

국제투자분쟁(ISDS)의 새로운 지평: 조정(Mediation) 활성화 방안 연구

- 사례와 국제규범 분석을 중심으로 -

법무부 국제투자분쟁과 검사 양 준 열

*논문접수 : 2026. 1. 3. *심사개시 : 2026. 1. 23. *게재확정 : 2026. 2. 3.

〈목 차〉

- | | |
|--|--|
| <p>I. 서론: ISDS의 정당성 위기와 ‘조정(Mediation)’의 부상</p> <p>II. ISDS 체제의 패러다임 전환: 조정의 이론적 배경과 제도적 발전</p> <p>1. ISDS에서의 조정(Mediation)의 개념과 기능</p> <p>2. ISDS 조정의 제도적 발전: 새로운 규범의 등장</p> <p>3. 조정 결과 집행의 규범적 한계: 싱가포르 조정 협약 (Singapore Convention on Mediation)</p> <p>III. ISDS 조정의 구체적 사례 및 투자협정 검토</p> <p>1. 유형 1: 조정의 부재 또는 실패가 문제된 사례</p> <p>2. 유형 2. ISDS에서 조정의 적용 사례</p> <p>3. 유형 3. ISDS 조정을 제도화한 차세대 투자협정 사례</p> | <p>IV. ISDS 조정 활성화의 장애 요인과 실효성 제고 방안</p> <p>1. 국가의 조정 기피 요인: 정치적·제도적 문제</p> <p>2. ISDS에서 조정의 절차적 한계</p> <p>3. ISDS 조정 활성화 방안</p> <p>가. ‘조정전치주의(Mandatory Mediation)’의 도입</p> <p>나. ‘전문가 자문 조정/평가적 조정 (Expert Advisory/Evaluative Mediation)’의 적극 활용</p> <p>다. UNCITRAL WG.III 개혁 결과물 활용을 통한 조정의 제도화</p> <p>V. 결론</p> <p>참고문헌</p> |
|--|--|

I. 서론¹⁾: ISDS의 정당성 위기와 ‘조정(Mediation)’의 부상

현행 국제투자분쟁 해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 ISDS) 시스템은 그 존립 근거에 대한 심각한 도전에 직면해 있다. 본래 1966년 ICSID 협약(ICSID Convention)의 성립과 함께 본격화된 ISDS는, 외국인 투자자가 투자유치국(Host State)의 국내 사법 시스템에서 겪을 수 있는 법적 불확실성과 외국인 차별의 위험을 차단하고, 양측의 협의로 선정된 중재판정부를 통한 중립적이고 신뢰할 수 있는 분쟁해결절차를 제공함으로써 국제투자를 촉진하기 위한 분쟁해결수단으로 설계되었다.²⁾ 그러나 지난 수십 년간 ISDS 사건이 기하급수적으로 급증하고 ISDS 사건의 고비용, 장기간 소요 문제, 국가의 주권적 행위와 공익적 조치를 문제삼는 분쟁의 특성, 천문학적인 배상액 등의 문제가 축적되면서,³⁾ ISDS 체제 자체의 효용성에 대한 근본적인 비판과 함께 정당성 위기(legitimacy crisis)가 대두되었다.⁴⁾

1) 본 논문은 저자 개인의 의견으로서, 대한민국 정부의 견해와 무관함을 미리 밝혀둔다.

2) See *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (“ICSID Convention”), Preamble (“The Contracting States... Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases”); ICSID, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (1965), para 1.

3) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), pp. 170-171. (“The rise of interest in dispute prevention and ADR vs adversarial rights-based methods in ISDS is justified by the high costs of arbitration (averaging US\$4.2 to US\$6 million for claimants and US\$3.4 to US\$4.9 million for respondents) and protracted time frames (circa four years excluding annulment proceedings, which have a median average of two further years).”, “over the last 30 years investors have filed more than ‘1,000 ISDS’ claims... This, in turn, has triggered a growing number of ‘mega-awards’ involving ‘compensation of hundreds of millions of dollars or more.’”)

4) 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*, vol. 17, no. 2 (2021), pp. 378-379 (“The criticism arising from the global investment arbitration regime are influential in encouraging change. ... In light of this crisis of confidence, the push for mediation began in the mid-2000s, culminating in several different initiatives designed to integrate mediation into ISDS.”; Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 170. (“One of the aspects of what Langford and others call the ISDS’ ‘public legitimacy crisis’ is the so-called regulatory chill, whereby States arguably hesitate to implement public policy regulation in the health, environment or human rights areas for fear of investors making claims with the potential to escalate into astronomical arbitral awards.”).

이러한 위기론의 핵심에는 ISDS 중재(arbitration)가 초래하는 막대한 사회적 비용과 절차적 비효율성이 자리하고 있다.⁵⁾ ISDS 중재는 막대한 재정적 부담과 기간 부담을 수반한다. OECD의 조사에 따르면, ISDS 중재에 소요되는 법률 및 중재 비용은 평균적으로 미화 8백만 달러를 초과하며, 경우에 따라서는 3천만 달러에 이르기도 한다.⁶⁾ 또한, ISDS 절차의 장기화 사례로 *Pey Casado v. Chile* 사건⁷⁾을 들 수 있는데, 이 사건은 1998년 4월 중재가 개시된 이후 2008년 5월 제1차 판정이 선고되었으나, 2012년 12월 원 판정이 부분 취소(partial annulment)되었고, 이후 2차중재(resubmission) 절차를 거쳐 2016년 9월 제2차 판정이 선고되었으며, 이 제2차 판정에 대한 취소절차마저 2020년 1월 기각 결정이 내려지기까지, 분쟁 개시부터 모든 절차가 최종 종결되는 데 약 22년이 소요되었다.⁸⁾ 이와 같이 ISDS 절차의 장기화는 신속한 분쟁 해결이라는 시스템 본연의 목적을 무색하게 한다.

더욱이, 중재판정부마다 유사한 사실관계나 법적 쟁점에 대해 상이한 결론을 내리는 ‘중재판정의 비일관성(inconsistency)’ 문제는 ISDS 시스템의 예측가능성을 저해하는 고질적 병폐로 지적된다.⁹⁾ 대표적으로 ‘우산 조항(umbrella clause)’의 해석을 둘러싼 *SGS v. Pakistan* 사건과 *SGS v. Philippines* 사건의 상반된 결론,¹⁰⁾ 그리고 동일한 투자 사안에 대해 네덜란드 및 미국 투자보호협정(BIT)에 따라 각각 제기된 *CME v. Czech Republic* 사건과

5) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 170.

6) David Gaukrodger & Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing (2012), p. 19; 김도경, “투자자-국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 3.

7) *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2.

8) See *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile (18 Dec. 2012); ICSID Case Database, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/98/2>.

9) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 234 (“...a lack of formal precedent resulting in inconsistent decision making”), p. 243 (“The coexistence of contradictory decisions sheds light on the system’s biggest criticism and “undermines the legitimacy of investment arbitration”).

10) *Ibid.*, p. 244 (“An illustration of divergent interpretations are the strikingly similar cases of *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*. In one, the tribunal interpreted the umbrella clause narrowly and in the latter another held that it must be construed in favour of the investor.”) (citing *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13 (6 Aug. 2003), Decision on Jurisdiction; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 Jan. 2004), Decision on Jurisdiction).

Lauder v. Czech Republic 사건에서 도출된 상이한 판정 결과는¹¹⁾ ISDS 시스템의 법적 안정성을 비판하는 주요 근거가 되었다.

이러한 절차적 문제와 더불어, Yukos 사건에서 인용된 미화 약 500억 달러(약 72조 원)의 천문학적인 배상 판정과,¹²⁾ Occidental v. Ecuador 사건에서 인용된 미화 17억 7천만 달러(약 2조 5,000억 원)의 배상 판정¹³⁾은 ISDS가 국가 재정에 미치는 부정적 영향에 대한 우려를 증폭시켰다.¹⁴⁾ 무엇보다 Philip Morris v. Australia 사건과 같이, 국민의 생명과 건강을 보호하기 위한 국가의 정당한 공공보건(담배 규제) 조치가 외국인 투자자의 ISDS 제소 위협을 받는다는 인식은 ISDS 시스템이 ‘주권적 규제 권한(sov​er​eign right to regulate)’을 과도하게 제약한다는 비판을 야기하며,¹⁵⁾ 현행 ISDS 시스템에 대한 ‘정당성 위기’를 촉발하는 결정적 계기가 되었다.¹⁶⁾

ISDS 시스템에서 이러한 중재(arbitration) 중심의 대심적(adversarial) 구조에 대한 근본적인 반성과 대안 모색의 과정에서, 조정(Mediation)이 현실적이면서도 효과적인 대안으로 부상하고 있다. 조정은 단순히 비용과 시간을 절감하는 효율성의 차원을 넘어선다. 중재가

-
- 11) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 248 (“Compare Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, NAFTA, Final Award (Sept. 3, 2001) with CME Czech Republic B. V v The Czech Republic, NAFTA, Final Award (Mar. 14, 2003).”)
 - 12) *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-03/AA 226; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case 2005-04/No. 2005-05/AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-05/AA 228; See Zeyad Abouellail, “Arbitration Aftermath – October 5th, 2023: Yukos Universal v. Russia, Hulley Enterprises v. Russia, Veteran Petroleum v. Russia”, *Daily Jus* (Oct. 5, 2023), <https://dailyjus.com/legal-insights/arbitration-for-in-house-counsel/2023/10/arbitration-aftermath-october-5th-2023>).
 - 13) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (5 Oct. 2012), Award.
 - 14) Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, no. 1 (2014), p. 28 (“The highest monetary award ever—US\$ 1.77 billion—was issued in 2012 against the Government of Ecuador”).
 - 15) Khurram Baig, “The Future of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Moving from Arbitration to Mediation” (2025), p. 1659 (“Although Uruguay ultimately prevailed, the dispute illustrates how ISDS can be used to contest public interest regulation, creating a ‘regulatory chill’ effect”).
 - 16) Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, no. 1 (2014), p. 40 (“...deep concerns regarding investment arbitration seems to provide a favourable setting for greater use of this alternative...”).

분쟁당사자들의 법적 권리(rights)에 기반하여 일방의 승소와 타방의 패소로 결론짓는 제로섬(zero-sum) 구도인 것과 달리,¹⁷⁾ 조정은 당사자들의 실질적 이해관계(interests)에 초점을 맞추어 상호 이익이 되는 미래지향적인 해법을 모색하며, 분쟁 종결 이후에도 당사자 간의 ‘장기적 관계 유지(long-term relationship)’를 도모하는 것을 목표로 한다.¹⁸⁾ 이러한 특성으로 인해 UNCITRAL, ICSID 등 주요 국제중재 기관들은 조정을 ISDS 개혁의 핵심 의제로 격상시키고 조정 관련 규칙들의 제·개정 작업을 활발히 추진해 왔다.¹⁹⁾

투자는 본질적으로 일회성 거래가 아닌 장기적 관계를 전제로 한다. 이러한 관점에서 볼 때, 중재절차를 통한 법적 승소조차 당사자 간의 신뢰 관계를 파괴하여 실질적인 패배로 귀결될 수 있다. Metalclad v. Mexico 사례는 이러한 중재의 모순적 성격을 보여준다.²⁰⁾ 투자자인 Metalclad는 멕시코 연방 정부의 조치가 NAFTA상 의무 위반임을 인정받아 중재에서 승소하고 배상 판결 (US\$ 17 million)을 받았음에도 불구하고, Metalclad사의 CEO였던 Grant Kesler는 중재 과정에서 발생한 막대한 비용과 시간, 그리고 무엇보다 멕시코 정부와의 ‘파탄 난 사업 관계(“broken business relationship”)’를 이유로 중재 경험에 대해 ‘매우 불만족스러웠으며(“so dissatisfying”), 차라리 비공식적 해결을 선호했을 것’이라고 회고했다.²¹⁾ 이는 ISDS에서 승소한 투자자조차도 국가와의 관계 회복을 위한 조정의 필요성을

17) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 174 (“contrary to the ‘zero-sum game’ mechanics of arbitration, where... mediation provides the parties with an ample array of options”).

18) Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, *ICSID Review*, vol. 29, no. 1 (2014), p. 40 (“It allows the parties greater flexibility and creativity in the search for agreements, and is generally shorter and less resource intensive.”); Jaemin Lee, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, vol. 24, no. 1 (2025), p. 5 (“Once a dispute is resolved through mediation, the disputing parties are believed to be able to maintain their long-term relationship.”), p. 13 (“This ‘relationship-maintaining’ feature is believed to be a core value of mediation.”); Daejung Kim, “Alternative Resolution to Investor-State Arbitration—Applying Mediation and Its Prospects”, 『비교사법』 제27권 제2호 (2020), p. 388 (“Mediation is presumptively interest-based. However investor-state dispute traditionally has been resolved mainly with arbitration. Arbitration is presumptively rights-based.”).

19) See United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (2023), p. 4; International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Mediation Rules* (2022), p. 4.

20) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Aug. 30, 2000).

21) Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2020,

절감할 수 있음을 시사한다. 따라서 현행 ISDS 개혁 논의는 단순히 중재 절차를 일부 개선하는 차원을 넘어, 조정과 같은 비대심적(non-adversarial)이고 관계 유지를 지향하는 분쟁해결절차를 기존 ISDS 시스템에 실효적으로 통합하는 방향으로 나아가야 할 필요가 있다.²²⁾

그러나, 조정이 ISDS에서 차지하는 활용률은 아직 매우 낮다. 지난 수십 년간 ISDS 체제에서 조정은 실무적으로 매우 드문 (“rarely observed” practices) 현상으로 여겨져 왔다.²³⁾ 실제로 ICSID에 접수된 967건의 투자 분쟁 중 2023년 말까지 조정(Mediation)으로 해결된 사례는 14건에 불과하며, 이는 1.4%의 매우 낮은 활용률을 보인다.²⁴⁾ 다만, 전체 ISDS 종결 사건 중 약 20%가 당사자 간 합의(settlement)에 의해 해결된다는 통계는 조정의 잠재력을 시사한다.²⁵⁾ 따라서 본 논문은 ISDS에서 조정 제도가 활성화되지 않은 원인

no. 2 (2020), p. 327 (“...after winning a seventeen-million-dollar arbitral award against Mexico, the Chief Executive Officer of Metalclad expressed regret... He noted that despite ‘winning’ the case, the arbitration had been so dissatisfying that he wished the company had relied on other options to resolve the dispute.”); Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), pp. 251-252 (“he was disappointed with the result, in light of the costs and length of the proceedings and the subsequent breakdown of relations”, “Neither the aim nor the consequence of arbitration is to repair a broken business relationship.”).

22) See Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), pp. 235, 261 (“ISDS can be reformed within the current framework, for example, through the regulation of disputes, primarily through the addition of mediation to the process” (p. 235), “mediation would be used as a complementary tool within the same system, creating a practical adjunct to arbitration within existing treaties.” (p. 261)).

23) Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Sherard-Chow, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 237 (“we look forward to the day when investor-State conciliation and mediation are no longer ‘rarely observed’ practices”), n. 139 (“Bart Legum, ‘Investor-State Mediation and State Authority’ (UNCITRAL WG III Webinar on the Role of Mediation in ISDS, 18 June 2020) (observing that ‘Mediation in investor-state disputes is an animal that is much discussed but rarely observed in the wild’)).

24) Jaemin Lee, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, vol. 24, no. 1 (2025), pp. 7-8 (“In the ICSID’s 967 investment disputes as of the end of 2023, only 14 disputes have been resolved through mediation – a very low utilization rate (1.4%) indeed.”).

25) 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 5 (“국제연합무역개발회의(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.”).

을 분석하고, 이를 해결하기 위한 방안을 모색하고자 한다.

이를 위해 본 연구는 최근 2022년 ICSID 조정 규칙 (ICSID Mediation Rules) 및 2021년 UNCITRAL 조정 규칙 (UNCITRAL Mediation Rules)의 제정, 2018년 채택된 싱가포르 조정 협약 (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation) 제8조의 한계, UNCITRAL 제3작업반의 ISDS 개혁 논의 결과 2023년 12월 채택된 UNCITRAL의 ISDS 조정 가이드라인(UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes) 및 UNCITRAL의 조정모델 조항 (UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes)을 우선 살펴본다. 나아가, SPP (Southern Pacific Properties) v. Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3) 및 Achmea v. Slovakia (PCA Case No. 2008-13) 등 조정 실패의 교훈을 주는 고전적 사례, Metalclad v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1) 등 중재의 모순적 속성을 보여주는 사례, 그리고 Barrick (Niugini) v. Papua New Guinea (ICSID Case No. CONC/20/1) 및 Systra v. Philippines (ICC Case, 2012년) 등 ISDS에서 조정의 적용 가능성을 보여주는 최근 사례들을 분석하여, ISDS에서 조정 제도의 정치적, 제도적 장벽과 절차적 장벽의 극복 가능성을 고찰하고, 궁극적으로는 ISDS에서 조정 제도의 활성화 방안으로서 현실적이고 실효적인 대안을 제시하는 것을 목표로 한다.

II. ISDS 체제의 패러다임 전환: 조정의 이론적 배경과 제도적 발전

서론에서 논의한 바와 같이, 현행 ISDS 시스템이 직면한 정당성의 위기는 중재 중심의 대심적(adversarial) 분쟁해결방식에 대한 근본적인 성찰로 이어지고 있다. 이러한 배경 속에서, 국제투자분쟁 해결의 패러다임은 기존의 분쟁당사자 간의 법적 권리에 기반한 (rights-based) 접근법에서 벗어나, 분쟁당사자 간 이해관계의 조정 및 관계 유지를 지향하는 방향으로 전환되고 있다. 이러한 패러다임 전환의 중심에는 ‘조정(Mediation)’이 있으며, 최근 몇 년간 괄목할 만한 이론적·제도적 진화를 이루었다.

특히 ‘Conciliation’와 ‘Mediation’의 개념적 관계가 재정립되고, ICSID와 UNCITRAL이 경쟁적으로 최근 새로운 조정 규칙을 도입했으며, 조정 합의의 집행력 문제를 다룬 싱가포르 조정 협약 (Singapore Convention on Mediation)이 등장함으로써 ISDS 체제에서 조정의

새로운 규범적 뼈대가 형성되고 있다. 본 장은 이러한 ISDS에서 조정의 이론적 배경과 제도적 발전을 고찰함으로써, 본 연구의 목적인 ‘ISDS에서 조정 활성화 방안’의 이론적 토대를 마련하고자 한다.

1. ISDS에서의 조정(Mediation)의 개념과 기능

가. ‘Conciliation’과 ‘Mediation’의 개념적 구별 및 통합

국가 간 국제분쟁해결의 분야에서 Conciliation와 Mediation은 제3자(중립자)의 개입 정도와 절차적 엄격성에 따라 전통적으로 구별되어 왔다. 역사적으로 Conciliation는 국가 간의 문제를 다루는 국제공법의 영역에서 발전하여 제3의 조정위원회가 사실관계를 심리하고 분쟁 내용을 검토하여 당사자들에게 공식적인 해결안을 ‘제시 또는 권고’하는, 다소 엄격하고 평가적인(evaluative) 성격이 강한 절차로 인식되었다.²⁶⁾ 반면, Mediation은 주로 상사 분쟁의 영역에서 발전하며 제3자(조정인)가 분쟁당사자 간의 원활한 의사소통과 협상을 ‘촉진’하는 역할(facilitative role)에 중점을 두는, 비공식적이고 유연한 절차로 이해되어 왔다.²⁷⁾

이러한 전통적 구분은 1966년 ICSID 협약 (ICSID Convention)의 구조에도 반영되었다. 협약 제3장 (CHAPTER III CONCILIATION, 제28조-제35조)에 규정된 Conciliation 절차는 중재절차와 유사하게 구성된 조정위원회 (Conciliation Commission)가 당사자의 주장을 청취하고 사실관계를 조사하며, 나아가 분쟁 해결을 위한 구체적인 조건을 ‘권고(recommendations)’

26) Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Sherard-Chow, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 206 (“Conciliation has a semi-judicial aspect, since the commission of persons empowered has to elucidate the facts, may hear the parties and must make proposals for a settlement, which is normally non-binding.”, “Public international law historically associated mediation with the intervention of third States in inter-State disputes, and conciliation was developed to facilitate ‘intervention by a third body, having no political authority of its own, but enjoying the confidence of the parties’”); James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed., Oxford University Press, 2019), p. 693.

27) 이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 187 (“가령 conciliation은 제3자 개입이 적극적으로 이루어지는 경우인 반면, mediation은 그러한 개입이 상대적으로 경미한 경우이다. 이에 따라 mediation은 때로는 제3자가 분쟁 내용에는 개입하지 않고 사무적 편의만 제공하는 “주선 (good offices)”과 구별되기 어려운 경우도 있었다.”), p. 191 (“제3자는 당사자간 협의 및 합의를 지원하는 촉진자 (facilitator)의 역할을 담당하는 것으로 파악 한다”).

