

國際投資紛爭解決制度

-受容國과 國際企業間的 投資紛爭을 중심으로-

金 富 燦*

目 次

- | | |
|---------------------------|-----------------------------|
| I. 序論 | 解決方法으로서의 仲裁 |
| II. 國際投資紛爭解決의 問題點 | IV. 國際投資紛爭解決本部에 의한 投資紛爭의 解決 |
| 1. 投資契約의 法的 性質과 投資紛爭의 國際性 | 1. 意義 |
| 2. 國際企業의 法的 地位와 外交의 保護權 | 2. 國際投資紛爭解決本部에 의한 仲裁制度의 特徵 |
| 3. 受容國의 法的 地位와 主權免除의 原則 | 3. 國際投資紛爭解決本部에 의한 仲裁制度의 評價 |
| 4. 問題點과 그 解決方案 | V. 結論 |
| III. 國際投資紛爭解決制度 | |
| 1. 意義와 現況 | |
| 2. 國家와 他國國民間的 投資契約에 관한 紛爭 | |

I. 序 論

오늘날 國際經濟關係에 있어서 貿易去來와 投資活動의 중심적 역할을 담당하고 있는 私法人으로서의 國際企業(소위 多國籍企業)¹⁾은 직접 投資受容國(host country) 政府와 契約을 체결하고 이를

* 法政大學 專任講師

1) 흔히 Multinational Enterprise (多國籍企業)이라고 부르나 오늘날은 UN에서 公式用語로 채택한 Transnational Corporation (國際企業)을 標準적으로 사용하는 것이 좋다고 생각한다. 여기에 대하여 宮崎繁樹, "多國籍企業의 法構造", 「多國籍企業의 法的研究」, 東京: 成文堂, 1980, pp.14-18; 拙稿, "國際企業의 法的問題", 「濟大學報」第26輯, 1985, pp.203-204 참조.

기초로 하여 經濟活動을 수행하고 있는 것이 보통이다. 이렇게 一方當事者를 國家로 하여 체결되는 契約을 일반적으로 國家契約(state contract)이라고 하는데²⁾, 특히 低開發國 또는 開發途上國들이 自國의 貿易增大 또는 經濟開發을 목적으로 이러한 契約을 체결하는 수가 많다. 이 중에서도 公益事業이나 天然資源의 開發을 위한 外國資本의 도입을 목적으로 체결하는 投資契約(investment agreement)³⁾은 그 目的이나 期間의 長期性 등에 비추어 보다 중요하게 취급되고 있으며 이와 관련하여 야기되고 있는 문제들도 많다.⁴⁾

從來 이러한 私的海外投資(private foreign investment)는 先進國을 本國(home country)으로 하고 있는 國際企業과 開發途上國이 대부분인 受容國 사이에서 이루어져 왔기 때문에 처음부터 이것이 互惠·平等의 原則을 바탕으로 相互依存的으로 행하여지지 못하고 어느 정도 一方的이고 또 從屬的關係로 전개되어 온 점도 부인할 수 없다고 본다.⁵⁾ 오늘날의 國際投資環境의 歪曲現象은 이러한 歷史的 背景에서 원인을 찾을 수도 있는 것이다.

投資와 관련하여 문제가 나타나고 있는 대부분의 受容國側의 立場을 보면 이들은 經濟的인 관점에서서는 물론 나아가서 文化的·心理的인 면에서까지 外國投資家로서의 國際企業의 활동에 否定的인 평가를 내리고 있음을 알 수 있다.⁶⁾

이들은 自國의 法的·經濟的 構造內에서 國際企業의 投資活動 내지 經濟活動全般을 관리하고 통제하기 위하여 애써왔으며⁷⁾ 이러한 과정에서 國際企業側, 더 나아가서 國際企業의 本國과의 意見對立과 衝突은 피할 수 없는 결과였다고 보아진다. 오늘날도 이러한 投資紛爭(investment dispute)이 非一非再하게 발생하고 있으며 이것이 紛爭當事者들이 共通的으로 인정하는 原則에 입각하여 원만하게 解決되지 못하고 있음을 볼 때 아직도 投資關係當事者들 간의 利害의 相衝과 理解의 부족은 여전하다고 생각되며 앞으로도 紛爭發生의 可能性은 常存한다고 보아진다.

投資問題에 있어서 우선 解決해야 할 課題는 國際投資活動이 合理的으로 規律되고 保護될 수

2) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd (ed.), Oxford: Clarendon Press, 1979, p.547.

3) 이를 흔히 'concession agreement'라고 한다. (Ibid., p.547)

4) Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", 52 *American Journal of International Law*, 1980, pp.260-279.; Burns H. Weston, Richard A. Falk, Anthony A. D'Amato, *International Law and World Order*, St. Paul: West Publishing Co., 1980, p.714.

5) Dale B. Furnish, "Establishment of Mechanisms for the Settlement of Economic Disputes", 5 *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1975, pp.145-154.

6) Osita C. Eze, "Legal Structures for the Resolution of International Problems in the Domain of Private Foreign Investment: A Third World Perspective Now and In the Future", 9 *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1979, p.535.

7) 특히 受容國들은 收用(expropriation)이나 國有化(nationalization), 契約의 一方的 破棄 내지 強制的 再交渉, 資産의 強制賣却, 沒收의 課稅 등 沒收의 支配(confiscatory control)를 통하여 目的을 달성하고자 하는 수가 많다(櫻井雅夫, "多國籍企業に係わる投資紛爭", 『國際經濟紛爭と多國籍企業』, 京都: 晃洋書房, 1987, p.216)

있는 實質的 原則에 입각한 國際投資環境의 助成에 있다고도 생각되지만,⁸⁾ 이러한 環境의 助成이 현실적으로 어려움이 많다고 할 때⁹⁾ 事後的인 紛爭의 解決이 어떻게 合理的이면서도 公正하게 이루어지는가 하는 것이 주된 關心事가 되지 않을 수 없다. 紛爭解決節次의 制度化·國際化 그 자체가 실질적으로 紛爭의 發生을 억제하는 효과도 있음을 고려할 때 國際的인 投資紛爭解決節次의 制度化는 매우 중요한 國際法上的 課題라고 본다.

이러한 觀點에서 보면 아직도 相異한 國籍을 가진 當事者間의 投資紛爭解決에 관한 國際的 制度가 不完全한 상태를 면하지 못하고 있으며,¹⁰⁾ 특히 一方當事者가 國家이고 他方當事者가 國際企業과 같은 私的 投資家인 경우에는 投資契約의 法的 性質을 둘러싼 意見의 對立 때문에 더욱 統一的인 紛爭解決制度의 마련이 難題에 逢着하고 있음을 알 수 있다.

本稿에서는 이러한 어려움이 나타나고 있는 原因을 檢討하고 이를 기초로 國際投資紛爭解決節次가 公正하면서도 合理的으로 마련될 수 있는 條件을 모색하여 이를 바탕으로 現行 國際法上 活用되고 있는 紛爭解決制度를 批判的으로 考察하는 데 중점을 두기로 한다.

II. 國際投資紛爭解決의 問題點

1. 投資契約의 法的 性質과 投資紛爭의 國際性

收用(expropriation) 내지 國有化(nationalization) 措置, 契約의 一方的 破棄 내지 強制的 再交渉, 資産의 強制賣却 또는 沒收的 課稅¹¹⁾ 등 受容國의 行爲나 國際企業側의 契約違反行爲에 起因하는 投資紛爭의 解決에 있어서 우선 外國投資家로서의 國際企業과 受容國 사이의 法律關係가 解明되지 않으면 안된다.

共益事業이나 天然資源의 開發을 위한 目的으로 受容國이 外國投資家인 國際企業과 체결하는 投資契約 내지 協定の 存在가 國際投資의 前提가 되므로 受容國과 國際企業의 關係는 이러한 投資契約의 法的 性質을 어떻게 보는가에 따라 중요한 差異가 나타나게 된다.¹²⁾

8) Rubin, "Discussion in Colloquium on Certain Legal Aspects of Inter-American Cooperation", *5 Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1975, pp.154-155.

9) "it seems that the possibilities for international action in the investment field are limited by the divergent national interests between and among developed and developing nations." (Paul E. Sigmund, *Multinationals in Latin America*. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 1980, p.325.

10) Stefan H. Robock, Kenneth Simmonds, J. Zwick, *International Business and Multinational Enterprises*, 2nd (ed.), Home wood: Richard D. Irwin, Inc., 1977, p.153.

11) 上記 註7 참조.

12) 喜多川篤典, 「國際商事仲裁の研究」, 東京: 東京大學出版會, 1978, p.208.

이러한 投資契約은 여러 가지 특징을 갖고 있다. 우선 契約의 當事者는 形式的으로는 平等한 立場에서 契約을 체결하고 있으나 實質的으로 一方은 主權(sovereignty)을 행사하는 國家(政府機關 또는 國營企業)인 반면에 他方은 外國의 私人(企業)으로서의 地位를 갖고 있다. 이로부터 契約의 國際性에 대한 論議는 물론 國家의 主權免除(sovereign immunity)에 관한 論議가 야기되고 있다.¹³⁾

또한 이러한 契約은 그 目的에 있어서 天然資源의 開發, 公益目的의 用役의 供給, 金融의 提供 등 公共性을 띠고 있는 것이 특징이며 특히 天然資源의 開發을 위한 權利의 讓許(concession)를 목적으로 하는 것은 그 期間에 있어서 매우 長期의 契約期間이 설정되는 것이 보통이다. 이러한 觀點에서 이러한 投資契約은 단순한 商品의 賣買나 技術의 提供 등을 목적으로 하는 貿易契約이나 技術移轉契約과는 달리 취급되어야 할 필요가 있게 된다.¹⁴⁾

그리고 마지막으로 이러한 契約은 紛爭의 豫防과 解決을 위하여 契約의 規定으로 安定化條項(stabilization clause)을 두고, 準據法條項(choice-of-law clause)과 仲裁節次條項(arbitration clause)의 國際性을 강조하고 있는 것이 보통이다.¹⁵⁾ 安定化條項은 兩當事者의 合意가 없는 한 一方의 契約을 變更하거나 破棄할 수 없도록 하고 契約의 準據法을 固定시킴으로써 受容國의 法令의 改正을 통한 契約關係의 變動을 사전에 방지하기 위한 規定이다.¹⁶⁾ 仲裁節次條項은 契約의 條項 속에 契約의 解釋과 履行에 관한 紛爭의 解決方法으로서 國際的 仲裁節次에 의한 解決을 明示的으로 규정하는 것이다. 投資契約에 있어서 이러한 國際仲裁制度에 의한 紛爭의 解決이 특히 규정되고 있는 理由로서는 위에서 言及한 主權免除과 관련된 障礙要因의 除去의 필요, 특정 國內裁判所(특히 受容國의 國內裁判所)의 裁判에 대한 不信, 그리고 私的 當事者의 國際司法裁判을 위한 當事者 適格(jus standi)의 缺如 등이 중요하게 거론되고 있다. 外國의 主權的 實體(sovereign entity)와 私的 契約 當事者間의 契約으로부터 발생하는 紛爭의 仲裁的 解決은 비단 當事者間의 契約뿐만 아니라 國家들 간의 條約(investment treaty)을 통해서도 규정되고 있는 경우가 많으며 이러한 仲裁條項은 投資契約 뿐만 아니라 貿易去來를 포함한 國際商去來(transnational commerce) 關係 契約의 일반적

13) 林 司宣, "國際契約と國際法", 土井輝生編, 「國際契約ハンドブック」, 東京: 同文館, 1984, p.767.

14) 上掲書, p.768.

Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York: Columbia University Press, 1964, p.177; Maurice Bouquin, "Arbitration and Economic Development Agreements", *The Business Lawyer*, 1960, p.863.

그러나 특별히 이러한 契約만을 별도로 취급해야 할 이유가 없다는 견해도 있다(I. Brownlie, *op. cit.*, p.547)

15) 林 司宣, 前掲論文, pp.768-769; 拙稿, "國際企業의 國有化의 法的 問題", 「論文集」, 第23輯, 濟州大學校 1986, p.232.

16) Eduardo Jimenez de Arechaga, "Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property", in Kamal Hosain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, New York: Nichols Publishing Company, 1980, pp.229-230.

인 특징이라고 할 수 있다.¹⁷⁾

準據法條項은 投資契約의 當事者가 相異한 國籍을 갖고 있으므로, 契約의 解釋과 効力 그리고 紛爭解決의 準據가 되는 法規를 指定해 두고 있는 契約上의 條項을 말한다.¹⁸⁾ 즉 이러한 條項을 미리 지정해 두지 않으면 문제가 되는 경우에 어느 法規에 따르는가 하는 데 관하여 또한 紛爭이 발생할 소지가 있게 되는데 이를 사전에 방지하기 위한 條項인 것이다. 仲裁條項과 함께 準據法條項을 함께 설정하는 경우에는 當事者自治의 原則上 受容國이나 國際企業의 本國의 國內法, 어느 것도 準據法으로 설정할 수 있으며¹⁹⁾ 또한 法의 一般原則(general principles of law)을 포함한 國際法도 準據法으로 지정될 수 있다. 많은 경우에 受容國의 國內法이 準據法으로 지정되고는 있으나 문제는 受容國의 國內法이 아닌 法의 一般原則이나 國際法을 準據法으로 지정함으로써 契約이 國際化(internationalization) 되기를 의도하거나 脫國家化(de-localized) 되려고 하는 경우에 일어난다.²⁰⁾

이러한 準據法條項은 國際企業을 受容國의 國內法으로부터 벗어나 國際法에 따르게 함으로써 國際企業과 受容國이 공통적으로 國際法秩序下에서 同位的 關係(relation of co-ordination)에 있음을 엿볼 수 있게 한다.²¹⁾

投資契約이 이러한 특징을 갖고 있기 때문에, 특히 讓許契約(concession contract 또는 concession agreement)은 國際化된 契約이며 그 名稱도 國際經濟開發協定(international economic development agreement)으로 부를 수 있다는 주장이 나오고 있으며²²⁾ 또 이는 단순한 國際的 契約이 아니고 國際條約에 準하는 準國際協約(quasi-international agreement)이나 準條約(quasi-treaty)이라고 볼 수 있다는 주장도 나오고 있다.²³⁾

이러한 주장에 반하여 受容國에 속하는 現地法人(完全 子會社 또는 合作法人) 내지 支店으로서의 國際企業과 受容國政府와의 法律關係는 어디까지나 受容國의 國內法上의 關係에 불과하며 이들 사이에 체결되고 있는 契約의 根據도 國際法이 아닌 受容國의 國內法에 있는 것으로, 當事者自治의 原則이 적용된 결과 일부 條項이 國際性を 띤다고 하여 契約自體가 國際法上의 根據를 갖게 되고

17) Georges R. Delaume, "State Contracts and Transnational Arbitration", 75 *American Journal of International Law*, 1981, p.784; Donald B. Strauss, "The Growing Consensus on International Commercial Arbitration", 68 *American Journal of International Law*, 1974, p.709.

18) 李南基, 「國際契約法」, 學研社, 1987, p.112.

19) 上掲書, p.113; 崔公雄, 「國際訴訟」, 育法社, 1984, pp.431-434.

20) G. R. Delaume, op. cit., p.796.

21) K. S. Carlston, op. cit., p.260.

22) Ibid.; W. Friedmann, op. cit., p.176.

23) Samuel K. B. Asante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", in K. Hossain (ed.), op. cit., p.231.; B. H. Weston et al., op. cit., p.715; B. Grossfeld, 鄭熙詰譯, 「多國間企業의 法律問題」, 三英社, 1981, p.249.

따라서 國際法原理에 의하여 規律되는 것은 아니라고 하는 주장이 특히 受容國側으로부터 나오고 있다.²⁴⁾

이러한 契約의 國際化를 둘러싼 意見의 對立은, 契約에 明示의인 準據法條項이 규정되어 있지 않은 경우에 어떤 法原理에 의하여 規律할 것인지에 관해서 뿐만 아니라, 契約締結過程을 통하여 契約의 解釋과 効力 그리고 紛爭解決節次에 있어서, 投資家인 國際企業이나 그 本國으로 하여금 國際法原理와 國際的 節次에 따르자는 주장을 하도록 하고, 受容國側으로 하여금 主權의 絕對性, 天然資源에 대한 永久主權의 原則을 기초로 한 新國際經濟秩序의 概念, 行政契約의 理論, 그리고 事情變更의 原則(doctrine of rebus sic stantibus)을 根據로 國內裁判所에서 國內法原理에 의하여 모든 問題를 해결하자는 주장을 하도록 하고 있다.²⁵⁾

2. 國際企業의 法的 地位와 外交의 保護權

전통적으로 國際法은 國家를 중심으로 하는 國際關係에 적용되는 法이었으며 國際法 내지 國際關係의 主體(subject)로서의 法人格(legal personality)은 오로지 國家에게만 歸屬되고 있었다.²⁶⁾ 그 후 國際社會의 發展과 國際關係의 多邊化에 따라 國際社會가 수행해야 할 役割이 매우 다양하게 증대되었으며 이러한 變化·發展의 결과 國家 以外에 일정한 目的을 수행하도록 창설된 國際組織(international organization)도 필요한 범위 내에서 法人格을 인정받게 되었으며 특히 國際法の 定立能力도 保有할 수 있게 되었다.²⁷⁾

24) C. F. Amerasinghe, "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law", 58 *American Journal of International Law*, 1964, p.906.

한편 投資契約을 受容國의 法과 斷絶시켜서 그 安定性(stability)을 확보하고자 하는 立場에서는 이러한 契約 自體를 受容國과 國際企業間의 契約關係를 總體的으로 규율할 수 있는 獨立的이며 自足的인 法體系(independent and self-sufficient system of law), 즉 第三의 法體系로 파악하고자 하는 견해도 나오고 있다. 이러한 見解에 의하더라도 投資契約에 관한 紛爭의 解決은 역시 國內節次를 벗어나서 이루어져야 한다는 立場에 서게 될 것이다. 이러한 견해는 現段階에 있어서는 理論的 試案에 불과하다고 보겠지만 앞으로 계속 注目의 대상이 되고 검토되어야 할 필요가 있는 理論이라고 본다. 여기에 대하여는 S. K. B. Asante, op. cit., pp.241-242; Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter, Hans Smit, *International Law*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1980, p.767; Philip C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press, 1956, p.2참조.

