

유엔국제무역법위원회 중재규칙에 따른 중재에 있어서

메이슨 캐피탈 엘.피.(MASON CAPITAL L.P.)

메이슨 매니지먼트 엘엘씨(MASON MANAGEMENT LLC)

를 청구인들로,

대한민국

을 피청구국으로 하는

본안전 이의제기에 대한 청구인의 반박서면

2019. 4. 19.

목 차

I.	개요.....	1
II.	한국은 중재판정부의 관할에 대한 이의제기를 입증하지 못하였습니다.....	2
III.	업무집행사원은 협정 상의 “투자자”에 해당합니다.....	4
A.	업무집행사원은 미합중국의 기업입니다.....	4
B.	업무집행사원이 삼성주식에 대한 투자를 이행하였습니다.....	8
IV.	삼성주식은 협정 상의 “투자”를 구성합니다.....	10
A.	업무집행사원은 직접 또는 간접적으로 삼성주식을 소유 또는 지배하였습니다.....	11
1.	업무집행사원은 삼성주식을 지배하였습니다.....	12
2.	업무집행사원이 삼성주식을 소유하였습니다.....	14
B.	삼성주식은 투자의 특징을 지닙니다.....	15
1.	삼성주식은 자본 또는 그 밖의 자원의 약속을 반영하였습니다... 17	17
2.	삼성주식은 이득 또는 이윤에 대한 기대를 포함하였습니다.....	18
3.	삼성주식은 위험의 감수를 수반하였습니다.....	19
4.	협정에 “투자의 특징”을 추가할 수 없습니다.....	20
V.	어떻게 명명하든 간에 협정은 추가적인 관할요건을 요구하지 않습니다.....	23
A.	업무집행사원의 청구는 “수익적 소유”에 근거한 “적격”요건에 의하여 부인될 수 없습니다.....	24
B.	“투자자”의 정의는 “수익적 소유”의 요건을 요구하지 않습니다.....	36
VI.	한국은 업무집행사원의 손해배상 청구에 대한 이의제기를 입증하지 않았습니 다.....	42
A.	한국은 업무집행사원의 청구가 “명백히 실패할 수밖에 없고” “법률적으로 희망이 없다”는 점을 현 단계에서 입증할 책임을 부담합니다.....	43
B.	한국은 입증책임을 전혀 이행하지 않았습니 다.....	44

VII. 한국의 이의는 본안전 단계에서 또는 그 어떠한 단계에서도 제기되지 않았어야
했습니다.....47

VIII. 신청취지.....49

정의 목록

용어	정의
당사국들	미합중국 및 한국
국내펀드	메이슨 캐피탈 엘.피.(Mason Capital L.P.)
ELP법	케이먼 제도: Exempted Limited Partnership Law (2014 개정)
업무집행사원	메이슨 매니지먼트 엘엘씨
투자운용사	메이슨 캐피탈 매니지먼트 엘엘씨
한국	대한민국
KRW	원화
유한책임사원	메이슨 캐피탈 유한책임회사(Mason Capital, Ltd.)
LPA	업무집행사원 및 유한책임사원 사이의 2차 수정 및 합의된 리미티드 파트너십 계약
메이슨	업무집행사원 및 국내펀드
메이슨 캐피탈	메이슨 및 관련사
삼성주식	삼성전자 및 삼성물산 주식
삼성물산	삼성물산 주식회사
삼성전자	삼성전자 주식회사
협정	대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정
USD	미달러

I. 개요

1. 절차결정 제2호(Procedural Order No. 2)에 따라, 메이슨 캐피탈 엘.피.(Mason Capital L.P.; “국내 펀드”) 및 메이슨 매니지먼트 엘엘씨(Mason Management LLC; “업무집행사원”) (총칭하여, “메이슨”)는 대한민국(“한국”)이 2019. 1. 25. 제출한 본안전 이의제기 서면(“서면”)에 대하여 본안전 이의제기에 대한 반박서면을 제출하는 바입니다.¹
2. 메이슨의 본안전 이의제기에 대한 반박서면은 다음을 동반합니다:
 - (a) 업무집행사원의 공동창업자 및 공동경영구성원 겸 메이슨 캐피탈 매니지먼트 엘엘씨(“투자운용사”)의 공동창업자 및 구성원인 Kenneth Garshina의 증인진술서(“CWS-1”);
 - (b) 투자운용사의 재무책임자인 Derek Satzinger의 증인진술서(“CWS-2”);
및
 - (c) 업무집행사원의 투자 관련 케이맨 제도의 법률 관련 워커스(Walkers) 법률사무소의 투자펀드 그룹의 파트너인 Rolf Lindsay의 전문가 보고서(“CER-1”).
3. 절차결정 제1호(Procedural Order No. 1)의 3.3 및 3.6항에 따라 메이슨의 사실 및 법률증거를 제출하는 바입니다.

¹ 달리 명시되지 않은 한, 본 서면에 정의된 모든 용어들은 청구인의 2018. 9. 13.자 중재통보 및 청구서면에 정의된 것과 동일한 의미를 가짐.

4. 메이슨은 한국이 서면에서 제기한 모든 이슈, 청구 및 요청 관련 사항에 대한 반박을 제시하지 않습니다. 반박이 제시되지 않는 이슈, 청구 및 요청은 한국의 입장에 대한 동의 또는 한국의 주장에 대한 인정을 구성하지 아니합니다.
5. 메이슨은 현재의 본안전 이의제기에 대한 반박서면을 수정, 보충 및 확장할 권리, 나아가, 적절히 판단되는 기타 증거 및 주장을 제출 및 제기할 권리를 유보하는 바입니다.

II. 한국은 중재판정부의 관할에 대한 이의제기를 입증하지 못하였습니다

6. 중재판정부의 관할권은 명백합니다. 미국 투자자인 업무집행사원은 미합중국과 대한민국(“한국”; 미합중국과 총칭하여 “당사국들”) 간의 자유무역협정(“협정”)에 따라 이 사건 청구를 제기하였습니다.² 기타 대부분의 국제투자협약들처럼, 협정은 “투자자” 및 “투자”라는 개념들을 인용하면서, 그 인적 및 물적 범위를 정합니다.³ 협정은 양 개념을 명시적으로 및 명백하게 정의하며, 업무집행사원 및 삼성전자 주식회사(“삼성전자”)와 삼성물산 주식회사(“삼성물산”)와 같은 한국 회사들의 주식(총칭하여 “삼성주식”)에 대한 업무집행사원의 투자가 이를 충분히 충족합니다.
7. 중재판정부는 업무집행사원의 청구에 대하여 관할을 행사할 수 있는 권한이 있을 뿐만 아니라, 이를 행사할 의무가 있습니다 – 중재판정부로 하여금 “당사국들이 추가할 수 있었지만, 제외하기로 한 기타 요건을 추가”하는 것이

² 협정, CLA-23. [CLA-23, Treaty].

³ 협정, CLA-23, 제 11.28 조 (“투자” 및 “당사국의 투자자”) 참조.

허용되지 않습니다.⁴ 이와 상반되는 한국의 이의제기는 전부 기각되어야 합니다.

8. 한국은 이의제기를 위하여 협정의 인적 및 물적 범위에 대하여 추가적인 제약을 창설하였고, 이를 “당사자적격” 또는 관할요건으로 명명하고 있습니다. 한국은 이와 같은 제약을 만들어 내기 위하여 협정에 존재하지도 하는 문구를 주장하고 있거나, 협정 문언에 대하여 무리하고, 제약적인 해석을 적용하고 있으며, 협정의 명시적인 문언보다 외교적 보호 관련 “일반 원칙”들을 우선시 하려고 하였습니다. 이러한 “요건들”은 관할권을 규정하는 협정의 명시적인 내용을 해석 및 적용해야 하는 중재판정부의 임무를 이행함에 있어 고려할 요소가 아닙니다.
9. 오히려, 아래에서 보다 상세하게 살펴본 바와 같이, 업무집행사원은 협정을 충족시켰습니다. 협정에서 규정된 바와 같이, 첫째, 업무집행사원은 “투자자”에 해당하며, 둘째, 삼성주식은 “투자”를 구성합니다. 셋째, 한국이 창설한 추가적인 “요건들” 및 이로부터 파생되는 이의제기의 법률근거는 거부되어야 합니다. 중재판정부는 한국의 이의제기를 기각해야 하며, 업무집행사원의 근거가 있는 청구가 진행될 수 있도록 허용해야 합니다.

⁴ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* 사건 (UNCITRAL) 2006. 3. 17.자 부분판정문, **CLA-41**, 제 240-241 항 참조; *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* 사건 (UNCITRAL, PCA Case No. AA 226) 2009. 11. 30.자 관할 및 청구적격에 관한 임시중재판정문, **CLA-33**, 제 414 항, 동 판결 제 411-417 항 참조 (인용 생략); *Tokios Tokelés v. Ukraine* 사건 (ICSID Case No. ARB/02/18) 2004. 4. 29.자 관할에 관한 판정문, **CLA-44**, 제 36 항: “국제 중재판정부에는... 그에 주어진 관할권을 행사할 의무가 있다”(강조표시 임의추가).

III. 업무집행사원은 협정 상의 “투자자”에 해당합니다

10. 협정 제11.28조는 “당사국의 투자자”에 다음을 포함합니다:

... 다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 ... 당사국의 국민 또는 기업 ...⁵

11. 업무집행사원은 용이하게 이 정의를 충족시킵니다. 업무집행사원은 협정의 당사국, 즉, 미합중국의 기업이며, 삼성주식을 통하여 다른 쪽 당사국인 한국의 영역에 투자를 하였습니다.⁶

A. 업무집행사원은 미합중국의 기업입니다

12. 협정 제1.4조는 “당사국의 기업”에 미합중국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업을 포함합니다.⁷ 델라웨어 주에서 설립된 업무집행사원은 위 정의에 따라 당연히 미합중국의 “기업”에 해당합니다.⁸

13. 업무집행사원은 설립 그 자체로 충분히 미합중국의 기업으로 볼 수 있다고 할 것인데, 더 나아가, 실질적으로 모든 사업활동을 미합중국 내에서 영위하였습니다. 업무집행사원은, 미국 시민권자들인 Michael Martino 및

⁵ 협정, CLA-23, 제 11.28 항 (“당사국의 투자자”).

⁶ 한국은 삼성주식에 대한 투자가 협정상 한국의 “영역에 투자”하는 것임을 반박하지 않고 있으며, 삼성전자와 삼성물산이 명백히 한국 법인이라는 점에서 그러한 반박도 불가능함.

