

투자자-국가간 분쟁해결제도의 문제점과 대응방안*

홍성규**

-
- I. 서론
 - II. 투자협정과 ICSID 분쟁해결구조
 - III. ISDS 중재제도의 문제점
 - IV. ISDS 중재제도에 대한 대응방안: 조정의 활용 가능성
 - V. 결론
-

주제어 : 투자자, 투자유치국, 국제투자협정, 중재, 조정, 국가면제

I. 서론

투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement: ISDS)제도는 투자유치국이 투자협정이나 투자계약 등을 위반하여 투자자에게 손실이 발생한 경우, 이를 외교문제화하지 않고 투자자의 피해를 신속하게 보전해 주기 위해 투자유치국 정부를 상대로 국제중재를 요청할 수 있도록 한 분쟁해결제도를 말한다.¹⁾ 투자분쟁이

* 이 논문은 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2013S1A5A2A01018027).

** 한국교통대학교 국제통상학과 교수, E-Mail : hsk567@ut.ac.kr

1) 종국적으로 ISDS는 국제투자분쟁을 해결하기 위한 중재재판을 의미하며, 학계 및 실무에서는 투자자-국가간 분쟁해결을 'ISD'라고 하고, 이를 위한 분쟁해결제도를 'ISDS'라고 약칭하

발생한 경우 분쟁당사자는 자국이 체약국으로 되어 있는 WTO나 FTA/BIT(Bilateral Investment Treaty),²⁾ 또는 ICC, UNCITRAL, ICSID(International Center for Settlement of Investment Dispute, 국제투자분쟁해결센터), ICSID 추가편의규칙(ICSID Additional Facility Rules: AFR)³⁾ 등의 중재절차를 중심으로 자신에게 유리한 협정을 선택 (treaty shopping)하여 당해 분쟁해결을 시도할 수 있으며, ICSID 국제중재가 일반적으로 가장 많이 선호되고 있다.

즉, 투자유치국이 협정을 위반하여 투자자에게 손해를 야기시키고, 중재판정부가 투자유치국의 협정위반을 인정하는 경우에는 투자자는 투자유치국 정부로부터 금전적 배상 등을 받을 수 있다. ISDS가 존재하지 않으면, 통상적으로 투자자는 투자유치국과의 분쟁을 당해 투자유치국의 국내법원에 제소하는 것 이외에는 법적 분쟁해결방법이 없고, 외국기업이라는 이유로 불리한 판결을 받거나 사법제도의 미성숙으로 공정한 심리를 받지 못할 가능성도 있다. 심지어 국내법원이 투자자에게 유리한 결정을 내려도 행정부가 그러한 결정을 무시할 수도 있다.⁴⁾ 또한 국제중재의 이용을 고려하여도 중재부탁에는 당사자간의 합의를 필요로 하고, 분쟁을 야기한 국가로부터 중재합의를 이끌어내기는 어렵다. 따라서 많은 BIT 및 EPA/FTA에서의 ISDS조항은 중재부탁에 따른 포괄적인 중재합의를 사전에 체약국에 부여함으로써 실제로 분쟁이 발생한 경우에는 상대국 정부로부터 중재합의를 개별적으로 받지 않고 투자자가 바로 중재부탁을 할 수 있게 하고 있다. 이렇게 함으로써 투자자는 공평한 심리를 받을 수 있는 기회를 확보하게 됨에 따라 ISDS는 외국투자에게 기인하는 위험을 감소시킴과 동시에 당해 분쟁이 국가간의 분쟁으로 확대되는 것을 방지하는 역할을 하게 된다.

그러나 여기서 문제점으로 지적될 수 있는 사항들은 국제투자분쟁해결의 중추 역할을 하고 있는 국제중재는 단심제로 중재판정이 확정되어 법원의 판결과 동일한 확정력을 가진다는 점이라고 할 수 있다. 이러한 점은 신속성과 경제성을 중시

지만, 통상적으로 혼용하여 사용하고 있다(박덕영 외, 국제투자법, 박영사, 2012, p. 15). 이하 본 논문에서는 'ISDS'로 통일한다.

- 2) 2012년 OECD보고서에 따르면, 1,660개의 BIT를 분석한 결과 약 6.5%가 ISDS규정을 두고 있지 않다. 최근 ISDS규정이 없는 국제투자협정의 예로는, 미국-호주 FTA(2004), 일본-필리핀 EPA(2006), 호주-말레이시아 FTA(2011) 등이 있다(UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, United Nations, 2014, pp. 18~19.)
- 3) ICSID의 AFR은 1978년부터 운영되기 시작하였으며, 비체약국을 일방 당사자로 하는 등 협약의 대상 외의 분쟁해결을 관리하는 권한이 이사회로부터 부여되어 있다. ICSID중재규칙과 함께 2006년 4월 개정되었다.(<http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>). 이것은 ICSID관할권에 속하지 않는 특정한 사건을 위한 것으로 일반당사자가 ICSID의 체약국이 아니거나 체약국의 국민이 아닌 경우에만 적용가능하다.
- 4) *Siag v. Egypt*, 1 June 2009, paras 436, 448, 453~6.

하는 사인간의 분쟁인 국제상사중재의 경우에는 긍정적인 요소임에 틀림없으나, 투자자와 투자유치국간의 분쟁은 분쟁당사자 일방이 정부라는 점에서 중재의 공정성과 신뢰성에 의문을 가지게 하는 요소가 될 수도 있다. 국제투자분쟁의 경우 분쟁당사자가 투자자와 투자유치국 정부가 되며 제쟁금액이 천문학적인 경우가 많고 국내외의 여론과 관심 속에서 이루어진다는 면에서 복합적인 요인이 작용할 가능성이 크다.

특히, ISDS를 위한 국제중재에 있어서는 중재판정부의 구성, 중재판정부의 준거법 선택과 관할권, 중재판정의 공정성 담보, 중재판정의 집행 및 강제, 분쟁당사국 정부의 여론과 정치적인 문제의 해결방안, 그리고 중재판정이 국가의 공공정책을 무력화시킬 수 있는지 또는 투자자의 국가가 자국민의 보호를 위하여 외교보호권을 행사할 수 있는지가 주요 쟁점이 되고 있다.

예를 들면, 경제적 우위에 있는 주요 선진국과 상대적으로 경제적 열위에 있는 한국과의 공정한 판결은 기대하기 어려우며, 경제적 열위의 국가가 중재판정에서 유리한 판정을 받거나 판정에 불복하여 판정을 이행하지 않으면 후에 상대국으로부터 외교보호권의 요청에 따른 국제통상압력(FTA 특혜관세의 정지 등)에 시달릴 가능성이 존재한다는 우려도 있다. 이 경우 경제적 열위의 위치에 있는 한국의 경우는 큰 피해를 받을 수밖에 없는 상황이라는 점은 이미 한-중 마늘분쟁 등의 사례⁵⁾를 통해서 알 수 있다. 이와 같이 투자분쟁해결을 위한 국제중재가 외형상으로는 공정한 메카니즘으로 보이지만 실제 운영과정에서는 우려할 만한 요소가 민감하게 작용한다는 점이다.

이에 대한 선행연구를 검토⁶⁾해 보면, ISDS사례를 통한 정책분쟁을 탐색하고 있는 김세훈·김중호(2008), 한-중 FTA상의 분쟁해결절차의 특성과 정책적 제언을 하고 있는 최승환(2012), 국제투자중재를 연구하거나 다른 분쟁해결절차와의 비교를 통하여 중재의 우수성을 제시하고 있는 신희택(2014), 이재민(2014), 투자중재에서

5) 이동욱, FTA시대의 국제비즈니스법과 분쟁사례, 도서출판 원, 2010, pp. 346~367.

6) ISDS관련 주요 선행연구로는, 김세훈·김중호, “FTA시대의 정책분쟁 연구: 투자자-국가간 분쟁(ISD) 사례 분석을 통한 발생 구조 탐색”, 한국사회와 행정연구 제19권 제1호, 서울행정학회, 2008, pp. 261~282.; 최승환, “한-중 자유무역협정(FTA)상의 분쟁해결규칙에 대한 법정정책 제언”, 경희법학 제47권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2012, pp. 3~43.; 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재”, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014, pp. 193~236.; 이재민, “국제분쟁해결절차의 비교법적 고찰”, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014, pp. 275~334.; 김상균, “투자자 중재에 있어서 중재 합의 방식에 관한 검토”, 홍익법학 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, pp. 683~711.; 최원목, 해외 투자기업들의 한-미 FTA ISDS 활용을 위한 가이드라인 연구, 한국경제연구원, 2012.; 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도를 활용한 FTA접근전략”, 무역연구 제11권 제1호, 한국무역연구원, 2015, pp. 177~197 등이 있다.

의 중재합의 방식을 연구하고 있는 김상균(2014), 그리고 해외투자기업의 입장에서 활용가이드를 제시하고 있는 최원목(2012), ISDS 활용을 통한 FTA 접근전략을 연구한 홍성규(2015) 등이 있다. 그러나 대부분의 선행연구는 중재제도의 순기능과 투자분쟁해결의 활용성만을 강조하고 있을 뿐이며, 투자중재의 문제점으로 인한 대안을 제시하지 못하고 있다는 점에 착안하여 본 논문에서는 투자중재제도의 문제점을 분석하고 그 대안으로 투자조정제도의 활용가능성을 제시하였다.

따라서 본 연구에서는 최근의 국내외 문헌을 중심으로 투자자-국가간 분쟁해결방법 중 가장 많이 인용되고 있는 ICSID 중재제도의 장단점을 파악하고, ICSID 중재제도의 한계에 따른 대응방안으로 ICSID 조정제도의 활용가능성을 제시함으로써 투자분쟁 관련 정책담당자 및 실무자들에게 이론적 근거와 실무적 지침을 제공하고자 한다.

II. 투자협정과 ICSID 분쟁해결구조

1. 투자협정의 제정배경

1980년대 이후 세계 해외직접투자가 급격하게 확대되어 왔으며, 세계경제의 성장을 견인하는 역할을 수행하고 있다. 해외직접투자잔고의 대 GDP 비율은 1980년에는 대외직접투자액이 5.8%, 대내직접투자액은 5.3%였음에 반하여, 2013년에는 각각 34.3%, 35.4%로 확대되었다.⁷⁾

이에 따라 각국은 자국의 투자자와 그의 투자재산을 투자유치국에 있어서 차별적 취급이나 수용(국유화 포함) 등으로부터 보호를 위해 1950년대말부터 양국간투자협정(BIT)을 체결하여 왔다. 해외직접투자의 확대 등에 힘입어 1990년대에 이러한 BIT는 비약적으로 증가하였으며, 2013년에는 2,902개 달하고 있다(투자 장을 포함하고 있는 FTA를 포함하면 3,236개에 달한다). 투자규칙은 무역에 있어서 WTO와 같은 다자간협정이 아니고, 2개국간 또는 지역협정이 중심이 되고 있으며, 국가별로는 독일, 중국, 영국, 프랑스 등이 약 100건 이상의 투자협정을 체결하고 있다. 대부분의 BIT에는 ISDS관련 조항이 포함되어 있으며, 우리나라도 1970년대부터 양자간 BIT를 도입하여 왔다. 한국은 현재까지 발효된 FTA중 한-EU를 제외한 대부분의 FTA 협정에 ISDS를 두고 있다.⁸⁾

7) UNCTAD, World Investment Report 2014. 참조.

해외직접투자가 가속화됨에 따라 투자후 투자재산의 보호뿐만 아니라 상대국에 투자를 행하는 단계까지 포함하여 외자규제 등 국경을 초월한 자유로운 투자를 저해하는 장벽을 단계적으로 철폐하려는 움직임이 OECD에서도 시작되었다. 구체적으로는 외자규제 등 국경을 초월한 자유로운 투자를 저해하는 장벽을 소멸시키는 것이었다. 1995년 OECD에 있어서 다수국간 투자협정(MAI: Multilateral Agreement on Investment)이 개시되었다. 이것은 투자의 자유화 및 보호를 위해 포괄적으로 구속력을 갖는 다수국간의 협정을 OECD 가맹국간에 책정하려는 것이었으나, 환경 규제 등의 국가의 규제권한이 MAI에 의해서 침해된다고 하는 NGO나 가맹국의 우려를 배경으로 교섭이 교착상태에 빠졌으며, 1998년 프랑스의 교섭탈퇴 결정으로 결렬되었다.

