

# 국제투자조약상 포괄적 보호조항(Umbrella Clauses)의 해석에 관한 연구\*

Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Treaties

조희문\*\*

Hee-Moon Jo

## 〈목 차〉

- I. 서론
- II. ‘포괄적 보호조항’ 의미의 재조명
- III. 학계의 연구
- IV. ‘포괄적 보호조항’의 해석상 법률문제
- V. 국제중재법원의 판례
- VI. 결론

주제어 : 국제투자분쟁, 국제투자중재, 투자조약중재, 투자자-정부제소권(ISD), 양자투자협정(BIT), 포괄적 보호조항, 국제투자분쟁해결본부(ICSID)

\* 이 논문은 2008년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임(KRF-2008-332-B00490)

\*\* 한국의국어대학교 법과대학 교수, 상사중재인, 브라질변호사

## I. 서론

90년대 이후 양자투자협정(BIT)이 폭발적으로 증가하면서 투자분쟁이 급증하고 있다. 이에 따라 대표적인 국제투자분쟁해결제도인 국제투자분쟁해결본부(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하ICSID)는 급증하는 소송건수로 국제적인 주목을 받고 있다. BIT등의 국제투자협정 그 자체는 국가 간의 협정이기 때문에 사인(私人)간의 투자계약이 모두 국제투자협정의 보호대상이 되는 것은 아니다. 투자분쟁이 국제투자협정에 규정된 분쟁해결수단에 의해 해결되기 위해서는 국제투자협정의 보호대상이 되어야 한다. 국제투자협정의 보호대상은 국가 간 합의뿐만 아니라 일방이 국가가 되고 타방이 사인(私人)이 되는 국제투자계약(이하 '국가계약', '국가-투자가계약', 또는 '투자계약'으로 혼용하여 사용함.)의 경우가 통상 국제투자협정의 적용대상이 된다. 각각의 투자협정은 그 적용범위를 구체적으로 명시하고 있는데 이러한 적용범위에 해당하는 투자계약들이 투자협정의 보호를 받을 수 있게 된다. 상당수의 투자협정은 '포괄적 보호조항(umbrella clauses)'<sup>1)</sup>을 삽입하여 투자계약이 조약의 보호를 받도록 하고 있다.

1980년대 말까지만 하더라도 국제투자분쟁은 대부분 투자계약에 규정된 투자분쟁해결절차를 따라 해결되어 왔으나, 최근 들어 투자계약의 분쟁해결조항을 무시하고 투자협정상 분쟁해결절차를 원용하는 경우가 늘어나고 있다. 즉, 투자계약에 분쟁해결절차가 있음에도 불구하고 본국과 투자유치국 간에 체결된 양자투자협정 또는 FTA와 같은 지역경제협정에 규정된 '포괄적 보호조항'을 원용하여 투자협정에 규정된 투자분쟁해결제도를 선택하는 것이다. 대부분의 투자협정은 ICSID를 투자분쟁의 해결지로 지정하고 있어 이에 따라 ICSID의 투자중재건수도 급증하는 추세에 있다. 그런데 ICSID중재법원은 '포괄적 보호조항'의 구체적인 적용기준이나 범위, 적용조건과 효력 등에 관해 일관된 입장을 보이고 않고 있어 문제가 된다.

포괄적 보호조항이 학계의 지대한 관심을 끌게 된 계기는 ICSID중재판정에서 동 조항의 해석방식에 대해 상반된 해석을 내놓으면서부터였다. 2003년의 *SGS v. Pakistan* 사건<sup>2)</sup>과 2004년의 *SGS v. Philippines* 사건<sup>3)</sup>이 문제의 발단이였다. 양자투자협정(BIT)이 체결되어 있는 투자유치국의 정부기관이나 공기업과 투자계약을 체결한 외국인투자가가 투자분쟁이 발생하는 경우 조약상의 포괄적 보호조항을 원용하여 투자계약상의 분쟁해결방식 대신 조약상의 분쟁해결방식을 선택할 수 있는가 하는 문제였다.

*SGS v. Pakistan* 사건에서 스위스 국적회사인 SGS는 파키스탄정부와 수입품의 선적 전

1) 포괄적 보호조항은 umbrella clause, the mirror or parallel effect clause, pacta sunt servanda clause, sanctity of contract clause 등 다양한 용어로 불린다.

2) *SGS v. Pakistan*, "Decision on Jurisdiction", ICSID Case No. ARB/01/13, 6 August 2003.

3) *SGS v. Philippines*, "Decision on Jurisdiction", ICSID Case No. ARB/02/6, 29 January 2004.

검사 서비스를 수행했는데 파키스탄 정부가 일방적으로 서비스계약을 파기하자 스위스-파키스탄BIT의 ‘포괄적 보호조항’<sup>4)</sup>을 인용하여 BIT상의 ICSID중재를 신청했다. SGS는 중재요청에서 BIT상의 분쟁과 계약상의 분쟁을 동시에 주장했는데 동 관할권주장에 대해 ICSID중재판정부는 조약관할권을 인정하고 계약관할권은 인정하지 않았다<sup>5)</sup>. *SGS v. Philippines*사건에서 SGS사는 필리핀정부와 대금지불관련 분쟁이 발생하자 스위스-필리핀 BIT의 포괄적 보호조항<sup>6)</sup>을 인용하여 ICSID중재를 신청했다. 동 건에서도 SGS는 조약관할권과 계약관할권을 동시에 주장했는데 중재판정부는 *SGS v. Pakistan*사건과 달리 SGS는 조약관할권과 계약관할권에 대해 모두 중재관할권이 있다고 판정했다<sup>7)</sup>. 동 2건의 판정에 있어서 중재판정부는 포괄적 보호조항을 완전히 다른 방식으로 접근한 것이다.

이러한 ICSID 중재판정부의 상반된 해석에 학계의 관심이 집중되었다. 그러나 판정만큼이나 학계의 의견도 나뉘어져 있다. 그리고 이후에 나온 중재법원들의 판례도 상반된 입장을 보여주고 있어 실무적으로나 이론적으로도 큰 쟁점이 되어 있다. 한국의 경우 양자투자협정을 포함하여 투자보호규정을 하고 있는 지역협정을 꾸준히 체결하고 있기 때문에 조약관할과 계약관할의 명확한 규명은 큰 관심을 갖고 지켜볼 필요가 있다<sup>8)</sup>. ‘포괄적 보호조항’을 무조건적으로 확대 적용하면 투자계약상 당사자 자치원칙과 신의성실원칙이 무의미하게 되는 위험을 초래하게 되고 이를 너무 축소하여 적용하면 투자협정상의 보호조항이 무의미하게 되는 문제점이 발생하게 된다.

동 논문은 최근까지의 법원의 판례와 학설을 통해 ‘포괄적 보호조항’이 국제투자조약에서 갖는 의미와 그 해석상의 문제점들을 살펴봄으로써 그 해결방안을 강구하려는 목적을 갖고 있다.

## II. ‘포괄적 보호조항’ 의미의 재조명

포괄적 보호조항이 국제투자협정에 도입되게 된 것은 2차 세계대전 이후이다. 전후 외국인투자분야에서의 가장 큰 진전은 ICSID의 설립과 BIT의 체결이라 할 수 있다. 세계평화의 시대가 도래하면서 외국인투자가 증가하였으나 국제법상 외국인투자를 보호하는 규

4) Article 11: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”

5) *SGS v. Pakistan*, at paras.171-173.

6) Article X(2): “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”

7) *SGS v. Philippines*, at paras.125-128. 동 논문에서 ‘중재판정부’는 혼동이 없는 경우 문맥에 따라 ‘법원’ 또는 ‘중재법원’ 등으로 혼용했음을 밝힌다.

8) 필자의 조사에 의하면 한국의 경우 2009년5월 현재까지 기준에 체결된 BIT중 약 72개에서 포괄적 보호조항이 발견되었다. 별첨자료를 참조할 것.

정이 체계적으로 확립되어있지 않아 투자자들은 법적으로 불안한 상태에 있었다. 외국인 투자가는 국제법상 특별한 보호를 받지 못하기 때문에 투자유치국으로부터 부당한 대우를 받을 경우 본국의 외교적 보호권에 의존해야 했다. 그런데 외교적 보호권은 본국의 권리이기 때문에 본국정부가 그 권리를 행사하지 않는 경우 투자가는 국제법상 구제받을 수 있는 수단이 전무했다. 과거에 라틴아메리카에서는 미국을 위시한 서방국가들이 자국민의 보호를 위해 외교적 보호권을 행사한다는 빌미로 포함외교(gunboat diplomacy)를 남발한 적이 있었다. 이에 대한 반발로 이 지역의 국가들은 외국인투자자들이 투자계약을 체결할 때 외교적 보호권의 행사를 명시적으로 포기하고 국내법원에 의해 분쟁을 해결한다는 소위 칼보조항(Calvo Clause)을 삽입하도록 강요한 적도 있었다.<sup>9)</sup>

국제법상 법인과 개인의 보호가 미비하고 외국인대우에 대한 국제적 기준도 상당히 모호하기 때문에 국제법상 외국인투자가를 보호해야 한다는 주장이 선진국을 중심으로 큰 힘을 얻었다. 국제보호기준이 확립되어 있으면 국제투자가 증가할 것이라는 국제투자가들의 주장이 계속되어 왔고 개도국들도 경제개발을 위해 외자유치가 절실한 상태였기 때문에 안정적인 국제투자환경을 만들기 위한 다자간 투자조약을 체결하려는 노력이 끊임없이 이루어져 왔다.

이와 관련한 가장 이상적이고 포괄적인 시도가 있었다. 무역과 투자를 포괄하는 1948년의 하바나협정(Havana Charter)이 그것이다. 그러나 협정을 추진했던 미국이 의회의 반대로 비준을 못하게 되어 실패로 막을 내리자 그 이듬해인 1949년에는 국제상업회의소(ICC)가 주도하여 외국인투자의 공정한 대우에 관한 국제규약(the International Code of Fair Treatment of Foreign Investment)안<sup>10)</sup>을 내놓았다. 이 때 외국인투자가 보호에 관한 우려가 현실로 나타났다. 1951년 이란정부는 모든 석유생산시설의 국유화 조치를 단행했다. 영국정부가 대주주로 참여했던 AIOC(Azerbaijan International Operating Company)도 석유 국유화법에 따라 국유화됨으로써 장기 석유양허계약이 일방적으로 파기되었다. 영국정부는 직접 나서서 협상 및 국제중재 등 다양한 해결방법을 모색했으나 실패했고 급기야 ICJ에 제소하기에 이르렀다. 그러나 이란이 관할권합의를 거부했기 때문에 ICJ는 소송관할권을 기각했다.<sup>11)</sup> 동 사건은 미국이 후원하는 쿠데타로 이란정권이 바뀌면서 외교적으로 해결되었다.

이란사태 이후 선진국들은 외국인투자를 국제적으로 보호할 수 있는 방안에 더욱 큰 관심을 갖게 되었다. 1959년에 발표된 Abs-Shawcross 해외투자협정안 (the 1959 Abs-Shawcross

9) Schreuer, Christoph, "Calvo's Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1:2005, 20p.

