

## 국제투자계약상의 중재조항(Arbitration Clause)의 주요 구성요소에 관한 연구\*

오 원 석\*\*  
서 경\*\*\*

- 
- I. 서 론
  - II. 중재조항의 주요 구성요소
  - III. 판정집행 조항
  - IV. 결 론
- 

### I. 서 론

국제투자계약에 따른 분쟁은 투자가 이루어지는 국가의 국내법원에 회부된다면 해외투자자는 현지 당사자에 비하여 불리한 판결을 받을 수 있다는

---

\* “이 논문은 2007년 교육인적자원부의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임” (KRF-2007-411-JO5202)  
\*\* 성균관대학교 경영학부 교수  
\*\*\* 성균관대학교 박사과정

우려가 있다. 이러한 불안을 해소하기 위하여 당사자 간 분쟁을 소송이 아닌 중재로 해결하고자 하는 경우가 많다. 분쟁을 중재로 해결하기 위해서는 우선 당사자 간 중재합의가 필요하다.

이러한 중재합의를 계약서에 명기하는 것이 중재조항(Arbitration Clause)이다. 물론 분쟁이 발생한 후에도 중재합의가 가능하지만 분쟁후의 중재합의는 투자자에게 매우 위험하고 불리할 수 있다. 왜냐하면 상대방은 통상 국가기관이거나 국영기업인 경우가 많기 때문이다. 따라서 계약 시에 중재조항을 명기하는 것이 계약 후의 의사변경이나 상황변경과 관계없이 분쟁이 중재로 해결될 수 있는 보장이 된다.<sup>1)</sup> 물론 당사자 간 중재합의는 유효한 합의이어야 한다. 그러기 위해서는 대부분의 중재법은 당사자의 합의를 문서로 작성하도록 요구하고 있다.<sup>2)</sup> 비록 중재가 진행되어 판정이 내려진 후에도 중재합의가 무효가 될 경우 그 판정의 승인과 집행이 거부될 수 있다.<sup>3)</sup>

중재조항의 기능이 원활하게 적용되기 위해서는 중재조항을 구성하는 제 요소가 적절하게 명기되어야 한다. 만약 중재가 ICSID 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; 일명, 워싱턴협약(1965))에 따라 「투자분쟁국제해결본부」(International Center for Settlement of Investment Disputes('ICSID)에서 이루어지는 기관중재("Administered" or "Institutional" Arbitration)인 경우에는 별도의 약정이 없는 한 ICSID 협약에 따라 중재조항의 제 요소가 결정된다. 이 경우에는 계약당사자 중 한 당사자가 반드시 국가나 국가기관이어야 하고, 양자가 속한 국가가 ICSID 협약의 체약국이어야 한다. 또한 분쟁이 투자에서 비롯되는 법적 분쟁이어야 한다.

만약 이러한 조건들이 성취되지 않는 한 ICSID 중재를 이용할 수 없기 때문에 다른 기관중재나 임시중재("Non-administered" or "Ad Hoc Arbitration")를 이용하여야 한다. 기관중재의 경우에는 대부분 해당기관의 중재규칙이 있기 때문에 당사자 간 별도의 합의가 없는 한 동 규칙에 따라 중재조항의 제

1) Art. 25(1) of ICSID Convention; "...When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally".

2) New York Convention (1958), Art. II, ICSID Convention Art. 25.

3) New York Convention (1958), Art. VI(a); A. Foustoucos, "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", 5. *J. Int'l Arb.* (1988), p.113.

요소가 결정되지만 임시중재의 경우에는 중재조항에서 이들 요소를 별도로 약정하여야 한다. 임시중재의 경우 실제로는 UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules, 1976)을 중재절차의 준거법으로 채택하도록 권하고 있다.

본 논문에서는 기관중재를 전제하지 않고 투자계약서의 중재조항에 포함될 주요 구성요소와 이에 관한 쟁점들을 고찰하고자 한다. 주요 구성요소 하나하나를 고찰하면서 이에 관한 ICSID 협약 내용과 비교하고자 한다. 왜냐하면 ICSID는 국제투자계약에 따른 분쟁을 해결하는 대표적인 기관중재이기 때문이다.<sup>4)</sup>

중재조항에 포함될 주요 구성요소 가운데 간과하기 쉬운 것이 판정집행조항이다. 특히 투자계약의 경우 한 당사자가 국가나 국영기업인 경우 주권면제를 이유로 판정집행이 방해받을 수 있기 때문에 이에 관하여 별도의 장에서 검토하고자 한다.

본 연구의 목적은 한·미 FTA 체결과 후속적인 FTA 확대에 국가나 국가기관을 당사자로 하는 외국인 국내투자자와 국내기업의 해외투자가 늘어남에 따라 투자계약 체결 시 중재조항 작성과 관련하여 주요 쟁점별 지침을 제공하고자 하는 것이다. 상대국이 ICSID 협약 체결국인 경우에는 ICSID 중재를 이용할 수 있으나 그렇지 않는 경우 양자간 중재조항의 작성은 매우 중요하기 때문에 본 논문은 이에 일조할 것으로 믿는다.

## II. 중재조항의 주요 구성요소

### 1. 문제의 제기

---

4) ICSID 중재와 관련된 논문을 살펴보면, 김용일, “ICSID 중재판정의 취소에 관한 연구 -우리 중재법과의 비교를 중심으로-”, 「무역상무연구」, 제37권, 한국무역상무학회 (2008); 오원석, “ICSID 중재이용을 위한 투자계약서상의 중재조항의 유효성과 추가쟁점”, 「통상정보연구」, 제9권 제4호, 한국통상정보학회 (2007). 오원석, “국제투자분쟁을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제31권 제4호, 한국무역학회 (2006); 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제13권 제2호, 한국중재학회 (2004) 등이 있다.

유효한 중재조항의 효용성은 그것이 원활하게 적용될 경우 갈등회피 측면에서 그 효과를 발휘하게 된다. 즉 중재조항은 중재인의 선정에서부터 집행 가능한 중재판정이 내려질 때까지의 보장받을 수 있도록 작성되는 것이 바람직하다. 이러한 요건을 충족하기 위해 중재조항에 포함될 구성요소 등을 하나하나 검토해 보고자 한다.