하는 적극적·평가적 역할을 수행하도록 설계되었다.²⁸⁾ ICSID 협약의 제정자들은 이러한 비구속적·평가적 방식이 국가의 주권적 민감성을 덜 자극하여 중재절차보다 조정절차가 더 선호될 것이라 예상했으나,²⁹⁾ 이러한 예상은 완전히 빗나갔다. 지난 50여 년간 ICSID에 접수된 중재 사건 총 1,058건 (2025년 5월 기준)과 비교하여, Conciliation 절차는 같은 시점 기준 단 15건의 활용에 그치는 등 사실상 사문화된 것으로 평가되어 왔다.³⁰⁾

이러한 제도적 실패와 별개로, 국제상사분쟁 분야에서는 두 용어의 통합이 이루어졌다. 특히 UNCITRAL(유엔 국제상거래법위원회)이 주도한 싱가포르 조정 협약(2018) 및 UNCITRAL 조정 규칙(2021) 제정 과정에서, Mediation이라는 용어가 국제적으로 더 보편적이고 광범위하게 사용됨에 따라 Conciliation을 포섭하는 상위 개념으로 통용되기 시작했다.³¹⁾ UNCITRAL은 ‘1980년 Conciliation Rules’을 ‘2021년 조정 규칙(Mediation Rules)’으로 대체하면서, 이러한 조치가 싱가포르 협약 및 2018년 모델법³²⁾과의 일관성(consistency)을 확보하

28) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 384 (“the ICSID Convention sets out in its Art. 34 that the conciliation commission’s function is twofold: to “clarify the points in dispute between the parties and to endeavor to bring about an agreement between them upon mutually acceptable terms. ... To exercise that function, the ICSID Convention enables the conciliation commission to make recommendations to the parties, including specific terms of settlement, at any stage of the proceedings.”), p. 387 (“ICSID Convention’s provisions regarding the constitution of the conciliation commission and the constitution of the arbitral tribunal mirror one another.”); See *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the “ICSID Convention”)* (1966), Chapter III (Conciliation).

29) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 382 (“The drafters of the ICSID Convention originally envisioned that conciliation would be the preferred method of resolving international investment disputes”).

30) Gennadiy Tsirat & Oleksiy Maslov, “The Role of Mediation and Conciliation in the International Investor-State Dispute Settlement”, *Actual Problems of International Relations*, vol. 163 (2025), p. 89 (“According to the ICSID case statistics, there have been only 15 conciliation proceedings registered with the ICSID as opposed to 1,058 arbitration proceedings (data as of 1 May 2025).”).

31) 이재민, “국가 간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 186 (“이 협약 성안 과정에서 이러한 절차를 “conciliation”으로 표기할지 아니면 “mediation”으로 표기할지 오랜 논의가 있었다. 그 결과 현재 국제사회에서 상대적으로 광범위하게 사용되는 “mediation”을 선택하기로 하였다”), p. 187 (“mediation으로 통칭 하게 된 것이다. 즉, 이 개념은 기존의 conciliation도 상당 부분 포섭한다.”); Jaemin Lee, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, vol. 24, no. 1 (2025), p. 5 (“Notably, the term is also used to cover conciliation; as a matter of fact, mediation and conciliation differ only as regards the extent of an intermediary third party’s role, and if the depth of the involvement is set aside, the difference between the two is minimal”).

고 1980년 이후 조정 분야의 발전 사항을 반영하기 위함이었다고 설명하였다.³³⁾

그러나 2022년 ICSID의 대대적인 규칙 개정 과정에서 ICSID는 UNCITRAL과 다른, 의도적인 이원화 전략을 선택했다.³⁴⁾ 즉, ICSID는 기존 ICSID 협약(Convention)에 근거한 전통적인 ‘Conciliation Rules’을 현대화하여 존치시키는 동시에, ICSID 협약의 엄격한 관할권 제약(예: 제25조의 국적 요건, 법적 분쟁 요건)에서 완전히 벗어난 별개의 독립적인 ‘조정 규칙(Mediation Rules)’을 신설한 것이다.³⁵⁾ 이러한 이원화 전략은 ICSID 협약의 틀 내에서는 Conciliation 절차의 저조한 활용도를 극복하기 어렵다는 현실적 판단에 근거한 것으로서, ICSID는 시장의 요구에 맞는 유연하고 접근성 높은 새로운 조정 서비스를 제공함으로써 ‘중재 중심의 기관’이라는 한계를 극복하고 ISDS의 대안적 분쟁 해결(ADR) 시장을 선점하려는 전략적 결정을 내린 것으로 보인다.³⁶⁾

32) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (2018).

33) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Recommendations to assist mediation centres and other interested bodies with regard to mediation under the UNCITRAL Mediation Rules* (2021) (2023), p. 3, para. 2 (“The Rules are the result of a revision of the 1980 UNCITRAL Conciliation Rules, undertaken to ensure consistency with the provisions of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the Singapore Convention on Mediation) and the Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) (the “2018 Model Law on Mediation”), both finalized by the Commission at its fifty-first session in 2018. Revision of the 1980 Conciliation Rules was also considered appropriate in the light of developments in the field of mediation since 1980, including the development of court-ordered mediation.”).

34) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 413 (“While the term conciliation and mediation are sometimes used interchangeably, systemic and structural differences exist between ICSID’s mediation and conciliation processes”).

35) ICSID, *Background Paper on Investment Mediation* (July 2021), pp. 4-5 (“(1) ICSID mediation is open to all States and broadly accessible, with no nationality limitations or ICSID membership requirements;” “(3) there is no jurisdictional determination by the mediator and hence no jurisdictional objection during the process”).

36) See Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 411 (“ICSID’s mediation rules were drafted in response to requests by Member States desiring that ICSID, as the neutral international forum trusted by disputing parties, offer investor-State mediation services”), p. 413 (“ICSID’s mediation rules are intended to offer a flexible mediation process tailor-made for investment disputes, that is broadly accessible to State parties, without the limitations otherwise found in the ICSID Convention or Additional Facility Rules”).

나. ISDS에서의 조정의 필요성: ‘권리’ 기반에서 ‘이해관계’ 기반으로의 변화

전술한 바와 같이 ISDS 시스템의 정당성 위기가 심화되면서, 국제투자분쟁 해결의 근본적인 접근 방식에 대한 패러다임의 전환이 요구되고 있다. 전통적인 중재(Arbitration)는 분쟁당사자의 법적 권리(rights)에 기초하여 승패를 결정하는 대심적(adversarial) 절차이다. 이러한 ‘권리 기반(rights-based)’ 접근법은 일방의 승리와 타방의 패배를 전제로 하므로, 분쟁이 종결된 이후 당사자 간의 관계는 파탄에 이르는 경우가 대부분이다.³⁷⁾ 서론에서 언급한 *Metalclad v. Mexico* 사례는, 투자자가 중재에서 승소하더라도 사업 관계가 파괴되어 실질적인 패배로 귀결될 수 있음을 잘 보여준다.

반면, 조정(Mediation)은 분쟁당사자들이 표면적으로 주장하는 법적 권리를 넘어, 그 이면에 있는 본질적인 ‘이해관계(interests)’에 초점을 맞춘다.³⁸⁾ 즉, 조정은 분쟁의 종결 이후에도 당사자 간의 장기적 관계 유지를 도모하는 ‘이해관계 기반(interest-based)’ 접근법을 취한다.³⁹⁾ 국제투자는 본질적으로 일회성 거래가 아닌, 투자자와 투자유치국 간의 장기적 관계를 전제로 한다. 특히 인프라, 에너지, 자원 개발과 같이 수십 년에 걸친 계약과 대규모 자본이 투입되는 투자분쟁에서, ISDS 중재절차 끝에 ‘관계의 파탄/종결’보다는 조정을 통한 ‘상호 양보와 관계 회복’이 양 당사자(국가와 투자자) 모두에게 더 큰 이익이 될 수 있다.⁴⁰⁾ 게다가 조정은 금전적 배상이라는 한정된 구제 수단을 넘어, 계약 조건의 변경,

37) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), pp. 251, 254 (“Conciliation, like arbitration, is a rights-based format; therefore, whilst it is consensual and non-binding, it does not explore the parties’ interests and relationship in depth.”, “allow parties to settle their disputes both through interest-based, consensual formats (mediation), and rights-based adjudicative formats (arbitration).”); 이재민, “국가 간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 189 (“특히 조정 은 분쟁 종결 이후에도 분쟁 당사자들이 기존의 관계를 계속 유지해 나갈 가능성이 높다는 측면에서 큰 호응을 얻고 있다. 사법절차나 중재절차는 당사자 간 승패를 갈라 분쟁은 해결되나 기존 관계는 파탄에 이르거나 상당한 타격을 받는 경우가 자주 있기 때문이다.”).

38) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 173 (“Mediation is as an interest-based dispute resolution method in which a third-party neutral assists the disputing parties to reach a mutually agreeable solution.”).

39) Jaemin Lee, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, vol. 24, no. 1 (2025), p. 4 (“The main driving force behind the momentum is the recognition of mediation’s unique traits to preserve long-term relationship among stakeholders.”).

40) See United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Guidelines on*

허가 재발급, 세제 혜택 등 유연하고 창의적이며 상호이익적인(소위 ‘win-win’) 해결책을 모색할 수 있게 한다.⁴¹⁾

2. ISDS 조정의 제도적 발전: 새로운 규범의 등장

이러한 ISDS 체제의 패러다임 전환의 필요성에 부응하여, 최근 주요 국제중재기관들은 조정을 제도화하기 위한 구체적인 규범들을 연이어 발표해 왔다.

가. ICSID 조정 규칙(2022)의 주요 특징

2022년 7월 1일 발효된 ICSID 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules)은 ISDS 조정의 접근성과 유연성을 획기적으로 개선한, 제도적 진화의 산물이라고 할 수 있다.

(1) 조정 적용 범위의 획기적 확대 (Rule 2)

2022 ICSID 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules)의 가장 큰 특징은 ICSID에서 조정의 문턱을 적극적으로 낮추었다는 점이다. 본 조정 규칙은 ICSID 협약이나 ICSID 추가기관규칙(ICSID Additional Facility Rules)의 엄격한 국적 및 관할권 요건을 요구하지 않는다.⁴²⁾

Mediation for International Investment Disputes (United Nations, 2024), p. 2, para. 3(a) (“(a) Desirability of maintaining the parties’ relationship also in light of retaining the current investments as well as the possibility of attracting future investments;”).

41) See Daejung Kim, “Alternative Resolution to Investor-State Arbitration-Applying Mediation and Its Prospects”, 『비교사법』 제27권 제2호 (2020), p. 386 (“Mediation also can encourage investors and states to develop trust each other and share important information so that both can meet their interests and needs.”); Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, no. 1 (2014), p. 33 (“other non-monetary concessions that may facilitate a negotiated agreement”); UNCITRAL, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), p. v (citing Report of the Sixth Committee, A/78/433, para. 13) (“allowing parties to exercise control over the process to reach a self-tailored outcome and preserve their relationship.”).

42) ICSID, *Background Paper on Investment Mediation* (July 2021), pp. 4-5; Frauke Nitschke, “Amicable Investor- State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 415 (“requirements as to nationality of ICSID membership status common to other ICSID Rules are omitted in the ICSID Mediation Rules. In addition, the proposed Mediation Rules do not require the dispute to be of a legal nature or that such dispute arise directly out of an investment (as is the case under Art. 25 of the ICSID Convention); instead, Mediation Rule 2 requires only that the mediation “relate” to an investment, a term that is to be given its ordinary meaning and is not intended as a legal term of art.”).

ICSID 조정 규칙 제2조는 다음 세 가지 최소한의 요건만 충족하면 ICSID의 중립적 관여 하에 조정을 진행할 수 있도록 허용한다.

(1) 분쟁이 ‘투자’와 관련(“relate to an investment”)될 것, (2) ‘국가 또는 지역경제통합기구(REIO)’가 일방 당사자일 것(“involve a State or an REIO”), (3) 당사자들이 ‘서면 동의 (“consent in writing”)’를 할 것⁴³⁾

[2022 ICSID Mediation Rules]

Rule 2 Mediation Proceedings

(1) The Secretariat is authorized to administer mediations that relate to an investment, involve a State or an REIO, and which the parties consent in writing to submit to the Centre.

이는 ICSID 회원국이 아니거나, 투자자의 국적 요건(ICSID 협약 제25조)을 충족하지 못 하더라도, 심지어 분쟁이 엄격한 의미의 ‘법적 분쟁(legal dispute)’이 아닌 단지 이해관계의 갈등 단계에 있더라도 ICSID의 조정 절차를 이용할 수 있음을 의미한다.⁴⁴⁾

나아가, 당사자 간 사전 조정 합의가 없는 상황에서도 조정의 개시를 용이하게 하는 절차를 마련했다. ICSID 조정 규칙 제6조는 일방 당사자가 조정을 신청(Request for Mediation) 하면, ICSID 사무총장이 상대방 당사자에게 조정 수락을 ‘초대(invite)’하는 절차를 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 이는 분쟁 발생 후 상호간에 적대감이 고조된 상황에서도 제3자인 ICSID 사무국의 개입을 통해 조정 절차를 보다 쉽게 개시할 수 있도록 지원하는 실용적인 장치이다.

43) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 2(1).

44) Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes Under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans* (Marc Bungenberg et al. eds., Springer, 2025), p. 162 (“It is notable that by not imposing a foreign nationality requirement, the ICSID Mediation Rules allow for an ICSID mediation to take place not only between host states and foreign investors but also between host states and their national investors.”, “It is interesting that the ICSID Mediation Rules do not require a “legal dispute”—in fact even the word “dispute” is not mentioned.”).

45) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 6.

[2022 ICSID Mediation Rules]

Rule 6 Institution of Mediation Absent a Prior Party Agreement

(1) If the parties have no prior written agreement to mediate pursuant to these Rules, any party wishing to institute a mediation shall file a Request with the Secretary-General and pay the lodging fee published in the schedule of fees.

(3) Upon receipt of the Request, the Secretary-General shall:

- (a) promptly acknowledge receipt of the Request to the requesting party;
- (b) transmit the Request to the other party upon receipt of the lodging fee; and
- (c) invite the other party to inform the Secretary-General within 60 days after transmittal of the Request whether it accepts the offer to mediate.

(2) 조정인의 역할: 촉진적 조정과 평가적 조정

2022 ICSID 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules)은 조정인의 기본적 역할을 당사자 간의 합의를 조력(assist)하는 ‘촉진자(facilitator)’로 명확히 한다. ICSID 조정 규칙 제17조 제1항은 ‘조정인은 당사자들에게 해결책을 부과할 권한이 없다’고 선언함으로써, 조정이 당사자 자치(party autonomy)의 원칙에 기반함을 분명히 한다.⁴⁶⁾

그러나 주목해야 할 조항은 제21조 제4항이다. 이 조항은 조정인이 ‘모든 당사자들이 요청할 경우(“if requested by all parties”)', 분쟁의 쟁점에 대한 해결책이나 합의안에 대해 비구속적인 ‘권고(recommendations)’를 제공할 수 있도록 명시적으로 허용하고 있다.⁴⁷⁾ 이는 순수한 촉진적 조정(facilitative mediation)과 평가적 조정(evaluative mediation) 사이에서 당사자에게 선택권을 부여한 전략적 규정이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

46) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 17.

47) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 21(4).

48) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 173 (“In practice, though, both the so-called evaluative and ‘facilitative’ forms of mediation work in tandem and they can, as such, be said to represent... the two faces, one looking backward, one looking forward, of the same amicable dispute resolution process.”).

[2022 ICSID Mediation Rules]

Rule 17 Role and Duties of the Mediator

- (1) The mediator shall assist the parties in reaching a mutually acceptable resolution of all or part of the issues in dispute. The mediator has no authority to impose a resolution of the dispute on the parties.

Rule 21 Mediation Procedure

- (1) The mediator shall conduct the mediation in accordance with the Protocol and shall consider the views of the parties and the issues being mediated.
- (2) The mediator may request that the parties provide additional information or written statements.
- (3) The mediator may obtain expert advice with the agreement of the parties.
- (4) The mediator may make oral or written recommendations for the resolution of any issues being mediated, if requested by all parties.

이러한 제21조의 ‘평가적/권고적 조정’ 조항은 후술할 ISDS에서 조정의 근본적 장애물, 즉 ‘정치적 장벽’에 대한 효과적인 해결책을 제공할 수 있다. 이하 제3장에서 상세히 분석할 SPP v. Egypt 사례에서 이집트 총리가 합의를 거부했던 근본적 이유는, 합의에 따르는 정치적 책임에 대한 두려움이었다.⁴⁹⁾ 국가 공무원(즉, 관료)의 입장에서, 중재 패소는 ‘제3자(중재판정부)에 의해 강제된 결정’이므로 책임을 전가할 수 있지만, 자발적 합의는 ‘담당 관료의 적극적 결정’으로 간주되어 추후에 감사를 통한 징계, 배임 등 부패 혐의로 인한 수사 및 형사처벌과, 여론과 국회의 정치적 비판에 노출될 위험이 상당하다.⁵⁰⁾

만약 SPP 사례에서 ICSID가 임명한 저명한 중립적 전문가(조정인)가 ‘중재 시 패소가 능성이 높으니 1,000만 달러에 합의하는 것이 합리적’이라는 취지의 ‘평가적 권고’를 제공했다면, 해당 공무원은 이를 근거로 국내의 비판을 방어할 수 있었을 것이다.⁵¹⁾ 2022년

49) Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes Under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans* (Marc Bungenberg et al. eds., Springer, 2025), pp. 167-168 (“would open him to attack by opponents and the media”).

50) James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 80 (“...reluctance of state agents... to agree to settle those claims out of fear that voluntary settlement may suggest weakness, corruption, or deference to foreign investors, all of which may come at high political cost to the agent.”).

51) See 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 16 (“합의에 의한 분쟁

ICSID 조정 규칙 제21조 제4항은 바로 이러한 메커니즘을 제도화함으로써, 국가 관료가 정치적 부담 없이 합리적인 합의에 이를 수 있는 장치를 마련한 것이다.

(3) 비밀 유지 및 절차적 유연성 (Rule 10, 11)

조정 절차의 실효성을 담보하기 위해, 2022 ICSID 조정 규칙은 강력한 비밀유지(기밀성) 및 절차적 보호 장치를 마련했다. 규칙 제10조는 조정 절차와 관련된 모든 정보는 당사자 합의나 법적 의무 없이는 비밀로 유지됨을 원칙으로 한다.⁵²⁾ 또한, 규칙 제11조는 ‘권리 불훼손(Without Prejudice)’ 원칙을 규정하여, 조정 절차에서 당사자의 발언, 입장 표명, 합의 제안 등은 추후 중재나 소송 절차에서 당사자에게 불리하게 인용될 수 없음을 명시한다.⁵³⁾

해결에 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.”).

52) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 10; Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 419.

53) *ICSID Mediation Rules* (2022), Rule 11; ICSID, *Background Paper on Investment Mediation* (July 2021), pp. 13-14 (“To facilitate this, parties typically agree that the ‘without prejudice’ principle applies to information exchanged during the mediation. This means that a party may not rely on any document, statement, admission, or offer of settlement made by one party, or anything said by the mediator, in any other proceeding, unless the parties jointly agree to waive this privilege (MR 11).”).

[2022 ICSID Mediation Rules]

Rule 10 Confidentiality of the Mediation

- (1) All information relating to the mediation, and all documents generated in or obtained during the mediation, shall be confidential, unless:
- (a) the parties agree otherwise;
 - (b) the information or document is independently available; or
 - (c) disclosure is required by law.
- (2) Unless the parties agree otherwise, the fact that they are mediating or have mediated shall be confidential.

Rule 11 Use of Information in Other Proceedings

A party shall not rely in other proceedings on any positions taken, admissions or offers of settlement made, or views expressed by the other party or the mediator during the mediation, unless the parties agree otherwise.

이러한 기밀성 규정은 당사자들이 법적 위험에 대한 부담 없이 자유롭게 합의안을 논의할 수 있는 안전장치로 기능한다. 또한, 2022 ICSID 조정 규칙은 조정절차가 중재절차와 병행하여(in parallel) 사용될 수 있도록 유연하게 설계되어, 분쟁당사자들은 중재를 진행하면서도 동시에 조정의 가능성을 열어둘 수 있다.⁵⁴⁾

나. UNCITRAL 조정 규칙 (2021년 개정) 및 WG III의 개혁 논의 결과

ICSID와 더불어 ISDS 규범 형성을 주도하는 UNCITRAL 역시 조정 활성화를 위한 제도적 기반을 강화하고 있다.