10) Fatouros, A.A., "An International Code to Protect Private Investment-Proposals and Perspectives", *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 14, No.1, 1961, pp.77-102.

11) 관할권항변 관정문. *Anglo-Iranian Oil Co. case(jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952: *I.C.J. Reports* 1952, p.93.(<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>) 참조.

Draft Convention of Investments Abroad - 이하 “Abs-Shawcross 협정안”)은 투자조약을 통해 외국인투자를 보호하려는 구체적인 조항을 선보였다.<sup>12)</sup> 제2조는 ‘포괄적 보호조항’으로 “Each party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party.”라고 규정하고 있다. 동 협정안에 나타난 ‘포괄적 보호조항’은 상당히 포괄적인 개념으로 ‘타방채 약국의 국민이 행한 투자 관련하여 부담하는 어떠한 보장(any undertakings)도 준수’한다고 명시하여 현대적인 BIT에 나타나는 ‘포괄적 보호조항’과 유사하다. Abs-Shawcross 협정안 제2조에서 사용하는 ‘observance of any undertakings’은 일반적인 계약(contract)보다는 훨씬 포괄적인 개념이기 때문에 투자유치국을 일방으로 하는 모든 계약상의 의무 (any contractual obligation)를 포함하는 것으로 쉽게 이해된다.

Abs-Shawcross 협정안은 Fatouros나 Schwarzenberger 등 당시 서방국가들의 주류법학자들의 전폭적인 지지를 받았다.<sup>13)</sup> 이들 법학자들은 국제투자협정 자체를 투자유치국으로부터 투자자를 보호하기 위한 수단으로 검토했기 때문에 조약보호의 대상이 되는 투자계약의 범위를 확대하려고 했다. 투자유치국이 외국투자가와 체결하는 모든 계약적 성격의 보장을 조약보호의 대상으로 간주하는 것은 당시 학계의 조류를 반영한 것이다.

동 협약안을 입안했던 입안자(drafter)들은 제2조의 입법목적은 보편적으로 인정되는 합의준수의 원칙을 표현한 것 (“Article II “affirms, and attributes specific content to the universally accepted principle Pacta sunt servanda”)이라고 해석하면서, 그 적용범위는 국가 간 합의뿐만 아니라 국가와 외국인간에 체결된 계약에까지 모두 적용되는 것이라는 명시적인 해석을 하고 있다.<sup>14)</sup> 즉, 입안자들은 제2조를 통해 당시에 석유개발, 자원개발 등에 빈번하게 사용되었던 양허계약의 일방적인 위반은 당연히 국제적인 위반행위(international wrongful act)라고 명시함으로써 국가-투자자계약(state-investor contract)의 위반에 따른 국제법상의 구제를 받을 수 있도록 한 것이다.

Abs-Shawcross 협약안의 제정목적이 명확해지자 이후 서방국가들의 투자보호 협약안들도 이를 따르게 된다. 1967년 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)의 외국인재산의 보호에 관한 협약안(the 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property - “OECD Draft”)<sup>15)</sup>은 Abs-Shawcross

12) 포괄적 보호조항의 역사적인 관점에 대해서는 다음을 참조할 것. Anthony C. Sinclair, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, 20 ARB. INT’L, 2004.

13) Arghyrios A. Fatouros, 1961, *op .cit.*, pp.77-102; Georg Schwarzenberger, The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad: A Critical Commentary, 9 J.PUB.L. 147, 1960.

14) The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment: A Round Table, 9 J. PUB. L. (1960), pp. 116-18, 120. in: Wong, Jarrod, Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the device between developing and developed countries in foreign investment disputes, Geo. Mason L. Rev., Vol.14:1, p.146. 동 논문에서 *Pacta sunt Servanda*는 조약이나 계약에서도 사용되기 때문에 ‘합의준수의 원칙’으로 통일하여 사용하겠다.

15) OECD, 「Draft Convention on the Protection of Foreign Property」, OECD Publication No. 23081, October 12,

협약안의 ‘포괄적 보호조항’을 충실하게 따른다. 즉, OECD협약안 제2조는 “Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party.”라고 규정하고 있는데 동 OECD Draft의 공식해설서 (official commentary)를 보면 “Article 2 represents an application of the general principle of *pacta sunt servanda*” - the maintenance of pledged word. This principle is undoubtedly the basic norm of any system of law relating to agreements. It also applies to agreements between States and foreign nationals.”<sup>16)</sup> 라고 명시하고 있어 Abs-Shawcross 협약안과 맥을 같이하고 있음을 알 수 있다. 공식해설서도 제2조의 “undertaking”을 Abs-Shawcross 협약안과 같이 넓게 보고 있고 그 목적이 국가-투자간 계약(investor-State contracts)의 의무를 조약상의 의무로 확대하여 투자가를 보호하는 것으로 보고 있다.<sup>17)</sup>

Abs-Shawcross Draft나 OECD Draft에서 보듯이 ‘포괄적 보호조항’은 당시 투자유치국들의 불안정한 투자보호제도를 반영한다. 투자유치국이 국내의 정치적 및 사법적 불안정으로 인해 투자가보호가 미약한 경우 투자계약상의 보호를 조약상의 보호로 전환시킴으로써 투자계약에 대한 ‘외교적 보호’와 동일한 효과를 가져오게 하는 것이다. ‘외교적 보호’는 국가의 권리이지만 ‘포괄적 보호조항’상의 조약보호는 투자가가 직접 행사할 수 있는 보호권이기 때문에 당시 국제법의 발전을 고려한다면 획기적인 조치로 볼 수 있다. 계약위험을 조약위험으로 자동적으로 전환함으로써 통상적으로 자주 발생할 수 있는 투자유치국의 경제정책이나 법의 일방적인 변경으로 인해 투자에 중대한 손해가 발생한 경우, 국내법적으로는 합법이지만 국제법상 위반행위가 될 수 있는지를 조약분쟁해결제도를 통해 판단할 수 있도록 함으로써 투자가를 두텁게 보호할 수 있다. 그러나 선진국주도의 다자간투자협정은 개도국과의 이견으로 결국 실패하게 되며, 이러한 이유로 선진국들도 다자협정을 포기하고 지역협정이나 양자협정을 통해 투자보호를 하게 되는데, BIT는 해당국간의 직접협상을 통해 구체적인 이해관계를 반영할 수 있기 때문에 외국인투자보호의 주요 수단으로 자리 잡을 수 있게 되었다.

‘포괄적 보호조항’이 BIT에 첫 선을 보인 것은 1959년 독일-파키스탄 BIT였다.<sup>18)</sup> 즉, 제7조는 “Either party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party.”(밑줄은 필자강조)라 하여 국가가 투자가와 체결하는 투자와 관련하여서는 어떠한 의무도 준수할 것을 포괄적

1967, Text in:(<http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>).

16) Id., p.14.

17) Id., pp.14-15.

18) 독일은 1991년 제정된 모델투자조약에서도 계속하여 같은 입장을 견지하고 있다. 즉, 8(2)조: “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party.” 1991 German Model Treaty on the Encouragement and Reciprocal protection of Investments, Sept. 1991.(밑줄은 필자강조)

으로 규정하고 있다. BIT는 각국이 각자의 모델조약을 만들어감에도 불구하고 서로 대단히 유사한 형태와 내용을 갖추고 있다. 일반적으로 BIT는 4개의 주요 법률문제를 규정하고 있다. 즉, (1) 투자유치국내에 외국인투자의 투자허용조건에 관한 규정. (2) 외국인투자자의 처우기준에 관한 규정. (3) 수용과 보상기준에 관한 규정. (4) 투자분쟁의 해결방법에 관한 규정 등이 그것이다.

BIT는 국가간의 조약이기 때문에 투자자는 간접적인 보호대상이 된다. 그럼에도 불구하고 BIT는 투자자가 BIT분쟁해결제도를 통해 투자유치국의 국내법원대신 국제분쟁해결방식을 통해 직접 자신의 권리를 행사할 수 있도록 규정한 점에서 국제법상 획기적인 발전이라 할 수 있다. 이전까지는 간혹 석유개발사업과 관련하여 투자유치국과 투자자간에 합의된 국제중재에 의해 수시로 분쟁을 해결한 사례가 있었으나 BIT와 같이 외국투자자가 투자유치국을 상대로 조약상의 분쟁해결조항을 이용하여 해결하는 방식을 제도화하는 것을 국가입장에서 용인하는 것이 쉽지 않았기 때문이다. 따라서 투자가 입장에서 자국정부가 BIT를 체결하는 것은 투자보호입장에서 상당한 발전이며 이러한 점에서 투자분쟁을 국제투자중재로 해결할 수 있다는 가능성이 BIT의 주요장점이라 할 수 있다. 즉, BIT상의 '포괄적 보호조항'은 외국인투자계약에 대한 추가보호조치인 것이다.<sup>19)</sup>

1983년에 처음 발표된 미국의 모델BIT도 OECD Draft를 참조하여 "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investors or nationals or companies of the other Party.(밑줄은 필자강조)"라고 명시된 '포괄적 보호조항'을 삽입했다. 동 '포괄적 보호조항'은 이후 발표된 1984, 1987년 모델BIT에도 거의 유사한 문구로 되풀이 된다. 그 후 2004년 모델 BIT는 ICSID에 계류된 일련의 투자분쟁이 '포괄적 보호조항'을 근거로 제소되면서 '포괄적 보호조항'의 적용대상을 상당히 구체적이고 제한적으로 규정했다.

'포괄적 보호조항'의 해석과 관련하여 개도국의 입장을 대변하는 UNCTAD도 포괄적 보호조항이 투자자-국가간 계약준수의무를 조약상 의무로 승격시킨다고 보고 있다. 따라서 BIT상에 분쟁해결절차가 없다면 본국이 투자자에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 있는 권한을 부여하는 것으로 본다.<sup>20)</sup> 따라서 '포괄적 보호조항'의 형성연혁 측면에서 본다면 동 조항이 국가-투자자간의 투자계약을 두텁게 보호하기 위해 제정된 것과 계약상의

19) Thomas W. Walde, "The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases," 1 Transnational Dispute Management 31 & n.71, 33, October 2004.

20) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), INVESTOR-STATE DISPUTES ARISING FROM INVESTMENT TREATIES: A REVIEW, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva: United Nations, 2005. 포괄적 보호조항을 서방선진국과 개도국간의 역학관계에서 분석한 글도 있다. 즉, 포괄적 보호조항의 삽입자체가 선진국의 이익을 대변하는 것이기에 그 적용범위를 제한해야 한다는 관점이다. Wong, Jarrod, Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the device between developing and developed countries in foreign investment disputes, Geo. Mason L. Rev., Vol.14:1, pp.135-177.

의무를 조약상의 의무로 승격시키려 했다는 것을 알 수 있다. 1959년에 처음 등장한 ‘포괄적 보호조항’은 이후 다양한 형태로 BIT상에 규정되어 왔다.<sup>21)</sup> 그런데 이러한 포괄적 보호조항은 수많은 BIT조약에 규정되어 있으나 최근까지 투자자들이 동 조항을 특별히 원용한 적이 없어 거의 사문화된 조항으로 남아 학계에서도 별다른 관심을 끌지 못했다. 즉, 실제적으로 형성연혁에서 나타난 ‘포괄적 보호조항’의 제정목적이 국제법원에서 확인된 적은 없었다.

