

ICSID 상소제도의 도입 필요성*

The Necessity for Introduction of ICSID Appellate System

김용일**

Kim, Yong Il

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. WTO 상소제도
- III. ICSID 취소제도의 한계
- IV. ICSID 상소제도의 도입과 문제점
- V. 결론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 국제투자분쟁, WTO 분쟁해결기구, WTO 상소제도, ICSID 상소제도, ICSID 특별 위원회

* 이 논문은 2019학년 한국교통대학교 지원을 받아 수행하였음(This was supported by Korea National University of Transportation in 2019).

** 한국교통대학교 국제통상전공 부교수, kyi0407@ut.ac.kr

I. 서론

세계무역기구(World Trade Organization, 이하 WTO)의 상소 시스템과 비교할 때, 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 ICSID)¹⁾ 특별위원회(*ad hoc Committee*)는 매우 제한된 권한을 가지고 있다. 그 결과, 최근 몇 년 동안 일부 ICSID 중재판정에서 나타났던 결함은 ICSID의 상소기구 설치를 둘러싼 필요성 논쟁을 다시 불러 일으켰다. 일부는 이러한 상소기구의 적절성에 대해 확신하지 못하고 있지만, 그동안의 일부 중재판정 및 특별위원회의 취소결정에서 나타난 비밀관성으로 인하여 ICSID 중재의 상소 시스템 도입에 대한 관심과 공감대가 형성되고 있다. 2011년 ICSID 연례보고서에서는 투자중재를 위한 상소기구의 필요성을 적시하였지만, 이후에 발행된 연례보고서에서는 이 주제에 대해 아무런 언급이 없었으며 상소기구의 설립을 뒷받침하기 위해 취해진 조치는 없었다.

오늘날 무역법 분야에서 상소 시스템을 갖춘 유일한 제3자 판정기구가 WTO 분쟁해결 시스템(Dispute Settlement System, 이하 DSS)이므로 ICSID 중재에서 상소제도를 수립하고자 하는 경우 분명히 참고해야 할 필요가 있다. 이러한 상소기구 도입에 대한 비판론자들은 WTO가 상호 간에 긴밀하게 연결된 기구들의 조약을 포함하는 반면, ICSID는 일반적으로 국가 사이에 체결된 이질적인 조약들을 다루고 있다고 주장한다. 하지만 두 시스템의 성격에 대한 논쟁에도 불구하고 상소 시스템이 적어도 ICSID 중재판정의 정당성을 개선하는데 도움이 될 것이라는 점은 인정해야 한다.

ICSID 상소기구 도입의 모델이 될 WTO DSS는 세계무역 체제의 안전성과 예측 가능성을 확보하고 그 범리 체계가 국제법의 개발에 공헌한 것에 대해 찬사를 받아 왔으며, 이러한 DSS의 2단계 심사와 상소 시스템은 WTO의 중요 의무를 이행하는데 도움이 되고 있다. WTO 회원국들은 WTO 상소기구(Appellate Body, 이하 AB)의 범리 체계를 지속적으로 존중해왔다. 특히 패널 단계에서 보고서를 완료하는데 다소 지연이 있음에도 불구하고 WTO의 2단계 시스템은 WTO가 정치적 측면에서 교착 상태에 빠진 경우에도 잘 작동되어 왔다. 무엇보다도 그 이전의 1947년 관세 및 무역에 관한 일반 협정(General Agreement on Tariffs and Trade)과 기타 국가 간 제도와 달리, WTO AB의 창설은 WTO 회원국들이 다자간 무역 분쟁을 사법적으로 해결하려는 의지를 보여준다. ‘법원(court)’이라는 단어가 WTO DSS를 언급할 때 항상 사용되는 것은 아니지만, 국제법 원칙과 해석

1) 세계은행그룹(WBG)은 국제부흥개발은행(IBRD)과 국제개발협회(IDA) 및 그 자매기구인 국제금융공사(IFC), 국제투자보증기구(MIGA) 그리고 국제투자분쟁해결센터(ICSID) 등을 포함한다. 한국은 1955년 IBRD, 1961년 IDA, 1964년 IFC, 1967년 ICSID에 가입하였으며, 1988년 MIGA의 가맹국으로 참여하였다.

규칙의 엄격한 적용을 통해 분쟁을 해결하는 이 ‘법원 같은’ 시스템은 다른 지역무역협정 (Regional Trade Agreement)뿐만 아니라 ICSID에 따라 이루어지는 국제투자분쟁 시스템이 본받아야 할 모델이 될 수 있다.

이러한 이해를 바탕으로 본 논문에서는 WTO AB의 상대적인 성공을 고려하여 ICSID 상소제도 도입에 대한 찬성론을 제시한다. 이를 위하여 서론에 이어 제II장에서는 WTO 상소기구, 상소절차 그리고 상소기구의 활용을 중심으로 WTO 상소제도를 검토하며, 제III장에서는 ICSID 중재의 취소사유, 사례분석 그리고 한계를 중심으로 ICSID 취소제도를 간략히 살펴본다. 나아가 제IV장에서는 ICSID 중재 시스템에서 특별위원회가 매우 제한된 권한만을 가지고 있다는 사실로 인하여 ICSID가 그 정당성을 의심 받는 위기에 빠졌음을 전제로 ICSID 상소제도 도입 필요성과 이에 따른 문제점을 고찰한다.

지금까지 ICSID 중재와 관련하여 ICSID 중재의 개혁 방안과 ICSID 협약²⁾ 제52조(취소제도)를 중심으로 다양한 논문이 발표되었으나,³⁾ 본 논문은 WTO 상소제도의 활용에 비추어 ICSID 상소제도의 도입 필요성을 고찰한 점에서 선행연구와 차별이 있다고 생각한다. 나아가 본 연구에서 제시하는 규범적 제안은 국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 상소제도를 도입하는 것이 투자 보호를 약화시키는 것을 목적으로 하지 않고, 오히려 다양한 이해관계자들 간의 균형과 공정성을 제고하는 틀을 마련할 것으로 생각한다.

II . WTO 상소제도

1. 상소기구

(1) 상소기구의 설치

WTO 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, 이하 DSB)는 패널 보고서에 대한 상소를 심리하는 상설기구인 AB를 두고 있는데,⁴⁾ AB에 대한 상소는 패널 보고서에서 다루어진

2) “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”로 ‘워싱턴 협약’이라고도 하며, 이하 ‘ICSID 협약’이라 한다. 2019년 11월 현재, 163개국이 동 협약에 서명하였고 154개국이 비준하였다.

3) 김여선, “국제투자규범의 ISDS체제 개혁에 관한 연구”, 『국제거래와 법』, 제26호, 동아대학교 법학연구소, 2019, pp.151-181; 류병운, “WTO 분쟁해결 제도와 투자자-국가 중재 제도의 조화”, 『무역상무연구』, 제81권, 한국무역상무학회, 2019, pp.47-72; 김용일·홍성규, “ICSID 협약 제52조의 계약상 포기에 관한 연구”, 『중재연구』, 제28권 제1호, 한국중재학회, 2018, pp.3-26; 진정원, “ICSID 중재판정의 취소에 대한 고찰 - Tidewater 중재판정의 취소결정을 중심으로 -”, 『강원법학』, 제61권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, pp.661-699; 류병운, “ICSID 중재 제도의 개혁 방향”, 『홍익법학』, 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, pp.87-116.

4) WTO DSU(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes or Dispute Settlement Understanding, 1994) Art 17.1.