## 2. 분쟁의 성격

계약당사자들은 자신들의 중재조항을 중재계약의 해석이나 적용과 같은 문제나,<sup>5)</sup> 실질적인 금액에 관한 문제<sup>6)</sup> 등 중재를 특정 문제에 한정할 수 있다. 그렇지만 중재조항에서 관할하는 분쟁의 성격에 관하여는 가능한 한 그 적용범위를 제한하지 않는 것이 좋으며 중재판정부의 관할에 대한 이의제기를 피하기 위해서라도 분쟁의 성격을 광범위하게 규정할 필요가 있다.<sup>7)</sup>

당사자들은 중재조항의 적용범위를 단지 “계약 하에서 발생하는 분쟁”(disputes arising under the contract), “계약의 이행과 관련된 분쟁”(disputes related execution or performance of the contract)과 같이 분쟁의 성격을 좁히지 않도록 유의하여야 한다. 따라서 “계약과 관련된 분쟁”(disputes in connection with the contract) 등의 표현으로 투자계약과 관련된 모든 분쟁을 중재에 회부하도록 규정하는 것이 좋다.<sup>8)</sup>

나아가 중재에 회부된 분쟁에 내려진 판정이 집행되기 위해서는 중재지법과 분쟁의 본질에 적용되는 법에 따라 중재 가능한 주체이어야 한다. 예컨대, 공공정책 법규나 관련법의 강제조항으로 중재가 제한되는 분야는 불법행위, 경쟁법, 특허와 상표법, 파산법, 증권법, 무역거부 등이 있다.<sup>9)</sup>

당사자가 ICSID 중재를 이용하기 위해서는 중재의 대상이 되는 분쟁은

---

5) Art. 23 of the 1975 Indonesian "Asahan" Agreement.

6) Art. 42(b) of the 1972 Botswana "Selebi Phikwe" Agreement.

7) G.R. Delaume, "ICSID Arbitration : Practical Considerations", 1 *J. Int'l Arb.* (1984) p.107.

8) St. Bond, "How to Draft an Arbitration Clause", 6 *J. Int'l Arb.* (1989), p.71.

9) R. David, *Arbitration in International Trade*, updated English version, Kluwer, Deventer, 1985, p.186.

“투자에서 직접 발생한 법률상의 분쟁”(legal disputes arising directly out of an investment)이어야 한다(ICSID 협약 제25조 제1항). 여기에서 “투자”는 자원개발이나 산업설비투자 등 전통적 형태의 투자 이외에 서비스계약이나 기술도입계약 등 경영관리계약도 포함될 수 있다.<sup>10)</sup> 비록 ICSID 중재가 다양한 형태의 거래를 포함한다 하여도 당사자간 시비를 피하기 위해서는 분쟁의 대상이나 성격을 중재조항에서 제한하거나 ICSID 협약 제25조의 “투자”개념에 한정할 것을 명기하는 것이 좋다. ICSID 협약에서 언급한 “법적 분쟁”(legal disputes)에 관하여는 본 논문에서 그 설명을 생략한다.<sup>11)</sup> 당사자의 입장에서는 “법적분쟁”을 계약상 당사자의 권리나 의무에 관한 분쟁으로 이해하는 것이 좋다.

ICSID는 1978년 ICSID 중재의 인적·물적 관할범위를 확대하기 위해 「추가절차규칙」(Additional Facility Rules)을 제정하였다. 그 결과 분쟁당사자인 투자유치국이나 투자자의 소속국 중 하나가 ICSID 협약의 비체약국이라도 ICSID 중재가 가능하며, 또한 투자에서 직접 발생한 분쟁이 아니라도 ICSID 중재를 이용할 수 있게 되었다 (동 규칙 제2조 a항 및 b항).

한편 ICSID 중재 대신 임시중재에서 UNCITRAL 중재규칙을 준거법으로 채택하는 경우, 당사자가 중재조항에 분쟁의 성격을 명기할 수 있다. 그렇지 않으면 다음과 같이 UNCITRAL 「모범중재조항」(Model Arbitration Clause)을 명기할 수 있다.

즉, “Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as present in force”.

(본 계약으로부터 또는 본 계약과의 관계에서 또는 본 계약의 위반, 종료, 무효로부터 발생하는 어떤 분쟁, 논쟁 또는 청구권은 현재 발효 중인 UNCITRAL 중재규칙에 따라 해결된다)

10) G.R. Delaume, op. cit., p.118; I. Shihata, “Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA”, 1 *ICSID Review* (1986), p.833.

11) 오원석, 국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 「무역학회지」, 제13권 제4호, 한국무역학회 (2006), p.133.

이러한 「모범중재조항」을 사용하지 않았다 하더라도 당사자 간의 「계약과 관련된 분쟁」(disputes in relation to that contract)을 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재에 회부하기로 합의한 경우 당사자의 계약자유가 제한받거나 우선되는 준거법이 적용되는 경우를 제외하고 동 규칙이 적용되어 계약과 관련된 모든 분쟁을 포함 한다.<sup>12)</sup>

### 3. 중재인의 선정

중재에서 가장 중요한 것이 중재판정부의 구성이며, 중재판정부의 구성에서 가장 중요한 일이 중재인의 선정이다. 기관중재든 임시중재이든 중재인의 선정은 당사자의 합의가 우선한다. 당사자의 합의로 중재인을 선정하지 못하는 경우, 기관중재는 동 기관의 중재규칙에 중재인을 선정하는 기준과 절차를 규정하고 있다. 그렇지만 임시중재의 경우 적용되는 준거법에 따라 다양한 선정방법을 규정하고 있다.

ICC 중재의 경우 당사자의 합의로 중재인을 선정하지 못할 경우 중재법원 사무국이 선정한다.<sup>13)</sup> Westland 사건의 경우 ICC 중재법원 사무국은 중재인 선정을 위한 공동제안이 없는 6인의 피 신청인을 위해 중재인을 선정했다.<sup>14)</sup>

그렇지만 당사자가 중재인 선정을 중재기관에 의뢰하지 않거나 당사자가 선정될 중재인에 대하여 특별할 조건을 제시할 경우 중재인 선정문제가 교착상태에 빠질 수 있다. 예컨대, 전문지식, 복수언어 구사능력, 국적 등 추가적 조건의 요구나, 어렵게 선정된 중재인의 사망이나 중재거부 등은 중재조항을 무력화 하여 중재인 선정을 어렵게 할 수 있다. 특히 임시중재에서 한 당사자가 중재인 선정을 거절하거나 각자가 선정한 중재인이 의장중재인 선정에 합의하지 못한다면 판정부 구성이 중단될 수 있기 때문에 중재조항에 이에 관한 대안을 명기해 주어야 한다.

당사자가 중재인 선정에 합의하지 못한 경우 중재인을 선정하기 위한 다

---

12) UNCITRAL 중재규칙 제1조 참조.

13) ICC 중재규칙 제12조.

14) *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization and al.*, Interim ICC Award No. 3879 (1984), 23 *ILM* (1984), p.1075.

양한 방법이 개발되어 왔다.<sup>15)</sup> 스위스와 같은 국가에서는 국내법원이 최종 선정권을 갖는다.<sup>16)</sup> 특히 중재판정부가 구체적인 중재법을 두고 있지 않는 국가에서 중재를 진행할 경우 그러한 선정기관의 명기가 더욱 필요하다.

