

# ICSID 중재판정의 일관성 제고를 위한 실무적 제언

## Practical Suggestions for Improving Consistency of ICSID Arbitral Awards

김용일\*

Kim, Yong Il

황지현\*\*

Hwang, Ji Hyeon

### 〈목 차〉

- I. 서 론
  - II. ICSID 중재판정의 비일관성
  - III. 비일관성 해소를 위한 제언
  - IV. 실무 적용을 위한 검토
  - V. 결 론
- 참고문헌  
Abstract

**주제어** : 국제투자분쟁, ICSID 중재판정, 특별위원회, 중재판정의 비일관성, 투자협정

\* 국립한국교통대학교 국제무역학과 교수(제1저자), E-Mail : kyi0407@ut.ac.kr

\*\* 국립강릉원주대학교 무역학과 부교수(교신저자), E-Mail : jhhwang@gwnu.ac.kr

## I. 서론

투자자와 투자유치국 간의 분쟁 해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 “ISDS”) 메커니즘에서 의사 결정의 일관성과 예측 가능성의 결여는 오랜 기간 비판의 대상이었다. 그동안 투자협정에 근거하여 외국인투자자와 투자유치국 간의 분쟁을 맡았던 중재판정부들은 유사한 협정 조문에 대해 서로 다른 해석 및 결론을 내리는 경우가 많았다. 중재판정부의 비일관적이고 불일치한 결정은 투자분쟁의 당사자는 물론 다른 사건 중재판정부의 우려를 낳았고, 이는 결국 국제투자법의 법리적 불일치를 초래하게 되었다. 모든 중재판정에는 어느 정도의 해석상 불일치가 내재되어 있지만, ISDS에 만연한 시스템적 불일치는 투자유치국의 규제와 균형을 유지하면서 외국인 투자(자)를 보호하고 촉진하기 위한 예측 가능하고 안정적인 체계를 제공한다는 투자협정 제도의 목적을 훼손할 위험이 있다.

국제투자법의 본질적인 단절적 구조와 결합하여 선례 구속력의 원칙(stare decisis), 즉 선례에 기반한 원칙의 부재는 ISDS의 일관성 결여에 영향을 미친다. 투자협정에 근거한 투자자-국가 분쟁을 판정하기 위해 중재판정부는 임시로 구성이 되는데, 중재판정부는 중재판정 시 이전 판정을 따라야 할 의무가 없다. 이로 인해 유사한 문구로 규정된 협정 조문에 대해 종종 서로 다른 해석을 내리고 있다. 물론, 선례 구속력의 원칙 적용으로 중재가 보장하는 유연성과 당사자의 자율성을 훼손해서는 안 된다. 중재의 이러한 고유한 성격으로 인해 국내법의 법리에만 의존하는 국내 법원과는 달리, 중재에서는 공정성, 효율성, 적법 절차라는 광범위한 원칙을 우선적으로 고려한다.

또한, 선례에 기반한 시스템은 대륙법 국가의 법체계와 상충하는 결과를 가져올 수도 있다. 예컨대, 독일과 프랑스에서는 일관된 판례(jurisprudence constante) 원칙을 따른다. 따라서 서로 일치하는 결정의 사례만이 구속력 있는 선례가 될 수 있다. 이와 반대로, 보통법 국가의 일반적인 관행은 선례 구속력의 원칙에 따라 하나의 법원 결정이 구속력 있는 선례가 된다. 그러므로 이러한 차이에 대한 이해만으로는 법체계의 해석상 불일치 문제를 설명할 확실한 논거가 될 수 없다는 점도 유의해야 한다.

투자 중재의 비일관성과 유사한 쟁점에 대한 중재판정부의 상이한 해석은 법적 안정성을 해치므로 일관된 해석 및 판정을 기대하는 이해당사자들의 ISDS 메커니즘 개혁 요구가 높아지고 있다. 그동안 제안된 비일관성 해결 방안 중 하나는 ISDS 메커니즘을 개편하여 독립적인 투자법원을 설립하는 것이었다. 임시 중재판정부와는 달리 독립적인 투자 법원은 해석 및 법리상 일관성을 보장할 수 있다. 그러나 이러한 개혁은 ISDS 메커니즘을 확립한 가장 큰 목적에 반하는 것이므로 심사숙고해야 한다. 이는 중립성을 유지하면서 효율적이고 신속한

메커니즘을 구축한다는 투자중재의 목표를 달성할 가능성이 낮아질 수 있기 때문이다. 다른 방안으로는 의사 결정의 일관성을 위해 중재판정에 대한 광범위한 검토와 조사가 가능하도록 상소법원을 도입하는 것이었다. 또한, 기존 ISDS 메커니즘 내에서 해결책을 찾으려는 시도도 있었다. 이러한 해결책은 현재의 ISDS 메커니즘을 유지하는 동시에 해석상의 불일치를 상당히 해소하는 요인이 될 수 있다. 나아가 공동 해석 선언, 정확한 협정 초안 작성, 협정 해석에 관한 공동 심의위원회 설립, 협정의 상호 교류, 비(非) 분쟁 당사자의 중재 참여 등도 해결책으로 제안되었다.

이러한 개혁은 특정 협정을 해석하는 데 실제로 유용할 수 있지만 다른 협정의 동일한 조항에 대한 해석상 불일치를 해결하지 못할 수도 있다. 특히 투자분쟁의 국제적 해결이라는 개념은 국가가 주권을 제한적으로 양보하는 것을 근거로 유지되기 때문에 더욱 그러하다. 따라서 어느 정도의 불일치는 시스템의 고유한 성격이며, 시스템의 일관성을 지나치게 강조하는 것은 위험이 따른다. 또한 이러한 방안은 향후 협정에는 잘 적용될 수 있지만, 이미 존재하는 많은 협정에 이를 반영하는 것은 상당한 어려움이 따를 것이다. 그러므로 이러한 현실을 직시하면서 해석상의 불일치 범위를 좁히고 완화하는 실용적이고 총체적인 해결책을 제시할 필요가 있다.