또한 개별분야의 조직으로는 에너지분야의 무역, 투자, 운송의 규율, 특히 구소련의 이들 분야에 대한 규율의 확보를 목적으로 만들어진 에너지헌장조약(ECT: Energy Charter Treaty)이 있다. 동 조약은 유럽주도로 교섭이 시작되어 1994년에 서명되었고, 1998년에 발효되었으며, 내용상으로는 에너지분야에 한정되어 있으나 일부 투자자유화규정과 주요한 투자규칙을 포함시키고 있다. 많은 구소련연방국가들이 참여하였으며, 러시아(1994년 서명)는 잠정적 적용을 확대하여 왔으나 2009년 10월 18일에 잠정적 적용이 중지되었다. 그러나 구소련의 잠정적 적용기간중에 ECT가맹국의 투자자가 투자한 투자재산에 대해서는 당해 적용종료의 효력 발생후 20년간 보호를 받을 수 있도록 규정(제45조 3항 (b)호)하고 있으므로, 2029년까지 잠정적 적용이 가능하다.⁹⁾ ECT의 체약국은 2014년 10월 현재 동구권 및 EU등 47개국 및 1개의 국제기관이 있다. 러시아나 호주는 서명하였으나 비준을 받지 못한 상태이며, 미국, 캐나다, 중국, 한국, 사우디아라비아 등은 준회원(observer)으로 참가하고 있다.

WTO에서는 1996년 싱가포르각료회의에서 무역원활화, 정부조달의 투명성, 경쟁 정책 등과 함께 투자분야를 새로운 의제로 WTO체제에 포함시킬지 논의하였다. 그 후 OECD에 있어서 MAI에 대한 논의가 좌절되자 WTO에 있어서 무역과 투자에 대한 협상이 이루어져 도하개발아젠다가 시작된 2001년 제4회 각료회의에서는 무역과 투자의 협상에 있어서 명확한 총의(consensus)를 2002년 제5회 각료회의에서 얻으면 협상을 시작하는 것으로 합의를 하였다. 2002년 4월부터 작업부회의(Working

8) 한국은 EU회원국중 22개국과 BIT 협정을 체결하였으며, 이 중 독일과 프랑스를 제외하고 20개국들과는 ISDS가 적용되는 것으로 명시하고 있다.

9) 經濟産業省通商政策局編, 2015年版 不公正貿易報告書: WTO協定及び經濟連携協定・投資協定から見た主要國の貿易政策, 産業構造審議會レポート, 2015, p. 702.

Group)가 개최되어 도하선언에 따른 논의(예를 들면, 범위와 정의, 투명성 등)가 시작되었으나 투자규칙을 WTO에 설정하는 것에 대하여 개도국들이 강하게 반발하여 무산되었다. 결국 칸쿤에서 개최된 제5회 각료회의에서는 협상화에 대한 합의는 달성하지 못하고 도하개발아젠다 협상항목에 포함시키지 않는 것으로 되었다.¹⁰⁾

2. 투자협정의 주요내용

1) 전통적 투자보호협정과 NAFTA형 투자자유화협정

투자협정에는 「투자보호협정」과 투자보호와 자유화 쌍방을 포함하는 「투자보호·자유화협정」이 존재하고 있다. 과거 양국간투자협정은 투자유치국(수입국)에 의한 수용이나 법률의 자의적 운용 등 위험으로부터 투자국의 투자재산이나 투자자를 보호할 목적으로 체결되어 왔다. 이것은 세계의 약 2,900개의 투자보호협정에 해당하는 전통적인 협정이며, 투자후의 내국민대우, 최혜국대우, 투자재산에 대한 공평한 대우, 수용보상, 송금의 자유, 계약국간의 분쟁해결, 투자유치국과 투자자간의 분쟁해결 등을 주요내용으로 하고 있다.

이에 대하여 투자후의 대우를 보호하는 것뿐만 아니라 외자규제 등 투자의 진입장벽에 대해서도 투자협정에서 취급하려는 노력이 1990년대부터 있어 왔으며, 투자이후 뿐만 아니라 투자허가단계부터 내국민대우, 최혜국대우나 투자를 왜곡하는 이행요건(performance requirement)금지,¹¹⁾ 외자규제강화의 금지, 점진적인 자유화 노력의무, 투명성 확보(법령의 공포, 상대국으로부터 조회에 대한 회답의무 등) 등이 투자협정에 포함되었다. NAFTA협정방식이 대표적이며, 「투자보호·자유화협정」이라고 부르고 있다.¹²⁾ 미국은 2002년 무역촉진권한법(Trade Promotion Act: TPA) 제정시 그동안의 투자분쟁의 경험과 NAFTA발효 이후의 논의들을 반영하여 2004 모델 투자협정을 마련하였는데,¹³⁾ 한-미 FTA 투자 장(Chapter)도 이러한 미국의 2004년 모델 투자협정을 기초문안으로 하여 논의를 진행하되 이에 우리 측의 주장 등을 반영하여 수정을 가하는 방식으로 진행되었으므로 NAFTA협정방식에 기초하고 있다고 할 수 있다.¹⁴⁾

10) 홍성규, 전제논문, p. 187.

11) 예를 들면, 일정의 현지 부품사용비율을 충족시키거나 제조물품의 일정비율을 수출하는 등 투자활동에 관한 조건으로 부과하는 특정의 요건을 말한다.

12) NAFTA 제11장은 미국과 캐나다라고 하는 선진국(developed nations)간에 ISDS를 도입한 최초의 사례라고 할 수 있다.

13) 정수봉, 한-미 FTA 투자 분야연구, 법무부, 2008, pp. 12~13.

2) 투자협정의 주요원칙

미국계 사모펀드인 론-스타(Loan-Star)는 2012년 11월 21일에 한국정부를 세계은행(IBRD) 산하 ICSID에 중재제소하였는데, 그 핵심은 한국정부가 외국인투자자의 국내기업인수시 은행법의 산업자본 관련규정의 적용에서 외국인투자자에게 예외규정을 적용함으로써 ‘한-벨기에·룩셈부르크 투자협정(BIT)’에 위반하여 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment: FET), 임의적이고 차별적인 조치 금지, 간접수용금지, 투자자의 자유거래 보장 의무 등을 위반하였다고 주장하였다.

투자협정에서는 일반적으로 협정의 적용대상이 되는 투자재산 및 투자자에 대하여 정의하고 있다. 또한 국제투자의 증가는 자국 투자자를 보호하려는 투자국의 입장과 자국의 경제활성화를 위해 외국인투자를 증가시키려는 투자유치국 사이에서 외국인투자자를 차별하지 않고 보호하기 위한 내국민대우(National Treatment: NT), 최혜국대우(Most-Favored Nation Treatment: MFN), FET, 포괄적 보호조항(Umbrella Clause), 수용 및 보상, 투자분쟁의 해결 등 다양한 보호의무를 규정¹⁴⁾하는 투자협정의 체결이 증가하고 있다.

우선, 투자재산에 대해서는 투자자에 의해 직접 또는 간접적으로 소유되거나 또는 지배되고 있는 모든 종류의 자산이라고 정의하고 있으며, 투자자는 체약국의 법령에 의해 그 국적을 소유하고 있는 자연인 또는 체약국의 기업으로 실질적으로 사업활동을 하고 있는 자로 비교적 폭넓게 규정하고 있다. 그러나 현지 자회사의 출자회사나 지점, 모회사-자회사-손회사 등으로 자본관계가 연결되어 있는 경우의 간접소유에 대한 해석문제나 실질적인 사업활동을 하는 투자자에 대한 문제로 분쟁이 점차 증가하고 있다.

NT는 투자유치국은 외국인투자에 대하여 국내투자자 또는 투자에 비하여 불리하지 않은 대우나 국적에 따른 차별을 금지하는 것을 말한다. 투자협정상 NT는 외국인투자자에게 공정한 경쟁기회를 제공하고 투자유치국내에서 국적에 따른 투자자의 경쟁의 왜곡을 제거하는데 기여하게 된다. 반면에 MFN은 투자유치국이 특정 투자자에게 제공하는 특혜 및 관세 등의 혜택을 제3국의 모든 투자자에게도 제공하는 것을 말하며, 외국의 투자자 및 투자간에 공정한 경쟁기회를 제공하는데 목적이 있다. 따라서 NT는 내국민 투자자와 외국인투자자의 차별을 의미하는 ‘수직적

14) 박덕영 외, 전게서, p. 25 ; 그러나 한-EU FTA 방식은 WTO 서비스 양허안과 같이 원칙적으로 투자자유화를 금지하되 허용되는 분야를 양허표에서 열거하는 Positive List 방식을 취하고 있다는 점에 한-미 FTA와 큰 차이가 있다.

15) 이러한 요소들은 투자협정에 반드시 포함되어야 하는 것이 아니라 투자 당사자간의 합의에 따라 선택적으로 투자협정에 규정하게 된다.

차별(vertical discrimination)'의 금지를 말하고, MFN은 제3국 투자자간의 차별적 대우를 의미하는 '수평적 차별(horizontal discrimination)'의 금지를 말한다.

또한 투자유치국은 투자자의 투자에 대하여 공정하고 공평한 대우(FET)를 하여야 하며, 완전한 보호 및 안전을 포함하여 국제법에 따른 대우를 하여야 한다. BIT에서 FET를 규정하는 이유는 협정에서 의도한 투자자 보호를 위해 더 명확한 규정을 둬으로써 협정상의 공백을 없애고 법적안정성을 제고하기 위한 것이다. 현재 FET를 판단할 수 있는 적용기준으로는 투명성, 안정성 및 투자자의 적합한 기대의 보호, 계약상의 의무준수, 적법절차, 신의성실, 강압으로부터의 자유 등을 들 수 있다.¹⁶⁾

일반적으로 국제투자협정은 국가간의 협정으로 양당사자가 국가이기 때문에 기본적으로 사인간의 투자계약위반은 보호대상에서 제외된다. 그러나 일방 당사자가 사인 또는 법인이고, 타방은 국가인 투자계약위반을 국제중재의 대상이 되도록 하는 이른바, '포괄적 보호조항(Umbrella Clause)'을 통해 국제투자협정상의 보호대상으로 포함시키려는 시도가 *SGS v. Pakistan* 사건(2003)과 *SGS v. Philippines* 사건(2004)에서 각각 상반된 해석론을 제시함으로써 시작되었다.¹⁷⁾ 이러한 포괄적 보호조항을 이용하면 투자자는 투자유치국을 상대로 투자조약상의 분쟁해결방법을 활용하여 권리를 구제받을 수 있게 된다. 따라서 투자자의 입장에서 포괄적 보호조항은 투자계약상의 의무가 조약상의 의무로 격상되어 투자유치국은 국제법상의 의무도 부담하게 되므로, 투자자의 입장에서는 투자계약을 통한 보호 이외에 추가적인 보호조치가 된다고 할 수 있다.¹⁸⁾ 다만 포괄적 보호조항을 적극적으로 해석하여 계약상의 청구를 조약상의 청구로 폭넓게 인정하면, 사소한 계약위반에 다른 분쟁도 국제중재로 확대되어 중재가 남발될 가능성도 있고, 계약에 따른 당사자 자치의 원칙을 해할 우려가 있으므로 제한적으로 해석하여야 할 것이다.

또한 투자유치국은 투자자의 투자 및 사업활동을 조건으로 수출요구, 현지조달요구, 기술이전요구 등 투자자의 자유로운 투자활동을 저해하는 특정조치의 이행을 요구해서는 아니 된다. 원재료나 물품·서비스의 현지조달요구, 수출입균형 요구 등은 WTO의 TRIMs 협정에서 무역왜곡효과의 강한 투자조치에 해당되어 금지되고 있다.

외국인 투자자의 재산에 대한 수용과 보상은 국가주권에 관한 문제로 전통적으로 투자유치국의 고유 권한으로 인정하여 왔으며, 최근에는 이러한 수용에 대하여

16) 김용일·홍성규, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 중재연구 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012, pp. 201~208 참조.

17) 박덕영 외, 전거서, p. 152.

18) 조희문, “국제투자조약상 포괄적 보호조항(Umbrella Clauses)의 해석에 관한 연구”, 중재연구 제19권 제2호, 한국중재학회, 2009, p. 101.

적법한 보상체계를 마련하고 있다. 적법한 수용과 보상이 성립되기 위해서는 공공 목적에 적합하고 비차별적인 방법으로 행사되어야 하며, 적법절차의 원칙을 철저히 준수하여야 한다. 간접수용의 경우에도 투자유치국의 자의적인 인허가의 약탈이나 생산수량의 상한설정 등 정책조치를 취함에 따라 투자자의 이익감소 또는 기회상실을 가져옴으로써 수용과 동일한 효력을 나타내고 있으므로 투자협정의 내용에 포함시키고 있다.

