

# ICSID 중재 이용을 위한 투자계약서상의 중재조항의 유효성과 추가쟁점

A Study on the Validity and Other Issues of Arbitration Clause for ICSID Arbitration

오원석(Won-Suk Oh)

성균관대학교 경영학부 교수

## 목 차

- |                 |          |
|-----------------|----------|
| I. 서 론          | IV. 결 론  |
| II. 중재조항의 유효성   | 참고문헌     |
| III. 중재조항의 추가쟁점 | Abstract |

## Abstract

The purpose of this paper is to examine the validity or effectiveness of the Arbitration Clause such as Model Clause I, and to confirm how other issues such as arbitrable "investment", appointment of arbitrators and law governing the agreement be reflected in the agreement. However, the parties should be sure that the arbitration clause is valid if they have checked whether, for their particular situation, the ICSID Centre has jurisdiction.

For the validity of the Arbitration Clause, first the host country and the country which the investor belong to must be "contracting states" to the ICSID Convention. Second, the specific consent to arbitrate must be expressed in writing in the investment contract or in a national investment law or in an investment protection treaty.

The issue of "nationality" of an other contracting state is determined by the place of incorporation or the location of the head office. In case the parties have doubts about a valid consent to arbitrate, Art. 41 of the ICSID Convention provides, regarding ICSID jurisdiction, that the tribunal shall be the judge of its own competence. It follows that ICSID Arbitration has an autonomous and exclusive character. As a consequence, domestic courts may not interfere with the question of ICSID's jurisdiction, which is called as "rule of abstention".

Key Words : ICSID Arbitration, ICSID Convention, ICSID's jurisdiction

## I. 서론

### 1. 연구의 목적

한·미 FTA 체결과 앞으로 한·EU, 한·중, 한·일 FTA가 체결되면 무역과 투자가 크게 증가될 것이다. 이 가운데 국제투자에서 발생하는 투자분쟁을 해결하기 위해서는 기관중재의 경우 세계은행(IBRD)이 투자분쟁국제해결본부(International Center for Settlement of Investment Disputes; ICSID)를 설치하고 “국가와 타국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약”(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; 이를 간단히 “워싱턴협약”이라 부르며, 본고에서는 “협약”이라 칭함)을 제정하여 운영하고 있으며, 임의중재(ad hoc arbitration)의 경우 UNCITRAL 중재규칙 (UNCITRAL Arbitration Rules, 1976)을 채택하도록 권장하고 있다.

분쟁당사자가 ICSID 중재를 이용하기 위해서는 3가지 관할요건, 즉, 당사자의 동의(jurisdiction *ratione voluntatis*), 대인관할(jurisdiction *ratione personae*)에 해당하는 당사자의 자격, 그리고 대물관할(jurisdiction *ratione materiae*)에 대한 분쟁의 성격이 ICSID 중재요건에 충족되어야 한다. 당사자의 자격은 양 당사자가 속한 국가가 모두 동 협약의 체결국이어야 하고, 투자계약의 한 당사자는 체결국의 정부나 하부조직 또는 기관인 반면, 다른 당사자는 다른 체결국의 국민이어야 한다. 또한 분쟁의 성격은 투자로부터 직접 발생하는 법적 분쟁일 것을 전제로 하며, 여기서 “투자”의 개념에는 전통적인 자본투자 외에 서비스나 기술투자도 포함된다.

ICSID 중재를 이용하기 위해서는 무엇보다도 당사자간의 합의가 필요하다. 구체적인 합의의 방법은 당사자가 투자계약서에 중재조항(Arbitration Clause)을 삽입하거나 투자계약을 체결한 후, 분쟁이 발생한 경우에 이를 해결하기 위하여 별도의 중재부탁계약(Arbitration Submission Agreement)을 체결할 수 있다. 이러한 합의방법과는 달리 투자유치국 법령에 ICSID 중재를 규정하고 투자자가 동 관할에 대해 동의표시를 한 경우에는 ICSID 중재의 이용이 가능하며, 투자유치국이 타국과의 양자투자협정이나 다자간 협정을 통하여 ICSID 중재를 합의한 경우에도 이들 국가에 소속된 국가나 국민간의 관할권 동의가 이루어진 것으로 본다.

지금까지 ICSID 중재와 관련된 논문이 일부 있으나,<sup>1)</sup> 이들 논문은 일반적으로 ICSID 중재의 특징과 절차에 관한 내용을 국내에 소개하였으며, ICSID 중재를 포괄적으로 다루었다. 하지만, 논자는 본고에서 투자당사자가 ICSID 중재를 이용하기 위해 투자계약서에 중재조항을 삽입할 경우 유의해야 할 쟁

1) 오원석, “국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰”, 『무역학회지』, 제31권 제4호, 한국무역학회, 2006; 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 『중재연구』, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004; 장복희, “국제투자분쟁해결본부(ICSID)의 중재제도”, 『연세법학연구』, 제7권 제2호, 연세대학교, 2000; 장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 『서울대학교 법학』, 제42권 제3호, 서울대학교, 2001; 최태환, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 『중재연구』, 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007.

점사항에 관하여 검토하였으며, 실무상에서 이를 직접 활용할 수 있다는 점에서 기존 논문과 차별성이 있다고 본다.

논자가 이를 검토하고자 하는 목적은 한·미 FTA를 시작으로 양자간 또는 다자간 FTA가 확대될 경우 해외투자도 자동 증가할 것이라 생각되며, 이러한 추세에 따라 투자계약의 당사자, 특히, 투자자의 입장에서 투자유치국을 상대로 투자계약을 체결할 때 참고가 되도록 하고자 함이다.

## 2. 문제의 제기

ICSID 중재를 이용하도록 하기 위해서 ICSID의 사무국은 모델조항 I (Model Clause I)<sup>2)</sup>와 같은 조항을 투자계약서에 포함시킬 것을 권장한다. 모델조항이 포함되면 모든 중재절차는 ICSID 협약과 ICSID 중재규칙(ICSID Arbitration Rules)<sup>3)</sup>에 배타적으로 규율된다. 비록 모델조항을 삽입하였다 해도 개별 상황에서 동 센터가 관할권을 갖는 경우에만 모델조항은 유효하다. 즉, 동 센터의 관할권은 분쟁 당사자가 분쟁해결을 동 센터에 회부할 것을 서면상으로 동의하고, 분쟁이 체약국과 타방체약국 국민 간에 투자로부터 직접적으로 발생하고, 그 분쟁의 성격이 법률상의 분쟁인 경우에 한한다(동 협약 제 25조 제1항 참조).<sup>4)</sup> 만약 중재조항이 동 협약 제25조와 모순되지 않는다면, 즉, 당사자들이 특별한 절차규칙을 약정할 권리를 행사하지 않는 한 당사자들은 자신들의 분쟁을 ICSID 중재에 맡겨야 한다. 특히 준거법과 같은 주요문제를 결정할 때 이러한 가능성은 열려있다고 볼 수 있다.<sup>5)</sup>

통상 계약서의 중재조항에 포함될 주요 요소는 중재지, 중재기관 및 준거법이다. ICSID 중재의 경우 기관중재이고 중재기관이 ICSID이므로 중재지는 당연히 동 센터이다. 이에 관하여는 Model Clause I에서 이를 언급하고 있고, 당사자가 모델조항을 사용할 경우 별도의 고려가 필요하지 않다. 또한 준거법에 있어서 절차의 준거법은 동 협약과「중재규칙」이며, 계약의 준거법 즉 실체의 준거법은 아래에서 논의하고자 한다.

당사자간의 합의로 계약서에 중재조항이 삽입되고, 여기에 중재기관을 ICSID로, 절차규칙을 동 협약으로 명기했다고 해도 이것이 유효하기 위해서는 몇 가지 요건이 있다. 첫째, 투자유치국이나 투자자의 소속국가가 동 협약의 체약국이어야 한다. 둘째, 투자자는 체약국의 국적을 갖는 국민이거나 법인 설립지가 체약국에 위치한 기업이어야 한다. 물론 여기에는 예외도 있다. 셋째, ICSID 관할권에 관한

2) "The parties hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes any dispute in relation or arising out of this Agreement for settlement by conciliation/arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States".

