

외국인 투자자 보호와 인권 보호 의무: 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁 사례를 중심으로

장 석 영*

- I. 서론
- II. 경제적 권리 및 인권으로서의 물에 대한 권리
- III. 물에 대한 권리와 국제투자분쟁
- IV. 중재판정의 변화가 국제투자분쟁과 기업의 인권 보호 의무에 미친 영향
- V. 결론

국문초록

오늘날 인권으로서의 물에 대한 권리가 중요해지면서 상하수도 사업이 민영화된 국가에서 물에 대한 권리와 관련된 분쟁이 발생하는 경우를 많이 찾아볼 수 있다. 상하수도 사업에 해외 민간자본이 투입된 경우, 해당 투자유치국은 국제투자협정상 외국인 투자자의 보호 의무와 국제인권조약상 인권 보호 의무를 모두 부담하게 되는데, 인권을 보호하기 위한 투자유치국의 행위가 외국인 투자자의 권리를 침해하는 경우에 외국인 투자자와 투자유치국 간에 국제투자분쟁이 발생하는 것이다.

이 글에서는 상하수도 사업과 물에 대한 권리가 문제된 다수의 국제투자분쟁 사례를 살펴보고, 중재판정에서 인권 문제를 검토하지 않은 사례, 인권에 대해 언급은 하였지만 투자자 보호와 인권 보호의 관계에 대해서만 검토한 사례, 물에 대한 권리를 포괄적으로 검토한 사례로 분류하여 일련의 사례에서 시간의 흐름에 따른 중재판정의 변화를 살펴보고, 이를 통해 중재판정부가 인권 보호에 관한 투자유치국의 주장을 검토하는 경우가 점차 늘어나고 있는 것을 확인할 수 있었으며, 이와 같은 변화가 국제투자법

* 고려대학교 스페인·라틴아메리카연구소 연구교수, 법학박사(국제법 전공).

은 물론이고 국제인권법에도 많은 영향을 미치고 있다는 사실을 확인하였다.

앞으로 인권이 문제된 사건에서 투자유치국이 투자협정상의 의무 위반을 정당화하기 위해 인권 보호 의무를 주장하거나 기업의 의무 위반을 주장하는 반대청구를 제기하는 경우가 더욱 늘어날 것으로 보이며, 이와 같은 국제투자협정의 변화는 국제인권조약을 보완하는 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.

- 핵심어 물에 대한 권리, 인권, 상하수도 사업의 민영화, 국제투자분쟁, 국제투자중재 (투자자-국가중재)

I. 서론

1990년대 이후 전 세계 인구가 급격하게 증가하면서 물의 경제적 가치에 대한 관심이 증가하였으며, 물 산업이 ‘파란 금(blue gold)’ 산업으로 주목받기 시작하였다. 물의 수요가 확대되고 곳곳에서 물 부족 현상이 나타나면서 물을 경제자원으로 인식하기 시작하였고, 물 관련 산업이 새로운 투자 분야로 여겨지면서 상하수도 사업에 투자하는 기업도 증가하였다. 특히 이 시기에는 많은 개발도상국에서 공기업 민영화가 이루어졌으며, 이것이 개발도상국의 상하수도 사업에 대한 외국기업의 투자로 이어졌다. 그러나 또 한편으로는 물에 대한 권리를 인권으로 보는 시각이 등장하면서 국제사회에서 물을 바라보는 관점은 경제자원으로서의 물과 인권으로서의 물로 나뉘었으며, 이것이 물 관련 산업에 투자한 외국기업의 투자자로서의 권리와 물 소비자의 인권으로서의 물에 대한 권리 간의 충돌을 야기하면서 ‘물 전쟁’으로 이어졌다.

구체적으로는 정부가 국민의 물에 대한 권리를 보호하기 위해 상하수도 사업과 관련하여 규제권을 행사하고, 이로 인해 피해를 입은 상하수도 사업에 투자한 외국인 투자자가 국제투자중재를 신청하는 사례가 반복되어 왔으며, 일련의 사건을 통해 국제투자중재에서 물에 대한 권리가 검토되었다. 상하수도 사업과 관련된 국제투자중재 사건에서 물에 대한 권리를 포함한 인권 문제가 점차 자세히 다루어지고 있으므로 관련 사례를 분석하면 중재판정의 변화가 국제투자중재와 인권 보호에 미치는 영향을 확인할 수 있을 것이다.

따라서 이 글에서는 물에 대한 권리가 문제된 국제투자분쟁 사례를 검토하면서 국제투자분쟁에 국제인권조약이 적용될 수 있는지, 그리고 외국인 투자 보호 의무와 인권 보호

의무 간에 어떤 관계가 있는지 살펴보고, 관련 중재판정의 내용이 어떻게 변화해왔는지 검토할 것이다. 다음으로 중재판정의 변화로 인해 국제투자중재에서 투자유치국이 인권 보호에 근거한 투자 보호의 예외를 주장하는 경우가 증가하고 있으므로 중재판정의 변화가 국제투자협정과 인권 보호 의무의 발전에 미친 영향에 대해 살펴보고, 국제투자중재를 통한 국제인권법의 발전 가능성에 대해 검토할 것이다.

II. 경제적 권리 및 인권으로서의 물에 대한 권리

1. 상하수도 사업에 대한 해외투자의 증가

1990년대 이후 전 세계의 물 부족 현상이 주목을 받으면서 물이 경제자원으로 인식되었고, 물의 경제적 가치가 부각되면서 상하수도 사업은 투자하기 좋은 새로운 사업영역으로 여겨지기 시작했다.¹⁾ 상하수도 사업은 전통적으로 국가가 제공해온 공공서비스의 영역이지만 공기업의 민영화가 진행되고 해외투자가 증가하면서 상하수도 사업에 대한 민간기업의 투자가 증가하였고, 특히 개발도상국의 상하수도 사업 관련 공기업에 해외 민간자본이 빠르게 투입되었다.²⁾ 그 이유는 공공 부문이 취약하고 가난한 나라일수록 상하수도 사업에 대한 해외투자 유치에 절실했고, 국제금융기관으로부터 금융지원을 받을 때 국제통화기금(IMF) 등 국제금융기관이 공기업의 민영화와 해외투자 유치라는 조건을 부과하는 경우가 많았기 때문이다.³⁾

상하수도 사업에 대한 민간기업의 투자는 주로 민관협력(Public-Private Partnership, PPP)의 방식으로 양허계약(concession contract) 체결에 따라 이루어지며, 민관협력 방식이

1) Fernando Dias Simões, "The Role of Investment Arbitration in Water Services Governance", *Water Policy*, Vol. 19, 2017, p.277.

2) Julien Chaisse & Marine Polo, "Globalization of Water Privatization: Ramifications of Investor-State Disputes in the Blue Gold Economy", *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol.38, No.1, 2015, p.7 (1990년부터 1997년까지 35개 국가에서 90개 이상의 상하수도 사업에 대해 민간투자가 이루어졌다); UNGA, "Human Rights and the Privatization of Water and Sanitation Services", *Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, 21 July 2020, A/75/208, paras.1, 13-14, 25 (1990 년대에 이루어진 전 세계 상하수도 사업에 대한 해외투자는 전체 해외 민간투자액의 5.4%에 해당할 정도로 투자가 많이 이루어졌지만, 2000년대 이후에는 상하수도 사업을 다시 공기업이 운영하게 한 나라도 상당수 있으며, 상하수도 사업에 대한 해외투자는 라틴아메리카와 아프리카를 중심으로 이루어지다가 현재는 아시아와 동유럽에서 많이 이루어지고 있다).

3) UNGA, *supra* note 2, para.12; Julien Chaisse, etc., *supra* note 2, pp.34-36.

란 공공 부문과 민간 부문의 계약에 따라 민간기업이 공공기관을 대신하여 관련 설비를 설치, 관리 및 운영하는 것을 의미한다.⁴⁾ 그리고 양허계약은 투자자가 설비에 투자하고 이를 운영하며 서비스를 제공하고, 정부와 합의한 수준에서 이용자에게 세금을 부과하여 자금을 회수하는 내용으로 이루어지는 것이 일반적이다.⁵⁾ 상하수도 사업은 서비스의 지속성을 위해 수십 년의 장기계약으로 이루어지는 것이 특징이며, 투자자가 투자 자금을 모두 회수하고 계약이 종료된 이후에는 모든 설비를 정부에 양도하기로 약정한다.⁶⁾ 따라서 정부의 입장에서는 재정부담이 줄고 민간기업의 기술과 노하우를 활용할 수 있으며 위험과 책임이 투자자에게 이전된다는 장점이 있다.⁷⁾

상하수도 사업에 대한 투자는 사업 입찰을 통해 진행되지만 입찰 경쟁이 심하지 않다. 상하수도 시설을 짓고 이를 운영할 기술과 자원을 가진 기업이 많지 않기 때문이다. 상수도 시설은 식용가능한 수준으로 물을 정화하는 설비부터 소비자에게 물을 공급할 수 있는 설비까지 모두 갖추어야 하며, 하수처리는 질병 등의 문제가 발생하지 않도록 적절한 정화 설비를 갖추어야 한다는 점에서 상당한 기술이 요구된다.⁸⁾ 이처럼 상하수도 사업은 상당히 전문적인 기술과 설비 투자가 필요한 사업이기 때문에 민간기업 중에서도 규모가 큰 다국적기업이 투자에 참여하는 경우가 많고, 주로 예산이 부족한 개발도상국에서 상하수도 사업에 대한 해외 민간기업의 투자가 이루어져 왔다.⁹⁾

2. 인권으로서의 물에 대한 권리

(1) 물에 대한 권리가 인권에 해당하는지 여부

인권의 범위는 계속해서 넓어지고 있으며, 전 세계적으로 깨끗한 식수에 대한 충분한 접근이 어려운 인구가 늘어나면서 물에 대한 권리도 인권으로 인정되어야 한다는 주장이 등장하였다.¹⁰⁾ 아직 물에 대한 권리를 명시적으로 규정하는 국제인권조약은 찾아보기 어

4) Fernando Dias Simões, *supra* note 1, p.272.

5) *Ibid.*

6) *Ibid.*

7) Julien Chaisse, etc., *supra* note 2, p.8.

8) Fernando Dias Simões, *supra* note 1, p.272; Julien Chaisse, etc., *supra* note 2, pp.10-13.

