

최근의 EU 회원국간 양자투자협정과 투자자-국가 분쟁 동향 - Achmea BV v. Slovakia 사건을 중심으로 -

Achmea BV v. Slovakia: The End of the Intra-EU BIT and the
Investor State Dispute?

강성진*
Sung-Jin Kang

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. EU 회원국간 BIT와 투자중재 사건에 대한 논란
 - III. *Achmea BV v. Slovak Republic* 사건
 - IV. 결 론 - EU 사법법원 판결의 영향
- 참고문헌
Abstract

주제어 : EU, 유럽연합, 양자투자협정, 투자중재, 조약승계

* 고려대학교 법학박사. 위원, 김앤장 법률사무소. (연락처: kangsj1977@gmail.com) 본 원고는 필자 자신의 순수한 개인적인 의견으로서, 김앤장 법률사무소의 입장과 상관없습니다.

I. 서론

2009년 리스본 조약이 발효된 이후, 유럽연합 (EU)의 공동 통상 정책 (Common Commercial Policy, CCP)은 외국인 직접 투자 (Foreign Direct Investment, FDI)를 포함해서 EU의 독점적 규범 영역 (Exclusive competence)으로 편입되었다.¹⁾ 한편, 리스본 조약 발효 이전에 개별 회원국들이 체결한 투자 협정 및 이에 근거한 투자 분쟁의 해결에 관해서는 EU 집행위원회가 임시 조치 규정 (transitional regulations)을 통해서 이를 정리하고 EU가 체결하는 투자협정으로 대체하기 위해 준비중이다.

그러나, EU 집행위원회 (European Commission)은 EU 역내 국가들 간의 양자투자협정 (BIT)에 대해서 EU 집행위원회는 일단 EU 역내 국가들 간의 양자투자협정은 조속히 폐기되어야 한다는 입장을 고수하고 있다. 하지만 최근에도 EU 회원국들 간의 BIT에 근거한 투자중재가 계속 제기되거나 진행중이고, 이로 인해서 회원국들 간에 체결한 BIT가 EU법에 합치되는지 여부와 회원국들 간의 BIT에 근거한 투자자-국가간 중재판정의 집행 가능성 (enforceability) 등에 대한 논란이 계속 이어지고 있다. 이에 따라 본 논문에서는 EU 역내 국가들 간의 투자자-국가 분쟁 관련 논의 동향을 살펴보면서 최근에 EU 사법법원 (CJEU)에서 발표된 *Achmea BV v. Slovakia* 사건²⁾에 대해 논의하고, 그 영향에 대해 알아보기로 한다.

II. EU 회원국간 BIT와 투자중재 사건에 대한 논란

EU 회원국과 비회원국들이 체결한 BIT/FTA 상의 투자 관련 분쟁에 대해서는 현재 EU 집행위 통상총국에서 관련 내용을 검토하고, 상설 투자중재법원 설치 제안 등을 통해서 관련 문제를 계속 논의하는 중이다. 그러나 EU 회원국들 간에 체결된 BIT와 관련 문제의 정리 필요성에는 EU 회원국 전체적으로 동감하는 것 같지만 아직 구체적인 움직임은 많지 않은 상황이다.

리스본 조약 채택 전에 EU 회원국들은 EU 회원국이 아니었던 동구권 국가들³⁾과 양자

1) EU 기능조약 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) Art. 3(1), Art. 207(1).

2) Case C-284/16, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany), made by decision of 3 March 2016, received at the Court on 23 May 2016, in the proceedings, *Slovakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* (Judgment of 6 March 2018).

3) 2004년 가입국가: 사이프러스, 체코, 에스토니아, 헝가리, 라트비아, 리투아니아, 몰타, 폴란드, 슬로바키아, 슬

간 투자협정 (BIT)를 상당수 체결해서 투자 및 투자자 보호를 꾀했다. 그러나 1991년 공산권 붕괴 이후 가입한 신 회원국들이 EU에 가입하기 전 기존 회원국들과 체결한 BIT의 경우 원칙적으로 회원국 간의 투자 정책으로서 EU의 공동 통상 정책이 아니라 공동 시장 (internal market) 정책 중 자본의 자유로운 이동과 관련된 정책으로 흡수되어 원칙적으로 투자 및 지급의 이동에 대한 제한은 없어졌고, 회원국들 간의 투자 관련 분쟁은 유럽 사법법원이 관할권을 갖게 되었다.⁴⁾ 그러나 회원국들 간의 기존 BIT의 효력과 기존 BIT에 근거한 분쟁에 대한 논란은 여전히 남아있는 상태이다.

특히 리스본 조약 채택 후에도 EU 회원국들 간의 BIT가 EU법과 공존 가능한지, 또한 EU 회원국들이 체결한 BIT에 근거해서 시작된 투자자-국가 분쟁의 효력을 EU 법원에서 사법심사가 가능한지의 여부 등의 문제가 정리되지 않은 가운데 2009년 이후에도 EU 회원국 간의 BIT에 근거해서 제기된 EU 회원국 국민과 회원국 간의 투자자-국가분쟁 사건이 ICSID 등에 상당수 제출되어 진행중⁵⁾이고, Energy Charter Treaty에 의해서 제기된 투자자-국가간 중재 사건도 상당수 확인된다. 이러한 맥락에서, 2018년 3월 6일에 EU 사법법원 (CJEU)에서 독일 연방대법원의 질의에 대한 예비적 판결 (preliminary ruling)을 내렸던 Achmea v. Slovak Republic⁶⁾ 사건은 자세히 살펴볼 가치가 있을 것으로 보인다.

