仲裁硏究, 第 25 卷 第 2 號
2015년 6월 1일 발행, pp. 71~96
http://dx.doi.org/10.16998/jas.2015.25.2.71

논문접수일 2015. 5. 27.
심사수정일 2015. 5. 28.
게재확정일 2015. 5. 30.

ICSID 중재판정 취소제도

Annulment System of ICSID Arbitral Award

김상찬*
Sang-Chan Kim

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. ICSID 중재판정 취소절차 개관
Ⅲ. ICSID 중재판정 취소제도의 한계
Ⅳ. ICSID 중재판정 취소제도의 바람직한 운용방안
Ⅴ. 결론
참고문헌
Abstract

주제어 : 국제투자분쟁해결센터(ICSID), 중재판정, 중재판정의 취소, 투자협정중재, 중재판정

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

Ⅰ. 서론

1950년대 이후 국제거래가 증가함에 따라 개발도상국은 선진국 자본에 대한 수요가, 그리고 선진국은 개발도상국의 자원 및 노동력에 대한 수요가 크게 증가하게 되었다. 그러나 선진국의 투자자들은 개발도상국 투자에 따른 자본회수에 관하여 불안감을 가지고 있었고, 이를 해소하기 위하여 개발도상국의 주권을 침해하지 않으면서 분쟁을 해결할 수 있는 방안을 모색하게 되었다.[1] 말하자면 개발도상국 내에 외국인투자를 촉진하기 위해서는 투자분쟁을 공신력 있는 국제중재기구와 중재에 적용할 국제적으로 통일된 절차적 준거법의 확보가 필요하였다. 투자자로서는 투자계약의 이행과 분쟁처리가 투자유치국의 입법과 정치적 영향으로부터 자유롭다는 것을 제도적으로 보장받을 수 있기 때문이다.[2]

이러한 요구에 따라 1965년에 세계은행의 주도로 '국가와 타방 국민간의 투자분쟁해결을 위한 협약'[3](이하 'ICSID협약'이라고 함)이 제정되었고, 이 협약에 근거하여 국제투자분쟁해결센터(이하 'ICSID'라고 함)[4]가 설립되었다. ICSID는 조정 또는 중재방식을 통하여 협약 체약국과 기타 체약국 국민 간에 발생한 국제투자분쟁의 해결절차를 제공하고 있는데, ICSID를 통한 국제투자 중재는 1972년부터 1996년까지는 연간 3-4건에 불과하였으나, 1997년부터 급속도로 증가하여 2003년 이후에는 매년 30건에서 50건 정도의 중재가 이루어지고 있고 2014년까지 총 497건에 이르고 있다.[5]

한편, 2012년 12월까지 ICSID 중재판정에 대한 취소현황을 살펴보면, 취소신청 총건수 51건 중에서 판정 전체 또는 일부가 취소된 것은 11건, 취소신청이 각하된 것은 18건, 취소신청이 취하된 것(또는 종료된 것[6])이 11건, 계속 중이 11건으로 나타나고 있으며,[7] 이러한 통계를 보면 ICSID 특별위원회는 중재판정 취소에 매우 적극적이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 ICSID 중재판정 취소제도는, Schreuer가 말하는 '제3세대'[8]를 거쳐 새로운

1) 국제투자는 투자자와 투자유치자 외에도 투자유치국이 거래에 개입하는 경우가 많고, 투자유치국의 개입은 투자자로 하여금 소송을 통해 분쟁을 해결하고자 하는 의지를 약화시키고 중재를 통한 분쟁해결을 선호하게 만든다(김경배, "투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 대상이 된 투자자 보호원칙에 관한 연구", 「중재연구」 제19권 제1호, 2009, 128면).

2) 김용일, "ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구", 「한국무역상무학회지」 제37권, 한국무역상무학회, 2008.2, 134면.

3) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, U.N.T.S., VOL.575, p.159.

4) the International Center for Settlement of Investment Disputes <http://icsid.worldbank.org/>.

5) 최근 통계를 보면, 2003년 31건, 2004년 27건, 2005년 27건, 2006년 23건, 2007년 37건, 2008년 21건, 2009년 25건, 2010년 26건, 2011년 38건, 2012년 50건, 2013년 40건, 2014년 38건이며, ICSID는 웹사이트에서 중재에 관한 통계를 수시로 변경하여 제공하고 있다(http://icsid.worldbank.org/).

6) 경비 미납에 의한 것이다. Regulation 14(d),(e), Administrative and Financial Regulations of the ICSID.

7) <http://icsid.worldbank.org/>.

8) C Schreuer, 'Three Generations of ICSID Annulment Proceedings', in E Gaillard & Y Banifatemi(eds),

단계로 들어서고 있다. 특히 2006년의 Mitchell 대 콩고사건,[9] 2007년의 CMS 대 아르헨티나 사건,[10] 2009년의 MHS 대 말레이시아 사건,[11] 2010년의 Sempra 대 아르헨티나 사건,[12] Enron 대 아르헨티나 사건,[13] CAA와 Vivendi 대 아르헨티나 사건[14] 등의 취소결정에서 보이는 특별위원회의 태도는 원 판정에 대한 지나친 간섭이라는 비판을 받았던 제1세대로의 회귀가 아닌가하는 의문을 가지게 하고 있다.[15]

ICSID중재판정 취소제도는 그 초기에 이른바 '불량'이었던 것은 주지의 사실이다. 1985년의 Klöckner v. Cameroon 사건과 1986년의 Amco v. Indonesia 사건의 취소결정은 취소절차에서 중재판정에 대한 실질적 재심사가 이루어지고 상소절차와 다른 취소절차의 한계를 넘어섰다는 심한 비판을 받았다.[16] 하지만 이 초기의 태도는 비교적 단기간에 수정되어 그 이후의 특별위원회는 원 중재판정부의 '적용되어야 할 법을 적용하지 않은 것'과 '법의 적용의 잘못'을 명확히 구별하게 되었다. 적용되어야 할 법의 부적용은 명백한 '월권(越權)'이 되어 원 판정이 취소되는 데 비하여 후자는 그렇지 않다. 최근의 특별위원회 취소결정에서 중재판정의 실질적 재심사가 다시 이루어지고 있는지 대한 검토는 이러한 과거의 초기불량에 관한 경험에 근거하여 이루어져야 한다.

ICSID 중재판정 취소제도와 관련된 기존의 국내논문은 다수 존재한다. ICSID 중재제도 전반을 소개하거나 투자계약서 작성시 중재조항의 유효성 문제 등에 관하여 다루고 있는 연구도 있고,[17] ICSID 중재판정 재심제도 또는 취소제도를 직접 다룬 논문도 있다. 예컨대 2012년 하현수의 연구에서는 국제투자 중재판정의 취소사유와 판정취소제도의 문제점

Annulment of ICSID Awards, Juris Publishing Huntington, 2004, 17.

9) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7. Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006.

10) CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 130.

11) Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009. 이 사건의 평석으로서, 野見山陽子, "投資協定仲裁判斷例研究(8)-ICSID仲裁の對象となる投資の概念と權限踰越による仲裁判斷の取消", 「JCAジャ-ナル」 57卷 4號, 2010, 26面.

12) Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentina Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010. 이 사건의 평석으로서, 濱本正太郎, "投資協定仲裁判斷研究(15)-適用すべき法の誤適用と權限踰越による仲裁判斷の取消", 「JCAジャ-ナル」 57卷 10號, 2010, 25面.

13) Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010.

14) CAA & Vivendi v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Desision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 August 2010.

15) 濱本正太郎, "投資協定仲裁の公的性質とICSID仲裁判斷取消制度の新展開", 「法學論叢」 170卷 4·5·6號, 有斐閣, 2011, 396面.

16) 당시의 논의상황에 관하여, 河野眞理子, "投資紛爭解決國際センタ-における仲裁判斷のコントロ-ル", 「國際法外交雜誌」 97卷 1號, 1998, 32面.

17) 김도경, "ICSID 중재판정의 실효성에 관한 소고", 「통상법률」 제106호, 법무부, 2012; 오원석, "국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 「무역학회지」 제31권 제4호, 한국무역학회, 2006; 오원석, "ICSID 중재이용을 위한 투자계약서상의 중재조항의 유효성과 추가쟁점", 「통상정보연구」 제9권 제4호, 한국통상정보학회, 2007; 김상호, "ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰", 「중재연구」 제13권 2호, 한국중재학회, 2004; 장승화, "국제투자분쟁의 해결", 「법학」 제42권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2001; 장복희, "국제투자분쟁해결본부(ICSID)의 중재제도", 「법학연구」 제7권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2000 등.

및 대응방안을 중심으로 연구하고 있고,[18] 2008년 김용일의 연구에서는 중재판정 취소사유, 취소절차 및 효과를 중심으로 연구하고 있으며, 2013년 김용일의 연구에서는 ICSID재심제도 전반을 다루고 있다.[19]

본고에서는 위 연구들을 바탕으로 하면서, ICSID 중재판정 취소절차를 개관한 후, 이 제도의 운용과정과 그 한계에 대하여 살펴보고 본질적으로 불완전한 이 제도를 어떻게 운용해야 할 것인가를 중심으로 검토하고자 한다.

Ⅱ. ICSID 중재판정 취소절차 개관

1. 취소제도의 특성

ICSID 중재판정의 취소는, 일반 상사중재판정과는 달리[20] ICSID의 임시 중재감독기구로 지정된 '특별위원회(ad hoc committee)'에 의하여 판정의 취소여부가 결정된다. 특별위원회의 중재판정 취소여부 결정은 ICSID 중재판정에 대한 당사국 법원의 부당한 간섭을 회피할 수 있을 뿐 아니라 종국성을 보장받는다. 왜냐하면 ICSID 협약은 당사자가 중재판정에 대한 어떠한 상소도 제기하는 것을 허용하지 않으며 ICSID 협약에 규정된 구제수단 이외의 다른 구제수단을 허용하지 않고 있기 때문이다.[21]

2. 중재판정 취소신청 및 절차

중재판정의 취소를 신청하고자 하는 당사자는 중재판정이 내려지면 120일 이내에 ICSID 사무총장에게 취소를 신청해야 한다. 다만 독직을 이유로 취소신청을 할 때에는 독직을 발견한 날부터 120 이내에, 그리고 어떠한 경우라 할지라도 판정이 내려진 날부터 3년 이내에 이러한 신청을 해야 한다(ICSID협약 제52조 제2항). 취소신청은 동 협약 제52조 제1항의 사유를 근거로 제기되어야 하는데, 신청서를 접수하면 사무총장은 취소신청의

18) 하현수, "국제투자중재의 판정취소제도에 관한 연구", 「관세학회지」 제13권 제2호, 한국관세학회, 2012.