법적 쟁점과 패널의 법적 해석으로 제한된다.⁵⁾ 상소기구는 상소심리 중에 제기된 각각의 쟁점들을 검토하며 상소의 대상이 패널 보고서 상의 법적 해석과 법적 쟁점으로 제한되기 때문에 사실의 문제(question of fact)에 대하여는 상소할 수 없다. 이러한 상소 대상의 제한은 분쟁에 대한 사실의 문제와 법적 쟁점의 분명한 구분을 전제로 한다. 그러나 법적 쟁점과 사실의 문제에 대한 구분이 그렇게 명확하고 간단하지 않을 경우에는 이들 두 개념의 구분에 대한 분쟁이 발생할 수도 있을 것이다.⁶⁾

상소기구는 자신이 요구하는 적절한 행정적 및 법적 지원을 제공받아야 한다. 여비와 생활비를 포함한 상소기구 위원들의 비용은 예산재정행정위원회(Committee on Budget, Finance and Administration)의 권고에 근거하여 이사회가 채택한 기준에 따라 WTO 예산에서 충당된다.⁷⁾

(2) 상소기구의 구성

상소기구는 7명의 위원으로 구성되며, 그 중에서 3명의 위원이 하나의 사건을 담당한다. 상소기구 위원들은 작업절차에 따라 교대로 활동하는데, 작업절차는 상소기구가 DSB 의장 및 사무총장과 협의하여 작성하며 회원국들에게 전단한다. DSB는 4년의 임기 동안 상소기구에서 활동할 인사를 임명하되, 각 인사는 한 번씩 재임명될 수 있다. WTO 협정의 발효 후 즉시 임명되었어야 하는 7명의 위원 중 3명의 임기는 추첨에 따라 2년 후에 만료한다.⁸⁾ 이같이 상소기구위원의 첫 임기를 부분적으로 달리 규정한 것은 모든 상소기구 위원의 임기가 같은 시기에 만료되어 상소기구 활동의 계속성이 저해됨을 방지하고자 함이다. 상소기구는 결원이 생길 때마다 충원되며 임기가 만료되지 않은 상소기구 위원을 교체하여 임명된 위원은 전임자의 잔여임기 동안 위원의 직을 갖는다. 상소기구의 구성이 상설적인 점은 패널의 구성이 임시적(ad hoc)인 점과 비교된다. 상설적인 상소기구는 일관되고 통일적인 분쟁해결을 통하여 WTO 법체제의 안정성을 확보할 것으로 기대된다.⁹⁾

상소기구는 법, 국제무역 및 대상협정의 주제 전반에 대하여 일반적으로 공인된 전문성을 갖추었다고 인정된 권위자들로 구성된다. 상소기구 위원의 자격으로서 법전문성이 특정된 것은 WTO 체제의 분쟁해결이 법지향적임을 확인시켜 준다. 상소기구 위원의 법전문성의 요구는 상소가 패널 보고서에서 다루어진 법적 쟁점과 패널의 법적 해석에 제한되는 점에서 당연하다. 상소기구 위원의 자격으로서 법, 국제무역 및 대상협정 주제 전반에 대한 전문성이 요구되기 때문에, 상소기구 위원은 이들 세 가지 내용 전체에 대한 권위를 가지고 있어야 할 것이고 이점에서 법은 국제무역 또는 국제경제와 관련될 것이다.¹⁰⁾

5) DSU Art 17.6.

6) 박노형, 「WTO체제의 분쟁해결제도 연구」, 박영사, 1997, p.89.

7) DSU Art 17.8.

8) DSU Art 17.2.

9) 박노형, 전제서, pp.90-91.

상소기구 위원들은 그 활동에 있어서 독립성이 보장되어야 하므로 어떤 정부와도 연계되어서는 안 된다. 패널 위원의 경우와는 달리, 상소기구 위원이 자신의 국적국이 당사자이거나 이해관계를 갖는 제3국의 분쟁해결에 참여할 수 없다는 규정은 없다. 그러나 상소기구 위원들은 직·간접적인 이해의 충돌을 야기할 수 있는 어떤 분쟁의 심의에 참여할 수 없다. 상설기관인 상소기구로서 분쟁해결의 독립성을 유지하기 위하여, 특히 법률문제에 대한 재심의 기능을 고려할 때 당연한 조건이라고 볼 수 있다.

상소기구의 구성은 회원국들을 폭넓게 대표하여야 한다. 지역적 고려는 물론 발전의 정도와 법체제도 고려되어야 할 것이다. 따라서 국제무역에서 미약한 지위에 있고 WTO 법체제에 대한 이해가 깊지 않은 아프리카 등에서도 상소기구 위원이 배출 될 수 있을 것이다. 이러한 현실은 상소기구의 임무 수행에 반드시 긍정적이지는 않을 것이다. 모든 상소기구 위원들은 항상 그리고 단기간의 통고로 임무를 수행할 수 있어야 하며, 분쟁해결 활동과 WTO의 다른 활동을 숙지할 것이 요구된다. 상소기구 위원은 평상시에 자신의 거주지에서 다른 업무를 수행할 수 있으나, 상소기구 위원으로서의 업무가 보다 우선적임을 알 수 있다. 그러나 상소기구 위원이 WTO가 소재한 제네바에 상시적으로 거주하도록 요구되지 않은 점은 상소기구의 상설적 성격에 비추어 비현실적이다.¹¹⁾

2. 상소절차

패널 보고서에 대한 상소는 제3국이 아닌 분쟁당사국만이 제기할 수 있다. 다만, 패널의 사안에 대한 상당한 이익을 갖고 있음을 DSB에 통고한 제3국은 상소기구에 서면입장을 제출하고 의견을 진술할 기회를 갖는다. 분쟁당사국이 아닌 제3국은 상소할 권리를 부여받지는 않지만, 상소기구에 자신의 입장을 밝힐 수 있는 기회를 가짐으로써 자신의 이익이 전혀 무시되지 않게 된다.¹²⁾

원칙적으로 상소심리는 분쟁당사국 일방이 공식적으로 상소의 결정을 통고한 날부터 상소기구가 자신의 보고서를 회람한 날까지 60일을 초과할 수 없다.¹³⁾ 상소심리의 일정을 확정할 때 상소기구는 관련된 경우에 부패하기 쉬운 상품에 관한 1994년 분쟁해결양해 4.9조의 규정¹⁴⁾을 참작하여야 한다. 60일 내에 보고서를 제출할 수 없다고 판단한 경우에 상소기구는 DSB에 서면으로 지연사유와 보고서 제출에 소요될 예상기간을 통고하여야 하

10) WTO DSB 운영 현황 및 문제점 등과 관련하여 상세히는, 주정·김석철, “WTO DSB의 운영 현황 분석을 통한 문제점 및 개선방안 연구”, 『중재연구』, 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017, pp.157-177 참조.

11) 박노형, 전게서, pp.91-92.

12) DSU Art 3.3, 10.1.

13) DSU Art 17.5.

14) 동 조에 의하면, 부패하기 쉬운 상품의 경우를 포함한 긴급한 경우에 분쟁당사국들, 패널 및 상소기구는 가능한 한 최대한으로 절차를 가속시키도록 모든 노력을 경주하여야 한다.

며, 어떠한 경우에도 상소심리는 90일을 초과할 수 없다.¹⁵⁾ 그러나 패널의 경우와 마찬가지로 상소기구의 심리기간 준수는 상소기구의 임무와 구성으로 볼 때 현실적으로 상당히 어려울 것이다. 물론 상소기구의 심리기간 준수여부에 대한 제재는 규정되어 있지 않다.¹⁶⁾

상소기구는 상소심리 중에 패널 보고서 상의 법적 쟁점과 패널의 법적 해석에 대하여 제기된 각각의 쟁점들을 검토하여야 한다. 상소기구의 보고서는 제공된 정보와 행하여진 진술을 고려하여 분쟁당사국들의 참여 없이 기초된다. 분쟁당사국의 협의, 패널 및 상소기구의 심리가 비공개인 점은 WTO 체제의 분쟁해결이 국가 간의 이익의 해결에 있어서 국가들의 은닉성을 보여 준다. 따라서 상소기구 위원 개개인은 익명으로 보고서에 의견을 표명한다.¹⁷⁾¹⁸⁾

상소기구가 심의중인 사안에 관하여 분쟁당사국 일방만의 의사소통은 금지되며 상소기구의 심리는 비공개이다. 상소기구에 제출된 서면입장(written submissions)은 비밀로 취급되어야 하나, 분쟁당사국들에게는 입수될 수 있어야 한다. 심리절차의 비공개성에도 불구하고, 분쟁당사국 일방은 자신의 입장 진술을 공개할 수 있다. 회원국들은 다른 회원국이 상소기구에 제출한 비밀로 지정된 정보를 비밀로 취급하여야 한다.¹⁹⁾

3. 상소기구의 활용

DSU에 명시된 정교한 규칙과 절차로 인해 패널 보고서의 약 30%가 상소의 대상이 되었다. 이는 지난 65년 동안 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ICJ)를 거친 소송 건수와 비교하면 인상적인 수치이다. 따라서 WTO 회원국들이 그토록 많은 상소를 제기한 이유를 파악하는 것이 중요하다.²⁰⁾

진술한 바와 같이, 상소는 법률적 문제에만 근거할 수 있으며 AB는 패널의 법적 판결과 결론을 지지, 수정, 취소할 수 있다.²¹⁾ DSU는 사실에 관한 문제가 아니라 법률적 문제에 대해서만 상소를 제기할 수 있는 이유에 대해 설명하지 않는다. 그러나 AB의 법리 체계를 살펴보면, DSU 제17조 제6항이 ‘사실에 관한 조사 결과는 패널에 의한 법적 해석

15) DSU Art 17.5.