Ⅲ . *Achmea BV v. Slovak Republic* 사건

1. 사건의 배경 및 국제 상설중재재판소 중재 판정

(1) 슬로바키아 독립 후 건강보험 시장 개방⁷⁾

1991년 체코슬로바키아는 네덜란드와 양자투자협정을 체결하고, EU 회원국이 되기 위한 준비과정의 일환으로 EU와 가입전 예비협정 (Association Agreement)를 체결했으며, 유럽 인권협약 (European Convention on Human Rights, ECHR)에도 가입했다. 그러나 1993년 체코와 슬로바키아가 분리되면서 슬로바키아는 EU와의 가입전 예비협정은 새로 체결

로베니아; 2007년 가입국가: 불가리아, 루마니아; 2013년 가입국가: 크로아티아.

4) EU 기능조약, Title VI, Chapter 4.

5) 몇 개의 예를 들면 1) AS Norvik Banka and others (UK, Latvia, etc.) v. Republic of Latvia (ICSID Case No. ARB/17/47, 1994년 영국-라트비아 BIT 원용, 2018년 2월 14일 사건 접수); 2) Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Republic of Croatia (ICSID Case No. ARB/17/37, 1997년 오스트리아-크로아티아 BIT 원용, 2018년 3월 19일 중재 재판부 구성); 3) UniCredit Bank Austria AG and Zagrebačka Banka d.d. v. Republic of Croatia (ICSID Case No. ARB/16/31, 1997년 오스트리아-크로아티아 BIT 원용, 2017년 6월 13일 중재 재판부 구성) 등이 있음.

6) Case C-284/16, *Achmea BV v. Slovak Republic*. (2018. 3. 6. 결정)

7) 국제 상설중재재판소 Case No. 2008-13, *Eureko BV v. Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, (2010. 10. 26), pp. 10 - 13.

하는 대신, 체코슬로바키아가 EU 및 회원국들과 체결했던 나머지 조약들의 권리 및 의무를 승계하는데 동의했다.

또한 1993년 슬로바키아는 전국민 건강보험을 실시했다. 슬로바키아의 건강보험은 처음에는 국영 보험으로 시작했으나, 1994년부터 국가 외의 민간 회사들도 건강보험을 운영할 수 있게 했다. 그러나 2004년에 건강보험 재정 적자가 커지면서, 슬로바키아는 민간 기업의 건강보험 투자를 촉진하기 위해서 (i) 보험 회사들 간의 경쟁체제 도입; (ii) 국영 보험의 보장 범위를 축소하는 대신 이를 보충하기 위해서 피보험자가 자비를 들여서 사보험 가입이 가능하도록 개방; (iii) 건강보험사들의 서비스 가격 결정권 보장; (iv) 국영 보험사의 민영화; (v) 보험재정 흑자 발생시 보험사의 사용 자유 보장; (vi) 건강보험 시장을 규제할 독립적 당국 설치 등의 조치를 도입했다. 이렇게 함에 따라 네덜란드 법인인 Eureko BV (나중에 모회사 Achmea로 합병되어 Achmea BV로 개명)는 2006년 3월 9일 슬로바키아에 Union Healthcare라는 법인을 설립해서 2007년 1월 1일에 슬로바키아 건강보험 시장의 8.5%를 점유하는 슬로바키아 최대의 민간 건강보험사가 되었다.

(2) 슬로바키아 건강보험 체제 개혁 및 분쟁 발생⁸⁾

2006년 6월 17일, 슬로바키아 총선 결과 슬로바키아 사회민주당이 집권했고, 이들은 2004년 개혁 조치를 수정해서 (i) 운영비용 상한제 도입; (ii) 중개인 금지; (iii) 건강보험 규제당국 및 당국 운영진 재배치; (iv) 건강보험사들과 국영 병원 간의 계약 체결 의무화; (v) 건강보험사 운영 수익의 주주 배당 금지; (vi) 수익 배당 방법 변경; (vii) 건강보험사 예산 감사; (viii) 유동성 요건 도입; (ix) 보험 포트폴리오 국외이전 금지 등의 조치를 도입했다. 이에 따라 Eureko는 EU 집행위원회에 슬로바키아의 조치가 EU법 위반이라는 의견서를 제출했다. 그러나 Eureko 입장에서는 EU 집행위에 의견서를 제출하는 것만으로는 원하는 바를 이루기 어렵다고 보았다. 결국 2008년 10월 1일, Eureko는 헤이그의 국제 상설중재재판소 (Permanent Court of Arbitration, 국제 상설중재재판소)에 네덜란드-(체코)슬로바키아 양자투자협정 (BIT) 8조⁹⁾ 및 UNCITRAL 중재규정에 따른 중재 요청서 (Notice of Arbitration)를 제출했다.

8) *Id.*, pp. 13 - 14.