미국-아르헨티나 BIT에 근거하여 제기된 투자분쟁은 중재판정부가 내린 다양한 결정과 해석이 이러한 해석상 불일치를 여실히 보여주고 있다. 이는 또한 개발도상국이 체결한 협정의 불리한 해석으로 인해 고통을 받는다는 ISDS의 편향성 문제도 초래했다. 이러한 이유로 인도를 비롯한 여러 개발도상국은 ICSID 협약의 체약국이 되는 것을 꺼려왔다. 따라서 투자중재에 대한 개혁을 시행하려면 그러한 개혁이 모든 이해당사자에게 미칠 영향을 신중히 고려해야 한다. 개혁은 일관성을 보장할 뿐만 아니라 분쟁 해결을 위한 총체적이고 안정적인 메커니즘을 제공하는 데 초점을 맞춰야 한다. 그러므로 성급한 개혁은 피하고, 이해당사자 간 충분한 숙고를 거쳐 시스템에 대한 적절한 균형과 신뢰성을 찾는 것이 중요하다.

이러한 이해를 바탕으로 본 연구에서는 현재 논의되고 있는 ICSID 중재판정의 해석상 불일치 문제를 세부적으로 살펴보는바, 그동안 유사한 협정 및 쟁점을 다루었던 사건의 중재판정부가 취한 접근 방식을 비판적으로 검토하고자 한다. 또한 이러한 해석상의 불일치를 해결하기 위해 제안된 여러 해소 방안과 실무 적용을 위한 검토 기준을 제안한다. 지금까지 ICSID 중재와 관련하여 관할권 문제, 긴급피난, 취소제도 등 다양한 주제의 논문이 발표되었으나, 본 연구는 ICSID 중재판정의 일관성 제고를 위한 실무적 방안을 고찰한 점에서 선행연구와 차별성이 있다.

## II. ICSID 중재판정의 비밀관성

국제투자분쟁에서 중재판정부가 유사한 사안에 대하여 선례를 고려하는 것은 일반적이다. 중재판정부는 개념 또는 쟁점을 명확히 하거나 유사한 사안을 이전에 어떻게 처리했는지 설명하기 위해 다른 투자분쟁의 중재판정부가 내린 결정을 인용하는 경우가 많다.<sup>1)</sup> 그러나 다수의 중재판정부는 독립적으로 각 사안을 판단한다.<sup>2)</sup> 중재판정부는 다른 중재판정부가 제시한 의견을 검토하거나 반드시 인용할 필요가 없기에 분쟁에 관한 구체적인 사실과 법률에 비추어 판정을 내린다.<sup>3)</sup> 이하에서는 ISDS의 해석상 불일치에 대한 논쟁을 야기한 몇 가지 사례를 검토한다.

### 1. '긴급피난' 해석에 관한 비밀관성

대표적인 사례는 2000년대 초 아르헨티나의 경제 위기와 관련된 투자분쟁으로 인한 ICSID 중재판정에서 긴급피난(necessity) 항변이 일관성 있게 적용되지 않은 것이다. 경제 위기 상황에서 투자유치국의 긴급피난 주장의 인정 여부와 관련하여 유사한 사안이 다루어졌는바, 이러한 분쟁에는 *CMS Gas Transmission Company v. Argentina* 사건,<sup>4)</sup> *Sempra Energy v. Argentina* 사건,<sup>5)</sup> *Enron Corporation v. Argentina* 사건,<sup>6)</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina* 사건<sup>7)</sup> 등이 있다. 특히, 이러한 분쟁은 미국-아르헨티나 BIT에 근거하여 제기되었으며, 아르헨티나 페소 가치가 미국 달러 가치와 분리되어 투자자의 이익에 경제적 가치가 없어졌다는 공통된 쟁점을 지니고 있다.

거의 동일한 상황임에도 불구하고, 이들 중재판정부는 양립할 수 없는 방식으로 분쟁을 다

1) *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Award, December 19 2016, para. 149.

2) *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 24 January 2004, para. 97.

3) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August, 2004, 19 ICSID Rev-FILJ 486.

4) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007.

5) *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007; *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010.

6) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007; *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision for the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010.

7) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

루었으며, 서로 다른 결론을 내렸다. 위 사건들의 중재판정부는 경제 위기의 경우 긴급피난을 주장할 수 있다고 인정했지만, 비금지조치(Non-Precluded Measures, 이하 “NPM”)에 대한 해석은 서로 상이했다.<sup>8)</sup> *CMS, Enron* 및 *Sempra* 사건의 중재판정부는 NPM 조항을 적용할 수 없으며, 따라서 아르헨티나는 협정 위반으로 투자자에게 배상할 책임이 있다는 결론을 내렸다. 중재판정부는 이러한 결론을 내리면서 해당 협정의 예외 조항을 국제법위원회의 국가 책임에 관한 조항 초안 제25조에 따라 국제관습법상의 긴급피난 항변 조항과 동일시했다.

반면, *LG&E* 사건에서 중재판정부는 위와 같은 판정을 완전히 무시하고, 아르헨티나의 NPM 조항에 대한 항변을 받아들여 해당 협정에 따른 아르헨티나의 책임을 면제해 주었다. 이 과정에서 해당 중재판정부는 후속 단계에서 국제관습법을 언급했을 뿐, 국제관습법상의 긴급피난 항변 기준에 따라 판정을 내리지 않았다.

또한, *Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 아르헨티나가 취한 조치에 대해 자세히 검토한 후 NPM 조항을 적용할 수 있다고 판시하였다.<sup>9)</sup> 이와 같이 *Continental Casualty* 사건과 *LG&E* 사건의 중재판정부는 동일한 결론을 내렸지만, 이러한 판정의 논거와 해석에 대한 접근 방식은 여전히 크게 상충되었다. 결국 이러한 상이한 접근 방식은 본안 판정에도 불구하고, ISDS의 단절성을 보여주었고, 국제투자법에서 수평적 법리를 만들어냈다는 비판을 받았다.<sup>10)</sup>

해석상 불일치에 대한 우려는 *CMS, Enron* 및 *Sempra* 사건에 대한 취소신청에서 특별위원회(*ad hoc committee*) 결정으로 인해 더욱 커졌다.<sup>11)</sup> *CMS* 사건의 특별위원회 결정에서는 *LG&E* 사건에 대한 결정과 유사한 근거를 채택했음에도 취소신청을 받아들이지 않았다. 그러나 *Sempra* 사건의 특별위원회는 해당 중재판정부가 미국-아르헨티나 BIT 제11조를 적용하지 않음으로써 권한의 유월을 한 것으로 판단하여 해당 판정을 취소했다. 모순적이게도 *CMS*와 *Sempra* 사건의 특별위원회는 동일한 법률상 오류를 찾고 유사한 해석 방식을 채택했지만 서로 다른 결론을 내렸다. *Enron* 사건의 특별위원회는 완전히 다른 방식으로 접근해 제11조와 긴급피난 항변의 쟁점은 중재판정부가 고려할 범위이며, 특별위원회에서 고려할 범위는 아니라고 판단했다.