ICSID 중재의 경우도 ICC 중재와 같이 중재판정부는 1인 또는 3인으로 (당사자 간 중재인 수에 관하여 합의가 없는 경우) 구성된다. 3인 중재의 경우 각 당사자가 1인을 선정하고 제3의 중재인, 즉 의장중재인은 이들 2인에 의하여 선정된다. 만약 중재판정부가 신청서 등록 후 90일을 초과한 후에도 설치되지 않으면 일방당사자의 요청에 따라 ICSID 운영이사회 의장이 중재인을 선정할 수 있다.<sup>17)</sup>

결국 기관중재의 경우 중재인 선정에 관하여 별도의 약정이 없는 경우 동기관의 중재규칙에 따라 중재인이 선정된다. 그렇지만 임시중재의 경우 중재인 선정에 관하여 합의나 사건 약정이 없는 경우 매우 난처한 상황이 될 수 있다. 이 경우에도 준거법으로 UNCITRAL 중재규칙을 채택했다면 헤이그에 있는 상설중재법정<sup>18)</sup>(Permanent Court of Arbitration; PCA)의 사무총장이 중재인 선정권한을 갖는다.<sup>19)</sup>

15) A. Redfern, et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2004. pp.206-213.

16) New Federal Statute on Private International Law, Art. 179.

17) ICSID 협약 제38조.

18) PCA는 1899년 헤이그에서 체결된 「국제분쟁의 평화적 해결에 관한 협약」(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)에 의하여 창설된 정부간 국제기구이다. 그 회원국의 수는 2008년 3월 현재 107 국가이며, 우리나라는 2000. 2. 21.에 1907년 개정협약에 가입하였다. 그 이후에 PCA는 발전을 거듭하여 이제는 국가나 국가기관, 정부간기구 및 민간기업 등의 사인(私人)이 당사자인 다양한 분쟁(특히 양자 또는 다자의 투자조약에 기초한 투자분쟁·상사분쟁 포함)의 해결에 있어 저명한 중재기관의 하나로 자리 잡았다. 후술하듯이 PCA는 UNCITRAL 중재규칙과 관련하여 여러 역할을 수행한다. [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1038](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1038)> 참조.

19) UNCITRAL 중재규칙 제7조 제2항 B호; "If no such authority has been previously designated by the parties, or if the appointing authority previously designated refuses to act or fails to appoint the arbitrator within thirty days after receipt of a party's request therefore, the first party may request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to designate the appointing authority".

## 4. 중재절차규칙

중재의 진행절차는 중재판정의 승인 및 집행과 관련하여 매우 중요하다. 통상 중재절차는 당사자 간 합의가 우선한다. 그러므로 중재조항에 이에 관한 약정이 필요하다. 당사자 간 별도의 약정이 없는 경우 기관중재의 경우에는 지정된 중재기관의 중재규칙에 따르지만 기관에 관한 합의도 없는 경우에는 중재지의 법에 따라야 한다.<sup>20)</sup>

중재절차에 관한 준거법 선택과 관련하여 예상되는 여러 가지의 경우를 나누어 검토할 필요가 있다.

### 1) 국내절차법의 선택

많은 국제투자계약에서 국내중재법이 중재절차를 규율하는 준거법으로 선택 되어졌다. 이 경우 선택된 국내법은 통상 투자유치국의 국내절차법이다.<sup>21)</sup> 이러한 선택은 당사자들로 하여금 합의하기 어려운 임의적 해결책을 내어 놓는 부담을 경감시키는 반면, 외국투자자의 입장에서는 자신이 잘 알지 못하는 유치국 국내법이 적용된다는 문제점이 있다.

### 2) 중재조항에서 당사자의 직접적 선택

당사자가 자신들의 투자계약서상 중재조항에 특정 중재법규를 선택하는 경우이다. 이렇게 하는 이유는 중재절차에서 중재판정부가 선택하는 절차법보다 자신들의 선택이 우선함을 확실히 하고자 함이며 중재절차가 이를 원하지 않는 당사자에 의해 방해받지 않기 위함이다. 그렇지만 중재조항에 모든 필요한 절차규칙을 명기하는 것이 쉽지 않기 때문에 여기에 명기되지 않는 문제는 법정지법(*lex fori*)이나 중재판정부의 관할에 속한다.

### 3) 중재조항에 중재지를 결정한 경우

절차규칙에 관한 명시적 결정이 없는 경우 중재지의 선택은 그 곳의 절차

---

20) New York Convention(1958), Art. VI(d).

21) Art. 22 of the 1959 Botswana, "Selebi-Phikwe" Agreement; Art. 23(a), (b). of the 1967 Papua New Guinea "Bougainville" Agreement.



법을 따른다는 의미로 해석될 수 있다는 사례가 있다.<sup>22)</sup> 이러한 견해에 관하여는 몇몇 학자들도 동의했다. 특히 Mann은 법정지법은 강제적인 참조사항으로 개별적 규정에 대하여 당사자들의 자유를 제한할 수 있음을 강조하고 있다.<sup>23)</sup>

사실 법정지의 강행법규가 침해된다면 중재판정은 집행될 수 없을지도 모른다.<sup>24)</sup> 그렇지만 중재절차규칙에 관한 당사자의 명시적 선택이 없는 경우 중재지의 선택 자체가 법정지의 절차규칙의 수락으로 간주되는 것은 중재지를 너무 확대해석하는 것으로 생각된다.

#### 4) 중재인에 의한 중재절차의 결정

이 가능성은 계약자유 원칙에 근거한 것으로, 당사자가 명시적으로 합의한 것 외의 나머지 결정사항은 중재판정부에 자신들의 결정권한을 묵시적으로 위임한 것으로 보는 이론이다.<sup>25)</sup> 중재인들은 절차법을 지정하거나 쟁점정리사항서(terms of reference)에 나타난 임의적 절차규칙이나 구체적인 절차규칙을 정리하는 권한을 갖고 있다. 중재인들 사이에 지배적인 경향은 중재판정부가 절차규칙을 자유롭게 결정하되 중재지의 중재에 관한 강행법규에는 저촉되지 말아야 한다.

논자의 생각도 중재조항에 절차적 준거법에 관한 명시가 없는 경우 중재판정부가 이를 결정하고, 이 경우에 중재판정부는 중재지의 절차규칙을 준거법으로 고려할 수 있을 것 같다.

#### 5) 중재조항에 명시가 없는 경우

중재조항에 중재지와 절차규칙도 명기하지 않고 이러한 권한을 중재인에게 위임하지 않는 경우도 있다. IDI(Institut de Droit International) 결정 제2

22) 47 Annuaire de l'IDI (1957), Vol. II, p.479.

23) F.A. Mann, "Lex Facit Arbitrum", in International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke, Martinus Nijhoff, The Hague (1967), p.157.