(1) UNCITRAL 조정 규칙 (2021년 개정)

2021년 개정된 UNCITRAL 조정 규칙 (1980년 conciliation 규칙 대체)⁵⁵⁾은 당사자 자율성

54) Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2020, no. 2 (2020), p. 327 (“The mediation rules complement ICSID’s existing rules for arbitration, conciliation, and fact-finding and may be used either independently of, or in conjunction with, arbitration or conciliation proceedings.”); Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 428 (“as to the timing of mediation, the ICSID mediation process is flexible and can be used by disputing parties at any stage: ... (c) parties may mediate in parallel to an ongoing ICSID arbitration; and”).

에 기반한 유연하고 포괄적인 조정 절차를 제공하며, ISDS를 포함한 모든 국제 상사분쟁에 적용 가능한 새로운 글로벌 스탠더드로 자리 잡고 있다.

주요 특징으로는 (1) 당사자 합의에 의한 유연한 절차 개시,⁵⁶⁾ (2) 당사자 합의 또는 조정인의 재량(당사자 합의 하)에 따른 폭넓은 절차 진행의 자율성,⁵⁷⁾ (3) 조정인의 중립성·독립성 및 정보공개 의무 강조,⁵⁸⁾ (4) 조정인이 동일 분쟁의 중재인으로 활동하는 것을 원칙적으로 금지(제12조)하여 조정 절차의 순수성을 보장하는 것⁵⁹⁾ 등이 있다.

[UNCITRAL Mediation Rules (2021)]

Article 2. Commencement of mediation

1. Mediation in respect of a dispute that has arisen shall be deemed to have commenced on the day on which the parties to that dispute agree to engage in mediation, unless otherwise agreed.

55) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Recommendations to assist mediation centres and other interested bodies with regard to mediation under the UNCITRAL Mediation Rules* (2021) (2023), p. 3 (“The Rules are the result of a revision of the 1980 UNCITRAL Conciliation Rules, undertaken to ensure consistency with the provisions of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the Singapore Convention on Mediation)”; United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Mediation Rules* (2021), pp. v-vi.

56) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Mediation Rules* (2021), Art. 2(1).

57) *UNCITRAL Mediation Rules* (2021), Art. 4(1).

58) *UNCITRAL Mediation Rules* (2021), Art. 3(6).

59) *UNCITRAL Mediation Rules* (2021), Art. 12(1).

Article 3. Number and appointment of mediators

6. When a person is approached in connection with a possible appointment as mediator, that person shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, including the disclosure of details of any personal, professional, financial or other interest that may influence the outcome of the dispute. A mediator, from the time of appointment and throughout the mediation, shall, without delay, disclose to the parties any such circumstances as they arise.

Article 4. Conduct of mediation

1. The parties may agree on the manner in which the mediation is to be conducted. Otherwise, the mediator may determine the conduct of the mediation in consultation with the parties, taking into account the circumstances of the case, any wishes that the parties may express and the need for a speedy settlement of the dispute.

Article 12. Role of the mediator in other proceedings

1. Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of the dispute that was or is the subject of the mediation and of a dispute that has arisen from the same or a related contract or legal relationship.

(2) WG III의 개혁 논의 결과 (가이드라인 및 모델 조항)

UNCITRAL 산하 제3실무작업반 (WG III: ISDS 개혁 작업을 담당)의 논의에서도 조정은 ISDS 절차의 비용 절감, 절차 효율화, 시스템의 정당성 회복을 위한 주요 개혁 방안 중 하나로 논의되었다.⁶⁰⁾

60) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 170 (“Fueled by a widespread dissatisfaction with the functioning of the current arbitration-dominated ISDS system and an acute awareness of the great potential spiral in new arbitral cases in the future, ‘dispute prevention and mitigation’ is one of the focal points for the United Nations Commission on International Trade Law’s (UNCITRAL) Working Group III (WG III), which was mandated with examining its potential reform in 2017.”, “However, underlying both these operational and technical concerns, there are also multiple legitimacy-related systemic anxieties and social costs relating to ISDS. One of the aspects of what Langford and others call the ISDS’ ‘public legitimacy crisis’”); Catherine Kessedjian et al., “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, no. 2 (2023), pp. 192-193; Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 429 (“It is also evidenced in the ongoing investor-State dispute settlement reform efforts, such as in UNCITRAL Working Group III.”); Gennadiy Tsirat & Oleksiy Maslov, “The Role of Mediation and Conciliation in the International Investor-State Dispute

수년간의 논의 끝에, 2023년 12월 유엔 총회는 WG III가 마련한 「국제투자분쟁 조정을 위한 UNCITRAL 가이드라인 (UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes)」 및 「국제투자분쟁 조정을 위한 UNCITRAL 모델 조항 (Model Provisions Mediation for International Investment Disputes)」을 공식 채택하였다.⁶¹⁾ 이 가이드라인은 ISDS에서 조정을 활용하는 방법을 설명하고, 분쟁당사자들이 조정 절차의 취지와 이점을 더 잘 이해하도록 돕는 것을 목적으로 한다.⁶²⁾

특히, 가이드라인은 ISDS에서 조정 활성화의 장애물로서 국가 공무원이 직면하는 국내 법적·제도적 문제를 다루고 있다. 가이드라인 제43항은 ‘국내법 규범체계(“Domestic legal framework”)’를 다루며, 국가 공무원들이 ‘개인적 책임에 대한 두려움이나 부패 혐의로 기소될 것에 대한 두려움(“fear of personal liability or of being accused of corruption”)’ 때문에 투자자 측과의 합의를 주저하는 현실을 명확히 지적한다.⁶³⁾ 이에 대한 해결책으로, 가이드라인은 각국 정부가 ‘분쟁해결수단으로서 조정을 승인하는 국내법적 근거(“A legal basis in domestic law referring to the State’s approval of mediation as a tool to settle disputes”)’를 마련할 것을 명시적으로 권고하고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 UNCITRAL의 가이드라인은 각국의 국내법적 근거 마련을 통해서 국가 관료들의 조정 권한 등이 뒷받침되어야 함을 시사한다.

Settlement”, *Actual Problems of International Relations*, vol. 163 (2025), p. 88 (“Further, UNCITRAL Working Group III, a leading scientific and policy task force for reforming the global ISDS regime, in 2020 noted a growing interest of the states to explore ADR, including mediation and conciliation, as an addition or substitute to arbitration and national courts in resolving investment disputes (UNCITRAL WG III, Note on ADR, 2020). Among the perceived benefits of mediation, the note included its cost and time effectiveness compared to arbitration.”).

61) UN General Assembly Resolution 78/104 (7 Dec. 2023), in United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 1 (“1. Expresses its appreciation to the United Nations Commission on International Trade Law for having formulated and adopted the Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes, the text of which is contained in annex I to the report of the Commission on the work of its fifty-sixth session,¹ and the Guidelines on Mediation for International Investment Disputes, the text of which is contained in annex II to the same report;”).

62) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 1 (“The Guidelines assist parties in understanding the different aspects of mediation for international investment disputes, the nuances of the process and the possible benefits.”).

63) *Ibid.*, para. 43.

64) *Ibid.*, para. 43.

즉, 국가 관료에게 조정을 시도하고 합의할 수 있는 명확한 법적 권한을 부여하는 것이 공무원에 대한 정치적 보호 장치를 제공하는 전제임을 확인하고 있는 것이다.

더 나아가, 특히 가이드라인에 첨부된 ‘모델 조정 조항’은 각국이 향후 투자협정을 체결하거나 개정할 때 삽입할 수 있는 조정에 관한 표준 문안을 제시한다.⁶⁵⁾

첫째 조정전치주의 관련하여, 모델 조정 조항 제1조 제2항은 ‘당사자들은 국제투자분쟁을 해결하기 위해 조정을 고려해야 한다’ (“The parties should consider mediation to settle an international investment dispute”)고 권고하며, 나아가 가이드라인 제46항은 ‘조정 개시를 의무화하여 조기 건설적 대화를 촉진 (“mandating the commencement of mediation to promote early constructive dialogue”)’하는 방안을 고려할 수 있다고 제시한다.⁶⁶⁾ 특히, 가이드라인은 투자협정상 분쟁해결조항의 설계 시, ISDS 중재(arbitration) 개시 전에 당사자들이 조정을 시도해야 하는 의무를 규정하는 ‘다층적 분쟁해결 조항(multi-tier dispute resolution clause)’의 형태로 조정전치주의를 채택할 수 있음을 설명하고 있다.⁶⁷⁾

둘째, 조정 절차의 투명성과 기밀성 간의 균형 문제와 관련하여, 모델 조항 제4조는 조정의 기밀성(비공개 원칙) 및 “without prejudice” 원칙을 보장함으로써, 조정 절차에서 나온 정보가 이후 중재나 소송 등 구속적 분쟁해결절차에서 불리하게 사용되는 것을 방지한다.⁶⁸⁾ 이에 대해 가이드라인은 기밀성 및 투명성(“Confidentiality and transparency”) 문제에

65) UN General Assembly Resolution 78/104 (7 Dec. 2023), in United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 2. (“Recommends the use of the Model Provisions by States and other relevant stakeholders involved in the negotiation of international investment instruments and their incorporation into such instruments.”); UNCITRAL, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes*(United Nations, 2024), Annex (UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes).

66) UNCITRAL, *UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes*(United Nations, 2024), Provision 1(2); UNCITRAL, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes*(United Nations, 2024), para. 46.

67) UNCITRAL, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 5 (“Consent to mediation can also be expressed as part of a multi-tier dispute resolution clause, which provides, for example, that when a dispute arises, parties are bound to perform certain steps, for instance, to attempt mediation before commencing arbitration.”).

68) UNCITRAL, *UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), Provision 4 [“A party shall not rely in other proceedings on any positions taken, admissions or offers of settlement made or views expressed by the other party or the mediator during the mediation.”].

대해 논하며, ISDS가 ‘공익 및 공적 자금 지출 가능성(“public interest and the possible expenditure of public funds”) 문제’와 관련됨을 인정하며, ‘기밀성과 투명성 간의 균형을 맞춰야 한다 (“a balance should be struck between confidentiality and transparency”)’고 강조한다.⁶⁹⁾ 또한, 구체적으로 당사자들이 조정 절차의 기밀성에 대해 합의해야 할 사항으로 ‘(a) 조정이 발생했다는 사실을 비밀로 할 것인지 (“whether the fact that mediation took place should be confidential”); (b) 조정과 관련된 정보 또는 조정 중에 획득한 정보를 비밀로 할 것인지 (“whether information relating to or obtained during the mediation should be confidential”)’ 등을 제시한다.⁷⁰⁾

셋째, ‘조정인의 역할, 자격’과 관련하여, UNCITRAL 가이드라인은 조정의 공정성과 신뢰성을 확보하기 위해 조정인의 역할과 자격에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있다. 우선, 가이드라인은 조정인의 역할은 분쟁당사자에게 해결책을 강제하는 것이 아니라, 당사자들의 협상을 촉진하고 상호 합의 가능한 해결책에 도달하도록 돕는 중립적인 환경을 조성하는데 있음을 명확히 한다.⁷¹⁾ 또한, 조정인의 자격요건에 대해 공정성, 독립성, 분쟁당사자 및 분쟁 배경을 고려한 역량 및 경험을 요구하며, 이해충돌 사항에 대한 조정인의 공개의무도 설명하고 있다.⁷²⁾

넷째, ‘조정 합의의 집행’에 대해, UNCITRAL 모델 조정 조항은 당사자들이 조정 합의서 작성 시 싱가포르 조정 협약의 요건을 충족하도록 고려할 것을 직접적으로 요구한다.⁷³⁾ 또한, UNCITRAL 조정 가이드라인은 싱가포르 조정 협약이 ‘협약 당사국 법원에서

69) UNCITRAL, *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 37.

70) *Ibid.*, para. 38.

71) *Ibid.*, para. 14. (“A mediator facilitates the parties’ negotiations and assists the parties in arriving at a mutually agreeable solution. Accordingly, a mediator does not decide how the dispute shall be resolved but rather supports the parties in resolving the issues themselves through negotiation. A mediator creates a neutral environment for the parties to discuss, overcome deadlocks and arrive at a solution.”)

72) *Ibid.*, paras 16, 19. (“A mediator should be an experienced professional with recognized competence in carrying out mediation... A mediator should be able to take into account the needs, interests, concerns, constraints, and motivations of all the parties.” (Guideline 16), “A mediator should be independent and impartial. A mediator should therefore disclose relevant information to enable the parties to become aware of any conflicts of interest.” (Guideline 19)).

73) *UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), Provision 5 (“The parties should consider whether the settlement agreement resulting from mediation meets

국제분쟁의 조정 합의를 집행할 수 있는 수단 중 하나’ (“When it comes to cross-border enforcement of settlement agreements, ... one tool for parties to enforce settlement agreements in the courts of a State party to the Convention”)라고 설명한다.⁷⁴⁾

3. 조정 결과 집행의 규범적 한계: 싱가포르 조정 협약 (Singapore Convention on Mediation)

2018년 채택되어 2020년 9월 발효된 ‘조정으로부터 도출된 국제적 화해 합의에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)’, 즉 ‘싱가포르 조정 협약’은 국제 조정의 활성화에 있어 역사적인 이정표로 평가된다.⁷⁵⁾

그러나 ISDS의 맥락에서 이 협약은 한계가 있다. 싱가포르 협약은 제1조에서 그 적용 범위를 원칙적으로 ‘상사’(commercial) 분쟁으로 한정하고 있으며,⁷⁶⁾ 설령 ISDS 분쟁이 이에 포함된다 해도,⁷⁷⁾ 협약 제8조 제1항 (a)호는 체약국이 ‘자국 정부 또는 국가 기관이 당사자인 화해 합의’에 대해 협약의 적용을 배제하는 유보(reservation)를 명시적으로 허용하고 있다.⁷⁸⁾ 실제로 벨라루스, 이란, 사우디아라비아 등 다수의 국가가 이 유보

the requirements set forth in the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.”).

74) *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 45

75) See 이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 186 [“이 협약은 ‘조정으로부터 도출된 국제적 합의(mediation settlement agreement)’에 대해, 중재 판정의 집행을 보장하는 ‘뉴욕 협약(New York Convention)’과 유사한 수준의 국제적 집행력을 부여하려는 획기적인 시도이다”, “뉴욕 협약이 중재판정 (arbitral award)을 모든 체약 당사국 영역 내에서 집행할 수 있도록 하는 것이라면 싱가포르 협약은 조정 결과 (mediation settlement agreement)를 모든 체약 당사국 영역 내에서 집행하기 위한 시도이다.”]; Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), pp. 412-413 [“The Singapore Convention applies to international settlement agreements resulting from mediation and provides a harmonized legal framework for the right to invoke settlement agreements as well as for their enforcement.”].

76) *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (2018), Art. 1(1).

77) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 408 [“it appears from the Singapore Convention’s drafting history and other sources that the drafters of the Singapore Convention did not intend to exclude investment disputes from the Convention’s scope of application.”].

조항을 선언하며 자국 정부가 당사자인 조정 합의를 싱가포르 협약의 적용대상에서 제외하였다.⁷⁹⁾

[Singapore Convention on Mediation]

Article 1. Scope of application

This Convention applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute (“settlement agreement”) which, at the time of its conclusion, is international in that:

- (a) At least two parties to the settlement agreement have their places of business in different States; or
- (b) The State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either:

Article 8. Reservations

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.

싱가포르 협약 제8조의 존재는 ISDS에서 조정 활성화를 저해하는 주요 원인이 ‘집행력의 부재’ 문제가 아님을 역설적으로 보여준다. 만약 국가들이 진정으로 조정 결과(즉, 합의)의 이행을 원한다면, 협약 제8조의 유보를 선언할 이유가 없을 것이다. ISDS에서 조정 활성화를 저해하는 진정한 장애물은 *SPP v. Egypt* 사례에서 보듯이 정부 관료가 정치적 비난을 피하기 위해 합의를 거부하는 등의 이유로 한 ‘조정을 통한 합의 성립 자체의 어려움’이라고 할 것이다.⁸⁰⁾ 이와 같이 국가가 정치적·제도적 이유로 조정을 통한 합의 자체

78) *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (2018), Art. 8(1) (a).

79) 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 15 [“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 유보 하였다”].

80) Shu Shang, “Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA’s

를 거부하는 상황에서,⁸¹⁾ 조정 결과, 즉 합의의 ‘집행’은 다소 부차적인 문제가 될 수 밖에 없다. 따라서 이하에서는 ISDS에서 조정 합의의 ‘집행’ 문제에 앞서, ‘조정 합의 도달’을 저해하는 근본적인 요인인 정치적·제도적 문제, 즉 관료에 대한 정치적 보호장치의 부재 문제와 해결 방안을 구체적 ISDS 사례와 관련 투자협정을 통해 논하고자 한다.

III. ISDS 조정의 구체적 사례 및 투자협정 검토

앞서 제1장과 제2장에서 논의한 ISDS의 정당성 위기와 조정의 이론적 효용성, 그리고 그 활성화를 가로막는 ‘정치적 장벽’ 및 ‘관계 유지’의 필요성 등에 대한 논의는 추상적인 이론의 영역에만 머무르지 않는다. 본 제3장은 ISDS 역사상 조정의 부재 또는 실패가 부정적 결과를 초래한 사례(유형1)에서부터, 그럼에도 불구하고 최근 조정을 ISDS에 적용하려는 실무적인 시도(유형2), 나아가 조정을 투자협정 내에 공식적인 제도로 편입하는 제도적 진화(유형3)에 이르기까지, 구체적 사례와 투자협정을 세 가지 유형으로 나누어 고찰하고자 한다. 이를 통해 ISDS에서 조정 제도가 ‘실패한 분쟁해결수단’에서 ‘실험적 분쟁해결수단’을 거쳐, 투자협정을 통해 ‘제도화’ 되는 과정을 살피고자 한다.

1. 유형 1: 조정의 부재 또는 실패가 문제된 사례

ISDS 체제에서 조정(Mediation) 제도의 효용성은 역설적으로 조정 절차가 부재했던 분쟁 사례들이 남긴 부정적인 결과들을 통해 명확히 드러난다. 이하에서 검토할 사례들은 법적·경제적 합리성을 무력화시키는 국내 정치적 책임의 문제, 그리고 소위 승자독식(‘winner-takes-all’)의 중재절차가 초래하는 장기적 관계의 훼손과, 대심적(adversarial) 중재 절차의 경직성에 간혀 합의의 적기를 놓치는 ‘절차적 관성’의 폐해를 여실히 보여준다.

Dispute Resolution Mechanism”, *Journal of International Business and Law*, vol. 18 (2018), p. 233 [“The Egyptian Prime Minister’s rejection of a \$10 million negotiated settlement in favor of arbitration proceedings in SPP v. Egypt is often cited as an example by scholars to elaborate political pressures faced by a state in times of crisis.”].

81) 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 16 [“합의에 의한 분쟁해결에 가장 큰 난관은 당사자들, 특히 국가의 경우 “의사결정의 책임을 제3자에게 미루는 것을 원한다는 점”이다”].

가. SPP v. Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3): 정치적 책임 문제

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt 사건 (ICSID Case No. ARB/84/3 (1992))은 법적·경제적 합리성이 국내의 ‘정치적 책임 부담’에 의해 좌절될 때 어떠한 비효율이 초래되는지를 보여주는 조정 실패의 전형적 사례이다. 당시 이집트 정부는 합리적인 화해안을 수용할 기회가 있었음에도 불구하고 이를 거부하고 중재 절차를 강행함으로써 막대한 재정적 손실을 자초하였다.⁸²⁾

본 분쟁은 1974년 홍콩에서 설립된 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP(ME))가 이집트 국영 관광기업 (EGOTH)과 체결한 이른바 ‘Pyramids Oasis Project’ (기차 피라미드 인근 대규모 관광단지 개발) 관련 합작 투자계약에서 비롯되었다.⁸³⁾ 그러나 1977년 말부터 피라미드 고원 일대 미발굴 유적 보존을 요구하는 국내 정치적 반발이 고조되었고, 1978년 5월 27일 문화·정보부 장관령, 같은 해 5월 28일 이집트 투자청(GIA)의 승인 철회 결의, 같은 해 6월 19일 대통령령 제267호 및 7월 11일 총리령에 의해 해당 토지가 ‘공공의 고고학 유산’ (“public property (Antiquity)”)으로 재분류되면서, 기존 관광 개발 허가가 취소되어 프로젝트는 전면 중단되었다.⁸⁴⁾

이에 청구인 측은 피청구국이 이집트 법률 제43호 (Law No. 43) 및 Heads of Agreement (관광단지 개발 합작 투자계약)상의 의무를 위반했다고 주장하며, 프로젝트 종료에 대한 보상금의 지급을 요청하며 이집트 (ARE)를 상대로 1984년 8월 24일 국제투자분쟁해결센

82) 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*, vol. 17, no. 2 (2021), p. 387 [“The Egyptian Prime Minister chose to proceed with arbitration rather than agree to a negotiated settlement of \$10 million. The arbitral panel later issued an award of \$32.6 million against Egypt.”].

