

## ICSID 협약 제52조의 계약상 포기에 관한 연구

### A Study on the Contractual Waiver of Article 52 ICSID Convention

김용일\*

Yong-Il Kim

홍성규\*\*

Sung-Kyu Hong

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
  - II. 계약상 포기의 제안사유
  - III. 계약상 포기의 유효성
  - IV. 계약상 포기에 관한 실무상 쟁점
  - V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

**주제어** : 국제투자분쟁, ICSID 협약, 계약상 포기, ICSID 취소제도, ICSID 특별위원회, 중재합의

\* 한국교통대학교 인문사회대학 국제통상전공 부교수, [kyi0407@ut.ac.kr](mailto:kyi0407@ut.ac.kr) (주저자).

\*\* 한국교통대학교 인문사회대학 국제통상전공 교수, [hsk567@ut.ac.kr](mailto:hsk567@ut.ac.kr) (교신저자).

## I. 서론

국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Disputes; 이하 'ICSID')는 국가 법원 등이 ICSID 중재판정의 효력을 금지하거나 부정할 수 없는 ICSID만의 고유한 자체 재심절차를 규정하고 있다. ICSID 협약<sup>1)</sup> 제52조의 취소제도는 ICSID 중재 절차의 공정성 확보를 위한 유일한 검토시스템이며, 나아가 중재 패소자가 ICSID 중재판정의 집행을 막을 수 있는 유일한 기회이다. 그러나 ICSID 중재만의 간결한 취소절차에서 오는 이익에도 불구하고 ICSID 협약 제52조의 운영은 취소사유에 대한 폭넓은 해석, 절차에 따른 과도한 비용 및 시간으로 인해 ICSID 중재 사용자와 주석자들의 비판을 받아왔다. 이러한 비판에 대한 잠재적인 해결책으로 당사자들이 중재계약 체결 시 중재판정에 대한 취소신청 권리를 포기하는 것이 당사자 자치 영역으로 인정되는지, 또는 당사자들이 ICSID 협약 제52조 제1항의 특정 취소사유를 포기하거나 취소심리 시 ICSID 특별위원회(ad hoc committee)의 해석 범위를 제한하는 것을 합의할 수 있는지가 쟁점이 되고 있다.

당사자들이 취소신청에 대한 권리포기를 왜 고려하는지에 대한 다양한 이유가 있다. 우선 특별위원회 위원의 선정절차는 ICSID 사무총장 한 사람의 손에 지나치게 집중되는데, 이는 그동안의 여러 취소사건에서 뿐만 아니라 최근까지 비판의 대상이 되고 있다. 무엇보다 당사자들은 특별위원회 위원을 선정하는데 아무런 의견을 제시할 수 없다는 사실과 선정 과정의 투명성 결여에 따른 문제점이 야기될 수 있음은 물론, 본인들이 선정한 중재인들로 구성된 원 관정부가 최종판정을 내려야 한다는 것이 바람직하다는 견해이다.<sup>2)</sup> 나아가 협약 제52조의 계약상 포기는 취소절차에 따른 비용을 줄이거나 지연을 최소화하고자 하는 실용적 측면에서 동기 부여될 수 있다. 물론 취소절차뿐만 아니라 ICSID 중재절차 자체가 매우 오래 걸리고 비용이 많이 소요된다는 견해도 무시할 수는 없다.<sup>3)</sup> 이러한 ICSID 중재의 단점을 고려한다면 취소신청을 포기함으로써 ICSID 중재절차의 꼬리를 잘라내는 것은 법적안전성뿐만 아니라 여러 단점들을 치유하는데 실질적인 도움을 줄 수 있다. 그러나 가장 큰 장애물은 어떤 형태의 계약상 포기가 가능한지 여부인데, ICSID 협약

1) "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States"으로 '워싱턴 협약' (The Washington Convention)이라고도 하며, 이하 'ICSID 협약'이라 한다.

2) H. Gharavi, "ICSID: the Elephant in the Room," 3 Global Arbitration Review 10, 2015, pp.10~12.

3) 2014년 4월 마이애미에서 개최된 International Congress and Convention Association (ICCA) 개최사에서 Schwabel 판사는 ICSID 중재에 대해 '번영'(flourishing)이라고 언급하면서, 반면 ICSID 중재는 특히 '시간이 많이 걸리고 비싸다'고 강조하였다. S. Schwabel, 'ICCA Miami 2014 Keynote Address' <[http://www.arbitration-icca.org/conferences-and-congresses/ICCA\\_MIAMI\\_2014-video-coverage/ICCA\\_MIAMI\\_2014\\_Opening\\_Ceremony.html](http://www.arbitration-icca.org/conferences-and-congresses/ICCA_MIAMI_2014-video-coverage/ICCA_MIAMI_2014_Opening_Ceremony.html)>, 2018년 1월 5일 최종 방문.

은 그 가능성을 명문화하지 않았으며 그동안 어떠한 중재판정부도 이러한 문제를 다루지 않았다. ICSID 협약 제52조에 대한 계약상 포기의 허용은 ICSID 중재에서 당사자 자치의 한계와 국제조약으로서의 강행규정의 지위에 관한 문제를 야기한다.

계약상 포기에 대한 ICSID 협약의 미비로 인해 계약상 포기 합의가 계약서에 들어갈 수 있는 두 가지 잠재적 시나리오가 있다. 첫 번째는 분쟁 발생 전 당사자들이 투자계약서에 ICSID 중재합의(중재조항, 사전합의)의 일환으로, 두 번째는 투자분쟁 이후 체결된 별도의 합의(중재부탁계약, 사후합의)에서 포기를 명시하는 것이다. 두 가지 선택 중에서 투자계약 체결 시 당사자의 합의를 계약서에 명시하는 중재조항(사전합의)이 유력할 것인 바, 이는 계약서 초안을 작성하는 시점에 어느 당사자도 누가 취소 신청인이 될지 알 수 없으며 중재 패소자가 취소신청 포기 합의에 응하지 않을 것이기 때문이다.<sup>4)</sup>

이러한 이해를 바탕으로 이 논문에서는 먼저 중재판정부의 명백한 권한 유월(逾越)과 관할권(jurisdiction) 해석, 실익이 없는 취소신청 그리고 취소신청에 따른 시간과 비용의 문제를 중심으로 ‘계약상 포기의 제안사유’를 살펴보고(제II장), 이어서 계약상 포기에 대한 유효성의 판단 주체와 국가 중재법을 중심으로 ‘계약상 포기의 유효성’을 고찰하며(제III장), 끝으로 계약상 포기를 반대하는 주장과 계약상 포기를 찬성하는 주장의 비교 분석을 통해 ICSID 협약 제52조의 계약상 포기에 따른 실무상 쟁점 및 대응방안을 제시한다(IV). 그동안 ICSID 중재의 취소제도와 관련하여 다양한 주제의 논문들이 발표되었으나, 기존 논문들은 ICSID 취소제도의 운용과정과 그 한계, 특정 기간별 취소사례 분석과 최근의 동향 그리고 중재판정의 해석, 수정 및 취소 등 ICSID 중재만의 독특한 재심제도를 고찰한 반면,<sup>5)</sup> 이 논문은 ICSID 협약 제52조에 대한 계약상 포기의 제안 사유 및 유효성 그리고 계약상 포기에 대해, 그동안 ICSID 중재에 참여하고 관련분야를 연구해온 학자들의 다양한 의견을 중심으로 실무상 쟁점과 이에 대한 대응방안을 제시한 점에서 선행연구와 차별성이 있다.

- 
- 4) 2011년부터 2017년까지 내려진 152건의 ICSID 중재판정 가운데 약 33%인 50건에 대하여 중재판정의 취소 신청이 제기되었고, 이 가운데 27건에 대하여는 기각, 5건에 대하여는 일부 또는 전부 인용 결정이 내려졌으며 18건은 심리가 계속 중이다. ICSID, *The ICSID Caseload - Statistics, 2018-1*, p.18.
- 5) 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 『중재연구』, 제25권 제2호, 한국중재학회, 2015, pp.71~96; 오원석 외, “ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰”, 『중재연구』, 제24권 제4호, 한국중재학회, 2014, pp.3~28; 김용일, “ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구”, 『국제상학』, 28권 3호, 한국국제상학회, 2013, pp.207~227; 김용일, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 『중재연구』, 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012, pp.187~213.