25) C. F. Amerasinghe, op. cit., p.904; G. R. Delaume, op. cit., p.803; 喜多川篤典, 前掲書, p.312; 拙稿, "國際企業의 國有化의 法的 問題", pp.225-247; 吳炳善, "國家契約破棄의 國際責任에 관한 法律 問題.", 「經商論叢」, 西江大學校 1984, 3, pp.130-143.

26) W. Friedmann, op. cit., p.213; Richard B. Lillich, *The Human rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, p.111.

27) Bengt Broms, "Subjects: Entitlement in the International Legal System", in R. St. J. Mcadonald and D. M. Johnston (ed.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.405.

法人을 포함한 個人(individual)은 오로지 國家의 構成員으로서 國內法의 主體에 불과하며 國家와 國內法을 통해서만 國際法과 관련을 맺을 수 있고 國際關係에 參與할 수 있다는 것이 전통적인 立場이었다.²⁸⁾ 그러나 오늘날 個人들도 國際法의 定立能力을 가지고 있는 主體들이 체결한 條約上, 또는 國際慣習法上 제한된 범위 내에서 직접 國際法上的 權利를 享有하고 義務를 負擔할 수 있다는 데 대하여는 거의 異見이 없다.²⁹⁾ 이러한 意味에 있어서, 國際法人格을 國際法上 權利를 享有하고 義務를 負擔할 수 있는 資格이라고 한다면 이미 個人도 國際法人格을 갖게 되었다고 할 수 있다.³⁰⁾ 그러나 節次法上 자신의 權利를 國際的 節次에 의하여 주장할 수 있고 자신의 義務를 또한 國際的 節次에 따라서 履行하게 되고 強制되는 경우에 한하여 個人의 國際法人格이 인정된다고 하게 되면 個人의 國際法人格이 인정될 수 있는 범위는 대단히 좁아진다.³¹⁾ 어쨌든 간에 個人의 節次的 能力(procedural capacity)이 아직까지 많은 制限을 받고 있다는 것은 분명한 사실이다.

그리고 더욱 制限되고 있는 것은 個人의 國際法定立過程에의 參與이다. 최근의 國際法의 分野에 있어서 가장 중요하면서도 획기적인 發展 가운데 하나가 國際企業에 적용될 수 있는 法規의 明示的 定立이라고 할 수 있는데,³²⁾ 이러한 새로운 法規들이 國際企業을 目標로 하고 있기는 하나 國際社會의 現實的 實行(practice)은 이러한 과정에 있어서 國際企業의 參與를 거의 봉쇄하고 있다. 이들은 여전히 자신의 本國을 통하여 國際法의 定立過程에 參與할 間接적 기회를 인정받고 있음에 불과하다. 個人, 즉 國際企業이 스스로 國際的 節次에 의하여 權利를 실현하는 것도 이러한 國際法의 定立過程을 통해서 인정되어야 한다고 할 때, 현재의 國際法의 定立方法을 통하여 國際企業의 節次的 能力의 확대를 기대하는 것은 어려운 상황이라고 보아진다. 현재 진행되고 있는 國際企業行爲 法典(Code of Conduct on Transnational Corporations)의 草案作成過程을 보더라도 이러한 상황을 엿볼 수 있다.³³⁾

28) R. B. Lillich, *op. cit.*, p.1.

29) B. Broms, *op. cit.*, p.411-413; I. Brownlie, *op. cit.*, pp.577-578.

30) Ingo von Münch, *Völkerrecht in Programmierter Form*, Berlin: Walter de Gruyter, 1971, S. 4. (as cited in 張孝相, 「現代國際法」, 博英社, 1987, p.35.) 洪性化, "人權條約과 國際法主體論小考", 「아카데미」 論叢, 第3輯, 1975, p.9.

31) Werner Levi, *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1979, pp.77-79; I. Brownlie, *op. cit.*, pp.577-578; Franz Matscher, Standing Before International Courts and Tribunals in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* [Instalment 1 (1981), pp.194-195]

32) Jonathan I. Charney, "Transnational Corporations and Developing International Law", 1983 *Duke Law Journal* 1983, p.748.

33) W. Levi, *op. cit.*, pp.74-77; K. Hossain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, p.14; Don Wallace, Jr., *International Regulation of Multinational Corporations*, New York: Praeger Publishers, 1976, pp.132-134; 즉 行爲法典의 主된 目標는 國際企業의 活動을 制限하는 데 있으며 外國投資家로서의 公正한 待遇의 基準을 확립하는 문제에는 따라서 거의 신경을 쓰지 못하는 것으로 보인다.

현재의 단계에 있어서 國際企業은 자신이 속하고 있는 國家를 통해서 國際法의 定立에 참여하고 또한 國家를 통해서 國際的 紛爭解決節次에 참여할 수 있는 制限된 受動的인 國際法主體라는 점은 부인할 수 없다고 본다. 이러한 觀點에서 傳統的으로 인정되어 온 外交的 保護權(right of diplomatic protection)이 여전히 國家에 의하여 자신의 國籍을 가지고 있는 個人的 權益을 保護하고 實現하기 위한 장치로서 행사될 수 있게 된다.³⁴⁾

外交的 保護權의 문제는 오늘날 國家의 國際責任과 관련하여 爭點으로 등장하고 있다.³⁵⁾

外國에서 自國民이 그 生命이나 身體 또는 財産에 관하여 現地國의 歸責事由로 損害를 입은 경우에는 一定한 要件의 充足을 前提로 本國이 外交上의 手段 또는 國際的 請求를 통하여 그 損害에 대한 救濟를 求할 수 있다는 外交的 保護權은 전통적으로 主權國家의 固有權限으로 인정되고 있는 바다. 다만 문제가 되는 것은 外交的 保護權을 外國에 資本을 投下한 自國民을 위하여 행사하는 경우이다.

海外投資의 保護라는 관점에서 그리고 現행 國際法上 個人的 節次的 能力이 制限되어 있는 立場에서 外交的 保護制度를 긍정적으로 본다고 하더라도, 外交的 保護權은 오로지 法的 意味의 當事者 適格을 갖는 國家(國籍附與國)만이 행사할 수 있음에 비추어 國際企業의 國籍이 어떻게 결정되는가에 관련하여 많은 문제가 있음을 알 수 있으며,³⁶⁾ 國內救濟完了의 原則(principle of exhaustion of local remedies)과 관련해서도 受容國이 이를 節次的 意味로만 해석하는 한 國際企業의 實質的 保護에 이르기 위한 과정에서 受容國의 抵抗이 클 것이고, 결국 受容國側이 주장하는 國內的 救濟의 終局性(finality)이 관철될 수도 있다는 점도 看過할 수 없다.³⁷⁾

또한 外交的 保護權은 國家의 自由裁量에 의하여 행사될 수 있는 것이어서 언제나 本國이 國際企業을 위하여 이를 행사하리라는 보장도 없다.³⁸⁾ 특히 Barcelona Traction case에서 확인되었듯이

34) I. Brownlie, op. cit., p.521; Charles De Visscher, trans. by P.E. Corbett, *Theory and Reality in Public International Law*, New Jersey: Princeton University Press, 1968, pp.277-278; Richard B. Lillich, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack", 69 *American Journal of International Law*, 1975, p.364; R.B. Lillich, *supra* note 26, p.11.

35) 櫻井雅夫, 「國際經濟法研究-海外投資を中心として」, 東京, 東洋經濟新報社, 1977, p.64.

36) W. Levi, op. cit., p.152.

37) 즉 司法救濟의 拒否(denial of justice)의 의미를 節次上의 司法救濟의 의미로 해석하여 일단 訴訟을 受理하고 判決을 내린 이상 그 以上の 救濟를 인정하지 않는다는 뜻이다. 따라서 최소한 提訴의 기회를 부여했다면 受容國의 責任을 이행하는 것이 된다는 것이다. (A. O. Adede, "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law", *The Canadian Yearbook of International Law*, 1976, p.78. as cited in 張孝相, 「國際經濟法」, 博英社, 1985, p.550)

38) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, "Foreign Investments in Developing Countries: Legal Personality of Multinationals in International Law," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1983, p.128.

國際企業의 國籍이 형식적 기준에 의하여 결정된다고 한다면³⁹⁾ 많은 경우에 本國(國籍國)이 자신과 實質的 關聯(substantial connexion)이 없는 國際企業을 위하여 外交的 手段을 강구할 가능성은 거의 없게 된다.

보다 결정적인 것은 外交的 保護權을 否定的으로 평가하고 이를 本國에 의한 不當·不法의 權力의 介入 내지 干涉으로 간주하여 組織的으로 이에 도전하고 있는 라틴아메리카國家들의 움직임이다.⁴⁰⁾ 과거 아르헨티나의 Calvo가 제창한 소위 Calvo Doctrine이 이들의 立場을 단적으로 表明한 것으로서 이에 의하면 라틴아메리카國家에 在留하는 外國人(企業)은 그 國家의 內國人과 同等한 地位에서 法의 規律을 받게 되며 그 以上の 本國의 外交的 保護 기타 國際法上的 保護措置를 인정할 수 없다는 것이다.⁴¹⁾ 따라서 國家와 他國의 國民과의 投資紛爭에 他國政府가 介入하는 것을 용납할 수 없다는 태도를 견지한다.

이러한 Calvo Doctrine에 따라 19C 후반 이후 라틴아메리카諸國이 外國投資家들과 投資契約을 체결할 때 이러한 취지를 契約條項으로 明示하는 慣行을 취하게 되었다. 이 契約條項이 바로 Calvo Clause로서 投資契約의 解釋上 爭點으로 등장해 왔던 條項이다.⁴²⁾ 이에 따르면 私的 當事者인 國民이 本國의 外交的 保護權을 拋棄한다는 의미가 되므로 과연 이것이 有效한 것으로 인정될 수 있는냐가 논의의 초점이 된 것이다. 여기에 관하여 資本輸出國의 立場 및 一般的인 國際法學者들의 見解에 의하면 私的 當事者가 스스로 本國의 外交的 保護를 요청할 수 있는 權利는 포기할 수 있어도 國家의 固有權限인 外交的 保護權 자체는 결코 포기할 수 없다는 論據에서 Calvo Clause의 効力을 一般的으로 否認하고 있음을 알 수 있다.⁴³⁾

그러나 North American Dredging Co. claim case에 의하면 Calvo Clause는 비록 완전하지는 않지만 최소한 國內的 救濟完了의 原則을 確認한다는 의미에서 그 効力을 인정받고 있음을 알 수 있다.⁴⁴⁾

39) Ibid., p.125; Herbert W. Briggs, "Barcelona Traction: The *JUS STANDEI* of Belgium", 65 *American Journal of International Law*, 1971, p.327.

40) A.A.A. Akinsanya, *The Expropriation of Multinational Property in the Third World*, New York: Praeger Publishers, 1980, p.208.

41) Donald R. Shea, *The Calvo Clause*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955, pp.19-20; Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XV, 1984, p.24.

42) I. Brownlie, op. cit., pp.546-547; Wil D. Verwey and N. J. Schrijver, op. cit., p.24.

43) I. Brownlie, op. cit., p.546; Rudolf Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", 75 *American Journal of International Law*, 1981, p.571.

44) 즉 國家間에 체결한 仲裁裁判條約에 의하여 바로 仲裁裁判所에 의하여 紛爭이 解決될 수 있는 경우에도 受容國과 國際企業間의 契約에 Calvo Clause가 규정되어 있는 경우에는 먼저 國內的 救濟를 完了해야 한다는 것이다. (I. Brownlie, op. cit., pp.546-547.)

Clavo Doctrine에 대한 라틴아메리카諸國의 執着은 대단하여 國際法上 그 効力에 대한 일반적인 否定的인 평가에도 불구하고 이 原則은 이들 各國의 憲法과 關係法律 속에 규정되고 이들이 相互間에 체결한 「平和的 紛爭處理에 관한 美洲條約」(American Treaty on Pacific Settlement, 소위 Bogota 條約) 등에서도 규정되고 있는 살아 있는 法原則이 되고 있다.⁴⁵⁾ 따라서 라틴아메리카에 投資하려고 하는 國際企業은 미리 이러한 法原則을 認知하여 契約締結에 임해야 하며 일단 이들 國家에 투자하게 되면 최소한 本國의 後援을 받는 것이 어렵다는 것을 예상해야 한다고 한다.⁴⁶⁾

3. 受容國의 法的 地位와 主權免除의 原則

契約條項에 紛爭解決方法에 관한 規定이 없는 경우에 契約當事者가 自發的으로 仲裁에 의하여 解決할 것에 합의하지 않는 한 그 契約에 관한 紛爭은 최종적으로 어느 國家의 國內裁判所가 행하는 裁判에 의하여 解決되는 수밖에 없다. 이러한 경우에 어느 國家의 裁判所가 管轄權(jurisdiction)을 가지는가를 미리 契約에 규정하는 方法을 취할 수 있는데 이러한 條項을 裁判管轄條項(jurisdiction clause)이라고 한다.⁴⁷⁾

仲裁條項도 裁判管轄條項도 없는 경우에는 契約當事者의 自由에 따라 어느 國家의 裁判所에도 訴訟을 提起할 수 있으며 訴訟의 提起가 이루어진 裁判所는 自國의 訴訟節次法에 따라서 當該裁判所에 管轄權이 있다고 인정되는 경우에 裁判을 할 수 있게 된다. 一般的으로 契約當事者가 國籍을 달리하는 경우에 있어서도 "原告는 被告의 管轄法院에 提訴하지 않으면 안된다"라고 하는 原則에 따라 被告의 所在地, 또는 被告가 會社인 경우에는 그 住所地의 裁判所가 管轄權을 갖게 될 것이다.⁴⁸⁾

受容國과 國際企業間의 投資契約으로부터 야기되는 紛爭에 관하여 私의 當事者인 國際企業이 受容國의 國內裁判所에 訴訟을 제기하는 경우와, 收容國이 原告로서 被告인 國際企業의 國籍國이

45) 櫻井雅夫, 前掲書, p.65.

46) D. B. Furnish, op. cit., p.147; Isaiah Frank, *Foreign Enterprise in Developing Countries*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1980, p.105. 또한 天然資源에 대한 永久主權宣言以後 1972년 UNCTAD의 Trade and Development Board에서 채택된 決議88(XII)과 1973년 UN總會決議 3171(XXVIII) 그리고 1974년 UN總會에서 채택된 諸國家의 經濟的 權利義務憲章의 규정으로 Calvo Clause (Doctrine)가 국제법의 원칙으로 발전되었다는 견해도 있다. (Akinsanya, "Permanent Sovereignty over Natural Resources and the Future of Private Foreign Investment in the Third World," 18 *The Indian Journal of International Law*, 1978, p.184) 그러나 일반적으로 이들 決議는 開發途上國들의 主張이 강하게 반영된 政治的 宣言이지 法的 拘束力은 없다고 본다. (Davis R. Robinson, "Expropriation in the Restatement," 78 *American Journal of International Law*, 1984, p.177.)

47) 李南基, 前掲書, p.111; 外交의 保護制度의 問題點에 관해서는 拙稿, "國際企業과 外交的 保護制度", 「現代 法學의 諸課題」(東山 金斗熙博士 華甲紀念 論文集), 松山出版社, 1987, pp.668-694. 참조.

48) 上掲書, p.111; 崔公雄, 前掲書, pp.301-302.

나 그本店 또는營業所의所在地의裁判所に訴訟을提起하는 경우에 그裁判所는 원칙적으로管轄權을 행사할 수 있다.⁴⁹⁾

그러나國際企業이原告가 되어受容國을 상대로受容國以外的國家의裁判所に訴訟을 제기하는 경우에,被告인受容國이管轄에 대한異議가 없이應訴하는 경우에 있어서는一般的으로 그裁判所의國際管轄權이 인정되지만,⁵⁰⁾ 그렇지 않는 경우에는 비록裁判所가義務履行地,財産所在地 또는不法行爲地의裁判管轄權을根據로管轄權을 행사할 수 있다고 하더라도 실제로는管轄權行使에制約을 받게 된다.⁵¹⁾

國際法上主權國家는相互平等하며「同等한 者는同等한 者에 대하여裁判權(또는命令權)을 갖지 못한다」(par in parem non habet jurisdictionem (imperium))는原則에 입각하여原則적으로 어떠한國家도他國에 대하여裁判管轄權을 행사할 수 없다는 것이認定되어 왔으며 이를「主權免除의原則」(doctrine of sovereign immunity), 「國家免除의原則」(doctrine of state immunity) 또는「裁判管轄權免除의原則」(doctrine of jurisdictional immunity)이라고 한다.⁵²⁾

受容國은 원칙적으로主權的實體임에 비하여國際企業은 아직까지受動的인國際法主體 내지國際法の客體에 불과하기 때문에 만일主權免除의原則이 모든 경우에 절대적으로 적용된다고 한다면一方當事者인國際企業은紛爭의合理的解決을 통한權益의保護에 있어서 커다란不利益을 받게 될 것이 분명하다. 이러한 관점에서國家 및 그資產은 모든 경우에他國의裁判權의行使로부터 절대적으로免除된다고 하는 소위絶對的免除主義(doctrine of absolute immunity)의原則은 그妥當성에 있어서 의문이 제기되고 있다.⁵³⁾ 즉國際經濟關係의 급속한 발전은國家의經濟活動의 범위를 확대시켜 국가가 스스로貿易을 행하는 등去來行爲에介入함으로써外國과去來關係에 있는私的當事者의保護가 필요하게 되고 이 때문에絶對的的主權免除의原則을 유지하기 어렵다고 하는 것이다.

絶對的免除主義의制限은國家가私人과 마찬가지로私法上の去來行爲를 하는 경우에는免除를 인정할 수 없다는 데根據를 두고 있다. 즉國家의行爲를 순수하게主權的 내지公法的인 것(acta jure imperii)과商業的 내지私法的인 것(acta jure gestionis)으로 나눌 수 있다고 보고⁵⁴⁾後者의 경우에 관련된紛爭에 있어서는主權免除原則을 원용한妨訴抗辯을 인정할 수 없다고 하는 것이다. 이러한原則을制限的免除主義(doctrine of limited (restrictive) immunity) 또는機能的免除

49) 土井輝生, "國際取引紛爭における國家の裁判管轄權免除と仲裁役割", 「多國籍企業の法的研究」, pp.359-360.

