

투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정

변호사 김 도 경

*논문접수 : 2023. 11. 21. *심사개시 : 2023. 11. 28. *게재확정 : 2023. 12. 18.

〈 목 차 〉

I. 머리말	2. 조정권한, 예산 확보의 문제
II. ISDS사건의 조정현황	3. 권한행사 적정성의 문제
1. 합의를 통한 분쟁해결 현황	4. 화해합의 내용의 불이행과 싱가포르 조정협약
2. ICSID 컨실리에이션 현황	5. 국제중재전문가들을 대상으로 한 설문 조사 결과
3. 조정규칙	
4. ISDS사건의 조정규칙을 포함하는 조약	
III. ISDS사건의 조정규칙	V. ISDS사건의 조정가능성
1. 조정의 개시	1. 조정에 적합한 ISDS사건 분석기준
2. 조정인의 선정	2. 대한민국이 당사자인 ISDS사건 중 조정 가능성이 있는 사건
3. 조정절차 규칙	3. ISDS사건의 조정가능성을 높이기 위한 방법론
4. 화해합의의 이행	
5. 분쟁해결절차와의 관계	
IV. ISDS사건의 조정적합성	VI. 맺음말
1. 비밀유지의 문제	

I. 머리말

투자자·국가분쟁(Investor-State Dispute Settlement, 이하 “ISDS”)의 국제중재사건은 최종 판정이 선고되고 실질적인 이행이 이루어지기까지 오랜 시간과 많은 비용을 소모한다.

ISDS국제중재에 소요되는 비용은 평균적으로 미화 수백 만 달러에 이르고, 경우에 따라서는 수천 만 달러에 이를 정도로 막대하다. OECD의 조사결과에 따르면, 당사자들이 ISDS국제중재로 인해 부담한 비용은 평균 8백 만 달러이고, 일부 사례에서는 3천 만 달러를 초과한 경우도 있다.¹⁾

이는 공식적으로 집계된 금액의 수준이며, 실제 소요된 비용은 더 많을 수도 있다. 시간 면에서도, ISDS국제중재는 상당한 시간을 소모한다. 예를 들어, 론스타²⁾와 대한민국의 ISDS는 론스타가 2012년 11월 21일 중재신청서를 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 “ICSID”)에 접수한 이후 약 10년이 지난 2022년 8월 30일 중재판정이 선고되었고, 대한민국은 2023년 9월 1일 ICSID에 중재판정 취소를 신청하였으며, 따라서 분쟁은 아직도 진행 중이다.³⁾ 또한 엘리엇과 대한민국간의 ISDS는 엘리엇이 2018년 7월 12일 국제연합국제

상거래법위원회 중재규칙(UNCITRAL arbitration rules)에 따라 중재신청서를 접수해 중재절차가 시작되었고, 약 5년 뒤인 2023년 6월 20일 중재판정이 선고되었으며,⁴⁾ 대한민국은 같은 해 7월 18일 영국 법원에 중재판정 취소소송을 제기하였고,⁵⁾⁶⁾ 따라서 사건은 여전히 진행 중이다. 이처럼 국제중재사건이 장기간 지속될 경우, 그 자체로 비용 증가를 유발하게 되고 불안정한 권리 또는 법률관계는 지속된다. 시간과 비용의 측면 이외에도 국제중재판정은 선례 구속성이 없어 일관성을 유지하기 어렵다는⁷⁾⁸⁾ 절차적인 한계도 있다.

이에 많은 비용을 수반한 장기간의 절차

- 1) Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing. p. 19.
- 2) 중재신청인은 복수의 펀드들로 구성되어 있다, LSF-KEB Holdings SCA and others vs. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 2022 para. 1.
- 3) 법무부 2023. 9. 1.자 보도자료 ‘론스타 국제투자분쟁(ISDS) 사건 정부 측 취소신청 제기’ <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/574744/artclView.do> 방문일: 2023. 11. 19.
- 4) Elliott Associates, L.P. (U.S.A.) vs. Republic of Korea, PCA CASE NO. 2018-51, Award, 2023 para. 8.(이하 ‘Elliott v. Korea’)
- 5) 법무부 2023. 7. 18.자 보도자료 ‘엘리엇 국제투자분쟁(ISDS) 사건 불복절차 개시’ <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/573303/artclView.do> 방문일: 2023. 11. 19.
- 6) 엘리엇이 해당 소송에서 승소한다고 하더라도 ICSID를 통한 국제중재와 달리 국제연합국제상거래법위원회 규칙을 따른 중재판정은 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 “뉴욕협약”)에 따른 국제중재로 한국에서 집행을 하고자 하는 경우 한국법원이 ‘중재판정의 승인이나 집행이 집행국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것인지’를 심리하여 승인이나 집행을 거부할 수 있다; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다20290 판결
- 7) 김여선, “ISD중재의 선례인용에 관한 연구” 국제경제법연구 제15권 제1호, 2017. 3. 참조.
- 8) 물론 중재판정 선례의 중요성은 갈수록 커지고 있고, 당사자들의 주장의 많은 부분이 중재판정 선례를 근거로 삼고 있다. 예를 들어 메이슨 vs. 대한민국 사건의 관할에 관한 판정문에는 당사자들의 상반된 중재판정 선례들을 예로 들면서 상반된 두 개의 선례가 존재함을 제시한다. ‘Decision on Respondent’s Preliminary Objections’, Mason vs. Republic of Korea, PCA CASE NO. 2018-55, 2019 paras. 166-171.

진행과 불명확한 판정 결과를 얻게 될 수 있는 투자자·국가분쟁 국제중재에 대한 대안이 필요하다. 당사자들 간의 ‘합의’를 통해 분쟁을 해결할 수 있도록 하는 조정(mediation)절차는 여러 가지 대안 중 가장 적은 비용으로 짧은 시간 내에 분쟁을 해결할 수 있는 수단이 될 수 있다. 물론 현재 투자자·국가분쟁에 조정절차가 많이 활용되고 있지 않으며, 모든 유형의 투자자·국가분쟁해결에 조정절차가 적합하다고 평가하기도 어렵다. 하지만 이 같은 한계에도 불구하고 조정절차의 활용이 기존의 문제를 해소할 수 있는 역할을 할 수 있다는 점은 의문의 여지가 없다.

이에 본고에서는 다음과 같은 순서로 검토를 진행하고자 한다. 첫째, 투자자·국가분쟁사건의 조정현황을 간략히 살펴본다(II. 투자자·국가분쟁사건의 조정현황). 둘째, 투자자·국가분쟁사건에 활용될 수 있는 조정규칙에 대해 검토한다(III. ISDS사건의 조정규칙). 셋째, 조정으로 해결되는 투자자·국가분쟁사건이 드문 이유와 투자자·국가분쟁사건의 조정적합성을 검토한다(IV. ISDS사건의 조정적합성). 넷째, 과거 우리나라가 당사자였던 투자자·국가분쟁사건들

중 조정에 적합한 것으로 판단되는 사건에 대해 검토하고, 투자자·국가분쟁에서 조정가능성을 높일 수 있는 방안에 대해 검토한다(V. ISDS사건의 조정가능성).

II. ISDS사건의 조정현황

1. 합의를 통한 분쟁해결 현황

국제연합무역개발협의회(UNCTAD)에 따르면 2022년 12월 31일 기준 ISDS사건은 총 1257건이고, 그 중 890건이 종결되었는데, 171건이 당사자 간 합의에 의해서 해결되었다. 따라서 약 20%의 ISDS사건은 합의에 의해서 종결되었음을 알 수 있다.⁹⁾ 합의에 의해서 해결된 사건들은 공개되지 않기 때문에 정확한 사례나 통계를 확인하기는 어렵다. 다만 합의로 종결되는 ISDS 사건 중 가장 흔한 경우는 중재신청서가 접수되기 전에 당사자들 간에 합의가 이루어지는 경우로 보여진다.¹⁰⁾ 예를 들어 한미자유무역협정(FTA) 제11.15조에도 합의를 통한 분쟁 해결 노력의무를 규정하고 있고¹¹⁾, 제11.16조에는 중재청구 최소 90일 전에 중재를 제기하겠다는 서면통보를 하도록 하고 있어 중재절차 개시 전 당사자

9) UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=4> 방문일: 2023. 11. 19.

10) Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, Jose' Maria Reis, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement", Journal of International Dispute Settlement, 2023, p. 200.

간의 합의를 유도하고 있다. 이외에도 중재신청서가 접수된 이후 조정을 시도하는 경우, 조정절차만 시도하는 경우¹²⁾, 중재절차와 조정절차를 병행하는 경우¹³⁾도 존재한다.