83) *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits (20 May 1992), paras. 1, 42-61.

84) *Ibid.*, paras. 62-70 [“In late 1977, the Pyramids Oasis Project began to encounter political opposition in Egypt and it became the subject of a parliamentary inquiry. Opponents of the project claimed that it posed a threat to undiscovered antiquities.”, In a decree issued on May 27, 1978, the Ministry of Information and Culture declared the land surrounding the Pyramids to be “public property (Antiquity).”, “On May 28, 1978, the GIA withdrew its approval... As a result of the Decree of the Minister of Culture and Information dated 28/5/78... it is impossible legally to implement this project on this land.”, “On June 19, 1978, Presidential Decree No. 267 was issued, cancelling Presidential Decree No. 475... On July 11, 1978, the Prime Minister issued a decree declaring these same lands d’utilité publique”].

터 (ICSID)에 중재를 제기하였다.⁸⁵⁾ 청구인 측은 이집트의 허가 취소 및 프로젝트 종료 조치를 자신들의 재산권(계약권을 포함)을 침해한 이집트 정부의 주권 행사에 따른 ‘합법적 수용 (lawful expropriation)’으로 보고 이에 대한 공정한 보상 (fair compensation)을 요구했다.⁸⁶⁾ 이에 대해 중재판정부는 1992년 5월 20일 본안 판정을 선고하며, 청구인의 주장을 대부분 인용하여 피청구국으로 하여금 청구인들에게 총 \$27,661,000 USD 및 지연이자를 연대하여 지급하도록 명하였다.⁸⁷⁾

주목할 점은 이 사건 분쟁 초기 단계에서, 즉, 청구인이 중재를 제기하기 전에 양 당사자 간에 시도되었던 합의 노력이다. 당시 청구인(SPP) 측은 1,000만 달러 (USD) 선에서 분쟁을 조기에 종결짓는 화해안을 제시한 바 있다.⁸⁸⁾ 그러나 당시 이집트 총리는 청구인 측과 위 금액에 자발적으로 합의할 경우 ‘정적들과 언론의 공격에 노출될 것’을 우려하여 위 화해안을 거부하고 중재절차를 택했다.⁸⁹⁾

이는 앞서 논한 ISDS에서 조정 활성화를 가로막는 주요 장애물인 ‘정치적 장벽’의 전형

85) *Ibid.*, paras. 1, 107 (“On August 24, 1984, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“the Centre” or “ICSID”) received a Request for Arbitration”, “asked for the following relief: ... determine that the ARE violated its obligations thereunder, determine the liability of the ARE to compensate SPP(ME) for the termination of its investment agreements”).

86) *Ibid.*, paras. 158, 183. (“Thus, the Claimants are seeking ‘compensation’ for a lawful expropriation, and not ‘reparation’ for an injury caused by an illegal act such as a breach of contract.” “Nor have the Claimants challenged the Respondent’s right to cancel the project. Rather, they claim that the cancellation amounted to an expropriation of their investment for which they are entitled to compensation under both Egyptian law and international law.”).

87) *Ibid.*, para. 257. (“THE TRIBUNAL, by a majority, AWARDS to Southern Pacific Properties (Middle East) Limited and Southern Pacific Properties Limited, jointly, THE SUM OF US \$27,661,000”).

88) 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*, vol. 17, no. 2 (2021), p. 387 [“The Egyptian Prime Minister chose to proceed with arbitration rather than agree to a negotiated settlement of \$10 million.”]; Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes Under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans* (Marc Bungenberg et al. eds., Springer, 2025), pp. 167-168 [“In SPP v. Egypt (the Pyramids case), the Egyptian Prime Minister had rejected a tentative settlement agreement of 10 million US dollars in favour of arbitration, since he considered that such a settlement “would open him to attack by opponents and the media”. This dispute was ultimately settled after arbitration for 17.5 million US dollars.”].

89) Catharine Titi, *ibid.*; Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 252 [“...the Egyptian Prime Minister rejected a negotiated settlement of \$10 million in favor of arbitration proceedings which would later issue an award for \$32.6 million against Egypt.”].

을 보여준다. 정책 결정권자의 관점에서 볼 때, 중재 패소로 인한 막대한 배상금 지급은 ‘제3자(중재판정부)에 의한 강제적 이행’이므로 정치적 문책의 소지가 상대적으로 적다. 반면, 조정을 통한 자발적 국고 유출은 관료의 주체적인 ‘적극적 결정’으로 간주되어, 추후 배임 등 부패 혐의로 수사를 받거나 정치적 비판을 받게 될 위험을 안게 된다.⁹⁰⁾

결국 이집트 정부는 정치적 책임을 피하기 위해 합의를 거부하고 중재절차를 강행했으며, 그 대가는 혹독했다. ICSID 중재의 복잡한 법적 공방 끝에, 이집트 정부는 당초 합의 가능했던 금액의 3배에 달하는 약 3,260만 달러 (배상금 및 지연이자 포함)를 배상해야 했다.⁹¹⁾ 이 사례는 분쟁의 합의에 의한 해결을 가로막는 가장 결정적인 장애 요인이 국가 내부의 ‘정치적 책임’ 문제임을 잘 보여준다.⁹²⁾

나. Metalclad v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1): 중재 승소 후의 관계 파탄

앞서 본 SPP 사례가 ISDS의 피청구국(국가) 측면에서 조정 부재로 인한 문제점을 보여준다면, Metalclad v. Mexico 사례는 승소한 청구인(투자자)에게조차 중재가 ‘상처뿐인 승리’가 될 수 있음을 시사한다. 즉, 이 사례는 투자가 본질적으로 투자유치국과의 장기적 신뢰 관계를 전제로 한다는 점을 간과한 채, 중재에서의 법적 승패에만 매몰될 경우 발생하는 문제점을 잘 보여준다.

본 분쟁은 미국 기업 Metalclad가 멕시코 연방 정부로부터 폐기물 매립지 건설 및 운영 허가를 획득했음에도 불구하고, 지방 정부(San Luis Potosí주 등)의 반대와 뒤이은 생태보호구역 지정 (Ecological Decree)으로 인해 사업 운영이 영구적으로 금지되면서 촉발되었

90) 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*, vol. 17, no. 2 (2020), p. 387 [“If citizens are unhappy with these agreements, they are likely to accuse the officials of weakness at best and corruption at worst.”]; Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), pp. 108-109 [“Government officials can end up in jail or be prosecuted for settling matters and for signing settlement agreements.”].

91) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 252.

92) See *ibid.*, p. 237. (“The greatest obstacle to the integration of mediation in ISD is arguably the political convenience of accepting an imposed decision and the reluctance of governments and state officials to take ownership over settlements.”).

다.⁹³⁾ Metalclad는 1997년 1월 2일 NAFTA 제11장에 근거하여 중재를 제기했고,⁹⁴⁾ 2000년 8월 30일 판정부는 멕시코 정부의 조치가 간접수용에 해당한다고 인정하여 투자자에게 미화 \$16,685,000.00 달러의 배상을 명하는 판정을 선고하였다.⁹⁵⁾ 법적으로는 투자자의 완벽한 승리였다.

그러나 중재절차에서의 승소에도 불구하고, Metalclad의 CEO였던 Grant Kesler는 이 경험에 대해 ‘극도로 불만족 (“decidedly unsatisfied”)’했다고 회고하였다.⁹⁶⁾ 그는 약 400만 달러에 달하는 막대한 중재 비용과 4년여의 소모적인 중재절차 기간도 문제였으나, 무엇보다 멕시코 정부와의 ‘사업적 관계 파탄 (“broken business relationship”)’을 가장 큰 손실로 지목했다. 그는 ‘중재의 목적이나 결과는 결코 깨진 사업 관계를 복구하는 데 있지 않다’고 비판했다.⁹⁷⁾

Kesler는 시간을 되돌릴 수 있다면 차라리 비공식적 분쟁해결수단을 선호했을 것이라고 밝혔다.⁹⁸⁾ 이는 분쟁당사자 간의 장기적 관계 유지를 핵심 가치로 삼는 조정(mediation)의 중요성을 일깨운다.⁹⁹⁾ 결론적으로 이 사례는 승소한 투자자에게조차 관계의 회복과 사업의 지속 가능성을 담보할 수 있는 조정 제도가 절실함을 방증한다.

93) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000), paras. 1, 29, 59. (“Metalclad alleges that Respondent, the United Mexican States... through its local governments of SLP and Guadalupe, interfered with its development and operation of a hazardous waste landfill.”, “The National Ecological Institute (hereinafter “INE”)... granted COTERIN a federal permit to construct a hazardous waste landfill...”, “On September 23, 1997... the Governor issued an Ecological Decree declaring a Natural Area for the protection of rare cactus. The Natural Area encompasses the area of the landfill. Metalclad relies in part on this Ecological Decree... maintaining that the Decree effectively and permanently precluded the operation of the landfill.”).

94) *Ibid.*, paras. 1, 8.

95) *Ibid.*, paras. 112, 131

96) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 251.

97) *Ibid.*, p.252. [“Neither the aim nor the consequence of arbitration is to repair a broken business relationship.”].

98) *Ibid.*, (“He stated how With the benefit of hindsight, he would have preferred to use more informal mechanisms to settle.”).

99) See 이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정: 효용성 제고와 제도적 확산을 위한 법적 쟁점”, 『국제법 학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 189. (“특히 조정 은 분쟁 종결 이후에도 분쟁 당사자들이 기존의 관계를 계속 유지해 나갈 가능성이 높다는 측면에서 큰 호응을 얻고 있다”)

다. Achmea v. Slovakia (PCA Case No. 2008-13): 중재절차 중 조정 권고

Achmea v. Slovakia 사례는 ISDS 중재절차가 일단 궤도에 오른 뒤에는, 설령 조정이 더 합리적인 해법임을 인지하더라도 당사자들이 일단 진행된 대심적 (adversarial) 중재절차에서 벗어나기가 매우 어렵다는 점을 보여준다. 이 사례는 조정이 중재절차와 병행적(in parallel) 수단이 아니라, 중재 개시 전에 의무적으로 시도되어야 할 선결적 절차, 즉 ISDS에서 ‘조정전치주의’ 도입의 필요성을 시사한다.¹⁰⁰⁾

이 사건 분쟁은 네덜란드 투자자인 Achmea (구 Eureko)가 슬로바키아 정부의 건강보험 시장 개방 및 민영화 조치에 따라 현지 보험사를 인수하여 운영하던 중 발생했다. 청구인은 2006년 슬로바키아의 정권 교체 후, 슬로바키아 정부가 민영 건강보험사의 이익 배당을 제한하고 민영 보험사를 시장에서 축출하기 위해 (“drive out”) 건강보험 시장을 사실상 국유화하는 조치를 단행한 것으로서, 이는 간접수용이자 네덜란드-슬로바키아 BIT상 공정평대우 의무(FET) 위반 등에 해당한다고 주장했다.¹⁰¹⁾ 이에 Achmea(청구인)는 2008년 10월 네덜란드-슬로바키아 BIT에 근거하여 슬로바키아를 상대로 UNCITRAL 중재규칙에 따라 PCA 중재를 제기하였다.¹⁰²⁾

중재절차가 상당히 진행되어 심리가 종결될 무렵, 중재판정부는 이례적으로 당사자들에게 조정을 권고하였다. 판정부는 ‘양측의 목표가 근본적으로 양립 불가능하지 않으며, 승자와 패자를 가르는 이분법적 법적 결정(“black and white solution of a legal decision”)이 본 사건에서 최적의 결과(“optimum outcome”)는 아닐 수 있다’고 언급하며, 중재와 같은 법적 판단을 받기 보다는 조정을 통해 상호 이익에 부합하는 해법을 찾을 것을 제안했다.¹⁰³⁾

이처럼 중재판정부가 스스로 중재판정보다 당사자들의 합의에 의한 해결이 더 낫다고 시사한 것은 상당히 이례적인 일이었다.¹⁰⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 당사자들은 이 권고를 따

100) See 오현석, “조정전치주의 도입과 ISDS 재협상 전략”, 『서울국제법연구』 제19권 제1호 (2012), pp. 19-24.

101) *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Final Award (Dec. 7, 2012), paras. 1-2, 123.

102) *Ibid.*, para. 12.

103) *Ibid.*, para. 60; Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2020, no. 2 (2020), p. 328. [“...the arbitral tribunal remarked at the close of the hearing... that... settlement ‘would be a good thing’ because... the aims of both sides seem to be approximately aligned, and that the black and white solution of a legal decision... is not the optimum outcome in this case.”].

르지 않았고 중재절차를 강행하여 2012년 최종 판정을 받았다.¹⁰⁵⁾ 판정부는 2012년 12월 7일 슬로바키아 정부의 조치가 공정공평대우 의무(FET) 위반이라고 판단하고 약 2,210만 유로의 배상을 명했다.¹⁰⁶⁾

이 사건은 분쟁당사자가 대심적 중재절차에 막대한 법률비용을 투입하고¹⁰⁷⁾ 법적 공방을 거치며 적대적 구도가 고착화된 후에는, 단순히 조정 권고만으로는 이미 개시된 중재절차에서 벗어나기 어렵다는 점을 보여준다. 결국 이는 조정이 실효성을 가지려면 분쟁 초기 단계, 즉 당사자들의 매몰비용이 발생하거나 적대적 구도가 형성되기 이전에 시도되어야 함을 시사한다.

2. 유형 2. ISDS에서 조정의 적용 사례

앞서 살펴본 ISDS에서의 조정 실패 사례들에도 불구하고, ISDS 제도의 높은 비용과 소요되는 기간 등에 대한 비판이 확산되면서, 최근에 실제 ISDS 분쟁에서 조정을 적용하려는 시도들이 나타나고 있다. 이는 조정이 더 이상 이론적 논의에 머무르지 않고, 국가의 주권과 고액의 배상금이 얽힌 난이도 높은 국제투자분쟁을 해결할 수 있는, 현실적이고 실용적인 대안적 분쟁해결수단으로 인식되기 시작했음을 보여준다.

가. Barrick (Niugini) v. Papua New Guinea (ICSID Case No. CONC/20/1): ICSID Conciliation 절차 활용

Barrick (Niugini) v. Papua New Guinea 사건은 1966년 ICSID 협약(ICSID Convention)에 명시된 공식 ‘Conciliation’ 절차가 최근의 대규모 자원개발 관련 ISDS 분쟁에서 활용된 사례적인 조정 성공 사례이다.¹⁰⁸⁾ ICSID 역사상 접수된 Conciliation 사건은 2025년 5월 기준

104) James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20 (2020), p. 83. (“In the arbitration between Achmea and the Slovak Republic, the tribunal made an uncourtly remark to the parties at the close of the hearing on the merits:...”)

105) *Ibid.* (“the parties did not attempt mediation but pressed forward in arbitration proceedings.”).

106) *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Final Award (Dec. 7, 2012), para. 352.

107) 만약 당사자들이 이 단계에서 조정에 동의하면 이 법률비용은 매몰비용이 된다.

108) See Barrick Gold Corporation, “Barrick Serves Notice of Dispute Over Porgera”, News Release (Jul. 10, 2020).

총 15건에 불과할 정도로 활용도가 극히 저조했다.¹⁰⁹⁾

이 분쟁은 파푸아뉴기니(PNG) 정부가 Porgera 광산의 특별 채굴권 (SML, Porgera Special Mining Lease) 갱신을 거부하고, 대신 국영기업이 광산을 소유할 것이라고 주장함에 따라 발생하였다.¹¹⁰⁾ 이에 광산 운영사의 합작 투자자인 Barrick의 호주 자회사(Barrick (PD) Australia Pty Limited)는 2020년 8월 11일 ICSID 중재(ARB/20/27)를 제기하였다.¹¹¹⁾ 한편, 투자자는 중재제기 이전부터 협상 가능성을 열어두었고, 이에 합작법인인 Barrick (청구인의 모회사)는 위 중재 등록(2020년 8월 11일) 이전인 2020년 7월 22일 ICSID Conciliation 절차(CONC/20/1)를 개시하였다.¹¹²⁾

이는 투자자가 의도적으로 중재와 공식적인 Conciliation 절차를 병행하여 (in parallel) 활용하는 소위 ‘투 트랙 (Two-track)’ 전략을 취한 것으로 보인다.¹¹³⁾ 즉, 중재를 통해서도 패소 시 막대한 배상금을 지불해야 한다는 법적 리스크로 정부를 압박하는 동시에, 조정 절차를 통해서도 정부에 분쟁 해결을 위한 비공식적/비구속적 분쟁해결절차를 통한 퇴로와 합의할 수 있는 정치적 명분을 제공한 것이다.¹¹⁴⁾

109) Gennadiy Tsirat & Oleksiy Maslov, “The Role of Mediation and Conciliation in the International Investor State Dispute Settlement”, *Actual Problems of International Relations*, vol. 1, no. 163 (2025), p. 89; 김도경, “투자자-국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 7. (“ICSID에 따르면... 컨실리에이션 절차 역시 아직 활발하게 활용되고 있지는 않은 것으로 확인된다”)

110) Barrick Gold Corporation, “Barrick Serves Notice of Dispute Over Porgera”, News Release (Jul. 10, 2020).

111) *Barrick (PD) Australia Pty Limited v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. ARB/20/27, ICSID Case Database; James Claxton, Luke Nottage & Ana Ubilava, “Mandatory Investor-State Conciliation Before Arbitration in Asia-Pacific Treaties: New Developments and Implications for India and Australia”, *The Indian Journal of International Economic Law*, vol. 13 (2021), p. 213. (“Barrick Niugini is a joint venture between Chinese Zijin Mining and Canadian Barrick Gold, whose Australian subsidiary instituted an ICSID Convention arbitration in parallel with the conciliation on 11 August 2020 under the 1990 Australia-PNG BIT.”)

112) Barrick Gold Corporation, “Barrick Serves Notice of Dispute Over Porgera”, News Release (Jul. 10, 2020); James Claxton, Luke Nottage & Ana Ubilava, “Mandatory Investor-State Conciliation Before Arbitration in Asia-Pacific Treaties: New Developments and Implications for India and Australia”, *The Indian Journal of International Economic Law*, vol. 13 (2021), p. 213. (“The latest was filed by Barrick Niugini Ltd against Papua New Guinea on 22 July 2020 under a mining lease contract.”)

113) See James Claxton, Luke Nottage & Ana Ubilava, “Mandatory Investor-State Conciliation Before Arbitration in Asia-Pacific Treaties: New Developments and Implications for India and Australia”, *The Indian Journal of International Economic Law*, vol. 13 (2021), p. 213.

114) Ignacio de la Rasilla, ““The Greatest Victory”? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 174. (“thus

이러한 전략은 주효했다. 양측의 Conciliation 절차 진행 합의로 ICSID 조정위원회 (Conciliation Commission)가 공식 구성되었으며, 2021. 4. 9. 조정위원회는 양측에 조정보고서를 제시(비공개)하며 절차를 종료했다.¹¹⁵⁾ 양측의 협상 결과, 2021년 4월 10일 광산 운영 재개를 위한 구속력 있는 기본 합의(binding Framework Agreement)에 도달했다.¹¹⁶⁾ 이 합의는 PNG 정부 측이 광산의 과반 지분(51%)을 확보하고 BNL이 나머지 소수 지분(49%)을 보유하되, BNL이 계속해서 광산 운영자(operator)로서 실질적 운영권을 유지한다는 내용을 골자로 한다.¹¹⁷⁾ 즉, 조정을 개시한 지 수개월 만에 양측은 합의에 도달한 것으로, BNL이 지분의 51%를 정부에 넘겨서 정부가 ‘자원을 국유화했다’고 정치적으로 명분을 가질 수 있게 하고 Barrick은 49% 지분을 갖지만 광산의 운영권을 계속 갖게 된 것이다. 결국 PNG 정부는 정치적 명분을 얻고 투자자 BNL측은 실리를 챙긴 것으로, 이는 중재판정으로는 달성하기 어려운 창의적인 소위 ‘Win-Win’ 해법이라고 할 것이다.