50) 崔公雄, 前掲書, p.308.

51) 林司宣, 前掲論文, pp.770-771; 土井輝生, 前掲論文, p.360.

52) I. Brownlie, op. cit., pp.322-324; 土井輝生, 前掲論文, p.360.

53) 崔公雄, 前掲書, pp.252-255; 土井輝生, 前掲論文, p.366.

54) I. Brownlie, op. cit., p.330; Donald T. Wilson, *International Business Transactions*, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1981, pp.300-302.

主義(doctrine of functional immunity)라고 한다.⁵⁵⁾

유럽諸國은 비교적 일찍부터 制限的 免除主義를 취하고 있었으며 英美의 경우는 늦게까지 絶對的 免除主義를 維持해온 경향이 발견된다. 그러나 英國에 있어서는 1949년의 *Krajina v. Tass Agency case*의 附隨意見(obiter dictum)에서 絶對的 免除主義에 대한 의문을 제기한 이래 많은 判例에 의해 主權免除에 제한을 인정하고 있으며 1976년 *Privy Council*이 *The Phillipine Admiral*號 事件을 통해서 貿易行爲에 종사하는 國家所有船舶에 대하여 정면으로 主權免除을 부인하는 判決을 함으로써 判例法上 制限的 免除主義로 轉換하기에 이르렀고 1978년의 國家免除法(State Immunity Act)에서 이를 明示的으로 규정하게 되었다. 美國의 경우도 1952년 國務省 法律顧問인 *Tate*가 法務長官에게 보낸 소위 *Tate letter*에서 制限的 免除主義를 주장한 이래 대부분의 判例가 制限的 免除主義에 따르고 있으며 1976년 이러한 원칙을 포함한 外國主權免除法(Foreign Sovereign Immunities Act)을 제정하기에 이르렀다.⁵⁶⁾

유럽의 경우도 1972년에 主權免除에 관한 一般條約으로서 國家免除에 관한 유럽條約과 그 追加 議定書(European Convention on State Immunity and Additional Protocol)를 제정하여 明白한 制限的 免除主義의 立場을 확인하고 있다.⁵⁷⁾

그런데 여기서 문제가 되는 것은 制限的 免除主義를 취하는 경우에 免除의 대상에서 제외되는 國家行爲의 범위를 무엇을 기준으로 정할 것인가 하는 것이다.⁵⁸⁾ 여기에 관하여 各國의 判例가 취하고 있는 태도를 보면, 行爲主體가 國家의 (憲法組織上) 中央權力機構의 本質的 部分으로서의 地位를 갖고 있는가 아닌가를 기준으로 하여 그렇지 않은 機關의 行爲는 私法的 行爲라고 하는 立場과, 去來行爲 자체가 직접 權力의 性質의 것인가 아닌가에 따라 去來의 目的物이 직접 國家의 本來的인 主權行爲와 결부된 使用目的을 가지고 있는 경우와 또 전통적으로 國家만이 행할 수 있는 經濟行爲를 제외한 것이 私法的 行爲가 된다는 立場, 그리고 訴訟의 目的이 國際法上 확립되어 있는 外國의 國家機能을 侵害할 可能性의 存否를 기준으로 當該訴訟의 目的이 外國의 立法行爲와 같은 主權의 機能을 侵害하거나 無効化시키는 것을 제외하고는 裁判權免除가 인정되지 않는다는 立場 등이 나타나고 있다.⁵⁹⁾

55) 林 司宣, 前揭論文, p. 771; 土井輝生, 前揭論文, p. 366; I. Brownlie, op. cit., p. 330; D. T. Wilson, op. cit., p. 302.

56) 崔公雄, 前揭書, pp. 252-254. 美國의 경우는 D. T. Wilson, op. cit., pp. 303-305.

57) 上揭書; Ibid., p. 298.

58) Ibid., p. 302; G. R. Delaume, op. cit., pp. 784-785.

59) 林 司宣, 前揭論文, pp. 775-776.

U. S. Court of Appeals에 의하면 절대적으로 主權의 行爲에 속하는 것으로 간주되는 것으로서 外國人의 追放과 같은 國內行政行爲, 國有化措置와 같은 立法行爲, 軍隊에 관련된 行爲, 外交의 行爲, 그리고 公共借款 등을 들고 있다. (I. Brownlie, op. cit., p. 332)

한편 外國政府가 자신의 軍隊의 장비나 식량을 구입하거나 政府建物을 건설하거나 하기 위해 契約을 체결하는 것은 商事의 行爲에 해당한다. 大使館을 수리하기 위한 계약도 마찬가지다. 그러한 契約들은 그 궁극적인 目的이 公的機能을 수행하기 위한 것이라고 해도 商事契約으로 판단되어야 한다고 한다. (H. R. Rep. No. 487, 94 th Cong., 2d Sess. 16 (1976)) as cited in D. T. Wilson, op. cit., p. 309.)

이처럼 主權免除의 대상이 될 수 없는 商業的·私法的 行爲의 결정기준에 대하여 各國의 判例는 통일된 原則을 가지고 있지 않다. 따라서 契約에 基하여 受容國을 상대로 訴訟을 제기하는 경우 法廷地의 判例의 動向을 미리 조사해 두는 것이 필요하며 보다 중요한 것은 이에 관한 紛爭을 방지하기 위한 수단으로 契約締結에 관한 모든 紛爭에 있어서 裁判權免除의 拋棄를 하도록 하는 것이다.⁶⁰⁾

그러면 制限的 免除主義가 일반적으로 적용되고 있는 國際法上 原則이라고 할 때, 國際企業과 契約을 체결한 受容國의 行爲는 이러한 主權免除의 原則이 적용되지 않는 商業的 行爲에 속하게 되는 것일까.

商業的·私法的 行爲의 主體로서의 國家는 私的 當事者와 對等한 地位에서 法律關係를 맺게 된다고 본다. 契約은 當事者의 平等性을 前提로 하므로 投資契約의 체결을 비롯한 國家의 去來行爲는 國際企業과 대등한 私人的 地位에서 행한 行爲로 간주된다는 立場이 있을 수 있다. 이러한 立場에서는 受容國과 國際企業이 체결한 投資契約은 私人間的 보통의 國際契約에 불과하다고 보게 된다.⁶¹⁾ 즉 投資契約은 一般의인 貿易契約처럼 當事者의 合意內容과 法廷地國의 國際私法이 지정하는 準據法에 의하여 規律되며 紛爭이 解決될 수 있다고 한다. 이 立場에 따르면 契約의 準據法이 된 現地國家의 國內法自體가 外國人待遇에 관한 國際法의 原則이나 當事者自治의 原則에 입각하여 그 國際的 効力의 判定을 받게 된다고 한다. 따라서 投資契約(國際讓許契約)을 一方的으로 違反하거나 破棄한 行爲는 國際法上의 不法行爲나 契約違反의 責任을 發生하는 것이 된다고 한다.⁶²⁾

이러한 立場은 國際企業과 受容國을 대등한 契約主體로 파악하고 私法上의 契約의 不可侵 理論에 입각해서 國際企業의 權益을 保護하려는 것으로 보아진다.⁶³⁾

여기에 反하여, 受容國側은 자신을 國際企業과 대등한 私的 當事者로 간주하지 않고 오히려 자신들을 어디까지나 主權의 實體로 보는 反面, 國際企業에 대하여는 최소한 이들의 "外國性"도 인정하지 않으려고 하는 立場을 취한다. 따라서 이들은 讓許契約을 중심으로 하는 投資契約의 條約的 性質은 물론 이를 一般의인 國際契約으로 보는 것도 인정할 수 없다고 한다. 즉 國際企業은 어디까지나 受容國의 主權에 從屬하는 國民으로서의 地位에서 契約을 체결한 것이므로 受容國과 國際企業間의 讓許契約은 國內讓許契約에 불과하다고 보는 것이다. 또 이렇게 보는 경우에도 이를 私法的 契約으로 간주하지 않고 公法的인 行政契約(contrat administratif)으로 간주함으로써 특수한 行政契約의 法理를 적용하고자 한다.⁶⁴⁾ 따라서 公益目的上 行政當局이 契約內容의 一方的 修正이나 破棄

60) 林 司宣, 前掲論文, p.776.

61) 李漢基, 「國際法講義」, 博英社, 1983, pp.313-314.

62) 上掲書.

63) S. K. B. Asante, op. cit., pp.237-238.

64) Ibid., p.240; 山本敬三, 「國際取引法」, 東京: 學陽書房, p.158; 安藤勝美, "經濟開發協定と國內化の法原則," 「國際法外交雜誌」, 第84卷 第1號, 1985, p.44.

는 물론이고 契約上의 權利의 第三者에의 讓渡도 가능하다고 한다.⁶⁵⁾

受容國側은 投資契約과 그로부터 발생하는 모든 紛爭을 國內法과 國內裁判所를 통하여 解決하고자 하는 一貫된 立場임을 알 수 있다. 이들의 見解에 의하면 受容國이 一方的으로 契約을 破棄하더라도 이는 合法的인 것이며, 이에 따른 補償(compensation) 問題는 國內法上의 問題로서 國內裁判所를 통하여 그에 관한 紛爭이 終局的으로 解決되어야 한다고 한다.

결국 受容國이 國際企業에 대하여 優越한 主權的 地位에 있게 되고 國際企業으로 하여금 受容國의 國民으로서의 地位만을 받아들여도록 하는 한 制限的 免除主義에 의한 國際企業의 權益保護도 실질적으로 기대할 수 없게 된다.⁶⁶⁾

4. 問題點과 그 解決方案

지금까지의 論議를 종합해보면 受容國側과 國際企業(및 本國)側의 主張과 그를 뒷받침하는 理論的 根據들이 극단적으로 對立되고 있음을 알 수 있다. 이러한 樣相은 기본적으로 投資關係의 基礎가 되는 投資契約의 當事者들과 投資契約自體의 性格이 경우에 따라 多樣하게 評價될 수 있는 데서 비롯되고 있다.

契約의 一方當事者인 受容國은 主權的 實體이면서도 私的 去來當事者로 행위할 수도 있으며 他方當事者인 國際企業은 형식적으로는 어떠한 國家의 國籍을 가지고 있으면서 경우에 따라 이와는 다른 國家와 實質的 關聯을 맺고 있기도 하며 契約에 의하여 受容國의 國民으로서의 地位만을 갖도록 규정될 수도 있다. 契約의 目的도 반드시 私法的인 것으로만 규정되거나 主權的 行爲와는 무관한 것으로 평가되는 것이 아니라 오히려 目的의 公共性이 강조될 수 있다는 점에서 讓許契約의 特徵을 발견하기도 한다.

問題는 이러한 契約이 國內法에 根據를 두고 있느냐 아니면 國際法에 根據를 두고 있느냐 하는 것인데, 前者의 立場에 立脚하고 있는 受容國側의 주장에 따른다고 하면 受容國의 一方的 優位가 前提되기 때문에, 投資契約의 成立, 効力, 解釋에 대한 紛爭의 解決이 얼마나 公正하고 또한 客觀的으로 이루어질 수 있는가에 의문을 제기하지 않을 수 없다.⁶⁶⁻¹⁾ 앞에서 언급한 바와 같이 投資契約은 여러 가지 면에서 國際化된 特性을 가지고 있으며 처음부터 실질적으로 國籍을 달리하는 受容國과 國際企業 사이에서 체결된 것이기 때문에 비록 完全한 國家間의 條約과는 同一視할 수 없다고 하더

65) W. Friedmann, op. cit., pp.190-191.

66) 만일 受容國側이 投資紛爭의 "國際性"을 否認할 수 없게 된다 할지라도 이들은 國有化措置를 비롯한 契約違反行爲를 主權的 行爲(acta jure imperii)라고 주장함으로써 他國의 裁判管轄權으로부터 벗어나려고 한다.

66-1) United Nations Department of Economic and Social Affairs, *Multinational Corporations in World Development*, New York: Praeger Publishers, 1954, p.106.

라도 순수한 國內法上的 契約關係로는 볼 수 없는 점이 분명히 是認되어야 한다고 생각한다.

그러나 이러한 경우에도 전통적으로 國際企業을 本國의 國民이라고 하는 前提下에 최종적으로 受容國과 國際企業間的 紛爭을 受容國과 本國間的 紛爭으로 轉換시켜서 國際的인 解決을 모색하는 方法도 문제가 있다고 본다. 사실 受容國側이 그토록 國內的 解決의 原則을 고집하고 특히 라틴아메리카諸國으로 하여금 Colvo Doctrine에 執着하도록 한 것은 外交的 保護權을 名分으로 한 本國의 經濟的·外交的 介入 내지 壓力에 대한 반발 때문이었다. 따라서 本國의 外交的 保護權의 行使는 가능한 한 抑制되는 方向에서 紛爭이 合理的으로 解決될 수 있는 方案을 모색해야 한다고 본다.

基本的으로 受容國과 國際企業間的 投資紛爭은 兩者의 平等한 參與가 保障될 수 있는 國際的 節次에 의하여 兩當事者의 主導的인 協調와 努力을 바탕으로 解決될 수 있어야 한다. 지금까지 論議되어 온 國家의 國際責任의 理論과 紛爭解決의 原則은 이러한 意味에서 어느 정도 修正되어야 할 것이다.⁶⁷⁾ 本國의 外交的 保護權이 항상 문제가 되었던 것은 受容國이 對外的으로 國際企業의 本國에 대해서만 國際的 責任을 진다는 전통적인 論理에 얽매어 있었기 때문이다. 따라서 受容國과 國際企業間的 紛爭解決에 있어서, 지금까지 提示되어 온 問題點들은, 兩當事者가 相互 對等한 國際責任의 歸屬體로 간주됨으로써 그 해결의 실마리를 찾을 수 있게 된다.

問題解決의 실마리는 먼저 國際企業과 같은 私的 當事者의 國際法人格을 再檢討하는 데서 찾아야 한다.⁶⁸⁾ 앞에서 지적했듯이 個人的 國際法人格, 즉 國際法主體性은 오늘날 否定되지는 않는다 하더라도 극히 制限的인 범위에서만 인정되고 있다. 특히 節次的인 權限에 대해서는 일부 例外를 제외하면 거의 봉쇄되어 있다고 할 수 있다. 一方當事者인 受容國에게는 實體的인 面에서든 節次的인 面에서든 一般的인 權限이 인정되고 있는 反面에 他方當事者인 國際企業에게는 거의 그 相互의 地位가 인정되지 못한 실정이었다.⁶⁹⁾

67) 國際法主體 相互間的 關係에 있어서 一方이 他方의 國際法上的 法益을 侵害한다면 加害者側의 國際責任이 발생한다. 國際法主體는 전통적으로 國家뿐이었으므로 이를 國家責任이라고 한다. 그런데 통상의 民間當事者間的 國際契約關係로부터는 직접 國家責任의 문제가 생기지 않는다. 이러한 경우 國家의 國際責任은 소위 裁判의 拒否(denial of justice)에 의하여 발생하는 것으로 되어 있다. 그리고 一方當事者가 國家인 國家契約, 즉 本稿에서 논의되고 있는 concession agreement를 중심으로 하는 投資契約의 一方의 破棄등 그 違反 行爲에 起因하는 責任의 경우에도 전통적으로는 國內法上的의 문제로 보거나 아니면 그러한 行爲가 私的 當事者의 本國에 대하여 國際的 責任을 지게되는 것으로만 파악하고 있었다. 예를 들어 Jennings처럼 國家契約의 파기는 그것이 恣意的(arbitrary)인 경우에 國際不法行爲를 구성하는 것이 '된다거나, Jessup처럼 國家契約의 단순한 위반은 國內法 違反이며 國際法 違反은 아니지만 거기에 소위 "不法行爲 내지는 沒收的 契約違反"을 구성하는 財産의 強制接收나 沒收가 수반되면 國家責任이 발생하게 된다고 하면서도 이때의 責任의 상대는 역시 私的 當事者의 本國으로만 한정하는 것이다. (林 司宣, 前掲書, pp.778-779)

그러나 本稿에서는 國家가 國際企業에 대하여 직접 國際法上的 責任을 질 수 있다는 관점에서 파악하고자 하는 것이다.

68) W. Friedmann, op. cit., pp.221-223; D.Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, op. cit., pp.117-123; J. I. Charney, op. cit., pp.748-788.

69) S. K. B. Asante, op. cit., pp.241-242.

이러한 問題點을 認識하고 있는 學者들은 國際企業과 受容國의 關係를 규정짓는 이러한 전통적인 前提(premises)들에 동의하지 않으며, 이러한 前提들이 옳지 않았거나, 최소한 최근의 國際法體系의 變化·發展이 더 이상 그러한 前提들을 妥當하지 않게 하였다고 지적하고 있다.⁷⁰⁾ 즉 受容國과 國際企業은 상호 평등한 위치에서 契約을 체결하고 있으며 雙方은 이러한 契約에 基하여 相對方에 대하여 國際法上의 義務를 지는 것으로 볼 수 있다는 것이다. 投資契約이 相互的 義務體系를 창설한다고 하는 사실 자체가 어느 國際裁判所(international forum)가, 國家가 契約上의 義務를 이행하지 않음으로써 契約의 一方的 終了에 대한 國際的 責任을 진다고 단정하기 위한 충분한 根據가 된다는 것이다.⁷¹⁾

전통적인 國家의 優越的 地位는 國家間體系를 중심으로 하는 國際法體系를 이끌어 오는 데 중요한 역할을 한 것은 분명하다. 처음부터 國際法은 主權의·領土의 實體(sov̄erign territorial entity)에 초점을 맞추어 自然人과 기타 實體에 대하여는 周邊的인 役割(peripheral role)만을 부여하였다. 國家의 政府는 대부분의 政治的, 經濟的, 軍事的 權力(power)을 장악하고 자신들을 國際法 및 國際關係의 中心으로 만들었다. 그러나 20C, 특히 兩次 世界大戰 以後에 國家의 "誤謬 및 脆弱性"(fallibility)은 점차 분명해지고 있다. 사실 國際問題에 있어서 다수의 政府間 機構(intergovernmental organization)의 역할은, 실질적으로 국가들이 스스로 얻을 수 없는 目的들을 달성하고자 하는 國際 共同體의 필요성에 의해서 확대되어 왔다. 이들은 公式的인 法人格을 부여받고 獨自的인 地位를 가지고 활동하고 있다.⁷²⁾

실질적으로 이에 미치지 못하는 못하지만 自然人, 非政府間 機構(nongovernmental organization), 그리고 國際企業과 같은 法人들의 國際的 役割도 인정되고 있다. 그러나 主權國家들의 경계로 인하여 좁은 범위에 한해서 國際法에의 참여가 허용되고 있을 뿐이다. 특히 國際企業의 國際法에의 參與에 대한 저항은 國家들이 완전히 "主權的"(sover̄egin)이었던 시절로 되돌아가고 싶은 鄉愁의 希望만이 아니라 그들 자신과 國際企業 사이에 power struggle이 일어나고 있다는 생각 때문에 더 고취되어 왔다고 한다.⁷³⁾ 특히 일부 開發途上國들은 國際企業의 활동을 실질적으로 西歐帝國主義(western colonialism)의 새로운 형태로 간주하고 있기도 하다.