9) UNGA, *supra* note 2, para.13 (예산 부족 문제로 상하수도 설비를 보강할 수 없는 개발도상국의 입장에서는 해외 민간자본을 이용하는 것이 상수도 보급과 설비 개량을 위한 좋은 수단이었지만, 기대만큼 설비에 대한 투자가 이루어지지 않거나, 계약 기간이 만료하기 전에 양허계약이 종료되거나 계약 종료 이후 갱신이 이루어지지 않은 경우도 많다).

렵지만, 물에 대한 권리에 관한 국제사회의 논의가 이어지면서 인권으로서의 물에 대한 권리에 대해 언급하는 국제문서가 증가하고 있다.

물에 대한 권리가 명시적으로 언급된 인권조약은 없지만, 일부 조약 규정에서 물에 대한 권리에 관한 내용을 도출할 수 있으며, 유엔 경제적·사회적 및 문화적 권리위원회가 2002년 채택한 물에 대한 권리에 관한 일반논평 15(United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights' General Comment No. 15, 이하 '일반논평 15')에서는 물에 대한 권리가 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 'ICESCR') 제11조 및 제12조와 관련이 있다고 언급하고 있다.¹¹⁾ 일반논평 15에서는 물에 대한 개인의 권리가 생명을 유지하기 위한 필수 불가결한 권리이고 다른 인권의 실현을 위한 전제조건이라고 하면서 개인에게는 충분하고, 안전하며, 접근 가능하고, 이용가능한 물에 대한 권리가 인정되어야 한다고 설명하고 있다.¹²⁾ 또한 ICESCR 제11조에서 적절한 생활 수준을 누릴 권리(Right to an adequate standard of living)에 대해 규정하면서 “포함하는(including)”이라는 문구를 사용하고 있으므로 물에 대한 권리도 적절한 생활 수준을 누릴 권리에 포함된다고 볼 수 있다고 하였다.¹³⁾ 안전하지 않고 해로운 물은 건강에 위협이 된다는 점에서 물에 대한 권리는 ICESCR 제12조에서 규정하고 있는 건강에 대한 권리(Right to health)와도 관련이 있다.¹⁴⁾

10) Pierre Thielhörger, *The Right(s) to Water: The Multi-Level Governance of a Unique Human Right* (Springer, 2014), p. 56.

11) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights(UNCESCR), “General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)”, 20 January 2003, E/C.12/2002/11.

12) *Ibid.*, para.1.

13) *Ibid.*, para.3; ICESCR 제11조의 내용은 다음과 같다. “1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활 수준을 누릴 권리와 생활 조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취한다(The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent)”.

14) UNCESCR, *supra* note 10, para.8;

ICESCR 제12조의 내용은 다음과 같다.

“1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.

2. 이 규약 당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.

(a) 사산율과 유아사망률의 감소 및 어린이의 건강한 발육

이 밖에 물에 대한 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 제12조의 생명권과도 함께 이해되어야 하며, 이와 관련하여 식수 오염에 노출된 주민들과 관련된 에콰도르 사건에서 미주인권위원회가 물에 대한 권리를 생명권에서 도출한 것을 예로 들 수 있다.¹⁵⁾ 또한 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제14조에서는 적절한 생활 수준을 누릴 권리를 규정하면서 물 공급에 대해 언급하고 있으며,¹⁶⁾ 아동의 권리에 관한 협약 제24조에서는 국가가 깨끗한 식수 제공 등의 조치를 통해 아동의 질병과 영양실조를 방지해야 한다고 규정하고 있다.¹⁷⁾

인권에 관한 조약은 아니지만 국제수로의 비항행적 사용에 관한 유엔 협약에서 인권으로서의 물에 대한 권리를 언급하고 있다고 보는 견해도 있다.¹⁸⁾ 동 협약 제10조에서는 국제수로의 사용에 관한 분쟁이 발생한 경우 인간의 필수 요구사항(vital human needs)을 특별히 고려해야 한다고 규정하고 있으며, 이 조항에 대한 양해 선언(Statements of Understanding)에서는 인간의 필수 요구사항이 무엇인지 결정할 때 식수와 식량 생산을 위해 필요한 물을 포함하여 인간의 생명을 유지하는 데 필요한 충분한 물의 제공을 고려해야 한다고 설명하고 있기 때문이다.¹⁹⁾

(b) 환경 및 산업위생의 모든 부문의 개선

(c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제

(d) 질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성”.

15) Pierre Thielbörger, “The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict?”, in P. Dupuy, E. Petersmann & F. Francioni(eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, 2009), p.489; Inter-American Commission on Human Rights, “Report on the Situation of Human Rights in Ecuador”, 1997, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, Ch. VIII.

16) 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 제14조

“(아) 적절한 생활 조건, 특히 주거, 위생시설, 전력 및 용수공급, 운송 및 통신 등과 관련한 생활 조건을 향유하는 것”.

17) 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child) 제24조

“2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구하여야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취하여야 한다. 다. 환경오염의 위험과 손해를 감안하면서, 기초건강관리 체계 안에서 무엇보다도 쉽게 이용가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음료수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치”.

18) Ahmad Nehaluddin & Gary Lillienthal, “Right to Water as a Human Right: A Critical Overview of International Instruments”, *Environmental Policy and Law*, Vol.50, 2020, p.304.

19) 국제수로의 비항행적 사용에 관한 유엔 협약(Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses) 제10조

“2. In the event of a conflict between uses of an international watercourse, it shall be resolved with reference to articles 5 to 7, with special regard being given to the requirements of vital human needs”.

Statements of Understanding Pertaining to Certain Articles of the Convention

물에 대한 권리를 인권이라고 명시적으로 언급하는 국제문서도 증가하고 있으며, 2010년 유엔총회에서는 안전하고 깨끗한 식수와 위생에 대한 권리를 인권으로 명시적으로 인정하는 내용의 결의가 채택되었다.²⁰⁾ 다음 해에는 유엔 인권이사회(UN Human Rights Council)에서 총회의 결의를 환영하면서 안전한 식수와 위생에 대한 인권은 적절한 생활수준을 누릴 권리로부터 도출된다는 내용의 결의를 채택하였다.²¹⁾

이와 같은 노력의 결과, 물에 대한 권리를 국내법으로 규정하는 국가들도 증가하였으며, 오늘날에는 물에 대한 권리도 인권에 포함되는 것으로 여겨지고 있다.²²⁾ 그러나 아직 법적 구속력이 있는 국제문서에서 물에 대한 권리에 관한 내용이 담긴 것은 아니며 그 구체적인 내용은 불명확한 부분이 있고, 경제적·사회적 및 문화적 권리의 특성상 점진적 달성이 요구되는 권리이므로 유엔 인권이사회에서는 안전한 식수와 위생에 관한 유엔 특별보고관(Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation)이 물에 대한 권리 보호 의무의 내용, 이행방안 등에 관한 보고서를 작성하게 하고 있다. 이에 따라 2010년 유엔총회 결의가 채택된 지 10년이 지난 2020년에는 물에 대한 권리를 점진적으로 달성하기 위한 구체적인 방안과 문제점에 대한 보고서가 제출되었으며,²³⁾ 상하수도 사업의 민영화와 물과 위생에 대한 인권 관련 보고서도 유엔총회에 제출되었다.²⁴⁾ 특히 이 보고서는 이 글에서 다루는 상하수도 사업과 관련된 투자가 인권의 측면에서 별도로 검토되어야 할 필요가 있을 정도로 중요한 문제라는 점을 시사하며, 상하수도 사업의 민영화가 물에 대한 권리와 얼마나 밀접한 관련이 있는 주제인지를 보여준다.

“As regards article 10: In determining “vital human needs”, special attention is to be paid to providing sufficient water to sustain human life, including both drinking water and water required for production of food in order to prevent starvation”.

20) UNGA Resolution, “The human right to water and sanitation”, 3 August 2010, A/RES/64/292 (“1. Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;”).

21) UNGA Human Rights Council Resolution, “The Human right to safe drinking water and sanitation”, 12 October 2011, A/HRC/RES/18/1.

22) Bree Farrugia, “The Human Right to Water: Defences to Investment Treaty Violations”, *Arbitration International*, Vol.31, 2015, p.267; Ahmad Nehaluddin, etc., *supra* note 18, p.305.

23) UN Human Rights Council, “Progressive realization of the human rights to water and sanitation”, *Report of the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation*, 8 July 2020, A/HRC/45/10.

24) UNGA, *supra* note 2.

(2) 국가의 물에 대한 권리 보호 의무

물에 대한 권리가 인권으로 인정된다고 하더라도 이 권리가 구체적으로 어떤 내용의 권리를 의미하는지는 명확하지 않으며, 여기에는 다양한 내용이 포함될 수 있다. 이와 관련하여 일반논평 15와 안전한 식수와 위생에 관한 유엔 특별보고관이 제시한 내용에 따르면 물에 대한 권리의 구체적인 내용은 다음과 같다. 개인과 가정에서 물을 충분하고 지속적으로 이용할 수 있어야 하고(availability), 물을 가까운 거리에서 안전하게 접근할 수 있어야 하며(accessibility), 누구나 평등하게 합리적인 비용으로 물을 이용할 수 있어야 하고(affordability), 물은 안전하고 건강에 해롭지 않아야 한다(quality and safety).²⁵⁾ 국가는 이 내용의 완전한 실현을 점진적으로 달성해나갈 의무가 있다.²⁶⁾

또한 국가는 스스로 인권을 위반하지 않아야 할 의무 외에 제3자의 인권 위반을 방지해야 할 의무가 있으므로 제3자로 인해 개인의 물에 대한 권리가 침해되지 않도록 방지할 의무가 있다. 즉, 국가는 개인이 물에 대한 권리를 향유하는 것을 방해하지 않고 존중할 의무(obligation to respect)가 있으며, 제3자가 물에 대한 권리를 침해하지 않도록 보호할 의무(obligation to protect)가 있고, 물에 대한 권리를 완전히 실현하기 위해 적절한 입법, 행정, 예산, 사법 조치를 이행할 의무(obligation to fulfill)가 있다.²⁷⁾

이 중에서 물 산업에 대한 민간투자와 관련하여서는 특히 제3자가 물에 대한 권리를 침해하지 않도록 보호하는 것이 중요하다. 상하수도 사업의 민영화는 물에 대한 권리의 침해를 불러오기 쉽기 때문이다. 민간기업이 투자로부터 수익을 얻기 위해서는 비용을 줄이거나 수도세를 인상해야 하는데, 수도세 인상, 설비 투자 축소, 물 정화 비용 절감 등은 깨끗한 물에 대한 접근을 방해할 수 있으며, 상하수도 사업은 일반적으로 경쟁이 없는 독점형태로 운영되기 때문에 사업의 민영화는 소비자에게 불리할 수 있다.²⁸⁾ 더구나 상하수도 사업은 다양한 전문기술이 필요한 사업이므로 사업 주체와 투자유치국 정부가 양허계약을 체결할 때 양자 간 정보와 힘의 불균형이 발생할 수 있으며 이것이 인권 문제를 일으킬 수 있다.²⁹⁾ 이처럼 상하수도 사업의 민영화는 인권 문제를 야기할 수 있는 위험이

25) UNCESCR, *supra* note 11, paras.10-12.