2. ICSID 컨실리에이션 현황

조정절차(mediation)에 대한 통계자료는 확인하기 어렵지만 넓은 의미의 조정에 포함될 수 있는 컨실리에이션 절차(conciliation)¹⁴⁾에 대한 현황은 ICSID자료를 통해 확인이 가능하다. ICSID는 조정절차(mediation)와 별도로 컨실리에이터의 도움으로 당사자간의 합의에 의해서 분쟁을 해결할 수 있는 컨실리에이션 절차(conciliation)를 규정하고 있다. 당사자들 간의 합의를 통해서 분쟁을 해결한다는 측면에서 컨실리에이션 절차는 조정과 유사한 측면이 있으나, 조정과 차이점도 갖고 있어 조정과 중재의 중간정도에 위치한 절차로 이해된다.¹⁵⁾ 가

장 주요한 차이점은 컨실리에이션 절차에서는 컨실리에이터가 사건에 대한 당사자들의 주장, 증거, 협의 내용을 근거로 합의안을 당사자들에게 제시한다는 점이다. 물론 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상 해당 합의안은 구속력을 갖지 않는다. 이런 측면에서 컨실리에이션 절차는 당사자들 간의 협상을 촉진하는 촉진적 조정(facilitative mediation)과 대응점에 있는 평가적 조정(evaluative mediation)에 가깝다고 할 수 있으며, 국내 민사조정법 제30조에 따른 조정에 갈음하는 결정(강제조정)과 유사하다고 볼 수 있다. 또한 조정의 경우 1인 또는 2인의 조정인을 두는 반면, 당사자들 간에 달리 합의로 선정되지 않는 이상 컨실리에이터는 중재절차와 유사하게 각 당사자들이 1인을 지명하고, 의장은 당사자들의 합의로 선정된다.¹⁶⁾ 컨실리에이션 절차에서는 중재판정문과 유사하게 컨실리에이터가 보고서(Report)를 작성한다. ICSID에 따르면 1982년 1건이 접수된 이

11) “투자분쟁이 발생하는 경우, 청구인 및 피청구국은 우선 협의 및 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 노력하여야 할 것이며, 이는 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함할 수 있다.”

12) *Systra SA v Republic of the Philippines*, *Supra* note 10, p. 201.

13) *Pan African Burkina v Burkina Faso*, *Ibid*, p. 201.

14) 컨실리에이션은 비교법적으로 여러 가지 의미를 가질 수 있다. 컨실리에이션의 다양한 의미에 대해서는 이로리, ‘mediation’과 ‘conciliation’의 개념에 관한 비교법적 연구, 중재연구 제19권 제2호, 2009. 8. 참조.

15) ICSID Background Paper on Investment Mediation, July 2021, ICSID, pp. 4-5.

16) ICSID Conciliation Rule 13: “If the Commission is to be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention, each party shall appoint a conciliator and the parties shall jointly appoint the President of the Commission.”

래 2023년 6월 30일 까지 합계 11건의 ICSID컨실리에이션 절차가 접수되었고, 합의가 성립된 것은 22%라고 하므로 컨실리에이션 절차 역시 아직 활발하게 활용되고 있지는 않은 것으로 확인된다.¹⁷⁾

3. 조정규칙

ISDS사건을 조정으로 해결할 수 있도록 하는 조정 준거규칙이 될 수 있는 규정은 세 가지 정도가 있다. 먼저 시기적으로 가장 빠른 것은 세계변호사협회(International Bar Association)의 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation)이다. 2012년 10월 4일 제정되었으나¹⁸⁾ 그다지 활발하게 사용되지는 않았던 것으로 보인다.¹⁹⁾²⁰⁾ 다음으로 ISDS사건을 포함한 국제적인 상사분쟁의 해결을 위해서 2021년

12월 9일 국제연합국제상거래법위원회가 채택한 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules)이 존재한다.²¹⁾ 마지막으로 ICSID가 2022년 7월 1일 신설한 ICSID의 조정규칙(ICSID mediation rule)이 있다.²²⁾ ICSID조정규칙에 따르면 조정절차는 ICSID사무총장에게 조정신청서를 접수함으로 개시되며, 동 규칙은 조정절차와 조정인의 자격, 역할 등을 구체적으로 규정하고 있다.

그리고 위와 별도로 국제연합국제상거래법위원회 제3실무작업반(UNCITRAL Working Group III, 이하 “UNCITRAL 제3실무작업반”)은 2023년 4월 21일 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)을 마련하였으며²³⁾, 2023년 7월 3일부터 21일까지 제56차 본회의에서 국제투자분쟁 조정 모델 규정

17) The ICSID Caseload-Statistics Issue 2023-2, ICSID pp. 4, 15.

18) 세계변호사협회 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation): <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C> 방문일: 2023. 11. 19.

19) Angela Ray T. Abala, “The role of the expert advisory mediation in addressing practical and political barriers to ISDS mediation.” *Dispute Resolution Review*, Volume 2 Issue 1, 2023, p. 14.

20) Systra SA v Republic of the Philippines 사건이 IBA규칙을 활용한 최초의 ISDS조정 사례로 확인된다. Systra SA와 필리핀 계열사와 필리핀 정부 간의 인프라프로젝트(지하철 및 철도) 대금 미지급과 관련된 분쟁으로 자세한 내용은 Luke E. Peterson, In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute, *IA INV. ARBITRATION REPORTER* (Apr. 14, 2016) 참조.

21) 국제연합국제상거래법위원회의 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf 방문일: 2023. 11. 19.

22) ICSID 조정규칙: <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/mediation> 방문일: 2023. 11. 19.

23) 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_guidelines_advance_copy.pdf 방문일: 2023. 11. 19.

(UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes)을 채택하였다.²⁴⁾ 모델 규정 역시 조정의 준거 규칙으로 위 세 가지 조정규칙을 제시하고 있다(Provision 1-6).

4. ISDS사건의 조정규칙을 포함하는 조약

우리나라가 맺고 있는 양자간투자협정(BIT)이나 자유무역협정(FTA)의 ISDS사건 관할과 관련한 조항에서 구체적으로 조정 규칙을 포함하고 있는 경우는 없는 것으로 확인된다. 하지만 다른 국가들이 맺고 있는 조약 중에는 조정규칙을 포함하고 있는 사례들이 다수 존재한다. 예를 들어 2018년 10월 19일 체결된 유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정(EU-Singapore Investment Protection Agreement, “EU-Singapore IPA”) 제3.4조는 조정(mediation)에 관한 조항을 두고, 구체적인 조정규칙은 부속서(Annex) 제6장에서 별도로 다루고 있다. 향후 우리나라가 체결하거나 개정할 투자협정이나 자유무역협정에 참고할 만한 가치가 있으므로 자세한 내용은 다음 장에서 설명하도록 한다. 그 이외에도 2018년 9월 24일 체결된 유럽연합과 베트남 간의 무역 및 투

자협정(EU-Vietnam investment protection agreement)에도 유사한 조정조항(제3.4조)과 조정규칙(부속서(Annex) 제9장)이 포함되어 있고, 2016년 10월 30일 체결된 캐나다와 유럽연합 간 포괄적 경제 및 무역협정(the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement) 제8.20조도 조정에 관한 조항을 두고, 부속서(Annex) 29-C에서 구체적인 조정규칙을 규정하고 있다.

III. ISDS사건의 조정규칙

유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정(EU-Singapore IPA) 제3.4조는 당사자들 간에 부속서(Annex) 제6장에서 정한 조정규칙에 따라 조정(mediation)을 할 수 있고, 조정인 선임이후 60일 이내에 합의를 도출할 수 있도록 노력해야 한다고 규정하고 있다. 부속서 제6장의 조정규칙은 8개의 조항으로 이루어져 있는데, 그 중 참조할 만한 내용에 해당하는 제2조부터 제6조까지를 소개한다. 향후 우리나라가 체결하거나 개정할 투자협정이나 자유무역협정에서 아래 내용을 참조하여 조정에 관한 절차를 별도로 규정하는 것을 고려할 필요가 있다. 이하 유럽연합과 싱가포르 간 투자

24) 채택 과정에 대한 내용은 박소영, 김은경, “제56차 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL) 본회의 논의 동향”, 통상법률 제160호, 2023, 44-47면 참조.

보호협정상 조정규칙을 중심으로 ICSID 조정규칙과 비교하여 검토해 보겠다.

1. 조정의 개시(투자보호협정 제2조)

일방당사자는 언제든지 상대방 당사자에게 서면으로 조정절차의 개시를 요청할 수 있다(제1항). 조정절차의 신청을 받은 상대방 당사자는 조정신청에 대해서 호의적인 고려(sympathetic consideration)를 해야 하며 서면 수령일로부터 10일 이내에 서면으로 조정신청을 수락할 것인지 거절할 것인지 회신해야 한다(제2항). 조치가 유럽연합의 기관에 의해서 행해진 것인지 유럽연합 소속 국가에 의해서 이루어진 것인지 결정되지 않은 경우 유럽연합에 신청을 하여야 하며, 유럽연합은 조정을 수락하는 경우 조정의 당사자가 유럽연합인지 소속 국가인지 밝혀서 회신하여야 한다(제3항).

조정신청을 고려할 때 법률용어로 보기 어려운 공감한다는 뜻의 ‘sympathetic consideration’을 해야 한다고 규정한 점이 특이하다. 이는 조정이라는 분쟁해결책이 소송이나 중재에 비해서 당사자 간의 감정대립 해소에 기여할 수 있는 측면을 보여주

는 단면이라고 할 수 있겠다. ICSID 조정규칙의 경우 ICSID 사무총장에게 조정을 신청하면서 관련 접수 비용을 납입하는 것으로 조정은 개시된다(ICSID 조정규칙 제5, 6조).