3) ICSID는 1985년 본 협약 이외에 4종의 규칙을 발행했다. 즉, “행정재정규칙”(Administrative and Financial Regulation), “중재규칙”(Arbitration Rules), “조정규칙”(Conciliation Rules), 그리고 “제기규칙”(Institution Rules)을 말하며 이를 합하여 ICSID 기본서류(ICSID Basic Document)라 부른다.

4) H.J. Mengel, "Probleme der Zuständigkeit des International Centre for Settlement of Investment Disputes," (ICSID) 32 RIW (1986), p.941.

5) E. Gaillard, "Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses," 3 ICSID Review (1998), p.136.

판단도 중재관정부가 하며 분쟁사건이 법원에 제소된 경우에도 법원은 여기에 개입하지 말아야 한다. 넷째, 비록 중재조항이 있더라도 분쟁의 성격이 “법적 분쟁”의 범주에 속하지 않으면 효력을 가질 수 없다.

요컨대, 본고에서는 중재계약의 실체의 준거법 외에 대물관할에 해당되는 “투자”의 범주와 “법률상 분쟁”의 요건에 관해서 논의하고자 한다. 준거법의 결정과 “투자”의 개념에 관해서는 계약당사자가 합의하여 정할 수 있으며 중재인 선정도 당사자가 합의하면 중재규칙에서 이탈할 수 있다. 나아가 ICSID 중재를 이용하면서도 당사자의 자치가 허용되는 이들 쟁점에 관하여 당사자간 별도의 합의가 있을 경우와 명시적 합의가 없을 경우에 어떻게 결정되는지를 검토하고자 한다.

## II. 중재조항의 유효성

### 1. 투자유치국의 동의

투자유치국의 입장에서 보면 2단계의 동의가 필요하다. 우선, 투자유치국은 동 협약의 체약국이어야 한다. 하지만, 투자유치국이 동 협약의 비준국이라는 그 자체가 분쟁을 자동적으로 ICSID 중재에 회부함을 의미하지 않는다. 따라서 2번째 단계는 구체적으로 자국이 체결한 투자계약이나 개개의 투자자와의 계약관계에 적용할 투자관련법이나 투자보호협정(Investment Protection Treaties; IPT)에 그 동의 내용이 문서로 표시되어야 한다.

자메이카와 보크사이트 회사간 분쟁에서 자메이카정부는 동 협약 제25조 제4항<sup>6)</sup>의 규정에 따라 광물을 동 센터의 관할에서 제외하려고 하였다. 이에 중재법원은 그러한 철회는 소급효가 없다고 판정했다.<sup>7)</sup> 물론 개별국가는 어떤 유형의 분쟁이나<sup>8)</sup> 특정 지역에 대하여<sup>9)</sup> 동 협약의 적용을 배제할 수 있다. 예컨대, 사우디아라비아는 석유나 주권행위에 속하는 것은 동 협약의 적용을 배제했다. 이는 투자유치국의 헌법이나 법률조항이 ICSID 중재의 이용을 침해하지 말아야 함을 의미한다.

중재합의는 한 국가를 대표하는 개인이나 단체에 의하여 유효하게 이루어져야 한다. 실제로 많은 국가계약이 국영석유회사, 국영광업회사 또는 하부기관에 의하여 체결되므로, 동 협약의 적용을 위해서

6) "체약국은 본 협약을 비준, 수락 또는 승인하는 때 또는 그 이후의 어느 때라도 센터의 관할에 속하는 것으로 고려하거나 그렇지 않은 분쟁의 유형을 동 센터에 통고하여야 한다".

7) J.T. Schmidt, "Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes : Implications of the Decision on Jurisdiction ALCOA Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica," 17 Harv. Int'l L.J. (1976), p.60.

8) I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Role of ICSID and MIGA," 1 ICSID Review (1986), p.1.

9) M. Tupman, "Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," 35 ICLQ (1986), p.813, p.816.

“계약국의 하부조직이나 기관은 국가의 승인을 요한다. 다만, 해당 국가가 이러한 승인이 필요하지 아니하다고 통고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다(동 협약 제25조 제3항).

따라서 투자자는 투자계약을 체결할 때 계약주체가 투자유치국에서 필요한 권한을 갖고 있는지를 반드시 확인하여야 한다. Klöckner v. Cameroon 사건<sup>10)</sup>에서 카메룬 정부는 후에 계약주체를 동 협약 제25조 제1항에 명기된 계약국의 「하부조직이나 기관」(constituent subdivision or agency)으로 지정하였다.<sup>11)</sup> 더구나 투자자는 관련투자계약이 ICSID 중재에 서 다를 수 있는 분쟁유형인지 여부도 확인하여야 한다. 물론 투자유치국은 ICSID 중재관할에서 제외되는 유형은 사전에 동 센터에 통고하여야 한다(동 협약 제25조 제4항).<sup>12)</sup> 그러한 통고 전에 계약이 체결되었다면 중재조항의 유효성에는 영향을 주지 않는다.

## 2. 투자자의 유효성 조건

동 협약 제25조는 투자자에게 한 가지 조건을 규정하고 있다. 즉 그는 투자유치국이 아닌 계약국의 국적을 가져야 한다. 따라서 국가간의 분쟁이나 한 국가와 자국 국민간의 분쟁은 ICSID 관할에서 제외하고 있다. 대부분의 투자자는 기업이기 때문에 투자자의 국적문제는 법인설립지 또는 본사가 위치한 장소에 의하여 결정된다.<sup>13)</sup> 실제로 많은 투자가 투자유치국에서 성립된 합작투자회사에 의하여 수행되기 때문에 앞에서 언급한 기준에 따르면 ICSID 중재관할에서 배제될 것이다. 그렇지만 동 협약에서는 투자현지에서 법인을 설립한 기업은 다른 계약국의 국민으로 간주하기 위해 당사자가 합의할 수 있도록 규정하므로 위의 국적문제를 해결해 왔다(동 협약 제25조 제2항 b호). 이러한 실질적 접근은 동 협약을 광범위하게 적용하도록 하기 위함이며, 이는 많은 지지를 확보하였다.<sup>14)</sup> 그러한 경우에 특히 중

10) Oct. 21, 1983, 10 YCA (1985), p.71. 동 사건에서 당사자들은 비료공장의 공급관리 계약을 체결하였다. 공장이 운영상 이익을 내지 못하자 카메룬 정부는 공장을 폐쇄하였다. Klöckner는 공장 가치에 해당하는 배상을 주장하면서 ICSID 중재를 청구하였다. 카메룬 정부는 이 사업으로 인한 손실에 대해서는 손해배상을 내용으로 하는 반대청구를 제기하였다. 중재판정부는 비록 관리계약에 ICC 중재조항이 포함되어 있다고 해도 이 사건에 대해서 ICSID의 관할권이 존재한다고 판단하였다. 중재판정부는 협약 제42조 제1항에 따라서 투자유치국법인 프랑스법에 기초한 카메룬법을 분쟁에 적용한 결과 Klöckner가 신뢰이익에 관한 원칙 등을 침해했다고 판단하였다. Klöckner는 협약 제25조 제1항에 규정된 명백한 월권, 근본적인 절차규칙의 위반, 이유불기제를 이유로 해당 중재판정의 추소를 요청하였다. 첫 번째 특별위원회는 해당 중재판정을 취소하면서 중재판정부의 관할권 판단에 잘못이 있었다고 판단하였지만, 관할권에 관한 결정은 잘못이 없고 이러한 결정을 내린 것이 월권에 해당되지 않는다고 판단하였다. 그러나 특별위원회는 중재판정부가 관련 원칙의 존재 여부를 적시하기보다 추정함으로써 준거법을 제대로 적용하지 못해서 결국 명백한 월권이 있었다고 판단하였다. 아울러, 특별위원회는 중재판정부가 자신에게 제기된 문제들을 모두 다루지 않음으로써 중재판정의 이유를 기재하지 않았다고 판단하였다. 이 분쟁은 두 번째 중재판정부에 다시 제기되었고, 이어서 새로운 중재판정이 내려졌지만 공표되지 않았다. 양 당사자들이 두 번째 중재판정의 취소를 요청하였지만 두 번째 특별위원회는 취소요청을 각하하였다. 두 번째 특별위원회의 판단도 역시 공표되지 않았다.