그리고 협정의 해석이나 적용에 있어서 계약국간에 분쟁이 발생하는 경우에는 중재나 조정을 통하여 해결할 수 있다.¹⁹⁾ ICSID협약은 중재와 조정을 동등한 분쟁 해결수단으로 규정하고 있다. 분쟁당사자들은 중재나 조정을 선택하거나 추가적인 특정(further specification)없이 ICSID협약을 적용함으로써 투자분쟁해결제도를 이용할 수 있다.²⁰⁾ 분쟁해결을 위한 효율적인 제도의 존재는 실질적인 사용이 없어도 그 자체만으로도 효과를 발휘할 수 있다. 즉 투자자 및 투자유치국은 중재조항의 존재만으로도 가능한 한 우호적으로 분쟁을 해결하고자 하는 의지가 강화된다.²¹⁾

투자협정 계약국은 공공질서유지 및 사람·동물·식물 등의 생명 또는 건강의 보호, 자국의 안전보장상의 중대한 이익을 보호하기 위해서 필요한 경우에는 협정과는 별도로 예외적인 조치를 취할 수 있다. 그러나 경제위기를 이유로 정부의 조치가 예외적인 조치에 해당하는지 등에 대해서는 최근 논란이 많이 발생되고 있는 바, 신중한 검토가 요구된다. 이러한 예외적인 조치는 기존 방위산업 등에 국한되어 투자유치국이 재량적으로 활용해 왔으나, 최근에는 투자유치국의 전략산업으로까지 확대되는 경향이 있다.²²⁾ 최근 전략산업의 FDI 규제는 국가안전보장을 목표로 하면서 동시에 경제안보를 확보하려는 정책적 목적이 있으므로 외국투자자들에게는 차별적규제로 작용할 가능성이 높다.²³⁾

19) 투자자와 투자유치국간의 분쟁에 대해서는 ICSID의 중재절차를 활용하거나 UNCITRAL의 중재규칙, 런던국제중재법원(London Court of International Arbitration: LCIA), 스톡홀름중재규칙(The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: SCC), ICC중재규칙, 또는 FTA/BIT에서 마련한 별도의 분쟁해결절차를 선택적으로 활용할 수 있다. 물론 여기에는 프랑크푸르트, 비엔나, 카이로, 쿠알라룸푸르, 홍콩, 중국대외경제무역중재위원회(CIETAC) 등 지역중재기관 들도 포함된다.

20) SPP v. Egypt(Decision on Jurisdiction II, 14 April, 1988)에서는 중재에 대한 명시적인 언급이 없으므로 중재합의가 있었다고 볼 수 없다는 이집트의 주장을 기각하였다.

21) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, pp. 236~237.

22) 예를 들면, 미국의 FINSA, 독일의 무역수지법과 Volkswagen Law, 러시아의 전략산업법, 중국의 국내 M&A법 등을 들 수 있다.

23) 우리나라도 외환위기 이후 국내전략산업의 방어권 차원에서 2008년 2차례에 걸쳐 외국인투자촉진법 시행령을 개정하여 외국기업의 FDI 확산에 대응해 왔던 경험이 있다.

3. 투자협정상의 분쟁해결절차

1) 투자분쟁의 대상

국제투자법의 보호대상이 되기 위해서는 투자자가 사적인 주체(자연인 및 법인)이어야 하며, 외국인투자자이어야 한다. 따라서 투자자의 국적, 투자의 자금출처 등이 중요한 기준으로 작용한다. 특히 투자유치국의 정치·경제·경영에 대한 부수적인 요인은 ISDS의 대상이 되지 않고, 오로지 법률적 문제만이 본안으로 받아들여진다.

BIT, EPA/FTA 투자 장(chapter)에서 ISDS의 중재절차는 협정에 따라 다양하지만 대부분 유사한 절차에 따라 진행되고 있다. 계약국이 수용보상의무나 FET 등의 협정의무에 위반하고, 이에 따라 투자자에게 손해가 발생한 경우 당해 분쟁은 ISDS의 대상이 된다. BIT중에는 간단히 대상이 되는 분쟁을 투자자대 계약국간에 발생하는 모든 투자에 관한 의견차이라고 광범위하게 규정하고 있는 경우와 반대로 수용이 발생한 경우의 보상액만을 분쟁처리의 대상이 되는 것으로 규정하고 있는 경우도 있다.

2) 중재합의

분쟁이 발생하면 즉시 중재를 제기할 수 있는 것이 아니라 통상 3개월에서 6개월간의 협의절차가 진행된다. 협의에 의해 해결되지 않는 경우에 한하여 투자자는 중재를 제기할 수 있다는 취지의 협의전치주의 규정을 두고 있는 경우가 일반적이다.²⁴⁾ 협의가 없는 경우 투자분쟁의 중재제기에는 개별적으로 분쟁당사국의 동의가 필요하지만 대부분의 투자협정에서는 사전에 중재합의에 대한 일괄 동의를 협정상에 규정하고 있다. 투자자는 ICSID(투자자의 본국과 분쟁당사국의 쌍방이 ICSID 계약국인 경우), ICSID AFR(투자자의 본국 또는 분쟁당사국 중 일방 당사자만이 ICSID 계약국인 경우), UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재절차를 따르도록 규

24) 예를 들면, *Tulip Real Estate v. Turkey*, ICSID Case No.ARB/11/28 (2013.3.5.)에서는 네덜란드와 도루코정부간의 BIT 협정 제8조 2항에 의해 ICSID중재 신청 당시에 이미 1년 이상이 경과하였다는 이유로 ICSID의 관할권이 인정되었다. BIT협정 제8조 2항에는 분쟁이 발생하는 경우에는 분쟁당사자는 협의를 통하여 분쟁해결을 시도하여야만 하고, 분쟁이 발생한 후 1년이 경과하여도 해결되지 않는 경우에는 ICSID중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No.ARB/10/7 (2013.7.2.)에서 인용된 스위스와 우루과이 BIT협정 제10조 2항에서는 6개월간의 협의기간을 거쳐 분쟁이 해결되지 않는 경우에는 투자자는 국내소송을 제기하고, 18개월 이내에 해결되지 않는 경우에는 ICSID 중재 신청이 가능하도록 규정하고 있다.

정하고 있는 경우가 많다. 그리고 투자협정에 따른 중재합의가 있으면 투자유치국의 국내법원에 제소할 수 없는 바, 투자자는 국제법에서 외교적 보호권행사의 전제로 요구되는 투자유치국의 국내 구제수단의 소진(exhaustion of local remedies)을 하지 않고도 중재를 제기할 수 있다.²⁵⁾

3) 중재판정부의 구성

중재기관이나 규칙을 선택한 후에는 중재인의 선정과정을 통해 중재판정부가 구성된다. 대부분의 경우 중재판정부는 3인의 중재인으로 구성되며, 3인의 선정방법은 분쟁당사자가 각각 1인의 중재인을 선정하고, 원칙적으로 의장중재인은 양당사자간의 합의로 선정한다.²⁶⁾ 이러한 것은 투자자가 선택한 각각의 중재규칙에 따라 중재절차가 진행되지만, NAFTA투자 장(Chapter)에서와 같이 중재인의 선정방법이나 중재에 관한 정보공개²⁷⁾ 또는 복수의 중재병합, 제3자의 의견진술 기회부여 등 필요한 조치들을 협정에 추가하는 경우도 있다.

4) 중재관할권의 판단

중재판정부가 구성되면 부탁된 투자분쟁에 관하여 관할권 유무를 판단하게 되는데, 관할권의 유무는 투자분쟁의 대상이 되는 투자분쟁의 정의와 관련되어 큰 쟁점이 되기도 한다. 일반적으로 중재판정부의 관할권에 대해서는 항변이 이루어지는 경우가 많고, 관할권이 인정되면 그후에 본안에 대한 판단이 제출된다.²⁸⁾ 본안에 대한 판단은 협정의무위반과 배상액에 대한 판단이 동시에 이루어지기도 하고, 별건으로 취급되기도 한다. 최근 ICSID협약 및 AFR에 따른 중재판정부의 결정을 살펴보면, 일부 또는 전부 손해배상이 확정된 판정 45%, 기각된 판정 29%, 관할권 거부판정 25%, 손해배상청구가 명확히 법률적 본안(legal merit)이 없는 것으로 결정된 판정 1%로 나타났다.²⁹⁾ 중재판정부의 관할권이 인정된 후에 화해에 이르는 경우가 많기 때문에 관할권의 유무는 ISDS협상에 큰 영향을 미친다.

25) 신회택, 전제논문, p. 208.

26) 예를 들면, ICSID협약 제37조 2항(b); 제38조; 제40조 1항, ICSID AFR 부칙 C 제9조; 제10조, UNCITRAL 중재규칙 제6조; 제8조 1항, ICC중재규칙 제12조 3항 및 4항, SCC 중재규칙 제13조 2항 및 3항 등을 들 수 있다.

27) 최근의 협정에서는 중재의 경과·결과 등을 나타내는 서류를 분쟁당사자가 아닌 계약국에 송부하도록 하여 일반인에게 공개하거나 구두절차의 공개를 의무로 하는 경우도 있다.

28) ICSID 중재규칙 제41조 5항 및 AFR 중재규칙 제45조 b항; “일방 당사자는 절차의 초기단계에서 명확하게 법률적 본안(legal merit)이 결여된 경우 이의를 제기할 수 있다. 만일 중재판정부가 명확하게 법률적 본안이 없다고 결정하면 중재판정에도 그 영향이 미친다”.

29) ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2015-2)*, p. 14.

5) 중재판정의 취소 및 집행

투자협정에 따른 중재판정은 선례로써 구속력은 없지만, 투명성에 대한 강한 요구로 공개된다는 점에서 기존 중재판정의 사실상 내지 실질적인 구속력이 엄격하게 인정되고 있다.³⁰⁾ ICSID 중재의 경우 일방 당사자가 특별위원회(ad hoc committee)에 중재판정의 취소 등을 신청할 수 있다.³¹⁾ 최근 ICSID협약에 따른 취소절차에서 중재판정의 집행과 성과를 살펴보면, 2001년부터 2010년까지 96건의 중재판정이 집행되었으며 26건의 취소신청이 있었는데, 이 가운데에서 13건은 기각, 8건은 인용, 5건은 취소절차가 중단되었다. 또한 2011년부터 2015년 6월말까지는 82건의 중재판정이 집행되었으며 31건의 취소신청 가운데 16건은 기각, 14건은 취소절차가 중단되었으며, 단 1건만이 취소신청이 인용되었는바, 중재판정의 취소절차가 점차 엄격하게 진행되고 있음을 알 수 있다.³²⁾

또한 비-ICSID(non-ICSID) 중재판정에 대해서는 중재지의 법원이 각국의 법률에 따라 중재판정을 취소할 수 있다.³³⁾ 그러나 일반적으로 중재인은 중재인의 선정 등 절차에 양당사자가 관여를 하므로 임의이행률이 높으며 당해 분쟁의 신속한 처리를 목적으로 하고 있으므로 상소제도는 없는 것이 원칙이다. 중재판정은 최종적이며, 당사자에게 구속력을 갖게 되며 투자협정상 준수 의무가 부여되어 있다. ICSID협약도 중재판정의 집행에 대하여 규정³⁴⁾하고 있으며, ICSID 이외의 중재절차에 따른 판정은 각국의 법률 및 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(뉴욕 협약)에 따라 집행이 보장된다.

다만 중재판정의 구체적인 강제집행(execution)에 관해서는 집행지법의 법령에 따라야 하고, 외국정부의 재산에 대한 국가면제(State immunity)³⁵⁾ 관련 의무는 준수하여야 하므로 중재에 패소한 국가가 자발적으로 중재판정을 집행하지 않으면 강제집행에 많은 어려움이 있다.³⁶⁾

30) 이재민, 전계논문, p. 317.; 신희택, 전계논문, p. 201.

31) ICSID협약 제51조 및 제52조.

32) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 17.

33) ICSID AFR에 의해 내려진 중재판정의 취소는 ICSID 특별위원회의 관할이 아닌 중재지 국가의 법원에서 취급된다.

34) ICSID협약 제53조~제55조.

35) 국가면제(State immunity)는 국가가 자국영역내에서 외국 및 그 재산에 대하여 주권평등원칙에 입각하여 개인이 그 외국을 상대로 소송을 제기하는 경우에 문제의 행위가 당해 외국의 주권행사에 해당하는 경우 자국 법원은 당해 소송에 대해 재판관할권을 행사할 수 없으며, 자국영역내에 있는 타국재산 중 당해 외국의 주권행사와 관련된 재산에 대해서는 강제집행권을 행사할 수 없다는 것을 말한다(이병조·이중범, 국제법신강, 일조각, 1996, p. 226). 국가면제를 정확하게 표현하면 ‘국가 및 그 재산에 대한 관할권면제(Jurisdictional immunities of States and their property)’이며, 과거에는 주로 주권면제(Sovereign immunity)라고 하였다.