26) *Ibid.*, ICESCR 제2조 제1항의 내용은 다음과 같다. “이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다”.

27) UN Office of the High Commissioner for Human Rights(OHCHR), “The Right to Water,” *Fact Sheet No. 35*, August 2010, pp.27-28.

28) UNGA, *supra* note 2, paras.17-18.

크기 때문에 상하수도 사업을 민영화한 국가는 해당 기업이 물 공급을 자의적으로 또는 불법적으로 중단하거나 충분하고 안전한 식수에 대한 형평한 접근을 제한하는 등의 행동을 하지 않도록 필요한 조치를 해야 할 의무가 있다.

III. 물에 대한 권리와 국제투자분쟁

1. 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁의 발생 원인

(1) 외국인 투자에 대한 국가의 규제권 행사

국가는 국제투자협정을 체결한 상대방 국가의 국민 또는 기업이 투자를 한 경우 동 협정에 따라 그 투자자를 보호해야 할 의무가 있다. 또한 국가는 자신이 체약국인 국제인권 조약에 근거하여 인권을 보호해야 할 의무도 있다. 따라서 외국인의 투자를 유치한 투자유치국의 입장에서는 외국인 투자자를 보호할 의무와 인권을 보호할 의무가 동시에 발생하는 것이다. 문제는 외국인 투자자의 행위로 인해 인권침해가 발생한 상황에서 정부가 인권 보호를 이유로 입법 및 행정 조치 등 규제권(right to regulate)을 행사하는 경우에 발생한다. 인권 보호 의무에 근거하여 정부가 행사하는 규제권이 투자자의 권리를 침해하는 경우가 있기 때문이다.

특히 상하수도 사업은 공익과 관련되어 있고 인권으로서의 물에 대한 권리 보호가 중요해지면서 정부가 규제권을 행사하는 경우도 늘어나고 있다. 정부가 경제적인 이유에서 상하수도 사업에 대한 해외투자를 유치하여 민간기업에 그 운영을 맡긴다고 하더라도 물은 공익을 보호하기 위한 필수적인 요소이며 물에 대한 권리는 인권에 해당하므로 정부는 물 시장을 규제하고 물의 분배와 수질, 비용 등에 대해 관여하고 감독할 의무가 있기 때문이다.³⁰⁾ 그러나 이러한 의무에 따라 정부가 새로운 법을 만들거나 행정 조치를 시행하는 경우에 이로 인해 상하수도 사업에 투자한 투자자가 피해를 입을 수 있다.

투자유치국의 규제권 행사는 국제투자협정상 부과된 투자 보호 의무에 따라 제한을 받지만, 국가의 조치가 합리적인 이유에 근거해서 차별없이 공정하고 공평하게 이루어진다면 문제되지 않으며, 국가의 정당한 규제권 행사가 투자자에게 피해를 야기한다고 해서 모두

29) *Ibid.*, para.19.

30) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p.505.

문제가 되는 것은 아니다. 그러나 최근 투자유치국의 규제권 행사로 인해 피해를 입은 외국인 투자자가 국제투자중재를 신청하는 경우가 증가하고 있으며, 투자유치국은 자신의 행위를 정당화하기 위한 근거로 인권 보호를 주장하고 있다. 따라서 국가의 외국인 투자자 보호 의무와 인권 보호 의무 간에 어떻게 균형을 맞추어야 하는지의 문제가 발생한다.³¹⁾

(2) 구체적인 분쟁 사례

1) 상하수도 사업 관련

관련 사례를 살펴보면 *Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina* 사건에서는 아르헨티나 투쿠만(Tucumán)주와 프랑스 기업 Vivendi International의 아르헨티나 자회사인 Compañía de Aguas del Aconquija(이하 'CAA')가 1995년에 상하수도 사업에 관한 양허계약을 체결하였다.³²⁾ CAA가 사업을 시작할 당시 투쿠만시의 상하수도 시설은 설비와 운영 면에서 심각한 문제가 있었으며 이에 따라 양허계약에는 수도 공급 외에 정화시설의 전반적인 수준 개선 및 새로운 설비 도입 등의 내용이 포함되어 있었다.³³⁾ 그러나 이로 인해 수도세가 인상되었고, 상하수도 사업의 민영화에 반대한 투쿠만주의 새로운 시장은 급등한 수도세를 다시 인하하도록 강요하였다. 또한 식수원에서 발생한 두 차례 수질 오염과 관련하여 이것이 건강에 위해를 가할 수준의 오염이 아니라는 것이 확인되었고 CAA가 필요한 조치를 취했음에도 불구하고 투쿠만주의 시장이 주민들에게 수도세를 납부하지 않을 것을 촉구하면서 이것이 투자분쟁 발생의 원인이 되었다.³⁴⁾

유사한 사례인 *Azurix v. Argentina* 사건에서는 1999년에 미국 기업 Azurix의 자회사인 ABA와 아르헨티나 부에노스아이레스(Buenos Aires)주가 상하수도 사업에 관한 30년 양허계약을 체결하였으며, 부에노스아이레스주는 ABA가 사업을 시행하기 전 관련 시설의 보수를 완료해줄기로 약속했으나 보수가 이루어지지 않으면서 오염된 수돗물이 시에 공급되었다.³⁵⁾ 부에노스아이레스주는 오염된 수돗물 공급을 ABA의 책임으로 돌리고 ABA가 수도

31) Bree Farrugia, *supra* note 22, p.279.

32) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007)* (이하 '*Vivendi v. Argentina*'); 상하수도 사업 관련 사례 중에서 아르헨티나와 관련된 사례가 많은 이유는 아르헨티나는 1990년대에 적극적으로 해외투자를 유치하고 투자자-국가중재에 관한 조항을 포함한 국제투자협정을 체결한 나라 중 하나이며, 공기업의 민영화가 이루어지면서 많은 지역의 상하수도 사업에 외국기업이 투자하였고, 2001년 경제위기를 겪으면서 아르헨티나 정부가 시행한 긴급조치가 외국인 투자자에게 큰 피해를 초래했기 때문이다.

33) *Ibid.*, para.4.5.5.

34) *Ibid.*, paras.4.12,21, 5.2.4.

세를 인상하지 못하게 하였으며, 시민들에게는 수도 요금을 납부하지 않도록 독려하면서 문제가 발생하였다.³⁶⁾

이 두 사건은 모두 물의 수질과 비용에 대한 국가의 관여와 규제권 행사가 국제투자분쟁으로 이어진 사례이다. 특히 상하수도 사업의 민영화 이후에 수도세가 인상되면서 투자유치국이 외국인 투자자에게 비우호적인 태도를 보였고 수질 오염에 대한 책임을 투자자에게 전가하면서 투자자(사업자)와 소비자의 관계를 악화시킨 것이 문제가 되었다.

오염된 수돗물 공급이 문제된 사건으로는 *SAUR International v. Argentina* 사건도 있다.³⁷⁾ 이 사건에서는 아르헨티나 멘도사(Mendoza)주의 상하수도 시설 운영이 문제되었으며, SAUR가 멘도사주의 상하수도 시설을 운영하고 있던 아르헨티나 공기업 OSM의 주식을 취득하고, OSM이 1998년에 멘도사주와 95년간의 상하수도 시설 운영에 관한 양허계약을 체결하는 방식으로 상하수도 사업에 대한 민영화가 진행되었다.³⁸⁾ 그러나 2001년에 아르헨티나에 경제 위기가 발생하면서 OSM은 상하수도 시설의 운영 비용을 감당하기 위해서 수도세를 인상하려고 하였으나 아르헨티나 정부가 수도세를 동결하였고, 이후 OSM은 수질 보호와 하수처리에서 미흡한 부분을 보였다.³⁹⁾ 이 사건에서는 투자유치국 정부의 수도세 동결 조치가 수질 오염의 발단이 되었는데, 이처럼 투자유치국의 경제 상황이 안 좋을 때는 수도세 인상으로 인한 물에 대한 접근권 침해를 두고 투자자와 투자유치국 간에 의견충돌이 발생하기도 한다.⁴⁰⁾ 또한 이 사건에서는 국가가 개인의 물에 대한 접근권을 보장하기 위해 수도세를 동결한 것이 깨끗하고 안전한 물을 이용할 권리를 침해한 결과를 가져왔다.

물에 대한 접근권이 문제된 초기 사례로는 *Agua del Tunari v. Bolivia* 사건이 있다. 볼리비아 코차밤바(Cochabamba)시는 볼리비아에서 세 번째로 큰 도시인데 당시 많은 인구가 도시로 유입되면서 상하수도 시설 부족 문제가 발생하자 상하수도 사업을 민영화하였고, 아구아스텔투나리(Aguas del Tunari)와 1999년 9월 상하수도 사업에 대한 40년 양허계약을 체결하였다.⁴¹⁾ 볼리비아는 상하수도법을 통해 사업자에게 광범위한 권한을 부여하

35) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), paras.41-44.

36) *Ibid.*, para.144.

37) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability (6 June 2012).

38) *Ibid.*, paras.27, 37-38.

39) *Ibid.*, paras.29; Ursula Kriebaum, "The Right to Water Before Investment Tribunals", *Brill Open Law*, Vol.1, No.1, 2018, p.24.

40) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p.17.