2. 조정인의 선정(투자보호협정 제3조)

당사자들은 조정수락 통지를 수령한 이후 15일 이내에 조정인을 합의하기 위해 노력해야 하며, 협약 제3.9조에 따른 1심 판정부(Tribunal of First Instance)²⁵⁾의 판정위원을 조정인으로 지명할 수 있다(제1항). 당사자들이 조정인 선정을 합의할 수 없으면 1심 판정부의 의장에게 1심 판정부의 판정위원 중 추천으로 조정인을 선정해 달라고 요청할 수 있으며, 1심 판정부 의장은 요청이 있는 날로 10영업일 이내에 조정인을 선정해야 한다(제2항). 당사자들이 달리 동의하지 않는 이상 당사자와 동일한 국적을 가진 자는 조정인이 될 수 없다(제3항). 조정인은 중립적이고 투명한 태도로 당사자들이 조치와 해당 조치가 투자에 미칠 수 있는 부정적인 영향을 명확하게 확인하고, 상호 합의 하에 해결책을 찾을 수 있도록 도와야 한다(제4항).

25) 유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정은 1심 판정부(Tribunal of First Instance)와 상설항소판정부(permanent Appeal Tribunal)로 구성되는 2심제의 분쟁해결절차를 규정하고 있다. 협정 제3.9조와 제3.10조에 따르면 1심 판정부와 상설항소판정부 모두 유럽연합이 2인, 싱가포르가 2인, 유럽연합과 싱가포르가 합의하여 2인을 지명하여 총 6인으로 구성되며 임기는 8년이다. 판정부의 결정으로 연임이 가능하다. 이는 유럽연합과 싱가포르간의 ISDS 사건은 국제중재가 아닌 양자간투자법원(bilateral investment court)로 대체하는 것이다.

어떤 조정인이 ISDS사건을 해결함에 있어서 적절한지 경험과 지식의 역량요건에 대해서는 헤이그에 소재한 국제조정인들의 연합단체인 국제조정기구(International Mediation Institute)가 포괄적으로 정리하고 있다(IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators²⁶⁾). ICSID조정규칙의 경우 조정인의 중립성과 독립성만을 규정²⁷⁾하고 있고, 당사자들이 자격과 경험요건에 대해서 별도로 합의할 수 있도록 규정하고 있으며, 조정인은 1인 또는 2인으로 구성되고 당사자들이 합의할 수 없는 경우 사무총장이 당사자들과 논의하여 조정인을 선정하도록 규정하고 있다(ICSID조정규칙 제12, 13조).

3. 조정절차 규칙(투자보호협정 제4조)

조정인이 선정된 날로부터 10일 이내에 당사자들은 조정인과 상대방 당사자에게 쟁점이 되는 국가의 조치가 어떻게 행해졌고, 투자에 부정적인 영향을 미쳤는지에 대한 내용을 포함한 문제가 되는 사항이 기재된 서면을 제공해야 한다. 해당 서면이 접수된 날로부터 20일 이내에 상대방 당사자는 해당 서면에 대한 의견을 서면으로 제시할 수 있다(제1항). 조정인은 국가

의 조치가 투자에 미칠 수 있는 부정적인 영향을 분석하기 위해서 양 당사자 모두 또는 일방 당사자와 회의를 할 수 있으며, 당사자들과 상의한 뒤에 외부 전문가나 이 해당사자의 도움을 받을 수 있다(제2항). 조정인은 조언을 제공하거나 조정안을 제공할 수 있고, 당사자들은 조정안을 승낙하거나 거절 또는 다른 조정안을 도출할 수 있다. 하지만 문제가 되는 국가의 조치가 제2장(투자보호)에 부합하는지 여부에 대해서는 조언을 하거나 의견을 제시할 수 없다(제3항). 조정절차는 조정을 신청한 당사자가 소재한 곳이나 기타 당사자들이 합의하는 장소 또는 방법으로 진행할 수 있다(제4항). 당사자들은 조정인이 선정된 날로부터 60일 이내에 화해합의를 도출하기 위해 노력해야 한다. 당사자들은 최종 합의를 유보하고, 가능한 중간 합의안을 고려할 수 있다(제5항). 상호간에 합의된 화해합의는 대중에 공개하여야 한다. 다만, 해당 공개된 화해합의는 당사자들이 비공개할 것을 지명한 정보를 포함하여서는 아니된다(제6항). 조정절차는 화해합의에 이르는 경우 합의일, 절차를 종료하기로 당사자들이 합의한 날, 조정인이 당사자들과 논의한 결과 조정을 더 이상 진행하는 것

26) 조정인 역량요건을 적시한 국제조정기구(International Mediation Institute)의 웹사이트 <https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf> 방문일: 2023. 11. 20.

27) ICSID Mediation Rule 12 (1): "The mediator shall be impartial and independent of the parties."

이 소용없다고 판단하여 서면으로 종료를 선언한 날, 당사자들이 조정절차에서 조정인의 조언이나 합의제안을 고려하고, 상호 합의할 수 있는 해결책을 탐색한 이후 서면으로 종료를 선언한 날 종료한다(제7항).

조정인으로 하여금 법률적인 쟁점인 ‘국가의 조치가 투자협정에 위반되는지 여부에 대해서 아무런 조언이나 의견을 제시할 수 없도록 하고 있는 점’은 조정인이 사건을 법률적으로 평가하지 않고, 당사자들의 협상을 촉진시키는 역할을 해야 한다는 점을 천명하고 있는 것으로 볼 수 있다. 국가 조치의 협약 위반 가능성은 당사자들이 법률대리인들과 함께 분석할 당사자들의 몫이고, 조정인이 이에 대한 의견을 피력하거나 조언을 하는 것은 조정인의 중립성에 반할 수 있기 때문이다.

ICSID조정규칙의 경우 당사자들은 조정인이 선임된 날로부터 14일 이내에 사무총장에게 쟁점과 조정 절차에 관한 의견을 담은 조정준비서면을 제출하여야 하고, 조정인은 선임된 날로부터 30일 이내에 첫 번째 조정기일을 열고 당사자들과 논의하여 조정절차에 대한 절차규칙(protocol)을 확정하여야 한다. 해당 절차규칙에는 조정언어, 의사소통방식, 조정기일 진행 방식, 제공된 정보와 자료의 취급방법, 조정절차에 제3자를 참여시킬 것인지 여부 등을 포

함한다(제19, 20조). 그리고 이후 조정절차는 확정된 절차규칙(protocol)에 따라 진행한다.

4. 화해합의의 이행(투자보호협정 제5조)

당사자들이 화해합의에 이른 경우, 각 당사자들은 화해합의에 따라 합의된 기한 내에 합의한 사항을 이행하기 위해서 필요한 조치들을 취해야 한다(제1항). 합의된 사항을 이행하는 당사자는 다른 당사자에게 화해합의에 따라 이행한 조치들에 대해서 서면으로 통지하여야 한다(제2항). 당사자가 요청하는 경우 조정인은 사실보고서 초안을 서면으로 제공하여야 하며, 해당 서면은 조정절차에서 문제가 된 국가의 조치, 진행된 조정절차, 가능한 중간 합의를 포함하여 조정절차를 통해 최종 도출된 화해합의 내용의 요약을 포함한다. 조정인은 당사자들에게 해당 초안에 대해서 15영업일 이내에 의견을 제출할 수 있는 기회를 제공해야 한다. 조정인은 해당 기한 내에 제출된 의견을 고려하여 15영업일 이내에 당사자들에게 최종 사실보고서를 서면으로 제공하여야 한다. 사실보고서는 투자협약의 해석을 포함하여서는 아니 된다(제3항).

ICSID조정규칙의 경우 위에 상응하는

내용은 없으나 절차규칙(protocol)에서 비슷한 내용을 규정하여 동일한 효과를 발생시킬 수 있다고 판단된다. 조정인이 제공하는 사실보고서에 ‘투자협약의 해석을 포함해서는 안된다’는 부분은 조정인의 역할이 법률분석이 아니라 협상촉진이라는 점을 다시 한번 상기시킨다.

5. 분쟁해결절차와의 관계(투자보호협정 제6조)

당사자들은 조정절차를 투자협정상 분쟁해결절차의 기반으로 사용될 것을 의도한 것은 아니다. 당사자들은 분쟁해결절차, 기타 판정부나 사법기관에 다음사항을 증거로 제출하거나 증거로 사용할 수 없다. (a) 조정절차에서 상대방 당사자가 취한 입장, (b) 상대방 당사자가 조정절차에서 화해합의안에 대한 수용의사를 표시했다는 사실, (c) 조정인이 제공한 조언이나 제안(제1항). 조정절차는 당사자들의 법률적 지위와 분쟁해결에 관한 협약 제3장의 분쟁당사자로서의 지위에 아무런 영향을 끼치지 않는다(without prejudice)(제2항). 본 부속서 제4조 제6항(조정절차)의 내용에 위반되지 않는 범위 내에서 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상, 모든 조정절차에서 진행된 내용들은 비밀로 하여야 한다. 다만, 당사자는 조정절차가 진행되고 있다

는 내용을 공개할 수 있다(제3항).