⁷ 협정, CLA-23, 제 1.4 조 (“당사국의 기업”; “기업”) – “당사국의 기업이라 함은 당사국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업을 말한다”, “기업이라 함은 회사... [등]을 포함하여... 적용가능한 법에 따라 구성되거나 조직된 모든 실체를 말한다.”

⁸ 메이슨 매니지먼트 엘엘씨 설립증서, C-2. 델라웨어는 미국의 50 주 중에 하나임.

Kenneth Garshina의 헷지펀드 설립에 따라 2000년 7월경 현재의 형태⁹로 설립되었습니다.¹⁰ 또 다른 델라웨어 법인인 메이슨 캐피탈 매니지먼트 엘엘씨(“투자운용사”)는 그 후 얼마 안 되어 설립되었고, 메이슨 및 그 관련사들(총칭하여 “메이슨 캐피탈”)의 직원을 고용하고, 메이슨 캐피탈의 뉴욕사무소를 임차하고, 및 업무집행사원의 대리인 및 서비스 제공자로서 투자거래의 운용을 관리하는 역할을 하도록 되어 있었습니다.¹¹ Martino 및 Garschina는 양사의 경영구성원이었고, 펀드가 수행하는 모든 투자의 최종적인 책임자들이었습니다.

14. 2009년경, 업무집행사원은, 펀드 운용의 일환으로, “메이슨 캐피탈 마스터 펀드 엘.피.”이라 불리는 케이먼 제도의 비과세 리미티드 파트너십의 업무집행사원이 되었습니다.¹²
15. Rolf Lindsay의 전문가 보고서에 설명되어 있듯이, “파트너십”이라 불리는 기타 조직들¹³과 달리, 비과세 리미티드 파트너십은 그 자체로 “법인” 또는 법인격을 구성하지 않습니다.¹⁴ 비과세 리미티드 파트너십은 계약을 체결할 수 없고, 자산에 대한 소유권을 보유할 수 없으며, 임원 또는 이사를 두지 않습니다.¹⁵

⁹ 메이슨 매니지먼트 엘엘씨 설립증서, C-2.

¹⁰ Garschina 진술서, CWS-1, 제 1 항.

¹¹ 메이슨 매니지먼트 엘엘씨 설립증서, C-2; Satzinger, CWS-2, 제 8 항. 투자운용사는 국내 펀드를 위해서도 비슷한 기능을 수행했음.

¹² Satzinger 진술서, CWS-2, 제 10 항; Garschina, CWS-1, 제 7 항.

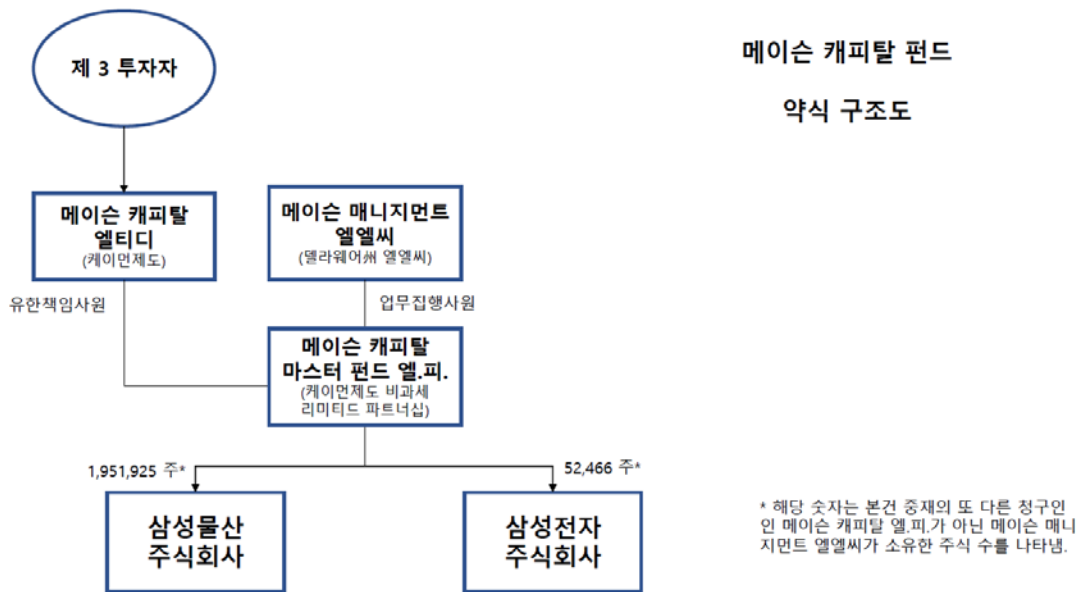
¹³ 예를 들면, 본 중재절차의 다른 청구인인 국내 펀드가 이에 해당함.

¹⁴ Lindsay 보고서, CER-1, 제 15 항.

¹⁵ Lindsay 보고서, CER-1, 제 15 항.

오히려 이는 케이먼법에 따라 (하나 또는 여러) 업무집행사와원 (하나 또는 여러) 유한책임사원 사이의 독특한 관계(*sui generis relationship*)입니다. 이 사건에서 비과세 리미티드 파트너십은 하나의 업무집행사원 (당해 업무집행사원) 및 하나의 유한책임사원 (메이슨 캐피탈 유한책임회사 (“유한책임사원”))로 구성되어 있습니다.¹⁶ Lindsay가 설명하듯이, 이 관계는 업무집행사원(들)과 유한책임사원(들) 사이에 배분되는 “법률 및 계약에 따른 권리, 의무 및 제한의 집합체로 묘사하는 것이 가장 적절”합니다.¹⁷

16. Lindsay의 전문가 보고서 별첨 3이 약식 목록의 형식으로 관련 당사자들을 정리하고 있습니다:



17. 비과세 리미티드 파트너십은 케이먼 제도와 실질적인 관련이 없으며, 케이먼

¹⁶ 2013. 1. 1.자 2 차 수정 및 합의된 리미티드 파트너십 계약, C-30 (“본건 파트너십계약서”).

¹⁷ Lindsay 보고서, CER-1, 제 15 항.

제도의 대중과 사업을 영위하는 것이 허용되지 않습니다.¹⁸ 메이슨 캐피탈 같은 미국 투자 펀드들은 이와 같은 관계를 통상 활용합니다 – Lindsay의 표현을 빌리자면, “지극히 일반적이고 평범한 구조”입니다.¹⁹ 특히, 비과세 리미티드 파트너십은 미국 세금을 면제 받은 기관들(자선단체 또는 사업장 연금을 포함)로부터 투자금을 확보한 미국 투자 펀드들에 의하여 활용되는데, 이는 해당 투자금이 미국 세금의 대상이 되지 않도록 하기 위해서입니다. 유한책임사원의 주주들 대부분은 미국 세금이 면제된 기관들이었으며, 다른 구조 하에서 투자 관련 미국 세금이 부과될 가능성이 있었습니다.²⁰

18. 업무집행사원 및 유한책임사원 간의 관계는 전통적이고, 면제되지 않는 “파트너십”에서 인용되고 있는 “사원들” 사이의 관계와 그 개념이 상당히 다릅니다. 비과세 리미티드 파트너십에서 오로지 업무집행사원만이 투자업의 영위를 담당합니다.²¹ 업무집행사원이 사업 관련 모든 결정을 내리고,²² (자산의 인수 및/또는 그 처분을 포함하여) 모든 계약을 체결하고,²³ 자산 관련 법적 절차에 관여할 수 있는 유일한 기관입니다.²⁴ 업무집행사원만이 관련

¹⁸ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 20 항; 케이먼 제도: Exempted Limited Partnership Law (2014 개정), **CLA-22** (“ELP 법”), 제 4 조 제 1 항, 제 38 조 제 1 항.

¹⁹ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 31 항.

²⁰ Satzinger 진술서, **CWS-2**, 제 10 항.

²¹ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 17 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 14 조; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.01 조.

²² Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 18 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 14, 23 조; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.01, 3.02 조.

²³ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 17 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 14 조 제 2 항; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02 조.

²⁴ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 24-25 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 33 조; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02(n)조.

사업이 도산할 경우에 유일한 무한책임을 부담합니다.²⁵

19. 유한책임사원은 위 사항과 전혀 무관합니다. 유한책임사원이 비과세 리미티드 파트너십의 사업에 전혀 관여하지 않을 뿐만 아니라 – 이는 명시적으로 금지되어 있습니다.²⁶ 오히려, 비과세 리미티드 파트너십 관련 유한책임사원의 역할은 단순히 이에 자금을 투자하는 것입니다.

B. 업무집행사원이 삼성주식에 대한 투자를 이행하였습니다

20. 업무집행사원은 삼성에 대한 주식 “스왑”을 인수하는 방식으로 투자를 진행하였습니다. 즉, 2014년 5월부터 삼성전자에 대한 간접적인 지분참여 형식을 빌리고, 이를 2014년 8월부터 증권사들로부터의 연속적인 매매를 통하여 삼성주식에 대한 직접투자로 교체하였습니다.²⁷
21. 2014년 2월부터 업무집행사원은 전세계적으로 가장 큰 메모리 칩 및 반도체 제조업체들에 해당하는 삼성전자 및 SK하이닉스를 특별히 포함하여, 한국 기술분야에 대한 투자를 고려하였습니다.²⁸ 그러다가, 업무집행사원은, 삼성그룹(또는 재벌)이 기본적인 구조변경을 거치는 과정이었기 때문에, 결국 그 “최우량자산”에 해당하는 삼성전자에만 집중하게 되었습니다.²⁹
22. 이와 같은 전략은 2014년 5월경에 처음으로 집행되었고, 그 당시에 삼성전자의

²⁵ Lindsay 보고서, CER-1, 제 16, 32(c)항; ELP 법, CLA-22, 제 4 조 제 2 항, 제 20 조 제 1 항.

²⁶ Lindsay 보고서, CER-1, 제 19 항; ELP 법, CLA-22, 제 14 조 제 1 항, 제 20 조 제 1 항.

²⁷ Garschina 진술서, CWS-1, 제 16 항.

²⁸ Garschina 진술서, CWS-1, 제 13 항.

²⁹ Garschina 진술서, CWS-1, 제 15 항.