따라서 국제법원에서 ‘포괄적 보호조항’이 원용되는 경우 그 해석은 비교적 단순할 것이라는 기대를 할 수 있다. 그러나 최근에 논란이 되고 있는 ICSID중재법원의 판정태도는 반드시 이러한 형성연혁의 방향과 일치하지 않는다. BIT의 제정자인 국가들이 재판에서 ‘포괄적 보호조항’의 제정목적은 주장하지만 상대국의 동의가 없는 한 법원이 증거물로 채택하기가 어렵다. 따라서 ‘포괄적 보호조항’의 해석과 관련한 논쟁은 국제사회의 변화를 반영한 조약해석과 판례 및 학설에 관한 분석을 통해 그 해결안을 찾아야 한다.

### Ⅲ. 학계의 연구

‘포괄적 보호조항’에 대한 학자들의 입장은 과거 1960-1980년대 다자간 투자보호협약의 체결과 관련한 시기와 최근 ICSID에서 진행되고 있는 투자분쟁을 경험하는 시기로 나누어 볼 수 있다. 과거 Abs-Shawcross Draft나 OECD Draft때에는 학자들이 국제투자의 보호라는 관점에서 연구했기 때문에 연구 방향이 주로 투자유치국이 부담해야 할 투자계약상의 의무준수에 집중되어 있었다. 국가 간에 발생하는 국제의무의 위반에 대해서는 국제법이 곧바로 적용될 수 있기 때문이었다. 따라서 초기의 학자들은 ‘포괄적 보호조항’의 적용 대상이 되는 국가-투자자간 투자계약을 가급적 넓게 해석하려는 경향이 있었다. 최근에 ICSID소송을 연구하는 학자들도 ‘포괄적 보호조항’의 적용범위를 확대 해석하려는 태도를 보이지만 과거에 비해 그 적용요건을 보다 구체화하려는 노력을 보인다. 즉, 학자들간에도 적용요건이나 범위에 관해서는 이견이 있다. 비록 국가-투자가 투자계약이 적용된다는 원칙적인 면에는 의견이 일치하나 모든 투자가 보호를 받는 것은 아니며 일반적인 상거래에 관한 계약은 적용되지 않으며 국가가 주권행사를 하는 경우에만 적용될 수 있다는 제한적 용론도 있다.

초기학자들을 대표하는 Prosper Weil 교수는 투자조약의 ‘포괄적 보호조항’은 국가와 투자자간의 계약의무를 국제법상 조약의무로 전환시키는 역할을 하는 것으로 설명한다. 실

21) BIT상에 규정된 ‘포괄적 보호조항’의 형태에 대해서는 다음을 참조할 것. “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements,” OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3 ,October 2006.



제로 ‘포괄적 보호조항’이 삽입되는 이유가 바로 계약을 조약으로 전환하기 위한 것으로 보고 있다.<sup>22)</sup>

영국을 대표하는 국제법학자인 Francis Mann (1907-1991) BIT상의 ‘포괄적 보호조항’은 투자자의 단순한 계약상의 의무불이행을 국제법상의 의무불이행으로 전환시키는 효과가 있음을 명확히 했다. 이론과 실무를 겸했던 Mann교수는 현실적으로 국가가 다양한 방법으로 투자계약을 위반할 수 있는 현실을 감안하여 ‘포괄적 보호조항’의 적용범위를 확대 해석하려는 입장을 보였다. 그는 ‘포괄적 보호조항’이 “단순한 계약위반, 또는 입법이나 행정행위, 그리고 이러한 간섭이 수용에 이르는 여부에 관한 문제와 관계없이, 계약상의 권리에 대한 간섭으로부터 투자자를 보호하는 아주 중요한 조항”<sup>23)</sup>이라고 평가하여 국가의 주권행사여부와 관계없이 국가가 투자자의 계약상의 권리를 침해하는 경우 모두 ‘포괄적 보호조항’을 발동할 수 있는 것으로 보고 있다.

ICSID의 사무총장을 역임했던 Ibrahim Shihata의 견해도 같은 맥락에 있다. 그는 투자 조약은 국가-사인간 계약을 국가가 위반하는 경우 양국간에 체결된 조약의 위반을 구성하게 함으로써 계약상의 의무를 국제법의 의무로 더욱 상승시킨다고 보고 있다.<sup>24)</sup>

국제투자중재의 이론과 실무에 있어 최고전문가중의 한 사람인 Emmanuel Gaillard교수도 ‘포괄적 보호조항’의 역사적 탄생 배경을 고려할 때 동 보호조항을 협상하고 작성하는 국가들의 의도가 투자계약의 위반을 조약상의 의무위반으로 특징짓도록 하는데 의심의 여지가 없다고 보고 있다.<sup>25)</sup>

22) Prosper Weil, *“Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier,”* 128 *Recueil des Cours* III, 1969, pp.132 et seq.: “Il y a en effet, pas de difficultés particulières [en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l’Etat] lorsqu’il existe entre l’Etat contractant et l’Etat national du co-contractant un traité de “couverture” qui fait de l’obligation d’exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l’Etat contractant envers l’Etat national du cocontractant. L’intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l’a dit, “l’intangibilité du contrat sous peine de violer le traité” toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l’Etat contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l’Etat national du cocontractant.”

23) F.A. Mann “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments,” 52 *British Yearbook of International Law* 241, 1981, p. 246: “[t]his is a provision of particular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or no such interference amounts to expropriation. The variation of the terms of a contract or license by legislative measures, the termination of the contract or the failure to perform any of its terms, for instance, by non-payment, the dissolution of the local company with which the investor may have contracted and the transfer of its assets (with or without the liabilities) these and similar acts the treaties render wrongful.”

24) Ibrahim Shihata, “Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties”, in I.F.I. Shihata and J.D. Wolfensohn (eds.), *The World Bank in a Changing World: selected Essays and Lectures*, Vol. II, Brill Academic Publishers, Leiden, Netherlands, 1995, at 601 (“as Prosper Weil has observed, treaties may furthermore elevate contractual undertakings into international law obligations, by stipulating that breach by one State of a contract with a private party from the other State will also constitute a breach of the treaty between the two States. In many of the newer investment treaties, this approach is followed in provisions giving guarantees in respect of the ‘observance of undertakings’.”)

ICSID중재와 BIT연구에 최고권위를 인정받고 있는 Christoph H. Schreuer교수도 ‘포괄적 보호조항’이 BIT에 삽입된 이유가 계약상의 의무를 BIT의 보호우산에 놓이게 함으로써 전통적인 국제기준을 넘어 추가보호를 제공한다는 점에 있다고 강조한다.<sup>26)</sup>

James Crawford교수도 포괄적 보호조항은 투자자에게 추가적인 보호장치가 된다고 보고 있다. 그러나 그는 포괄적 보호조항이 계약분쟁을 조약분쟁으로 전환시키는 것이 아니라 조약분쟁의 근거를 제공하는 것으로 보고 있다. 즉, 포괄적 보호조항은 투자계약을 준수해야 하는 국제의무(international obligation)를 발생시켜 관할권이 변경되지만 계약분쟁의 성격이나 적용되는 준거법이 바뀌는 것은 아니라는 입장을 취한다.<sup>27)</sup> 이에 따라 국제관할과 국내관할이 경합하는 것이 아니라 국내관할권을 적용한 후에 투자계약상의 권리보호가 미흡한 경우 국제관할권이 순차적으로 적용되는 보완의 문제로 보고 있다. 그리고 관할권이 국내관할에서 조약관할로 이전되었다 하더라도 계약분쟁의 성격과 적용될 준거법은 그대로 유지된다고 본다. 이러한 입장은 *SGS v Philippines*사건이나 그가 참여했던 *CMS v Argentina (Annulment)*의 입장이기도 하다.

주류 국제법학자들은 정도의 차이는 있지만 ‘포괄적 보호조항’의 적용범위를 국가가 체결한 투자계약이나 국가의 행위로 피해를 입는 모든 계약상의 의무로 포괄적인 해석의 입장을 취하고 있다. 즉, 국가의 행위가 반드시 주권행위일 필요는 없고 상행위도 포함될 수 있다는 입장이다. 이러한 입장은 투자유치국의 관점에서 보다는 투자자의 보호라는 관점에 충실하다고 볼 수 있다. 그러나 그 적용범위, 적용방식, 적용기준이나 효과 등에 대해서는 아직 구체적인 입장이 정리되어 있다고 볼 수 없다. 흥미로운 점은 국제투자중재 무대에서 활동하는 중재인의 수가 제한되어 있고 상당수의 중재인이 학자들로 구성되어

25) Emmanuel Gaillard, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered”, p.345 (“An historical examination of the origins of observance of undertakings clauses shows in the clearest manner that the intention of States negotiating and drafting such clauses is to permit a breach of contract to be effectively characterised as the breach of an international treaty obligation by the host State. The main jurisdictional consequence of this characterisation is that a BIT tribunal, as distinct from the contract judge, may assert jurisdiction over claims arising out of the contract but with respect to the host State’s international obligations under the observance of undertakings clause.”); Gaillard, Emmanuel, Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, *International Arbitration Law*, New York Law Journal, Vol.234:68, October 6, 2005.

26) C. Schreuer, “Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road”, *J.World Investment*, 2004, 250 (“[umbrella clauses] have been added to some BIT to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards. They are often referred to as ‘umbrella clauses’ because they put contractual commitments under the BIT’s protective umbrella. They add the compliance within vestment contracts, or other under takings of the host State, to the BIT’s substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT.”.); Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case considered, in *Todd Weiler (ed.), INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: leading Cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and Customary international Law*, Cameron May, 2005, pp.281-324.

27) Crawford, James, Treaty and Contract in Investment Arbitration, the 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007, pp.18-20, 22.

있어 학설과 중재판정의 논리가 상당히 유사하며 학자들의 중재판정에 대한 분석도 상당히 조심스럽게 이루어지고 있다는 점이다. 현재까지는 이러한 학술적인 분석이 주로 국제 중재법원의 판례분석을 통해 이루어지고 있다. 그 이유는 BIT에 규정된 조문의 내용이 구체적인 사건을 통해 실제로 어떠한 문제가 쟁점이 되는지가 밝혀지기 때문이다. 따라서 당분간은 ICSID법원의 판례분석을 통해 포괄적 보호조항을 해석하고 분석하는 방식으로 연구가 진행될 것이다. 이러한 점에서 ICSID중재법원의 판례분석이 학문적 논의의 중심이라 할 수 있다.

#### IV. ‘포괄적 보호조항’의 해석상 법률문제

조약상에 나타나는 ‘포괄적 보호조항’을 비교해보면 거의 유사한 성격을 띠고 있으면서도 표현에 있어 미세한 차이점이 나타난다. 이에 따라 포괄적 보호조항을 해석할 때 제정 목적, 적용범위와 그 효과에 있어 차이점이 있는지 주의해야 한다. 포괄적 보호조항을 해석하기 위해서는 조약 체결자의 의사, 국제법원의 판례와 법학자들의 의견을 두루 살펴보아야 한다. 그런데 일반적인 다자협약과 달리 포괄적 보호조항은 대부분 양자협정인 BIT나 복수조약인 FTAs등에 주로 나타나는데, 협상문서나 공식해설서가 없는 경우가 대부분이다. 결국 포괄적 보호조항을 해석하기 위해서는 국제법원의 판례와 법학자들의 의견에 기초하게 된다.