그러나 現實을 直視할 때 대부분의 主權國家들과 主要 國際機構들과 더불어 國際企業이 오늘날 世界에서 매우 중요한 行爲者(actor)인 것은 부인할 수 없으며 그러한 實體를 인정하지 않는 것은 非現實的이다. 國際經濟는 이들이 提供하는 奉仕를 필요로 하고 있으며 이들은 이에 걸맞는 經濟力과 영향력을 保有하고 있다. 따라서 이러한 實體들의 參與를 排除하고 合理的인 國際法關係의 發展을 기대할 수 없다고 본다. 國際法體系의 계속적인 生活力(viability)은 國際法으로 하여금 좀 더

70) J. I. Charney, op. cit., p.753.

71) K. S. Carlston, op. cit., p.260.

72) J. I. Charney, op. cit., pp.759-760.

73) Ibid., p.765.

國際的 現實에 부합되도록 하는 데 달려 있는 것이다.⁷⁴⁾

國際企業은 하나의 法的·經濟的 勢力(force)으로 비교적 獨自的인 行爲者로 간주된다. 이들의 團體的 存在(corporate existence)는 나름대로의 經營戰略에 따라서 운영되고 있으며 많은 경우에 國際企業의 利害는 受容國은 물론 本國의 그것과도 차이가 생기게 된다.⁷⁵⁾ 따라서 國家를 國際企業에 대한 國際法 適用을 위한 媒介體(medium)로 또는 遮蔽物(screen)로 活用하는 것만을 가지고 問題가 해결될 수 없다.⁷⁶⁾ 國際企業은 스스로 일정한 범위에서 公式的인 國際法主體性을 인정받을 필요가 있게 된다. 필요한 범위에 있어서 實體的인 權利·義務는 물론 節次的인 面에서도 그 權限과 義務가 확대되어야 한다. 따라서 스스로 當事者가 되고 있는 法律關係에 관한 紛爭이 발생한 경우에는 최소한 필요한 범위에서 紛爭解決을 위한 國際的 節次에 직접 參與할 수 있도록 허용되어야 하며,⁷⁷⁾ 또한 더 나아가서 國際企業이 國際法の 定立過程에도 參與할 수 있는지에 대하여도 肯定的으로 검토해야 한다고 본다. 물론 이러한 경우에도 이것이 國際企業의 權益만을 보장하기 위한 것이 아니라 受容國, 本國, 그리고 國際企業의 權益이 衡平에 맞게 均等하게 보장되는 범위에서 全體的인 國際共同體의 利益과 發展을 위하여 필요한 한도 내에서 고려되어야 한다는 점이 인정되어야 한다.⁷⁸⁾ 또한 國際企業에게 지금까지보다 많은 權利를 허용하는 대신 그에 상응하는 義務와 責任을 負擔시키고 이를 기초로 적절한 國際的 規制를 해야 한다는 것은 더 말할 나위도 없다.

Ⅲ. 國際投資紛爭解決制度

1. 意義와 現況

前述하였듯이 問題解決의 要諦는, 國際法이 主權的 實體인 國家間的 關係를 기본으로 하는 法規形成에 局限하지 않고, 私法的으로(jure gestionis) 행동하는 國家와 私的 當事者인 國際企業間的 關係를 규율하게 되고, 나아가서 國際企業을 어느 정도 公的으로(jure imperii) 행동하는 實體로 인정하여 國家와의 相互關係를 形成할 수 있도록 허용하는 데 있다.

바람직한 것은 紛爭解決의 準據法問題와 解決條件의 執行 등에 있어서 國家主權이 관련되어 나타나는 問題들을 적절히 해결하기 위한 실질적인 國際經濟法을 定立하는 것이라고 하겠지만,

74) Ibid., p.769.

75) Ibid., p.771.

76) J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, London: Butterworths, 1977, pp.79-80.

77) 실제로도 國際企業이 國際法人格을 가지고 國際法體系에 참여하고 있다는 證據가 있다. 그 例로서 國際企業과 國家가 체결한 契約에 國際法이 적용되는 것과 條約이나 政府間 機構에 의하여 설치된 裁判所에서의 紛爭解決節次에 참여한 것 등이다. (J. I. Charney, op. cit., p.762). 따라서 非國家的 實體들(non-state entities)이 國際法體系에 참여하지 못할 아무런 體系的 根據는 없는 것이다. (Ibid.).

78) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, op. cit., p.121.

아직 이러한 것을 실현할 수 있는 단계에는 이르지 못하였으므로⁷⁹⁾ 受容國側과 國際企業側이 互惠平等의 立場에서 各者の 主張을 合理的으로 調整하는 선에서 契約을 체결함으로써, 紛爭의 素地를 없애고 그래도 불가피하게 발생하게 되는 紛爭을 公正하게 解決할 수 있는 制度的 方案에 合意하는 것이 필요하다고 본다.⁸⁰⁾ 이러한 의미에서 受容國과 國際企業間의 契約으로부터 발생하는 紛爭解決의 國際的 體制는 특히 契約의 意味와 관련하여 自國의 法이 문제가 되는 受容國의 協調가 필수적이게 된다.⁸¹⁾ 直接的 當事者들의 協調가 國際法上의 一般的인 紛爭解決의 制度化 및 紛爭解決의 關鍵인 것이다.

現存하는 國際法上의 一般的인 紛爭解決手段은 크게 두 가지 범주로 나눌 수 있다.⁸²⁾

첫째, 當事者들이 紛爭을 終結시키는 決定을 스스로 내릴 수 있는 手段과 둘째, 紛爭을 終結시키는 결정을 權限있는 第三者에게 委任하는 手段이 그것이다. 첫째 범주에는 當事者들의 直接交涉(direct negotiation), 周旋(good offices), 仲介(mediation), 調停(conciliation), 事實審査(fact-finding, inquiry) 등이 있으며 둘째 범주에는 法的 拘束力이 있는 解決을 목표로 하는 仲裁(arbitration)와 司法的 解決(judicial settlement) 制度가 있다. 이밖에도 調停과 仲裁의 中間에 投資紛爭과 같은 專門的인 領域에 有用한 專門家節次(Expertenverfahren)가 있다.⁸³⁾

國家間的 紛爭에 있어서와 마찬가지로 國家와 私的 投資家 사이의 投資紛爭도 직접적인 當事者間的 交渉을 통하여 解決하는 것이 우선 고려되어야 한다. 특히 契約內容의 修正을 둘러싼 紛爭의 경우는 이 方法이 매우 効果的이다.⁸⁴⁾ 그러나 실제로 紛爭은 이러한 當事者間的 交渉이 실패로 끝나거나 不可能한 경우에 문제가 되는 것이다. 이 때부터 第三者의 介入이 필요하게 되는데 이러한 경우에도 周旋, 仲介, 事實審査 또는 調停에 의한 방법은 비록 當事者들이 第三者의 도움을 받는다고 하더라도 최종적으로는 當事者의 合意에 의하여 紛爭의 解決條件이 定해진다는 데 공통점을 가지고 있다. 즉 紛爭의 自主的 解決原則이 인정되고 있다. 다만 周旋이 兩當事者를 직접교섭을 위한 協商場所를 마련하는 데 그친다고 한다면 仲介와 調停은 兩當事者의 交渉에 참여하고 또한 解決條件도 제시한다는 데 차이가 있다. 결국 周旋이 다른 것보다 紛爭當事者의 自主성을 존중하는 方式이라고 보아지나,⁸⁵⁾ 이 또한 兩當事者間的 交渉이 실패한 以後가 문제되지 않을 수 없다. 따라서 第三者가 紛爭解決條件까지 提示하는 仲介 또는 調停의 方法이 택해지게 되는 것이다.

79) 土井輝生, 前掲論文, p.376.

80) 上掲論文.; D. Kokkini-Iatridou P. J. I. M. de Waart, "Economic Disputes between States and Private Parties: Some Legal Thoughts on the Institutionalization of their Settlement", 23 *Netherlands International Law Review*, 1986, pp.305-306.

81) Ibid.; I. Frank, op. cit., p.142; P. E. Sigmund, op. cit., p.323.

82) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 80, p.306.

83) 張孝相, 「國際經濟法」, p.466.

84) 上掲書, p.465.

85) 喜多川篤典, 前掲書, p.309.

仲介 또는 調停을 통하여 提示되는 解決條件은 어디까지나 勸告的 効力만을 갖는 것이 특징이다. 仲介와 調停은, 仲介가 第三者가 當事者間的 交渉을 위한 周旋行爲에서 더 나아가 解決條件을 제시하는 것으로 그 임무가 종료되는데 비하여, 調停은 獨立的 地位에 있는 調停委員會가 紛爭을 審査하여 當事者間的 爭點을 명백히 하고 이들이 서로 받아들일 수 있는 解決條件을 제시하여 當事者間에 合意가 이루어지도록 하는 데 차이가 있다. 따라서 調停은 매우 公式的이고도⁸⁶⁾ 客觀的인 紛爭解決制度로 審査와 仲介의 結合形態라고 본다.

調停은 終局的으로 第三者의 判斷에 拘束당하게 되는 仲裁나 司法的 解決보다 一面 오히려 平和的인 紛爭解決方式이라고 할 수 있다.⁸⁷⁾ 國際商業會議所(International Chamber of Commerce: ICC)의 調停 및 仲裁規則에 의한 紛爭의 解決을 보면 이 節次에 부탁된 대부분의 紛爭이 調停委員會의 豫備節次에서 和解로 끝났다는 사실이 調停節次的 有用성을 말해 준다. 그러나 調停에 의하여 제시된 解決條件은 法的 拘束力이 없으며 따라서 當事者들이 이에 服從할 義務가 없기 때문에 이를 통해서 紛爭이 終局的으로 解決되지 못할 가능성이 있다는 데 그 弱點이 있다.⁸⁸⁾

따라서 紛爭의 終局的 解決을 위해서 仲裁 또는 司法的 解決方法이 가장 마지막 단계에서 선택되게 된다.

司法的 解決方法으로는 國內裁判所에 의한 裁判의 方法과 國際的 司法裁判所에 의해 裁判이 있을 수 있다. 우선 投資契約의 체결에 있어서 受容國이 主權國家로서 自國의 裁判所에서의 裁判에 의한 紛爭의 終局的 解決을 주장하여 이러한 내용을 契約條項(Calvo Clause)에 규정할 수 있다. 그리고 紛爭解決方法에 관한 明示的 條項이 없는 경우에는 前述하였듯이 他國의 國內裁判所의 裁判管轄權의 存在가 問題될 수 있으며, 國際企業의 本國의 立場에서 外交的 保護權을 발동하고자 하는 경우에 그 前提條件인 國內救濟完了의 原則上 일단 受容國의 國內裁判所에 의한 紛爭解決이 이루어지게 된다. 그러나 受容國의 國內裁判所에서 행해진 裁判의 결과 國際企業으로 하여금 實効的인 救濟를 받지 못하게 하는 判決이 이루어지는 경우를 포함하여 裁判의 拒絶(denial of justice)이 있게 되면⁸⁹⁾ 本國의 外交的 保護權이 행사될 수 있고 受容國과 國際企業의 紛爭은 이제 受容國과 本國의 國家間 紛爭으로 轉換되는 것이다. 이렇게 되면 兩國은 合意에 의하여 國際司法裁判所(International Court of Justice: ICJ)에 裁判을 부탁할 수도 있을 것이다. 各國은 이러한 경우를 대비하여 相互間

86) 紛爭解決方法의 公式性을 기준으로 하면 交渉, 周旋, 仲介는 非公式的(informal)인 方法에 속하고 調停, 仲裁, 司法裁判은 公式的(formal) 方法에 속한다고 할 수 있다. (I. Brownlie, op. cit., p.706.)

87) 喜多川篤典, 前掲書, p.308.

88) 그러나 이러한 解決條件을 當事者들이 수락하게 되면 이는 拘束力 있는 判斷으로 轉化된다. 따라서 調停을 "semi-judicial"한 紛爭解決方法이라고 한다. (I. Brownlie, op. cit., p.706.)

89) 즉 國際企業의 本國側은 裁判의 拒絶 또는 司法救濟의 拒絶(denial of justice)의 의미를 實體的 司法救濟의 拒絶(substantive denial of justice)로 파악하여 訴訟提起의 기회를 제한하는 것을 포함하여 不公正한 判決, 또는 國際法을 위반한 判決이 내려진 경우에도 裁判의 拒否에 해당한다고 한다. (Adede, op. cit., p.90.)

投資條約(Bilateral Investment Treaty)을 체결하여 裁判付託條項을 규정하기도 한다.⁹⁰⁾

어쨌든 他國의 國內裁判所의 管轄權은 主權免除의 原則 등과 관련하여 실질적으로 행사되지 못하는 형편이며 受容國의 國內裁判所의 管轄權도 최종적인 것으로 인정되지는 못하고 있다. 그리고 投資紛爭에 대하여 행하여지는 國際司法裁判所의 裁判은 受容國과 本國이 當事者가 되는 것이며 投資契約의 當事者인 國際企業은 當事者適格을 인정받지 못하고 있다.⁹¹⁾ ICJ를 비롯하여 현재 國家와 外國의 私의 當事者間의 投資紛爭을 管轄할 수 있는 國際的 司法裁判所는 없다.

그동안 國際企業을 비롯한 私의 當事者들이 그들의 本國政府와는 별도로 國際的 司法裁判所의 當事者가 될 수 있는 資格이 있는가 하는 문제가 중요하게 검토되어 온 것이 사실이다. 예를 들어, 投資紛爭處理만을 전담하는 機構의 創設案으로서 外國人이 國家를 상대로 訴訟을 제기할 수 있도록 國際商事法院(International Commercial Court)을 설치한다든지, 中東의 產油國들과 外國系石油會社間의 紛爭을 관할하는 最高石油法院(Supreme Oil Court)을 창설하자는 案이 나온 적이 있으며⁹²⁾ 특히 1960년의 國際法協會(International Law Association: ILA)의 함부르크 총회에서 나왔던 海外投資法院(Foreign Investment Court)이나 海外投資仲裁法院(Arbitral Tribunal for Foreign Investment)의 創設案은 다소 주목을 끈 바가 있었다.⁹³⁾

그리고 1962년 國際聯合總會(United Nations General Assembly: UNGA.)에서 의결된 「天然資源에 대한 永久的 主權宣言」(Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources)의 채택과 1974년 역시 UNGA.에서 의결된 「諸國家의 經濟的 權利·義務 憲章」(Charter of Economic Rights and Duties of States)의 채택과정에 있어서 西歐國家들은 紛爭解決節次에 있어서 國際仲裁 및 國際司法的 解決에 관심을 가지고 當事者間의 合意에 의하여 國際的 司法裁判을 통하여 紛爭을 해결할 수 있다는 規程을 삽입하기 위하여 계속 시도한 바 있었다. 그러나 數的으로 우세한 第三世界國家들에 의하여 主唱되어 온 新國際經濟秩序(New International Economic Order: NIEO)의

90) O. C. Eze, op. cit., p.541. Joseph E. Pattison, "The United States-Egypt Bilateral Investment Treaty: A Prototype for Future Negotiation," 16 *Cornell International Law Journal*, 1983, p.330.

91) ICJ의 規程 第34條 1項에 의하면 오직 國家만이 當事者가 될 수 있다. 그런데 Lauterpacht와 같은 有力한 學者의 견해로서 ICJ의 規程을 改正하여 國家가 동의하는 경우에는 國家와 私人間의 紛爭도 ICJ가 처리할 수 있도록 하자는 ICJ 規程의 改正論도 있다. (崔載勳·鄭雲章, 「國際法講義」, 釜山大學校 出版部, 1984, p.83.)

92) 張孝相, 「國際經濟法」, p.540.

93) Richard Young, "International Remedies in Investment Dispute: A Foreward View," *Symposium Private Investors Abroad-Rights and Duties*, New York: Matthew Bender & Co., 1965, p.373. as cited in 張孝相, 「國際經濟法」, p.540

94) 이 宣言속에 서구 국가들은 "upon agreement by the parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication"이라는 句節을 삽입하고자 했으나 실패하였다. (W. D. Verwey and N. J. Schrijver, op. cit., pp.56-57.)

분위기 때문에⁹⁵⁾ 이러한 시도는 실패로 돌아갔으며 오히려 受容國의 國內裁判所에 의한 紛爭解決의 原則을 강력하게 주장하도록 하는 결과가 되었다.⁹⁶⁾

1980년대에 들어서서 이러한 분위기는 바뀌어서 國家(특히 開途國)中心의 NIEO의 概念이 排除되기 시작하였다. 다시 말하여 法的 觀點에서 이 概念이 사실상 새로운 契機를 얻고 있다.⁹⁷⁾ 法律家들은 國家들과 非國家의 行爲者들(non-state actors)이 활동할 수 있게 되는 新國際經濟秩序에 대한 包括의 原則들을 설정함으로써 새로운 시대상황에 대처할 수 있다고 본다. 이점에 있어서 1978년에 설치된 NIEO의 法的 觀點에 대한 ILA 委員會의 활동이 점차 중요성을 띠고 있으며, 전세계의 法律家들 사이에서 NIEO의 法的 問題가 심각하게 취급되어야 한다는 인식이 나타나고 있다.⁹⁸⁾

M. Laches와 Themaat가 중심이 되어 NIEO의 法原則宣言草案이 마련되었으며 이 宣言案이 1985년과 1986년에 걸쳐서 委員會에 의하여 검토되었다. 委員會는 1986년 8월 서울에서 개최된 제 62차 ILA총회에서 이 案을 회부하여 만장일치로 the 'Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order' (the Seoul Declaration)를 채택하도록 하였다. 여기서 宣言되고 있는 國際法의 一般原則에 의하면 各國은 그들의 國際的 義務, 信義誠實의 原則에 입각한 約束遵守義務(pacta sunt servanda in good faith), 그리고 國家와 他國國民間의 關係를 포함한 모든 관련 당사자간의 國際經濟關係에 관한 問題에 대한 紛爭의 平和의 解決의 原則과 兩立하지 않는 經濟政策의 實施를 삼가야 하는 義務가 인정되어야 한다고 한다.⁹⁹⁾

따라서 國際經濟關係의 직접적 當事者들이 參與하는 國際的 司法節次에 의하여 그 紛爭이 解決되어져야 한다는 주장이 새롭게 확인되고 있음을 알 수 있다. 그러나 國際的 司法節次에 있어서 私的 當事者의 參與가 허용되기까지는 많은 시간을 요할 것으로 보아지며 現實的으로 仲裁에 의한 投資紛爭의 解決方法에 注目하지 않을 수 없다.