주식에 대한 미달러(“USD”) 표시 스왑의 매매를 통하여 이루어졌습니다.³⁰ 2014년 8월 초에 업무집행사원은 스왑을 처분하고, 삼성전자 주식을 직접 매수하였습니다.³¹ 2014년 10월 말경까지 업무집행사원은 삼성전자 주식 52,000주를 초과하는 지분을 확보하였습니다.³² 그 당시 업무집행사원의 투자가치는 KRW 67,000,000,000 – 그 당시 환율에 따라 USD 63,000,000 – 을 초과하였습니다.³³ 업무집행사원은 추가적인 주식을 매수함으로써 이와 같은 지분을 유지 및 증가시켰고, 2015년 6월 초경 삼성전자에 대한 업무집행사원의 직접투자가 약 KRW 102,000,000,000(그 당시 환율에 따라 약 USD 91,000,000)로 성장하였습니다.³⁴

23. 업무집행사원에게 삼성물산이 매력적이었던 이유는, 기타 자산 및 근본적인 사항 외에 삼성전자에 대한 대량의 지분을 들고 있었기 때문입니다.³⁵ 업무집행사원은 삼성물산의 시장가격 덕분에 직접투자 대비 할인가에 (삼성물산의 보유지분을 통하여) 삼성전자에 간접투자를 할 수 있습니다. 이에 업무집행사원은 2015년 6월초에 삼성물산 주식을 매입하기 시작하였습니다. 2015년 6월 11일경, 삼성물산에 대한 업무집행사원의 투자는 약

³⁰ 2015. 8. 8.자 메이슨 거래 기록(삼성전자 관련), C-31; Garschina 진술서, CWS-1, 제 16 항.

³¹ 위 거래기록.

³² 2015. 8. 8.자 메이슨 거래 기록(삼성전자 관련), C-31.

³³ Garschina 진술서, CWS-1, 제 16 항; 2015. 8. 8.자 메이슨 거래 기록(삼성전자 관련), C-31; 한국의 외국환율, C-33.

³⁴ 2015. 8. 8.자 메이슨 거래 기록(삼성전자 관련), C-31; 한국의 외국환율, C-33.

³⁵ Garschina 진술서, CWS-1, 제 18 항.

KRW1,500,000,000,000(그 당시 환율 약 USD132,000,000)이었습니다.³⁶ 이처럼 삼성물산에 대한 직접 보유지분이 삼성물산의 삼성전자에 대한 지분보유 때문에 삼성전자에 대한 상당한 간접 보유지분을 구성하였습니다.

24. 이와 같은 주식들은 업무집행사원의 투자를 구성하였습니다. 업무집행사원은 시장가격에 따른 연속의 주식매매를 통하여 이와 같은 투자를 집행하였습니다. 이에 따라 업무집행사원은 협정 상의 명백하고, 통상적인 정의를 충족하였습니다.

IV. 삼성주식은 협정 상의 “투자”를 구성합니다

25. 협정 제11.28조는 “투자”를 “투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것을 말한다. 투자가 취할 수 있는 형태는 다음을 포함한다 ... 나. 주식, 증권과 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분 참여 ...”로 광범위하게 정의하고 있습니다 (강조표시 추가).

26. 삼성주식은 위 정의를 충분히 충족합니다. 삼성주식은 업무집행사원이 소유 및 지배하는 자산임이 명백하고, 의문이 있다고 하더라도, 협정 자체에서 “투자”의 형태로 인정하고 있는 “주식” 및 “지분”의 형태이었습니다. 즉, 협정에서 정의한 투자를 충족하는 자산의 대표사례이라고 할 것입니다.³⁷

³⁶ 한국 외국환율, C-33; 2015. 8. 10.자 메이슨 거래 기록(삼성물산 관련), C-32.

³⁷ “주요 투자협정 표준안 해설서(Commentaries on Selected Model Investment Treaties)”, Lee M. Caplan, Jeremy K. Sharpe 공저, “옥스포드 국제법 해설서(oxford commentaries on

A. 업무집행사원은 직접 또는 간접적으로 삼성주식을 소유 또는 지배하였습니다

27. 협정 제11.28조는 관련 자산이 투자자에 의하여 직접적으로 또는 간접적으로 지배 또는 소유될 것을 규정하고 있습니다. 협정은 “지배” 또는 “소유”라는 개념들을 추가적으로 제한하지 않으며, 오히려 동 개념들은 “투자가 구성되는 방식에 따라 달라질 수 있고,” “사안[]에 따라 평가되어야 할 사실관계를 내재하기[]” 때문에,³⁸ 의도적으로 개괄적으로 규정되어 있어서, 협정의 문구로 하여금 “투자자가 할 수 있는 방식으로 소유 또는 지배를 설정할 수 있도록 []허용하도록” 하였습니다.³⁹
28. 협정의 명백한 문구가 “직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 [자산]”이라고 규정한 이상, 다음과 같이 동 정의를 충족시킬 만한 네 가지의 논리적인 가능성을 시사합니다: 투자를 구성하는 자산에 대한 직접적인 지배, 간접적인 지배, 직접적인 소유 또는 간접적인 소유.⁴⁰ 이 사건에서 업무집행사원은 삼성주식과 관련하여 (a) 이를 직접적으로 지배하였고, (b) 투자운용사에 대한 감독을 통하여 이를 간접적으로 지배하였으며 및 (c) 삼성주식을 직접 소유하였기 때문에 위 가능성 중 적어도 세 가지를 각각

INTERNATIONAL LAW”(Chester Brown 편저 OSAIL 2013), **CLA-48**, 제 767 면 (“지분, 주식과 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분 참여”는 “다양한 투자에 있어 주요 형태”임).

³⁸ “미국의 국제투자협정(US INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS)”(옥스포드 대학 출판부, 2009), Kenneth J. Vandeveld, **CLA-50**, 제 598 면.

³⁹ “주요 투자협정 표준안 해설서”, Lee M. Caplan, Jeremy K. Sharpe 공저, “옥스포드 국제법 해설서”(Chester Brown 편저 OSAIL 2013), **CLA-48**, 제 767 면.

⁴⁰ 협정, **CLA-23**, 제 11.28 조 (강조표시 임의추가).

충족합니다.

1. 업무집행사원은 삼성주식을 지배하였습니다

29. 한국은 업무집행사원이 삼성주식을 법률상(*de jure*) 및 사실상(*de facto*) 지배하였다는 점을 부인하지 않습니다. 협정의 명백한 문언에 비추어 볼 때, 소유의 쟁점과 무관하게, 삼성주식에 대한 업무집행사원의 지배 그 자체로 인하여 협정에 따른 관할요건이 충족되었습니다.⁴¹
30. 이 사건에서 업무집행사원은 삼성주식에 대한 완전하고, 전속적인 권한을 보유하고 있었기 때문에 이에 대한 *직접적인* 지배를 행사하였습니다. 케이먼법에 따라 업무집행사원만이 사업⁴²을 영위하고, 동 사업 또는 그 자산 관련 권리를 행사할 수 있는 유일한 주체이었습니다.⁴³ 업무집행사원 및 유한책임사원 사이의 리미티드 파트너십 계약에서 “파트너십의 사업에 대한 경영, 지배 및 영위는 전속적으로 업무집행사원에 의하여서 이루어진다”라고 규정하는 등, 이와 같은 업무집행사원의 삼성주식에 대한 지배권은, 동 계약에 의하여서도 확인되며, 이에 보다 상세하게 정하고 있습니다.⁴⁴
31. 투자운용사의 CFO인 Derek Satzinger가 설명하듯이, 투자운용사가 삼성주식과 관련하여 공식적인 행사를 한 경우에 이는 업무집행사원의 감독 하에서

⁴¹ 위 협정 조항.

⁴² Lindsay, **CER-1**, 제 17-18 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 14 조.

⁴³ Lindsay, **CER-1**, 제 22-26 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 16 조.

⁴⁴ 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.01 조.

업무집행사원의 대리인 및 서비스 제공자로서 이루어졌습니다.⁴⁵ 케이먼법에 따라 삼성주식에 대한 업무집행사원의 지배는 그 인수에 대한 최종 결정권,⁴⁶ 인수 후 주주총회에서의 의결권 행사, 배당 받을 권리 및 주주로서의 권리행사 등을 포함하였습니다.⁴⁷

32. 업무집행사원은 실제로도 대리인으로 하여금 삼성의 기업설명 담당자와 연락하도록 하여 주주로서의 업무집행사원의 우려사항을 전달하도록 하였고, 삼성물산-제일모직 합병에 대한 반대표결을 행사하는 등 삼성주식에 대한 권한을 행사하였습니다.⁴⁸ 업무집행사원은, 나아가, 삼성주식을 언제 및 어떻게 처분할 지의 여부⁴⁹ 및 기타 전속적인 권리행사 방법에 대한 결정권을 보유하고 있었습니다.⁵⁰
33. 반면, 유한책임사원의 결정과정에 대한 개입이 법적으로 금지되었으며 (실제로도 삼성주식과 관련하여 동 과정에 전혀 관여되어 있지 않았으며),

⁴⁵ Satzinger 진술서, **CWS-2**, 제 8 항. 업무집행사원과 투자운용사의 두 경영구성원들은 동일인들로서, 투자에 대한 최종권한을 보유하고 있었음. Garschina 진술서, **CWS-1**, 제 6 항.

⁴⁶ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 17 항; ELP 법, **CLA-22**, 제 14 조 제 2 항; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02 도 참조 (업무집행사원은 “케이먼 제도의 법에 따라 설립된 파트너십에서 일반 업무집행사원이 보유하는 [것과] 같은... 권리와 권한”을 가진다)도 참조.

⁴⁷ Lindsay 보고서, **CER-1**, 제 26 항.

⁴⁸ Garschina 진술서, **CWS-1**, 제 17 항.

⁴⁹ 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02(a)조 참조.

⁵⁰ 예를 들어, 주식을 대여하거나 담보로 사용하는 것(ELP 법, **CLA-22**, 제 16(2), (3)조; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02(c), (d), (f) 및 3.04 조) 뿐만 아니라 주식에 대한 1 차적 소유권을 강행하기 위한 소 제기권 등 2 차적 권리(ELP 법, **CLA-22**, 제 33 조; 본건 파트너십계약서, **C-30**, 제 3.02(k), (n)조).