8) A. Reinisch, “Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, Issue. 2, 2007, p. 211.

9) *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

10) N. Jansen Calamita, “The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 18, Issue. 4, 2017, pp. 585-587.

11) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Annulment Decision, 30 June 2010, (*Enron Annulment Decision*); *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment Decision, 29 June 2010, (*Sempra Annulment Decision*).

## 2. ‘완전한 보호 및 안전 보장’ 해석에 관한 비밀관성

중재판정부가 투자자 보호 원칙을 해석하는 방식에서도 해석상의 불일치를 확인할 수 있다. 대부분의 투자협정에 포함되는 표준 협정 조항인 ‘완전한 보호 및 안전 보장’ (Full Protection and Security, 이하 “FPS”) 조항에 대한 차별화된 해석은 이와 관련된 좋은 사례이다. 일례로, *BG Group Plc v. Argentina* 사건 및 *National Grid Plc v. Argentina* 사건의 중재판정부는 영국-아르헨티나 BIT에 포함된 동일한 FPS 조항에 대해 상반된 해석을 내놓았다.<sup>12)</sup> 두 사례에서 중재판정부는 FPS 조항이 투자자의 물리적 안보에만 적용되는지 아니면 경제적 안보까지 확장되는지를 검토해야 했다. *National Grid* 사건의 중재판정부는 이 과정에서 FPS 조항을 폭넓게 해석하여 규제 변경으로 인해 FPS 조항을 적용할 수도 있다고 판단했다. 이에 반해, *BG Group* 사건의 중재판정부는 제한적 해석을 채택하여 FPS 조항이 투자자의 물리적 안보에 국한된다는 이해에서 벗어나는 것은 적절하지 않다고 보았다. 결국 FPS 조항에 대한 해석도 일관성이 결여되어 있음을 알 수 있다.<sup>13)</sup>

## 3. ‘공정하고 공평한 대우’ 해석에 관한 비밀관성

투자협정의 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment, 이하 “FET”) 조항을 적용하는 것에 대한 해석상의 불일치도 우려되는 부분이다. 역사적으로, FET 조항의 기준은 상당한 검토와 숙고의 대상이었다. FET 조항에 대해 가장 많이 인용되는 정의 중 하나는 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. Mexico* 사건의 중재판정부가 내린 해석인데, 본 사건에서는 FET 기준에 대해 “투자자가 투자를 할 때 고려한 기본적인 기대”의 위반에서 투자를 보호하는 것을 포함하도록 매우 넓게 해석할 수 있다고 명시하고 있다.<sup>14)</sup> 이러한 해석이 이후 중재판정부에서 받아들여지기는 했지만,<sup>15)</sup> 몇몇 중재판정부에서는 FET 조항에 대한 이러한 넓은 해석에서 벗어나 협정 기준을 좁게 또는 중간 정도로 해석하기도 했다. 그 예로 *Alex Genin v. Estonia* 사건의 중재판정부는 FET 기준의 범위를 투자유치국의 고의적 과실이나 부정한

12) *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL Award, 24 December 2007, paras. 325-326; *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Award IIC 361, 3 November 2008, paras. 187-189.

13) *Ronald S Lauder v Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, IIC 205, 3 September 2001, para. 308; *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para. 613.

14) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154.

15) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 113-115; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 179; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 127.

목적과 관계가 있는 행위만 포함하도록 제한했다.<sup>16)</sup> 마찬가지로 *Waste Management Inc. v. Mexico* 사건의 중재판정부는 “행위가 독단적이거나 심하게 불공정하거나 부당하거나 특이한 경우, 행위가 차별적이고 청구인을 특정 집단에 관한 편견이나 인종 편견에 노출하는 경우, 또는 행위가 사법 절차에서 당연한 이치를 명백히 지키지 않거나 행정 절차에서 투명성과 정직성이 완전히 결여된 경우와 같이 사법적 적절성을 위반하는 결과를 초래하도록 적법 절차가 결여된 경우”에는 FET 조항이 적용된다고 해석했다.<sup>17)</sup>

#### 4. ‘최혜국 대우’ 해석에 관한 비일관성

‘최혜국(Most Favoured Nation, 이하 MFN)’ 조항에 대해서도 이와 유사하게 그 범위와 기준에 있어서 일관성 없는 판정이 내려져 왔다.<sup>18)</sup> 실제적 협정 조항을 일관성 없이 이해하고 해석하면 ISDS 메커니즘의 정당성에 문제가 될 수 있다. 또한 투자자가 자신의 행위가 협정 조항의 범위에 해당하는지 아니면 그 범위를 벗어나는지 확신할 수 없기 때문에 투자유치국 뿐만 아니라 투자자의 이익에도 손해가 된다. 이러한 사실은 ISDS를 활용할 수 있게 하는 MFN 조항의 적용 가능성에 대한 특히 더 일관성 없는 접근 방식에서 더 잘 드러난다. 그 결과, 중재판정부의 관할권과 관련된 적절성 문제가 야기된다.<sup>19)</sup> 이러한 상황에서는 규제 조치가 투자유치국에는 뜻밖의 협정 청구 대상이 될 수도 있고, 투자자는 정당한 협정 청구를 거부당할 수 있다. 이는 *Emilio Agustín Maffezini v. Spain* 사건<sup>20)</sup>의 중재판정부가 채택한 일관성 없는 접근 방식에서 확인할 수 있다.

*Emilio Agustín Maffezini* 사건의 중재판정부는 청구인이 현지 소송 절차를 밟지 않고 중재를 이용할 수 있도록 MFN 조항을 분쟁 해결 합의에까지 확대 적용할 수 있게 했다. 본 사건에서는 “분쟁 해결 합의는 투자자 보호와 불가분의 관계에 있으며, 관련 조약에 따라 예상한 권리 보호에 필수적”이라고 판시하였다.

그러나 이후 *Wintershall v. Argentina* 사건의 중재판정부는 이와 반대되는 견해를 채택하여 분쟁 해결 합의에 MFN 조항을 확대 적용할 수 없다고 보았다.<sup>21)</sup> 여기에서 말하는 분쟁 해결 합의는 해당 협정과 그 해석의 근본적인 부분을 구성한다. 따라서 해석상 불일치의 정도를

16) *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 367.

17) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 367.

18) J. Arato & C. Brown & F. Ortino, “Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, 2020, pp. 21-22.