9) 네덜란드-체코슬로바키아 BIT 8조:

Article 8

- 1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.
- 2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.
- 3) The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his

(3) 국제 상설중재재판소 중재판정

1) 관할권 항변¹⁰⁾

Eureko (Achmea)의 중재 요청에 대해서 슬로바키아 정부는 우선 1) 슬로바키아가 EU에 가입함으로써, 네덜란드-(체코)슬로바키아 BIT는 해지(termination)되었기 때문에 더 이상 본 건에 적용되지 않음; 2) 조약법에 관한 비엔나협약 (VCLT) 30조에 따라 BIT는 본 건에 적용되지 않음; 3) EU법에 따라 BIT는 더 이상 적용되지 않음; 4) EU 및 독일법에 따라 본 건은 중재회부 불가능 (non-arbitrable)하다는 등 중재판정부가 관할권이 없다는 항변을 제기했다.

그러나 중재판정부는 슬로바키아의 항변을 기각하고, 본안 판정으로 이를 넘겼다. 그 이유는 다음과 같다.

- 조약 해지 항변: 첫째, 조약법에 관한 비엔나협약 59조 상 조약은 자동으로 해지되지 않으며, 조약 당사국들이 동 협약 65조에 근거한 해지 절차를 원용해야 하는데 네덜란드와 슬로바키아 모두 조약 해지 절차를 취하지 않았다. 둘째, 동 협약 59조는 원래 조약과 “동일한 주제와 관련된” 후속 조약이 체결되는 경우에만 적용되는 규정으로서, EU 가입조약과 BIT는 “동일한 주제와 관련된” 후속조약으로 볼 수 없다. 셋째, BIT 규정상 투자자-국가간 분쟁해결은 UNCITRAL 중재규정에 따라서 진행하기로 네덜란드와 슬로바키아가 이미 합의했기 때문에 중재판정부는 슬로바키아의 VCLT 59조 항변을 받아들이지 않았다.
- VCLT 30조 항변: 중재판정부는 EU법상 투자자-국가 분쟁해결절차를 금지하는 규정이 없고, 네덜란드-(체코)슬로바키아 BIT 8조에 의해 당사국들이 본건 분쟁에 대한

decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.

- 4) If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.
 - 5) The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).
 - 6) The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively:
 - the law in force of the Contracting Party concerned;
 - the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties;
 - the provisions of special agreements relating to the investment;
 - the general principles of international law.
 - 7) The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.
- 10) *Id.*, pp. 15 - 76.

국제 상설중재재판소의 관할권에 대해 합의했으며, 피소국이 EU법상 의무를 위반하지 않고도 BIT 상 의무를 이행할 수 있다고 판단했다. 따라서, 중재판정부는 슬로바키아의 VCLT 30조 항변은 받아들이지 않았다.

- EU법 적용에 따른 BIT 미적용: 중재판정부는 EU법은 본 분쟁에서 BIT의 권리 및 의무 범위에 영향을 미칠 수 있겠지만, 그것은 독일법과 마찬가지로 BIT 8(6)조에서의 “중재지법 (lex loci arbitri)”으로서 적용될 때 의미를 갖는 것이라고 했다. 즉, EU법은 본 분쟁에서 본안 (merits) 판단에 적용될 뿐이고, BIT 상 중재판정부 관할권에 영향을 미치는 규범이 아니라고 판단했다. 같은 견지에서 중재재판부는 슬로바키아 측의 중재회부 불가능(non-arbitrability) 주장도 기각했다.
- 중재판정부와 EU법의 관계: 중재판정부는 네덜란드-(체코)슬로바키아 BIT 8(6)에 의해서 1) 계약국에서 현재 적용되는 법률; 2) 양자투자협정 및 기타 계약국들 간에 체결한 조약; 3) 투자와 관련된 특약; 4) 국제법의 일반원칙을 적용해서 판정을 내릴 의무가 있다고 했다. 중재재판부는 본 건의 경우 EU법은 첫 2가지 법률에 해당한다고 볼 수 있다고 판단했다. 그러나 중재판정부는 그들의 관할권은 BIT 규정상 BIT 위반에 국한되어 있고, EU법 위반 자체를 판정할 권한은 없다고 보았다. 따라서 중재판정부는 슬로바키아가 제기했던 주장인 EU 집행위 및/또는 유럽사법법원 (ECJ, 현재 EU 사법법원)가 본 사건의 EU법적 측면을 판단할 때까지 중재절차를 멈춰야 한다는 주장은 받아들이지 않았다. 다만, 나중에 BIT 중재와 EU법상 재판 절차의 관계가 너무 가까워서 절차적 불공정성 또는 심각한 비효율의 원인이 된다고 판단될 경우, 중재판정부는 중재절차 중단을 고려해 볼 수 있을 것이라고만 했다.

결론적으로, 중재판정부는 슬로바키아의 관할권 항변을 기각하고, 본 사건을 본안판단으로 가져가는데 동의했다.

2) 본안 판단¹¹⁾

a) 당사자 측 주장

(a) Eureko 측 주장

Eureko 측은 중재판정부에 다음과 같이 본안 관련 주장을 제기했다.

11) PCA Case No. 2008-13, Eureko (나중에 Achmea) BV v. Slovak Republic, Final Award (2012. 12. 7.)