현재까지 중재법원의 판례와 학설은 대체적으로 포괄적 보호조항이 해당조약에서 해석되어야 하기 때문에 포괄적 보호조항의 용어자체를 조약의 목적과 적용범위 및 효과에 맞추어 해석해야 한다고 보고 있다. 포괄적 보호조항을 해석할 때 주로 발생하는 법률문제는 (1) 포괄적 보호조항의 강제적용성문제 (2) 포괄적 보호조항의 의무범위에 관한 문제 (3) 포괄적 보호조항의 적용대상이 되는 투자계약의 범위문제 (4) 포괄적 보호조항의 적용요건에 관한 점이다.

(1) 포괄적 보호조항의 강제적용성문제. 포괄적 보호조항은 대부분 명령적인 문구를 사용하고 있다. 즉, 포괄적 보호조항의 적용에 강제성이 있음을 의미한다. 이러한 문구의 형태는 주로 “shall observe commitments”, “shall observe any obligation”, “shall observe any other obligation”, “shall observe any contractual obligation”와 같이 무조건부 강제이행의 형태를 띠거나, “shall, subject to its law, adhere”, “shall, subject to its law, do”, “shall in the first instance be dealt with”, “shall respect in good faith” 등과같이 덜 명령적인 조건부 이행의 형태로 되어있다. 예를 들어 1997년 한국-벨라루스 간의 BIT 제10(3)조는 “Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with

regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”와 같이 무조건적 강제이행의 문체를 사용하고 있다.

(2) 포괄적 보호조항의 의무범위에 관한 문제. 포괄적 보호조항을 실질적으로 해석하는데 있어 중요한 문제는 의무의 범위와 성격에 관한 사항이다. 포괄적 보호조항을 보면 의무의 용어에 관하여 다양한 표현을 하고 있다. 어떤 조약은 “commitments”, “any obligation”, “any other obligation” 등의 표현을 사용한다. 한국이 체결한 BIT의 경우에도 “commitments”, “specified commitments”, “all obligation”, “any obligation”, “any other obligation”, “an obligation”, “any written undertakings”, “a written undertaking”, “any contractual obligation”, “an investment agreement”, FTAs에서는 “existing rights and obligations”, “agreement”, “any obligation”, “any duties” 등의 표현을 사용하고 있다. “any obligation”은 포괄적이기 때문에 제한적 형태의 의무가 아닌 모든 형태의 의무(all obligations)라는 것이 포괄적 보호조항의 연혁에서 나타나는 가장 고전적 해석이다. *Eureko v Poland* 사건에서 중재판정부는 이러한 입장을 고수했다.<sup>28)</sup> 어떤 조약은 obligations “entered into” by a State를 사용하고, 어떤 조약은 obligations “assumed” by the State를 언급한다. 이러한 다양한 표현은 포괄적 보호조항이 언급하는 “obligation”이 국가-투자자간의 계약상의 의무만을 의미하는 것인지, 아니면 국가가 입법조치나 행정조치 등을 통해 일방적으로 취한 의무도 모두 포함하는지가 문제될 수 있다. 그리고 의무(obligation)의 당사자가 중앙정부만 의미하는지 아니면 지방정부 등도 의미하는지의 문제도 발생한다.

(3) 포괄적 보호조항의 적용대상이 되는 투자계약의 범위. ‘포괄적 보호조항’의 해석에 있어 가장 논란이 되는 사항은 보호의 대상이 되는 투자계약의 종류에 관한 것이다. 이미 ‘포괄적 보호조항’의 연혁에서 살펴본 바와 같이 BIT에서 국가가 부담하고자 하는 의무(obligations)는 국가-투자자간의 투자계약상의 의무이지 사인(私人)간에 체결된 투자계약상의 의무가 아니라는 점이다. 그래서 투자계약의 범위에 관한 학설과 판례의 논쟁은 주로 정부가 당사자가 되는 투자계약의 성격과 범위에 관한 논의에 집중되어 있다. 혼동을 피하기 위해 대부분의 BIT는 일반적으로 국가-투자자 간의 투자계약에만 한정되어 적용된다는 의미를 명시하고 있다. 그러나 일부 BIT는 사인간의 투자계약은 포함되지 않음을 구체적으로 명시하기도 한다. 예를 들어, The Czech Republic-Singapore BIT 1995 제 15조는 이러한 문구에서 약간 더 명확한 문구를 사용하여 사인간의 계약은 포함되지 않음을 명시하고 있다.<sup>29)</sup>

28) *Eureko B.V. v. Poland, Partial Award*, (<http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf>), 19August2005.

29) “(2) Each Contracting Party shall observe commitments, additional to those specified in this Agreement it has entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall not interfere with any commitments, additional to those specified in this Agreement, entered into

(4) 포괄적 보호조항의 적용요건과 시기. 절차상에 있어 가장 큰 문제는 포괄적 보호조항이 적용되는 경우 그 적용요건과 적용시기를 결정하는 것이다. 투자계약상의 의무가 투자조약상의 의무로 승격된다고 할 경우 곧바로 조약의 분쟁해결절차를 택할 수 있는지, 아니면 투자계약상의 분쟁해결절차를 모두 거친 후, 또는 투자계약상의 분쟁해결절차가 실효성이 없다는 것이 확인된 다음 조약절차를 택할 것인지가 문제된다.

## V. 국제중재법원의 판례

지금까지의 중재법원판례를 분석해보면 ‘포괄적 보호조항’의 해석과 적용에 관련된 문제가 얼마나 심각한지 쉽게 알 수 있다. 가장 논란이 되고 있는 핵심적인 문제는 외국인 투자자가 체결한 투자계약이 BIT상의 계약위반에 해당되는가 하는 문제를 규명하는 것이다. 이는 결국 ‘포괄적 보호조항’이 보호하고자 하는 계약의 범위가 어디까지인가 하는 BIT상 적용범위의 해석문제로 귀결되기 때문에 우선적으로는 관할권에 관한 소송절차상의 문제와 그 적용범위에 관한 실체법상의 문제가 제기된다. 이에 따라 관할권충돌에 관한 보편적인 해석원칙이 확립되지 않는 한 ‘포괄적 보호조항’을 근거로 제기되는 투자중재소송은 관할권에 관한 선결항변이 우선적으로 제기될 수밖에 없다. 이러한 경향은 최근의 중재판례에서 뚜렷이 나타난다.

따라서 BIT를 해석하는데 있어 계약국들의 의사를 알 수 있으면 큰 도움이 된다. 문제는 일반적인 다자협정과 달리 양자조약인 BIT는 당사자들의 의사를 파악할 수 있는 협상 문서나 공식해설문을 찾아보기가 사실상 불가능하다는 점이다. 당사국들이 ‘포괄적 보호조항’을 삽입한 취지를 직접 설명할 수도 있으나 분쟁의 당사국들이 자신들의 이익과 상반된 합의의견을 낸다는 것 자체가 쉽지 않으며, 중재판정부의 경우도 이러한 당사자의견을 받아들일지도 미지수다. 그리고 국제법상 BIT나 ‘포괄적 보호조항’의 해석에 관해 보편적으로 인정된 원칙이 확립되어 있는 것도 아니기 때문에 다수의 중재법원은 결국 조약법의 해석원칙에 따라 조약의 형식적 의미파악에 충실하려는 형식적 해석론의 입장을 따른다. 이런 입장은 조약제정자들의 의사와 판례, 학설 함및 사회상황 등을 고려하여 문언의 실질적 의미를 파악해야 한다는 실질적 해석론의 입장과 충돌하게 된다.

그런데 조약문장에 충실하게 형식적인 해석을 한다고 하여도 ‘포괄적 보호조항’의 문구가 일반적으로 ‘any obligation’과 같이 일견 포괄적인 의미로 나타나기 때문에 조약제정자의 의사와 합치하는가 하는 의문이 들게 된다. BIT상 규정이 ‘투자와 관련된 어떠한 모든

by nationals or companies with the nationals or companies of the other Contracting Party as regards their investments”(밑줄은 필자강조).

의무'라고 한다면 문언적으로는 국가-투자가간의 투자계약은 위반형태와 관계없이 모두 포함되기 때문에 사실상 투자계약상의 분쟁해결조항의 존재이유 내지는 국제계약의 대원칙인 당사자 자치원칙을 근본적으로 부인한다는 문제가 발생한다. 즉, 투자조약과 투자계약의 당사자가 다른 상태에서 계약당사자 일방이 계약상 합의를 무시하고 조약구제를 구하는 것이 과연 당사자 자치원칙에 부합하는지와 조약당사자의 본래 의사와 합치하는지에 관한 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 대부분의 국제법학자들은 이에 관하여 합치한다는 입장을 견지하고 있다. 그러나 국가-국가간 조약, 국가-투자가간 투자계약, 투자가-투자가간 국제투자계약에 계약의 근본원칙인 당사자 자치의 원칙(Principle of Party Autonomy)과 합의준수의 원칙(*pacta sunt servanda*)은 모두 적용된다. 이러한 계약/조약간에 선택을 해야 한다면 필연적으로 동일한 원칙간에 충돌의 문제가 발생하기 때문에 해석상 조화점을 찾아야 할 것이다.

‘포괄적 보호조항’의 의미와 적용범위에 관해 ICSID중재법원도 계속적으로 다루어오고 있는데 각 사건마다 관련 사건의 분석을 인용하여 사용하기 때문에 처음에 비해서는 어느 정도 이론이 정립되어 가고 있는 중이다. 흥미로운 점은 중재판정부가 선례기속의 원칙(*stare decisis*)의 부존재에도 불구하고 판례를 상당히 인용하고 있다는 사실이다. 물론, 법원들은 이러한 선결례의 인용이 법원이 스스로 기속되거나 판정에 영향을 미치지 않는다는 점을 강조하기는 하지만 사실상 이전의 중재판정이 재판에 큰 영향을 미치고 있다. 이러한 사실은 중재판정부도 판정논리를 구성하는데 그만큼 확신이 없다는 것을 반영하는 것으로 해석해 볼 수도 있다. *Fedax N.V. v. Venezuela*(ICSID Case No. ARB/96/3)<sup>30)</sup>, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*(ICSID Case No. ARB/01/13)<sup>31)</sup>, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*(ICSID Case No. ARB/02/6)<sup>32)</sup>, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*(ICSID Case No. ARB/03/11)<sup>33)</sup>, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*(ICSID Case No. ARB/01/11)<sup>34)</sup>, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*(ICSID Case No. ARB/02/13)<sup>35)</sup>, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*(ICSID Case No. ARB/03/3)<sup>36)</sup>, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*(ICSID Case No. ARB/03/15)<sup>37)</sup>, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*(ICSID Case ARB/01/3)<sup>38)</sup> 등이 최근의 중재판정에서 포괄적 보호조항의 해석과

30) Final award of March 9, 1998.