## II. 계약상 포기 제안사유

취소신청에 대한 권리포기 제안은 특별위원회의 무분별한 취소결정에 따른 우려는 물론 취소제도가 ICSID 중재판정의 기판력(*res judicata*)에 영향을 미칠 수 있다는 것에서 비롯되었다.<sup>6)</sup> ICSID 취소제도의 위협성은 주목할 만한 취소결정으로 구체화되었는데, 이들 13개 취소사례 중 8개에서 취소결정이 내려졌다.<sup>7)</sup> Schreuer는 취소결정에 따른 위협과는 별도로 취소신청 당사자에게 실익이 없는 신청을 함으로써 ICSID 중재에서 취소가 중요한 소송 전략의 일부가 되었다고 비판하였다.<sup>8)</sup>

### 1. 명백한 권한 유일의 해석

*Klöckner I*와 *Amco I* 사건에서 중재판정에 취소사유가 있는지를 다투는 ‘취소신청’과 중재판정 심리 자체에 대한 ‘상소’(appeal) 사이의 경계선을 넘는 특별위원회의 결정들로 인한 논쟁이 있었다. *Klöckner I* 사건에서 특별위원회는 원 판정부가 준거법을 적용하지 않음으로써 권한을 명백히 남용(濫用)했다는 이유로 원 중재판정을 전부 취소하였으며<sup>9)</sup> *Amco I*의 특별위원회는 원 판정부가 준거법을 파악하기는 하였지만 제대로 적용하지는 못했다는 이유로 중재판정을 취소하였다.<sup>10)</sup> 불행히도 같은 문제가 *Sempra*와 *Enron* 사건

6) W.M. Reisman, “The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration,” 4 *Duke Law Journal* 739, 1989, p.4; G. R. Delaume, “The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments,” 5 *Arbitration International* 21, 1989, p.5.

7) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (*Klöckner I*), ICSID Case No ARB/81/2, Decision of the Annulment, 3 May 1985; *Anco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia* (*Amco I*), ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986; *Patrick Mitchell v Democratic Republic of the Congo* (*Mitchell*), ICSID Case No ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia* (*MHS*), ICSID Case No ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009; *Helnan International Hotels A/S v Egypt* (*Helnan*), ICSID Case No ARB/05/19, Decision on Annulment, 14 June 2010; *Sempra Energy International v Argentine Republic* (*Sempra*), ICSID Case No ARB/02/7, Decision on Annulment, 29 June 2010; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic* (*Enron*), ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Annulment, 30 July 2010; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v The Republic of the Philippines* (*Fraport*), ICSID Case No ARB/03/25, Decision on Annulment, 23 December 2010.

8) C. Schreuer, ‘Foreword’ in R.D. Bishop and S.M. Marchili, *Annulment Under the ICSID Convention Awards*, Oxford, 2004, p.vii.

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

10) *Anco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia* (*Amco I*), ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986, ICSID Reports 1, 1993, p.413.

의 취소결정에서 반복되었는데, 동 사건의 특별위원회는 준거법 적용을 전적으로 하지 않은 경우와 준거법을 잘못 적용한 경우의 차이를 약화시켰다.<sup>11)</sup> 이로 인해 ICSID 제52조 제1항(b)이 다시 한 번 계약상 포기 논쟁의 원인이 되었으며 이러한 취소사유의 적용 변화는 잠재적으로 계약상 포기를 유도하게 되었다.

특히 *Sempra* 특별위원회의 결정은 상당한 우려를 불러일으켰다. 심각한 준거법 적용의 오류가 ‘권한의 유월’에 해당될 수 있다는 아르헨티나 정부의 주장에 대하여 특별위원회는 예외적으로 중재판정부가 명백히 그의 권한을 유월한 경우에는 준거법 적용의 명백한 오류가 포함될 수 있다고 판시하였다. 구체적으로 특별위원회는 판정부가 아르헨티나의 필요한 방위조치에 대하여 국제관습법을 적용했지만 US-Argentina BIT(Bilateral Investment Treaty) 제XI조와 분리하여 해석하지 않았기 때문에 그의 권한을 명백히 유월하였다는 이유를 들어 중재판정을 취소하였다. 또한 특별위원회는 판정부가 동 BIT 제XI조 전부를 적용하지 않았으므로 준거법을 적용하고 확인하는데 중대한 실수가 있었다고 판시하였다.<sup>12)</sup>

*Enron* 사건의 특별위원회는 UN 국제법위원회(International Law Commission) 국가책임 초안(Articles on State Responsibility) 제25조가 규정한 국제관습법상 불가항력항변의 요건이 충족되지 않았다는 이유로 원 판정부의 판단을 문제 삼으며 원 판정부가 권한을 유월하고 판정이유를 제시하지 못하였다고 판시하였다.<sup>13)</sup> Schreuer는 이 결정을 ‘정말 이해할 수 없다’고 비판하였으며 이러한 특별위원회의 결정은 ICSID 중재를 선택하는 당사자들에게 심각한 우려를 불러일으킬 수 있다고 강조하였다. 나아가 ICSID 협약 제53조 제1항을<sup>14)</sup> 위반한 본안 항변은 당사자들에게 계약상 포기는 물론 ICSID 협약 제52조 제1항(b)의 해석 제한을 촉구하는 빌미를 제공할 수 있다고 주장하였다.<sup>15)</sup>

## 2. 관할권 해석

*Mitchell*과 *MHS* 사건의 특별위원회 결정 이후 제기된 또 다른 우려는 특별위원회가 원 판정부의 관할권 결정을 다시 심리할 수도 있다는 것이다. ICSID 중재에서는 중재판정부

11) C. Schreuer, “From ICSID Annulment to Appeal: Half Way Down the Slippery Slope,” 10 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 211, 2011, p.219.

12) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic’ Application for Annulment of the Award (US\$128million award annulled), 29 June 2010.

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

14) ICSID 협약 제53조 제1항 원문: The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

15) C. Schreuer (각주 11), p.220.

의 관할권 결정이 명백히 그 권한을 유월한 경우에만 제한적으로 그 판정을 취소할 수 있다.<sup>16)</sup> 그러나 *Mitchell* 특별위원회는 원 판정부가 ICSID 협약에 따른 물적 관할(투자)을 인정함에 있어 그 근거를 제시하지 않았다는 이유로 중재판정을 취소하였다.<sup>17)</sup> 특히 특별위원회는 원 판정부가 “투자의 정의에 대해 불완전하고 애매모호한 입장을 보였다”고 지적하면서<sup>18)</sup> ICSID 협약의 목적 상 투자는 투자유치국의 경제발전에 기여해야 한다고 판시하였다.<sup>19)</sup> *MHS* 특별위원회는 “원 판정부는 말레이시아-영국의 BIT에서 규정하고 있는 투자에 대한 광범위하고 포괄적인 정의를 고려하거나 적용하지 않았고, ICSID 협약 제25조 제1항에서 규정하는 기준을 관할권의 인정요건인 것처럼 부적절하게 확대하였으며 또한 투자는 투자유치국의 경제발전에 공헌할 수 있으면 되는데, 소액 공헌이나 문화적·역사적 공헌은 투자에 해당하지 않는 것으로 잘못 해석하였다”는 근거로 원 판정부가 권한을 명백히 유월하였다고 판시하였다.<sup>20)</sup>

위 두 가지 취소결정 모두 ‘권한의 명백한 유월’에 해당하지 않는, 원 판정부의 유효한 관할권 결정 결과를 검토한 것으로 인해 심하게 비난 받아왔다. 중재판정부의 관할권 결정에 대한 심리를 제한적으로 행사하여야 하는 것이 ICSID 중재의 고유한 특징이며 특별위원회가 관할권 문제에 대하여 자신들의 견해를 대체하는 것은 역할이 아니다. 당사자들은 이를 방지하기 위하여 계약상 포기를 합의하거나 자신들의 우려를 최소화하기 위한 수단으로 ICSID 협약 제52조 제1항(b)의 해석 범위를 제한할 수 있다는 주장이 제기되었다.<sup>21)</sup>

### 3. 실익 없는 취소신청

앞에서도 살펴보았듯이 *Klöckner I*와 *Amco I* 사건의 특별위원회는 원 중재판정을 모두 취소하였다. 취소 후 각 사건은 새로이 구성된 중재판정부에 의해 새로운 판정이 내려졌다. 두 사건 모두 두 번째 판정에 대해서도 취소신청이 제기되었는데, 두 번째 취소신청에 대해서는 두 번째 판정이 그대로 유지되었다. *Klöckner I*와 *Amco I* 사건에 대한 특별위원회의 1980년대 결정들은 많은 비판을 받았다.<sup>22)</sup> 주식자들은 특별위원회가 원 판정의

16) C. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, p.943.

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

18) ICSID 협약의 ‘투자’의 정의에 관하여 상세히는, M. Campbell et al., *International Investment Arbitration*, Oxford, 2008, pp.164~170 참조.

19) *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, para.40.

20) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v Malaysia (‘MHS’)*, ICSID Case No ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009.