16) 박노형, 전제서, p.93.

17) DSU Art 17.11.

18) 상소기구의 보고서는 DSB에서 수용될 가능성이 매우 높다. 상소기구 보고서의 채택을 위한 의사결정이 DSB의 소극적 총의(negative/inverted consensus)에 따르기 때문이다. 즉 DSB가 상소기구 보고서를 회원국들에게 회람한 후 30일 내에 총의로써 채택하지 않기로 결정하지 않는 한 DSB는 상소기구 보고서를 채택하고 분쟁당사국들은 무조건으로 수락하여야 한다. DSU Art 17.14.

19) DSU Art 18.2.

20) Yenkong Ngangjoh-Hodu and Collins C. Ajibo, “ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, p.312.

21) DSU Art 13.2.

또는 법적 결론과는 달리 원칙적으로 상소기구의 검토 대상이 되지 않음'을 의미한다고 해석하고 있다. 예컨대 '어떤 사건이 특정 시간과 공간에서 발생하였는지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 사실에 관한 문제'이다. 회원국의 국내법과 관련된 문제는 AB 이전 단계에서 검토가 이루어지는 사실에 관한 문제이지만, 이러한 법이 WTO 협약의 특정 규정을 준수하는지의 여부를 판단하는 평가는 '법률적 문제(legal characterization)'이다. 이러한 면에서 WTO에서 다루는 대부분의 협약은 상소의 대상이 되어 왔다.²²⁾

상소가 제기된 소송의 수가 많다는 사실은 AB 시스템의 효과뿐만 아니라 AB 시스템에 대한 WTO 회원국의 신뢰를 반영하기도 하는 것이다. ICJ에 제기되는 상소의 경우 평균 4년이 소요되고, 유럽사법재판소(Court of Justice of the European Union)에 제기되는 상소는 평균 2년이 소요되는 반면, WTO에 제기되는 상소는 평균적으로 3~4개월이 소요된다.²³⁾ 또한 북미자유무역협정(North Atlantic Free Trade Agreement) 제20장에 따라 제기되는 분쟁은 일반적으로 3년이 소요되며 제11장에 따른 투자분쟁은 통상적으로 5년이 소요된다.²⁴⁾ 나아가 ICSID 중재에서는 분쟁을 해결하는데 평균 3년 반 정도의 시간이 소요된다. 게다가 WTO DSS 하에서는 구제방법이 소급되지 않기 때문에, 패널 보고서상 WTO 법률과 일치하지 않는 조치가 발견된 당사자에게 있어서는 패널 보고서에 상소를 제기하는 것이 경우에 따라서 경제적으로 유리할 수도 있다. 또한 상소 건수가 많은 것은 상소 당사자들이 DSU 제11조에 따른 패널의 의무를 매우 광범위하게 해석했다는 것에 부분적으로 기인하는데, 이는 상소는 보다 체계적인 이유로 제기될 수도 있고 또는 패널 보고서에서 만족스럽게 설명되지 않은 법적 근거에 대한 명확한 설명을 구하기 위해 제기될 수도 있다.²⁵⁾

22) Tania Voon and Alan Yanovich, "The Facts Aside: The Limitations of WTO Appeals to Issues of Law", *Journal of World Trade*, Vol. 40, No. 2, 2006, 239 - 258; Simon Lester, "The Development of Standards of Appellate Review for Factual, Legal and Law Application Questions in WTO Dispute Settlement", *Trade, Law and Development*, Vol 4, No 1, 2012, 125 - 149; AB report in US - Section 211 Appropriations Act, paras. 105 - 106 참조.

23) AB in US - Stainless Steel (Mexico), paras. 156 - 158, 160 - 162 참조.

24) Armand de Mestral, *NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion?* in *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2006, pp.359 - 381; David Quayat, "The Forest for the Trees: A Roadmap to Canada's Litigation Experience in Lumber IV", *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 1, 2009, pp.115 - 151 참조.

25) Yenkong Ngangjoh-Hodu and Collins C. Ajibo, *op. cit.*, p.313.

Ⅲ . ICSID 취소제도

1. 개요

ICSID 설립의 근거는 국제투자계약에서 투자유치국에 대한 잠재적 편파성 및 정치적인 요소가 배제된 중립적인 장소에서의 투자자-국가 간 분쟁해결에 기초하고 있다.²⁶⁾ 따라서 ICSID 체제의 엄격한 취소절차는 중재판정에 대한 준수를 더욱 제고하기 위한 것이다. 그러나 중재에서 진 당사자 입장에서는 취소절차의 엄격성으로 인해 원 중재판정에 대한 불복 기회가 줄어들 수 있다는 것을 의미한다.²⁷⁾ 이와 유사하게 취소절차는 특별위원회가 다룰 수 있는 문제의 범위뿐만 아니라 행사할 수 있는 재량권의 측면에서도 제한적이다.²⁸⁾ 이러한 상황은 일부 특별위원회의 결정이 비일관성과 예측 불가능성을 특징으로 한다는 사실에 의해 더욱 복잡해진다. 이러한 일련의 문제들로 인해 ICSID 체제의 신뢰성과 정당성에 대한 의문이 제기되었으며,²⁹⁾ ICSID 상소기구의 필요성에 대한 활발한 정책적 및 학술적 토론이 촉발되었다.³⁰⁾

서론의 2011 ICSID 연례보고서에서는 ICSID가 ICSID 상소기구의 필요성에 대한 OECD 토론에 참여한 사실을 언급하였다.³¹⁾ 그러나 놀랍게도 이후의 ICSID 연례 보고서는 이 주제를 전혀 언급하지 않았으며 2011년 보고서 이후로 ICSID 상소기구의 가능성을 탐구하기 위해 취해진 후속 조치는 없었다. 이러한 사실과 일부 ICSID 중재판정에서 지

26) Cai Congyan, "Structure of Arbitrators and its Implications Towards ICSID Mechanism: An Empirical Analysis", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, 2008, p.334.

27) Leah D. Harhay, "Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency", *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 8, No. 3, 2014 참조.

28) 이에 관하여 상세히는, Benjamin M Aronson, "A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the Three Generations", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 6, No. 1, 2012, pp.34 - 39; Paul Friedland and Paul Brumpton, "Rabid Redux.", *American University International Law Review*, Vol. 27, No. 4, 2011 - 2012, pp.727-760 참조.

29) 이에 관한 대표적인 논문으로, Susan Franck, "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, Summer 2009; Schwebel, Stephen M., "The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties", *Suffolk Transnational Law Review*, Summer 2009; Charles N. Brower and Stephen W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, 2009 참조.

30) Irene M. Ten Cate, "International Arbitration and the Ends of Appellate Review", *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 44, 2012; Jason Webb Yackee, "Towards a Minimalist System of International Investment Law", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 32, No. 2, 2009; Ian Laird and Rebecca Askew, "Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?", *THE JOURNAL OF APPELLATE PRACTICE AND PROCESS*, Vol. 7, No. 2, 2005.

31) ICSID, ICSID Annual Report, 2011, p.39.

속적으로 나타나는 결함에 비추어 볼 때, ICSID 상소제도에 대한 어떠한 제안이든 WTO 상소제도를 모범으로 삼고자 하는 ICSID의 개혁 노력이 어색하지 않을 것이다. WTO DSB는 무역 분쟁을 해결하기 위해 효과적으로 기능하는 국제경제법 분야의 유일한 제3자 국제판정기구이다.