이 사건 절차는 비공개로 진행되어 구체적인 조정 경위는 알 수 없으나, 2021. 4. 9. 조정보고서 발간 이후 2021. 4. 10. 기본합의 체결에 대한 투자자 측의 보도자료가 발행된 점에 비추어, Conciliation 절차가 양측이 분쟁을 종국적으로 종결하고 투자자 측이 광산 운영을 재개하는 포괄적 합의에 도달하는 데 기여한 것으로 보인다. 이는 비록 2022년 신설된 ICSID 조정(Mediation) 규칙이 아닌 전통적인 Conciliation 절차이긴 하나, 중재 제기 전 조정 절차를 개시한 뒤 중재신청도 제기하는, ‘先 조정-後 중재 병행’ 전략(소위 ‘Med-Arb 투 트랙’ 전략)으로 고액의 민감한 투자분쟁을 시간과 비용 측면에서 효율적으로 해결할 수 있음을 보여주는 사례이다.

helping to enable settlement ‘in the shadow of arbitration’”)

115) *Barrick (Niugini) Limited v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID Case No. CONC/20/1., ICSID Case Database

116) Barrick Niugini Limited, “Barrick Niugini Limited and the Government of Papua New Guinea Sign Framework Agreement to Reopen Porgera Mine”, News Release (Apr. 10, 2021). (“SATURDAY 10 APRIL 2021: Barrick Niugini Limited confirms that a binding framework agreement, the first step of the process to reopen Porgera Mine has been agreed between Barrick Niugini Limited and the Government of Papua New Guinea.”)

117) *Ibid.* (“Under the terms of the agreement, ownership of the Porgera Mine will be held in a new joint venture owned 51% by PNG stakeholders and 49% by Barrick Niugini Limited, which remains the operator of the mine.”)

나. Systra v. Philippines (ICC Case): IBA 규칙 기반 조정 시도 사례

Systra v. Philippines 사례는 ISDS에서 조정 제도가 ICSID 외의 규칙과 기관을 통해 활용될 수 있음을 보여주는 사례이다. 본 분쟁은 Systra SA와 그 현지 자회사인 Systra Philippines, Inc.가 필리핀 정부 기관을 상대로 제기한 지하철 및 철도 프로젝트 관련 장기 간 미지급된 대금 청구에서 비롯되었다. 투자자 측은 중재절차를 피하고자, 중재를 제기하는 대신 2012년 세계변호사협회(IBA)가 제정한 ‘투자자-국가 간 조정 규칙(IBA Rules for Investor-State Mediation)’에 따라 국제상업회의소(ICC) 산하 ‘국제 ADR 센터’에서 조정을 진행하기로 합의했다.¹¹⁸⁾

이 사례는 두 가지 측면에서 의의를 갖는다. 첫째, ISDS 분쟁 해결의 장이 ICSID 시스템에 국한되지 않고 ICC와 같은 전통적 상사중재기관으로 외연이 확장되고 있음을 보여준다. 둘째, IBA 규칙과 같은 ‘연성법(soft law)’이 실제 분쟁에서 당사자들의 합의에 의해 절차적 준거 규칙으로 채택되어 활용되었다는 점이다. 그러나 이 사건에서의 조정절차는 최종적인 합의 도출에는 이르지 못한 것으로 알려졌다.¹¹⁹⁾

3. 유형 3. ISDS 조정을 제도화한 차세대 투자협정 사례

ISDS 체제에서 조정 제도 발전의 마지막 단계는, 개별 분쟁이 발생한 뒤 ad hoc으로 조정을 시도하는 것을 넘어, ISDS의 근거가 되는 투자협정 자체에 조정을 공식적이고 제도

118) Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2020, no. 2 (2020), p. 338. (“The dispute brought by Systra SA and its local subsidiary, Systra Philippines, Inc., arises out of allegedly long overdue invoices for services and work performed on infrastructure projects (including metro and rail projects) for various government agencies of the Philippines.”, “In an effort to avoid arbitration, the parties agreed to conduct a mediation pursuant to the 2012 IBA Rules at the ICC-ADR Centre.”); Luke E. Peterson, “In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute”, *IA Investment Arbitration Reporter* (Jul. 19, 2016). (“In an effort to avert arbitration, the parties have agreed to conduct a mediation pursuant to the 2012 International Bar Association rules for Investor-State Mediation, and under the auspices of the ICC-ADR Centre. “, “It’s unclear whether the 2012 rules have been used to mediate other disputes between investors and states – this is the first known case involving a sovereign (rather than merely state-owned entities or private respondents)”).

119) Mariam Gotsiridze, “Challenges of mediating investor-state disputes.”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol 39, no. 1 (2024), p. 110. (“One example is Systra v Philippines, where parties unsuccessfully attempted mediation under IBA Rules”)

화된 분쟁해결 절차로 명시하는 것이다. 이는 조정을 단순한 권고적 분쟁해결수단에서, 구체적인 조정 절차규칙과 조정 전담기관이 뒷받침하는 규범적 절차로 격상시키는 중대한 변화이다.

가. 중국 CEPA (홍콩-중국 본토 간 투자협정): 중재절차의 배제

홍콩과 중국 본토 간에 체결된 ‘포괄적 경제동반자 관계 강화 협정(CEPA)’은 ISDS의 정당성 위기에 대응하는 급진적인 국가 주도형 모델을 제시하고 있다. 이 협정은 기존 투자협정상 분쟁해결조항의 핵심이었던 ‘투자자-국가 간 중재(arbitration)’ 조항을 전면 배제하였다.¹²⁰⁾

대신, 이 협정은 조정을 독립적인 분쟁해결수단으로 하는 메커니즘을 도입하였다.¹²¹⁾ 이에 따라 투자자는 국가를 상대로 중재를 제기할 수 없으며, 대신 협정이 지정한 조정 기관(예: CIETAC)을 통한 조정이나 국내 사법 절차에 의존해야 한다.¹²²⁾

즉, 협정 제19조 및 제20조(투자자-국가 분쟁 해결)는 투자자-국가 간 투자분쟁 발생 시 그 분쟁은 투자자의 신청에 의해 조정 절차를 통해 해결될 수 있다고 규정하며, 조정을 투자자가 선택할 수 있는 주요 공식 분쟁해결절차로 명시하고 있다.¹²³⁾

120) Romesh Weeramantry, Brian Chang & Jay Santiago, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 228. (“the China-HK CEPA IA... also contain detailed mediation provisions. They are unique because they do not provide for ISDS arbitration.”); Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 178. (“mediation in CEPA is not adopted as an ‘additional means’ of ADR, but is instead treated as the ‘primary means’ to resolve investment disputes without the ‘choice of arbitration as a fall-back option’.”)

121) Shu Shang, “Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA’s Dispute Resolution Mechanism”, *Journal of International Business & Law*, vol. 18, no. 2 (2019), p. 234. (“CEPA’s inclusion of an independent, stand-alone mediation mechanism should be seen as China’s pragmatic response to the ISDS legitimacy crisis.”)

122) *Investment Agreement under the Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement* (signed 28 June 2017), Art. 19; Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, (2020), p. 335 (“The two Mainland mediation institutions approved to deal with the disputes between Hong Kong investors and the Mainland... are the Mediation Center of the China Council for the Promotion of International Trade/the China Chamber of International Commerce, and China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”).”).

123) *Investment Agreement under the Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement*

[Investment Agreement under the Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA)]

Articles 19 Dispute Settlement between a Hong Kong Investor and the Mainland

1. A dispute arising from a claim by a Hong Kong investor that it or its covered investment has suffered losses or damages resulting from a breach by the Mainland authorities or institutions of the obligations provided in this Agreement in relation to the Hong Kong investors or their covered investments (hereinafter referred to as “investment disputes”) may be settled by the following means:
 - (v) resolution through mediation whereby a Hong Kong investor may submit an investment dispute arising from this Agreement between that investor and the Mainland to a mediation institution of the Mainland side;
 - (vi) recourse to the judicial proceedings under the laws of the Mainland.

Article 20 Dispute Settlement between a Mainland Investor and Hong Kong

1. A dispute arising from a claim by a Mainland investor that it or its covered investment has suffered losses or damages resulting from a breach by the Hong Kong authorities or institutions of the obligations provided in this Agreement in relation to the Mainland investors or their covered investment, may be settled by the following means:
 - (iv) resolution through mediation whereby a Mainland investor may submit an investment dispute arising from this Agreement between that investor and Hong Kong to a mediation institution of Hong Kong;
 - (v) recourse to the judicial proceedings under the laws of Hong Kong.

이에 따라 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC) 등 지정된 기관이 CEPA 투자분쟁 조정 규칙을 별도로 마련하였다.¹²⁴⁾

만약 이러한 조정이 실패할 경우, 투자자는 국제중재가 아닌 투자유치국의 관할 국내법원에 소송을 제기할 수만 있다(“recourse to the judicial proceedings under the laws of the

(signed 28 June 2017), Arts. 19.1(v), 20.1(iv).

124) China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), *CIETAC Mediation Rules for Investment Disputes under the CEPA Investment Agreements* (eff. 12. Dec. 2018); Kun Fan, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, (2020), p. 335 (“The two Mainland mediation institutions approved to deal with the disputes between Hong Kong investors and the Mainland... are the Mediation Center of the China Council for the Promotion of International Trade/the China Chamber of International Commerce, and China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”).”).

Mainland/Hong Kong”).¹²⁵⁾

이는 사실상 투자자의 구제 수단을 투자유치국 국내법원의 소송절차로 한정하는 것이다. 이처럼 투자분쟁의 분쟁해결수단으로 중재를 배제하고 ‘조정’과 ‘국내소송’만으로 ISDS를 구성한 것은, 홍콩이 주권 국가가 아닌 중국의 특별행정구(Special Administrative Region)라는 점, 즉 ‘일국양제(One Country, Two Systems)’의 특수한 정치적·헌법적 위상을 고려할 때 국제투자분쟁에서 기존의 국제중재절차 모델을 그대로 적용하기 어렵다는 현실적 고려도 작용한 것으로 보인다. 아울러 이는 분쟁의 사법화(judicialization)보다는 조정 등을 통한 우호적 해결을 선호하는 중국의 전통적 법문화와, 사법 주권을 자국 내에 두려는 중국의 정책적 기조가 복합적으로 반영된 독자적인 모델이라 평가할 수 있다.¹²⁶⁾ 이는 결국 투자분쟁 해결의 주도권을 초국가적 국제중재 판정부에서 다시 국가(State)와 국내 사법체계로 가져오려는 중국의 정책적 의지를 반영한다.

나. EU의 CETA (캐나다-EU, 2016) 및 EU-Singapore IPA (2018): 투자법원과 조정

앞서 본 중국의 CEPA 협정이 투자분쟁에서 중재절차 자체를 배제하는 다소 급진적인 방식을 택했다면, 유럽연합(EU)이 주도하는 최신 투자협정들(예컨대, CETA, EU-Singapore IPA 등)은 기존의 ISDS 중재를 대체하는 투자법원 (Investment Court)을 도입함과 동시에, 조정을 공식 분쟁해결절차로 격상시켜 양자의 공존을 꾀하는 방법을 취하고 있다.

이들 EU의 최신 협정은 단순히 ‘조정을 할 수 있다’는 선언에 그치지 않고, 별도의 구체적인 ‘조정 절차규칙(Mediation Protocol)’을 상세한 부속서(Annex) 형태로 마련하고 있다는 점이 특징이다.¹²⁷⁾

125) *Investment Agreement under the Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement* (signed 28 June 2017), Arts. 19.1(vi), 20.1(v).

126) See Shu Shang, “Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA’s Dispute Resolution Mechanism”, *Journal of International Business & Law*, vol. 18, no. 2 (2019), p. 234 (“CEPA’s inclusion of an independent, stand-alone mediation mechanism should be seen as China’s pragmatic response to the ISDS legitimacy crisis.”); Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 189 (“This preference, which is deeply rooted in Confucian non-adversarial values, but which has also been recently fostered by awareness of the risks of a ‘litigation explosion’ at the domestic level, is becoming mirrored in ‘its design of a dispute prevention and resolution system in the diplomatically sensitive context of the Belt and Road Initiative’ (BRI).”).

예를 들어, CETA(캐나다-EU 포괄적 경제 무역 협정) 제8.20조(조정)는 아래와 같이 ‘당사자들은 언제든지 조정을 통해 분쟁을 해결하는 데 동의할 수 있다’고 명시하며,¹²⁷⁾ 조정인의 선임부터 조정절차의 종료(60일 내 해결 노력 등)까지, 조정절차에 관한 구체적 규정들을 제시하고 있다.

[European Union-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)]

Article 8.20 Mediation

1. The disputing parties may at any time agree to have recourse to mediation.
2. Recourse to mediation is without prejudice to the legal position or rights of either disputing party under this Chapter and is governed by the rules agreed to by the disputing parties including, if available, the rules for mediation adopted by the Committee on Services and Investment pursuant to Article 8.44.3(c).
3. The mediator is appointed by agreement of the disputing parties. The disputing parties may also request that the Secretary-General of ICSID appoint the mediator
4. The disputing parties shall endeavour to reach a resolution of the dispute within 60 days from the appointment of the mediator.
5. If the disputing parties agree to have recourse to mediation, Articles 8.19.6 and 8.19.8 shall not apply from the date on which the disputing parties agreed to have recourse to mediation to the date on which either disputing party decides to terminate the mediation. A decision by a disputing party to terminate the mediation shall be transmitted by way of a letter to the mediator and the other disputing party.

더 나아가, EU-싱가포르 투자보호협정(IPA, 2018)은 한층 더 발전된 형태를 보여준다. 우선, 이 협정은 1심 관정부(Tribunal of First Instance)와 상설 항소 관정부(permanent

127) Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Cockerell, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), pp. 227-228 (“The EU-Singapore IPA (2018) and the EU-Vietnam IPA (2019) contain a ‘Mediation Mechanism for Disputes between Investors and States’ in an annex. IIAs such as the Canada-EU CETA (2016) allow mediation rules to be formulated after conclusion of the treaty.”); See Global Affairs Canada, “Decision No 002/2021 of the Committee on Services and Investment of January 29, 2021 adopting rules for mediation for use by disputing parties in investment disputes”, (29 Jan. 2021), <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/rules-mediation-regles.aspx?lang=eng>.

128) *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* (signed 30 Oct. 2016), Art. 8.20(1).

Appeal Tribunal)로 구성되는 2심제의 투자법원 절차를 도입하고 있으며, 동시에 조정 절차를 규정함으로써 새로운 형태의 구속적 분쟁해결절차와 비구속적 분쟁해결절차(조정)의 공존을 추구한다.¹²⁹⁾ 동 협정 제3.4조(조정) 제1항은 ‘당사자들은 언제든지 의향서 접수 이전에도 조정을 통해 분쟁을 해결하는 데 동의할 수 있다’ (“The disputing parties may at any time, including prior to the delivery of a notice of intent, agree to have recourse to mediation.”)고 규정하며, [부속서 6]에 ‘투자자와 당사자 간 분쟁을 위한 조정 메커니즘(MEDIATION MECHANISM FOR DISPUTES BETWEEN INVESTORS AND PARTIES)’을 상세히 규정하고 있다.¹³⁰⁾ 이 부속서는 ‘분쟁당사자는 언제든지 조정 절차 개시를 요청할 수 있다’는 조정의 개시 원칙 (Annex 6, art. 2.1), 조정인 선정(Annex 6, art. 3), 조정절차 진행(Annex 6, art. 4), 비밀유지(Annex 6, art. 6), 그리고 상호 합의된 해결책 도출을 위한 60일의 노력 기한¹³¹⁾ 등 구체적인 조정절차 규정들을 포함하고 있다.

[EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018)]

ANNEX 6 MEDIATION MECHANISM FOR DISPUTES BETWEEN INVESTORS AND PARTIES

Article 2 Initiation of the Procedure

A disputing party may request, at any time, the initiation of a mediation procedure. Such request shall be addressed to the other party in writing.

이러한 EU의 접근 방식은 앞서 본 Achmea 사례에서 드러난 중재의 ‘절차적 관성’의 문제와 SPP 사례에서 드러난 ‘정치적 책임’ 문제를 극복할 대안이 될 수 있다. 첫째, 투자협정에 이미 구체적이고 상세한 조정절차 규칙(Protocol)이 명시되어 있다는 것은 공무원들에게 매뉴얼을 제공하는 것과 같다. 이는 조정을 조약(투자협정)이 예정한 공식적 절차의 이행으로 만들어 줌으로써, 관료들이 느끼는 정치적 부담을 경감시키는 정치적 보호장치

129) 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 9 (“유럽연합과 싱가포르 간의 투자보호협정은 1심 판정부(Tribunal of First Instance)와 상설항소판정부(permanent Appeal Tribunal)로 구성되는 2심제의 분쟁해결절차를 규정하고 있다.”).

130) *Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, of the other part* (“EU-Singapore IPA”) (signed 19 Oct. 2018), Annex 6, Art. 2.1 (“A disputing party may request, at any time, the initiation of a mediation procedure.”).

131) *EU-Singapore IPA* (signed 19 Oct. 2018), Annex 6, Art. 4 (“The disputing parties shall endeavour to reach a mutually agreed solution within sixty days from the appointment of the mediator. Pending a final agreement, the disputing parties may consider possible interim solutions.”).

로 기능할 수 있다. 둘째, 투자분쟁 초기부터 활용 가능한 공식적인 조정절차를 투자협정에 미리 마련해 둬으로써, 분쟁이 중재절차에서 대심적/적대적 구조로 고착화되기 전에 (즉, 절차적 관성이 발생하기 전), 조정절차를 통한 유연한 분쟁해결을 모색할 수 있는 제도적 근거가 될 수 있다. 이러한 EU의 투자협정상 조정에 대한 접근법은 향후 ISDS에서 조정 제도의 활용에 긍정적 영향을 미칠 것으로 예상된다.

IV. ISDS 조정 활성화의 장애 요인과 실효성 제고 방안

앞서 본 바와 같이, 국제투자분쟁(ISDS) 해결의 대안으로서 조정(Mediation)이 갖는 이론적 효용성은 상당하다. 그러나 실제 투자분쟁에서의 활용도는 극히 저조하여, 어느 학자는 이를 두고 ‘논의는 무성하나 실제 야생(wild)에서는 좀처럼 보기 힘든 동물’에 비유한 바 있다.¹³²⁾ 이처럼 ISDS에서 조정이 활성화되지 못한 근본적인 원인은 조정 제도 자체의 내재적 결함보다는, ISDS의 일방 당사자인 ‘국가(State)’가 갖는 특수성에 기인한다. 국가는 민간 기업과 달리 정책의 공공성, 주권의 수호, 그리고 국내 정치적 책임이라는 다양한 제약 하에서 의사결정을 내려야 하기 때문이다.

따라서 본 장에서는 ISDS 조정의 활성화를 가로막는 구조적 원인을 1) 국가 내부의 정치적·제도적 장벽과, 2) 국제투자분쟁 해결 과정상의 절차적 장벽으로 유형화하여 고찰한다. 이러한 원인 분석을 토대로, ISDS 조정 제도가 이론적 논의를 넘어 실효적인 분쟁해결 수단으로 기능하기 위한 구체적인 개선 방안을 모색하고자 한다.

1. 국가의 조정 기피 요인: 정치적·제도적 문제

국가가 투자자와의 분쟁에서 법리적·경제적으로 합리적인 조정안을 기피하는 현상은, 법적 판단보다는 정치적 책임 회피와 제도적 제약에서 기인하는 구조적 문제이다.

가. 정치적 요인: 책임 회피와 사후 감사의 두려움

132) Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Cockerell, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 237 (“Bart Legum... observing that ‘Mediation in investor-state disputes is an animal that is much discussed but rarely observed in the wild’”).

국가 관료가 조정을 기피하는 가장 근본적인 이유는 법적 문제가 아닌 정치적 책임 회피와 사후 감사에 대한 두려움 때문이다. 즉, 국가 관료는 대중 및 정치권의 비판이나 부패 혐의, 또는 개인적 책임을 지게 될 것을 우려하여 조정 합의에 대한 결정을 내리기를 꺼린다. 대신 관료는 분쟁 해결의 책임을 제3자인 중재판정부나 법원에 미루는 것을 선호한다. 비록 중재 패소로 인해 국가가 막대한 비용을 치르게 되더라도, 관료 입장에서는 외부 기관(제3자)이 내린 결정에 따르는 것이 정치적으로 더 수용하기 쉽기 때문이다. 즉, 중재판정은 관료에게 합의에 따른 정치적 비난이나 법적 책임 추궁으로부터 일종의 보호막을 제공하는 결과를 낳는다.¹³³⁾

반면, 조정은 ‘자발적 합의’를 본질로 하며, 이는 필연적으로 담당 관료가 공적 자금을 지출하기로 하는 등의 자발적/재량적 결정을 수반한다.¹³⁴⁾ 중재판정부라는 제3자의 강제 없이 국고를 지출해야 하는 이러한 자발적 의사결정은 해당 관료를 정치적 위험에 노출시킨다.¹³⁵⁾ 즉, 관료들은 자발적 합의가 자칫 정부의 ‘약함(weakness), 부패(corruption), 또는 외국 투자자에 대한 굴종(deference)’으로 비취질 것을 우려하여 합의를 꺼리게 된다.¹³⁶⁾

이러한 정치적 부담은, 특히 정권 교체 또는 정부에 대한 감사 기간에 조정에 의한 합의를 주도한 관료가 배임이나 부패 혐의로 감사나 수사를 받을 수 있다는 두려움으로 이어진다.¹³⁷⁾ 앞서본 *SPP v. Egypt* 사례는 합리적인 합의 가능성에도 불구하고, ‘반대파와 언론

133) Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), pp. 108-109, 115-116 (“when it comes to a potential payment of a sum of money from the State’s budget, many States might find it more ‘palatable’ were, say, a tribunal to make the decision for them. Then the government would avoid accepting political responsibility for settling”; “According to the 2018 NUS Survey Report, the most significant obstacle to settling disputes is ‘the desire to defer responsibility for decision-making to a third party’ such as a tribunal.”; “reluctant to make decisions... out of fear of public or political criticism, personal accountability or even criminal prosecution”; “defer the responsibility... to a third party such as a tribunal or court”).