- 슬로바키아 측의 BIT 위반: 1) Eureko 측은 슬로바키아가 민간 보험업자들을 축출하기 위해서 Eureko가 투자하던 당시의 법적, 사업적 환경을 본질적으로 바꿈으로서 공정하고 공평한 대우 (fair and equitable treatment) 의무를 위반했다고 주장했다; 2) Eureko는 슬로바키아가 취한 건강보험시장 개혁조치는 Eureko의 슬로바키아 법인인 Union Health에 현저히 불리하게 적용되어 불합리하고 차별적인 조치를 통해 Eureko의 투자를 침해했다고 주장했다; 3) Eureko는 슬로바키아는 막강한 건강보험 규제 당국을 정치적 영향 하에 두어서 Eureko의 투자에 대한 투자의 완전한 안전 보장 의무 (full security and protection)을 부정했다; 4) Eureko는 슬로바키아의 조치로 인해서 Eureko가 슬로바키아에서 거둔 수익을 국외 송금하지 못하게 되었다고 주장했다; 5) 또한 Eureko는 2007년에 영리행위 금지 등 민간 건강보험 업자들을 축출하기 위한 조치를 채택함으로써 Eureko의 투자에 대한 “수용 (expropriation)” 행위를 했다고 주장했다.; 6) Eureko는 슬로바키아에 투자할 당시 Eureko의 투자는 슬로바키아 보건부가 BIT에 근거해서 대접받을 것이라는 보장을 분명히 했다고 주장했다.
- 손해배상 책임: Eureko는 슬로바키아 헌법재판소가 2007년 영리행위 금지 조치 및 민간 건강보험업자들의 소유권 제한 등이 슬로바키아 헌법 및 유럽 인권협약 (European Convention on Human Rights, ECHR) 위반이라고 판결했으며, 슬로바키아 정부가 2007년 조치를 일부 철회함으로써 자신들의 행위가 잘못된 것임을 인정했다고 주장했다. Eureko는 따라서 슬로바키아 정부가 Eureko에 1억 유로 이상의 손해배상 및 법률비용, 이자 등을 지급할 의무가 있다고 주장했다.

(b) 슬로바키아측 주장

Eureko 측의 주장에 대해 슬로바키아 측은 1) 중재판정부의 관할권 없음; 2) 슬로바키아는 BIT 협정상 의무를 위반하지 않았음; 3) 2006년 건강보험 개혁 조치로 인해 Eureko 측은 손해를 입지 않았음; 4) Eureko 측의 손해액 계산은 틀렸으므로 슬로바키아는 Eureko 측에 손해배상 책임이 없다는 등의 취지를 중재판정부에 주장했다.

b) 중재판정

우선 중재판정부는 청구인인 Eureko가 Union Healthcare의 100% 지분을 갖고 슬로바키아에서 사업한 것은 BIT상 “투자”에 해당된다고 판정했다.¹²⁾ 또한 중재판정부는 슬로바키아 정부의 조치에 의해서 2007년 10월 25일 이후 Eureko가 슬로바키아에서 번 돈을 본국으로 송금하지 못하도록 한 조치 및 영리행위 금지 등의 조치는 BIT 3(1)조 규정상 공정

12) *Id.*, p. 93.

하고 공평한 대우 의무 위반이라고 판정했다.¹³⁾ 그리고 중재판정부는 같은 조치가 BIT 4 조 상 자금이전의 자유 보장 위반이라고 판정했다.¹⁴⁾ 그러나 청구인 측이 슬로바키아 정부의 조치가 BIT 5조에 위반되는 수용 (expropriation)에 해당한다는 주장에 대해서 중재판정부는 슬로바키아 헌법재판소가 2008년에 이미 문제된 조치가 위헌이라고 판결을 내렸고, 본건 중재판정은 그 후에 발표되었기 때문에 청구인 측의 재산이 영구적으로 수용되었다고 볼 수 없다고 판정해서 청구인인 Eureko 측의 BIT 5조 위반 주장은 받아들이지 않았다.¹⁵⁾ 이러한 판단에 따라, 중재판정부는 슬로바키아 정부가 청구인에게 2,210만 유로의 손해배상금과 법률비용을 지급하도록 판정했다.

2. 독일 법원 집행 판결 회부 및 유럽사법법원 예비적 판결 요청

2012년 12월 중재판정부의 본안결정이 공포된 후, 슬로바키아 정부는 중재지였던 독일 프랑크푸르트 고등지방법관소 (Oberlandsgericht Frankfurt am Main)에 중재판정 취소를 위한 소송을 제기했다.¹⁶⁾ 2014년 12월 18일, 독일 법원은 슬로바키아의 청구를 기각했고, 이에 슬로바키아는 독일연방대법원 (Bundesgerichtshof)에 항소했다.

독일연방대법원은 항소 절차를 진행하던 도중 다음 문제에 대해서 EU사법법원 (European Court of Justice, CJEU)의 예비적 판결을 통한 해석이 필요하다고 보아 2016년 5월 23일에 EU 사법법원에 요청했다. 구체적으로 독일 연방대법원이 문의한 사항은 다음과 같다.

- (1) EU 기능조약 (TFEU) 344조¹⁷⁾가 체약국의 투자자의 타 체약국에 대한 투자에 관한 분쟁과 관련해서 해당 투자 보호 협정이 일방 당사국의 EU 가입 전에는 해당 분쟁의 투자 중재 회부가 가능하지만 EU 가입 후에는 해당 분쟁의 투자 중재 회부를 하지 않도록 규정한 EU 회원국 간의 BIT 조항의 적용을 배제하는지의 여부;
- (2) (1)에 대한 답이 부정적일 경우, EU 기능조약 267조¹⁸⁾가 그러한 조항의 적용을 배제하는지의 여부

13) *Id.*, pp. 94 - 96.