실제로 WTO 상소기구는 다른 무엇보다도 분쟁해결의 신속성과 다양한 사건의 패널 보고서 덕분에 다자간 무역 시스템의 안전성과 예측 가능성을 제고하는데 있어서 성공적이었다. 따라서 ICSID 상소제도를 지지하는 사람들은 일관성과 합법성에 대한 고려사항이 절차상의 규칙보다 우선하여야 한다고 생각한다.³²⁾

반대로, 투자분쟁에 대한 상소제도를 비판하는 사람들은 중재판정의 변경 불가능성에 대한 주장을 근거로 한다. 즉 이들은 지금의 특별위원회를 유지해야 하며 특별위원회가 ICSID 협약 제52조에서 규정하는 제한된 취소사유만을 근거로 취소결정을 해야 하는 제한된 재량권을 행사하여야 한다고 주장한다. 또한 이들은 ICSID 의장이 기존의 특권을 행사하여 제한된 인력풀에서 지명하여야 하며, 특별위원회로 하여금 제한된 판정을 하도록 강제하여야 한다고 주장한다.³³⁾

하지만 이러한 견해는 투자유치국의 이해관계를 거의 또는 전혀 고려하지 않는 것으로 보인다. ICSID 분쟁해결 시스템과는 달리 WTO 상소기구의 패널은 법적 해석 및 결론을 지지, 수정, 취소할 수 있는 권한을 가진 제도화된 상소 시스템을 갖추고 있다.³⁴⁾ 이러한 ‘일괄수락원칙’은 WTO 협약체계를 뒷받침하는 것으로, 전체 협상을 더 이상 분리할 수 없는 하나의 패키지로 간주하는 것을 의미하며 160개 회원국 모두에 구속력을 발휘하고, 패널 또는 AB 이전 단계에 적용할 수 있는 것이다. 이와는 반대로, ICSID는 개별 국가 간에 체결된 개별적이고 매우 다양한 양자 간 투자협정(Bilateral Investment Treaty)에서 발생하는 분쟁을 다룬다. 또한 WTO DSS의 관할권은 회원국 또는 별도의 관세지역에 국한되지만, ICSID는 국가뿐만 아니라 개인 투자자에게도 개방되어 있다.

32) Christopher Smith, "The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism can Guide Reform of ICSID Procedure", Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 41, 2013; Johanna Kalb, "Creating An ICSID Appellate Body", UCLA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND FOREIGN AFFAIRS, Vol. 10, 2005.

33) Donald McRae, "The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility", Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 2, 2010, pp.382 - 386; Thomas W. Walsh, "Substantive Review of ICISD Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?", Berkeley Journal of International Law, 2006, pp.444 - 445; Andrea K. Bjorklund, "The Continuing Appeal of Annulment? Lessons from Amco Asia and CME", International Investment Law and Arbitration, 2005 p.521.

34) DSU Art 17.6.

2. 취소사유

ICSID 특별위원회는 ICSID 협약 제52조 제1항³⁵⁾에 열거된 제한적인 사유가 있을 때에만 중재판정을 취소할 수 있는 권한을 가지는데, 각 당사자는 다음의 1개 또는 2개 이상의 사유를 근거로 ICSID 사무총장 앞으로 신청서를 제출하여 중재판정의 취소를 구할 수 있다.

- (a) 판정부가 적절히 구성되지 아니한 경우
- (b) 판정부가 명백히 그 권한을 유월(逾越)한 경우
- (c) 판정부의 중재인에 부패가 있는 경우
- (d) 근본적인 절차규칙의 중대한 위반이 있는 경우
- (e) 판정문에 이유를 명시하지 아니한 경우

따라서 취소에 대한 근거는 절차적 결함에 국한되며, 실체적 오류에까지 효력을 미치지 않는다.³⁶⁾ 엄격하게 말하면, 편파성과 독립성의 부재조차도 협약 제52조 제1항에 따른 취소의 사유가 되지 않는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 중재판정부가 판정의 근거에 대한 충분한 정당성을 제공할 수 있는 한, 편파성과 독립성의 부재 또는 이해 상충이라는 개념을 포함할 수 있도록 부패의 개념을 확대 적용해야 한다는 주장이 있을 수 있다.

위 취소사유 가운데 (a)와 (c)가 취소신청의 근거가 되는 경우는 매우 드물며 (b), (d) 그리고 (e) 사유가 취소를 뒷받침하는 가장 일반적인 근거이다. 우선 (b)의 ‘명백히(manifestly)’는 명료성(clarity)을 함의하는지, 아니면 중대함(gravity)을 함의하는지에 대한 상반된 해석의 대상이 되어 왔다. 이와 관련하여 *Wena Hotels*³⁷⁾ 사건의 특별위원회는 중재판정부가 그 권한을 넘어선 정도를 언급하기보다는 그 ‘명료성(obvious)’을 의미하는 것으로 ‘manifest’를 해석한 것으로 보인다. 그러나 *Soufraki v UAE*³⁸⁾ 사건의 특별위원회는 명백한 권한 남용(manifest excess of power)은 ‘문자 그대로 분명해야 하며 실질적으로 중대한 것’을 의미한다고 지적하였다. ‘분명한(obvious)’과 ‘중대한(serious)’이라는 단어의 사용은 두 가지 경쟁적인 개념을 융합하는 것으로 보인다. ICSID 중재판정부는 판례에 구속되는 것을 거부하는 것으로 알려져 있기 때문에 향후 중재판정부가 전자 또는 후자의 입장을 고수할지의 여부는 의문의 여지가 있다.

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

36) Andrea Kupfer Schneider, “Error Correction and Dispute System Design in Investor-State Arbitration”, *Yearbook on Arbitration and Mediation*, Vol. 5, 2013, p.197.

37) *Wena Hotels*, ICSID Case No ARB/98/4, Decision of Annulment, 5 February 2002.

38) *Soufraki v UAE*, ICSID Case No ARB/02/7, Decision of Annulment, 5 June 2007.

전술한 내용에도 불구하고 실용적인 측면에서 보면 근거 (b)에 기초한 중재판정부의 권한 유월은 ICSID 협약 제42조에 따라 적용할 수 있는 법에 대한 무시, 또는 적용할 수 없는 법에 기초한 판정 문제를 수반하는 것으로 해석된다.³⁹⁾ 즉 이는 중재에 관하여 당사자 간에 합의한 바를 뛰어넘는 중재판정부의 권한 행사를 수반한다.⁴⁰⁾ 그러나 이는 중재판정부가 행사한 모든 권한의 유월을 함의하는 것은 아니다. 따라서 판정은 중재판정부가 잘못된 법을 적용한 경우에만 취소될 수 있으며, ‘올바른 법을 잘못 해석한’ 경우에는 반드시 취소된다고 볼 수 없다.⁴¹⁾ 당사자가 중재판정부의 잘못된 해석으로 인하여 타격을 입었으나 이에 대해 상소할 수단이 없다는 상황은 실로 투자중재에 대한 예측 가능한 법리적 진보주의를 저해하는 요인이라고 볼 수 있다.⁴²⁾ 투자중재와는 달리 특정 WTO 조약을 잘못 해석하는 것은 곧바로 DSU 제17조에 따라 상소가 가능한 법적 문제가 된다.

(d)를 기초로 한 위반은 ICSID 협약이 제공하는 ‘혜택이나 보호를 당사자로부터 박탈할 정도’로 심각한 것이어야 한다.⁴³⁾ 적법한 절차에 대한 심각한 위반, 특히 당사자의 공평한 해명 기회를 거부하는 것은 충분한 취소사유가 될 수 있다.⁴⁴⁾ 실제로 ICSID 협약에 대한 ‘조약성립 준거자료’에 비추어 볼 때, 특별한 중요성을 갖는 절차적 원칙만이 근본적 규칙으로서의 자격을 갖지만 위반의 중대성에 관한 지침을 제공하지는 않는다.⁴⁵⁾

(e)를 기초로 한 취소는 중재판정에 이르는 절차의 완전성을 심사하는 것으로 제한된다. 따라서 명시적으로든 묵시적으로든 ‘판정문에 이유를 기재하지 않는 것’은 그 판정에 치명적일 수 있다. 그러나 ‘부정확하거나 설득력이 없더라도’ 이유를 진술하기만 한다면, 그에 따른 판정은 취소될 수 없다.⁴⁶⁾ 반면 ‘기재된 이유가 경솔하거나 일관되지 않는 것’은 이유를 전혀 진술하지 못하는 것에 상응하는 것으로 간주되어 왔으며 취소의 근거가 될 수 있다.⁴⁷⁾

끝으로, 기니 공화국의 *Maritime International Nominees Establishment*⁴⁸⁾ 사건에서 나타

39) *Enron v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision of Annulment of 30 July 2010, paras.67, 37, 393 and 405.