95) K. Hossain (ed.), op. cit., pp.1-9; P. K. Ghosh (ed.) *New International Economic Order*, Westport: Greenwood Press, 1984 참조.

96) W. D. Verwey and N. J. Schrijver, op. cit., p.58; O. C. Eze, op. cit., p.541.

97) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 80, p.289.

98) Ibid.

99) 이러한 國際法의 原則下에서 Seoul Declaration이 포함시키고 있는 原則들은 a)全世界의 發展을 위하여 協力할 義務와 衡平, 連帶性의 原則, b)平等, 즉 非差別, 參與의 平等과 實質의 平等-開途國의 特惠와 非相互의 待遇포함-의 原則, c)經濟活動, 富, 그리고 天然資源에 대한 永久의 主權, 發展에 대한 權利, 科學과 技術로부터 利益을 취할 權利, d)人類共同의 遺産의 原則 등이다. Seoul Declaration은 國家들간의 關係뿐만 아니라 그들과 非國家의 行爲者들 간의 國際經濟關係를 單一의 國際經濟法에 의하여 효과적으로 처리할 수 있는 基本的인 原則마련에 초점을 맞추고 있다. (Ibid., pp.290-291)

그리고 Seoul Declaration이 규정하고 있는 紛爭解決의 原則은 "Disputes on questions related to international economic relations have to be settled by peaceful means of their own choice by the parties concerned, in particular by recourse to international adjudication, international or transnational arbitration, or other international procedures for the settlement of disputes. The principle of exhaustion of local remedies shall be observed, where applicable." 이다. (Ibid., p.333)

2. 國歌와 他國國民間의 投資契約에 관한 紛爭解決方法으로서의 仲裁

1) 仲裁의 意義

前述한 바와 같이, 國際企業이 직접 國際的 司法裁判의 當事者로서 紛爭의 解決에 참여하지 못하며, 國內裁判管轄에 있어서도 主權免除의 문제가 해소되지 않고 또한 特定國의 國內裁判所에 提訴하는 데 있어서 政治的 不信感이 存在하는 한 仲裁야말로 國家와 他國國民間의 投資紛爭을 해결하는 데 가장 적합한 手段이라고 하지 않으면 안된다.¹⁰⁰⁾

紛爭解決節次의 全過程을 보면, 契約의 內容과 관련하여 발생하는 紛爭의 解決에 當事者들이 同意하는 段階, 解決方法의 選擇, 指名機關(appointing authority)의 선정, forum(裁判所 또는 委員會)의 構成, 節次의 결정, 實體的 準據法의 선택, 判斷의 수락, 判斷의 執行段階로 나누어 볼 수 있다.¹⁰¹⁾ 이러한 段階들은 어떠한 紛爭解決方法을 선택하느냐에 따라 당사자들의 그 선택의 범위에 다양한 차이가 나타나게 된다. 다양한 紛爭解決方法 가운데 仲裁는 특히 當事者自治의 原則에 따라 紛爭解決의 거의 全過程에 있어서 紛爭當事者의 意思가 반영될 수 있는 構造를 가지고 있어서 當事者들의 合意에 의한 制度化에 가장 적합하며 따라서 점차로 그 선호도가 증대하고 있다.¹⁰²⁾

仲裁에 의하여 紛爭을 解決함에 있어서 當事者들은 자유로운 合意에 따라서 仲裁人의 選任, 仲裁地, 仲裁節次, 準據法 등을 정할 수 있기 때문에 仲裁는 특히 司法的 解決方法에 비하여 여러 가지 長點을 갖고 있다고 평가되고 있다. 前述했듯이 紛爭의 當事者는 契約에 起因하는 紛爭을 仲裁節次에 따라 解決한다는 合意(compromis)를 함으로써 一方當事者가 國家인 경우에 나타날 수 있는 主權免除에 따른 問題를 解消할 수 있다.¹⁰³⁾ 왜냐하면 仲裁合意는 최소한 默示的인 主權免除의 拋棄(waiver of immunity)로 간주되기 때문이다. 投資紛爭의 解決에는 經濟的, 技術的 또는 기타 專門的 知識과 經驗을 필요로 하는 경우가 많기 때문에 當事者가 法曹界, 實業界, 學界 기타 專門分野에서 자유로이 仲裁人을 선택할 수 있다는 점에서 仲裁의 利點이 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 當事者들은 그들이 선택한 判斷者에 의한 解決條件의 提示를 신뢰하고 따를 수 있게 된다.¹⁰⁵⁾ 當事者들은 相異

100) 土井輝生, 前掲論文, pp.376-377.

101) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 80, p.307.

102) *Ibid.*; Donald B. Strauss, *op. cit.*, pp.715-716.

"Arbitration is essentially a consensual procedure". (J. G. Starke, *op. cit.*, p.519)

103) G. R. Delaume, *op. cit.*, pp.786-787.

104) *Ibid.*, p.784; 土井輝生, 前掲論文, p.377; 坪田潤二郎, 「國際取引法の基本問題」, 東京: 酒井書店, 1982, p.253.

105) Clive M. Schmitthof, *The Law & Practice of International Trade*, 8th (ed.), London: Stevens & Sons, 1986, p.575.

한 傳統的, 文化的 背景을 갖는 法的 概念에 기초한 相異한 法을 가진 國家에 살고 있기 때문에 비록 어느 國家의 裁判所에서 裁判이 효율적으로 이루어진다고 하더라도 他國의 國內裁判所에의 提訴를 꺼리게 된다.¹⁰⁶⁾ 投資家들은 많은 경우에 세심한 法的 嚴密性보다는 解決의 終局性(finality)을 선호한다. 仲裁判定(arbitral award)은 원칙적으로 終局的이나 國內司法裁判所에 의한 解決은 不服上訴가 가능하며 따라서 보다 많은 時間과 費用을 필요로 하게 된다.¹⁰⁷⁾ 이 때문에 國內裁判所에 의한 司法的 解決보다 仲裁 節次를 선호하는 경우가 많다. 仲裁節次와 그 判定은 대외적으로 公開되지 않고 행해지기 때문에 紛爭의 當事者가 자신의 비밀을 保持하고 대외적인 信用을 유지할 수 있다는 점에서 有利하다. 感情的인 문제에서 이러한 요소도 分明히 仲裁의 長點이라고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾

원래 어느 國家에서 행하여진 判決의 効力은 그 國家에서만 인정되고 그 判決의 効力이 外國에까지 자동적으로 미치는 것은 아니다. 그래서 國際社會에 있어서의 涉外的 私法生活의 安全을 위해서는 同一當事者 사이에 同一訴訟原因에 관하여 判決을 받았다면 紛爭解決의 終局性的의 요청과 訴訟經濟의 觀點에서 다시 不必要한 訴訟節次를 밟지 않더라도 그 効力을 承認하는 것이 필요하게 된다.¹⁰⁹⁾ 이러한 觀點에서 各國은 國內法 또는 條約에 의하여, 外國判決에 관하여 그 裁判의 正當性에 대한 保證이 自國의 裁判과 대체로 同一한 정도로 존재한다고 간주되는 경우에는 그 判決의 効力을 인정하고 일정한 節次를 거쳐서 그 執行까지도 인정하고 있다. 그런데 外國判決의 承認 및 執行의 要件은 國家마다 다르고 一般的으로 수락되고 있는 國際條約도 없기 때문에 訴訟의 提起나 應訴에 앞서서 各國의 세부적 사정을 검토하고 外國判決의 承認 및 執行可能性을 신중히 고려하여 對處해야 한다.¹¹⁰⁾ 이 점도 外國의 國內裁判所에 대한 선호도의 감소 이유가 된다.

仲裁 역시 國際裁判으로서 效力을 갖기 위해서는 仲裁判定의 効力이 判決과 마찬가지로 強制執行될 수 있어야 한다. 國內仲裁判定이든 外國仲裁判定이든 仲裁判定은 그 자체로 執行權을 가지지 못하며 法院의 執行判定을 받아 비로소 執行力이 생기기 때문에¹¹¹⁾ 外國의 仲裁判定의 執行力이 어느 國家의 領域內에서 確定的으로 承認되고 執行될 수 있느냐 하는 것이 중요한 課題가 되어 왔다. 그러나 仲裁의 경우 이러한 問題를 해결하기 위한 國際條約이 일찍부터 나타나고 있었으며 오늘날 外國仲裁判定의 承認 및 執行을 위한 가장 대표적인 條約으로서 「外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 國際聯合協約」(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: 뉴욕協約)이 있어서 締約國에 있어서 外國仲裁判定의 承認 및 執行을 용이하

106) Ibid.

107) Ibid.: 土井輝生, 前掲論文, p.377; 坪田潤二郎, 前掲書, p.253.

108) 土井輝生, 前掲論文, p.378; G. R. Delaume, op. cit., p.784; C. M. Schmitthof, op. cit., p.575; J. G. Starke, op. cit., p.520.

109) 崔公雄, 前掲書, p.390.

110) 上掲書, p.391.

111) 上掲書, pp.407-408.

게 하고 있다.¹¹²⁾ 특히 國家와 他國國民間에 投資契約으로부터 생기는 投資紛爭의 仲裁를 위하여 채택된 「國家와 他國國民間의 投資紛爭解決協約」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: 워싱턴協約, World Bank Convention)이 이러한 문제를 포함하여 投資契約으로부터 발생하는 紛爭의 解決을 위한 획기적인 수단을 제공하고 있다.¹¹³⁾

2) 仲裁의 種類

國家와 他國國民, 즉 受容國과 國際企業間에 체결된 國際投資契約에 규정되는 仲裁條項 또는 事後의 仲裁付託合意에 의하여 當事者들은 여러 가지 仲裁節次를 活用할 수 있게 된다. 一方當事者를 國家로 하는 投資紛爭의 解決을 위하여 설치되고 있는 國際仲裁制度 가운데서 선택할 수도 있으며 아니면 當事者들이 契約에 明示의으로 규정한 合意內容에 따라서 構成된 仲裁裁判部를 통하여 紛爭을 解決할 수도 있다.¹¹⁴⁾

우선 仲裁의 節次와 方法 등이 制度化된 형태로 存在하는 國際仲裁制度로서는, 1907년 헤이그에서 서명된 「國際紛爭의 平和的 解決을 위한 條約」(Convention for the Pacific Settlement of International Disputes)에 의거하여 설치된 常設仲裁裁判所(Permanent Court of Arbitration)에 의한 仲裁가 있는데 이는 원래 國家間의 紛爭에 대한 仲裁를 위하여 설치된 것이지만 1962년에 常設仲裁裁判所의 國際事務局에서 작성한 「一方만이 國家인 二當事者間의 國際紛爭의 解決을 위한 仲裁 및 調停規則」(Rules of Arbitration and Conciliation for the Settlement of International Disputes between Two Parties of Which Only One is a State)에 의하여 國家와 私的 當事者間의 投資紛爭에 대해서도 管轄權을 가지게 되었다.¹¹⁵⁾ 이 規則에 의한 仲裁裁判에는 원칙적으로 네덜란드法이 적용되기 때문에 西歐의 法原則이 크게 영향을 미치게 되고 이로 말미암아 開途國이 대부분인 受容國으로서는 별로 이러한 節次에 대하여 好感을 갖고 있는 것 같지 않다.¹¹⁶⁾

國際商業會議所(ICC)가 1922년에 설치한 仲裁裁判所(ICC Court of Arbitration)는 常設仲裁裁判所

112) 上掲書, p.410, G. R. Delaume, op. cit., p.784.

113) 이 점에 대하여 뒤에서 상세히 論하기로 한다.

114) 契約에 규정한 節次에 따라 행해진 仲裁 가운데 대표적인 것으로 the BP arbitration, the TOPCO/CALASIATIC arbitration, the LIAMCO arbitration 등이 있다. 여기에 대하여는 Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, "International Arbitration between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases," 75 *American Journal of International Law*, 1981, pp.476-552 참조.

115) 喜多川篤典, 前掲書, pp.294-295; J. G. Starke, op. cit., pp.515-516.

116) 張孝相, "國家와 外國人間의 投資紛爭解決," 「月刊考試」, 1979/9, p.93.

또 이러한 仲裁規則을 援用하는 데는 1907년의 條約의 當事國이어야 함을 要하는 것도 弱點의 하나이다. (李仲範, 「外資國有化論」, 一潮閣, 1979, p.127)

에 反하여 원래 個人間의 國際商事紛爭의 解決을 위하여 設치된 것이었으나 1965년 總會에서 채택된 特別決議에 의하여 國家와 私의 當事者間의 投資紛爭도 ICC의 調停 및 仲裁規則(Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC)에 의하여 解決될 수 있게 되었다.¹¹⁷⁾ 또한 國際聯合國際貿易去來法委員會(UN Commission on International Trade Law: UNCITRAL)에서 1976년 작성한 國際商事仲裁規則(UNCITRAL Arbitration Rules)도 원래 私의 當事者間의 國際貿易去來에서 生기는 紛爭의 解決을 위한 것이었으나¹¹⁸⁾ 現在 역시 國家와 他國國民間의 紛爭의 解決을 위해서도 適用될 수 있다고 본다.¹¹⁹⁾

런던國際仲裁裁判所(London Court of International Arbitration: LCIA)나 美國仲裁協會(American Arbitration Association: AAA) 등에서도 자신의 仲裁規則인 the LCIA Rules이나 the Commercial Arbitration Rules of AAA에 의하여 國家와 他國國民間의 投資紛爭을 解決하고 있는 例가 적지 않다.¹²⁰⁾

그리고 앞에서도 言及했지만 國際復興開發銀行(International Bank for Reconstruction and Development: IBRD, 소위 World Bank(世界銀行))이 중심이 되어 1965년에 채택한 國家와 他國國民間의 投資紛爭解決協約에 따라서 設치한 國際投資紛爭解決을 위한 本部(International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID)가 제공하는 仲裁方法이 있다. ICSID는 行政 및 財政規則(the Administrative and Financial Regulations), 施設規則(the Institution Rules), 調停規則(the Conciliation Rules) 그리고 仲裁規則(the Arbitration Rules)을 제정하고 있는데 이 仲裁規則은 現在 國際的 投資問題에 관한 紛爭解決制度로서 가장 발달된 綜合的이고도 詳細한 節次規則으로 평가되고 있다.¹²¹⁾

契約에 明示된 合意內容에 따라 設치되는 仲裁裁判所를 통한 投資紛爭의 처리도 물론 가능하다. 이러한 方法은 주로 中東地方과 舊佛領 아프리카諸國 및 이른바 極東에서 주로 活用되고 있다.¹²¹⁻¹⁾

117) 喜多川篤典, 前掲書, p.293.

이 또한 開發途上國들은 國際商業會議所와의 連繫關係 때문인지 이 仲裁裁判所에 대해서도 역시 기피적인 태도를 취하여 왔다고 한다. (張孝相, 前掲論文, p.94)

118) C. M. Schmitthof, op.cit., p.596.

119) D. Kokkini-Iatridou and N. J. Schrijver, supra note 80, p.308.

120) 喜多川篤典, 前掲書, p.299.

121) 上掲書, p.292; C. M. Schmitthof, op. cit., p.604-605.

121-1) 張孝相, 「國際經濟法」 p.468

IV. 國際投資紛爭解決本部에 의한 投資紛爭의 解決

1. 意義

이제 國際去來에서 발생하는 紛爭을 國內裁判所의 訴訟節次에 따른 裁判에 의하지 아니하고 當事者들의 合意에 의하여 國際的인 仲裁制度에 따라 解決하는 慣行은 法制度的인 次元으로 發展하고 있으며 이러한 國際仲裁制度는 최근의 國際經濟法¹²²⁾의 주된 研究對象이 되고 있다.¹²³⁾

受容國側이 계속하여 自國의 國內裁判所에 의한 紛爭의 司法的 解決原則을 固守하는 것이나 國際企業의 本國으로서 外交의 手段 또는 國際的 請求의 提起를 통한 紛爭解決의 原則을 주장하는 것은 나름대로 그 理論的, 現實的 根據를 완전히 喪失하지는 않았다고 하더라도 그들이 갖고 있는 缺陷 때문에 紛爭當事者들에 의하여 共通的으로 批判의 대상이 되어 왔다.¹²⁴⁾

따라서 紛爭의 直接的 當事者들이 직접 참여하여 紛爭을 公正하게 解決할 수 있는 制度的 方案이 요구되었으며 이러한 方案으로서 發展되어 온 것이 지금까지 論議한 바 있는 國際仲裁制度이다. 受容國과 國際企業이 投資契約과 그에 起因하는 紛爭의 當事者로서 國際仲裁節次에 대등하게 참여하고 兩當事者의 主張과 利害關係가 충분히 고려되어 紛爭이 해결된다면 그 客觀性 및 公正性 또는 合理性에 대하여 當事者들이 納得할 수 있게 될 것이며 결과적으로 國家間의 對立과 衝突을 피할 수 있다는 점에서도 매우 바람직하다고 할 것이다.¹²⁵⁾

이러한 觀點에서 活用되고 있는 國際仲裁制度 가운데 처음부터 國家와 私의 當事者間의 國際投資紛爭을 解決하기 위한 制度로 마련된 것이 國際投資紛爭解決本部에 의한 仲裁이다. ICSID의 設치를 위한 協約(즉 World Bank Convention)은 1965년에 채택된 후 1966년에 20개국의 批准을 받아 効력이 발생되었으며 1985년 10월 10일 현재 87개국이 이 協約에 批准을 해서 加入하고 있다.¹²⁶⁾ 韓國도 1967년에 加入을 해서 비교적 일찍부터 當事國이 되고 있다.¹²⁷⁾

122) "International Economic Law"로 보통 부르고 있으나 그 用語와 內容 그리고 그 法的 性質(예를 들어 國際法의 한 分野인가 아닌가) 등에 있어서 아직 意見一致가 이루어지지 않고 있다. (張孝相, 「國際經濟法」, p.2; 拙稿, 「國際企業의 法的 問題」, pp.207-209 참조.)

