

포괄적 보호조항의 적용범위에 관한 연구

- ICSID 중재사례를 중심으로 -

A Study on the Scope of Umbrella Clause : Focusing on the ICSID Arbitration Cases

황 지 현* Ji-Hyeon Hwang

목 차

| | |
|---------------------|----------|
| I. 서론 | IV. 결론 |
| II. 포괄적 보호조항의 의미 | 참고문헌 |
| III. 포괄적 보호조항의 적용범위 | Abstract |

국문초록

투자계약이 투자협정의 보호를 받을 수 있도록 규정하는 포괄적 보호조항은 투자계약상의 이행의무를 투자협정국간의 구체적인 합의로 명시하며 투자보호를 강화하는 역할을 한다. 그러나 대부분의 투자협정에 규정되어 있는 포괄적 보호조항은 그 적용범위와 관련하여 확립된 기준이 없어 논란의 여지가 많다. 포괄적 보호조항은 그 적용범위에 따라 투자의 보호 범위를 확장하거나 축소할 수 있기 때문에 중요한 의미를 가진다. 그러므로 본 연구는 포괄적 보호조항의 적용범위와 관련하여 ICSID 중재사례에 초점을 맞추어 이를 분석하고자 한다. 그리고 이러한 사례분석을 통하여 포괄적 보호조항의 적용범위를 획정할 수 있는 기준들을 유추하여 실무적인 지침을 마련하고자 한다.

* 건국대학교 국제무역학과 강사, 제1저자

I. 서론

포괄적 보호조항(Umbrella Clause)을 원용한 국제투자분쟁이 증가하고 있다. 최근 *Swisslion v. Macedonia* 사건에서 외국인투자자는 투자유치국의 일방적인 주식매매계약의 해지를 근거로 스위스-마케도니아 BIT상 제12조에 “Chacune des Parties Contractantes assurera à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l’égard des investissements des investisseurs de l’autre Partie Contractante.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 위반을 주장하였다.¹⁾

포괄적 보호조항은 투자유치국이 투자와 관련하여 외국인투자자에게 약속한 의무를 준수할 것을 규정하고 있으며, 대부분의 투자협정에서 포괄적 보호조항을 명시하고 있다. 그러나 포괄적 보호조항은 협정마다 표현상의 차이가 존재하며, 동 조항의 적용범위와 관련하여 분쟁의 소지가 있음에도 불구하고 아직 확립된 기준이 없는 것이 현실이다. 포괄적 보호조항은 외국인투자자에게 추가적인 실체적인 권리를 부여하는 것은 아니지만 그 적용범위에 따라 투자의 보호 범위를 확장하거나 축소할 수 있기 때문에 중요하다.

포괄적 보호조항의 적용범위는 SGS(스위스의 선적진 검사회사)가 관련된 2개의 유사한 사건에서 상이한 중재판정이 내려지면서부터 동 조항의 적용범위를 둘러싸고 활발한 논의가 이루어졌다. 동 조항을 광의로 적용할 경우 모든 투자계약 위반이 투자협정 위반으로 전환되어 투자협정상 분쟁해결절차를 선택하여 해결할 수 있게 된다. 이는 국가 대 사인 또는 법인이 체결한 투자계약이 국가 대 국가가 체결한 투자협정의 보호를 받을 수 있게 됨으로써 투자의 보호 범위가 확대된다. 그러나 동 조항을 협의로 적용할 경우 모든 투자계약상의 분쟁이 투자협정상 분쟁으로 전환되지 않으며, 제한적인 경우에 한하여 이를 전환할 수 있게 됨으로써 투자의 보호 범위가 축소된다.

이처럼 포괄적 보호조항의 적용범위는 그 중요성에도 불구하고 학계 및 중재판정에서 통일된 원칙이 정립되어 있지 않아 논란의 여지가 많다. 동 조항에 관한 선행연구를 살펴보면, 김석호(2010)의 엘빠소 對 아르헨티나 사건의 국제중재판정을 중심으로 국제투

1) 이에 중재판정부는 투자유치국이 관할법원에 제소하여 최종판결을 받아 계약해지를 구하고 있는 것을 고려한 바, 이는 합리적으로 포괄적 보호조항의 위반이 성립되지 않는다고 판시하였다. 그러면서 중재판정부는 본 사건에서 모든 투자계약상의 위반이 포괄적 보호조항의 위반을 구성하는지는 다루지 않는다고 실시하였다(*Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award, July 6, 2012. (BIT Switzerland-Macedonia, Former Yugoslav Republic of 1996, BIT Macedonia, Former Yugoslav Republic of-Serbia 1996)).

자보호조약상 우산조항의 효력을 고찰한 연구와 박민아·한지희(2010)의 포괄적 보호조항에 관한 주요쟁점과 해결을 위한 제언이 있다. 또한 오원석·김용일(2008)의 Umbrella Clause와 MIGA를 중심으로 국제투자계약에 따른 위험대처 방안에 관한 연구와 조희문(2009)의 국제투자조약상 포괄적 보호조항의 해석에 관한 연구 등이 있다. 그러나 포괄적 보호조항의 적용범위에 대한 연구가 아직 미비한 실정이므로 다각적이고 심층적인 연구가 필요하다.

그러므로 본 연구는 문헌연구의 방법으로 포괄적 보호조항의 적용범위에 관한 최근 학계와 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: 이하 ICSID)의 중재판정 동향을 고찰하고 시사점을 도출하고자 한다. 포괄적 보호조항의 적용범위와 관련하여 ICSID 중재사례에 초점을 맞추어 이를 심도 있게 분석함으로써 서로 다른 중재판정을 내리는 듯 보이지만 포괄적 보호조항의 적용범위를 확정할 수 있는 기준들을 유추하여 실무적인 지침을 마련하고, 향후 발생할 수 있는 동일·유사분쟁을 대비하는데 도움이 되고자 한다.