11) J. Paulsson, "The ICSID Klöckner v. Cameroon Award; The Duties of Parties in North-South Economic Development Agreements," 1 J. Int'l. Arb. (1984), p.148; F. Niggeman, "The ICSID Klöcker v. Cameroon Award. The Dissenting Opinion," 1 J. Int'l. Arb. (1984), p.344; C.F. Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," 19 Indian Journal of International Law (1979), p.166.

12) 1991년 현재 자메이카, 파파뉴기니 및 터기 등 3개국만 관할제내용을 통고했다.

13) Elettronica Sicula S.p.A (US v. Italy), ICJ Reports (1989), p.15.

재조항초안이 문제가 될 수 있는데, 이 때 당사자들은 동 센터에 의해 제안된 모델조항을 언급하는 것이 바람직하다.<sup>15)</sup>

Holiday Inns/Occidental Petroleum v. Government of Morocco 사건에서 ICSID 중재판정부는 국내에서 설립된 법인의 외국국적 인정문제에 관하여 동 협약 제25조 제2항 b호가 투자자는 외국 계약국의 국민이어야 한다는 일반조항에 대한 예외규정이기 때문에 이에 관한 당사자의 합의는 명료하여야 한다고 판정했다.<sup>16)</sup>

그렇지만 Amco v. Indonesia 사건에서 중재판정부는 이점을 분명히 하면서도, 당사자간의 합의가 공식적으로 작성되어야 할 것을 동 협약이 요구하고 있지 않기 때문에 ‘외국기업’(foreign business)의 설립요구를 투자유치국에서 수락한 것 자체가 동 협약 제25조 제2항 b호의 합의를 의미한다고 판정했다.<sup>17)</sup> 나아가, Klöckner사건에서 중재판정부는 당사자가 투자계약서에 SOCAME를 ICSID 중재의 관할에 속하는 외국회사로 간주하기로 합의했음을 인정된 것이라고 주장했다.<sup>18)</sup> Amco 사건에서 중재판정부는 국적요건에 관한 계약권리의 양도결과를 고려했다. 즉, 중재조항을 적용할 권리는 만약 정부가 주식의 양도를 유보하지 않는데 동의한다면 Amco가 중재조항을 원용할 수 있는 권리를 가지고 있기 때문에 주식이 Pan American에게 양도될 때 중재제기권도 함께 양도된다고 판정하였다.<sup>19)</sup>

### 3. 중재동의와 ICSID 관할권의 범위

계약당사자간의 중재동의가 유효한지에 대하여 동 협약(제41조)은 다음과 같은 규정을 두고 있다. 즉, “i) 판정부는 자신의 권한(competence)<sup>20)</sup>을 결정하여야 한다. ii) 분쟁이 센터의 관할권 밖에 있거나 또는 기타 이유로 판정부의 권한 밖에 있다는 당사자의 이의제기는 판정부가 이를 예비문제로 취급할 것인지 또는 이를 분쟁의 본안(merits of dispute)에 포함시킬 것인지를 고려하여 결정하여야 한다”고 규정하여 ICSID 관할 범위도 판정부가 결정하도록 하고 있다.

위의 조항을 적용함에 있어서는 제26조와의 관계를 고려하여야 한다. 즉 “동 협약에 따른 당사자의

14) A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes," 130 RCADI(1972 II), p.331; C.F. Amerasinghe, "Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States," 47 BYIL (1974/1975), p.254.

15) Model Clause VIII [Doc. ICSID/5/Rev. 1 (July 81)]: "For the purposes of Article 25(2) (b) of the Convention, It is hereby agreed that, although [name of the investor] is a national of [name of the host state], it is controlled by national of [name(s)] of other contracting State(s) and shall be treated as a national of [that] [those] State(s) for the purpose of the Convention".

16) P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration(Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems," 51 BYIL(1980), p.123.

17) G.R. Delaume, "ICSID Arbitration : Practical Consideration," 1 J. Int'l Arb. (1984), p.113.

18) Klöcker and al. United Republic of Cameroon and al., Oct. 21, 1983, 10 YCA (1985), P.111.

19) G.R. Delaume, op. cit., p.116; Amco v. Indonesia, 1 ICSID Reports 561-2.

20) 동 협약에서는 "jurisdiction"과 "competence"를 약간 다르게 사용하고 있다. 본고에서 전자를 “관할권”으로 후자는 “권한”으로 번역하며 전자를 후자보다 더 넓은 의미로 해석되는 것으로 보고 있다. 중재판정부가 자신의 권한을 판단할 때 ICSID 관할권도 아울러 판단해야 하고, 특정 분쟁이 ICSID 관할권에 해당되지 않기 때문에 중재판정부의 권한이 없다거나 혹은 다른 이유에서 판정부의 권한 범위 내에 있지 않다는 항변에 대해서도 판단해야 한다.

중재합의는 달리 규정한 바가 없는 한 어떤 다른 구제수단도 배제하고 중재에 동의하는 것으로 간주된다”고 규정되어 있다. ICSID 중재는 독립적이고 배타적인 성격을 갖는다. 그 결과 국내법원은 ICSID 관할에 간여할 수 없다. 만약 계약국에 있는 법원은 제소된 청구권이 ICSID 판정을 요구할 것을 알고 있다면 그 문제가 ICSID에 의해 결정될 동안 진행을 중지해야만 한다.

그러한 결정이 내려지지 않고, 해당 청구권이 ICSID 판정에 속할 가능성이 있는 한 법원은 그 문제에 대한 추가적인 고려를 삼가고 당사자들로 하여금 문제의 해답을 ICSID에 위탁하도록 하여야 한다. “자제의 법칙”(rule of abstention)이라고 하는 이 원칙은 MINE v. Guinea 사건에서 순회항소법원에 제출된 법정조언자적 요소(amicus curiae)에서 미국 법무부가 주장한 것으로, MINE사는 비록 ICSID 중재조항이 있더라도 미국중재협회(AAA) 중재를 강요하는 미국 지방법원의 판결을 지지했었다. 즉, 미국 법원들로 하여금 ICSID 사건에 대한 부당한 관할권 주장을 막기 위하여, 그리고 ICSID 관할의 독립성을 확립하도록 하기 위해 “자제의 법칙”이 미국 법원에서 지지를 받아야 한다고 생각했다.<sup>21)</sup> “자제의 법칙”은 국내 법원이 ICSID 중재의 독립적 성격을 존중하여, ICSID 중재에서 ICSID 자신의 관할에 관한 판단권한을 갖도록 하는 것을 의미한다. 위의 MINE 사건에서 ICSID 중재조항은 궁극적으로 이행되었다.