40) David D. Caron, “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 7, Spring 1992, p.40.

41) Juan Fernandez-Armesto, “Different Systems for the Annulment of Investment Awards”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 26, Spring 2011, p.140.

42) 이에 관하여 상세히는, Andrea Saldarriaga, “Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 28, Spring 2013, pp.197-217 참조.

43) *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v Guinea*, ICSID Case No ARB/84/4, Annulment Proceedings, Decisions of ad hoc committee, 22 December 1989, para.5.05.

44) *Amco Asia Corp and Ors v Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Second Division on Annulment of 17 December 1992, s 1.11; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of Philippines*, ICSID Case No ARB/03/25, Decision on Annulment of 23 December 2010, para.247.

45) C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p.970.

46) David D. Caron, op. cit., pp.38-45 참조.

47) *Enron v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision of Annulment of 30 July 2010, para.74.

난 바와 같이, 법의 명백한 오적용이나 부주의에 근거한 결정이 취소의 근거가 되지 않는다는 것에 주목할 필요가 있다. 마찬가지로 UNCITRAL 모델법⁴⁹⁾과는 달리, 공공정책(public policy)을 위반하는 판정은 ICSID 취소절차에 따라 취소될 수 없다. 취소를 가능케 하는 근거는 매우 제한적이고 또한 매우 범위가 좁다.⁵⁰⁾ 결국 ICSID 취소절차는 명확성이 결여되고 일관성 없는 결정을 내리기 쉽다는 이유와 법률 적용의 실수가 확인된 이후에도 이를 시정할 수 없다는 이유로 더욱 비판을 받아왔다.⁵¹⁾ 나아가 특별위원회의 위원이 임명되는 절차는 분쟁에 연루된 당사자 또는 회원국으로부터의 어떠한 의견 취합 없이 의장만이 진행할 수 있다는 점이 ICSID 체제의 주요 미비점이라고 볼 수 있다.⁵²⁾

3. 한계

ICSID 취소제도는 패널의 결정에 대한 광범위한 2차 평가가 가능한 WTO 분쟁해결 시스템과 현저한 대조를 이룬다. 무엇보다도 특별위원회의 제한된 권한은 취소제도의 정당성과 신뢰성에 대한 심각한 위기를 초래하였다.⁵³⁾ 한 학자는 “금융 위기로 인해 발생한 아르헨티나의 ICSID 중재사건에 대한 둔감한 처리로 인해, 많은 라틴아메리카 국가들이 다양한 이유로 ICSID의 제도적 절차를 비판하고 있다.”고 강조하면서 (a) ICSID 중재판정은 상소가 불가능하고, (b) 대부분의 사건이 투자자에게 유리하게 판정된 사실은 중립성의 결함과 편파성을 시사하며, (c) 다국적 투자자들만이 제소를 하고 투자유치국이 제소를 하는 경우는 매우 드물 뿐만 아니라, (d) 개발도상국에게 법률 서비스 비용은 엄두도 못 낼 정도로 높다고 비판하였다.⁵⁴⁾

그동안 특별위원회가 이 유감스러운 현실에 대처할 수 없었던 것은 분명하지만 이는 특별위원회가 상소기관이 아니라는 점을 염두에 둘 때 놀라운 일은 아니다. 따라서 취소 및 상소가 그 의도에 있어 중복되는 점이 있을 수 있지만, 그럼에도 불구하고 그 질문 범위는 분명히 다르다. 상소기구에 제기되는 상소는 특히 국가 법률체계의 맥락에서, 현

48) *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v Guinea*, ICSID Case No ARB/84/4, Annulment Proceedings, Decisions of ad hoc committee, 22 December 1989, paras.5.08-5.09.

49) UNCITRAL Model Law art 34(2)(b)(ii).

50) C.H. Schreuer, “From ICSID Annulment to Appeal: Halfway Down the Slippery Slope”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 10, 2009, p.211.

51) Dohyun Kim, “The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away From an Annulment-Based System”, *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011, p.242.

52) David Collins, “ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, No. 4, 2013, pp.333-343 참조.

53) 이에 관하여 상세히는, 오원석 외 “ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰”, 『중재연구』, 제24권 제4호, 한국중재학회, 2014, pp.10-14(제2장 주요 취소사례 분석) 참조.

54) Julio Lacarte-Muro and Petina Gappah, “Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A view from the Bench”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, September 2000, p.395.

ICSID 체제 하의 취소보다는 그 범위가 훨씬 광범위하다. 대체로 상소는 ‘판결 과정의 정당성과 판결의 실질적인 정확성’에 대해 검토한다.⁵⁵⁾ 이것이 WTO DSS에 따른 절차를 정확히 반영하는 것은 아니지만, 일반적으로 성공적인 상소는 원 중재판정부에서 범한 오류를 교정하고 법률의 자의적 해석을 바로잡는 것이다.⁵⁶⁾

상소 절차의 존재는 ICSID 중재 시스템의 예측 가능성과 일관성을 제고하는 반면, ICSID 중재 시스템에 따른 취소절차는 법 또는 사실의 오류에 관계없이 ‘중재판정이 정당한 절차를 통해 기인’한 것인지의 여부에만 초점을 맞춘다. 중재판정에 절차적 정당성이 있는 한, 해당 판정은 법 또는 사실의 오류에 관계없이 취소절차에 따른 영향을 받지 않는다. 이와는 달리, WTO DSS에서 AB는 특정 WTO 조항에 대한 해석의 오류나 객관성의 부족에 기초한 패널의 판정과 권고사항을 본격적으로 검토한다.⁵⁷⁾ ICSID 취소절차에 내재된 이러한 결함은 ICSID 중재판정부에 의한 법의 오적용의 수정을 기대한 당사자에게 커다란 실망감을 줄 수 있다.⁵⁸⁾ 따라서 ICSID 상소 시스템의 수립은 의심의 여지없이 판정에 대한 보다 강건하고 실질적이며 절차적인 검토를 가능하게 할 것이다.

모든 기관의 신뢰성은 그 기관에서 내세우는 공식적인 정당성뿐만 아니라 실제로 이용자가 해당 기관에 대하여 인식하는 정당성에도 달려 있다는 것은 자명한 사실이다. 잘 알려진 매우 오래된 *R. v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*⁵⁹⁾ 사건에서 알 수 있듯이, 정의는 행해지기만 해서는 안 되는 것이며 행해지는 것이 보이기도 해야 한다. 결국 중재판정 기관의 외부 사람들도 이해관계자이기 때문에 법적 판결에 대한 이들의 평가도 중요하다. 법률기관이 신뢰성과 정당성을 확보하기 위해서는 관련된 규칙과 절차에 따라 그 의무를 수행해야 할 뿐만 아니라, 사법계 밖에 있는 합리적인 사람들의 기대를 만족시키는 방식으로 의무를 수행해야 한다는 것이다. 법률기관은 상호 보완적인 요구사항의 균형을 맞추기 위해 노력하는 것이 일반적이지만, 유감스럽게도 ICSID는 이러한 노력을 충분히 기울이지 않았기 때문에 그 중재절차의 정당성과 신뢰성에 대한 의문을 초래하였다.

55) David D. Caron, op. cit., pp.24

56) Donald McRae, “What is the Future of WTO Dispute Settlement?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, 2004, p.7.

57) DSU art 11, 17.6 and 17.13.

58) Paul Friedland and Paul Brumpton, op. cit., p.733.