ICSID조정규칙의 경우에도 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상 당사자들이 조정절차에서 취한 입장, 화해합의안의 제안이나 승낙, 조정인이나 당사자들이 표시한 견해는 다른 절차에서 사용할 수 없도록 하고 있다(제11조).

IV. ISDS사건의 조정적합성

ISDS사건이 조정으로 해결된다면 시간과 비용의 효율성 측면을 비롯하여 여러 가지 장점이 있지만, 아직까지 조정이 활성화되지 못하는 데에는 분명 그만한 이유가 존재한다. 조정이 활성화되지 못하는 이유를 잘 분석한다면 조정을 활성화 할 수 있는 방안을 찾는 데 도움이 될 것이라 판단된다. 이하 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것에 걸림돌이 되는 사항들을 몇 가지 살펴보고, 해외 국제중재전문가들의 설문조사 결과를 담은 보고서가 분석한 내용을 살펴보겠다.

1. 비밀유지의 문제

조정인 경우 당사자들 간에 공개에 대한 합의가 별도로 존재하지 않는 이상, 조정당사자들은 합의 내용, 조정 당시에 주고받았던 대화나 자료에 대한 비밀유지의무

가 있다. 중재의 경우 국가가 패소한다면 중재판정의 내용을 이행하는 것에 그치지만, 조정의 경우 화해합의안에 대한 협상 과정에서 국가의 재량이 관여되고, 그에 따라 화해합의 내용에 대한 공정성 문제가 상존한다. 그에 따라 국가에 대한 견제와 감시의 측면에서 일반 국민들의 정보공개에 대한 수요는 중재에 비해서 조정이 훨씬 강하다. 또한 국가에 대한 각종 감사과정에서 비밀정보가 공개될 가능성도 배제할 수 없다. 이와 같은 측면에서 많은 국가들이 ISDS사건을 비공개 조정으로 해결하는 것에 부담감을 느낄 수 있다.

뿐만 아니라 비밀유지 문제로 인해서 통계 데이터나 성공사례의 홍보가 어려운 점도 투자자나 국가들이 실증적 사례들을 근거로 조정에 접근하는 것을 어렵게 만든다.

2. 조정권한, 예산 확보의 문제

화해합의 결과 국가가 투자자에게 금원을 지급해야 하는 의무를 부담하게 되는 경우 해당 조정안에 대한 합의 권한에 대한 문제도 존재한다. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제12조²⁸⁾에 따르면 조정사건의 경우에도 동법 제2조부터 제8

조까지의 규정을 준용하고, 법무부장관이 국가를 대표한다. 하지만 동법에서 언급하는 ‘조정사건’은 국내 조정사건을 염두하여 규정한 것으로 ISDS사건까지 염두해 둔 규정은 아니었던 것으로 이해된다.²⁹⁾ 또한 국제투자분쟁의 예방 및 대응에 관한 규정에 따른 ‘그 밖에 국제투자분쟁의 예방 및 대응에 필요한 업무’에 ‘국제투자분쟁대응단’의 조정권한이 포함되어 있는지도 불명확하다(동 규정 제3조 제2항 제9호).

한편 국가재정법 제25조 제1항은 “법률에 따른 것, 세출예산금액 또는 계속비의 총액의 범위 안의 것 외에 채무부담행위를 하는 때에는 미리 예산으로 국회의 의결을 얻어야 한다”고 규정하고 있다. 또한 예비비를 사용하여 화해합의금을 지급하기 위해서는 기획재정부장관이 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 한다(동법 제51조).

이처럼 국가의 투자자에 대한 금전 지급 의무를 포함한 화해합의안에 서명하기 전에 거쳐야 할 내부 승인 절차의 복잡성, 합의 권한의 불명확성은 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것을 어렵게 만든다.

28) 제12조 (조정사건 등에의 준용) 조정사건, 중재사건, 그 밖의 비송사건에 관하여는 제2조부터 제8조까지의 규정을 준용한다.

29) 조정사건에 준용한다는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제12조의 내용은 법률제정(1951년 10월 26일)시부터 존재했던 규정으로 당시 우리나라는 ISDS사건을 알지 못했다.

3. 권한행사 적정성의 문제

ISDS분쟁을 조정으로 해결함에 있어서 무엇보다도 가장 큰 어려움은 화해합의안이 적정했는지를 확인해주고 관련 공무원들의 책임을 면제해 줄 제도가 없다는 점(그러한 제도가 존재해야 하는지에 대한 당위성 여부는 별론으로)이다. 화해합의안의 승인권한을 갖고 있는 공무원(들)의 입장에서는 해당 권한의 행사가 적정하고 재량의 범위 내에 있으며, 화해합의가 국가의 이익에 부합한다는 확신을 갖고 있다고 하더라도 각종 감사과정에서 문제가 제기될 가능성이나 정치적으로 문제될 가능성을 전혀 배제할 수 없다. 그리고 공무원의 화해합의에 대해서 사후적으로 아무런 문제가 없는 것으로 판단을 받는다고 하더라도 의혹이 제기된 시점부터 해명된 시점까지 담당자가 겪어야 할 수고로움은 담당 공무원들로 하여금 ISDS사건의 조정을 심리적으로 주저하게 만든다.³⁰⁾ 따라서 ISDS 사건을 조정으로 해결하는 것이 중재로 해

결하는 것보다 국익에 부합하더라도 관련 담당자들은 조정으로 분쟁을 해결함에 상당한 심리적 부담을 가지게 된다. 결국 재량권 행사의 적절성에 대한 심리적 부담감은 관련 담당자들로 하여금 조정보다는 중재를 선호하게 만든다.

이러한 내용은 심리학자이자 행동경제학자인 대니얼 카너먼(Daniel Kahneman)의 손실회피(loss aversion) 이론이 뒷받침한다. 사람들은 이익을 얻기 위해서 행동하기보다 손실을 피하기 위해 행동한다는 이론으로 손실회피가 이익획득보다 2배는 더 심리적으로 강하게 작용하기 때문이라 한다.³¹⁾ 이런 담당자들의 심리적 저항감은 ISDS사건을 조정으로 해결함에 있어 상당한 난관으로 작용한다.

이에 더하여 한국인의 경우 전세계에서 가장 높은 수준의 불확실성 회피 성향을 가지고 있는 것으로 알려져 있다.³²⁾ 따라서 승패라는 확실한 결과가 도출되는 중재와 달리 어떤 결과가 도출될지 알 수 없는

30) 예를 들어 과거 한국방송공사(KBS, 이하 “공사”)의 사장이 공사와 과세관청간의 조세소송을 법원에 의한 조정으로 종결하고, 공사는 조정결과에 따라 세금을 납부한 사건과 관련하여 공사의 사장은 배임죄로 기소되었으나 최종 무죄판결을 받았고, 해임되었으나 해임취소소송에서 최종 해임이 취소되었다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010도15129 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두5001 판결).

31) Daniel Kahneman, & Amos Tversky, “Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty”. Journal of Risk and Uncertainty. 1992, pp. 297-323.

32) 전세계 60개국 이상의 문화를 비교분석하는 The Culture Factor Group(Hofstede Insights Ltd.)의 분석에 따르면 한국은 위험회피성향(uncertainty avoidance) 지수가 85인 반면, 중국은 30, 미국은 46, 영국은 35이다. The Culture Factor Group의 웹사이트: <https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/china,south-korea,the-uk,the-usa/>방문일: 2023. 11. 19.

조정의 불확실성은 한국의 기업이나 공무원이 쉽게 조정을 시도하기 어렵게 만드는 추가적인 심리적 장벽이라 생각된다.

4. 화해합의 내용의 불이행과 싱가포르조정협약

한편, 일방 당사자가 화해합의를 위반하거나 조정절차에 하자가 있었음을 이유로 화해합의의 효력에 문제를 삼아 화해합의서에 따른 의무를 이행하지 않을 경우 다시 중재절차를 신청해야 한다는 번거로움도 존재한다. 물론 국제조정에 관한 싱가포르조정협약(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 이하 “싱가포르조정협약”)을 통해서 집행력의 문제를 어느 정도 해소할 수는 있다.³³⁾ 하지만 이 역시 한계가 존재한다. 싱가포르조정협약 가입시 계약국은 유보조항에서 국가나 국가기관이 당사자인 경우 해당 협약을 적용하지 않도록

선택하거나, 당사자들이 화해합의서에 싱가포르조정협약을 적용한다고 동의한 경우에만 협약을 적용하도록 선택할 수 있기 때문이다(동 협약 제8조³⁴⁾). 현재 싱가포르조정협약 비준국가는 12개 국가인데 그 중 벨라루스, 조지아, 카자흐스탄, 이란, 사우디아라비아는 국가나 국가기관이 당사자인 경우 싱가포르조정협약이 적용되지 않는다는 유보를 하였고, 일본, 이란, 카자흐스탄, 조지아는 당사자들이 화해합의서에 싱가포르조정협약을 적용한다고 동의한 경우에만 협약을 적용하도록 유보하였다³⁵⁾. 또한 국가에 대해서 싱가포르조정협약이 적용된다고 하더라도 집행의 방법론이 각 계약국의 국내법에 위임되어 있어 각 국가별 국내법에 따른 추가적인 제약이 존재할 수도 있다(싱가포르조정협약 제3조 제1항).