4. ICSID의 분쟁해결절차 구조

1) ICSID의 개요

ICSID는 국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States(이하 'ICSID협약'이라고 함)에 의하여 설립된 범정부간 조직(intergovernmental organization)으로 국제투자분쟁의 해결을 지원하기 위해 제반 시설과 서비스를 제공하는데 목적을 두고 있다.³⁷⁾ 그리고 ICSID협약은 ICSID의 명령, 조직 및 핵심기능으로 구성되어 있으며, 세계은행의 경영진으로 구성된 다자간조약을 말한다.³⁸⁾ 1965년 3월 18일에 서명되어 1966년 10월 14일부터 발효되었으며, 159개국의 자발적인 국제기구로서의 역할을 하고 있다.³⁹⁾ ICSID는 국제적인 법인격을 갖추고 있으며, 조정인이나 중재인으로 선정된 자는 ICSID가 이를 제한하지 않는 한 자신들의 기능을 행사함에 있어 모든 법적 절차로부터 면책특권을 누린다. 본 협약은 투자분쟁해결을 위한 특별한 절차가 없는 경우 해외직접투자의 장애와 위협을 제거하는 것을 목적으로 하고 있으며, 이를 위해 분쟁해결센터를 두고 있다.⁴⁰⁾ ICSID 센터에서는 다양한 행정적·조직적 지원을 하고 있으며, 조정과 중재절차를 통하여 투자자와 투자국간의 분쟁해결을 도모하고 있다.⁴¹⁾

ICSID협약은 전문과 제10장, 제75조로 구성되어 있다. 전문에서는 체약국의 경제발전을 위한 국제협력의 중요성과 국제적인 분쟁해결방법의 유용성을 선언하고 있다.

구체적으로 제1장에서는 ICSID의 설치와 조직, 운영이사회의 활동과 지위, 관할권 등에 관하여 규정하고 있다. 제2장은 ICSID의 사법관할권, 제3장 조정, 제4장 중재, 제5장 중재인 및 조정인의 대체 및 제척, 제6장 절차의 비용, 제7장 절차의 장소, 제8장 체약국간의 분쟁, 제9장 개정, 제10장 종결조항 등으로 구성하여 ISDS를 위한 분쟁해결절차를 보다 상세히 설명하고 있다. 결국 ICSID의 중추적인 분쟁해결절

36) 신희택, 전계논문, p. 228.

37) ICSID, *ICSID 2014 Annual Report*, 2014, p. 18.

38) 이하 내용은 홍성규, 전계논문, pp. 179~184에서 재인용·수정하였음을 밝힌다.

39) ICSID, *op. cit.*, p. 5.; 한국은 1966년에 가입하였으며, 2015년 6월말 현재 159개국이 서명하고 150개국이 비준하여 투자분쟁해결의 중심이 되고 있다.

40) Yaraslau Kryvol, *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, Kluwer Law International, 2010, p. 21.

41) ICSID는 행정평의회(Administrative Council), 사무국(Secretariat), 위원단(Panel) 등으로 구성되어 있으며, 스스로 조정이나 중재절차를 진행하지 않고 단지 세계 각국에서 지명한 조정인 또는 중재인을 위촉하여 그 기능을 부여하고 분쟁해결에 따른 제반시설을 제공한다.

차는 국제중재라고 할 수 있으며, ICSID의 AFR의 도입을 통한 비체약국의 ICSID 중재활용, BIT 및 FTA의 급속한 확산 등으로 그 활용도는 상당히 증가하고 있다.

ICSID 사무국은 체약국간 또는 투자자와 체약국간의 비-ICSID분쟁해결(non-ICSID dispute settlement)⁴²⁾절차를 위해서도 다양한 수준의 행정적·조직적 지원을 하고 있다. ICSID 센터는 또한 UNCITRAL 중재규칙이나 특별분쟁해결규정(ad hoc dispute settlement provisions)에 따라 투자자-국가간 중재에 대하여 행정적 지원을 제공하며, 사무총장에게는 중재요청서의 서면심사권(screening power)과 명백히 ICSID 관할권을 벗어난 경우 이를 거부할 수 있는 권한 등이 부여되어 있다. ICSID는 UNCITRAL 중재관리 뿐만 아니라 ICC, LCIA, PCA 및 기타 기관의 후원으로 행하여지는 중재절차에서 심문조직에도 지원을 하고 있다.⁴³⁾

2) ICSID의 분쟁해결제도 특성

ISDS의 이론적 근거는 FTA 및 BIT에서 협상 당사국간 투자를 증진하고 투자자 및 투자자의 재산을 보호하기 위한 것으로써, 투자자가 투자유치국의 불합리하고 불투명한 정책집행으로 인하여 재산상의 불이익을 받은 경우 ICSID협약에 따라 ISDS를 활용할 수 있도록 하고 있다. 다만, 여기서 유의하여야 할 점은 투자자의 투자이윤이나 상업적 위험은 FTA 및 BIT의 보호대상에서 제외되며 투자자가 감수해야만 하는 투자손실에 해당됨으로 무차별적이고 투명한 정책집행에 대해서는 면책된다는 점이다.

투자자와 투자유치국간의 투자분쟁은 분쟁당사자 일방이 국가라는 점에서 분쟁해결의 공정성과 독립성, 신뢰성을 확보하기가 어려운 만큼 ICSID와 같은 제3의 중립적인 국제중재기구를 통하여 분쟁해결을 도모하는 것이 최소한의 형식적 공정성을 확보한다는 측면에서 최상의 방안이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 일반적으로 ICSID 중재는 다른 국제중재보다도 중립적이고 투명하며 중재판정의 집행이 용이하고 비용도 저렴한 것으로 평가되고 있다.⁴⁵⁾ ICSID는 협약(조약)위반에 근거한 중재라

42) 최근 10년간 ICSID 사무국에서 취급된 비-ICSID 중재사건 통계

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015.6월말	합계
투자자-국가간 UNCITRAL중재	11	10	7	6	4	6	3	5	10	9	91
기타	1	1		1		3	2	1	2	1	12

43) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 9.

44) 김세훈·김종호, 전계논문, p. 265 ; JUNJI NAKAGAWA, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, 2013, pp. 119~120.

45) ICSID 중재비용은 크게 관리비용과 중재비용으로 구분되는데, 관리비용은 IBRD에서 일부 보조되고 있으며, 중재비용은 계쟁금액에 비례하는 것이 아니라 일당으로 계산되므로 다른

는 점에서 일반적으로 ‘투자중재’ 또는 ‘조약중재’로 불리고 있으며, 세계화의 흐름에 따라 1990년대 후반부터 투자조약 및 FTA 협정체결이 증가함에 따라 ISDS 절차에 따른 분쟁해결시도가 급증하고 있는데, 이러한 점은 처음으로 비국가적 실체인 기업이나 개인이 국가를 상대로 직접 중재나 조정을 신청할 수 있는 제도를 확립함에 따라 국가의 면책특권이 크게 제한을 받게 되었다는 점에서 상당한 성과가 있다고 할 수 있다. 이와 같이 기업 스스로 분쟁의 주도권을 가질 수 있다는 점은 다국적 기업 등이 투자중재를 선호하는 요인으로 작용한다.⁴⁶⁾ ICSID 중재는 국제상사중재와 상당부분 유사성을 가지고 절차가 진행되지만 일부 차이점도 존재한다.⁴⁷⁾ 우선, ICSID 중재의 경우에는 국가가 당사자의 일방이 되며 중재합의 방식에 있어서도 ICSID협약에 포함된 중재합의를 인정하게 됨으로써 ICSID협약이 준거법으로서의 역할을 하게 된다. 또한 ICSID 중재의 경우에는 투명성이 강하게 요구되어 중재판정이 일반적으로 공개됨으로써 선례로서의 영향력을 가진다는 점이다.⁴⁸⁾

일반적으로 ICSID 중재에 회부되는 사건은 투자유치국의 정책집행에 대하여 투자자가 제기하는 분쟁으로 투자자의 재산권보호를 목적으로 하고 있지만, 그 결과는 투자유치국의 국민경제와 정책방향에도 영향을 주는 중요한 요소가 되고 있다.

ICSID 중재절차의 가장 큰 특징은 ICSID 사무국이 물리적으로 워싱턴 D.C.에 위치하고 있어도 미국법이 적용되지 않는 ‘탈지역화(de-localized)’와 특정 법계의 개입으로부터 독립적이고 자율적인(self-contained) 성격을 갖는다는 점이다. 특히 국내법원은 ICSID 중재절차를 연기하거나 강요하는 등의 영향을 줄 수 없으며, 중재판정을 과기(set aside)하거나 재심(review)할 권한을 갖지 않는다.⁴⁹⁾ 이러한 권한은 ICSID협약의 특별취소절차에 의해서만 가능하다. ICSID중재에서 이러한 “불개입의 법칙”(rule of abstention)은 국내법원이 ICSID중재의 독립적 성격을 존중하여야 함을 의미한다.

국내법에 따른 구체절차는 투자자 일방이 공정성과 신뢰성에 문제가 있다고 이의를 제기하거나 법원의 판결에 불복하는 경우 또 다른 분쟁을 야기시킬 수 있다는 점에서 가급적 지양하여야 할 것이다. 다만, 투자계약이나 투자인가 등의 문제와 관련해서는 국내 상법이나 계약법에 따른 해석이 보다 전문적인 심리를 기대할 수 있다는 점에서 국내법원에의 제소가 국제중재보다도 더 효율적일 수도 있으나 장기화에 따른 불편은 감수해야 할 것이다.

중재비용에 비하여 상대적으로 저렴한 편이다(Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, 2nd, Kluwer Law International, 2011, pp. 154~155).

46) 이재민, 전제논문, p. 282.

47) 홍성규, 전제논문, pp. 180~181.

48) 신희택, 전제논문, pp. 200~201.

49) Dolzer and Christoph, *op. cit.*, p. 239.

예를 들면, 국제상사중재에서 논란이 되고 있는 중재합의의 유효성과 ICSID 중재법정의 관할권에 대하여 국내법원의 관여를 배제하고 ICSID 사무총장과 중재법정 자체에 위임하고 있다. 중재합의의 해석과 중재의 강제 그리고 중재인의 임명, 임시적 처분 등에 대해서도 ICSID 중재법정이 자체적으로 판단하도록 하고 있다. ICSID 중재절차는 일방 당사자의 비협조(non-cooperation)에도 큰 영향을 받지 않고 그대로 진행되며, ICSID협약은 비협조적인 일방 당사자에 의한 중재절차의 방해에 대하여 확고한 체계(watertight system)를 갖추고 있다. 또한 중재판정의 승인절차와 관련하여 ICSID는 국내법원의 심사권을 제한하여 ICSID 사무총장에 의해 인증된 중재판정문이 국가기관에 기탁되면 중재판정이 자동적으로 승인되도록 하고 있다. 이는 뉴욕협약 등 다른 국제협약이 중재판정을 승인할 의무를 계약국에 부과함으로써 심사에 따른 절차의 지연과 미승인에 따른 위험을 제거하였다는 점에서 ICSID 중재의 큰 특징이라고 할 수 있다.⁵⁰⁾

또한 ICSID는 분쟁당사자인 국가가 중재판정의 이행을 거부하는 경우를 제외하고, 투자자의 본국은 투자자를 대신하여 외교적 보호권을 행사하거나 국제소송을 제기할 수 없도록 규정⁵¹⁾하고 있다. 이는 중재절차와 외교적 보호절차가 중복되어 진행되는 것을 방지하기 위한 조치이다.⁵²⁾ 그리고 중재판정을 준수하지 않는 이유가 동 협약의 적용과 해석을 둘러싼 분쟁에서 기인하는 경우에는 다른 분쟁해결절차를 이용하기로 합의하지 않는 한 모든 계약국은 이를 국제사법재판소(The International Court of Justice; ICJ)에 제소할 수 있도록 하고 있다.⁵³⁾ 따라서 ICSID 중재판정은 이행율이 높다고 할 수 있는데, 그 이유는 이러한 외교적 보호권 행사의 제한이나 ICJ의 관할권 인정 등과 같은 제도에 기인하기 보다는 ICSID가 세계은행의 산하기관으로 ICSID 판정의 불이행은 세계은행의 대출에 영향을 줄 수 있다는 정치적·경제적 압력에 기인하는 바가 크다고 분석된다.⁵⁴⁾

50) Christoph H. Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of other States*, 2nd ed, Cambridge, 2009, pp. 1117~1118.; 이는 ICSID중재의 자율성(self-contained mechanism)과 배타성(exclusiveness)으로 표현된다.

