

〈특집: 국제통상, 투자, 상사 중재/분쟁해결절차의 비교 연구〉

국제분쟁해결절차의 비교법적 고찰^{*,**} - 국제통상·투자·상사 분쟁해결절차의 공통점 및 상이점과 그 제도적 함의 -

李在珉^{***}

요약

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 및 상사중재절차는 각각 독자적인 목적을 달성하고자 도입되었으며 그간 별도의 단계와 경로를 거쳐 발전하여 왔다. 국제화가 급속히 확산되는 현재의 상황을 감안하면 이들 분쟁해결절차는 앞으로도 다양한 맥락과 상황에서 더욱 광범위하게 활용될 것으로 예측된다.

이들 세 분쟁해결절차는 일단 국제분쟁해결절차라는 공통점을 갖고는 있으나 각각 상이한 측면을 다수 포함하고 있다. 각각의 분쟁해결절차가 추구하는 목표와 이에 참여하는 분쟁 당사자 그리고 적용되는 법규가 서로 상이하기 때문이다. 그러나 한편으로 이들 분쟁해결절차 간에는 유사한 측면이나 상호 간 시사점을 제공하여 주고 있는 부분도 적지 않다. 그러므로 각 절차의 제반 관련 사항에 대하여 입체적 내지 비교법적 조망을 하여 보는 것은 앞으로 여러모로 의미가 있을 것이다. 그러나 한편으로 기본적으로 출발점과 지향점이 상이한 세 분쟁해결절차를 단지 국제적 성격을 보유하고 있는 분쟁해결절차라는 측면에만 착안하여 하나의 절차에서의 경험과 성과를 충분한 검토 없이 여타 절차로 이식하는 데에는 조심스러운 접근이 필요하다. 이 과정에서 각 분쟁해결절차가 가진 기본적으로 상이한 목적과 구조를 충분히 감안하여야 할 것이다.

* 이 글은 서울대학교 법학연구소 2013년 공동연구사업인 “국제통상, 투자, 상사 중재/분쟁해결절차의 비교 연구”의 결과물로 작성된 것임을 밝혀 둡니다. 이 공동연구의 결과는 장승화, “국제통상분쟁해결절차”; 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재 — ICSID 협약에 의한 투자협정중재를 중심으로”; 석광현, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제상사중재”, 그리고 이재민, “분쟁해결절차 간 비교 고찰 — 공통점 및 상이점과 그 함의”라는 제목으로 2013년 12월 18일 서울대학교 법학연구소 주최로 개최된 학술대회에서 발표되었음을 밝혀 둡니다.

** 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 그리고 상사중재절차가 활발하게 활용되고 있는 현재의 상황에서 이들 각각의 분쟁해결절차를 다른 분쟁해결절차와 유리되어 독자적으로만 운용되는 법체계로 이해하는 것은 이제는 지양할 시점이 되었다. 특히 최근의 국제분쟁은 쟁점 사안의 여러 측면을 동시에 제기하는 부분도 적지 않아 이들 분쟁해결절차가 중첩적·순차적으로 적용되는 사례도 점차 나타나고 있다. 이러한 새로운 현상 역시 이들 세 분쟁해결절차에 대한 입체적, 비교고찰적 검토의 필요성을 여실히 보여주고 있다. 특히 이와 같은 검토를 통해 도출되는 시사점은 앞으로 각각 개별적인 분쟁해결절차의 효율적인 운용과 발전을 위해서도 중요한 밑거름이 될 수 있을 것이다.

주제어: 국제분쟁해결절차, 통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차, 상사중재, 세계무역기구, 자유무역협정, 양자간 투자협정, 뉴욕협약

I. 들어가는 말

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 그리고 상사중재절차는 각각 서로 다른 필요에 부응하고 다양한 요구를 수용하고자 도입되었고 또 발전하여 왔다. 각각의 영역에서 독자적인 존재 의의를 가지는 이들 세 분쟁해결절차는 그동안 다양한 경로와 실험을 통하여 지속적인 자기 수정과 개선을 이루어 왔으며, 현재 국제분쟁 해결에 있어 중요한 부분을 차지하고 있다. 물론 국제분쟁의 해결을 위한 법적 기제로는 유엔 산하의 국제사법재판소(International Court of Justice: "ICJ")와 같이 국가 대 국가 간 중요한 법적 분쟁을 다루는 포럼도 있으나, 일반적으로 정부, 기업 및 개인이 흔히 접하는 국제분쟁해결절차는 바로 이들 세 절차라고 할 수 있을 것이다.

이들 세 분쟁해결절차를 비교하여 살펴보면 한편으로 상호 간 교차점 내지 유사성을 보여주는 부분도 있으며, 또한 서로 적지 않은 차이점을 노정하는 부분도 있다. 이러한 점을 염두에 두고 이 글에서는 세 분쟁해결절차를 다양한 측면에서 서로 비교, 분석하여 각각 어떠한 특성이 있는지를 비교법적 관점에서 입체적으로 살펴보고자 한다. 그리고 이러한 분석을 통하여 향후 각각의 분쟁해결절차를 운용 내지 발전시키는 데 있어 도움이 될 수 있는 적절한 시사점을 도출하고자 한다. 특정 분쟁해결절차에서의 독특한 경험은 여타 분쟁해결절차에서 고민하고 있는 문제에 대한 중요한 답을 암시하고 있는 경우도 적지 않기 때문이다. 또한 최근에는

동일한 분쟁사안이 여러 분쟁해결절차에 동시에 또는 순차적으로 제기되는 경우도 적지 않은바, 이러한 다양한 분쟁해결절차가 서로 어떻게 연관되어 있는지 그리고 어떠한 측면에서 서로 구별되는지에 대한 보다 심층적인 검토의 필요성이 점증하고 있다. 그동안 세 국제분쟁해결절차에 대한 연구가 주로 각 분쟁해결절차의 영역 내에서 파편적·평면적으로만 이루어져 온 점을 감안하여 이 글에서는 이들 분쟁해결절차에 대한 통섭적·입체적 검토를 실시하고자 한다.

II. 분쟁해결절차의 기본적 특징

이 글에서 살펴보는 세 분쟁해결절차에 대한 효과적인 검토와 비교를 위하여 먼저 이들 각각의 기본적인 골격과 특징을 살펴보는 것이 필요할 것이다. 아래에서는 통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 그리고 상사중재절차의 순으로 그 기본적인 골격과 특징을 각각 살펴보도록 한다.

1. 통상분쟁해결절차

먼저 우리가 가장 흔하게 접하는 국제분쟁해결절차인 통상분쟁해결절차는 계약 당사국 간 체결한 통상협정에 기초하여 분쟁해결절차가 진행된다. 분쟁해결절차 자체가 이미 관련 협정문에 상세히 규정되어 있으므로 추후 당사국이 별도로 합의할 사항은 상대적으로 제한되어 있다.¹⁾ 가령 세계무역기구(World Trade Organization:

1) 가령 실제 분쟁해결절차를 진행하는 데 있어 필요한 세부적인 사항 — 가령 심리일정, 서면입장서 제출기한 등 — 은 당사국 간 협의를 통하여 확정하는 것이 필요하겠지만 분쟁해결절차 운용에 관한 전체적인 절차적 골격은 이미 협정문에 규정되어 있다. 가령 World Trade Organization, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (“DSU”); Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America (“Korea-U.S. FTA”), Chapter 22, Section B; Free Trade Agreement between the Republic of Korea, of the One Part, and the European Union and Its Member States, of the Other Part (“Korea-EU FTA”), Chapter 14 등 참조. 분쟁 당사국 간 이러한 세부적인 절차적 사항에 대한 합의는 WTO의 경우 담당 패널의 “절차적 결정(procedural ruling)”을 통하여 최종적으로 확정된다. WTO 항소기구는 DSU에 더하여 별도로 항소절차에 관한 상세한 “실무절차(Working Procedure)”를 도입하고 있어 당사국 간 별도로 합의할 사항은 패널에 비하여 보다 제한적이다. 항소기구 실무절차는 1995년 최초 도입된 이래 모두 5차례 개정되었으며 현재 적용되고 있는 것은 2010년 개정된 절차이다. World Trade Organization,

“WTO”) 분쟁해결절차와 다양하게 체결되는 자유무역협정(free trade agreement: “FTA”) 분쟁해결절차가 대표적이다.²⁾ 전반적으로 이들 통상분쟁해결절차는 엄격하게 해당 통상협정만을 적용하는 것으로 예정하고 있어, 해당 협정 이외의 여타 국제법 규범 내지 관련국 국내법령이 구속력 있는 규범으로 적용되는 것은 제도적으로 용이하지 않다는 점이 주요한 특징 중 하나로 언급되고 있다.³⁾ 이 분쟁해결절차는 ICJ와 같이 국가 대 국가 간 분쟁으로 진행되며 따라서 오로지 정부만이 소송당사자로 참여하게 된다.⁴⁾ 다만 통상분쟁해결절차에서는 ICJ 재판소규정(Statute of the International Court of Justice)에서와 같이 “정부 대리인(Agent)”이라는 개념은 없으나,⁵⁾ ICJ 절차에서와 동일하게 각국 정부 관료가 자국 정부를 대표하여 소송에 나서게 된다. 자국 정부를 대표하는 관료의 직급은 각국별로 상이하나 대부분의 경우 국장 또는 과장 등 실무자들이 이 역할을 담당하는 것이 일반적인 모습이다. 이는 장·차관 등 고위 인사들이 정부 대리인인 “Agent”로 자국을 대리하는 것이 일반적인 ICJ 소송과는 대비되며, 한편으로 통상분쟁의 기술적, 실무적 성격을 잘 보여주고 있다.⁶⁾ 통상분쟁해결절차에서 정부를 대리하여 참여하는

Communication from the Appellate Body: Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WT/W/11, July 27, 2010 참조.

2) *Ibid.*

3) DSU 제3.2조 및 제19.2조 참조; Korea-U.S. FTA 제22.11조 제2항 참조.

4) 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재 — ICSID 협약에 의한 국제투자협정중재를 중심으로”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회(2013년 12월 18일) 발표문, p. 3 참조.

5) 이는 ICJ 재판절차의 경우 분쟁 당사국 정부가 소송당사자이므로 오로지 당사국 정부가 지명하는 대리인(agent)을 통해 ICJ 재판절차가 진행되어야 한다는 원칙의 발현으로 볼 수 있을 것이다. ICJ 규정 제42조; ICJ 규칙(Rules of Court) 제31조 및 제40조 참조. 가령, ICJ 재판절차 전 과정을 통하여 분쟁 당사국의 대리인을 통하여 공식 문서의 전달 및 통보 등이 진행되며, 대리인에 전달 내지 통보된 문서는 그 당사국에 직접 전달/통보된 것으로 간주된다. *See Ibid.* 특히 ICJ 규칙 제40조 제1항은 분쟁 당사국의 대리인이 네덜란드 헤이그에 문서송달을 위한 주소지를 두도록 규정하고 있다. 대리인은 쉽게 말해 해당 분쟁에서 분쟁 당사국을 대표하는 대표 변호사로 볼 수 있을 것이다. ICJ 규정 제42조 참조.

6) 그간 진행된 ICJ 재판절차에서 대부분의 경우 분쟁 당사국 정부의 고위관료가 대리인을 담당해왔다. 특히 분쟁 당사국의 외무장관이나 외무부의 고위관리가 이 역할을 담당하는 것이 일반적이다. *Andreas Zimmerman et al., The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2012), p. 971; *Shabtai Rosenne, The Law and Practice of the International Court (1920 - 2005) Vol. III: Procedure* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 1120 참조.

분쟁 당사국을 국제관계에서 실무적으로 대표하는 것이 외무장관이고 국제분쟁은

정부 담당관은 소송의 개시 및 진행에 있어서 중요한 결정을 내리게 되며 물론 이 과정에서 국내외의 법률전문가의 조력을 얻는 것이 일반적이다. 이와 같이 국가 간 분쟁의 속성을 내포하고 있는 통상분쟁해결절차는 본질적으로 외교적 고려와 국가 간 관계가 소송 제기, 진행 과정 및 합의 도출 등 제반 측면에서 항상 중요한 변수로 대두된다.⁷⁾ 이러한 거시적 고려요소로 인하여 때로는 실제 피해를 입고 있는 개인이나 기업의 실제적 이해관계를 모두 반영하지 못하는 상황도 종종 발생하게 된다.⁸⁾ 개인이나 기업의 직접적인 피해 구제가 아니라 국가 간 조약 체결을 통하여 합의된 상호 간 ‘이해관계의 균형 회복’이 기본목표인 통상분쟁해결절차의 특성상⁹⁾ 이러한 상황은 때로는 불가피한 측면이 있는 것으로 보인다.

한편 동일한 통상분쟁해결절차라 하더라도 WTO 분쟁해결절차와 FTA 분쟁해결절차는 다시 세부적으로 상이한 모습을 보이고 있다. WTO 분쟁해결절차에는 상설적인 항소기구(Appellate Body)의 설립을 통한 항소절차가 존재하는 반면, FTA 분쟁해결절차에는 기본적으로 그러한 항소절차가 존재하지 않고 일회성 심리를 기본 골격으로 채택하고 있다.¹⁰⁾ 따라서 FTA 분쟁해결절차는 WTO 분쟁해결절차에 비하여 보다 신속하게 진행되며 양 당사국의 입장을 반영하는 일종의 ‘맞춤형’ 분

대부분의 국가에서 외무부 소관 업무라고 볼 때, ICJ 재판절차에서 이들이 해당 당사국을 대리하는 것은 한편으로는 당연한 측면이 있다. 가령, 최근 호주와 ICJ 재판절차를 진행한 일본의 경우 자국 외무성 고위관료를 대리인으로 임명한 바 있다. 즉, 일본정부의 포경산업 지원조치가 국제포경규제협약(International Convention for the Regulation of Whaling)을 위반하였다는 이유로 2010년 5월 30일 호주가 일본을 제소한 사건에서 일본은 외무성 국제담당 국장(Director General for Global Affairs)을 지낸 Koji Tsuruoka를 대리인으로 임명하였다. 동인은 현재 일본 정부를 대표하여 환태평양 경제협정(Trans-Pacific Partnership: TPP) 협상에 나서고 있기도 하다. 2014년 3월 31일 동 사건 판결이 내려졌으며 일본 정부의 상기 협약 위반이 확인되었다. ICJ 웹사이트 <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/15985.pdf> 참조(2014년 4월 1일 방문).

7) 가령, DSU 제3.7조 및 제5조 참조. 한국의 경우 미국과의 FTA 협상이 진행되는 동안 반덤핑 협정의 중요한 쟁점 중 하나인 “제로잉” 분쟁에 대한 제소를 업체의 요청에도 불구하고 계속 연기한 바 있다.

8) *Ibid.*

9) DSU 제3.3조, 제3.7조 및 제19조 참조; Korea-U.S. FTA 제22.12조 제2항 참조. 협정상 양 분쟁 당사국이 문제된 조치의 철회나 변경 대신 보상(compensation)에 대하여 합의할 가능성도 열려 있으나 이는 부차적인 방법이며, 실제로도 거의 사용되지 않는다. 양 당사국이 보상의 규모에 대하여 합의할 가능성이 희박하기 때문이다.

10) Korea-U.S. FTA, Chapter 22, Section B; Korea-EU FTA, Chapter 14 참조. 최근 일부 FTA에서는 양자 간 분쟁해결절차에 항소절차를 도입하는 움직임이 일부 확인되고 있기는 하나 이를 일반화된 모습이라고 보기는 힘들다(ASEAN Free Trade Area: “AFTA” 분쟁해결절차 참조).

쟁해결절차 운용이 가능한 반면 체계적인 법리와 선례의 구축이라는 측면에서는 한계를 보일 수밖에 없다.¹¹⁾ 통상분쟁과 관련된 제반 이슈는 대부분 WTO 협정과 FTA 협정의 관련 규정에 공히 연관된다는 측면에서 양 협정이 동시에 적용될 가능성이 존재하는 것이 일반적이다.¹²⁾ 따라서 동일한 사항에 대한 중복 제소를 제한하고자 FTA 협정에는 특정 통상 이슈에 대하여 제소국이 둘 중 하나의 분쟁해결절차를 선정하게 되면 다른 절차는 활용하지 못하도록 규정하는 조항들이 흔히 포함된다.¹³⁾ 그러나 이러한 조항에도 불구하고 그 구체적 의미가 다소 불명확한 부분이 있어 어떠한 사항이 중복제소에서 배제되는지 여부가 논란이 되는 경우가 없지 않다.¹⁴⁾ 이러한 사항들은 추후 협정 당사국 간 분쟁을 초래할 가능성을 내포하고 있다. 특히 FTA 분쟁해결절차가 중복적, 중첩적으로 확산되고 있는 현 상황은 향후 이러한 분쟁 가능성을 특히 시사하고 있다.

한편 각국이 체결하는 FTA에서는 다양한 새로운 형태의 분쟁해결절차도 아울러 논의되고 또 실험적으로 도입되고 있다. 가령 한-EU FTA의 경우 비관세무역장벽(Non-Tariff Barrier: “NTB”) 문제를 다루기 위한 별도의 ‘중개(mediation)’ 절차를 도입하고 있다.¹⁵⁾ 이 절차는 비관세무역장벽 문제에 한하여 두 국가가 제3자인 중개인(mediator)을 선임하고 이 제3자가 해당 문제에 관한 양국 의견과 주장을 듣고 최종적인 결론을 도출하는 절차로서 현재 WTO 도하 개발 아젠다(Doha Development Agenda: “DDA”) 맥락에서도 심도 있게 검토되고 있는 사안이기도 하다.¹⁶⁾

11) 가령 유사한 시기에 체결된 Korea-U.S. FTA와 Korea-EU FTA는 분쟁해결절차 측면에서 서로 상이한 모습을 보이고 있다. 가령 EU의 구체적인 경험을 반영하고 있는 Korea-EU FTA의 경우 보복 조치 부과 후 관련 조치 검토과정(post-retaliation proceeding)을 제14.12조에, 그리고 심리절차의 공개를 제14.14조에 각각 규정하고 있다. Korea-U.S. FTA는 그러한 규정을 두고 있지 않다.

12) Korea-U.S. FTA 제22.6조, Korea-EU FTA 제14.19조 참조.

13) Korea-U.S. FTA 제22.6조 제2항; Korea-EU FTA 제14.19조 제2항 참조.

14) 가령 Korea-EU FTA는 중복제소 제한이 적용되는 범위를 “동일한 조치(same measure)”라고 규정하고 있다. 그러나 현재 여러 분쟁에서 “measure”의 범위가 그 자체로서 주요한 쟁점으로 제기되어 있는 현실을 감안하면 구체적인 사안에서 과연 어디까지가 “same measure”에 해당하는지 때로는 판단이 쉽지 않을 것이다. WTO Appellate Body Report, *United States - Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada (U.S. - Softwood Lumber IV) - Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS257/AB/RW, December 5, 2005, para. 77 및 para. 79 참조.

15) Korea-EU FTA, Annex 14-A; 한·EU FTA 상세설명자료, “비관세조치 중개절차”, (2012년 7월), pp. 156-157, http://www.fta.go.kr/pds/fta_korea/eu/EU_DESC.pdf 참조(2014년 4월 1일 방문).

이 제도는 그 융통성과 신속성을 특징으로 하고 법적 구속력이 결여된 순수한 의미의 중개절차로 전통적인 의미의 분쟁해결절차와는 차이가 있으나, 기존의 분쟁해결절차를 통해 국가들이 느끼는 미흡한 부분(가령 분쟁해결절차에 지나치게 오랜 시간 소요)을 보충하고자 도입된 새로운 시도라는 차원에서 주목을 요한다. 마찬가지로 한미 FTA의 경우 오로지 자동차 교역 문제만을 다루기 위한 별도의 분쟁해결절차를 도입하고 있기도 하다.¹⁷⁾ 자동차 교역 문제가 한미 양국 간 주요 현안이다 보니 이 문제를 다루는 별도의 분쟁해결절차를 채택하게 된 것이다. 이와 같이 FTA에서는 각 계약 당사국의 입장과 관심사항을 반영하는 다양한 형태의 분쟁해결절차가 도입, 운용되고 있으며, 여기에서의 경험은 다시 다른 나라와의 FTA나 다자협정 체제인 WTO 맥락으로 전이되기도 한다.¹⁸⁾ 요컨대, 현재 통상분쟁해결절차는 WTO 분쟁해결절차를 중심으로 다양한 FTA 분쟁해결절차가 관련 당사국들 사이에 중첩적으로 운용되고 있는 상황이라고 정리할 수 있을 것이며, 각국이 체결하는 FTA가 급격히 늘어남에 따라 이러한 중첩적인 부분도 앞으로 더욱 증가할 것으로 예견된다. 나아가 기존의 분쟁해결절차를 보완하기 위한 다양한 파생적 절차 역시 적극적으로 강구되고 있는 모습이다.