14) *Id.*, pp. 96 - 97.

15) *Id.*, pp. 97 - 99.

16) Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18.12.2014, Az.: 26 Sch 3/13

17) TFEU 344조: Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein.

18) EU 기능조약 267조: The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties;

- (3) (1)과 (2)에 대한 답이 부정적일 경우, EU 기능조약 18조 1문¹⁹⁾이 질문 (1)에 설명한 상황에서 그러한 조항의 적용을 배제하는지의 여부.

3. 법률자문관 (Advocate General) 의견²⁰⁾

사안의 중요성 때문에, 본 사건이 CJEU에 회부된 뒤 슬로바키아, Achmea, 에스토니아, 그리스, 스페인, 사이프러스, 스페인, 헝가리, 네덜란드, 오스트리아, 폴란드, 루마니아, 핀란드 정부 및 EU 집행위원회가 서면 의견서를 제출했다. 또한 2016년 6월 19일에 구두변론이 개최되어 슬로바키아, Achmea, 체코, 독일, 에스토니아, 그리스, 스페인, 프랑스, 이태리, 사이프러스, 라트비아, 헝가리, 네덜란드, 오스트리아, 폴란드, 루마니아 핀란드 정부 및 EU 집행위원회가 구두변론에 참여했다.

그리고 2017년 9월 19일, 본 사건의 법률자문관 (Advocate General)²¹⁾이었던 Melchior Wathelet은 CJEU에 본 사건에 관한 의견을 제출했다. 그는 3가지 질문을 역순으로 검토했는데,²²⁾ 검토 요지는 다음과 같다.

- EU 기능조약 18조 위반 여부: EU 기능조약 18조는 국적에 의한 차별을 금지하고 있다. 그러나 동 조항은 회원국과 국민들 간의 최혜국 대우 (MFN) 의무를 부과하는 것은 아니고, BIT에 따라 네덜란드 투자자들만이 슬로바키아에 대해서 투자 중재 권을 회부할 수 있다고 하지만, 다른 회원국의 투자자들도 자국이 슬로바키아와 체결한 BIT가 있으면 투자자-국가 중재 절차를 사용할 수 있다. 또한 EU기능조약과 CJEU 판결은 슬로바키아 국적이 아닌 투자자가 슬로바키아 역 내에서 EU법의 적용을 받는 상황이 발생할

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union: Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay.

19) EU 기능조약 18조 1문: Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

20) Case C-284/16, *Slovakische Republik v Achmea BV*, OPINION OF ADVOCATE GENERAL WATHELET, delivered on 19 September 2017.

21) 법률 자문관 (Advocate General, AG)는 CJEU에는 11명이 선임되어 각자 배정된 사건에 대한 의견을 법원에 제출한다. AG의 의견은 일반적으로 CJEU 판결에 반영되나, 항상 반영되는 것은 아니다.

22) 그는 네덜란드-체코슬로바키아 BIT 8조가 EU 기능조약 18조 1문의 “국적에 의한 차별”로 인정될 경우 다른 문제들을 검토할 필요가 없기 때문이라고 설명했다.

경우 슬로바키아 국민과 동일한 처우를 받도록 하는 규정이며, 네덜란드 투자자가 제 3국 투자자와 동일한 대우를 받도록 요구하는 규정이 아니라고 해석된다.²³⁾

- BIT에 의해 설치된 중재판정부가 법원에 CJEU의 예비적 판결을 요구할 수 있는지 여부: 본 건의 중재판정부는 네덜란드와 체코슬로바키아가 체결한 BIT에 의해서 설치된 것으로서, 당사국 간의 투자 분쟁 발생시 강제적 관할권 (compulsory jurisdiction)을 가지고 독립성과 공정성에 따라 법적인 판단을 내리는 기관이다. 따라서 이러한 중재 제도는 EU 기능조약 267조의 범위 안에 있는 기관으로서 EU법과 호환됨. 마찬가지로 EU법의 자치성 (autonomy)을 규정한 EU 기능조약 344조도 BIT에 의한 투자 중재를 배제할 수 있는 근거로 원용될 수 없다.²⁴⁾
- EU 기능조약 344조의 적용 범위: EU 기능조약 344조는 회원국과 EU 사이의 분쟁에만 적용되고, 따라서 투자자와 회원국 사이의 분쟁은 EU 기능조약 344조의 적용범위에 들어가지 않는다. 이와 유사하게, AG는 EU법이 네덜란드 투자자와 슬로바키아 간에 적용가능한 법의 일부이지만, EU법은 BIT의 해석 및 적용 관련 분쟁에 적용되는 것을 의미하지는 않는다고 했다. 이러한 맥락에서, AG는 EU법이 투자자들에게 Charter of Fundamental Rights of the European Union을 통해서 투자 분야에서 완전한 보호를 제공한다는 EU 집행위의 주장을 배척했다. AG는 문제된 BIT의 적용범위는 EU 및 EU 기능조약보다 광범위하고 BIT에 도입된 투자 보장은 EU법과 상충되지 않고 EU법에 규정된 것과 상이하게 적용될 뿐이라고 보았다.²⁵⁾

위의 검토에 따라 AG Wathelet은 본 건에서 문제된 BIT 조항이 EU 기능조약상 회원국과 EU의 권한 배분을 해하지 않고, 따라서 EU법에 호환 (compatible)된다는 의견을 제출했다.²⁶⁾

4. EU 사법법원 판결

2018년 3월 6일, EU 사법법원 (Court of Justice of the European Union, CJEU)는 AG Wathelet의 의견과 완전히 반대되는 판결을 발표했다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.

