

ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰

A Study on the Annulment Mechanism of ICSID Arbitration

오원석*

Won-Suk Oh

김용일**

Yong-Il Kim

이기옥***

Ki-Ok Lee

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 주요 취소사례 분석
- III. ICSID 외의 취소제도와 비교
- IV. 수정 제안 및 최근 동향
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 국제투자분쟁, ICSID 중재, ICSID 외 중재, 취소제도, 특별위원회

* 성균관대학교 경영전문대학원 교수 (주저자).

** 국립한국교통대학교 국제통상학과 조교수 (교신저자).

*** 성균관대학교 대학원 박사 수료, 변호사 (공동저자).

I. 서론

국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Disputes; 이하 ‘ICSID’) 중재판정에 대해 ICSID 협약¹⁾이 정하는 가장 실효성 있는 구제제도는 협약 제 52조에 따른 판정의 일부 또는 전부의 취소(annulment)이다. 일반적으로 원 판정부가 결정하는 해석(interpretation), 수정(revision) 신청과는 달리 중재판정의 취소 여부는 새롭게 구성된 3인의 특별위원회(ad hoc committee)가 결정한다.²⁾

ICSID 중재판정의 취소제도는 두 가지 측면에서 일반적인 사법절차에 있어서의 상소제도와 다르다. 첫째, 취소 신청이 받아들여지면 중재판정의 전부 또는 일부가 수정되는 것이 아니라 무효가 된다. 상소법원과 달리 판정 취소 절차를 진행하는 특별위원회는 원 판정부의 판단을 대체하는 견해를 밝히지 않는다. 대신 중재판정의 취소는 어떠한 법률적 다툼도 없었던 상태로 사건을 되돌린다. 즉, 당사자들은 새로운 ICSID 중재판정부에서 동일한 사건에 대해 다시 중재판정을 받을 수 있는 기회를 가지게 된다. 둘째, 특별위원회는 원 판정의 본안을 재검토(review)할 권한을 갖고 있지 않다. 판정 취소 제도의 목적은 ICSID 중재절차의 결과가 아닌 그 과정 자체의 무결성을 확보하기 위한 것이기 때문이다.

특별위원회는 다음과 같이 제52조 제1항에 열거된 제한적인 사유가 있을 때에만 원 판정을 재검토하고 취소할 수 있는 권한을 가지는데, 각 당사자는 다음의 1개 또는 2개 이상의 사유를 근거로 ICSID 사무총장 앞으로 신청서를 제출하여 판정의 취소를 구할 수 있다.³⁾

- (a) 판정부가 적절히 구성되지 아니한 경우
- (b) 판정부가 명백히 그 권한을 유월(逾越)한 경우
- (c) 판정부의 중재인에 부패가 있는 경우

1) “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”으로 1966년 10월 14일 발효되었으며 2014년 10월 현재 159개국 이 서명, 150개국 이 비준하였다.

2) 2000년까지는 원 중재판정에 대해 취소 신청을 거의 제기하지 않다가, 2000년부터 2010년까지는 중재판정 96건 가운데 26건의 취소 신청이 제기되었으며, 2011년 이후에는 중재판정 53건 가운데 18건의 취소 신청이 제기되어 원 판정에 대한 취소신청 비율이 어느 정도 상승한(27% → 34%) 것으로 나타났다. 2000년~2010년에 제기된 26건의 취소신청 가운데 13건은 기각, 8건은 일부 또는 전부 인용, 5건은 취소심리 절차가 종료되었다. 또한 2010년~2013년에 제기된 18건의 취소신청 가운데 8건은 기각, 9건은 취소심리 절차 종료, 1건은 일부 또는 전부가 인용되었다. ICSID, “The ICSID Caseload - Statistics”, 2014, pp.7~10 참조.

3) ICSID 협약 제52조 제1항의 원문: (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

(d) 근본적인 절차규칙의 중대한 위반이 있는 경우

(e) 판정문에 그의 근거가 되는 이유를 명시하지 아니한 경우

그동안 ICSID 중재의 중요성만큼이나 다양한 주제로 연구가 진행되어 왔는데, 특히 ICSID 중재의 특징, 관할권, 재심제도, 집행, 그리고 개별 사례 분석 등을 중심으로 다수의 논문이 발표되었다.⁴⁾ 선행연구와의 차별성에 관하여, 이 논문은 ICSID 중재에서 진 당사자가 중재판정 이후, 불복수단으로 활용할 수 있는 재심제도 가운데 가장 유효한 수단인 취소제도를 그 중심에 두되, 특히 2010년까지 특별위원회에 제기된 ICSID 중재판정의 취소사례를 분석하여 원 판정에 대한 특별위원회의 취소사례를 3개의 세대로 나누어 고찰하였으며, 이를 통해 ICSID 취소제도가 ICSID 외의 취소제도와 어떠한 차이점이 있는지를 비교·검토하고, ICSID 취소제도에 대한 그동안의 수정 제안과 최근 동향을 분석하여 ICSID 취소제도의 발전방안을 제시한다.

이러한 분석과 고찰의 필요성은 미국계 사모펀드 론스타(Lone Star)가 외환은행 지분매각 승인 부당 지연, 외환은행 지분과 스타타워 매각 수익에 대해 과세한 것과 관련하여 한-벨기에 투자보장협정을⁵⁾ 근거로 2012년 11월 22일, 한국 정부를 상대로 ICSID에 투자 중재를 제기하였고, 이는 같은 해 12월 10일 정식으로 등록됨으로써 더 절실했다.⁶⁾ 이 논문에서는 ICSID 중재의 취소제도 가운데 먼저, 특별위원회가 취소 여부를 결정하기 위해 원용한 3가지 취소사유를 검토한 후, 취소 신청이 제기된 중재판정에 대한 특별위원회의 결정을 3개의 세대로 나누어 고찰하고(II), 제도의 일관성과 취소의 범위를 중심으로 ICSID와 ICSID 외 취소제도를 비교하며(III), 나아가 ICSID 취소제도에 대한 그동안의 수정 제안과 최근 동향을 분석하여 ICSID 취소제도의 발전방안을 제시한다(IV).

4) 김용일, “ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구”, 『국제상학』, 한국국제상학회, 제28권 제3호, 2013; 김여선, “ISD 중재판정의 승인과 집행에 관한 연구”, 『통상법률』, 법무부, 통권 제111호, 2013; 오현석, “한미 FTA 투자자-국가 중재의 주요 쟁점에 관한 연구”, 『안암법학』, 37권, 안암법학회, 2012; 주진열, “ICSID 판정취소 이유로서의 법적용 오류”, 한국법제연구원 워크숍 발표문, 2012; 김용일, “ICSID 중재의 관할권에 관한 연구”, 『무역학회지』, 35권3호, 한국무역학회, 2010; 오원석, “국제상사중재판정에 대한 불복”, 『국제상학』, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006 외 다수.

5) 공식 명칭은 “대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 한 협정 (AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE BELGIUM-LUXEMBOURG ECONOMIC UNION FOR THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS)”으로 우리나라에서는 2011년 3월 27일에, 벨기에서는 2011년 3월 24일 각 발효되었다. 론스타는 벨기에에 설립한 자회사를 통하여 외환은행 주식을 매입하였으며 이로 인해 동 협정을 근거로 ICSID 중재를 제기하였다.

6) *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea* (ICSID Case No. ARB/12/37).

II. 주요 취소사례 분석

1. 취소결정에서 인정된 취소사유

2010년 9월 현재, ICSID에 등록된 취소 신청 건수는 40건이고, 그 중 심리절차가 종료된 29건 중 공개된 22건은 협약 제52조를 해석하는데 중요한 역할을 한다. 공개된 22건 모두 가장 빈번하게 인용되는 제52조 제1항의 취소사유 세 가지를 한꺼번에 다루고 있는데, 제52조 제1항(b)의 ‘명백한 권한의 유월’, 제52조 제1항(d)의 ‘근본적인 절차규칙의 중대한 위반’, 제52조 제1항(e)의 ‘이유 불비’이다.⁷⁾ 현재까지 특별위원회가 제52조 제1항(a)의 ‘판정부의 부적절한 구성’, (c)의 ‘중재인 부패’를 취소사유로 고려한 적은 없다.⁸⁾

우선 제52조 제1항(b)의 ‘명백한 권한의 유월’을 취소사유로 적용한 사건에서, 특별위원회는 판정부가 협약이 부여한 권한을 명백히 초과하여 행사하거나 행사하지 않음으로써 자신의 권한을 명백히 벗어났다고 결정하였다.⁹⁾ 유월, 즉 권한의 초과를 이유로 판정 취소를 요구하기 위해서는, 그 초과는 ‘명백한’ 것이어야 한다. 이러한 조건의 충족을 확실하게 하기 위해서는 첫 단계로 관련 조항의 ‘통상적 의미’를 탐구하는 ‘조약법에 관한 비엔나 협약’(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 제1항¹⁰⁾의 기본 요건을 준수할 필요가 있다. 자구적 의미에서 ‘명백한’(manifest)이라는 것은 ‘분명하고’(plain), ‘명확하고’(clear), ‘알기 쉽고’(obvious), ‘명백히 나타난’(evident), 즉 정신적으로 쉽게 이해되거나 확인되는 것이다.¹¹⁾ 권한초과가 명백하다는 것의 질적인 기준을 충족하는가 여부는 많은 결정들에서 조사의 대상이었다. 이러한 결정들에서는 권한초과가 명백한 것에 해당하려면 판정 문언에 대한 정교한 분석에 착수할 필요 없이 매우 명백한 것이어야 한다는 취지를 각각 다른 말로 명시하였다. 특별위원회는 ‘명백한’이라는 용어를 분명함

7) *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic(1 September 2009); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007) (Vivendi II (Award)).

8) R. D. Bishop & S. M. Marchili, *Annulment under the ICSID Convention*, Oxford, 2012, p.283 참조.

9) *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award (1 November 2006); *Malaysian Historical Salvors, Sdn, Bhd v. Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment of the Award (16 April 2009).

10) Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31. General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

11) C.H. Schreuer, et al, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 2nd Ed., Cambridge University Press, 2009, p.938.