II. 포괄적 보호조항의 의의

1. 포괄적 보호조항의 의의

포괄적 보호조항은 투자유치국이 외국인투자자에게 약정한 계약상의 의무를 준수해야 하는 것을 말한다. 다수의 투자협정은 최혜국대우, 내국민대우, 공정·공평대우 등과 같은 투자보호원칙 외에도 포괄적 보호조항을 규정하여 투자계약이 투자협정의 보호를 받을 수 있도록 하고 있다. 포괄적 보호조항은 투자유치국과 외국인투자자가 체결한 투자계약을 국가 대 국가가 체결한 투자협정의 보호를 받을 수 있도록 함으로써 투자보호를 강화하는 역할을 한다(UNCTAD, 2014). 국제투자분쟁이 발생할 경우, 투자계약상에 분쟁 해결절차가 있음에도 불구하고, 투자협정상에 규정된 포괄적 보호조항을 원용하여 분쟁 해결절차를 선택하여 해결하는 것이다. 그러므로 포괄적 보호조항의 목적은 투자계약상의 이행의무를 투자협정국간의 구체적인 합의로 남기며, 계약위반이 발생한 경우 투자협정상의 분쟁해결절차에 따라 국제중재를 제기할 수 있도록 하는 것이다(김석호, 2010).

포괄적 보호조항은 Mirror Effect Clause, Parallel Effect Clause, Sanctity of Contract Clause, Pacta Sunt Servanda Clause, Respect Clause, Umbrella Clause

등 다양한 용어로 불리고 있다. 포괄적 보호조항은 투자유치국이 외국인투자자에게 투자와 관련하여 약속한 의무를 준수할 것을 규정하고 있다. 따라서 동 조항은 투자계약이 투자협정상에서 규정하고 있는 투자(investment)의 개념에 포함하는 경우에만 적용되므로 투자협정에서 규정하고 있는 투자의 범주에 해당하지 않은 계약위반에 대하여 투자협정의 위반을 주장할 수 없는 경우도 있다. 그리고 포괄적 보호조항에서 투자와 관련한 약속은 투자계약상의 명시적인 약속뿐만 아니라 입법적 또는 행정적인 약속도 포함될 수 있다. 외국인투자자가 투자 당시에 투자유치국의 입법적 또는 행정적인 약속을 믿고 투자하였는데, 투자유치국이 이를 위반한 경우 포괄적 보호조항이 적용될 수 있으므로 이에 유의할 필요가 있다. 그러므로 포괄적 보호조항은 투자유치국이 외국인투자자에게 약속한 내용을 이행하도록 강제하는 역할을 하며, 외국인투자자를 보호하는 기제(mechanism)로 작용한다.

각국이 체결하고 있는 투자협정상에 규정된 포괄적 보호조항은 협정마다 다소 차이가 있으나 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”, “Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered with regard to investments of investors of the other Contractual Party.”, “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.”, “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”, “Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor.” 등으로 명시되고 있다(박민아·한지희, 2010).

2. 포괄적 보호조항의 연혁

포괄적 보호조항에 대한 논의의 시초는 1951년 AIOC(Anglo-Iranian Oil Company)사건²⁾이다. 투자유치국인 이란이 모든 석유생산시설을 국유화하는 조치를 단행하면서 영국이 대주주로 참여했던 투자자 AIOC와 1933년에 체결한 석유양허계약이 일방적으로 파

2) Anglo-Iranian Oil Company (UK v. Iran) International Court of Justice, 22 July 1952.

기되었다. 본 사건의 해결과정에서 1953년 영국의 Elihu Lauterpacht가 이를 대비할 수 있는 관련 규정을 삽입하도록 법적 조언을 하였는데, 이를 포괄적 보호조항의 기원으로 볼 수 있다(Andrew Newcombe, Lluís Paradel, 2009).

동 조항에 대한 논의는 1959년 Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad(이하 Abs-Shawcross 초안)에서 이루어졌는데, 동 초안 제2조에 의하면, “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 초안의 입안자들은 제2조의 입법목적은 일반적으로 인정되는 합의준수(pacta sunt servanda)의 원칙이라면서 그 적용범위는 국가간의 협정뿐만 아니라 국가와 외국인 간에 체결된 계약까지도 적용된다는 것을 명시한 것이라고 해석하였다(조희문, 2009). 이는 투자유치국의 일방적인 양허계약(Concession Contract) 위반이 국제법상 위법행위가 되며, 외국인투자자가 국제법상의 구제를 받을 수 있도록 한 것이다. Abs-Shawcross 초안은 1959년 체결된 독일-파키스탄 BIT에 영향을 주어 동 BIT 제7조에 “Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항이 포함되었다. 그리고 이는 1991년 제정된 독일 모델 BIT 제8조 제2항에 “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.”라고 규정된 포괄적 보호조항에 반영되었다.

이후 1967년 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property(이하 OECD 초안)에도 영향을 미쳤는데 동 초안 제2조 의하면, “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 있다. OECD 초안을 바탕으로 1983년 미국 모델 BIT 제2조 제4항에 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investors or nationals or companies of the other Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항이 삽입되었다. 이후, 1984년 미국 모델 BIT, 1987년 미국 모델 BIT 제2조 제2항에도 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항이 명시되어 있으나, 1994년 이후의 미국 모델 BIT에는 동 조항에 관한 규정을 두고 있지 않다.

이처럼 다수의 BIT에서 포괄적 보호조항을 찾아 볼 수 있으나, 모든 BIT에 포괄적 보호조항이 규정되어 있는 것은 아니다. 제3세계 국가의 모델 BIT를 포함하여 일부의 모델 BIT는 동 조항에 관한 규정을 두고 있지 않는데 중국, 칠레, 스리랑카 모델 BIT 등은

포괄적 보호조항에 관한 규정이 없으며, 미국 모델 BIT(2012)는 비록 명문의 규정은 두고 있지 않으나 중재의 범위에 계약상 청구를 포함시킴으로써 관련 문제를 처리하고 있다(이재우, 2013).