권리의 행사와 관련하여 업무집행사원에 대하여 지시를 할 수 없었습니다.⁵¹ 그렇지 않았지만, 만약 유한책임사원이 이와 같은 결정 등에 관여하도록 하였다면, 업무집행사원으로 간주되어, 관련하여 모든 의무 및 책임을 부담하게 되었을 것입니다.⁵²

2. 업무집행사원이 삼성주식을 소유하였습니다

34. 업무집행사원이 삼성주식에 대한 법적 지배권을 보유하고, 실제로도 이와 같은 지배권을 행사하였기 때문에 협정의 정의상 “투자자”에 해당하며, 소유 여부와 무관하게, 삼성주식과 관련한 청구를 제기할 수 있습니다.
35. 그런데, 이론의 여지를 불식시키는 차원에서, 업무집행사원은 별도로 삼성주식에 대한 *소유자로서도* 협정의 정의상 “투자자”에 해당합니다: 업무집행사원이 삼성주식과 관련하여 전속적으로 소유와 관련된 권리 및 의무를 부담하였습니다. “소유”라는 개념은 “지배”와 마찬가지로 협정에서 정의되어 있지 않습니다. 그러나, 업무집행사원은, 투자를 구성할 수 있는 다양한 자산과 국내법 제도 하의 재산 관련 법률 및 국제상사 관행에 따라 투자를 구성할 수 있는 수많은 방식 사이의 차이를 필연적으로 수용할 수 있는, 동 용어의 통상적인 정의를 충분히 충족합니다.
36. 업무집행사원은 삼성주식에 대하여 *직접적* (및 전속적) 법적 소유권을 보유하고 있었습니다.⁵³ Lindsay가 설명한 바와 같이, “파트너십”이 법인격이 없고,

⁵¹ Lindsay 보고서, CER-1, 제 9(b), 19 항. ELP 법, CLA-22, 제 14 조.

⁵² Lindsay, 제 19 항, CER-1; CLA-22, ELP 법 제 20(1)조.

⁵³ Lindsay, 제 22-23(a)항, CER-1; CLA-22, ELP 법 제 16(1)조.

재산을 보유할 수 없기 때문에, 재산이 업무집행사원의 명의로 되어 있든, 또는 이 사건에서처럼 파트너십 명의로 되어 있든 간에, 사업과 관련된 모든 재산은 법적으로 업무집행사원의 소유라는 점은 케이먼법에 따라 명백합니다.⁵⁴

37. Lindsay가 더 나아가 설명한 바와 같이, 업무집행사원은 삼성주식(및 비과세 리미티드 파트너십의 일부로서 기타의 모든 자산)과 관련하여 불가분적 수익적 소유권을 보유하고 있습니다.⁵⁵ 이와 같은 중대한 권리는, 유한책임사원이 투자를 철회하거나, 파트너십이 종료되거나, 청산한 경우에 구체화되며, 구분할 수 있게 됩니다.⁵⁶
38. 업무집행사원의 이와 같은 사업에 대한 수익권은 사업의 자본증식에 대한 일부 – 즉, “성과보수”에 대한 권리에 반영되어 있습니다.⁵⁷ 이와 같은 배분은 업무집행사원의 전문성 및 사업에 대한 최종 경영 등에 대한 대가로 연간 누적되었습니다.⁵⁸

B. 삼성주식은 투자의 특징을 지닙니다

39. 제11.28조는 나아가 자산이 “자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징”을 가진 경우에 “투자”를 구성한다고 규정하고 있습니다.⁵⁹ “또는”이라는 문구가

⁵⁴ Lindsay, 제 23(a)항, CER-1; CLA-22, ELP 법 제 16(1)조.

⁵⁵ Lindsay, 제 23(b), 36-39 항 CER-1; CLA-22, ELP 법 제 16(1)조.

⁵⁶ Lindsay, 제 23(b), 36 항, CER-1.

⁵⁷ Lindsay, 제 38-39 항, CER-1; C-30, LPA 제 4.06 조

⁵⁸ Lindsay, 제 32, 39 항, CER-1.

⁵⁹ CLA-23, 협정, 제 11.28 조 (“투자”) (강조 추가).

사용된 점 및 기타 학설에서 언급된 바와 같이,⁶⁰ 투자의 정의를 충족시키기 위하여 위 세 가지 특징이 전부 만족될 필요가 없고, 이는 예시에 불과하다는 점은 협정의 단순한 문언에 비추어 명백하다고 할 것입니다.

40. 의문의 여지가 있다고 한다면, 한국은 “투자의 특징”을 강제하고, 열거적으로 정의하는 방식으로 협약을 작성할 줄 압니다. 예를 들면, (협정 전의) 한국과 칠레 사이의 협약에서 “투자”는 “투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 및 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것”으로 정의되어 있습니다.⁶¹
41. 어쨌든, 삼성주식은, 회사에 대한 주식으로서 협정 하의 투자의 각 특징들을 용이하게 충족합니다.⁶² 협정은 회사에 대한 주식을 투자에 해당하는 자산으로 명백히 전제하고 있으며,⁶³ 수많은 투자자-국가 간 분쟁의 판정부들은 이를 인정하였습니다. 예를 들면, *Saluka v Czech Republic* 사안에서, 판정부는 “적격 투자자의 IPB와 같은 체코 회사의 주식에 대한 보유가 정의된 바에 따라 투자를 구성한다는 점에 대하여 의문의 여지가 없다고 할 것이다 ... 주식매매 대부분은

⁶⁰ **CLA-48**, Lee M. Caplan and Jeremy K. Sharpe: *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, in OXFORD COMMENTARIES ON INTERNATIONAL LAW (Chester Brown ed., OSAIL 2013), 767 면

⁶¹ **CLA-47**, 2004.4.1.자 한-칠레 자유무역협정(KCFTA) 제 10 조 제 1 항 (강조 추가).

⁶² “특징”은 그러한 정의의 통상적인 해석에 따르면 특정 자산이 투자에 해당되는지 여부와도 관련이 있습니다. “특징”의 정의에 관한 각주에서는, 특정 범주의 자산과 관련하여, (라이선스 및 허가 등) 특정한 하위 범주의 자산들이 “투자의 특징을 가지는지 여부는 [그러한 라이선스/허가] 보유 권리의 성격 및 정도 등의 요소에 따라 판단되어야 한다”라고 명시하여 이러한 통상적인 의미를 확인하고 있습니다. **CLA-23**, 협정, 제 11.28 조 (“투자”), 각주 11.

⁶³ **CLA-23**, 협정, 제 11.28 조 (“투자”)

거래와 관련하여 어느 정도의 수익이 어떠한 방식으로든 발생한다는 기대로 이루어”집니다.⁶⁴

1. 삼성주식은 자본 또는 그 밖의 자원의 약속을 반영하였습니다

42. 주식의 형태를 띤 상사기업에 대한 지분이 자본의 약속을 구성한다는 점에 대하여 다툼의 여지가 없습니다. 지분에 투입된 자본은 다른 수익창출용 활동에 사용될 수 없기 때문에 “약속”된 셈입니다. *Tokios Tokéles*의 다수의견이 개진한 바와 같이, “신청인이 자기가 통제할 자본을 우크라이나에 투입하기로 결정할 때에 [ICSID] 협약의 목적상 투자를 한 것”입니다.⁶⁵
43. 2015년 7월 기준 삼성주식은 KRW2,000억(약 USD180,000,000)을 초과하는 약속을 구성하였습니다 – 동 자본은 삼성의 대차대조표 및 관련 영업에 기여하였습니다. 업무집행사원은 동 약속을 이행하면서, 대신에 동 자본을 기타 자산 관련 부채의 상환 또는 현금성 예금으로 이를 단순히 보관하는 등의 기타 방식으로 활용하지 않았습니다. 업무집행사원은 삼성주식에 대한 소유권 및 지배권을 확보하는 대신에 삼성주식에 대한 가치 있는 대가 – 즉, 그 당시 시장가격을 지불하였습니다.⁶⁶
44. 업무집행사원의 삼성주식에 대한 약속은 제3자 간의 거래에서 그 당시의 시장가격을 지급하는 것이었기 때문에 한국이 인용하는 사안들과 구분됩니다.

⁶⁴ **CLA-41**, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* 사건, UNCITRAL, 2006. 3. 17.자 일부판정 제 205, 209 문단.

⁶⁵ **CLA-44**, *Tokios Tokelés v. Ukraine* 사건, ICSID Case No. ARB/02/18, 2004.4.29.자 관할에 대한 결정문, 제 80 문단.

⁶⁶ 앞의 각주 결정문.

예를 들면, *KT Asia* 사안에서 소위 투자자로 주장된 자들은 계열사로부터 “[주식]을 저가에 매수하기로 합의하였고,” 그러나, “주식에 대한 대가를 전혀 지급하지 않았으며, 이와 같은 미지급이 설명되지 않”습니다.⁶⁷ *Caratube Int’l Oil Co.* 사안에서도 유사하게 “USD10,000,000를 초과한 투자를 받고, 나중에 USD1,000,000,000를 초과하는 청구의 대상이 되는 기업의 지분 92%에 대한 대가로 USD6,500를 [주로 투자자의 사촌]에게 지급하기로 한 소위 거래에 대하여 설명 및 정당화 사유가 요구”되는데, “서류가 전혀 제공되지 않았고, [투자자는] ... 질의에 대한 답변을 하지 않”았습니다.⁶⁸

45. 또한, 업무집행사원의 주식매수를 통한 자본의 약속에 추가하여, 업무집행사원은 삼성주식에 대한 투자와 관련하여 다른 자원 또한 약속하였습니다. 특히, 업무집행사원은, 애널리스트들의 수백시간의 지속적인 리서치, 한국에서의 전문가와의 미팅 및 삼성그룹의 기업설명 담당자와의 논의를 포함하여 삼성주식에 대한 투자 및 투자 후 관련 과정 및 결정에 대하여 관리시간 및 노력을 투자하였습니다.⁶⁹

2. 삼성주식은 이득 또는 이윤에 대한 기대를 포함하였습니다

46. (삼성전자 및 삼성물산과 같은) 상사기업에 대한 지분투자가 동 지분 관련 이득 또는 이윤의 기대(배당의 형식 또는 최종 처분으로 귀결되는 자본가치 증가)를

⁶⁷ **RLA-17**, *KT Asia Inv. Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID Case No. ARB/11/7, 2014. 4. 3.자 판정, 제 204 문단.

⁶⁸ **RLA-12**, *Caratube Int’l Oil Co. LLP v. The Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID, Case No. ARB/08/12, 2012. 6. 5.자 판정, 제 437-438 문단.

⁶⁹ Garschina, 제 14 항, **CWS-1**.