(obviousness)을 나타내는 단호하고 강조적인 용어로 생각한다.¹²⁾

한편, 판정부가 준거법을 적용하지 않는 것도 명백한 권한의 유월이라고 결정하였는데,¹³⁾ 이 때 준거법을 적용하지 않았다는 의미는 준거법을 아예 적용하지 않았다는 것이 잘못 적용한 것을 말하는 것이 아니다.¹⁴⁾ *MINE* 사건에서 특별위원회는 “준거법의 배제는 준거법을 잘못 적용한 것과 구별되어야 한다. 준거법의 잘못된 적용이 명백히 부당하다 하더라도 이는 취소사유가 될 수 없다”고 판시하였다.¹⁵⁾

제52조 제1항(d)의 ‘근본적인 절차규칙의 중대한 위반’을 주장하기 위해서는 다음의 두 가지 요건을 모두 충족해야 한다. 즉, ① 판정부가 위반한 절차규칙이 근본적인 것이어야 하고, ② 그러한 위반이 중대한 것이어야 한다. 제1차 *Vivendi* 사건에서 특별위원회는 “제52조 제1항(d)의 초점은 ‘절차규칙’에 있다. 즉, 판단의 대상은 판정부가 절차를 진행한 방법이 판정부의 결정내용이 아니다”라고 판시하였다. 절차규칙이 공정성 원칙, 불편부당 원칙, 동등한 대우 원칙 및 항변권 존중 원칙과 같이 중재판정의 무결성을 결정짓는 핵심에 해당할 때, 그 절차규칙은 근본적이라고 볼 수 있다. 또한 그 위반이 중대할 때, 즉 절차규칙 위반으로 인해 ‘그 절차규칙 위반으로 인해 당사자에게 제공하고자 했던 혜택이나 보호가 박탈되고’ 또는 ‘판정부의 결론이 그 절차규칙을 준수했다라면 도달했을 판정과 상당히 다르게 된 경우’ 그 위반이 중대하다고 할 수 있다.¹⁶⁾

끝으로 제52조 제1항(e)의 ‘판정이유를 명시하지 않은’ 경우란 판정부가 판정결과의 이유에 대해 침묵하거나 판정결과와 완전히 모순되는 이유를 제시한 때를 말한다. 이유 기재의 목적은 판정을 읽는 사람, 특히 당사자에게 어떻게 그리고 왜 중재판정부가 사실적 그리고 준거법적 관점에서 그 결론을 내리게 되었는가를 설명하기 위한 것이지만, 그러나 반드시 판정에 불만을 가지는 당사자를 충분히 납득시킬 수 있는 정도의 이유라야 한다고

12) *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates* (ICSID Case No. ARB/02/7), Decision on Annulment of 5 June 2007, para.39.

13) 명백한 권한의 유월은 본안의 문제에 관하여 발생할 수 있고, 실제로도 이러한 주장은 주로 적절한 준거법을 적용하지 않은 경우와 관련하여 제기되어져 왔다. 협약 제52조 제1항에서는 준거법을 적용하지 않았다는 이유로 중재판정을 취소해야 한다고는 규정하지 않고 있으나, 준거법 규정은 중재합의의 본질적인 요소가 되고, 중재판정부 활동의 한계가 되므로 준거법을 적용하지 않는 경우 유월로 간주될 수 있다. 즉 적절한 준거법(proper law)을 적용하지 않은 것은 ICSID 협약 제52조에서의 독립적인 취소사유가 아니다. 그러나 특별위원회의 결정들은 중재판정부가 적용 가능한 준거법을 적용하지 않은 경우 제52조 제1항 제b호에 따른 명백한 유월에 해당될 수 있는 것으로 인정하고 있다. 박건도, “ICSID 협약상 취소제도의 성격 및 취소사유에 관한 소고: 명백한 월권 및 이유 미기재를 중심으로”, 『법과 정책연구』 제10집 제3호, 한국법정책학회, 2010, p.1155.

14) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, S.A.*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985); *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment (25 September 2007).

15) *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID No. ARB/84/4, Decision on Annulment (22 December 1989), ICSID Reports 4, 1997, p.87.

16) *Id.* 절차규칙의 중대한 위반이 있는 경우의 예로는 변론권을 상실한 경우, 증거의 제시 및 사실의 입증 기회를 갖지 못한 경우, 이의제기권의 상실 등이 있다. 김용일, “ICSID 중재판정의 제심제도에 관한 연구”, 『국제상학』, 제28권 제3호, 한국국제상학회, 2013, p.213.

는 할 수 없다.¹⁷⁾¹⁸⁾

나아가 어느 정도까지가 수궁할 만한 이유가 될 것인지는 상당히 주관적인 것이며, 특별위원회가 이유가 충분한가의 여부를 조사하게 되면 중재판정의 본안에 대한 검토가 되는 것이고, 이로 인해 취소와 상소(appeal)의 경계가 흐려질 가능성이 높게 된다.¹⁹⁾ 이유의 모순은 부적합한 이유의 하나로도 볼 수 있는데, 이것은 읽는 이로 하여금 중재판정부의 의도를 이해할 수 없게 하는 것으로서, 엄격한 논리에 의한다면 이유가 결여된 것과 마찬가지로이다.²⁰⁾ *MINE* 사건의 특별위원회는 “중재판정부가 A라는 점에서 B라는 부분으로, 중국적으로는 결론으로까지 어떻게 진행하였는가에 관하여 판정문에서 어떤 사람이 그 논리과정을 따라오도록 할 수 있는 한, 사실 또는 법의 오류를 범하였다고 하더라도 이유 기재의 요건은 충족된다. 이러한 최소한의 요건은 모순되거나 공허한 이유(contradictory or frivolous reasons)로는 충족되지 않는다”고 판시하였다.²¹⁾ *Soufraki v. UAE* 사건의 특별위원회도 “단지 공허한 이유의 제시, 분쟁의 해결에 있어서 중요한 특정 부분에 대한 총체적 이유 결여를 포함한 판정에 대한 총체적 이유의 결여, 모순된 이유, 분쟁의 해결을 이끌어내는데 불충분하거나 중재판정부가 도달한 결론을 설명하기에 부적당한 이유”의 경우에는 취소사유가 될 수 있다고 하였다.²²⁾

이유 불비와 관련하여 문제되는 것은, 제기된 문제를 중재판정부가 모두 다루지 않은 경우가 취소사유 중 이유 불비에 해당될 것인가이다. 당사자가 제기한 문제들을 다루지 않은 것을 ICSID 협약 제52조는 물론 제48조 제3항²³⁾ 및 제49조 제2항²⁴⁾과의 관련성에

17) Schreuer et al., *op. cit.*, p.1003.

18) 우리 대법원도 역시 “중재판정에 이유를 기재하지 아니한 때”라 함은 중재판정문에 전혀 이유의 기재가 없거나 이유의 기재가 있더라도 불명료하여 중재판정이 어떠한 사실상 또는 법률상의 판단에 기인하고 있는가를 판명할 수 없는 경우와 이유가 모순인 경우를 말하고, 중재판정문에 이유의 설시가 있는 한 그 판단이 실정법을 떠나 공평을 그 근거로 삼는 것도 정당하며, 중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전체로 되는 권리관계에 대하여 명확하고 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하고, 또한 그 판단이 명백하게 비상식적이고 모순인 경우가 아닌 한, 그 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 기재하지 아니한 때에 해당하지 아니한다”고 하고 있다(대법원 2010.6.24. 선고 2007다73918 판결). 비록 사실인정이나 법률판단에서 완벽하게 논리적 연결이 되지 않더라도 구체적 분쟁사안에 관한 구체적 타당성과 합리성을 충족시켜 주면 충분하다고 할 것이다. 양병희 외 8인, 「주석중재법」, 대한상사중재원, 2006, pp.160~161.

19) 강병근, 「ICSID 중재제도 연구」, 법무부, 2006, p.269.

20) Schreuer et al., *op. cit.*, p.1011.

21) *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4), Decision on Annulment, December 22, 1989, 4 ICSID Reports 79, paras. 5.08~5.09 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on Annulment, September 25, 2007, paras.55, 97.

22) *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (ICSID Case No. ARB/02/7), Decision on Annulment, June 5, 2007, para.126.

23) ICSID 협약 제48조 제3항: 판정은 판정부에 제출된 모든 문제를 취급하여야 하고 또한 판정의 근거가 되는 이유를 명시하여야 한다.

24) ICSID 협약 제49조 제2항: 판정이 내려진 날로부터 45일 이내에 행한 일방당사자의 요청에 따라 판정부는 일방 당사자에게 통고한 후 판정에서 결정이 누락된 문제점을 결정할 수 있고, 또한 판정문상의 어떠한 오기, 오산 또는 기타 이에 유사한 오류를 정정하여야 한다. 판정부의 결정은 판정의 일부를 구성하며 판정문

따라 이유 불비에 해당될 것인가에 관하여서는 학자들의 견해가 첨예하게 대립하고 있다고 한다.²⁵⁾ 제52조에서 이유 불비를 취소사유의 하나로 인정하여 이유를 기재할 것을 중재판정부에게 요구하는 것은 판정 결과를 이해하고 중재의 취지에 부합하게 당사자들이 서로의 이해관계 조정에 관하여 그 결과를 수용할 수 있게끔 하는 것에 그 취지가 있다고 본다면, 제49조 제2항의 절차로서 교정될 수 있는 경우가 아니라면 일단 제기된 문제에 대해서는 중재판정부가 모두 처리하고 반드시 이유를 기재하여야 된다고 본다.²⁶⁾

요컨대 중재판정부가 당사자들이 제기한 문제들을 다루지 않은 것은 ICSID 협약 제52조에 따른 별개의 취소사유가 아니지만, 그러한 경우에도 이유 불비에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 생각한다. 이와 관련하여 *MINE* 사건의 특별위원회는 당사자들이 제기한 문제들을 다루지 않았음을 이유로 판정을 취소하였다.²⁷⁾ 또한 *Wena v. Egypt* 사건에서도 특별위원회는 “제52조 제1항 제e호의 취소사유에는 보충적 판단이 판정을 뒷받침하는 추론에 영향을 줄 수 있는 범위에 한해서 중재판정부가 제기되었던 문제에 관한 판단을 생략한 경우도 포함 된다”고 하였다.²⁸⁾

앞에서 설명하였듯이, 2010년 9월 현재, ICSID에 제출된 취소 신청서는 40건으로, 이 중 취소결정이 공개된 사건은 22건이다. 특별위원회는 취소 신청된 22건 중 12건을 기각하였고 10건을 인용하였다. 취소 신청서가 접수되어 결정이 내려진 사건에 대해서는 특별위원회 구성, 취소사유, 판정내용 등에 관한 자세한 사항을 알 수 있다.²⁹⁾ 주식자들은 특별위원회의 판정을 연대별로 3개의 세대(three generations)로 나누어 기술하였다.³⁰⁾ 이하에서는 1980년대부터 2010년까지 특별위원회가 내린 취소결정을 분석하여 원 중재판정에 대한 특별위원회의 취소 경향이 어떻게 바뀌었는지를 고찰한다.³¹⁾

과 동일한 방법으로 당사자에게 통고되어야 한다. 제51조 제2항 및 제52조 제2항에 규정된 기간은 결정이 행하여진 날로부터 가산되어야 한다.