31) Decision on Jurisdiction of August 6, 2003.

32) Decision on Jurisdiction of January 29, 2004.

33) Award of August 6, 2004.

34) Award of October 12, 2005.

35) Award of January 31, 2006.

36) Decision on Jurisdiction of April 22, 2005.

37) Decision on Jurisdiction of April 27, 2006.

관련하여 자주 인용되고 있는 판례이다. 그러나 판정 간에도 아직까지 만족할 만한 조화점이 발견되고 있지 않다. 어떤 판례는 투자조약의 ‘포괄적 보호조항’의 적용이 투자계약보다 상위에 있다고 보고 계약당사자의 선택이 가능하다고 보아 ‘포괄적 보호조항’을 실제적인 측면에서 접근하고 있고, 어떤 판례는 ‘포괄적 보호조항’의 절차적 측면을 강조하여 일정조건을 충족하는 경우 적용이 가능하다는 해석을 하고 있다. 흥미로운 점은 중재판정부의 대다수가 국제법학자들의 다수이론을 따르고 있다는 점이다. 즉, ‘포괄적 보호조항’이 적용되는 투자계약은 일방이 국가여야 한다는 점이다. 그러나 판례는 적용되는 투자계약의 성격이 어느 특정성을 가져야 하는지 또는 상거래를 포함하여 모든 계약에 적용되는지, 아니면 정부의 주권행위라는 특정의 공공계약만이 적용되는가 하는 문제에 관해서는 이견을 보이고 있다. 현재까지의 중재판례를 분류해보면 대략 투자에 관한 모든 계약이 적용된다는 광의의 해석과 특정의 공공계약만이 적용대상이 된다는 협의의 해석으로 대립되어 있다. 즉, 중재판정부의 중재인들의 구성에 따라 해석에 차이가 난다는 것으로, 결국 ICSID 중재판정부가 수시적 성격을 벗어나지 못하고 있음을 보여준다. 현재까지의 중재판례를 보면 포괄적 보호조항의 해석에 관한 쟁점이 투자계약의 적용대상과 범위에 관한 문제로 집중되어 있기 때문에 이하에서는 포괄적 보호조항의 적용대상과 적용절차를 중심으로 중재판례를 확대해석과 축소해석으로 구분하여 살펴보겠다.<sup>39)</sup>

## 1. ‘포괄적 보호조항’을 넓게 해석한 판례들

대부분의 BIT는 ‘포괄적 보호조항’을 작성할 때 비교적 포괄적인 표현을 사용하기 때문에 문어적인 해석을 할 경우 투자에 관한 모든 계약이 적용대상이 된다. 계약의 형태나 내용에 관계없이 국가-투자자간 계약이면 ‘포괄적 보호조항’이 적용된다고 보아 계약분쟁은 조건 없이 자동적으로 조약분쟁으로 승급된다는 입장이다. *SGS v. Philippines* 사건(2004)을 시작으로 *Sempra v. Argentina*(2005), *Eureko v. Poland* (2005), *Siemens v. Argentina* (2007), *LG&E v. Argentina* (2006), *Enron v. Argentina* (2007), *Noble Ventures v. Romania* (2005) 등이 이러한 태도를 취한다.

*SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. the Republic of the Philippines* 사건<sup>40)</sup>에서 중재판정부는 이전의 *SGS v. Pakistan* 사건의 중재판정부의 판정을 인용하면서, 동 판정이 ‘포괄적 보호조항’을 지나치게 좁게 해석하여 제한적인 적용을 한 것에 대해 비판했다. 중

38) Award of May 22, 2007.

39) 따라서 포괄적 보호조항의 강제적용성문제, 포괄적 보호조항의 의무범위에 관한 문제와 포괄적 보호조항의 적용요건에 관한 문제 등은 투자계약의 범위에 관한 논의에 수반하여 다루도록 하겠다.

40) *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. the Republic of the Philippines*, ICSID case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004 ([http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657\\_En&caseId=C6](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_En&caseId=C6))

재판정부는 *SGS v. Philippines* 사건의 스위스-필리핀 BIT 제X(2)조<sup>41)</sup>가 *SGS v. Pakistan* 사건의 스위스-파키스탄 BIT 제11조<sup>42)</sup>에 비해 더욱 포괄적인 점을 강조하며 ‘포괄적 보호조항’의 광의해석(broad interpretation)이 자칫 사인간 계약의 분쟁해결조항을 무력화시킬 수 있다는 우려를 하는데, 이에 대해서는 동의하지만 제X(2)조의 광의해석으로 초래되는 것은 아니라는 입장을 밝혔다.<sup>43)</sup> 즉, *SGS v. Pakistan* 중재판정부는 광의해석이 국내계약분쟁을 자동적으로 모두 국제조약분쟁화 할 수 있는 것이 아니라<sup>44)</sup> 해당조문인 제X(2)조에서 규정하는 “특정 투자(specific investment)”, 즉 동 건의 CISS 투자계약에서 발생하는 의무(commitments or obligations)에 관한 것이기 때문에 분쟁은 계속하여 국내계약상의 분쟁이며 준거법도 투자계약에 적용되는 국내법을 따른다는 해석을 했다(paras.127-128). 이러한 이유로 계약과 조약이 경합하는 것이 아니라 우선 계약상의 관할권을 따르고 이에 불만이 있는 경우 조약관할을 적용할 수 있기 때문에 그때까지는 조약관할권이 정지(pending)된다는 상당히 현실적인 견해를 밝혔다.

*Sempra Energy International v. Argentina*(2005)사건<sup>45)</sup>에서도 양측은 ‘포괄적 보호조항’의 적용여부를 놓고 공방을 벌였다. 우선, 2005.5.11.관할권항변에 관한 판정에서 중재판정부는 계약상 의무위반이 어떻게 조약상의 규정을 통해 투자자가 권리행사를 할 수 있는지에 관한 사항은 조약상의 관할권결정에 관한 문제라고 요약한 후<sup>46)</sup>, 신청인의 주장이 계약과 조약상에 모두 근거하고 있고, 조약이 투자에 관한 계약상의 의무준수에 관한 ‘포괄적 보호조항’을 둔 이상 투자계약과 조약간에 상당히 긴밀한 관계를 형성한다고 판단했다.<sup>47)</sup>

중재판정부는 2007.9.28.의 최종판정에서 ‘포괄적 보호조항’의 위반여부를 판정해야 했

41) Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”

42) Article 11 of the Swiss-Pakistan BIT: “Each State Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”

43) Para. 123.

44) Para. 126.

45) *Sempra Energy International v. Republic of Argentina*, ICSID case No ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005.

46) Id., para.100(“100. While the specific nature of each claim can only be assessed by examining the merits of the dispute, the Tribunal notes at this stage that the dispute arises from how the violation of contractual commitments with the licensees, expressed in the license and other acts, impacts the rights the investor claims to have in the light of the provisions of the Treaty and the guarantees on the basis of which it made the protected investment.”)

47) Id., para.101(“101. The claim is accordingly founded on both the contract and the Treaty, independently of the fact that purely contractual questions having no effect on the provisions of the Treaty can be subject to legal action available under the domestic law of the Argentine Republic. Neither here does the Tribunal have any reason to depart from this approach. The fact that the Treaty also includes the specific guarantee of a general “umbrella clause”, such as that of Article II(2)(c), involving the obligation to observe contractual commitments concerning the investment, creates an even closer link between the contract, the context of the investment and the Treaty.”)



다. 신청인은 조약 Article II(2)(c)의 ‘포괄적 보호조항’에 의거하여 의무위반을 주장했다(para.305). 신청인은 ‘포괄적 보호조항’이 계약이나 국가의 법에 포함된 광범위한 약속으로부터 발생하는 의무에 모두 적용된다고 주장하고 있고(para.306), 피신청인은 관습법에 따르면 계약위반이 조약위반이 될 수 없기 때문에 국가의 국제책임이 발생할 수 없다는 주장을 했다(para.307). 아르헨티나는 *SGS v. Pakistan* 사건을 인용하여 계약분쟁이 BIT분쟁이 될 수 없다고 주장한다. 아르헨티나는 *SGS v. Philippines*에서조차도 *SGS v. Pakistan*과 이견이 있기는 하지만 ‘포괄적 보호조항’이 ‘특정된 투자(specific investment)’에 관련된 의무에 국한되는 것이며 ‘일반적인 계약상 위반(ordinary contractual breaches)’에 까지 적용되는 것이 아니라는 입장이었다는 주장을 펼쳤다(para.307).

당사자들은 투자계약위반이 조약상에 보호를 받는 권리이나 의무위반일 경우에 한해 보호를 받는다는데 입장을 같이 했다. 즉, 양자의 차이는 구체적으로 라이선스계약이 조약상의 보호를 받는 투자계약인가 하는 실체법상의 문제로 귀결된다. 일방은 라이선스계약위반이 일반적인 계약위반(ordinary contractual breach)이라고 보고, 타방은 조약상 특정된 계약의 위반으로 본 것이다. 법원도 *SGS v. Philippines*의 판례와 마찬가지로 일반적인 상업적 성격의 계약위반이 조약위반은 아니라는 점을 인정하고 있다(“ordinary commercial breaches of a contract are not the same as Treaty breaches”)(para.310). 그리고 *SGS v. Pakistan* 사건에서와 같이 이러한 구분이 ‘포괄적 보호조항’의 무분별한 확대를 막는데 필요하다라고 판단했다(“such a distinction is necessary so as to avoid an indefinite and unjustified extension of the umbrella clause”)(para.310). 따라서 법원은 조약에서 규정하는 ‘특정된 투자(specific investment)’가 무엇인가를 밝히는데 초점을 맞추었다. 이는 결국 주권국가로서 국가가 직간접적으로 주권행사를 하는 형태에 관한 판단으로 귀결되었다. 이에 대해 법원은 이러한 구분이 어렵기는 하지만 동 건의 경우는 아르헨티나 정부가 도입한 법규제의 변화에 기인해 발생한 손해이기 때문에 단순히 상업적 성격의 일반적인 계약위반(“mere ordinary contractual breaches of a commercial nature”)이 아니라고 판단했다<sup>48)</sup>.

*Eureko B. V. v. Poland*(2005)사건<sup>49)</sup>에서도 ‘포괄적 보호조항’의 해석원칙에 관한 논의가 있었다. ICSID밖에서 이루어진 투자분쟁사건이지만 중재법원은 *SGS v. Philippines* 법

48) Award of the Tribunal ,28 September 28 2007 (para.311 “In many cases, it might be difficult to draw this distinction, as not every kind of conduct can be clearly ascribed to one or the other type. The measures discussed before this Tribunal are not, however, mere ordinary contractual breaches of a commercial nature. They are instead the outcome of major legal and regulatory changes introduced by the State, and give expression to a change of policy that is evidently not what was envisaged in the License and legal framework governing the privatization and the investments made in its context. Only the State, and not an ordinary contract party, can decide that such sweeping changes will operate as part of the public function. Contractual breaches made in this context are far from ordinary, and may in themselves be a source of Treaty violations if they affect a right protected under the Treaty.”)