였고, 아구아스텔투나리는 상하수도 사업의 운영을 시작한 지 몇 주 지나지 않아 수도세를 평균 43% 인상하였으며, 개인 우물의 이용을 금지하는 등 기타 수자원의 이용을 제한하는 내용의 법을 만들 것을 볼리비아 정부에 요청하였다.⁴²⁾ 아구아스텔투나리는 코차밤바시가 요구한 투자를 이행하기 위해서는 수도세의 가파른 인상이 불가피했다는 입장이었지만, 이로 인해 시민들의 대규모 시위가 발생하였고 볼리비아 정부는 긴급사태를 선포하였다.⁴³⁾ 그러나 볼리비아 정부는 시위 진압에 실패하였으며, 결국 볼리비아에서 철수한 아구아스텔투나리는 볼리비아를 상대로 국제투자중재를 신청하였다.⁴⁴⁾

물에 대한 접근권이 가장 많이 다루어진 사례인 *Urbaser v. Argentina* 사건은 아르헨티나 부에노스아이레스주의 상하수도 사업과 관련된 사건이었으며, 스페인 기업인 우르바세르(Urbaser)는 사업자의 대주주인 외국인 투자자였다.⁴⁵⁾ 이 사건에서 아르헨티나는 투자자가 설비 확장에 관한 양허 계약상의 의무를 위반하였다고 주장하였으며, 우르바세르는 아르헨티나의 수도 요금 동결 등의 조치로 인해 투자를 더 진행할 수 없었다고 주장하면서 양자 간에 투자분쟁이 발생하였다.⁴⁶⁾

결국, 외국인 투자자의 수도세 인상이 물에 대한 접근권을 침해하거나 수질 악화를 야기했을 때 인권이 침해되었다고 보아 투자유치국은 특정 조치를 시행하고, 이것이 투자자의 이익 감소 또는 투자금을 회수하지 못하는 결과로 이어지면서 투자유치국과 투자자 간에 분쟁이 발생하는 것을 확인할 수 있다.

2) 기타 산업 관련

상하수도 사업과 관련된 사건은 아니지만 외국인 투자자가 기타 산업 분야에서 행한 투자행위의 부수적인 결과로 바다 또는 강의 수질 오염이 발생하는 경우에도 투자분쟁이 발생할 수 있다. 그 예로 *Vattenfall v. Germany* 사건이 있으며, 이 사건에서는 스웨덴 기업

41) *Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005), para.57.

42) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p.499; UNGA, *supra* note 2, para.29; Ursula Kriebaum, *supra* note 39, pp.19-20.

43) *Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, para.73.

44) 이 사건이 널리 알려지면서 다수의 국가와 환경 및 인권 관련 비정부기구로부터 항의가 이어지자, 양쪽 모두 배상없이 양허계약을 종료하기로 합의하면서 국제투자중제도 종료되었다. 따라서 이 사건은 분쟁에 대한 검토가 제대로 이루어지지 않았으며, 인권으로서의 물에 대한 권리가 다루어진 사건은 아니었다.

45) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016) (이하 '*Urbaser v. Argentina*').

46) *Ibid.*, paras.94-100.

인 바텐팔(Vattenfall)이 독일 함부르크에 건설하는 석탄발전소와 관련하여 발전소의 열을 식히기 위한 용수의 수질과 물 사용 허가 등이 문제되었다.⁴⁷⁾ 또한 *Pacific Rim v. El Salvador* 사건을 보면 캐나다 퍼시픽림광산기업(Pacific Rim Mining Corporation)이 소유한 팍림(Pac Rim)은 엘살바도르 엘도라도 광산에 대한 금 탐사 면허를 2002년 취득하였고, 2004년에 광산개발에 관한 양허권을 신청하면서 환경영향평가를 받았다.⁴⁸⁾ 그러나 시민들이 반대하기 시작하였고, 2008년 엘살바도르 정부가 수질 오염과 국민의 건강권 등을 고려하여 광산채굴을 금지하겠다고 발표하였고, 양허권 부여가 거부되면서 분쟁이 발생하였다.⁴⁹⁾

이처럼 발전소 운영 또는 광산채굴과 같이 수질 오염이 수반되는 기업의 투자 활동에 대해 정부가 인권 보호를 이유로 허가 발급을 취소하는 등 규제권을 행사하는 경우 외국인 투자자와 투자유치국 간에 국제투자분쟁이 발생할 수 있는 것이다.

2. 관련 국제투자분쟁의 해결

(1) 국제투자분쟁의 해결방식

투자유치국에 투자한 외국인 투자자가 투자유치국의 위법한 행위로 인해 피해를 입은 경우, 외국인 투자자는 자신의 국적국이 투자유치국과 체결한 국제투자협정에 규정된 분쟁 해결방식을 이용하여 분쟁을 해결할 수 있다. 대부분의 국제투자협정은 분쟁해결방식으로 국제투자중재(투자자-국가중재)에 대해 규정하고 있으며, 외국인 투자자는 이에 관한 조항에 근거하여 직접 투자유치국을 상대로 중재를 신청할 수 있다. 국제투자중재는 국내법원이 아닌 국제적인 방식으로 투자분쟁을 해결하는 절차이며, 2000년대부터 매년 수십 건의 새로운 중재 사건이 발생할 정도로 외국인 투자자들이 활발하게 이용하고 있다.⁵⁰⁾

국제투자중재 중에서 국가와 다른 국가 국민 간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 이하 'ICSID 협약')에 따른 중재를 ICSID 중재라고 하며, 국제투자분쟁의 해결에 가장 많이 이용되는 방식이 바로 ICSID 중재이다.⁵¹⁾ 이밖에 유엔 국제상거래법위원회

47) *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

48) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award (14 October 2016), para.3.6.

49) *Ibid.*

50) UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020", *IIA Issues Note*, Issue 4, September 2021.

회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 ‘UNCITRAL’) 중재규칙에 따른 임의중재(*ad hoc* arbitration) 등 ICSID 외 중재도 있다.

(2) 준거법: 국제인권조약이 적용될 수 있는지 여부

과거에는 국제투자중재에 인권조약이 적용될 수 없다고 보는 견해가 많았다. 그러나 오늘날에는 국제투자협정에서 준거법을 분쟁 당사자들이 선택할 수 있도록 규정하고 있고, 국제투자분쟁에 국제법이 모두 적용될 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.⁵²⁾ 그렇다면 물에 대한 권리를 보호하기 위해 투자유치국이 행한 규제권이 문제된 국제투자중재에서 국제인권조약이 적용될 수 있는지가 문제된다.

준거법과 관련하여 ICSID 협약 제42조에서는 당사자가 합의하는 법원칙에 따라서 분쟁을 해결해야 하고, 당사자들의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 분쟁 당사자인 계약국의 법률 및 적용가능한 국제법 규칙을 적용해야 한다고 규정하고 있다.⁵³⁾ 따라서 분쟁 당사자들이 준거법으로 국내법을 적용한다고 선택했다고 하더라도 중재판정부는 국제법을 적용할 수 있으며, *SPP v. Egypt* 사건에서도 중재판정부는 분쟁 당사자들이 이집트법을 적용하기로 합의하였더라도 이것이 국제법의 적용을 배제하는 것은 아니라고 하면서 국제법을 적용하였다.⁵⁴⁾ 또한 ICSID 협약이 체결된 것은 1965년이며, 당시에 “국제법”은 이미 국제사법재판소 규칙 제38조 제1항에 따라 조약, 국제관습법, 법의 일반원칙을 포함하는 것으로 이해되었으므로 국제인권조약은 ICSID 협약 제42조에서 말하는 국제법 규칙에 포함되는 것으로 이해해야 할 것이다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여 *SAUR International v. Argentina* 사건의 중재판정부는 인권과 특히 물에 대한 권리를 검토하면서 이 권리는 아르헨티나 헌법상의 권리이고 국제법 일반원칙의 일부를 구성하고 있으므로 이 사건에서 검토해야 한다

51) UNCTAD, “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures”, *IIA Issues Note*, Issue 3, November 2017, p.5.

52) Fabio Giuseppe Santacroce, “The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes”, *ICSID Review*, Vol.34, No.1, 2019, pp.140-141.

53) ICSID 협약 제42조

“(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”.

54) *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992), paras.84-85.

55) Bree Farrugia, *supra* note 22, p.264.

고 하였다.⁵⁶⁾ 즉, 인권조약을 직접 국제투자중재에 적용한 것은 아니었지만 국제법의 일부를 구성하는 권리로서 인권을 이 사건에 적용할 수 있다고 본 것이다.

UNCITRAL 중재규칙에서도 ICSID 협약과 유사한 규정을 담고 있으며, 국제법을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우 중재판정부가 적절하다고 판단하는 법을 적용한다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 이에 따르면이라도 국제인권조약을 국제투자중재에 적용할 수 있을 것이다.

3. 중재판정의 검토

상하수도 사업이 관련된 국제투자분쟁의 중재판정을 살펴보면 인권으로서의 물에 대한 권리가 다루어진 경우가 많지는 않지만, 이를 살펴보면 점차 인권 보호에 근거한 투자유치국의 주장과 중재판정부의 검토가 늘어나고 있는 것을 확인할 수 있다.

(1) 중재판정에서 인권이 검토되지 않은 사례

먼저 *Aguas del Tunari v. Bolivia* 사건을 보면 당사자 간 합의로 사건이 종료되면서 중재판정부가 물에 대한 권리에 관해 검토할 기회는 없었지만, 당시 다수의 국가와 비정부기구가 이 사건과 관련하여 물에 대한 권리의 보호를 주장하였다.⁵⁸⁾

2000년에 중재판정이 나온 *Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina* 사건의 경우, 아르헨티나는 인권 또는 물에 대한 권리를 직접적으로 언급하지는 않았지만, 공중보건을 보호할 국가의 의무와 깨끗한 물에 대한 접근은 인간의 삶에 필수적인 요소라는 주장을 펼쳤다.⁵⁹⁾ 이를 근거로 아르헨티나는 투자 보호 의무 위반을 정당화하려고 하였지만, 아르헨티나의 주장이 중재판정에서 받아들여지지는 않았다.⁶⁰⁾

앞의 사건과 같이 인권에 관한 직접적인 언급은 없었지만 물에 대한 접근권이 문제된

56) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, para.330.

57) UNCITRAL 중재규칙 제35조

“1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate”.

58) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p.500.

59) *Vivendi v. Argentina*, para.6.5.1.

60) *Ibid.*, para.7.5.34 (중재판정부는 CAA의 주장을 받아들여 아르헨티나가 양허계약에 따른 CAA의 권리를 침해하였고, CAA가 계약을 종료할 수밖에 없게 만들었다고 판단하였다).