134) See 이재민, “국가 간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 213 (“마찬가지로 국제법원 판결의 결과 배상금을 지불하는 경우는 국내법상 수용이 용이할 것이나 정부 담당관의 결정으로 추진되는 조정의 결과로 배상금을 지불하는 것은 쉽지 않을 것이다”).

135) Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), p. 115 (“Authorized government officials are reluctant to make decisions... out of fear of public or political criticism, personal accountability or even criminal prosecution.”).

136) James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 80 (“...reluctance of state agents facing investor claims to agree to settle those claims out of fear that voluntary settlement may suggest weakness, corruption, or deference to foreign investors...”).

의 공격’(“attack by opponents and the media”)을 받게 될 것이라는 정치적 두려움이 어떻게 합의를 좌초시키는지 보여주는 대표적인 예시이다.¹³⁸⁾

이러한 경향과 관련하여 2022년 싱가포르 국제분쟁해결연구소(SIDRA)의 설문조사 결과는 흥미로운 시사점을 제공한다. 해당 조사에 따르면 ‘외부 변호사(external counsel)’ 집단은 중재를 압도적으로 선호(89%)하고 조정 선호도는 21%에 그친 반면, 사내 변호사 및 정부 법률가를 포함한 ‘클라이언트(client users)’ 집단은 중재와 조정을 각각 50%로 균등하게 사용하는 것으로 나타났다.¹³⁹⁾ 그러나 이러한 통계적 수치에도 불구하고, 실무적으로 국가 관료는 여전히 조정에 소극적인 경향을 보인다. 실제로 2018년 NUS의 인터뷰 조사 결과에 따르면, 관료들은 정치적 비판이나 부패 혐의에 대한 두려움 때문에 스스로 결정을 내리기보다는, 제3자인 중재판정부나 법원에게 책임을 전가(defer responsibility)할 수 있는 중재 절차를 선호하는 것으로 확인되었다.¹⁴⁰⁾

나. 제도적 제약: 권한 부재와 예산 확보의 문제

137) Gotsiridze 역시 국가 공무원들이 투자자와의 합의 이후에 발생할 수 있는 ‘사후 감사 또는 이와 유사한 사후 조사 절차(“post-audit or similar post-mediation procedure scrutinizing the process”))를 가장 큰 우려 사항으로 꼽으며, 이는 종종 ‘공적 또는 정치적 비판, 개인적 책임, 심지어 형사 기소’에 대한 두려움으로 이어진다고 분석한다. See Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), pp. 107, 109, 115 (“...the main concern... is a so-called post-audit or similar post-mediation procedure scrutinizing the process...”; “...government officials can end up in jail or be prosecuted for settling matters... such developments have taken place in certain countries after the change of political forces and the government.”; “out of fear of public or political criticism, personal accountability or even criminal prosecution.”).

138) Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans: Trends and Challenges* (Springer, 2025), pp. 167-168 (“In SPP v. Egypt (the Pyramids case), the Egyptian Prime Minister had rejected a tentative settlement agreement of 10 million US dollars... since he considered that such a settlement ‘would open him to attack by opponents and the media’.”).

139) Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), pp. 105-106 (“Client users use arbitration and mediation more evenly (at 50 per cent for each mechanism), while external counsels indicated a much higher preference for arbitration (at 89 per cent... over mediation (at 21 per cent)).”).

140) *Ibid.*, pp. 108-109 (“in 2016-17, the Centre for International Law of National University of Singapore conducted a Survey on the Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes (2018 NUS Survey) and issued its Report in 2018 (2018 NUS Survey Report).”; “...the most significant obstacle to settling disputes is ‘the desire to defer responsibility for decision-making to a third party’...”).

설령 ISDS를 담당하는 국가 관료가 앞서 논의한 정치적 부담을 극복하고 조정을 통해 합의할 의지를 갖추었다더라도, 이를 실행할 수 있는 국내법적, 행정적 제도 자체가 부재한 경우가 많다. 이러한 제도적 제약은 ‘권한의 불명확성’, ‘예산 확보의 어려움’, 그리고 ‘부처 간 조율 실패’라는 세 가지 차원의 구조적 문제로 구체화될 수 있다.¹⁴¹⁾

첫째, 조정 합의를 체결할 ‘권한의 불명확성’ 문제이다. 많은 국가에서, 관료가 국가를 대표하여 법적 구속력이 있는 합의서에 서명할 수 있는 명시적인 법적 권한이 부재하거나 불명확하다. 예컨대 한국의 경우 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」에 소송상 화해 및 조정에 대한 규정이 있으나, 이 규정은 국내소송에 국한된 것이어서 ISDS와 같은 국제분쟁에서의 조정 권한까지 명시적으로 규정한 것인지 불명확하다는 지적이 있다.¹⁴²⁾ 이처럼 합의 권한의 불확실성은 그 자체로 담당 관료의 조정 시도를 위축시키며, 설사 조정 합의에 이르더라도 추후 권한남용 또는 절차적 정당성에 대한 시비에 휘말릴 위험을 높인다.¹⁴³⁾

둘째, 합의금 지급을 위한 ‘예산 확보’의 문제이다. 정부 예산 시스템은 통상적으로 ‘소송(또는 중재) 대응 비용’ 편성에 익숙하지만, 재량적 합의에 따른 ‘조정 합의금’ 지급을 위한 예산 항목은 별도로 책정되어 있지 않은 경우가 대부분이다. 합의에 이르더라도, 실제 집행을 위한 예산을 확보하기 위해서는 복잡한 추가적 입법 절차나 예비비, 예산 전용 승인절차 등을 거쳐야 하는 실무적 난관에 부딪힌다. 특히 한국 「국가재정법」 제25조 제1항에 따라 예산 외의 채무부담행위는 국회의 의결을 얻어야 하거나, 예비비를 사용하더라도 동법 제51조에 따라 국무회의 심의 및 대통령의 승인이라는 고도의 정치적·행정적 절차를 거쳐야 한다.¹⁴⁴⁾ 이러한 예산 확보의 복잡성과 경직성이 ISDS 사건을 조정으로 해결하는 것을 어렵게 만드는 요인으로 작용한다.¹⁴⁵⁾ 특히 중재판정부의 중재판정에 따라 배

141) See 김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 13 (“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.”).

142) See *ibid.*, p. 13 (“국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제12조에 따르면 조정사건의 경우에도 동법 제2조부터 제8조까지의 규정을 준용하고... 하지만 동법에서 언급하는 ‘조정사건’은 국내 조정사건을 염두하여 규정한 것으로 ISDS사건까지 염두해 둔 규정은 아니었던 것으로 이해된다.”).

143) *Ibid.*, p. 14 (“무엇보다도 가장 큰 어려움은... 각종 감사과정에서 문제가 제기될 가능성이나 정치적으로 문제될 가능성을 전혀 배제할 수 없다.”).

144) *Ibid.*, p. 13.

상금을 지불하는 경우와 달리, 국가 관료의 결정으로 추진되는 조정 결과에 따라 배상금을 지불하는 것은 국내법상 예산 확보 절차가 까다로워 현실적으로 쉽지 않다는 점이 지적된다.¹⁴⁶⁾

셋째, ‘부처 간 조율’의 문제이다. 투자분쟁은 그 성격상 법무, 산업, 환경, 재정 등 여러 부처의 소관 업무와 이해관계가 복잡하게 얽혀 있는 것이 특징이다.¹⁴⁷⁾ 이와 같이 ISDS 분쟁이 ‘수많은 다른 국가 부서 및 기관’(“numerous different State departments and agencies”)과 관련되어 있음으로 인해, 각 기관이 ‘자신만의 다른 이해관계와 고려사항’ (“its own different interests and considerations”)을 고수하기 마련이어서 조정절차의 진행과 합의 성립을 특히 어렵게 만든다.¹⁴⁸⁾ 따라서 이러한 다양한 국가기관 간의 이해관계를 조율하고 단일한 합의안을 도출할 주무부처(lead agency)나 부처간 이견을 조율할 제도적 장치가 미비한 경우, ISDS의 피청구국 정부는 부처간 의견 대립으로 인해 합의를 위한 협상에서 교착 상태에 빠질 위험이 크다.¹⁴⁹⁾

2. ISDS에서 조정의 절차적 한계

앞서 검토한 ISDS에서 조정의 정치적·제도적 제약이 국가 내부의 구조적 차원의 문제라면, 조정은 ISDS의 특수성으로 인한 절차적 문제도 안고 있다. 특히 조정의 성공을 담보

145) *Ibid.* (“...국가재정법 제25조 제1항... 미리 예산으로 국회의 의결을 얻어야 한다... 예비비를 사용하여 화해합의금을 지급하기 위해서는... 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 한다...”).

146) 이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호 (2022), p. 213.

147) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 429 (“Investment disputes typically involve multiple agencies or State entities (and not infrequently also on the part of the investor). This multi-agency scenario may require inter-agency coordination, channels of communication and information flow.”).

148) Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), p. 108 (“Third, investor-State disputes typically involve numerous different State departments and agencies, with each having its own different interests and considerations, which makes it particularly challenging to mediate and settle investor-State matters.”).

149) See Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), p. 430 (“The creation at the national level of so-called lead agencies tasked with the handling of investment disputes could make a notable difference in a State’s ability to effectively manage investment grievances.”).

하는 핵심 기제인 조정절차의 ‘기밀성’은 현대 ISDS 제도 개혁의 요구사항인 ‘투명성’과 정면으로 충돌하며, 이는 다시 ‘집행력의 부재’라는 조정 고유의 단점과 맞물려 그 활용을 저해하고 있다.

가. 기밀성(Confidentiality)과 투명성(Transparency)의 충돌 문제

ISDS에서 조정의 큰 절차적 문제 중 하나는 조정의 본질적 속성인 ‘기밀성’과 ISDS 개혁의 시대적 요구인 ‘투명성’ 간의 근본적인 가치 충돌이다.¹⁵⁰⁾

조정은 당사자들이 법리적 주장에서 벗어나 솔직하게 이해관계를 논의하고 창의적인 타협안을 제시할 수 있도록 하기 위해, 비공개 소통, 즉 엄격한 ‘기밀성(confidentiality)’을 전제로 한다. 이러한 기밀성은 당사자들이 분쟁에 대한 입장을 솔직하게 털어놓을 수 있는 편안한 대화(comfort level)를 하기 위해 필수적이다.¹⁵¹⁾ 2022년 신규 도입된 ICSID 조정 규칙(ICSID Mediation Rules) 제10조 역시 이러한 조정의 기밀성을 반영하여, 당사자들이 달리 합의하지 않는 한 조정의 내용뿐만 아니라 ‘조정을 하고 있거나 하였다는 사실(the fact that they are mediating or have mediated)’ 자체를 비밀로 하도록 규정하고 있다.¹⁵²⁾

150) See Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 181 (“A fourth and more recent concern arising over mediation in ISDS is related to disjunctive tensions between the goals of transparency in ISDS and the benefits of confidentiality in mediation.”).

151) Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans: Trends and Challenges*, eds. Marc Bungenberg et al. (Springer, 2025), p. 165 (“...confidentiality will encourage the parties to participate in the mediation ‘with a comfort level that enables them to be forthright in terms of their position regarding the dispute’.”).

152) ICSID, *ICSID Mediation Rules* (eff. 1 July 2022), Rule 10(2).

[ICSID Mediation Rules (2022)]

Rule 10 Confidentiality of the Mediation

- (1) All information relating to the mediation, and all documents generated in or obtained during the mediation, shall be confidential, unless:
 - (a) the parties agree otherwise;
 - (b) the information or document is independently available; or
 - (c) disclosure is required by law.
- (2) Unless the parties agree otherwise, the fact that they are mediating or have mediated shall be confidential.

그러나 현행 ISDS 체제는 그동안 ‘밀실 중재 (secret courts)’를 통해 투자유치국의 공공 정책, 환경, 인권 등 중대한 공익에 영향을 미쳐왔다는 시민사회의 거센 비판을 받아왔으며, 이에 UNCITRAL을 위시한 국제사회는 ‘모리셔스 투명성 협약(Mauritius Convention)’ 등을 통해 ISDS에서 투명성(transparency) 강화를 ISDS 제도 개혁의 핵심 과제로 다루어 왔다.¹⁵³⁾ 이러한 상황에서 국가가 비밀리에 조정 절차를 거쳐 투자자와 합의할 경우, 이는 시민사회와 의회로부터 ‘밀실 야합’(“behind-the-door”)이라는 비판을 초래할 위험이 상당하다.¹⁵⁴⁾

결국 이와 같은 조정의 ‘기밀성’은 역설적으로 앞서 지적한 관료들의 사후 감사 및 정치적 책임에 대한 두려움을 증대시키며, 이는 관료들이 조정을 더욱 기피하게 만드는 악순환을 초래한다.¹⁵⁵⁾

153) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 182 (“UNCITRAL’s Rules on Transparency... and the 2014 United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (‘Mauritius Convention’) entered into force... aimed at enhancing ‘public confidence legitimacy and accountability’...”).

154) Mariam Gotsiridze, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 39, no. 1 (2024), p. 111 (“Mediation might even be perceived as a behind-the-door process to reach unlawful agreements. State authorities... might be reluctant... for fear of criticism from the constituency and difficulty in justifying their decision to opt for it.”).

155) See Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), pp. 182-183 (“confidentiality also plays a role in policy considerations involved in the decision whether to engage in mediation...”).

이러한 난제에 대한 현실적인 절충안으로 CETA (캐나다-EU 포괄적 경제 무역 협정, Comprehensive Economic and Trade Agreement)을 주목할 만하다. CETA는 기밀성과 투명성이라는 상충되는 가치를 ‘조정 과정’과 ‘조정 결과’의 분리를 통해 조화시키려 시도한다. 구체적으로 CETA 서비스·투자 위원회의 결정문은 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, ‘(조정인의) 조언이나 제안된 해결책을 포함한 조정 절차의 다른 모든 단계’(“all other steps of the mediation procedure, including any advice or proposed solution”)는 비밀로 유지하되, ‘상호 합의된 해결책’(“mutually agreed solutions”)은 기밀로 지정된 정보를 제외하고 ‘대중에게 공개되어야 한다’(“shall be made publicly available”)고 명시적으로 규정한다.¹⁵⁶⁾ 이는 조정 절차에서 협상 과정의 기밀성을 보장하여 솔직한 대화와 타협을 유도하되, 조정 성립 시 결과의 투명성을 확보하여 공적 책임성을 담보하려는 시도로서, ISDS에서 조정의 기밀성과 투명성의 요구 사이의 균형을 모색하고 있다.

나. 조정 합의의 집행력 문제

조정이 중재에 비해 갖는 근본적인 취약점은 조정의 성립, 즉 합의 결과의 ‘집행력’ 부재에 있다. 중재 판정은 1958년 뉴욕 협약(New York Convention)에 따라 전 세계 체약국 내에서 집행력이 보장된다. 반면, 조정에서 도출된 합의는 본질적으로 당사자 간의 사적 계약에 불과하다. 따라서 일방 당사자가 이를 자발적으로 이행하지 않을 경우 그 자체로는 집행력이 없으므로 상대방은 별도의 계약 위반에 기한 소송을 제기하여 승소 판결을 받아야만 비로소 집행권원을 확보할 수 있다. 이에 따라 조정 합의가 임의 이행되지 않으면 ‘재정적, 인적 자원만 낭비될 수 있다’는 비판이 제기되며, 이는 분쟁당사자들이 조정을 기피하는 요인으로 작용한다.¹⁵⁷⁾

전술한 바와 같이 이러한 조정의 집행력을 보완하기 위해 2018년 채택된 ‘싱가포르 조정 협약(Singapore Convention on Mediation)’은 조정을 통한 합의에 뉴욕협약에 준하는 국제적 집행력을 부여하려는 획기적인 다자간 협약의 시도이다. 그러나 ISDS의 맥락에서 이

156) CETA Committee on Services and Investment, “Decision No 002/2021 of 29 January 2021 adopting rules for mediation for use by disputing parties in investment disputes”, (29 Jan. 2021), Art. 7(3).

157) Jaemin Lee, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, vol. 23, no. 2 (2024), p. 13 (“Enforceability raises a critical concern. Financial and human resources might be wasted if an agreed deal is not carried out.”).

협약은 한계를 지닌다. 앞서본 바와 같이, 싱가포르 조정 협약 제8조 제1항 (a)호는 계약국이 ‘자국 정부 또는 정부 기관이 당사자인’ (“to which it is a party, or to which any governmental agencies... is a party”) 합의에 대해 동 협약의 적용을 배제하는 유보(reservation)를 선언할 수 있도록 명시적으로 허용하고 있기 때문이다.¹⁵⁸⁾ 국가들은 일반적으로 스스로의 주권적 권한 행사의 결과가 외국 법원에서 집행되는 상황을 꺼리는 경향이 있으므로, 다수의 국가가 싱가포르 조정 협약에 가입 시 위 유보를 선언할 가능성이 상당하다. 결과적으로 싱가포르 협약은 상사 분쟁에서는 유효할지 모르나, 국가가 당사자인 국제투자분쟁에서는 그 실효성이 제한될 수밖에 없는 구조적 한계를 지닌다.

따라서 현행 ISDS 체제하에서 조정 합의의 집행력을 담보하는 현실적이고 효과적인 방안은 조정을 중재절차와 구조적으로 연계시키는 것이다. 이 방식은 조정절차를 진행한 결과 합의에 도달할 경우 (‘화해 판정’을 얻기 위한 목적으로) 중재절차를 개시하여, 중재판정부로 하여금 그 내용을 ‘화해 판정 (Award on Agreed Terms / Consent Award)’의 형식으로 기재하도록 요청하는 절차다. 이 ‘화해 판정’은 내용상 당사자간 합의이나, 효력상으로는 일반적인 중재 판정과 동일하게 뉴욕협약 또는 ICSID 협약상의 강력한 전세계 집행력을 확보하게 된다.¹⁵⁹⁾ 즉, 이는 ‘조정에 성공한 당사자들이 중재판정부로 하여금 조정을 통한 합의 내용을 중재판정에 통합하도록 요청함으로써, 당사자들은 그들의 합의가 ICSID 협약이나 뉴욕협약을 통해 집행 가능함을 보장받을 수 있게 되는 것’ (“By asking an arbitral tribunal to incorporate a settlement agreement into a consent award, parties can ensure that their agreement is directly enforceable... or enforceable via the New York Convention”)으로서, 조정의 유연성과 중재의 집행력이라는 두 제도의 장점을 결합하는 방안이다.¹⁶⁰⁾

158) 김도경, “투자자국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), p. 15 (“싱가포르조정협약 가입시 계약국은 유보조항에서 국가나 국가기관이 당사자인 경우 해당 협약을 적용하지 않도록 선택... 할 수 있기 때문이다(동 협약 제8조).”).

159) Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, *BCDR International Arbitration Review*, vol. 6, no. 2 (2019), pp. 428-429, n. 319 (“If ICSID mediation is pursued in parallel to an ongoing ICSID Convention arbitration and the parties reach a settlement during the mediation... parties could terminate the mediation, resume the arbitration and request the tribunal to embody their settlement in an award...”).

160) Monde Marshall, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 17, no. 2 (2017), p. 253 (“By asking an arbitral tribunal to incorporate a settlement agreement into a consent award, parties can ensure that their agreement is directly enforceable (if made under the auspices of ICSID), or enforceable via the New York

3. ISDS 조정 활성화 방안

ISDS에서 조정의 활용이 저조한 현상은 조정 제도 자체의 본질적 결함보다는, (상사분쟁과 달리) ISDS에서 국가 관료라는 특수한 행위자의 개입으로 인한 정치적 책임 문제와, 이를 해소할 제도의 미비라는 구조적 문제에서 근본적 원인을 찾을 수 있다. 앞서 검토한 바와 같이, 국가의 관료는 설사 합리적인 합의안이 제시되더라도 자발적 합의를 선택하는 순간 그 결정에 대한 정치적·법적 책임을 직접 부담해야 한다. 특히 내부 감사, 수사, 또는 여론과 국회의 비판(정치적 책임)에 대한 두려움은 관료로 하여금 합리적인 대안을 포기하고 중재판정부로의 책임 전가가 가능한 중재절차를 선호하게 만드는 요인이 됨은 앞서 살핀 바와 같다. 따라서 ISDS에서 조정이 활성화되기 위해서는 우선적으로 이러한 정치적, 제도적 문제가 해결되어야 한다. 이하에서는 이를 해결하기 위한 방안을 집중적으로 검토한다.