3. 포괄적 보호조항의 해석

포괄적 보호조항 규정은 상당히 유사하지만 투자협정마다 조금씩 표현상의 차이가 있는데, 이러한 표현상의 차이는 동 조항의 해석에 영향을 미칠 수 있다. 포괄적 보호조항의 해석은 동 조항의 일반적 의미에 초점을 맞추어 접근하는 방법과 국제법 및 국내법의 관계, 계약청구 및 협정청구의 관계를 고려하여 구조적으로 접근하는 방법이 있다(Stephan W. Schill, 2009). 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 제1항에 의하면, 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다고 규정하고 있다.³⁾ 따라서 통상적 의미에 따른 해석, 문맥에 따른 해석, 조약의 대상과 목적을 고려한 해석을 통하여 포괄적 보호조항을 고찰할 필요가 있다.

포괄적 보호조항을 통상적 의미에 따라 해석할 경우, 용어의 사전적 의미에 대한 이해가 선행되어야 한다. 의무의 준수와 관련하여 'shall'은 당사국들이 준수해야 하는 실질적인 의무를 의미하며, 'observe' 또는 'guarantee'는 법적의무에 대한 이행과 준수를 의미한다. 부과된 의무의 성격과 관련하여 'obligations'는 법적 의무를 의미하며, 'any obligations'은 투자와 관련한 모든 의무를 포함한다. 'commitments'는 법적 의무에 대한 약속까지 포함되지 않으나, 복수로 규정되면서 법적인 약속까지 포함하는 것으로 이해될 수 있다. 의무의 부담과 관련하여 'entered into'는 당사국들의 합의를 전제로 하며, 'assumed'는 합의를 전제로 하지 않고 일반적인 행위도 포함될 수 있다. 의무의 대상과 관련하여 대부분의 투자협정은 'investments'에 대하여 정의 조항을 통하여 그 의미를 명확히 규정하고 있으므로 이에 따라 해석하면 된다.

포괄적 보호조항을 문맥에 따라 해석할 경우, 투자협정의 전문과 본문 그리고 부속서까지 포함하여 고려하여야 한다.⁴⁾ 전문은 외국인투자자에게 우호적인 조건을 제공하고

3) 원문은 다음과 같다. "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

4) 조약법에 관한 비엔나협약의 제31조 제2항에 의하면, 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 합의와 (b) 조약의 체결에 관련하여 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조

투자의 촉진 및 보호에 대하여 명시하고 있으며, 본문은 당사국들이 합의한 투자의 개념에 대하여 정의 조항을 통해 규정하고 있다. 그리고 투자협정상에 규정된 포괄적 보호조항의 위치를 고려하기도 한다. 예컨대, 최혜국대우, 내국민대우, 공정·공평대우 등과 같은 실체적 대우의 기준을 명시하면서 그 다음에 포괄적 보호조항을 규정할 경우, 동 조항에 실체적 의무를 부여하는 것으로 해석될 수 있다. 또한 투자협정상의 분쟁해결조항을 검토해야 한다. 대부분의 투자협정은 외국인투자자가 선택할 수 있는 복수의 분쟁해결절차(투자유치국의 국내법원에 제소할 것인지 또는 ICSID에 중재를 회부할 것인지 또는 특정 중재기관을 정하지 않고 UNCITRAL 중재규칙에 의한 임의중재(ad hoc arbitration)를 따를 것인지를 규정)를 두고 있는데, 중복제소금지조항(Fork in the Road)을 도입함으로써 외국인투자자에게 선택할 기회를 주되 일단 하나의 절차를 선택하면 이를 최종적인 것으로 보고 다른 절차를 이용할 수 없게 하여 동일한 사안 또는 청구원인에 근거한 중복제소 남용을 막고자 하였다.⁵⁾ 따라서 선택한 수단의 판정이 최종판정이 되므로 중복제소를 통해 동일한 사안의 판정이 다르게 나올 수 있는 가능성을 미리 차단하고 있다(Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, 2008). 중복제소금지조항은 포괄적 보호조항이 투자계약상의 청구와 투자협정상의 청구를 모두 인정하기 때문에 발생할 수 있는 parallel proceeding과 같은 문제를 해결하는데 중요한 역할을 한다.

포괄적 보호조항을 대상과 목적을 고려하여 해석할 경우, 투자협정의 대상과 목적을 먼저 고찰하고 포괄적 보호조항의 대상과 목적을 고려하여야 한다. 포괄적 보호조항을 통상적 의미에 따라 해석하는 것이 충분하지 않을 경우 통상적으로 협정의 대상과 목적을 고려하여 해석한다. 예컨대, SGS v. Philippines 사건의 중재판정부는 포괄적 보호조항을 해석함에 있어 협정의 대상의 목적을 고려할 필요가 있다고 실시하였다.⁶⁾ 투자협정과 포괄적 보호조항의 대상은 투자협정상의 투자 정의 조항에 규정되어 있고, 목적은 투자협정상의 전문에 명시되어 있는 경우가 많다. 일반적으로 투자협정의 목적은 투자 및 투자자의 보호 그리고 투자의 촉진이므로 이를 고려하여 동 조항을 해석하여야 한다.

약에 관련되는 문서로서 수락한 문서까지도 포함한다. 동 조항의 원문은 다음과 같다. “The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.”

5) 국내법원에 청구한 분쟁과 국제중재에 청구한 분쟁이 동일한 사안일 경우에 한하여 중복제소금지조항이 적용된다(법무부, 2014).

6) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, April 11, 2008. (BIT Philippines-Switzerland 1997)

포괄적 보호조항의 해석시 모호하거나 애매하여 통상적 의미에 따른 해석만으로는 그 의미를 파악하는 것이 어려울 수 있기 때문에 문맥 그리고 대상과 목적을 함께 고려하여 해석하여야 한다. 그리고 당사국의 의도를 파악하고 제반 상황들도 고려하여 다각적으로 접근해야 할 필요가 있다.

Ⅲ. 포괄적 보호조항의 적용범위

포괄적 보호조항의 적용범위에 관하여 많은 논란이 있었으며, 아직까지 통일된 해석이 도출되지 못하였다. 중재판정은 포괄적 보호조항을 축소 적용하는 견해와 확대 적용하는 견해로 나뉘고 있다. 포괄적 보호조항에 관하여 상당한 논란이 된 계기는 SGS와 관련하여 유사한 2개의 사건에서 상반된 중재판정이 내려지면서부터이다. SGS v. Pakistan 사건에서 포괄적 보호조항의 협의의 해석 판정 이후에 SGS v. Philippines 사건에서 포괄적 보호조항의 광의의 해석 판정이 내려지면서 포괄적 보호조항의 적용범위에 대한 논의가 활발히 이루어졌다. 이하에서는 ICSID 중재사례를 중심으로 포괄적 보호조항의 적용범위를 축소 적용한 사례와 확대 적용한 사례로 구분하여 살펴보기로 한다.