한편, 투자계약이 종료된 경우, 종료 전 ICSID 중재에 대한 동의 결과로부터 발생한 권리·의무는 ICSID 중재에 영향을 받지 않는다. 또한 ICSID 중재의 한 당사자가 잠정조치(conservatory measures)를 받고자 국내법원에 처분의뢰 할 수 있는지 여부의 문제는 여전히 논쟁이 되고 있다. 동 협약의 해석에 따르면 당사자가 이용할 수 있는 유일한 임시적 처분(provisional measures)은 ICSID 중재판정부의 주도나 당사자들의 요청에 따라 중재판정부가 결정할 수 있다.<sup>22)</sup> 이러한 이론은 광범위한 법 이론에 의해 인정되어 왔다. 이것은 투자유치국과 투자자의 이해관계 사이에서 미묘한 균형을 유지하면서 ICSID 중재의 기계적인 독립성을 지키려는 의도로 보인다.<sup>23)</sup>

이에 대한 반대의견은 계약당사자가 ICSID 중재판정부가 구성되기 전 긴급조치가 필요할 때는 국내 법원으로부터 도움을 받을 자격이 있다는 주장이다. 즉, 관할법원은 집행 가능한 잠정조치를 내릴 수 있다는 주장이다. 이러한 해석은 동 협약에 근거한 판정의 집행을 보증하기 위해 판사에게 부여된 보전처분을 금지할 의도가 없었다고 프랑스의 대심원(Cour of Cassation)에 의하여 내려진 것이다.<sup>24)</sup> 이러한 판결은 중재과정에서 재산의 압류와 같이 기대되는 판정의 집행을 보증하는 잠정조치와 다른 임시처분 사이의 구별에 근거한 것이다. 즉, 동 협약의 배타성은 예컨대, 중재판정부의 독점적 권한에 속하는 증거 법칙(rules of evidence)에 관한 판결에 적용되는 반면, 집행에 관한 어떤 도움이 되는 처분은 전적으로 해당 국가법원의 독점적 영역에 속한다고 보는 것이 동 협약에 대한 정당한 이해라는 주장이다.<sup>25)</sup>

21) G.R. Delaume, "ICSID Arbitration and Courts," 77 AJIL (1983), p.784

22) G.R. Delaume, "Comment of the Decision of the Rennes Court of Appeal, Guinea and Soguipeche v. Atlantic Triton Co. Oct. 26, 1984," 24 ILM (1985), p.340.

23) B. Marchais, "ICSID Tribunals and Provisional Measures Introductory Note to Decision of the Tribunal of Antwerpen and Geneva in MINE v. Guinea," 1 ICSID Review (1986), P.372.

24) Guinea and Soguipeche v. Atlantic Triton Co., Nov. 18, 1986, 26 ILM (1987), p.373.

25) E. Gaillard, "Comment of ICSID Award, Atlantic Triton c/Republic of Guinea, Apr. 4, 1986," 115 JDI (1988), P.188.

법 실무가들은 두 번째 견해에 동의하는 경향이 있다. 이러한 논쟁은 ICSID 중재규칙이 개정된 이후 해결되고 있다.<sup>26)</sup> 즉 본 ICSID 중재규칙의 어느 조항도 당사자들이 자신들의 동의를 명기한 계약서에 상법기관 혹은 기타 기관에 대해서 잠정조치 명령을 요청하도록 규정한 경우 중재절차가 개시 이전 혹은 절차 진행 중에 각자의 권리 및 이익을 보전하기 위하여 그렇게 하는 것을 금지할 수 없다. 합의서에 그러한 조항을 명기하지 못했다면 당사자들은 국내법원의 도움을 바랄 자격이 없는 것이 분명하다.

따라서 당사자들은 임시처분에 관하여 명시적 합의로 사법적 지원을 추구하는 선택권을 갖도록 하는 것이 좋다.<sup>27)</sup> 또한 계약당사자의 기본 계약서의 서명 후 여러 가지 부수적인 계약이 체결되고 이들 부수적 계약에 관한 분쟁은 현지 법원이 관할권을 갖는다고 규정할 경우에 흥미로운 문제가 생길 수 있다. 투자의 일관성과 경제적 현실을 고려할 때 이러한 부수적 계약이 ICSID 관정부가 관할권을 갖는 기본 투자계약을 이행하는 직접적인 수단을 구성하는지 의문이다. ICSID는 투자에 직접적으로 관련된 문제를 결정하는 1차적인 관할권을 갖는다. Holiday Inn 사건에서 ICSID 중재판정부는 “현지 판정부는 ICSID 중재판정부가 이들 문제를 판정하기까지는 판정을 삼가야 하며, 만약 ICSID 중재판정부가 판정을 내렸다면 이러한 판정에 따라야 한다. 이 외의 다른 해결방법은 국내절차보다 국제절차가 우선한다는 원칙을 위태롭게 할 것이다”라고 판시했다.<sup>28)</sup>

#### 4. 법적분쟁(legal disputes)의 요건

ICSID 중재절차가 개시되기 위해서는 분쟁이 존재해야 하고(동 협약 제25조), 그 분쟁이 “법적 분쟁”이어야 한다. 여기서 “법적 분쟁”은 계약조항이나 준거법의 위반으로 발생한 분쟁이나 계약당사자의 권리·의무와 관련된 분쟁이라고 할 수 있다. 그러나 실제로 분쟁이 발생하면 그것이 “법적 분쟁”인지 여부를 입증하기가 쉽지 않다. 중재제기규칙(Institution Rules)에는 신청인이 분쟁의 법적 성격을 명시하도록 규정하고 있다(제2조 제1항 (e)). 그러나 중재신청 단계에서 신청인은 분쟁의 존재를 입증하는 서류를 제출할 필요가 없고 분쟁의 존재를 주장하는 것으로 충분하다(제2조 제2항).

Delaume는 계약 전체나 특정조항의 재협상 가능성 또는 회계나 사실 확인조사와 같은 사실에 입각한 분쟁처럼 당사자간의 이해의 갈등은 본 협약의 범주를 벗어난다고 보고 있다.<sup>29)</sup> 그렇지만 경우에 따라서는 중재판정부는 사실문제에 대해서도 판단해야 한다. 특정 사실의 존재여부가 당사자들의 법적 지위에 영향을 주는 경우 사실문제는 바로 법적 문제가 될 수 있다. AGIP v. Congo 사건<sup>30)</sup>에서 당사자들은 투자의 국유화에 대해 정부가 보상할 의무가 있음을 합의하였다. 그러나 콩고 정부가 이를 보상하지 않았다는 사실로 인하여 중재판정부는 신청인의 청구가 적법한 청구로 인정하였다. 즉, 신청인

26) ICSID Arbitration Rules, 39(6).

27) Model Clause XVI, Doc./ICSID/5/Rev. 1.

28) M. Tupman, *op. cit.*, p. 813.

29) G.R. Delaume, *op. cit.*, p.101.

30) AGIP v. Congo, 1 ICSID Reports, p.317, p.326.



은 자신이 주장한 사실이 법률 용어로 작성되고, 이를 입증 할 수 있기 때문에 ICSID 관할권이 발생한다고 주장하였다.

하지만 법적 문제를 야기하는 분쟁이라고 해도 정치적 성격을 띠면 중재대상으로 적합하지 않다. 예컨대, *Benvenuti & Bonfant v. Congo* 사건에서 중재판정부는 신청인의 현지법인을 해산한 정부행위의 적법성 여부를 판단했으며, 신청인과 피신청인이 공동 소유하는 다른 회사를 군사적으로 점령하고 국유화한 행위의 적법성 여부를 다루었다.<sup>31)</sup> 또한 *Amco v. Indonesia* 사건에서 중재판정부는 호텔의 강제 압류와 투자허가 취소에 관한 인도네시아 정부의 행위를 판정했다. 이 사건에서 인도네시아 정부는 중재판정부가 군경행위의 합법성 여부를 판단하여 월권했다고 하면서 위의 군경행위는 투자분쟁이 아니라고 주장했으나 중재판정부는 위의 군경행위는 투자분쟁의 핵심적이 부분이라고 판정하면서 인도네시아정부의 주장을 일축했다.<sup>32)</sup> 또한 *CSOB v. Slovakia* 사건에서, 슬로바키아 정부는 분쟁이 체코슬로바키아공화국의 분열과 밀접한 관련이 있는 정치적 분쟁이라고 주장하였다. 이에 중재판정부는 대상 분쟁이 비록 정치적 성격 혹은 정부행위의 성격을 갖는다고 해도 당사자의 법적 의무 및 권리와 관련되는 경우 법적 성격을 잃지 않는다고 판정했다.<sup>33)</sup>

한편 투자와 분쟁은 “직접 관련성”이 있어야 한다. 분쟁이 투자와 직접 관련성이 있는지 여부의 판단 권한은 중재판정부가 갖는다. *Holiday Inns v. Morocco* 사건에서 당사자간에는 호텔건설 및 운영계약이 체결되었고 이와 함께 모로코 정부기관과 신청인이 출자한 4개 자회사간에는 자금용자계약이 체결되었다. 후자의 계약에 관하여 모로코 정부는 전자의 호텔건설계약과 직접관련성이 없으므로 ICSID 관할권이 없다고 주장했으나 중재판정부는 “투자의 일반적 단일성”(general unity of an investment)을 이유로 자금용자계약도 ICSID 관할권에 포함됨을 인정했다.<sup>34)</sup>

### III. 중재조항의 추가쟁점

일단 계약당사자가 유효한 중재조항에 합의하면 그 이후에는 ICSID 협약이나 ICSID 중재규칙 등이 분쟁 해결에 관한 모든 절차를 커버하게 된다. 그렇지만 동 협약은 많은 문제에 관하여 당사자간 구체적인 추가 또는 별도 합의를 허용하고 있다. 이러한 합의는 중재조항의 효과에 직접적인 영향을 줄 수 있다.