2. 투자분쟁해결절차

이에 반하여 투자분쟁해결절차는 외국인 투자자와 투자유치국 정부가 소송당사자로 참여하는 국제소송이라는 측면에서 그간 국제사회에서 운용되어 오던 전통적인 의미의 분쟁해결절차와 구별되는 새로운 형태의 분쟁해결절차이다.¹⁹⁾ 전통적으로 국제분쟁해결절차는 국가 대 국가 간 분쟁 또는 개인(기업) 대 개인(기업) 간의 분쟁이었다. 국가(정부)가 개인과의 분쟁에서 분쟁 당사자로 참여하는 경우도 없지는 않았으나 국제계약과 관련한 상사중재 맥락에서 진행되었을 따름이다. 이 경우 국가는 사실 계약의 일방으로 해당 절차에 참여하는 것이지 ‘주권국가’ 내지 ‘정

16) *Ibid.*

17) Korea-U.S. FTA, Annex 22-A; 외교통상부, 한·미 FTA 상세설명자료, “자동차: 자동차 신속분쟁 해결절차 및 관세 Snap-Back”, (2011년 7월), p. 72, http://www.fta.go.kr/pds/fta_korea/usa/kor/2K_books.pdf 참조(2014년 4월 1일 방문).

18) 가령 WTO 회원국들은 WTO “비관세무역장벽 분쟁담당관(NTB Facilitator)” 제도의 운용 가능성과 여타 관련 문제점을 확인하고자 Korea-EU FTA가 채택한 “비관세무역장벽 중개인” 제도에 적지 않은 관심을 보이고 있기도 하다.

19) 박덕영 외 13인, **국제투자법**(서울: 박영사, 2012), p. 15 참조.

부'로서 해당 절차에 참여하는 것은 아니다. 투자분쟁해결절차에 내재하는 이러한 새로운 측면은 여러 국가에서 국내적으로 민감한 정치적 과장을 초래하는 주요 동인이기도 하다.²⁰⁾ 이 분쟁해결절차에 적용되는 구속력 있는 법규범은 기본적으로 개인 투자자의 국적국과 투자유치국이 체결한 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty: "BIT") 또는 FTA 투자 챕터이며 원칙적으로 다른 국제법 규범이나 국내법령이 아니라는 점에서는 역시 관련 조약을 적용법규로 하여 분쟁을 해결하는 통상분쟁해결절차와 유사한 모습을 보이고 있다.²¹⁾ 그러나 투자분쟁해결절차는 때로는 외국인 투자자와 투자유치국 정부가 체결한 양허계약 위반에 대해서도 적용될 수 있고 이 경우 해당 계약도 간접적인 규범으로 작용할 수도 있다는 측면에서 통상분쟁해결절차와 일면 구별되기도 한다.²²⁾

특히 투자분쟁해결절차는 외교적 고려 등 다양한 요소를 살펴보아야 하는 국가 대 국가 간 분쟁해결절차의 골격을 따르는 통상분쟁해결절차와는 달리 투자자 개인이 직접 자신의 권리를 구제받기 위해 독자적으로 국제소송을 개시하고 진행한다는 차원에서 통상분쟁해결절차와는 큰 차이를 보이고, 이 측면에서는 분쟁 당사자의 권리구제와 자치를 중시하는 상사중재절차에 더욱 근접하고 있기도 하다. 이와 같이 기업 스스로 분쟁의 주도권을 쥌 수 있다는 측면에서 최근 다국적 기업 등이 이 절차를 선호하는 분위기도 발견되고 있다.²³⁾ 반면에 외국인 투자자가 주권국가 정부를 상대로 국제소송을 진행한다는 외관은 피제소국 국내적으로 주권침해 논란 등 민감한 문제를 초래하기도 한다.²⁴⁾

3. 상사중재절차

한편 상사중재절차는 기본적으로 사인인 두 계약당사자 간 계약상의 분쟁을 해

20) 예를 들어, 연합뉴스, “與, ‘론스타 ISD중재’ 한미FTA 비판은 정치공세”(2012년 11월 23일), available at <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0005951270> 참조(2014년 4월 1일 방문).

21) 가령, Korea-U.S. FTA, 제11.22조 참조. 일부 BIT의 경우 적용법규로 계약 당사국의 국내법을 포함시키는 경우도 있다.

22) Korea-U.S. FTA, 제11.16조 제1항 참조.

23) 현재 다국적 담배제조회사인 Philip Morris사와 호주 정부간에 홍콩-호주 BIT에 근거 하여 진행 중인 ISDS 절차는 이러한 측면을 잘 보여주고 있다. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12 참조.

24) 연합뉴스, “<FTA 쟁점> ②투자자-국가소송 ‘필요’ v. ‘주권침해’”(2007년 4월 8일), available at <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0001599512> 참조(2014년 4월 1일 방문).

결하기 위한 분쟁해결절차라는 측면에서 기본적으로 국가 내지 정부정책을 분쟁대상으로 하는 통상분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차와 구별된다. 경우에 따라서는 정부가 상사중재절차의 당사자로 참여하는 경우도 없지 않으나²⁵⁾ 이는 계약의 일방 당사자로서 참여하는 것으로 국가 대 국가 간 분쟁해결절차나 국가정책을 대상으로 하는 분쟁해결절차와는 본질적 차이를 보이고 있다.

상사중재절차는 원칙적으로 관할권을 보유한 각국의 국내법원을 통해 해결될 수 있는 사안을 당사자의 사전 또는 사후 중재합의에 따라 별도의 분쟁해결절차로 가져간다는 차원에서 기본적으로 각국의 국내법원이 효과적인 구제수단을 제공하여 주는 것으로 보기 어려운 통상분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차와 구별된다. 이 경우 국내법원은 계약 당사국 정부기관의 일부로서 자신이 스스로 분쟁의 당사자의 지위에 있어 객관적인 판결을 내리는 것으로 간주되기 어렵거나, 주권면제의 적용으로 인하여 때로는 관할권 자체가 형성되기 힘들기 때문이다. 또한 상사중재절차 결과 도출되는 판정은 뉴욕협약의 규정에 따라 궁극적으로 집행국 국내법원을 통하여 승인·집행된다는 측면에서 살펴보아도 특정 국가의 국내법원의 집행절차에 의존하지 않고 그 자체로 국가(계약 당사국)에 대하여 집행력을 갖는 통상분쟁해결절차와 구별된다.²⁶⁾ 이와 같이 각국 국내법원을 통하여 집행이 이루어진다는 측면은 한편으로 일부 투자분쟁해결절차에서 발견되기도 한다.²⁷⁾ 투자분쟁해결절차에서 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: “ICSID”)를 통한 절차는 동 협약에 따라 그 자체로 집행력을 가지는 데 반해, UN 국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) 중재규칙 등을 통하여 진행되는 여타 중재절차는 결국 뉴욕협약의 메커니즘을 통하여 승인·집행되는 이원적 구조를 취하고 있기 때문이다.²⁸⁾ 또한 적용법규가 특정 조약이나 협정이 아니라 당사자 간 합의한 계약서에 적시된 준거법(특정 국가의 실체법) 및 중재지의 절차법이라는 측면에서도 상사중재절차는 통상분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차와 역시 차이를 보이고 있다.

25) 실제로 용인 경전철 사건에서 용인시가 상사중재의 당사자가 된 바 있다. 자세한 사항은 http://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%9A%A9%EC%9D%B8_%EA%B2%BD%EC%A0%84%EC%B2%A0#EA.B5.AD.EC.A0.9C.EC.A4.91.EC.A0.9C.EB.B2.95.EC.9B.90_EA.B5.AD.EC.A0.9C_EC.A4.91.EC.9E.AC 참조(2014년 4월 1일 방문).

26) 1958년 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 국제연합협약(U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: 이하 “뉴욕협약”) 제3조 참조.

27) 뉴욕협약 제3조, 제4조 참조.

28) ICSID 협약 제53조 참조.

Ⅲ. 각 국제분쟁해결절차의 상호 비교

위에서 살펴본 세 국제분쟁해결절차의 주요 골격과 특징을 염두에 두고 이 장에서는 각 분쟁해결절차의 유사점과 차이점을 보다 구체적으로 살펴보기로 한다. 이러한 비교작업은 이들 분쟁해결절차가 어떠한 측면에서 서로 공통성을 가지며 한편으로 구별되는지를 보다 구체적으로 제시할 수 있을 것이기 때문이다. 크게 제도적인 측면과 절차적인 측면으로 나누어 살펴보기로 한다.

1. 제도적 측면

가. 분쟁해결절차의 궁극적 목표

먼저 분쟁해결절차의 궁극적 목표와 관련하여, 통상분쟁해결절차는 일방 당사국의 무역 왜곡적 조치로부터 야기된 무역왜곡 현상을 시정하여 통상협정이 제시하고 있는 원래의 무역이익의 균형을 달성하는 것을 최종적인 지향점으로 정하고 있다.²⁹⁾ 즉 교역 상대국 정부의 무역왜곡적 조치로 인하여 피해를 입은 피해자 또는 피해기업에 대한 직접적인 구제수단을 제공하는 것을 궁극적 목표로 삼고 있는 것은 아니라는 점을 유념할 필요가 있다.³⁰⁾ 분쟁해결절차의 궁극적 목표에 대한 이러한 이해는 승소국에 제공되는 구제수단에도 직접적인 영향을 미치는데, 통상분쟁해결절차는 원칙적으로 문제의 조치를 철폐하거나 수정하여 협정 합치적 상황을 다시 재현하는 것으로 구제를 제공하고 있다.³¹⁾ 때로는 금전적 보상도 검토 가능하나 실제 이 방식이 사용되는 경우를 찾아보기는 힘들다. 이 방안은 국가 간 합의가 존재하는 경우 적용되는 2차적인 대안에 불과하기 때문이다. 이미 통상분쟁해결절차로 진행하여 두 국가가 오랜 기간 다툼을 벌여온 상황에서 이와 같이 최종 판정 도출 이후 보상에 관하여 양자간 ‘합의’에 도달하는 것은 현실적으로 쉬운 일이 아니다. 또한 보상의 경우 당장 국고의 지출 변동 등 국내적으로 민감한 상황을 초래하기 쉬운 데 반하여 문제가 된 조치의 철폐 내지 조정을 통한 판정의

29) DSU 제3.3조, 제3.7조 및 제19조 참조; Korea-U.S. FTA 제22.12조 제2항 참조.

30) WTO의 DSU 및 각 FTA의 분쟁해결절차는 피해를 입은 개별 기업에 대한 제소권이거나 또는 이들에 대하여 금전적 또는 여하한 방법으로 구제조치를 제공하여 주는 규정을 두고 있지 않다.

31) DSU 제3.3조, 제3.7조 및 제19조 참조; Korea-U.S. FTA 제22.12조 제2항 참조.

이행은 상대적으로 그러한 정치적 부담이 적다는 측면도 패소국 정부 입장에서는 무시할 수 없을 것이다.

이에 반하여 투자분쟁해결절차는 투자협정상 의무를 준수하지 아니한 투자유치국 정부 조치로부터 초래된 외국인 투자자의 ‘금전적 피해’를 구제하는 것을 그 궁극적 목표로 하고 있다.³²⁾ 이러한 목표를 반영하여 손해배상의 지급이나 문제된 재산의 원상회복이 투자분쟁해결절차의 최종 결과물이 된다.³³⁾ 따라서 피해를 입은 개인 또는 기업은 이 절차를 통하여 협정 위반 조치를 취한 투자유치국 정부로부터 직접 손해배상을 받을 수 있게 된다. 개인이나 기업에 대한 손해배상을 기본 목표로 하고 있다는 점에서 투자분쟁해결절차는 아래 상사중재절차와 상당히 유사하다고 할 수 있을 것이다. 투자분쟁해결절차에서는 법령과 제도의 철폐 내지 개선은 원칙적으로 패소국에 요구되지 아니한다. 통상분쟁해결절차와 큰 차이를 보이는 대목이다.

한편 상사중재절차의 경우 계약 위반으로 발생한 계약당사자의 피해를 구제하는 것을 그 궁극적 목표로 한다. 상사중재절차는 당사자가 합의하는 바를 구현하기 위한 신속성과 탄력성을 그 특징으로 하므로 구제수단도 다양한 모습으로 나타날 수 있다. 주로 채무이행과 손해배상이 일반적인 구제수단이나, 경우에 따라서는 당사자의 합의가 전제되고 적용되는 실체법이 허용하는 한도 내에서 징벌적 배상도 가능하다.³⁴⁾ 상사중재 역시 원칙적으로 피해자에 대한 손해배상을 기본목표로 하고 있다는 점에서 투자분쟁해결절차와 그 궤를 같이 하고 있다고 볼 수 있다.

나. 적용법규

그 다음으로 적용법규와 관련하여 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차에서는 국가 간 체결된 조약이 적용되어 분쟁이 해결된다. 그러므로 별도의 준거법이나 적용 법규를 정하는 규정은 존재하지 않거나 개괄적인 원칙적 조항을 나열하는 데 그치며, 기본적으로 계약 당사국 간 기 합의된 조약 규정만이 그대로 적용될 따름이다. 당사자의 합의에 따라 실제 문제에 적용될 준거법이 결정되고 여기에 중재지의 복잡한 절차법이 적용되는 상사중재절차와 비교하면 이들 두 절차는 적용법규 맥락에서는 상대적으로 단순하다고 할 수 있을 것이다. 이에 따라 통상분쟁과 투자분쟁에서는 투자자 대 국가 간 분쟁해결(Investor - State Dispute Settlement: “ISDS”)

³²⁾ Korea-U.S. FTA 제11.26조 참조.

³³⁾ *Ibid.*

³⁴⁾ 목영준, **상사중재법**(서울: 박영사, 2011), p. 201 참조.

절차의 일부 경우를 제외하고는 적용법규가 분쟁의 주요쟁점으로 대두되는 경우를 찾아보기 힘들다. 이러한 부분과 직접 연관되는 국제법 원칙은 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제27조와 제31조 규정이며, 통상 및 투자분쟁해결절차에서 이들 두 조항이 빈번하게 인용되고 있는 점도 이러한 측면이 반영된 결과이다.³⁵⁾ 따라서 이들 두 국제분쟁해결절차에서는 국내법과 조약의 충돌 문제가 최소한 형식적으로는 발생하지 아니한다. 이 부분에서 발생하는 충돌 문제는 대부분 각국의 국내법원이 국내재판에서 조약과 국내법을 동시에 적용하는 과정에서 발생하는 문제라고 할 수 있다. 국제분쟁해결절차에서 통상분쟁과 투자분쟁을 담당하는 판정부는 분쟁 당사국 또는 분쟁 당사자의 국내법이 아닌 해당 조약의 문언을 충실히 적용할 따름이다. 때로는 해당 조약 규정에 관련 국내법의 규정을 인용하는 내용이 포함되기도 하며, 이 경우 그러한 국내법 규정이 적용될 수도 있다.³⁶⁾ 이러한 상황은 ‘조약의 규정’에 의하여 관련 국내법이 해당 분쟁에 적용되는 것으로 보는 것이 타당하며, 당사국의 국내법이 그 자체로 법적 규범력이 있어 곧바로 해당 국제분쟁해결절차에 적용되는 것은 아니다.

통상협정 및 투자협정의 적용과 관련하여 각 협정의 당사국이 자신의 국내법을

35) 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (이하 “비엔나 협약”) 제27조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제27조 (국내법과 조약의 준수)

어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 인용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.

관련 조약 해석의 원칙과 관련하여 비엔나 협약 제31조는 역시 다음과 같이 규정하고 있다.

제31조 (해석의 일반규칙)

- ① 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.
- ② 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
 - (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국 간에 이루어진 그 조약에 관한 합의
 - (b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서
- ③ 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
 - (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국 간의 추후의 합의
 - (b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행
 - (c) 당사국 간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙
- ④ 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

36) ICSID 협약 제42조 제1항 참조.

이유로 해당 협정에 대한 위반을 정당화할 수 없다는 점은 국제법의 확고한 기본 법리 중 하나이다.³⁷⁾ 이러한 원칙은 WTO 분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차에서 지속적으로 확인된 바 있다.³⁸⁾ 그러나 이러한 법리에도 불구하고 WTO 분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차에서는 일부 피제소국이 여전히 자신의 국내법 및 제도를 이유로 관련 협정 위반을 정당화하고자 시도하는 사례가 발견되고 있다.³⁹⁾ 국제법의 기본 법리를 인지하면서도 피제소국이 자국의 국내법 및 제도를 이들 분쟁해결절차에서 원용하는 근본적인 이유는 명백한 협정 위반 사례를 국내법으로 정당화하고자 시도하는 것이라기보다는 문제가 된 사안이 협정이 적용되는 영역이 아니라 여전히 국내관할권에 남겨진 영역으로 스스로 파악하기 때문인 것으로 보인다. 또한 분쟁해결절차 과정에서 관련 법률에 대한 확인, 해석 및 적용의 의무가 법

37) 비엔나 협약 제27조 참조(상기 각주 36). *Case Concerning Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Merits) (Federal Republic of Germany v. Poland), 1928 PCIJ (series A) No. 17, September 13, 1928, at 4-65; *Case Concerning Rights of Nationals of the United States in Morocco* (France v. United States), 1952 ICJ 176, August 27, 1952; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, (France v. Switzerland), 1932 PCIJ (series A) No. 22, at 12-21, 각각 참조.

38) WTO Appellate Body Report, *United States - Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews - Recourse to Article 21.5 of the DSU By Japan*, WT/DS322/AB/RW, August 18, 2009, para. 182, n. 463; WTO Decision by the Arbitrator, *Canada - Export Credits And Loan Guarantees For Regional Aircraft - Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, WT/DS222/AR/B, February 17, 2003, paras. 3.103 - 3.104; WTO Panel Report, *United States - Subsidies on Upland Cotton - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil*, WT/DS267/RW, December 18, 2007, para. 14.23, n. 613; WTO Panel Report, *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon - Recourse to Article 21.5 by Canada*, WT/DS18/RW, February 18, 2000, at para. 7.12, n. 146; WTO Decision by the Arbitrators, *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft - Recourse to Arbitration by Brazil Under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, WT/DS46/ARB, August 28, 2000, at para. 3.65, n. 61; WTO Panel Report, *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft - Recourse By Canada to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS46/RW, May 9, 2000, at para. 6.16, n. 23; WTO Panel Report, *United States - Import Measures on Certain Products from the European Communities*, WT/DS165/R, July 17, 2000, at para. 6.81, n. 139; *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, Panel Report, WT/DS204/R, April 2, 2004, at para. 7.244; WTO Panel Report, *United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, December 22, 1999, at para. 7.80. 각각 참조.

39) WTO Panel Report, *China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, March 20, 2009, paras. 7.505-7.515; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, June 30, 2009, at para. 165 참조.

원에 있다는 “법원의 법률검토 의무(*jura novit curia*)” 역시 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차에서 지속적으로 확인되고 있는 법리이다.⁴⁰⁾ 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차의 이와 같은 법리에 구체적인 이론적 근거를 제공해 준 사건은 1986년 ICJ가 심리한 *Nicaragua* 사건⁴¹⁾이었다. 동 사건에서 ICJ는 개별 사안과 관련하여 국제법 법리를 구성하고 동 법리를 확인하는 책임은 분쟁 당사국이 아닌 재판소에 있다고 판시하며 “법원이 관련 법률을 검토한다”는 절차법상의 기본 법리를 국제법 차원에서 확인한 바 있다.⁴²⁾ 요컨대, 입증책임의 법리를 적용함에 있어서 분쟁 당사국은 사실관계에 관한 입증과 이를 구체화할 수 있는 충분한 증거 제출의 의무만을 부담하는 것이고 쟁점에 적용되는 법률을 확인하고 구체적 법적 의미를 도출하는 것은 전적으로 판정부의 소관 사항이라는 것이다. 이러한 기본 법리는 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차에서 지속적으로 확인되고 있다.⁴³⁾ 결

40) 동 판결내용의 원문은 다음과 같다.

7.6 [...] We are therefore of the view that the European Communities must prove that the Drug Arrangements satisfy the conditions set out in the Enabling Clause. Consistent with the principle of *jura novit curia*, it is not the responsibility of the European Communities to provide us with the legal interpretation to be given to a particular provision in the Enabling Clause; instead, the burden of the European Communities is to adduce sufficient evidence to substantiate its assertion that the Drug Arrangements comply with the requirements of the Enabling Clause.

U.S. - Zeroing (Japan) (21.5), at para 7.6; WTO Appellate Body Report, *European Communities - Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, April 20, 2004, at para. 105 참조.

41) *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits), 1986 ICJ Reports; 정인섭, *新국제법강의* 제5판(서울: 박영사, 2014) pp. 158-159 및 pp. 372-373; 김대순, *국제법론* 제17판(서울: 삼영사, 2013) p. 385, 388 및 397 참조.

42) 이 판결의 원문은 다음과 같다.

7.7 [...] It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court.

U.S. - Zeroing (Japan) (21.5) (Panel), at para. 7.7; *EC - Tariff Preferences (AB)*, footnote 220 to para. 105; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Merits), p. 14, para. 29 (quoting International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)* (Merits), 1974 ICJ Reports, p. 9, para. 17).

43) 법원의 법률 검토의무(*jura novit curia*)의 법리는 현행 WTO DSU 제3.2조에서도 간접적으로 확인 가능하다. Isabelle Van Damme, “Treaty Interpretation By the WTO

국, 이들 분쟁해결절차에서 분쟁 당사국 내지 분쟁 당사자는 자신의 주장을 입증할 수 있는 구체적 증거를 충분히 제시하여 판정부의 실체적 진실 발견에 최대한 노력해야 할 기본적인 책임을 질 뿐이다.

