UNCITRAL 중재규칙 등으로 다양하므로 투자자 요건에 관하여 일반적으로 통용되는 법리를 찾기는 쉽지 않다. 따라서 국제중재판정례나 외교적 보호권과 관련된 법리를 종합적으로 검토할 필요가 있다.

외교적 보호권 행사 요건으로서의 국적 관련 법리는 연혁적인 측면에서 뿐만 아니라 ICSID 중재가 아닌 국제투자중재에서 투자협약의 문언에 따라서는 직접 적용될 여지가 있다는 점에서도 여전히 의미를 갖는다. 특히 각국이 국적 관련 규범의 창설 권한을 가지면서도, 국제 분쟁에서 국적 판단이 문제되었을 경우 그 최종적인 판단 권한은 국제재판부 내지 중재판정부에 귀속된다는 법리는 국제투자중재에서도 그대로 받아들여지고 있다. 진정한 관련성 또는 주되고 실효적인 국적 관련 법리와 국적계속의 원칙은 국제투자중재에서 적용될 여지가 상대적으로 크지 않다.

자연인인 투자자가 갖추어야 할 요건인 국적과 관련한 다양한 쟁점들은 *Soufraki v. UAE* 사건, *Siag v. Egypt*, *Al Tamimi v. Oman*, *Seo v. Korea* 사건에서 다루어진 바 있다. 이들은 비슷한 쟁점이 문제된 후속 사건에서 선례로 인정받아 왔거나 또는 선례적인 의미를 가질 것으로 생각되는 사건들이다. 다만, 이들 사건의 법리를 검토하고 다른 사건에 적용

할 때에는 각 사건의 구체적인 사실관계 뿐 아니라 투자협정 및 ICSID 협약 등 중재절차에 적용될 규범의 구체적인 문언에 따라서도 결론이 달라질 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 사안에 따라서는 중재에 적용될 절차 규범을 선택할 때 전략적인 차원에서 그러한 차이를 고려할 필요도 있을 것이다.

주제어

국제투자중재, 자연인, 투자자, 인적 관할, 국적 판단, 다중(이중)국적, 외교적 보호권, 진정한 관련성, 주되고 실효적인 국적, 국적계속의 원칙, ICSID 협약 제25조 제2항

[Abstract]

Jurisdiction *Ratione Personae* With Respect To Natural Persons In International Investment Arbitration

- Analysis Of Major Arbitral Awards Surrounding Determination Of Nationality And Multiple Nationalities Of Natural Persons

Seokchun Yun

Protections and privileges under an investment treaty extend only to those who are qualifying investors. In order to bring an international investment claim, purported claimants must satisfy the requirements under the relevant investment treaty and the ICSID Convention, as the case may be. In other words, one needs to be an investor not only for the purposes of invoking substantive protections of the relevant investment treaty, but also for the purposes of commencing an investment arbitration as a procedural matter. In practice, the question of whether these requirements are satisfied is categorized as one of jurisdiction *ratione personae*, in the absence of which the tribunal must dismiss the claim.

The sources governing the definition of an investor include the relevant investment treaties as well as Article 25(2) of the ICSID Convention. The definition of an investor varies from treaty to treaty, and the applicable procedural framework for an international investment arbitration ranges from the ICSID Convention to UNCITRAL arbitration rules, which makes it difficult to identify generally accepted principles. Therefore, it is necessary to comprehensively review the relevant investment arbitration awards and, in addition, jurisprudence on diplomatic protection.

Jurisprudence on the nationality requirement as a prerequisite for diplomatic protection still matters in the field of international investment arbitration not only because it provides historical and theoretical background but also because it may be applicable in non-ICSID arbitrations, subject to specific provisions of the relevant investment treaty. In particular, the principle that each State settles, by its own legislation, the rules relating to its nationality, but when the nationality of a person is challenged in international arbitral or judicial proceedings, the international tribu-

nal is competent to pass upon that challenge is just as applicable in the context of international investment arbitrations as it is in the context of diplomatic protection. On the other hand, the requirement of genuine connection or jurisprudence on dominant and effective nationality are less likely to be applicable in international investment arbitrations.

Various issues surrounding nationality as a requirement for a natural person who seeks to qualify as an investor have been dealt with in *Soufraki v. UAE*, *Siag v. Egypt*, *Al Tamimi v. Oman*, and *Seo v. Korea*. These awards have provided or are expected to provide guidance in subsequent cases involving the same or similar issues. That said, it is important to note that, when reviewing the reasoning and findings of the above arbitral awards, the outcome of each case would ultimately depend on the facts of the matter at hand as well as specific provisions of the relevant investment treaties and the applicable procedural framework, such as the ICSID Convention. Further, it would be prudent for purported claimants to take those differences into account in choosing the applicable procedural framework for their arbitration.

Keywords

international investment arbitration, natural person, jurisdiction *ratione personae*, nationality determination, multiple (dual) nationality, diplomatic protection, genuine connection, dominant and effective nationality, continuity of nationality, Article 25(2) of the ICSID Convention