19) *Ibid.*

20) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000.

21) *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008, para. 172.

보여주는 위의 설명은 이러한 우려가 일련의 특정 사건에서 끝이 나는 상황에만 국한되는 것이 아니라는 사실도 강조한다. 오히려 불일치에 대한 우려는 사실에 입각한 차이와는 무관하게 상당히 기본적인 수준에서 해석하려는 시도에 영향을 미친다. 따라서 해석의 일관성은 ISDS 공동체에 대해 계속해서 주의를 기울이고, 실체적 및 절차적 협정 기준을 발전 및 개선하는 데 필요하고 바람직한 것이라는 점은 논란의 여지가 없다.

### Ⅲ. 비일관성 해소를 위한 제언

투자유치국과 투자자 간의 투자분쟁을 해결하는 데 있어서 ISDS 메커니즘이 중요하다는 것은 부정할 수 없다. 그러나 ISDS 메커니즘의 단절된 특성은 투자협정에 대한 일관성 없는 해석을 야기하고, 이로 인해 예측하지 못한 결과를 초래한다는 비판을 받고 있다. 이하에서는 이러한 해석상의 차이를 극복하기 위해 제안된 다양한 해결책에 대해 분석하고자 한다. 특히 본 연구에서는 투자분쟁 해결을 위한 공정하고 예측가능한 시스템에 대한 대안적 접근 방식을 중심으로 그 해결책과 잠재적 활용에 대해 검토한다.

#### 1. 다자투자법원 설립

유럽연합은 제1심법원과 상소법원으로 구성되는 2단계 상설법원인 완전통합형 다자투자법원(Multilateral Investment Court, 이하 “MIC”)의 설립을 제안했다. MIC는 해석상 불일치를 줄이고 ISDS의 예측 가능성을 높이기 위한 제도적 개혁안으로 UN 국제상거래법위원회(이하 “UNCITRAL”) 제33실무작업반에서 논의되었다.<sup>22)</sup> 이 제안은 개인투자자가 국제재판소에 직접 투자유치국을 제소할 수 있도록 하는 현행 ISDS 시스템의 대안으로 적용한다.<sup>23)</sup> MIC에는 두 가지 주요 특징이 있다. 첫째는 제1심법원과 상소법원으로 구성된 2단계 법원 시스템이라는 점이다. 이는 의사 결정에서 더 많은 사법적 조사와 일관성 및 통일성을 보장하기 위한 것이다. 둘째는 고정 임기 동안 판사를 임명하여 판결의 연속성을 보장한다는 점이다. 또한 MIC 설립을 통해 아래와 같은 해석상 불일치를 해결할 수 있는 몇 가지 방법을 고안하였다.

첫째, MIC를 회원국 간의 기존 투자협정에 근거하여 운영하는 것이다. MIC는 이 방법을

22) UNCITRAL, ‘Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Submission from the European Union and its Member States’ (2 October 2019) UN Doc A/CN.9/ WG III/WP.182.

23) M. Langford & M. Potestà & G. Kaufmann-Kohler & D. Behn, “UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, Issue. 2-3, 2020, p. 167.



통해 협정의 다양성을 유지하면서 공통 협정 조항을 해석하는 통일된 접근 방식을 마련할 수 있다. 이러한 통일성을 통해 유사한 협정 조항을 해석할 때 예측가능한 결과를 도출하고 불일치를 줄일 수 있다. 둘째, MIC의 판결은 선례가 되어 법리의 일관성을 보장할 것이다. 이러한 선례는 국가와 투자자 모두에게 앞으로의 방향성을 제시하며, 투자유치국과 투자자가 각자의 협정 의무를 이해하고 자신의 행위에 따른 잠재적 결과를 이해하는 데 도움이 될 것이다. 이로 인해 투자협정의 해석과 실행에 있어 통일성과 일관성을 높일 수 있다.

또한 MIC는 협정에 근거한 계약의 명확성을 높이는 데에도 도움이 될 것이다. 따라서 투자유치국과 투자자가 협정에 근거하여 계약을 체결할 수 있는 상황이나 방법을 규정하는데 MIC가 참여함으로써 협정 조문을 해석할 때 추가적인 확신을 주고, 앞으로의 방향성을 제시할 수 있다. 결국 이러한 명확성은 해석상 불일치를 줄이는 데 도움을 줄 것이다. 마지막으로, 투자협정에서 MIC의 통일된 방법론 및 접근 방식을 통해 투자유치국과 투자자는 특정 조항을 해석하는 방식을 이해하게 될 것이다. 그 결과, 당사자들은 협정 조문의 문구를 더욱 명확하게 작성할 수 있다. 이렇게 하면 모호하거나 부정확하게 작성된 협정 조항으로 인해 분쟁이 발생할 가능성이 낮아질 것이다.

MIC는 이러한 장점을 추가하여 투자분쟁을 해결하기 위한 좀 더 안정적이고, 예측가능하며, 통일된 환경을 마련하고 싶어 한다. 또한 현행 ISDS 메커니즘의 해석 불일치에 대한 우려를 해소하고 다양한 투자 사건에서 일관성 없는 결론이 날 가능성을 낮추는 것을 목표로 한다.

## 2. 상소 메커니즘 도입

ISDS 메커니즘을 보완하기 위한 상소기구의 설립은 중재판정부가 특정 상황에서 내린 판정을 검토하고 이를 번복할 수 있는 관할권을 가진 상위 사법기관의 설립을 의미한다.<sup>24)</sup> 법을 적용할 때 일관성과 정의를 보장하기 위해 상급법원이 하급법원의 판결을 검토하는 국내 법률 시스템의 상소 절차가 이러한 개념에 영감을 줄 수 있다.<sup>25)</sup> 우선 상소 메커니즘을 만들자는 제안은 일관성 문제를 겨냥한다. 상소기구는 유사한 사건에 대해 일관되고 일치하는 방식으로 판정을 내릴 수 있도록 도움을 줄 수 있다. 상소기구는 앞으로의 방향성을 제시하고 선례를 정하여 투자자와 투자유치국 모두에게 더욱 예측가능한 결과를 얻게 할 수 있다.

둘째, 상소기구의 판결은 설득력 있고, 구속력 있는 선례가 되어 원 중재판정부에게 방향성을 제시할 수 있다. 이는 중재판정부가 모순된 해석을 할 가능성을 줄이고, 더욱 견고하고 신뢰할 수 있는 법리 체계를 제공할 수 있다. 또한 상소기구는 법적 또는 논리적 결함이 있을

24) G. Zarra, "The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1, 2018, p. 178.