59) *R. v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

IV. ICSID 상소제도 도입과 문제점

1. WTO AB의 수용

잘 알려진 바와 같이 WTO DSB는 패널과 AB 보고서를 거의 자동화된 절차를 통해 채택한다. 반면, ICSID는 (불만이 있는 회원국은 특별위원회에 판정의 취소를 신청하지만) 상소시절을 갖추고 있지 않으며, 단지 앞에서 검토한 4개의 사유를 근거로 취소를 신청할 수 있다. 따라서 ‘패널에 의한 실질적인 법적 해석과 법률문제’에 기초한 상소를 가능케 하는 WTO AB와는 달리, ICSID 특별위원회는 법적 문제를 판단할 권한을 가지고 있지 않다. 또한 ICSID 특별위원회는 임시적으로 소집되는 반면, WTO 상소 시스템은 4년 임기로 갱신되는 상설기구이다. 상설 기구에 의한 이러한 합의적 분쟁해결 방식은 WTO 결정의 일관성과 예측 가능성의 시금석으로 간주되어 왔다.⁶⁰⁾

전술한 바와 같이 AB의 존재는 다자간 무역체제의 일관성, 안전성, 예측 가능성을 향상시켰다. AB는 그 결정이 DBS의 승인을 받아야 한다는 점에서 대체로 준사법기관이지만, 실질적으로는 DBS가 AB의 결정을 뒤집지 않는다. 이러한 일관성은 AB 결정의 채택에 대해 DBS의 회원국들이 만장일치로 반대하는 경우에만 AB의 결정이 번복되는 ‘역컨센서스(reverse consensus 또는 consensus against)’ 원칙에 의해 달성된다. AB 보고서가 채택된 이래로 약 20년 동안 운영되어 온 AB의 경험을 미루어 볼 때, 이러한 역컨센서스 결과가 나올 가능성은 거의 없다. 따라서 분쟁 조정체제의 일반적인 취지는 AB의 정당성을 향상시키는 동시에, 기관 자체와 기관에서 내리는 결정 모두에 높은 수준의 신뢰성을 부여하는 것이다.

WTO AB에 반해, ICSID 시스템에서는 중재판정의 비밀관성뿐만 아니라 그 결과의 예측 불가능성으로 인하여 정당성 위기를 겪고 있다. 상소기구의 역할을 하는 특별위원회의 존재에도 불구하고, 정당성의 문제는 한 기관으로서 운영되고 있는 ICSID의 존재에 의문을 제기하는 커다란 위협이 된다. 그러나 제도적 관점과 WTO 패널 및 AB가 다루는 협약들의 견지에서 볼 때, ICSID가 WTO의 상소 시스템과 유사한 특징을 갖는 상소 시스템을 채택한다면 ICSID 시스템의 예측 가능성과 정당성을 제고할 수 있을 것이다.⁶¹⁾

60) Claus-Dieter Ehlermann, “Experiences from the WTO Appellate Body”, *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2005, p.478.

61) Charles T. Kotuby and Luke A. Sobota, “Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, Fall 2013, p.454, 456; Won Kidane, “The China - Africa Factor in the Contemporary ICSID Legitimacy Debate”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Spring 2014 참조.

무역법과 투자법이 모두 국제경제법의 범주 안에 든다는 사실을 고려할 때, ICSID가 현재 직면하고 있는 정당성의 문제없이 훌륭한 분쟁해결절차를 수립하는데 성공한 WTO의 사례는 다소 역설적이기도 하다. WTO DSS의 규범과 체계가 전혀 문제가 없는 것은 아니지만, 지난 20년 동안의 성과는 대체로 성공적이었다. 따라서 ICSID는 DSS의 운영에서 중요한 교훈을 얻을 수 있는데, WTO DSS는 장래에 설립될 수 있는 ICSID 상소기구가 국제투자협정(International Investment Agreement, 이하 IIA)의 중요 조항의 내용에 어떻게 접근해야 하는지에 대한 몇 가지 유용한 지침을 제공할 수 있으며, 이러한 지침은 ICSID 중재판정부에 상당한 영향력을 발휘할 수 있다고 본다.⁶²⁾

2. 도입의 필요성

일부 특별위원회의 모순된 취소결정과 새로운 US 투자협정들이⁶³⁾ 투자중재판정에 대한 상소제도의 기준을 제공하고 있는 시점에서, 2004년 ICSID 사무국은 15명의 위원들로 구성된 상소기구를 만들자는 제안을 내놓았다.⁶⁴⁾ 이러한 상소기구가 필요한 이유 중 하나는 WTO AB의 효과뿐만 아니라 정책 및 학술 논쟁에서 반복적으로 제기되는 ICSID 중재 시스템의 우려이다. ICSID 체제를 괴롭히고 있는 정당성 위기로 인하여, 볼리비아나 에콰도르와 같이 ICSID의 내재적인 제도적 단점에 환멸을 느낀 국가들은 그 관할권을 강하게 비판하였다.⁶⁵⁾ UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development)에서 언급한 바와 같이, 현 투자자-국가 소송제도(Investor State Dispute Settlement)에 관한 여러 우려사항 중, 특히 ‘정당성 및 투명성의 부족, 중재판정들 간의 모순, 잘못된 중재판정에 대한 시정의 어려움, 그리고 중재인의 독립성과 공정성에 대한 의문’을 대표적으로 꼽을 수 있다.⁶⁶⁾

상소기구의 유용성은 전통적인 사법체계 내에서 오랫동안 인정되어 왔다. 상소기구는 ICSID 중재판정부의 1심 결정에 대한 엄격한 검토를 보장함으로써 보다 합리적인 결과를 낼 수 있으며, 투자에서의 예측 가능성 또는 법리적 안정성을 확보할 수 있다.⁶⁷⁾ 또한 상

62) Yenkong Ngangjoh-Hodu and Collins C. Ajibo, op. cit., p.322.

63) US Trade Act of 2002; Central-American Free Trade Agreement, Annex 10-F, US-Morocco Free Trade Agreement, Annex 10-D; US-Chile Free Trade Agreement, Annex 10-H.

64) ICSID, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, ICSID Secretariat Discussion Paper, Oct 22, 2004.

65) UNCTAD, “Denunciation of the ICSID convention and BITS: impact on investor-state claims”, IIA Issues Note, No. 2, 2010 pp.1-2.

66) UNCTAD, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, 2013, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf> 2019년 11월 1일, 최종방문. 특히 ICSID 중재인의 독립성과 공정성에 관하여 상세히는, Maria Nicole Cleis, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Nijhoff International Investment Law Series, Volume: 8, 2017 참조.

67) Giorgio Sacerdoti, “Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment

소기구는 중재에서 진 당사자가 중재판정부의 판정에 상소를 제기하는 것으로 불만을 표출할 수 있는 장을 제공함으로써 절차적 공정성을 확보할 수 있다. 이는 WTO의 패턴과 유사한 방식으로, 당사자들에게 공정경쟁 환경을 제공한다.⁶⁸⁾ 무엇보다도 ICSID가 더욱 사법화 된다는 것은 향후 ICSID 중재를 이용할 사용자들에게 ICSID의 영향이 커진다는 것을 의미하며, 이에 따라 모든 서명국을 위해 기능하는 보다 체계화된 상소기구의 필요성이 더욱 높아지고 있다.