24) New York Convention, V(1) (d).

25) M. Bartels, Contractual Adoption and Conflict Resolution, Kluwer, Deventer, 1985, p.277.

조는 이러한 경우 중재인은 당사자에 의하여 중재지를 결정하는 권한을 부여받았다고 간주하고 있다. 따라서 중재조항에서 중재기관을 명시하고 있는 기관중재의 경우에는 큰 문제가 발생하지 않는다. 기관중재의 경우 중재절차나 중재인 선정문제는 당사자 간 별도의 합의가 없는 한 동 기관의 중재규칙에 따라 중재인을 선정하고 여기서 선정된 중재인이 중재판정부를 구성하여 중재절차를 진행할 수 있다. 그렇지만 임시중재의 경우 중재조항에 주요 요소가 명기되지 않아 이에 관하여 당사자 간 합의가 이루어지지 않을 중재절차진행이 막다른 곳에 이를 가능성이 있다.

## 5. 중재지

중재조항에서 중재지의 선택은 중재기관이나 절차적 준거법과 함께 매우 중요한 요소이다. 당사자가 중재기관을 선택하고서도 중재지를 합의하지 못할 경우 동 기관은 절차규칙에 따라 당사자의 국적, 분쟁의 성격 및 적용되는 실제적 준거법 등을 고려하여 중재지를 선택한다. ICC 중재의 경우 중립적 제3국을 선택하는 것이 관행이며,<sup>26)</sup> LCIA의 경우 상황이 특별히 강요하는 바가 없는 한 런던을 선택하며,<sup>27)</sup> AAA의 경우 모든 관련 상황을 고려하여 선택하는 것이 관행이다.<sup>28)</sup>

특히 투자중재를 취급하는 ICSID 중재의 경우 당사자 간 별도의 합의가 없으면 ICSID 본부 소재지인 워싱턴에서 진행되며, 당사자가 원할 경우 PCA가 소재한 헤이그나 다른 장소에서 중재진행을 합의할 수 있다.<sup>29)</sup>

만약 당사자가 임시중재를 선택하고 중재지를 합의하지 못한 경우 그 결정은 법원이 원한다면 법원에서 결정한다. ICSID나 ICC처럼 기관중재의 경우 중재지의 선택은 당사자 간 별도의 합의가 없으면 중재기관이 이를 결정하지만 임시중재의 경우 당사자가 중재조항에 중재지를 명기하지 않을 경우 비협조적인 당사자에 의하여 중재진행이 마비될 수 있다. Schittthoff에 따르

26) ICC 중재규칙 제14조 제1항.

27) LCIA 규칙 제16조 제1항.

28) AAA 국제중재규칙 제13조.

29) ICSID 협약 제62조, 제63조.

면 중재조항에 중재지에 관한 언급이 없으면 하자있는 중재조항으로 간주된다.<sup>30)</sup>

투자계약과 관련하여 천연자원 개발계약의 경우 중재지는 통상 중립적 장소나 투자유치국 가운데 한 곳이 선택된다. 투자유치국이 중재지로 선택되면 투자자는 유치국의 강행법규인 절차규칙에 따라야 하지만 중립적 장소가 선택될 경우 중재판정부의 독립성과 당사자 간 균형이 확보될 수 있다. 투자유치국에서 개최되는 중재는 판정부가 투자계약의 이행지와 같은 국가라는 점에서 판정의 근거가 되는 증거를 확보할 목적에서 보면 실질적으로 도움이 된다. 그 반면에 투자유치국에서 내려지는 판정은 그 집행이 유치국 국내에서 요구될 경우 내국관정으로 간주되어 뉴욕협약에 의하여 동 협약이 적용될 수 없는 불이익이 생길 수 있다 (동 협약 제1조 제1항).

중재에서 중재지가 중요한 것은 그곳의 강행법규는 말할 것도 없고 국내법이 중재에 대해 통제적, 간접적 기능 또는 조력적 기능을 갖고 있기 때문이다. 대부분 국가의 국내법은 국내법원의 권한으로부터 다소 독립적인 중재에 관하여 특수한 조항을 갖고 있다. 특히 투자계약의 당사자는 계약서를 작성하기 전에 단지 모델조항에만 의존하지 말고 자신들이 부딪칠 수 있는 문제들을 포괄적으로 검토할 필요가 있다. 이러한 검토를 통하여 예상되는 점을 계약서에 명기하므로 국내법원의 간섭을 최소화할 수 있다.<sup>31)</sup>

그렇지만 중재지 법원의 간섭은 중재판정부의 구성이나 중재진행과정에서 필요한 조치를 취하기 위하여 필요할 수도 있으며, 증거의 수집이나 잠정조치를 취하기 위해서도 필요할 수 있다.<sup>32)</sup> 스위스와 같은 법계의 경우 중재에서 추가적인 사법적 지원을 받기 위해서는 중재판정부가 있는 곳의 법원이 관할권을 갖도록 규정하고 있다.<sup>33)</sup>

중재지가 갖는 의미 가운데 더욱 중요한 것은 중재지법원의 통제기능이다.

30) C.M. Schmitthoff, " Defective Arbitration Clause", *J. Bus. L.* (1975), p.20.

31) G.R. Delaume, "L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux", *RDA* (1984), p.523.

32) Ph. Quakrat, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale", 14 *DCPI* (1988), p.239; Cl. Goldman, "Mesures provisoires et arbitrage international", *Revue de droit des affaires internationales*(1993), p.3.

33) Federal Law on International Private Law, Art. 185.

중재판정에 대한 이의는 중재지 법원에서 제기되어야 하기 때문에 중재지의 선택은 계약당사자에게 매우 중요하다고 할 수 있다. 즉 당사자들은 중재판정에 대한 사법적 검토가 가능함을 알아야 한다.<sup>34)</sup>

당사자에게 분쟁사유의 쟁점에 관한 판정을 법원이 취소한다는 것은 너무나 중요한 문제이기 때문에 종종 논란의 대상이 되어 왔다. 일반적으로 당사자들은 중재판정이 내려진 법원의 간접이나 통제를 극소화하기 위해 이에 적합한 중재를 찾고자 할 것이며, 벨기에, 프랑스 및 스위스의 법률개혁은 이러한 요구를 수용한 것이다.