25) D. A. Gantz, "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 39, Issue 1, 2021, p. 27.

수 있는 중재판정을 재심사할 수 있다. 이러한 평가를 통해 의사 결정의 질을 개선하고 중재판정부가 확립된 법적 기준과 우수 사례를 따르는지 확인할 수 있다. 따라서 상소기구는 다양한 사건에서 협정 조문과 투자 기준에 대한 해석이 일치하도록 도움을 줄 수 있다. 이는 국제투자법을 더욱 일관되고 포괄적으로 이해하는 데 도움이 될 것이다. 궁극적으로 상소기구의 설립은 ISDS 메커니즘의 정당성을 강화할 수 있다.<sup>26)</sup>

다만, ISDS 시스템에서 상소 메커니즘을 구축하려면 국가와 기타 이해관계자 간의 광범위한 합의가 필요할 것이다. 이러한 과정에는 주권 문제, 절차 지연 가능성에 대한 우려, 임명 과정에서 투자자의 제한된 역할, 상소기구 구성에 대한 의구심 등 여러 장애물이 존재한다.<sup>27)</sup> 현재 진행 중인 세계무역기구(World Trade Organization, 이하 “WTO”) 상소기구의 위기는 중요한 경고가 된다. WTO 사례에서는 사법 적극주의를 이유로 미국이 상소기구에 대한 판사 지정을 막았고, 이로 인해 WTO 상소 절차는 정체되었다. 이는 반덤핑(anti-dumping)과 제로잉(zeroing) 조치 관련 문제에 관한 일관성 없는 해석과 결합해 제도 개혁이 다른 차원의 문제를 야기할 수 있음을 보여주는 분명한 예시이다. 하지만 상소 절차 지지자들은 상소 절차가 ISDS 시스템의 전반적인 공정성과 효율성을 상당히 개선하고, 투자유치국과 투자자 간의 중재에서 발생하는 일부 해석상 불일치를 해결할 수 있다고 주장한다.<sup>28)</sup>

### 3. 협력 및 조정 강화

ISDS 메커니즘의 해석상 불일치 문제에 대한 또 다른 잠재적 해결책은 여러 중재판정부 간의 협력과 조정을 강화하는 것이다.<sup>29)</sup> 이는 투자협정 해석의 불일치를 줄이기 위해 중재판정부 간의 소통, 정보 교환, 대화 및 협업을 증진하는 것을 목표로 한다.<sup>30)</sup> 이 해결책은 의사 결정을 할 때 더욱 일관된 접근 방식을 권장함으로써 ISDS 메커니즘의 전반적인 정당성과 효율성 개선에 도움이 될 것이다. 중재판정부가 정기적으로 토론과 정보 교환에 참여하여 일

26) C. T. Kotuby & L. A. Sobota, “Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 28, Issue 2, 2013, p. 456.

27) ICSID 사무국 보고서에서 상소기구를 설립하는 것은 어떤 면에서 볼 때 아직 ‘시기상조’이며 모든 구성원의 합의를 확보하기에는 어려울 것이라고 언급한 사실을 차치하더라도, 일부 학자들은 ICSID 상소 시스템의 설립이 비현실적인 것으로 바라보았다. 이들은 이러한 상소 시스템이 ‘판정은 모든 당사자에 구속력을 가지며, 협약에서 제공하는 것 이외의 어떠한 상소 또는 기타 구제수단의 대상이 되지 않는다’는 ICSID 협약 제53조의 정신에 위배된다고 주장하였다(Christoph Schreuer, “Revising the System of Review for Investment Awards”, BIICL, 2009, p. 2).

28) G. Zarra, *op. cit.*, p. 179. 상소 메커니즘 도입의 문제점에 대해 상세히는, 김용일, “ICSID 상소제도의 도입 필요성”, 『중재연구』, 제29권 제4호, 한국중재학회, 2019, pp. 203-204 참조.

29) A. D. Luca & M. Feldman & M. Paporinskis & C. Titi, “Responding to Incorrect Decision-Making in Investor-State Dispute Settlement: Policy Options”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, 2020, p. 29.

30) Statute of the International Court of Justice (adopted on 26 June 1946) UNTS 993 art 59; the Agreement on the Unified Patent Court (adopted in 2017) 56 Official Journal of the European Union 2013/C 175/01 art. 22.

반적인 원칙을 아우르는 구체적인 검토 기준을 마련할 수 있다면, 중재판정부 간의 협력과 조정은 의사 결정의 일관성 문제를 해결하는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 이를 통해 여러 관할권에서 이루어지는 의사 결정에서 통일성을 유지하고 모순된 해석을 피할 수 있다.

특히 관할권 문제와 관련하여 중재판정부가 채택하는 다른 해석이 포럼 쇼핑(forum shopping)을 조장할 수 있기 때문에 포럼 쇼핑 시도를 효과적으로 막을 수도 있다. 포럼 쇼핑은 당사자가 편견이나 호의적인 평가를 근거로 특정 중재판정부를 찾는 경우에 발생한다. 협업을 늘리면 여러 관할권에서 일관된 의사 결정이 장려되어 포럼 쇼핑을 줄일 수 있다. 또한 중재판정부 간의 협력과 조정이 강화되면 ISDS 메커니즘의 신뢰성과 정당성은 향상될 것이며, 이해관계자는 메커니즘의 공정성과 예측 가능성을 더 신뢰하게 될 것이다. 이를 통해 더 좋은 분쟁 해결 체계가 마련될 것이다.

전술한 내용을 고려할 때, 중재판정부 간의 협력과 조정을 강화하면 해석상의 불일치를 줄일 수 있을 것으로 보인다. 그러나 이러한 목표를 이루려면 중재판정부뿐만 아니라 투자유치국의 적극적인 참여와 협력 의지가 필요할 수 있다. 또한 주요 이해당사자들은 정보 교환 및 조정을 위한 시스템을 만들고, 이 시스템에 대해 합의해야 할 것이다. 그렇지만 ISDS 메커니즘은 더욱 협력적인 접근 방식을 장려함으로써 투자분쟁의 공정하고 효과적인 해결이라는 목표에 더 가까워질 수 있다.<sup>31)</sup>

#### 4. 지침 및 권고안 마련

ISDS 메커니즘의 해석상 불일치를 해결할 또 다른 잠재적인 방법은 관련 국제기구 및 기관이 지침과 권고안을 마련하는 것이다. 이 접근 방식은 중재판정부가 더 일관성 있는 결정을 내릴 수 있도록 특정 법적 문제에 대한 유권해석이나 설명을 제시하는 것이 필요하다.<sup>32)</sup> ICSID와 같은 국제기구 및 중재기관은 모순된 해석이 내려진 특정 협정 조문에 대한 지침서나 권고안을 발표할 수 있다. 이는 중재판정부가 이러한 조문에 대해 의도한 범위와 목적을 더 잘 이해하여 이를 일관성 있게 적용하는 데 도움이 될 것이다.