19) 김용일, 전게 "ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구"; 김용일, "ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구-중재판정의 취소사례를 중심으로-", 「국제상학」 제28권 제3호, 한국국제상학회, 2013.

20) 상사중재에서는 중재판정부에서 내린 판정이 일정한 절차적 요건을 갖추지 못하였거나 이를 위반하는 경우에 당사자의 청구에 의하여 중재판정지국 법원이 중재판정을 취소함으로써 중재판정의 효력을 상실시킬 수 있다.

21) 동 협약은 어떠한 국제조직 및 국내법원의 중재판정에 대한 심사 및 감독도 배제하고 있다. 당사자는 단지 ICSID 협약의 규정에 근거하여 특별위원회를 이용하는 방법만이 존재한다. 이는 일종의 내부구제제도라 할 수 있다(Aron Broches, Awards Renderd Pursuant to the ICSID Convebtion: Binding Force, Finality, Reorganization, Enforcement, Execution, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2(2), 1987, 287-334).

거부사유 유무를 확인하고 이상이 없으면 즉시 3인으로 구성된 특별위원회의 위원을 중재위원단(Panel of Arbitration)에서 선정하여 임명해야 한다. 위원회의 위원은 판정을 내린 판정부의 중재인이어서는 아니 되며, 분쟁당사국이나 그의 국민이 속한 국가에 의하여 지명되어서도 아니 된다. 또한 위원은 동일한 분쟁의 조정인(conciliator)으로 활동하지 않았어야 한다. 위원회는 제1항의 취소사유에 규정된 사유를 근거로 판정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있으며(동조 제3항), 판정이 취소될 경우 그 분쟁은 어느 일방 당사자의 신청에 의하여 협약에 따라 구성된 새로운 중재판정부가 맡게 된다(동조 제6항).

3. ICSID 중재판정 취소사유

ICSID중재판정 취소사유는 ICSID협약 제52조 제1항에 열거하고 있는 사유에 한하며, 취소신청서에 이들 사유를 명시하여야 한다. 동 조항은 중재판정 취소사유로서, ①중재판정부 구성의 부적절, ②중재판정부의 명백한 월권, ③중재인의 독직(瀆職 corruption), ④기본적인 절차규칙의 중대한 위반, ⑤판정문에 판정 이유 불명시 등 5가지를 규정하고 있다.[22] 이처럼 ICSID 협약에서는 ICSID 중재를 이용하는 당사자가 판정의 실체문제를 이유로 중재판정에 대한 심사를 신청할 기회에 대한 어떠한 규정도 두지 않고 있다. 이는 ICSID 특별위원회에 절차문제 만을 심사할 권한을 주어 중재의 절차적 공정성을 보호하고자 하였기 때문이다.

한편, 지금까지의 중재판정 취소 사례를 살펴보면, 위의 취소사유 중 ①중재판정부 구성의 부적절과 ③중재인의 독직을 사유로 한 경우는 발생하지 않았고, 대부분 나머지 세 가지 사유를 근거로 해서 취소를 신청하고 있으며, 통상적으로 ICSID 중재판정은 한 가지 취소사유로 인해서 취소되지 않고 두 개 이상의 사유가 동시에 적용되는 경우가 빈번하다고 한다.

②'중재판정부의 명백한 월권'이란 중재판정 내용이 중재합의 약정범위 또는 법에 근거하여 중재가능성이 없는 경우를 의미하는데, 이는 중재판정부의 관할권 관련문제와 중재판정부의 법률적용과 관련한 문제로 나눌 수 있다. 관할권 결함과 관련해서는, ICSID 협약이 중재판정부가 스스로 자신의 권한을 결정할 수 있다고 규정하고 있어(동 협약 제41조 제1항), 특별위원회가 관할권 결함을 이유로 중재판정부의 월권을 인정하는 것은 쉽지 않다.[23] 그러므로 중재판정부의 명백한 월권 여부를 판단하는 것은 주로 중재판정부의 법률적용과 관련한 문제라고 할 수 있다. 실제로, Klöckner사건, Amco사건, MINE사건[24]의

22) ICSID 중재판정 취소사유에 대하여 자세히는, 김용일, 전게 "ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구", 135-147면; 하현수, 전게논문, 236-240면 참조.

23) 실례로, 나중에 살펴보는 Klöckner 대 카메룬 사건에서 Klöckner가 ICC중재를 약정하고 있다는 이유로 ICSID에 관할권이 없다고 주장하였으나 받아들여지지 않았다.

특별위원회는 모두 '법률적용의 오류' 또는 '법률해석의 오류'는 명백한 월권에 해당하지 않지만, '준거법확정 오류' 또는 '준거법 미적용'의 경우에는 중재판정을 취소할 수 있다고 하고 있다. 즉 중재판정부가 ICSID 협약 제42조[25]를 위반한 경우에만 중재판정을 취소할 수 있다는 것이다.

④'기본적인 절차규칙의 중대한 위반'에서 기본적인 절차규정이란, 중재판정부가 쌍방당사자를 평등하게 대우하고 쌍방당사자 모두에게 진술 및 답변의 기회를 평등하게 부여하는 것을 의미한다.[26] Klöckner사건에서는 중재판정부가 적대적인 감정을 가지고 공정하지 않게 처리하였다고 주장하였고, Amco사건에서는 중재판정부가 입증책임을 당사자에게 분배하면서 당사자를 평등하게 대우하지 않았다고 주장하였으며, MINE사건에서는 쌍방당사자가 제시한 손해배상계산방식을 채용하지 않은데 대하여 기본적 규칙을 위반하였다고 주장하였으나, 모두 받아들여지지 않았고, 다만 Amco사건 특별위원회가 제2차 판정취소 심사에서 중재판정부가 일방당사자의 주장에 대해 타방당사자에게 변론의 기회를 부여하지 않았다는 이유로 판정 일부를 취소하였다.

⑤'판정문에 판정 이유 불명시'[27]의 경우, 실제적으로 정상적인 상황에서는 이유를 기재하지 않은 판정이 내려질 수 없을 것이다. 그렇지만 판정이유가 지극히 논리적이지 않거나 판정주문과 모순된 이유를 열거하는 경우에도 이유가 기재되었다고 인정할 수 있는가 하는 문제가 발생할 수 있다. 즉 판정이유가 상호 모순되거나 판정과 그 이유 간에 상관관계가 없는 경우에도 이유가 명시되었다고 인정할 수 있는가 하는 문제이다. 판정이유가 상호 모순된다는 것은 판정에 이유를 기재하지 않은 것과 일반적으로 동일시되고 있다. 판정이유의 상관관계와 관련해서는, Klöckner사건과 Amco사건 특별위원회는 판정의 이유가 '충분한 상관관계, 합리적으로 받아들여진, 또는 합리적 상관관계' 기준에 부합되지 않는 경우에 판정은 이유를 명시하지 않은 것으로 보아야 한다고 하고 있다.[28]

---

24) Klöckner v. Cameroon, Decision on Annulment, 3 May 1985; Amco Asia corporation and others v. Republic of Indonesia, Decision on Annulment, 16 May 1986; MINE v. Guinea, Decision on Annulment, 22 December 1989.

25) 동 협약 제42조는 "①판정부는 당사자가 합의하는 법률의 규정에 따라 분쟁을 해결해야 한다. 이러한 합의가 없는 때에는 분쟁 체약당사국의 법률(법률의 충돌에 관한 동 국의 규정을 포함) 및 적용할 수 있는 국제법 규칙을 그 분쟁에 적용하여야 한다. ②판정부는 법의 부존재나 불명을 이유로 명확하지 않다는 판결을 내릴 수 없다. ③제1항과 제2항의 규정은 분쟁당사자가 합의하는 경우 형평과 선의 원칙에 따라 분쟁을 해결할 판정부의 권한을 침해하여서는 아니 된다."라고 하고 있다.

26) Aron Broches, Observations on the Finality of ICSID Awards, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 6(2), 1991, 321-380.

27) ICSID 협약은 뉴욕협약 및 UNCITRAL 모델중재법 등 일반적인 상사중재관련 규칙들과는 달리 이것을 중재판정취소사유로 규정하고 있다.

28) 그러나 특별위원회가 판정이유가 '충분한 상관관계'가 있는지 여부를 심사하는 경우에는 '취소'와 '상소'의 경계를 넘어설 수 있으며, 이는 판정에 대한 '실체적 감독'를 하는 것으로 특별위원회로 하여금 상소판정부의 기능을 갖도록 하는 것이라는 비판을 받기도 한다(Aron Broches, supra note 26, 326).

Ⅲ. ICSID 중재판정 취소제도의 한계

1. 투자자 편향적인 제도

UNCITRAL 모델중재법과 이를 수용한 대부분의 국가의 중재관련 법률에서는 중재판정 취소사유의 하나로, '공공질서 위반'을 규정하고 있는데, ICSID 협약의 중재판정 취소사유에서는 이를 포함하지 않고 있다. 이 취소사유를 포함시키지 않은 이유는 공공질서 위반여부를 판단하기 위해서는 '절차적 공공질서' 뿐만 아니라 '실체적 공공질서'에 대해서도 판단을 해야 하는 때문이라고 한다. 실체적 공공질서 위반여부를 확인하기 위해서는 중재판정의 내용이 ①국가가 보호하기를 원하는 정의 및 도덕과 관련된 기본원칙, ②국가의 기본적인 정치, 사회 또는 경제이익을 보호할 목적으로 제정된 법규, ③기타 국가 또는 지역에 대한 국제의무를 존중해야 하는 국가의 의무 등을 위반하였는지 확인하여야 한다. 이처럼 중재판정이 실체적 공공질서를 위반하였는지 여부를 확인하기 위해서는 중재판정의 내용까지도 심사해야만 하는데, 이러한 결과는 ICSID 협약의 제정 취지와는 달리 투자유치국 정부의 간섭을 강화시킬 수 있기 때문에 협약을 제정하는 과정에서 이를 제외시켰다고 한다.[29]

한편, 이미 살펴본 바와 같이 ICSID 중재판정에 대하여 패소당사자는 중재판정에 대한 어떠한 상소도 제기하는 것을 허용하지 않으며 ICSID 협약에 규정된 구제수단, 측 ICSID 특별위원회에 의한 취소절차 이외의 다른 구제수단을 허용하지 않음으로써 패소당사자의 국내법원 등을 통한 구제수단도 원천적으로 봉쇄되어 있다.