승소한 당사자가 중재지 국가가 아닌 다른 국가에서 판정집행을 추구하는 것을 수용할 수 없다. 즉, 집행이 추구되는 국가는 중재판정이 중재지의 법원에 의하여 통제가 가해질 것을 기대한다.<sup>35)</sup>

일반적으로 말하면 중재에 관하여 현지법원의 간섭은 없어야 한다. 그럼에도 불구하고 중재판정에서 심각한 변칙이 발생하여 여기서 승소한 당사자에 의하여 판정에 대한 집행이 추구될 때 패소한 당사자는 그 집행에 저항하는 대신 판정이 내려진 중재지의 법원에 이의제기를 할 권리가 부여되어야 할 것이다. 결국 중재지의 선택은 중재인이 적용할 저촉법규나<sup>36)</sup> 절차에 관해<sup>37)</sup> 법원을 통한 법적 구제가 가능한지를 결정하는 중요한 사항이다.<sup>38)</sup>

## 6. 기타

중재조항에는 앞에서 언급한 분쟁의 대상, 중재인의 선정, 중재절차규칙

---

34) A. Samuel, *Jurisdiction Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German Law*, (Schulthess, Zurich), 1989, pp.207-274.

35) P. Schlosser, "Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit", 28 *RIW* (1982), p.86.

36) P. Lalive, "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", in *L'arbitrage international privé et la Suisse* (Georg, Geneva, 1977), p.37.

37) R. Drouillat, "L'intervention du juge dans la procédure arbitrale", *RDA* (1980), p.253.

38) P. Schlosser, "L'arbitrage et les voies de recours", *RDA* (1980), p.286.

및 중재지 외에 중재인의 수, 언어, 중재비용부담, 중재판정에 대한 법적구제 가능성, 다자중재 시 사전 조정시도 등과 같은 내용을 추가할 수 있다.<sup>39)</sup>

또 다른 문제점은 중재조항이 특수한 경우 중재합의에 서명하지 않은 당사자를 구속하는지 여부이다. 여러 가지 사례를 보면 계약서에는 계약 시에 서명하지 않았으나 계약의 성립, 이행, 종료에 참여한 많은 회사에 대하여 중재조항의 구속적 성격을 인정하는 경향이 있다.<sup>40)</sup>

그럼에도 불구하고 중재합의에 서명하지 않은 당사자에 대한 중재관할권 주장은 논란이 되는 문제이며 이의를 제기하는 비서명 피 신청인에게 내려진 중재판정에 대하여 국내법원에서의 집행판결 가능성은 의문의 여지가 있다고 볼 수 있다.<sup>41)</sup> 그렇다면 중재조항에 판정집행조항을 포함시켜야 하는 문제가 남는데 이에 관하여는 다음 장에서 검토해 보고자 한다.

### III. 판정집행 조항

중재에 관한 국내법원의 기능은 중재판정의 집행이다. 집행에 저항하는 당사자가 국가인 경우 면책여부가 매우 민감한 사항이 된다.<sup>42)</sup> 즉 국가 당사자가 집행대상인 경우 주권면제(sovereign immunity)를 주장할 수 있다. 이와 관련하여 2 가지 문제를 구분하여야 한다. 하나는 계약 당사자가 정부기관이고 다른 하나는 국영기업인 경우이다. 이들에 대하여 집행이 이루어지기 위해서는 적절한 중재조항이 작성되어야 한다.

---

39) ICC, Guide on Multi-Party Arbitration under Rules of the ICC Court of Arbitration (1982); G. Bernimi, Arbitration in Multi-Party Business Disputes”, 5 YCA (1980), p.85.

40) ICC Award: No 4131 (1982) in S. Jarvin and Y. Derains, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, Kluwer, Deventer, 1990, p.152.

41) W. L. Craig, et al., International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd ed., Oceana Pub. Inc., (1998), p.100.

42) Ch. Schreuer, State Immunity: Some Recent Developments, Grotius, Cambridge, 1988, p.75.

## 1. 국가가 계약당사자인 경우

중재조항이 포함된 투자계약서에 서명하는 것은 중재판정부의 관할권을 수락하고 최종판정에 따르겠다는 것을 묵시적으로 동의한 것이지만, 한 당사자가 국가인 경우 상대방은 종종 주권면제의 문제에 부딪친다.<sup>43)</sup>

국가는 최대선의의 원칙에 반하여 행동할 수 있고, 禁反言의 원칙이 주권면제에 근거한 국가의 항변에 위배될 수 있다는 주장이 제기되어 왔다.<sup>44)</sup> 일반적으로 법리는 제한적 주권면제 원칙을 인정하고 있다. 만약 한 국가가 상업적 활동에 참여하고 공권력을 이용한 특권을 행사하지 않는다면 계약의무를 존중할 필요한 범위까지 주권면제는 제한된다.<sup>45)</sup> 그럼에도 불구하고 이러한 원칙들은 계약관계에 적용되는 법적 순서를 기초로 정의할 필요가 있다.<sup>46)</sup> 결국, 국가가 계약의 주체가 되는 계약에 적용되는 법을 보면 다음과 같다.

첫째, 투자유치국의 국내법으로, 여기에는 공법과 행정법을 포함한다. 둘째, 국제법으로, 여기에는 공공정책 또는 법의 일반원칙을 포함한다. 셋째, 상관습법(*lex mercatoria*), 국제계약법 또는 국제무역관습이 있다.

중재동의를 투자계약서에 명시되어 있을 때 한 국가가 주권면제를 요구할 수 없다는 원칙에는 특별한 논쟁이 없다.<sup>47)</sup> 「국가면제에 관한 유럽협약」(*European Convention on State Immunity*)(제12조), 각 국의 법률<sup>48)</sup> 및 사법적 판결이 이 원칙에 동의하고 있다. *The Westland* 사건<sup>49)</sup>도 이러한 견해를 확인했다. 다른 곳과 마찬가지로 스위스에서도 중재조항의 서명은 주권면

---

43) W. L. Craig, et al., op. cit., p.75.

44) K. -H. Böckstiegel, "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving State or State-Controlled Enterprises", in *60 Years of ICC Arbitration - A Look at the Futures*, Paris, 1984, p.145.

45) L.J. Bouchez, "The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution", 10 *NYIL* (1979), p.3.

46) L.J. Bouchez, op. cit., p.12.

47) G.R. Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", 2 *ICSID Reviews* (1987), p.403.

48) British State Immunity Act (1978), Sec. 9; US Foreign Immunity Act (1976), Sec. 1605(a).

49) Interim ICC Award No. 3879 (1984) 23 *ILM* (1984), p.1071.