25) Schreuer et al., *op. cit.*, p.1015.

26) 박건도, 전제논문, p.1163.

27) *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4), Decision on Annulment, December 22, 1989, 4 ICSID Reports 79, para. 6.101.

28) *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Annulment, 5 February 2002, para.101.

29) L. Reed et al, Guide to ICSID Arbitration, Wolters Kluwer, 2011, p.166.

30) C.H. Schreuer, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, in IAI International Arbitration Series No. 1, Annulment of ICSID Award, eds. E. Gaillard and Y. Banifatemi, Juris Publishing, Inc., 2004; I. Marboe, “ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited”, in International Investment Law for the 21st Century, 2009; B.M. Aronson, “A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the ‘Three Generations’”, 6 *Vienna J. on Int’l Const. L.* 3, 2012.

31) 이 논문은 ICSID 홈페이지, 외국서적, 저널 등의 자료를 기초로 취소신청 사례를 분석하였으며, 아직 공개가 되지 않았거나 입수가 불가능한 2011년 이후의 취소신청 사례를 인용하지 못한 한계가 있다. 2014년 1월 발행된 ICSID 연차보고서에 따르면 2011년 이후 53건의 중재판정이 내려졌으며 이 중 취소 신청이 제기된 사건은 18건이다. 이들 18건 가운데 신청이 기각된 사건은 8건, 전부 또는 일부 취소결정이 내려진 사건은 1건이며, 현재 심리가 진행 중인 사건은 9건이다. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports> (2014년 10월 20일 최종 방문).

2. 제1세대 경향

1980년대의 제1세대 결정은 상당한 이목을 집중시켰다. *Klöckner v. Cameroon* 사건과 *Amco Asia v. Indonesia* 사건에서 특별위원회는 원 판정을 모두 취소하였다. 취소 후 각 사건은 신 판정부에 의해 새로운 판정이 내려졌다. 두 건 모두 두 번째 판정에 대해서도 취소 신청이 제기되었는데, 두 번째 취소 신청에 대해서는 두 번째 판정이 그대로 유지되었다.

Klöckner v. Cameroon 사건은 카메룬에 위치한 비료공장의 운영 및 유통에 관해 얽혀 있는 일련의 계약에 대한 분쟁이다.³²⁾ 1983년 원 판정부는 민간투자자(Klöckner)와 카메룬 정부의 청구를 모두 기각하였다.³³⁾ Klöckner는 원 판정의 취소를 신청하면서 ① 원 판정부가 준거법을 적용하지 않았고, 계약서에 ICC 중재를 통해 분쟁을 해결한다는 조항이 있음에도 불구하고 원 판정부가 위 계약에 관한 분쟁에 대해 관할권을 주장함으로써 권한을 명백히 유월하였으며, ② 공정하고 공평한 심리절차를 진행하지 않고 부정을 저지름으로써 근본적인 절차규칙을 중대하게 위반하였을 뿐만 아니라, ③ 주장한 모든 문제에 대해 심리하지 않고, 심리가 진행된 특정 문제에 대해서도 그와 같은 결론에 도달한 이유를 충분히 명시하지 않았다고 주장하였다. 1985년에 특별위원회는 원 판정부가 준거법을 적용하지 않음으로써 권한을 명백히 남용했다는 이유로 원 판정을 전부 취소하였다. 특별위원회는 원 판정부가 프랑스법에 따른 원칙들의 적용을 가정했을 뿐 실제로 이를 적용한 것은 아니라고 보았다. 또한 특별위원회는 원 판정부가 일부 판정결과에 대해 이유를 제시하지 못했다고 보았다. 즉, “판정문을 여러 번 읽어보아도 판정부가 어떠한 근거로 그와 같은 결론에 이르렀는지 알 수 없다”고 판시하였다.³⁴⁾

1984년, *Amco Asia v. Indonesia* 사건에서 판정부는 인도네시아의 한 호텔을 개발·관리할 수 있도록 Amco에 부여한 투자허가를 인도네시아 정부가 불법적으로 취소함으로써 Amco에 발생한 손해 미화 320만 달러를 배상하라는 판정을 내렸다.³⁵⁾ 인도네시아 정부는 *Klöckner v. Cameroon* 사건에서와 동일하게 ① 권한의 명백한 유월, ② 근본적인 절차규칙의 중대한 위반, ③ 판정이유를 명시하지 않은 사유로 취소를 신청하였다. 이에 대해

32) Klöckner 사건에 관하여 상세히는, N. Yochembeng, *Settling International Investment Disputes Through Arbitration - The Klöckner Case before the ICSID Tribunal-*, Lambert Academic Published, 2011 참조.

33) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, S.A.*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award (21 October 1983), ICSID Reports 2 (1994), p.9.

34) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, S.A.*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985), ICSID Reports 2 (1994), p.122.

35) *Amco Asia Corporation and others v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award (20 November 1984), ICSID Reports 1 (1993), p.413.

특별위원회는 원 판정부가 준거법을 파악하기는 하였지만 제대로 적용하지는 못했다고 판단하였다. 특별위원회는 인도네시아 정부의 허가 취소가 불법이라는 원 판정부의 판단이 착오에 의한 것이라는 이유로 원 판정을 취소하였다.

Klöckner 사건과 *Amco Asia* 사건에 대한 특별위원회의 제1세대 결정은 많은 비판을 받았다.³⁶⁾ 비판론자들은 위 특별위원회의 취소결정이 원 판정의 본안을 검토하였기 때문에, 터무니없이 잘못된 판정으로부터 당사자를 구제하기 위해 마련된 제도가 실질적인 상소 절차로 변질되었으며, 이는 특별위원회의 권한을 뛰어넘은 것이라고 지적하였다.³⁷⁾ 위 두 건의 취소결정으로 취소제도가 상소 절차로 변질될 조짐을 보이자, ICSID 판정이 최종적인 분쟁해결방법이라는 의미가 퇴색되고 ICSID 중재에 대한 투자자의 신뢰가 저하될 것이라는 우려가 널리 퍼지게 되었다.

3. 제2세대 경향

그러나 ICSID 중재는 제2세대 결정을 기점으로 본래의 효용을 되찾은 것으로 보인다. 위 2세대 결정 사례는 *MINE* 사건, 제2차 *Klöckner* 사건, 제2차 *Amco Asia* 사건이다. 1989년 *MINE v. Guinea* 사건에서 특별위원회는 기니의 책임에 관한 원 판정부의 판정은 그대로 두고, 판정부가 판정이유를 누락했다는 사유로 배상액만을 취소하였다. 1990년 제2차 *Klöckner* 사건과 1989년 제2차 *Amco Asia* 사건에서 두 번째 특별위원회는 취소신청을 기각하였다.³⁸⁾ 뒤이어 *CDC* 사건의 특별위원회는 “제1차 *Klöckner* 사건과 제1차 *Amco Asia* 사건의 취소결정이 내려진 이후, 특별위원회들이 자신의 역할과 취소절차에 대해 보다 제한적인 견해를 꾸준히 보여왔다”고 판시하였다.³⁹⁾

4. 제3세대 경향

이후 10년 동안은 취소 신청이 전혀 접수되지 않다가 2000년~2001년 겨울이 되자 격주로 세 건의 취소 신청서가 접수되었다. *Philippe Gruslin v. Malaysia* 사건에서는 신청인이 신청비를 납부하지 않았기 때문에 취소 심리절차가 중단되었다. 나머지 *Wena Hotels*

36) *CDC Group v. Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Republic of the Seychelles (29 June 2005), para.35.

37) Schreuer et al., *op. cit.*, pp.901~912.

38) *Klöckner v. Cameroon*, Resubmitted Case: Decision on Annulment (17 May 1990) (*Klöckner II*), ICSID Reports 14 (2009); *Amco v. Indonesia*, Resubmitted Case: Decision on Annulment (3 December 1992) (*Amco Asia II*), ICSID Reports 9 (2006), p.9.

39) *CDC Group v. Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Republic of the Seychelles (29 June 2005), para.35.

Ltd. v. Arab Republic of Egypt 사건과 제1차 *Vivendi* 사건이 제3세대 결정이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 위 두 사건의 특징은 투자계약서에서 ICSID를 통해 분쟁을 해결하기로 정한 *Klöckner* 사건, *Amco* 사건, *MINE* 사건과 달리, 양자간 투자협정(BIT ; Bilateral Investment Treaty)에 의해 ICSID 중재판정의 당사자가 되었다는 점이다. 제3세대 결정은 투자협정에 의한 중재에 관하여 다양한 이슈를 제기하였다.