이에 해당되는 것은 중재 가능한 분쟁, 중재인의 선정, 계약의 준거법, 중재절차규칙 중재인수, 심리 언어 등이 있을 수 있으나, 본고에서는 이 가운데 “중재 가능한 투자문제”(arbitrable investment issues),

31) *Benvenuti & Bonfant v. Congo* 1 ICSID Reports, p.330.

32) *Amco v. Indonesia* 1 ICSID Reports, p.413, pp.454-459..

33) *CSOB v. Slovakia*, 5 ICSID Reports, pp.341-342.

34) *Holiday Inns v. Morocco*, 1 ICSID Reports, 645; P. Lalive, op. cit., p.123, p.159.

중재인의 선정, 준거법 등 몇몇 쟁점에 관하여 검토해 보고자 한다. 그 목적은 당사자가 계약시에 중재조항을 삽입할 때 Model Clause를 기계적으로 삽입하지 말고 당사자의 합의로 표준중재조항의 어떤 요소에 영향을 줄 수 있는지를 파악할 수 있도록 하는데 있다.

## 1. 중재 가능한 “투자”

당사자간의 분쟁에 동 협약이 적용되기 위해서는 그 분쟁이 “투자”로부터 직접 발생한 법률상의 분쟁이어야 한다. 여기서 “투자”의 범위는 전통적 의미의 자본투자, 자원투자 또는 시설투자는 물론 경영계약에 따른 서비스 투자나 기술제공계약에 따른 기술투자 및 지적재산권의 제공도 포함 된다.<sup>35)</sup>

ICSID 협약상 “투자”에 속하려면 다음의 요소를 구비해야 한다.<sup>36)</sup> 첫째, 사업이 어느 정도 지속성을 가져야 하며, 일시적으로 중단되더라도 당사자간 장기적인 관계를 기대할 수 있어야 한다. 둘째, 규칙적인 수익구조를 가져야 한다. 즉 당장 수익을 내지 않더라도 수익을 기대할 수 있어야 한다. 셋째, 양 당사자가 지속적인 관계를 가지면서 수익창출과정에서 발생한 위험을 부담하여야 한다. 넷째, 당사자들이 실질적인 사항에 의무를 부담해야 한다. 마지막으로 투자유치국의 발전에 해당 사업이 중요성을 가져야 한다. 이러한 일반적인 요소에도 불구하고 당사자들은 동 협약 제25조 제4항에 따라 ICSID의 관할권을 배제하기로 합의할 수 있다. 또한 투자유치국의 국내투자관련 법규에 자국법이 적용되는 투자의 유형을 규정할 수 있고, 양국간 또는 다자간의 투자협정에 “투자”의 범위를 제한할 수 있다.

그간 ICSID 중재판정부에 제기된 분쟁과 관련된 투자는 매우 다양하다. 즉, 호텔 건축 및 운영, 섬유 생산, 광물채취, 병원 건축, 석유 탐사·개발, 비료공장 건축, 주택 건축, 면가공 공장 운영, 알루미늄 제련소 건설, 임산업, 어선의 개조·장치·운영, 무기 생산, 여행 위탁사업, 광물 해상운송, 새우 양식업, 금융, 농업활동, 케이블 텔레비전 설비 건설, 금융 대출 등이 있다. 투자방식도 변하게 되면서 최근에는 과거에 유행하였던 양허 및 합작투자 대신 이익 공유, 서비스, 건축, 경영, Turn-Key(완성인도)계약, 리스계약, 노하우 및 기술이전 계약 등이 더욱 빈번하게 일어나고 있다. 투자로 분류하기 어려운 거래로서 건설계약, 훈련프로그램, 기술지원 프로그램 등이 있다.<sup>37)</sup> 그렇지만 이들도 전체적인 상황에 따라 투자로 간주되기도 한다. 단순한 물품매매 혹은 단지 상업신용 등과 같이 단발적인 거래는 투자로 분류되지 않는 것이 분명하나 대부금의 연장이나 채권구매는 투자로 분류될 수 있다.

## 2. 중재인 선정

중재인 선정에 관하여도 ICSID 협약은 당사자의 계약자유의 원칙을 존중하여 당사자들은 판정부의

35) G.R. Delaume, "ICSID Arbitration : Practical Consideration," op. cit., p.118; I. Shihata, I., op. cit., p.1.

36) C.H. Shreuer, The ICSID Commentary : A Commentary, (2002), p.99.

37) K.V.S.K. Nathan, "Submission to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention," 12 Journal of International Arbitration (1995), p.27.

규모, 구성 및 선정방법을 합의할 수 있도록 하고 있다(동 협약 제37조 제2항). 이에 대한 합의는 분쟁 발생 전이나<sup>38)</sup> 분쟁발생 후에 가능하나 통상 중재신청서가 등록된 후에 이루어진다. 중재판정부는 단독중재인 또는 홀수의 중재인으로 구성되어야 한다. 홀수원칙은 강행규정이기 때문에 당사자의 합의로도 변경할 수 없으며, 실제로는 대부분의 사건이 3인 중재인으로 구성되었다.<sup>39)</sup> 즉, 당사자들이 중재인 수와 선정방법을 합의하지 아니한 경우 판정부는 각 당사자가 선정하는 1인과 양측이 합의하여 선정 한 세 번째 중재인으로 구성되며(동 협약 제37조 제2항 (b)호), 이 경우 세 번째 중재인은 의장중재인 이 된다.

만약 사무총장이 중재신청서의 등록통지를 발송한 후 90일 이내에 또는 당사자가 합의한 다른 기간 이내에 중재판정부가 구성되지 아니하면 운영이사회의 의장은 일방당사자가 요청하고, 가능한 광범위 하게 양 당사자와 협의 후 아직 선정되지 아니한 중재인을 선정하여야 한다. 본 조에서 의장중재인이 선정하는 중재인은 분쟁의 국가당사자인 체약국의 국민이거나 또는 분쟁의 개인당사자인 체약국의 국민이어서는 아니 된다(동 협약 제38조).

중재절차규칙 제2조 제3항에 따라 당사자들은 신청서 등록 후 60일 이내에 중재판정부 구성 및 중재인 선정방법에 대해서 합의하여야 한다. 동 규칙 제5조에 따르면 중재인직을 요청받은 개인들은 15 일 이내에 수락여부를 결정하여야 한다. 물론 당사자들은 합의로 위의 90일의 시한을 단축할 수 있다. ICSID 운영이사회의 의장은 중재판정부의 의장중재인만 선정하기도 하고,<sup>40)</sup> 피신청인이 중재인을 선정하지 않고 당사자들간에 의장중재인에 관하여 합의도 이루어지지 않는 경우 의장은 당사자 선정 중재인 과 의장중재인을 모두 선정하기도 한다.<sup>41)</sup> 사무총장은 운영이사회의 의장이 선정한 중재인에 대해서는 중재인직의 수락여부를 확인해야 하며 수락여부에 관한 사실을 당사자에게 통지해야 한다(중재절차규칙 제5조 제2항).