이와 같이, 국제투자분쟁을 해결하기 위한 ICSID 중재는 투자자 편향적인 관점에서 출발하였다.[30] 그래서 ICSID 중재절차를 이용하여 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 판정의 심사·감독에 있어서 투자유치국 정부 및 법원을 완전히 배제시키고 있는 것다.[31] 따라서 중재판정 패소당사자가 ICSID 중재판정에 대하여 불만을 가지고 있더라도 ICSID 특

29) ICSID 협약 제정 당시는 국가 간의 투자가 지금처럼 활성화되지 이전이었기 때문에 투자자 입장에서는 투자유치국의 조치에 의하여 자신의 투자이익이 상실될 수 있다는 염려가 높았으며 투자유치국의 입장에서도 국내에 부족한 자본을 해외로부터 유입하여 경제발전을 해야 할 필요성이 높았기 때문에 이러한 투자자와 투자유치국 간의 상호 이해관계에 맞물려 협약이 제정된 것이다. 따라서 동 협약은 상대적으로 유리한 투자자 및 투자국의 입장을 우선적으로 반영하여 제정되었고, 그 결과 동 협약의 판정취소사유에 공공질서 위반이 포함되지 않게 되었다 (하현수, 전게논문, 243면).

30) Schill, Stephen W, Crafting the International Economic Order: the Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator, Leiden Journal of International Law, 23(2), 2010, 1-15.

31) White, William W. Burke & Andreas von Staden, Private Litigation in a Public Law Sphere: the Standard of Review in Invest-state Arbitration, Yale Journal of International Law, 35(2), 2010, 283-346.

별위원회에 판정취소를 신청하였으나 동 신청이 받아들여지지 않는 경우에는 중재판정 집행지국 법원은 달리 심사할 권한이 없음에 따라 동 판정을 집행하여야만 한다.[32] 즉 집행지국 법원은 최악의 경우 정당성이 결여되어 있는 ICSID 중재판정에 대해서도 이를 집행하여야 하는 경우가 발생할 수도 있게 된다.[33]

2. 국제투자중재 구제수단의 불일치

대부분의 투자보장협정 및 FTA는 투자자와 투자유치국 간의 투자관련 분쟁에 대하여 ICSID 중재 및 UNCITRAL 중재규칙을 이용한 임시중재를 이용할 수 있다고 규정하고 있으며, 또한 당사자 간 합의가 있는 경우에는 스톡홀름상업회의소, ICC등의 상설중재기관을 이용하여 중재할 수 있"다고 규정하고 있다. 그리고 심지어 당사자 간의 합의로 투자자의 국가 또는 투자유치국의 중재기관을 이용해서 분쟁을 해결할 수 있다고 규정하고 있는 경우도 있다.[34] 말하자면, 대부분의 투자관련 협정은 당사자 간에 합의를 한 경우에 이용할 수 있는 중재기관과 합의를 하지 못한 경우에 이용할 수 있는 중재기관을 각각 구분하여 규정하고 있다.[35]

당사자 간에 합의를 통하여 중재기관을 지정하는 경우에는 별개의 문제이지만, 당사자 간에 합의를 하지 못하여 당사국 간 체결한 투자보장협정 및 FTA의 규정에 약정된 중재기관을 이용하는 경우에, 당사자 간에 별도의 합의를 요구하지 않는 ICSID 또는 UNCITRAL 중재규칙을 이용하여 중재를 제기할 수밖에 없고, 어떤 중재기관 또는 중재규칙을 이용하여 중재판정을 받는가에 따라서 패소당사자가 판정결과에 대하여 대항할 수 있는 구제수단은 다르게 된다.[36] 분쟁당사자의 유·불리가 분쟁의 내용이 아니라 선택한 중재기관에 따라 달라지는 것은 바람직하지 못하다.[37]

---

32) ICSID 협약 제53조 제1항은, "판정은 당사자를 구속하며 본 협정에 규정된 바를 제외하고는 어떠한 상소나 또는 기타 어떠한 구제수단에도 그 대상으로 되지 아니한다. 각 당사자는 본 협약의 관계조항에 따라 집행이 유예되어 있는 범위를 제외하고는 판정의 조건을 준수하고 이를 따라야한다"고 하고 있다.

33) 하현수, 전게논문, 236면.

34) 한·칠레FTA와 한·EFTA FTA에서는 분쟁해결을 위한 이용 가능한 중재규칙으로서 ICSID와 UNCITRAL 중재규칙으로 한정하고 있으며, 한·미 FTA와 한·싱가포르 FTA에서는 양당사자가 합의하는 경우 기타의 중재규칙이나 중재기관도 당사자가 이용할 수 있도록 허용하고 있다(김상호, "한·미FTA 투자분쟁 중재제도 연구", 「중재연구」제24권 제1호, 2009, 105면).

35) ICSID 협약은 체약국과 다른 체약국 국민 간에 발생하는 투자관련 분쟁을 관할하므로 투자자의 모국과 투자유치국이 모두 체약국이고 분쟁당사자들이 동 협약을 적용하기로 합의한 경우에 적용 가능하다. 그러나 한·미FTA를 비롯하여 우리나라가 체결한 많은 BIT 및 FTA에서는 투자유치국이 중재로서 분쟁을 해결하겠다는 청약을 항상 하고 있는 상태로 만들고, 투자자가 중재신청을 하는 것 자체가 청약에 대한 승낙이 되도록 하여 손쉽게 중재를 이용할 수 있도록 하였다. 즉 일반 상사중재와는 달리 분쟁당사자간의 중재합의를 별도로 요구하지 않는다(서철원, "투자자 국가간 직접중재에서의 상소 메카니즘의 전망과 법적 쟁점", 「국제법학회논집」 제52권 2호, 2007, 187면).

36) ICSID중재를 이용하는 경우에는 ICSID 특별위원회에만 취소신청이 가능한데 반하여, UNCITRAL 중재규칙을 이용하는 경우에는 중재판정지국 및 중재집행지국 법원 그리고 심지어 이들 법원에 상소를 통해서도 대항할 수 있다.

3. 본질적으로 불완전한 제도

ICSID 중재판정 취소제도는 상소절차가 아니라는 전제 하에 구축되었다. 그러나 이 제도는 초기에 특별위원회가 원 판정에 대하여 실질적 재심사를 함으로써 상소절차와 같은 기능을 하였고, 그 후 이러한 태도가 수정되었으나 최근 특별위원회는 다시 실질적 재심사를 함으로써 초기에 있어서와 같이 원 중재판정에 대하여 지나친 간섭을 하는 태도를 보이고 있다. 법적용의 일관성의 필요성과 관련하여 최근에 ICSID 중재판정에 대한 상소절차의 필요성에 관하여 많은 논의들이 있지만, 예측할 수 있는 장래에 상소절차가 설치될 가능성은 거의 없다고 할 수 있다. 이하에서는 ICSID 설립 당시의 구상과 현실의 취소제도 운영에 있어서 어떠한 괴리와 문제점이 있는지 살펴보고자 한다.

(1) ICSID 설립 당시의 구상

1) 실질적 재심사의 부정

ICSID 협약의 기초과정을 살펴보면,[38] 세계은행이 1963년에 개최된 법률전문가자문회의(the Consultative Meeting of Legal Experts)에 제출한 초안(the Preliminary Draft) 제4조 제13항은 다음과 같이 규정하고 있었다. "(1) 중재판정의 유효성은 어느 일방 당사자에 의해서도 다음의 하나 또는 둘 이상의 이유로 다툴 수 있다. (a) 중재판정부가 그 권한을 넘는 경우(이하 생략)"[39] 이 자문회의에서는 "중재판정부가 그 권한을 넘는 경우" 뒤에 "적용해야 할 법을 적용하지 않은 경우 포함"이라는 문구를 넣을 것이 제안되었는데, 그 이유는 "분쟁당사자가 적용해야 할 법에 관하여 합의할 권한을 가지는 이상, 중재판정부가 그 법을 적용하지 않으면 합의에 반하는 것"이라는 것이다.[40] 이에 대하여 의장은 "이러한 경우 중재인이 중재합의의 문언에 반함을 이유로 중재판정의 유효성을 다툴 수 있을 것"이라고 하였고,[41] 이 문제에 관하여 더 이상의 논의가 되지 않았다. 적용되어야 할 법을 적용하지 않은 경우에는 초안에서 말하는 '월권'이 성립한다는 이해를 하고 있음을 엿볼 수 있다.

---

37) 이에 대한 해결책으로 당사자 간에 합의가 없는 경우에는 ICSID 중재만이 가능하도록 각국간 투자보장협정 및 FTA에 규정하는 것이 바람직하다는 주장도 있다(하현수, 전게논문, 242면).

38) See eg C. Schreuer et al., The ICSID Convention: A Commentary(2nd edn Cambridge University Press Cambridge 2009), 890-1095 [Article 52] , especially 937-938, papas. 130-133.

39) "Section 13.(1) The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal has exceeded its powers,; […] " Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, COM/AF/WH/EU.AS/1 (October 15, 1963), Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention [hereinafter Documents] , vol. Ⅱ, Pt. 1 (ICSID Washington.D.C. 1968) 184, 217.

40) Mr. TSAI (China), Documents, vol.Ⅱ, Pt.1, p.517.

41) The Chaiman (A. BROCHES), ibid., p.518. See also Mr. GHANEM (Lebanon), ibid., p.518.