21) M. Blome, “Contractual waiver of Article 52 ICSID: a solution to the concerns with annulment?,” 32 *Arbitration International*, 2016, pp.607~608; J. Paulsson, “ICSID’s Achievements and Prospects,” 6 *ICSID Review - FILJ* 380, 1991, p.392.

22) *CDC Group v. Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the *Ad Hoc* Committee on the Application

본안을 검토하였기 때문에 터무니없이 잘못된 판정으로부터 당사자를 구제하기 위해 마련된 제도가 실질적인 상소절차로 변질되었으며 이는 특별위원회의 권한을 뛰어넘은 것이라고 지적하였다.<sup>23)</sup> 위 두 건의 결정으로 취소제도가 상소절차로 변질될 조짐을 보이자 ICSID 중재판정이 최종적인 분쟁해결방법이라는 의미가 퇴색되고 ICSID 중재에 대한 투자자의 신뢰가 저하될 것이라는 우려가 널리 퍼지게 되었다. 나아가 일부 주석자들은 이러한 특별위원회의 권한 남용을 막기 위한 방법으로 계약상 포기를 제안하였다.<sup>24)</sup>

실제로 ICSID 중재 패소자가 취소신청을 지연 전략으로 사용하거나 손해배상액을 줄이기 위한 재협상 수단으로 사용할 수 있다. 물론 이것은 ICSID 중재만의 문제는 아니다. ICSID 외 중재에서도 종종 유사한 목적으로 사용되는데, 이는 일부 국가의 관할권에서 계약상 포기가 허용되는 주된 이유이다. 특별위원회는 부당한 취소신청을 거부할 권한이 없으며 단지 ICSID 사무총장은 중재판정이 내려진 날로부터 120일 이후에 신청된 사건에 대해서만 거부할 수 있다.<sup>25)</sup> 이와 같이 취소신청 제기 기한만을 규정하고 있는 ICSID의 기능은 불합리한 결과를 초래할 수 있음에도 불구하고 전적으로 받아들여지고 있지만 ICSID 중재 승소자를 학대적인 절차와 지연 전술에 취약하게 만들 수도 있다.

#### 4. 취소신청에 따른 시간과 비용

계약상 포기 제안 동기는 ICSID 중재를 1심 절차로 제한함으로써 실현되는 효율성 계고에 있다. Goldberg는 중재는 시간적으로 효율성을 고려해야 하는데, ICSID 중재는 믿을 수 없을 만큼 느리다고 지적하였다. 오늘날 투자중재에서 절차의 효율성에 관한 문제는 중재관련 세미나에서 우선순위가 되었으며 Douglas 교수는 2013년, 이에 관한 주제로 기조연설을 하였다.<sup>26)</sup> 그는 ICSID 사무국 회의실에서 기대하는 이상적인 투자중재 기간에 대해 언급하면서 ICSID 중재가 사용자들에게 그러한 이상적인 운영 시간을 제공하지 못한다고 비판하였다.<sup>27)</sup>

취소절차는 지연에 따른 위험을 안고 있으므로 결과적으로 당사자들은 계약상 포기를 ICSID 중재절차의 총 시간을 최소화하는 효과적인 방법으로 고려할 수 있다. 안타깝게도 2012년 중반까지 5년 동안, 취소신청이 등록된 날부터 취소결정이 내려진 시점까지 걸린

for Annulment of the Republic of the Seychelles, 29 June 2005, para.35.

23) C. Schreuer et al., *ibid.*, pp.901~912.

24) W.M. Reisman, *ibid.*; G.R. Delaume, *ibid.*; A. Broches, "Observations on the Finality of ICSID Awards," 7 *ICSID Review - FJIL* 196, 1992, p.322; E. Gaillard, "Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses," 3 *ICSID Review - FJIL* 136, 1988, p.138. A. Redfern, "ICSID - Losing its Appeal?," 3 *Arbitration International* 98, 1987.

25) ICSID 협약 제52조 제2항; 중재절차규칙 제50조 제3항.

26) D. Goldberg, "ICSID Caught in Conflict' Commercial Dispute Resolution," 4 June 2013, <<http://www.cdr-news.com/article-tags/energy/icsid-caught-in-conflict>> (2018년 1월 15일 최종 방문).

27) Z. Douglas, "Opening Keynote Address for the 2nd Annual Dutch Arbitration Association Day," 18 *Amsterdam September*, 2014 참조.

시간은 평균 2년 2개월이었다.<sup>28)</sup> 주석자들은 취소의 범위를 확대하고 사건의 본안을 심리하려는 특별위원회의 시도로 인해 야기되는 폭넓은 취소절차의 추세를 비판하였다.<sup>29)30)</sup>

취소절차로 인한 비용 증가의 문제는 ICSID 중재절차의 지연에 따른 자연스러운 결과이다. 투자중재에 따른 비용이 상당하다는 것은 비밀이 아니다. 최근 2014년 연구에서는 2012년 12월 31일까지 ICSID와 ICSID 외의 모든 중재판정에 대한 이용 가능한 정보를 기초로, 투자중재에 사용된 평균 비용이 청구인 미화 440만 달러, 피청구인 미화 450만 달러라고 발표하였다. 게다가 중재판정부에 사용되는 비용은 평균 미화 75만 달러인 것으로 밝혀졌다. 물론 이러한 수치는 평균 미화 7600 백만 달러에 달하는 막대한 ICSID 중재판정 액수에 비추어 평범해 보일 수도 있다.<sup>31)</sup> 그러나 이러한 비용은 투자중재를 신청하려는 당사자들에게 심각한 장애물이 될 수 있으며 투자자의 형편에 따라 투자중재를 신청하는 것이 회사의 모든 사업이 달려있을 만큼 중요할 수 있다.<sup>32)</sup>

그러나 아직까지 ICSID 취소비용에 관한 포괄적인 연구가 없으며 특별위원회는 취소결정과 관련된 대부분의 비용에 대하여 구체적인 정보를 제공하지 않고 있다. 이는 특별위원회가 비용을 할당하는 방식에 있어서의 관행 때문이다.

다만 *Fraport* 사건의<sup>33)</sup> 취소신청인이 미화 370만 달러, 피신청인이 미화 570만 달러의 비용을 부담하라는 특별위원회의 결정이 공개되면서 취소절차의 잠재적 비용이 어느 정도 드러났다. 당사자들 사이의 비용 배분에 있어서 특별위원회의 관행은 이 문제를 복잡하게 만든다. 24건의 취소결정에 대한 검토 결과 67%가 취소결정의 인용 여부와 상관없이 당사자 비용과 특별위원회 비용을 조정하지 않은 것으로 나타났다.<sup>34)</sup> 조정된 8건 가운데 당사자 비용의 조정이 있었던 사례는 4건에 불과하였다. 이는 취소신청인에게는 좋은 소식이지만 피신청인은 자신의 비용을 지불해야 할 가능성이 83.3%가 된다는 것이다.<sup>35)</sup> 이러한 문제를 해결할 수 있는 합리적인 방안은 ICSID 협약 제61조 제2항에 따라 중재판정부 및 당사자 경비 등을 당사자들의 중재합의에 포함시키는 것이다. 이러한 중재합의에 따라 취소신청이 기각되면 신청인은 피신청인의 비용까지 부담할 수 있으므로 피신청인을 보호할 수 있을 뿐만 아니라 부당한 취소신청을 막는데 효과적일 수도 있다.

28) ICSID, "Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID," 27 *ICSID Review - FIJL* 443, 2012, p.464.

29) C. Schreuer (각주 8), p.vii.

30) 다만 2011년 중반부터 2012년 중반까지 내려진 취소결정의 평균 시간이 1년 4개월이었다는 것은 일부 개선의 징후가 보인다는 것이다. ICSID, *The ICSID Caseload - Statistics*, 2014, p.17.

31) M. Hodgson, "Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform," 11 *Transnational Dispute Management* 1, 2014, p.2.

32) M. Blome, *ibid.*, p.610.

33) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v The Republic of the Philippines ('Fraport')*, ICSID Case No ARB/03/25, Decision on Annulment, 23 December 2010, para.281.