국제투자분쟁 사례인 *Biwater Gauff v. Tanzania* 사건에서는 제3자가 제출한 서면진술서에서 인권이 언급되었지만 탄자니아는 물에 대한 권리를 직접 언급하지는 않았고, 투자자의 행위가 공중보건과 복지에 실질적인 위협이 된다고만 주장하였다.⁶¹⁾ 따라서 중재판정부가 물에 대한 권리를 직접 검토하지는 않았다.⁶²⁾

(2) 기업의 투자 보호와 인권 보호의 관계를 검토한 사례

Azurix v. Argentina 사건에서 아르헨티나는 인권을 직접 언급하면서 이 사건에서 국제투자협정과 국제인권조약상 의무의 충돌이 있었다고 하였으며, 투자협정과 인권조약상의 의무가 충돌할 때에는 소비자의 공익이 서비스 제공자의 사익에 우선하므로 인권이 우선 적용되어야 한다고 주장하였다.⁶³⁾ 그러나 중재판정부는 인권조약과 투자협정 간의 충돌 또는 인권의 우선 적용에 관한 아르헨티나의 주장이 충분히 설명되지 않았다고 판단하였으며 아르헨티나의 주장을 받아들이지 않았다.⁶⁴⁾

같은 지역의 유사한 상황에서 발생한 분쟁인 *Suez v. Argentina* 사건에서도 아르헨티나는 자국민에 대해 물에 대한 권리를 보장할 인권 보호 의무가 양자투자조약(Bilateral Investment Treaty, 이하 'BIT')에 따른 의무보다 우선한다고 주장하였는데, 이 사건에서도 중재판정부는 아르헨티나가 이와 같이 판단한 근거를 찾지 못했다고 설명하였다.⁶⁵⁾ 중재판정부는 두 가지 의무가 불일치하거나 상호배타적인 것은 아니므로 아르헨티나는 두 가지 의무를 모두 준수할 수 있었다고 하였다.⁶⁶⁾

아르헨티나가 자신의 행위를 정당화하기 위해 물에 대한 권리를 주장한 위 두 사건에서 중재판정부는 인권 보호 의무에 대해 직접 검토하였지만, 그 내용은 투자유치국이 인권과 투자협정상 의무를 모두 준수해야 한다는 내용에 그쳤으며, 인권에 대한 주장이 중재판정의 내용에 영향을 미친 것은 아니었다. 다만, *Azurix v. Argentina* 사건에서는 중재판정

61) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p.29.

62) *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008), para.789 (탄자니아 수도 설비의 확충을 위해 기업의 민영화를 통해 해외투자를 유치했지만, 시설이 제대로 설치되지 않아 물에 대한 접근이 어려워져 탄자니아는 계약을 종료하였다).

63) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, para.254.

64) *Ibid.*, para.261; 중재판정에서 중재판정부는 부에노스아이레스주가 행한 조치가 공익을 위한 것이었다는 점은 인정했지만, ABA가 사업을 시행하기 전 관련 시설의 보수를 완료해줄기로 했던 약속을 이행하지 않으면서 양허계약 상의 의무를 위반했으므로 아르헨티나에 책임이 인정된다고 하였다(paras.312, 438).

65) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), para.262.

66) *Ibid.*

부도 물에 대한 권리를 보호해야 할 아르헨티나의 의무를 고려해서 Azurix에 대한 아르헨티나의 배상액을 감면하였다.⁶⁷⁾ 인권에 대한 아르헨티나의 주장이 배상액의 산정에는 영향을 미친 것이다.

이 사건을 통해서 국가들은 국제투자중재에서 인권조약상의 의무가 큰 역할을 할 수 있다는 점을 확인하였으며, 이후 국제투자중재에서 투자유치국이 인권 보호 의무를 주장할 방안에 대해 고려하는 경우가 늘어났다.

따라서 *SAUR International v. Argentina* 사건에서 아르헨티나는 이전보다 인권에 대한 주장을 더 적극적으로 개진하였고, 국제투자협정에 따라 외국인의 투자를 보호할 의무보다 아르헨티나 국내법상 헌법과 동등한 지위에 있는 인권 보호 의무가 우선한다고 주장하였다.⁶⁸⁾ 또한 아르헨티나는 OSM이 수질 관리와 하수처리를 제대로 하지 못한 것이 개인의 물에 대한 기본권인 권리를 침해한 것이라고 주장하였다.⁶⁹⁾ 이 사건에 대한 2012년 관할권 및 책임에 대한 결정(Decision on Jurisdiction and Liability)에서 중재판정부도 아르헨티나의 주장을 검토하면서 국제법과 아르헨티나 국내법에 규정되어 있는 인권, 특히 물에 대한 권리를 인정하였으며, 물에 대한 권리가 국가의 입장에서는 공공서비스의 제공에 해당하고, 시민의 입장에서는 기본권에 해당하는 내용이라고 하였다.⁷⁰⁾ 중재판정부는 그러나 국가에 물에 대한 권리를 보호할 의무가 인정된다고 하더라도 이 의무는 외국인 투자자가 향유하는 권리를 보호하는 동시에 이행되어야 하는 것이라고 하였다.⁷¹⁾ 즉, 국가에게는 외국인 투자자를 보호할 의무와 물에 대한 권리를 보호할 의무가 모두 인정되며, 둘 중 어느 하나가 우위에 있는 것은 아니라고 하였다.

SAUR International v. Argentina 사건에 대한 관할권 및 책임에 대한 결정에서는 중재판정부가 인권과 물에 대한 권리를 직접 검토했다는 점에서 *Azurix v. Argentina* 사건 및 *Suez v. Argentina* 사건과 차이가 없는 것은 아니지만, 위와 같은 전반적인 검토 이후 구체적인 위반 사항에 대한 검토에서 물에 대한 권리가 다시 거론된 것은 아니었다는 점에서 여전히 인권 문제가 중재판정에서 큰 역할을 했다고 보기는 어렵다.⁷²⁾

67) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, para.425.

68) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, para.328.

69) *Ibid.*

70) *Ibid.*, para.330.

71) *Ibid.*, para.331.

72) Tamar Meshel, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.6, 2015, p.294.

(3) 물에 대한 권리에 관한 포괄적인 검토가 이루어진 사례

국제투자중재에서 물에 대한 권리와 관련하여 매우 의미있는 중재판정이 나왔으며, 그 사건은 바로 *Urbaser v. Argentina* 사건이다. 2016년에 나온 이 사건에 대한 중재판정에서 중재판정부는 *SAUR International v. Argentina* 사건에 대한 2010년 중재판정에서와 같이 아르헨티나는 국제투자협정상 외국인의 투자를 보호할 의무를 준수하는 동시에 국민의 건강과 물에 접근할 권리를 포함한 인권도 보호해야 한다고 하였다.⁷³⁾ 그리고 이 같은 입장에서 부에노스아이레스주가 이 사건의 양허계약을 종료한 것은 인권을 보호하기 위한 정당한 공익 행사였다고 보았다.⁷⁴⁾

중재판정부는 이 사건에 대한 중재판정에서 이전의 그 어떤 사건보다 인권과 물에 대한 권리를 자세히 검토하였다. 먼저, 물에 대한 권리가 인권에 해당한다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없고, 투자유치국은 국제법 및 국내법상 물에 대한 권리를 보호할 의무가 있다고 언급하였으며, 정부가 상하수도 사업을 민영화하는 목적은 국내법, 특히 헌법에 따라 국민의 건강과 물에 대한 접근권을 보장하기 위한 것이라는 점을 강조하였다.⁷⁵⁾

기존 판정들이 인권의 전반적인 내용 또는 인권과 투자 보호와의 관계만을 언급했다면, 이 사건에 대한 중재판정에서는 국가에 지속적인 수도 공급을 보장해야 할 의무가 있다고 하면서 이 같은 보편적이고 기본적인 인권의 보호는 투자자의 정당한 기대(*legitimate expectation*)와 관련하여 고려되어야 한다고 하였다.⁷⁶⁾ 투자자의 정당한 기대 보호는 대부분의 투자협정에서 규정하고 있는 공정하고 공평한 대우(*Fair and Equitable Treatment, FET*) 원칙을 구성하는 내용 중 하나이며,⁷⁷⁾ 보편적이고 기본적인 인권의 보호와 투자자의 정당한 기대 보호를 연관 지어 언급한 부분은 투자유치국의 투자협정 위반행위를 정당화하기 위한 예외의 근거로 인권이 제시될 수 있다는 의미라는 점에서 이 판정의 가장 중요한 내용에 해당한다.

그동안 중재판정에서는 국가가 인권과 투자협정 상의 의무를 동시에 충족해야 한다고 하면서 그 방법에 대해서는 언급이 없었는데, 이 사건에 대한 중재판정을 통해 그 방법을 제시한 것으로 볼 수 있으며, 이는 바로 인권의 내용을 공정하고 공평한 대우 원칙을 구성

73) *Urbaser v. Argentina*, para.720.

74) *Ibid.*, para.944.

75) *Ibid.*, paras.622, 721.

76) *Ibid.*, paras.623-624.

77) *Ibid.*, para.615.

하는 내용 중 하나인 투자자의 정당한 기대 보호를 해석할 때 적용하는 것이다.⁷⁸⁾ 또한 이는 투자유치국이 인권 보호 의무를 이행할 것이라는 점을 해당 국가에 투자자가 투자할 때 고려해야 한다는 것이고, 투자 당시 투자자가 기대한 내용을 판단할 때 고려해야 하는 내용에 해당한다는 얘기이기도 하다. 즉, 인권조약이 투자중재에서 어떤 방식으로 적용되어야 하는지를 보여준 것이다.

이 사건에 대한 중재판정이 특별한 또 다른 이유는 투자유치국이 인권에 근거하여 제기한 반대청구(counterclaim)를 중재판정부가 처음으로 받아들였기 때문이다.⁷⁹⁾ 반대청구는 주된 청구에 기반하여 중재 피신청인이 제기하는 청구이며, 이 사건에서 중재판정부는 아르헨티나가 제기한 반대청구의 관할권을 인정하면서 투자자가 물에 대한 권리를 위반하였는지 여부를 검토하였다. 특히 중재판정부는 물에 대한 권리를 보호해야 할 의무는 국가에게만 인정된다는 투자자의 주장을 받아들이지 않고 외국인 투자자에게도 인권 관련 의무가 인정된다고 하였다.⁸⁰⁾ 이어서 중재판정부는 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, CSR)의 중요성에 대해 언급하면서 세계인권선언 제30조, ICESCR 제5조, 국제노동기구의 다국적기업과 사회적 정책에 관한 삼자 공동선언 제8원칙에 근거하여 기업은 외국에서도 인권을 침해하지 않을 의무가 있다고 하였다.⁸¹⁾ 그러나 물에 대한 권리는 국가에 준수 의무(obligation of compliance)를 부과하지만, 관련 서비스를 제공하는 기업에 대해 이행 의무(obligation for performance)까지 부과하는 것은 아니라고 하였다.⁸²⁾ 외

78) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p.29.