그러나 협약의 기초과정에서 적용해야할 법의 해석 또는 적용의 오류는 '월권'에 해당하지 않는다는 것이 명확하게 되었다. 법률위원회(the Legal Commitee)가 협약초안(the Draft Convention)[42] (제55조 1항은 ICSID협약 제52조 1항과 거의 같은 문장)[43]을 심의할 때 '적용해야 할 법을 중재판정부가 잘못 적용한 경우에도 취소하는 규정을 추가할 것'이 제안되었지만 중재판정의 종국성을 해친다는 비판이 강하여[44] 다수결로 부결되었다고 한다.[45]

기초과정에서 이 정도로 명확한 결론이 내려졌는데도 불구하고 ICSID 중재판정 취소제도가 시행된 후 당분간 '초기불량'을 경험하게 된 것은 이미 살펴본 바와 같다. Schreuer가 말하는 이른바 '제1세대'[46]의 특별위원회가 원 중재판정을 실질적으로 재심사[47]한데 대하여 많은 비판을 받았지만,[48] 초기부터 "법적용의 잘못(error in judicando)은 취소사유로 인정해서는 안되고, 그렇지 않으면 중재판정에 대한 상소를 간접적으로 도입하는 것이 되어버린다"고 인식하고 있다. 즉 중재판정부가 적용해야 할 법을 잘못 적용하는 것은 당해 중재판정부의 '월권'에 해당하지 않으므로 중재판정이 취소되지 않는다는 이해가 확고하게 공유되고 있었던 것이다.

2) 중재판정 종국성의 우선

일반적으로 "어떠한 법원도 당해 사안의 결정을 좌우하는 법의 오류를 범할 관할권은 주어지지 않는다"[49]고 인식하고 있음에도 불구하고 중재판정부가 법을 잘못 적용하는 것

---

42) Draft Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, September 11, 1964, Documents, vol. Ⅱ, Pt. 2, p.610.

43) 협약초안의 55조 1항(a)의 문언은, ICSID협약 52조 1항(e)와는 약간 다르지만, 본고와의 관계에서는 거의 차이가 없다.

44) "It would be unfortunate to open endless possibilities for one party to frustrate or delay the proceedings": Mr. BURROWS (United Kingdom). Documents, vol. Ⅱ, Pt. 2, p.852. See also Mr. van SANTEN (Netherlands), ibid.; TSAI (China), Documents, vol.Ⅱ, Pt. 1, p.518.

45) Documents, vol.Ⅱ, Pt.2, p.852.

46) 주석자들은 특별위원회의 판정을 연대별로 3개의 세대로 나누어 기술하고 있는데, 1980년대 Klöckner사건, Amco사건에 대한 취소결정에서 특별위원회는 원판정에 대한 본안검토를 행함으로써 지나친 간섭을 했다는 비판을 하면서 이들 취소판정이 첫 번째 세대라는 의미로 '제1세대'라고 부르고 있다(Schreuer, supra note 8; I. Marboe, ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited, in International Investment Law for the 21st Centry, eds. Binder et al, Oxford University Press, 2009)

47) 다만, ICSID협약 기초과정의 의장이었던, Aron Broches는 1985년의 Klöckner v. Cameroon 사건과 1986년의 Amco v. Indonesia 사건 결정을 옹호하고 있다. Aron Broches, Observation on the Finality of ICSID Awards'6(1991) ICSID Rev. FILJ 321(360-369); Aron Broches, On the Finaliyt of Awards: A Reply to Michael Reisman, 8 (1993) ICSID Rev. FILJ 92.

48) 특히, Amco v. Indonesia 사건 결정에 대하여 강한 비판이 있었다. 예컨대, E Gaillard La jurispudence du CIR야(Pedone Paris 2004) 195-196 [para dans(1987) Clunet] ; MB Feldman The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards'2(1987) ICSID Rev. FILJ 85(102); T de Berranger, L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique'(1988) Revue de l'arbitrage 93(112); GR Delaume The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments 5(1989) Arbitration International 21(31-32); WM Reisman The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration, (1989) Duke L. J. 739(785-787); J. Paulsson ICSID's Achievements and Prospects 6(1991) ICSID Rev. FILJ 380 (389-390).

49) Pearlman v. Harrow School(C.R.) [1979] 1Q. 56. 70.

이 '월권'이 되지 않는다고 일반적으로 생각되고 있는 이유는 무엇일까? ICSID협약 제52조 1항(b)의 문언해석에서 이러한 견해가 생기는 것이 아니라, ICSID 협약의 기초과정에서 중재판정의 종국성과 법적용의 정확성 간의 형량[50]에서 이러한 결론이 나온 것이라고 할 수 있다. 만약 법적용의 잘못이 '월권'에 해당된다고 하면, "ICSID 중재판정의 취소에는 한계가 없게 되어버리기 때문"[51]이다.

따라서 ICSID 중재판정 취소절차에서 법적용의 정확성보다도 중재판정의 종국성이 우선되는 이유를 검토할 필요가 있다. 우선, 적용해야 할 법을 잘못 적용하는 것이 월권에 해당하지 않는다고 주장하는 대부분의 학설이 국제상사중재에서 중재판정의 취소에 관한 국내 판례나 학설에 의거하고 있는 바,[52] 일반적으로 국제상사중재에서는 "상급법원이 분쟁의 본안사항에 대한 재심사를 인정하는 본래의 의미에서의 상소가 배제되는 것은 당연하다"[53]라고 말하고 있다. 분쟁당사자가 특별히 중재를 선택하였음에도 불구하고 국내 법원, 즉 당사자에 의하여 선임되지 않은 법관이 중재판정에 대하여 실질적 재심사를 할 권한을 가진다면 당사자가 중재를 선택한 의미가 없게 되기 때문이다.[54] 국제상사중재에서 국내 법원에 중재판정의 실질적 재심사를 인정하지 않는 또 하나의 이유는, 중재판정부가 적용해야 할 법을 적용할 때에 가지는 재량에 비추어 '잘못된' 중재판정을 가려내는 것이 쉽지만은 않다는 것이다. "국제통상이나 국제상거래라는 고도로 전문화된 특수한 분야에 정통한 중재인에게는 당연하다고 생각하는 것이 국내법관에는 그렇지 않다고 생각할지도 모르는 것"[55]이다.

물론 예외도 있다. 예컨대 영국의 경우, 중재절차의 당사자는 1996년 중재법[56] 제69조에 규정된 조건 하에서 법적 문제에 관한 중재판정에 대하여 국내법원에 상소할 수 있다. 국내법원이 상소를 받아들이는 요건은 "당해문제가 일반적·공적 중요성을 가질 것, 그리고 중재판정부의 결정에 적어도 심각한 문제가 있다고 생각될 것"[57] 등이다. 스위스의 경우, 1987년의 국제사법[58]에는 이와 유사한 규정이 없지만, 스위스연방법원은 '명백한 법의 오류(uneerreur de droit manifeste)'는 공서에 반하기 때문에 동법 190조[59]에 의하여 원 중

50) 중재일반에 관하여 이 문제를 연구한 것으로서, 玉田大, "國際裁判における權限踰越論(1),(2)", 「法學論叢」 149卷 6號, 2001, 108面, 150卷 5號 2002, 118面.

51) B Pirrwitz, Annulment of Arbitral Awards Under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 23(1988) Taxas J. Int'l L. 73(109).

52) Ibid., pp.103-107. See also de Berranger, supra note 48, 113-114.

53) P Fouchard et al. Traité de l'arbitrage commercial international (Litec Paris 1996) 930.

54) 만약 분쟁이 항상 국내법원에 의하여 종국적으로 결정되어야 한다면 중재합의의 효력을 인정하는 것은 어떤 의미도 없게 될 것이다(Ibid).

55) KP Berger, International Economic Arbitration, Kluwer Law Deventer, 1993, 676-680.

56) Available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/>.

57) Section 69(3)(c)(ⅱ). 그러므로 영국법상의 문제가 생기지 않은 경우에는 법원은 상소신청을 수리할 권한이 없다. Reliance Industries Ltd v Enron Oil and Gas India Ltd, 2002, 1 All E. R. Comm 59, para.33.

58) <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html>.

59) 1. La sentence est définitive dés sa communication. 2. Elle ne peut étre attaquée qué:(…). e. lorsque la

재판정을 취소한다고 판시한 바 있다.[60] 영국중재법과 스위스 연방법원판결은, "중재절차의 종국성의 요청, 결정의 일관성, 법적용의 예측가능성을 확보하기 위하여 일정한 사법심사를 통하여 보다 넓은 공적 이익과의 균형을 고려한 것"[61]으로 보인다.

ICSID중재판정 취소제도가 법적용의 정확성보다 중재판정의 종국성을 우선시하고 있었던 것은 ICSID 중재는 '투자자와 국가 간의 중재'로서 이 중재는 본질적으로 사적인 성질을 가지고 있음을 전제로 하고 있었기 때문이다. 즉 1965년에 ICSID가 설립될 때 ICSID 중재절차에서 다루는 것이 예상되고 있던 것은 '투자자와 국가 간에 체결된 계약에 기초한 중재'였으며,[62] 계약에 기초한 중재판정은 당해 계약의 특정문제를 다루는 것이고 '공적 중요성'을 가지거나 '공서'에 관련된 분쟁이 생기는 것을 예상하지 못했으므로 중재판정의 일관성을 확보할 필요성이 고려되지 않았던 것이다. 그런데 1990년대 후반에 출현된 조약에 기초한 투자협정중재는 이러한 전제를 크게 흔들어놓고 있다.

(2) 제도개정의 곤란

1) 투자협정중재의 비일관성과 상소제도의 필요성

오늘날 투자자는 자신이 투자수입국과 체결하는 투자계약 가운데 중재조항이 포함되어 있지 않더라도 자국과 투자수입국 간에 투자자 대 국가 중재조항을 포함한 투자협정이 체결되어 있는 경우, 당해 협약을 근거로 투자수입국에 대한 중재신청이 가능하게 되었다.[63] 그래서 투자자가 투자유치국에 대하여 중재를 신청하는 건수가 격증하고 있다. 서두에서 살펴본 바와 같이, 1996년 까지는 연 3-4건 정도였던 투자협정중재 신청이 1997년부터 연 10여건에 이르다가 2003년 이후에는 매년 20건에서 50건 정도가 되고 있다.[64] 이렇게 중재절차 신청건수가 급증함에도 불구하고 여러 중재판정부 간에 조정(調整)할 수 있는 구조가 없기 때문에 서로 모순되는 중재판정 사례가 많이 발생되게 된다. 그 전형적인 예가 '투자(재산)'의 정의,[65] 의무준수조항에서 '의무'의 내용,[66] 분쟁처리조항에 최혜국대우조

---

sentence est incompatible avec l'ordre public.

60) Rhóne-Poulenc Rorer Pharmaceuticals c. Roche Diagnostic Corporation. Tribunal fédéral. Ière Cour civile, 17 février 2000, (2002) R. S. D. I. E. 584-585.

61) N Blackaby & C Partasides Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th edn Oxford University Press Oxford 2009, 607.