1. 포괄적 보호조항을 축소 적용한 사례

SGS v. Pakistan 사건에서⁷⁾ 투자유치국과 외국인투자자가 선적전 검사 용역계약을 체결하고 서비스를 제공하던 중 투자유치국의 일방적인 계약해지 통보가 이루어면서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 스위스-파키스탄 BIT 제11조에 “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.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 문언은 투자유치국과 외국인투자자가 체결한 계약과 관련하여 투자계약 위반이 자동으로 투자협정 위반으로 전환하는 것이 아니라면서 외국인투자자가 동조항을 원용한 투자계약상의 청구에 대하여 중재판정부의 관할권이 없다고 판시하였다.

7) 포괄적 보호조항의 적용범위에 대하여 논의한 첫 번째 사건이라고 볼 수 있으며, 동 중재판정부 역시 다음과 같이 언급하였다. “It appears that this is the first international arbitral tribunal that has had to examine the legal effect of a clause such as Article 11 of the BIT. We have not been directed to the award of any ICSID or other tribunal in this regard, and so it appear we have here a case of first impression.”

그러면서 일반적으로 투자계약 위반 자체가 국제법의 위반이 되지 않으며, 투자유치국과 외국인투자자가 포괄적 보호조항을 규정할 당시 투자계약 위반을 투자협정 위반으로 보려고 한 의도가 있었는지에 대하여 명확히 입증되지 않았고, 동 조항을 확대 해석할 경우 모든 투자계약상의 분쟁이 투자협정상의 분쟁으로 전환되어 투자유치국에 지나친 부담을 줄 우려가 있다면서 동 조항을 제한적으로 해석하고자 하였다.⁸⁾

Joy Mining Machinery v. Egypt 사건에서 외국인투자자가 투자유치국 은행에 계약이행 보증금을 예치하고 장비를 제공하는 계약을 이행한 후에 투자유치국이 장비의 성능에 만족하다는 확인을 해주지 않아 이행보증의무가 계속 연장되면서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 영국-이집트 BIT 제2조 제2항에 “Either Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항은 모든 투자계약상의 분쟁을 투자협정상의 분쟁으로 전환하지 않으며,⁹⁾ 투자협정상의 권리 및 의무에 대한 분명한 위반이나 투자협정상의 보호를 유발할 정도로 투자계약상의 권리에 대한 상당한 침해가 있는 경우에 한하여 동 조항이 적용될 수 있는데, 본 사건은 이에 해당하지 않는 다면서 중재판정부의 관할권이 없다고 판시하였다. 그러면서 중재판정부는 투자계약이 상업적 계약인 경우에는 투자협정상의 보호대상이 아니라면서 사소한 상사분쟁까지 포괄적 보호조항을 원용하여 협정상의 분쟁이 될 수 없다고 실시하였다.¹⁰⁾

Salini v. Jordan 사건에서 건설공사를 완공한 후 최종 공사대금과 관련하여 투자유치국과 외국인투자자간에 상당한 이견을 보이면서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 이탈리아-요르단 BIT 제2조 제4항에 “Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor.”라고 규정된 포괄적 보호조항은 약속의 이행을 보장하기 위한 법적 체계(legal framework)를 신설하고 유지하여야 한다는 것으로서 *SGS v. Philippines* 사건의 필리핀처럼 투자유치국이 외국인투자자의 특정한 투자에 대하여 이미 부담하는 모든 의무를 준수하기로 약속한 것은 아니라면서 동 조항에 근거한

8) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Concluded, May 23, 2004. (BIT Switzerland-Pakistan 1995) 본 사건은 투자유치국과 외국인투자자가 합의를 도출하여 해결되면서 중간에 철회되었다.

9) 원문은 다음과 같다. “The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances per se a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State.”

10) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, August 6, 2004. (BIT Egypt, Arab Republic of-United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 1975)

외국인투자자의 투자계약상 청구에 대하여 관할권이 없다고 판시하였다.¹¹⁾

CMS v. Argentina 사건에서 투자유치국이 경제위기를 이유로 투자 당시에 외국인투자자에게 약속했던 것들을 지키지 못했을 뿐만 아니라 추가 조치를 취하면서 외국인투자자가 손해를 입고 소를 제기하자 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 c호에 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항은 모든 투자계약의 위반이 투자협정상의 위반을 구성하지 않으며, 상업적 계약은 투자협정에 의해 보호받지 못한다고 지적하였다. 그러면서 투자협정상의 권리를 침해한 경우나 투자협정에 의해 보호받은 계약상 권리를 침해한 경우에는 투자협정상의 보호규범이 적용될 수 있는 바, 본 사건은 당사적 계약이라고 볼 수 없고 투자유치국이 외국인투자자의 권리를 상당히 침해하고 있는 점을 고려할 때 투자협정상의 위반이 성립한다고 실시하였다.¹²⁾

Pan v. Argentina 사건에서 투자유치국이 경제위기를 극복하기 위하여 많은 조치를 취하는 과정에서 외국인투자자가 손해를 입음으로써 분쟁이 발생하자 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 c호의 포괄적 보호조항은 투자유치국이 상인으로서 체결한 투자계약에는 동 조항이 적용되지 않으며, 투자유치국이 주권자로서 체결한 투자계약에만 협정위반이 성립되는데, 그러한 투자계약은 동 BIT 제7조의 investment agreement에 해당하는 경우에 한하여 투자협정 위반으로 구성될 수 있다고 판시하였다.¹³⁾