51) ICSID협약 제27조.

52) 최원목, 전제서, p. 131.

53) ICSID협약 제64조.

54) David A. Soley, "ICSID Implementation: An Effective Alternative to International Conflict," *International Lawyer*, vol.60, p. 543.; 서철원, "국가와 사인간의 국제중재가 주권면제에 미치는 영향", 서울국제법연구, 제1권 제1호, 서울국제법연구원, 1994, p. 228.; 그러나 ICSID중재이행과 세계은행의 대출정지와의 관계에 회의적인 의견도 있다(Schreuer et al, *op. cit.*, p. 1108.)

3) ICSID 분쟁해결제도의 최근 동향

투자협정의 초기에는 대부분 ICSID협약에 따른 ICSID 기관중재만을 허용해 왔으나, 1976년 UNCITRAL 중재규칙이 채택된 이후부터는 당사자들이 선택적으로 중재규칙을 활용⁵⁵⁾할 수 있게 해왔으며, ICC, LCIA 및 SCC의 중재규칙 등으로 확대되어 왔다. 대부분의 국제투자협정(International Investment Agreements: IIA)에서는 ISDS를 위해 이러한 중재규칙을 언급하고 있으나, 일부 투자협정에서는 보다 상세한 중재규칙을 두고 있다.⁵⁶⁾ 국제투자협정의 증가에 따라 ICSID 중재절차를 통한 분쟁해결시도도 계속 증가하고 있다. 특히 1990년대 초기 소련의 붕괴에 따라 동구권 국가들은 경제자유화와 ICSID 분쟁해결조항을 포함하고 있는 국제투자협정에 따른 해외직접투자의 촉진에 힘입은 바가 크다.⁵⁷⁾ 이러한 중재규칙중 가장 많이 활용된 것은 1966년에 발효된 ICSID의 중재절차로 전체 60%이상을 차지하고 있다. 구체적으로는 ICSID 353건(62%), UNCITRAL 158건(28%), SCC 28건(5%), ICC 6건(1%), 기타 23건(4%)로 나타났으며, 많은 국가들이 ICSID와 UNCITRAL 중재절차를 동시에 규정하여 분쟁당사자가 선택하도록 하고 있다.

UNCTAD에 따르면, 2013년말까지 제기된 「투자자대 국가」의 분쟁건수 568건⁵⁸⁾ 중 274건이 종료되었으며, 그 중 투자국에 유리한 판정이 약 43%, 투자자에게 유리한 판정은 약 31%, 그리고 26%가 화해에 의하여 종결되었다.⁵⁹⁾ 또한 피제소국은 98개국에 해당되는데, 이중 85%는 선진국의 투자자들로부터 제소 당하였으며, EU와 미국의 신청인(claimants)이 75%에 달한다. 가장 많은 중재가 제기된 투자국은 아르헨티나(53건)이고, 그 다음으로 베네수엘라(36건), 체코(27건), 이집트(23건), 캐나다(22건), 에콰도르(22건), 멕시코(21건), 폴란드(16건), 미국(15건), 인도(14건), 카자흐스

55) Ethyl사건에서는 자동차 연료 첨가물 MMT제조사인 미국의 Ethyl사의 자회사인 Ethyl Canada 사는 MMT를 미국으로부터 수입 및 가공하여 캐나다의 정유업체에 판매하였다. 1993년 캐나다의 자동차 업체들과 환경업체들은 MMT가 자동차 배출제어장치에 손상을 주고 매연배출량을 증가시킨다고 주장하자, 캐나다 정부는 1997년에 소위 'MMT법'을 제정하여 주간이동 및 수입을 금지하는 대신 국내생산 및 유사제품의 판매를 허용하였다. 이에 대하여 Ethyl사는 MMT법이 자사를 겨냥한 차별적 조치로 NAFTA이행요건 및 내국민대우를 위반하였다는 이유로 UNCITRAL에 2.5억 달러의 손해배상을 위한 중재를 신청하였다. 결국 캐나다는 1998년 1,300만 달러를 지급하기로 하고 MMT법을 자진 폐기하였다. 자세한 내용은 김세훈·김중호, 전계논문, pp. 273~274 참조.

56) JUNJI NAKAGAWA, *op. cit.*, p. 120.

57) Yaraslau Kryvol, *op. cit.*, 2010, p. 23.

58) UNCTAD자료에는 2013년 말까지 ISDS분쟁건수가 568건으로 파악되었으나, ICSID의 통계자료에는 2015년 6월말까지 525건으로 기록되고 있어 일치하지 않고 있다. 본 논문에서는 내용에 따라 각각 달리 인용하였음을 참고 바란다.

59) UNCTAD, Recent Development in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note No.1., 2014, pp. 9~10.

탄 및 우크라이나(각각 14건), 헝가리(12건), 볼리비아(11건) 등으로 나타났다.⁶⁰⁾

다른 국가와 비교하여 아르헨티나의 중재건수가 가장 많은 이유는 2001년말 이후 재정위기에 따른 정책적 혼란이 있었던 것을 들 수 있다. 또한 체코공화국도 1997년의 통화위기를 계기로 표면화된 금융분야의 불량채권문제를 들 수 있다. 한편, 멕시코 및 미국, 캐나다는 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, 이하 'NAFTA')⁶¹⁾ 제11장(투자장)에 따른 사건이 가장 주목할 만한데, 투자자가 그 효용을 심각하게 인식한 것이 양국을 피신청국이 되도록 한 안전이 많은 원인이 된 것으로 판단된다.

한편, 미국은 UNCTAD 중재신청 건 및 NAFTA 협정 투자관련 규정에 따른 제소에서 투자유치국으로서 미국정부가 ISDS에서 패소한 건수는 전무한 것으로 나타났다. 이는 미국정부가 ISDS의 정확한 이해를 바탕으로 법제정비 및 위험관리체계가 잘 되어 있음을 나타내는 것으로 이해된다.

반면에 2010년 기준으로 미국투자자와 기업이 ISDS 중재절차를 활용한 건수는 108건이고, 미국정부 피제소건은 15건이다. 이 중 미국기업이 외국정부를 상대로 한 소송에서 국가 승소 건은 22건이며, 투자자 승소는 15건이고, 합의로 중재절차가 도중에 종료된 것이 18건이다(미국 투자자의 승소율은 약 60%임).

2015년 6월말까지의 ICSID협약 및 AFR에 따른 ICSID 관할권 인정비율을 살펴보면, BIT 61%, 투자자와 투자국간의 투자계약 17.7%, 투자유치국의 투자법 9.5%, 에너지협약(ECT) 7.5%, NAFTA 2.9%, 기타 RTA/FTA 및 ASEAN 협정 1.6% 로 나타났다.⁶²⁾ 이와 같이 BIT가 차지하는 비중이 가장 크고, WTO나 다자간 투자규범에 ISDS가 포함되는 경우는 상대적으로 작다. 최근에는 BIT나 RTA 등에 ISDS규정이 증가하고 있는데, 이는 개발도상국들이 선진국들을 대상으로 투자유치활동을 경쟁적으로 하는데 기인하는 것으로 판단된다.

또한, ICSID협약 및 AFR을 통하여 분쟁을 해결하고 있는 산업분야는 석유·가스·광산업이 26%로 가장 많고, 전력 등 에너지관련 산업이 15%, 운송업이 9%, 금융업 7%, 건축 7%, 상하수도 및 관개 6%, 정보 및 통신 6%, 농·어업 및 임업 4%, 서비스 및 무역 3%, 기타 13% 등으로 나타났다.⁶³⁾ 에너지분야는 막대한 투자를 요하는 한편, 자원 산출국의 대부분은 개발도상국으로 사회적·정치적 안정성에 떨어지기 때문에 투자보호의 수요가 많은 것으로 판단된다. 따라서 이러한 에너

60) UNCTAD, *op. cit.*, pp. 28~29.

61) North American Free Trade Agreement, Canada-Mexico-U.S., Dec. 1992. 32 I.L.M. 289, 605(1993).

62) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 10.

63) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 12.

지 분야에서의 투자보호에 대해서는 EPA/FTA 및 BIT 협정 이외에 에너지헌장협약(ECT)의 분쟁해결규정도 활용되고 있다.

또한 ICSID협약 및 AFR에 따른 분쟁당사자의 지리적 분포⁶⁴⁾를 살펴보면, 동유럽 및 중앙아시아 25%, 남미 25%, 동남아시아 및 태평양 8%, 중동 및 북아프리카 10%, 사하라이남 아프리카 16%, 서유럽 5%, 중미 및 캐리비안 7%, 북미(캐나다, 멕시코, 미국) 4%를 나타내고 있다.⁶⁵⁾ 북미 및 서유럽이 상대적으로 분쟁발생이 적고, 동유럽 및 남미 등 개발도상국에서 분쟁이 많이 발생하고 있는 것으로 나타났는데, 이러한 통계는 개도국의 정치·경제적 불안정과 해외투자유치에 따른 법제의 미비 등에서 기인하는 것으로 판단된다.

III. ISDS 중재제도의 문제점

ISDS에는 다양한 분쟁해결절차가 존재하며, 분쟁당사자들은 이러한 절차중에서 가장 유리한 절차를 선택하여 분쟁을 해결할 수 있다. 최근에는 투자협정이나 EPA에 근거를 두고 있는 투자협정중재가 많이 활용되고 있으며, 실제적으로도 일정한 효과를 나타내고 있다. 그러나 투자협정중재도 분쟁해결에 장기간이 소요되고, 과도한 비용이 소요되고 있어 큰 문제점으로 지적되고 있다. 또한 손해배상 명령을 받아도 투자유치국이 중재판정을 이행하지 않는 경우 중재판정의 집행에 큰 어려움이 있다.

1. 신속성과 경제성의 문제

투자협정중재는 분쟁해결에 평균적으로 2-4년이 소요되고 소송비용도 수백억에서 수천억에 이르는 등 고비용 구조를 가지고 있다. 특히 중재절차는 비용이 상당히 많이 소요되는데, 그 중에서도 변호사비용이 60%를 차지하기도 한다. 예를 들면, 어떤 투자협정중재에서는 투자자측에 약 460만 달러, 상대방 국가에 약 1,320만 달러의 변호사비용이 지출되었고, 또 다른 사례에서는 투자자측에 약 1,100만 달러, 상대방 국가에 약 430만 달러의 변호사 비용이 지출되었다는 통계가 있다.

64) 지리적 분포의 분류는 세계은행의 지역체계 구분에 따른 것임.

65) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 11.

또한 투자협정중재에 소요되는 시간을 분석해 보면, 당사자 관할문제를 다루는 것은 일상화되어 있으며, 일단 중재판정이 내려져도 취소절차 등을 빈번히 활용하여 분쟁해결에 평균 3-4년이 걸리기도 한다.⁶⁶⁾ ICSID 중재의 경우에는 취소절차를 제외하고도 평균 3년 6개월이 걸리고 있다.⁶⁷⁾ 또한 취소절차가 진행된 경우에는 취소절차는 전형적으로 2-3년이 걸리며, 중재판정이 취소된 경우에는 재차 새로운 중재판정부를 통하여 중재절차를 개시⁶⁸⁾할 수 있는데, 이 경우에는 전체적으로 10년 이상 걸리기도 한다.⁶⁹⁾

이러한 이유로 실제로 투자자가 분쟁안건을 투자협정중재에 부탁할지의 판단은 이러한 비용과 효과를 감안하여 결정하게 되므로 결과적으로는 인프라·자원 개발 등 거액투자가 관련된 사건의 중재부탁이 비교적 많다. 또한 실제로 중재부탁을 하지 않아도 투자협정중재의 존재를 협상을 유리하게 진행하기 위한 지렛대로 사용하여 화해에 이르는 경우도 있다.

다행히도, ICSID협약에 따른 중재와 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재절차를 비교해 보면, ICSID 중재는 세계은행그룹의 국제기관으로 되어 있어서 회의실, 중재인명부, 표준요금⁷⁰⁾ 등이 정비되어 있어 편리성이 높다. 또한 ICSID 중재의 경우 중재판정을 수입국정부가 이행하지 않는 경우에는 세계은행의 대출정지 등의 가능성이 있기 때문에 중재판정의 이행가능성도 비교적 높고, 중재판정의 취소는 ICSID협약에 의해서만 할 수 있다. 반면에 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재는 통상적인 상사중재와 동일하며, 중재판정의 취소에 대해서 중재지국의 국내법원의 관여를 인정하고 있다. 중재인의 선정 등은 ICSID 중재와 비교하여 비교적 유연하게 선정되고 있으며, 비용은 ICSID 중재와 대동소이하지만 ICSID 중재는 사무국에서 어느 정도 공정하게 절차진행을 관리하고 있으며, 회의실 등을 제공한다든 측면에서 보면, 상설 사무국을 갖고 있지 않은 UNCITRAL 중재의 경우에는 상대적으로 고비용 저효율을 갖는 것으로 평가되고 있다. 이러한 중재비용은 중재절차 당사자(투자자와 투자유치국 정부)가 특별히 합의하지 않으면 중재판정부가 결정하게 되며 패소자가 전액 부담하는 경우도 있다.

66) UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010, pp. 17~18.; http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

67) Anthony Sinclair, *ICSID Arbitration: How Long Does it Take?*, GAR JOURNAL., Vol.4, Issue 5.; www.GlobalArbitrationReview.com. 이러한 분석은 2009년 7월 1일 기준으로 중재판정이 내려진 115건을 대상으로 하고 있다.

68) ICSID협약 제52조 6항.

69) 經濟産業省通商政策局編, *진계서*, p. 725. 각주 7번 참조.

70) 예를 들면, 중재신청에 ICSID중재등록비용은 25,000달러, 중재판정부의 운영비 20,000달러, 중재인의 보수는 1인당 1일 기준 3,000달러 등이다.

2. 중재판정의 불이행 문제

ICSID협약에 따르면, 중재판정은 양당사자를 구속하고 각 당사자는 집행이 본 협약의 관련 규정에 따라 유예되는 경우를 제외하고는 중재판정을 준수하여야 한다고 규정하고 있다.⁷¹⁾ 이에 따라 국가는 중재판정에서 배상을 명한 경우에는 이에 따르는 것이 대부분인데, 간혹 이에 따르지 않는 경우도 있다. 예를 들면, 아르헨티나 정부는 CMS Gas Transmission Company(약 1억 3,000만 달러의 배상을 명한 2005년의 중재판정), Azurix Corporation(약 1억 6,000만 달러의 배상을 명한 2006년의 중재판정), Vivendi Universal(약 1억 달러의 배상을 명한 2007년의 중재판정)에 대하여 배상을 명하는 중재판정을 따르지 않고 있다가 2013년에 이르러 간신히 투자자간의 화해를 성립시켰다.⁷²⁾ 아르헨티나 외에도 카자흐스탄, 키르기스스탄, 러시아, 태국, 짐바브웨, 멕시코 등도 중재판정에 따르지 않은 전례를 갖고 있다.⁷³⁾

최종적으로는 대부분의 국가가 배상을 이행하지만, 이러한 배상에 이르기까지는 투자자에 의한 국가의 재산압류 또는 모국정부에 의한 외교적 개입의 요청⁷⁴⁾ 등 추가적인 비용과 노력이 투입되고 있는 실정이다. 투자자의 모국에 의한 외교적 개입은 반드시 투자자에게 유리한 것만은 아니다. 예를 들면, 독일의 투자자는 러시아정부에 의한 배상을 확보하기 위해 독일에서 개최되었던 항공박람회를 위한 러시아산 항공기에 대하여 가압류를 신청하였으나 독일 정부는 외교문제로 비화되는 것을 우려하여 당해 투자자에 대하여 가압류신청을 취하하도록 한 사례도 있다.

또한 IBRD의 업무 매뉴얼에는 계약국이 수용이나 대외채무에 관한 분쟁을 포함하여 적절한 시정조치를 받아들이지 않는 경우 또는 분쟁의 해결에 합리적인 노력을 기울이지 않는 경우에는 신규대출을 정지할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁵⁾ 중재판정의 불이행도 이러한 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 IBRD의 대출정지 가능성은 중재판정의 불이행에 대한 억지력을 갖는다. 아르헨티나가 2013년에 투자자와 화해에 이른 것도 IBRD의 압력이 있었던 것으로 알려졌다.⁷⁶⁾

71) ICSID협약 제53조 1항.

72) <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20131018-705467.html>.

73) Luke Eric Peterson, How Many States are Not Paying Awards under Investment Treaties?, May 7, 2010.; www.iareporter.com 참조.

74) 이러한 예로는, 미국에 의한 아르헨티나의 일반특혜관세(GSP) 정지가 있다.

75) World Bank Operational Manual: OP 7.40 - Disputes over Defaults on External Debt, Expropriation, and Breach of Contract.

76) 經濟産業省通商政策局編, 전게서, p. 726.

ICSID 중재는 신속한 분쟁해결을 위하여 국내법원의 개입을 배제하고 있다. 국내법원의 중재에의 개입은 종종 중재절차를 지연시키고 중재판정의 예측가능성을 저해시키는 요인이 될 수 있으므로, ICSID는 이를 개선하기 위하여 국내법원의 개입을 현저하게 축소시키고 대부분 중재인들이 결정하도록 하고 있다. 이러한 측면에서 투자중재판정은 국제적인 상사중재판정보다도 국가간의 국제재판에 따른 판결에 가깝다고 할 수 있다. 따라서 완벽한 해결책은 될 수 없지만, 투자중재판정의 일관성을 확보하고 투자분쟁해결제도의 정당성을 높이기 위해서는 항소절차를 도입하는 것도 검토해 볼 만하다.⁷⁷⁾ 다만, 분쟁 당사자중 일방이 체약국이 아닌 경우에는 ICSID협약이 아닌 별도의 AFR에 의하여 중재절차가 진행되며, 이 절차에 따른 중재판정의 승인과 집행은 ICSID협약의 규정이 적용되지 않고, 뉴욕협약이 적용되며 관할 국내법원에서 실질적인 검토가 이루어지고 파기여부가 결정된다.⁷⁸⁾

3. 국가면제의 문제

국가가 임의로 배상을 명하는 중재판정에 따르지 않는 경우에는 투자자는 중재판정의 집행을 위해 당해 국가의 재산을 압류하는 등의 조치를 취할 수 있다. ICSID 협약은 ICSID 중재판정의 실효성을 확보한다는 관점에서 각 체약국은 ICSID협약에 준거하여 내려진 중재판정에 대하여 체약국의 법원에서 내려진 최종 확정판결과 동일한 재정상의 의무(pecuniary obligations)를 이행하여야 한다고 규정⁷⁹⁾하고 있으므로, 손해배상을 명하는 ICSID협약에 따른 중재판정은 체약국내에서 자동적으로 집행된다고 할 수 있다.⁸⁰⁾ 그러나 이러한 점은 투자자가 바로 국가재산을 압류할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. ICSID협약은 국가 재산의 집행과 면제는 체약국 내의 유효한 법률⁸¹⁾에 따라 ‘국가면제의 원칙이 계속됨을 확인시켜 주고 있다.⁸²⁾

또한 국제관습법상 국가에 의한 중재합의(ICSID협약 기준)를 통하여 자국내의 소송을 포기하는 것은 반드시 집행단계에서의 국가면제를 포기하는 것이 아니

77) 이재민, 전제논문, p. 313.; 水島 朋則, “投資仲裁判斷の執行に關する問題”, RIETI Discussion paper Series 13-J-078, RIETI, p. 18.; <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/13120005.html>.

78) Dolzer and Christoph, *op. cit.*, p. 241.; UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010, p. 67.; http://unctad.org/en/docs/diaaia200911_en.pdf.

79) ICSID협약 제54조 1항.

80) 다만, ICSID협약에서는 중재판정 취소절차가 있어서 중재판정의 원활한 집행을 저해할 우려가 있다. 또한 ICSID협약에 준거하지 않는 중재판정에 대해서는 뉴욕협약 제5조에 집행 거부사유가 열거되어 있다.

81) 이러한 예로는, 미국의 Foreign Sovereign Immunities Act나 영국의 State Immunity Act가 있다.

82) ICSID협약 제55조.

다.⁸³⁾ 이러한 이유로 국가는 근대적인 국가면제를 들어 중재판정의 집행을 거부하는 경우도 상정할 수 있다. 근래에는 상업적 거래에 대하여 국가면제이론을 제한하는 판례가 등장하고 있으나 투자자 개인이 한 국가를 상대로 압류 등의 법적수단을 강구하는 것은 실무적으로 어려움이 많다.⁸⁴⁾

근래 국제사법재판소(The International Court of Justice: ICJ)는 국가의 재산이 정부적 비상업적 활동을 위해 이용되지 않는 경우 등 일정한 경우에는 국가면제의 원칙이 적용되지 않는다고 판결하고 있으나⁸⁵⁾, 이 경우에는 국가면제의 원칙이 적용되지 않는 범위가 제한되어 있다. 물론 국가면제에 의해 국가재산에 대한 집행이 배제되었어도 국가가 중재판정에 따를 법적의무에는 변함이 없다. ICSID협약상 모든 계약국은 중재합의가 있는 경우 자국에 외교적 보호를 요청하거나 국제손해배상을 청구할 수 없지만, 중재판정의 이행을 거부하는 경우에는 예외적으로 자국에 외교적 보호권을 요청할 수 있고⁸⁶⁾, 국제사법재판소(ICJ)에 제소할 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 실제적으로는 자국법원에 의한 중재판정의 집행은 국가면제에 의해 제한적이기 때문에 투자자 본국이 중재판정의 집행을 강구한 사례는 거의 없다.⁸⁸⁾

과거 중남미국가들은 서방 강대국의 자국민투자보호를 구실로 한 군함외교(gun boat diplomacy)에 대항하여 ‘칼보이론(Calvo doctrine)’⁸⁹⁾을 들어 투자분쟁이 발생하면 외국투자자는 본국정부에 외교적 보호를 요청하지 말고 현지국의 국내법정에서 투자분쟁을 해결하여야 한다고 주장했었다.⁹⁰⁾ 그러나 현재의 추세는 세계화, 글로벌화의 진전에 따라 대부분의 중남미국가들도 투자관련 분쟁에 있어서 국가면제를 포기하고 뉴욕협약이나 ICSID협약에 가입함으로써 FTA 및 BIT에서 국제중재를 적극 도입하고 있는 실정이다. 분쟁의 당사자인 국가가 중재합의를 하였음에도 불구하고 중재절차에서 국가면제를 주장한다면 투자분쟁에 있어 중재제도는

83) 오원석·김용일·이기욱, “ICSID중재판정의 승인과 집행에 관한 제고찰”, 무역상무연구 제62권, 한국무역상무학회, 2014, p. 99, p. 106.

84) 經濟産業省通商政策局編, 전게서, p. 726.

85) Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening), I. C. J., Judgement (Feb. 3, 2012), para. 118 참조.

86) ICSID협약 제27조 1항.

87) ICSID협약 제64조.

88) 福永有夏, 國際經濟協定の遵守確保と紛争處理, 有斐閣, 2013, p. 437.

89) 칼보이론(Calvo doctrine)은 아르헨티나의 국제법학자 칼보(Carlos Calvo)가 주장한 이론으로, 특정국과 외국인(개인)간의 금전채무계약에서 외국인은 계약에 관한 모든 사항에서 재류국 국민으로 간주되며, 어떠한 경우에도 본국정부에 외교적 보호를 요청해서는 안된다는 이론을 말한다.

90) 외교적 보호권을 행사하면 외국인투자자의 재산권 침해에 대한 보호차원을 넘어 정치적으로 비화될 가능성이 있으며, 투자가 여러 국가에 설립된 중간단계의 법인을 두고 이루어지는 경우 외교적 보호권행사의 주체국을 결정하는 것도 어렵다고 한다(신희택, 전게논문, pp. 194~195).

무용지물이 될 것이다. 이러한 입장은 판례에서도 일관되게 지지되고 있다.⁹¹⁾

따라서 ICSID의 중재절차는 국가를 상대로 제3국에 제소하는 경우, 당해 국가는 타국에서 소송의 대상이 될 수 없다는 국가면제를 이유로 거부하는 경우 유용하게 활용할 수 있는 분쟁해결제도이다.⁹²⁾ 현재 대부분의 BIT에서는 계약국간에 적용가능한 분쟁해결수단으로써 중재조항을 포함시키고 있으며, 간혹 협의(consultation)나 협상(Negotiation)으로 대체하기도 한다.