또한 적용법규와 관련하여 통상분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차는 원칙적으로 해당 판정부의 관할권이 관련 협정에만 국한된다는 입장을 취하고 있다. 가령 WTO 분쟁해결절차의 경우 DSU 제3.2조는 분쟁해결기구(궁극적으로는 분쟁해결기구로부터 위임을 받아 특정분쟁을 심리하는 패널 및 항소기구)는 어떠한 경우에도 “WTO 설립협정 및 부속협정에 규정된 각 회원국의 권리와 의무에 변동(즉 이를 확장 또는 감소시키는 것을) 초래할 수 없음”을 명시적으로 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 즉, 특정분쟁을 담당하는 패널이나 항소기구는 WTO 협정상 양 당사국의 권리와 의무에 기초하여 해당 분쟁을 심리하여야 한다는 것이다. 패널이나 항소기구가 WTO 협정 이외의 여타 국제법상 근거(가령 여타 조약 또는 국제관습법)를 적용하여 해당 분쟁을 해결하고자 하는 경우, 그러한 적용이 WTO 협정 및 부속협정과 완벽히 합치하지 않는다면 그러한 적용은 최소한 WTO 분쟁해결절차에서는 허용되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 그러한 적용은 기존 WTO 회원국의 권리와 의무에 대한 변동을 자동적으로 초래할 것이며,⁴⁵⁾ 이는 상기 조항에 대한 위반으로 이어질 것이다. 이러한 입장은 원칙적으로 투자분쟁해결절차에서도 동일하게 적용된다. ISDS 분쟁을 담당하는 중재판정부는 적용되는 투자협정에 명문의 조항이 있거나 또는 별도의 합의사항이 존재하지 않는 한 해당 투자협정(때로는 그러한 투자협정의 체결 근거를 제시하는 근거 조약—가령 ICSID 협약)만이 유일한 법적 규범임을 반복적으로 확인하고 있다.

Appellate Body”, 21 *European Journal of International Law* 605 (2010), at 607 참조.

44) 동 조항의 원문은 다음과 같다:

Article III: General Provisions

2. [...] Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

5. All solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements.

45) John H. Jackson *et al.*, *Legal Problems of International Economic Law: Cases, Materials and Text* (4th ed., West Group 2002), at 258 참조.

반면에 상사중재절차는 당사자가 선택한 중재기관의 중재규칙, 당사자가 합의한 준거법, 그리고 중재지의 중재법에 의하여 규율된다는 측면에서 상당히 융통성이 있다. 국제 상사중재의 대표적 중재기관으로는 국제상업회의소 중재법원(The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce), 런던국제중재법원(London Court of International Arbitration: LCIA), 미국중재협회(American Arbitration Association: AAA) 및 대한상사중재원(The Korean Commercial Arbitration Board: KCAB) 등이 있는데 이들은 각각 중재규칙을 보유하고 있으며 당사자의 선택에 따라 해당 규칙이 각각의 분쟁에 적용될 수 있다.⁴⁶⁾ 분쟁 당사자는 당사자 자치의 원칙에 따라 분쟁의 실체에 적용할 법을 명시적 또는 묵시적으로 지정할 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 결국 상사중재분쟁에서는 계약서에 규정된 준거법과 중재지의 중재법이 적용되며 이들은 각각 특정 국가의 국내법이 된다.⁴⁸⁾ 따라서 이 경우에는 국제법과 국내법이 충돌하는 문제는 대체로 발생하지 아니할 것이다. 다만 당사자의 합의 내용이 분명하지 않다면 어느 나라의 국내법이 준거법 내지 중재법으로 적용될 수 있는지의 문제만 남게 될 것이다. 한편 당사자들이 특정 국가의 법체계가 아닌 법 규칙(rules of law)을 지정할 수 있는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있으나 이 역시 가능한 것으로 보는 것이 일반적인 입장이다. 이와 같이 특정 국가의 국내법 적용 가능성이 원칙적으로 배제되어 있는 통상분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차와는 달리, 상사중재는 기본적으로 합의된 국가의 국내법을 적용하여 분쟁을 해결한다. 이에 따라 상사중재에서는 분쟁 당사자들이 전문가 증언을 위하여 적용되는 준거법에 대한 전문가들을 위촉하는 것이 일반적인 현상이다. 국내법 전문가를 위촉하는 것은 통상분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차에서는 흔히 목도되는 현상은 아니다. 다만 투자분쟁해결절차에서는 국내법이 해당 분쟁의 주요 이슈에 중요한 근거를 제시하여 주는 경우 — 가령 국내법에 합치하는 투자만을 해당 BIT의 투자로 인정하기로 규정되어 있고 양 당사자 사이에 그러한 국내법의 내용에 대하여 다툼이 있는 경우 — 예는 국내법 전문가를 위촉하기도 한다.

46) 석광현, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제상사중재”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회(2013년 12월 18일) 발표문, p. 3 참조.

47) *Ibid.*, p. 2 참조.

48) *Ibid.*, p. 6 참조.

다. 분쟁의 외부적 환경

통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차의 경우 국내법과 반드시 동일하지 아니할 수도 있는 국제법(조약)을 해당 분쟁에 적용하게 됨에 따라 양 법규범 간 차이가 발생할 가능성이 있고 이는 미묘한 긴장관계를 초래하게 된다. 사실 투자분쟁 해결절차와 관련하여 그간 전개되어 온 사법주권 침해 논란의 핵심은 외국인 투자자와의 분쟁에 우리 국내법이 아니라 국제협정이 적용된다는 점에서 출발하고 있다. 법리적 타당성은 차치하더라도 이러한 상황이 국내적으로 민감한 과장을 초래할 수 있음은 물론이다. 이러한 상황은 한미 FTA 등 그간의 FTA 교섭 과정에서도 여실히 드러난 바 있다.⁴⁹⁾ 그리고 정도의 차이는 있지만 BIT 체결 과정에서도 유사한 상황이 목도되고 있기도 하다.⁵⁰⁾ 이러한 일련의 상황을 거치며 어떻게 보면 가장 기술적인 측면이 강한 분쟁해결절차 부분이 우리나라가 체결하는 FTA나 BIT의 핵심쟁점으로 다루어지고 있는 상황이다.

이에 반하여 상사중재절차는 반드시 이러한 정치적 민감성을 내포하고 있지는 않다. 분쟁대상의 측면에서 통상분쟁과 투자분쟁은 통상 및 투자 관련 분쟁을 그 대상으로 한다는 차원에서 일단 그 관할권이 실제적으로는 상당히 광범위하다.⁵¹⁾ 그러나 이들 두 분쟁은 조약 규정 위반 문제에만 한정적으로 적용된다는 측면에서 개념적으로는 그 관할권이 제한적이다.⁵²⁾ 이에 반하여 상사중재의 대상은 상거래 분쟁의 모든 측면을 포괄하므로 실제적이든 개념적이든 지극히 광범위한 영역에 걸치게 된다.⁵³⁾ 다만 상사중재의 경우 당사자 간에 사전 또는 사후 중재합의가 있어야 하고 대상 분쟁에 중재가능성(arbitrability)이 있어야 한다는 기본적인 제약이

49) 연합뉴스, “한미FTA 저지 촛불집회 서울도심서 열려” (2012년 1월 28일), available at <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005485872>(2014년 4월 1일 방문).

50) 가령 2012년 5월 서명된 한중일 BIT는 제15조, 제16조에서 분쟁해결절차를 상세히 규정하고 있다. 이러한 상황은 불과 9년 전 체결된 한일 BIT의 유사한 조항과는 질과 양에서 공히 상당한 차이를 보여주고 있다.

51) 가령 WTO 분쟁해결절차는 WTO 부속협정의 적용과 관련하여 제기되는 모든 분쟁에 적용된다. DSU 제1조 제1항 참조. 그리고 회원국들은 다른 회원국의 WTO 부속협정 위반 문제를 제기하기 위해서는 오로지 DSU에 규정된 절차만을 배타적으로 이용하도록 되어 있다. DSU 제23조 참조. 부속협정이 국제교역과 관련된 거의 대부분의 사항에 적용되므로 DSU의 적용범위는 상당히 광범위하다고 할 수 있을 것이다. 마찬가지로 투자분쟁해결절차도 그 적용범위를 결정하는 외국인 투자와 투자자는 광범위하게 해석되는 것이 최근의 흐름으로 볼 수 있다. 가령 2012년 한중일 BIT 제1조 참조.

52) 가령 DSU 제3.2조 및 제19.2조 각각 참조.

53) 목영준, *supra* note 34, pp. 6-7 및 pp. 349-352 참조.

있다.⁵⁴⁾ 특히 중재가능성에 대한 판단은 각국의 법률적·사회적 배경으로부터 상당히 영향을 받게 된다. 조약 규정의 기계적 적용이라는 특성으로 인하여 사안별로 ‘적용 가능성’ 여부에 대한 평가가 특별히 발생하지 않는 통상분쟁 및 투자분쟁은 이러한 측면에서 상사중재와 구별된다고 할 수 있을 것이다. 물론 정부기관의 계약 이행 여부가 문제되는 사안 등 경우에 따라서는 상사중재임에도 불구하고 국내적으로 민감한 정치적 파장이 초래되는 경우도 있을 것이다. 가령 최근 진행된 용인시 경전철 국제중재 사건의 경우 외관상 상사중재임에도 불구하고 정부(비록 지방정부이기도 하나)의 정책결정 사항이 국제중재에 회부되어 우리 정부기관이 패소하였다는 측면에서 국내적으로 민감한 반응을 초래한 바 있으며⁵⁵⁾ 다른 국가들의 경우에도 이와 유사한 분쟁이 새로이 대두되고 있는 상황이기도 하다.⁵⁶⁾

라. 분쟁 당사자

한편 조약의 적용으로 진행되는 통상분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차는 해당 분쟁에 적용되는 조약이 결정적인 적용법규가 된다는 측면에서는 서로 동일하나, 그러한 분쟁을 초래한 실제 분쟁 당사자가 소송에 참여하는지 여부와 관련하여서는 차이가 있다. 가령 통상분쟁해결절차의 경우 실제 문제가 된 수입국 정부의 수입제한조치의 피해는 수출국의 기업 또는 개인이 부담하게 되나, 그러한 조치에 대한 통상분쟁해결절차(WTO든 FTA든)에의 제소는 오로지 그러한 개인과 기업의 국적국 정부만이 할 수 있다. 반면에 투자분쟁해결절차의 경우 문제의 조치로부터 피해를 입은 투자자가 직접 소송당사자가 된다는 측면에서 기본적으로 통상분쟁해결절차와는 그 출발점을 달리하고 있다. 그간 조약의 적용으로 운용되는 국제분쟁해결절차에서 오랫동안 유지되어 온 국가 대 국가 간 분쟁해결절차의 기본틀이 바

54) 석광현, *supra* note 46, p. 2 참조.

55) 연합뉴스, “용인시, 경전철 손해배상금 2800억 이달 말 지급”(2013년 7월 22일), available at <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006385729>(2014년 4월 1일 방문) 참조. 이 사건에서 경기도 용인시는 외국인 투자자가 대주주로 있는 용인경전철(주)과 계약 위반 분쟁과 관련하여 ICC 중재절차 결과 패소하였다.

56) 독일인 투자자와 태국 정부는 최근 태국 지방고속도로 건설사업과 관련하여 양국간 2002년 BIT에 기초하여 ISDS 분쟁을 전개한 바 있다. *Walter Bau Ag. v. The Kingdom of Thailand*, In the Matter of an Arbitration in Geneva, Switzerland and under the Treaty between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of Thailand Made on 24 June 2002 Concerning the Encouragement and Reciprocal Treatment of Investments and under the UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award, July 1, 2009 참조.

뀌게 된 것이 이 제도에 대한 다양한 논란을 초래하게 된 주요한 배경임은 앞에서 설명한 바와 같다.⁵⁷⁾ 한편 상사중재절차는 계약의 당사자가 소송에 직접 당사자로 참여한다는 차원에서 역시 통상분쟁해결절차와는 구별된다. 그리고 여기에 참여하는 당사자들이 자신의 국적국 정부와 특별한 연관성 없이 소송을 진행한다는 측면에서 투자분쟁해결절차와도 역시 구별된다.⁵⁸⁾

위에서 지적한 바와 같이 통상분쟁해결절차에서는 실제 문제의 조치에 직면하게 된 개인이나 기업이 아닌 그 국가(정부)가 분쟁 당사자가 된다는 차원에서 각자의 이해관계가 반드시 부합하지 않는 경우가 발생하며, 그로부터 초래되는 긴장관계도 발생하고 있다. 가령 제소국 측면에서 살펴보면, 해당 분쟁에서 최선의 성과를 도모하고자 하는 제소국 기업(가령 수출기업)과 해당 분쟁에서 문제의 시정뿐 아니라 장기적인 측면에서 국제교역 시스템 차원의 개선에도 중점을 두는 정부 간에는 입장 차이가 발생할 수 있다. 이러한 입장 차이로 인하여 때로는 소송 진행 과정에서 정부와 기업간의 이견을 조율하는 것이 어려운 과제가 되기도 한다. 물론 투자분쟁해결절차에서도 자국 정부의 입장과 달리 적극적으로 투자유치국 정부에 대하여 소송을 제기하는 외국인 투자자가 있다면 투자자의 국적국 정부와 그러한 투자자 간 긴장관계가 발생할 수도 있다. 그러나 이러한 정부와 자국 투자자 간 입장 충돌이 발생한 경우에도 궁극적으로는 소송당사자인 해당 투자자가 최종적인 결정권을 쥐고 있다는 측면에서 기본적으로 통상분쟁해결절차와 상이한 모습을 취하고 있다.

반면에 투자분쟁해결절차 또는 상사중재에 있어서는 실제 분쟁의 당사자가 직접 소송에 참여한다는 측면에서 통상분쟁해결절차에서 목도되는 정부와의 이해관계의 상충 내지 불일치 현상이 발생할 가능성은 상대적으로 희박하다. 분쟁의 직접 당사자가 소송에 나서서 분쟁해결을 도모한다는 것이 이 두 분쟁해결절차의 가장 큰 장점이며 그 결과에 대한 모든 책임도 자신이 부담하기 때문이다. 다만 투자분쟁해결절차에서는 제한적이기는 하나 외국인 투자자의 국적국이 ‘제3자 참여’ 등을 통하여 해당 투자분쟁에 영향을 미칠 가능성은 여전히 남아 있다.⁵⁹⁾

한편 분쟁 당사자라는 측면에서 살펴보면 투자분쟁해결절차가 이와 같이 특별한

57) 신희택, *supra* note 4, p. 3 참조.

58) 투자분쟁해결절차의 경우 투자자의 국적국 정부가 관련 ISDS 절차에서 자신의 의견을 피력하는 제도가 마련되어 있다. 가령 Korea-U.S. FTA 제11.20조 제4호 참조.

59) Korea-U.S. FTA 제11.20조 제4호 참조.

형태를 갖추게 된 상황을 이해하기가 용이하다. 투자유치국 정부와의 투자분쟁에서 외국인 투자자가 분쟁 당사자인 투자유치국의 국내법원에 제소하는 경우 심리 및 결정의 공정성에 관하여 항상 의문이 제기될 수 있고, 결정적으로 국내법원도 투자유치국 정부의 일부인바 외국인 투자자 입장에서는 분쟁의 상대방이 분쟁 심리도 담당하는 어색한 상황에 직면하게 된다.⁶⁰⁾ 따라서 투자분쟁해결절차는 분쟁 당사자의 국내법원이 아닌 국제분쟁해결절차를 통해 외관상 공정한 중재판정을 통해 투자분쟁 해결을 도모함으로써 최소한 형식적 공정성을 확보한다는 측면에서 그 존재 의의를 찾는 것이 일반적인 입장이다.

그러나 이러한 원칙적 타당성에도 불구하고 현실적 측면에서 투자분쟁해결절차는 새로운 문제점을 초래한다. 예를 들어 이와 같은 새로운 분쟁해결절차는 기존의 국가 대 국가 간 분쟁해결절차와는 본질적으로 상이한 역학관계에 따라 전개될 가능성이 크다. 특히 이러한 분쟁에 관여하는 투자자들은 주로 다국적 기업인바, 이들과 외국 정부 간 분쟁의 전개는 분쟁의 강도 및 대응방식에 있어 기존의 국가 간 분쟁과는 상당한 차이를 보일 수도 있다. 외교적 관례 및 상대방에 대한 기본적인 존중을 바탕에 깔고 있는 국가 대 국가 간 분쟁 — 가령 ICJ 분쟁 — 과 달리, 투자분쟁해결절차에서는 일반적인 국내소송에서의 접근법과 전략이 조약해석과 관련한 국제분쟁에도 그대로 투영되어 치열하게 전개될 가능성이 있다. 이러한 새로운 전개는 그 나름 장단점이 있을 것이나 분명 기존의 국가 간 국제분쟁해결절차에서는 국가들이 경험하지 못하였던 부분이다.

분쟁해결절차에 참여하는 분쟁 당사자 측면에서 투자분쟁해결절차의 특이한 점 중 하나는 다른 분쟁해결절차와 달리 여기에서는 투자유치국 정부가 오로지 피고의 입장에만 서게 된다는 것이다. 이미 적지 않은 다국적 기업들이 국제사회에서 사실상 일부 주권국가 정부 이상으로 상당한 영향력을 행사하고 있는 점을 감안하면, 분쟁 당사자와 관련한 이러한 기본구조가 앞으로 변화될 필요가 있는 것은 아닌지 장기적으로 살펴볼 필요도 있을 것이다. 이러한 부분은 전통적인 국가 지상주의적 관점과 자국민 보호사항에서 도입된 제도로 이해할 수 있을 것이나 과연 이러한 전통적인 입장이 현대 국제사회의 다국적 기업에도 그대로 적용될 수 있는지에 대하여는 의문의 여지가 있다.

분쟁 당사자 측면에서 살펴볼 수 있는 투자분쟁해결절차의 또 다른 특징은 이

⁶⁰⁾ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) (“ILC 국가책임협약 초안”) 제4조 참조.

분쟁의 구체적 쟁점은 결국 투자유치국 정부의 정책에 대한 법적인 평가라는 측면이다. 이러한 속성으로 인하여 분쟁해결절차 회부 자체, 그리고 최종적인 패소판정은 투자유치국 국내적으로 상당한 정치·경제적 파급효과를 초래한다. 그리고 마찬가지로 맥락에서 투자유치국과 투자자의 국적국 간에도 긴장관계가 초래될 수 있다.

이에 반하여 양 계약당사자가 계약서에 명시된 중재합의에 따라 각자가 중재절차를 개시할 수 있는 권한을 공평하게 보유하는 상사중재에서는 투자분쟁해결절차에서 발생하는 이러한 문제가 원칙적으로 발생하지 않는다. 그리고 상사중재절차의 개시와 진행으로부터 초래되는 정치·외교적 파급효과도 상당히 제한적이라고 할 수 있다. 다만 한 가지 유념할 점은 점차 상사중재 판정이 투자분쟁해결절차로 회부되는 사례가 목도되고 있다는 점이다. 이 경우 상사중재 판정의 승인·집행 문제가 또 하나의 새로운 정부의 조치로 간주되고 그러한 조치의 BIT 위반 문제가 새로운 분쟁사안으로 대두되어 투자분쟁해결절차로 진행되는 것이다.⁶¹⁾ 여러 가지 다양한 이유와 특성으로 인하여 서로 다른 진행경로를 택하게 된 상사중재와 투자중재가 종국적으로 다시 만나게 되는 흥미로운 상황이라고 할 수 있을 것이다.

마. 소송의 제3자 참여

한편 소송의 제3자 참여 측면에서도 각 분쟁해결절차는 서로 상이한 모습을 보이고 있다. 먼저 통상분쟁해결절차를 살펴보면 다자간 무역협정인 WTO 협정의 경우 제3자의 소송참가가 광범위하게 허용되고 있으며 실제로도 중요한 역할을 수행하고 있다.⁶²⁾ 이는 3개국 이상의 국가 간에 체결되는 복수국 간 무역협정에서도 동일하게 확인되고 있다.⁶³⁾ 이러한 제3자의 소송참가는 관련 협정의 제도적 함의를 파악하는 데 있어 중요한 역할을 수행하고 있는 것으로 평가된다.⁶⁴⁾ 그러나 동일한 통상분쟁해결절차라 하더라도 주로 양자 간 협정의 형태를 취하는 FTA에서는 기본적으로 제3자의 소송 참가가 불가능하다. 이에 반해 복수국간 무역협정의 경우(가령 최근 논의되고 있는 환태평양 자유무역협정(Trans-Pacific Partnership:

61) 가령 *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, In the Matter of UNCITRAL Arbitration in Singapore, Final Award, November 30, 2011; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* 참조.

62) DSU 제10조 참조.

63) 예를 들어 미국과 캐나다, 멕시코가 참여하는 NAFTA에서 분쟁이 발생하였을 경우 분쟁의 당사국 외에 제3국이 제3자 참여를 하는 경우가 빈번한 상황이다.

64) DSU 제10조 참조.