Gustav v. Ghana 사건에서 독일-가나 BIT 제9조 제2항에 “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to its investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 관하여 중재판정부는 과거 *Impregilo v. Pakistan* 중재판정부의 판정을 인용하면서¹⁴⁾ 투자유치국과 독립된 법인격을 가진 특정기관과 체결한 계약에는 동 조항이 적용되지 않는다고 판시하였다. 그러면서 모든 투자계약상의 청구를 투자협정상의 청구로 전환하는 것은 국내법과 국제법 질서간의 경계를 모호하게 할 수 있으며, ICSID 협약 및 BIT의 취지에도 맞지 않는다고 실시하였다.¹⁵⁾

11) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, January 31, 2006. (BIT Italy-Jordan 1996)

12) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005. (BIT United States of America-Argentina 1991)

13) *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Concluded, August 20, 2008. (BIT United States of America-Argentina 1991)

14) *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Concluded, September 26, 2005. (BIT Pakistan-Italy 1997)

15) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/

El Paso v. Argentina 사건에서 투자유치국이 경제위기를 이유로 여러 조치를 단행하였고 이로 인하여 손해를 입은 외국인투자자가 소를 제기하자 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 c호의 포괄적 보호조항과 관련하여 투자유치국이 주권자로 관련된 분쟁에만 적용되어 투자중재의 관할권이 성립된다면서 투자유치국이 상인으로서 체결한 상업적 계약에는 동 조항이 적용되지 않으며, 동 조항을 확대 해석할 경우, 국내법과 국제법 질서 간의 혼란을 가져오고 많은 투자계약상의 분쟁이 협정상의 분쟁으로 이어질 위험이 있다고 판시하였다. 그러면서 본 사건에 분쟁의 대상이 된 양허계약의 당사자는 외국인투자자가 아닌 아르헨티나 내의 자회사이므로 외국인투자자는 위 투자계약 위반에 근거하여 청구를 제기할 당사자적격이 없다는 점을 이유로 외국인투자자의 미국-아르헨티나 BIT상의 포괄적 보호조항 위반 주장을 기각하였다.¹⁶⁾

Toto v. Lebanon 사건에서 투자유치국과 외국인투자자가 고속도로 건설계약을 체결한 후 투자유치국의 일방적인 조치로 인하여 분쟁이 발생하자 중재판정부는 이탈리아-레바논 BIT 제9조 제2항에 “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항은 청구의 근거를 강화하는데 사용될 수 있을 뿐이며, 동 조항으로 인하여 투자계약 위반이 투자협정 위반으로 전환될 수는 없다면서 투자계약의 청구는 투자계약에 근거하여 행해져야 하며 분쟁해결 역시 투자계약상에 규정되어 있는 투자유치국 법원에 의하여 이루어져야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾

Bosh International v. Ukraine 사건에서 중재판정부는 미국-우크라이나 BIT 제2조 제3항 c호에 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 일방당사자는 행위의 주체인 국가를 의미하며, 투자유치국의 특정기관이 한 행위가 국가에 귀속될 수 있다면 특정기관도 일방당사자로 볼 수 있으나, 투자계약상 청구인 경우에는 본 투자계약에 규정된 분쟁해결절차에 따라야 한다고 실시하였다.¹⁸⁾

07/24, Award, June 18, 2010. (BIT Ghana-Germany 1995)

16) *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011. (BIT United States of America-Argentina 1991)

17) *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, June 7, 2012. (BIT Lebanon-Italy 1997)

18) *Bosh International, Inc. and B&P, LTD Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, October 25, 2012. (BIT Ukraine-United States of America 1994)

2. 포괄적 보호조항을 확대 적용한 사례

SGS v. Philippines 사건에서 투자유치국이 용역대금을 미지급하자 외국인투자자는 스위스-필리핀 BIT 제10조 제2항에 “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항을 원용하여 소를 제기하였는데, 중재판정부는 투자유치국이 투자계약상 의무를 포함하여 구체적인 투자에 관해 부담하기로 한 의무를 준수하지 않으면 동 조항에 의하여 투자협정상의 위반을 구성한다고 판시하였다. 그러면서 BIT의 목적이 투자를 촉진하고 외국인투자자에게 유리한 환경을 제공하는 것이므로 포괄적 보호조항은 외국인투자자를 보호하는데 유리하게 해석되어야 한다고 지적하였다. 또한 본 사건에서 투자계약상 청구에 대한 중재판정부의 관할권은 성립되나, 투자계약상에서 관할권을 약정한 경우에는 이에 따라 명시된 법원 또는 판정부가 일차적인 관할권(본 사건에서는 투자유치국 법원)을 가지므로 투자유치국이 외국인 투자자에게 미지급한 용역대금이 투자계약상 분쟁해결절차에 의해 확정될 때까지 본 사건의 중재절차를 중지한다고 실시하였다. 따라서 본 사건은 투자계약상의 관할권을 우선 적용하고, 그 후에 투자협정상의 관할권을 적용할 수 있다고 보고 있다.¹⁹⁾

Fedax v. Venezuela 사건에서 투자유치국이 자신이 발행한 약속어음의 대금을 외국인 투자자에게 지급하지 않아서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 네덜란드-베네수엘라 BIT 제3조 제4항에 “Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of nationals of the other Contracting Party.”라고 규정된 포괄적 보호조항과 관련하여 통상적인 의미에 따라 보호대상인 투자에 적용되는 조건을 준수하고,²⁰⁾ 발행된 약속어음에 명시된 지급조건을 준수할 의무가 있다면서 투자유치국이 동 조항을 위반하였다고 판시하였다.²¹⁾

Noble Ventures v. Romania 사건에서 외국인투자자는 투자유치국의 행위가 미국-루

19) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, April 11, 2008. (BIT Philippines-Switzerland 1997)

20) ICSID 중재사례는 아니지만 *Eureko v. Poland* 사건의 중재법원 역시 네덜란드-폴란드 BIT 제3조 제5항에 “Each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”라고 규정되어 있는 포괄적 보호조항에 관하여 투자유치국이 투자와 관련하여 외국인투자자와 체결한 모든 의무를 준수하여야 하는 것으로 보고 투자계약상의 의무위반은 투자협정상의 의무위반을 구성한다고 판시하면서 동 조항을 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조에 근거하여 일방적 의미에 따라 성실히 해석하고자 하였다(*Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, August 19, 2005).