62) I Fadlallah, La distinction treaty claims-contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI, in C Leben, sous la direction de, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, LGDJ Paris 2006, 205(211).

63) 일찍이 그 중요성을 지적한 연구로서, G Burdeau, Nouvelle perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, 1995, Revue de l'arbitrage 3, 13-14; J Paulsson, Arbitration without Privity, 10, 1995, ICSID Rev.-FILJ 232, 236-241.

64) 전게 각주 5)참조.

65) 伊藤一頼, "投資家・投資財産", 小寺彰編著, 「國際投資協定」, 三省堂, 2010; 伊藤一頼, "投資仲裁の對象となる投資財産の範圍に關する諸問題", 「投資協定仲裁研究會報告書」, 2008; 伊藤一頼, "投資財産および投資家の定義に關

항의 적용가능성,[67] 관습국제법상의 긴급피난요건 충족성,[68] 투자협정상 안전보장조항과 관습국제법상 긴급피난 간의 관계[69] 등이다.

이들 중재판정의 비일관성의 가장 큰 원인은 각 중재사안의 법적 근거가 되는 투자협정이 각기 다르기 때문이다. 현재 3,000여건 정도의 투자협정이 체결되고 있고,[70] 투자수입국이 강구하는 일련의 조치가 어떤 투자협정 하에서는 간접수용에 해당하지만, 다른 투자협정 하에서는 그렇지 않다고 판단하게 되는 경우가 있을 수 있다.[71] 그러나 동일한 협약규범에 관한 중재판정이 달라지는 이른바 '비일관성'의 문제는 심각한 것이다. 예컨대 어떤 특별위원회는 ICSID협약 제25조 1항에서 말하는 '투자'가 투자수입국의 경제발전에 기여하는 것만을 가리키는 것으로 생각하는 반면,[72] 다른 특별위원회는 동 조항의 '투자'에 그러한 제약은 없다고 한다.[73] 더구나 대부분의 투자협정은 완전히 동일하지는 않지만 매우 유사하다. 중재판정부는 당해 사건에 적용되는 투자협정의 특정 조항을 해석함에 있어서 다른 투자협정에 규정되어 있는 유사한 조항에 관한 선행 중재판정 사례를 살펴보는 경우가 많으며, 그 대표적인 경우로 '공정·형평 대우조항'에 관한 일련의 중재판정 사례[74]를 들 수 있다. 따라서 대부분의 투자협정에 들어있는 동일하거나 유사한 규정에 관한 중재판정 사례에 일관성이 결여된다면 법적 안정성과 예측가능성을 크게 해치게 되며,

---

する論点の檢討", 「投資協定仲裁研究會報告書」, 2009; 伊藤一頼, "經濟活動の諸形態と投資財産の槪念", 「投資協定仲裁研究會報告書」, 2010. 이 보고서에 대하여는, <http://www.meti.go.jp/policy/trade-policy/epa/investment.html> 참조.

66) 坂田雅夫, "投資保護條約の傘條項が對象とする國家契約の違反行爲", 「同志社法學」 58卷 2號, 2006, 931面; 濱本正太郎, "投資保護條約に基づく仲裁手續における投資契約違反の扱い", 「RIETI Discussion Paper」 08-J-014, 2008; 濱本正太郎, "投資協定仲裁判斷例研究(24)-義務遵守條約の實體的お手續的效果", 「JCAジャ-ナル」58卷 5號, 2011, 27面.

67) 西元宏治, "投資協定仲裁における最惠國待遇條項の解釋適用", 「JCAジャ-ナル」55卷 9號, 2008, 8面; 西元宏治, "投資協定仲裁判斷例研究(12)-旧社會主義國BITの制限的紛爭處理條項の解釋と紛爭處理條項に對する最惠國待遇條項の適用", 「JCAジャ-ナル」57卷 8號, 2010, 18面.

68) 山田卓平, "最近のICSID仲裁事例における緊急避難をめぐる判斷", 「國際法外交雜誌」 106卷 3號, 2007, 56面; 川瀨剛志, "投資協定におおる經濟的セ-フガ-ドどしての緊急避難", 「RIETI Discussion Paper」 09-J-003, 2009.

69) 荒木一郎, "投資協定仲裁判斷例研究(3)-緊急避難を理由とする投資規制の正當化が認められた例", 「JCAジャ-ナル」56卷 12號, 2009, 2面.

70) UNCTAD Recent Devellopments in International Investment Agreements, 2008-June 2009, 3 (2009) IIA Monitor, U. N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, p.1.

71) Lauder v. Czech Republic, Final Awaed of 3 September 2001; CME v. Czech Republic, Partial Award of 13 September 2001 and Final Award of 14 March 2003. 이에 관하여 상세히는, 中村達也, "國際投資仲裁と竝行的手續", 「RIETI Discussion Paper」 08-J-025, 2008. 이들 두 사건에서 판단의 차이가 기초로 된 투자협정의 차이에 의한다고 하는 지적으로서, S Manciaux Investisseements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Litecs Paris 2004, 465.

72) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006, para.27.

73) Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, para.80

74) 小寺彰, "公正·衡平待遇", 小寺彰編著, 前揭 「國際投資協定」; I Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University Press Oxford 2008; R Kläger, Fair and Equitable Treatment in International Law, Cambridge University Press, 2011.

투자협정중재의 정통성이 문제될 수도 있다.[75] 그러므로 투자협정중재의 '판정'에는 적어도 어느 정도 일관성을 가지고 있을 것이 요구된다.

투자협정중재의 정통성은 또한 다른 각도에서의 문제도 있다. 예컨대 중재판정부는 투자수입국이 국내법에 의하여 취해진 고도의 공공목적을 달성하기 위한 조치(예컨대 환경보호조치)의 협약적합성에 대하여 판단해 줄 것을 요구받을 수도 있다.[76] 그러한 경우 국가가 공공목적을 위하여 강구한 입법, 행정, 또는 사법조치의 합법성을 판단할 권한이 당해 국가의 헌법상 어떠한 지위도 가지지 않는 3명의 중재인에게 주어지고 있는 것이라 할 수 있다.[77] 물론 중재인의 권한은 당해 투자협정에 기초하고 있고 투자수입국도 당연히 그에 동의하고 있지만, 중재판정부가 '효과적이고 설득력 있는' 판정을 하지 않는 한, 중재판정부의 정통성이 문제될 수도 있다. 요컨대 일정한 '품질보증'이 필요한 것이다.

즉 '계약에 기초한 투자자 대 국가 중재'가 상대적으로 사적 성질을 가지는 데 반하여, '투자협정중재'는 보다 고도의 공적 성질을 가진다고 할 수 있다.[78] 국제상사중재의 경우에도, 중재가 공공의 이익에 관한 사항을 다루는 경우에는 중재판정의 실질적 재심사 절차가 요구된다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 ICSID 중재판정 취소제도에서는 중재판정의 실질적 재심사를 하지 않는 것을 전제로 구상되었다. 특별위원회는 원 중재판정이 확립된 '중재판정례'에서 어긋났다거나, 법을 잘못 적용했다는 이유로 당해 중재판정을 취소할 권한을 가지는 것은 아닌 것이다. 이런 이유로 투자협정중재에 상소제도가 필요하다는 주장이 나오고 있다.

2) 상소제도의 비현실성

이러한 상황 하에서, 미국의회는 2002년에 "통상협정 투자조항의 해석에 일관성을 확보하기 위하여 상소기관 또는 유사한 구조를 정하는" 투자관련 규정을 포함한 조약에 대하여 대통령에게 교섭할 권한을 부여하는 법률을 채택하였다.[79] 미국의 2004년 '모델 2국투자보호조약'에서는, 조약당사국이 2국간에서 기능하는 상소기관 설치여부에 관하여 고려해야 한다고 규정하였고,[80] 실제로 미국이 최근에 체결하는 몇몇 조약에서 이러한 취지의

75) See SD Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73, 2005, Fordham L. Rev. 1521, 1545-1546.

76) See generally S Robert-Cuendet Droits de l'investisseur étranger rt protection de l'environnement, Nijhoff Leiden, 2010,

77) 이 각도에서의 비판으로서, Public Citizen NAFTA Capter 11 Investor-to-Stats Case: Bankrupting Democracy, September 2001, especially a section entitled, 'NAFTA Corporate Dispute Resolution: Private Enforcement of a Public Treaty', at 6.

78) See G van Harten, The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the States, 56, 2007, I. C. L. Q. 371, 374.

79) Trade Act of 2002, Public Law 107-210. See 2102 (b) (3) (G) (vi), available at <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h107-3009>.

80) Annex D, 2004 Model BIT, <http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/>.

규정을 하고 있다.[81] 미국의 이러한 적극적인 노력에 대응하여 ICSID 사무국은 2004년에 'ICSID 상소절차'에 관한 의견서를 발표하였다.[82] 그러나 그 이듬해인 2005년에는 기술상·정책상 여러 문제가 있으며 상소절차의 설치는 시기상조라고 생각된다는 비판이 있어서 상소절차 설치를 위한 작업은 진행하지 않는다고 공표하였다.[83]

상소절차 설치 반대론은 다양한데,[84] 그 중에서 대표적인 것이 비용증가에 관한 비판이다. 정말로 투자협정중재 판정례의 일관성을 확보하기 위해서는 '투자자 대 국가 간의 중재'를 인정하는 투자협정 당사국 모두(적어도 대부분)가 동일하고 상설적인 상소절차를 채용하지 않으면 의미가 없다. 그러나 그러한 상설기관 설치 및 유지를 위한 비용을 부담할 의도가 있는 국가는 거의 없고, 또한 상소절차 설치로 절차가 장기화하는데 따른 코스트 증가도 무시할 수 없다는 것이다.[85] 이러한 이유로 2004년부터 광범위하게 논의되기 시작했고, 그 후에도 상소절차 설치를 주장하는 견해가 없지 않지만, 실무적으로는 전혀 움직임이 없는 실정이다.[86]

Ⅳ. ICSID 중재판정 취소제도의 바람직한 운용방안

상소기관이 예측할 수 있는 장래에 설치되지 않는다고 하면, 현재의 불완전한 ICSID 중재판정 취소제도를 어떻게 활용할 것인가에 대하여 고찰하지 않으면 안된다. 투자협정 중재는 질 높고 일관성 있는 '중재판정례'를 필요로 하고 있지만, 그것을 현재의 ICSID 중재판정 취소제도에 기대하는 것은 어렵다. 그러나 그것을 실현시킬 가능성이 있는 상소기관은 설치되지 않을 것이다. 그렇다면 특별위원회 가운데 자신이 가지고 있는 한정적

81) Art 28(10), US-Uruguay BIT, available at: <http://tcc.export.gov/Trade-Agreement/All-Trade-Agreement/Uruguay-BIT.asp>; Art.28(10), US-Rwanda BIT, <http://ustraderep.gov/Trade-Agreement/BIT/Rwa/Section-Index.html>. See also Art. 15. 19(10), US-Singapore FTA. <http://tcc.export.gov/Trade-Agreements/All-Trade-Agreements/exp-007049.asp>; Art 10. 19(10), US-Chile FTA, <http://tcc.export.gov/Trade-Agreements/All-Trade-Agreements/exp-000984.asp>.

82) ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, 22 October 2004, <http://icsid.worldbank.org/>.

83) Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, 12 May 2005, para.4. <http://icsid.worldbank.org/>.

84) See K Yannaca-Small, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement, 1, 2006, OECD Working Papers on International Investment, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/59/360522 82.pdf>. paras.46-56. 보다 일반적으로, KP Sauvant(ed), Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008; 玉田大, "投資仲裁における上訴メカニズム", 「投資協定仲裁研究會報告書」, 2009.

85) See T Wälde, Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?, in Ortino et al.(eds) Investment Treaty Law: Current Issues. vol.1, British Institute of International and Comparative Law London, 2006, 135(140). See also AH Qureshi, An Appellate System in International Investment Arbitration?, in P Muchlinski et al.(eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, 1154(1156).

86) J Clapham, Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and Is There a Need for Reform?, 26, 2009, J. Int'l Arb. 437(463).

권한을 창조적으로 활용하려고 하는 움직임이 나타나는 것도 이상한 것은 아니다. 그렇지만 이러한 창조적 방법에 대해서는 비판도 많고 그 성공여부도 확실하지 않다.

1. 어떤 판정이 '올바른' 것인가?

(1) 취소 없는 실질적 재심사

CMS 대 아르헨티나 사건[87]은 1990년대 말기에 아르헨티나가 금융위기에 대처하여 발표한 아르헨티나의 여러 조치에 대하여 외국투자자가 잇달아 중재를 신청한 일련의 사건 중 하나이다.[88] 신청인은 공익사업면허보유자에게 주어지고 있던 미국의 소비자물가지수에 기초한 요금 조정권을 박탈한 데 대하여 그것이 미국・아르헨티나간 투자보호협정[89]에 반하고, 동시에 동 협정 11조의 안전보장예외조항[90]이나 관습국제법상의 긴급피난에 의하여 정당화될 수 없다고 주장하였다. 중재판정부는 아르헨티나가 동 협정을 위반했다고 인정한 후, 유엔국제법위원회의 국가책임조문 제25조[91]에 반영되고 있는 관습국제법을 검토하고 긴급피난을 원용할 요건이 충족되지는 않는다고 판단하였다.[92] 그런 다음 동 협정 제11조에 대한 검토에서,[93] 아르헨티나의 주장을 명시적으로 각하하지는 않았지만 동조는 관습국제법상의 긴급피난과 동일한 요건을 부과하고 있다(따라서 본건에서는 충족되지 않는다)고 판단하였다.[94]

아르헨티나는 동 중재판정의 취소를 신청하였고, 취소절차에서 특별위원회는 본건 중재판정이 큰 오류를 범하고 있다고 보아 철저한 비판을 행하였다. 특별위원회는 우선, 중재판정부가 미국・아르헨티나간 투자보호협정 제11조의 요건과 관습국제법상의 긴급피난의 요건을 동일하다고 본 것은 "명백한 법의 오류(a manifest error of law)"라고 지적하였

87) CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.
88) 이 사건의 배경, 사실관계에 관하여 상세히는, 川瀨剛志, 前揭論文 참조.
89) <http://tcc.export.gov/Trade-Agreements/All-Trade-Agreement/exp-000897.asp>.
90) "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 interests."
91) "1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) The international obligation in question excluds the possibility of invoking necessity; or (b) The State has contributed to the situation of necessity."
92) CMS v. Argentina, supra note 88, para.33.
93) 이 사건의 특별위원회는, 아르헨티나 자신이 미국・아르헨티나투자보호협정 11조에 관한 주장을 하기 전에, 관습국제법상의 긴급피난에 관한 주장을 하였다는 것을 지적하고 있다(CMS v. Argentina, supra note 10, para.120).
94) CMS v. Argentina, supra note 88, para.357.

다.[95] 그리고 중재판정부가 양자의 관계를 검토하지 않고 모두를 적용한 것은 '또 하나의 법의 오류(another error of law)'라고 비판하였다.[96] 특별위원회는 "중재판정부가 범한 이 두 가지 오류는 중재판정의 주문에 결정적인 영향을 미쳤다"[97]고 까지 하였지만, 다음과 같이 판단하였다.

"본 위원회는 새삼스럽게 ICSID협약 제52조에 기하여 한정적인 관할권밖에 가지지 않는 것을 상기한다. 이 상황 하에서 본 위원회가 자신이 가지는 법적 견해와 사실에 대한 평가를 가지고 중재판정부가 내린 판정을 바꾸는 것은 가능하지 않다. 본 건 중재판정에는 앞에서 서술한 오류나 결함이 있지만 중재판정부가 협약 제11조를 적용한 것은 변함없는 사실이며, 그 적용이 아무리 불충분하고 결함이 큰 것이라 할지라도 적용은 적용이다. 그러므로 명백한 월권은 존재하지 않는다".[98]

이렇게 하여 특별위원회는 본 건 중재판정을 ICSID협약 제52조 1항(b)에 기하여 취소하는 것을 거부하였다.[99]

(2) 취소를 통한 실질적 재심사

Enron 대 아르헨티나 사건,[100] 그리고 Sempra 대 아르헨티나 사건[101]은, CMS 대 아르헨티나 사건과 기본적으로 같은 사실에 기인하고 동일한 협약에 관하여 발생한 분쟁이다. 각 중재판정부도 CMS사건 중재판정부와 거의 같은 이유로 동일한 결론에 도달하였다.[102] 아르헨티나가 긴급상황을 이유로 면책을 주장했을 때, 각 중재판정부는 우선 관습국제법상의 긴급피난 요건이 충족되고 있는지 여부를 검토하였는데 모든 중재판정부가 부정적인 결론을 내렸다.[103] 그리고, 미국・아르헨티나간 투자보호협정 제11조의 안전보장 예외조항을 검토함에 있어서, 각 중재판정부는 관습국제법상의 긴급피난과 동 협정 제11조의 안전보장 예외 간의 관계를 검토하고, CMS사건 중재판정부가 묵시적으로 내린 결론, 즉 이들 양자가 동일한 요건을 규정하고 있다는 것을 명시적으로 인정하였다.[104] 이 단계에서 관습국제법상의 긴급피난의 요건충족이 이미 부정되고 있기 때문에 각 중재판정부는 동 협정 제11조의 안전보장 예외 요건의 충족에 관한 검토가 필요하지 않다고 판정하였다.[105]

---

95) CMS v. Argentina, supra note 10, para.130.
96) Ibid., para.132.
97) Ibid., para.135.
98) Ibid., para.136.
99) 동 특별위원회는 다른 이유로 본건 중재판정을 부분적으로 취소하고 있는데(Ibid., para.97), 이것은 본고의 논의와 관계가 없다.
100) Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.
101) Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16. Award, 28 September 2007.
102) 모두 CMS사건 특별위원회 결정보다 전에 중재판정이 내려진 것이다.
103) Enron v. Argentina, supra note 100, paras 303-313; Sempra v. Argentina, supra note 101, paras 344-355.
104) Enron v. Argentina, supra note 100, paras 333-334; Sempra v. Argentina, supra note 101, paras 376, 378.
105) Enron v. Argentina, supra note 100, paras 334-341; Sempra v. Argentina, supra note 101, paras 388.

각 중재판정부의 판정에 대하여 아르헨티나는 ICSID에 취소를 신청하였다. Sempra사건 특별위원회는 CMS사건 특별위원회와 마찬가지로 중재판정부가 미·아르헨티나간 투자보호협정 제11조의 요건과 관습국제법상 긴급피난의 요건을 동일시한 것을 비판하였다.[106] 그리고 역시 CMS사건 특별위원회와 마찬가지로 중재판정부가 이들 두 가지 규칙이 별개의 상황을 취급하고 있는 점(긴급피난이 위법성 조각사유임에 대하여 동 협정 제11조가 적용되는 경우에는 위법행위가 성립되지 않음)을 놓치고 있다고 지적하였다.[107] 그리고 또한 CMS사건 특별위원회와 마찬가지로 이 '법의 오류'가 월권이 되는지 여부를 검토하였는데, 여기에서 Sempra사건 특별위원회는 CMS사건 특별위원회와 반대의 결론을 내렸다. 즉 Sempra사건 특별위원회는 중재판정부가 우선 동 협정 제11조의 적용을 검토해야 함에도 관습국제법상의 긴급피난의 적용을 검토함으로써, 적용해야 할 법의 특정과 적용에 있어서 근본적인 오류를 범하고, 동 협정 제11조를 적용하지 않음은 명백한 월권이라 하여 중재판정을 취소한 것이다.[108]

Enron사건 특별위원회도 원 중재판정을 취소하였다. 그러나 그 이유는 전혀 다른 것이다. 이 사건 중재판정은 아르헨티나가 행한 조치가 유엔국제법위원회 국가책임조문 제25조 1항(a)에서 말하는 "중대하고 위급하므로 본질적 이익을 지키기 위하여 당해 국가에 남아있던 유일한 방법"이었는지 여부,[109] 또한 아르헨티나가 "긴급상황의 성립에 기여했는지" 여부(동 25조 2항(b))[110]를 검토함에 있어서, 특별위원회는 중재판정부가 위의 25조 1항(a)와 2항(b)에 반영된 규범을 적용한 것이 아니라 경제문제에 관한 경제전문가의 의견을 적용한 것(그러므로 법을 적용하지 않았다)이라고 이해하고,[111] 명백한 월권에 해당한다고 하여 취소한 것이다.[112]

2. 보다 나쁘지 않은 제도는 어떤 것인가?