“TPP”)) 나머지 국가 또는 국가들의 입장이 협정의 해석 등에 중요한 영향을 미칠 수 있다는 측면에서 제3국이 분쟁의 전체적인 흐름을 좌우하는 데 중요한 역할을 수행할 수도 있다. 가령 NAFTA와 같은 3자간 협정의 경우 두 분쟁 당사국을 제외한 제3국이 어떠한 입장을 취하는지 여부는 협정의 이해와 해석에 결정적인 변수로 작용할 가능성이 농후하다.

투자분쟁해결절차는 기본적으로 투자유치국 정부와 외국인 투자자 양자 간에 진행되는 분쟁해결절차로서 이에 대한 제3자 참여는 원칙적으로 불가능하였다. 그러나 최근 이러한 기본체제에 조금씩 변화가 감지되고 있으며 투자자 국적국의 제한적인 참여를 허용하는 조항들이 BIT나 FTA에 등에 점차 포함되고 있는 상황이다.⁶⁵⁾ 이에 따라 때로는 투자자의 국적국이 어떠한 입장을 취하는지 여부가 특정 ISDS 판정의 최종 향배에 중요한 영향을 미칠 가능성도 있다.

나아가 투자협정에서는 ISDS 절차와 별도로 계약 당사국 양자 간에 국가 대 국가 간 분쟁해결절차나 국제법상 중재절차를 도입하는 것이 일반적이다.⁶⁶⁾ 복수국간 FTA나 BIT는 이 절차에서도 새로운 합의를 제시하고 있다. 가령 2012년 5월 체결된 한중일 BIT를 살펴보면, 이 협정은 국가 대 국가 간 분쟁 해결절차에 분쟁 당사국 이외에 제3국의 소송참여를 대폭 허용하고 있다.⁶⁷⁾ 3-4개국간 체결되는 이러한 협정에서는 분쟁 당사국을 제외한 다른 제3국이 조약의 해석과 관련하여 어떠한 입장을 취하는지가 분쟁의 최종적인 결론 도출에 중요한 변수로 작용할 수 있다. 제3자 소송참여를 이해당사자의 권리 보장이라는 측면에만 초점을 두고 대폭 확대하여 왔으나 한편으로 이로 인하여 초래되는 구조적인 합의에 대한 검토는 상대적으로 등한시되어 온 측면이 없지 않은바, 이에 대한 새로운 검토와 분석이 장기적으로 필요할 수도 있을 것이다.

한편 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차는 원래 의미의 제3자 소송참가는 아니나 계약 당사국들의 공통된 의견과 입장이 간접적으로 중재판정부에 전달될 수 있는 기제 역시 마련하여 두고 있다. 통상협정과 투자협정에 따라 설립되는 ‘공

65) Korea-U.S. FTA 제11.20조 제4항 참조. 조약 해석과 관련하여 계약 당사국의 의견을 청취하고자 투자자의 국적국에 대하여 의견 개진권을 허용하는 것은 최근 BIT에서 새로이 등장하는 추세이다. 예를 들어 2014년 4월 1일부터 적용되는 UNCITRAL Transparency Rules에서도 UNCITRAL 중재에서 이러한 권리를 원칙적으로 허용하기로 회원국 간에 합의한 바 있다.

66) 가령 2003년 한일 BIT 제15조 참조.

67) 2012년 한중일 BIT 제17조 참조.

동위원회(Joint Committee)⁶⁸⁾가 바로 그것이다. 계약 당사국들은 정기적으로 소집되는 이 위원회를 통하여 협정의 운용을 전반적으로 검토하고 때로는 특정 분쟁의 중재판정부를 구속할 수도 있는 협정 해석 방침을 제시하기도 한다. 가령 NAFTA나 한중일 BIT에 대하여 보면, 해당 협정의 해석 문제가 투자분쟁해결의 전제로 대두된 경우 이 분쟁을 담당하는 ISDS 중재판정부는 계약 당사국 공동위원회에 그 해석지침을 요구할 수 있으며, 이로부터 도출되는 공동위원회의 입장은 ISDS 분쟁해결에 중요한 영향력을 행사할 수 있다. 이는 원래 의미의 제3자 참여는 아니나 사실상 계약 당사국 전체의 입장이 조약의 해석과 분쟁의 해결에 중요한 갈림길을 제공할 수 있다는 측면에서 분쟁해결절차 운용과 관련하여 흥미로운 발전 양상을 보여주고 있다.

한편 상사중재는 원칙적으로 당사자 간 계약상 분쟁의 해결절차로서 여기에 제3자 참여와 같은 개념은 별도로 존재하지 아니한다. 제3자를 참여시켜 분쟁을 복잡하게 만드는 상황은 신속한 분쟁해결을 도모하기 위하여 도입된 상사중재의 기본 골격과도 상충하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 분쟁 당사자의 합의에 기초하여 해당 사안에 대해서만 구체화된 최적의 결론을 도출하고자 하는 상사중재의 기본 목표는 전체적인 다자체제의 시스템을 유지하고자 하는 통상분쟁해결절차와는 상이하고, 한편으로 일회적이기는 하나 국가 간 이해관계가 첨예하게 대립하는 투자분쟁해결절차와도 구별되기 때문이다. 다만 중재합의의 효력이 제3자에 미치는 경우에는 상사중재절차가 당사자 이외의 이해관계인에 대하여 영향을 미칠 수 있을 것이다.⁶⁹⁾

2. 절차적 측면

한편 분쟁해결절차 진행의 절차적 측면과 관련하여 세 분쟁해결절차는 다음과 같이 비교될 수 있다. 다만 투자분쟁해결절차와 상사중재절차에 있어서는 당사자가 선택하는 구체적 중재기관의 중재규칙에 의하여 절차적 측면이 규율되므로 이에 대한 일반적인 논의가 용이하지는 않다는 한계가 있다.⁷⁰⁾ 또한 상사중재절차의 경우 당사자들은 중재법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 구체적인 중재절차에 관하여 합의할 수 있고, 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 적절한 방식으로 중

68) 2012년 한중일 BIT 제24조 참조.

69) 석광현, *supra* note 46, p. 6 참조.

70) 신희택, *supra* note 4, p. 5 참조; 석광현, *supra* note 46, p. 3 참조.

재절차를 진행할 수 있으므로 이러한 개별적 차이가 더욱 두드러지게 된다.⁷¹⁾ 이에 반하여 통상분쟁해결절차는 절차적인 부분이 상당 부분 이미 협정에 구체적으로 규정되어 있고 패널이나 당사자가 이로부터 이탈하여 구체적으로 합의하는 상황은 상대적으로 제한적이라는 측면에서 차이가 있다. 이러한 전체적인 고려사항을 염두에 두고 아래에서는 각 절차별로 살펴보기로 한다.

가. 소 제기 단계

(1) 중재판정부의 구성

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 및 상사중재절차 모두 일단 분쟁이 개시된 다음에 당사자의 합의에 의해 재판부를 구성하는 ‘임시적(*ad hoc*) 성격’을 가진다는 측면에서 공통점을 보인다. 특히 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차 모두 분쟁 발생시 선임할 수 있는 패널(panelist) 또는 중재위원의 명부가 있으나 이 명부 이외에서 선임되는 경우도 적지 않다는 측면에서 역시 공통점을 보이고 있다. 물론 통상분쟁해결절차 중 WTO 분쟁해결절차에서는 패널을 구성할 것인지의 여부가 형식적으로는 분쟁 당사국이 아닌 WTO 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body: “DSB”)의 결정에 달려 있다는 점에서 일견 구별되는 측면이 있기는 하다. 그러나 DSB 회의에서도 패널 설치 여부는 제소 당사국의 의지가 결정적이라는 측면에서 실질적인 차이는 없다. 다만 WTO 분쟁해결절차에서는 분쟁 당사국이 패널위원회 대하여 20일이라는 정해진 기한 내에 합의하지 못하면 사무총장이 직권으로 임명한다는 점에서 분쟁 당사국의 개입이 상대적으로 제한되어 있기는 하다. 상사중재절차에서는 분쟁이 제기된 후 기관규칙이 적용되는 경우에는 일단 여기에 따르고 그렇지 않은 경우에는 양 당사자가 서로 합의하여 결정하게 된다. 기관규칙이 적용되는 경우에도 당사자의 의중이 반영된 중재위원이 선출된다는 측면에서는 통상분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차와 큰 그림에서는 유사한 방식을 취하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 투자분쟁해결절차와 상사중재절차에서는 선임된 중재위원에 대하여 이해관계의 상충 등을 이유로 한 기피신청이 심심찮게 발생하나 통상분쟁해결절차(특히 WTO 절차)에서는 패널 선임 절차가 상대적으로 체계화·제도화되어 있고 상설 사무국이 그 작업을 주도한다는 차원에서 그 ‘임시적’ 성격이 완화

71) 석광현, *supra* note 46, p. 3 참조.

되어 있기 때문일 것이다. 그리고 WTO 항소기구 심리절차에서는 7인의 항소기구 위원 중 3인으로 구성되는 특정 분쟁 담당 관정부(Division)가 추첨을 통해 무순위로 배정된다는 ‘자동적’ 측면도 이해관계 상충 문제가 크게 문제시되지 않은 이유와 간접적이거나 연관이 있을 것이다. 그러나 WTO 분쟁해결절차에서도 이해관계 상충 문제는 여전히 중요한 이슈 중 하나이며 ‘항소심리 실무절차(Working Procedure of the Appellate Review)’에 제2부속서로 포함된 ‘행위규칙(Rules of Conduct)’을 통해 심리에 참여하는 패널 및 항소기구 위원들이 자신과 연관된 제반 정보를 사전에 공개하도록 하여 이해관계 상충 요소가 있는 인사가 임명되는 상황을 방지하고자 다각도로 노력하고 있다. 한편 동일한 통상분쟁해결절차이나 임시적 성격이 강하고 대체로 분쟁 당사국이 자국 국적 패널을 선임하는 것을 제도적으로 보장하고 있는 FTA 분쟁해결절차에서는 앞으로 이해관계의 상충과 이로 인한 기피 신청 문제가 본격적으로 대두될 가능성도 적지 않다.

(2) 중재장소의 확정

한편 중재장소와 관련하여 이들 분쟁해결절차는 어떠한 특징을 보유하고 있는가? 먼저 통상분쟁해결절차 중 WTO 분쟁해결절차는 항상 WTO가 소재하고 있는 스위스 제네바에서 절차가 진행된다는 측면에서 당사자가 서로 합의하여 중재장소를 결정하게 되어 있는 투자분쟁해결절차 내지 상사중재절차와 구별된다. 통상분쟁해결절차 중 FTA 분쟁해결절차에서는 당사국이 합의하여 그 장소를 정한다. 당사자의 합의에 의하여 중재장소를 정하는 경우 이러한 당사자의 합의는 사전에 이루어질 수도 있고 분쟁 발생 이후에 이루어질 수도 있다. 정치적으로 민감한 분쟁에 있어서는 분쟁해결절차가 진행되는 장소가 때로는 중요한 변수가 될 수도 있다는 점에서 이 문제는 FTA 및 BIT 협상에서 중요한 쟁점이 되기도 한다. 분쟁해결절차 진행의 장소와 상관없이 동일한 실체적·절차적 규범이 적용되는 통상분쟁해결절차와 달리 투자분쟁해결절차 및 상사중재절차의 경우 그 장소가 적용될 법규에 영향을 미치기도 한다. 가령 투자분쟁해결절차와 관련하여 적용될 실체법은 투자협정으로 동일하나 추후 취소소송 등이 이어지는 상황에서는 투자분쟁의 중재장소가 어디인지 여부가 중요한 변수가 될 수도 있다. 상사중재의 경우 실체법과 절차법을 모두 당사자의 합의에 의하여 정하게 됨은 앞에서 살펴보았다.⁷²⁾ 여기에서는 중재지의 절차법이 적용되고 취소소송도 중재지의 법원에 회부하게 되어

⁷²⁾ *Ibid.*, p. 3 참조.

이므로 중재지가 역시 중요한 변수로 작용하게 된다.

(3) 사전절차 존부

그 다음으로 사전절차 존부 문제와 관련하여, 통상분쟁해결절차는 원칙적으로 특별한 사전절차를 거칠 필요가 없으며 문제의 정부 조치가 존재하는 경우 곧바로 제소가 가능하다.⁷³⁾ 반덤핑 조사나 상계관세 조사와 같이 일단 국내 행정기관의 조사가 먼저 선행되어야 하는 경우도 있으나 이는 정부 조치의 존부와 직접 연관되는 이슈이므로, 원칙적으로 정부 조치의 존재라는 요건만 충족된다면 사전 절차 필요 없이 곧바로 관련 분쟁해결절차로 회부될 수 있다. 다만 그러한 제소를 위하여 양자협약,⁷⁴⁾ 패널 설치 요청⁷⁵⁾ 등 정해진 단계를 거칠 필요는 있다. 그리고 일단 패널이 구성되면 패널 절차 진행과 관련한 구체적 일정을 확정하기 위한 회의(scheduling conference)를 갖기도 한다. 이러한 제반 절차들은 패널 절차 진행 이전에 이루어진다는 측면에서 넓은 의미의 사전절차로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 절차적 요건 이외에 ‘증거개시(discovery)’와 같이 추후 심리과정에서 실질적으로 의미 있는 절차는 존재하지 않는다. 분쟁 당사자들이 제출하는 증거는 일단 패널 절차가 개시된 이후 각각의 서면입장서에 포함되는 주장사항과 증빙자료(exhibits)가 전부이다.

반면 일부 투자협정의 경우 국내행정쟁송절차나 사법절차를 먼저 거치도록 요구하는 경우가 있다.⁷⁶⁾ 이 경우 이러한 절차의 완료는 해당 투자분쟁해결절차의 개시를 위한 선결적 요건으로 간주된다. 최근에는 투자분쟁해결절차에 대한 국내적 민감성이 고조되자 이 절차로 진행하는 것을 가급적 제한하기 위하여 투자협정에 다양한 형태의 선결적 요건을 점차 강화하여 추가하는 움직임이 감지되고 있기도 하다. 투자분쟁해결절차로 진행하기 위하여 ‘중재의향통지서(Notice of Intent)’ 및 ‘중재통지서(Notice of Arbitration)’ 등의 문서를 제출하여야 하며 중재판정부가 구성된 이후 향후 2-3년간의 진행절차를 분쟁 당사자와 논의하여 결정하는 것도 통상분쟁해결절차와 유사하다. 다만 투자분쟁해결절차에서는 통상분쟁해결절차에서는 찾아 보기 힘든 ‘증거개시절차’가 사전절차로 중요한 역할을 담당한다.

73) DSU 제6조 제1항 참조.

74) DSU 제4조 참조.

75) DSU 제6조 참조.

76) 신희택, *supra* note 4, p. 8 참조.

한편 상사중재절차는 각 중재기관별로 상이한 명칭으로 불리기는 하나 먼저 상대방 당사자에게 중재신청의 취지를 기재한 문서로 ‘중재통지서(Notice of Arbitration)’를 제출하고, 당사자들의 주장을 정리하여 중재심리 범위를 확정하는 ‘중재위탁요지서(Terms of Reference)’가 채택된다는 측면에서 분쟁 개시 초기에 유사한 절차와 문서를 제출하거나 확정하는 통상분쟁해결절차 및 투자분쟁해결절차와 전체적으로 흡사하다. 그러나 이와 관련하여 동일한 용어라 하더라도 각 절차별로 상이한 의미를 내포하고 있는 경우가 있다는 점은 유념하여야 한다. 가령 통상분쟁해결절차에서 사용되는 ‘위임사항(Terms of Reference)’은 패널의 심리범위만을 간략히 기재한 그야말로 형식적인 성격이 강한 문서임에 반하여, 상사중재절차(특히 ICC 절차)에서 사용되는 ‘중재위탁요지서(Terms of Reference)’는 절차적인 부분과 함께 당사자의 주장의 요지도 포함하는 중요한 의미를 갖는 문서라는 점에서 차이가 있다. 또한 상사중재절차에서는 영미식의 증거개시 절차가 상당히 광범위하고 심도 있게 적용되고 있으며 당사자가 각자 보유하고 있는 문서증거를 상대방에게 제공한다는 측면에서 통상분쟁해결절차와는 큰 차이를 보여주고 있다. 물론 여기에서 적용되는 증거개시절차는 영미법상의 관련 절차와 동일한 정도와 강도로 진행되는 것은 아니며 대륙법계의 요소를 일정 부분 가미한 절충적 형태를 띠고 있음에 유의하여야 한다.

나. 변론 전 단계

(1) 서면 입장서 제출

본격적인 심리가 시작되면 세 분쟁해결절차의 분쟁 당사자는 자신의 법적 주장을 담은 서면 입장서를 패널 또는 중재판정부에 제출한다. 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차의 경우 서면 입장서의 내용은 최초 제소시에 적시하였던 사항(패널 설치 요청서, 중재통지서)에 국한된다. 상사중재절차의 경우도 중재위탁요지서(Terms of Reference)를 작성하고 당사자가 서명하여야 하며, 이후 당사자가 새로운 쟁점을 추가하거나 제기하지 못한다는 측면에서는 통상 및 투자분쟁해결절차와 동일하다.

투자분쟁해결절차와 상사중재절차에서는 변론 기일 이전에 수 차례에 걸친 단계별 서면의 교환이나 준비회의가 이루어지며, 이는 국내 법원의 재판 절차와 상당히 유사하다. 따라서 중재판정부와 당사자 간에 여러 차례에 걸쳐 핵심 쟁점에 대

한 직접적인 접촉과 의견 교환이 이루어지는 것으로 볼 수 있다. 이 과정에서 주요 쟁점과 관련된 문서 등에 대한 증거개시 절차가 아울러 진행된다.

특히 투자분쟁해결절차에서는 관할권의 존부 문제가 최근 분쟁의 핵심 쟁점으로 자리잡고 있는 추세이며, 그에 따라 이 문제에 관하여 별도의 판정을 먼저 내리는 경우도 적지 않다. 관할권에 관한 판정을 추후 본안 심리시도 미루어 양 이슈에 대한 판정을 동시에 내리는 경우도 물론 다수 발견되고 있다. 상사중재절차에서도 중재합의의 존재나 중재가능성 문제가 중요한 이슈이기는 하나 이 문제는 비교적 분명하게 확인되는 경우가 많으므로 중재판정부의 관할권 존부 문제로 제기되는 경우는 상대적으로 드문 것으로 보인다.⁷⁷⁾

이에 반하여 통상분쟁해결절차는 일정이나 여타 실무적 논의를 위한 경우를 제외하고는 원칙적으로 변론 단계 이전에 별도의 공식적 회의나 심리는 존재하지 않고 단지 한 차례의 서면입장서 제출만이 있을 따름이다. 다만 관할권과 관련하여 선결적 항변이 제기된 경우 패널의 결정에 따라 별도의 서면입장서를 제출할 가능성이 존재하기는 하나 이 경우에도 원칙적으로 1회의 서면입장서만 허용된다. 물론 각각의 경우 서면입장서 제출 후 반박 서면입장서 제출의 기회 역시 1회씩 부여되고 있다. 대부분의 통상분쟁에서는 관할권 문제와 관련하여 피제소국이 설사 합리적인 근거를 제시하더라도 그 관할권의 부재가 명확히 확인되지 않는 한 주로 본안 심리에서 함께 다루는 경향을 보이고 있다. 아마 투자분쟁해결절차와는 달리 통상분쟁해결절차에서는 관할권의 존부 문제가 상대적으로 명확하게 확인 가능하기 때문일 것이다. 그리고 통상협정의 광범위한 적용범위를 고려하면 관할권이 부재하는 경우는 실로 찾아보기가 쉽지 않다는 측면도 이러한 현상에 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 물론 구체적인 사례에서 어떻게 결정될 것인지 여부는 전적으로 각 담당 패널의 재량에 맡겨져 있으며 최근 사례에서는 담당 패널이 ‘절차적 결정 (procedural ruling)’을 통해 먼저 이 문제를 짚고 넘어가는 경우도 종종 발견되고 있다. 통상분쟁해결절차에서는 통상규제 조치가 수시로 변화하는 속성이 있기 때문에 최초 패널 설치 요청서에 포함된 조치에 추후 형식적 변경이 있는 경우 분쟁의 대상이 소멸하여 분쟁이 해결된 것으로 간주하여야 하는지 아니면 새로운 분쟁 해결절차를 개시하여야 하는지 여부가 오히려 이와 관련하여 제기되는 주요한 쟁점이다.

77) 석광현, *supra* note 46, p. 3 참조.

다. 변론 단계

(1) 구두심리의 진행

한편 각 분쟁해결절차는 어떠한 방식으로 구두심리를 진행하는지에 관하여 서로 상이한 입장을 견지하고 있다. 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차는 그동안 원칙적으로 대외에 공개되지 않는 방식으로 구두심리가 진행되었으나 이제는 투명성을 점차 강조하는 분위기 하에서 대외 공개가 조심스럽게 추진되고 있는 상황이다. 특히 최근의 BIT나 FTA 투자 챕터에서는 투자분쟁해결절차를 대폭 대외에 공개하는 취지의 규정을 담고 있는 경우가 자주 발견되고 있다.⁷⁸⁾ 이러한 투명성 강화 움직임은 상사중재절차에는 원칙적으로 적용되지 않는다. 상사중재는 기본적으로 제3자나 다른 이해관계인의 참여를 배제하고 당사자 간 논의를 통해 분쟁을 신속히 해결하고자 하는 목적에서 출발하고 있기 때문이다.