나아가, 분쟁 당사자의 국적을 가진 중재인이 과반수를 차지할 수 없다(동 협약 제39조). 그렇지만 단독중재인 또는 판정부의 각 개별중재인이 당사자의 합의로 선정된 때에는 그러하지 아니하다.<sup>42)</sup> 판정부가 3인 중재인으로 구성되는 경우 타방당사자와 합의하지 않는 한 1인만 중재당사자와 동일한 국적을 가질 수 있다. 이러한 규정은 3인 이상의 중재인으로 구성된 중재판정부에서 각 당사자를 지지할 중재인이 동수가 되므로 의장중재인이 단독중재인처럼 되는 것을 막기 위한 것이다. 이러한 규정이 적용되려면 투자자의 국적이 확정되는 것이 매우 중요하다. 특히 투자자의 국적이 외국지배(foreign control)를 이유로 다른 체약국 국민으로 간주되는 경우에 문제가 생길 수 있다. 국적요건을 준수하지 않는 경우에만 중재인의 제척(disqualification)이 신청될 수 있고 중재판정부 구성상의 흠을 이유로 중재판정이 취소될 수 있다. 따라서 중재인 선정시 국적 또는 투자자와 연관된 국가의 국민은 사전에 중재

38) NAFTA 제1123조 및 제1124조.

39) Philippe Gruslin v. Malaysia, 5 ICSID Reports, p.483.

40) Benvenuti & Bonfant v. Congo 1 ICSID Reports, p.337; Amco v. Indonesia 1 ICSID Reports, p.510.

41) AGIP v. Congo 1 ICSID Reports, p.310; Amt v. Zair, 36 IIm (1997) p.1531, p.1536.

42) 중재절차규칙 제1조 제3항.

인에서 배제되는 것이 바람직하다.

ICSID 운영이사회 의장이 동 협약 제38조에 따라 중재인을 선정할 경우에는 반드시 중재인단에서 선정하여야 한다. 이 경우 선정된 중재인은 분쟁당사자인 계약국의 국민 또는 자국민이 분쟁당사자인 계약국의 국민이어서는 아니 된다. 동 협약 제40조 제1항은 중재인이 중재인단의 외부에서 선정될 수 있는 경우를 규정하고 있다.

동 협약 제14조 제1항은 중재인이 갖추어야 할 자격요건을 규정하고 있다. 즉, 높은 도덕성과 법률, 통상, 산업, 재무분야에서 인정된 능력, 독립적인 판단을 할 수 있는 신뢰성이 있어야 한다. 중재인단 이외에서 중재인으로 선정되는 개인도 이러한 자질을 갖추어야 하며, 그렇지 못할 경우 동 협약 제57조에 따라 제척대상이 될 수 있고, 그가 내린 판정은 중재판정취소사유가 될 수 있다. 또한 중재인의 독립성을 확보하기 위해서 중재인들이 직업상 또는 영업상 당사자들과 가질 수 있는 관계에 대해서 소명하도록 하고 있다.<sup>43)</sup>

한편, 중재인은 관정부 설치 이전에 각 당사자에 의해 대체될 수 있으며 당사자들은 공동으로 대체를 합의할 수 있다.<sup>44)</sup> 중재인이 무능력자이거나 혹은 직무를 수행할 수 없는 경우 동 규칙 제9조에 규정된 중재인 제척절차가 적용된다. 또한 중재인은 관정부의 다른 중재인과 사무총장에게 사직서를 제출하므로 사직할 수 있다.<sup>45)</sup>

### 3. 준거법

#### (1) 실체의 준거법

##### 1) 명시적 선택

준거법은 계약의 실체에 적용되는 준거법과 중재진행에 관한 절차의 준거법으로 나누어 볼 수 있다. 전자에 관하여는 동 협약 제42조에, 후자는 제44조에 규정하고 있다. 투자계약의 준거법도 당사자 자치의 원칙에 따라 당사자의 합의로 결정할 수 있다. 이에 관하여 당사자간 명시적 합의가 없는 경우 관정부는 분쟁 당사자국인 계약국의 법률(국제사법규칙 포함) 및 국제법 규칙을 적용하여야 한다(동 협약 제42조 제1항).

실제로 투자유치국은 자국법이 계약관계와 가장 밀접한 관계가 있다고 믿고 자국법을 준거법으로 지정할 수 있으며,<sup>46)</sup> 계약관계가 나중에 변경되지 않도록 하기 위해서 계약 내용에 반하지 않거나 또는 계약체결 일자에 유효한 투자유치국의 법을 준거법으로 선택할 수 있다.<sup>47)</sup> 투자자의 입장에서 투자

43) 동 규칙 제6조 제2항.

44) 동 규칙 제7조.

45) 동 규칙 제8조.

46) Attorney-General v. Mobil Oil NI Ltd. 2 ICSID Reports, p.123.

47) Atlantic Triton v. Guinea, 3 ICSID Reports, p.23.

유치국 법령으로부터 자신을 보호하기 위하여 투자유치국 법령과 함께 국제법 또는 법의 일반원칙을 준거법으로 지정할 수 있는데, 동 협약 제42조가 그러한 취지를 규정하고 있다. 양자 또는 다자협정에서 준거법을 명시적으로 규정하지 않고 ICSID 중재를 선택하는 경우 동 협약 제42조는 분쟁당사국인 계약국의 법률 및 적용 가능한 국제법 규칙을 준거법으로 선택하기로 묵시적으로 합의한 것으로 판단한다.<sup>48)</sup>

## 2) 투자유치국 법령의 우선적용

당사자간 준거법의 합의가 없는 경우 중재판정부가 적절한 준거법을 결정하는 다른 중재규칙<sup>49)</sup>과 달리 ICSID는 투자유치국 법령을 적용하도록 규정하고 있다. 투자유치국 법령은 투자이행과 가장 밀접한 관련성이 있을 가능성이 높다. 따라서 일반 국제사법규칙을 적용해도 같은 결과가 나올 가능성이 높다. 동 협약 제42조의 투자유치국 “법령”에는 투자유치국의 국제사법규칙(rules of international law)도 포함되기 때문에 이를 적용해도 투자유치국 법령이 준거법으로 정해질 수 있다.

당사자간 준거법에 관하여 합의하지 않은 경우에 ICSID 중재판정부는 투자유치국 법령을 적용하지만 국제법을 위반할 수 없다. 국제법상의 공서양속은 동 협약 제42조 제1항 후단에 의해 투자유치국 법령이 적용된 경우에도 적용된다. 동 협약 제42조 제1항에 따라 투자유치국 법령이 적용되더라도 그 법령이 계약 성립 이후에 변경될 수 있다. 따라서 투자자의 입장에서는 투자유치국 법령의 변경을 방지하기 위해서 투자계약서에 “불변조항”(Stabilization Clause)<sup>50)</sup>을 삽입하여 변경된 법 규정이 투자자에게 적용되지 않도록 하거나 적용될 경우 이로 인한 손해를 투자유치국에서 보상하도록 요구할 수 있다. ICSID 중재사건의 경우에 중재판정부들은 불변조항의 효력을 인정하는데 적극적이다.<sup>51)</sup> 중재판정부는 불변조항의 효력을 인정할 뿐만 아니라 이를 국제법의 일부로 간주하여 투자유치국이 법령의 제정이나 개정을 통하여 일방적으로 자신들의 의무를 위반하지 못하도록 하고 있다.

## 3) 국제사법규칙

동 협약 제42조 제1항에는 계약당사자간 준거법에 관한 합의가 없는 경우 중재판정부는 분쟁의 계약국 당사자의 법과 적용 가능한 “국제법규칙”(rules of international law)<sup>52)</sup>을 적용하여야 한다고 규정하

48) NAFTA 제1131조 Energy Charter Treaty 제26조.