33) 대한민국은 2019년 8월 7일 싱가포르조정협약에 서명하였지만 아직 국회의 비준절차를 거치지 않았고, 협약 이행을 위한 국내법은 법무부에서 연구 중이다. 박정현, “싱가포르조정협약과 조정제도의 설계”, 법무부 국제법무과, 한국조정학회 제38회 학술대회 및 정기총회 자료. 41면.

34) 1. A Party to the Convention may declare that:

(a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;

(b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.

35) 싱가포르조정협약 가입현황을 확인할 수 있는 국제연합국제상거래법위원회 웹사이트: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status 방문일: 2023. 11. 19.

5. 국제중재전문가들을 대상으로 한 설문조사 결과

싱가포르국립대학에서는 전 세계 국제중재전문가들을 상대로 투자자국가분쟁이 합의에 의해서 종료되지 않는 이유에 대해서 설문조사를 실시하여 2018년 보고서를 발간하였다(이하 “싱가포르보고서”)³⁶⁾. 싱가포르보고서에 따르면 설문조사대상자의 70%는 국가가 합의에 의해서 분쟁을 해결하는 것을 원하지 않는다고 판단한다.³⁷⁾

합의에 의한 분쟁해결에 가장 큰 난관은 당사자들, 특히 국가의 경우 “의사결정의 책임을 제3자에게 미루는 것을 원한다는 점”이다. 즉, 결과에 대한 비난을 결과를 강제한 판정부로 돌리는 것이 책임을 회피하기에 용이하다는 점이다.³⁸⁾ 다음으로 큰 장애는 “두려움”을 꼽았다. 세부적으로는 대중의 비판에 대한 두려움, 부정부패로 인한 형사책임 또는 그러한 주장에 대한 두려움, 선례를 만드는 것에 대한 두려움

이 정부관료들에게 가장 큰 장애로 여겨진다.³⁹⁾ 또한 국가의 경우 관련 정부기관과 부처의 다양성, 정부기관간의 이해상충과 의사소통의 어려움, 예산확보의 어려움도 큰 장애로 여겨졌고,⁴⁰⁾ 언론에 의해서 분쟁이 정치화되고, 정부로서는 이로 인해서 어쩔 수 없이 더 강경한 태도를 취해야 하는 점, 분쟁자체가 정치적으로 민감한 사안을 포함하는 경우가 많다는 점, 새로운 정부는 이전 정부의 잘못을 합의로 해결하지 않으려고 하는 점, 이에 비해서 합의에 성공했을 경우 정부 담당자들에게 아무런 인센티브가 없다는 점 등도 합의로 분쟁을 해결하는 것에 장애로 작용한다고 조사되었다.⁴¹⁾

V. ISDS사건의 조정가능성

위 IV.에서 살펴본 바와 같이 상당수의 ISDS사건은 여러 가지 측면에서 조정으로 진행되거나, 해결될 가능성이 높지 않다.

36) Seraphina Chew, Lucy Reed, & J. Christopher Thomas QC, Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, NUS - Centre for International Law Working Paper 18/01, National University of Singapore. (Sept. 2018). 97명에게 설문조사를 요구하였고, 최종 47명의 답을 받았으며, 설문조사 참가 대상자는 동아시아 27%, 유럽 27%, 북미 23%, 호주, 동남아시아 14%, 남미 7%, 중동, 남아시아 2%로 구성되었다.

37) *Ibid.*, p. 1.

38) *Ibid.*, p. 12.

39) *Ibid.*, pp. 13-14.

40) *Ibid.*, p. 14.

41) *Ibid.*, pp. 19-22.

따라서 과연 위에서 열거한 여러 가지 장애를 극복할 수 있는 방법이 있을지, 장애를 극복할 수 없다면 위 장애의 상당부분은 적용되지 않는 분쟁의 영역이 존재할 수 있을지 확인할 필요가 있다. 이하 ISDS 사건의 조정가능성을 판단하기 위해서 UNCITRAL 제3실무작업반이 제시하고 있는 판단기준을 살펴보고, 대한민국이 당사자인 사건 중 국가의 재정이 직접 지급되지 않고, 관련 공무원들이 권한 행사의 적정성을 비교적 덜 우려할 수 있는 ISDS 사건이 있는지를 살펴본다. 마지막으로 위에서 살펴본 조정의 장애를 극복하기 위해 생각할 수 있는 추가 수단을 검토한다.

1. 조정에 적합한 ISDS사건 분석기준

UNCITRAL 제3실무작업반이 마련한 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)은 조정

적합성을 분석할 수 있도록 아래와 같은 분석기준을 제시하고 있다. 해당 내용은 구체적인 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것이 적합한지를 판단하는데 참조할 만한 가치가 있다(Section C⁴²).

- 현재 투자 및 장래 투자유치 가능성을 고려한 당사자 간의 관계를 유지하려는 바램
- 대화 또는 협상에 참여하고, 상대방의 입장을 이해하려는 당사자의 의지
- 잠재적으로 다른 이해관계를 가진 자를 포함한 당사자들의 수
- 시간과 비용에 효과적인 방식으로 분쟁을 해결하려는 바램
- 분쟁의 성격과 근본적인 갈등요소
- 분쟁 관련 쟁점의 복잡성과 이를 해결해야 하는 긴급성
- 당사자들이 관련된 쟁점들을 선별하는 것의 유용성

42) (a) Desirability of maintaining the parties' relationship also in light of retaining the current investments as well as the possibility of attracting future investments;
 (b) Willingness of the parties to enter into a dialogue or negotiations and understand the other party's positions;
 (c) Number of the parties involved, including those with potentially different interests;
 (d) Desirability of resolving a dispute in a time- and cost-effective manner;
 (e) Nature of the dispute and the underlying grievance;
 (f) Complexity of the issues in dispute and urgency to address them;
 (g) Usefulness for the parties to streamline the issues at stake;
 (h) Desirability of involving a third party;
 (i) Desirability of the parties having control over the resolution process and the outcome;
 (j) Desirability of the parties developing tailored and creative solutions;
 (k) Any implication of complying with any settlement agreement, including any political, economic, social and financial implication.

- 제3자를 참여시키는 것의 선호도
- 분쟁해결 과정과 결과에 대한 통제권한을 당사자가 가지는 것에 대한 선호도
- 맞춤형되고 창의적인 해결책을 개발하는 것에 대한 당사자들의 선호도
- 정치, 경제, 사회, 경제적 영향을 포함하여 화해합의를 준수하는 것이 미치는 일체의 영향

예를 들어 위 첫 번째 항목을 살펴보면, 투자자의 입장에서 해당 국가에 향후 다시 투자를 할 가능성이 전혀 없다면 미래의 투자가능성을 고려한 조정안의 도출은 가능하지 않으므로 조정으로 분쟁을 해결할 수 있는 가능성은 현저히 줄어들게 된다.

2. 대한민국이 당사자인 ISDS사건 중 조정가능성이 있는 사건

국제연합무역개발협의회(UNCTAD)에 따르면 이제까지 한국을 상대로 한 ISDS 사건은 10개가 존재한다.⁴³⁾ 그 중 ‘2015년 다야니와 대한민국 사이의 ISDS사건(이하 “다야니 사건”)’은 비교적 위에서 언급한 조정으로 분쟁을 해결하는데 장애가 되는

요인들이 다른 사건들에 비해 크지 않은 것으로 보인다. 이하 해당 사건의 개요와 어떤 면에서 조정이 가능할 수 있는지 검토해 본다.

가. 다야니 사건의 개요

다야니 사건의 중재판정문은 공개되어 있지 않다. 하지만 대한민국이 해당 중재판정의 취소를 구했던 소송의 영국법원 판결문은 공개⁴⁴⁾되어 있고, 해당 판결문에 따른 사건의 개요는 다음과 같다.

한국자산관리공사(이하 “캠코”)와 민간 금융기관들로 구성된 채권자협의회(“채권단”)는 1997년 외환위기 때 대우전자(이후 대우일렉트로닉스로 개명, 이하 “대우일렉트로닉스”)의 부실채권을 인수한 이후 일부 출자 전환을 하였고, 2009년 해당 출자 전환 주식에 대한 매각절차를 진행하였다. 당시 다야니 가문(이하 “다야니”) 소유의 이란 국적 투자회사가 우선협상대상자로 선정되었고, 매매대금 6050억 원의 양해각서가 체결되었다.⁴⁵⁾ 이후 2010년 6월 유엔의 이란에 대한 경제제재가 강화되었고, 그에 따라 계약당사자는 다야니가 설립한

43) 국제연합무역개발협의회(UNCTAD) 웹페이지(Investment Policy Hub): <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/111/korea-republic-of> 방문일: 2023. 11. 19.

44) The Republic of Korea v. Mohammad Reza Dayyani & Others, High Court of Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court, [2019] EH 3580 (20 December 2019) (이하 ‘Korea v. Dayyanis’)

45) *Ibid*, paras. 3-9.