(2) 분쟁해결절차 진행의 주체 및 법률전문가의 활용

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 그리고 상사중재절차 공히 외부 법률전문가(국내외 변호사)를 활용하여 분쟁해결절차를 진행한다는 측면에서 공통점이 있다. 다만 통상분쟁해결절차의 경우 국가 간 분쟁으로 분쟁의 공식 당사자는 정부이고 대표자는 정부 공무원이며 법률전문가는 조력자의 위치에 머문다는 차원에서 일견 구별되고 있다. 물론 상황에 따라서는 외부 변호사가 적극적으로 소송절차에 참여하는 경우도 있으나 일단은 정부 담당자가 소송의 전반적인 진행을 담당한다는 측면에서 다른 분쟁해결절차와 차이를 보이고 있다. 물론 전문적인 법률사항에 대하여 심도 있는 논의를 주로 진행하게 되는 WTO 항소기구 심리에서는 상대적으로 정부 담당관의 역할이 제한적일 수밖에 없고 외부 변호사가 주도적인 역할을 담당하게 되는 경우가 비교적 빈번하다. 정부 담당자 주도의 이러한 소송 진행방식은 국가 대 국가 간 분쟁을 담당하는 ICJ에서도 마찬가지로 확인되고 있다. 투자분쟁해결절차의 분쟁 당사자 역시 정부이나, 외부 법률전문가 활용도는 통상분쟁해결절차보다 더 두드러진다. 이 절차에서는 정부 정책에 대한 설명보다 소송 전략과 법리의 활용이 보다 중요한 위치를 차지하고 있기 때문일 것이다. 상사중재절차에서는 모든 소송수행이 담당 변호사에 의하여 진행되는 것이 일반적이다. 준거법과 절차법이 서로 상이한 경우가 적지 않으므로 각 법령에 정통한 외국 변

⁷⁸⁾ 가령 Korea-U.S. FTA 제11.21조 제2항 참조.

호사들이나 로펌을 선임하는 것으로 보인다.

(3) 증거법칙

한편 심리과정에서 적용되는 증거법칙과 관련하여 세 국제분쟁해결절차 모두 국내 법원에서 발견되는 엄격한 증거법칙을 적용하는 것은 아니며 패널 및 중재판정부가 상당히 융통성 있는 증거법칙을 적용하고 있다는 점에서는 공통성을 발견할 수 있다. 각각의 재판부는 상당히 자유로운 입장에서 제시된 증거자료를 평가하고 이에 기초하여 최종 결론을 내리게 된다. 그러나 최근에는 국내법원에서 적용되는 엄격한 정도의 증거법칙에는 미치지 못하더라도 이에 관한 기본적인 ‘가이드라인’ 또는 ‘모범사례(best practice)’를 채택하여 일관성을 제고시키기 위한 노력을 경주하는 모습도 아울러 관찰되고 있다.

한편 이와 관련하여 정부의 정책을 그 대상으로 하는 WTO 분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차의 경우, 실제 분쟁의 대상이 되는 주요 자료와 증거가 대부분 피제소국 정부의 영역과 권한 내에 속한다는 점이 입증책임의 분배와 관련하여 적지 않은 영향을 미치고 있다. 이 경우 실제 입증책임은 제소국 또는 제소자가 부담하나 이들이 자신의 ‘일응 입증(*prima facie case*)’ 책임을 충족하는 요건은 상당히 완화되어 있고 실제 구체적인 입증책임은 사실상 피제소국으로 전환되는 경우가 심심치 않게 발견되고 있다. 관련 자료나 문서가 대부분 피제소국 정부기관의 소유하에 있다는 현실을 패널이나 중재판정부가 감안하기 때문이다. 물론 구체적인 사안에서 ‘일응 입증’ 요건이 충족되었는지 여부는 어떠한 협정의 어떠한 조항이 검토되고 있는지에 따라 사안별로 결정될 문제이다. 정부 조치를 기본적 대상으로 하는 분쟁에서 제기되는 이러한 입증책임 관련 문제는 개인 간의 분쟁을 다루는 상사중재절차에서는 기본적으로 제기되지 않는다.

한편 세 분쟁해결절차 모두 패널 또는 중재판정부가 실체적 진실 발견을 위하여 보다 적극적인 역할을 수행함에 따라 전통적 의미의 영미법상 당사자주의보다는 대륙법계의 직권주의에 가까운 요소가 가미되고 있다. 바로 이러한 맥락에서 통상 분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차에서는 피제소국이 특별한 방어를 제기하지 않은 경우에도 협정 위반 존재 여부를 해당 판정부가 적극적으로 검토할 의무가 부과되어 있기도 하다.⁷⁹⁾ 조약위반 여부를 객관적으로 평가하여야 하는 책임과 의무

⁷⁹⁾ WTO Panel Report, *United States - Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea*, WT/DS402/R, January 18, 2011, at paras. 7.13-7.18 참조.

는 당사자가 아니라 궁극적으로 담당 패널이나 중재판정부에 부과되어 있다는 인식 때문일 것이다. 한편 상사중재절차에서는 이러한 부분이 상대적으로 완화되어 있고, 당사자 간 합의를 증시하는 측면이 보다 부각되고 있다. 이들 세 절차에서 패널이나 중재판정부의 적극적인 역할 수행이 기대된다고 하더라도 이것이 대륙법계의 직권주의와 동일한 개념으로 이해되어서는 아니 되며, 그러한 요소를 가미하여 전체적으로 영미법계와 대륙법계 전통의 혼합형을 추구하고 있는 것으로 이해하는 것이 보다 정확하다. 국제분쟁을 다루는 영역에서의 직권주의를 엄격히 적용하다 보면 자칫하다가는 ‘절차적 정당성(due process of law)’ 부분에서 위반 문제를 초래할 수도 있음에 주목하여야 한다.

(4) 소송의 공개

한편 소송의 전 과정에 걸쳐 제기되는 문제이기는 하나 특히 변론단계에서 소송의 대외 공개 여부는 분쟁해결절차 운용과 관련하여 중요한 쟁점 중 하나이다. 통상분쟁해결절차에서 구두심리는 원칙적으로 대외에 공개되지 아니한다.⁸⁰⁾ 이는 WTO 분쟁해결절차든 FTA 분쟁해결절차든 마찬가지이다. 그러나 최근에는 통상분쟁해결절차를 제한적이거나 대외에 공개하고자 하는 움직임이 감지되고 있다. 특히 DDA 협상에서 진행되고 있는 DSU 개정 협상의 주요 항목 중 하나는 투명성 제고로서, 당사자가 제출한 문서와 심리를 대외에 공개하도록 하는 것이다.

투자분쟁해결절차 역시 대외적으로 공개하지 않는 것이 원칙이었으나 최근 급속하게 심리의 공개 원칙이 확산되고 있다. 최근 체결된 BIT 및 FTA 투자 챕터 등에서는 투명성 원칙을 대폭 받아들이고 있으며, 한미 FTA 및 한중일 BIT에서도 이러한 흐름을 반영하고 있다.⁸¹⁾ 정부 정책을 심도 있게 심리하는 분쟁해결절차가 대외에 공개됨에 따라 다양한 실무적·법리적 쟁점이 점차 제기되고 있다. 투명성을 제고한다는 기본 원칙 자체에 문제를 제기하기는 힘들 것이나, 그러한 공개가 가지는 다양한 합의에 대해서는 면밀한 검토와 대비가 필요하다. 특히 최근에는 UNCITRAL을 중심으로 투자분쟁에서 중재심리의 공개가 적극 추진되어 이를 반영한 투명성 규칙이 2013년 7월 채택되었으며 2014년 4월 1일자로 발효하였다.⁸²⁾

80) DSU 제14조 제1항 참조.

81) 외교통상부, 한 미 FTA 추가협상 결과 합의문서 상세 설명자료(2011. 2), pp. 22-26 참조.

82) 석광현, *supra* note 46, p. 15 참조; 보다 구체적으로는 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html 참조(2014년 4월 1일 방문).

이에 따라 여러 양자간 협정의 투명성 관련 조항도 이를 반영하여 대폭 수정되거나, 향후 전개되는 투자분쟁해결절차에서 관련 문서와 심리가 대폭 외부에 공개될 것으로 예측되고 있다. 이와 같이 다자간 차원에서의 투명성 강화 기제의 도입은 개별 국가들이 체결한 수많은 투자협정에 포괄적으로 영향을 미친다는 측면에서 양자 차원에서의 투명성 논의보다 그 파급효과는 크다.

그러나 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차의 이러한 움직임과는 달리 상사중재의 경우 원칙적으로 사인 간의 분쟁 해결이라는 목적에 부합하게 대외 공개는 인정되지 않고 있다.⁸³⁾ 당사자 자치를 최대한 존중하고 가급적 당사자 간 합의를 통하여 분쟁의 해결 가능성을 유지하고자 하는 상사중재의 특성상 이는 당연한 귀결이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 한편으로 대외공개 불인정의 논리적 근거를 제공하는 상사중재절차에서의 당사자의 비밀 보호(confidentiality) 원칙 역시 점차 변화하는 모습을 보이고 있다. 즉, 이 절차에서의 비밀 보호 원칙은 기존의 절대적 개념에서 당사자의 의도와 상황을 반영하여 결정하는 상대적 개념으로 점차 변화하고 있는 양상이다. 어쨌든 이러한 상사중재의 기본 메커니즘은 다소 맥락을 달리하기는 하나 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차에도 여전히 시사점을 제공하고 있다. 이들 분쟁해결절차 역시 당사자 간 합의의 추구가 여전히 중요한 가치 중 하나이기 때문이다. 분쟁해결절차의 대외 공개로 얻을 수 있는 장점도 있으나 한편으로는 이와 같이 내부적 합의의 가능성이 제한된다는 측면에서 단점 역시 있을 것이다.

라. 판정단계

(1) 판정의 성격

(가) 구제내용

한편 분쟁의 궁극적 결과물인 구제수단과 관련하여, 통상분쟁해결절차는 문제된 조치의 장래에 대한 철회만을 원칙적으로 제공할 따름이다.⁸⁴⁾ 즉, 이미 조치가 취해진 과거로 소급하여 구제가 제공되지는 않는다.⁸⁵⁾ 문제가 된 조치를 장래에 대

⁸³⁾ LCIA 중재규칙 제30조, AAA 국제중재규칙 제34조 및 ICC 중재규칙 제22조 제3항 참조. 구 ICC 중재규칙은 영업 비밀과 비밀 정보의 보호만을 규정하였으나 2012년 개정된 중재규칙은 중재절차 자체의 비밀 유지도 명시한다.

⁸⁴⁾ DSU 제21조 제1항 참조.

하여 철회 또는 조정함으로써 국제교역의 균형이 다시 회복되며 이것으로 분쟁해결절차는 자신의 소임을 다하는 것으로 이해하는 것이다.

반면에 투자분쟁해결절차와 상사중재절차는 손해배상을 구제수단으로 제공하고 있다. 사안별로 다른 구제수단 역시 검토하여 부과할 수 있다. 이러한 다양한 구제수단의 제공이 피해자에게 효과적이고 직접적인 구제를 제공함은 물론이다. 반면에 이 메커니즘 하에서는 문제가 된 정부의 조치를 반드시 철폐하거나 조정하여야 하는 의무가 부과되는 것은 아니다. 그리고 손해배상을 제공하는 측면에서 이 구제수단은 과거로 소급하여 이미 이루어진 피해에 대하여 금전적 보상·배상을 제공하게 된다. 경우에 따라서는 변호사 비용 등 소송 비용도 패소 당사자가 부담하도록 결정이 내려지는 경우도 있다.⁸⁶⁾ 이는 국내법원이 제공하는 구제수단과 상당히 유사하다.

1) 통상분쟁해결절차

통상분쟁해결절차에서 도출되는 판정의 성격은 문제의 정부 조치의 협정 합치성 여부를 판단하고 불합치할 경우 이를 협정에 부합하는 방식으로 조정하는 것을 그 골자로 한다. 따라서 그러한 판정의 성격은 패소국으로 하여금 문제의 조치를 협정에 합치하는 방식으로 조정 내지 철폐할 것을 요구하는 것이다. 이러한 골격은 WTO 분쟁해결절차뿐 아니라 FTA 분쟁해결절차에서도 동일하게 발견되고 있다.

사실 문제의 조치를 철폐하는 것에 그치는 통상분쟁해결절차의 속성으로 인하여 패소 결과 철회된 조치가 추후 명칭과 기제를 달리하여 새로이 도입되어 적용되는 상황에 대한 우려가 심심찮게 제기되고 있으며, 이러한 문제는 통상분쟁의 중요한 쟁점 중 하나로 자리잡게 되었다.⁸⁷⁾ 바로 이행분쟁(*compliance dispute*)의 적용범위 문제가 바로 그것이다.⁸⁸⁾ 가령 WTO 분쟁해결절차에서는 최종 패널 및 항소기구 판정이 내려져 승/패소가 확정된 경우에도 패소국이 이를 제대로 이행하지 않아 이행분쟁으로 이어지는 경우가 적지 않다. 이러한 이행분쟁의 주요 쟁점 중 하나

85) 장승화, “국제통상 분쟁해결절차”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회 (2013년 12월 18일) 발표문, p. 19 참조.

86) 강병근, 한 미 FTA 투자협정문 해설 및 사례연구(2007년 12월 15일), p. 55 및 p. 155 참조.

87) 가령 WTO Panel Report, *United States - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/R, October 1, 2008 참조.

88) *Ibid.*; DSU 제21.5조 참조.

는 패널절차 진행 중에 또는 합리적 이행기간 중에 ‘새로이 도입된 유사한 조치’도 이행분쟁에 포함시킬 것인지 여부이다.⁸⁹⁾ 그러한 조치도 포함된다고 본다면, 분쟁해결절차 진행과정에서 새로이 도입되는 유사한 절차도 해당 분쟁해결절차의 연장선상인 이행분쟁의 대상에 포함시키게 되어 WTO 분쟁해결절차의 한계를 악용하는 사례를 최대한 차단할 수 있게 될 것이다.⁹⁰⁾ 그러나 설사 이행분쟁의 범위를 최대한 확대한다고 하더라도 이행분쟁까지 종료되어 문제의 분쟁이 완전히 정리된 상황에서 패소가 확정된 조치와 사실상 동일한 조치를 새로이 도입하는 경우는 이미 종료된 이행분쟁에 다시 포함될 수는 없을 것이므로 결국 기본적인 한계는 그대로 남게 될 것이다.

2) 투자분쟁해결절차

투자분쟁해결절차 역시 최종적으로 도출되는 판정이 문제의 정부 조치의 협정합치성을 검토한다는 측면에서는 통상분쟁해결절차와 동일하다. 그러나 문제의 조치에 대한 검토를 통하여 문제의 조치를 철폐하거나 조정하는 것이 아니라 그로부터 초래되는 손해를 배상하고자 한다는 차원에서는 통상분쟁해결절차와 본질적 차이를 보이고 있다. 따라서 극단적인 경우 패소국 정부로서는 외국인 투자자에 대하여 손해배상을 실시하기만 하면 문제의 조치를 철폐하지 않고 유지할 수 있는 가능성도 존재하게 된다.

그러나 실제에 있어서는 투자분쟁과 통상분쟁을 일도양단식으로 나누는 것이 쉽지 않고, 양자 간 밀접한 연결고리가 존재하는 경우가 빈번하다. 이러한 현상은 특히 투자 챕터를 포함하고 있는 FTA에서 발생한다. 즉, 특정 FTA에 포함된 투자 챕터에 따라 투자분쟁해결절차가 진행되고 이로부터 판정이 도출되었으나 패소국 정부가 이를 이행하는 것을 거부하는 상황을 상정하여 볼 수 있을 것이다. 이 경우 패소국 정부는 FTA 협정상 의무(즉, 투자 챕터에 따라 판정을 이행할 의무)를 위반하는 것이며, 이는 그 자체로 FTA 분쟁해결절차(국가 대 국가 간 분쟁해결절차)로 이행하게 될 수 있다. 따라서 이 문제는 이 순간부터는 여타 통상 관련 조치에 적용되는 분쟁해결절차와 동일하게 해결된다. 즉, 이 경우 FTA 분쟁해결절차에 회부된 문제의 조치 — 즉 투자분쟁 판정을 미이행하는 부작위 조치 — 의 철폐가 분쟁의 대상이 된다. 이러한 상황은 투자 챕터를 포함하고 있는 FTA에서만 발생

⁸⁹⁾ *Ibid.*

⁹⁰⁾ *Ibid.*

하는 문제이며 이러한 국가 간 분쟁해결절차를 도입하고 있지 않은 BIT에서는 제기되지 않는다.⁹¹⁾

BIT에서도 국가 간 분쟁해결절차가 있고 그 적용 범위가 조약의 적용과 이행이므로 이론적으로는 투자분쟁 관정의 미이행 문제가 여기에 포함될 가능성이 있다.⁹²⁾ 그러나 BIT에 포함되는 국가 간 분쟁해결절차는 순수한 국가 간 중재재판 절차로서, 그 관정에 대한 법적 구속력이 존재하기는 하나 이를 미이행할 경우에 어떠한 구체적 방안으로 집행할 것인지에 대한 장치는 부재한 경우가 대부분이다.⁹³⁾ 이는 이러한 미이행에 대하여 명확한 보복 조치를 규정하고 있는 FTA 양자 간 분쟁해결절차와는 구별되는 상황이라고 할 수 있을 것이다.

3) 상사중재절차

통상분쟁해결절차나 투자분쟁해결절차와는 달리 상사중재절차는 계약 위반 사항에 대하여 손해배상을 실시하는 것을 그 골자로 한다. 물론 중재판정부는 원상회복 등 다양한 내용의 구제수단을 명할 수 있다. 어쨌든 이 절차에서는 정부의 조치가 문제가 되는 것은 아니므로 법령이나 제도의 개선 등의 문제로 이어질 가능성은 희박하다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 상사중재절차의 경우 국가기관에 대한 부담이나 정치적 논란을 초래할 가능성은 상대적으로 희박하다.

그러나 상사분쟁 결과 도출된 중재판정을 국내적으로 이행하는 것은 뉴욕협약에 따라 각국의 법원에 위임되어 있으므로 이 맥락에서는 상사분쟁과 투자분쟁 간의 연결고리가 발생할 수도 있다. 즉 집행국 법원에 의한 중재판정의 미승인과 미이행이 그 자체로서 정부의 조치를 구성하고 BIT의 관련 조항을 위반할 가능성이 있다. 이 단계에서는 국내 정부기관의 일부를 구성하는 법원이 타방 계약 당사국 투자자의 정당한 권리를 보호하기 위한 조치를 취하지 않는 부작위로 인하여 ‘공정하고 형평한 대우(Fair and Equitable Treatment)’ 조항 위반이나 ‘완전한 보호 및 안전(Full Protection and Security)’ 관련 조항에 대한 위반을 구성하고 이것이 투자협정 위반으로 이어지게 될 가능성이 있기 때문이다.⁹⁴⁾

91) 일부 BIT에서는 국가 간 중재절차를 도입하고 있으나 이 제도의 문제점은 그 관결의 이행을 강제하는 수단이 규정되어 있지 않다는 점이다. 가령 한일 BIT 제15조 참조. 그러나 FTA 분쟁해결절차는 양자 간 무역 보복을 부과할 수 있다는 측면에서 보다 실효성이 강화되어 있다.

92) 가령 한중일 BIT 제15조 참조.

93) *Ibid.*

(나) 소급적 구제 허용 여부

1) 통상분쟁해결절차

통상분쟁해결절차는 앞서서도 지적한 바와 같이 원칙적으로 소급적 구제를 허용하지 아니한다. 따라서 최종판정은 오로지 미래에 대해서만 적용되며 소급하여 판정이 내려지기 이전의 상황으로 거슬러 올라가지 않는다.⁹⁵⁾ WTO 분쟁해결절차로 이행하기 이전에 문제의 조치가 통상 1-2년간 적용되고 이 기간 동안 외교적 해결을 위한 노력이 경주된 후, 그러한 노력이 실패로 귀결된 경우에 한하여 WTO 패널에 제소되는 것이 일반적이다. 그리고 일단 WTO 패널에 회부되게 되면 최종적으로 판정이 나오기까지 근 2년의 시간이 소요되고 다시 패소국의 이행을 위하여 근 1년의 이행기간이 주어지는 점을 감안하면, 최초 조치 시행 시부터 4-5년의 시간이 경과한 이후에 문제의 조치가 철폐되게 된다.⁹⁶⁾ 패소국이 문제의 조치를 철폐할 책임은 합리적 이행기간이 만료되는 시점까지만 이행되면 족하기 때문이다.⁹⁷⁾ 그러므로 최종 판정에 대한 소급적용을 배제한다는 것은 사실상 4-5년간 협정 위반 상황이 치유되지 않고 그대로 남게 된다는 의미이다. 이러한 기본적 구조는 WTO 분쟁해결절차든 FTA 분쟁해결절차든 동일하게 유지되고 있다.