수반한다는 점은 마찬가지로 당연하다고 할 것입니다.⁷⁰ 삼성주식이 이득 또는 이윤에 대한 기대를 포함하였다는 점은 한국에 의하여서 다투어지고 있지 않습니다.⁷¹

3. 삼성주식은 위험의 감수를 수반하였습니다

47. 삼성주식과 같은 상사기업의 지분에 대한 투자는 기본적으로 위험을 수반합니다. 한국이 인용하고 있는 *KT Asia*의 판정부가 설명하고 있듯이, “일반적으로 기업의 지분 인수를 통한 투자는 동 지분가치가 감소하거나, 완전히 상실되는 위험을 수반합니다. 이와 같은 위험은 당연히 ICSID 협약 및 양자간협약에 따른 투자의 정의 목적상 투자위험을 구성”합니다.⁷² 그러나, 한국이 주장하듯이, 이와 같은 투자는 엄격한 의미의 “손실”의 위험만을 수반하지 않습니다.⁷³ 한국이 인용하고 있는 사안들이 보여주듯이, 투자위험은 “이익을 받을 희망 (또한 이와 같은 이익이 발생하지 않는다는 내재된 위험)”을 포함합니다.⁷⁴

⁷⁰ **CLA-41**, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* 사건, UNCITRAL, 2006. 3. 17.자 일부판정, 제 209 문단.

⁷¹ 실제로 한국은 이 점에 대해 논하지 않으며, “투자”의 “내재적” 의미 내지는 다른 협정상의 “투자”의 정의에 기초하는 외적인 기준에 의존하고 있는바, “이득 또는 이윤에 대한 기대”는 이러한 기준상 언급되지 관련 특징으로 언급되지 않습니다.

⁷² 2014. 4. 3.자 판정, 제 18 문단.

⁷³ 한국의 2019. 1. 25.자 본안전 이의제기 서면 (이하 “**한국 측 서면**”) 제 24, 28 문단.

⁷⁴ *Nova Scotia Power Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* 사건의 판정부는 도이치은행이 “헤지확약(hedging commitments)에 투자한 것이 좋은 결과로 이어지기를 기대했으나 확신은 할 수 없었던” 상황에서 이러한 논리를 적용한 바 있습니다. **RLA-20**, *Nova Scotia Power Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* 사건, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1, 2012. 4. 30.자 판정문에서 발췌, 제 94 문단.

48. 상장주식의 경우에 관련 가치가 그 기초가 되는 기업의 원천적인 변화보다 정부의 태도, 기타 주주들 및 시장참여자들에 따라 급격하게 변동될 수 있기 때문에 관련 위험이 커집니다.
49. 실제로도 이와 같은 위험이 업무집행사원에게 발생하였습니다. 한국 정부의 합병에 대한 간섭 때문에 삼성전자 및 삼성물산에 대한 업무집행사원의 지분가치는 상당히 및 급격히 - 합병결의 후 2주도 안 되어 약 KRW200억 정도로 감소하였습니다.⁷⁵

4. 협정에 “투자의 특징”을 추가할 수 없습니다

50. 협정 제11.28조가 명시적으로 “투자의 특징”을 정의하고 있습니다.
51. 한국은 그 서면을 통하여 협정에서 포함되어 있지 않고, 당사국 사이에 합의된 바도 없는 판정부의 관할에 대한 제한을 추가하려고 하며, 협정에서 명료하게 및 좁게 정의된 “투자의 특징”을 *기타* 협약에서 인용되거나 또는 동 특징들이 정의되지 *않는* 기타 협약에서 적용되는, 한국의 입장에 더 유리한 정의로 대체하려고 하고 있습니다.
52. 특히, 한국은 일정한 “기간”의 요건을 추가하려고 하고 있습니다.⁷⁶ 동 “요건”은 협정의 문언에 비추어 전혀 근거가 없습니다. 한국은 근거가 있다고 주장조차

⁷⁵ 업무집행사원은 이 사건 합병 결의일(2015.7.17.) 당시 삼성전자 주식 52,466 주 (1 주당 약 1,232,317 원) 및 삼성물산 주식 1,951,925 주 (1 주당 약 65,192 원)를 보유하고 있었습니다. 삼성전자 및 삼성물산 주식의 주가는 2015.7.31.까지 각 약 1,185,000 원 및 약 56,267 원까지 하락하였으며 이 사건 합병 결의일 당시 보유한 지분의 가치를 기준으로 약 199 억 원이 하락한 것에 해당합니다.

⁷⁶ 한국 측 서면, 제 21, 23, 27 문단.

시도하고 있지 않습니다. 오히려, 한국이 대상이 되는 기타 협약에서 일정한 “기간” 요건이 규정되어 있지만,⁷⁷ 협정에서 그렇지 않다는 사실은, 당사국들이 이와 같은 요건을 포함시킬 수 있다는 점을 잘 알면서도, 그렇게 하지 않았다는 점을 여실히 보여준다고 할 것입니다.

53. 한국은 반대로 협정이 실제로 어떻게 규정하든 간에 “기간”이 투자의 “내재적”이고 필수적인 요건이라고 주장합니다. 이를 위하여 한국은 예외적인 *Romak* 사안을 인용하는데, 동 판정에서 판정부는 (제한 없이 “모든 종류의 자산”에 적용된다는) 협약 상의 정의에 대한 기계적인 적용이 “명백히 터무니 없고, 불합리한 결론”으로 이어질 것이라고 판시하였습니다.⁷⁸ 기타 판정부들이 설명한 바와 같이, *Romak* 사안은 “매우 ‘특정 사실’에 기초한 사안[]이어서, 일부 그 이유 설시가 설명되는데, ICSID 제도 밖에서 예외적인 사례”입니다.⁷⁹ “ICSID 중재 아닌 맥락에서 ICSID 협약 제25조를 해석하기 위하여 학설 및 사례에 따라 형성된 투자의 “객관적인” 정의를 도입시키는 것이 부적절하며,”⁸⁰ 판정부가 “이처럼 상호 합의된 투자의 정의를 무시하기 위하여

⁷⁷ 예컨대 한국과 캐나다 간의 자유무역협정에서 “투자”는 “투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수와 **일정 기간**과 같은 특징을 포함...”한다고 정의된다. **CLA-46**, 2015. 1. 14.자 한-캐나다 자유무역협정 (CKFTA), 제 8.45 조 (강조 추가)

⁷⁸ **RLA-10**, *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan* 사건, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 2009. 11. 26.자 판정, 제 184 문단.

⁷⁹ **CLA-32**, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia* 사건, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 2014. 1. 31.자 판정, 제 364 문단.

⁸⁰ **CLA-32**, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, 사건, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 2014. 1. 31.자 판정, 제 364 문단.

설득력이 있는 이유가 있어야 합”니다.⁸¹

54. 더 넓게 보자면, 판정부들은 계속적으로 당사국들이 합의한 것 이상으로 협정에 추가적인 제한을 의율하는 것이 판정부의 역할이 아님을 인정하여 왔습니다. *Mera* 사안의 판정부가 최근에 판시하였듯이, “[양자간 투자 협약]에 대하여 그 문언 및 협상이력에서 더더욱 나타나지도 않는 제한을 부가하는 것이 판정부의 역할이 아니라는 점은 투자 판정부들이 **계속적으로 반복한 입장**”입니다 (강조표시 추가).⁸²
55. 심지어 한국이 인용하고 있는 (투자의 특징이 별도로 정의되지 않는 기타 협약에서 적용되는) “기간” 관련 판정을 따르자면, 중재판정부가 그렇게 하면 안 되겠지만, 만약 “기간”을 관련 있는 기준으로 본다고 하더라도, 이와 같은 “기간”의 요건은 투자자의 의도에 초점을 맞추어야 합니다. 예를 들면, 한국이 인용한 *Romak* 판정의 경우, 판정부가 “원칙적으로 자산이 투자를 구성하기 위하여 정해진 최소 기간이 있다고 보여지지 않는다. **단기 프로젝트의 경우 단순히 제한된 기간 때문에 “투자”로서의 자격을 상실하지 않**”습니다라고 판시한 바 있습니다.⁸³ *Deutsche Bank* 사안의 판정부도 “*Romak* 판정부의 판시에

⁸¹ 이는 [*Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* 사건]의 판정부가 그랬듯이 ICSID 협약에 따르는 중재의 맥락의 경우에도 마찬가지입니다. **CLA-31**, *Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* 사건, ICSID Case No. ARB/12/39, 2018. 7. 26.자 판정, 제 192 문단. [이 사안의] 판정부는 “양자간 투자협정 및 ICSID 협약 문면상 요구되는 것 이상의 추가적인 요건을 요구하지 않을 것”이라고도 언급하였습니다.

⁸² **CLA-35**, *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* 사건, ICSID Case No. ARB/17/2, 2018. 11. 30.자 관할에 관한 결정, 제 149 문단.

⁸³ **RLA-10**, *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan* 사건, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 2009. 11. 26.자 판정, 제 225 문단 (강조 추가).

동의한다고 하였고,” 더 나아가, “기간과 관련하여 판정부가 **‘[기간]이 융통성 있게 보아야 하는 개념이다. 몇 개월에서 수년일 수 있다’**라고 하면서, Schreuer와 다시 한번 동의한다”라고 설시하였습니다.⁸⁴ 한국이 인용한 *KT Asia* 판정의 판정부는 *Romak* 및 *Deutsche Bank* 각 판정부의 설시를 인정하였으며, (*Deutsche Bank* 판정부가 판시하였듯이) “[투자] 요건의 충족여부를 판단하기 위하여 **의도된** 기간을 고려하여야 한다”라고 보았습니다.⁸⁵

56. 이 사건에서 경영구성원이 설명한 바와 같이,⁸⁶ 삼성주식에 대한 투자 관련 업무집행사원의 전략적 의도는 “기간” 요건을 협정에 추가한다고 하더라도 이를 충분히 충족합니다.

V. 어떻게 명명하든 간에 협정은 추가적인 관할요건을 요구하지 않습니다

57. 이상 상세히 살펴본 바와 같이, 업무집행사원은 협상 상의 “투자자” 정의를, 삼성주식은 “투자”의 정의를 충족합니다. 삼성주식 관련 업무집행사원의 청구에 대한 중재판정부의 관할은 명백합니다.
58. 한국은, 협정의 명백한 내용에도 불구하고, 판정부의 관할에 대한 본안전 이의를 제기하기로 하였습니다. 한국의 이의제기는 이를 “적격”이라는 이유로 하든 관할요건이라 하든 없던 제한을 만들어 내는 형식을 빌리고 있으며, 협정에 근거가 없고, 협정에 규정하고 있지 않는 “수익적” 소유권이라는 요건을

⁸⁴ **CLA-30**, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건, ICSID Case No. ARB/09/2, 2012. 10. 31.자 판정, 제 303 문단 (강조 추가).

⁸⁵ **RLA-17**, *KT Asia Inv. Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID Case No. ARB/11/7, 2014. 4. 3.자 판정, 제 209 문단 (강조 추가).