제 권리의 포기를 의미한다는 것이다. 논자가 알고 있는 한 중재인의 관할권 행사에 대한 장애인 주권면제의 주장은 적어도 국제중재판정에서는 인정되지 않았다.<sup>50)</sup>

나아가 중재와 관련된 모든 문제에 대하여 소송이 국내법원에서 제기된 경우 중재동의는 관할권의 묵시적면제포기를 구성하는 것도 일반적으로 인정 된다. 이것이 각국의 성문법에서는 분명하지만 판례법에서는 애매한 문제로 남아 있다.<sup>51)</sup> 실제로 한 국가가 중재절차에서 면책포기에 동의하므로 국가법정이 이에 동의할지는 명백하지 않다.<sup>52)</sup>

집행면제에 관한 중재동의의 결과는 국제적으로 그 이론이 잘 확립되어 있지 않다. 제한적 면제의 원칙은 많은 국가에 의하여 집행면제에는 적용되지 않는다. 중재동의는 중재판정을 구속력이 있다고 수락하는 약속을 포함하여 중재의 목적을 좌절시키지 않으려는 신의칙의 의무는 국가가 현지법원에 의한 중재판정의 강제집행을 동의하는 것을 묵시하고 있다고 볼 수 있다.<sup>53)</sup>

그렇지만 국가는 관할권으로부터 면제보다 강제집행을 피하는데 더 큰 관심을 갖고 이를 더 강조하는 것이 분명하다. 따라서 어떤 사건에서 중재회부가 강제집행 면제의 포기로 이해될 수 있다고 주장한다 해도 중재동의가 집행에 대한 면제의 암묵적 포기를 구성하는지에 관하여 일반적 합의는 없다.<sup>54)</sup>

집행면제와 관련하여 몇몇 국내법계의 특성을 검토할 필요가 있다. 스위스의 경우 외국 재산에 대한 강제집행은 만약 그 재산이 정부기능을 수행하기 위해 해당국가에 의해 할당되지 않았다면, 그리고 청구권과 스위스 영역 간 관련이 있다면 가능하다.<sup>55)</sup> 「영국국가면제법」(British State Immunity

50) J.G. Wetter, "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunal", 2 J. *Inl'l Arb.* (1958), p.7

51) G.R. Delaume, *op. cit.*, p.405.

52) *Chicago Bridge and Iron Co. v. Islamic Republic of Iran* (November 12, 1980), District Court of Illinois, 63 Ilr (1982), p.519.

53) H. Fox, "Sovereign Immunity and Arbitration" in *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p.326.

54) G. R. Delaume, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", 2 *ICSID Reviews* (1987), p.403.

55) *Libya v. Libyan American Oil Co.* (June 19, 1980) Swiss Federal Supreme Court,

Act)은 상업적 목적으로 사용되는 국가소유재산에 대하여 일반적 강제집행권을 규정하고 있다. 동법 제13조 제5항에 따르면 강제집행에 속하는 재산의 사용은 외국 대표부에서 발행되는 확인서로 입증할 수 있도록 규정하고 있다. 상원의 판결<sup>56)</sup>에 따르면 혼합된 목적으로 사용된 기금이나 상업적 목적을 위해 배타적으로 할당되지 않은 기금은 원칙상 강제집행으로부터 면제된다.

한편, 1988년 개정된 「미국외국면책법」(The US Foreign State Immunity Act)하에서는 상업적 활동에 영향을 받은 외국 재산은 별다른 약정이 없는 한 강제집행에서 면제되지 않는다. 강제집행에서 제외되기 위해서는 중재판정에서 강제집행 대상이 된 재산이 청구권을 유발한 상업적 활동과 관계되지 말아야 한다.

국가가 당사자인 국제투자계약서의 경우 중재판정의 강제집행에서 주권면제의 문제는 국가마다 그 입장이 일치하지 않는다. 따라서 계약당사자는 계약체결 시 중재조항에 주권면제포기를 명기하는 것이 매우 중요하다.<sup>57)</sup> 실제로 계약서에 주권면제를 명기한 경우는 드물다. 1987년 ICC 중재법원에 신청된 237건의 사건 가운데 이를 명기한 계약은 한 건도 없다.<sup>58)</sup>

ICSID 협약은 중재판정의 승인과 집행에 관하여 ICSID 판정의 최종성과 구속력을 매우 분명하고 강력하게 규정하고 있다.<sup>59)</sup> 그러면서도 동 협약은 강제집행에 대항하는 주권면제에 관한 국내법의 명시적 유보를 인정하고 있다.<sup>60)</sup> 따라서 ICSID 중재판정의 집행은 체약국에 따라 다르게 취급될 수 있다. 그렇지만 이러한 제한은 너무 강조되지 말아야 한다. 왜냐하면 ICSID 협약 제55조는 유보를 규정했다기 보다 구체적으로 포기되거나 특정국가와의 관계에서 입법으로 폐지되지 않는 한 따라야 하는 국제공법의 원칙을 인정

20 *ILM* (1981), p. 151.

56) *Alcom Limited v. Republic of Colombia and others* (March 22-26, 1984), 2 *Lloyds Report* (1984), p.24.

57) G. R. Delaume, "Economic Development and Sovereign Immunity", 79 *AJIL* (1985), p.344.

58) St. Bond, op. cit., p.78.

59) ICSID 협약 제53조, 제54조.

60) ICSID 협약 제55조.



한 것으로 보아야 한다. 즉 동 협약 제55조는 어떤 경우에 문제가 될 수 있는가를 분명히 한 것에 불과하다.<sup>61)</sup> 따라서 실제로 제55조로 인하여 ICSID 중재판정의 집행이 방해받을 경우는 거의 일어나지 않을 것이다.<sup>62)</sup>

그렇지만 투자자의 입장에서 만일의 경우에 대비하기 위해 계약서의 중재조항에 다음과 같은 ICSID Model Clause XIX를 언급하는 것이 바람직하다.

"The [name of Contracting State] hereby irrevocably waives any claim to immunity in regard to any proceedings to enforce any arbitral award rendered by a Tribunal constituted pursuant to this Agreement, including, without limitation, immunity from jurisdiction of any court, and immunity of any of its property from execution"

(본 계약서상 명기된 계약국은 본 계약을 통하여 어떤 법원의 관할로부터 면제 및 재산에 대한 집행으로 부터의 면제를 포함하여 본 계약에 따라 구성된 판정부가 내린 중재판정을 집행하는 절차에 관해 면제를 청구할 권리를 취소불가능으로 포기한다)

## 2. 국영기업이 계약당사자인 경우

국제투자계약에서 국영기업이 계약당사자인 경우가 점차 늘어나고 있다. 이 경우 국영기업이 국가와는 독립된 별도의 법인인지 여부가 많은 법률문제에서 쟁점이 되고 있다. 즉 국영기업은 국가에 의하여 야기될 계약물이나 계약위반에 대하여 책임이 없다고 주장할 수 있는지, 그리고 국영기업도 국가와 같이 관할권이나 판정집행에 면책을 주장할 수 있는지 여부이다.<sup>63)</sup> 이러한 질문에 대한 해답은 국가와 국영기업간의 분리의 정도에 달려 있다. 국영기업의 지위는 그것이 국가로부터 유효하게 분리되었는지 아니면 그것이 사실상 계약당사자인 국가인지가 문제를 결정한다. 이러한 문제는 국제중재

---

61) A. Broches, "Award Rendered Pursuant to the Enforcement, Execution", 2 *ICSID Review* (1987), p.332.