123) 張孝相, 「國際經濟法」, pp.21-22.

124) 李仲範, 前掲書, pp.122-124.

125) 金楨鍵, 「國際法」, 博英社, 1987, p.478.

"A major remedy would be some form of international arbitration on compensation, acceptable to both parties" (James M. Livingstone, *The International Enterprise*, New York: John Wiley & Sons, 1975, p.219.)

126) C. M. Schmitthof, op. cit., p604.

設立過程에 대하여는 John H. Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., pp.379-380 참조.

127) 李仲範, 前掲書, p.121.

國家와 私的 當事者間的 投資關係로부터 발생되는 國際紛爭의 解決에 있어서 從來부터 존재해 온 制度에 의해서는 그 解決이 어렵다는 것을 경험한 UN會員國들이 중심이 되어, 발전하고 있는 國際投資環境에 적용할 수 있고 따라서 國際投資秩序를 安定시킬 수 있는 것으로 摸索한 것이 ICSID이다.¹²⁸⁾ 이는 사실상, 國家만을 當事者로 인정하며 또한 西歐國際法的 基盤 때문에 그 利用이 微弱한 실정에 있는 ICJ에 대한 代案으로 간주할 수 있다.¹²⁹⁾ 常設仲裁裁判所に 있어서도 個人的 提訴權이 인정되고 있지만 여기에 대한 仲裁付託을 위해서는 그 때 그 때 受容國의 同意가 필요하다. 따라서 主權國家로서의 受容國이 자신이 행한 收用이나 國有化措置의 主權의 排他性을 이유로 仲裁付託에 同意하지 않는 한 私的 當事者가 一方的으로 提訴할 수 없으며 이 때문에 1962년에 작성된 규칙은 별로 援用되지 못하고 있는 실정이라는 것을 알 수 있다.¹³⁰⁾ 그리고 國家와 私的 當事者의 紛爭은 常設仲裁裁判所 자신이 管轄權을 가지고 判斷하는 것이 아니고 단지 裁判所의 管理評議會(Administrative Council)가 仲裁에 필요한 技術的 設備을 제공하는 것 뿐이기 때문에 이를 통하여 얻어진 판정(Award)이 곧 常設仲裁裁判所의 判定으로는 간주되지 않는다는 점도 주목할 필요가 있다.¹³¹⁾

이러한 사정을 볼 때 常設仲裁裁判所가 國家와 私的 當事者間的 投資紛爭解決에 크게 공헌할 가능성은 없는 것 같다. 이 밖에 여타의 仲裁節次도 이와 비슷한 실정으로 생각된다.

이에 비하여 ICSID는 뒤에 자세히 검토하겠지만 여러 가지 面에서 發展된 形態의 仲裁裁判所를 提供하고 있으며 私的 當事者가 ICSID에 國家를 相對로 仲裁付託을 할 수 있게 된 것은 분명히 國際裁判所(international forum)에 대한 個人的 提訴權이 보다 직접적으로 인정되고 있는 例라고 보아진다.¹³²⁾ ICSID는 특히 投資紛爭의 解決에 관한 한 世界法廷이라고 할 수도 있는 것이다.¹³³⁾ 이러한 의미에서 ICSID는 오늘날 다수의 國際仲裁裁判所 중에서 가장 널리 알려져 있고 또 그 效率性이 인정되고 있으며, 보다 客觀的이며 合理的인 紛爭解決을 위한 國際的 制度의 마련에 있어서 가장 先導的이며 希望的인 役割을 하고 있다고 본다.¹³⁴⁾

2. 國際投資紛爭解決本部에 의한 仲裁制度의 特徵

128) 上揭書.

129) 喜多川篤典, 前揭書, p.298.

130) 李仲範, 前揭書, p.128.

131) Hans-Jürgen Schlochauer, Permanent Court of Arbitration in: Bernhardt (ed.), op. cit., p.160; Franz Matscher, op. cit., p.195.

132) 金植鍵, 前揭書, p.42; 柳炳華, 「國際法總論」, 一潮閣, pp.442-443; 崔載勳·鄭雲章, 前揭書, p.83.

133) 喜多川篤典, 前揭書, p.296, 298.

134) P. E. Sigmund, op. cit., p.323; S. H. Robock et al., op. cit., p.153; C. M. Schmitthof, op. cit., p.604.

1) 仲裁節次의 拘束性和 管轄權의 排他性

ICSID는 그 設置를 위한 協約의 規定에 따라 締約國과 他方締約國 國民間의 投資紛爭의 調停과 仲裁를 위한 機關을 마련하는 데 目的을 두고 있다.¹³⁵⁾ 즉 ICSID 자체가 仲裁나 調停을 하는 것이 아니고 當事者들의 意思가 반영되어 선임된 仲裁人(Arbitrators)이나 調停人(Conciliators)의 仲裁 또는 調停을 위한 施設을 제공하고 仲裁裁判所 또는 調停委員會의 운영에 필요한 基盤을 제공하는 것이다.¹³⁶⁾

ICSID에 의한 仲裁制度의 중요한 特徵으로서는 우선 그 節次의 拘束성을 들 수 있다.¹³⁷⁾ 즉 本部의 管轄權은 紛爭當事者가 本部에 提訴할 것을 書面上으로 同意한 紛爭으로서 締約國(또는 當該 締約國에 의하여 本部에 대하여 指定·通告한 同締約國의 下部組織이나 機關)과 他方締約國 國民間의 投資로부터 직접적으로 발생하는 모든 法的 紛爭에 미치게 되는데, 當事者가 일단 그러한 同意를 한 경우에는 이 同意의 拘束力이 인정되어 어떠한 當事者도 그 同意를 一方的으로 撤回할 수 없으며, 一方的으로 撤回한 경우에도 ICSID의 管轄權이 행사될 수 있다는 것이다.¹³⁸⁾ 이 同意는 紛爭發生의 前後를 不問하고 그 拘束力이 인정된다.¹³⁹⁾

管轄權의 問題와 관련하여 특히 論議가 되는 것은 本部의 物的 管轄로서의 "投資로부터 直接發生하는 法律上的 紛爭"(any legal dispute arising directly out of an investment)에 있어서 投資의 意味와 法的 紛爭의 意味가 무엇이나 하는 것이다.¹⁴⁰⁾

오늘날 投資와 관련하여 체결되는 國際讓許契約(concession agreement) 또는, 直接投資方式으로서의 完全子會社, 또는 合作會社의 設立에 의한 投資行爲는 물론 그 以外에 株式, 社債 등의 證券投資, 借款의 提供, plant輸出이나 建設都給契約에 수반되는 長期의 延拂信用의 提供 등을 포함하여 그 구체적인 投資方式을 不問하고 여기서 말하는 投資의 範圍에 속하는 것으로 볼 수 있으며,¹⁴¹⁾ 따라서 本部에 그 法的 紛爭의 解決을 위하여 부탁해야만 하는 投資의 구체적 범위를 協約에서 정하지 않고 締約國이 이를 定하여 本部에 通告하고 이에 ICSID 事務局長(Secretary-General)이 이를 모든 締約國에 傳達한다고 한다. 물론 이 通告가 前述한 同意(仲裁付託合意의 기초로서의)에는 해당하지 않는다고 본다.¹⁴²⁾ 따라서 協約에 批准을 했다고 하여 將來 발생하는 모든 投資紛爭의 解決을 本部에 付託할 것을 強制하는 것은 아니다.¹⁴³⁾

135) 國家와 他國國民間의 投資紛爭解決協約(以下 協約으로 略稱) 第1條 2項.

136) 李仲範, 前掲書, p.131.

137) 喜多川篤典, 前掲書, p.292; G. R. Delaume, op. cit., p.786.

138) 協約 第25條 1項.

139) 喜多川篤典, 前掲書, p.293.

140) 金楨鍵, 前掲書, p.480.

141) 喜多川篤典, 前掲書, p.293; O. C. Eze, op. cit., p.535.

142) 協約 第25條 4項.

143) 喜多川篤典, 前掲書, p.293.

法的紛爭의 意味도 매우 模糊하다. 여기에 관해서도 協約은 아무런 基準도 제시하지 않고 있다. 따라서 어떤 것이 法的紛爭인가를 當事國이 判斷하도록 맡겨졌다는 見解가 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나 理論的으로 어떠한 客觀的 基準에 따라 紛爭의 性格을 定하고 이를 기초로 締約國이 通告를 할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다.¹⁴⁵⁾ 이러한 基準으로서, 紛爭에 적용할 수 있는 國際法規의 有無, 政治的 重要性의 有無 등이 提示되고 있으며, 1907년의 國際紛爭의 平和的 解決을 위한 協約 제38조와¹⁴⁶⁾ 國際司法裁判所規程 제36조 2항에¹⁴⁷⁾ 裁判所에 付託될 수 있는 法的紛爭에 관하여 몇 가지 種類가 例示되고 있다. 결국 이러한 基準을 고려하여 當事者가 자신의 權利義務에 관하여 法的인 判斷을 요구하는 것은 모두 ICSID의 管轄에 속한다고 하겠다.¹⁴⁸⁾

協約에 따라 當事者가 仲裁에 同意하는 것은 달리 規定한 바가 없는 한, 다른 어떠한 救濟手段도 排除하고 그러한 仲裁에 同意한 것으로 看做된다. 즉 締約國인 受容國이 本協約에 따른 仲裁에의 同意條件으로서 受容國의 行政的 또는 司法的인 國內的 救濟手段을 거칠 것을 요청하고 이에 관해서 合意가 이루어지지 않는 한 ICSID에 의한 仲裁가 唯一한 紛爭解決手段으로 施行되는 것이다.¹⁴⁹⁾ 이러한 管轄權의 排他性도 ICSID에 의한 紛爭解決節次의 중요한 特徵이라고 본다.¹⁵⁰⁾ 따라서 本國도 當該國 國民과 他締約國, 즉 受容國이 本協約에 따라 仲裁에 回附하기로 同意하였거나, 또는 回附하였던 紛爭에 관하여 外交的 保護를 附與하거나 또는 國際的인 請求를 提起하지 못하도록 하고 있다.¹⁵¹⁾

이러한 外交的 保護權拋棄條項은 投資契約의 當事者間에 체결되는 契約上의 Calvo Clause와는 달리 國家間의 條約에서 규정된 것이기 때문에 그 妥當性이 인정되며 이는 外交的 保護權이 그 存立根據(raison d'être)를 상실하는 데서 오는 당연한 규정이라고 본다.¹⁵²⁾ 紛爭의 직접적 당사자가 國際的 紛爭解決節次에 참여하여 스스로 法的 救濟를 받게 되는 한 國家가 나설 필요가 없는 것이

144) 池田文雄, 「投資紛爭解決法의 研究」, 東京, アジア經濟研究所, 1969, p.93. (as cited in 李仲範, 前掲書, p.133)

145) 國際紛爭의 平和的 解決을 위한 協約 제38조 1항과 ICJ 規程 제36조 2항에서 國際紛爭을 (legal dispute) 과 政治的紛爭(political dispute)으로 구별하고 法的紛爭의 解決에 仲裁裁判 또는 司法裁判을 이용할 것을 규정하고 있기 때문에 이러한 論議가 생기는 것이다.

146) "締約國은 法的 問題, 특히 國際條約의 解釋 또는 適用上의 問題에 관하여 外交上의 手段에 의하여 解決 不可能한 紛爭을 處理함에는 仲裁裁判이 최고로 有效하고 公平한 方法이라는 것을 確認한다."

147) "本規定의 參加國인 國家는 右記에 관한 全法律的 紛爭에 있어서 裁判所의 管轄을 同一義務를 수락하는 모든 他國家에 대한 關係에 있어서 당연히 또 特別한 合意없이 義務的이라고 認定함을 언젠지 宣稱할 수 있다. ④條約의 解釋, ⑤國際法上의 問題, ⑥認定된 때는 國際義務의 위반이 되는 事實의 存在, ⑦國際義務의 違反에 대하여 행하여지는 賠償의 性質 또는 범위"

148) 李丙朝·李仲範, 「國際法新講」, 一潮閣, 1987, pp.498-499.

149) 協約 第26條

150) G. R. Delaume, op. cit., p.794.

151) 協約 第27條 1項

152) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 38, p.129.

며 理論的으로도 外交의 保護制度는 個人이 직접 國際的 請求를 할 수 없고 오로지 國家만이 그러한 能力을 인정받고 있는 데서 成立된 것이기 때문이다. 따라서 受容國이 仲裁判定을 이행하지 않는 경우에는 本國이 外交的 保護權이 행사될 수 있도록 한 것은¹⁵³⁾ 다시 그 存在根據가 되살아난 데서 오는 것으로 이해할 수 있다.

ICSID의 人的 管轄에 관하여 "他方締約國 國民"이라 함은 兩當事者가 紛爭을 仲裁에 부탁하는 데 同意한 날짜 및 仲裁要請書에 의거 請求가 登錄된 날짜에 그러한 紛爭當事國 以外의 締約國의 國籍을 가진 自然人和 兩當事者가 어느 紛爭을 仲裁에 回附하기로 同意한 날에 그 紛爭當事國 以外의 締約國의 國籍을 가진 法人 및 前記日字에 紛爭當事者인 締約國의 國籍을 가진 法人으로서 外國人의 支配로 인하여 兩當事國이 本協定の 目的을 위하여 他締約國의 國民으로 取扱할 것에 合意한 法人을 말한다.¹⁵⁴⁾ 즉 國際企業과 같은 法人의 國籍은 設立準據法主義나 住所地主義 등 形式的 基準에 의하여 결정되는 것이 아니라 國際企業과 實質的이며 實效的 關聯(substantial and effective connexion)을 맺고 있는 國家를 그 本國(國籍國)으로 인정하는 機能的 國籍(functional nationality)의 관점에서 결정되어야 한다는 취지를 담고 있다.¹⁵⁵⁾ 이는 Barcelona Traction case의 保守的인 判例와 比較할 때¹⁵⁶⁾ 보다 進步的이며 現實에 부합되는 규정으로 평가될 수 있을 것이다.¹⁵⁷⁾

2) 準據法の 國際化와 當事者의 國際的 責任

오랫동안 많은 論爭의 對象이 되어 온, 受容國과 國際企業間의 投資契約(전형적으로는 國際讓許契約)이 國內法原理에 의하여 規律되는가, 아니면 國際法原理에 의하여 規律되는가 여부는 이제 協約 제42조에 의하여 어느 정도 分明한 解答이 내려져 있다.¹⁵⁸⁾ 즉 裁判所는 當事者가 合意하는 法規에 따라 紛爭을 解決하여야 한다고 하면서 이러한 合意가 없는 때에는 紛爭締約當事國의 法律(法律의 衝突에 관한 同國의 規定을 포함) 및 適用할 수 있는 國際法の 規則을 그 紛爭에 적용하여야

153) 協約 第27條 1項 但書.

154) 協約 第25條 2項

155) I. Brownlie, op. cit., p.486; D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra*, note 38, pp.98-99; F. A. Mann, "The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case", 67 *American Journal of International Law*, 1973, p.272.

156) R. B. Lillich, "The Rigidity of Barcelona", 65 *American Journal of International Law*, 1971, p.524.

157) 外交의 保護權의 행사를 위하여 國籍의 概念을 탄력적으로 해석해야 하는 것이 아니라 受容國과 國際企業間의 紛爭을 國內法上의 問題가 아닌 國際法上의 問題로 파악하기 위하여 國籍概念을 탄력적으로 해석해야 한다고 보는 점에서 觀點의 差異가 있음을 알 수 있다. 즉 受容國과 國際企業間의 紛爭은 外交的 保護權의 발동에 의해서가 아니라 當事者間의 仲裁에 의해서 解決되도록 하는 法的裝置로서 協約 第25條 2項을 이해해야 한다고 본다.

158) G. R. Delaume, op. cit., p.786.

한다고 규정하고 있다.¹⁵⁹⁾

國際讓許契約의 根據가 國內法에 있다고 한다면 準據法에 관한 合意가 없는 경우에는 당연히 受容國의 國內法이 準據法으로 援用되어야 할 것이다. 그러나 契約의 根據를 國際法에 두게 되면 受容國의 國內法만을 適用한다는 論理는 통하지 않게 되며 궁극적으로 國際法을 準據法으로 하여 判斷해야 한다는 결론이 나온다.¹⁶⁰⁾

一般的으로 投資契約의 準據法으로서 실제로 적용되어 온 것들을 살펴볼 때, 그 동안의 契約締結의 例를 보게 되면 受容國의 國內法을 準據法으로 규정한 것도 많으나,¹⁶¹⁾ 受容國과 本國의 共通의 法의 原則을 적용하도록 하거나, 信義誠實의 原則(principles of good faith), 法의 一般原則(general principles of law), 또는 衡平과 善에 의하여(ex aequo et bono) 判斷하도록 하고 있는 例도 점차 많아지고 있으며¹⁶²⁾ 本協約처럼 國內法과 아울러 國際法을 동시에 準據法으로 규정하고 있는 것도 있다.