⁸⁶ Garschina, 제 4 항, **CWS-1**.

추가하려는 잘못된 시도입니다. 상기 IV.A항에서 논의된 바와 같이, 투자에 대한 “지배”로 협정의 요건이 충족되며, 한국은 업무집행사원의 지배를 부인하지 않습니다. 협정은 “소유”를 요구하지 않으며, “수익적” 소유는 더더욱 그렇다고 할 것입니다.

59. 한국의 잘못된 가정은 그 이의제기 자체에서도 드러납니다:

- a. 업무집행사원의 “적격”에 대한 전제;⁸⁷ 및
- b. 업무집행사원이 자본을 기여하지 않았거나, 위험을 감수하지 않았기 때문에 “투자”를 “이행”하지 않았다는 전제.⁸⁸

60. 동 이의제기 사항이 고려된다고 하더라도 이는 근거가 없습니다. 업무집행사원의 삼성주식에 대한 지배 및 소유로 충분히 청구를 제기할 수 있는 “적격”이 인정되며, 업무집행사원이 자본을 기여하지 않았다고 하거나 위험을 감수하지 않았다는 것은 명백히 사실과 다릅니다.

A. 업무집행사원의 청구는 “수익적 소유”에 근거한 “적격”요건에 의하여 부인될 수 없습니다

61. 한국은 잠재적 신청인이 투자라고 주장하는 사항에 대하여 “수익적 소유권”을 보유해야 한다는 “적격”요건을 협정에 적용하려고 하고 있습니다. 이와 같은 요건은 협정에 근거가 없을 뿐만 아니라 협정의 명시적인 내용에 반합니다. 이와 같은 독립적인 “일반 원칙”이 국제투자법제 하에서 존재하지 않으며,

⁸⁷ 한국 측 서면, 제 II(A)항.

⁸⁸ 한국 측 서면, 제 Section II(B)항.

특별법(*lex specialis*)에 해당하는 협정의 명시적인 내용에 우선할 수 없습니다.⁸⁹ 나아가, 이와 같은 요건을 인정한다고 하고, 이는 협정의 내용에 우선한다고 가정하더라도, 업무집행사원이 이를 충족하였습니다.

62. 첫째, 한국이 가정하고 있는 “수익적 소유”에 기초한 별도의 “적격”요건이 협정의 내용과 부합하지 않습니다. 한국은 이와 같은 가정을 위하여 협정의 매우 관련성이 떨어지는 문구에 의존하고 있는데, 이는 동 조항의 기능 및 일반적인 의미를 임계점 이상으로 왜곡하고 있습니다.
63. 한국은 협정 제11.16(1)조가 “자기 자신을 위하여”라는 표현을 사용한다는 이유로 협정이 “수익적 소유”라는 요건을 요구한다고 주장하고 있습니다.

⁸⁹ **CLA-29**, *Corona Materials LLC v. Dominican Republic* 사건, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, 2016. 5. 31.자 판정, 제 188 문단.

1. 분쟁당사자가 투자분쟁이 협의 및 협상을 통하여 해결될 수 없다고 판단하는 경우
 - 가. 청구인은, 자기자신을 위하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다.
 - 1) 피청구국이 다음을 위반하였다는 것
 - 가) 제1절상의 의무
 - 나) 투자인가,
 - 다) 투자계약그리고
 - 2) 청구인이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것, 그리고
 - 나. 청구인은, 자신이 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 법인인 피청구국의 기업을 대신하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 제기할 수 있다.
 - 3) 피청구국이 다음을 위반하였다는 것
 - 가) 제1절상의 의무
 - 나) 투자인가, 또는
 - 다) 투자계약그리고
 - 4) 그 기업이 그 위반을 이유로, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것

64. 그러나, 한국의 왜곡된 해석과 반대로, 제11.16(1)조는 투자자가 투자자의 간접적인 손실 외에 투자자의 “현지”의 법인이 직접적으로 입은 손실과 관련하여 투자자의 청구권(“파생적” 청구)에 관한 규정입니다. 즉, 동 조항은 “투자자로 하여금 투자자가 직접적으로 입은 손실 또는 손해 관련 청구 아닌 투자자가 소유 또는 지배하는 회사가 입은 손실 또는 손해에 대한 청구를 할 수 있게끔 하는 파생적 소구권을 형성합니다.”⁹⁰

65. 따라서, 제11.16(1)(a)조에서 사용되는 “자기 자신을 위하여”라는 표현은

⁹⁰ CLA-48, Lee M. Caplan and Jeremy K. Sharpe: *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, in OXFORD COMMENTARIES ON INTERNATIONAL LAW (Chester Brown ed., OSAIL 2013), 825 면.

제11.16(1)(b)에서 규정하고 있고, 동 규정이 없었으면, 원래 협정 하에서 허용되지 않는 “피청구국의 기업을 대신하여” 제기되는 파생적 청구와 일반적인 청구를 구분하기 위하여 사용된 것입니다.⁹¹ 동 표현은 투자를 구성하는 자산이 투자자에 의하여 “수익적으로 소유”되어야 한다는 요건을 구성하지 *않습니다*. 이와 같은 요건은, 위에서 언급한 바와 같이, 투자자가 자산을 직접적으로 또는 간접적으로 “소유” 또는 “지배”하는 것을 허용하는 제11.28조의 명시적인 내용에 반합니다.

66. *둘째*, 외교적 보호 관련 통상적인 국제법제와 달리 국제투자협약에 따른 국제투자법제 하에서 “수익적 소유권”이 없는 당사자의 “적격”을 부인하는 독립적이고, 별도의 “일반 원칙”이 존재하지 *않습니다*.⁹² 나아가, 외교적 보호에 적용되는 별개의 제도에서 이처럼 주장되고 있는 “일반 원칙”의 지속적인 적용에 대한 의문이 제기되고 있습니다.⁹³

⁹¹ 미국이 북미자유무역협정(NAFTA)상의 상당히 유사한 조항들(제 1116 조 및 제 1117 조)과 관련하여 설명한 바와 같이, 이러한 조항들은 “서로 구별되는 목적을 위한” 조항들이며, 첫번째 조항은 투자자가 스스로의 손해에 대해 소구할 수 있는 수단을 제공하며, 두번째 조항은 투자로 인해 발생한 손실이나 손해에 대해 그러한 투자를 대신하여 청구를 할 수 있게 허용합니다. **CLA-39**, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* 사건, UNCITRAL, 2001. 9. 18.자 미국 측 제출 서면 제 6 문단.

⁹² 이러한 두가지 법제는 별개의 구별되는 것들이며, 국제사법재판소는 이를 *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* 사건에서 인정한 바 있습니다. **CLA-26**, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* 사건, 2007. 5. 24.자 판결, 제 88-90 문단. 협정의 특별한 역할은 (현대적인 투자법이 만들어지기 이전인) 1967 년도 당시 Whiteman 의 국제법 다이제스트(**RLA-1**, Whiteman Digest of International Law 1264 (1967)) 에서도 인정된 바 있으며, 한국과 Stern 교수 및 *Occidental* 사안의 무효위원회는 이러한 문언을 인용하고 있습니다.

⁹³ 예컨대, Stern 교수 및 *Occidental* 사안의 무효위원회가 인용하고 있는 외교적 보호에 대한 기고문에서는 (**RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID

67. 한국은 그 주장을 뒷받침하기 위하여 오로지 *Occidental v Ecuador*에 의존하고 있는데,⁹⁴ 이는 당해 사안의 특수한 사실관계에 기초하여 살펴보아야 합니다. 동 사안에서 신청인은 “[신청인의] 계약에 따른 법적 지위를 구성하는 ‘권리 및 의무’에 대한 전체”를 포함한 제3자에 대한 투자를 구성한 “유일한 위험, 비용 및 지출”⁹⁵ 을 양도하였습니다.⁹⁶ 이에 신청인은 “ ‘[제3자]가 [신청인의 투자계약]의 당사자로서 계약에 대한 40%의 지분권을 보유한 것인양’ [제3자]의 지시에 따라” 행동할 의무가 있었습니다.⁹⁷ 위원회는 40%의 지분과 관련하여 “[제3자]가 [투자]의 40%에 대하여 사실상 통제하였다”라고 판단하였습니다.⁹⁸ 이와 같은 “지명” 형식의 관계는 임시적인 지위(법적 및

Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2, 제 261 문단 각주 192) “주식, 사채 및 기타 증권들의 소유자가 계속 바뀌고 그로 인해 국적이 지속적으로 빠르게 변동되는 구조화된 세계 금융시장의 맥락에서는 그러한 전통적인 법칙을 적용하는 것은 시대착오적인 것에 불과하며 경우에 따라서는 적법한 소유자나 투자자에 대한 국적 국가의 보호를 상실시키는 것이 될 수 있습니다.”라고 언급하고 있습니다. (CLA-51, Francisco Orrego Vicuna, “*Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection*,” 15 ICSID Review, Foreign Inv. L. J. (2000), 353 면).

- ⁹⁴ 한국이 인용하고 있는 **RLA-6**, *Impregilo S.p.A. v Islamic Republic of Pakistan* 사건, ICSID Case No. ARB/03/3, , 2005. 4. 22.자 관할에 대한 결정 역시 수익적 소유권과 관련된 것이 아닙니다. 수익적 소유권에 대하여 논한 **RLA-23**, *Blue Bank Int’l & Trust (Barbados) Ltd. v. Venezuela* 사건, ICSID Case No. ARB/12/20, 2017. 4. 26.자 판정은 청구인의 청구가 국제법상 “일반원칙”에 따라 배제된다고 보지 않았습니다.
- ⁹⁵ **RLA-14**, *Occidental Petroleum Corp. et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2012. 10. 5.자 판정, 제 330-331 문단; **RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2.자 취소 결정, 제 208 문단.
- ⁹⁶ **RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2.자 취소 결정, 제 198 문단.
- ⁹⁷ **RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2.자 취소 결정, 제 194 문단.
- ⁹⁸ **RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2.자 취소 결정, 제 205 문단.

수익적 소유권이 완전히 이전되기 전)를 부여하기 위하여였고, 이는 에쿠아도르 법에 따른 명시적인 이전을 위하여 필요한 주무부서의 승인을 우회하기 위하여였고 (이는 협정의 내용상 충분하며 (위 IV.A.항 참조)), 삼성주식에 대한 위험 및 대가를 향유하였습니다 (위 IV.B.항 참조).