62) I. Shihata, *op. cit.*, p.1.

63) M. Kimuli, "The Application of the State Doctrine of Foreign Sovereign State Immunity to Public Corporation", 16 *Melanesian Law Journal* (1985), p.52.

관정부가 관련국가의 개별국내법만이 아니라 다른 적용 가능한 법과 국제거래관계의 특별한 상황을 기초로 검토하여야 한다.

국제상사중재에 유효하게 동의한 국영기업은 상사활동을 한 것으로 추정되어 관할권과 집행에서 면책주장이 금지된다. 이러한 추정이 가능한 것은 국가가 국영기업을 독립적으로 상사거래에 종사하도록 하고자 독립된 법인으로 설립했다는 사실 때문이다.

일단 제한적인 면책이 용인되면 기업이라는 지위는 많은 중요성을 상실하게 된다. 국가적 실체(state entity)는 비록 그것이 별도의 법인격 없이 단지 국가기관으로 밝혀진다 해도 비정부적 또는 상업적 업무에 관한 한 면책이 인정되지 않을 것이다.<sup>64)</sup>

국영기업의 면책문제에 관하여 각 법계의 해법을 비교하는 것은 매우 흥미롭다. 「국가면책에 관한 유럽협약」<sup>65)</sup>(European Convention on State Immunity)은 「영국국가면책법」<sup>66)</sup>(British State Immunity Act)과 마찬가지로 구체적인 청구권이 주권(sov<sup>e</sup>reign authority)의 행사에서 그 주체가 수행한 행위로 발생한 것이 아닌 한 국영기업은 “국가”(state)로 간주될 수 없고 결국은 면책되지 않도록 규정하고 있다.

또한 프랑스 판례법<sup>67)</sup>에 따르면 외국의 정부나 그들의 명령에 따라 행동하는 주체들은 공공주권뿐만 아니라 공공의 이익을 위한 서비스 행위에 대해 관할권에서 면책을 향유한다. 미국의 「미국외국면책법」에서 국가기관이나 정치적 부속기관으로 독립된 법인의 성격을 갖고 있는 기관에 대하여는 면책을 부여하고 있다.<sup>68)</sup> 비록 국영기업은 대부분 국가로부터 분리되어 있지만 집행면제는 공권력 목적에 사용되는 재산에 대하여 주장될 수 있다.<sup>69)</sup> 또한 국영기업이 자국 내에서 행하여지는 집행은 공법이나 행정법의 특별규정

---

64) Ch. Schreuer, op. cit., p.95.

65) Art. 27, *ILM* (1972), p.480.

66) Sec. 14(1) 및 (2), 17 *ILM* (1978), p.1123.

67) Cassaton Francaise, General National Maritime Transport Company c/ Société Marseille Fret, February 4, 1986, 76 *Revue Critique de Droit International Privé* (1986), p.719.

68) Sec. 1603, 15 *ILM* (1976), p.1389.

69) L.J. Bouchez, op. cit., p.25.

이나 국가 이익에 우선조건을 부여하는 정책에 의하여 추가로 제한을 받을 수 있다.<sup>70)</sup>

중재조항을 작성할 때 국가 당사자가 아닌 개인 당사자는 먼저 계약 상대방 국가의 국내법을 참조하여 국가와 국영기업 사이에 분리의 정도를 검토하여야 한다. 그 후에 불가항력과 같은 다른 계약조항으로 생기는 문제와 중재조항을 조정하여야 한다. 개인 계약당사자가 중재조항에서 관할권이나 강제집행과 같은 문제에 관하여 국가와 국영기업간의 분리를 강조하는 것은 어려운 명제이다.

분리의 원칙은 널리 받아들여지고 있기 때문에 국영기업은 수출입 허가, 이체제한 및 통화규제와 같은 국가의 행위에 대하여는 불가항력을 주장할 수 없음을 관련 계약조항에 명시적으로 규정하므로 불가항력과 책임문제를 취급하도록 권하고 싶다. 이 경우 중재조항은 전술한 내용과 모순됨이 없이 국가로부터 국영기업의 분리를 강조할 수 있고 가능하다면 주권면제를 포기를 규정할 수 있다. 나아가 준거법조항은 국영기업의 국내법에 국한하지 말고 국영기업의 국내법 가운데 행정법이나 공법의 적용과 균형을 유지하기 위해 다른 법규를 언급하여야 한다.

Böckstiegel이 지적한대로 국영기업이 모든 위험에서 배제될 가능성은 제한된다. 예컨대, 불가항력의 경우 한편으로 모든 국가행위가 불가항력으로 간주될 수 없다. 왜냐하면 국가는 만약 계약이행이 더 이상 유리하다고 생각하지 않을 경우 불가항력을 규정할 수 있기 때문이며, 다른 한편으로 모든 국가행위가 국영기업에 귀속된다면 국영기업은 개인 계약당사자에 비하여 불리한 위치에 놓이게 될 것이기 때문이다.<sup>71)</sup>

강제집행에 면책과 관련된 문제들도 이와 유사하다. 만약 국가가 공공목적 을 위해 사용되는 국영기업의 자산을 광범위하게 정의하도록 허락한다면 집행면제는 가능하다. 그렇지만 만약 집행면제가 전혀 허용되지 않는다면 국가 이익이 치명적인 해를 입을 수 있다. 만약 계약에서 국가와 국영기업 사이에 분리에 관해 엄격한 규정을 둔다면 이것은 면책에 관해 비호의적 결과를 유발할 수 있다. 즉, 계약하는 국가 당사자가 실질적 국제 자산이 없는 경우

70) K.-H. Böckstiegel, *Arbitration and State Enterprise*, Kluwer, Deventure, 1984, pp.40 -41.

71) *ibid.*, p.47.

개인 당사자는 명목상의 계약당사자의 것이 아닌 다른 국영기업의 자산에 대하여 집행이 금지된다.

## IV. 결 론

국제투자계약서를 작성할 때 분쟁해결조항을 명기하는 것은 매우 중요하다. 이를 명기하지 않아서 소송이 발생할 경우 관할권 문제와 함께 주권면제문제가 제기될 수 있다. 따라서 국제투자분쟁의 해결을 위해서는 계약서에 이를 명기하는 것이 바람직하다.

중재조항을 삽입할 경우 우선 중재조항에 어떤 요소들을 명기할 것인지를 함께 중재판정이 내려진 후 그 집행시 주권면제를 이유로 집행이 방해되지 않도록 하는 것이 중요하다. 중재조항에 포함될 요소로는 우선 분쟁의 성격, 즉 어느 범위까지를 투자분쟁으로 볼 것인가를 명확히 하여야 한다. 그 범위는 가능한 포괄적으로 표시하는 것이 좋다. 이 때 나중에 집행을 예상하여 집행지의 강행법규와 충돌하지 않는지도 사전에 검토할 필요가 있다. 그 다음은 중재인의 선정과 중재판정부의 구성에 관한 명기이다. 중재인의 선정과 판정부의 구성은 원칙적으로 당사자의 합의가 우선하나, ICSID나 ICC와 같은 기관중재의 경우 당사자의 합의가 없는 경우 해당기관이 중재규칙에 따라 관련기관에서 중재인을 선정한다.