이러한 現象을 보면 國際仲裁條項과 더불어 準據法의 國際化는 國際讓許契約의 國際化의 否認할 수 없는 特徵으로 자리잡고 있는 것 같다.¹⁶³⁾ 本協約이 이러한 變化를 分明히 表現하고 있는 것으로 보인다. 따라서 契約에 國內法이 準據法으로 규정되어 있지 않은 경우에는 仲裁裁判所의 自由裁量에 따라 어느 國家의 國內法 또는 國際法이 모두 적용될 수는 있으나, 여기서 문제가 되고 있는 投資契約이 受容國의 國內法의 根據를 갖는 것이 아니라 일종의 國際法上的 契約이라고 본다면 ICSID에 의하여 설치된 仲裁裁判所는 당연히 國際裁判所로서 國際法을 적용할 權限이 있다고 볼 수 있다.¹⁶⁴⁾ 물론 無條件의으로 國際法만을 適用해야 한다는 것도 문제가 있을 것이다. 受容國과 國際企業間의 關係에 있어서는 우선 受容國의 國內法을 調査하고 그 적용가능성을 검토하여 바람직한 경우에는 가능한 한 그것을 적용하는 것이 좋을 것이다. 단 그러한 法令에 基礎하여 이루어진 特定의 行爲(收用 또는 國有化), 또는 그 法令 자체가 國際法에 違反되는 것으로 인정될 때는, 國際法을 적용함으로써 그러한 行爲 내지 法令을 審査할 수 있다고 보아야 한다.¹⁶⁵⁾

159) 協約 第42條 1項

160) 投資契約 속의 仲裁條項의 가장 중요한 目的은 受容國은 물론 投資家의 本國 또는 다른 國家의 國內管轄 權으로부터 야기될 수 있는 紛爭을 제거하고 當事者들에게 中立의인 紛爭解決을 위한 裁判所(neutral forum)를 제공하도록 하는 데 있는 것이다.(G. R. Delaume, op. cit., p.798.)

161) Ibid., p.796.

예를 들어 Service Contract dated August 7, 1974, between National Iranian Oil Company (NIOC) and Ultramer Company; "This Service Contract shall be governed by and interpreted in accordance with the Laws of Iran" (Article 25) (as cited in Ibid., p.798.)

162) Ibid., pp.799-801.

163) Ibid., p.801.

164) 喜多川篤典, 前掲書, pp.315-316.

165) 上掲書, p.316; 吳炳善, 前掲論文, p.144.; 예를 들어서 新生國家로서 아직 法制가 충분히 정비되어 있지 않거나, 여러 法制가 混合되어 있는 경우, 특수한 宗教規範(가령 islam法) 또는 土着의 慣習法의 형태로 國內法이 존재하는 경우에는 이러한 法規를 적용함으로써 公正한 紛爭의 解決을 기대하는 힘들 것이다.

그런데 國際法을 準據法으로 規定하고 있다는 "단순한" 事實로부터 契約關係가 總體的으로 國際法上 그 根據를 가지게 되는 것은 수긍할 수 없으며 契約을 國際條約에 準하는 것으로 파악함으로써 결과적으로 私的 當事者인 國際企業에게 國際法人格이 주어진다고 함으로써 위의 立場에 反對하는 學者들도 상당히 많다.¹⁶⁶⁾ 이들은 "國際判決이 아직 契約違反을 야기하는, 身體 또는 財產에 대한 侵害가 契約的 義務를 國際的 義務로 轉化시키고 따라서 契約違反을 國際的 義務의 違反으로 轉化시킨다는 主張을 하는 데까지 發展하지는 않았다"고 하고¹⁶⁷⁾ 契約의 國際化는 실제로 國際法이 아직 그에 필요한 法規를 發達시키지 못하고 있기 때문에 實現될 수 없다고 한다. 그리고 이들은 "契約에 대한 國家當事者의 契約違反이 國際法違反이라면 私的 當事者의 契約違反도 또한 國際法違反이 될 것이다. 이는 契約關係의 "相互性"(reciprocity)에 비추어 당연한 결론이다. 그렇다면 國家가 契約을 違反한 경우 私的 當事者인 外國人에게 國際法을 違反한 결과가 되며 그 國民 가운데 한 사람을 잘못 待遇함으로써 그 外國人의 本國에 대해까지는 직접적으로 國際法違反이 되는 것은 아니다. 만일 이것이 本國에 대한 國際法違反이라고 한다면 이는 現行 國際法上 國家責任法理의 改正에 해당된다"¹⁶⁸⁾고 하면서 한편 逆으로 "投資家로서의 外國人의 本國이 스스로 잘못을 저지르지도 않았는데 訴追된다는 것은 論理에 맞지 않고 또한 自國民이 外國과 契約을 締結하게 되는 國家(즉 本國)에 대하여 負擔을 加重시키는 결과가 되므로 이러한 種類의 契約을 違反하는 外國人은 직접 그 違反을 이유로 國際法上 訴追될 수 있어야 하며, 또 反對의 경우에 他方當事者인 國家의 契約違反을 이유로 私的 當事者가 직접 國家를 상대로 國際法上 提訴權을 인정받아야 한다"고 주장한다.¹⁶⁹⁾ 즉 이렇게 되어야만 投資契約의 國際化가 認定될 수 있다고 하는 것이다. 그러나 現行 國際法體系上 이러한 論理는 대단한 發展이며 現實에 부합되지도 않기 때문에 그 타당성을 수긍할 수 없다는 것이다.¹⁷⁰⁾

166) C. F. Amerasinghe, op. cit., p.904.

167) Ibid., p.903.

168) 契約의 違反이 곧 國際責任을 야기하는 國際法違反이라고 하는 主張은 곧 現行 國際法上 國家責任法理의 改正이라고 하면서 이를 批判하고 있는데 이러한 批判은 전통적으로 國家만이 國際的 責任의 主體가 되며 自國民의 損害에 대한 國際的인 請求도 國家 자신만이 행할 수 있다고 하는 논리에 입각하여 행하고 있는 것으로 보아진다. 즉 受容國의 契約違反行爲가 國際責任을 야기하는 國際法違反이 된다는 주장에 대하여 이는 곧 受容國이 직접 國際企業의 本國에 대하여 責任을 지게 된다는 주장으로 理解하는 것인데, 本稿는 이 경우 受容國이 지게 되는 國際責任의 상대방을 國家가 아닌 國際企業으로 設定하여 문제를 해결하여야 한다는 취지를 갖고 있다. 따라서 私的 當事者에 대한 契約違反이 바로 私的 當事者에 대한 國際法 違反 行爲가 된다는 논리는 타당하지 않다고 생각한다. 따라서 이점에서는 위의 論旨가 옳다고 본다. (上記註 67, 그리고 拙稿, "國際企業과 外交의 保護制度", p.686 참조)

169) C. F. Amerasinghe, op. cit., p.904-905.

170) Ibid., p.905.

즉 이러한 주장에 의하면 國家와 外國人間의 契約이 그 準據法으로 國際法을 援用하는 것이 가능하다고 하더라도 그것이 國際法體系上의 地位를 갖게 하는 것은 아니라고 하여 이 契約은 여전히 國內法水準의 關係構造를 갖는다고 하는 것이다. (Ibid., p.906.)

그런데 이들은 이와 같이 契約의 國際化에 대하여 難色을 표명하면서도, 契約關係의 相互의 性格으로부터 야기되는 이러한 難點은 外國의 私의 當事者가 특별히 이러한 경우 또는 一般的으로 國際法主體性을 가진다는 것이 인정된다면 克服될 수 있다고 밝히고 있다.¹⁷¹⁾ 바로 이것이 本稿를 통하여, 國際讓許契約을 중심으로 한 投資契約으로부터 발생하는 紛爭의 公正하고도 合理的인 解決에 관한 問題點을 解消하는 方案으로 提示해온 것이다.¹⁷²⁾ 다만 이러한 立場에 대하여, 前述한 反對論者들은 "現行國際法體系"에 있어서 이러한 論理가 現實과 부합되지 않는다는 根據를 들어 反對하고 있는 것이다.

그러나 ICSID에 의한 仲裁節次에 있어서 國際企業은 受容國과 대등하게 參與하고 스스로 法的 救濟를 받을 수 있도록 保障되고 있기 때문에 이러한 節次的인 面에서 個人的 提訴權이 분명히 인정되고 있다고 하겠다. 즉 個人的 國際法人格이 實體法은 물론 節次法的으로도 認定되고 있는 現實인 것이다. 國際企業은 이렇게 準司法的 訴訟을 提起할 制限된 權利를 인정받고 있을 뿐만 아니라 자신과 受容國이 체결한 契約을 國際法에 從屬시킴으로써 國際法上 能動的 主體性을 갖고 있다고 보아야 하지 않나 하는 단계에까지 이르고 있다.¹⁷³⁾

요컨대 國際法主體가 될 수 있는 資格은 固定되어 있는 것이 아니며 變化 發展하는 國際法體系 및 國際關係의 構造 속에서 適應해 나갈 수 있는 彈力的 概念이다.¹⁷⁴⁾ 이러한 意味에 있어서 최소한 投資契約과 그에 따른 紛爭解決節次에 있어서 國際企業은 受容國과 대등한 國際法主體性을 가지고 活動하고 있다고 보아야 한다. 따라서 受容國과 本國間의 國家責任問題와는 별개로 受容國과 國際企業間의 國際的 責任問題가 論議될 수 있다고 보며 本稿는 이러한 觀點에서 以前の 投資紛爭解決 方法에 內在하고 있던 問題點을 解決하고자 하는 것이다.

그러므로 國際化된 契約을 受容國이 違反했다고 하여 바로 그것이 本國에 대한 國家責任을 성립시키는 것은 아니지만 적어도 他方當事者인 國際企業에 대해서는 契約違反에 基한 國際的 責任을 져야 하는 것으로 생각할 수 있다. ICSID에 의한 紛爭解決節次야말로 바로 이러한 理論과 부합되는 例證이라고 할 수 있다.

171) *Ibid.*, p.905.

172) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 38, pp.117-123; 本稿 II章4節 참조.

173) 柳炳華, 前掲書, p.457.

174) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 38, p.102.

Starke는 現在の 國際法體系를 고찰하면 (a) 現代의 慣行下에서 個人 또는 非國家的 實體(non-state entities)들이 직접적으로 國際法上 權利를享有하거나 義務를負擔하게 되는 例外的인 경우들이 점차 증가하고 있고, (b) 個人으로 하여금 그 本國을 통하지 않고는 國際法上 請求를 제기하지 못하게 하는 節次的 協約의 엄격한 原則이 어느 정도 完化되고 있으며 (c) 個人的 利益, 基本權, 그리고 自由 등이 國際法의 主된 關心事가 되고 있다는 점들을 발견할 수 있다고 하면서 근래의 이러한 발전으로 말미암아 이제 모든 점에서 國家만을 國際法의 排他的인 主體로 간주할 수 없게 되었다고 하고 있다. (J. G. Starke, *op. cit.*, p.79)

3) 仲裁判定の 効力과 紛爭解決節次의 超國家性

World Bank Convention에 있어서 보다 중요한 特徵은 ICSID를 통하여 내려진 仲裁判定の 超國家性이다.¹⁷⁵⁾

여타의 國際仲裁節次에 의함 仲裁判定은, 그 承認·執行에 있어서 어느 特定國家의 國內裁判所를 통하지 않을 수 없으며¹⁷⁶⁾ 이 경우 仲裁契約의 締結能力·効力 仲裁機關의 構成, 仲裁節次, 仲裁判定의 効力의 問題 등은 모두 特定國家의 國際私法을 통하여 적용되는 그 國家의 實定法에 準據하여 判斷되지 않으면 안된다.¹⁷⁷⁾ 따라서 特定國家의 法規의 內容에 따라 國際去來 내지 投資關係의 安定性이 侵害될 가능성이 크다고 할 수 있다.¹⁷⁸⁾

國際仲裁와 國際私法의 關係는 紛爭의 實効의 解決에 있어서 難題로 등장해 왔으며 따라서 國際仲裁節次의 當事者들은 어떻게 하여 外國에서 이루어진 仲裁判定의 承認 및 執行을 容易하게 하느냐에 관심을 가져 왔다. 그 결과 채택된 것이 1923년에 제네바에서 서명된 「仲裁條項에 관한 議定書」(Geneva Protocol on Arbitration Clauses), 1927년 역시 제네바에서 서명된 「外國仲裁判定의 執行에 관한 協約」(Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitration Awards)¹⁷⁹⁾, 1958년 뉴욕에서 채택된 「外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約」(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: the New York Convention), 1961년 제네바에서 서명된 「國際商事仲裁에 관한 유럽協約」(European Convention on International Commercial Arbitration: the European Arbitration Convention), 그리고 1975년 美洲機構(Organization of American States)의 會員國들이 체결한 「國際商事仲裁에 관한 美洲協約」(Inter-American Convention on International Commercial Arbitration) 등이다.¹⁸⁰⁾

이 가운데 가장 대표적인 것이 1958년에 채택된 뉴욕協約인데 이는 과거의 제네바協約에 비하여 外國仲裁判定의 承認 및 執行을 쉽게 해서 仲裁地裁判所에서 執行判決을 받지 아니한 채 執行國의

175) 喜多川篤典, 前掲書, p.295.

176) G. R. Delaume, op. cit., pp.809-810.

177) 喜多川篤典, 前掲書, p.298, 306.

178) 결국 外國의 仲裁나 國際仲裁節次에 의한 仲裁判斷이 특정국가 實定法에 準據를 두고 審査되어지는 結果가 되는 것이다. (上掲書, p.306)

179) 崔公雄, 前掲書, p.409.; 이 協約은 議定書에서 外國仲裁判定의 承認·執行에 관한 規定이 없는 것을 보충하기 위하여 제정된 것으로서 그 仲裁判定의 承認 및 執行要件으로서 첫째, 仲裁判定이 準據法에 의하여 有効한 仲裁契約에 基하여 行하여졌을 것, 둘째, 仲裁判定의 主題(subject matter)가 仲裁判定이 援用되는 國家의 法令에 의하여 그 紛爭이 仲裁에 의하여 解決可能한 것일 것, 셋째, 仲裁判定이 行하여진 國家에서 仲裁契約에 의하여 정해진 방법 또는 當事者의 合意에 의한 方法에 의하여 그리고 그 仲裁節次에 적용되는 法令에 따라서 구성된 仲裁法院에 의하여 行하여졌을 것, 넷째, 그 仲裁判定이 行하여진 國家에서 확정되어 있는 것일 것, 다섯째, 仲裁判定의 承認 및 執行이 仲裁判定이 執行되는 國家의 公序 또는 그 國家의 法原則(principle of law)에 反하지 아니할 것을 요구하고 있다.

180) G. R. Delaume, op. cit., p.810.

裁判所に 仲裁判定原本을 제출함으로써 執行要件의 立證責任을 다하게 하고 있다.¹⁸¹⁾ 즉 일정한 書類를¹⁸²⁾ 제출하면 各締約國은 仲裁判定을 拘束力 있는 것으로 承認하고 이 判定이 援用될 領域의 節次法規에 따라서 이를 執行하도록 하고 있다. 그런데 뉴욕協約은 그 判定이 不利하게 援用되는 當事者의 請求에 의하여, 判定의 承認 및 執行의 청구를 받은 國家의 權限있는 機關에 協約에 列擧한 事由를 立證하는 證據가 제출된 경우에는 承認 및 執行이 拒否될 수 있다고 한다.¹⁸³⁾

World Bank Convention은 이에 비하여 더욱 발전하여 仲裁判定의 承認 및 執行에 있어서 承認 및 執行의 청구를 받은 國家가 拒否할 수 있는 事由를 크게 制限하고 있다고 평가된다.¹⁸⁴⁾

이에 따르면 各締約國은 本協約에 따라 내려진 判定을 拘束力 있는 것으로 承認하고 그것이 當該 國家의 裁判所의 確定判決인 것과 같이 同國의 領域 안에서 이러한 判定에 의하여 課해진 金錢上의 義務를 執行하여야 한다.¹⁸⁵⁾ 또한 이를 위하여 當事者는 國家가 指定한 裁判所나 기타 當局에 事務總長이 認證한 判定書의 謄本을 提供하여야 하며 各締約國은 이 目的을 위한 關係裁判所나 기타 當局의 指定 및 그 후의 이러한 指定의 變更를 事務總長에게 通告하여야 한다¹⁸⁶⁾고 하고 있다. 그리고 仲裁判定書의 意味 또는 範圍에 관한 解釋을 要請하는 경우,¹⁸⁷⁾ 判定에 결정적으로 영향을 미치는 事實을 발견하였음을 理由로 判定書의 改正을 要請하는 경우,¹⁸⁸⁾ 또한 仲裁裁判所가 적절히 構成되지 아니하였을 때 또는, 기타 協約에 기재된 事由로써¹⁸⁹⁾ 判定의 無効를 요청하는 경우에는 事務

181) 崔公雄, 前掲書, p.411.

182) 뉴욕協約 第4條 1項: ㉔ 正當하게 認證된 判定原本 또는 正當하게 證明된 그 謄本, ㉕ 第2條에 규정된 合意의 原本 또는 正當하게 證明된 그 謄本, 또는 2項에 의한 公用語의 번역문.

183) 뉴욕協約 第5條 1項: ㉔ 제2조에 규정된 合意의 당사자가 그들에게 적용될 法律에 의하여 無能力者이었던가, 또는 당사자들이 準據法으로서 指定한 法令에 의하여 前記 合意가 無効인 경우 ㉕ 判定이 不利하게 援用되는 당사자가 仲裁人의 선정이나 仲裁節次에 關於하여 적절한 通告를 받지 아니하였거나, 또는 其他 理由에 依하여 응할 수 없었을 경우. ㉖ 判定이 仲裁付託條項에 規定되어 있지 아니하거나, 또는 그 조항의 범위 內에 속하지 아니하는 紛爭에 關於한 것이거나, 또는 그 판정이 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 關於한 결정을 포함하고 있을 것. 단, 仲裁에 부탁된 사항에 關於한 판정이 부탁되지 아니한 사항에 關於한 판정에서 분리될 수 있는 경우에는 仲裁付託 사항에 關於한 결정을 포함하는 판정의 부분은 승인되고 집행될 수 있다. ㉗ 仲裁機關의 구성이나 仲裁節次가 當事者間의 合意와 일치하지 아니하거나, 또는 이러한 合意가 없는 경우에는 중재를 행하는 國家의 法令에 합치하지 아니하는 경우 ㉘ 判定이 당사자에 對한 구속력을 아직 발생하지 아니하였거나, 또는 판정이 내려진 國家의 권한있는 기관이나 또는 그 國家의 法令에 依하여 취소 또는 정지된 경우.