또한 공정하고 공평한 대우, 완전한 보호 및 안전 보장, 기타 차별 금지 기준과 같은 투자 보호 기준을 해석하는 방법에 대한 지침을 제공할 수 있다. 이를 통해 중재판정부가 기준에 대한 공정한 시각을 갖게 되어 좀 더 일관되고 예측가능한 해석을 내릴 수 있다. 특정 기준과 조항을 다양한 사실에 기반한 조건에서 어떻게 해석할 수 있는지 설명하기 위해 이전의 결정 내용에 대한 요약 등을 추가하여 이러한 지침을 더욱 개선할 수 있다. 이는 중재판정부가 복잡한 법적 문제를 처리하는 데 도움이 되는 한편, 일관성 없고 서로 다른 의견을 줄이는 데에

31) A. D. Luca & M. Feldman & M. Paporinskis & C. Titi, *op. cit.*, pp. 29-30.

32) J. Arato & C. Brown & F. Ortino, *op. cit.*, p. 6.

도 도움이 될 것이다. 또한 이러한 지침은 투명하고 합리적인 의사 결정의 중요성을 강조할 수 있다. 명확하고 합리적인 판정은 당사자들이 법률 해석의 근거를 파악하는 데 도움이 되고, 일관성 있는 결과를 가져올 것이다.

지침의 효과를 극대화하기 위한 또 다른 방식은 이해당사자가 참여하도록 하는 것이다. 지침을 마련할 때 국가, 투자자, 법률 전문가와 같은 관련 이해당사자와 협의할 수 있다. 이를 통해 지침에 다양한 관점과 생각이 반영될 수 있으며, 그 결과, 해당 지침은 거부감 없이 더 객관적이고 합리적으로 받아들여질 수 있다. 또한 국제투자법이 계속 발전하고 있기 때문에 지침에서 다양한 분야 전반에 걸친 원칙과 기준의 변화를 반영하도록 주기적으로 업데이트를 해야 한다. 이렇게 함으로써 현실을 반영한 효과적인 최신 상태의 지침을 유지할 수 있다.

이러한 지침과 권고안이 가치가 있을 것이라는 사실은 부정할 수 없다. 그러나 지침의 성격을 고려해야 한다. 해당 지침은 균형을 유지해야 하며, 중재판정부에 주어진 유연성을 저해할 수 있는 엄격한 조치는 피해야 한다. 또한 지침·권고안의 수용 및 이행은 국가와 중재판정부의 자발적인 참여에 달려 있다는 것을 유의해야 한다. 향후 전문적인 지침은 해석상 불일치를 없애고, ISDS 메커니즘의 예측가능성과 효율성을 높이는 데 크게 기여할 수 있을 것이다.<sup>33)</sup>

## 5. 협정 해석의 성문화

ISDS의 맥락에서 협정 해석 원칙을 성문화하는 것은 투자협정의 해석 방식을 규정하는 특정 원칙과 규범을 공식화한다는 의미이다. 이 방법은 중재판정부가 협정 조문과 투자 보호 기준을 해석할 때 고려할 명확한 검토 기준을 제시하려고 한다. 이러한 원칙을 성문화하는 목적은 투자분쟁에서 모호성을 줄이고, 더 통일성 있고 예측가능한 결과를 도출하기 위함이다.<sup>34)</sup> 협정 해석 원칙을 성문화하면 중재판정부는 협정 조문을 분석할 명확한 체계와 확립된 검토 기준을 갖게 되므로 명확하고 일관성 있는 해석을 할 수 있게 될 것이다.

중재판정부는 명확한 선례가 없는 복잡한 법적 문제를 마주하는 경우가 많다. 따라서 성문화된 원칙은 이러한 어려운 문제를 해결하고 불확실성과 일관성 없는 판결이 내려질 가능성을 줄이는 데 밑거름이 될 수 있다. 나아가, 협정 해석에 대한 분명하고 확실한 규칙을 정해 투자자와 투자유치국 모두에게 예측 가능성을 보장할 수 있다. 그 결과 중재판정부가 협정 조항을 지나치게 확대 해석하는 것을 막기 위한 제한과 지침을 확립할 수도 있다. 이는 더욱 균형 있고 통제된 의사 결정을 끌어낼 것이다.

하지만 협정 해석의 성문화도 큰 장애물을 마주할 수 있다. 즉 독립성과 중립성이 훼손되면

33) A. D. Luca & M. Feldman & M. Paparinskis & C. Titi, *op. cit.*, p. 30.

34) C. Giorgetti, “The Transformation of International Organizations – Specialization, New Initiatives, and Working Methods – Some Observations on the Work of UNCITRAL Working Group III”, *Journal of International Economic Law*, Volume 26, Issue 1, 2023, p. 41.

ISDS는 WTO 상소기구를 포함한 다른 기관과 동일한 상황에 놓이게 될 것이다. 이러한 성문화의 근본적인 장점을 과소평가하는 것은 아니지만, 시스템 내에서 유지해야 할 각 가치와 균형을 맞추는 방법에 대해 진지하게 숙고하고 고민할 필요가 있다. 다른 제안과 마찬가지로, 협정 해석 규칙을 성문화하는 것도 모든 이해당사자 간의 공동 노력과 합의가 필요하다. 이러한 기준을 발전시키려면 투자자 보호와 투자유치국의 규제 권한 간에 적절한 균형을 유지하기 위한 상당한 숙고, 합의 및 양해가 필요하다. 또한 이러한 원칙은 계속해서 일관성 있고 논리적인 해석을 위한 견고한 토대를 제공하는 동시에, 변화하는 규범과 상황에 맞게 조정될 수 있어야 한다. 그렇다 하더라도, 협약 해석 기준을 성문화하면 해석에 있어 이례적인 사항을 없애고 ISDS 메커니즘에 대한 전반적인 공정성과 효율성을 개선할 수 있다.<sup>35)</sup>

#### IV. 실무 적용을 위한 검토

협정 해석은 악명 높은 어려운 주제이자 다루기 힘든 문제이다. 문제가 되는 협정 규범의 경우, 일관성 없는 해석이 골칫거리가 될 수 있다. 따라서 중재판정부가 적용할 구체적이고 일관된 검토 기준을 추려내는 것이 중요하다. 계약 당사자의 권리를 보호하기 위해 국제투자협정(International Investment Agreement, 이하 “IIA”) 협상(IIA Negotiation), IIA 시행(IIA Implementation), ISDS 절차(ISDS Proceedings) 및 ISDS 사후 절차(Post ISDS Proceedings)의 네 단계에서 이러한 검토 기준을 적용해야 한다. 명확성의 단계인 IIA 협상 단계에서는 명확한 정책 목표를 확인하고, 협약 본문에 원하는 용어와 해석을 담아 문서의 일관성을 확보하며, 예외 사항과 별도 처리 사항을 규정해야 한다.