68. 사안의 특정 사실관계에도 불구하고, 판정 및 반대의견과 무효위원회에서 인용하고 있는 자료들은 완전히 다른 체제에 기초하고 있기 때문에 이 사건에서 부적절합니다: ¹⁰⁰ 외교적 보호에 관한 법제 및 청구위원회의 선례들로서, 후자의 경우, 다른 내용을 지닌 다른 관할 관련 법률문서에 기초하고 있고,¹⁰¹ 이 사건 투자협정과 다른 대상 및 목적을 내용으로 하고 있습니다.
69. 국제사법재판소의 재판소장이 의장이었던 *Perenco v Ecuador* 판정부가 판시하였듯이,

⁹⁹ **RLA-21**, *Occidental Petroleum Corp., et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2015. 11. 2.자 취소 결정, 제 201 문단..

¹⁰⁰ **RLA-1**, Whiteman Digest of International Law (1967) (외교적 보호에 관한 1967 년도 요약문); **RLA-2**, David J. Bederman, *Beneficial Ownership of International Claims*, 38 INT'L & COMPARATIVE L. Q. 935 (1989. 10) (외교적 보호 및 청구위원회의 관행에 관한 1989 년도 기사); **CLA-51**, Francisco Orrego Vicuna, "Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection," ICSID Review, Vol 15, 2000, 352 면 (외교적 보호에 관한 기사). Stern 교수가 법적인/수익적 소유자의 적격과 관련하여 언급하고 있는 투자 관련 사안(**RLA-8**, *Waguhi Elie George Siag and Clorinda Vechhi v. The Arab Republic of Egypt* 사건, ICSID Case No. ARB/05/15, 2009. 6. 1.자 판정 제 87-90 문단; **RLA-15**, *Occidental Petroleum Corp. et al. v. The Republic of Ecuador* 사건, ICSID Case No. ARB/06/11, 2012. 9. 20.자 판정, 제 149 문단)들은 이러한 주장을 뒷받침하지 않으며, 무효위원회는 법적/수익적 소유자의 적격과 관련하여 투자 사안을 언급하고 있지 않습니다.

¹⁰¹ **CLA-37**, *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* 사건, ICSID Case No. ARB/08/6, 2014. 9. 12.자 관할 및 책임에 대한 잔존 사항 관련 결정, 제 523 문단.

[청구위원회]의 선례의 또 다른 구별되는 요소가 통상 화해합의서와 같은 그 기초문서에서 인용되는 적격 관련 용어이다. 통상 사용되는 용어는, 그것이 “직접적이거나, 간접적인 이해” (이란-미국 청구 재판소) 또는 “실질적이고, 선의의 이해” (미국-멕시코 청구위원회)이든 간에 “이해”이다 (강조표시 추가).¹⁰²

70. 나아가, *Saghi* 사안의 이란-미국 청구 재판소가 실시하였고, Stern 교수 및 무효위원회가 인용하고 있듯이,

판정부의 수익적 이해에 대한 우려는 자연스럽게 알제리 합의, 특히 “각 당사국의 정부와 타방 당사국의 국민 사이의 모든 소송을 중지하고, 중재를 통하여 이와 같은 모든 청구를 화해 및 종료 시키고자 하는” 것이 목적이라고 규정한 일반원칙 B에서 비롯된다 ... **관련 자산의 수익적 소유자가 청구를 제기하고, 그 내용에 따라 판정부의 판단을 받을 수 있도록 판정부의 관할이 충분히 광범위하지 않을 경우, 이와 같은 청구 화해 합의의 명시적인 목적이 충분히 실행될 수 없었다.**¹⁰³

71. Douglas가 설명하듯이,

지배가 신청인과 그 투자 사이의 관계의 자질에 대한 기준이기 때문에, 기타 가능한 요소들을 제외해야 한다. 수익적 소유이라는 제안된 요건이 그 중 하나이다. 유일하게 ICSID 협약 제25조 관련 관할 검토에 관한 것이라고 하지만, 이와 같은 추가적인 요건은 적어도 하나의 판정부에 의하여 기각되었다. CSOB v Slovak Republic 사안에서, “청구 신청인의 수익적 소유의 부재 또는 분쟁의 결과 관련 경제적 위험의 이전이

¹⁰² **CLA-37**, *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, 사건, ICSID Case No. ARB/08/6, 2014. 9. 12.자 관할 및 책임에 대한 잔존 사항 관련 결정, 제 523 문단 각주 828.

¹⁰³ **CLA-34**, *James M. Saghi, Michael R. Saghi and others v The Islamic Republic of Iran* 사건, IUSCT Case No. 298 (544-298-2), 1993. 1. 22.자 판정, 제 24 문단 (강조 추가).

ICSID 절차에서 신청인의 적격에 영향을 주는 것으로 간주되지 않아야 하며, 그러지도 않았다”라고 설시되었다. 이와 같은 결론은 외교적 보호 관련 청구의 국적에 대한 규칙과 상충되지만, 이는 투자 협약 제도에서 인적 관할 관련 검토의 일부를 구성하지 않는다.¹⁰⁴

72. 셋째, 이와 같은 “일반 원칙”이 존재한다고 하더라도, 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 지배하는 자산도 포함시키는 협정의 명백한 내용에 우선할 수 없습니다. 국제법적인 관점에서 “일반 원칙”은, 협정을 통하여 형성되는 특별법 우선의 원칙(*lex specialis regime*)을 무시할 수 없습니다.¹⁰⁵ “일반 원칙”이 강행법규(*jus cogens*)를 구성해야 예외가 인정됩니다.¹⁰⁶ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* 사안에서 판정부가 명시하였듯이, “협약에서 청구를 유지하기 위한 요건을 상세하고, 정확하게 규정한 경우에, 그것이 외교적 보호 영역의 일반 국제법 요건이든 또는 기타 이유이든 간에, 협약에 추가적인 요건을 주장할 여지가 없다.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ **CLA-49**, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge Univ. Press, 2009), 제 559 문단.

¹⁰⁵ **CLA-23**, 협정, 제 11.17 조 (“중재에 대한 각 당사국의 동의”) (“각 당사국은 이 협정에 따라 이 절에 따른 중재 청구 제기하는 것에 동의한다”) (강조 추가). 이러한 조항과 상당히 유사한 중미 자유무역협정(DR-CAFTA)상 조항과 관련하여 *Corona Materials LLC v. Dominican Republic* 사건 판정부는 “따라서 동의는 청구인이 이 협정의 조항에 따라 청구를 제기하는 것을 명백히 그 조건으로 한다. 이를 보았을 때, 투자자의 국가를 상대로 하는 중재의 제기는 특별법 우선의 원칙에 따른다.”라고 판시하였습니다. **CLA-29**, *Corona Materials LLC v. Dominican Republic* 사건, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, 2016. 5. 31.자 판정, 제 188 문단.

¹⁰⁶ **CLA-19**, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* 사건, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, 2004. 4. 30.자 판정 제 85 문단 참고.

¹⁰⁷ 앞의 각주 판정; **CLA-42**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic* 사건, ICSID Case No. ARB/09/1, 2017. 7. 21.자 판정, 제 475 문단

73. 한국이 그 이의제기에서 인용하는 판정부들을 포함하여, 판정부들은, 관할의 근거가 되는 법률문서의 명시적인 내용을 무시하기 위하여 외교적 보호의 “일반 원칙”의 도입을 일체 거부하였습니다. 예를 들면, 한국이 다른 측면에서 인용하고 있는 *KT Asia* 사안도, “**투자협약의 특별법에서 달리 규정한 경우에 외교적 보호 측면에서 적용되는 국제관행이 적용되지 아니한다**는 여러 선례에서 찾을 수 있는 다수의 견해에 동의”하였습니다.¹⁰⁸ 판정부는 “양자간 투자협약 관련 국적[즉, 인적 관할]에 관한 검토를 외교적 보호 관련 규칙으로 대체 또는 보완하려는 피신청인의 시도는 **대다수의 사례에서 실패하였다**,”라고 판시하면서, Douglas가 위에서 일부 인용하고 있는, “수익적 소유권” 요건 주장 관련 *CSOB*의 해당 부분을 인용하였습니다.¹⁰⁹
74. (*KT Asia* 판정부가 실패 사례로) 인용하고 있는 *RosInvestCo v Russia* 판정부는, 판정부의 인적 관할(*ratione persone*) 관련 러시아의 주장을 다음과 같이 기각하였습니다:

[타 법인에게 수익적 소유권을 이전한] Elliott International과의
참여 계약이 신청인이 단순히 형식적인 소유자이었기 때문에

(“투자협약상의 규정들은 국제법상 강행 법규적 성격의 일반원칙에 해당되지 않는 관습법상 국제법적 원칙들을 대체한다”)

¹⁰⁸ **RLA-17**, *KT Asia Inv. Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID Case No. ARB/11/7, 2014. 4. 3.자 판정, 140, 143 문단 (강조 추가).

¹⁰⁹ **RLA-17**, *KT Asia Inv. Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID Case No. ARB/11/7, 2014. 4. 3.자 판정, 129 문단 (강조 추가). 구체적으로 이 사안에서 판정부는 특정 청구가 “청구 그 자체의 수익적 소유권에 따라” 중재적격이 부정되어야 한다는 취지의 “청구 국적(nationality of claims)” 원칙에 따르는 주장을 부정하면서, “국제관습법에 따르는 외교적 보호가 문제되는 사안과 달리 투자협약 중재 사안에는 삼각관계(triangular relationship)가 존재한다”고 판시한 바 있습니다. **RLA-17**, *KT Asia Inv. Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건, ICSID Case No. ARB/11/7, 2014. 4. 3.자 판정, 140, 143 문단..

신청인에 대한 [투자자]의 정의 적용을 배제한다. 이와 같은 분석이 IPPA 상의 정의조항에 대한 명시적인 문언해석과 상충된다. 판정부는 정의를 해석함에 있어 VCLT 제31조에 구속된다. 신청인은 정의조항의 단순한 문언에 비추어 거기에 포함된다. 이와 같은 단순한 문언에 비추어 볼 때, 신청인의 서면 및 입증자료는 IPPA 상의 투자자로서의 지위를 보여준다. **IPPA의 광범위한 문언을 감안할 경우에 판정부가 IPPA의 정의에 대하여 더 엄격한 해석을 적용하는 것이 허용되지 않는다.** 이에 따라 제1(d)(ii)조의 투자자 정의를 고려할 때 참여 계약들은 아무런 고려가 되지 아니한다.¹¹⁰

75. *Hulley Enterprises*¹¹¹ 및 *von Pezold*¹¹²의 각 판정부 또한 각 협약에 수익적 소유권 요건을 추가하는 시도를 거부하였습니다. 예를 들면, *von Pezold* 사안에서 판정부가 판단하였듯이, “[관련] 양자간협약들에서 수익적 소유권이 입증되어야 한다는 요건이 없고,” “이와 같은 요건을 양자간협약들에 포함시켜야 한다는 근거도 없다. 본건에서 판정부는 신청인이 **법적 소유권에 대한 일응의 입증**을 한 것으로 보이며, 이는 **다투어지지 않았고, 관할을 인정함에 충분**”합니다.¹¹³

76. **넷째**, 설사, 그러면 안 되지만, 판정부가 “국제투자법제의 일반 원칙”이라는

¹¹⁰ **CLA-38**, *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* 사건, SCC Case No. V079/2005, 2010. 9. 12.자 판정, 제 323 문단 (강조 추가).