나아가 ICSID는 상기 언급한 편익을 위해 상소 시스템의 장점을 활용하고, 사용자들 일부가 느끼는 환멸감을 없애고자 노력해야 한다. ICSID 중재판정부의 판정에 대한 현재의 취소절차는 ICSID 협약 서명국의 이해를 적절히 충족하지 못하고 있는 것이 분명하다. 예컨대 2014년까지 ICSID 중재사건 283건 가운데 단지 8건만이 투자유치국이 해외 투자자를 대상으로 제기한 분쟁이었다.⁶⁹⁾ 이와 같이 편향된 상황은 감시자 역할을 할 수 있는 상소기구의 설립을 더욱 필요로 한다. 물론 외국인 투자자가 투자유치국으로부터 보호 받을 권리가 있다는 것은 분명하다. 해외 투자자의 유일한 목적은 의심의 여지없이 투자로부터 얻은 재정적 이익을 거두는 것이다. 따라서 투자를 통해 발생한 이익을 투자자로부터 박탈하는 것은 불공평한 처사일 것이다. 또한 투자유치국은 투자가 이루어질 경우 해당 투자를 적절히 보호할 것을 투자자에게 표명하였을 것이다. 그러나 ICSID 체제의 설립을 뒷받침하는 제도적 전제는 해외 투자자만을 보호하는 것이 아니다. 실제로 ICSID 협약의 서문은 투자유치국의 경제적 발전이 ICSID를 설립하게 된 원동력의 일부가 되었다는 것을 보여준다.⁷⁰⁾

현상 유지를 바라는 사람들은 상소기구가 창설될 경우 보호 패러다임이 약화되는 것을 두려워하는 것으로 보인다. 그러나 상소기구의 창설 의도는 투자자 보호를 약화시키는 것이 아니라 다양한 이해관계자 간의 공평과 균형을 유지하는 것이다. 이러한 균형은 불만을 가진 당사자가 판정에서 발견한 오류를 바로잡기 위하여 상소기구에 호소할 수 있는 기회를 제공하는 방식으로 유지될 것이다. 결과적으로 ICSID 중재판정 결과의 공정성, 투명성, 신뢰성, 그리고 정당성을 확보함으로써 모든 계약 당사자들의 편익에 기여하게 될 것이다.

Arbitration Models”, *Bacconi Legal Studies Research Papers* No. 1931560, 2011. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931560> 2019년 11월 1일, 최종방문

68) Julio Lacarte-Muro and Petina Gappah, *op. cit.*, p.395.

69) ICSID, *List of Concluded Cases*, 2014. 대표적인 국가로 뉴질랜드, 스페인, 미국(3회), 체코 그리고 독일이다.

70) ICSID 협약 서문.

3. 도입의 문제점과 대안

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.⁷¹⁾

다른 한편으로, 상소기구를 설립하는 대신 논란의 여지가 있는 특별위원회의 취소결정을 (상소기구와는 별개의) 독립적인 기구에 이첩하여 명확히 밝히는 것이 보다 편리한 방법이라는 의견이 있다. 이러한 독립기관은 중재판정의 일관성을 유지하고 판정의 최종성을 고수하며, ICSID 협약 제53조를 위반하지 않고 ICSID 협약을 대규모로 수정할 필요가 없다는 장점이 있다.⁷²⁾ 그러나 이러한 접근법은 새로 설립된 기구와 ICSID 특별위원회 간의 업무를 상호 연결시키지 못한다.

비슷한 맥락에서, ICSID 협약 제52조에 따른 취소제도의 운영과 관련하여 만연해 있는 낮은 신뢰도로 인하여 계약국들이 이를 포기하는 것을 고려할 수도 있다는 주장이 제기되어 왔다. 하지만 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.⁷³⁾ 요컨대 당사자들은 계약을 통해 ICSID 취소 권리를 자유롭게 포기할 수 있는가? 아니면 취소가 당사자들의 합의로 변경할 수 없는 본질적인 사안인가? 학자들은 이러한 두 가지 입장을 두고 활발한 논쟁을 벌이고 있지만 실제로 취소를 완전히 포기할 수 있다는 견해를 가진 사람은 아무도 없다.⁷⁴⁾

나아가 모든 구성원이 상소 시스템을 포함하도록 ICSID 협약을 개정하는데 동의한다 하더라도, 이것이 실제로 운영되기까지는 많은 시간이 걸릴 것이다.⁷⁵⁾ 또한 이러한 법적 장애물 외에도 ICSID는 정치적 암류(undercurrent)로부터 완전히 벗어날 수 없다. 예컨대

71) C.H. Schreuer, *Revising the System of Review for Investment Awards*, BIICL publication, 2009, p.2.

72) Ian Laird and Rebecca Askew, *op. cit.*, p.298.

73) ICSID 협약은 이 문제에 대해 침묵하고 있으며 계약상 포기 가능성은 ICSID 초안 작업 시 논의된 적이 없다. 이에 관하여 상세히는, 김용일·홍성규, “ICSID 협약 제52조의 계약상 포기에 관한 연구”, 『중재연구』, 제28권 제1호, 한국중재학회, 2018, pp.3-26 참조.

74) Kenneth S. Jacob, “Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1993, p.153.

75) Georges R Delaume, “The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments”, *Arbitration International*, Vol. 5, March 1989, p.32.

ICSID 중재판정이 내려지는 현재의 환경은 투자유치국에 불리하고 투자자에게 유리한 성향을 띠는 것으로 보이며, 투자자들은 현재 운영되고 있는 중재판정부가 범한 실수를 검토할 상소기구를 설립하는 것에 대한 장점을 인지하지 못할 수 있다.⁷⁶⁾

이러한 논쟁에도 불구하고, ICSID 상소기구의 형태를 갖춘 교정기관을 설립할 수 있는 가능성은 여전히 존재한다. 상소기구를 마련하는 것은 상기 언급한 장애물을 없애는 3가지 방법으로 접근할 수 있다. 3가지 접근법은 다음과 같다. (a) ICSID 협약 제6조 3항 이용, (b) 프로토콜 협정(protocol agreement)의 이용, 그리고 (c) ICSID 협약 제53조의 개정이다. ICSID 협약 제6조 3항에 따라, 행정의회는 협약 이행을 위해 필요하다고 판단되는 기능을 행사할 권한을 갖는다.⁷⁷⁾ 따라서 이러한 재량권을 통해 상소기구를 설치할 수 있다.

그러나 이것이 실현 불가능한 경우, 프로토콜을 활용할 수 있다. 프로토콜은 주요 조약에 추가, 삭제, 수정할 수 있는 조약 체결에 뒤이은 협정이다. 이 경우 상소기구의 설립을 위해 프로토콜이 사용될 수 있다. ICSID 협약 제53조 개정의 어려움에 관하여 언급하였지만, 반드시 불가능한 것만은 아니다. 따라서 필요한 것은 상소기구가 양 당사자의 권리를 침해하거나 이들의 이익을 침해하도록 의도된 것이 아님을 보장함으로써 상소기구 설립에 대한 회의론자들의 우려를 잠재우는 것이다. 사실 ICSID는 위에 언급된 사항 중 하나를 선택하여 신속하게 행동하는 것이 바람직하다. 그렇게 하지 않을 경우 ICSID는 그 신뢰성과 정당성을 완전히 잃게 될 수도 있다.

V. 결론

ICSID 설립의 근거는 국제투자계약에서 투자유치국에 대한 잠재적 편파성 및 정치적인 요소가 배제된 중립적인 장소에서의 투자자-국가 간 분쟁해결에 기초하고 있다. 따라서 ICSID 체제의 엄격한 취소절차는 중재판정에 대한 준수를 더욱 제고하기 위한 것이다. 그러나 ICSID 취소절차의 엄격성은 특별위원회가 다룰 수 있는 문제의 범위뿐만 아니라 행사할 수 있는 재량권의 측면에서 부작용을 초래하였다. 이러한 상황은 특별위원회의 결정이 비밀관성과 예측 불가능성을 특징으로 한다는 사실에 의해 더욱 복잡해진다. 이러한 일련의 문제들로 인해 ICSID 체제의 신뢰성과 정당성에 대한 의문이 제기되었으며, ICSID 상소기구의 필요성에 대한 활발한 정책적 및 학술적 토론이 촉발되었다.

76) Thomas W. Walsh, "Substantive Review of ICISD Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006, p.461.

77) ICSID 제6조 3항 원문: The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention.

ICSID 분쟁해결 시스템과는 달리 WTO는 법적 해석 및 결론을 지지, 수정, 취소할 수 있는 권한을 가진 제도화된 상소 시스템을 갖추고 있다. WTO AB의 존재는 다자간 무역 체제의 일관성, 안전성 및 예측 가능성을 향상시켰다. AB는 그 결정이 DBS의 승인을 받아야 한다는 점에서 대체로 준사법기관이지만, 실질적으로는 DBS가 AB의 결정을 뒤집지 않는다. WTO DSS의 규범과 체계가 전혀 문제가 없는 것은 아니지만, 지난 20년 동안의 성과는 대체로 성공적이었다. 따라서 ICSID는 DSS의 운영에서 중요한 교훈을 얻을 수 있는데, WTO DSS는 장래에 설립될 수 있는 ICSID 상소기구가 국제투자협정의 중요 조항의 내용에 어떻게 접근해야 하는지에 대한 몇 가지 유용한 지침을 제공할 수 있다.