그러나 UNCITRAL 중재와 같은 임시중재의 경우 PCA가 그 기능을 수행한다. 중재절차규칙은 당사자가 합의할 수 있고, 투자유치국의 국내법이 선택될 수도 있으며, 무엇보다도 중재인에 의하여 선택될 가능성이 가장 높다. 기관중재의 경우 해당기관에서 선정한 중재인들은 그 기관의 중재규칙을 선택하는 것이 일반적이다. 중재조항에서 무엇보다 중요한 것이 중재지의 선택이다. ICSID 중재의 경우 당사자 간 별도의 합의가 없으며 ICSID 본부가 있는 워싱턴이 중재지가 되고, ICC 중재의 경우 중립적 제3국이 중재지로 선택된다.

만약 당사자가 임시중재를 선택할 경우 그 결정이 법원에서 내려질 수도 있다. 중재에서 중재지의 결정은 중재판정에 대한 이의신청지의 결정과 당사

자의 중재비용과 가장 밀접한 관계가 있는 요소이므로 이를 명기하지 않는 중재조항은 하자 있는 중재조항이라고 할 수 있다.

중재판정이 내려진 후 그 집행이 이루어지는데 방해가 될 수 있는 사항은 주권면제에 관한 문제이다. 특히 계약의 한 당사자가 국가기관이거나 공기업인 경우 국내법을 이유로 이를 주장할 수 있다. 이를 예방하기 위하여 논자는 중재조항이나 별도의 주권면제조항에 ICSID Model Clause XIX를 명기할 것을 권하고 싶다.

## 참 고 문 헌

- 오원석, 국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰, 「무역학회지」, 제13권 제4호, 한국무역학회 (2006).
- Bartels, M., *Contractual Adoption and Conflict Resolution*, Kluwer, Deventer (1985).
- Bernimi, G., "Arbitration in Multi-Party Business Disputes", 5 YCA (1980).
- Böckstiegel, K.-H., "The Regal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving State or State-Controlled Enterprises", in 60 Years of ICC Arbitration - A Look at the Futures, Paris (1984).
- \_\_\_\_\_, *Arbitration and State Enterprise*, Kluwer, Deventer (1984).
- Bond, St., "How to Draft an Arbitration Clause", 6 J. Int'l Arb. (1989).
- Bouchez, L.J., "The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution", 10 NYIL (1979).
- Craig, W. L., et al., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Oceana Pub. Inc. (1998).
- David, R., *Arbitration in International Trade*, updated English, Kluwer, Deventer (1985).
- Delaume, G.R., "ICSID Arbitration : Practical Considerations", 1 J. Int'l Arb. (1984).
- \_\_\_\_\_, "L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux", RDA. (1984).
- \_\_\_\_\_, "Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration", 2 ICSID Reviews (1987).
- \_\_\_\_\_, "Economic Development and Sovereign Immunity", 79 AJIL (1985).
- Drouillat, R., "L'intervention du juge dans la procédure arbitrale", RDA. (1980).
- Foustoucos, A., "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", 5. J. Int'l Arb. (1988).

- Fox, H., "Sovereign Immunity and Arbitration" in *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (1987).
- Goldman, Cl., "Mesures provisoires et arbitrage international", *Revue de droit des affaires internationales* (1993).
- Jarvin, S., and Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer, Deventer (1990).
- Kimuli, M., "The Application of the State Doctrine of Foreign Sovereign Immunity to Public Corporation", *16 Melanesian Law Journal* (1985).
- Lalive, P., "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", in *L'arbitrage international privé et la Suisse* (Georg, Geneva, 1977).
- Mann, F.A., "Lex Facit Arbitrum", in *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff (1967).
- Peter, W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement*, 2nd Revised and England ed., Kluwer Law Int'l. (1995).
- Quakrat, Ph., "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale", *14 DCPI*. (1988).
- Redfern, A., et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell (2004).
- Samuel, A., *Jurisdiction Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German Law*, (Schulthess, Zurich) (1989).
- Schlosser, P., "Das Internationale an der internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit", *28 RIW*. (1982).
- \_\_\_\_\_, "L'arbitrage et les voies de recours", *RDA*. (1980).
- Schmitthoff, C.M., "Defective Arbitration Clause", *J. Bus. L.* (1975).
- Schreuer, Ch., *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius, Cambridge (1988).
- Shiahta, I., "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA", *1 ICSID Review* (1986).

Wetter, J.G., "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunal", 2 J. Int'l Arb. (1958).

The LCIA Arbitration Rules (1998)

ICC Rules of Arbitration (1998)

UNCITRAL Arbitration Rules (1976)

The New York convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (1958)

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1951)



## ABSTRACT

### A Study on the Major Elements of an Arbitration Clause in International Investment Contracts

Oh, Won Suk

Seo, Kyung

The purpose of this paper is to examine the major elements of Arbitration Clause in international investment contracts and to help the investor, especially foreign investors, considering these elements when they draft the contracts.

First of all, to describe the extent of the arbitrable issues broadly is very important by using the phrase such as "disputes in connection with". Furthermore in order to be enforceable, the issues must be a subject-matter to be submitted to arbitration in accordance with the laws of the place of arbitration and the law application to the merits of the disputes (N.Y. Convention, Art. II). Second, the appointment of the arbitrators usually shall be based on the principle of freedom of contract. If the parties do not agree on the appointment, it is decided in accordance with the arbitration rules of the institution by the tribunal. Third, the procedural rules of the arbitration are the arbitration rules of the arbitration institution in case of institution arbitration, unless otherwise agreed. Forth, what is the most importance element of Arbitration Clause is the place of arbitration. In this case, also the principle of freedom of contract has priority.

Unless otherwise agreed, Washington is the place of arbitration in case of ICSID Arbitration, but in case of ICC Arbitration, neutral third country may be the place of arbitration. However in case of ad hoc arbitration, both parties should indicate the place. If not, the whole arbitration may

be paralysed by an uncooperative party.

Besides the major elements, I examined the relation between the arbitration clause and award enforcement in terms of sovereign immunity. The enforcement of awards in the field of state contracts many encounter the problem of the sovereign immunity, which means that the State itself or the State enterprise is the contract partner. To avoid the this problems, it is advisable for the parties insert the clause such as ICSID Model Clause XIX.

Key Words : Arbitration Clause, Major Elements, International Investment Contract. ICSID Model Clause.
--