21) *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, March 9, 1998. (BIT Netherlands-Venezuela, Republica Bolivariana de 1991)

마니아 BIT 제2조 제2항 c호에 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 의무를 위반한 것이라고 주장하였는데, 중재판정부는 동 조항은 BIT의 다른 규정에서 명시하고 있는 의무와는 다른 의무를 신설할 의도로 고안되었으며, 동 조항을 투자유치국과 투자계약을 체결한 외국인투자자를 보호하는 방향으로 해석하는 것이 바람직하다고 판시하였다. 그러면서 포괄적 보호조항은 투자계약상 의무위반이 투자협정상 의무위반으로 전환되는 것이라고 실시하였다.²²⁾

Siemens v. Argentina 사건에서 외국인투자자는 투자유치국의 일방적인 계약해지로 많은 투자손실을 입게 되자 독일-아르헨티나 BIT 제7조 제2항에 “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to specific investments by nationals or companies of the other Contracting Party in its territory.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 위반을 주장하며 소를 제기하였는데, 중재판정부는 투자의 요건을 충족하는 투자계약은 포괄적 보호조항에 적용되는 의무의 일부가 된다고 판시하였다.²³⁾

Sempra Energy v. Argentina 사건에서 투자유치국이 투자 당시에 약속했던 내용과 다른 조치들을 시행하면서 손해를 입게 된 외국인투자자는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 c호상의 포괄적 보호조항에 근거하여 투자유치국의 의무위반을 주장하였는데, 중재판정부는 상업적 성격의 계약상의 청구는 관할권이 성립하지 않는데, 본 사건은 상업적 성격의 계약상의 청구로 볼 수 없다면서 관할권이 성립한다고 판시하였다. 그러면서 외국인투자자의 청구가 투자협정에 근거하고 있거나 투자계약 및 투자협정 모두를 포함하여 근거하고 있는 경우 투자분쟁의 관할권은 성립되며, 포괄적 보호조항은 투자계약과 투자협정 간에 밀접한 관련이 있음을 시사(내포)한다고 실시하였다.²⁴⁾

LG&E v. Argentina 사건에서 투자유치국이 외국인투자자에게 투자 당시에 약속했던 의무들을 일방적으로 파기하면서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 미국-아르헨티나 BIT 제2조 제2항 c호상의 포괄적 보호조항과 관련하여 동 조항은 투자유치국과 외국인투자자간의 계약위반이 발생한 경우 문제가 될 수 있는 바, 투자유치국이 외국인투자를 유치하기 위한 목적으로 제정한 석유법(Gas Law)을 폐지한 것은 투자계약상의 의무를 위반한 것이므로 이는 포괄적 보호조항의 위반을 구성한다고 판시하였다.²⁵⁾

22) *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005. (BIT Romania-United States of America 1992)

23) *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, February 6, 2007. (BIT Germany-Argentina 1991)

24) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007. (BIT United States of America-Argentina 1991)

Duke v. Ecuador 사건에서 투자유치국과 외국인투자자가 전력구입계약을 체결하였으나 투자유치국이 이를 불이행하면서 분쟁이 발생하자 중재판정부는 미국-에콰도르 BIT 제2조 제3항 c호에 “Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항의 위반과 관련하여 투자유치국은 투자계약 및 국내법을 위반하였으며, 아울러 투자협정상의 동 조항을 위반한 것이라고 설시하였다.²⁶⁾

SGS v. Paraguay 사건에서 중재판정부는 스위스-파라과이 BIT상의 제11조에 “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”라고 규정된 포괄적 보호조항에 의하면, 투자유치국이 주권을 남용한 경우에 동 조항의 위반이 성립된다는 명시가 없으므로 투자유치국의 조치가 주권행사인지 상사적 행위인지의 여부는 고려할 사항이 아니라면서 투자유치국이 투자계약을 위반한 경우에도 포괄적 보호조항의 위반을 구성할 수 있다고 판시하였다.²⁷⁾ 그리고 *Burlington v. Ecuador* 사건의 중재판정부 역시 미국-에콰도르 BIT상 제2조 제3항 c호에 “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”라고 규정된 포괄적 보호조항은 투자유치국의 문제된 행위가 주권행사에 기한 것이 아닌 경우에도 적용될 수 있다고 판시하였다.²⁸⁾

3. 소결

이상에서 고찰하였듯이 포괄적 보호조항이 적용되기 위해서는 투자유치국과 외국인투자자가 체결한 계약이어야 한다는 점에는 이견이 없다. 그러나 계약의 범위와 관련하여 투자계약의 성격 여부, 상사거래를 포함한 모든 계약에 적용되는지의 여부, 투자유치국의 주권행위에 해당되는지의 여부 등에 관하여 서로 다른 견해를 보이고 있다. 투자계약

25) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25, 2007. (BIT United States of America-Argentina 1991)

26) *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 18, 2008. (BIT Ecuador-United States of America 1993)

27) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, February 10, 2012. (BIT Switzerland-Paraguay 1992)

28) *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Pending, May 23, 2016. (BIT Ecuador-United States of America 1993)

상에 규정된 투자유치국의 의무나 약속만 포괄적 보호조항이 적용된다고 보는 관점도 있으며(Mihir C. Naniwadekar, 2010), 투자계약상에 명시된 투자유치국의 의무나 약속뿐만 아니라 투자유치국의 입법 또는 행정 등과 같은 구체적인 약속도 포함된다고 보는 관점도 있다.²⁹⁾ 포괄적 보호조항의 적용범위와 관련한 논의를 정리해 보면 다음과 같다.

포괄적 보호조항은 모든 투자계약상의 분쟁을 투자협정상의 분쟁으로 전환할 수 있다는 견해가 있다.³⁰⁾ 포괄적 보호조항은 투자유치국이 투자와 관련하여 외국인투자자에게 약속한 모든 의무를 준수할 것을 규정하며, 동 조항의 근거하여 투자계약상의 의무위반이 투자협정상의 의무위반으로 성립될 수 있다고 보고 있다. 이는 투자협정의 목적이 투자의 촉진하고 외국인투자자를 보호하는 것이므로 포괄적 보호조항은 투자유치국과 투자계약을 체결한 외국인투자자를 보호하는 방향으로 해석하는 것이 바람직하다고 본다. 따라서 포괄적 보호조항은 투자계약과 투자협정 간에 밀접한 관련이 있음을 보여준다.