49) *Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, (<http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf>), 19 August 2005.

원의 해석원칙을 지지하면서 포괄적 보호조항은 있는 그대로의 문어적 해석(the umbrella clause ‘means what it says.’)(para.256)이 적용되어야 하며 축소해석을 해서는 안 된다는 입장을 견지했다. 중재법원은 1969년 조약법에 관한 비엔나협약의 제31(1)의 일반적 의미(ordinary meaning)를 교과서적으로 해석했다. 즉, 법원은 BIT에서 ‘shall observe’라고 하면 이는 강제적인 의미를 지니며 ‘any obligations’라고 하면 특정한 형태의 의무뿐만 아니라 모든 의무를 포괄한다는 입장을 취했다.

*Siemens A.G. v. Argentina*(2007)사건<sup>50)</sup>에서도 중재판정부는 ‘포괄적 보호조항’의 해석방식에 관해 판단했다. 2007년2월6일의 판정에서 법원은 독일-아르헨티나BIT의 ‘포괄적 보호조항’은 조약에 규정된 바에 따르는 형식적인 해석을 해야 한다는 입장을 취했다.<sup>51)</sup> 즉, BIT에서 포괄적 보호조항에 관련된 계약상의 의무는 계약의 성격에 따라 포괄적 보호조항에 해당하는지를 판단하는 것으로 해석해서는 안되며 엄격한 문어적인 해석을 해야 한다는 입장인 것이다.

이러한 문어적 해석에 대해서는 *LG&E Energy Corp. v. Argentina*사건<sup>52)</sup>에서도 동일한 태도를 취했다. ICJ판사를 역임했던 Francisco Rezek교수가 중재인의 일원으로 참여했던 동 재판에서 법원은 BIT Article II(2)(c)의 ‘포괄적 보호조항’이 투자에 관해 부담하는 모든 의무(“[e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”<sup>53)</sup>)인 이상 그 의무를 충실하게 지켜야 한다고 보았다. 법원은 이미 많은 중재사건에서 ‘포괄적 보호조항’이 국내법상의 의무 때문이 아니라 국가-투자자간 투자계약상 의무로 발동되었던 점을 상기시키면서(para.171), LG&E가 투자자로서 아르헨티나의 가스법 상의 투자보장이 파기되면서 조약의무를 위반하게 된 점을 강조했다. 즉, 가스법의 위반이 ‘포괄적 보호조항’을 발동시켜 아르헨티나의 국제책임을 물을 수 있는가 하는 점이다. 법원은 이에 대해 LG&E투자는 가스법의 투자혜택에 유인되었기 때문에 LG&E의 특정투자라고 판단했다<sup>54)</sup>. 즉, 법원은 ‘포괄적 보호조항’의 적용은 정부가 부담하는 특정한 투자 의무에 위반되는 경우에 이루어진다는 입장을 보였다.

*Enron Corp. v. Argentina*사건<sup>55)</sup>에서도 법원은 조약조문의 형식적 해석에 비중을 두었

50) Siemens A.G. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/02/8,6February2007.

51) Id. para.204 ([the umbrella clause] “has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty.”). 그리고 para.206.

52) LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/01, para.170, 3October2006.

53) Id. para.170.

54) Id. para.175 (“(…)Argentina made these specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law and other regulations, and then advertising these guarantees in the Offering Memorandum to induce the entry of foreign capital to fund the privatization program in its public service sector. These laws and regulations became obligations within the meaning of Article II(2)(c), by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause.”)

55) Enron Corp. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/01/3,22May2007,paras.273-74.

다. 법원은 BIT상의 ‘어떠한 의무(any obligation)’는 의무의 성격에 관계없이 ‘투자에 관련된 의무’이면 ‘포괄적 보호조항’이 발동될 수 있다고 보았다. 즉, 계약의 내용이 투자에 관련되는 경우 ‘포괄적 보호조항’이 발동될 수 있으며 계약의 형태가 어떤 것인지는 문제 되지 않는다는 입장이다.

*Noble Ventures, Inc. v. Romania* 사건<sup>56)</sup>에서도 상술한바와 같이 법원은 ‘포괄적 보호조항’의 사용문구가 조약마다 차이가 있기 때문에 조약에 규정된 일반적인 의미, 즉 형식적 해석에 충실해야 한다고 보았다. 그리고 미국-루마니아 BIT의 ‘포괄적 보호조항’을 해석하는데 있어 비록 ‘any obligation’이 포괄적이기는 하지만 BIT의 성격과 목적을 감안하여 어느 정도 제한적인 해석이 이루어 질 수 있음을 인정했다.

*SGS v. Pakistan* 법원과 같이 당사자 의사를 발견하기 위해서는 단순한 문장해석(plain textual meaning)을 넘어 문맥해석(contextual meaning)을 해야 한다는 입장도 있지만 (paras.166, 171), 최근의 중재판정부는 단순한 문어적 해석을 따르는 경향이 크다. 이는 그만큼 중재판정부가 받는 부담이 크다는 것으로 볼 수 있다. *Eureko* 중재판정부의 문어적 해석(‘means what it says’)은 중재판정부가 빠져들 수 있는 해석상의 실수를 최소화하는 안전장치로서의 역할을 한다. 같은 맥락에서 *Noble Ventures* 중재판정부도 동일한 ‘포괄적 보호조항’이라고 하더라도 조약마다 사용하는 용어나 표현에 차이가 있기 때문에 그 일반적인 의미(‘ordinary meaning’)를 그대로 해석하는 것이 합리적이라는 보수적인 판단을 했다<sup>57)</sup>. 이와 같이 중재법원간에 ‘포괄적 보호조항’의 해석에 관한 국제적으로 인정되는 해석원칙이 정립되지 않은 상태에서는 현실적으로 BIT를 협상하는 국가가 이러한 해석상의 위험을 인식하여 그에 관한 명확한 규정을 마련해야 할 것이다.

## 2. ‘포괄적 보호조항’을 제한적으로 해석하는 판례들

‘포괄적 보호조항’을 제한적으로 해석하려는 입장은 조약의 문맥적인 해석(contextual interpretation)을 통해 BIT상 ‘포괄적 보호조항’의 적용을 받는 계약의 범위를 구체화하려는 것이다. 즉, 모든 계약이 포괄적 보호조항의 보호를 받는 것이 아니라 투자에 관련된 특정의 공공계약(public contracts)만이 해당된다는 입장이다. ‘포괄적 보호조항’의 적용을 제한함으로써 그 남용을 막고 조항의 발동기준을 강화하고자 하기 때문에 그 적용기준에 따라 판례 간에 차이가 발생하게 된다.

이러한 협의해석을 취하는 경우 해당되는 공공계약의 범위를 어떻게 정하는가가 주요 문제가 된다. 이러한 입장을 표명한 판례는 그리 많지 않다. 중재법원들이 투자계약을 포

56) *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award, ICSID Case No. ARB/01/11, 12 October 2005, para. 61.

57) *Id.*, para. 50.

판적 보호조항의 보호를 받도록 하려는 광의해석을 더 선호하는 경향을 보이기 때문이다. 협의해석을 지지하는 입장은 ‘포괄적 보호조항’이 모든 계약분쟁에 적용되기 보다는 어느 정도 제한적으로 특정계약에 대해서만 적용되어야 한다는 생각을 한다. 그렇지 않으면 계약상의 근본원칙인 ‘당사자 자치의 원칙’, ‘합의준수의 원칙’ 등이 당사자가 자발적으로 체결하지 않았던 ‘투자보호조약’에 의해 훼손될 수 있기 때문이다. 즉, 계약의무와 조약보호는 일반법과 특별법의 관계로서 계약상 의무소진(외교적 보호에서 국내구제절차소진과 유사)을 한 후 효과가 없을 경우 조약보호를 찾아야 하는 절차를 준수해야 한다고 본다.

이러한 제한적 입장을 취하는 ICSID판례들도 계속적으로 나오고 있다. *SGS v. Pakistan*(2003), *Joy Mining Machinery Ltd. v. Egypt* (2004), *Salini v. Jordan* (2004), *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina* (2005), *El Paso Energy v. Argentina* (2006) 등이 이러한 판례에 속한다.

상술한 바와 같이 *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan* 사건<sup>58)</sup>은 ICSID 중재법원이 포괄적 보호조항의 범위를 해석한 첫 번째 사건이었다. 동 건은 스위스-파키스탄BIT의 해석에 관한 것으로서 중재법원은 ‘포괄적 보호조항’이 계약위반을 조약위반으로 자동승급 시켰다는 SGS의 주장을 받아들이지 않았다<sup>59)</sup>. 법원은 이러한 해석의 법적인 결과가 국가에 미치는 영향이 너무 크기 때문에 조약당사자들이 그러한 의도가 있었다는 것을 명확하게 증명해야 한다고 밝혔다. 법원은 계약당사자들이 이러한 증명을 충분히 하지 못했다고 판단했다. 즉, 법원은 계약위반이 자동적으로 조약위반에 이르게 되는 것은 아니라는 입장이었다.

*Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt* 사건(2004)<sup>60)</sup>에서 중재법원은 포괄적 보호조항을 *SGS v. Pakistan*과 유사한 형태로 좁게 해석했다. 즉, 법원은 해당 계약분쟁이 조약상의 보호를 받는 투자분쟁으로 인정받기 위한 연결고리가 불충분하기 때문에 BIT상의 포괄적 보호조항의 보호를 받을 수 없다는 논리를 세웠다.

법원은 계약분쟁과 조약분쟁(the difference between contract-based claims and treaty-based claims)의 문제는 이미 *Lauder, Genin, Aguas del Aconquija, CMS, Azurix, the Annulment Committees in Vivendi, Wena, SGS v. Pakistan, SGS v. Philippines* 등에서 중요하게 다루어졌음을 상기시키며(para.71), 투자계약의 상업적 성격(commercial element of

58) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No.ARB/01/13.

59) Id. para.166 (“As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion. The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically “elevated” to the level of breaches of international treaty law. Thus, it appears to us that while the Claimant has sought to spell out the consequences or inferences it would draw from Article 11, the Article itself does not set forth those consequences.”)

60) *Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt*, Award on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/03/11, August 6 2004.

the Contract) (para.78)에 대해서는 조약위반을 주장할 수 없다는 입장을 취했다. 따라서 ‘포괄적 보호조항’이 원용되기 위해서는 투자계약위반이 상업적인 성격의 것이 아니어야 하고 상업적이라 하더라도 정부의 자의적인 개입이 있었는지의 여부 등 구체적인 사실에 근거해야 한다고 판단했다.<sup>61)</sup>

*CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*(2005)사건<sup>62)</sup>에서도 중재법원은 ‘포괄적 보호조항’의 적용을 제한하려고 했다. 최종판정에서 법원은 아르헨티나가 미국-아르헨티나 BIT의 Article II (2)의 ‘포괄적 보호조항’에 따라서 국제적으로 책임이 있다고 판정했다. 그러나 ‘포괄적 보호조항’은 반드시 투자자와 주권자로 행동하는 국가간에 체결된 계약에 대해서만 적용된다는 점을 강조했다. 즉, 동 문제는 이미 *Lauder v. Czech Republic*, *Genin v. Estonia*, *Aguas del Aconquija v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *SGS v. Pakistan*, *SGS v. Philippines*, *Joy Mining v. Egypt* 등의 사건에서 다루어졌던 문제로서 국가가 주권행위를 하여 발생하는 계약위반에 대해서만 포괄적 보호조항이 적용되며 국가가 상행위자인 경우는 포괄적 보호조항이 적용되지 않는다고 하여 포괄적 보호조항의 적용기준을 밝혔다<sup>63)</sup>.