79) *Urbaser v. Argentina*, para.1155; Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 52, p.138.

80) *Urbaser v. Argentina*, para.1194.

81) *Ibid.*, para.1195;

세계인권선언 제30조

“이 선언의 어떠한 규정도 어떤 국가, 집단 또는 개인에게 이 선언에 규정된 어떠한 권리와 자유를 파괴하기 위한 활동에 가담하거나 또는 행위를 할 수 있는 권리가 있는 것으로 해석되어서는 아니된다”.

ICESCR 제5조

“1. 이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다”.

ILO, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy

“8. All the parties concerned by the MNE Declaration should respect the sovereign rights of States, obey the national laws and regulations, give due consideration to local practices and respect relevant international standards. They should also honour commitments which they have freely entered into, in conformity with the national law and accepted international obligations. They should respect the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the corresponding International Covenants (1966) adopted by the General Assembly of the United Nations as well as the Constitution of the International Labour Organisation and its principles according to which freedom of expression and association are essential to sustained progress”.

82) *Urbaser v. Argentina*, para.1208.

국에서 기업의 투자행위가 개인의 물에 대한 접근권을 방해하는 방식으로 이루어져서는 안 되는 것은 맞지만, 국가처럼 인권을 보호할 적극적인 의무가 인정되는 것은 아니라고 본 것이다.⁸³⁾ 그리고 이 사건에서는 물에 대한 접근을 방해하는 투자자의 행위가 있었다는 점이 인정되지 않았기 때문에 투자유치국의 주장을 받아들일 수 없다고 하였다.⁸⁴⁾

이처럼 *Urbaser v. Argentina* 사건에 대한 중재판정에서는 국가의 인권 보호 의무 외에 투자자의 인권 보호 의무가 검토되었으며, 국제투자협정에서 인권이 어떻게 해석될 수 있는지를 제시하였고, 투자자가 인권을 위반했다는 주장을 근거로 한 투자유치국의 반대청구가 받아들여질 수 있다는 점이 확인되었다.

IV. 중재판정의 변화가 국제투자중재와 기업의 인권 보호 의무에 미친 영향

Urbaser v. Argentina 사건에 대한 중재판정이 나오기 전까지는 국제투자중재에서 투자유치국이 인권 보호를 위한 규제권 행사였다는 점을 주장하더라도 중재판정부는 인권 문제를 아예 다루지 않거나, 국가의 인권 보호 의무를 인정하더라도 인권 보호 의무와 외국인 투자자를 보호할 의무는 동시에 인정된다고 하면서 투자유치국이 두 의무를 모두 준수해야 한다는 입장을 보였다. 그러나 *Urbaser v. Argentina* 사건에서 처음으로 인권 보호에 근거하여 투자유치국이 제기한 반대청구가 받아들여졌다. 이처럼 국제투자중재에서 인권 보호 의무에 근거한 주장이 받아들여질 가능성을 확인한 국가들은 국제투자협정에 투자 보호의 예외에 관한 규정을 마련하고, 국제투자중재에서 반대청구를 제기하는 모습을 보이고 있다.

1. 국제투자협정의 예외조항 증가

투자유치국이 인권에 근거한 투자 보호의 예외를 주장하기 위해 국제투자협정에 새로 도입하는 내용은 다양한 방식으로 규정되고 있다. 국가의 규제권에 대해 규정하는 경우도 있고, 투자자에게 인권 관련 국제법 및 국내법 규정의 준수 의무를 직접 부과하는 경우도

83) *Ibid.*, para.1210.

84) *Ibid.*, para.1221.

있다.

2016년에 체결된 아르헨티나-카타르 BIT는 전자에 해당하며, 규제권(Right to regulate)에 관한 조항을 별도로 마련하여 공중보건, 환경, 소비자의 보호 등 정당한 공공목적 달성을 위해 필요한 조치를 통해 규제할 계약국의 고유한 권리에 투자협정 상의 투자 보호에 관한 다른 조항들이 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.⁸⁵⁾ 후자에 해당하는 네덜란드의 2019년 모델 BIT와 2016년에 체결된 모로코-나이지리아 BIT에서는 인권을 명시적으로 언급하면서 인권 관련 국제법 또는 국내법을 준수해야 할 투자자의 의무에 대해 규정하고 있다.⁸⁶⁾ 콜롬비아의 2017년 모델 BIT는 규제권 및 투자 관련 의무에 관한 내용을 별도로 마련하여 다양한 예외와 투자자의 사회적 책임에 대해 규정하고 있다.⁸⁷⁾

이와 같은 새로운 규정을 도입하고 있는 국제투자협정은 아직 소수에 불과하며, 대다수의 국제투자협정은 여전히 외국인 투자자를 보호하는 내용에 치우쳐 있지만, 새로운 규정을 도입한 국제투자협정이 있으면 중재 피신청인이 된 투자유치국은 이에 근거하여 신청인의 청구를 반박하고 인권 보호를 위한 자신의 규제권 행사를 정당화하는 주장을 펼칠 수 있다.

2. 투자유치국의 반대청구 제기

국제투자협정의 내용은 대부분 투자자 보호에 관한 내용이자 국가의 의무에 관한 내용으로 이루어져 있으므로 국가의 반대청구 행사에 관한 규정은 찾아보기 어려우며, 그동안 반대청구가 제기된 사례도 매우 적고, 중재판정부는 반대청구를 잘 받아들이지 않았다.⁸⁸⁾

85) 아르헨티나-카타르 BIT 제10조 Right to regulate

"None of the provisions of this Agreement shall affect the inherent right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer protection".

86) 네덜란드 2019년 모델 BIT 제7조 Corporate Social Responsibility

"1. Investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host state, including laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws";

모로코-나이지리아 BIT 제18조 Post-Establishment Obligations

"4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties".

87) 콜롬비아 2017년 모델 BIT 중 SECTION [CC]-RIGHT TO REGULATE AND INVESTMENT RELATED OBLIGATIONS를 구성하는 조항으로는 General Exceptions, Non-detractation from environmental, human rights and labour standards, Investors' Social Responsibility, Denial of Benefits 등이 있다.

88) Taida Begić Šarkinović, "Human rights issues in investment arbitration cases: A new perspective?",

그러나 *Urbaser v. Argentina* 사건에서 인권 보호에 근거하여 투자유치국이 제기한 반대청구가 처음으로 받아들여진 후 인권이 문제된 국제투자분쟁 사건에서 투자유치국이 반대청구를 제기하는 사례도 계속해서 등장하고 있다.⁸⁹⁾

(1) 반대청구 제기 요건

투자유치국이 제기한 반대청구가 받아들여지기 위해서는 먼저 반대청구를 제기하기 위한 요건이 충족되어야 한다. ICSID 중재의 경우, ICSID 협약 제46조와 ICSID 중재규칙 제40조에 따라 (i) 반대청구가 분쟁의 대상으로부터 직접 발생해야 하고, (ii) 그 청구는 당사자들이 동의한 범위 내에 해당하고 ICSID의 관할권 범위 내에 있어야 한다.⁹⁰⁾ 위 요건을 모두 충족하면 반대청구에 대한 관할권(jurisdiction) 및 수리 가능성(admissibility)이 인정되고, 중재판정부의 검토 결과 투자유치국이 주장한 반대청구의 내용이 받아들여지면 투자유치국의 투자 보호 의무 위반에 대한 예외가 인정되거나 투자자에 대한 배상액이 줄어들 수 있다.⁹¹⁾

먼저 동의와 관련하여 *Urbaser v. Argentina* 사건에서는 스페인-아르헨티나 BIT에서 분쟁의 양쪽 당사자 모두 분쟁해결을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 투자자-국가 중재에 동의한 것은 반대청구에도 동의한 것으로 볼 수 있다고 하였다.⁹²⁾ ICSID 중재판정부는 *Goetz v. Burundi* 사건에서도 ICSID 중재에 대한 동의는 반대청구에 대한 동의로도 이해될 수 있다고 하였다.⁹³⁾ 한편, *Spyridon Roussalis v. Romania* 사건에서는 문제된 BIT에

Pravni zapisi, Vol.2, 2020, pp.540-541; Bree Farrugia, *supra* note 21, p.281.

89) Barnali Choudhury, "Investor Obligations for Human Rights", *ICSID Review*, Vol.35, 2020, p.96; Taída Begić Šarkinović, *supra* note 87, p.541.

90) Anne K. Hoffmann, "Counterclaims in Investment Arbitration", *ICSID Review*, Vol.28, 2013, pp.441-443; ICSID 협약 제46조의 원문은 다음과 같다.

"Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre";

ICSID 중재규칙 제40조 원문은 다음과 같다.

"(1) Except as the parties otherwise agree, a party may present an incidental or additional claim or counter-claim arising directly out of the subject-matter of the dispute, provided that such ancillary claim is within the scope of the consent of the parties and is otherwise within the jurisdiction of the Centre".

91) Tamar Meshel, *supra* note 72, pp.280-281.

92) *Urbaser v. Argentina*, paras.1143-1144.

93) *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, *ICSID Case No. ARB/01/2, Award (21 June 2012)*, para.279.