싱가포르 특수목적법인(이하 “매수인”)으로 변경되었다. 이후 싱가포르 특수목적법인은 2010년 11월 채권단과 매매가 5777억 750만 원, 계약금 577억 750만 원으로 한 대우일렉트로닉스 주식매매계약을 체결하고, 그에 따라 계약금을 지불하였다.⁴⁶⁾

하지만 매수인은 매매계약상 조건인 매도인이 만족할 수 있는 투자확약서를 제출하지 못하였고, 그에 따라 채권단은 같은 해 12월 13일 주식매매계약을 해지하였다.⁴⁷⁾ 이후 몇 차례 협상이 있었고, 채권단은 2011년 5월 30일 계약금을 몰취하였다. 매수인은 2011년 6월 10일 서울중앙지방법원에 주식매매계약상 매수인 지위의 확인을 구하는 가처분을 신청하였고, 재판부는 해당 사건에 대한 강제조정을 시도하였으나 캄코의 이의신청으로 조정이 이루어지지 못하였고, 재판부는 가처분 기각결정을 하였다.⁴⁸⁾

나. 다야니 사건의 중재판정, 중재판정 취소소송

다야니는 2015년 9월 10일 대한민국 정부와 이란회교공화국 정부간의 투자의 증

진 및 보호에 관한 협정(이하 “한-이란투자협정”) 제12조 제2항 나목에 따라 임시중재판정부(ad hoc arbitral tribunal)를 통하여 국제중재절차를 신청하였다. 다야니는 캄코가 대우일렉트로닉스의 매각절차를 주도하였으며 캄코의 계약금 몰취 행위는 국가의 행위로 귀속될 수 있고, 이는 한-이란투자협정 제4조에 따른 공정, 공평대우에 위반되고, 계약금과 프로젝트에 소요된 비용, 이자를 손해라고 주장하였다.⁴⁹⁾

중재판정부는 2018년 6월 5일 캄코의 행위는 국가에 귀속시킬 수 없다는 주장 등 대한민국의 주장을 배척하고 대한민국이 한-이란투자협정 제4조를 위반하였으며 계약금과 이자를 다야니에 반환해야 한다고 판정하였다.⁵⁰⁾

본 중재사건은 ICSID중재가 아닌 뉴욕협약에 따른 국제중재로 중재지가 런던이었고, 그에 따라 중재지인 영국의 중재법 제67조에 따른 중재판정 취소절차가 가능하다⁵¹⁾. 그에 따라 대한민국은 2018년 7월 3일 영국상사고등법원(이하 “영국법원”)에 실질적 관할권을 다투며 중재판정 취소소송을 제기하였으나⁵²⁾ 2019년 12월 20일 패

46) *Ibid*, paras. 10-12.

47) *Ibid*, para. 14.

48) *Ibid*, para. 15.

49) *Ibid*, para. 16.

50) *Ibid*, paras. 17-19.

소하였다.⁵³⁾ 참고로 대한민국은 관할권 흠결 주장 중에는 캄코는 국가기관이 아니므로 캄코의 행위를 한국의 행위로 귀속시킬 수 없다는 주장이 있었으나 영국법원은 해당 문제는 본안에 관한 문제로 중재취소사유인 실질적 관할권 문제는 아닌 것으로 보았다.⁵⁴⁾

다. 다야니 사건 사후 경과

대한민국은 이란에 대한 경제제재로 인해서 중재판정에 따른 배상금지급을 지연하였고, 이에 다야니는 2021년 10월 18일 배상금지급 지연에 대한 2차 ISDS 중재신청서를 접수하여 현재 사건이 진행 중이다.⁵⁵⁾ 이후 대한민국은 약 600억 원을 다야니에 지급하였으나 236억 원은 다야니의 대한민국에 대한 채권이 위니아전자에 의해서 가압류되어 지급되지 못했고, 대한

민국은 해당 금액을 법원에 공탁한 것으로 알려져 있다.⁵⁶⁾

라. 다야니 사건에서 캄코의 지위

다야니 사건의 중재판정은 비공개이고, 영국법원의 취소판결에서는 ‘캄코의 계약금 몰취 행위의 국가 귀속여부’가 본안에 대한 판단이라 심사를 하지 않았기 때문에 캄코의 행위가 왜 국가의 행위로 귀속되었는지 정확한 이유를 확인하기는 어렵다. 캄코는 한국자산관리공사 설립 등에 관한 법률(이하 “자산관리공사법”)에 따라 별도의 법인격을 갖고 있고, 헌법, 정부조직법 등에서 행정기관으로 취급하고 있지 않다. 그리고 자산관리공사법상 국가의 권한을 위임받아 수행하는 업무와 캄코 고유의 업무는 분리되어 있으며, 캄코의 대우일렉트로닉스 매각은 공사 고유의 업무로 이해된다(자산관리공사법 제26조 제1항).⁵⁷⁾ 물론

51) 영국의 국제투자중재판정 취소에 대해서는 한창완, “국제투자중재 판정의 취소-영국과 싱가포르 사례를 중심으로-” 통상법률, 법무부, 2022. 3. 참조.

52) Korea v. Dayyanis, *supra* note 44, paras. 20-22.

53) 다야니 사건에 대한 추가적인 설명은 장석영, “다야니 사건에 대한 중재판정 취소소송 결과 검토”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020., 주진열, “이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰”, 서울국제법연구 제27권 1호, 2020. 참조.

54) Korea v. Dayyanis, *supra* note 44, paras. 85-90.

55) 국무조정실, 기획재정부, 외교부, 법무부, 산업통상자원부, 금융위원회 2021. 10. 28.자 보도자료, “한-이란 투자협정(BIT)에 따른 국제투자분쟁(ISDS) 중재신청서 접수” <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/553195/artclView.do> 방문일: 2023. 11. 19.

56) 홍혜진, “[단독] 다야니가에 패배했던 韓 236억 추가로 물어줄 판”, 매일경제 2023. 4. 4.자 기사. <https://www.mk.co.kr/news/economy/10703567> 방문일: 2023. 11. 19.

57) 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황 쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, 공법연구 제49집 제3호, 2021. 425면.

캠코의 행위에 국가의 지시나 통제가 있었다면 국제관습법으로 인정받고 있는 국제연합 국제법위원회(International Law Commission)가 작성한 국가책임조항(Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)⁵⁸⁾ 제8조에 따라 캠코의 행위가 국가로 귀속될 여지는 있다.

다만, *Elliott v. Korea* 사건에서 Elliott이 제출한 수정 청구서면(Amended Statement of Claim)에 따르면 다야니 사건의 중재판정부는 캠코의 대표가 2005년 미국 뉴욕남부연방지방법원에서 별개의 소송절차 중 국가면제를 적용받고자 스스로를 “정부기관”으로 묘사한 것을 주요 근거로 캠코를 국가의 일부로 간주한 것으로 보인다.⁵⁹⁾

마. 공공기관이 행위 당사자인 ISDS 사건

다야니 사건은 원래 캠코를 비롯한 채권단(매도인)과 다야니가 설립한 특수목적법

인(매수인)간의 주식매매계약과 관련한 분쟁이지만, 한이란투자협정에 의해서 매수인의 주주인 다야니와 대한민국간의 ISDS 분쟁으로 전개된 사건이다. 따라서 다야니 사건은 매도인과 매수인간의 합의로 종결시킬 수 있는 사건이다. 대한민국이 ISDS 사건을 해결함에 있어서 캠코와 다야니 간에 합의를 이끌어 낼 수 있다면, 이는 곧 다야니의 대한민국에 대한 ISDS중재신청 취하를 의미한다(채권단이 매수인에게 금전을 지급하든 다른 방식의 화해합의를 하든 이는 별론으로 한다). 대한민국으로서는 당사자로서 금전적인 지급 합의를 하는 것이 없을 것이므로 별도의 예산을 사용할 이유도 없게 되며, 권한 행사의 적정성에 대한 우려도 현저하게 경감시킬 수 있다. 비록 캠코를 비롯한 채권단이 ISDS사건 당사자는 아니나 중재사건과 달리 조정사건에서는 다양한 절차적 유연성을 확보할 수 있으므로 ISDS조정절차에 채권단을 개입시키고, 적극적인 조정시도를 해볼 수

58) 국가책임조항은 2000년 유엔총회결의서에서 ‘초안(draft)’을 명칭에서 삭제하였으므로 ‘국가책임초안’이 아니라 ‘국가책임조항’으로 칭하는 것이 적절하다고 생각된다. 임예준, “국가책임조항의 규범적 지위에 관한 소고”, 국제법학회논총, 제65권 제3호, 2020, 192면.

59) *Elliott v. Korea*, Amended Statement of Claim 2019. 4. 4. para 186. footnote 440. 해당 서면이 이러한 주장의 근거로 인용하고 있는 것은 Jarrod Hepburn의 2019. 1. 22.자 IAREporter 보도자료로 미공개 중재판정문을 입수하여 분석하였다고 기술하며, 그 내용은 다음과 같다. “청구인들은 한국자산관리공사 대표가 미국 법원에서 한 진술, 즉 한국자산관리공사는 한국의 국가기관이라는 (따라서 미국의 외국주권면제법에 따른 국가면제를 받을 자격이 있다는) 주장을 강조하였다. 중재판정부는 한국자산관리공사의 대표가 미국 법원에서 이러한 주장을 내세운 데에는 분명 한국 당국의 승인이 있었을 것이라는 점에 비추어볼 때 그러한 진술이 한국자산관리공사가 한국법상 실제로 한국의 국가기관이라는 점을 결정적으로 증명한다고 보았다”.