49) ICC 중재규칙 제17조 제1항; UNCITRAL 중재규칙 제33조 제1항, AAA 중재규칙 제28조 제1항; UNCITRAL Additional Facility 제55조.

50) 1977년 Mali 공화국과 Compagnie Générale des Matières Nucléaires 사간 체결된 "COGEMA" 우라늄 협정상의 "불변조항"을 소개하면 다음과 같다. 원래 불어로 작성된 것을 영어로 번역한 것이다. (Art. 16.1 of the "COGEMA" Agreement) : "The Government undertakes to guarantee, for the duration of the present agreement, that the company shall enjoy the stability of general, legal, economic, financial and fiscal conditions under which it will operate. This guarantee refers to the legislation and the regulation as applicable, at the signing of the contract, to mineral exploitation in Mali and uranium exploitation in particular".

51) AGIP v. Congo, 1 ICSID Reports, p.324; LETCO v. Ligeria, 2 ICSID Reports, p.346; MINE v. Guinea, 4 ICSID Reports, p.94.

52) "국제법규칙"(rules of International law)의 정의에 관하여는 국제사법재판소 규약 제38조 제1항을 참조할 수 있다. 즉

고 있다. 즉 당사자간 준거법에 관한 합의가 없다면 투자유치국의 국내법과 국제법규칙의 복합적용이 준거법으로 준용될 수 있음을 협약은 규정하고 있다.

예컨대, 투자유치국에서 투자자의 재산을 수용(expropriation)하고자 하여 분쟁이 발생한 경우 중재인들은 비록 투자유치국의 국내법에 따라 수용된 경우에도 국제법규칙에 모순되면 이를 거부할 수 있다. 이 경우 동 협약에 “적용 가능한 국제법규칙”이란 문언을 둔 것은 투자유치국의 수용에 대항하는 법적 보호장치의 기능을 한다. 사실 국내법은 국제법규칙의 기준을 충족한 경우에 한하여 적용될 수 있다.<sup>53)</sup> 즉 계약국의 법은 자국의 영토 내에서 최고의 인정을 받지만 그럼에도 불구하고 국제법규칙의 통제를 받게 된다.

동 협약에서 국내법과 국제법규칙을 병기한 것은 적용상 혼란을 줄 수 있다. 다시 말하면, 양자를 동시에 적용하는지, 양자가 대체적 관계에 있는지 또는 양자를 선택적으로 적용하는지 문제가 될 수 있다. 이에 대해서 ICSID 중재판정부는 분쟁발생국 국내법을 먼저 적용하고 그 후에 이것이 국제법규칙에 비추어 유효한지를 검토하여 모순되지 않는 범위 내에서 국내법이 유효하다고 판단했다.<sup>54)</sup> 국내법에 대하여 적용 가능한 국제법규칙은 2가지 기능, 즉, 보충적 역할(supplementary role)과 교정적 역할(correcting role)을 갖고 있다. 특히, 전자의 역할은 Klöckner v. Cameroon 사건<sup>55)</sup>과 Amco v. Indonesia 사건<sup>56)</sup>에서 인정되었다.

동 협약은 국내법과 국제법규칙 사이에 어느 것이 우선하는지 규정하고 있지 않으나, 만약 양자가 충돌한다면 국제법규칙이 우선되어야 한다.<sup>57)</sup> 국제법규칙의 법원은 「법의 일반원칙」(general principal of law)의 적용을 묵시하고 있다고 보여 진다.<sup>58)</sup> 동 협약에서 국제법규칙을 “rules of law”로 표기하므로 특정국가의 법전체가 적용되지 않고 특정 규칙들을 결합하거나 선별적으로 선택한 법규칙이 집합됨을 알 수 있다. 따라서 특정국가의 국제사법규칙을 선택하므로 다른 법제도를 지정하게 되는 반정(renvoi) 원칙<sup>59)</sup>은 적용되지 않는다. 준거법 선택이 반정규칙을 적용하면 준거법의 선택이 불확실해질 수 있기 때문이다.

#### 4) 판단불가결정(non-liquet) 금지

동 협약 제42조 제2항은 “판정부가 법률의 부존재나 불명확을 이유로 판단불가라고 판단할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉, 동조 제1항을 적용하여 판정을 내릴 수 있는 명확한 법리를 찾아야 함을 규정

여기에는 조약, 국제상관습, 법의 일반원칙, 중재판정 및 법원판결 등이 포함된다.

53) Letco v. Liberia, March 31, 1986(1987) 26 I.L.M. 647, 658; AAPL v. Sri Lanka, June 27, 1990(1991) 30 I.L.M. 577, (1992) Y. Comm. Arb. 106.

54) M. Rúbino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, Kluwer Law Int'l, (2001), p.85.

55) Yearbook Commercial Arbitration, 1986, Vol. XI, p.162.

56) *ibid.*, p.170.

57) G. Elombi, "ICSID Award and the Denial of Host State Laws," 11 J. Int'l Arb., p.361.

58) W. Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement, 2nd Revised and England ed., Kluwer Law Int'l. (1995), p.181.

59) “반정”(反正)(renvoi)은 문제된 국제사법규칙에 따라 외국법이 적용될 경우 그 외국법 소속국의 국제사법규칙에 따라 다시 소송지의 법률을 적용하도록 되어 있을 때 소송지의 법률을 적용하는 국제사법상의 원칙을 말한다.

한 것이다. 따라서 당사자들은 자신들이 합의된 준거법이나 합의가 없을 경우 제1항에 따라 투자유치국의 국내법이나 국제법규칙을 통하여 법률적 공백이나 흠결을 보충하여야 한다. 따라서 중재판정부는 중재판정의 이유를 명기할 때 자신들이 적용하는 법리를 명기하고 그 근거를 제시하여야 한다. 그렇지 못한 경우 중재판정은 취소될 수 있다.

### 5) 형평과 선

동 협약 제 42조 제3항은 “동조 제1항과 제2항의 규정을 당사자들이 합의하는 경우 형평과 선(ex aequo et bono)에 따라 분쟁을 판단할 판정부의 권한을 침해해서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 중재판정부가 구체적인 법규칙을 적용하지 않고 형평과 선에 따라 판정하기 위해서는 우선적으로 당사자간 합의가 필요하다. 그렇지 않고 판정이 내려지면 해당 중재판정은 권한 없이 내려진 중재판정으로 취소될 수 있다.<sup>60)</sup> 중재판정부가 “우호적 중재인”(amiable compositeur)의 역할을 부여 받으면 형평과 선에 따라 판정할 수 있다. 그렇다고 판정부가 반드시 형평과 선에 따라 판정하는 것은 아니다. Benvenuti & Bonfant v. Congo 사건<sup>61)</sup>이나 Atlantic Triton v. Guinea 사건<sup>62)</sup>에서 중재판정부가 형평과 선에 따라 판정을 내릴 권한을 부여받았지만 특정 법령, 국제법 및 형평원칙을 동시에 적용하였다.

### (2) 절차의 준거법

동 협약 제44조는 중재절차에 동 협약과 중재절차규칙(Rules of Procedure for Arbitration Proceedings; Arbitration Rules)이 충돌하면 후자가 우선한다고 규정한다. 중재절차규칙은 1967년, 1968년, 1984년, 2002년, 2006년에 개정되어 ICSID의 운영이사회에서 채택되었다. 중재절차규칙을 보충하는 것이 중재제기규칙(Arbitration Institution Rules)과 행정재정규칙(Administration and Financial Regulation)이다. 전자는 중재요청서를 등록하기까지의 단계를 규율하고 있고 후자는 중재비용, 연락방식, 심리장소, 시한 등과 관련된 내용을 담고 있기 때문에 중재절차와 연관성을 갖고 있다.

당사자들은 일정한 제한 하에서 중재절차규칙을 변경할 수 있으며 중재절차규칙 적용상의 문제점은 중재판정부가 보완할 수 있다. 동 협약 제44조에 의해서 ICSID 중재는 국내소송규칙에 영향을 받지 않는다. 특히 중재지는 ICSID 중재절차에 영향을 주지 않는다. 다만 중재절차규칙 제39조 제6항에 의한 잠정조치와 협약 제54조에 의한 중재판정의 승인 및 집행과 관련해서 국내법원이 일정한 역할을 수행한다.