23) *Supra* note 20, paras. 72 - 83.

24) *Supra* note 20, paras. 84 - 131.

25) *Supra* note 20, paras. 132 - 272.

26) *Supra* note 20, para. 273.

- 질문사항 1과 227): EU 사법법원은 독일 연방대법원이 기본적으로 EU 기능조약 267조와 344조가 회원국 간의 투자분쟁 발생시 본 사건 BIT 8조와 같이 회원국 간에 체결된 조약 적용을 배제하는 것으로 해석될 수 있을지를 우선 검토했다.²⁸⁾

EU 사법법원은 우선 국제 조약은 국내법상 권한 배분에 영향을 미칠 수 없으며, 특히 EU 법의 준수는 EU 사법법원이 보장하도록 규정되어 있고, 이러한 EU법의 자율성 (autonomy)은 EU 기능조약 344조에 규정되어 있다고 설명했다.²⁹⁾ 또한 EU 사법법원은 판례에 따라 EU법은 회원국 법률 및 국제법과 독립된 자율성에 따라 EU조약 및 EU 기능조약에 따라 회원국 법률에 대해 우위를 갖고 회원국 법률과 EU법이 서로 밀접한 관계를 갖고 발전했음을 강조했다.³⁰⁾ EU 사법법원은 이러한 EU법의 특성과 자율성을 보장하고, EU조약 19조에 따라 회원국 법원과 EU 사법법원은 EU법이 모든 회원국에 완전히 적용되고 회원국 국민의 권리를 사법적으로 보호할 의무가 있다고 설명했다.³¹⁾ 이러한 맥락에서 EU 사법법원은 EU 기능조약 267조에 따른 예비적 판결 절차는 회원국 법원과 EU 사법법원 간의 소통의 도구로서 EU법이 단일하게 (uniform) EU 역내에 적용될 수 있도록 하는 중요한 도구라고 강조했다, 이에 따라 독일 연방대법원의 질문사항 1과 2를 해석한다고 밝혔다.³²⁾

이러한 EU법의 성격과 특성에 따라, EU 사법법원은 BIT에 의해 설치된 중재판정부가 EU 기능조약 267조에서 규정한 “법원 또는 재판소 (court or tribunal)”에 해당하는지 검토했다.³³⁾ EU 사법법원은 2014년 6월 12일 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-277/13) 사건³⁴⁾에서 EU 사법법원은 “법원 또는 재판소”라 함은 회원국 헌법상 사법부로 정의된 기관이어야 한다고 판결한 바가 있고, 본 건의 중재 재판부는 네덜란드 또는 슬로바키아 헌법상 사법부의 일부로 취급되는 기관이 아니라는 점을 지적했다.³⁵⁾ 또한 EU 사법법원은 베네룩스 사법법원 (Benelux Court of Justice)와 같이 복수의 회원국이 설치한 법원이 개별 회원국 법원과 같이 예비적 판결을 EU 사법법원에 요청할 권한을 부인하지 않았던 판례를 인용했다. 특히 EU 사법법원은 베네룩스 사법법원은 베네룩스 3국³⁶⁾의 법률의 통일성과 베네룩스 3국간에 공통된 법률 해석을 위해서 설치된 사법기관인데 반해서, 본 건 중재 재판부는 회원국의 사법부와 전혀 연관관계

27) CJEU는 독일 연방 대법원의 질문사항 1과 2를 병합해서 검토했음.

28) *Supra note 3*, para. 31.

29) *Supra note 3*, para. 32. (Opinion 2/13 (Accession of the EU to the ECHR) of 18 December 2014, EU:C:2014:2454, paragraph 201 and the case-law cited)

30) *Supra note 3*, paras. 33 - 34.

31) *Supra note 3*, paras. 35 - 36.

32) *Supra note 3*, paras. 37 - 38.

33) *Supra note 3*, paras. 39 - 43.

34) C-277/13, EU:C:2014:1754.

35) *Supra note 3*, paras. 44 - 45.

36) 벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크.

가 없이 임시로 설치된 중재 재판부이며, 이에 따라 EU 사법법원은 본 건 중재 재판부가 EU 기능조약 267조 상의 “회원국의 법원 또는 재판소”가 아니라고 확인했다.³⁷⁾

EU 사법법원은 다음으로 중재판정부의 관정이 특히 EU조약 19조에 따라 회원국 법원의 사법심사 대상이 되어서 중재판정부가 검토한 EU법적 문제가 예비적 판결의 형태로 EU 사법법원에 회부 가능한지 여부를 검토했다.³⁸⁾ EU 사법법원은 BIT 8(7)조 규정상 중재판정은 최종적 효력을 가지며, 중재 재판부는 UNCITRAL 중재규칙을 따르기 때문에 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재지를 선택하고 절차법을 선택함으로써 이와 관련된 분쟁이 끝난다는 점을 지적했다.³⁹⁾ EU 사법법원은 본 건 중재절차에서 당사자들은 중재지를 독일 프랑크푸르트로 선택하고 준거법을 독일법으로 선택해서 관할권 있는 독일 법원에서 중재절차의 사법 심사를 받기로 선택했으나, 이러한 사법심사는 회원국 국내법에서 허용하는 정도로만 가능하다고 지적했다.⁴⁰⁾ 특히 EU 사법법원은 독일 민사소송법 1059(2)조 상 상사중재판정의 확인 또는 집행에 대한 사법심사는 준거법상 중재합의의 유효성과 공공정책 합치성으로 한정되고, 그 범위 내에서 EU법 합치성에 대해 독일 법원이 EU 사법법원에 예비적 판결을 요청할 수 있다고 보았다.⁴¹⁾