서 명시적으로 국가의 의무와 관련된 분쟁에 대해서만 관할권이 성립한다고 규정하여 반대청구를 배제하고 있으므로, 중재판정부는 신청인의 동의가 있었다고 할 수 없고 관할권이 성립하지 않는다고 보았다.⁹⁴⁾ 이처럼 관련 국제투자협정의 문구가 가장 중요하며, 분쟁 해결조항이 넓게 규정되어 있고 분쟁 당사자들이 ICSID 중재에 동의한 경우에는 반대청구를 허용하는 ICSID 협약 제46조에 근거하여 중재판정부는 분쟁 당사자들이 반대청구에도 동의한 것으로 본다.⁹⁵⁾

또한 반대청구는 ICSID의 관할권 범위 내에 있어야 하는데, *Urbaser v. Argentina* 사건에서 아르헨티나가 제기한 반대청구는 투자자의 인권 위반과 관련된 청구였음에도 불구하고 중재판정부는 이 청구가 ICSID 중재의 관할권 범위 내에 있는지 여부를 문제삼지 않았다.⁹⁶⁾ 기존 중재판정들은 대체로 인권 문제가 국제투자중재의 관할권 범위에 포함되지 않는다는 입장을 보였으나, *Urbaser v. Argentina* 사건에 대한 중재판정에서는 ICSID 관할권의 범위를 넓게 해석한 것이다.⁹⁷⁾ 다만, 국제투자중재의 중재재판부가 인권 문제에 대해 판단할 권한이 있는지 여부에 관계없이 해당 인권 문제가 투자분쟁과 관련된 것이라면 중재판정부의 관할권은 당연히 성립한다고 보아야 할 것이다.⁹⁸⁾

다음으로 주된 청구와의 연관성 또는 분쟁의 대상으로부터 반대청구가 직접 발생해야 한다는 요건과 관련하여 *Spyridon Roussalis v. Romania* 사건의 중재판정부는 기존 *Klöckner v. Cameroon* 사건에 대한 중재판정을 원용하면서 주된 청구는 반대청구와 불가분하고(indivisible), 상호의존적(interdependent)이어야 한다고 설명하였다.⁹⁹⁾ *Urbaser v. Argentina* 사건에 대한 중재판정부는 반대청구와 주된 청구가 동일한 투자와 관련된 동일한 양허계약에 근거한 것이므로 양자 간의 연관성이 명백하게 인정된다고 보았다.¹⁰⁰⁾ 또한 중재판정부는 반대청구와 주된 청구 간의 연관성에는 사실상 관련이 있는 경우 또는 법적인 관련이 있는 경우가 있을 수 있다고 하면서 법적 연관성은 반대청구가 국내법에만 근거한 것이 아니라면 인정될 수 있다고 하였다.¹⁰¹⁾ 이와 같은 설명은 중재판정부가 기존

94) *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011), (이하 '*Spyridon Roussalis v. Romania*', paras.869, 872 (그리스-루마니아 BIT 제9조의 관련 부분은 다음과 같다. "Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way……").

95) Barnali Choudhury, *supra* note 89, p.95.

96) *Urbaser v. Argentina*, para.1154.

97) Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 52, p.139.

98) *Ibid.*, p.140.

99) *Spyridon Roussalis v. Romania*, para.774.

100) *Urbaser v. Argentina*, para.1151.

사건에서 보인 입장보다 반대청구와 주된 청구 간의 연관성을 넓게 해석한 것으로 이해할 수 있다.¹⁰²⁾

이렇듯 *Urbaser v. Argentina* 사건의 중재판정부는 반대청구의 관할권 및 수리 가능성을 매우 넓게 인정하였으며, 중재 피신청인이 된 투자유치국이 인권에 근거하여 반대청구를 신청할 수 있는 가능성을 열어주었다. 더구나 UNCITRAL 중재규칙 등 기타 중재규칙에 서는 반대청구에 관한 규정에서 관할권 성립 요건에 대해서만 언급하고 있는 등 세부요건을 규정하고 있지 않으므로 ICSID 외 중재에서 ICSID 중재보다 반대청구를 신청하기 위한 요건을 더 까다롭게 요구하기는 어려울 것이다.¹⁰³⁾

그러나 반대청구에 대한 관할권의 성립 요건에 대해서는 아직 관련 사례가 많지 않으므로 다른 사건에서도 이와 같이 관할권의 범위가 넓게 해석될지는 알 수 없으며, 기존 사례를 살펴보면 투자유치국이 반대청구를 제기한다고 하더라도 반대청구를 제기할 요건을 충족하지 못했다는 이유에서 중재판정부가 이를 받아들이지 않는 경우가 대부분이다.¹⁰⁴⁾ 따라서 관련 국제투자협정에서 분쟁해결에 관한 조항을 어떻게 규정하고 있는지가 중요한 것이며, 반대청구를 제기하기 위한 요건이 더 명확하게 제시되어야 할 것이다. 또한 *Urbaser v. Argentina* 사건에서 반대청구에 대한 관할권 성립이 인정된 후 투자유치국의 청구는 받아들여지지 않은 것에서 확인할 수 있듯이, 투자유치국이 반대청구를 제기할 수 있는 가능성이 넓어졌다고 하더라도 투자유치국의 청구가 받아들여지는 것은 또 다른 문제이다. 투자유치국의 청구가 받아들여지기 위해서는 외국인 투자자에게 직접 인권 보호 의무를 부과하는 규정이 있고, 이에 근거하여 투자유치국이 투자자의 의무 위반을 주장해야 하며, 이와 관련하여 투자자에게 인권 보호에 관한 적극적인 의무가 인정되는지 여부가 문제된다.

101) *Ibid*.

102) Edward Guntrip, "Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?", *EJIL:Talk!*, 10 February 2017 (<ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>); Kevin Grow & Lina Lorenzoni Excoibar, "International Corporate Obligations Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Grounds?", *Boston University International Law Journal*, Vol.36, No.1, 2018, p.116.

103) Arnaud de Nanteuil, "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.17, 2018, pp.384, 386.

104) Arnaud de Nanteuil, *supra* note 103, p.377.

(2) 기업의 인권 보호 의무

ICESCR 제5조에 따르면 국가뿐만 아니라 집단도 이 규약에서 인정하는 권리 및 자유를 파괴하는 행위를 하지 말아야 한다.¹⁰⁵⁾ 이에 따르면 외국인 투자자인 기업도 동 규약에 따라 인정되는 인권을 침해하지 않아야 한다는 것이지만 이것이 기업에 인권을 보호해야 할 적극적인 의무를 부여하고 있는 것은 아니다. 이처럼 국제인권조약은 국가에 대해서만 인권 보호 의무를 부과하며, 기업에 직접 적극적인 인권 보호 의무를 부과하고 있지는 않는 문제가 있다.¹⁰⁶⁾

기업의 인권 보호에 관한 국제문서를 찾아보면 대표적으로 2008년에 발표된 인권과 초국경적 기업 및 기타 사업체 관련 문제에 대한 유엔 특별보고관이 작성한 ‘보호, 존중, 구제: 기업과 인권에 관한 프레임워크’ 보고서가 있다.¹⁰⁷⁾ 이 보고서에서는 물에 대한 권리를 직접 언급하고 있지는 않지만, 인권을 존중할 기업의 책임을 인정하고 있다.¹⁰⁸⁾ 이후 보호, 존중, 구제 프레임워크의 이행을 위한 ‘기업과 인권에 관한 이행원칙’이 2011년에 채택되었으며, 여기에서는 인권을 보호할 국가의 의무와 인권을 존중할 기업의 책임을 구분하여 기업의 인권 보호 원칙을 제시하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이밖에 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, CSR)에 대한 내용을 담은 다양한 문서가 있으며, 기업의 인권 보호 의무에 대한 사회적 기대가 높아지고 있다. 그러나 관련 문서는 모두 연성법(soft law)에 해당하므로 법적 구속력이 없어서 기업의 자발적인 의무 이행을 기대할 수밖에 없다는 문제가 있다. 즉, 법적 구속력이 있는 국제인권조약에서는 기업에 직접 적극적인 인권 보호 의무를 부과하고 있지 않고, 인권을 존중할 기업의 책임에 대해 구체적으로 언급하고 있는 문서는 모두 법적 구속력이 없는 연성법인 것이다.

105) ICESCR 제5조

“1. 이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다”.

106) Farouk El-Hosseny & Patrick Devine, “Contributory Fault under International Law: A Gateway for Human Rights in ISDS?”, *ICSID Review*, Vol.35, 2020, p.112.

107) John Ruggie, “Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights”, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 7 April 2008, A/HRC/8/5.

108) UN OHCHR, *supra* note 27, p.31.

109) John Ruggie, “Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” framework”, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 21 March 2011, A/HRC/17/31.

따라서 기업에 적극적인 인권 보호 의무가 인정되는지 여부를 확인하기 위해서는 국제 투자협정, 국내법, 계약 등을 확인해볼 수밖에 없다. 국제투자협정의 경우, 최근에 체결된 국제투자협정에서는 투자자의 인권 보호 의무를 명시적으로 언급하는 경우가 있으며, 기업의 사회적 책임(CSR)을 강조하는 경우도 있다. 2019년 네덜란드 모텔 BIT에서는 인권에 관한 투자유치국 법을 준수해야 할 투자자의 의무에 대해 규정하고 있으며,¹¹⁰⁾ 최근에 체결된 아르헨티나-카타르 BIT, 모로코-나이지리아 BIT, 이란-슬로바키아 BIT, 브라질-말라위 BIT 등도 기업의 사회적 책임에 관한 의무를 담고 있다.¹¹¹⁾ 이렇듯 국제투자협정에 외국인 투자자의 인권 보호 의무 또는 기업의 사회적 책임에 관한 내용이 증가하고 있는 것은 외국인 투자자가 투자유치국에서 준수해야 할 의무가 늘어났고 투자협정을 통해 보호받을 수 있는 범위는 줄어들었다는 것을 의미한다. 또한 외국인 투자자 보호에 치우쳐 있는 국제투자협정이 투자유치국과 투자자의 권리 및 의무의 균형을 맞추는 방향으로 변화하고 있음을 나타낸다.

다만, 구체적인 문구가 투자유치국 국내법상의 인권 보호 의무 준수 또는 투자유치국의 인권 보호 의무를 방해하지 않을 의무 등으로 규정된 것을 볼 때, 기업에 직접 인권 보호 의무를 부여하는 국내법이 있다면, 또는 국제투자협정에서 기업의 의무를 언급하는 연성법 형태의 국제문서를 구체적으로 명시한다면 외국인 투자자가 부담하는 의무의 내용이 더 명확해질 것으로 보인다.¹¹²⁾ 이와 같은 방식으로 기업에 직접 인권 보호 의무를 부과하는 법적 구속력 있는 문서인 국제투자협정과 국내법이 늘어나면 이는 투자유치국이 반대청구를 제기할 수 있는 근거가 될 것이다.¹¹³⁾ 물에 대한 권리와 관련하여서도 이를 보호할 기업의 의무가 투자유치국 국내법에 규정되어 있거나 관련 국제문서를 국제투자협정에서 명시하고 있다면 물에 대한 권리 보호 의무가 비록 국제인권조약에는 명시되어 있지 않다고 하더라도 국제투자중재에서 투자유치국의 반대청구를 통해 기업에 이에 관한 의무를 인정할 수 있을 것이다.