ICSID 체제의 현상 유지를 바라는 사람들은 ICSID 상소기구가 창설될 경우 보호 패러다임이 약화되는 것을 두려워하는 것으로 보이지만, 상소기구의 창설 의도는 투자자 보호를 약화시키는 것이 아니라 다양한 이해관계자 간의 공평과 균형을 유지하는 것이다. 이러한 균형은 불만을 가진 당사자가 판정에서 발견한 오류를 바로잡기 위하여 상소기구에 호소할 수 있는 기회를 제공하는 방식으로 유지될 것이다. 결과적으로 ICSID 중재판정 결과의 공정성, 투명성, 신뢰성, 그리고 정당성을 확보함으로써 모든 계약 당사자들의 편익에 기여하게 될 것이다.

요컨대 ICSID 상소제도를 도입하기 위해 해야 할 일은 특히 WTO가 WTO만의 강점과 암묵적인 신뢰를 받는 영역과 관련하여 WTO와 유사점을 가질 수 있는 분야를 파악하고 분석하는 동시에, ICSID 체제만의 성격을 반영하는 상소기구를 설계하는 것이다. 이것은 실질적이며 절차적인 사안을 모두 다루는, 상소기구의 역할을 구체화하는 것을 포함할 것이다.

참고문헌

- 김여선, “국제투자규범의 ISDS체제 개혁에 관한 연구”, 「국제거래와 법」, 제26호, 동아대학교 법학연구소, 2019.
- 김용일·홍성규, “ICSID 협약 제52조의 계약상 포기에 관한 연구”, 「중재연구」, 제28권 제1호, 한국중재학회, 2018.
- 류병운, “ICSID 중재 제도의 개혁 방향”, 「홍익법학」, 제18권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.
- , “WTO 분쟁해결 제도와 투자자-국가 중재 제도의 조화”, 「무역상무연구」, 제81권, 한국무역상무학회, 2019.
- 박노형, 「WTO체제의 분쟁해결제도 연구」, 박영사, 1997.
- 오원석 외, “ICSID 중재의 취소제도에 관한 제 고찰”, 「중재연구」, 제24권 제4호, 한국중재학회, 2014.
- 전정원, “ICSID 중재판정의 취소에 대한 고찰 - Tidewater 중재판정의 취소결정을 중심으로 -”, 「강원법학」, 제61권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.
- 주정·김석철, “WTO DSB의 운영 현황 분석을 통한 문제점 및 개선방안 연구”, 「중재연구」, 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017.
- Aronson, B.M., “A New Framework for ICSID Annulment Jurisprudence: Rethinking the Three Generations”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 6, No. 1, 2012.
- Bjorklund, A.K., “The Continuing Appeal of Annulment? Lessons from Amco Asia and CME”, *International Investment Law and Arbitration*, 2005.
- Brower, C.N. and Schill, S.W., “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 27, No. 4, 2009.
- Cleis, M.N., *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*, NijhoffInternational Investment Law Series, Volume: 8, 2017.
- Collins, D., “ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, No. 4, 2013.
- Congyan, C., “Structure of Arbitrators and its Implications Towards ICSID Mechanism: An Empirical Analysis”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, 2008.

- Ehlermann, C.D., "Experiences from the WTO Appellate Body", *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2005.
- Fernandez-Armesto, J., "Different Systems for the Annulment of Investment Awards", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26, Spring 2011.
- Franck, S., "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2, Summer 2009.
- Friedland, P. and Brumpton, P., "Rabid Redux: The Second Wave of Abusive ICSID Annulments", *American University International Law Review*, Vol. 27, No. 4, 2012.
- Harhay, L.D., "Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency", *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 8, No. 3, 2014.
- ICSID, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration", ICSID Secretariat Discussion Paper, Oct 22, 2004.
- , *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 26, Spring 2011.
- Kalb, J., "Creating An ICSID Appellate Body", *UCLA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND FOREIGN AFFAIRS*, Vol. 10, 2005.
- Kidane, W., "The China - Africa Factor in the Contemporary ICSID Legitimacy Debate", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Spring, 2014.
- Kim, D., "The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away From an Annulment - Based System", *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011.
- Kotuby, C.T. and Sobota, L.A., "Practical Suggestions to Promote the Legitimacy and Vitality of International Investment Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, Fall 2013.
- Lacarte-Muro, J. and Gappah, P., "Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A view from the Bench", *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, September 2000.
- Laird, I. and Askew, R., "Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?", *THE JOURNAL OF APPELLATE PRACTICE AND PROCESS*, Vol. 7, No. 2, 2005.
- Lester, S., "The Development of Standards of Appellate Review for Factual, Legal and Law Application Questions in WTO Dispute Settlement", *Trade, Law and Development*, Vol 4, No 1, 2012.
- McRae, D., "The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility", *Journal*

- of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 2, 2010.
- , "What is the Future of WTO Dispute Settlement?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, 2004.
- Mestral, A., *NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion? in Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2006.
- Ngangjoh-Hodu, Y. and Ajibo, C.C., "ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015.
- Quayat, D. "The Forest for the Trees: A Roadmap to Canada's Litigation Experience in Lumber IV", *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 1, 2009.
- Sacerdoti, G., "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *Bacconi Legal Studies Research Papers No. 1931560*, 2011.
- Saldarriaga, A., "Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, Spring 2013.
- Schneider, A. K., "Error Correction and Dispute System Design in Investor - State Arbitration", *Yearbook on Arbitration and Mediation*, Vol. 5, 2013.
- Schreuer, C.H., "From ICSID Annulment to Appeal: Halfway Down the Slippery Slope", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 10, 2009.
- , *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.
- , *Revising the System of Review for Investment Awards*, BIICL publication, 2009.
- Schwebel, S.M., "The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties", *Suffolk Transnational Law Review*, Summer 2009.
- Smith, C., "The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism can Guide Reform of ICSID Procedure", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 41, 2013.
- Ten I.M., "International Arbitration and the Ends of Appellate Review", *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 44, 2012.
- UNCTAD, "Denunciation of the ICSID convention and BITS: impact on investor-state claims", *IIA Issues Note*, No. 2, 2010.
- , *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, 2013.
- Voon, T. and Yanovich, A., "The Facts Aside: The Limitations of WTO Appeals to Issues

of Law”, *Journal of World Trade*, Vol. 40, No. 2, 2006.

Walsh, T.W., “Substantive Review of ICISD Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006.

Yackee, J.W., “Towards a Minimalist System of International Investment Law”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 32, No. 2, 2009.

ABSTRACT

The Necessity for Introduction of an ICSID Appellate System

Kim, Yong Il

This article examines the necessity for the introduction of an ICSID Appellate System. In comparison with the WTO appellate system, the ICSID ad hoc Committee has a very limited mandate. An annulment inquiry under the ICSID arbitration system barely focuses on whether the arbitral decision resulted from a justifiable process. As long as there is procedural legitimacy, the resulting awards remain unaffected under the annulment procedure, irrespective of mistakes of fact or law. In contrast, in the WTO DSS the AB substantively reviews panel rulings and suggestions that are founded on any deficiency of objectivity or error in the interpretation of a particular WTO provision. This defect intrinsic in the annulment procedure could cause injustice to a party earnestly interested in correcting recognized misapplication of law by ICSID tribunals. Accordingly, the establishment of an appellate system would result in a more substantive and procedural review of awards. The creation of such an ICSID appellate system would ensure thorough scrutiny of the decisions of the tribunal of first instance, leading to better reasoned outcomes. This could lead to a crystallization of predictability in investment relations. The end result would be that fairness, clarity, reliability, and legality in the ICSID adjudicative process would be unassailable, to the advantage of all the contracting parties.

Key Words : International Investment Disputes, WTO Dispute Settlement Body, WTO Appellate Body, ICSID Appellate System, ICSID Ad hoc Committee.