IIA 시행 단계에서는 협정 파트너와의 지속적인 관계, 공동 선언, 당면한 분쟁을 더 잘 처리하기 위한 공동 위원회의 정기적인 설명을 포함한 문서 검토가 이루어져야 한다. 분쟁 과정의 ISDS 절차 단계에서는 분쟁 당사자가 아닌 당사자(Non-Disputing Party, 이하 “NDP”)가 제출하는 것을 포함한 협정 당사자의 공동 해석문 및 구속력 있는 해석을 통한 적극적인 참여에 초점을 맞추어야 한다. 분쟁이 종결되고 나서 성찰의 시기인 ISDS 사후 절차 단계에서는 당사자의 자율성과 법치주의 사이의 균형을 유지하기 위해 당사국 간의 공동 선언 및 합의를 통한 정책 조정이 이루어져야 한다. 이하에서는 제3장에서 검토한 여러 제안에 대한 실무 적용의 기준을 제시한다.

35) *Ibid*, pp. 43-46.

## 1. 명확한 협정상 표현

중재판정부의 협정 해석의 불일치는 겉으로 드러나는 내용보다 더 복잡한 문제를 야기할 수 있다. 일관성이 있든 없든 투자협정 조문을 해석할 때는 기본적으로 협정 조문의 본문을 중심으로 다루어야 한다. 명확하고 분명한 초안이 없으면 중재판정부는 정의, 형평, 신의성실의 원칙뿐만 아니라 정책 및 실질적 결과에 의존한 독자적 해석 방법론을 적용하여 협정을 해석할 수 있다. 따라서 중재판정부가 반(反)직관적인 해석을 하지 않도록 협정 초안 작성자가 의도를 명확하게 표현하는 분명한 언어를 사용하는 것은 대단히 중요하다.

## 2. 공동의 해석과 공유

투자분쟁의 당사자들은 중재판정부 대신 협정 조문에 대한 ‘공동의 해석’을 공유하는 방법을 모색할 수 있다. 이는 협정 조문에 대해 상호 합의한 해석을 의미하며, 이를 통해 당사자 간에 서로 다르거나 논란이 되거나 상충하는 견해를 피할 수 있다. 또한, 당사자들은 중재 범위에서 특정 청구를 배제할 수도 있다. 이렇게 함으로써 중재판정부의 관할권이 과도하게 확대되는 것을 막을 수 있다. 이 제안은 쉽지 않으며, 현실 적용에 많은 어려움이 따를 것이다. 그러나 투자유치국은 협정을 업데이트할 때 협정 당사자는 국제법에 따라 협력할 의무와 책임이 있다는 점을 명심해야 한다. 이러한 의무는 특정 협정 조문이 없는 경우에도 존재하며, 이는 본질적으로 ‘약속은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)’는 원칙에 필수적인 요소이다.

그러나 국가의 의무에 내재하는 문제는 특히 지정학적 영향과 관련된 경우, 국가가 국제적 의무를 진정으로 이행하는 경우가 드물다는 것이다. 지정학적 영향을 받지 않는 시스템을 구축하는 것은 거의 불가능하지만, 협정 조문을 정확하게 작성하고 이와 관련하여 정치적인 동기가 있는 표현을 피하는 것은 이러한 문제를 극복하는 데 큰 도움이 될 것이다.

## 3. SSDS로의 대체 및 NDP 참여

검토 가능한 또 다른 옵션은 바로 투자협정에서 ISDS 메커니즘을 완전히 없애는 것이다. ISDS 메커니즘을 없앤 후 ISDS를 의무적인 국가 대 국가 투자협정중재(State-State Dispute Settlement, “SSDS”)로 대체할 수 있다. 이러한 접근 방식은 국제 분쟁 해결에서 해석상 불일치 문제를 어느 정도 없앨 수 있지만, 최종 결과에 대한 통제권을 국내 법원에 부여하면 역효과를 가져올 수 있다. 관할권에 따른 법원 시스템이 다르다면 투자협정 규범 해석의 일관성을 보장할 수 없다. 이는 차별적 대우의 위험을 더욱 증가시킬 수 있다.

한편, 양 당사자의 협의 후 법정 조언자(amici curiae)가 NDP 자격으로 참여하는 것은 주요

기준, 절차 및 유사한 문구의 조항에 대한 의미를 정확하게 해석하는 데 도움이 될 수 있다. ICSID 내에서 NDP의 참여는 아주 적은 수준이지만, 시간이 지나면서 NDP의 참여를 통해 주요 기준 및 절차적 조항의 의미에 대해 반복적이고 일관된 입장을 취함으로써 일관성과 예측 가능성이 높아질 수 있다. 그러나 NDP 참여가 사건의 최종 결과에 영향을 미칠 수 있는 정도는 중재판정부의 전적인 재량에 달려 있다.

#### 4. 목적론적 해석 방법론

투자협정을 해석할 때 “무엇을 위한 것인가?”라고 자문하는 것은 협정 해석에 큰 도움이 될 수 있다. 중재판정부는 전문(preamble)에 의존하여 협정의 대상과 목적을 파악하는 경우가 많다. 협정의 명시적인 표현보다 당사자들의 목표와 정책을 명시한 전문을 우선시하는 것은 주목할 만하다. 협정의 목적과 대상, 해당 관할 요건, 중재판정부가 의도한 절차적 결과 사이의 해석상 연관성을 만들 수 있다. 이를 통해, 목적론적 시각으로 투자협정을 해석하는 하나의 방법으로 분석할 수 있는 통합된 검토 기준이 주어질 것이다. 물론, 협정 전문은 때때로 서로 상충하는 목표의 집합으로 이루어져 있다고 주장할 수도 있다. 그러나 협정 전문에 명시된 이러한 목표는 불가피하게 상호 배타적인 것이 아니며, 해석에 대한 일관성 있고 통합적인 접근 방식이 필요하다는 점을 명심해야 한다.