34) M. Hodgson, *ibid.*, p.22

35) *Ibid.*

### Ⅲ. 계약상 포기의 유효성

계약상 포기에 대한 여러 가지 우려가 제기되고 있는 가운데 궁극적인 의문은 ICSID 협약 제52조에 대한 당사자들의 계약상 포기가 유효한 것으로 인정될지 여부이다. 아직까지 ICSID 중재에서 이에 대한 효력은 검증되지 않은 상태로 남아 있어 당사자들이 이 도구를 마음대로 사용할 수 있을지 여부가 불확실하다.<sup>36)</sup> 나아가 이러한 불확실성은 당사자가 계약상 포기의 효력에 대한 시험 사례가 되는 것을 꺼리는 데서 비롯할 수도 있다.<sup>37)</sup> ICSID 협약은 이 문제에 대해 침묵하고 있으며 계약상 포기 가능성은 ICSID 초안 작업 시 논의된 적이 없다.<sup>38)</sup>

유효성의 문제는 결국 ICSID 중재에서 당사자 자치의 한계와 ICSID 협약의 강행규정의 지위에 대한 논쟁으로 이어진다. 당사자들은 계약을 통해 ICSID 취소 권리를 자유롭게 포기할 수 있는가? 아니면 취소가 당사자들의 합의로 변경할 수 없는 본질적인 사안인가? 주석자들은 이러한 두 가지 입장을 두고 활발한 논쟁을 벌이고 있지만 실제로 취소를 완전히 포기할 수 있다는 견해를 가진 사람은 아무도 없다.<sup>39)</sup> 취소권리의 일부를 포기할 수 있다는 주석자들은 ICSID 협약 제52조 제1항의 사유가 본질적이고 훼손할 수 없는 것인지에 대해 논의하였는데, 일부는 취소신청에 따른 구제가 강행적이라는 입장을 취하는 반면,<sup>40)</sup> 일부는 특정 사유는 강행규정이 아니므로 잠재적으로 포기할 수 있다는 견해를 보였다.<sup>41)</sup> 이 논의는 중재판정에 대한 취소절차의 계약상 포기와 관련한 여러 국가의 중재법에 따른 논의와 유사하며 특히 이 문제를 다룬 ICSID 중재관행이 없다는 점에서 이러한 논의는 시의적절하다고 생각한다.<sup>42)</sup>

아래에서는 먼저 ICSID 중재 당사자가 합의한 계약상 포기조항의 유효성을 누가 판단할 권한(결정할 책임)이 있는지에 대한 선결문제를 다룬다. 다음으로는 국가중재법에 따른 취소절차의 계약상 포기에 대한 비교 분석과 이러한 조항을 취급하는 법원의 관행을 통해 몇 가지 핵심 쟁점을 검토한다.

36) C. Schreuer (각주 8), p.vii

37) K.S. Jacob, "Reinvigorating ICSID With a New Mission and With Renewed Respect for Party Autonomy," 33 *Virginia Journal of International Law* 123, 1992, p.158.

38) ICSID, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, 1970.

39) C. Schreuer et al., p.920.

40) W.M. Reisman, *ibid.*, G.R. Delaume, *ibid.*, A. Broches, *ibid.*, E. Gaillard, *ibid.*

41) K.S. Jacob, *ibid.*, p.158.

42) C. Schreuer (각주 8), p.vii.

## 1. 유효성의 판단 주체

선결문제는 그러한 중재조항의 유효성을 누가 판단할 것인가 하는 문제로, 특별위원회 또는 ICSID 사무총장이 이를 결정할 수 있는지에 대한 전문가 토론이 있었다.<sup>43)</sup> 이 자리에서 Schreuer는 특별위원회가 선결문제로서 유효성을 결정할 것이라는 의견을 제시하였는데, 특별위원회가 취소의 임무를 맡는 주체이기 때문에 ICSID 사무총장에 비해 더 나은 입장일 수 있으며 중재조항이 ICSID 관할권을 벗어났는지 여부를 결정하는 것은 위원회의 몫임을 강조하였다.<sup>44)</sup> 결국 당사자 중 일방이 취소신청을 하기로 결정하고 계약상 포기조항에 이의를 제기한다면 특별위원회가 구성되어야 한다.

또한 ICSID 중재판정의 집행청구 시점에 국가 법원이 계약상 포기의 유효성을 판단할 가능성도 있다. 이것은 적절한 시기는 아니지만 특별위원회가 계약상 포기 합의를 지지하고 중재당사자 가운데 피청구 국가가 패소하여 본국 법원에 집행이 청구된 경우에 상상할 수 있다. 피청구 국가는 계약상 포기의 효력을 부정하면서 집행을 거부할 수 있을 것이다.<sup>45)</sup> 그러나 국가 법원이 그렇게 하는 것은 주권면제(sovereign immunity<sup>46)</sup> 이외의 사유로 집행을 거부할 수 없는 ICSID 협약 제53조 제1항 및 제54조 제1항에 따른 당사자의 의무 이행을 직접적으로 거부하는 것이 된다. 그럼에도 불구하고 ICSID에 의해 설립된 조약규정의 변경은 용인할 수 없으므로 (당사자 사이의 합의가 있었음에도 불구하고) 계약상 포기가 처음부터 유효하지 않을 수 있다고 간주하면 국가는 집행을 거부할 수 있을 것이다. 국가 법원은 취소신청을 거부한 특별위원회인지 아니면 새롭게 구성된 위원회인지 여부와 상관없이 신청인이 취소신청서를 집행에 앞서 제출할 수 있다고 주장할 수 있다. 이것이 어떻게 작용할지에 대해서는 알 수 없지만 취소신청에 대한 특별위원회의 거부에 따른 응답으로 국가 자신의 집행의무를 이행하지 않는 것은 문제를 야기할 수 있다.<sup>47)</sup>

## 2. 국가 중재법에서의 계약상 포기

스위스와 같은 일부 국가 관할에서는 예외적으로 중재판정의 불복을 제한하는 당사자 합의를 허용하는 경향이 있는데,<sup>48)</sup> ICSID 중재에서 계약상 포기의 유효성을 지지하는 주

43) W.M. Reisman, *ibid.*; K.S. *ibid.*,

44) C. Schreuer et al., p.920

45) 이에 관하여 상세히는, *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/08, Award, 12 May 2005 참조.

46) 주권면제는 국가 및 그 재산은 외국 재판관할에 복종하지 않으며 타국의 법원에서 강제집행 등의 사법적 강제로부터 면제되는 국제법상 개념이다. A. Bjorklund, *State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards in International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford University Press, 2009, p.302.

47) 이에 관하여 상세히는, J. Crawford and S. Olleson, "The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility," 21 *Austrian Yearbook of International Law* 55, 2000 참조.

석자들은 이러한 예를 고무적으로 보고 있다.<sup>49)</sup> 그러나 ICSID 중재는 다른 분쟁해결제도와는 달리 자족적 시스템을 구축하고 있으며 국가 법원들은 ICSID 중재판정을 재심할 권한이 없다. 이와는 대조적으로 ICSID 외의 국제투자중재판정은 국제상사중재판정과 마찬가지로 중재지 국가의 법원에 의한 사법적 검토 대상이 될 수 있으므로 이들의 비교에는 한계가 있다.<sup>50)</sup>

그럼에도 불구하고 이들의 비교분석은 계약상 포기를 시도하려는 당사자들에게 중재실무에서의 유익한 정보를 제공할 수 있다. 먼저 국가 중재법령에서 계약상 포기를 명시적으로 규정하여 당사자 자치를 허용한 벨기에와<sup>51)</sup> 스위스<sup>52)</sup> 재판관할이 주목할 만하다. 두 국가의 재판관할은 당사자들의 합의로 중재판정에 대한 상소권을 포기할 수 있도록 허용하지만 양 당사자 모두 이들 국가의 거주자가 아니어야 한다. 일부 주식자들이 스위스 Private International Law Act (PILA) 제192조 제1항을 인용한 이유는 중재절차의 효용성을 높이고 당사자들이 지연 전략으로서 취소절차를 활용하는 것을 막기 위함이다.<sup>53)</sup> 이러한 국내법령의 기본적인 원칙은 상소의 가능성을 제거하는 것이 아닌, 당사자들이 재심을 피할 수 있도록 허용하는 것이다.<sup>54)</sup> 같은 맥락에서 PILA 제192조 제1항에 따른 상소포기는 집행절차에 영향을 미치지 않는다.<sup>55)</sup> 이는 당사자들의 상소를 막는 것이지 결코 뉴욕협약이나 그 외의 다른 조약에 따라 제3국에서의 집행거부를 부정하는 것은 아니다. 심지어 스위스의 어느 관할 법원에서 집행이 청구될지라도 패소자는 여전히 뉴욕협약 제5조에 따른 집행거부가 가능하다.<sup>56)</sup>

이는 ICSID 중재의 계약상 포기 효과와 중요한 차이를 보인다. 집행단계에서 중재판정의 집행을 거부할 수 있다는 것은 ICSID 중재 외 중재판정에 대한 계약상 포기 효과가 ICSID 중재의 계약상 포기 보다 근본적으로 덜 극단적인 결과를 낳는다. ICSID 중재의 계약상 포기는 국가법원에 의한 취소뿐만 아니라 체약국에서의 뉴욕협약에 따른 집행거부권리를 포기하는 것과 동일한 효과가 있다는 면에서 유용하다. 결국 ICSID 중재판정이 내려지면 어떤 곳에서도 항변 없이 즉각 집행이 될 것이다. 따라서 ICSID 중재의 계약상 포기는 ICSID 외 중재의 계약상 포기와는 그 중요도가 매우 다르다.