사실 개념적으로는 WTO 회원국의 WTO 협정 위반 시점에 자동적으로 국가책임이 발생하는 것으로 보아야 할 것이다.⁹⁸⁾ 그러나 WTO 협정은 협정 위반에 대하여 일단 패널 및 항소기구 심리기간과 그 이후의 합리적 이행기간에는 일종의 기한의 이익을 부여하여 이 기간 동안에는 국가책임이 발생하지 않는 것으로 의제하는 입장을 취하고 있다. 국가 간 합의를 통하여 통상협정으로부터 초래되는 국가책임 분야에서 일종의 특칙을 마련한 것으로 볼 수 있을 것이다. WTO 분쟁해결절차의 궁극적인 목표도 문제된 조치의 철회이며,⁹⁹⁾ 피해국에 대하여 소급하여 보상 내지 배상을 실시하는 것이 아니라는 점도 결국 이러한 WTO 제도의 국가책임 법상 특칙과 일맥상통하는 부분이 있다.¹⁰⁰⁾ 이는 앞서서도 지적한 바와 같이 통상

94) 가령 *White Industries Australia Limited v. The Republic of India* 사건; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* 사건 참조.

95) *U.S. - Zeroing (Japan) (21.5) (AB)*, at para. 299.

96) DSU 제12조, 제17조 및 제21조 참조.

97) DSU 제21조 참조.

98) ILC 국가책임협약 초안 제1조 참조.

99) DSU 제3.2조 참조.

100) 최근 진행된 미국과 유럽연합간의 *U.S. - Zeroing (EC) (21.5)* 분쟁에서는 WTO 협정 체

분쟁해결절차의 기본목표가 피해 수출기업의 손해를 구체적으로 배상하는 것이 아니라 일방 계약 당사국의 협정 위반 조치로 파괴된 통상협정 이해관계의 균형을 다시 회복하는 것으로 이해되고 있기 때문이다. 균형이 다시 회복된 이상 분쟁해결절차는 원래의 목적을 달성한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 관련 국가 간 이해관계의 균형은 다시 회복될 수 있을지 모르나 그 과정에서 구체적 피해를 본 개인 수출업자 또는 수출기업의 이해관계는 구체되지 않은 상태로 남게 된다. 적지 않은 수출기업들이 통상분쟁해결절차를 이해하는 과정에서 혼선을 겪거나 때로는 실망하는 모습을 보이는 것은 바로 이러한 측면을 이해하지 못하는 데에서 기인하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 결국 위와 같은 입장에 따르면, 투자분쟁해결절차나 상사중재절차에서 기대하는 정도의 직접적이고 구체적인 구제를 통상분쟁해결절차에서는 얻기 힘들게 된다.

2) 투자분쟁해결절차

이에 반하여 투자분쟁해결절차는 개인이 직접 원고로 자신의 권리를 구제받기 위하여 상대방 국가를 제소할 수 있고, 또 그 결과로 손해배상을 받을 수 있는 가능성을 열어 준다는 차원에서 위에서 언급한 통상분쟁해결절차와는 획기적으로 구별된다. 그리고 동일한 맥락에서 이 분쟁해결절차는 국가 간 이해관계의 회복에 초점을 두는 것이 아니라 개인의 권리 구제에 초점을 두고 있으므로, 구제의 방법 측면에서도 소급적 구제를 허용하고 있다. 즉, 문제의 조치로 인하여 피해를 본 모든 상황에 대하여 손해배상이 주어지게 된다. 다만 그러한 경우에도 소위 징벌적 배상은 허용되지 아니한다. 이는 당사자 간 명백한 합의가 있을 경우로 제한되기는 하나 징벌적 배상의 가능성도 열려 있는 상사중재절차와는 구별된다.

제에서 국가책임의 발생 시점과 이에 대한 해제의 방법이 심도 있게 논의되었다. 이 논의의 과정을 통하여 RPT 종료 시점 이후에만 국가책임이 발생한다는 점이 거듭 확인되어, WTO 체제의 미래지향적 구제제도(prospective remedy)의 특성이 재차 강조되었다. WTO 협정 위반 시점과 국가책임 발생시점간의 괴리로 인한 부당한 상황에 대한 국가 간 인식과 우려가 대두하고 있어, 현재 이 문제는 DDA 협상의 일환인 DSU 개정 협상에서 중요한 의제로 다루어지고 있기도 하다. WTO Appellate Body Report, *United States - Laws, Regulation and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing) - Recourse by EC to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS294/AB/RW, May 14, 2009 참조.

3) 상사중재절차

상사분쟁의 경우 계약 위반으로 인하여 초래된 손해를 모두 배상하며 그 맥락에서 판정의 효력이 과거의 위반 상황에 대하여 소급하여 적용된다고 볼 수 있다. 또한 상사중재절차는 원상회복 등 국내법원이 취할 수 있는 다양한 구제수단을 승소한 당사자에게 제공할 수 있다. 당사자의 합의가 있는 경우 징벌적 배상도 제공 가능하다는 측면은 상사중재절차의 이러한 특성을 잘 보여준다. 해당 분쟁의 구체적 맥락에서 가장 효과적인 분쟁해결 방안을 제시하기 위하여 도입되는 상사중재절차의 특성에 비추어 이러한 구제수단의 다양성과 실효성은 일면 당연하다고 할 수 있을 것이다. 조약이나 협정의 규정에 구속되지 않는 상사중재절차는 피해자에게 가장 효과적인 구제수단을 제공할 수 있는 가능성을 갖고 있는 것으로 볼 수 있다. 물론 이는 당사자 개인에게 직접적이고 효과적인 구제수단을 제공할 수 있는지 여부의 문제이며, ‘제도적’인 차원에서 어떠한 분쟁해결절차가 보다 효과적인 구제수단을 제공하여 주는 것으로 볼 수 있는지 여부와는 별개의 문제이다. 사실 ‘효과적’이라는 용어도 상대적인 개념이며 누구의 시각과 어떠한 측면에서 바라보느냐에 따라 다른 결론이 도출될 수 있기 때문이다.

(2) 항소절차

(가) 통상분쟁해결절차

WTO 분쟁해결절차는 항소절차를 도입하고 있다는 점에서 여타 국제분쟁해결절차와는 구별되는 뚜렷한 특징을 보여주고 있다. 바로 WTO 항소기구가 그것이다. WTO 항소기구는 WTO 협정 적용과 관련한 법리 확립에 있어서 획기적인 역할을 담당하여 오고 있다. 이에 반하여 FTA 분쟁해결절차는 아직 항소절차를 도입하고 있지는 않으며 단지 일부 FTA에서 개별적으로 항소절차를 도입하고 있을 뿐이다.¹⁰¹⁾ WTO 항소기구의 운용사례는 통상협정이나 투자협정 운용과정에서 항소절차가 도입될 경우 달성할 수 있는 장점을 잘 보여주고 있다.¹⁰²⁾ 아울러 WTO 항소기구의 운용 사례는 국제분쟁에서 항소절차를 도입하는 과정에서 검토하여야 하는 다양한 실무적, 법적 과제 및 쟁점 역시 잘 보여주고 있다. 이러한 WTO의 경험

¹⁰¹⁾ Jaemin Lee, “Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, No. 1, 2014, p. 8 참조.

¹⁰²⁾ *Ibid.*, p. 1 참조.

은 여타 국제분쟁해결절차에서 항소절차를 도입하는 데에도 중요한 가이드라인을 제시하여 줄 수 있을 것으로 보인다.

(나) 투자분쟁해결절차

한편 투자분쟁해결절차는 아직 항소절차를 도입하지 않고 있다.¹⁰³⁾ 다만 항소절차 도입의 필요성에 대하여 여러 가지 맥락에서 논의가 진행되고 있는 상황이다. 투자분쟁의 판례들이 동일한 사안과 쟁점에 대해서도 서로 상이한 법리와 판정을 도출하는 상황이 심심찮게 확인되고 있어, 이를 극복하기 위하여 항소절차 도입이 검토되고 있는 것이다.¹⁰⁴⁾ 논란의 소지가 다분한 투자협정 분야에서 일관된 법리를 발전시킨다는 측면에서 전체적으로 이는 적절한 방향의 논의로 볼 수 있을 것이다. 그러나 실제 어떠한 방식으로 항소절차를 도입할 것인지에 대해서는 다양한 논의와 입장 개진이 있으며 아직 여기에 대한 컨센서스는 충분히 구축되지 않은 것으로 판단된다.

다만 투자분쟁해결절차 중 ICSID 절차를 통하여 진행되는 ISDS 절차에는 중재판정의 ‘무효화 절차(annulment procedure)’가 존재한다.¹⁰⁵⁾ 그러나 이 절차는 ICSID 중재로 진행된 사례 중 판정의 공정성을 훼손할 만한 중요한 상황이 발생한 경우에 특별위원회를 구성하여 예외적으로 재검토를 실시하는 절차로서 일반적인 의미의 항소절차와는 구별된다.¹⁰⁶⁾ UNCITRAL 등 기타 절차를 통하여 진행된 ISDS 판정은 ICSID 무효화 절차와 유사한 이유로 중재지 법원에 취소 소송이 제기될 수 있다. 이 역시 문제의 판정을 재검토하는 절차를 거치기는 하나 법리적 쟁점을 다시 살펴보는 전통적인 의미의 항소절차와는 엄연히 구별된다.

(다) 상사중재절차

한편 상사중재절차는 일회적 성격만을 가지며, 이에 대한 항소절차는 보장되어 있지 아니다. 상사중재로 이행하는 당사자들의 가장 큰 고려사항이 신속한 분쟁 해결이라는 측면에서 항소절차를 도입하는 것은 어떤 측면에서는 상사중재절차의 원래의 존재 의의에 반하는 효과도 있기 때문이다. 이러한 측면에서 상사중재절차

103) *Ibid.*

104) *Ibid.*, p. 12 참조.

105) 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“ICSID 협약”) 제52조 참조.

106) ICSID 협약 제52조 참조.

에서 항소절차가 도입될 가능성은 앞으로도 희박하다고 평가할 수 있을 것이다. 다만 상사중재판정의 경우 중재지 법원에서 취소소송에 회부될 수 있으며 추후 집행국 법원에서 승인·집행소송이 제기되는 경우에도 역시 승인이나 집행이 거부될 수 있다. 전자의 취소소송은 중재지의 중재법에 따라 취소소송이 진행되며 주로 중재절차의 공정성을 의심할 만한 중요한 사유가 있는 경우에 한정된다. 후자의 승인·집행소송은 집행국의 관련 국내법에 따라 — 물론 뉴욕협약을 국내적으로 이행하기 위하여 도입된 국내법에 따라 — 결정될 문제이다.¹⁰⁷⁾

(3) 판정의 집행

(가) 통상분쟁해결절차

통상분쟁해결절차에서 내려진 판정의 집행은 합법적인 무역 보복의 가능성을 제시함으로써 이루어진다. 예를 들어 패소국이 판정 내용을 합리적 이행기간 내 이행하지 않는 경우 승소국은 패소국이 자국 내로 수출하는 상품에 대하여 보복 관세를 부과할 수 있게 된다. 이러한 보복 조치를 취하기 전에 승소국은 WTO 분쟁해결절차의 경우 WTO 분쟁해결기구에, 그리고 양자간 FTA 분쟁해결절차인 경우 해당 FTA ‘공동위원회’ 등에 보고하고 승인을 얻어야 한다. 그러나 판정 미이행 상황이 확인된 경우 이러한 승인은 사실상 자동적이다.

(나) 투자분쟁해결절차

투자분쟁해결절차의 경우 ICSID 판정은 ICSID 협약 자체의 효력에 의하여 그대로 패소한 각 당사국에 의하여 집행된다.¹⁰⁸⁾ 그러나 ICSID 판정 이외의 ISDS 판정에 대한 집행은 1958년 뉴욕협약을 통하여 이루어진다. 이 협약에 따라 각국 법원은 자국의 관련 법령에 따라 상사중재판정을 승인하고 이를 국내적으로 집행할 의무를 부담하고 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 만약 패소국의 국내법원이 내려진 중재판정을 국내적으로 승인·집행하는 것을 거부하면 어떻게 되는가? 이 경우 그러한 패소국에 대해서는 뉴욕협약 위반의 문제가 제기될 것이다. 아울러 ICSID 중재절차에 따라 진행된 중재의 경우 해당 협약상 의무를 이행하지 않은 것이 되어 결국 ICSID

107) 예를 들어 이 문제는 우리나라의 경우 민사소송법 제217조와 민사집행법 제26조, 제27조에 따라 해결될 문제이다.

108) ICSID 협약 제54조 참조.

109) 1958년 뉴욕협약 제1조 참조.

협약에 대한 위반 문제 역시 제기될 것이다. FTA 맥락에서 진행되는 투자분쟁해결절차에서는 이러한 판정의 미이행이 FTA 협정상 의무 미이행으로 연결되어 양자간 FTA 분쟁해결절차 회부 사항이 되고, 궁극적으로 여타 협정 미이행 상황과 마찬가지로 무역 보복의 가능성을 통하여 집행되는 메커니즘을 도입하고 있다.

(다) 상사중재절차

상사중재절차의 판정은 뉴욕협약을 통하여 각국 국내 법원에 의해 집행된다. 관련 국내법원이 정당한 이유 없이 그 승인과 집행을 거부하게 되면 상기 투자분쟁해결절차에서 살펴본 바와 마찬가지로 뉴욕협약 위반 문제가 제기될 것이다. 다만 이러한 국내적 이행은 각국의 국내법에 따라 이루어지도록 규정되어 있어, 해당 국가의 국내법이 외국판결·중재판정의 승인과 집행을 어떠한 절차와 요건에 따라 실시하는지 여부가 중요한 변수가 될 수는 있을 것이다.¹¹⁰⁾

다만 위에서도 지적한 바와 같이 상사중재판정의 국내적 미승인과 미집행은 한편으로 투자분쟁해결절차로 이어지는 새로운 조치로 변화될 수도 있다는 점을 유의하여야 한다. 사법부의 결정·판결은 계약 당사국 정부의 조치에 해당하므로 명백한 법령 위반 사항이 있는 경우나 ‘악의(bad faith)’가 개입되어 있는 경우 BIT 위반으로 확인되기도 한다. 이에 적용되는 조항은 BIT 조항 중 특히 사법부 조치에 적용되는 것으로 예정되어 도입된 ‘FET 조항’이나 ‘사법거부(Denial of Justice)’가 대표적이다.

(4) 중국적인 분쟁의 해결

(가) 통상분쟁해결절차

통상분쟁해결절차의 경우 해당 분쟁은 문제의 정부 조치를 철회 또는 변경함으로써 중국적으로 해결된다. 원래 협정상 예정된 무역균형이 회복됨으로써 해당 분쟁이 종결되는 것이다. 만약 피제소국이 새로운 조치를 다시 도입하게 되면 이는 새로운 형태의 분쟁으로 전개될 것이다. 일단 무역 보복에 직면하게 되어 추후 문제의 조치가 철회 또는 변경되면 그러한 무역 보복이 종결되며 해당 분쟁 역시 종결된다.¹¹¹⁾

110) 가령 우리나라의 경우 민사소송법 제217조 및 민사집행법 제26조, 제27조에 따라 외국 판결 및 중재판정의 승인, 집행 여부가 관할 법원에 의하여 결정되도록 되어 있다.

(나) 투자분쟁해결절차

투자분쟁해결절차는 중재판정에서 결정된 손해배상을 제공함으로써 해당 분쟁이 중국적으로 해결된다. 물론 경우에 따라서는 이를 위하여 해당 판정이 특정 국가의 법원을 통하여 집행되는 것이 필요할 것이다. 이 경우 해당 분쟁을 초래한 원래의 정부조치에 대한 철폐 내지 변경을 반드시 요구하지는 않는다는 차원에서 통상분쟁해결절차와 구별되고 있음은 앞에서도 지적하였다. 만약 피제소국 정부가 동일하거나 유사한 새로운 조치를 통해 다시 외국인 투자자에게 손해를 입히게 된다면 새로운 분쟁이 제기될 것이다. 마찬가지로 동일하거나 유사한 조치로부터 피해를 입은 외국인 투자자는 스스로 새로운 투자분쟁해결절차를 개시하여야 하며 이미 내려진 판정으로부터 특별한 혜택을 향유할 수는 없다.

(다) 상사중재절차

상사중재절차는 계약 위반에 따른 손해배상이 제공되거나 여타 구제수단이 제공됨으로써 해당 분쟁이 중국적으로 해결되게 된다. 투자분쟁과 마찬가지로 여기에서도 경우에 따라서는 이를 위하여 해당 판정이 특정 국가의 법원을 통하여 집행되는 것이 필요할 것이다. 양 당사자 간 계약에 별도의 후속 조치가 규정되어 있다면 그러한 규정 역시 적용될 수 있을 것이다. 상사중재절차에서 검토되는 분쟁은 정부 조치와 관련되는 경우에도 해당 조치에 대한 철폐나 변경이 반드시 요구되는 것은 아니라는 차원에서 투자분쟁해결절차와 유사한 부분을 갖고 있다.

(5) 선례구속의 원칙

한편 이러한 다양한 분쟁해결절차에서 도출된 판정은 선례구속의 측면에서는 어떠한 효과를 가지는가? 국제분쟁해결절차에서 선례구속의 원칙은 최소한 공식적으로는 부인되고 있다.¹¹²⁾ 여타 국제재판과 마찬가지로 WTO 분쟁해결절차도 원

111) WTO Panel Reports, *United States/Canada - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute*, WT/DS320/R, March 31, 2008, WT/DS321/R, November 14, 2008 참조.

112) 이한기, **국제법강의**(서울: 박영사, 2002), p. 675; 김대순, *supra* note 41, p. 90; Antonio Cassese, 강병근·이재완 譯, **국제법**(서울: 삼우사, 2010), p. 269; 정인섭, *supra* note 41, p. 60; Raj Bhala, "The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis In WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)", 33 *George Washington International Law Review* 873 (2001), pp. 876-877; Raj Bhala & David Gantz, "WTO Case Review 2009", 27 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 85 (2010), pp. 164-165 참조; ICJ

칙적으로는 선례구속 원칙을 부인하는 입장을 채택하고 있다.¹¹³⁾ WTO DSU 제11조는 모든 분쟁이 그 분쟁의 독자적인 법적, 사실적 이슈에 기초하여 평가되며 판결의 구속력은 오로지 해당 사건에만 적용됨을 확인하고 있다.¹¹⁴⁾ 이는 FTA 분쟁 해결절차의 경우도 마찬가지이다. 그러나 이러한 형식적인 선례구속 원칙의 부인에도 불구하고 기존 판정의 사실상 내지 실질적인 구속력은 엄격하게 인정되고 있다.¹¹⁵⁾ 그리고 이러한 사실상 구속력의 인정은 분쟁의 신속한 해결을 골자로 하는 DSU의 기본목표와도 부합한다는 점 역시 WTO 항소기구의 일관된 입장이다.¹¹⁶⁾ 전체적으로 선례구속의 법리와 관련한 이러한 WTO 분쟁해결절차의 기본틀은 ICJ 규정 제59조에 의하여 선례구속 원칙을 부인하면서도 한편으로는 기존의 판례를 그대로 쫓아가는 ICJ의 경우와 대동소이한 것으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 DSU상 이러한 선례구속 법리의 공식적인 부인과 사실상 구속력의 인정간의 간극은 그 자체로서 적지 않은 분쟁을 초래하였으며, 특히 최근의 분쟁을 통하여 심각하게 대두되고 있는 상황이다. 가령 WTO 패널이 동일한 사안에 대한 항소기구의 명확한 선례를 거부하고 독자적인 결정을 내리게 됨에 따라 동일한 이슈가 다시 재심되고 반복되는 상황이 심심찮게 초래되고 있는 것이다.¹¹⁷⁾

규정 제59조는 국제재판의 결정이 당사국과 특정사건에 한해서만 구속력을 갖는다고 규정하여 선례구속의 원칙이 적용되지 않음을 성문화하였다.

¹¹³⁾ *U.S. - Softwood Lumber IV (AB)*, paras. 109-112; WTO Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia (AB)*, WT/DS58/AB/RW, October 22, 2001, para. 97; WTO Appellate Body Report, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages (Japan - Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, October 4, 1996, pp. 13-15 참조.

¹¹⁴⁾ DSU 제11조 참조.

¹¹⁵⁾ *Japan - Alcoholic Beverages II (AB)*, p. 14; *U.S. - Shrimp (Article 21.5 - Malaysia) (AB)*, para. 109 (“Adopted panel and Appellate Body reports create legitimate expectations among WTO Members and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute.”); WTO Appellate Body Report, *United States - Sunset Review of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, November 29, 2004, para. 188 (“Following the Appellate Body’s conclusions in earlier disputes is not only appropriate, it is what would be expected from panels, especially where the issues are the same.”) 참조.

¹¹⁶⁾ DSU 제3.2조 참조.

¹¹⁷⁾ 이러한 부분은 특히 미국의 제로잉 조치와 관련한 WTO 패널과 항소기구 간 입장 차이에서 최근에 부각된 바 있다. *U.S. - Zeroing (EC)*, DS294; *U.S. - Zeroing (Japan)*, DS322; *U.S. - Continued Zeroing (EC)*, DS350 분쟁 각각 참조.