한편, 동 협약 제44조에 따르면 강행규정이 아닌 절차에 관한 협약은 당사자들의 합의로 그 적용을 배제하거나 변경시킬 수 있다. 또한 중재절차규칙도 강행규정의 성격을 갖지 않는 한 당사자들이 합의

60) Amco v. Indonesia, 1 ICSID Reports, p.517; Klöckner v. Cameroon, 2 ICSID Reports, p.125, p.129; MINE v. Guinea, 4 ICSID Reports, p.87.

61) 1 ICSID Reports, p.350.

62) 3 ICSID Reports, p.8, p.30, p.32, p.42.

로 변경할 수 있다. 다만 중재제기규칙과 행정재정규칙은 당사자들이 변경할 수 없다. ICSID 중재절차 규칙을 배제하거나 다른 중재규칙에 합의하지 않는 경우 계약당시에 유효한 ICSID 중재절차규칙이 적용된다.<sup>63)</sup> 당사자들은 ICSID 중재절차규칙을 변경하기로 합의할 수 있지만 협약의 강행규정은 변경할 수 없다.

동 협약은 중재규칙의 변경시기 및 방법에 관해 규정하고 있지 않다. 통상 중재절차는 당사자의 ICSID 중재합의시나 중재요청서를 제출할 때 변경될 가능성이 높다. 그러나 중재절차가 개시된 후 “예비절차협의”(preliminary procedural consultation) 단계에서 당사자들은 최신의 중재절차규칙을 적용하기로 합의할 수 있다. ICSID 중재절차에서 여러 가지 절차규정들이 적용되는 경우 이들간 다음의 순서에 따라 적용된다.<sup>64)</sup>

① 협약의 강행규정으로서 당사자들이 변경할 수 없는 것, ② 행정재정규칙과 중재제기규칙, ③ 당사자들이 합의해서 정한 절차, ④ 당사자들이 변경할 수 있는 협약 규정, ⑤ 중재절차규칙, ⑥ 절차사항에 관한 중재판정부의 결정의 순이다.

## IV. 결 론

국제투자계약의 한 당사자는 국가이거나 국가기관인 경우가 많다. 이러한 경우 계약당사자간 분쟁이 발생하여 이것이 소송이나 중재에 회부되면 민간 투자자의 입장에서는 자신에게 불리한 판단이 내려질 것으로 우려하게 되고 그 결과 국제투자가 위축될 가능성이 크다. 이를 우려하여 중립적인 국제기구인 세계은행 내에 설치된 중재기관이 바로 ICSID 중재이다. 이를 이용하기 위해서는 당사자간 합의 외에 몇 가지 요건이 충족되어야 한다. 즉, 양국이 모두 계약국일 것과 양자간 이에 관한 합의, 투자자와 투자유치국의 요건, 분쟁의 성격, 분쟁에 대한 현지법원과 ICSID 관할의 경계 등이다.

비록 당사자가 ICSID가 권장하는 중재조항을 투자계약서에 삽입하였다 하더라도 앞에서 언급한 요소들이 ICSID 협약에 적합하지 않으면 중재조항의 효력이 제한을 받게 된다. 논자는 제II장에서 중재조항이 이러한 요소들에 의해 제한을 받게 되는 경우를 ICSID 협약과 그간의 판례를 중심으로 검토하였다.

나아가, ICSID 중재조항이 삽입되면 동 협약과 중재절차규칙 등에 의해 중재가 진행된다. 그렇지만 이러한 중재합의도 계약당사자간 당사자자치의 원칙이 적용된다. 이러한 원칙에 따라 당사자가 합의할 사항이 많이 있지만, 논자는 실무적으로 가장 쟁점이 될 수 있는 3가지, 즉 중재 가능한 “투자”, 중재인 선정 방식 및 준거법의 결정에 대해서 살펴보았다. 특히 이 가운데 준거법은 계약의 쟁점을 규율하

63) LETCO v. Liberia, 2 ICSID Reports, pp.357-8.

64) 법무부, ICSID 중재제도연구, 2006, p.145.



는 실체의 준거법과 중재의 절차를 규정하는 절차의 준거법으로 나누어 고찰하였다. 물론 이러한 추가 쟁점에 관하여 당사자간 별도의 약정이 없으면 ICSID 협약에 따르지만 이것이 최선의 방법이라고 할 수는 없다.

본 논문의 목적은 계약당사자간 중재합의시 중재조항에 포함시킬 요소와 당사자자치의 원칙에 따라 추가로 고려할 요소를 인식하여 투자자의 입장에서 어떤 점을 유의할 것인지를 알도록 하는데 있다. 따라서 투자자가 이러한 유효성 요건과 추가 쟁점을 고려한다면 비록 국가를 상대로 하는 해외투자계약도 성공적으로 수행할 수 있으리라 생각된다.

## 참 고 문 헌

- 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.
- 법무부, ICSID 중재제도 연구, 2006.
- 오원석, “국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제31권 제4호, 한국무역학회, 2006.
- 장복희, “국제투자분쟁해결본부 (ICSID)의 중재제도”, 「연세법학연구」, 제7권 제2호, 연세대학교, 2000.
- 장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 「서울대학교 법학」, 제42권 제3호, 서울대학교, 2001.
- 최태관, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 「중재연구」 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007.
- Amerasinghe, C.F., "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," 19 Indian Journal of International Law (1979).
- \_\_\_\_\_, "Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States," 47 BYIL (1974/1975).
- Broches, A., "The Convention on the Settlement of Investment Disputes," 130 RCADI(1972 II).
- Delaume, G.R., "ICSID Arbitration and Courts", 77 AJIL (1983).
- \_\_\_\_\_, "ICSID Arbitration : Practical Consideration," 1 J. Int'l Arb. (1984).
- \_\_\_\_\_, "Comment of the Decision of the Rennes Court of Appeal, Guinea and Soguiépêche v. Atlantic Triton Co. Oct. 26, 1984" 24 ILM (1985).
- Elombi, G., "ICSID Award and the Denial of Host State Laws," 11 J. Int'l Arb.
- Gaillard, E., "Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clause," 3 ICSID Review (1998).
- \_\_\_\_\_, "Comment of ICSID Award, Atlantic Triton c/Republic of Guinea, Apr. 4, 1986," 115 JDI (1988).
- Lalive, P., "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems," 51 BYIL (1980).

- Horn, N., *Arbitration Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law Int'l, (2004).
- Marchais, B., "ICSID Tribunals and Provisional Measures Introductory Note to Decision of the Tribunal of Antwerpen and Geneva in *MINE v. Guina*," 1 *ICSID Review* (1986).
- Mergel, H.J., "Probleme der Zuständigkeit des International Centre for Settlement of Investment Disputes," (ICSID) 32 *RIW* (1986).
- Nathan, K.V.S.K., "Submission to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention," 12 *Journal of International Arbitration* (1995).
- Niggenmann, F., "The ICSID *Klöcker v. Cameroon* Award. The Dissenting Opinion," 1 *Journal of International Arbitration* (1984).
- Paulsson, J., "The ICSID *Klöckner v. Cameroon* Award; The Duties of Parties in North-South Economic Development Agreements," 1 *J. Int'l. Arb.* (1984).
- Peter, W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement*, 2nd Revised and England ed., Kluwer Law Int'l. (1995).
- Rúbino-Sammartano, M., *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law Int'l, (2001).
- Schmidt, J.T., "Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes : Implication of the Decision on Jurisdiction *ALCOA Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*," 17 *Harv. Int'l L.J.* (1976).
- Shihata, I., "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Role of ICSID and MIGA," 1 *ICSID Review* (1986).
- Shreuer, C.H., *The ICSID Commentary : A Commentary*, 2002.
- Tupman, M. "Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," 35 *ICLQ* (1986).
- Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, Vol. XI.