48) D. Baizeau, "Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties," 8(3) *International Arbitration Law Review* 69, 2005.

49) G.R. Delaume, "How to Draft an ICSID Arbitration Clause," 7 *ICSID Review - FJIL* 169, 1992, p.190; W.M. Reisman, *ibid.*, p.805; K.S. Jacob, *ibid.*, p.145.

50) 오원석 외, "ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰", 『중재연구』, 제24권 제4호, 한국중재학회, 2014, p.15.

51) Belgian Judicial Code, Art. 1718.

52) Swiss Private International Law Act (PILA) Art. 192(1).

53) P.M. Patocchi and C. Jermini, Article 192 of the Swiss Federal Private International Law Act, 1987 in SV Berti (ed), *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, 2000, p.600.

54) D. Khachvani, "Exclusion of Right to Challenge the Arbitral Award," 2(1) *Latin American Journal of International Trade Law*, 2014, p.349, p.354.

55) D. Baizeau, *ibid.*, p.75.

56) Swiss Private International Law Act (PILA) Art. 192(2).

이와는 달리 ICSID 협약과 마찬가지로 국가 중재법이 계약상 포기 문제에 침묵하고 있는 상황에서 당사자들의 합의로 중재판정에 대한 상소포기를 시도하는 사례도 있다. 국가 법원이 이런 시도를 어떻게 다루었는지를 살펴보는 것은 ICSID 중재사례가 없다는 점에서 유용하다. 이에 관하여 본고에서는 특히 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration(이하 ‘모델법’)<sup>57)</sup> 중심으로 고찰하는바, 모델법은 우리나라는 물론 영국, 프랑스, 독일, 캐나다 및 뉴질랜드 등이 자국의 중재법규를 제정함에 있어서 이를 대폭 수용한 법이다. 모델법에는 ICSID 외의 중재판정에 대한 취소사유가 규정되어 있다.<sup>58)</sup>

모델법을 수용한 뉴질랜드와 캐나다 관할에서는 포기의 유효성을 좀 더 신축적으로 적용하고 있다. *Noble China* 사건에서 캐나다 온타리오(Ontario)주 대법원은 모델법 제34조가 강행규정이 아니므로 당사자들은 동 조항에 따른 중재판정의 취소신청 권리를 포기하는데 동의할 수 있다고 판시하였다.<sup>59)</sup> 이러한 판결을 뒷받침하는 근거는 동 조항에서 사용하는 언어인데, 모델법 제34조에서는 ‘must’와 같은 강행규정이 아닌 ‘may’를 사용하고 있다는 것이다. 이 판결이 의미하는 것은 중재 패소자가 모델법 제36조 제1항(뉴욕협약 제5조 포함)을 근거로 집행을 거부할 수 있는 기회를 여전히 갖는다는 것이다.<sup>60)</sup> 이 문제에 관하여는 앞의 스위스와 벨기에 법의 계약상 포기와 관련하여 다루었다. 이는 ICSID에 따른 계약상 포기와는 상당한 차이가 있는데, ICSID 중재에서의 계약상 포기는 중재판정에 대한 유일한 상소 기회를 완전히 제거하는 것이다.

그러나 온타리오주 법원의 모델법 제34조 해석에도 불구하고 뉴질랜드 항소법원은 동일한 규정을 적용하면서 반대 결론을 내렸다. *Methanex* 사건에서<sup>61)</sup> 법원은 모델법 제34조는 당사자들이 계약을 통해 배제할 수 없는 강행규정이라고 판시하면서 여전히 당사자들이 관습법 요건을 제한하거나 배제할 수 있는 여지가 있다고 하였다.<sup>62)</sup>

57) 2018년 2월 현재, 78개 국가가 이를 채택하고 있으며 일부 국가들은 이를 직접 채택하지는 않았지만 모델법을 기초로 자국의 중재법을 현대화하였다. 특히 1996년 영국중재법은 모델법과 국제상사중재실무를 과감하게 수용하여 제정된 법이다. S. Pieter, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Kluwer Law International, 2004, p.54; <http://www.uncitral.org> (2018년 2월 1일 최종 방문).

58) UNCITRAL 모델법 제34조 제2항.

59) *Noble China Inc v Lei* (*‘Noble China’*), (4 November 1998), Ontario Supreme Court, 42.3D, pp.93~94.

60) *Ibid.*, pp.91~92 참조.

61) *Methanex Montunui v Joseph Spellman* (2004) New Zealand Court of Appeal 171/03.

62) D. Stirk, “Growing Number of Countries Allowing for Exclusion Agreements with Respect to Annulment Warrants Greater Scrutiny of Arbitration Clauses,” *Kluwer Arbitration Blog*, 11 January 2012 (2018년 2월 1일 최종 방문); D. Williams, “Arbitration and Dispute Resolution,” *NZ Law Review* 119, 2005, p.127.

## IV. 계약상 포기에 관한 실무상 쟁점

### 1. 계약상 포기를 반대하는 주장

계약상 포기를 반대하는 주석자들은 ICSID 조약체제에서 취소가 수행하는 중요한 구조적 역할을 지지한다.<sup>63)</sup> 이러한 관점에서 볼 때 계약상 포기는 다자간조약의 균형을 저해하고 조약체제의 운용방법에 대한 기대를 벗어나는 것이기 때문에 절대적으로 허용할 수 없다는 것이다.<sup>64)</sup>

#### (1) 강행규정

계약상 포기 가능성에 대한 논쟁은 취소제도가 국제조약에 따라 제정된 강행적 구제수단이라는 것으로부터 출발한다.<sup>65)</sup> 이러한 이유로 인해 당사자들은 BIT에서의 당사자와 같이 ICSID에 의해 제정된 다자간조약 의무를 부인할 수 없다는 것이다. 당사자들은 중재 절차 측면에서 융통성을 가질 수 있지만 취소는 절차상의 선택으로 분류해서는 안 되며 오히려 절차의 정당성을 보장하는 필수적인 보호로 분류하여야 한다는 견해이다.<sup>66)</sup>

Broches<sup>67)</sup>와 Gaillard<sup>68)</sup>는 당사자들이 ICSID 협약 초안자들이 의도한 주의 깊은 균형을 변경할 권리가 없으며 마찬가지로 ICSID 협약 제52조는 ICSID 협약의 강행규정 중 하나로 간주되어 당사자가 자유롭게 포기할 수 없다는 분명한 입장을 밝혔다. 특히 Gaillard는 특별위원회가 ICSID 협약의 강행규정인 제52조 전체에 대한 적용을 배제하는 것은 매우 의심스러운 일이라고 주장하면서 계약상 포기 가능성에 대한 반대 입장을 지지하였다.<sup>69)</sup> Schreuer는 ICSID 협약의 주된 해석은 당사자들의 합의로 취소가능성을 배제할 수 없다는 결론을 내리면서도 해석에 대한 대안적인 접근도 가능하다는 입장이다. 궁극적으로 제52조가 강행규정이라면 어떠한 계약상 포기 시도는 다자간 조약인 ICSID 협약에서 허용하지 않는 부분적 조약 수정에 해당하므로 효력이 없는 것으로 간주되어야 한다는 것이다.<sup>70)</sup> 제52조는 당사자가 합의할 수 없는 강행성을 띠고 있는데 이러한 해석은 ICSID 협

63) A. Broches, *ibid.*, p.374; E. Gaillard, *ibid.*, p.143.

64) M. Blome, *ibid.*, p.618.

65) E. Gaillard, *ibid.*, p.116.

66) A. Broches, *ibid.*, p.374.

67) *Ibid.*, p.325.

68) E. Gaillard, *ibid.*, p.143.

69) *Ibid.*, p.138.

70) C. Schreuer et al., p.918.

약의 다른 조항의 검토를 통해 알 수 있다. ICSID 협약 제26조, 제38조, 제43조, 제46조, 제60조 및 제63조는 당사자 자치를 위한 규정인 ‘당사자들이 달리 합의한 경우를 제외하고’(except as the parties otherwise agree)를 허용하고 있다.<sup>71)</sup> 초안자들이 이러한 문구를 제52조에서는 사용하지 않았기 때문에 당사자 자치가 허용되는 조항과 그렇지 않은 조항의 경계선을 그었다고 추정할 수 있다. 이를 근거로 제52조는 당사자 자치에 의해 형성된 절차적 문제가 아닌 당사자들이 무시할 수 없는 강행규정이라는 주장이다.