그러나 EU 사법법원은 BIT 8조에 따른 투자자-국가 중재는 상사중재와 다르기 때문에 상사중재에서 허용되는 예비적 판결 요청이 투자자-국가 중재에는 적용될 수 없다고 보았다.⁴²⁾ EU 사법법원은 상사중재의 경우 당사자들의 자유로운 의사에 따른 절차인데 비해, BIT에 의한 투자자 국가 중재는 회원국들이 특정 종류의 분쟁을 조약을 통해서 그들의 법원 관할권에서 제외하기로 한 합의에 근거한 것으로서, BIT를 체결함으로써 인해서 회원국들은 투자자와 회원국이 EU법을 적용하는 분쟁해결 절차를 배제한 것이라고 지적했다.⁴³⁾ EU 사법법원은 중재판정부의 관할권 범위에 포섭되는 투자자-국가간 분쟁은 BIT 및 EU법의 해석과 관련될 가능성이 있지만 회원국들이 자국 사법부가 아닌 분쟁해결기관에 분쟁을 회부할 가능성은 EU에 의해 체결된 조약이 아닌 회원국 자신들이 체결한 조약에 의해 규정되었다고 지적하면서, BIT 8조에서 예정하는 분쟁이 회원국 간의 상호신뢰 및 EU조약 및 EU 기능조약에 의해서 성립된 EU법의 특정한 성격을 보호하는 분쟁의 성격인지에 대해 의문이 있고, 따라서 EU 기능조약 267조에 규정된 예비적 판결 절차 대상이 되지 않는다고 보았다. 따라서 EU 사법법원은 EU 기능조약 267조 및 344조는 회원국 투자자가 회원국을 중재에 회부할 권한을 부여하는 네덜란드-체코슬로바키아 BIT 8조와 같은 회원국 간의 국제조약을 배제하는 것으로 해석되어야 한다고 판결했다.⁴⁴⁾

37) *Supra note 3*, paras. 46 - 49.

38) *Supra note 3*, para. 50.

39) *Supra note 3*, para. 51.

40) *Supra note 3*, paras. 52 - 53.

41) *Supra note 3*, paras. 53 - 54.

42) *Supra note 3*, para. 55.

43) *Supra note 3*, paras. 55 - 57.

IV. 결 론 - EU 사법법원 판결의 영향

본 판결은 무엇보다 EU 회원국들 간에 체결된 BIT의 중재조항이 EU법과 합치되지 않는다는 점을 분명히 함으로서 현재 196개 정도로 추산되는 EU 회원국들간의 BIT의 효력과 그 BIT들에 근거한 투자분쟁의 위치에 큰 변화를 불러일으킬 것으로 예측되고 있다.⁴⁵⁾

최근 몇 년간 EU 집행위원회는 기존의 EU 회원국간 BIT를 철폐하도록 회원국들을 설득 중이고,⁴⁶⁾ 최근에는 시민사회의 투자자-국가 분쟁해결제도 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)에 대한 반감까지 겹쳐서 집행위원회는 노력을 배가하는 중이었다. 그러다가 이 판결이 나왔기 때문에 유럽 쪽의 투자중재 전문가들 사이에서는 “충격파 (shockwave)”라고까지 표현하기도 했다. 그러나 이 판결의 영향은 법적 문제보다는 정치적 문제로서의 영향력이 더 강할 것으로 예측된다. 왜냐 하면, 이 판결로 인해서 EU 집행위원회가 기존의 EU 회원국간 BIT를 철폐하고, EU 회원국간 BIT에 근거해서 제기된 투자중재 사건을 중단하도록 회원국을 설득할 근거가 더 커졌다고 할 수 있기 때문이다.

그러나 다른 한편으로는 EU 국적의 투자자가 타 EU 회원국에 투자했다가 분쟁이 발생할 경우 남은 해결방안은 투자 대상 회원국 국내 법원 뿐인데, 특히 2004년 이후 가입한 회원국 법원들은 기존 회원국 법원들같이 신뢰받지 못하는 문제도 있고, 특히 헝가리나 폴란드같이 최근 정부에서 사법부의 독립성을 훼손하는 사례까지 보고되는 가운데 그러한 국내법원들이 공정한 투자분쟁 해결 시스템을 제공할 수 있는지에 대해서 의문을 제기하는 이들도 있다.⁴⁷⁾ 한편, EU 회원국간 BIT가 아니라 Energy Charter Treaty에 근거해서 회부된 EU 회원국간의 투자중재도 상당히 존재하는 가운데 본 판결만으로 이러한 투자중재에 대한 영향을 예측하기 힘들다는 관측도 있다.⁴⁸⁾

또한 일각에서는 이 판결이 일반 원칙으로 굳어질 경우 발생할 2가지 잠재적 문제에 대해 지적하기도 했다. 첫 번째 문제는 EU 회원국간 BIT 중재에 대해 EU 내에서 수용할 공간이 있느냐는 점이다. 특히 이 판결이 다른 투자 조약으로 퍼져서 일반화된다면 EU

44) Supra note 3, paras. 58 - 60.