(1) '취소 없는 실질적 재심사' 방식의 검토

CMS사건 특별위원회는 동 사건 중재판정을 철저히 재검토하고 강하게비판한 후, 중재판정부가 채용해야 했던 결론까지 보여주고 있다. ICSID협약의 당초의 구상을 고려한다면, 이 결정에 관한 Gaillard의 비판은 매우 당연하다. 즉, "상소기관과는 다르게 특별위원

106) Sempra v. Argentina, supra note 12, paras 197-199
107) Ibid., para 200.
108) Ibid., paras 208-209.
109) Enron v. Argentina, supra note 100, paras 308-309.
110) Ibid., paras 311-312..
111) Enron v. Argentina, supra note 13, paras 376-377.
112) 동 특별위원회는 이유의 불명시(ICSID협약 52조 1항(e)도 지적하고 있지만(para. 384), 결정주문은 ICSID협약 52조 1항(b)에 대해서만 언급하고 있다.

회는 중재절차에 있어서 기능부전이 절차의 진행이나 중재판정에 중대한 하자를 주지 않도록 하는 것이 임무이다. 특별위원회는 그 이상의 것을 할 수는 없다. …이러한 심사제도에서, 특별위원회가 다양한 점에 관하여 자신이라면 이렇게 판단하였을 것이라고 서술하는 것은 좋지 않다".[113]

그러나 CMS사건 특별위원회가 이러한 비판을 예상하고 있지 않았다고 생각하기 어렵다. 추측일 수밖에 없지만, 어쩌면 동 사건 특별위원회는 ICISD협약에 의하여 주어진 권한의 범위를 벗어나지 않으면서, 즉 법적용의 오류를 이유로 중재판정을 취소하지 않으면서 그 한도 내에서 자신의 권한을 최대한 활용하려 한 것으로 생각된다. 말하자면 동 사건 특별위원회는 미·아르헨티나간 투자보호협정 제11조나 관습국제법상의 긴급피난에 관한 중재판정부의 판단이 현저한 오류이고, 그것이 이후의 중재판정부에 승계된다면 투자협정중재의 정통성을 해친다고 생각한 것일 수 있다. [114]

CMS 특별위원회가 선택한 이 방법[115]은 법의 오류를 이유로 중재판정을 취소하여 자신을 상소심과 같은 입장이 되는 것을 피했다는 의미에서는 ICISD 중재판정 취소제도의 당초의 구상과 합치하는 것이라고 할 수 있다. 그렇지만 실제적 견지에서 보면, 이러한 대응은 비극적인 결말을 초래할 수도 있다. 본 건 중재판정이 취소되지 않았기 때문에 피신청국인 아르헨티나는 ICISD협약 제54조에 기하여 중재판정 집행의무를 부담하게 된다. 그러나 ICISD 특별위원회로부터 철저한 비판을 받은 중재판정을 집행하는 것이 피신청국 정부가 의사를 가지고 있었다고 해도 정치적으로 가능하거나 현실적일 것인가.[116] 법의 적용에서 명백하게 잘못되어 있다고 하는 지적을 받은 중재판정의 집행을 위하여 국민의 세금을 바치는 재무당국, 그것을 인정하는 야당, 언론매체, 국민이 과연 존재할 수 있을 것인가 하는 문제가 남는다.[117]

---

113) E Gaillard, La jurisprudence du CIRDI vol.Ⅱ, Pedone Paris, 2010, 427.

114) CMS사건 특별위원회의 장을 역임한 Guillaume은 다음과 같이 말하고 있다. "이러한 오류를 이유로 원 중재판정을 취소한다면, 그것은 특별위원회가 권한 밖의 일을 하는 것을 의미하는 것일 것이다. 그러나 원 중재판정이 내린 혼란을 지적하지 않는 것도 아르헨티나와 관련한 40여건 정도의 같은 종류의 중재사안에 관하여 명백하게 잘못된 길을 가는 것을 장려하는 것이나 다름이 없다. 방론으로 견해를 피력하는 대응은 특별위원회의 권한에 관한 선례를 존중하면서도 장래의 중재판정의 방향을 알려줄 수 있는 유일한 방법이었다(G Guillaume, Le recours en annulation dans le systeme CIRDI: De l'insuffisance de motifs dans les sentences du CIRDI, in E Gaillard (ed), The Review of International Arbitrakl Awards, Juris Huntington, 2010, 349(355)). 이러한 입장을 적극적으로 지지하는 견해로서, I Marboe, ICSID Annulment Decisions in International Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Oxford University Press Oxford, 2009, 200(217).

115) 이에 유사한 대응을 보인 것이 이른바 Vivendi Ⅱ사건의 특별위원회이다. 동 위원회는 동 사건 중재판정부를 구성한 중재인의 1인의 중립성에 강한 의문을 나타내면서도 동 사건 절차가 장기간 진행된 점을 고려하여 ICSID협약 1항(d)(절차규칙의 중대한 위반)를 이유로 한 취소는 아니라고 설명하고 있다(CAA & Vivendi v. Argentina, supra note 14, paras 238-242).

116) Voir A Crivellaro, Actualité du contrôle des sentences arbitrales CIRDI in C Leben, sous la direction de, La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, LGDJ Paris, 2010, 221(242).

117) CMS사건에 관해서는, 그 후 신청인으로부터 채권을 구입한 Blue Ridge Investments가 아르헨티나를 상대로 미국법원에 중재판정 집행의 청구를 행하였다. Blue Ridge Investments v. Argentina, Petition for an

(2) '취소를 통한 실질적 재심사' 방식의 검토

Sempra와 Enron 두 사건에서 특별위원회가 채택한 해결방법이 ICISD중재판정 취소제도의 당초의 구상과 동떨어진 것이라는 것은 말할 필요도 없다. 물론 관습국제법상의 긴급피난과 미·아르헨티나간 투자보호협정 제11조의 안전보장 예외 간의 관계에 관하여, Sempra사건 중재판정부가 내린 견해가 아무리 틀린 것이라 하더라도 동 협정 제11조가 적용되고 있는 것은 부정할 수 없다. 중재판정부는 동 협정 제11조를 명시적으로 언급하고 동조를 해석한 결과 관습국제법상의 긴급피난과 같은 요건으로 그것이 기능한다고 판단한 것이다. 또한 Enron사건 중재판정에 관해서는, 그 이유가 지나치게 단순하다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 동 사건 중재판정부는 유엔국제법위원회 국가책임조문 제25조 1항(a) 및 2항 (b)에 대하여 명시적으로 언급하고 그 후에 경제학 전문가의 의견도 고려하여 결론에 도달한 것이다. 물론 그 결론이 '잘못되었다'고 말할 수도 있다. 그러나 동 사건 중재판정부는 적용해야 할 법을 적용함으로써 그 '잘못된' 결론에 이른 것이다.

Sempra와 Enron 두 사건의 특별위원회가 채택한 방법에는 확실한 이점이 있다. 특별위원회가 중재판정은 취소하고 있기 때문에, "잘못되었다"고 선언한 중재판정에 대하여 피신청국에 집행할 의무를 부과하는 것은 아니기 때문이다. 더구나 이 방법은 '중재판정례'의 질 및 일관성의 확보라는 관점에서는 CMS사건 특별위원회가 선택한 방법보다도 훨씬 효과적이다. 최근의 몇몇 특별위원회에서도 특별위원회에서 보아 '오류'라고 생각되는 중재판정을 '명백한 월권'[118]이나 '이유 불명시'[119]를 이유로 취소하고 있고, 이것은 'ICSID 중재판정 취소절차의 창조적인 활용'[120]이 지지받고 있다는 것을 보여주고 있다.[121] 따라서 Sempra와 Enron 두 사건 특별위원회는 자신들의 선택에 대하여 비판이 있을 수 있다는 것은 이미 알고 있었으면서도, 감히 ICSID 중재판정 취소제도의 당초의 구상에서 한 걸음 더 나가는 것이 정당하다고 판단한 것으로 생각된다.

Order Confirming Foreign Arbitral Award and Entering Judgment Thereon. U. S. Dist. Ct. S. D. N. Y., 8 January 2009. 그 후 동 회사와 아르헨티나 간에 화해가 성립되어 법원은 집행청구를 각하하였다(Blue Ridge Investments v. Argentina, Order, U. S. Dist. Ct. S. D. N. Y., 31 August 2009).

118) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, supra note 9, paras. 46-48; Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, supra note 11, para. 80; Helnan v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the ad hoc Committee, 14 June 2010, paras 46-57.

119) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, supra note 9, paras. 38-41.

120) K Yannaca-Small, Annulment of ICSID Award, in K Yannaca-Small (ed), Arbitration under International Investment Agreements, Oxford University Press Oxford, 2010, 603(622-623).

121) 몇몇 특별위원회는 중재판정을 취소하지는 않더라도, 법해석·법적용의 오류는 일정한 경우에는 법의 부적용을 초래한다고 설명하고 있다(Soufraki v. United Arab Emirates, ICSID Case No, ARB/02/7, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki. 5 June 2007. paras.98-102; MCI v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulmwent, 21 March 2007, paras 67-71.

(3) 실질적 재심사 없는 취소제도(불완전하지만 보다 나은 제도)

CMS사건 특별위원회가 채택한 방법은 이미 살펴본 이유로 채택해서는 안되었다고 생각된다. 그 방법은 피신청국 정부로 하여금 철저하게 비판받은 중재판정을 집행하지 않으면 안되는, 정치적으로 지극히 곤란한 입장에 빠지게 하는 까닭이다.