### (2) 제53조 제1항과의 균형

ICSID 협약 제52조, 취소조항은 다자간조약의 심도 있는 타협의 결과이다. ICSID 협약 초안은 취소를 포함하지 않았지만 체결국들은 궁극적으로 ICSID 협약 제53조 제1항에 따른 의무를 수용하기 위해서는 취소절차가 필요하다고 주장하였다.<sup>72)</sup> Lalive는 구제의 중요성에 대해 “국제관계의 역사에서 중재에 대한 구속력 있는 약속을 받아들이는 국가들의 뿌리 깊고 영구적인 거부를 잊어서는 안 되며, 많은 국가들이 취소제도 없이 ‘워싱턴협약’(1965년)을 비준하지 않았을 것임이 명백하다”고 강조하였다.<sup>73)</sup>

만약 분쟁 당사국들이 ICSID 협약 제53조 제1항의 요구에 따라 ICSID 중재판정의 기판력을 최종적이고 확정적으로 받아들인다면 제52조 취소에 따른 내부적 구제는 필수조건으로 간주될 수 있다.<sup>74)</sup> 그러나 투자자와 국가가 자유롭게 이러한 추가적인 보호를 포기하는 것에 동의하는 것이 왜 불가능한가에 대한 의문을 제기할 수 있다. 한 가지 대답은 투자자와 국가가 언제나 구제수단을 사용할 수 있어야 하고 특히 불공정한 협상 지위의 결과에 따른 상황에서 당사자를 보호할 수 있기 때문이다. 결국 계약상 포기를 인정하지 않는 것은 ICSID 협약 제53조 제1항의 구속력을 수용하고 집행할 양 당사자들에게 공정하고 균형 잡힌 절차를 보장하기 위한 것이다.

### (3) 제54조 제1항과의 균형

계약상 포기는 당사자들의 권리에 영향을 미칠 뿐만 아니라 체결국들의 권리와 의무에 직접적인 영향을 미칠 수 있다. 이에 대한 근거는 ICSID 협약 제54조 제1항이 “각 체결국은 본 협약에 따라 내려진 중재판정은 구속력 있는 것으로 승인하고 그것이 당해 국가 법원의 최종판결인 것과 같이 동 국가의 영역 안에서 이러한 판정에 의하여 과하여진 금

71) *Ibid.*, pp.917~918.

72) J. Paulsson, *ibid.*, p.389; A. Redfern, *ibid.*, p.98; H. Van Houte, Article 52 of the Washington Convention: A. Brief Introduction in E. Gaillard and Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, New York: Juris Publishing Inc, 2004, p.12.

73) P. Lalive, Concluding Remarks in E. Gaillard and Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, New York: Juris Publishing Inc, 2004, p.300.

74) A. Broches, “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution,” 2(2) *ICSID Review - FJIL* 287, 1987, p.290.

전상의 의무를 제3의 계약국에게 부과하는 집행의무를 규정”하기 때문이다.

ICSID 협약 계약국의 승인 및 집행 의무는 뉴욕협약 제5조에 따른 그것과 유사하지만 ICSID 협약은 집행 국가에서 이를 거절할 근거가 없다는 점에서 본질적인 차이가 난다. 앞서도 살펴보았듯이 ICSID 중재판정의 정당성을 보장할 수 있는 기회는 사실상 특별 위원회에만 주어진다. 제3의 계약국 영토 안의 자산에 대하여 금전상의 의무를 부과할 수 있다는 점을 고려할 때, 취소신청에 따른 불복 기회는 집행을 거부할 권리를 포기한 제3국의 이익을 위해 제공되어야 한다. 이러한 기회가 박탈된다면 중재판정이 중재인의 부패(腐敗)나 근본적인 절차규칙의 중대한 위반이 있는 경우에도 제3국은 여전히 중재판정을 집행하여야 하고, 결과적으로 관할 자산에 대해서 집행이 이행되도록 하여야 한다.<sup>75)</sup> 더욱이 제3의 계약국은 취소절차를 포기하는 계약에 관여하지 않음에도 불구하고 당사자들의 합의에 따라야 한다면 이는 그들의 권리를 빼앗는 결과를 초래하게 되는 것이다. 결국 취소에 대한 계약상 포기는 제3국에서 ICSID 제54조 제1항에 따른 집행이 요구될 경우 이들 국가에 부담을 줄 수 있는데, 중요한 점은 제3국은 자신이 동의하지 않은 변형된 의무를 이행할 의무가 없다는 것이다.<sup>76)</sup>

## 2. 계약상 포기를 찬성하는 주장

계약상 포기를 반대하는 주장이 강하다는 것은 어떤 주석자도 취소신청 전반에 대한 권리포기가 효과적일 것이라는 입장을 취하지 않았다는 사실로 입증된다. 오히려 계약상 포기를 지지하는 주석자들은 특정 취소사유만을 포기하거나 취소의 범위를 제한할 수 있는 다양한 형태의 부분적 포기를 제안한다. 이로 인해, 한편으로는 ICSID 협약 제52조 제1항은 훼손할 수 없는 핵심조항이라는 의견과 다른 한편으로는 당사자 자치에 따라 일부 포기가 허용된다는 의견으로 나뉜다. 이러한 주장에 대한 출발점은 투자자와 국가가 취소절차를 이행하는데 있어서 특별위원회의 권한을 제한하는 융통성을 발휘할 수 있다는 것이다.<sup>77)</sup>

특히 석유, 가스, 건설, 광업, 전기 및 기타 기반 시설과 같은 특정산업분야는 10년에서 25년 사이의 프로젝트가 포함될 수 있기 때문에 실용적 접근방식이 보다 중요하다.<sup>78)</sup> 또한 장기적인 사업의 특성으로 인해 당사자들은 종종 분쟁을 초월하여 사업을 재개하기를 원한다. 일반적으로 취소신청이 ICSID 중재의 최후의 수단이지만 일부 프로젝트는 계약상 포기로 인하여 비용과 시간을 절약할 수 있다. 결국 투자계약의 성격에 따라 계약상 포기는 승소자와 패소자 모두에게 가치 있는 상품이 될 수도 있다.

75) M. Hunter et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 5th(edn), Oxford, 2004, p.627.

76) A. Rigaux, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford, 2011, p.1002.

77) M. Blome, *ibid.*, p.623.

78) W. Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, 1995, p.14.

## (1) 제52조 제1항 일부에 대한 포기

제한적인 계약상 포기 주장은 당사자 자치에 대한 강력한 요구와 ICSID 중재의 핵심 구제수단인 취소 사이에서 균형을 맞추기 위해 제기되었다. ICSID 법률고문인 Delaume은 제한된 범위 내에서 국한된 경우에 계약상 포기가 효과적일 수 있다고 주장하였다.<sup>79)</sup> 이 입장은 계약상 포기를 반대하는 주장을 존중하면서도 다자간조약의 의무 사이의 균형을 방해하지 않는 범위에서 당사자 자치가 허용될 수 있다는 것이다. 이러한 주장을 정당화하기 위해서는 먼저 당사자 자치가 역할을 수행할 수 있다는 것을 입증하여야 한다. 계약상 포기를 반대하는 주장과 다른 점은 제52조<sup>80)</sup>의 해석에 있다. Delaume은 ICSID 제52조 제1항이 강행규정이 아닌 임의규정이라는 사실을 감안할 때 당사자 자치에 대한 역할을 기대할 수 있다고 보았다.<sup>81)</sup> 이러한 면에서는 앞에서 살펴본 *Canadian Noble China* 사건의 주장과 비슷하다. Delaume은 ICSID 협약 제52조 대한 해석은 '통상적인 의미'에 초점을 맞추고 있는데, 각 당사자가 중재판정의 취소를 신청할 수 있다는 규정은 반대로 당사자들이 계약상 포기를 할 수 있음을 나타낸다는 것이다.<sup>82)</sup> 이는 당사자들의 중재합의를 인정하는 것으로 보이지만 동시에 그들에게 재량권을 무제한으로 부여하지는 않는다. 이것은 계약상 포기 문제에 대한 차별화된 접근을 가능하게 하는 해석이다.<sup>83)</sup> 만약 당사자들이 실제로 제52조의 특정 권리를 포기할 수 있다면 어려운 문제는 본질적인 사유와 그렇지 않은 사유 사이의 경계를 찾는 것이다.<sup>84)</sup>

Delaume는 당사자의 통제를 벗어난 중요한 범주는 '공서'(公序, public policy)와 관련된 사항이 포함된 조항으로, 무엇보다도 중재판정부의 공정성과 같은 근본적인 절차규칙의 심각한 위반<sup>85)</sup> 및 부패<sup>86)</sup>가 이러한 사유가 될 것이라고 하였다. 세 번째 본질적인 사유는 ICSID 협약 제25조 제1항에서 규정하는 관할권 요건에서 중재판정부의 권한을 명백히 유월한 경우를 예상할 수 있다.<sup>87)</sup> 이것은 앞에서 살펴본 *MHS*와 *Mitchell* 사건의 특별위원회 결정에서도 알 수 있듯이 ICSID 이용자들이 부적절한 취소위험에 노출될 수 있다는 것을 의미한다.