투자분쟁해결절차 역시 통상분쟁해결절차와 유사한 입장을 견지하고 있다. 각 중재판정부는 자신이 담당한 사건에서 정확한 결론을 도출하기 위하여 구체적인 BIT의 문구의 범위 내에서 판정을 도출한다는 입장을 반복하고 있다. 특히 투자분쟁해결절차에는 WTO 항소기구와 같이 여러 중재판정부의 입장을 총체적으로 조율할 만한 기구도 존재하지 않아 이와 같은 개별적 판정의 성향이 더욱 두드러진다. 그러나 각 중재판정부는 자신의 판정을 지지할 수 있는 이전의 중재판정례를 대폭 인용하고 또 차별화를 시도하고 있다. 결국 공식적으로는 선례구속의 원칙이 적용되지 않으나 실제로는 선례구속의 원칙의 테두리 내에서 심리와 판정이 이루어진다고 할 수 있다.

그러나 이러한 상황은 상사중재절차에서는 기본적으로 발견되지 않는다. 이 절차는 오로지 해당 분쟁에서의 최선의 결과를 도출하기 위하여 도입된 제도로서 본질적으로 모든 분쟁이 개별적으로 취급되기 때문이다. 그러나 이러한 분쟁의 ‘개별성’ 문제는 후속적으로 진행되는 여타 분쟁과의 관계를 의미하는 것이며 이미 내려진 판정이 갖는 ‘기판력(*res judicata*)’ 문제와는 구별되는 개념임에 유념하여야 한다.

IV. 세 분쟁해결절차의 전체적 비교

이상 살펴본 세 국제분쟁해결절차의 다양한 특징과 상호비교를 토대로 이 장에서는 이들에 대한 종합적 내지 입체적 비교를 실시한다. 이들 절차 간 상이점(divergence)과 공통점(convergence)에 대하여 각각 살펴보도록 한다.

1. 분쟁해결절차 간 상이점(Divergence)

앞에서 살펴본 바와 같이 세 분쟁해결절차는 한편으로 국제분쟁해결절차라는 공통점을 바탕으로 깔고 있기는 하나 각각 상이한 목표를 위하여 도입되었으며 제도적 측면과 절차적 측면에서 다양한 상이성을 보여주고 있음을 알 수 있다. 이러한 상이성의 근거를 구성하고 있는 것은 각 분쟁해결제도가 추구하고 있는 기본목표의 차이, 분쟁 당사자의 차이, 그리고 적용 법규의 차이로 볼 수 있다. 이러한 기본적인 차이가 다양한 세부적 측면에서 세 분쟁해결절차 상호 간 상이성을 초래하고 있는 것으로 판단된다.

먼저 분쟁해결절차의 기본목표와 관련하여, 통상분쟁해결절차는 다른 두 분쟁해결절차와는 차이가 있다. 즉 국가 대 국가 간 분쟁의 맥락에서 협정상의 권리와 의무를 국가 간 레벨에서 조정하는 것이 전자의 기본목표인 데 반해, 국가 간 이해관계와는 별도로 분쟁 당사자 간 분쟁을 직접 해결하여 피해자에게 손해배상을 제공하고 구체적인 구제를 도모하는 것이 후 2자의 기본목표이다. 서로 추구하는 기본목표가 상이하다 보니 실제 각 분쟁해결절차들이 구체적으로 운용되는 측면에서도 차이가 발생하는 것이다.

우리나라의 경우 1995년 이래 WTO 분쟁해결절차에 우리나라가 피소된 15건의 분쟁 중 우리나라가 결국 패소하여 국내법령이 개폐되거나 정책이 수정된 경우가 6건에 이름에도 불구하고 이러한 사실이 그간 한 번도 국내적으로 특별한 문제가 되지 않았다는 점은 최근 논란이 되고 있는 투자분쟁해결절차와 비교하여 시사점을 제시하고 있다. 어떻게 보면 국제협정에 따라 구성된 국제재판부가 우리나라의 입법주권 내지 사법주권을 침해한 것으로 볼 수 있음에도 그간 이 문제에 대하여 특별한 논란이나 논의가 없었다는 점은 투자분쟁해결절차와 관련한 다양한 국내적 논의와 분명 대비된다. 추측컨대 전자의 경우 직접 국고에서 금전적 지출이 없는 반면 후자의 경우 그러한 지출이 발생하기 때문이 아닐까 생각된다. 오히려 전체적인 경제적 득실을 감안하면 전자의 경우도 적지 않은 금전적 부담이 국가에 수반되나 이와 같이 통상분쟁해결절차에서 발견되는 추상적인 이해관계의 조정은 직접적인 손해배상 문제와 같이 국내적인 문제를 초래하지는 않고 있다. 투자분쟁해결절차와 관련하여 진행되고 있는 국내적 논란의 상당 부분이 실제 다른 국가가 어느 정도 규모의 손해배상에 직면하였는지에 대한 금전적 규모에 초점을 맞추고 있는 것도 이러한 부분과 연관이 있는 것으로 보인다. 그러나 투자분쟁해결절차는 기본적으로 피해를 입은 외국인 투자자에 대한 구제를 그 목적으로 한다는 차원에서 이러한 구제수단의 제공은 당연한 귀결이다. 따라서 단지 손해배상의 제공 사실만을 이유로 투자분쟁해결절차에 기본적인 문제가 있다고 주장하는 것은 타당한 입장에 기초하고 있다고 볼 수 없다.

한편 상사중재절차는 당사자 간에 분쟁을 최단 시간에 효과적으로 해결하는 것을 그 목표로 한다. 국가 간 관계나 조약의 이행과 같이 당사자의 권한 밖에 있는 복잡한 사안에 대하여 검토할 필요 없이 오로지 해당 분쟁의 효과적인 해결에만 초점을 두고 있는 것이다. 상사중재절차의 경우 사인 간의 분쟁을 해결한다는 측면에서 국내적인 논란을 초래하는 사례는 드물지만 정부기관이 당사자로 참여하는

경우에는 역시 민감한 반응을 초래하기도 한다. 당사자 간 분쟁을 효과적으로 해결할 수 있다면 다양한 방법으로 신속적이고 융통성 있는 절차적 규정과 합의를 이끌어 낼 수 있다. 심지어 당사자들이 어떠한 법규범이 해당 분쟁에 적용될 것인지 별도로 합의할 가능성도 열려 있다. 이 역시 당사자 간 신속한 분쟁해결에 주안점을 두는 상사중재의 특징을 반영한 결과라 하겠다.

각 분쟁해결절차에서 적용되는 절차적 규정과 최종적으로 내려진 판정을 이행하는 절차와 그 방식도 서로 상이한 모습을 보이고 있는바, 이 역시 각 분쟁해결절차가 추구하는 기본목표가 상이하다는 점에서 기인하는 다양한 파생효과로 볼 수 있을 것이다. 가령 소급적용이 불가능한 통상분쟁해결절차의 판정은 그 자체로만 보면 분쟁해결절차의 구조적 측면에서 중대한 흠결로 볼 수 있으나 해당 분쟁해결절차의 기본목표라는 측면에서 보면 충분히 일리가 있는 원칙이다. 상사중재판정이 내려진 이후 그 집행이 결국 각국의 법원을 통해 이루어질 수밖에 없다는 점은 그 자체만으로는 다시 관련 국가의 국내법원의 자의적 판단을 초래하게 한다는 구조적 문제점이 있으나, 상사중재절차 자체가 각국 법원에서 진행하여야 할 사항을 당사자가 별도의 절차를 거치기로 합의한 것으로서 해당 국가의 관할권을 완전히 배제하기 위하여 도입된 것은 아니라는 측면에서 파악하면 역시 일면 이해가 가는 측면이 있다.

이와 같이 기본적인 목표가 상이한 각 분쟁해결절차의 특징을 감안하면, 한 절차에서 효과적으로 운용되는 방식이나 제도가 반드시 다른 분쟁해결절차에도 부합하리라고 보장할 수 없다. 서로 간에 기본 출발점이 상이하므로 동일한 국제분쟁해결절차라고 하여 일괄적으로 취급하는 것이 때로는 적절하지 않기 때문이다. 가령 WTO 분쟁해결절차 맥락에서 소송절차의 대폭적인 공개가 적절하다고 하여 이를 그 맥락을 달리하는 투자분쟁해결절차나 상사중재절차에 적용하는 것은 타당하지 않을 것이다. 마찬가지로 당사자 간 합의가 가장 중요하다는 상사중재의 기본 원칙이 국가 간 조약의 틀 안에서 진행되는 투자분쟁해결절차 내지 통상분쟁해결절차에 그대로 대입될 수는 없을 것이다. 그러나 현재 진행되는 국제분쟁해결절차 관련 일부 논의는 이러한 기본적인 차이점을 염두에 두지 않고 특정 절차에서의 성공적인 경험을 다른 절차로 전이 내지 전파시키고자 하는 차원에서 추진되는 부분도 없지 않은 듯하다. 다소 조심스럽게 접근하여야 할 문제라고 본다.

두 번째로 각 절차에 참여하는 분쟁 당사자가 서로 상이하다는 측면 역시 세 분쟁해결절차의 기본적인 상이성을 이해하는 데 중요한 부분을 차지하고 있다. 국가

가 분쟁 당사자로 참여하는 통상분쟁해결절차의 경우 전체적인 분쟁해결과정에서 외교적 교섭과 합의를 강조하는 모습이 두드러지며, 피제소 당사자가 주권국가의 정부가 되는 투자분쟁해결절차의 경우 해당 국가의 주권 침해 문제가 보다 본격적으로 제기되고 있다. 유사한 논리의 주권 침해 문제가 국가 대 국가 간 분쟁해결절차인 통상분쟁해결절차에서도 마찬가지로 발생함에도 투자분쟁해결절차에서 이 문제가 더욱 본격적으로 불거지고 있는 이유는 아마 피제소 당사자가 정부만이 된다는 사실에서 기인하고 있는 것으로 보인다. 국가가 서로 분쟁 당사자로 참여하는 통상분쟁해결절차는 기본적으로 외교교섭의 연장선으로 이해되는 경우가 많다. 사실 WTO 분쟁해결절차 자체도 외교교섭의 진행을 기본적으로 인정하는 토대 위에서 구축되어 있다.¹¹⁸⁾ 그러므로 여기에서는 해당 협정의 기계적 해석과 함께 외교적 측면과 상호 간 경제적 교류현황이 밀접하게 검토될 수밖에 없다. 그러므로 이 분쟁해결절차에서 단지 이해당사자의 직접적인 참여가 필요하다는 원칙적인 명제 하에서 다른 분쟁해결절차와 마찬가지로 기업 및 개인 등 실질적인 이해당사자들을 대폭 분쟁해결절차에 참여하게 하는 것은 기본적으로 긴장관계를 초래할 수 있다.¹¹⁹⁾

투자분쟁해결절차는 투자자와 투자유치국 정부가 소송당사자로 참여한다는 차원에서 여러 맥락에서 새로운 과제를 제시하고 있다. 이 절차는 한편으로 협정의 해석문제이므로 국가 대 국가 간 소송의 특징을 유지하면서도, 다른 한편으로 분쟁의 이해당사자들을 직접 참여토록 하여 구체적인 해결방안을 모색한다는 차원에서 기존의 국가 대 국가 간 소송과 구별된다. 투자기업이 외국의 정부를 상대로 국제분쟁해결절차에서 중재를 진행한다는 측면에서 일단 이 절차가 시작되면 외국 투자기업 입장에서는 더 이상 물러서거나 양보하기 힘든 상황에 직면하게 된다. 다양한 소송전략으로 피제소국 정부를 강력하게 압박하는 투자분쟁해결절차의 특징은 이러한 측면과도 밀접하게 연관되어 있을 것이다. 서로 대등한 당사자 간 분쟁을 그 대상으로 하는 통상분쟁해결절차와 그렇지 않은 투자분쟁해결절차 사이에는 본질적인 차이가 있을 수밖에 없으며, 이러한 특성을 반영하지 않은 두 절차의 단순 비교는 사실 큰 부분을 놓치고 있는 것이라고 할 수 있다.

한편 상사중재절차의 경우 분쟁의 당사자는 기본적으로 개인인 각 계약당사자이다. 따라서 최대한의 사적 자치가 허용될 수 있는 기본적 구조를 취하고 있다. 실

118) 가령 DSU 제5조, 제6조 참조.

119) 이 문제는 현재 DSU 개정협상에서 검토되는 12개 항목 중 하나를 차지하고 있다.

체적·절차적 측면에서 당사자들은 자신들이 희망하는 대로 합의하고 이에 따라 분쟁해결절차를 진행할 수 있다. 다만 문제는 일단 내려진 판정을 집행하고자 하는 단계에 이르게 되면 결국 특정 국가의 법원의 힘에 의지할 수밖에 없게 된다는 점이다. 오로지 관할권을 가진 특정 국가의 국내 법원만이 이러한 중재판정을 강제집행할 권한을 갖고 있기 때문이다. 통상협정이나 투자협정에서와 같이 조약을 통한 집행가능성의 약속과 확보라는 기제가 여기에서는 적용되지 않다. 결국 이와 같이 강제집행에 있어 특정 국가 법원의 권위를 빌리게 되면 기본적으로 그 법원의 입장에 따라 결과가 좌우될 수밖에 없다. 이러한 문제가 반영되어 있는 것이 바로 중재판정의 승인과 집행에 관한 다양한 분쟁이라고 할 수 있다. 이러한 상황들은 모두 분쟁해결절차에 참여하는 당사자가 기본적으로 다르다는 문제에서 출발하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

세 분쟁해결절차 간 기본적 상이성을 초래하는 또 다른 문제는 적용법규가 서로 다르다는 점이다. 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차의 경우 적용법규는 오로지 해당 국제협정으로 한정되어 있다. 그리고 여타 관련 국제협정이나 국내법은 원칙적으로 배제되게 된다. 관련 국제협정이 국내 법령을 원용할 수 있는 근거를 제시하고 있는 경우에는 국내 법령이 적용될 수 있는 가능성도 있으나 이는 결국 해당 조약을 적용한 결과라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 상황은 어떻게 보면 국가 간 합의에 철저히 따르는 것이므로 국가 대 국가 간 차원에서의 당사자 자치의 구현이라고 볼 수도 있으나, 분쟁해결절차 운용과정에서 국내법령이나 정책목적 등이 원칙적으로 배제된다는 차원에서는 다양한 논란을 초래할 가능성도 높은 것이 사실이다. 최근에 전개되는 국제분쟁 중에는 국제문제와 국내문제가 서로 밀접한 연관성을 가지기 때문에 발생한 것들이 상당수 있다. 결국 이들 두 분쟁해결절차에서는 어떠한 문구가 어떠한 방식으로 해당 조약에 기술되어 있는지가 분쟁의 결정적인 변수로 작용하고 있다. 이를 담당하는 패널 및 중재판정부도 자신들의 판정을 정당화하기 위하여 또는 이전의 판정과 차별화하기 위하여 해당 조약이 포함하고 있는 문구가 서로 상이하다는 점을 집중 부각시키고 있기도 하다. 이러한 상황은 조약의 문구를 충실히 이행한다는 차원에서는 타당하나 결국 상대적으로 경직된 판정으로 이어질 가능성이 높다고 하겠다. 특히 조약문에 포함된 문구의 의미가 경제적 부분에서는 급격히 변화하고 있으므로 그 이전에 합의된 문구를 지금의 상황에 그대로 적용하는 경우 나타나는 문제점은 이미 다양하게 제기되고 있다. 어쨌든 이러한 상황은 국가 간 합의를 담고 있는 협정을 적용법규로 한정하

고 있는 데서 초래되는 필연적 결과로 볼 수 있을 것이다.

이에 반하여 상사중재절차의 경우 상당히 신축적인 법령의 선택과 적용이 가능하다. 당사자가 적용법규를 정할 수 있으며 필요한 경우 중재판정부도 상당히 자유롭게 필요한 규범을 확인, 적용할 수 있다. 다만 여기에 적용되는 법규는 특정국가의 국내법이나 일반적인 법원칙이며, 조약이나 국제협정은 아니다. 물론 당사자가 합의한다면 조약이나 협정 역시 포함시키지 못할 이유는 없을 것이다. 전체적으로 상사중재절차는 적용법규 측면에서도 보다 구체적으로 타당한 결론을 도출하는 데에 친화적인 제도적 속성을 담고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 역시 세 분쟁해결절차 간 적용법규에 대한 이러한 차이점으로 인하여 분쟁해결절차의 곳곳에서 다양한 상이성이 확인되고 있다.

위에서 살펴본 기본적인 상이성에 상당 부분 기초하고 있기는 하나 절차적인 측면에서 세 분쟁해결절차의 차이점을 간략히 살펴보면 다음과 같다. 먼저 투자분쟁해결절차와 상사중재절차는 충실하게 임시적(*ad hoc*)인 속성을 유지하고 있다. 물론 ICSID 중재절차를 거치는 경우 규칙과 이를 지원하는 사무국이 있고 또 상사중재 중 기관중재를 거치는 경우 중재규칙이나 ICC와 같이 체계적인 사무국 조직을 유지하고 있는 경우도 있으므로 완전히 임시적 성격을 갖는다고 하기는 힘들다. 그러나 중재판정부의 구성과 절차의 확정 등이 각 사안별로 당사자가 합의하는 바에 상당 부분 좌우된다는 측면에서 여전히 임시적(*ad hoc*)인 속성은 강하게 남아 있다. 물론 양자 중 상사중재절차에서 이러한 특성이 보다 더 부각되고 있다. 이에 반하여 통상분쟁해결절차 중 WTO 분쟁해결절차는 이러한 임시적 속성이 상당히 완화되어 있고 상당 부분 상설적(*standing*)인 측면에 가까이 가고 있다. 방대한 규모의 WTO 사무국과 그 권위를 인정받고 있는 항소기구를 살펴보면 이러한 점은 쉽게 확인된다. 같은 통상분쟁해결절차이기는 하지만 FTA 분쟁해결절차에서는 이러한 상설성은 찾아보기 힘들고 오히려 임시적 성격이 두드러지게 나타난다. 따라서 단지 통상분쟁해결절차라고 하여 FTA 분쟁해결절차에서 또는 투자분쟁해결절차에서 WTO 분쟁해결절차의 기제를 그대로 도입하는 것은 다양한 문제를 초래할 수 있다. 가령 FTA 분쟁해결절차에서 WTO 협정의 여러 절차적 규정을 차용하여 도입하였으나 이를 운용할 사무국이 부재한 현실에서 과연 이러한 규정들이 FTA 분쟁해결절차에서 준수될 수 있을지 의문이다. 이러한 문제 역시 양 분쟁해결절차 간 차이점을 인식하지 않은 데 기인하고 있는 것으로 보인다. 마찬가지로 WTO 분쟁해결절차에서 효과적으로 운용되는 항소절차를 투자분쟁해결절차에 도

입하는 것도 여러 가지 제한 사항이 있을 수밖에 없다. 기본적인 물적·인적 인프라가 구축되어 있지 않기 때문이다. 다자적인 차원에서 이러한 인프라가 먼저 구축되거나 합의되지 않은 상황에서 항소제도의 도입은 오히려 혼선을 증폭시킬 가능성이 있다. 이 역시 두 분쟁해결절차 간 구체적인 차이점을 인식하지 못한 데서 출발하고 있다.

또한 분쟁해결절차의 대외 공개 문제와 관련하여서도 기본적으로 양자 간 합의를 주목적으로 하는 투자분쟁해결절차나 상사중재절차, 그리고 외교적 합의 가능성에 중점을 두는 통상분쟁해결절차에 동일하게 적용될 수 있을지에 대한 검토가 필요하다. 이들 세 분쟁해결절차는 국내법원에서의 절차와는 그 맥락을 달리하기 때문이다. 또한 공개 원칙을 도입한다고 하더라도 그 정도와 범위는 세 분쟁해결절차 간에 상당한 차이가 있을 수밖에 없을 것이다. 물론 기본적으로 상사중재절차의 경우 대외적으로 공개되지 않는 것이 그간의 원칙이었으며 여기에 대하여 특별한 변화가 있을 것으로 기대하기는 힘들다. 그러나 투자분쟁해결절차와 통상분쟁해결절차에서는 이 이슈가 중요한 쟁점이 되고 있다.

나아가 최종판정이 이행되는 기제와 관련하여 통상분쟁해결절차는 조약에 규정된 집행조항의 구속력으로 인하여 그대로 “국제적인 절차”로 이행되게 된다. 이행과 관련한 문제가 제기되거나 분쟁이 발생하여도 역시 해당 조약의 규정에 따라 처리되고 해결된다. 투자분쟁해결절차는 판정의 집행과 관련하여 이원적인 구조를 택하고 있다. 기본적으로 관련 조약의 규정에 따라 집행력이 확보되지만 구체적인 집행은 관련 당사국 법원의 관여를 필요로 하는 경우도 있기 때문이다. ICSID 협약에 따라 진행되는 중재판정의 경우 동 협약의 구속력에 따라 그대로 구속력을 부여받는다. 다만 이 판정이 집행되기 위하여 강제조치를 취하기 위해서는 결국 피제소국 정부기관이나 소유재산에 대하여 관할권을 보유하고 있는 국가의 국내법원의 조력을 받아야 한다. UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재 등 여타 중재판정의 경우 ICSID와 달리 자동적으로 집행이 되는 것이 아니라 일단 해당 국가의 법원에 의하여 승인·집행 절차를 거쳐야 한다. 이 자체가 별도의 소송절차이며 여기에 그 국가의 국내법이 적용된다는 측면에서 최종 결과에 대해서는 때로는 변수가 발생할 수도 있다. 어쨌든 국내법원의 관여와 조력을 필요로 한다는 측면은 여기서도 동일하다. 상사중재절차의 경우 최종판정을 집행하기 위해서는 반드시 관할권 있는 법원의 승인·집행 절차를 거쳐야 한다. 이와 같이 최종판정이 이행되고 집행되는 기제도 서로 세 분쟁해결절차는 서로 상이한 모습을 보이고 있다.