Wena 사건에서 이집트 정부는 영국의 호텔 관리 회사를 수용한 것에 대해 책임을 인정한 원 판정의 취소를 신청하였다. 이집트 정부는 원 판정부가 ① 준거법을 적용하지 아니하여 권한을 명백히 유월하였고, ② 이집트의 항변권을 박탈하고 입증 책임을 부적절하게 변경함으로써 근본적인 절차규칙을 중대하게 위반하였으며, ③ 판정의 일부에 대해 이유를 명시하지 않고, 주장한 모든 쟁점을 심리하지 않았다고 주장하였다. 이집트 정부는 원 판정부가 이집트 법을 참고하지 않고 관련 영국-이집트 간의 BIT와 기타 국제법을 적용함으로써 ICSID 협약의 준거법 선택에 관한 제42조를 잘못 적용했다고 주장하였다. 그러나 특별위원회는 이러한 주장을 포함해 이집트 정부가 주장한 모든 취소사유를 인정하지 않았다. 특히 특별위원회는 국제법을 준거법으로 한다는 당사자 간의 명시적인 합의가 없더라도, 판정부가 BIT의 실체규정을 적용하고 다른 국제법을 보충 적용한 것은 명백한 권한 유월이 아니라고 판시하였다.⁴¹⁾

나아가 비준되고 공포된 협정의 ‘법으로서의 효력’을 이집트 헌법이 인정하고 있고 이 규정이 협정을 국내법과 동일시하는 취지라고 해석된다는 것, 판례도 협정이 이전부터 존재하는 제정법만이 아니라 후에 제정된 법률에도 우선된다는 것을 인정하고 있음을 결정의 근거로 제시하였다.⁴²⁾ 결정이유를 포함하는 *Wena* 결정의 판시는 그 후 BIT에 기초하여 이루어진 ICSID 중재에서 여러 번 인용되어, 동 취지의 결정이 반복되고 있다.⁴³⁾ 투자유치국이 국제법의 국내법적 효력을 인정하고 있는 경우에 BIT의 규정에 직접적으로 기초한 청구가 인정되는 선례가 확립되었다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

제1차 *Vivendi* 사건은 아르헨티나 투쿠만(Tucumán) 주의 상하수도 운영에 관한 양허계약을 둘러싼 분쟁에 관한 것이다.⁴⁵⁾ 원 판정부가 프랑스 투자자 측의 청구를 전부 기각하

40) Schreuer et al., *op. cit.*, pp.901~912.

41) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for the Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000 (5 February 2002).

42) 박덕영·오미영, 「국제투자협정과 ISDS」, 한국학술정보, 2012, p.79 참조.

43) 그러한 예로는 *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Tribunal Award of May 12, 2005, 44 *I.L.M.* 1205 (2005), p. 116; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Tribunal Award of July 14, 2006, paras. 58-62; *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International Inc. v. Argentine Republic*, ARB/02/1, Tribunal Award of October 3, 2006, 21 *ICSID Rev.-FILJ* 155 (2006), paras. 95-99; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Tribunal Award of May 22, 2007, para.207.

44) 박덕영·오미영, 전게서, p.79.

45) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No.

자, 투자자 측은 다음과 같은 사유를 근거로 판정의 부분 취소를 신청하였다. 즉, 판정부가 ① 협정상의 청구를 계약상의 청구로 잘못 해석하여 관할권을 행사하지 않았으므로 권한을 명백히 유월한 것이고, ② 관할권에 관한 투자자의 주장을 개진할 기회를 부여하지 않았으므로 근본적인 절차규칙을 중대하게 위반한 것이며, ③ 판정의 이유를 명시하지 않았다는 것이 취소의 사유였다. 제1차 *Vivendi* 사건의 특별위원회는 원 판정부의 권한 유월을 인정하면서 원 판정의 일부를 취소하였다. 무엇보다도 원 판정부는 투자자가 투크만 주의 협정 위반을 근거로 제기한 청구에 대해 관할권을 갖고 있음에도 불구하고, 협정상의 청구가 지방 행정법원의 심리를 필수적으로 요구하는 계약상의 청구와 중복된다는 이유로 협정상의 청구에 대해 본안 판단을 거부한 것은 권한 유월이라고 결정하였다.⁴⁶⁾

Vivendi 측은 두 번째 ICSID 중재판정을 진행하였으며 뒤이어 두 번째 취소 심리절차까지 진행되었다. 제2차 *Klöckner* 사건과 제2차 *Amco Asia* 사건에 대한 취소 신청과 마찬가지로, 제2차 *Vivendi* 사건의 특별위원회는 취소 신청을 기각하였다.⁴⁷⁾ *Wena* 사건과 제1차 *Vivendi* 사건에 대한 특별위원회의 결정 이후, 2010년 9월까지 8년 동안 총 16건의 취소 심리가 이루어졌다(2005년 1건, 2006년 2건⁴⁸⁾, 2007년 5건, 2009년 3건, 2010년 5건). 특별위원회는 16건 중 10건의 취소신청을 기각하였다.⁴⁹⁾ 나머지 6건(*Mitchell v. DRC*, *CMS v. Argentina*, *MHS v. Malaysia*, *Helnan v. Egypt*, *Sempra v. Argentina*, *Enron v. Argentina*)에서 특별위원회는 취소 신청을 전부 또는 일부 인용하였다.⁵⁰⁾

5. 최근의 경향

그러나 2010년 여름에 두 건의 취소결정이 내리지면서 *Klöckner* 사건과 *Amco* 사건의 악순환이 다시 되풀이되는 것이 아닌지에 관해 논의하게 되었다. 아르헨티나의 금융위기로 인해 발생한 *Sempra v. Argentina* 사건과 *Enron v. Argentina* 사건에서 특별위원회는 원 판정을 취소하고 신청인의 손을 들어주었다.⁵¹⁾ 두 사건 모두 원 판정부는 금융위기 이

ARB/97/3, Award (21 November 2000) (*Vivendi I* (Award)).

46) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (3 July 2002) (*Vivendi I* (Decision on annulment)), para.102.

47) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award Rendered on 20 August 2007(10 August 2010) (*Vivendi II*(Decision on annulment)).

48) *Consortium RFCC v. Morocco*(rendered on 18 January 2006). 이 사건의 취소결정은 공개되지 않았다.

49) *CDC Group v. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14; *Repsol YPE Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7; Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7; *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6.

50) 김용일, 전계논문, p.218.

후 아르헨티나의 조치가 불공정하고 불평등하다고 지적하였으며, 아르헨티나가 청구인들의 투자에 대해 포괄적 보호조항에 따른 의무를 이행하지 않았다고 판시하였다. 또한 국제관습법 및 미국-아르헨티나 간의 BIT 제11조에 따라⁵²⁾ 아르헨티나가 주장한 불가항력의 항변을 받아들이지 않았다.

먼저 *Sempra* 사건에서의 특별위원회 결정에 따르면, 원 판정부는 아르헨티나가 주장한 불가항력의 항변에 대해 국제관습법을 적용하면서도 미국-아르헨티나 간의 BIT 제11조는 적용하지 않았다. 이는 명백한 권한 유월이라며 특별위원회는 원 판정을 취소하였다. 특별위원회는 원 판정부가 “BIT 제11조를 전혀 적용하지 않았기 때문”에 “준거법을 파악하고 적용하는 데 있어서 근본적인 오류를 범했다”고 판시하였다.

Enron 사건에서 특별위원회는 ILC 국가책임초안(ILC Articles on State Responsibility) 제25조가 규정한 국제관습법상 불가항력 항변의 다양한 요건이 충족되지 않았다는 원 판정부의 판단을 문제 삼았다. 특별위원회는 ILC 국가책임초안 제25조의 요건을 고려해볼 때 원 판정부가 권한을 유월하고 판정이유를 제시하지 못하였다고 판시하였다.⁵³⁾

Sempra 사건과 *Enron* 사건에서 특별위원회는 보다 적극적인 접근방식을 취하였다. 이러한 접근방식을 바탕으로 제4세대의 취소결정 사례가 (원 판정에 대한 지나친 간섭으로 비추어졌던) 제1세대와 비슷한 결론에 이를 것인지, 그 결과 ICSID 제도의 효용에 대한 평가에도 비슷한 영향을 미칠 것인지는 조금 더 두고 보아야 한다. 다만 2011년 이후 내려진 53건의 중재판정 중에서 취소 신청이 접수된 사건은 18건으로, 이들 18건 가운데 심리가 진행 중인 사건 9건, 기각된 사건 8건, 전부 또는 일부 취소결정이 내려진 사건은 단지 1건이다.⁵⁴⁾ 아직 9건이 심리 중에 있지만, 원 중재판정의 전부 또는 일부가 취소된 경우는 단지 1건으로, 앞의 *Sempra* 사건과 *Enron* 사건에 대한 특별위원회 결정이 향후 다른 사건의 취소결정에 심각한 영향을 미칠 것으로 생각하지 않는다.

51) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic' Application for Annulment of the Award(US\$128million award annulled) (29 June 2010); *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (US\$106million award annulled) (30 July 2010).

52) 미국-아르헨티나 BIT 제11조(부속서 6) 원문: This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interest.

53) *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (US\$ 106million award annulled) (30 July 2010).

54) <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=View AnnualReports> (2014년 10월 22일 최종 방문).

Ⅲ . ICSID 외의 취소제도와 비교

1. 개요

모든 국제투자분쟁이 ICSID 중재로 해결되는 것은 아니다. 실제로 당사자들은 다수의 협정에 근거하여 UNCITRAL 중재규칙에 따른 임시중재(*ad hoc arbitration*)를 이용하거나 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC), 또는 스톡홀름 상업회의소(Stockholm Chamber of Commerce: SCC) 중재 등의 대안적 분쟁해결제도(Alternative Dispute-Resolution Mechanism)를 통해 분쟁을 해결할 수 있다.⁵⁵⁾

ICSID 중재는 다른 분쟁해결제도에 비해 여러 가지 장점이 있는데, 그 가운데 하나는 자족적 시스템(self-contained system)을 구축하고 있으며, 국가 법원들은 ICSID 중재판정을 검토할 권한이 없다는 점이다. 이와는 대조적으로 ICSID 외의 투자중재에 의한 중재판정은 국제상사중재판정과 마찬가지로 중재지 법원에 의한 사법적 검토 대상이 될 수 있다.⁵⁶⁾ 그 결과, 중재지 국가의 준거법에 따라 법원의 판단이 달라질 수도 있다.