4. 투자유치국의 투자협정중재 회피

최근에는 투자유치국이 투자협정중재를 회피하는 움직임이 나타나고 있는데, 이러한 움직임은 투자협정중재가 투자자를 구제하고 있다는 관점에서의 성과와는 완전히 다른 것으로, 향후 투자중재협정의 활용가능성을 저하시키는 요인이 될 수 있다.⁹³⁾ 이들 국가는 투자협정중재에 투자자들의 제도적인 편견이 있음을 주장하고, 국가주권이나 유연한 정책 폭을 확보할 필요가 있다는 점을 근거로 들고 있다. 구체적으로는 볼리비아, 에콰도르, 베네수엘라 등이 ICSID협약 제71조에 따라 ICSID협약을 탈퇴한 바 있으며, 아르헨티나 등도 탈퇴를 고려하고 있다.⁹⁴⁾ 또한 인도는 EU, 오스트라리아, 뉴질랜드 등과의 투자협정 체결과정에서 중재조항을 제외할 것을 검토하였다.⁹⁵⁾

예를 들면, 한국에서 론스타사건의 경우 ICSID 중재절차를 이용하는 경우 ICSID 중재인명부에 한국인이 적고, 미국인이 상대적으로 많다는 이유를 들어 불공정의 우려를 나타내고 있다. 실제로 최근 ICSID협약 및 AFR에 따라 임명된 중재인, 조정인 및 특별위원회 구성원의 국적을 살펴보면, 총 1,723명중 프랑스 181명, 미국 178명, 영국 148명, 스위스 101명, 캐나다 99명, 스페인 84명, 호주 60명, 독일 57명,

91) 서철원, 전제논문, p. 216.

92) 중국이 1998년까지 체결한 BIT에는 ISDS와 관련하여 국내중재절차만 가능하도록 하였으나, 중국 기업의 해외투자가 활발해지기 시작한 1999년부터 체결된 중국의 BIT에는 ISDS를 위한 국제중재가 가능하도록 하는 조항이 증가하고 있으며, FTA투자협정에서는 기존 BIT보다 진전된 내용의 분쟁해결절차를 포함시키고 있다.

93) 經濟産業省通商政策局編, 전제서, p. 727.

94) 다만, 탈퇴에 따른 효력은 탈퇴 통지 직후에 발생하는 것이 아니고, 통지일로부터 60일 경과 후에 탈퇴의 효력이 발생한다(ICSID협약 제71조). 또한 ICSID협약으로부터 탈퇴하여도 개별 투자협정의 효력에는 영향이 없으며, BIT에 따른 중재판정의 집행도 뉴욕협약에 의해 보호되는 경우가 대부분이다.

95) "BIT of Legal Bother," Business Today, May 27, 2012.; <http://businesstoday.intoday.in/story/india-planing-to-exclude-arbitration-clauses-from-bits/1/24684.html>.

멕시코 53명, 칠레 48명, 이탈리아 46명, 벨기에 43명, 네덜란드 39명, 뉴질랜드 37명, ..., 한국 3명 등으로 나타났다.⁹⁶⁾ 그러나 그동안 ICSID 중재사건의 경우 대부분 미국과 중남미 국가들이 활용해 왔고, 미국이 그동안 123건의 당사자로 참여한 점과 한국이 처음임을 고려하면 ICSID 중재인이 적을 수밖에 없는 것은 당연하다고 할 수 있다.⁹⁷⁾

ICSID 협정에 따르면, 분쟁이 발생하면 분쟁당사자가 각각의 중재인을 선임하고, 상호 동의하에 의장중재인을 선임하는 것으로 되어 있으며, 상호 동의에 이르지 못하는 경우 ICSID 사무국이 의장중재인을 지명하는 것으로 되어 있다.⁹⁸⁾ 분쟁당사자가 선임한 각각의 중재인에 대해서는 일방 당사자에 의한 중재인 기피가 있어도 정통성의 문제는 거의 발생하지 않지만, 분쟁당사자 이외의 제3자에 의한 중재인 선임은 상당히 불투명한 임명과정을 거치고 있어서 투자중재제도의 정통성을 훼손한다는 비판이 있다.⁹⁹⁾ 특히 ICSID 운영이사회 의장은 IBRD의 총재이고, 전통적으로 미국인이 임명되고 있으며, 당사자들이 선정하는 중재인들도 대부분 미국과 유럽의 중재전문법률가들로써 상당수가 국제적 기업의 업무를 대리하고 있는 대형로펌의 변호사출신이기 때문에 자연스럽게 투자자에 동정적인 판정을 내릴 가능성이 높다고 한다.¹⁰⁰⁾

또한 투자협정중재의 경우에는 어느 정도 분쟁절차나 당사자의 주장, 중재판정이 공개되어 투자유치국은 평판의 저하를 가져오고, 투자자는 주가하락 등의 기업 이미지 저하를 가져오는 불편함이 존재한다. 그리고 투자자가 현지에서 계속적으로 사업을 영위하고자 하는 경우에는 현지 정부와의 관계악화나 매스컴 등의 보도에 의해 다른 사업에도 악영향을 미칠 수 있다. 따라서 FTA, EPA투자 장(Chapter)이나 BIT 위반에 따른 분쟁해결수단으로 반드시 투자중재로 한정할 필요가 없다.

96) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 20.

97) 高安 雄一, 米韓FTAの眞實, 學文社, 2012, pp. 18~19.

98) ICSID협정 제37조 2항 및 제38조.

99) 福永有夏, 전계서, p. 228, p. 442.

100) 신희택, 전계논문, p. 215.

IV. ISDS 중재제도에 대한 대응방안: 조정의 활용가능성

1. 조정의 의의

불가피하게 투자분쟁이 발생하는 경우에는 양당사자가 분쟁을 회피하거나 초기 단계에서 해결하는 것이 최상의 방법이다. 이러한 측면에서 소위 ‘대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution: ADR)’이나 ‘분쟁예방정책(Dispute Prevention Policies: DPPs)’은 유용하다고 할 수 있다. ADR이나 DPPs는 개별 국제투자협정에서 특정한 언급 없이 국제투자협정에 포함되어 있거나 국내적 수준에서 이행될 수 있다. 조정(Conciliation)이나 중개(Mediation)와 같은 구속력 없는 ADR은 경직된 방식으로 법을 적용하는 것이 아니라 양당사자가 수용 가능한 분쟁해결방식으로 평가된다. ADR은 시간과 비용을 경감시키고 수용가능한 해결책을 제시함으로써 분쟁의 확대를 방지하고 양당사자간의 우호적인 관계를 유지시켜주는 역할을 한다.¹⁰¹⁾ ICSID의 2004년 및 2005년도 연차보고서에서는 투자협정중재의 문제점이 드러나고, 중재신청건수가 급증함에 따라 투자분쟁에 대해서도 조정의 활용을 권장하고 있는 추세이다. 이러한 사상은 또한 ISDS를 위해 5대 개혁방향(five paths of Reform)을 규정하고 있는 2013년도 UNCTAD의 세계투자보고서에서도 언급되고 있다.

일반적으로 중재는 중립의 제3기관으로부터 분쟁당사자에 대하여 법적 구속력 있는 판정을 내리는 것으로 되어 있으나, 조정(Conciliation)은 분쟁당사자간의 합의에 의하여 분쟁해결을 목적으로 한 비재판적 절차이며, 중재와 비교하여 비공식적이고 유연한 방법으로 절차가 진행되고 있다. ICSID협약 제28조-제35조 및 ICSID 조정규칙(ICSID Conciliation Rules)은 조정절차의 개시부터 조정안의 도출과정을 규정하고 있다.

2015년 6월말 현재 ICSID 및 AFR에 부탁된 투자분쟁 건수는 총 575건으로 나타났다. 이 중에서 ICSID협약 중재사례는 470건(89.5%), ICSID AF 중재사례는 46건(8.8%), ICSID협약 조정사례는 7건(1.3%), ICSID AF조정사례 2건(0.4%)으로 집계되고 있으며, 이중 75%는 조정위원회의 보고서가 발행되었으며 25%는 조정이 중단된 것으로 보고되고 있다.¹⁰²⁾

101) UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010, p. 17, p. 60, pp. 195-196.; http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.

102) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 8, p. 16.

2. 조정의 유용성과 한계

ICSID 조정절차를 활용하면 중재에 비하여 많은 시간과 비용을 절감할 수 있는 장점이 있다. ICSID의 조정실적을 보면, 9건중 6건이 조정절차에 의해서 분쟁을 해결한 것으로 나타나고 있는데, 조정의 개시부터 종료에 이르는 기간은 통상 8개월에서 27개월이며, 평균 17개월인 것으로 나타났다. 이러한 기간은 중재가 평균 3.6년(42개월)임을 감안하면 분쟁해결기간이 1/2이하로 매우 짧은 것이다. 중재와 비교하여 조정의 가장 큰 장점은 분쟁을 조기에 해결하고 우호적인 관계를 지속함으로써 투자자의 투자활동을 계속적으로 영위할 수 있다는 점이다. 투자자가 현재 진행하고 있는 장기프로젝트, 예를 들면, 석유·가스개발사업, 광물자원개발사업, 가스의 파이프라인을 통한 수송사업, 각종 사회간접자본시설확충사업 등 장기계약(long-term contracts)에 의한 사업의 경우 투자자와 투자유치국간의 계약을 계속 유지할 수 있을 것이다.

또한 조정은 중재에 비하여 상대적으로 기밀을 보장할 수 있는 장점이 있다. 일반적으로 상사중재는 기밀성(confidentiality)이 전통적으로 가장 중요한 장점의 하나로 인식되지만, 투자중재의 경우에는 상당히 많은 배상금지급문제로 인하여 공익(public interest)의 관점에서 공개(openness)와 투명성(transparency)에 대한 요구가 점차 증가하고 있다.¹⁰³⁾ 반면에 조정인으로부터 제안된 화해제안은 중재판정에 비하여 정형화(formal)되지 않고, 화해에 이른 과정에 대하여 설명이 불필요하므로 어느 정도 기밀을 유지할 수 있는 장점이 있다.¹⁰⁴⁾

그러나 화해에 따라 배상금을 지불하는 경우 국가의 예산지출에 대한 정당성을 확보하기 어렵다는 단점이 있다. 또한 투자분쟁은 점차 투자유치국의 공익이나 중요한 경제정책, 자원정책 등에 관한 것이기 때문에 투자유치국이 여론을 고려하여 화해를 기피할 가능성도 있다. 아울러 투자자측에서도 투자자가 기업인 경우 중재판정부의 객관적 판정이 아닌 조정에 의한 화해를 수궁하기는 어렵다는 단점도 있다. 최악의 경우를 상정하면, 조정안이 성립되어도 일방 당사자가 당해 조정안을 이행하지 않으면 다시 조정안의 이행을 위한 중재 또는 재판절차를 하여야 하는데, 이는 조정의 가장 큰 폐해가 될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 다만, 조정은 당사자간의 합의로 성립되어 조정안이 제시된다는 점에서 임의이행율이 중재보다 높게 나타날 것으로 판단된다.

103) Dolzer and Christoph, *op. cit.*, p. 286; 이재민, 전계논문, pp. 305~306; 신희택, 전계논문, p. 201.

104) Barton Legum, "The Difficulty Conciliation in Investment Treaty Cases: A Comment on Professor Jack C. Coe's 'Toward a complementary Use of Conciliation in Investor-State Dispute-A Preliminary Sketch'," *MEALEYS International Arbitration Report*, Vol.21, April 2006, p. 2.

105) 經濟産業省通商政策局編, 전계서, p. 729.

3. 조정의 활용가능성

조정은 상호간의 협의와 양보를 거쳐 분쟁을 자주적으로 해결하고, 중국판결에 의한 일도양단적인 해결을 지양함으로 분쟁당사자들이 계속적으로 우호관계를 유지할 수 있도록 한다. 또한 분쟁에 대하여 상호이해와 양보가 중요시됨으로써 분쟁 사안을 정확히 직시할 수 있고, 동일한 분쟁을 사전에 예방할 수 있으며, 신속하고 경제적인 분쟁해결을 도모할 수 있다는 장점이 있다. 투자관련 협정은 협상의 큰 테두리를 설정하고 있는 것에 지나지 않고 협약국간의 명확한 권리·의무관계를 정하고 있는 것은 아니다. 투자분쟁해결의 목적은 협정위반을 신속하게 중지시키거나 그에 따른 금전적 손해배상을 하는 것이지 분쟁당사자간의 변명에 대한 시비를 판단해 주는 것이 아니다.¹⁰⁶⁾ 그러나 투자자의 사적인 손실을 구제하기 위하여 투자유치국의 국내법에 대한 시정조치는 국내법질서에 대한 긴장을 높이는 것이 되므로 지양하여야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

중재절차가 진행되는 과정중일지라도 조정을 통한 화해도 가능하기 때문에 실제적으로도 적지 않은 분쟁이 중재절차 진행 중에 화해를 통하여 우호적으로 해결되고 있다. 실질적으로 중재부탁사건의 64%가 중재판정부에 의해 처리되었으나, 36%는 화해 등의 이유로 분쟁이 해결되거나 중재절차가 종결되었다.¹⁰⁸⁾

ICSID 조정의 법적구속력에 대해서는 ICSID협약 및 조정규칙에는 어떠한 명시적 규정도 없지만, 학설상 ICSID 조정의 결과로 도출된 화해에는 법적 구속력이 있는 것으로 평가된다.¹⁰⁹⁾ ICSID 중재의 경우에는 중재판정의 집행이 보장되고 있으나, 조정의 경우에는 집행단계에서 구속력이 없기 때문에 조정의 당사자는 화해에 따른 의무를 준수하지 않는 경우 별도로 의무이행을 위한 중재나 재판을 화해안에 포함시키기도 한다.¹¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 ICSID 조정에 의한 화해의 경우에는 당사자간의 합의로 성립된다는 점에서 제3자의 판단에 따른 중재판정의 불복보다는 임의이행율이 높고, 투자자는 투자유치국과의 원만한 협상에 의해 현지국에서 비즈니스활동을 계속 영위할 수 있는 우수한 장점이 있다. 특히 최근에 중국이

106) Margrete Stevens & Ben Love, *Investor State Mediation: Observation on the Role of Institutions*, paper presented at the 2009 Conference on Global Resolution: Cost-effective Settlement in International Arbitration, November 26, 2009.