Delaume의 해석을 바탕으로 Schreuer는 '이유 불비(不備)'<sup>88)</sup> 또한 당사자 자치의 범위를 넘어서는 것으로 간주되어야 하며 따라서 이 또한 포기가 불가능하다고 제안하였다.<sup>89)</sup>

79) G.R. Delaume (각주 6), p.33.

80) ICSID 협약 제52조 전문(前文): Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds.

81) G.R. Delaume (각주 6), p.32

82) G.R. Delaume (각주 49), p.191; W.M. Reisman, *ibid*, p.805; K.S. Jacob, *ibid*, p.145.

83) G.R. Delaume (각주 49), p.191.

84) C. Schreuer et al., p.920.

85) ICSID 협약 제52조 제1항(d).

86) ICSID 협약 제52조 제1항(c).

87) G.R. Delaume (각주 6), pp.32~33.

88) ICSID 협약 제52조 제1항(e).

Schreuer는 중재판정의 이유를 명시하여야 하는 것은 당사자 자치를 넘어서는 요건이라고 추론하였는데, 이는 ICSID 중재뿐만 아니라 국제적 인식으로 확장되었다.<sup>90)</sup>

위 견해를 종합하면 결국 계약상 포기가 가능한 사유는 ICSID 제52조 제1항(b), ‘판정부가 준거법을 적용하지 않은 경우’이다.<sup>91)</sup> ‘명백한 권한 유월’은 앞의 *Sempra*와 *Enron* 사건의 특별위원회 결정에서 살펴보았듯이 가장 문제가 많은 취소사유로 나타났다. 이러한 사유에 대하여 포기를 허용하는 이유는 만약 준거법을 적용하지 않은 경우를 계약상 포기사유로 허용한다면 취소신청에 따른 낭비가 최소화될 것이기 때문이다. 이것은 공서의 범주에 포함되지 않고 오히려 당사자들의 통제 하에 있으며 지나치게 광범위하고 본질적 취소사유에 해당하지 않는 것으로 간주된다. 나아가 ICSID 사용자들에게 취소결정의 잠재적 예측 불가능성을 줄일 수 있는 희망을 제공한다.<sup>92)</sup> 비록 지금까지 ICSID 사용자들이 취소위험으로 제기한 적은 없지만 ‘중재판정부가 적절히 구성되지 아니한’ 사유<sup>93)</sup> 또한 당사자들의 통제 하에 있는 것으로 간주되어 포기할 수 있다고 본다.

제한된 포기에 대한 Delaume의 차별화된 제안은 합리적이고 타당하다. 이 제안은 당사자들이 취소절차를 통제할 수 있도록 허용하는 동시에 근본적인 구제 절차인 취소신청의 신성한 권리를 존중해야 하는 논리 사이에서 균형을 맞춘 것처럼 보인다. 다만 취소절차가 지연전술로 이용되고 시간과 비용문제를 해결하지 못하고 있다는 점에서 여전히 포괄적인 계약상 포기를 추구하는 사람들을 실망시킬 수 있다. 그러나 제52조 제1항(b)에서 준거법을 적용하지 않은 경우를 제거할 수 있는데, 이는 그동안 많은 논란이 되었던 상소의 성격을 띤 취소신청의 위험을 상당히 감소시킬 수 있다.<sup>94)</sup>

Delaume의 접근방식은 계약상 포기가 아니라 ICSID 제52조 제1항의 내용과 해석을 당사자들의 합의로 통제하자는 것이다. 만약 당사자들이 ‘준거법을 적용하지 않은 경우’를 ICSID 제52조 제1항(b)의 취소사유(판정부가 명백히 그 권한을 유월한 경우)에서 배제시키면 이는 동 조항에 대한 계약상 포기가 아닌 단지 특별위원회의 해석 범위를 제한하는

89) 그의 주장은 제52조 ‘이유 불비’의 초안 작성 역사에 기초하고 있는데, 초안 작성 당시 이 문구 앞에 ‘당사자가 달리 합의하는 경우를 제외하고’라는 단어가 뒤 따랐다. 그러나 최종적으로 이 문구는 28대 3의 투표 결과로 삭제되었다. C. Schreuer et al., p.932.

90) *Ibid.*, p.920.

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

92) G.R. Delaume (각주 6), p.33.

93) ICSID 협약 제52조 제1항(a).

94) M. Blome, *ibid.*, p.625.

데 불과하다. 만약 당사자들이 제52조 제1항(b)의 취소사유에 ‘준거법을 적용하지 않은 경우’를 고려하지 않기로 합의한 경우 특별위원회가 그러한 명시적 합의를 부정하기는 힘들 것이다. 당사자들은 조약의 본문을 벗어난 해석에는 동의할 수 없지만 조약의 해석을 합리적으로 제한하는 합의에는 아무런 방해도 받지 않아야 한다. 결국 당사자들의 해석의 제한은 합리적이어야 하는데, 이것이 *Delaume*이 제52조를 공서 범주에 해당하는 조항과 당사자들의 통제 하에 있는 조항으로 분류한 이유이다.<sup>95)</sup> *Delaume*의 차별화된 접근방식은 특별위원회의 취소결정 사례로 비추어 봤을 때 효과적으로 유지될 가능성이 높다. 특히 당사자들이 앞의 *Enron*과 *Sempra* 사건의 특별위원회 결정에 관심이 있다면 이것은 가장 적합한 접근방식일 것이다.<sup>96)</sup>

## (2) 제52조 제1항 전부에 대한 포기

또 다른 학자들은 포기에 대한 폭 넓은 접근방식을 제안했는데, 결과적으로 무엇이 본질적이고 훼손할 수 없는 것으로 여겨지는 지에 대한 보다 제한적인 개념들을 제안하였다. *Reisman*은 *Klöckner I*와 *Amco I* 사건의 특별위원회 결정 이후 계약상 포기 해결책을 제안한 최초의 주석자였다. 그의 첫 제안은 당사자들이 판정부의 부적절한 구성과 중재인의 부패 외의 모든 사유에 대한 계약상 포기를 할 수 있다는 것이다.<sup>97)</sup> 또 다른 주석자인 *Jacob*은 ‘판정부가 권한을 명백히 유월한 경우’와 ‘이유 불비’ 사유까지 포기 범위를 확장하였을 뿐만 아니라 ‘근본적인 절차규칙의 중대한 위반이 있는 경우’에 대한 해석 제한을 추구하면서 *Reisman*의 제안을 지지하였다.<sup>98)</sup>

*Reisman*은 몇 년 후 ICSID 취소규정의 본질적인 특성을 고려하여 자신의 제안이 거부되어야 한다고 인정하였다. 이것은 포괄적인 계약상 포기를 장려하려는 *Reisman*의 의지를 현저하게 약화시켰으며 상대적으로 *Delaume*의 차별화된 접근방식이 더욱 설득력을 얻게 되었다. 이러한 포괄적 접근방식은 계약상 포기를 반대하는 강력한 주장을 적절하게 조정하지 못하였다. 포괄적인 계약상 포기의 명백한 이점은 이것이 실익이 없는 취소신청에 따른 위험 및 시간과 비용문제를 포함하여 취소에 따른 여러 가지 문제를 해결할 수 있는 더 큰 기회를 제공한다는 것이다. 그러나 그러한 전략을 고려하더라도 특별위원회가 당사자들의 계약상 포기조항에 대하여 효력이 없다고 판단할 상당한 위험을 따져봐야 한다. 이러한 위험으로 인하여 제52조 전체 또는 포괄적 포기를 시도하는 것은 바람직하지 않다.<sup>99)</sup>

95) C. Schreuer et al., p.117.

96) M. Blome, *ibid.*, p.626.

97) W.M. Reisman (각주 6), p.805.

98) K.S. Jacob, *ibid.*, p.156

99) M. Blome, *ibid.*, p.626.

## V. 결 론

ICSID 협약 제52조에 대한 계약상 포기가 가능한지 여부는 당사자들의 합의가 특별위원회에 제출되었을 때 알 수 있으며, 또한 당사자들은 특별위원회가 자신들의 합의를 인정할 것인지에 대해 기대와 우려를 동시에 갖게 될 것이다. 특히 제52조 전체에 대한 계약상 포기는 중재지에서의 취소소송은 물론 중재판정의 집행거부에도 영향을 미칠 수 있다. 그럼에도 불구하고 비본질적인 취소사유에 대한 계약상 포기나 특별위원회가 ICSID 제52조 제1항의 사유를 적용하는데 있어서 그들의 해석 권한 범위를 제한할 가능성을 완전히 배제하는 것은 아니다.