2. 분쟁해결절차 간 공통점(Convergence)

한편 이러한 상이성에도 불구하고 이들 세 가지 국제분쟁해결절차에는 상호 간 수렴하는 점도 아울러 발견되고 있다. 가장 중요하게는 세 절차 모두 국제적 합의를 내포하고 있고 이에 따라 국가 간 국제적으로 합의한 범규범이 적용된다는 점이다. 각각 조약명과 내용은 다를지언정 국제협약과 협정이 이들 분쟁해결절차 운용의 골격을 이루고 있다. 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차는 물론이거니와 상사중재절차의 경우도 결국 뉴욕협약이나 UNCITRAL 모델중재법 등 국제합의 체제를 반영한 국내적 이행이라는 기제를 통하여 운용되고 있다는 점에서 역시 공통성을 보이고 있다. 결국 세 분쟁해결절차 모두 다양한 성격의 국제분쟁을 각각의 상황에 맞게 해결하고자 발전하여 온 제도라는 점에서는 동일한 출발점을 갖고 있는 것이다. 또한 이들 분쟁해결절차들을 사용하는 빈도도 증가하고 있으며 국제 활동을 하는 기업과 개인이 항상 적극적으로 검토하고 활용하는 절차인 만큼 앞으로 그 비중과 빈도가 높아질 것이라는 측면에서도 역시 공통점이 있다고 할 수 있을 것이다.

절차적 측면에서도 세 분쟁해결절차의 공통점이 발견되고 있다. 가령, 최근 세 절차에서 공히 발견되고 또 강조되고 있는 부분은 ‘절차적 정당성(procedural due process)’을 강조하는 부분이다. 절차적 정당성의 확보 여부는 실제적 이슈만큼이나 해당 협정이나 계약의 위반 여부를 확인하는 데 중요하게 작용할 뿐 아니라 특정 사건에서 각 분쟁해결절차의 진행에 있어서도 중요한 역할을 담당하고 있다.¹²⁰⁾ 최종 판정에서 절차적 정당성 충족 문제는 상당히 심도 있게 다루어지는 것이 일반적이며, 때로는 실제적 이슈라고 하더라도 그 최종 결정에는 절차적 정당성 충족 여부가 핵심적인 요소로 평가되는 경우가 적지 않다.¹²¹⁾ 통상분쟁해결절차에서도 조치의 구체적 타당성이 인정되더라도 사소한 절차적 요건의 미비가 해당 조치의 협정 위반으로 이어지는 경우가 적지 않다.¹²²⁾ 투자분쟁해결절차나

120) 가령 우리 중재법 제19조는, 양쪽 당사자는 중재절차에서 동등한 대우를 받아야 하고, 자신의 사안에 대하여 변론할 수 있는 충분한 기회를 가져야 한다고 규정하고 있는바, 절차적 정당성의 중요성을 강조하고 있는 조항으로 볼 수 있다.

121) 가령 투자분쟁해결절차에서 논의되는 간접수용 내지 FET 조항 위반 여부가 그러하다.

122) 가령 *Korea - Paper* 사건은 한국 정부의 반덤핑 부과조치에 대하여 수출국인 인도네시아가 WTO 분쟁해결절차에 회부한 사건으로 우리 무역위원회의 사소한 절차적 규정 위반이 결국 해당 반덤핑 관세 부과조치의 반덤핑 협정 불합치 판정으로 이어지게 되었다. WTO Panel Report, *Korea, Republic of - Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, WT/DS312/R, October 28, 2005 참조.

상사중재절차의 경우 절차적 정당성의 위반은 경우에 따라서는 해당 판정의 무효화 내지 취소 사유가 되기도 한다. 결국 절차적 정당성의 요건을 충족하지 못할 경우 이들 세 분쟁해결절차에서 공히 중요한 문제를 초래할 수밖에 없다. 국제적 기준에 따라 분쟁을 해결하고자 하는 이들 세 절차의 기본 성격상 국제적으로 수용되는 절차적 정당성을 대폭 반영하는 것은 일면 당연하다.

한편 정도의 차이는 있으나 이들 분쟁해결절차들이 여전히 ‘임시적(*ad hoc*)’ 체제 하에서 운용되고 있다는 점 역시 공통점이라고 볼 수 있다. 다만 앞에서 지적한 바와 같이 통상분쟁해결절차 중 WTO 분쟁해결절차는 이러한 부분이 특히 약화되어 있고 점차 상실적인 측면을 강화하여 가고 있다. 이러한 임시적 속성이 기본적으로 유지되는 한 사법제도의 예측가능성과 일관성을 강조하는 국내법원이나 ICJ에서 바라보는 입장과 방법론이 이들 분쟁해결절차에 그대로 적용되는 데에는 분명 한계가 있을 것이다.

분쟁의 대상과 관련하여 세 분쟁해결절차에 공통적으로 발견되는 사항으로는 점차 정부 규제조치가 주요 분쟁항목으로 검토되는 경우가 증가하고 있다는 점을 들 수 있다. 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차는 기본적으로 정부의 조치에 대하여 적용되는 절차이므로 정부 규제조치가 그 대상이 된다는 점은 분명하다. 상사중재절차의 경우 개인 당사자 간의 계약 분쟁이나 점차 정부기관이나 준 정부기관(소위 ‘public body’)이 외국 기업과 여러 명목으로 계약을 체결하고 계약상 분쟁을 상사중재로 가져가기로 합의하는 경우가 늘어나고 있어, 간접적이기는 하나 결국 정부 규제조치가 이 맥락에서 검토될 가능성은 높아지고 있는 것으로 보인다. 국제협정의 국내적 적용이 이미 다양한 맥락에서 국내적 논란을 초래하고 있는 상황에서 이러한 추세는 앞으로도 세 분쟁해결절차에 있어서 공히 이 부분에 대한 논의와 논란이 지속적으로 제기될 수 있는 가능성을 보여주고 있다.

한편 세 분쟁해결절차에서 확인되는 또 다른 공통점 중 하나는 점차 동일한 사항 내지 조치에 대하여 이들 분쟁해결절차가 중복적으로 또는 순차적으로 적용될 가능성이 있다는 점이다. 예를 들어 동일한 정부 조치가 통상분쟁해결절차와 투자분쟁해결절차에 각각 회부되는 사례가 점차 목도되고 있다. 최근 진행되고 있는 호주 정부의 담배값 규제 분쟁이 대표적인 사례이다. 통상협정과 투자협정이 각각 규율하는 측면이 상이하므로 동일한 정부 조치의 어떠한 면을 부각하느냐에 따라 양 협정이 공히 적용될 수 있다. 사실 통상협정의 주요 항목 중 하나인 서비스 교역 문제(특히 mode 3 방식)는 외국인 투자 문제와 불가분의 일체를 이루고 있기도 하다.

이러한 현상은 투자분쟁해결절차와 상사중재절차의 경우에도 역시 목도되고 있다. 상사중재절차 결과 도출된 판정이 국내적으로 승인·집행되는 과정에서 BIT 위반 문제가 제기될 수 있음은 앞서서도 지적하였다. 이 경우 상사중재분쟁이 결국 투자분쟁으로 전환되게 된다. 마찬가지로 일반 계약상의 의무 위반을 BIT 위반으로 승화시키는 이른바 포괄적 보호 조항(Umbrella Clause)은 상사분쟁을 투자분쟁으로 변화시키는 대표적인 기제이다. 점차 양자간 연관성이 밀접해지고 있음을 알 수 있다.

나아가 상사중재절차와 통상분쟁해결절차 간에도 연관성이 존재한다. 상사중재를 통하여 다루는 문제가 가령 지적재산권과 관련된 문제라면 각국 정부와 법원이 이를 어떻게 취급할 것인지 여부는 WTO 무역관련 지적재산권(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: “TRIPs”) 협정이 직접 규율하는 대상이 되기 때문이다. 당사자가 합의한 사항이라고 하여 WTO 회원국 정부가 특정한 합의 내용을 승인하거나 또는 이로부터 도출된 판정을 승인·집행하는 경우 그 국가의 중재법에는 합치하는 조치일 수도 있으나 이와 상관없이 TRIPs 협정 등 관련 협정에 대한 위반 문제를 야기할 수도 있을 것이다.

이와 같이 세 분쟁해결절차 공히 동일한 조치나 사항에 대하여 여러 분쟁해결절차가 동시에 적용될 가능성이 있다. 이는 위에서 언급한 바와 같이 세 분쟁해결절차가 각각 다른 목적과 방식을 지향하고 있기 때문이다. 그러므로 사실상 동일한 정부 정책, 조치 내지 상황과 연관되는 분쟁이라고 하더라도 제소국 또는 제소자가 세 분쟁해결절차 중 어떠한 루트를 택하는지 여부에 따라 이들 분쟁해결절차가 각각 순차적으로 또는 동시에 활용될 가능성이 존재하게 된다. 바로 이러한 이유 때문에 한편으로는 각 분쟁해결절차를 개별적으로 이해하여야 하지만 동시에 이들을 입체적, 포괄적으로 이해하는 것이 필요하다. 이러한 맥락에서 세 분쟁해결절차가 각각 적용되는 기제를 이해하고 그 장단점을 면밀히 이해하여야 협정의 도입이나 운용과정에서 이러한 순차적, 동시적 적용 가능성을 그대로 허용하든지 아니면 제한하든지 결정을 내릴 수 있을 것이다. 또한 그러한 결정이 내려져 협정문이나 국내법에 반영되는 경우에도 불필요한 혼선이나 부작용을 최소화할 수 있는 방향으로 논의가 전개될 수 있을 것이다.

V. 결 론

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 및 상사중재절차는 각각 독자적인 고유의 목적을 달성하고자 도입되었으며, 그간 별도의 단계와 과정을 거쳐 발전하여 왔다. 다양한 영역에서 국제화가 급속히 확산되는 현 상황에서 이들 분쟁해결절차는 여러 맥락의 국제관계를 형성하고 유지하는 정부, 기업 및 개인에 대하여 필요시 권리 구제를 위한 중요한 법적 수단을 제시하고 있다. 동시에 이들 각 분쟁해결절차들은 개별적으로 다양한 법적·실무적 함의와 과제를 제시하고 있기도 하다. 이러한 부분은 각 개별 분쟁해결절차의 구체적 맥락에서 그간 논의되어 왔으며 문제의 해결과 제도의 개선을 위하여 다양한 검토와 실험이 이루어지고 있다. 어쨌든 다양한 영역에서 다양한 이해관계자 간에 발생하는 국제분쟁을 해결하기 위하여 앞으로도 이들 분쟁해결절차들은 여러 다양한 맥락과 상황에서 더욱 적극적으로 활용될 것으로 예측된다.

세부적인 측면으로 들어가게 되면 이들 세 분쟁해결절차는 각각 고유한 특징과 상이한 측면을 다수 포함하고 있다. 각 분쟁해결절차가 추구하는 목표와 이에 참여하는 분쟁 당사자 그리고 여기에 적용되는 법규가 모두 상이하기 때문이다. 한편으로 ‘국제분쟁해결절차’라는 동일한 우산 아래 위치하여 있으면서도 다른 한편으로 이들은 각각 서로 다른 상황에 대처하고 서로 다른 목적을 달성하고자 도입된 절차들이다. 그러나 이들 세 분쟁해결절차 간에는 유사한 점이나 서로 시사점을 제공하여 주고 있는 부분도 적지 않다. 특히 특정 분쟁해결절차에서의 경험과 시행착오의 교훈은 여타 분쟁해결절차에도 유용한 가이드라인을 제시하여 줄 수 있을 것이다. 이를 통해 각각의 분쟁해결절차들은 불필요한 혼선을 최소화하여 새로운 단계로 발전할 수 있을 것이기 때문이다. 문제가 제기되는 구체적인 맥락은 서로 상이하더라도 이에 접근하는 국제사회의 그리고 국가의 기본틀은 큰 차이가 없는 경우가 적지 않다. 그러므로 특정 분쟁해결절차에서의 실험과 그 결과는 다른 분쟁해결절차에서 성과의 예측과 반면교사를 제공하는 적절한 ‘기준점(benchmark)’으로 작용할 수 있을 것이다.

다만 이러한 쌍방향적 소통과정에서 기본적으로 그 출발점과 지향점이 상이한 세 분쟁해결절차를 단지 ‘국제적’ 성격을 보유하고 있는 분쟁해결절차라는 외형적 측면에만 착안하여 하나의 절차에서의 경험과 성과를 충분한 검토 없이 다른 절차에 기계적으로 대입하는 데에는 조심스러운 접근이 필요하다. 외관상 유사한 절차

를 도입하더라도 기본적으로 분쟁해결절차 간 상이한 기본목표와 구조를 이해한 기초 위에서 수용, 도입하여야 할 것이다.

통상분쟁해결절차, 투자분쟁해결절차 그리고 상사중재절차가 활발하게 활용되고 있는 현 상황에서 이들 각각의 분쟁해결절차를 다른 분쟁해결절차와는 유리되어 독자적으로 운용되는 법체계로만 이해하는 것은 이제는 지양할 시점이 되었다. 이들 세 분쟁해결절차가 상호 간 서로 연관성을 갖고 유기적으로 운용될 수 있다는 점을 염두에 두고 제반 관련 사항에 대하여 이제는 입체적·비교법적으로 검토할 것이 요구되고 있다. 특히 최근의 국제분쟁은 문제로 제기되는 사안의 여러 측면이 동시에 부각되는 부분도 적지 않아 이들 분쟁해결절차들이 중첩적 내지 순차적으로 적용되는 사례도 점차 나타나고 있는 상황이다. 기계적인 국제분쟁해결절차의 구별과 파편화된 분쟁해결절차의 검토로는 이러한 새로운 현상에 적절히 대처할 수 있도록 기존의 분쟁해결절차를 개선하거나 또는 필요한 법리를 발전시키는 데 한계가 있다. 이러한 새로운 현상은 이들 세 분쟁해결절차에 대한 입체적·비교법적 검토의 필요성이 앞으로 더욱 요구된다는 점을 실증하고 있다. 또한 이러한 검토를 통하여 각각 개별적인 분쟁해결절차에서 제기되는 구체적인 현안과 과제에 대한 적절한 해법도 나름대로 찾게 될 가능성도 더욱 제고될 것인바, 결국 각 분쟁해결절차 스스로의 효율적이고 체계적인 운용을 위해서도 이러한 입체적·비교법적 연구와 작업은 앞으로 더욱 본격적으로 전개될 필요가 있다.

투고일 2014. 4. 24	심사완료일 2014. 5. 26	게재확정일 2014. 5. 30
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 강병근, **한-미 FTA 투자협정문 해설 및 사례연구**, 2007.
- 김대순, **국제법론**, 제17판, 삼영사, 2013.
- 목영준, **상사중재법**, 박영사, 2011.
- 박덕영 외 13인, **국제투자법**, 박영사, 2012.
- 석광현, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제상사중재”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회(2013년 12월 18일) 발표문.
- 신희택, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재 — ICSID 협약에 의한 국제투자협정중재를 중심으로”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회(2013년 12월 18일) 발표문.
- 외교통상부, **한-미 FTA 추가협상 결과 합의문서 상세 설명자료**, 2011.
- 이한기, **국제법강의**, 박영사, 2002.
- 장승화, “국제통상 분쟁해결절차”, 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회(2013년 12월 18일) 발표문.
- 정인섭, **新국제법강의** 제5판, 박영사, 2014.
- Antonio Cassese, 강병근·이재완 譯, **국제법**, 삼우사, 2010.
- Bhala, Raj, “The Power of the Past Towards De Jure Stare Decisis In WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)”, 33 *George Washington International Law Review* 873, 2001.
- Bhala, Raj & David Gantz, “WTO Case Review 2009”, 27 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 85, 2010.
- Damme, Isabelle Van, “Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body”, 21 *European Journal of International Law* 605, 2010.
- Jackson, John H. *et al.*, *Legal Problems of International Economic Law: Cases, Materials and Text*, 4th ed., West Group, 2002.
- Lee, Jaemin, “Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 11, No. 1, 2014.
- Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005) Vol. III: Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Zimmerman, Andreas *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012.

연합뉴스, “<FTA쟁점> ②투자자-국가소송 “필요” vs “주권침해””(2007년 4월 8일), <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0001599512> (2014년 4월 1일 방문).

연합뉴스 “與, ‘론스타 ISD중재’ 한미FTA 비관은 정치공세”(2012년 11월 23일), <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0005951270> (2014년 4월 1일 방문).

연합뉴스, “용인시, 경전철 손해배상금 2800억 이달 말 지급”(2013년 7월 22일), <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0006385729> (2014년 4월 1일 방문).

연합뉴스, “한미FTA 저지 촛불집회 서울도심서 열려”(2012년 1월 28일), <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005485872> (2014년 4월 1일 방문).

외교통상부, 한-미 FTA 상세설명자료, 자동차: 자동차 신속분쟁 해결절차 및 관세 Snap-Back, (2011. 7), http://www.fta.go.kr/pds/fta_korea/usa/kor/2K_books.pdf (2014년 4월 1일 방문).

외교통상부, 한-EU FTA 상세설명자료, 비관세조치 중개절차(2012년 7월), http://www.fta.go.kr/pds/fta_korea/eu/EU_DESC.pdf (2014년 4월 1일 방문).

<협정문>

Agreement among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment (2012년 5월 13일 서명), available at http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/5/0513_01.html (2014년 4월 1일 방문).

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (2003년 3월 1일 발효), available at http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_japan.pdf (2014년 4월 1일 방문).

- 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1966년 10월 14일 발효), available at https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdocen-archive/ICSID_English.pdf (2014년 4월 1일 방문).
- Free Trade Agreement between the Republic of Korea, of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part (2011년 7월 1일 잠정 발효), available at http://www.fta.go.kr/eu/layout_sub02/sub02_02.asp (2014년 4월 1일 방문).
- Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the United States of America (2012년 3월 15일 발효), available at <http://www.fta.go.kr/korus/main/index.asp> (2014년 4월 1일 방문).
- International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, available at <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> (2014년 4월 1일 방문).
- United Nations, Statute of the International Court of Justice (April 18, 1946), available at <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0> (2014년 4월 1일 방문).
- 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1959년 6월 7일 발효), available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (2014년 4월 1일 방문).
- 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (1980년 1월 27일 발효), United Nations *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331, available at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (2014년 4월 1일 방문).
- WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (1995), available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm (2014년 4월 1일 방문).

<Abstract>

Convergence and Divergence of
International Dispute Settlement Proceedings
- A Comparative Analysis of Trade Dispute Settlement Proceedings,
Investment Dispute Settlement Proceedings and
Commercial Arbitration

Lee, Jaemin*

With the advent of fast globalization and the surge of complex transnational transactions, the attention to and interest in international dispute settlement proceedings have been on the increase both in the private sector and the governmental sector. In particular, trade dispute settlement proceedings, investment dispute settlement proceedings and commercial arbitration — the three main pillars of international dispute settlement proceedings at the moment — are taking the center stage of academic discussions, treaty negotiations and domestic debates.

At the same time, however, the discussions and debates in these areas have apparently been confined to the individual proceedings to look into specific issues and problems arising in respective proceedings as opposed to horizontal, across-the-board analyses spanning over the three proceedings on a comparative basis. As such, rarely have it been recognized that in fact these proceedings are closely inter-twined and governments and companies are required to deal with these three proceedings cumulatively, successively or simultaneously. This paper aims to discuss and analyze this issue.

While the three dispute settlement proceedings have many commonalities among them as “international” dispute settlement proceedings with the operation of international treaties independent of municipal judicial institutions, they also possess distinctive features and traits as well. These distinctions mainly stem from the fact that the

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

three proceedings have been developed to attain different objectives, forced to respond to different circumstances, and subjected to different sets of legal norms. In short, there are areas of “convergence” and “divergence” among the three dispute settlement proceedings. Against this backdrop, it is necessary to analyze the three dispute settlement proceedings through a comparative prism so as to confirm areas of convergence and divergence, and to elicit implications for each proceeding.

Through this analysis, hard-earned experience and lessons from one dispute settlement proceeding could offer valuable implications to another dispute settlement proceeding facing a similar problem or considering adopting a similar mechanism one way or another. Such an exercise will be able to help each dispute settlement proceeding to develop and fine-tune various elements of the proceeding in a more efficient and reliable manner. In addition, answers to the question of dealing with the increasing tendencies of forum shopping and mobilizing multiple jurisdictions for essentially same disputes could also be found from a comparative study such as this one.

Keywords: International Dispute Settlement Proceedings, Trade Dispute Settlement Proceeding, Investment Dispute Settlement Proceeding, Commercial Arbitration, World Trade Organization, Dispute Settlement Understanding, Free Trade Agreement, Bilateral Investment Treaty, New York Convention