107) 福永有夏, 전계서, p. 436, p. 447.

108) ICSID, (*Issue 2015-2*), *op. cit.*, p. 13.

109) Christoph H. Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed, 2009, p. 451.; Nassib Ziade, *ICSID Conciliation*, NEWS FROM ICSID, Vol.13/2, p. 3, p. 6.

110) UNCITRAL 조정규칙은 각주에서 화해 중에 중재조항을 포함시키는 것을 검토할 수 있도록 규정하고 있다.

체결한 FTA에는 중재, 조정 및 중재패널(arbitration panel)을 통해 화해지향적인 접근방법으로 투자분쟁을 해결하도록 규정하고 있는 경우¹¹¹⁾가 상당히 많다. 이러한 점은 중국이 경제대국으로서의 위치에서 협상력의 우위에 따른 결과라기보다는 전통적으로 분쟁을 우호적으로 해결함으로써 지속적인 선린우호관계를 형성하고자 하는 유교문화권의 영향이 크다고 할 수 있다.¹¹²⁾

V. 결 론

ICSID 자료에 따르면 ISDS로 인한 분쟁은 2015년 6월말 현재 525건이고, 이 가운데 456건(86.8%)가 최근 15년 동안(2000년 이후)에 발생하였다는 점을 고려할 때, 이러한 분쟁건수는 FTA 및 BIT의 진전과 더불어 향후에도 계속적으로 증가할 것으로 예상된다. 우리나라도 최근 정부차원에서 국제투자유치를 활성화하고 있으며, 각 지방자치단체들도 경쟁적으로 투자유치를 추진하고 있는 가운데 지방자치단체장의 정치성향과 잦은 투자정책변경으로 인하여 투자분쟁이 증가될 것으로 예상되는 바, ISDS 제도의 문제점을 파악하고 이에 대한 실무적 대응방안을 제시하는 연구는 국익을 위해서라도 반드시 필요하다.

1980년 후반부터 세계 각국의 해외직접투자(FDI)는 급속도로 확대되고 있으며 투자유치국, 특히 개발도상국에서는 자국산업을 보호하고 육성하기 위하여 외화유출에 엄격한 제한을 설정하는 등 외국투자자 및 투자에 대한 다양한 요구를 하고 있다. 지역무역협정(EPA/FTA) 및 BIT에서는 협정의 적용·해석을 둘러싼 분쟁이 발생하는 경우 (1) 계약국간 분쟁을 해결하는 제도와 (2) 일방 계약국의 투자자와 투자유치국간의 분쟁해결방법이 설정되어 있다.

특히 ICSID의 중재절차는 투자분쟁을 전문적으로 해결하기 위해 마련된 것으로서 투자분쟁의 대부분이 동 절차에 따라 해결되고 있지만, ICSID 중재제도는 앞에서 지적한 바와 같이 적지 않은 문제점을 내포하고 있는 것도 사실이다.

ICSID 중재절차는 WTO에서와 같이 국가가 분쟁당사자가 되는 국가간의 통상분

111) 예를 들면, 중국-칠레 FTA 제83조, 중국-싱가포르 FTA 제95조, 중국-뉴질랜드 FTA 제187조, 중국-코스타리카 FTA 제144조, 중국-ASEAN 포괄적 경제협력골격협정에 관한 분쟁해결협정 제5조 등.

112) 이러한 점은 우리나라가 체결한 FTA에서도 자주 나타나는데, 예를 들면 한-칠레 FTA 제19.5조, 한-페루 FTA 제23.5조 제3항, 한-ASEAN 포괄적 경제협력골격협정에 관한 분쟁해결협정 제4조 등. 그러나 한-미 FTA 또는 한-EU FTA에서는 이러한 규정이 없다.

쟁이 아니고 일방 당사자가 사인이라는 측면에서 대부분 대규모의 투자활동이 가능한 다국적기업이 당사자가 되고 있다. 이러한 다국적기업은 막대한 자금력과 인적자원을 바탕으로 경제개발단계에 있는 투자유치국에서 경제적으로 막대한 영향력을 행사할 수 있다. 또한 투자자와 투자유치국간 분쟁이 발생하면, 통상적으로 투자유치국의 정부정책이 분쟁사안의 주요쟁점으로 부각되고 있는 바, 중재절차에서 투자유치국의 정부정책을 심리하게 되어 주권침해의 가능성이 제기되며, 투자유치국은 주권면제를 주장하기도 한다. 통상적으로 ISDS의 중재절차는 일반 상사 중재와는 달리 중재절차가 평균 3-4년 장기간 소요되며, 막대한 변호사비용이 소요되고, 중재판정의 결과에 따라 천문학적인 손해배상 비용이 발생한다는 점에서 한계가 지적되고 있다. 또한 투자분쟁에 대한 중재판정에 대해서는 중재판정취소의 소가 증가하고 있으며, 판정에 따른 배상금지급 등의 이행이 쉽게 이루어지지 않고 있어 결국에는 당해 투자유치국 정부를 상대로 강제집행 등의 법적절차를 행하여야 하는데 실질적인 어려움이 존재한다.

이러한 ICSID의 중재절차를 통한 분쟁해결방법의 한계성으로 인하여 그 대안으로 투자분쟁 조정(Conciliation)이 거론되고 있다. 조정은 양당사자가 임의로 합의하여 조정절차가 진행되며 조정안이 성립되면, 중재절차에 비하여 상대적으로 임의 이행율이 높다는 장점이 있다. 또한 조정절차의 기간이 통상적으로 8-24개월로 짧으며, 이에 소요되는 비용도 저렴한 것으로 평가되고 있다. 무엇보다도 투자자와 투자유치국간의 우호적인 분쟁해결로 투자자는 투자활동을 지속할 수 있으며, 투자유치국도 대외적인 신뢰도를 잃지 않으면서 국내투자유치활동을 전개해 나갈 수 있는 큰 장점이 있다. 다만, 투자분쟁 조정의 경우에는 심리절차가 공개되지 않아 기밀유지가 가능하다는 점은 장점이지만, 역으로 조정안의 도출과정과 결과가 투명하지 못하여 NGO 및 관련 산업분야 이익단체에 의한 비난을 감수하여야 할 것이다.

결론적으로 투자자와 투자유치국간의 투자분쟁에 대해서는 투자협정상의 분쟁 해결절차에 따라 당해 투자분쟁을 해결하도록 유도하고, 투자자의 지속적인 투자활동을 전개하기 위해서는 중재절차 이외에도 투자분쟁 조정제도를 통하여 유연하게 대처해 나가야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김상균, “투자자 중재에 있어서 중재합의 방식에 관한 검토”, *홍익법학* 제15권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2014.
- 김세훈·김종호, “FTA시대의 정책분쟁 연구: 투자자-국가간(ISDS) 사례 분석을 통한 발생 구조 탐색”, *한국사회와 행정연구* 제19권 제1호, 서울행정학회, 2008.
- 김용일·홍성규, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, *중재연구* 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012.
- 박원영 외, *국제투자법*, 박영사, 2012.
- 서철원, “국가와 사인간의 국제중재가 주권면제에 미치는 영향”, *서울국제법연구* 제1권 제1호, 서울국제법연구원, 1994.
- 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재”, *서울대학교 법학* 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 오원석·김용일·이기욱, “ICSID중재판정의 승인과 집행에 관한 제고찰”, *무역상무연구* 제62권, 한국무역상무학회, 2014.
- 이동욱, *FTA시대의 국제비즈니스법과 분쟁사례*, 도서출판 원, 2010.
- 이병조·이중범, *국제법신강*, 일조각, 1996.
- 이재민, “국제분쟁해결절차의 비교법적 고찰”, *서울대학교 법학* 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 정수봉, *한-미 FTA 투자 분야연구*, 법무부, 2008.
- 조희문, “국제투자조약상 포괄적 보호조항(Umbrella Clauses)의 해석에 관한 연구”, *중재연구* 제19권 제2호, 한국중재학회, 2009.
- 최승환, “한-중 자유무역협정(FTA)상의 분쟁해결규칙에 대한 법정정책 제언”, *경희법학* 제47권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2012.
- 최원목, *해외 투자기업들의 한-미 FTA ISDS 활용을 위한 가이드라인 연구*, 한국경제연구원, 2012.
- 홍성규, “투자자-국가간 분쟁해결제도를 활용한 FTA접근전략”, *무역연구* 제11권 제1호, 한국무역연구원, 2015.
- 高安 雄一, *米韓FTAの眞實*, 學文社, 2012.

- 經濟産業省通商政策局編, 2015年版 不公正貿易報告書: WTO協定及び經濟連携協定・投資協定から見た主要國の貿易政策, 産業構造審議會レポート, 2015.
- 福永有夏, 國際經濟協定の遵守確保と紛争處理, 有斐閣, 2013.
- 水島 朋則, “投資仲裁判斷の執行に関する問題”, RIETI Discussion paper Series 13-J-078, RIETI. <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/13120005.html>.
- ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2015-2)*.
- JUNJI. NAKAGAWA, *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, 2013.
- Legum. Barton, “The Difficulty Conciliation in Investment Treaty Cases: A Comment on Professor Jack C. Coe’s ‘Toward a complementary Use of Conciliation in Investor-State Dispute-A Preliminary Sketch’,” *MEALEY’S International Arbitration Report*, Vol.21, April 2006.
- Lee, Jaemin, “Introduction of an Appellate review Mechanism for International Investment Dispute”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, No. 1, 2014.
- Lucy. Reed, et al., *Guide to ICSID Arbitration*, 2rd, Kluwer Law International, 2011.
- Schreuer. Christoph H. et al, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of other States*, 2nd ed, Cambridge, 2009.
- Yaraslau. Kryvol, *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, Kluwer Law International, 2010.
- UNCTAD, *World Investment report*, 2013.
- UNCTAD, *Investor-State Dispute: Prevention and Alternative to Arbitration*, 2010. http://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf.
- UNCTAD, *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No.1, 2014.
- UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, United Nations, 2014.

ABSTRACT

The Problems and Countermeasures of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism

Sung-Kyu HONG

Investor - State Dispute Settlement (ISDS) grants a foreign investor the right to access an international arbitrator, if he believes actions taken by a host government are in breach of commitments made in an investment agreement or an investment treaty. The arbitration procedure of ICSID is made specifically to resolve investment disputes, so most of investment disputes have been settled in accordance with the procedure.

Owing to limitation of dispute settlements through the ICSID arbitration procedure, several investment dispute conciliation schemes have been emerged as alternatives. In the case of a conciliation, the conciliation procedure will be in progress based on arbitrary agreement between parties, and if both parties agree on a conciliation program, then the arbitrary execution rate is relatively higher than that of arbitration procedures.

In addition, it is evaluated that the time duration of conducting a conciliation procedure is in general rather short in 8 to 24 months, and its incumbent cost is also rather inexpensive.

Most of all, through amicable settlement of a dispute between a foreign investor and a host state, the foreign investor may continue his investment activities without a hitch, while the host state may invite more investment without any risk of losing its external credibility.

In conclusion, it is desirable to lead any investment dispute between a foreign investor and a host state settle in accordance with the dispute settlement procedure as specified in the relevant investment agreement. In addition, to make the foreign investor continue his investment activities, it will be necessary to provide a separate investment dispute conciliation system aside from such arbitration procedures to cope any unexpected incident flexibly.

Keywords : ISDS, BIT, ICSID, Investor, Investment Dispute, Arbitration, Conciliation.