한편 Sempra와 Enron 두 사건 특별위원회가 선택한 방법도 적절하지 않다고 생각된다. 그것이 ICSID 중재판정 취소제도의 당초의 구상에서 어긋날 뿐만 아니라, 이 방법을 선택해도 원하는 결과를 얻을 수 없다고 생각되기 때문이다. 1987년에 Kahn은 다음과 같이 말하고 있다. "특별위원회의 선임은 …그것이 아무리 신중하게 이루어지거나 분쟁당사자의 합의로 이루어졌다 해도, 예컨대 유엔가입국 전체에 의하여 선임된 국제사법재판소의 재판관과 같이 ICSID 협약 가입국 전체를 진실로 대표하는 것이 아니다. 일시적으로 선임되고 있는 방식으로는, …장래 성립할 수 있는 판례법을 약화시키게 될 것이다."[122] 말하자면, "두 번째로 구성된 3명의 패널이 첫 번째로 구성된 3명의 패널보다 더 좋은 판단을 내린다고 장담할 수 없는 것이다".[123] Mitchell사건과 MHS사건이 ICSID 협약 25조의 '투자'에 관한 해석에 대하여 정반대의 결론에 도달한[124] 것(필연적으로 한쪽은 오류를 범하고 있는 것이다)은 여러 특별위원회가 시도해 온 '창조적' 방법의 한계를 명확하게 보여주고 있다.[125]

그러므로 특별위원회는 ICSID중재판정취소제도의 당초의 구상으로 되돌아가야 한다. 말할 것도 없이 여기에 밝은 미래가 있는 것도, 그것이 만능약인 것도 아니다. 그러나 '창조적' 방법은 이점도 있지만 폐해도 있다. 만약 중재판정의 질과 일관성이 꼭 달성되어야 할 목적이라면 그것은 중재판정을 공표하고 상호비판을 되풀이함으로써 도달할 수밖에 없다.[126]

---

122) P. Kahn, Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI, in SFDI La juridiction international permanente, Pedone Paris 1987, 363(377).

123) DD Caron, Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal, 7, 1992, ICSID Rev.-FILJ 21(54).

124) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, supra note 9, paras. 27-31; Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, supra note 11, para.80.

125) See W Ben Hamida, Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control, 24, 2007, J Int'l Arb. 287(303).

126) I Kalnina & D di Pietro, The Scope of ICSID Review: Remarks on Selected Problematic Issues of ICSID Decisions, in Essays in Honour of Christoph Schreuer, supra note 114, 221(241).

Ⅴ. 결론

최근의 ICSID 중재는 대부분 BIT나 FTA에 기초한 '투자협정중재'로서, 이 중재는 본질적으로 공적인 성격을 지니고 있다. 계약에 기초한 중재를 전제로 구상된 ICSID 중재판정 취소제도는 1990년대 후반 이후 출현한 '투자협정중재'로의 급격하게 변화하고 있지만, 여전히 법적용의 정확성보다는 중재판정의 종국성이 우선시 되고 있으며, '중재판정례'의 질이나 일관성을 확보하는 역할을 다하지 못하고 있는 실정이다. 한편 그러한 문제를 해결할 수 있을 것처럼 생각되는 상소기관의 설립은 여러 가지 정치적·제도적 벽에 부딪쳐 가까운 장래에는 실현되기 어렵다.

이러한 흐름가운데, 몇몇 특별위원회가 '중재판정례'의 질과 일관성의 확보를 위하여 자신에게 주어진 권한을 최대한 활용하려고 했던 것은 이해할 수 있는 측면도 있다. 그러나 특별위원회에는 그럴 수 있는 능력이나 권한이 주어지고 있지 않고, 그러한 시도는 한계가 있음을 보여주고 있다. INA(Luccetti) 대 페루사건[127]에서 특별위원회는 다음과 같이 말하고 있다. "자신의 견해를 중재판정부의 견해와 바꾸어놓으려고 하는 것은 …어떠한 의미에서도 특별위원회의 임무가 아니다. 본 건 중재판정부가 채용한 …해석은 있을 수 있는 것이다. 확실히 이 이외에도 있을 수 있는 해석은 존재한다. 특별위원회에 그 중 어떠한 해석이 다른 것보다도 '보다 나은' 것인가를 결정할 임무는 주어지지 않는다."

이러한 입장은 '창조적'인 태도와 비교하여 지나치게 소극적이라고 말할 수도 있겠지만, 불완전으로 가득 찬 이 사회에서는 보다 작은 잘못을 우선 참고 나아가는 것도 때로는 필요하다. 그러므로 ICSID 중재판정 취소제도는 이제 당초 구상했던 자세로 되돌아가서, 비록 불완전하지만 실질적 재심사가 없는 취소제도로서의 본래의 기능을 다해야 할 것이다.

127) Industrial National de Alimentos v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on Annulment, 5 September 2007, para. 112.

참고문헌

김경배, “투자자-국가 분쟁해결(ISDS)의 대상이 된 투자자 보호원칙에 관한 연구”, 「중재연구」 제19권 제1호, 2009.

김도경, “ICSID 중재판정의 실효성에 관한 소고”, 「통상법률」 제106호, 법무부, 2012.

김상호, “한・미FTA 투자분쟁 중재제도 연구”, 「중재연구」제24권 제1호, 2009.

-----, ”ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰“, 「중재연구」 제13권 2호, 한국중재학회, 2004.

김용일, “ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구-중재판정의 취소사례를 중심으로-”, 「국제상학」 제28권 제3호, 한국국제상학회, 2013.

-----, “ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제37권, 한국무역상무학회, 2008.

서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소 메카니즘의 전망과 법적 쟁점”, 「국제법학회논집」 제52권 2호, 2007.

오원석, “국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 「무역학회지」 제31권 제4호, 한국무역학회, 2006.

-----, ”ICSID 중재이용을 위한 투자계약서상의 중재조항의 유효성과 추가쟁점“, 「통상정보연구」 제9권 제4호, 한국통상정보학회, 2007.

장복희, ”국제투자분쟁해결본부(ICSID)의 중재제도“, 「법학연구」 제7권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2000.

장승화, ”국제투자분쟁의 해결“, 「법학」 제42권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2001.

하현수, “국제투자중재의 판정취소제도에 관한 연구”, 「관세학회지」 제13권 제2호, 한국관세학회, 2012.

濱本正太郎, “投資保護條約に基づく仲裁手續における投資契約違反の扱い”, 「RIETI Discussion Paper」 08-J-014, 2008.

--------, “投資協定仲裁の公的性質とICSID仲裁判斷取消制度の新展開”, 「法學論叢」 170卷 4・5・6號, 有斐閣, 2011.

--------, “投資協定仲裁判斷例硏究(24)-義務遵守條約の實體的お手續的效果”, 「JCAジャ-ナル」 58卷 5號, 2011.

山田卓平, “最近のICSID仲裁事例における緊急避難をめぐる判斷”, 「國際法外交雜誌」 106卷 3號, 2007.

西元宏治, “投資協定仲裁における最惠國待遇條項の解釋適用”,「JCAジャ-ナル」55卷 9號, 2008.

------, “投資協定仲裁判斷例研究(12)-旧社會主義國BITの制限的紛爭處理條項の解釋と紛爭處理條項に對する最惠國待遇條項の適用”,「JCAジャ-ナル」57卷 8號, 2010.

野見山陽子, “投資協定仲裁判斷例研究(8)-ICSID仲裁の對象となる投資の概念と權限踰越による仲裁判斷の取消”,「JCAジャ-ナル」57卷 4號, 2010.

玉田大, “國際裁判における權限踰越論(1),(2)”,「法學論叢」 149卷 6號, 2001, 108面, 150卷 5號 2002.

伊藤一頼, “經濟活動の諸形態と投資財産の概念”,「投資協定仲裁研究會報告書」, 2010.

------, “投資財産および投資家の定義に關する論点の檢討”, 「投資協定仲裁研究會報告書」, 2009.

坂田雅夫, “投資保護條約の傘條項が對象とする國家契約の違反行爲”,「同志社法學」 58卷 2號, 2006.

河野眞理子, “投資紛爭解決國際センタ-における仲裁判斷のコントロ-ル”, 「國際法外交雜誌」 97卷 1號, 1998.

荒木一郎, “投資協定仲裁判斷例研究(3)-緊急避難を理由とする投資規制の正當化が認められた例”,「JCAジャ-ナル」56卷 12號, 2009.

Aron Broches, “Awards Renderd Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Reorganization, Enforcement, Execution”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2(2), 1987.

----------, “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 6(2), 1991.

C. Schreuer, Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, in E Gaillard & Y Banifatemi(eds), Annulment of ICSID Awards, Juris Publishing Huntington, 2004.

C. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edn Cambridge University Press, 2009.

E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI vol.Ⅱ*, Pedone Paris, 2010.

G. Guillaume, Le recours en annulation dans le systeme CIRDI: De l’insuffisance de motifs dans les sentences du CIRDI, in E Gaillard (ed), The Review of International Arbitrakl Awards, Juris Huntington, 2010.

I. Marboe, *ICSID Annulment Decisions in International Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press Oxford, 2009.

I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign*

Investment, Oxford University Press Oxford 2008.

K. Yannaca-Small, Annulment of ICSID Award, in K Yannaca-Small (ed), Arbitration under International Investment Agreements, Oxford University Press Oxford, 2010.

P. Kahn, Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI, in SFDI La juridiction international permanente, Pedone Paris 1987.

S. Robert-Cuendet Droits de l'investisseur étranger rt protection de l'environnement, Nijhoff Leiden, 2010.

Schill, Stephen W, "Crafting the International Economic Order: the Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator", *Leiden Journal of International Law*, 23(2), 2010.

White, William W. Burke & Andreas von Staden, "Private Litigation in a Public Law Sphere: the Standard of Review in Invest-state Arbitration", *Yale Journal of International Law*, 35(2), 2010.

ABSTRACT

Annulment System of ICSID Arbitral Award

Sang-Chan Kim

This paper deals with the annulment of the ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes) arbitral award. The annulment of the ICSID is characterized by the fact that it can be made possible through the special committee of ICSID only.

The annulment of the ICSID was constructed on the premise that it is not an appeal procedure. However in the initial period, it was strongly criticized as it allowed new trials or duplicated many of the functions of an appeal and it broke down the boundary between the two systems. Although the trend seemed to be corrected through its 2nd and 3rd generations, it was still criticized for functioning as a new trial. It is approaching its 4th generation.

On the other hand, with the activation of investment agreement arbitration based on ICSID and FTA, a certain degree of consistency is required for the ICSID arbitralaward. Also, with the emphasis on the public features of the arbitration for the investment agreement, the necessity of an appeal system is presented. The ICSID Secretariat published the ″Opinion on the Appeal Procedure″ in 2004 but as the system was criticized as too early due to the cost allocation problem and others, its adoption of an appeal procedure has been delayed.

This paper focuses on how the currently incomplete ICSID arbitration judgment annulment system shall be used. Although it is still hardto expect the quality and consistent arbitral award annulment in the ICSID, this paper suggests that the ″annulment without the actual new trial″ using the restricted authority of a special commission in a creative way shall be pursued rather than just the actual new trial with or without annulment, thus going back to the original concept of the ICSID arbitral award annulment.

Key Words : ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes), Arbitral Award, Annulment of Arbitral Award, Investment Agreement Arbitration, Arbitral Award