## V. 결론

투자중재 이해당사자들이 ISDS 메커니즘의 비일관적이고 불일치한 의사 결정에 대해 세심한 주의를 기울여야 한다는 사실은 분명해 보인다. 국제법 및 투자중재의 이해당사자들은 ISDS 메커니즘에서 중재판정의 불일치, 비일관성, 예측불가능성에 대한 해결책을 찾아야 한다고 주장한다. UNCITRAL 제3실무작업반은 수년 동안 ISDS 메커니즘의 개혁을 숙고해 왔지만, 투자중재 이해당사자들은 여전히 ISDS 메커니즘이 겪고 있는 합법성 문제를 바로잡을 가장 적합한 방법에 대한 합의에 이르지 못하고 있다.

앞에서 검토한바, 여러 잠재적 개혁 방안에는 고유한 장단점이 있다. 예컨대, ISDS 메커니즘의 당사자가 해당 분쟁을 국가가 지정한 판사가 있는 다자투자법원에 맡긴다면 의사 결정의 일관성은 높아질 수 있지만, 소송 기간은 길어지고 판사 지정 과정에서 투자자의 참여가 배제된다는 명백한 단점이 있다.

상소기구나 독립적인 법원의 설립과 같은 ISDS 메커니즘의 실질적인 개혁을 위해서는 이해 당사자 간의 대대적인 합의가 필요할 것이다. 수천 개의 투자협정이 존재한다는 점을 고려하면 이러한 극단적인 조치는 몇 가지 현실적인 문제에 직면하게 될 것이다. 또한 이해당사자들은 특히 상소의 범위, 임명 절차, 소송 비용 및 기간과 같이 이러한 개혁이 가지는 미묘한 차이에 대해 합의해야 한다. 현재까지 UNCITRAL 제3실무작업반의 논의에서 어느 한 방안을 다수가 지지한 경우는 없었으며, 국가별로 접근 방식에 상당한 차이를 보여 왔다. 이러한 차이는 각국의 기존 법률 시스템에 의해 더욱 증폭된다. 따라서 다자법원의 설립이나 상소 메커니즘의 확립과 같은 극단적인 개혁이 적어도 가까운 미래에 실현될 수 있을지는 불투명하다.

반면, ISDS 메커니즘의 개혁은 해석상 불일치를 완전히 없애지는 못하더라도 어느 정도 줄일 수 있는 실행 가능한 옵션이 될 수 있다. 지침 마련, 중재판정부 간의 협력 증진, 협정 규범의 성문화와 같은 개혁은 해석상 불일치를 줄이고, ISDS 메커니즘의 정당성을 강화하는 수단을 제공할 수 있다. 이러한 개혁을 시행하기 위해서는 UNCITRAL 제3실무작업반과 함께 국가들의 집단적인 노력이 필요하다.

UNCITRAL 제3실무작업반이 해석상 불일치 문제 해결을 위해 합의할 수 있을 것이라는 희망이 있다. 최근 UNCITRAL 제3실무작업반은 중재인의 윤리 및 행위와 관련된 문제를 해결하기 위해 ISDS 중재인을 위한 행동 강령에 합의했기에 이는 특히 희망적이다. ISDS 메커니즘을 개혁하려면 모든 이해당사자가 해당 문제와 각 잠재적 개혁의 범위, 성격, 타당성을 신중하게 고려해야 할 것이다.



## 참고문헌

- 김용일, “ICSID 상소제도의 도입 필요성”, 중재연구, 제29권 제4호, 한국중재학회, 2019.
- Arato J. & Brown C. & Ortino F., “Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, 2020.
- Calamita N. J., “The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 18, Issue. 4, 2017.
- Gantz D. A., “An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 39, Issue 1, 2021.
- Giorgetti C., “The Transformation of International Organizations – Specialization, New Initiatives, and Working Methods – Some Observations on the Work of UNCITRAL Working Group III”, *Journal of International Economic Law*, Volume 26, Issue 1, 2023.
- Langford M. & Potesta M. & Kaufmann-Kohler G. & Behn D., “UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21, Issue. 2-3, 2020.
- Luca A. D. & Feldman M. & Paporinskis M. & Titi C., “Responding to Incorrect Decision-Making in Investor-State Dispute Settlement: Policy Options”, *The Journal of World Investment & Trade* Vol. 21, 2020.
- Kotuby, C. T. & Sobota, L. A., “Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 28, Issue 2, 2013.
- Reinisch A., “Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, Issue. 2, 2007.
- Schreuer C., “Revising the System of Review for Investment Awards”, *BIICL*, 2009.
- Zarra G., “The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 1, 2018.

## ABSTRACT

### Practical Suggestions for Improving Consistency of ICSID Arbitral Awards

Kim, Yong Il  
Hwang, Ji Hyeon

The lack of consistency and predictability of arbitral awards in the Investor-State Dispute Settlement (“ISDS”) mechanism has long been a subject of criticism. In international investment disputes, arbitral tribunals have frequently come up with different interpretations and results on similar investment agreement provisions. The arbitral tribunal’s inconsistent decisions raised concerns not only among the parties to the investment dispute but also among the arbitral tribunals in other cases, which ultimately led to legal inconsistencies in international investment law.

Arbitration awards may have some degree of disagreement in interpretation. However, the systemic inconsistencies that pervade ISDS risk undermining the purpose of the investment agreement system, which is to provide a predictable and stable framework to protect and promote foreign investment while maintaining a balance with host state regulations. Therefore, this study proposes a plan to resolve this discrepancy and review standards for practical application.

Reform of the ISDS mechanism could be a viable option to reduce, to some extent, the inconsistencies in interpretation, if not completely eliminate them. Reforms such as establishing guidelines, promoting cooperation between arbitral tribunals, and codifying the norms of the agreement can provide a means of reducing interpretive inconsistencies and strengthening the legitimacy of the ISDS mechanism. Reforming the ISDS mechanism will require all stakeholders to carefully consider the issues and the scope, nature, and feasibility of each potential reform.

**Key Words** : International Investment Disputes, ICSID Arbitral Awards, Ad hoc Committee, Inconsistency of Arbitral Awards, Investment Agreement