110) 각주 85 참조.

111) Yulia Levashova, "The Right of Access to Water in the Context of Investment Disputes in Argentina: Urbaser and Beyond", *Utrecht Law Review*, Vol.16, No.2, 2020, p.120; Barnali Choudhury, *supra* note 89, p.89.

112) 각주 85 참조; Arnaud de Nanteuil, *supra* note 103, pp.388-391.

113) Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 52, p.145; Bree Farrugia, *supra* note 22, p.282.

V. 결론

오늘날 인권으로서의 물에 대한 권리가 중요해지면서 상하수도 사업이 민영화된 국가에서 물에 대한 권리와 관련된 분쟁이 발생하는 경우를 많이 찾아볼 수 있다. 상하수도 사업에 해외 민간자본이 투입된 경우, 해당 투자유치국은 국제투자협정상 외국인 투자자의 보호 의무와 국제인권조약상 인권 보호 의무를 모두 부담하게 되는데, 인권을 보호하기 위한 투자유치국의 행위가 외국인 투자자의 권리를 침해하는 경우에 외국인 투자자와 투자유치국 간에 국제투자분쟁이 발생하는 것이다.

이 글에서는 상하수도 사업과 물에 대한 권리가 문제된 다수의 국제투자분쟁 사례를 살펴보고, 중재판정에서 인권 문제를 검토하지 않은 사례, 인권에 대해 언급은 하였지만 투자자 보호와 인권 보호의 관계에 대해서만 검토한 사례, 물에 대한 권리를 포괄적으로 검토한 사례로 분류하여 일련의 사례에서 시간의 흐름에 따른 중재판정의 변화를 살펴보고 있다. 이를 통해 중재판정부가 인권 보호에 관한 투자유치국의 주장을 검토하는 경우가 점차 늘어나고 있는 것을 알 수 있었으며, 이와 같은 변화가 국제투자법은 물론이고 국제인권법에도 많은 영향을 미치고 있다는 사실을 확인할 수 있었다.

구체적으로는 새로 체결된 국제투자협정에서 가장 많은 변화가 나타나고 있으며, 투자협정에 투자 보호의 예외를 인정하는 조항을 넣거나 기업의 인권 보호 의무 또는 사회적 책임에 관한 조항을 규정하는 경우를 찾아볼 수 있다. 또한 *Urbaser v. Argentina* 사건 이후 투자유치국의 반대청구 제기가 증가하였으며, 비록 환경과 관련된 사건이기는 하지만 *Burlington Resources Inc v. Ecuador* 사건과 *Perenco v. Ecuador* 사건과 같이 투자유치국이 제기한 반대청구에 대해 관할권이 성립하고, 투자유치국이 주장한 외국인 투자자의 환경 보호 의무 위반이 인정된 사례도 등장하였다.¹¹⁴⁾ 따라서 앞으로 인권이 문제된 사건에서 투자유치국이 투자협정상의 의무 위반을 정당화하기 위해 인권 보호 의무를 주장하거나 기업의 의무 위반을 주장하는 반대청구를 제기하는 경우가 더욱 늘어날 것으로 보이며, 이는 투자유치국의 규제권 행사 범위를 확대하고 해외투자의 보호 범위는 축소하는 결과를 불러올 것이다.

또한 이와 같은 국제투자협정의 변화는 인권법의 발전에도 많은 영향을 미칠 것으로 보

114) Barnali Choudhury, *supra* note 89, p.96; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims (7 February 2017); *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award (27 September 2019).

인다. 특히 기업의 인권 보호 의무는 이에 대한 국제사회의 논의가 상당 기간 이어져 왔음에도 불구하고 아직 법적 구속력이 있는 문서를 마련하지 못한 상황이다. 그러나 최근에 체결된 일부 국제투자협정을 통해서 기업에 인권 보호 의무가 부과되고 있으며, 기업에 직접 인권 보호 의무를 부과하는 국제투자협정과 국내법이 늘어난다면 이는 국제투자중재에서 투자유치국이 반대청구를 제기할 수 있는 근거가 될 것이고, 이를 통해 기업에 인권을 보호할 의무가 인정될 수 있을 것이다. 또한 물에 대한 권리 보호 의무와 같이 국제인권조약에서 규정하고 있지 않은 내용에 대해서도 이에 관한 국내법 및 연성법을 국제투자협정에 구체적으로 명시하는 방법을 통해 기업에 의무를 부과할 수 있을 것이다. 이와 같은 방향으로 국제투자협정과 국내법이 함께 발전한다면 기업의 인권 보호 의무와 관련하여 국제투자협정이 국제인권조약을 보완하는 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.

■ 참고문헌

- Thielbörger, Pierre, *The Right(s) to Water: The Multi-Level Governance of a Unique Human Right* (Springer, 2014).
- Chaisse, Julien & Polo, Marine, “Globalization of Water Privatization: Ramifications of Investor-State Disputes in the Blue Gold Economy”, *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol.38, No.1, 2015.
- Choudhury, Barnali, “Investor Obligations for Human Rights”, *ICSID Review*, Vol.35, 2020.
- Crow, Kevin & Excobar, Lina Lorenzoni, “International Corporate Obligations Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Grounds?”, *Boston University International Law Journal*, Vol.36, No.1, 2018.
- El-Hosseney, Farouk & Devine, Patrick, “Contributory Fault under International Law: A Gateway for Human Rights in ISDS?”, *ICSID Review*, Vol.35, 2020.
- Farrugia, Bree, “The Human Right to Water: Defences to Investment Treaty Violations”, *Arbitration International*, Vol.31, 2015.
- Hoffmann, Anne K., “Counterclaims in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, Vol.28, 2013.
- Kriebaum, Ursula, “The Right to Water Before Investment Tribunals”, *Brill Open Law*, Vol.1, No.1, 2018.
- Levashova, Yulia, “The Right of Access to Water in the Context of Investment Disputes in Argentina: Urbaser and Beyond”, *Utrecht Law Review*, Vol.16, No.2, 2020.
- Meshel, Tamar, “Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.6, 2015.
- Nanteuil, Arnaud de, “Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol.17, 2018.
- Nehaluddin, Ahmad & Lillienthal, Gary, “Right to Water as a Human Right: A Critical Overview of International Instruments”, *Environmental Policy and Law*, Vol.50, 2020.
- Santacroce, Fabio Giuseppe, “The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes”, *ICSID Review*, Vol.34, No.1, 2019.
- Šarkinović, Taida Begić, “Human rights issues in investment arbitration cases: A new perspective?”, *Pravni zapisi*, Vol.2, 2020.
- Simões, Fernando Dias, “The Role of Investment Arbitration in Water Services

- Governance”, *Water Policy*, Vol.19, 2017.
- Thielbörger, Pierre, “The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict?” in P. Dupuy, E. Petersmann & F. Francioni(eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, 2009).
- Guntrip, Edward, “Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?”, *EJIL:Talk!*, 10 February 2017 <ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>.
- Inter-American Commission on Human Rights, “Report on the Situation of Human Rights in Ecuador”, 1997, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, Ch. VIII.
- Ruggie, John, “Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights”, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 7 April 2008, A/HRC/8/5.
- Ruggie, John, “Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework”, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 21 March 2011, A/HRC/17/31.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UNCESCR), “General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)”, 20 January 2003, E/C.12/2002/11.
- UNCTAD, “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures,” *IIA Issues Note*, Issue 3, November 2017.
- UNCTAD, “Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020,” *IIA Issues Note*, Issue 4, September 2021.
- UNGA, “Human Rights and the Privatization of Water and Sanitation Services”, *Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation*, 21 July 2020, A/75/208.
- UNGA Human Rights Council Resolution, “The Human right to safe drinking water and sanitation”, 12 October 2011, A/HRC/RES/18/1.
- UNGA Resolution, “The human right to water and sanitation,” 3 August 2010, A/RES/64/292.

UN Human Rights Council, “Progressive realization of the human rights to water and sanitation”, *Report of the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation*, 8 July 2020, A/HRC/45/10.

UN Office of the High Commissioner for Human Rights(OHCHR), “The Right to Water”, *Fact Sheet No.35*, August 2010.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, *Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction* (21 October 2005).

Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2, *Award* (21 June 2012).

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, *Award* (14 July 2006).

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, *Award* (24 July 2008).

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, *Decision on Ecuador’s Counterclaims* (7 February 2017).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, *Award* (20 August 2007).

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, *Award* (14 October 2016).

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, *Award* (27 September 2019).

SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, *Decision on Jurisdiction and Liability* (6 June 2012).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, *Award* (20 May 1992).

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, *Award* (7 December 2011).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, *Decision on Liability* (30 July 2010).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, *Award* (8 December 2016).

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

■ Abstract

International Investment Protection and the Obligation to Protect Human Rights: An Analysis of Investment Arbitration Cases Dealing with Right to Water

Sok Young CHANG*

Since the right to water as human rights is becoming increasingly important, disputes concerning the human right to water have been a problem in many countries that privatized the water and sanitation services. Especially when the foreign private sector is involved in the water and sanitation system, international investment disputes may arise between the foreign investor and the host state as the latter bears both the duty to protect foreign investors under the international investment agreements and the duty to protect human rights under the international human rights treaties. This is especially the case when the measures adopted by the host state to protect human rights infringe on the rights of foreign investors.

This article looked at some investment arbitration cases dealing with the right to water in the water and sanitation sector and classified the cases into three groups according to how much the arbitral tribunals analyzed the human rights issue. The three groups are the cases in which human rights issues were not considered, the cases that human rights were mentioned, but only the relationship between investor protection and human rights protection, and the cases in which the right to water was comprehensively examined.

The analysis demonstrates that the number of investment arbitration cases that the arbitral tribunal examines the host state's argument regarding the protection of human rights is increasing, and this suggests that such a change might have a great impact on

* Research Professor, Institute of Hispanic Studies at Korea University; PhD in International Law.

international investment law as well as international human rights law. In particular, it is expected that the host state will increasingly file counterclaims in human rights-related investment disputes, and incorporate provisions imposing human rights obligations to investors or exception clauses in international investment agreements. In addition, the increasing number of human rights obligation provisions in international investment agreements might play a complementary role to international human rights treaties.

- Key Words Right to water, Human Rights, Privatization of Water and Sanitation Service, International Investment Disputes, International Investment Arbitration (Investor–State Dispute Settlement)
-