가. ‘조정전치주의(Mandatory Mediation)’의 도입

ISDS에서 조정이 실패하는 주된 이유 중 하나는 중재절차의 대심적/적대적 구조의 고착화, 즉 ‘절차적 관성’의 문제이다. 투자분쟁이 일단 공식적인 중재절차로 개시되어 진행되면, 당사자들에게 상당한 매몰비용이 발생하고 양측의 법적 주장이 날카롭게 대립하면서 적대적 관계가 고착화됨으로써 유연한 대화와 협상 가능성은 감소하게 된다.

이러한 문제를 대표적으로 보여주는 사례가 *Achmea v. Slovakia* 사건이다. 이 사건에서 중재판정부는 중재 심리가 종결될 무렵 이례적으로 당사자들에게 조정을 권고하며, ‘승패를 가르는 이분법적 법적 판단이 최적의 결과가 아니’라고까지 언급하며 합의를 유도했다.¹⁶¹⁾ 그러나 판정부의 이러한 노력에도 불구하고, 이미 적대적 관계가 고착화된 당사자들은 합의에 이르지 못하고 중재를 강행했다.¹⁶²⁾

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.”); See *ICSID Arbitration Rules* (2022), Rule 55(2) (“If the parties agree on a settlement of the dispute before the Award is rendered, the Tribunal: may record the settlement in the form of an Award, if the parties file the complete and signed text of their settlement and request that the Tribunal embody such settlement in an Award.”).

161) *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award (7 Dec. 2012), para. 60 (“the aims of both sides seem to be approximately aligned, and that the black and white solution of a legal decision in which one side wins and the other side loses is not the optimum outcome in this case.”).

‘조정전치주의(Mandatory Mediation)’는 바로 이러한 중재절차의 대심적/적대적 구도 문제를 극복하기 위한 제도적 장치이다. 이는 투자자가 국가를 상대로 중재를 제기하기 이전에, 투자협정에 규정된 우호적 협상기간 (냉각기, cooling-off period) 동안 또는 우호적 협상기간의 도과 이후에, 중재 제기의 선결적 조건으로서 조정절차를 의무적으로 시도하도록 강제하는 방안이다. 이는 분쟁당사자들을 중재절차 개시 전 의무적으로 조정절차를 거치게 함으로써, 중립적 제3자인 조정인의 관여 하에 분쟁당사자 간에 최소한의 협상 기회를 절차적으로 보장하는 효과가 있다. 실제로 2020년 퀸 메리 대학(Queen Mary University of London)의 설문조사 결과에 따르면, 응답자의 64%가 중재 제기 전 의무적 조정절차의 도입을 선호한다고 응답하여, 이에 대한 실무적 수요가 높음이 확인되었다.¹⁶³⁾

그러나 조정전치주의가 갖는 진정한 함의는 당사자 간 협상의 절차적 강제를 넘어, 앞서 논의한 국가 관료의 ‘정치적 책임’ 문제를 해소하는 기제로 작용한다는 것에 있다. 조정을 관료의 선택 사항으로 남겨두는 한, 합의(조정 성립)에 대한 정치적 책임은 오로지 관료 개인에게 귀속될 위험이 크다. 반면, 투자협정(BIT/FTA)에서 조정을 정식 중재 제기 전에 절차적으로 거쳐야 할 ‘의무’로 규정할 경우, 관료는 ‘나의 자발적 선택이 아닌, 조약상 법적 의무이기 때문에 조정 절차에 참여한다’는 명분을 확보하게 된다. 이는 관료로 하여금 정치적 부담과 비판에서 상당 부분 자유롭게 해주는, 일종의 ‘정치적 보호장치(“political cover”)’로서 기능할 수 있다.¹⁶⁴⁾

162) James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 83 (“Despite this observation, the parties did not attempt mediation but pressed forward in arbitration proceedings. ... the tribunal is a reminder that disputing parties, entrenched in their warring camps, may fail to see the potential benefits of mediation.”).

163) School of International Arbitration, Queen Mary University of London & Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), *2020 International Arbitration Survey: Investors’ Perceptions of ISDS* (May 2020), pp. 24-25; cited in Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Cockerell, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 235, n. 135 (“The 2020 Queen Mary University of London-Corporate Counsel International Arbitration Group Survey... surveyed 86 corporate counsel... of whom 30 per cent ‘strongly’ supported and 34 per cent ‘somewhat’ supported mandatory mediation before arbitration.”).

164) See 오현석, “조정전치주의 도입과 ISDS 재협상 전략”, 『서울국제법연구』 제19권 제1호 (2012), p. 24 (“분쟁이 발생 한 후에 당사자 간에 조정절차 회부 여부를 두고 합의를 한다는 것은 쉽지 않으며, 피신청인인 투자유치국 정부로서는 조정절차에 응하게 될 경우 정치적으로 어려운 상황에 처할 수도 있다.”; “따라서, 아예 FTA 협정문 상에 조정전치에 관한 규정을 두게 된다면 투자분쟁 발생 시 자연스럽게 양 당사자는 조정 절차에 응할 수 있을 것이다.”); See also James M. Claxton, “Compelling Parties to

이러한 효용성에 주목하여, 최근 아랍에미리트(UAE)가 코스타리카(2017년) 및 모리셔스(2015년), 아르메니아(2016년)와 체결한 BIT 등은 실제로 조정을 중재 개시의 ‘필수적 전제 조건(mandatory precondition)’으로 명시하기 시작했다.¹⁶⁵⁾ 또한, 인도네시아-호주 포괄적 경제 동반자 협정 (IA-CEPA, Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement) 제14.23조는 피청구국(State)이 요청할 경우 투자자는 의무적으로 조정(conciliation) 절차에 응해야 한다고 규정함으로써, 투자자에게 선택권이 아닌 강제적 의무로서의 조정을 부과하고 있다.¹⁶⁶⁾

나아가, 이와 같은 조정전치주의의 도입은 그 자체로 성공적인 합의(즉, 조정 성립)를 보장하지는 못하더라도, 당사자들이 투자협정에 의해 중재절차 전 선결적/의무적으로 거쳐야 하는 공식적인 조정 절차의 번거로움을 피하기 위해서라도, 투자분쟁이 발생한 초기 단계에서 더욱 진지하게 자발적/우호적 협상에 임하도록 촉진하는 유인책으로도 작용할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 따라서 대한민국 정부는 향후 신규 투자협정 체결 또는 개정 시, 중재 제기

Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 91, n. 101 (“An obligation to attempt mediation, or compulsions in that direction, would give the official the necessary political cover for entering into settlement negotiations and avoid any suggestion of weakness by the state.”).

165) ICSID, *Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation* (Jul. 2021), pp. 5-6 (“The Costa-Rica UAE BIT (2017) provides another example. Its Article 14 stipulates that ... ‘within three months after the respondent receives notification of the dispute, it must submit to a third - party procedure such as conciliation or mediation before an authorized center of the Party complained against in the dispute’”; “The Mauritius-UAE BIT (2015) also provides for “consultations and negotiations” in the initial phase, and thereafter makes mediation or conciliation mandatory for investors, at the State’s election. Its Article 10(3) provides “When required by the Contracting Party, if the dispute cannot be settled amicably within three months from the date of receipt of the written notice, it shall be submitted to the competent authority of that Contracting Party or arbitration centers thereof, for conciliation and mediation”).

166) 김도경, “투자자-국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호 (2023), pp. 23-24 (“예를 들어 인도네시아와 호주간 포괄적 경제 파트너십 협약(the Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement) 제14.23조의 경우 투자자의 경우에 한해서 의무적인 조정(conciliation)조항을 두고 있다.”); ICSID, *Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation* (Jul. 2021), pp. 5-6 (“The Australia-Indonesia CEPA (2019) provides for consultations in the initial phase, followed by a mandatory conciliation phase. It stipulates that “[i]f 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 [i.e., the State party to the dispute] may initiate a conciliation process, which shall be mandatory for the disputing investor, with a view towards reaching an amicable settlement.” (Chapter 14, Article 14.23)).

167) 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*, vol. 17, no. 2 (2021), pp. 374, 398, 401 (“We also argue that mediation should be made mandatory

전 냉각기간 중의 단순한 ‘우호적 협상(consultation)’ 조항을 넘어, 냉각기간 도중 또는 냉각기간 이후에 의무적으로 조정절차를 거치도록 하는 취지의 ‘조정전치주의’ 조항을 도입함으로써, 분쟁 해결의 효율성을 제고하는 방안을 고려함이 상당하다.¹⁶⁸⁾

나. ‘전문가 자문 조정/평가적 조정(Expert Advisory/Evaluative Mediation)’의 적극 활용

조정전치주의가 국가 관료에게 조정 협상에 참여할 절차적 명분을 제공한다면, ‘평가적 조정(Evaluative Mediation)’ 혹은 ‘전문가 자문 조정(Expert Advisory Mediation)’은 관료로 하여금 합의(조정)안에 서명할 실질적 명분을 제공한다. 이는 ISDS 조정 활성화의 최대 장애물인 관료의 ‘정치적 책임’ 문제를 극복하기 위한 현실적이고 실효적인 방안이다. 국제법과 국제분쟁의 전문가인 조정인이 제공하는 객관적인 승소 가능성 평가와 권고안은 국가 관료들에게 협상에 대한 정당성을 부여하며, 이는 추후 발생할 수 있는 정치적 비판을 방어할 수 있는 ‘방패’로서 기능하기 때문이다.¹⁶⁹⁾

앞서 SPP v. Egypt 사례에서 분석했듯이, 이집트 총리가 이집트 측에도 합리적인 합의안을 거부한 근본적 이유는 법리적 판단 오류가 아니라, 자발적 합의가 ‘반대파와 언론의 공격을 초래할 것’(“would open him to attack by opponents and the media”)이라는 정치적 두려움 때문이었다.¹⁷⁰⁾ 이러한 현상은 앞서본 싱가포르국립대학(NUS) 국제법연구소의 2018년 조사 결과에서도 확인된다. 해당 조사에서 전문가들은 ISDS에서 국가가 합의를 주저하는 가

— not because that will make the occurrence of mediation more likely, but because the threat of mandatory mediation will incentivize parties to intervene earlier, negotiate sooner, and negotiate more effectively.”).

168) See Daejung Kim, “Alternative Resolution to Investor-State Arbitration-Appling Mediation and Its Prospects”, *Journal of Comparative Private Law* (비교사법), vol. 27, no. 2 (2020), p. 416 (“One of the most efficient ways to clear obstacles is that Korean government can prioritize mediation as an alternative mechanism to investment arbitration and insert mediation clause in bilateral investment treaties as a pre-condition to arbitration when making FTAs, RTAs and more.”).

169) Angela Ray T. Abala, “The Role of Expert Advisory Mediation in Addressing Practical and Political Barriers to ISDS Mediation”, *Dispute Resolution Review*, vol. 2, no. 1 (2023), p. 22 (“One commentator has described expert advisory mediation as having ‘a psychological effect on ... concerned state representatives in terms of confidence-building that they stand upon some credible platform in respect of their negotiation with the foreign investor ... It may provide them with some legitimacy for their negotiation, hence a shield for deflecting any political criticism later on’.”).

170) Catharine Titi, “Mediation of Investment Disputes under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in *Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans: Trends and Challenges*, eds. Marc Bungenberg et al. (Springer, 2025), pp. 167-168.

장 큰 원인으로 ‘의사결정의 책임을 제3자(중재판정부)에게 전가하려는 마음’ (“desire to defer responsibility”)를 지목했으며, 이어 ‘대중의 비판에 대한 두려움’, ‘부패 혐의 소추에 대한 두려움’ 등을 주요 장애요인으로 꼽았다.¹⁷¹⁾ 즉, ISDS에서 국가 관료는 투자자와의 합의하기로 결정하기 보다는, 비록 패소하더라도 면책이 가능한 중재판정을 선호하는 경향이 뚜렷하다.

이러한 모순은 ‘평가적 조정(Evaluative Mediation)’ 또는 ‘전문가 자문 조정(Expert Advisory Mediation)’ 모델을 통해 해소할 수 있다. 이 모델에서 조정인은 단순히 대화를 돕는 촉진자의 역할을 넘어, 당사자의 요청이 있을 경우 분쟁의 법적·사실적 쟁점, 분쟁의 승소 가능성과 합의안의 적정성 등에 대한 객관적인 ‘전문가적 의견(expert opinion)’ 또는 비구속적인 ‘평가(evaluation)’를 제시한다. 이러한 의견과 평가는 비록 법적 구속력은 없으나, ICSID 등 공신력 있는 기관이 지명한 전세계적 국제법 전문가(조정인)가 제시한 견해라는 점에서 이는 상당한 법적 권위를 지니므로 국가 관료들에게 협상 결과에 대한 정당성(legitimacy)을 부여할 수 있다.¹⁷²⁾

만약 SPP v. Egypt 사례에서 ICSID가 임명한 조정인이 ‘ISDS 중재절차에서 이집트 정부의 패소 가능성이 높으며, 제시된 미화 1,000만 달러의 합의안은 중재판정 인용 예상액에 비추어 합리적’이라는 평가적 의견을 제시했다면, 이집트 총리는 이를 근거로 합의안에 대한 수락 결정이 본인의 자의적 결정이 아닌, 전세계적 국제법 전문가의 합리적 권고 의견 또는 평가에 따른 국익 보호조치였음을 입증하고 정치적 책임론을 불식시킬 수 있었을 것이다.

이러한 평가적 조정의 중요성은 ICSID에 의해 공식적으로 제도화되었다. 2022년 7월 1

171) 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 (Sept. 2018), pp. 12-14, <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/09/NUS-CIL-Working-Paper-1801-Report-Survey-on-Obstacles-to-Settlement-of-Investor-State-Disputes.pdf> ; cited in James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 85 (“A 2016 report... found that states are more reluctant to settle disputes than investors and that the main reason for their reluctance is a preference to defer responsibility for deciding disputes to third-party adjudicators... Underlying this concern is fear of allegations or prosecution for corruption, fear of public criticism, and fear of setting a settlement precedent...”).

172) Angela Ray T. Abala, “The Role of Expert Advisory Mediation in Addressing Practical and Political Barriers to ISDS Mediation”, *Dispute Resolution Review*, vol. 2, no. 1 (2023), p. 22.

일 발효된 ICSID 조정 규칙(ICSID Mediation Rules)은 제21조(조정 절차) 제4항에서, ‘모든 당사자가 요청할 경우(“if requested by all parties”), 조정인이 분쟁 중인 쟁점의 해결을 위한 구두 또는 서면 권고(“oral or written recommendations for the resolution of any issues”)를 할 수 있음’을 명시하였다.¹⁷³⁾ 이는 분쟁당사자들의 요청이 있는 경우 조정인의 역할을 ‘소극적 조정 촉진자’에서 ‘적극적 평가자’로 확장할 수 있는 근거를 마련한 것으로, ISDS에서 조정 활성화를 저해하던 핵심 요인인 관료의 정치적 책임 문제를 해결할 수 있는 제도적 장치가 될 것으로 기대된다.

[ICSID Mediation Rules (2022)]

Rule 21 Mediation Procedure

- (1) The mediator shall conduct the mediation in accordance with the Protocol and shall consider the views of the parties and the issues being mediated.
- (2) The mediator may request that the parties provide additional information or written statements.
- (3) The mediator may obtain expert advice with the agreement of the parties.
- (4) The mediator may make oral or written recommendations for the resolution of any issues being mediated, if requested by all parties.

다. UNCITRAL WG.III 개혁 결과물 활용을 통한 조정의 제도화

ISDS 조정의 제도화는 개별 국가나 ICSID와 같은 특정 중재기관의 노력을 넘어, 다자간 규범 형성의 단계로 진입하고 있다. 현재 ISDS 체제의 정당성 위기에 대응하기 위해 진행 중인 UNCITRAL 제3실무작업반(Working Group III: ISDS Reform)의 논의는, 상설체제(Standing Mechanism, multilateral investment court (MIC)) 설립과 같은 구조적 개혁(structural reform)과 더불어, 조정을 포함한 대안적 분쟁 해결수단(ADR)의 활성화를 중요한 개혁 의제로 다루고 있다.¹⁷⁴⁾

173) ICSID, *ICSID Mediation Rules* (eff. 1 July 2022), Rule 21(4) (“The mediator may make oral or written recommendations for the resolution of any issues being mediated, if requested by all parties.”).

174) Ignacio de la Rasilla, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, no. 1 (2023), p. 176 (“In the works of the WG III, study of the traditionally underutilized mediation mechanism falls under the ‘dispute prevention and mitigation’ remit, and more specifically within the latter under ‘strengthening of dispute settlement mechanisms other than arbitration’. This noted, mediation-related reform options have transversal connections with many of the other possible reform options currently under consideration by UNCITRAL. ...

전술한 바와 같이, 이러한 국제사회의 다자적 노력의 구체적인 결과물로, UNCITRAL은 2023년 7월 제56차 본회의에서 ‘국제투자분쟁 조정에 관한 UNCITRAL 모델 조항(UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes)’과 ‘국제투자분쟁 조정에 관한 UNCITRAL 가이드라인(UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes)’을 채택하였으며, 이는 2023년 12월 7일 유엔 총회 결의(78/104)를 통해 각국에 그 사용이 공식 권고되었다.¹⁷⁵⁾

이러한 UNCITRAL 조정 모델 조항과 가이드라인은 그 자체로 법적 구속력을 갖는 ‘경성법(hard law)’은 아니지만, ISDS 시스템 내에 조정을 구조적으로 통합하려는 다자적 합의의 결정체로서 ‘연성법(soft law)’적 권위를 지닌다.¹⁷⁶⁾ 이 모델 조항과 가이드라인은 앞서 본 바와 같이, 조정전치주의 조항의 설계 방안,¹⁷⁷⁾ 조정 절차의 투명성과 비밀유지 간의 균형 문제,¹⁷⁸⁾ 조정인의 자격,¹⁷⁹⁾ 조정 합의의 집행방안¹⁸⁰⁾ 등 각국이 향후 투자협정을 체결하거나 개정할 때 참조할 수 있는 국제적 표준을 제시하고 있다.

한국 정부 역시 UNCITRAL WG.III 논의에 주도적으로 참여해 온 만큼, 이러한 최신의 다자적 개혁 결과물을 향후 투자협정(BIT/FTA) 제·개정 협상 시 적극적으로 활용해야 한다. 이를 통해 ISDS 분쟁해결절차의 초기 단계에서부터 투자협정상상의 조정절차를 명시적이고 체계적으로 제도화함으로써, 투자분쟁의 예방 및 조기 해결의 가능성을 높이는 노력을 경주해야 할 것이다.

combined, or can ‘be carried out in conjunction’, with both non-structural reform proposals... and structural reform proposals (namely ‘a fully-fledged multilateral investment court (MIC)’ involving a two-court system—a first instance court and an appellate body—accompanied by an appointment system for adjudicators’).”).

175) UN General Assembly Resolution 78/104 (7 Dec. 2023), in United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), pp. v-vi.

176) See United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes* (United Nations, 2024), para. 1 (“The Guidelines do not impose any legal requirements binding upon the parties or the mediator...”).

177) *Ibid.*, para. 46.

178) *Ibid.*, paras. 36-39.

179) *Ibid.*, paras. 16-20.

180) *Ibid.*, para. 45.

V. 결론

1. 연구 결과 및 시사점

본 연구는 국제투자분쟁(ISDS)에서 조정(Mediation)의 활용이 왜 저조한가라는 질문에서 출발하여, ISDS에서 조정의 필요성 및 그 활성화를 위한 실효적 방안을 모색하는 데 목적을 두었다. 연구 결과, ISDS에서 조정의 부진은 조정 제도 자체의 결함보다는, 주권 국가(State)라는 특수한 분쟁당사자로 인해 발생하는 구조적 요인, 즉 ‘정치적·제도적 문제’에 주로 기인함이 확인되었다.

본 연구의 ISDS 조정 관련 사례 분석은 이러한 문제의 실체를 여실히 보여주었다. *SPP v. Egypt* 사례는 합리적인 합의안이 존재함에도 불구하고, 관료적 보신주의와 감사, 수사 등에 대한 두려움이 어떻게 국가적 손실(중재 패소 및 배상)로 귀결될 수 있는지를 보여주었다. 반대로 *Metalclad v. Mexico* 사례는, 중재절차에서의 승소가 곧 투자자의 사업적 성공을 담보하지 않으며, ‘관계의 파탄’을 막기 위해서는 조정과 같은 비대심적 절차가 바람직할 수 있음을 보여주었다.