중재판정에 대한 재심이라는 측면에서, ICSID와 ICSID 외 중재간의 주된 차이점은, 다른 중재규칙, 국내법, 그리고 국제협약에 근거한 기존 재심제도가 산발적이고 다층적인데 비해, ICSID 취소제도는 그 성격이 ICSID 협약이 정한 바에 따라 ICSID 특별위원회에 의해 절차가 진행된다는 점에서 일원적이라는 점이다. 이러한 일원성은 다른 차원들에서 인식될 수 있다. 즉, ICSID 취소제도에는 단지 한 세트의 규정이 있으며, 따라서 한 세트의 재심 기준만을 가지고 있는 반면에, ICSID 외의 중재에서는 준거법과 협약의 규정이 서로 충돌할 수 있으며 재심 단계가 다층적으로 이루어져 있다.

2. 제도의 일관성

국제상사중재에서 진 당사자는 취소사유를 근거로 중재지 법원에 이의를 신청할 수 있다. 중재판정취소의 소는 국제중재판정에 대해 국가의 법원이 재심할 수 있는 가장 전형적인 사례로 간주된다.⁵⁷⁾ ‘법정지법에 따른다’(*locus regit processum*)는 원칙에 따라, 중재

55) NAFTA 제11장 제1120조; ECT 제26조 제4항 참조.

56) J. F. Armesto, ‘Different Systems for the Annulment of Investment Awards’ (2011) 26 *ICSID Rev-FJLL*, p.132.

57) W.L. Craig, ‘Uses and Abuses of Appeal from Awards’ (1998) 4(3) *Arbitration International*, p.174, pp.174~175.

판정취소의 소는 당사자들이 별도로 합의하지 않는 한 반드시 중재지 법원에 제기되어야 한다.⁵⁸⁾ 일반적으로 국가 법원들은 자신들의 관할권 밖에서 내려진 중재판정에 대해 취소하는 것을 꺼리며, 아주 일부 사건에서만 중재지 이외의 법원들이 국제중재판정을 무효화시켰다.⁵⁹⁾

ICSID 외의 중재판정을 무효화시킬 때는 국내법이 적용되는 반면에, 국제중재판정의 승인과 집행에 대해서는 국제협약을 적용하는 것이 용이하다. 왜냐하면 뉴욕협약이 국가 법원에 대해 외국에서 내려진 중재판정을 승인하거나 집행하는 것을 거부할 수도 있는 제한적인 근거를 제공하기 때문이다. 또한 1975년 국제상사중재에 관한 미주협약(Inter-American Convention on International Commercial Arbitration)(파나마 협약)⁶⁰⁾도 마찬가지로 중재판정의 집행을 거부할 수 있는 제한적인 근거를 제공한다.⁶¹⁾

국가의 중재법과 국제협약 모두가 적용되는 이러한 2중 시스템으로 인해 국가 법원이 진행하는 재심과정이 다층적이 되었으며, 이로 인해 국가 법원에 의한 중재판정의 취소 또는 집행거부가 가능하게 되었다. 하지만 대부분의 국내 중재법이 UNCITRAL 모델법과 국제협약(특히 뉴욕협약)에 포함된 기준들을 최대한 반영하였다는 사실이 판결의 충격을 크게 완화시켰다.

이와는 대조적으로, ICSID 중재는 협약에 근거하여 특별위원회에서만 취소 여부를 판단할 수 있으며 어떠한 국가 법원도 중재판정 취소 여부를 결정할 권한이 없다. 당사자들이 중재지를 선택함으로써 사법적 검토의 내용과 범위에 어느 정도 영향을 미칠 수 있는 ICSID 외의 중재와는 달리, ICSID 협약 하에서 당사자들은 취소제도를 변경할 수 없다. 이것은 국제투자분쟁에 대한 중재판정의 재심에 있어서 ICSID 취소제도가 좀 더 일관성을 유지하는데 기여하였다.⁶²⁾

3. 취소의 범위

앞에서 설명하였듯이, ICSID 협약 제52조에는 중재판정 취소를 위한 5가지 사유가 명시되어 있다. 즉 ① 중재판정부의 부적절한 구성, ② 명백한 권한의 유월, ③ 중재인의 부패, ④ 근본적인 절차규칙의 중대한 위반, 그리고 ⑤ 판정의 근거가 되는 이유를 명시하

58) N Blackaby, et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp.591~592; J. Lew, L. Mistelis, & S Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p.667; M. McIlwrath & J. Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International 2010, p.334.

59) McIlwrath & Svage, *International Arbitration and Mediation*, pp.333~334.

60) 이는 미주 국가들 간에 중재판정의 승인과 집행에 관해서, 경우에 따라 뉴욕협약을 대체한다.

61) J. P. Bowman, *The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*, Kluwer International, p.2002.

62) Bishop & Marchili, *op. cit.*, pp.260~261.

지 아니한 경우이다. 특별위원회가 경우에 따라서 이러한 사유들 가운데 일부를 광의로 해석한다 하더라도, 제52조 제1항은 중재과정, 판정, 그리고 중재판정부의 무결성을 확보하려는 취지일 뿐, 심지어 당해 사건에 공서(公序, public policy)와 관련된 사항이 포함되더라도 판정의 본안(merits)에 대한 재심을 허용하지는 아니한다.⁶³⁾

ICSID 외 중재규칙은 취소사유를 규정하지 않는다. 그 대신, 중재판정의 승인과 집행에 관한 국내 중재법과 국제협약이 이 문제를 결정한다. 대부분 선진국들의 중재법에는 ICSID 협약에 규정되어 있는 사유들과 유사한 재심 기준이 명시되어 있다. 하지만 중재판정부의 판정에 대한 실체법적 부분의 재심을 목적으로 하지는 않는다.⁶⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 국가 법원에게 ICSID 외의 중재판정을 재심하는데 있어서 국내 및 국제 공서, 중재 가능성 및 중재부적합을 포함한 중재판정의 취소사유를 광의로 적용할 가능성을 허용하고 있다.⁶⁵⁾

다수의 국내법에서 수용한 UNCITRAL 모델법에는⁶⁶⁾ ICSID 외의 중재판정 취소사유가 규정되어 있다. UNCITRAL 모델법의 취소사유는 국가 법원이 뉴욕협약에 근거한 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있는 사유들을 반영한다. Gary Born이 언급했듯이, 대부분 국가의 중재법은 ① 유효한 중재합의가 없는 경우, ② 중재판정에서 진 당사자가 심리에 출석할 적절한 기회를 박탈당한 경우, ③ 중재가 당사자들의 합의에 따라 진행되지 않았거나 그 합의를 이행하지 아니한 경우, 또는 중재지법에 따르지 아니한 경우, ④ 중재판정이 중재 당사자들이 제기하지 않은 문제들을 다룬 경우, ⑤ 중재판정이 중재로 해결될 수 없는 분쟁을 다룬 경우, 또는 ⑥ 중재판정이 공서에 반하는 경우를 취소사유로 규정하고 있다. 이 외에 중재판정부의 독립성 또는 공정성 부족, 중재판정이 사기에 의해 내려진 경우, 또는 자주 일어나는 경우는 아니지만 중재인의 판정이 본안 판단 면에서 심각하게 잘못된 경우 등이다.⁶⁷⁾

63) M. Burgstaller & C. B. Rosenberg, 'Challenging International Arbitral Awards: to ICSID or Not to ICSID?' (2011) 27(1) *Arbitration International*, p.91.

64) G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2649.

65) C.H. Schreuer, 'ICSID Annulment Revisited' (2003) 30 *Legal Issues of Economic Integration* 103~122; J. Fouret, 'La Sentence Arbitrale et les Recours Contre Cette Sentence' (2008) *Revue Droit & Affaires, Le Choix d'un Reglement d'Arbitrage*, pp.57~75.

66) 모델법의 제정은 성공적이며, 전 세계적으로 50여개 국가가 이를 채택해 오고 있다. 게다가 많은 국가들은 이를 직접 채택하지는 않았지만 모델법을 고려하여 자국의 중재법을 현대화하였다. 특히 1996년 영국중재법은 모델법과 국제상사중재실무를 과감하게 수용하여 제정된 법이다. S. Pieter, *THE WORK OF UNCITRAL ON ARBITRATION AND CONCILIATION*, Kluwer Law International, 2004, p.54.

67) G. Born, *International Commercial Arbitration*, pp. 2552~2553; A. P. Petrova, 'The ICSID Grounds for annulment in a Comparative Perspective: Analysis and Recommendations for the Future' (2006) *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, p. 288; D.M. Kolkey, 'Attacking Arbitral Awards: Rights of Appeal and Review in International Arbitrations' (1998) 22 *The International Lawyer*, p.693.

4. 기타

위에서 설명한 일관성과 취소의 범위 외, 두 제도는 중재지, 재심절차의 포기, 집행정지 등에 관한 내용에서 약간의 차이점이 있다. 먼저 ICSID 중재에서의 중재지는 국가의 법에 거의 의존하지 않는데, 그 이유는 ICSID 중재는 온전히 자족적이며 소송절차가 진행되는 국가의 법률과 현지 법원의 관할권으로부터 격리되기 때문이다.⁶⁸⁾ 반면, ICSID 외의 투자중재에 있어서 중재지는 중재판정 재심에 관한 법원의 관할권을 규명하고 재심과정에 필요한 증거법을 제공하기 때문에 중재지가 실질적으로 중요한 역할을 한다.⁶⁹⁾

또한 일부 ICSID 외의 중재에서 허용되는 또 하나의 흥미로운 특징은 중재 당사자들이 중재판정에 대한 사법적 검토의 범위를 합의할 수 있음은 물론,⁷⁰⁾ 중재판정을 제한하거나 받아들이지 않거나 불복할 수 있다는 점이다.⁷¹⁾ 이에 반해 ICSID는 당사자들이 ICSID 취소제도에 따르지 않기로 사전에 합의하는 것을 허용하지 않는 것으로 보인다.⁷²⁾

만약 특별위원회가 ICSID 중재판정의 집행정지를 명령하는 경우, 그 집행정지는 계약국 영토 내에서의 집행을 금지한다. 이에 반해, ICSID 외 중재판정의 집행정지는 집행정지를 명령하는 국가 법원의 관할권 내에서만 집행을 금지하기 때문에 다른 국가 법원은 중재판정의 집행을 여전히 허용할 수 있다.⁷³⁾ 실제로 외국에서의 집행을 위해서는 일반적으로 뉴욕협약이 적용되는데, 이 협약에 근거하여 어느 일방 당사자가 중재판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지되었음을 입증하면 ‘중재판정의 승인 및 집행은 거부될 수도(may)’ 있다.⁷⁴⁾ 평론가들은 일반적으로 뉴욕협약에 있는 ‘may’라는 단어가 중재지 법원에 의해 취소 또는 정지된 중재판정의 승인 및 집행거부에 대한 법원의 재량권을 인정하는 것으로 해석한다.⁷⁵⁾

68) Schreuer, *op. cit.*, 각주 11, p.1224. A. Brochers, ‘Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States of 1965 Explanatory Notes and Survey of its Application’ in A. J. van den berg(ed), Yearbook Commercial Arbitration, Vol X VIII(1993), p. 627, p. 711.