무엇보다 당사자들이 취소와 상소 사이의 위험에서 벗어나도록 ICSID 제52조 제1항(b)에 대한 해석 제한 가능성을 허용하는 것이 중요하다. 앞에서 살펴보았듯이 취소사유로서 준거법을 적용하지 않은 경우와 관련된 문제는 ICSID 중재 초기의 *Klöckner I*와 *Amco I* 사건의 특별위원회 결정으로부터 최근의 *Sempra*와 *Enron* 결정에 이르기까지 가장 만연한 비판거리이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 당사자들이 중재판정부가 ‘명백히 그 권한을 유월하지 않은 상황’에 대해 미리 합의한다면 이 사유에 따른 취소의 예측 불가능성을 제거할 수 있다. 심지어 특별위원회가 계약상 포기의 효력을 부정하는 경우에도 당사자들은 계약상 포기가 아닌 특별위원회의 해석을 제한하는 합의가 가능하며 이는 더 강력한 해결책이 될 수 있다. 그러나 전반적이고 광범위한 계약상 포기는 효력이 없다고 판명될 가능성이 있기 때문에 실익이 없는 신청과 비용 및 지연에 따른 우려는 여전히 해결되지 않고 있다. 예컨대 당사자들은 취소신청이 기각되는 경우 신청자가 상대 당사자의 법정수수료 및 비용을 포함한 취소절차비용 전액을 부담하도록 합의할 수 있다. 이러한 중재합의는 빈번한 취소신청과 실익이 없는 신청에 대한 위험을 감소시킨다. 취소신청을 억제하면 ICSID 중재절차의 전체 비용과 시간을 최소화할 수 있으며 취소절차가 개시되더라도 중재에서 이긴 당사자를 조금 더 적극적으로 보호할 수 있다.

요컨대 ICSID 협약 제52조 전체에 대한 포기는 거의 효과가 없을 것으로 보인다. 또한 이에 따른 위험과 불확실성으로 인해 현실적으로 투자유치국뿐만 아니라 투자자도 계약상 포기를 담은 중재합의를 꺼릴 수 있다. 나아가 실제로 어느 당사자가 취소결정에 따른 채권자가 될지 아니면 채무자가 될지 알 수 없으며 양 당사자 모두 취소신청이 필요로 하는 상황에 직면할지 여부를 예측하지 못한다. 따라서 이러한 중재계약을 체결하고자 하는 욕구는 실무상 예외적인 필요에 의해서 또는 취소신청에 따른 이전의 부정적 경험에 의해서만 이루어질 가능성이 있다. 결국 취소 전반에 대한 다양한 요인을 고려하여 ICSID 협

약 제52조 제1항의 취소사유에 대한 제한적 포기와 해석을 합의하는 것이 가장 합리적인 해결책일 수 있다. 반대로 당사자들의 중재합의 효과에 대한 예측 불가능성을 고려한다면 취소신청인에게 명확한 비용을 부과함으로써 취소신청을 억제하는 계약상의 해결이 더 바람직할 수 있다.

## 참고문헌

- 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 『중재연구』, 제25권 제2호, 한국중재학회, 2015. 김용일, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 『중재연구』, 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “ICSID 중재판정의 재심제도에 관한 연구”, 『국제상학』, 28권 3호, 한국국제상학회, 2013.
- 박건도, “ICSID 협약 상 취소제도의 성격 및 취소사유에 관한 소고: 명백한 월권 및 이유 미기재를 중심으로”, 『법과 정책연구』, 제10집 제3호, 한국법정책학회, 2010.
- 오원석 외, “ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰”, 『중재연구』, 제24권 제4호, 한국중재학회, 2014.
- Baizeau, D., “Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties,” 8(3) *International Arbitration Law Review* 69, 2005.
- Bjorklund, A., *State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards in International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, 2009.
- Blome, M., “Contractual waiver of Article 52 ICSID: a solution to the concerns with annulment?,” *Arbitration International*, 32, 2016.
- Broches, A., “Observations on the Finality of ICSID Awards,” 7 *ICSID Review - FJIL* 196, 1992.
- \_\_\_\_\_, “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution,” 2(2) *ICSID Review - FJIL* 287, 1987.
- Campbell, M., et al., *International Investment Arbitration*, Oxford, 2008.
- Crawford, J. and Olleson, S., “The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility,” 21 *Austrian Yearbook of International Law* 55, 2000.
- Delaume, G.R., “The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments,” 5 *Arbitration International* 21, 1989.
- \_\_\_\_\_, “How to Draft an ICSID Arbitration Clause,” 7 *ICSID Review - FJIL* 169, 1992.
- Gaillard, E., “Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses,” 3 *ICSID Review - FILJ* 136, 1988.

- Gharavi, H., "ICSID: the Elephant in the Room," 3 *Global Arbitration Review* 10(1), 2015.
- Goldberg, D., "ICSID Caught in Conflict," *Commercial Dispute Resolution Magazine*, 4 June 2013.
- Hodgson, M., "Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform," 11 *Transnational Dispute Management* 1, 2014.
- Hunter, M. et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 5th(edn), Oxford, 2004.
- ICSID, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, 1970.
- \_\_\_\_\_, "Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID," 27 *ICSID Review - FIJL* 443, 2012.
- \_\_\_\_\_, *The ICSID Caseload - Statistics*, 2014.
- \_\_\_\_\_, *The ICSID Caseload - Statistics*, 2018-1.
- Jacob, K.S., "Reinvigorating ICSID With a New Mission and With Renewed Respect for Party Autonomy," 33 *Virginia Journal of International Law* 123, 1992.
- Khachvani, D., "Exclusion of Right to Challenge the Arbitral Award," 2(1) *Latin American Journal of International Trade Law*, 2014.
- Lalive, P., 'Concluding Remarks' in E. Gaillard and Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, New York: Juris Publishing Inc, 2004.
- Patocchi, P.M. and Jermini, C., 'Article 192 of the Swiss Federal Private International Law Act, 1987' in SV Berti (ed), *International Arbitration in Switzerland*, Kluwer Law International, 2000.
- Paulsson, J., "ICSID's Achievements and Prospects," 6 *ICSID Review - FILJ* 380, 1991.
- Peter, W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, 1995.
- Pieter, S., *THE WORK OF UNCITRAL ON ARBITRATION AND CONCILIATION*, Kluwer Law International, 2004.
- Redfern, A., "ICSID - Losing its Appeal?," 3 *Arbitration International* 98, 1987.
- Reisman, W.M., "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration," 4 *Duke Law Journal* 739, 1989.
- Rigaux, A., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford, 2011.

- Schreuer, C., 'Foreword' in R.D. Bishop and S.M. Marchili, *Annulment Under the ICSID Convention Awards*, Oxford, 2004.
- \_\_\_\_\_, "From ICSID Annulment to Appeal: Half Way Down the Slippery Slope," 10 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 211, 2011.
- Schreuer, C. et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009.
- Schwebel, S., *ICCA Congress Miami Opening Ceremony*, 2014.
- Stirk, D., "Growing Number of Countries Allowing for Exclusion Agreements with Respect to Annulment Warrants Greater Scrutiny of Arbitration Clauses," *Kluwer Arbitration Blog*, 11 January 2012.
- Van Houte, H., *Article 52 of the Washington Convention: A Brief Introduction* in E. Gaillard and Y. Banifatemi *Annulment of ICSID Awards*, New York: Juris Publishing Inc, 2004.
- Williams, D., "Arbitration and Dispute Resolution," *NZ Law Review* 119, 2005.

## ABSTRACT

### A Study on the Contractual Waiver of Article 52 ICSID Convention

Yong-Il Kim  
Sung-Kyu Hong

This article examines whether parties may agree to contractually waive the right to bring annulment proceedings. Alternately it looks at whether certain grounds of annulment may be waived. The ability for parties to resolve this issue contractually by waiving this element of Article 52(1)(b) ICSID offers a potentially powerful solution. For parties to agree beforehand to the circumstances where tribunals have not ‘manifestly exceeded their power’ could allow them to remove the unpredictability of annulment on this foundation. Even in the event that an ad hoc committee is against the validity of waiver, it may be possible for a party to frame this restriction as an interpretative agreement by the parties rather than strictly as waiver of a ground of annulment.

Ultimately, the wish to enter into such an agreement would likely only be driven by a few exceptional commercial need or prior negative experience with the remedy of annulment. In that cases, and depending on the nature of the specific concern with annulment, a limited waiver or interpretative agreement on certain Article 52(1) ICSID grounds may certainly be appropriate.

**Key Words** : International Investment Disputes, ICSID Arbitration, ICSID Convention, Contractual Waiver, Arbitration Clause, Ad hoc Committee.