45) Clement Fouchard, Marc Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea ? A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/> (Visited on April 25, 2018)

46) European Commission Press release, Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties (2015. 6. 18.) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm (Visited on April 25, 2018)

47) Nikos Lavranos, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, Practical Law Arbitration Law Blog, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/> (Visited on April 25, 2018)

48) Supra note 18.

회원국간 BIT에 의한 중재판정은 곧 annulment 절차로 이어질 것으로 보이는데, 만약 annulment 절차에서 판정을 취소시키지 않을 경우 판정을 어떻게 집행할지에 대한 논란이 계속 남을 것으로 보인다.

본 판결이 일반화될 경우 발생가능한 또다른 문제는 Energy Charter Treaty (ECT) 등 EU 자신이 당사자로 가입한 투자 조약에서 EU가 국제법적 책임을 질 수도 있다는 것이다. 만약 EU가 EU 법원을 통해서 EU 회원국 간의 ECT 투자 중재를 금지하기 위해 ECT의 중재 조항을 심사하고 뒤집으려고 한다면, 국가가 국제법적 의무 이행을 회피하기 위해 국내법을 동원하는 것과 비슷한 문제를 야기할 수 있고, 이는 ECT 16조⁴⁹⁾ 위반으로 연결될 수 있다고 한다.⁵⁰⁾

한편, 2017년 9월 6일, 벨기에 외무부는 EU-캐나다 CETA에 포함된 상설 투자 법원 조항의 EU법 합치성에 대해 EU 사법법원에 예비적 판결을 신청⁵¹⁾했다. 투자분쟁 자체에 대한 영향은 이 판결이 더 클 것으로 보는 견해도 있지만 아직 EU 사법법원에 접수된 지 얼마 안 되었기 때문에 판결의 방향에 대해 예단하기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 만약 이 사건도 이번 *Achmea BV v. Slovakia* 건과 유사하게 상설 투자 법원 조항이 EU법에 합치되지 않는다는 판결이 나온다면 EU의 외국인 직접 투자 관련 정책에 대한 혼란이 계속 이어질 가능성이 높을 것으로 예측된다.

49) Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty,

(1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and

(2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment.

50) Philippe Pinsolle and Isabelle Michou, *Arbitration: The Achmea v Slovakia Judgment of the CJEU, is it really the end of Intra-EU Investment Treaties?*

<https://www.quinnemanuel.com/media/1418711/the-achmea-judgement-ending-intra-eu-investment-treaties.pdf> (Visited on April 27, 2018)

51) Belgian Ministry of Foreign Affairs Press Release, Minister Reynders submits request for opinion on CETA, (2017. 9. 6.) https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta (Visited on April 25, 2018)

참고문헌

- Belgian Ministry of Foreign Affairs Press Release, *Minister Reynders submits request for opinion on CETA*, (2017. 9. 6.) https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta
- Case C-284/16, *Slovakische Republik v Achmea BV*, Opinion of Advocate General Wathelet (2017. 9. 19.)
- Case C-284/16, REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 EU 기능조약 from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany), made by decision of 3 March 2016, received at the Court on 23 May 2016, in the proceedings, *Slovakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* (Judgment of 6 March 2018).
- Clement Fouchard, Marc Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea? A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>
- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326/2012 (2012. 10. 26) pp. 1 - 390.
- European Commission Press release, *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*, (2015. 6. 18.) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm
- Nikos Lavranos, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, Practical Law Arbitration Law Blog, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/>
- Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 18.12.2014, Az.: 26 Sch 3/13.
- PCA Case No. 2008-13, *Eureko BV v. Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, (2010. 10. 26)
- PCA Case No. 2008-13, *Eureko BV v. Slovak Republic*, Final Award (2012. 12. 7.).
- Philippe Pinsolle and Isabelle Michou, *Arbitration: The Achmea v Slovakia Judgment of the CJEU, is it really the end of Intra-EU Investment Treaties?* <https://www.quinnemanuel.com/media/1418711/the-achmea-judgement-ending-intra-eu-investment-treaties.pdf>

ABSTRACT

Achmea BV v. Slovakia: The End of the Intra-EU BIT and the Investor State Dispute?

Sung-Jin Kang

After the adoption of the Lisbon Treaty, the European Union's Common Commercial Policy now belongs to the exclusive competence area of the EU, including the foreign direct investment (FDI) policy. Regarding the bilateral investment protection treaties (BITs) between the EU Member States, the European Commission is of the view that such BITs should be discarded. On March 6, 2018, the Court of Justice of the European Union (CJEU) held in the Achmea BV v. Slovakia case that a BIT between the EU Member States, as well as arbitral awards based on that BIT, is not subject to request for preliminary rulings under the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and thus they are not compatible with the EU law. However, the judgment did not silence the controversy. Instead, many people questioned the legal reasoning and the legitimacy of judgment, and therefore the problem is still ongoing.

Key Words : EU, European Union, BIT, Investor-State Arbitration, succession of treaties