69) Armesto, ‘Different Systems’, p.133.

70) 일반적으로 이러한 합의는 중재진행 중 또는 중재합의의 초기 단계에서 이루어진다. B. Hanotiau & O. Caprasse, ‘Introductory Report’ in The Review of International Arbitral Awards, Juris Publishing, 2010, p.81.

71) Hanotiau & Caprasse, ‘Introductory Report’, p.81 이하 참조.

72) Bishop & Marchili, *op. cit.*, p.264.

73) P. Bernardini, ‘ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration’ in Liber Amicorum Bernardo Cremades, La Ley, 2010, p.180.

74) 뉴욕협약 제5조 제1항(e).

75) J. Paulsson, ‘May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics’(1998) 14(2) Arbitration International, p.227, p.330; G. Delaume, ‘Enforcement Agatins a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State’ (1997) 2 Revue du droit international des affaires internationales, p.254; N. Darwazeh, ‘Article V(1)(e)’ in P Nacimieto et al, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; A. Global commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010, p.301; M. H. Strub, ‘Resisting Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V(1)(e) and Article VI of the New York Convention : A Proposal for Effective Guidelines’ (1989~1990) 68 *Texas Law Review*, p.1031.

끝으로, ICSID 외의 중재판정에 대한 이의제기는 반드시 중재판정의 취소로 이어지지 않는다. 일부 국가, 특히 영국은 1996년 중재법에 근거하여 법원이 중재판정을 수정하도록 해당 사건의 판정을 중재판정부로 반송할(remand) 수 있도록 하고 있다. 영국 중재법 제68조 3항은 “중재판정부, 중재절차 또는 중재판정에 영향을 미치는 중대한 위법이 있는 경우 법원은, (a) 중재판정의 일부 또는 전부의 재심을 위해 중재판정부에 동 중재판정을 반송하거나, (b) 중재판정의 일부 또는 전부를 취소하거나, 또는 (c) 중재판정 일부 또는 전부의 무효를 선언할 수 있다. 법원은 중재판정부에 반송하는 것이 부적합하다고 판단하지 않는 한, 중재판정 일부 또는 전부의 취소 또는 무효 선언에 관한 권한을 행사해서는 아니 된다”고 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 그러나 대부분의 관할권들은 사건을 반송하는 것을 허용하지 않으며, 중재판정에 대한 유일한 불복수단으로서 취소만을 인정하고 있다. 이것이 바로 UNCITRAL 모델법의 경우이며 프랑스 중재법과 스위스 중재법도 마찬가지이다.⁷⁷⁾

앞에서 고찰하였듯이, 최근 내려진 여러 건의 ICSID 취소결정들 때문에 ICSID 취소제도의 적용에 대하여 상당히 많은 논쟁이 가열되고 있다. 이러한 결정들로 인해, 위원회의 역할 및 ICSID 취소제도를 실질적인 상소시스템으로 전환하고자 하는 다수의 비판적 의견이 제시되었다. 나아가 이러한 비판들이 힘을 받음에 따라, 일부 평론가들과 실무자들은 ICSID 외의 투자분쟁 중재기관들을 더 예측 가능한 시스템으로 인식하기 시작하였으며 ICSID 취소제도를 국가 법원에 의한 재심으로 대체하여야 한다고 주장한다.⁷⁸⁾ 중재판정의 재심에 대한 ICSID의 취소와 국가 법원간의 차이는 단지 소수의 결과들에 대한 인식에 근거해서가 아니라, 이러한 각기 다른 시스템의 성격과 기능의 비교를 통해 분석하여야 한다.

IV. 수정 제안 및 최근 동향

1. 제안의 배경 및 이유

지난 10년간 여러 저자들, 실무자들, 그리고 계약국들이 현행 ICSID 취소제도에 대한 다양한 대안을 제안하였는데, 이 가운데 가장 설득력 있는 제안은 취소를 대체할 상소제도를 마련하는 것이다. 상소제도 도입 제안은 특별위원회의 취소결정에 대한 공정성 우려, 모순된 결정의 존재, 결정의 합법성 문제를 해소하기 위함이다.⁷⁹⁾ 하지만 상소제도를 통

76) English Arbitration Act, Art. 68; Born, *International Commercial Arbitration*, pp.2646~2647; McIwrath and Savage, *International Arbitration and Mediation*, pp.339~340.

77) French Decret no 2011-48, Jan 13, 2011, Swiss Loi federale sur le droit international prive (1987).

78) Hanotiau & Caprasee, 'Introductory Report', pp.18~19.

해 이런 우려들을 불식시키는 것은 어려운 도전 과제이며 분쟁해결 제도로서의 중재라는 기본적인 전제를 바꾸는 일이 될 수 있다. 마찬가지로 ICSID 협약은 ‘형식적 확정력’이 최우선 가치가 되도록 설계되었기 때문에 이 전제를 바꾸는 것은 ICSID 시스템의 급격한 변화를 초래할 수 있다. ICSID 시스템은 중재가 분쟁해결제도가 되도록 설계되었는데, 이는 제한된 재심을 통해서 당사자들의 분쟁이 최종적으로 해결되는 것이다. 따라서 ICSID 분쟁해결 시스템은 중재의 성격과 일치한다.

이에 대해 Michael Reisman는 “만약 ICSID가 중재판정의 확정력과 함께 정확성(correctness)으로까지 본질의 확장을 추구한다면, 이는 최초 중재판정부로부터 특별위원회로 권한이 재분배될 수 있으며, 나아가 ICSID 협약 체결국들이 사전에 선정한 중재인단의 전체 권한이 ICSID 의장이 선정한 새로운 3명의 중재인(특별위원회 위원)들에게 넘어가는 것”이라고 언급하였다.⁸⁰⁾

모순된 결정이라는 위험과 관련하여, ICSID의 주요 특징 가운데 하나는 중재판정부가 임시로 구성된다는 것이다. ICSID는 정책수립 기관이 아니며 의사결정 권한은 중재인들에게 있다. 각 중재판정부는 임시적으로 구성되며 여타 중재판정부와 독립적이고 지위와 권한은 동등하다. 따라서 어느 정도의 모순은 ICSID에 내재되어 있다. 뿐만 아니라, 사건별 분쟁의 원인이 상이하고 협정의 문구와 당사자들의 주장과 증거가 판정의 일관성에 대한 기대를 떨어뜨린다. 일관적이고 예측 가능한 투자법을 갖는 것이야 말로 바람직한 일이지

79) ‘Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration’. ICSID Secretariat Discussion Paper, Oct 22, 2204; B. Legum, ‘The Introduction of an Appellate Mechanism: The US Trade Act of 2002’ in E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds), *Annulment of ICSID Awards* (New York: Juris Publishing, 2004); J. Gill, ‘Inconsistent Decisions; An Issue to be Addressed or a Fact of Life?’ (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 12; D. Bishop, ‘The Case for an Appellate Panel and Its Scope of Review’ (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 8; B. Legum, ‘Visualizing an Appellate System’ (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 64; G. Tawil, ‘An International Appellate System: Progress or Pitfall?’ (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 78; T. Walde, ‘Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?’ (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 71; J.C. Tams, ‘An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure’ (2006) 57 *Essays in Transnational Economic Law*(June); D. A. Gantz, ‘An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Dispute: Prospects and Challenges’ (2005) *Berkley Legal Series*, Paper 703; J. Kalb, ‘Creating an ICSID Appellate Body’ (2005) *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 179; D. Kim, ‘The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Bases System’ (2010) 86 *NYU Law Review* 242; J Laird and R Askew, ‘Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?’ (2005) 7 *Journal of Appellate Practice and Process* 285; G. Kaufmann-Kohler, ‘Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?’ in E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds), *Annulment of ICSID Awards*(New York: Juris Publishing, 2004). 220-J; A. Bucher, ‘Is There a Need to Establish a Permanent Reviewing Body?’ In E. Gaillard (ed), *The Review of International Arbitral Awards*(New York: Juris Publishing, 2010), 285; G. M. Alvarez, *The ICSID Procedure: Mind the Gap* (2011) 10 *Revista E-Mercatoria* 163.

80) W.M. Reisman, ‘Reflection on the Control Mechanism of the ICSID System’ in E Gaillard (ed), *The Review of International Arbitral Awards*, Jurisnet and International Arbitration Institute, 2010, pp.521~522. J. Paulsson, ‘ICSID’s Achievements and Prospects’ (1991) 6(2) *ICSID Rev-FLJI*, p.380.

만, 관례법에 의해 투자법을 발전시켜나가는 과정은 수 세대의 결정을 거쳐야만 달성될 수 있는 진화 과정이다. 이것은 특히 각기 다른 ICSID 중재판정부들이 각기 다른 규정들을 담고 있는 협정들을 근거로 결정을 내린다는 점과 당사자들마다 각기 다른 증거와 주장을 편다는 맥락에서 볼 때 더더욱 옳은 말이다.