*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (2006)사건<sup>64)</sup>에서 중재법원은 *SGS v. Philippines* 사건에서 투자조약의 용어가 불분명할 경우 외국인투자자에게 유리하게 해석해야 한다는 법원결정을 검토한 후, 투자조약의 해석을 균형있는 방식으로 접근해야 한다고 판단하며 포괄적 보호조항이 자의적으로 확대 적용되는 것을 경계했다. 법원은 ‘포괄적 보호조항’은 국가가 주권국가로서 한 약속의 위반으로 발생하는 투자 분쟁에 국한되어 (‘disputes resulting from a violation of a commitment given by the State as a sovereign State’) 적용되며 일상적인 상거래계약(ordinary commercial contract)에는 적용되지 않는다는 점을 분명히 했다.<sup>65)</sup> 이는 법원이 ‘포괄적 보호조항’의 확장해석은 국

61) Id. para.81. (“In this context, it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. The connection between the Contract and the Treaty is the missing link that prevents any such effect. This might be perfectly different in other cases where that link is found to exist, but certainly it is not the case here.”)

62) *CMS v. Republic of Argentina*, ICSID case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

63) Id. para.299(“299. The Tribunal will not discuss the jurisdictional aspects involved in the Respondent’s argument, as these were dealt with in the decision on jurisdiction. Regarding the merits of the argument, however, the Tribunal believes the Respondent is correct in arguing that not all contract breaches result in breaches of the Treaty. The standard of protection of the treaty will be engaged only when there is a specific breach of treaty rights and violation of contract rights protected under the treaty. Purely commercial aspects of a contract might not be protected by the treaty in some situations, but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the rights of the investor.”)

64) *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006. Text in [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC511\\_En&caseId=C17](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC511_En&caseId=C17)

내법질서와 국제법질서간의 구분을 파괴하는 극단적인 결과를 가져올 수 있음을 우려 한 것이다.

*Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*(2006)사건<sup>66)</sup>은 *El Paso Energy*건에 참석했던 2명의 중재인(1인 재판장, 1인 중재인)이 다시 말했다. 중재인들은 미국-아르헨티나BIT에 있는 조항은 계약상의 의무를 조약상의 의무로 전환하는 포괄적 보호조항으로 인용될 수 없다고 해석했다<sup>67)</sup>. *El Paso Energy*와 *Pan American Energy*건은 같은 중재인들이 재판을 했기 때문에 판정의 논리도 같았다. 그리고 두 건 모두 미국회사와 아르헨티나와의 분쟁이었기 때문에 모두 미국-아르헨티나BIT에 있는 ‘포괄적 보호조항’을 해석했다. 중재인들은 조약상의 포괄적 보호조항은 국가 또는 국가소유단체와의 일반적인 상사계약(ordinary commercial contract)은 해당되지 않으며 BIT상에 포함되어 있는 안정화 조항 등의 경우와 같이 국가가 주권자로서 계약상 동의한 투자보호(“investment protections contractually agreed by the State as a sovereign”)의 경우에만 해당된다는 제한적인 해석을 하였다<sup>68)</sup>.

중재법원의 판단의 근거가 된 것은 국가가 BIT를 제정하는 목적이 모든 투자관련 계약을 보호하는 것이 아니라 정부가 꼭 보호해야 할 법익이 있는 계약이어야 한다는 것이다. 그렇지 않다면 모든 사소한 계약도 조약분쟁으로 변할 수 있기 때문에 조약의 근본취지에 반하게 된다는 것이 주요 논리이다<sup>69)</sup>. 이와 같이 2개의 중재법원은 ‘상인으로서의 국가와의 계약’과 ‘주권자로서의 국가와의 계약’으로 구분하여 ‘포괄적 보호조항’은 주권자로서의 국가와의 계약에만 적용되는 것으로 해석을 시도하였다. 그러나 이러한 해석은 국가가 체결한 계약에 있어 국가를 주권자로서의 국가와 상인으로서의 국가로 구별하게 되는 문제를 발생케 한다.

## VI. 결 론

‘포괄적 보호조항’은 그 의미와 적용범위 및 효과가 불확실함에도 불구하고 BIT협정에 꾸준히 삽입되어 오고 있다. 그러나 ‘포괄적 보호조항’은 실제에서는 원용이 되어오지

65) Id., para.85(“(…) It adds that, in view of Article VII(1) of the US-Argentina BIT, a violation of an investment agreement entered into by the State as a sovereign and a national or company of the United States is deemed to be also a violation of the Treaty and can thus give rise to a treaty claim.”)

66) *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13 and *BP America Production Co. and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/8; Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006.

67) Decision on Preliminary Objections, para 110.

68) *El Paso*, para.81; *Pan American*, para.109.

69) *El Paso*, para.82; *Pan American*, para.110.

않았기 때문에 주로 학자들의 연구대상일 뿐이었고, 대부분의 학자들은 ‘포괄적 보호조항’이 계약의무(contractual obligations)를 조약의무(treaty obligations)로 격상시키는 조항으로 생각해 왔다. 그러나 대상계약의 범위나 적용방식과 그 효과 등에 대한 연구는 거의 없었다. 그러다가 2003년 SGS사건에서 ‘포괄적 보호조항’의 해석이 실제문제로 등장하면서 동 문제는 학계뿐만 아니라 중재법원에서조차 논의의 대상으로 주목 받게 되었다.

현재까지의 중재법원 판례가 보여주듯 법원 간에도 ‘포괄적 보호조항’의 적용범위와 적용방식에 대해서는 입장의 차이가 있다. 이러한 차이와 이에 따른 불확실성은 중재인들의 성향에 따른 귀결일 수도 있으나 근본적으로는 ‘포괄적 보호조항’의 존재의미에 관한 상이한 이해와 각각의 조약이 규정하고 있는 ‘포괄적 보호조항’의 표현 형태의 다양성에 따른 해석상의 차이에 의한 것이다. 따라서 투자조약에 ‘포괄적 보호조항’을 삽입할 경우 그 적용범위를 명확히 할 필요가 있고 ‘포괄적 보호조항’이 포함된 투자조약을 해석할 때에는 ‘포괄적 보호조항’의 삽입목적, 용도, 당사자 의사 등을 고려해야 한다.

현재까지 나타난 중재법원의 판례나 학자들의 입장을 보면 조약에 포함된 ‘포괄적 보호조항’의 표현방식에 따라 대략 3가지의 해석이 나타나고 있다. 하나는 광의해석의 입장으로 통상 ‘포괄적 보호조항’이 *shall observe any obligations* 등의 표현을 사용하는 경우 다른 의미가 명시되지 않는 한 모든 투자계약(all investment contracts)을 포함하여 국가가 부담하는 모든 의무(all obligations assumed by the contracting States)를 포괄하는 것으로 이해하는 것이다. 둘째는 협의해석으로서 ‘포괄적 보호조항’이 *shall guarantee the observance* 등의 표현을 사용하는 경우 축소해석을 하여 일반적인 계약상의 의무는 포함시키지 않는 것으로 이해하는 것이다. 셋째는 ‘포괄적 보호조항’이 일반적인 계약상의 의무는 조약상의 중재법원관할로부터 명시적으로 배제하는 규정을 하는 경우이다. 이 경우 일반적인 계약의무는 BIT의 보호를 받지 못한다.

이와 관련하여 대부분의 중재법원은 ‘포괄적 보호조항’이 존재하는 경우 그 문구가 명시적으로 제한적이지 않는 경우에는 통상 계약상의 의무도 포함하는 광의의 해석을 선호한다. 이는 국제투자를 보호하고자 하는 국제중재인들의 일반적인 경향과도 관련이 있다. 즉, ‘포괄적 보호조항’을 문어적으로 해석하는 것이 다수 판례가 취하는 입장이다. 따라서 포괄적 보호조항에 투자자의무에 관해 해설적 또는 명시적인 제한을 하지 않으면 중재인의 태도에 따라 조약의 보호를 받을 수 있는 투자범위가 확장될 수도 있고 축소될 수도 있는 법적 불안정성에 놓이게 된다.

‘포괄적 보호조항’은 외국인투자자로서는 투자유치국과의 계약분쟁의 경우 강력한 부수적 보호장치가 된다. ‘포괄적 보호조항’이 실제로 법원해석의 대상이 되면서 나타나는 장단점을 고려하여 새로운 형태의 ‘포괄적 보호조항’이 개발될 것으로 보인다. 예를 들어 2004년 미국의 모델BIT는 조약보호를 받는 투자분쟁의 범위와 절차를 제한적으로 명시했다.

우리나라가 최근 체결하는 대부분의 BIT는 일방채약당사자와 타방채약당사자의 투자자 간의 투자분쟁해결에 관한 규정을 두어 ICSID 투자중재를 이용하도록 하고 있으며, 광의해석이 가능한 형태의 포괄적 보호조항(예를 들어 1998년 한국-엘살바도르BIT 제12(3)조 “각 채약당사자는 각자의 영역 안에서 타방채약당사자의 투자자가 행한 투자와 관련하여 부담하게 되는 기타 모든 의무를 준수하여야 한다.”(“Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”)을 두고 있어, ICSID의 판례를 기준으로 한다면 포괄적 해석이 적용된다고 볼 수 있다.<sup>70)</sup> 즉, 국가-투자자 계약이 체결되는 경우 그 계약의 성격에 관계없이 BIT의 보호를 받을 수 있는 가능성이 높다. 그래서 앞으로 체결되는 BIT에 포괄적 보호조항의 적용범위를 명시적으로 제한하는 방법을 적극적으로 고려해야 하며 이미 체결된 BIT에 대해서는 포괄적 보호조항의 해석의정서의 도입내지는 ICSID 중재법원의 판례동향을 예의주시해야 한다.