同2項: 仲裁判定의 承認 및 執行이 요구된 國家의 권한있는 기관이 다음의 사항을 인정하는 경우에도 仲裁判定의 승인과 집행은 거부할 수 있다. ㉔ 紛爭의 대상인 사항이 그 國家의 法律下에서는 仲裁에 依한 解決을 할 수 없는 것일 경우 ㉕ 判定의 승인이나 집행이 그 國家의 公共의 秩序에 反하는 경우.

184) G. R. Delaume, op. cit., p.814.

185) 協約 第54條 1項.

186) 協約 第54條 2項.

187) 協約 第50條 1項.

188) 協約 第51條 1項.

189) 協約 第52條 1項: ㉔ 裁判所가 적절히 구성되지 아니하였을 때, ㉕ 裁判所가 명백히 그의 권한을 離脫하였을 때 ㉖ 裁判所의 裁判官에 濫職이 있었을 때 ㉗ 基本的인 審理規則으로부터 중대한 離脫이 있었을 때 ㉘ 判定書에 그의 根據되는 理由를 明示하지 아니하였을 때.

總長 앞으로 申請書를 제출하여 本部의 專屬的 管轄에 따라 判斷되어져야 한다고 규정하고 있다.¹⁹⁰⁾ 더 나아가서 判定은 當事者를 拘束하며 本協約에 규정된 바를 제외하고는 어떠한 上訴나 기타 救濟手段에도 그 對象이 되지 아니하며 各當事者는 本協約의 關係條項에 따라 執行이 猶豫되어 있는 범위를 제외하고는 判定의 條件을 준수하고 이에 따라야 한다.¹⁹¹⁾고 함으로써 ICSID를 통한 仲裁判定의 超國家性과 終局性을 分明히 규정하고 있다.¹⁹²⁾ 따라서 World Bank Convention에 있어서는 仲裁判定의 性質, 去來의 基礎의 性質, 또는 公共秩序(public policy)에 根據한 어떠한 抗辯도 許容되지 않는다고 본다.¹⁹³⁾

4) 仲裁判定의 執行과 主權免除의 原則

World Bank Convention은 仲裁判定의 執行에 관하여, 그의 領土 안에서 이러한 執行이 요구된 國家에서 有効한, 裁判의 執行에 관한 法律에 의하여 規律되어야 한다고 하고¹⁹⁴⁾ 제55조에서, 제54조의 어떠한 規定도 當該國 또는 어느 外國의 執行으로부터의 免除에 관한 어느 締約國의 有効한 法律을 毀損하는 것으로 解釋되지 아니한다고 함으로써 仲裁判定의 拘束性과 超國家性에 대한 制限을 인정하고 있다.¹⁹⁵⁾ 즉 受容國과 國際企業이 체결한 投資契約의 仲裁條項이나 仲裁付託에 基하여 仲裁節次가 이루어지는 경우 受容國의 主權免除의 拋棄의 効力은 仲裁判定의 承認까지만 인정되고 判定의 執行過程에 있어서는 締約國의 主權免除에 대한 고려가 介入될 수 있다고 하는 것이다.¹⁹⁶⁾ 물론 當事者間의 契約締結을 통하여 受容國이 그러한 主權免除을 執行節次에 이르기까지 拋棄할 것에 合意할 수는 있으며 이는 바람직한 방법이라고 할 수 있다.¹⁹⁷⁾

그러나 그러한 明示的 規定이 없는 경우에는 締約國이 外國財産의 執行禁止에 관한 法律을 가지고 있는 경우에는 敗訴當事者(受容國) (award-debtor)를 執行으로부터 免除할 수 있음을 인정하고 있다.¹⁹⁸⁾ 이로써 仲裁判定이 어느 國家와 그 財産에 대하여 強制執行될 수 있는가 하는 것은 強制執

190) 喜多川篤典, 前掲書, p.296.

191) 協約 第53條 1項

192) 喜多川篤典, 前掲書, p.296.

193) G. R. Delaume, op. cit., p.814.

194) 協約 第54條 3項

195) G. R. Delaume, op. cit., p.814; 喜多川篤典, 前掲書, pp.296-297; Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, IBRD, March 18, 1965도 執行에 있어서는 主權免除의 原則의 적용을 인정하고 있다고 한다.

196) G. R. Delaume, op. cit., p.814.

여기에 있어서, 統一의 免除理論(monolithic doctrine of immunity)을 주장하고, 訴訟으로부터의 免除가 없는 경우에는 強制執行으로부터의 면제도 있을 수 없다는 주장도 있으나 결국 仲裁判定의 承認과 執行은 서로 다른 概念이라는 논리에 따르고 있다. (Ibid., pp.816-817)

197) Ibid., p.817.

198) 金楨鍵, 前掲書, p.482.

행이 요구되는 國家의 裁判所에서 통용되고 있는 主權免除의 原則에 부합되게 판단해야 하는 문제가 되었다.¹⁹⁹⁾

ICSID를 통해서 이루어진 仲裁判定에 超國家的인 拘束性이 인정된다고 하더라도 當事者들이 契約締結을 통하여 執行過程에 대한 明示的인 規定을 하지 않는 한 主權免除은 仲裁判定의 순조로운 執行에 根本的인 障礙要素가 될 가능성이 있다. 그렇다고 하면 ICSID에 의한 仲裁과 다른 形態의 仲裁은 결국 區別될 수 없는 것일까.

外國에서 행하여진 判決이나 仲裁判定은 現在の 狀況에 있어서는 特定國家의 國內法體系內에서 執行될 수밖에 없다. 즉 아직까지는 國際共同體가 스스로 法을 執行할 수 있는 組織體系를 갖고 있지 못하기 때문에, ICSID의 仲裁節次를 통하여 이루어진 仲裁判定과 같이 拘束力이 있는 判定이라 하더라도 그 執行力은 法規를 실제로 執行하는 데 필요한 組織을 갖고 있는 特定國家에 依存할 수밖에 없다.²⁰⁰⁾ 아마 이러한 상황은 國際法 및 國際關係에 대한 非國家的 實體(non-state entities)의 參與의 限界를 보여 주는 例라고도 할 수 있다.²⁰¹⁾ 따라서 本協約이 仲裁判定의 執行問題를 國內法體系에 委任하지 않을 수 없고²⁰²⁾ 이에 主權國家는 그러한 過程에 있어서 主權免除의 原則을 고려하게 된다는 것이다.

실제로 仲裁判定이 特定國家의 領域속에서 執行되는가 여부만을 기준으로 할때는 ICSID에 의한 仲裁과 기타 方法에 의한 仲裁가 비슷하다고도 할 수 있다. 그러나 紛爭解決過程을 總體的으로 고찰한다면 兩者의 경우 各各의 仲裁判定의 勝訴者(award-creditor)의 權利는 상당한 差異가 있음을 알 수 있다.²⁰³⁾

本協約에 의하면, 締約國이 執行過程에 있어서 그들 자신의 主權免除의 權利를 포기하지 않는 사실이 결코 正當化되거나, 그들이 協約上 負擔하고 있는 義務가 免除되지는 않는다. 紛爭의 當事者인 締約國이 仲裁判定의 執行에 있어서 主權免除을 援用한다면 이는 仲裁判定을 준수하고 이에 따라야 할 締約國의 義務를 違反하는 것이다. 이러한 경우에 協約은 award-creditor의 本國으로 하여금 自國民을 保護하기 위하여 外交的 保護를 附與하거나 國際的 請求를 提起할 수 있도록 許容하고 있다.

이러한 規定은, 처음부터 國際仲裁制度에 의하여 紛爭을 解決하기로 합의한 이상 그 判定의 執行에 이르기까지 信義誠實의 原則에 따라 義務를 履行해야 하는 當事者의 責任原則을 確認하는 것이라고 본다. 따라서 一方當事者인 受容國의 義務違反에 의하여 受容國 對 國際企業間의 國際的 紛爭關係가 受容國 對 本國間의 紛爭關係로 轉化되고 本國으로부터의 外交的 壓力이나 訴訟의 提起가

199) G. R. Delaume, op. cit., p.815.

200) J. I. Charney, op. cit., p.784.

201) Ibid, p.787.

202) 喜多川篤典, 前掲書, p.298.

203) G. R. Delaume, op. cit., p.818.

있게 될지라도 受容國의 立場에서 正當한 抗辯을 提出하지는 못할 것이다.²⁰⁴⁾

3. 國際投資紛爭解決本部에 의한 仲裁制度의 評價

ICSID가 제공하는 仲裁節次는 적어도 締約國相互間의 關係에 있어서는 各各 相對方國民과의 投資契約關係로부터 紛爭이 발생하더라도 合理的인 節次에 따라 公正하면서도 원만한 解決이 도모될 수 있는 國際的 紛爭解決制度로서 機能하고 있다. 紛爭當事者들이 직접 紛爭解決節次에 참여하여 節次를 進行시키고, 仲裁裁判部는 節次의 進行에 있어서 拘束力을 가지고 臨할 수 있게 함으로써 紛爭의 終局的 解決을 기대하는 當事者들의 目的에 적절히 奉仕할 수 있는 制度的 裝置를 갖추고 있는 것으로 평가된다. 특히 私의 當事者의 本國으로 하여금 直接的 紛爭當事者間의 紛爭解決節次가 進行되고 있는 한 外交의 保護나 國際的 請求를 할 수 없도록 함으로써 國家間의 衝突을 가능한 한 抑制하고 있다는 것은 매우 肯定的으로 평가할 수 있는 점이다.²⁰⁵⁾

그러나 管轄權의 存否 또는 그 範圍의 問題, 準據法適用의 問題에 있어서 보다 具體的이고 明確한 規定이 필요하다고 보며 특히 仲裁判定의 執行에 있어서 主權免除原則이 適用될 수 있도록 한 것은 ICSID에 의한 仲裁制度가 갖는 限界라고 생각된다.²⁰⁶⁾ 그리고 이러한 制度的 次元의 未備點이나 弱點보다도 더 심각한 問題點은 이러한 制度를 活用하기로 약속한 締約國의 範圍에 있어서 아직 普遍性을 갖지 못하고 있다는 점이다. 특히 오늘날 빈번히 投資紛爭이 발생하고 있는 地域인 라틴 아메리카國家들이 局外者로 남아 있다는 사실을 문제점으로 지적하지 않으면 안된다.²⁰⁷⁾ 물론 이들의 不參根據은 과거부터 標榜하고 있는 Calvo Doctrine에 있다. Szasz에 의하면 라틴아메리카國家들은 ICSID에 의한 紛爭解決節次까지도 國際企業의 本國에 의한 干涉(intervention)의 "代用物"(surrogate)로 간주하고 있다고 한다.²⁰⁸⁾

따라서 ICSID에 의한 紛爭解決節次의 制度的 補完과 相互間 理解의 增大를 통하여, ICSID에 거부감을 표시하고 있는, 특히 라틴아메리카國家들을 중심으로 하는 國家群을 World Bank Convention 體系로 끌어들이므로써 그 活用範圍를 擴大하는 것이 重要的 課題이자 최대의 問題點이라

204) 이러한 논리는 國際企業 등의 私의 當事者가 制限된 범위에서 國際法 主體性을 갖는다고 해도 기본적으로는 "國籍"(nationality)을 가지고 있는 국민이라는 데서 가능한 것이며 위와 같은 경우에 그 本國이 外交의 保護權을 행사하여 國際企業을 後援한다고 하여 一方으로 國際企業에게 有利한 地位와 힘을 인정하게 되는 것은 아닐 것이다.

205) P. E. Sigmund, op. cit., p.324.

206) 그러한 이러한 것은 World Bank Convention이 普遍人類社會의 志向이라는 超國家의 目標과 國家本位의 現實과의 妥協의 所産이라는 점에서 理解할 수도 있다. (喜多川篤典, 前掲書, p.297)

207) J. M. Livingstone, op. cit., p.219; P. E. Sigmund, op. cit., p.324; UN. Dept. of Economic and Social Affairs, op. cit., p.1106.

208) D. B. Furnish, op. cit., p.149.

고 지적할 수 있다.²⁰⁹⁾

V. 結 論

紛爭은 그것이 어떠한 性格의 것이든지 발생하지 않도록 事前에 여러 가지 措置를 취하는 것이 최선이다. 그러나 불가피하게 紛爭이 발생하는 것이 現實이라면 次善策으로 이 紛爭을 公正하고도 合理的 方法으로 解決하도록 하는 것이 중요하다.

國際投資紛爭은 投資關係의 法的 基礎인 投資契約을 둘러싸고 발생하는데 投資關係 및 投資契約의 當事者인 受容國과 私的 投資家의 基本的인 與件과 觀點의 差異 때문에 紛爭發生의 蓋然性은 常存한다고 보아진다. 따라서 投資紛爭의 解決을 위한 制度的 方案의 必要性은 絶실하다고 할 수 있으나 지금까지 활용되어 온 紛爭解決方法은 雙方當事者가 共通의 受諾할 수 있는 法的 基礎 위에서 成立되어 왔다고 볼 수 없는 점이 많다. 受容國側이 自國法을 準據로 하는 自國의 裁判所에 의한 解決原則을 고수하는 것이나, 國際企業과 그 本國側이 처음부터 外交의 保護의 附與나 國際의 請求의 提起를 통한 紛爭解決의 方法에 依存해 온 것은 모두 그 지나친 점에 있어서 批判받아야 한다고 본다.

紛爭의 解決은 解決 그 자체보다도 解決의 公正性, 合理性을 目標로 한다고 할 때,²¹⁰⁾ 紛爭의 直接的 當事者들이 公平한 機會와 權限을 갖고 對等한 位置에서 紛爭解決節次에 參與할 수 있는 條件이 마련되어야 할 것이다. 이러한 條件이 充足되기 위해서는 基本的으로 國際企業이 國際法主體로서 國際의 請求를 提起할 수 있는 能力이 認定되어야 한다.

이러한 理論定立의 妥當성은 이미 私的 投資家로서의 國際企業이 國家를 상대로 提訴하여 紛爭을 解決할 수 있는 制度가 成立되고 있는 것으로도 뒷받침된다. 이러한 紛爭解決制度가 바로 ICSID에 의한 國際仲裁制度인 것이다.²¹¹⁾

ICSID에 의한 投資紛爭의 解決은 現在의 國際法體系에 있어서 가장 希望의이며 先導的인 方法으로 평가된다. 물론 投資紛爭을 實質的으로 豫防할 수 있는 國際法原則이 要請되며 이에 立脚한 國際投資環境의 조성의 바람직하다는 것도 부인할 수 없지만 ICSID와 같은 國際的 構造를 통한

209) I. Frank, *op. cit.*, p.141.

210) "To settle international disputes as early as possible, and in a manner fair and just to the parties involved, has been a long-standing aim of international law." (J. G. Starke, *op. cit.*, p.514.)

211) "ICSID anticipates the view that the breach by a State of its contractual obligation towards a foreign national may involve international responsibility." (D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 80, p.295.)

投資紛爭解決制度가 普遍的으로 受諾되고 活用될 수 있도록 努力하는 것도 매우 중요한 과제라고 본다.²¹²⁾

212) 장차 私的 當事者를 포함한 모든 國際法主體에 대하여 當事者適格을 인정하는 國際裁判所(international court, forum)의 설치와 그 보편적 管轄權의 행사가 制度的으로 講究되어야 할 것이며 ICSID는 이를 위한 中間段階로 간주될 수 있을 것이다. (喜多川篤典, 前掲書, p.304; D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 38, pp.129-130; 拙稿, "國際企業과 外交的 保護制度", pp.693-694 참조) 그리고 ICSID에 의한 仲裁도 아직은 現實보다도 앞서 있는 進歩的인 制度的 方案이라고 보아진다. (D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart, *supra* note 80, p.295.)

Summary

Legal System of the Settlement of
International Investment Disputes*Kim Boo-chan*

The best mechanism in the settlement of investment disputes is the prevention of disputes. We have to be concerned about taking the appropriate preventive measures, the stress, therefore, should be placed on the substantive points of agreement about investment between States (host countries) and foreign private investors (Transnational Corporations: TNCs). But it seems that the possibilities for the consensus in the substantive rules of the international investment are limited by the divergent views between and among host countries and home countries (including TNCs).

All efforts at international action for the protection of investment are limited by the basic conflict between the belief of the capital-exporters (home countries and TNCs) that their property is entitled to protection under international law, and the belief of the capital-importers (host countries) that foreign investment should be subject to national law.

It remains true of the settlement of investment disputes. A major area in which the international framework is still deficient is the settlement of investment disputes between parties of different nationalities, especially between States and nationals of other States. From the traditional point of view, the individual can't bring up a claim on the basis of international law, and always have to turn to his home country. Host countries have insisted on the settlement of investment disputes between themselves and foreign private investors in their own tribunals, and have offered opposition to home countries' diplomatic protection on behalf of their nationals (TNCs).

I think that both the arguments of home countries and those of host countries should be criticized. If the aim of international law is to settle the international disputes in a manner fair and just to the parties involved and to give greater security to the flow of international investment, it could be accomplished through the establishment of international machinery for the settlement of investment disputes. The organization of international settlement of disputes resulting from contracts between States and foreign

private investors is based in particular on the cooperation of the host countries concerned. The cooperation of the parties is indispensable for the build-up and the functioning of the organization of the international dispute settlement. The cooperation between States and foreign private investors (TNCs) could be enhanced by the recognition of a certain degree of international legal personality of the private party.

In my opinion, a solution would perhaps be to seek the application of international law on the basis of the recognition of a certain degree of international legal personality of TNCs. Such a solution could benefit social progress and development in that it enables the international economic community to define more efficiently and meaningfully the relations between both groups of international economic actors as well as their mutual responsibilities under the aegis of international dispute settlement as a last resort.

The World Bank has taken the lead in this area by establishing an associated institution, the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). ICSID is the most recent and promising machinery in this field. It was designed to encourage the flow of private foreign investment to the less developed countries by creating the possibility, subject to the consent of both parties, for a contracting State and a foreign private investor who is a national of another contracting State, to settle any legal dispute that might arise out of such an investment by arbitration before an impartial international forum. ICSID anticipates the view that the breach by a State of its contractual obligations towards a foreign private investor may involve international responsibility, and recognizes the procedural capacity of a foreign private investor for bring up a claim on the basis of international law.

But its work thus far has been very limited mainly because of the nonparticipation of many countries, especially in Latin America on the grounds that disputes in their countries should be settled under national jurisdiction. This raises the issue of how to widen the use of ICSID.