이에 대해 Barron Legum은 “2,500여 협정들마다 각기 다른 문구와 맥락을 가지고 있기 때문에, 그것들을 일관성 있고 정연하게 해석하는 일은 가능하지도 않고 허용되지도 않는다”고 언급하였다.⁸¹⁾ 더욱이 투자법의 일관성은 투자법을 단지 해석만 할 수 있는 ICSID 중재판정부 보다는 국제법을 제정하는 각 국가 정부에 따라 크게 달라질 수 있다. 결국 투자법의 일관성은 각 국가들이 자신들이 맺은 조약에 규정된 법적 기준의 일관성과 명료성에 따라 좌우된다. 그러므로 투자중재의 일관성을 유지할 책임은 일차적으로 ICSID 중재판정부에 있는 것이 아니라 각 국가들에게 있다.⁸²⁾

요컨대 아래에서 설명하는 제안들은 ICSID 시스템뿐만 아니라 중재의 핵심적인 특성들을 무시하고 있다. 즉 중재는 사적이고 기밀을 유지해가면서 판정의 최종성과 구속력을 통해 당사자간의 분쟁을 해결하도록 설계되었다는 점과 당사자들이 중재인을 선정하는 것이 허용된다는 점이다. 따라서 ICSID 취소제도에 대한 다양한 제안들은 모순된 결정에 대한 위험을 상소 법원을 통해 완화시킬 수 있고 좀 더 일관적인 법체계를 유지할 수도 있지만, 분쟁해결제도로서의 중재의 기본적인 전제를 바꿀 수도 있다.⁸³⁾ ICSID 취소제도의 수정, 개선 방안 몇 가지를 살펴보겠다.

2. 상소제도의 도입

(1) 배경

최근에 ICSID 취소제도에 대한 우려로 인해 여러 다양한 제안들이 제시되었다. 이 제안들은 취소 과정을 상소제도로 대체하자는 등 급진적인 변화에서부터 협약의 범주 내에서 자신들의 역할을 더 잘 수행하도록 위원회를 지원해주는 지침들을 만들자는 좀 더 온건한 제안에 이르기까지 그 범위가 다양하다.

ICSID 중재판정을 재심하기 위하여 단일 상소기구(single appellate body)를 도입하자는 주장은 일관성, 예측 가능성, 객관성을 바탕으로 체약국 정부의 우려를 불식시키자는 것이

81) B. Legum, ‘Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes’ in K P Sauvart, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p.231, p.235.

82) A. Joubin-Bret, ‘The Growing Diversity and Inconsistency in the JIA System’ in K P Sauvart, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p.137.

83) 1991년 초, Elihu Lauterpacht는 분쟁해결 제도로서의 국제중재의 필요성과 숙련된 판사들에게 사건을 맡겨야 한다는 대립되는 주장에 대해 일종의 절충안인, 국제중재의 상소 시스템 시행을 제안하였다. E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Grotius, (1991), p.111.

다. 이는 또한 투자자-국가간 분쟁해결 과정의 합법화(legitimize) 및 제도화(institutionalize)에 도움이 될 수도 있다. 하지만 특별위원회의 ‘세대별 취소 경향’에서도 살펴보았듯이, ICSID 취소제도에 대한 변화 요구는 제도 설계 자체의 문제라기보다는 일부 특별위원회가 ICSID 취소제도를 잘못 적용해서 비롯된 것으로 보인다. 특히 ICSID 협약 제52조 초안에 대해서는 아무 논란이 없으며 제도에 대한 잘못된 적용이 주된 비판 대상이다. 따라서 상소법원 역할을 하는 특정 패널들의 성향으로 인해 전체 취소제도의 개혁이 필요하다는 결론은 방법론적으로 결함이 있다. 더욱이, ICSID의 자족적 시스템에서 상소 시스템으로의 변화에는 완전한 정책목적의 변화가 수반된다. 이는 ICSID 중재판정의 형식적 확정력을 손상시킬 뿐만 아니라 중재판정부의 권위까지도 손상시킬 수 있다. 현행 시스템에서 중재판정부는 중재사건의 관할권과 본안을 결정하는 반면에, ICSID가 전적으로 위원들을 지명하는 특별위원회는 단순히 중재과정, 결정, 그리고 중재판정부의 무결성만을 검증한다. 중재판정에 대한 의사결정 권한이 분쟁 당사자가 선정한 중재판정부에서 ICSID가 지명한 위원으로 이동하는 문제는 ICSID 분쟁해결 시스템의 실질적인 변경이 수반된다.

따라서 ICSID 취소제도를 해체한다는 것은 사소한 조정이나 걸치장에 불과한 개선을 말하는 것이 아니다. ICSID는 애당초 조정이나 중재를 통해 분쟁이 해결되도록 하는 제도로 구상되었으며 영구적인 중재판정부가 되도록 설계되지 않았다. 분쟁해결을 위해 일관된 판례법 체계를 가지는 것이 더 좋고 권장된다 하더라도, ICSID가 임시로 구성된 중재판정부를 통해 투자자-국가간 분쟁을 해결하는 기구로 설계되었다는 사실과 정책결정기관이나 소규모 전문적인 판사들로 구성된 영구적인 중재판정부로 설계된 것이 아니라는 사실을 무시할 수 없다.⁸⁴⁾

현재 당사자들이 갈수록 취소제도에 더 많이 의존한다는 사실은⁸⁵⁾ 이 시스템 자체가 결함이 있다는 의미가 아니라 특정 취소결정들이 ICSID 제도에 대한 비판을 부추기고 있다는 것을 의미한다. 간단히 말해서, 특별위원회가 ICSID 협약에 근거한 자신들의 권한 한계를 지켰다면 중재에서 진 당사자들은 적절한 상황 하에서, 즉 제한적인 취소사유 범위 내에서만 취소제도에 의존했을 것이다. 취소제도를 상소제도로 대체하는 것은 이론적으로도 그렇지만 실무적인 문제점들을 야기 시킨다.

(2) 상소제도의 복잡성

취소제도는 ICSID 시스템의 요체로서 이 시스템의 주요 비교 우위들 가운데 하나를 빼앗지 않고서는 간단하게 제거될 수 없는 ICSID 시스템의 핵심적인 특징이다. 일부 특별위원회의 모순된 취소결정과 새로운 US 투자협정들이⁸⁶⁾ 투자 중재판정에 대한 상소제도

84) *Glamis Gold Ltd v United States of America*(UNCITRAL Case), Award, Jun 8, 2009, paras.3~9.

85) 각주 2 참조.

86) US Trade Act of 2002; Central-American Free Trade Agreement, Annex 10-F, US-Morocco Free Trade

의 기준을 제공하고 있는 시점에서, 2004년 ICSID 사무국은 15명의 위원들로 구성된 상소기구를 만들자는 제안을 내놓았다. 이런 제도를 시행하는 목적은 투자분쟁의 일관성을 높이자는데 있었다.

먼저 ICSID 사무국이 지명한 ICSID 행정위원회가 상소위원을 선정한다. 위원 15명 가운데 8명의 임기는 3년이고 나머지 7명의 임기는 6년이다. 각 상소판정부는 당사자들이 별도로 합의하지 않는 한, 15명 가운데 선정된 3명으로 구성된다. 상소판정부는 문제의 중재판정을 유지, 수정 또는 번복할 권한을 갖는다. 나아가 상소판정부는 협약 제52조에 규정된 사유를 근거로 중재판정을 취소할 수도 있다. 만약 상소 판정부가 중재판정을 취소하거나 수정 또는 번복을 결정하면, 어느 일방 당사자는 해당 사건을 새로운 중재판정부에 다시 제소할 수 있으며, 상소판정부 역시 해당 사건을 최초 중재판정부로 반송할 수 있다. 이 경우, 상소를 신청한 당사자는 중재판정 금액에 상당하는 은행 보증서를 제출하여야 한다.⁸⁷⁾

위와 같이 상소기구를 설치하는데 있어서 추가적으로 고려할 요소는 여러 가지가 있을 것이다. 예컨대 이 제도가 상소심에서 어떻게 일관성을 유지할 것인가? 이 모든 것이 선정된 위원에 의해 좌우될 것인가? 친 국가(pro-State) 및 친 투자자(pro-investor) 위원들 목록이 있는가? 선정된 위원들을 상근직으로 해야 하는가? 그들의 보수는 어떠해야 하는가? 등이다. 이로 인해 ICSID 취소제도를 해결하는 것보다 상소 제도를 도입하는 것에 더 많은 문제가 제기될 수도 있다. Jan Paulsson은 “ICSID의 최대 목표들 가운데 하나는 투자 분쟁을 탈정치화하는 것이었다 …… 새로운 영구적 최종 의사결정기구를 만드는 문제는 위원들을 선정한다는 이유로 다시 정치화 될지도 모른다는 불안을 초래한다”고 설명하였다.⁸⁸⁾

제시된 방법으로 ICSID 시스템을 변경하기 위해서는 ICSID 협약의 실질적인 개정이 필요하다. 이 개정은 어쩌면 협약 본문의 개정을 통해, 별도의 다자간협약을 통해, 또는 그 밖의 다른 협정을 통해 시행될 수도 있으나, 이 선택 가능한 방안들의 각각은 ICSID 계약국들의 새로운 합의를 필요로 한다.

Agreement, Annex 10-D; US-Chile Free Trade Agreement, Annex 10-H.

87) 'Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration'. ICSID Secretariat Discussion Paper, Oct 22, 2004.

88) J. Paulsson, 'Avoiding Unintended Consequences' in K. P. Sauvant, Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008, p.241, p.258.

3. 다른 제안들

ICSID 취소제도의 대안으로 제시된 첫 번째 제안은, 중재심리 과정에 어떤 유형의 자문기구를 두자는 것이다.⁸⁹⁾ Gabrielle Kaufmann-Kohler는 유럽사법재판소(European Court of Justice)의 해석판결절차와 유사한 제도를 시행하자고 제안하였는데, 이 제도 하에서 국가 법원들은 유럽사법재판소에 법률문제에 대한 해석을 요청할 수 있다.⁹⁰⁾ 일부 사람들은 비일관성과 논란이 많은 법률문제에 대해 지침을 줄 수 있는 NAFTA 자유무역위원회(FTC)를 자문 제도에 반영하자고 제안하였다.⁹¹⁾ 하지만 이 제안들은 그 위원들의 지명이라는 측면에서 위에서 제안한 새로운 상소 제도와 동일한 문제점들을 가지고 있다.

두 번째 제안은, 판정에 불복하는 당사자가 중재판정을 내렸던 원 중재판정부에 재심을 청구하는 새로운 제도를 도입하자는 것이었다.⁹²⁾ 이 제안이 좀 더 온건한 협약 개정처럼 보이기는 하나, 시간과 비용의 효율성 측면에서 바람직하지는 않아 보인다.