있는 가능성은 열려 있다고 판단된다. 물론 매수인과 매도인간에 합의가 성립하기 어려웠고, 법원의 강제조정시도도 실패하였기 때문에 ISDS분쟁으로 전개된 측면이 있지만, ISDS중재에서 대한민국이 패소한 점과 현재까지 분쟁이 해소되지 않고, 추가적인 비용을 지출하고 있는 것을 감안할 때, 사건을 초기에 조정으로 해결했었다면 당사자 모두에게 더 나은 해결책이 될 수 있었을 것으로 생각된다.

다야니 사건을 확장해서 생각해 보면 국가기관이 아닌 공공기관이 실제 행위 당사자인 ISDS사건은 조정으로 분쟁해결시 국가예산의 직접 지출이 없다는 점과 그에 따라 권한 행사의 적정성에 대한 우려가 비교적 덜하다는 점에서 상대적으로 조정 가능성이 높은 사건이라 볼 수 있지 않을까 생각한다. 물론 국가 입장에서 낮아진 조정에 대한 난관들은 공공기관으로 그대로 수평 이동되었을 뿐이고, 공공기관 역시 국가기관에 준하는 조정에 대한 어려움이 존재한다는 비판은 가능하다.

다른 한편으로 이러한 공공기관이 행위 당사자인 ISDS사건에서 대한민국은 정부의 책임이나 부담을 감소하기 위해서 공공기관에 부당한 영향력을 행사하여서는 안 될 것이고, 해당 공공기관의 내부 의사결정절차에 따른 적정한 절차는 모두 거쳐야

할 것이다. 또한 명백히 대한민국이 승소 가능한 사건을 굳이 조정으로 진행할 이유도 없을 것이므로 화해합의에 이르기 전에 사건의 승패에 대한 정확한 법률적 분석도 선행되어야 한다. 이러한 여러 가지 선행 조건들이 충족된다면 국가가 아닌 공공기관이 행위 당사자인 ISDS사건은 다른 사건들에 비해서 조정에 따른 화해합의로 분쟁을 종결할 수 있는 가능성이 비교적 높지 않을까 생각된다.

3. ISDS사건의 조정가능성을 높이기 위한 방법론

대부분의 투자협정 또는 자유무역협정의 분쟁관련 조항에는 협상을 통한 분쟁해결노력 조항과 중재절차 이전에 냉각기간(cooling off period)을 규정하고 있다. 예를 들어 한미자유무역협정의 경우 투자분쟁이 발생하는 경우 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함해서 협의, 협상을 통해 분쟁을 해결하도록 노력할 의무를 규정하고(제11.15조), 중재 신청을 하기 90일 전에 중재를 제기하겠다는 서면통보를 피청구국에 전달하도록 하여 90일의 냉각기간을 가지도록 하고 있다(제11.16조 제2항). 하지만 여타 다른 분쟁들과 마찬가지로 당사자 간에 협의, 협상으로 분쟁이 해결되지 않아 결국 중재에 이르게 되므로, 위와 같

은 조항이 실질적으로 당사자들 간의 합의로 분쟁을 해결하는데 도움이 되지 않는 경우가 많다.

조정절차를 이용하려면 당사자 중 누군가가 먼저 조정절차를 이용하자는 제안을 해야 할 것인데, 이러한 제안을 한다는 사실 자체가 본인의 주장이 약하다는 것을 자인하는 것으로 비취질 수 있고, 정부 입장에서 먼저 조정제안을 했다는 사실 자체가 언론이나 정치적으로 문제가 될 가능성도 있다. 따라서 충분히 조정으로 해결될 수 있는 사건도 애초에 조정이 강제되지 않는다면 조정을 시도조차 해보지 않게 될 가능성이 매우 높다.

이러한 점을 감안하면 투자협정 또는 자유무역협정의 투자분쟁관련 조항에서 직접 조정규칙을 두거나, ICSID조정규칙을 적용하기로 하는 등 중재절차 전에 의무적으로 일정 기간 조정절차를 거치도록 규정을 하는 것은 상당한 의미가 있는 일이라 생각된다. 물론 조정절차 자체가 자발적인 것이므로 조정절차를 거친 이후에 합의가 성립 되지 않는 것은 어쩔 수 없다. 하지만

정부 입장에서는 조정절차를 사용하는 것 자체에 상당한 심리적인 부담감을 가지고 있으므로 의무조정조항을 통해서 그러한 심리적인 부담감을 덜어준다는 것은 그 자체로도 상당한 의미가 있다고 생각한다. 또한 조정절차를 거친다는 것 그 자체로 분쟁을 합의로 해결할 수 있는 가능성을 높이는 것임은 틀림이 없고, 국제적으로도 조정절차를 거친다는 것 자체의 중요성이 점점 높아지고 있다.⁶⁰⁾ 한발 더 나아가 이러한 의무적인 조정조항을 두는 것은 그 자체로서 당사자들로 하여금 그들의 사고 구조와 기대심리에 영향을 미쳐서 당사자들로 하여금 합의에 의해서 분쟁을 해결하는 것을 더 촉진시키는 역할을 할 수 있다는 견해도 존재한다.⁶¹⁾

따라서 투자협정이나 자유무역협정의 투자분쟁 조항에 냉각기간 동안 의무적으로 조정절차를 거치도록 하는 규정을 두는 것은 합의로 분쟁을 해결 할 수 있는 가능성을 높이는데 상당한 역할을 할 수 있을 것이라 판단된다.⁶²⁾ 예를 들어 인도네시아와 호주간 포괄적 경제 파트너십 협약(the

60) “조정기일을 통하여 문제를 객관적으로 보게 됨은 물론 상대방을 적대시할 것이 아니라 분쟁해결이라는 공통의 목표 달성을 위해 동반자적 시각을 가지도록 인식을 전환해 스스로 문제 해결의 길로 나아가도록 하는 과정 자체가 조정의 또 다른 목적이라고 보는 것이 현대적인 조정의 목적이다.” 조흥준, “ADR의 사회통합적 기능” 저스티스 제134-3호, 2013, 199면.

61) Andrea Kupfer Schneider, Nancy A. Welsh, “Bargaining in the Shadow of Investor-state Mediation: How the Threat of Mediation Will Improve Parties’ Conflict Management”, University of St. Thomas Law Journal, 2021, p. 398.

Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement) 제14.23조의 경우 투자자의 경우에 한해서 의무적인 조정 (conciliation)조항을 두고 있다.⁶³⁾

VI. 맺음말

ISDS국제중재와 관련해서는 시간과 비용의 비효율성, 중재판정의 비일관성, 중재판정부 구성의 문제점 등 여러 가지 비판이 있어왔고, 이는 국제중재를 대체할 상설투자법원 설립에 대한 논의로 이어져 있다.⁶⁴⁾ 유럽연합(EU)이 가장 적극적으로 투자법원제도의 도입에 앞장서고 있고, 이는 유럽연합이 체결하는 양자간 투자협정 (캐나다, 싱가포르, 베트남 등)에서 양자간 투자법원(bilateral investment court)의 형식으로 일부 구체화되었다. 하지만 진정한

의미에서 다자간 투자법원(multilateral investment court)의 설립은 법관 선정의 문제, 비용 부담의 문제 등 각국의 이해관계가 첨예하게 대립하여 쉽게 합의를 보기는 어려운 과제이다.⁶⁵⁾ 조정은 국제중재이든 상설투자법원이든 양립할 수 있는 대체적 분쟁해결제도임이 틀림없지만, 국가입장에서 쉽게 선택하기 어려운 여러 가지 난관이 존재한다. 그리고 이러한 난관들은 비단 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 상당부분 보편적으로 존재하는 현상으로 이해된다.⁶⁶⁾

하지만 ICSID는 조정규칙을 신설하여 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것에 힘을 쓰고 있고, UNCITRAL 제3실무작업반도 투자분쟁 조정 가이드라인 초안을 마련하고 국제투자분쟁 조정 모델 규정을 채택하며 국제조정을 홍보를 하고 있다.⁶⁷⁾ 이러

62) 유사한 취지로는 James M. Claxton, "Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?", 20 Pepp. Disp. Resol. L.J. 78 (2020), p. 22.

63) "If the dispute cannot be resolved within 180 days from the date of receipt by the disputing Party of the written request for consultations, the disputing Party may initiate a conciliation process, which shall be mandatory for the disputing investor, with a view towards reaching an amicable settlement. Such a conciliation process shall be initiated by a written request delivered by the disputing Party to the disputing investor."

64) 이재민, "투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원도입 움직임의 제도적 함의 및 법적쟁점", 통상법률 제132호, 법무부, 2016.

65) 김준기, "국제경제분쟁해결제도의 미래와 전망-국제상사법원, 국제투자법원 및 국제중재의 비교고찰과 그 함의-", 비교사법 제94호, 한국사법학회, 2021. 321면 참조.