그리고 투자유치국이 주권자로서 체결한 투자계약뿐만 아니라 상인으로서 체결한 투자계약에도 포괄적 보호조항이 적용된다고 본다. 이는 투자유치국의 행위가 주권자로서의 행위인지 상인으로서의 행위인지를 구분하는 것이 쉽지 않으므로 이를 다 포함하고 모든 투자계약상의 청구를 투자협정상의 청구로 전환할 수 있다고 보면서 포괄적 보호조항을 광범위하게 적용하고 있다.

반면, 포괄적 보호조항은 모든 투자계약상의 위반을 투자협정상의 위반으로 구성하지 않는다는 견해가 있다. 모든 투자계약상의 청구를 투자협정상의 청구로 전환하는 것은 국내법과 국제법 질서간의 경계를 모호하게 하여 많은 혼란을 가져올 수 있고, 투자유치국에게 과도한 부담을 줄 우려가 있으므로 동 조항을 제한적으로 해석하고자 한다. 투자유치국이 투자협정상의 의무를 위반하거나 투자협정에 의해 보호받은 투자계약상의 권리를 침해한 경우에 한하여 동 조항이 적용될 수 있다고 본다. 투자협정상에 포괄적 보호조항을 규정하면서 투자계약 위반을 투자협정 위반으로 간주하려고 한 의도가 있었는

29) 포괄적 보호조항에 의해 투자유치국이 추가적인 의무를 부담하지 않은 것은 배상액 산정에도 반영된다. *Duke v. Ecuador* 사건은 투자계약과 투자협정 모두에 근거하여 중재신청이 이루어진 사례인데 (*Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*), 투자계약 및 에콰도르 국내법 위반이 인정되고(투자계약을 근거로 하는 관할권에 의해 판단), 아울러 투자협정(미국-에콰도르 BIT)의 포괄적 보호조항 위반도 인정되었다(투자협정을 근거로 하는 관할권에 의한 판단). 그러나 중재판정부는 투자계약 및 국내법 위반에 의해 발생한 금전적 손해와 투자협정상의 포괄적 보호조항 위반에 의해 발생한 금전적 손해는 동일하고, 투자협정상의 포괄적 보호조항 위반에 대한 배상은 투자계약 및 국내법 위반에 대한 배상에 포함된다고 해서 투자협정상의 포괄적 보호조항 위반에 대해서 추가적 배상을 부여하지는 않는다고 판정하였다(코테라 아키라 외 공저(박덕영·오미영 옮김), 2012).

30) 포괄적 보호조항의 효력을 전면적으로 인정하면 모든 투자계약상의 청구가 투자협정상의 청구로 전환되는데, 이러한 견해의 주된 근거는 포괄적 보호조항의 문언상 아무런 제한적인 용어가 사용되지 않았으므로 그렇게 해석해야 한다는 것과 포괄적 보호조항이 만들어진 연혁이 투자계약위반을 국제법상의 문제로 하려는 것이었다는 것 등이 있다(서철원, 2012).

지도 고려해야 한다고 보는 관점도 있다.

또한 투자유치국이 주권자로서 체결한 투자계약에만 포괄적 보호조항이 적용되며, 투자유치국이 상인으로서 체결한 투자계약에는 포괄적 보호조항이 적용되지 않는다고 본다(Velimir Zivkovic, 2012). 주권자로서의 투자유치국과 상인으로서의 투자유치국을 구분하여 투자유치국이 주권자로서 합의한 투자계약상의 의무에 대해서만 동 조항이 적용되는 것이다. 투자계약이 상업적 계약인 경우에는 투자협정상의 보호대상이 아니라면서 사소한 상사분쟁까지 포괄적 보호조항을 원용할 경우 많은 투자계약상의 분쟁이 투자협정상의 분쟁으로 이어질 수 있기 때문에 투자유치국이 상인으로서 체결한 상업적 계약에는 동 조항의 적용을 제한하고 있다.

투자유치국과 외국인투자자가 투자계약상에 배타적 관할권을 약정한 경우에는 이에 따라 투자계약상의 관할권을 우선 적용하고, 그 후에 투자협정상의 관할권을 적용할 수 있다고 보고 있다. 투자계약과 투자협정은 법적성질이 다르기 때문에 투자계약상 배타적 관할조항을 규정한 경우에는 우선 이를 따라야 하며 투자협정상에 규정된 분쟁해결조항에 의해 분쟁을 해결할 수 없다는 것이 다수의 의견이다. 이와 관련하여 *Vivendi v. Argentina* 사건을 살펴보면, 투자유치국과 외국인투자자가 상하수도 운영계약을 체결하고 계약을 이행하는 과정에서 상하수도 요금과 관련하여 분쟁이 발생하자 중재판정부는 본 사건은 투자협정 위반이 아니라 투자계약 위반에 관한 사항이라면서 계약상 청구는 명시된 규정에 따라 투크만 행정법원의 독점관할에 의해 투자유치국 법원에서 이루어져야 한다면서 본안에 대해 판단하지 않고 중재신청을 각하하였다.³¹⁾ 청구가 투자계약에 근거하고 있는 경우에는 투자계약상에 규정된 관할권에 따라야 하지만(UNCTAD, 2013), 투자계약상에 배타적 관할권 규정이 존재하더라도 청구가 투자협정에 근거하고 있는 경우에는 투자협정의 적용이 배제되는 것은 아니며 관할권이 성립할 수 있다고 보고 있다. 그리고 투자유치국과 독립된 법인격을 가진 기관과 체결한 투자계약에는 포괄적 보호조항이 적용되지 않는다고 보는데, 투자유치국의 특정기관이 취한 조치가 국가에 귀속될 수 있다면 특정기관도 포괄적 보호조항의 일방당사자로 볼 수 있지만 투자계약의 청구는 투자계약에 근거하여 투자계약에 규정된 분쟁해결절차에 따라 이루어져야 한다고 보고 있다.

31) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, November 21, 2000. (BIT France-Argentina 1991)

IV. 결 론

대부분의 투자협정에 규정되어 있는 포괄적 보호조항은 그 적용범위와 관련하여 확립된 기준이 없어 논란의 여지가 많다. 투자계약상에 명시된 투자유치국의 의무 및 약속에만 포괄적 보호조항이 적용된다고 보거나 투자유치국의 입법 또는 행정적인 구체적인 약속까지도 동 조항이 적용될 수 있다고 보기도 한다. 포괄적 보호조항은 그 적용범위에 따라 투자의 보호 범위를 확장하거나 축소할 수 있기 때문에 중요한 의미를 가진다. 포괄적 보호조항의 적용범위에 관한 많은 논의가 이루어졌는데, ICSID 중재판정을 분석해 보면 동 조항의 적용범위를 확대 적용하는 견해와 축소 적용하는 견해로 나뉘고 있다. 포괄적 보호조항을 확대 적용하는 경우, 투자계약상의 의무위반이 투자협정상 의무위반을 구성하며 모든 투자계약상의 청구를 투자협정상 청구로 전환할 수 있다고 보고 있다. 또한 투자유치국이 주권자로서 체결한 투자계약뿐만 아니라 상인으로서 체결한 투자계약에도 포괄적 보호조항이 적용된다고 보므로 이를 고려하여야 한다.

포괄적 보호조항을 축소 적용하는 경우, 모든 투자계약상의 위반이 투자협정상 위반을 구성하지 않으며 투자유치국이 투자협정상 의무를 위반하거나 투자협정에 의해 보호받은 투자계약상의 권리를 침해한 경우에 한하여 동 조항이 적용될 수 있다고 본다. 또한 투자유치국이 주권자로서 체결한 투자계약에만 포괄적 보호조항이 적용되며, 투자유치국이 상인으로서 체결한 투자계약에는 동 조항의 적용을 제한하고 있으므로 이를 유의할 필요가 있다.

투자유치국과 외국인투자자가 투자계약상에 배타적 관할권을 약정한 경우, 투자계약상의 관할권을 우선 적용하고, 이후에 투자협정상 관할권을 적용할 수 있다고 보는 것이 다수의 의견이다. 그러나 투자계약상에 배타적 관할권 규정이 존재하더라도 청구가 투자협정에 근거하고 있는 경우에는 투자협정의 적용이 배제되는 것은 아니며 관할권이 성립할 수 있으므로 이를 유념해야 한다.

이처럼 포괄적 보호조항의 적용범위는 통일된 원칙이 없어 중재판정부에 따라 다른 해석방법을 통하여 판정이 이루어지고 있다. 그러므로 투자협정상 포괄적 보호조항의 적용범위를 구체적으로 규정하여 분쟁의 소지를 없애야 하며, 동 조항의 적용범위에 관한 지속적인 DB를 구축을 통하여 향후 발생할 수 있는 분쟁에 대한 대응방안을 마련하여야 할 것이다.

참고문헌

- 김석호(2010), “국제투자보호조약상 <우산조항>의 효력: <엘빠소 對 아르헨티나 사건> 국제중재판정을 중심으로”, 「통상법률」, 제93호, p.10.
- 박민아·한지희(2010), “포괄적 보호조항(Umbrella Clause)의 주요쟁점과 해결을 위한 제언”, 「법학연구」, 제20권 제3호, pp.300-301.
- 법무부(2014), 「투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석」, 법무부, p.62.
- 서철원(2012), “투자계약으로 투자보장협정상의 ISDS를 피할 수 있는가?”, 「국제법 학회논총」, 제57권 제2호, pp.46-47.
- 이재우(2013), “국제투자분쟁해결의 관할권 경합에 관한 연구”, 「국제경제법연구」, 제11권 제11호, p.124.
- 조희문(2009), “국제투자조약상 포괄적 보호조항(Umbrella Clause)의 해석에 관한 연구”, 「중재연구」, 제19권 제2호, p.99.
- 코테라 아키라 외 공저(박덕영·오미영 옮김)(2012), 「국제투자협정과 ISDS」, 한국학술정보, p.209.
- Newcombe, A., and L. Paradel(2009), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, pp.440-441.
- Mihir C. Naniwadekar(2010), “The Scope and Effect of Umbrella Clause: The Need for a Theory of Deference?”, *Trade, Law and Development*, Vol. 2, No.1, p.13.
- Schill, S. W.(2009), “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, No. 1, p.13.
- Zivkovic, Velimir(2012), “Contracts, Treaties and Umbrella Clause: Some Jurisdictional Issues in International Investment Arbitration”, *Belgrade Law Review*, Vol. 4, p.7.
- UNCTAD(2013), “Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) [IIA ISSUES NOTE]”, UNCTAD, p.17.
- _____ (2014), *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT* (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), UNCTAD, p.165.

A Study on the Scope of Umbrella Clause : Focusing on the ICSID Arbitration Cases

Ji-Hyeon Hwang

• Abstract •

The scope of umbrella clause is very important because it is possible to extend or reduce the range of protection of the investment. Umbrella clause stipulated in the majority of BIT is often controversial, since there is no established criteria for the scope. So, this study considered ICSID arbitration cases related to the scope of umbrella clause.

There are two different approaches for the scope of umbrella clause by arbitral tribunals. First, all of the disputes on the investment contract elevated to the disputes on the BIT. And umbrella clause can be applied that the host state entered into investment contract not only as a sovereign but also as a merchant.

Second, all of the claims on the investment contract don't elevate to the claims on the BIT. Umbrella clause can be applied only if the host state violates the protected investment contractual rights and obligation under the BIT. And umbrella clause can be applied that the host state entered into investment contract as a sovereign but not as a merchant.

Therefore, this study suggests to concretely specify the scope of umbrella clause under the BIT. And it is necessary to improve predictability by establishing continual database of the scope of umbrella clause and to prepare for investment disputes related to the scope of umbrella clause.

<Key Words> Umbrella Clause, ICSID, BIT, International Investment Disputes