세 번째 제안은, 당사자들에게 중재판정 초안에 대한 의견진술을 허용하자는 것이다. 중미자유무역협정(Central American Free Trade Agreement)에서는 “분쟁 당사자의 요청이 있으면, 중재판정부는 책임에 대한 결정 또는 중재판정을 내리기 전에 자신이 내리고자 하는 결정 또는 중재판정을 분쟁 당사자들(disputing parties)과 분쟁 외 당사자들(non-disputing parties)에게 보낸다. 중재판정부가 자신이 내리고자 하는 결정 또는 중재판정을 보낸 후 60일 이내에 분쟁 당사자들은 그 결정 또는 중재판정에 관해 중재판정부에 서면 진술서를 제출할 수 있다. 중재판정부는 그 진술서를 고려하여 60 기간 만료 후, 45일 이내에 결정 또는 중재판정을 내려야 한다”고 규정하고 있다.⁹³⁾

마지막 제안은, ICSID 중재에 구속력 있는 판례(precedent)를 도입하자는 것이다. 이 제안 또한 장점을 가지고 있는 것처럼 보이지만 국제법은 물론 투자협정중재가 임시적 조직으로 운영되고 있다는 성격에 반한다. 이 제안은 중재판정을 국제법의 원천으로 인식시킬 수 있으며, 또한 어떤 결정들을 따라야만 하는지, 결함이 있는 초기 결정을 반드시 따라야만 하는지, 그리고 그러한 결정을 왜 따라야 하는지 등 실질적인 문제들이 발생할 수 있다.⁹⁴⁾

89) Kaufmann-Kohler, 'Annulment of ICSID Awards', 220-221; Kim, "The Annulment Committee's Role", pp.277~278.

90) Kaufmann-Kohler, 'Annulment of ICSID Awards', pp.220~221.

91) Kim, "The Annulment Committee's Role", pp.277~278.

92) T. Cheong, 'Reconsidering ICSID Awards', 11 May 2011, Kluwer Arbitration Blog.

93) CAFTA, Art. 10. 20.

94) *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/7, Award, Jun 30, 2009, para. 90; L. A. Mistelis, "Award as an Investment The Value of an Arbitral Award or The Cost of Non-Enforcement", Legal Studies Research Paper No. 129, School of Law, Queen Mary University of London, 2013, pp.12~13 참조.

최근에, *Fraport* 사건에서 특별위원회의 결정이 내려진 후, 필리핀은 행정위원회에 법률 전문가들로 구성된 프로젝트를 설치해 ICSID 취소제도 문제를 분석하고 개선방안을 논의하여 보고서를 작성하자고 제안하였다. 이 제안의 목적은 특별위원회 위원들이 취소제도의 적절한 범위와 한계를 확실하게 알도록 도와줌으로써 미래의 위원회들에게 지침을 제공하자는 것이다. 이 제안에 따라 ICSID 사무국은 ICSID 취소에 관한 ‘배경 보고서’(background paper) 초안을 작성하였다.⁹⁵⁾ 취소에 관한 ICSID 배경 보고서는 2012년 8월에 발표되었다. 이 보고서에는 ICSID 취소결정과 통계자료, 형식적 확정력 같은 ICSID 협약의 일부 핵심 원칙들에 대한 내용이 담겨있다.⁹⁶⁾

V. 결론

중재판정에 대한 재심이라는 측면에서, ICSID와 ICSID 외 중재간의 주된 차이점은, 다른 중재규칙, 국내법, 그리고 국제협약에 근거한 기존 재심제도가 산발적이고 다층적인데 비해, ICSID 취소제도는 그 성격이 ICSID 협약이 정한 바에 따라 ICSID 특별위원회에 의해 절차가 진행된다는 점에서 일원적이다. 최근의 몇몇 특별위원회의 결정으로 인해 ICSID 취소제도가 원래 설계와는 다르게 작용하고 있다는 비판이 제기됨에도 불구하고, 새로운 대안적 제도를 도입하여 그에 따라 ICSID 중재판정을 재심하는 것은 현재의 제도를 유지하는 것 보다 더 많은 문제를 양산할 수 있다. 나아가 절차의 복잡성과 분쟁해결까지의 시간과 비용의 문제를 고려했을 때, 새로운 제도를 ICSID 취소제도로 대체하기에는 장점보다는 단점이 더 많을 것으로 생각한다.

앞에서 살펴본 다양한 제안들은 서로 비슷한 위험성을 가지고 있다. 가장 중요한 것은, 거의 모든 제안들이 ICSID 중재의 주요 특징과 장점을 무시하는 것처럼 보인다. 특히 ICSID 취소제도를 상소제도로 대체하는 것은 적절한 대응방안으로 보이지 않는다. 특정 위원들이 협약 제52조와 제53조를 잘못 적용한다고 해서 그것이 자연스럽게 전체 시스템의 대개혁으로 귀결되어서는 안 된다. 더 정확히 말하자면, 투자중재 관련 당사자 모두는 취소의 기준과 범위를 더 정확하게 다듬는데 주력해야 하며, 토론과 훈련을 통해 특별위원회 위원들이 자신들의 권한 범위와 한계를 확실하게 인식하도록 하는데 주력하여야 한다.

요컨대 우리 정부와 해외 투자를 원하는 우리 기업들은 원 관정부의 판정에 불만이 있는 경우, ICSID 협약의 취소사유를 근거로 특별위원회에 취소를 신청할 수 있는바, 이 경

95) Republic of the Philippines letter of Jun 27, 2011, in ICSID, Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID, Aug 10, 2012, Annex 2, 17 참조.

96) ICSID, ‘Background Paper’ <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal=ShowDocument&DocId=DCEVENTS11>>.

우 원 판정의 수용과 취소 신청 중 어느 것이 유리한지에 대해 면밀히 검토하여야 한다. 특히 취소 신청 이후 특별위원회의 심리 진행과정을 보면서 상대방과 재협상을 통해 합의점을 찾는 것도 하나의 해결방법이라고 생각한다.

참고 문헌

- 강병근, 「ICSID 중재제도 연구」, 법무부, 2006.
- 김성룡·안건형, “상사중재와 투자조약중재에 관한 비교연구”, 「중재연구」, 제24권 제1호, 한국중재학회, 2013.
- 김여선, “ISD 중재판정의 승인과 집행에 관한 연구”, 「통상법률」, 통권 제111호, 산업통상자원부, 2013.
- 김용일, “ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구”, 「국제상학」, 한국국제상학회, 제28권 제3호, 2013.
- _____, “ICSID 중재의 관할권에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제35권 제3호, 한국무역학회, 2010.
- 박건도, “ICSID 협약상 취소제도의 성격 및 취소사유에 관한 소고: 명백한 월권 및 이유 미기재를 중심으로”, 「법과 정책연구」, 제10집 제3호, 한국법정책학회, 2010.
- 양병희 외 8인, 「주식중재법」, 대한상사중재원, 2006.
- 오원석, “국제상사중재판정에 대한 불복”, 「국제상학」, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006.
- 오현석, “한미 FTA 투자자-국가 중재의 주요 쟁점에 관한 연구”, 「안암법학」, 37권, 안암법학회, 2012.
- 주진열, 최근 투자분쟁 사례를 중심으로 살펴본 ISD분쟁의 주요 법적 쟁점, 한국법제연구원, 2012.
- Alvarez, G.M., The ICSID Procedure: Mind the Gap’ 10 Revista E-Mercatoria, 2011.
- Armesto, J.F., *Different Systems for the Annulment of Investment Awards*, 26 ICSID Rev-FJLJ., 2011.
- Aronson, B.M. “A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the ‘Three Generations’”, 6 *Vienna J. on Int’l Const. L.* 3, 2012.
- Bernardini, P., ‘ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration’ in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010.
- Bishop, R.D. & Marchili, S.M., *Annulment under the ICSID Convention*, Oxford, 2012.
- Blackaby, N. & Partasides, C. et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

- Born, G.B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.
- Bowman, J.P., *The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*, Kluwer International, 2002.
- Burgstaller, M. & Rosenberg, C.B., 'Challenging International Arbitral Awards: to ICSID or Not to ICSID?' 27(1) *Arbitration International*, 2011.
- Joubin-Bret, A., "The Growing Diversity and Inconsistency in the JIA System" in K P Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.
- Kim, D., 'The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Bases System' 86 *NYU Law Review* 242, 2010.
- Lew, J., Mistelis, L. & Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- Legum, B. 'Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes' in K P Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.
- Marboe, I., "ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited", in *International Investment Law for the 21st Century*, 2009.
- McIlwrath, M. & Savage, J., *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010.
- Paulsson, J., 'Avoiding Unintended Consequences' in K. P. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.
- Petrova, A.P., "The ICSID Grounds for annulment in a Comparative Perspective: Analysis and Recommendations for the Future", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2006.
- Reed, L. et al., *Guide to ICSID Arbitration*, Wolters Kluwer, 2011.
- Reisman, W.M., 'Reflection on the Control Mechanism of the ICSID System' in E Gaillard (ed), *The Review of International Arbitral Awards*, Jurisnet and International Arbitration Institute, 2010.
- Schreuer, C.H. et al., *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 2nd Ed., Cambridge University Press, 2009.

ABSTRACT

A Study on the Annulment Mechanism of ICSID Arbitration

Won-Suk Oh

Yong-Il Kim

Ki-Ok Lee

This article examines the Annulment Mechanism of arbitral awards rendered under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The primary feature in the ICSID and non-ICSID arbitration regarding the review of awards involves the unified nature of the ICSID system, as compared to the scattered and multi-layered system of review existing under arbitration rules, national legislation, and international convention. This unity can be perceived at different levels. The ICSID annulment mechanism entails only a set of rules; thus, only one set of application standards of review will be implemented, as opposed to sometimes conflicting layers of application rules, laws, and convention, as in the case of non-ICSID arbitration. However, some of the recent annulment decisions have raised serious questions about the breadth of annulment in practice, as opposed to its original design. Nonetheless, implementing a new system under the ICSID awards to be reviewed by an appellate court appears to create more problems than it solves. The potential impact of introducing that mechanism could result in a longer and more complex proceeding, with uncertain benefits.

Key Words : International Investment Disputes, ICSID Arbitration, Non-ICSID Arbitration, Annulment Mechanism, *Ad hoc* Committee