66) *supra* note 61, p. 387.

67) 법무부와 국제연합국제상거래법위원회는 2023. 11. 2. ADR Special Session on ISDS Reform을 개최하고 상당시간 ISDS사건의 조정절차를 논의하였다. UNCITRAL웹페이지 https://uncitral.un.org/en/KMOJ-RCAP_2023 방문일: 2023. 11. 20.

한 국제적 추세에 발맞추어 우리나라가 겪은 ISDS분쟁들 중 조정으로 해결하는 것이 더 바람직했을 법한 사건을 복기해볼 필요가 있다. 대표적으로 다야니 사건이 그에 해당한다. 해당 사건에서 비록 대한민국이 패소했지만 대한민국은 재정지출을 하지는 않았던 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 따라서 조정을 시도하여 일부 금액을 지급하는 방식으로 화해합의가 이루어졌다면, 해당 금액은 대한민국이 아닌 채권단이 지급했을 것이므로 국가 입장에서 조정권한 행사의 적정성에 대한 우려는 비교적 낮지 않았을까 생각된다. 그렇다면 국가가 아닌

공공기관이 실제 사건의 당사자인 ISDS사건들은 중재판정 이전에 조정을 시도해볼 만한 가치가 있지 않을까? 한발 더 나아가 만약 한이란 자유무역협정의 분쟁해결 조항에 의무조정조항이 있었고, 그에 따라 조정절차를 거칠 수 있는 기회가 있었다면 채권단과 다야니, 대한민국이 상호 원만히 합의할 수 있는 가능성이 조금이라도 존재하지 않았을까? 역사에 만약이라는 가정이 있을 수는 없겠지만 복기를 통해 개선할 사항을 찾아내는 노력은 발전을 위해 필요하다.

68) 대한민국이 아닌 대우일렉트로닉스에 대한 채권단의 자금으로 판정금을 지급한 것으로 알려져 있다. 각주 56) 참조.

참 고 문 헌

- 김여선, “ISD중재의 선례인용에 관한 연구” 국제경제법연구 제15권 제1호, 2017.
- 김준기, “국제경제분쟁해결제도의 미래와 전망-국제상사법원, 국제투자법원 및 국제중재의 비교고찰과 그 함의-”, 비교사법 제94호, 한국사법학회, 2021.
- 박소영, 김은경, “제56차 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL) 본회의 논의 동향”, 통상법률 제160호, 법무부, 2023.
- 박정현, “싱가포르조정협약과 조정제도의 설계”, 법무부 국제법무과, 한국조정학회 제38회 학술대회 및 정기총회 자료.
- 이로리, “‘mediation’과 ‘conciliation’의 개념에 관한 비교법적 연구”, 중재연구 제19권 제2호, 2009.
- 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황 쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, 공법연구 제49집 제3호, 2021.
- 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원도입움직임의 제도적함의및법적쟁점” 통상법률 제132호, 법무부, 2016.
- 임예준, “국가책임조항의 규범적 지위에 관한 소고”, 국제법학회논총, 제65권 제3호, 2020.
- 장석영, “다야니 사건에 대한 중재판정 취소소송 결과 검토”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020.
- 조홍준, “ADR의 사회통합적 기능” 저스티스 제134-3호, 2013.
- 주진열, “이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰”, 서울국제법연구 제27권 1호, 2020.
- 한창완, “국제투자중재 판정의 취소-영국과 싱가포르 사례를 중심으로-” 통상법률, 법무부, 2022.

- Andrea Kupfer Schneider, Nancy A. Welsh, “Bargaining in the Shadow of Investor-state Mediation: How the Threat of Mediation Will Improve Parties’ Conflict Management”, *University of St. Thomas Law Journal*, 2021.
- Angela Ray T. Abala, “The role of the expert advisory mediation in addressing practical and political barriers to ISDS mediation.” *Dispute Resolution Review*, Volume 2 Issue 1, 2023.
- Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, Jose ´ Maria Reis, “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, Oxford University Press.
- Daniel Kahneman, & Amos Tversky, “Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty”. *Journal of Risk and Uncertainty*. 1992.
- Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing.
- ICSID, ICSID Background Paper on Investment Mediation, July 2021.
- _____, The ICSID Caseload-Statistics Issue 2023-2.
- James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, 20 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 78 (2020).
- Luke E. Peterson, “In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute”, *IA INV. ARBITRATION REPORTER* (Apr. 14, 2016).
- Seraphina Chew, Lucy Reed, & J. Christopher Thomas QC, “Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, NUS”, *Centre for International Law Working Paper 18/01*, National University of Singapore. (Sept. 2018).

[국문초록]

투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정

김도경

투자자-국가분쟁(ISDS) 사건의 국제중재절차에는 오랜 시간과 많은 비용이 소모되는 점, 중재판정의 일관성이 유지되지 않는 점, 판정부의 구성의 적절성 문제 등 여러 가지 문제점이 존재한다. 상설투자법원을 통한 중재절차의 대체는 현실적으로 쉽지 않은 대안이고, 조정절차를 통해서 투자자와 국가간의 투자분쟁을 화해합의로 해결하는 것이 국제중재에 대한 현실적인 보완방안이 될 수 있다. ISDS사건의 약 20%는 합의에 의해서 종결된다는 국제연합무역개발협의회(UNCTAD)의 통계는 조정의 가능성을 보여준다. ISDS사건을 해결하기 위한 준거규칙으로는 세계변호사협회(International Bar Association)의 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation), 국제연합국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 채택한 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules), ICSID의 조정규칙(ICSID mediation rule)이 있다. 그리고 양자간 조약으로 조정규칙을 규정하고 있는 경우들도 존재한다(유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정 등). 본 고에서는 양자간 조약에 담긴 조정규칙 중 참조할 만한 내용에 대해서 살펴보았다. 한편, ISDS사건에는 국가의 입장에서 선불리 조정에 응하기 어려운 여러 가지 어려움이 존재한다. 그러한 어려움에는 국가를 대표하여 조정권한을 행사할 주체의 문제, 예산 확보의 문제, 국가기관간의 의사소통의 문제, 권한 행사의 적정성에 대한 문제, 심리적인 문제, 조정화해합의 불이행시 집행에 대한 문제 등이 있다. 조정 가능성에 대해서는 국제연합국제상거래법위원회 제3실무작업반(UNCITRAL Working Group III)이 마련한 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)의 조정적합성을 분석기준을 참조할 필요가 있다. 또한 우리나라가 겪은 ISDS사건 중 다야니 사건과 같이 국가의 재정지출이 없는 경우 조정을 시도해볼만한 가치가 충분히 있다고 보여 해당 사건에 대해서 구체적으로 검토하였다. 마지막으로 ISDS사건 초기의 냉각기간에 의무적으로 조정을 시도해보도록 하는 의무조정 조항을 양자간 협정의 분쟁해결조항에 포함하는 것을 검토해 볼 필요가 있다.

주제어

투자자-국가 분쟁(ISDS), 대체적분쟁해결(ADR), 국제조정, 국제중재, 투자협정, 조정규칙, 국제투자분쟁해결센터(ICSID), 투자법원

[Abstract]

Investor-State Dispute Settlement and International Mediation

Kim, Dokyung

International arbitration procedures for investor-state dispute (ISDS) cases take a long time and consume a lot of money. Still, problems exist, such as inconsistent arbitral awards being maintained and criticism about whether the tribunal's composition is appropriate. Replacing the arbitration process through a permanent investment court is a challenging alternative in reality, and resolving investment disputes between investors and the state through mediation procedures can be a realistic supplement to international arbitration. According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), approximately 20% of ISDS cases are resolved through settlement agreements shows the possibility of mediation. The governing rules for resolving ISDS cases include the International Bar Association's Rule for Investor-State Mediation, the UNCITRAL Mediation Rules adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and an ICSID mediation rule. There are also cases where mediation rules are stipulated in bilateral treaties (European Union-Singapore Investment Protection Agreement, etc.). In this paper, I looked at the contents worth referring to among the mediation rules contained in the bilateral treaty. Meanwhile, in ISDS cases, several obstacles make it difficult for the state to respond to mediation. Such obstacles include problems with the entity that will exercise mediation authority on behalf of the state, problems securing the budget, problems with communication between state agencies, problems with the appropriateness of exercising authority, psychological problems, problems with execution in case of non-compliance with the mediation and reconciliation agreement, etc. Regarding the possibility of mediation, referring to the analysis criteria for mediation suitability in the draft UNCITRAL guidelines on investment mediation prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Working Group III) is necessary. In addition, among the ISDS incidents that our country has experienced, such as the Dayani incident, it appears worth attempting mediation in cases where there is no national financial expenditure, so we reviewed the incident in detail.

Lastly, to increase the possibility of mediation in ISDS cases, it is necessary to include a mandatory mediation clause in the dispute resolution clause of the bilateral agreement that requires mediation to be attempted during the cooling-off period at the beginning of the case.

Keywords: Investor-State Disputes (ISDS), Alternative Dispute Resolution (ADR),
International Mediation, International Arbitration, Investment Agreement,
Mediation Rules, International Center for Settlement of Investment Disputes
(ICSID), Investment Court