흥미로운 점은 ICSID의 중재법원들이 ‘포괄적 보호조항’의 해석과 관련하여 이전 판정문들을 자세히 분석하여 이를 주장의 근거로 취하고 있다는 사실이다. 중재법원들도 조항 해석에 차이가 있기 때문에 이전 판례를 통해 해석에서 발생하는 문제점과 그 해결방안을 판례분석을 통해 어느 정도 통일 내지 합치시키는 작업을 하고 있는 것이다. 이러한 경향은 결국 ICSID 중재법원들 자체가 BIT의 해석을 국제법적 차원에서 균형 있고 조화롭게 합치시키려는 의지를 나타내는 것으로 볼 수 있다. 사실분석보다는 법률해석에 대한 필요성이 증가하기 때문이다. 중재법원이 선례기속의 원칙(stare decisis)이 적용되지 않음을 알면서도 선결례를 인용하는 것은 사실상 최근 중남미의 대륙법계 국가들이 받아들이고 있는 구속력있는 선례(jurisprudence constante)를 형성하려는 경향을 보이는 것이다<sup>71)</sup>. 결국, 이러한 중재법원의 태도는 ICSID가 갖고 있는 제도상의 문제, 즉 사건에 따라 수시적으로 구성되는 중재제도이자 단심제에 기인한 법적 불안정성의 근본적인 문제에 기인한다. 따라서 이러한 문제는 ICSID 중재제도를 상설화하고 상소기구를 설치함으로써 해결될 수 있는 문제이기 때문에 ‘포괄적 보호조항’의 해석과 적용문제는 결국 국제투자법에서 논의되고 있는 ‘ICSID 중재제도의 개선’과 ‘상소기구’의 설치문제와도 밀접한 연관이 있다.<sup>72)</sup>

70) 별첨 1 에 최근에 한국이 체결한 BIT 중 포괄적 보호조항에 삽입된 예를 열거해 놓았다. 거의 예외없이 광의해석이 가능한 형태로 규정되어 있다. 한편, 한국이 체결한 한-칠레FTA, 한-미국 FTA, 한-싱가포르 FTA의 투자챕터에서도 ‘일방당사국과 타방당사국 투자자간의 분쟁해결’에 관한 규정을 두어 조약중재를 신청할 수 있도록 하여 같은 효과를 도출하도록 해놓고 있다.

71) 투자중재판정의 jurisprudence constante 경향에 대해서는 다음을 참조. Andrea K. Bjorklund, Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante, UC Davis Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 158, December 2008, (<http://ssrn.com/abstract=1319834>).

72) 이에 관해서는 조희문, “국제투자분쟁에서의 항소제도(appellate system) 도입가능성에 관한 소고”, 「국제법학회논총」, 제53권 제3호, 대한국제법학회, 2008, pp.219-248.



## 별첨 1 (한국이 체결한 BIT중 포괄적 보호조항이 삽입된 예. 조약서명일 기준)

한국-키르기스스탄BIT(2007.11.19)

Article 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-모리셔스BIT (2007.6.18)

ARTICLE 10 APPLICATION OF OTHER RULES

3. Either Contracting Party shall honour any obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-가봉공화국BIT (2007.8.10)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

3. Either Contracting Party shall be observe any other obligation that it may have entered into force with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party

한국-도미니카 공화국BIT (2006.6.30)

ARTICLE 10 APPLICATION OF OTHER RULES

3. Either Contracting Party shall observe any other obligation that may have entered into force with respect to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-가이아나BIT (2006.7.31)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

3. Either Contracting Party shall observe any other obligation that may have entered into force with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-요르단BIT (2004.7.24)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

3. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments made in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-쿠웨이트BIT (2004.7.15)

ARTICLE 11 Application of Other rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-자메이카 BIT (2003.6.10)

ARTICLE 10 Application of other Rules and Special Commitments

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-알바니아BIT (2003.12.15)

Article 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-베트남BIT (2003.7.31)

ARTICLE 18 Application of Other Rules and Special Commitments

(3) Each Contracting Party shall observe any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-사우디 아라비아BIT (2002.4.4.)

ARTICLE 8

(2) Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-파나마BIT (2001.7.10)

ARTICLE 10 Application of other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-코스타리카BIT (2000.8.11)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

3. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-과테말라BIT (2000.8.1)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-온두라스BIT (2000.10.24)

ARTICLE 10 APPLICATION OF OTHER RULES

3. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-니카라과BIT (2000.5.15)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-카타르BIT (1999.4.16)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-엘살바도르BIT (1998.7.6)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-홍콩BIT (1997.6.30)

ARTICLE 11 Application of other Rules and Special Commitments

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its area by investors of the other Contracting Party.

한국-벨로루시BIT (1997.4.22)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-남아프리카공화국BIT (1995.7.7)

ARTICLE 10 Application of Other Rules

(3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

한국-인도공화국BIT (1996.2.26)

Article 11 Application of Other Rules

2. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party, provided that dispute resolution under Article 8 of this Agreement shall only be applicable in the absence of a normal, local, judicial remedy being available.

한국-포르투갈BIT (1995.5.3)

Article 10 Application of other Rules

2. Contracting Party shall observe, in addition to this Agreement, any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory made by investors of the other Contracting Party.

## 참 고 문 헌

- 조희문, "국제투자분쟁에서의 항소제도(appellate system) 도입가능성에 관한 소고", 「국제법학회논총」, 제53권 제3호, 대한국제법학회, 2008, pp.219-248.
- Andrea K. Bjorklund, Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante, UC Davis Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 158, December 2008, (<http://ssrn.com/abstract=1319834>).
- Cheng, Tai-Heng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration.", Fordham International Law Journal, Vol. 30, 2007; NYLS Legal Studies Research Paper No. 06/07-20. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=959382>.
- Crawford, James, Treaty and Contract in Investment Arbitration, the 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007, 22p.
- Dolzer, Rudolf, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administration Law, International Law and Politics, Vol.37:953, 2005, pp.953-972,
- Gaillard, Emmanuel, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered, in *Todd Weiler(ed.), INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: leading Cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and Customary international Law*, Cameron May, 2005, pp. 325-346.
- Gaillard, Emmanuel, Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, International Arbitration Law, New York Law Journal, Vol. 234:68, October 6, 2005.
- Herz, Mariana, Regimen Argentino de Promocion y Proteccion de Inversiones en los Albores del Nuevo Milenio: de los tratados bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC, Revista electronica de Estudios Internacionales vol.7, 2003, pp.1-20 ([www.reei.org](http://www.reei.org)).
- Kunoy, "Singing in the Rain: Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses", The Journal of World Investment and Trade ,2006, 275.
- Mouzas, Stefanos and Furmston, Michael, From Contract to Umbrella Agreement, Cambridge Law Journal, 67(1), March 2008, pp.37-50.
- Schreuer, Christoph, "Calvo's Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration", The Law and Practice of International Courts and Tribunals 1:2005, 20p.
- Schreuer, Christoph, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims -

- the Vivendi I Case considered, in *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: leading Cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and Customary international Law*, Cameron May, 2005, pp.281-324.
- Schreuer, Christoph, Travelling the BIT Route - of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.5 No.2, April 2004, pp.231-256.
- Schwebel, Stephen, "On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of international law", *Justice in International Law-Selected Writings* (Cambridge: Cambridge University Press),1994, pp. 425-435.
- Shihata, Ibrahim, "Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties", in I.F.I. Shihata and J.D. Wolfensohn (eds.), *The World Bank in a Changing World: selected Essays and Lectures*, Vol. II, Brill Academic Publishers, Leiden, Netherlands, 1995.
- Sinclair, Anthony C., 'The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection' ,20 *ArbitrationInternational*, 2004, pp. 411-434.
- Sornarajah, M., *International Law on Foreign Investment*, Cambridge, England: Cambridge University Press, 2004.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), (*Dispute Settlement: Investor-State. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, 2003.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *INVESTOR-STATE DISPUTES ARISING FROM INVESTMENT TREATIES: A REVIEW*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Geneva: United Nations, 2005
- Walde, The "umbrella" clause in investment arbitration: a comment on original intentions and recent cases, *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, pp.183.
- Weil, Prosper, "*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*," 128 *Recueil des Cours* III, 1969.
- Wong, Jarrod, Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the device between developing and developed countries in foreign investment disputes, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol.14:1,pp.135-177.
- Yannaca-Small, Katia, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, *OECD Working Papers on International Investment*, October 2006, 29p.

## ABSTRACT

### Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Treaties

Hee-Moon Jo

One of the controversial issues in investor-state investment arbitration is the interpretation of “umbrella clause” that is found in most BIT and FTAs. This treaty clause requires on Contracting State of treaty to observe all investment obligations entered into with foreign investors from the other Contracting State. This clause did not receive in-depth attention until *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* cases produced starkly different conclusions on the relations about treaty-based jurisdiction and contract-based jurisdiction. More recent decisions by other arbitral tribunals continue to show different approaches in their interpretation of umbrella clauses.

Following the *SGS v. Philippines* decision, some recent decisions understand that all contracts are covered by umbrella clause, for example, in *Siemens A.G. v. Argentina*, *LG&E Energy Corp. v. Argentina*, *Sempra Energy Int'l v. Argentina* and *Enron Corp. V. Argentina*. However, other recent decisions have found a different approach that only certain kinds of public contracts are covered by umbrella clauses, for example, in *El Paso Energy Int'l Co. v. Argentina*, *Pan American Energy LLC v. Argentina* and *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*. With relation to the exhaustion of domestic remedies, most of tribunals have the position that the contractual remedy should not affect the jurisdiction of BIT tribunal. Even some tribunals considered that there is no need to exhaust contract remedies before bringing BIT arbitration, provoking suspicion of the validity of sanctity of contract in front of treaty obligation.

The decision of the Annulment Committee in CMS case in 2007 was an extraordinarily surprising one and poured oil on the debate. The Committee composed of the three respected international lawyers, Gilbert Guillaume and Nabil Elaraby, both from the ICJ, and professor James Crawford, the Rapporteur of the International Law Commission on the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, observed that the arbitral tribunal made critical errors of law, however, noting that it has limited power to review and overturn the award. The position of the Committee was a direct attack on ICSID system showing as an internal recognition of ICSID itself that the current

system of investor-state arbitration is problematic.

States are coming to limit the scope of umbrella clauses. For example, the 2004 U.S. Model BIT detailed definition of the type of contracts for which breach of contract claims may be submitted to arbitration, to increase certainty and predictability.

Latin American countries, in particular, Argentina, are feeling collectively victims of these pro-investor interpretations of the ICSID tribunals. In fact, BIT between developed and developing countries are negotiated to protect foreign investment from developing countries. This general characteristic of BIT reflects naturally on the provisions making them extremely protective for foreign investors. Naturally, developing countries seek to interpret restrictively BIT provisions, whereas developed countries try to interpret more expansively. As most of cases arising out of alleged violation of BIT are administered in the ICSID, a forum under the auspices of the World Bank, these Latin American countries have been raising the legitimacy deficit of the ICSID. The Argentine cases have been provoking many legal issues of international law, predicting crisis almost coming in actual investor-state arbitration system. Some Latin American countries, such as Bolivia, Venezuela, Ecuador, Argentina, already showed their dissatisfaction with the ICSID system considering withdrawing from it to minimize the eventual investor-state dispute.

Thus the disagreement over umbrella clauses in their interpretation is becoming interpreted as an historical reflection on the continued tension between developing and developed countries on foreign investment. There is an academic and political discussion on the possible return of the Calvo Doctrine in Latin America.

The paper will comment on these problems related to the interpretation of umbrella clause. The paper analyses ICSID cases involving principally Latin American countries to identify the critical legal issues arising between developing and developed countries. And the paper discusses alternatives in improving actual investor-State investment arbitration; *inter alia*, the introduction of an appellate system and treaty interpretation rules.

**Key Words :** International Investment Dispute, International Investment Arbitration, Investment Treaty Arbitration, Investor-State Dispute(ISD), Bilateral Investment Treaty(BIT), Umbrella Clause, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)