이러한 분석에 기초하여, 본 연구는 ISDS에서 조정의 활성화를 위해 다음과 같은 대안을 제언한다.

첫째, 정치적 책임 문제를 해소하기 위해 2022년 개정 ICSID 조정규칙 제21조 제4항이 명문화한 ‘평가적 조정(Evaluative Mediation)’을 적극 활용해야 한다. 중립적 조정인이 당사자들의 요청에 따라 제공하는 권위 있는 전문가적 의견과 권고적 평가(recommendations)는, 국가 관료가 감사와 정치적 비판으로부터 스스로를 방어하고 합리적 결단을 내릴 수 있게 하는 정치적 보호장치로 기능할 수 있다.

둘째, 제도적 문제를 해소하기 위해 국가 내부의 법적·행정적 정비가 필요하다. 다수의 정부 부처에 분산되어 파편화된 ISDS 대응 체계는 투자자와의 합의 도출을 어렵게 할 수 밖에 없다. 이러한 관점에서, 대한민국 법무부가 2023년 ‘국제법무국’을 출범시키고,¹⁸¹⁾ 대

181) 법무부, “대한민국의 미래변영을 뒷받침하기 위해 법무부 ‘국제법무국’이 출범합니다” (보도자료, 2023. 8. 1.).

통령훈령인 「국제투자분쟁의 예방 및 대응에 관한 규정」에 따라 법무부 차관을 단장으로 하는 ‘국제투자분쟁대응단’을 설치하여 관계부처와 협의하는 구조를 확립하고 법무부 국제투자분쟁과가 ISDS 대응의 ‘컨트롤 타워(Lead Agency)’로서 투자분쟁을 통합 대응하는 구조를 확립한 것은 상당히 효과적이고 선진적인 모델이라 평가할 수 있다.¹⁸²⁾ 나아가, 이러한 컨트롤 타워의 담당 공무원에게 명시적인 합의 권한을 위임하고, 합의금 지급을 위한 예산 확보 절차를 국내법적으로 명확히 마련해야(예: 합의금에 대한 예비비 편성의 법적 근거 등), 공무원들이 사후 감사나 배임죄 등 형사처벌에 대한 두려움 없이 적극적으로 조정에 임할 수 있을 것이다.

셋째, *Achmea v. Slovakia* 사건에서 중재판정부가 ‘승자 독식의 판정보다는 합의가 최적의 결과’라며 조정을 권고했음에도 불구하고, 당사자들이 이를 거부하고 중재를 강행하여 결국 상당한 비용 소모와 법적 불안정성을 초래한 교훈을 상기해야 한다.¹⁸³⁾ 따라서 당사자들이 대심적 중재절차의 관성으로 인해 적대관계가 고착화되기 이전에 조정을 통한 협상을 강제하는 ‘조정전치주의’를 투자협정에 적극 도입해야 한다. 이는 공무원에게 ‘조정은 선택이 아닌 투자협정상 의무’로서 조정에 참여할 명분을 제공하고 정치적 비판을 방어할 수 있는 수단이 된다.

더 나아가 국제사회의 다자적 논의 결과물로서 2023년 UN 총회에서 채택된 ‘국제투자분쟁 조정에 관한 UNCITRAL 모델 조항’과 ‘가이드라인’을 투자협정 협상 시 적극 참고하여, 조정을 ISDS 시스템 내에 구조적·제도적으로 통합하도록 노력할 필요가 있다.

2. 향후 과제 및 전망

현재 ISDS 체제가 직면한 정당성 위기를 고려하더라도, 비구속적 분쟁해결절차인 조정이 구속적 분쟁해결절차인 중재를 완전히 대체하는 제도가 되기는 어렵다. 특히 복잡한 법적 쟁점이 문제되거나 명확한 선례 확립이 필요한 분쟁, 또는 당사자 간 신뢰가 이미 회

182) 「국제투자분쟁의 예방 및 대응에 관한 규정」(대통령훈령 제468호, 2024. 5. 22. 개정), 제3조 및 제4조.

183) James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, no. 1 (2020), p. 83 (“Despite this observation, the parties did not attempt mediation but pressed forward in arbitration proceedings... resulting in a judgment largely undoing the system of intra-EU investment treaty arbitration.”). 특히 *Achmea* 사건의 경우, 중재판정 결과 결국 Intra-EU BIT에 근거한 ISDS 중재의 효력이 상실되었다.

복 불가능할 정도로 붕괴된 분쟁은 여전히 중재를 통해 해결되어야 할 필요성이 높다.

그러나 본 연구가 입증하였듯이, 조정 제도는 수많은 ISDS 분쟁에서 비용과 시간을 절감하고, Metalclad 사례와 같은 ‘관계의 파탄’을 방지하며, SPP 사례와 같은 정치적 책임 문제를 해소할 수 있는 효과적인 대안적 분쟁해결수단으로서 기능할 잠재력이 상당하다.

결론적으로 조정은 중재의 대체재가 아닌, ISDS 체제의 정당성과 지속가능성을 담보하는 필수적이고 ‘보완적’ 분쟁해결수단으로 인식되어야 하며, 이를 활성화하기 위해 각 국가가 꾸준히 노력할 필요가 있다. 2022년 발효된 ICSID 조정 규칙 (ICSID Mediation Rules) 과 2023년 UNCITRAL의 모델 조정 조항 및 가이드라인의 채택은, 바야흐로 ISDS의 새로운 지평으로서 조정의 시대가 도래했음을 보여준다. 이제 대한민국 정부는 국내 관련 제도의 정비와 선진적인 투자협정 체결을 통해, ‘ISDS 조정’이라는 국제투자분쟁 해결의 새로운 글로벌 표준을 선도적으로 정립해 나가야 할 시점이다.

참고문헌

1. 국내 논문

김도경, “투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정”, 『통상법률』 제161호, 2023.

오현석, “조정전치주의 도입과 ISDS 재협상 전략”, 『서울국제법연구』 제19권 제1호, 2012.

이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정: 효용성 제고와 제도적 확산을 위한 법적 쟁점”, 『국제법학회논총』 제67권 제3호, 2022.

Kim, Daejung, “Alternative Resolution to Investor-State Arbitration-Applying Mediation and Its Prospects”, *Journal of Comparative Private Law* (비교사법), Vol. 27, No. 2, 2020.

2. 국외 논문

Abala, Angela Ray T., “The Role of Expert Advisory Mediation in Addressing Practical and Political Barriers to ISDS Mediation”, *Dispute Resolution Review*, Vol. 2, No. 1, 2023.

Abouellail, Zeyad, “Arbitration Aftermath – October 5th, 2023: Yukos Universal v. Russia, Hulley Enterprises v. Russia, Veteran Petroleum v. Russia”, *Daily Jus*, 5 Oct. 2023.

Baig, Khurram, “The Future of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Moving from Arbitration to Mediation” (2025).

Chew, Seraphina, 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, 2018.

Claxton, James M., “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 2020.

Claxton, James, Luke Nottage & Ana Ubilava, “Mandatory Investor-State Conciliation Before

- Arbitration in Asia-Pacific Treaties: New Developments and Implications for India and Australia”, *The Indian Journal of International Economic Law*, Vol. 13, 2021.
- Constain, Silvia, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29, No. 1, 2014.
- Crawford, James, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2019.
- de la Rasilla, Ignacio, “‘The Greatest Victory’? Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 38, No. 1, 2023.
- Fan, Kun, “Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2020, No. 2, 2020.
- Gaukrodger, David & Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing, 2012.
- Gotsiridze, Mariam, “Challenges of Mediating Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 2024.
- Kessedjian, Catherine et al., “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 14, No. 2, 2023.
- Lee, Jaemin, “Long-Term Relationship over Litigation: Mediation in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *World Trade Review*, Vol. 24, No. 1, 2025.
- Marshall, Monde, “Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 17, No. 2, 2017.
- Nitschke, Frauke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing

Conciliation and Introducing Mediation”, BCDR International Arbitration Review, Vol. 6, No. 2, 2019.

Peterson, Luke E., “In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute”, IA Investment Arbitration Reporter, 19 Jul. 2016.

Schneider, Andrea Kupfer & 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, Vol. 17, No. 2, 2021.

School of International Arbitration, Queen Mary University of London & Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), 2020 International Arbitration Survey: Investors’ Perceptions of ISDS (2020).

Shang, Shu, “Responding to the ISDS Legitimacy Crisis by Way of Mediation: Implications from CEPA’s Dispute Resolution Mechanism”, Journal of International Business and Law, Vol. 18, No. 2, 2019.

Titi, Catharine, “Mediation of Investment Disputes Under the ICSID Mediation Rules: An Overview”, in Alternative Dispute Resolution in the Western Balkans (Marc Bungenberg et al. eds., Springer, 2025).

Tsirat, Gennadiy & Oleksiy Maslov, “The Role of Mediation and Conciliation in the International Investor-State Dispute Settlement”, Actual Problems of International Relations, Vol. 163, 2025.

Weeramantry, Romesh, Brian Chang & Joel Sherard-Chow, “Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 38, No. 1, 2023.

3. 판례 및 결정

Achmea B.V. v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award (7 Dec. 2012).

Barrick (Niugini) Limited v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. CONC/20/1.

Barrick (PD) Australia Pty Limited v. Independent State of Papua New Guinea, ICSID Case No. ARB/20/27.

CME Czech Republic B. V v. The Czech Republic, NAFTA, Final Award (14 Mar. 2003).

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-03/AA 226.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 Aug. 2000).

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award (5 Oct. 2012).

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, NAFTA, Final Award (3 Sept. 2001).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction (6 Aug. 2003).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction (29 Jan. 2004).

Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits (20 May 1992).

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-05/AA 228.

Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment (18 Dec. 2012).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case 2005-04/AA 227.

4. 조약, 투자협정 및 국제규범(중재규칙 등)

CETA Committee on Services and Investment, “Decision No 002/2021 of the Committee on Services and Investment of January 29, 2021 adopting rules for mediation for use by disputing parties in investment disputes” (29 Jan. 2021).

China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), CIETAC Mediation Rules for Investment Disputes under the CEPA Investment Agreements (2018).

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (signed 30 Oct. 2016).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) (1966).

International Bar Association (IBA), Rules for Investor-State Mediation (2012).

ICSID, ICSID Arbitration Rules (2022).

ICSID, Background Paper on Investment Mediation (2021).

ICSID, ICSID Mediation Rules (2022).

ICSID, Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation (2021).

ICSID, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965).

Investment Agreement under the Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement (signed 28 June 2017).

Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, of the other part (EU-Singapore IPA) (signed 19 Oct. 2018).

UN General Assembly Resolution 78/104 (7 Dec. 2023).

UN General Assembly, Report of the Sixth Committee, UN Doc. A/78/433.

UNCITRAL, UNCITRAL Guidelines on Mediation for International Investment Disputes (2024).

UNCITRAL, UNCITRAL Mediation Rules (2021).

UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018).

UNCITRAL, UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes (2024).

UNCITRAL, UNCITRAL Recommendations to assist mediation centres and other interested bodies with regard to mediation under the UNCITRAL Mediation Rules (2023).

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention) (2018).

5. 기타 자료

「국가재정법」.

「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」.

「국제투자분쟁의 예방 및 대응에 관한 규정」 (대통령훈령 제468호, 2024. 5. 22. 개정).

법무부, “대한민국의 미래번영을 뒷받침하기 위해 법무부 ‘국제법무국’이 출범합니다”, 보도자료 (2023. 8. 1.).

Barrick Gold Corporation, “Barrick Serves Notice of Dispute Over Porgera”, News Release (10 Jul. 2020).

Barrick Niugini Limited, “Barrick Niugini Limited and the Government of Papua New Guinea Sign Framework Agreement to Reopen Porgera Mine”, News Release (10 Apr. 2021).

[국문초록]

국제투자분쟁(ISDS)의 새로운 지평: 조정(Mediation) 활성화 방안 연구

- 사례와 국제규범 분석을 중심으로 -

양준열

오늘날 국제투자분쟁(ISDS) 체제는 중재절차의 고비용과 장기화, 판정의 비일관성, 그리고 국가의 주권적 규제 권한 침해 논란 등으로 인해 심각한 정당성 위기(legitimacy crisis)에 직면해 있다. 무엇보다 승패를 가르는 중재절차상 대심적(adversarial) 구조는 당사자 간의 신뢰를 파괴하여, *Metalclad v. Mexico* 사례에서 확인되듯 승소한 투자자조차도 ‘관계의 파탄’이라는 손실을 입게 만드는 한계를 노출하고 있다. 이러한 배경에서 당사자의 실질적 이해관계(interests)를 반영하고 상호 이익을 도모하는 ‘조정(Mediation)’이 새로운 분쟁 해결 패러다임으로 부상하고 있으나, 실제 ISDS 현장에서의 조정 활용률은 여전히 미미한 실정이다. 본 연구는 이러한 괴리의 원인을 고찰하고, ISDS 조정의 활성화를 위한 구체적인 제도적 방안을 모색하는 데 목적이 있다.

본 연구는 조정 활성화를 가로막는 근본적 원인은 흔히 거론되는 ‘조정 합의의 집행력 부재’ 문제보다는, ISDS 피청구국인 국가의 특수성, 즉 국가 관료 조직의 ‘정치적·제도적 장벽’에 있음을 규명한다. 싱가포르 조정 협약(Singapore Convention)이 존재함에도 여러 국가가 제8조의 유보를 통해 정부(국가)가 당사자인 조정 합의에 동 협약의 적용을 배제하려는 움직임은 조정의 집행력 문제보다 더 근본적인 요인이 있음을 시사한다. 특히 *SPP v. Egypt* 사례는 국가가 투자자와 합리적인 합의 기회가 있었음에도 불구하고, 자발적인 합의가 초래할 정치적 비난에 대한 관료의 두려움이 어떻게 합의를 좌절시키고 막대한 국고 손실을 초래하는지를 보여주는 결정적 사례이다. 즉, 국가 관료는 합의에 따른 ‘능동적 책임’을 지기보다, 패소하더라도 제3자인 중재판정부에게 책임을 전가할 수 있는 중재절차를 선호하는 ‘책임 회피적(defer responsibility)’ 성향을 보인다.

따라서 본 논문은 ISDS에서 조정의 활성화를 위해서는 관료에게 사후 감사 및 형사처벌과 정치적 비판으로부터의 안전장치, 즉 ‘정치적 보호장치(Political Cover)’를 제공하는

제도적 설계가 선행되어야 함을 역설하며, 그 구체적 방안으로 다음의 두 가지를 제안한다. 첫째, ‘조정전치주의(Mandatory Mediation)’의 도입이다. 투자협정에 중재 제기 전 조정 절차를 거칠 것을 필수적 의무로 규정함으로써, 관료가 자의적 판단이 아닌 협정상 의무 이행을 위해 협상에 임한다는 절차적 명분을 확보해 주어야 한다. 이는 Achmea 사례와 같이 중재 절차가 개시된 후 중재의 절차적 관성(즉, 적대적/대심적 관계의 고착화)으로 인해 조정의 적기를 놓치는 문제를 방지하는 효과도 있다. 둘째, ‘평가적 조정(Evaluative Mediation)’의 적극적 활용이다. 2022년 ICSID 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules) 제21조 제4항이 도입한 조정인의 권고 권한을 활용하여, 신뢰할 수 있는 전문가인 조정인이 객관적 승소 가능성과 합의안의 적정성을 평가해 준다면, 관료는 이를 근거로 국내의 정치적 비판을 방어하고 합리적 결단을 내릴 실질적 명분을 얻게 된다.

국제사회는 이미 UNCITRAL의 조정 가이드라인 및 모델 조항 채택, ICSID의 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules) 제정 등을 통해 조정을 ISDS의 새로운 글로벌 표준으로 정립해 나가고 있다. 대한민국 정부 또한 이러한 흐름에 발맞추어 투자협정의 제,개정 시 조정전치주의 및 평가적 조정 조항을 적극 도입해야 한다. 아울러, 국내적으로는 법무부 국제투자분쟁과를 중심으로 한 ISDS 대응 컨트롤 타워를 강화하고, 담당 관료가 감사와 정치적 문책에 대한 우려 없이 국익을 위한 유연하고 창의적인 분쟁해결에 임할 수 있도록 조정에 관한 명확한 법적 권한과 예산 확보 근거를 마련하는 제도적 정비가 시급하다. 결론적으로 조정은 중재를 대체하는 것이 아니라 보완하는 필수적 절차이다. ISDS에서 조정 활성화를 통해 ISDS 체제는 보다 비용 효율적이고 미래지향적인 분쟁해결 시스템으로 거듭날 수 있을 것이다.

주제어: 국제투자분쟁(ISDS), 조정(Mediation), 조정전치주의(Mandatory Mediation), 평가적 조정(Evaluative Mediation), 정치적 책임(Political Accountability), ICSID 조정 규칙(2022 ICSID Mediation Rules), UNCITRAL 모델 조정 조항(UNCITRAL Model Provisions on Mediation), 싱가포르 조정 협약(Singapore Convention on Mediation), 대안적 분쟁해결(ADR), 투자협정(International Investment Agreements)

[Abstract]

New Horizons in Investor-State Dispute Settlement (ISDS): A Study on Measures to Promote Mediation

- Focusing on Case Studies and Analysis of International Norms -

Junyeul Alex Yang

The contemporary Investor-State Dispute Settlement (ISDS) regime faces a severe “legitimacy crisis” due to high costs, prolonged proceedings, inconsistent awards, and controversies regarding the infringement of states’ sovereign right to regulate. Above all, the adversarial structure of arbitration, which determines a clear winner and loser, inevitably destroys trust between parties. As evidenced in the *Metalclad v. Mexico* case, this structure exposes limitations where even a prevailing investor suffers the loss of a “broken relationship.” Against this backdrop, “Mediation,” which reflects the parties’ substantive interests and seeks mutual benefits, is emerging as a new paradigm for dispute resolution. However, its actual utilization in the ISDS landscape remains minimal. This study aims to examine the causes of this discrepancy and explore concrete institutional measures to revitalize ISDS mediation.

This study identifies that the fundamental barrier to mediation is not the commonly cited “lack of enforceability of settlement agreements,” but rather the unique characteristics of the respondent State - specifically, the “political and institutional barriers” within state bureaucracies. The move by many states to exclude government-involved settlements via Article 8 reservations under the Singapore Convention suggests that factors deeper than enforceability are at play. Notably, the *SPP v. Egypt* case serves as a decisive example showing how a bureaucrat’s fear of political backlash regarding a voluntary settlement can thwart a rational agreement and result in massive losses to the national treasury. In other words, state officials exhibit a tendency to “defer responsibility,” preferring arbitration - where they can shift the blame to a third-party tribunal even in the event of a loss - over bearing the “active responsibility” associated with a settlement.

Therefore, this paper argues that to promote ISDS mediation, institutional designs providing “Political Cover” - safeguards against post-audit scrutiny, criminal liability, and political criticism - must be prioritized for officials. Two specific measures are proposed. The first is the introduction of “Mandatory Mediation.” By stipulating mediation as a compulsory precondition to arbitration in investment treaties, officials gain procedural justification, engaging in negotiations to fulfill treaty obligations rather than by arbitrary discretion. This also prevents the issue of missing the optimal window for settlement due to the “procedural inertia” of arbitration (i.e., the entrenchment of adversarial relationships) once proceedings commence, as seen in the *Achmea* case. The second is the active utilization of “Evaluative Mediation.” By leveraging the mediator’s authority to make recommendations introduced in Rule 21(4) of the 2022 ICSID Mediation Rules, a credible expert mediator can assess the objective probability of success and the reasonableness of a settlement proposal. This provides officials with substantive justification to defend against domestic political criticism and make rational decisions.

The international community is already establishing mediation as a new global standard for ISDS through the adoption of the UNCITRAL Guidelines and Model Provisions, and the enactment of the 2022 ICSID Mediation Rules. Aligning with this trend, the Korean government should actively incorporate mandatory and evaluative mediation clauses when enacting or amending investment treaties. Domestically, it is urgent to strengthen the ISDS response control tower centered on the Ministry of Justice’s International Dispute Settlement Division. Furthermore, institutional reforms are needed to establish clear legal authority and budgetary grounds for mediation, ensuring officials can engage in flexible and creative dispute resolution for the national interest without fear of audits or political censure. In conclusion, mediation is an essential procedure that complements, rather than replaces, arbitration. By revitalizing mediation, the ISDS regime can evolve into a more cost-effective and future-oriented dispute resolution system.

Key words: Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Mediation, Mandatory Mediation, Evaluative Mediation, Political Accountability, 2022 ICSID Mediation Rules, UNCITRAL Model Provisions on Mediation, Singapore Convention on Mediation, Alternative Dispute Resolution (ADR), International Investment Agreements (IIAs)