¹¹¹ **CLA-33**, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* 사건, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, 2009. 11. 30.자 관할 및 중재적격에 관한 임시판정, 제 429 문단 (“주식에 대한 단순한 법적 소유권은 에너지현장조약(ECT) 제 1(6)(b)에 규정된 투자의 정의에 부합하지 않는다는 피청구인의 주장은 동 조약의 문언상 근거가 없는 주장이다. 다수의 명망있는 법학자들은 ECT 에 규정된 투자의 정의가 광범위하다는 점을 강조한다.”)

¹¹² **CLA-27**, *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe* 사건, ICSID Case No. ARB/10/15, 2015. 7. 28.자 판정, 제 314 문단.

¹¹³ 앞의 각주 판정 (강조 추가).

명목으로 이와 같은 요건을 협정에 도입하고자 하더라도, 업무집행사원은 이를 충족시켰습니다. 상기 IV.A.2에서 설명한 바와 같이, 업무집행사원은 삼성주식에 대한 법적 소유권 및 지배에 더하여 수익적 소유권도 *보유하였습니다*.¹¹⁴ 업무집행사원과 유한책임사원의 관계가 유지되는 한, 업무집행사원의 불가분적 권리는 삼성주식의 단순히 일부 아닌 전체에 대하여 존재하였습니다.¹¹⁵

77. *마지막으로*, 한국이 인용하고 있는 기타 사안들은 이와 같은 “일반 원칙”과 무관하고, 한국의 이의제기의 근거가 될 수 없습니다.¹¹⁶ *Impregilo* 사안의 경우, 합작관계에 관한 것이었으며, (법적 및 수익적) 소유권,¹¹⁷ 책임,¹¹⁸ 및 지배가¹¹⁹ 합작 구성원들 사이에 균등하게 분배되었습니다. 위 IV.B.2항에서 설명한 바와 같이, 이 사건에서 업무집행사원의 법적 및 불가분적 수익적 소유권은 삼성주식

¹¹⁴ Lindsay, 제 22, 23(b), 36-39 항, **CER-1**.

¹¹⁵ Lindsay 보고서 제 23(b), 36-39 항, **CER-1**.

¹¹⁶ **RLA-7, PSEG Global, Inc. and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey** 사건(ICSID Case No. ARB/02/5) 2007. 1. 19.자 판정문은 비청구인들의 투자 전 지출에 관한 것이었음; **RLA-4, Zhinvali, Development Ltd v. Republic of Georgia** 사건(ICSID Case No. ARM/00/1) 2003. 1. 24.자 판정문은 비청구인인 주주들의 청구를 제기하고자 한 기업에 관한 것이었음.

¹¹⁷ **RLA-6, Impregilo S.p.A. v Islamic Republic of Pakistan** 사건(ICSID Case No. ARB/03/3) 2005. 4. 22.자 관할에 관한 결정문 제 116, 122 항.

¹¹⁸ **RLA-6, Impregilo S.p.A. v Islamic Republic of Pakistan** 사건(ICSID Case No. ARB/03/3) 2005. 4. 22.자 관할에 관한 결정문 제 123 항.

¹¹⁹ **RLA-6, Impregilo S.p.A. v Islamic Republic of Pakistan** 사건(ICSID Case No. ARB/03/3) 2005. 4. 22.자 관할에 관한 결정문 제 138 항에서 판정부는 “각 당사자의 대표들”(제 159(d)항)로 이루어진 “대의원회와 집행위원회로 구성된 복잡한 내부 경영구조”가 있었다고 판시하였음.

전체에 대한 것이었고,¹²⁰ 업무집행사원의 무한책임¹²¹ 및 완전한 지배권 행사¹²² 또한 마찬가지입니다. 한국이 인용하고 있는 *Mihaly* 사안에서¹²³ 판정부는 다음과 같이 실시하였습니다:

c. 어디 및 어떠한 방식이든 형성된 국제 파트너십의 존재는 피신청인에 대한 청구를 제기 ... 할 수 있는 신청인의 능력에 대하여 추가 또는 제외할 사항이 될 수 없다 ... 본건에서 지정된 신청인이, *Mihaly International* 또는 양국가간 파트너십(USA 및 캐나다)이 아닌, 명명된대로, *Mihaly (USA)*임이 틀림 없다는 점은 다투어지지 않으며 ... 다만, 판정부는, 그럼에도 불구하고, *Mihaly International (USA)*가 제안된 파워 프로젝트와 관련하여 사후적으로 형성되는 것으로 입증할 수 있는 권리 및 지분과 관련하여 여전히 스리랑카를 상대로 자기 명의로 청구를 제기할 수 있다.¹²⁴

78. 오로지 업무집행사원만이 제3자를 상대로 삼성주식 관련 전속적인 권리 및 지분을 강제할 수 있는 능력을 지니며,¹²⁵ 협정은 이를 명백히 허용합니다. 바로 이 사항은 업무집행사원이 판정부의 판단을 받기 위하여 제기한 청구입니다

¹²⁰ 본문 IV.A.2 참조.

¹²¹ Lindsay 보고서 제 16, 32(c)항, **CER-1; CLA-22**, ELP 법 §§ 4(2), 20(1).

¹²² 본문 IV.A.1 참조.

¹²³ **RLA-3**, *Mihaly International Corp. v. Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/00/2) 2002. 3. 15.자 판정문 제 22, 26 항.

¹²⁴ 마찬가지로 *Impregilo* 사건에서 판정부는 “[합작회사인] GBC 가 별개의 법인격을 가지지 않는다는 사실로부터 본건 청구가 결코 “GBC 의 청구”가 될 수 없다는 결론을 도출할 수도 있다”고 판시하였음. **RLA-6**, *Impregilo S.p.A. v Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/3) 2005. 4. 22.자 관할에 관한 결정문 제 139 항.

¹²⁵ 본건 업무집행사원은 삼성주식에 대한 “2 차적” 소유권자로서 삼성주식에 대한 재산권을 행사할 권한을 가진 유일한 당사자임.

B. “투자자”의 정의는 “수익적 소유”의 요건을 요구하지 않습니다

79. “적격”과 마찬가지로 한국은 “투자자”의 정의에 “수익적 소유”이라는 요건을 도입함으로써 “투자하고자 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한”이라는 표현이 협정에 따른 청구를 하기 위하여 다수의 “요건”을 요구한 것으로 해석하고 있습니다. 이와 같은 “요건들”이 협정에 근거가 없다는 점을 제쳐두더라도, 업무집행사원은 이를 충족합니다.
80. 첫째, 한국은, 협정 제11.28조의 “투자하고자 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한”이라는 표현이 협정의 보호를 받기 위하여 자산이 투자자에 의하여 “수익적으로 소유”되어야 한다는 요건의 근거가 된다고 주장합니다.¹²⁶
81. 협정의 “투자자” 정의에 포함된 “투자하고자 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한”이라는 표현의 통상적인 의미는 액면 그대로 명백합니다. 동 표현은 협정의 보호에 대한 시간적 범위를 명백히 하고, 이를 확장합니다. 이는 동 보호에 대한 독립적인 제한을 추가하지 않습니다. Vandeveld가 설명하듯이, “동 정의는 투자가 비록 성공적으로 이루어지지 않았다고 하더라도, 투자를 시도함으로써 투자자가 된다는 점을 명백히 한다. 이와 같은 정의는 양자간협약이 소재국에 대하여 투자의 성립에 적용되는 의무를 부과하기 때문에 필요하며, 이에 따라 투자를 시도하는 자는 투자가 존재하기 전에

¹²⁶ 한국은 “투자에 대한 수익적인 이해관계가 없다면 “일반적으로 ‘투자’가 이루어졌다고 볼 수 없[다]”고 주장하고 있습니다. 한국의 이의제기 서면 제 25 항.

양자간협약에 따라 보호되는 권리를 보유”합니다.¹²⁷

82. Caplan 및 Sharpe도 이에 동의하며, 동 표현이 “투자의 전반적인 주기 – 즉, 설립 전부터 청산까지 – 에 대한 것이고 ... 이에, 사안에 따라, [협정이] 아직 성립하지 않았지만, 투자를 시도하는 ‘당사국의 투자자들’에 대한 보호를 제공한다는 점을 명백히 하고 있다”라고 설시하였습니다.¹²⁸
83. 즉, 위 표현은 협정의 보호 범위를 확장하려고 하며, 이를 제한시키려고 하지 않습니다. 이는 투자를 구성하는 자산이 투자자에 의하여 “수익적으로 소유”되어야 한다는 요건을 창설하지 않으며, 이와 관련된 이슈조차 아닙니다. 동 이슈에 대한 답은 제11.28조에 명시되어 있으며, 위에서 언급된 바와 같이, “수익적 소유” 또는 “소유” 자체에 대한 요건이 없습니다.
84. 둘째, 한국은 “투자자”로서 인정되는 기업에 대한 새로운 관할 제한을 추가하기 위하여 “투자”의 정의에 포함된 “투자의 특징”을 왜곡하고 있습니다.¹²⁹ 이는 허용될 수 없습니다.
85. 협정의 “투자” 정의에 새로운 관할요건을 도입시키기 위하여 한국이 주장하고

¹²⁷ **CLA-50**, Kenneth J. Vandeveld, “미국의 국제투자협정(US INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS)”(옥스포드 대학 출판부, 2009), 제 156 면.

¹²⁸ **CLA-48**, “주요 투자협정 표준안 해설서(*Commentaries on Selected Model Investment Treaties*)”, Lee M. Caplan, Jeremy K. Sharpe 공저, “옥스포드 국제법 해설서(OXFORD COMMENTARIES ON INTERNATIONAL LAW)”(Chester Brown 편저 OSAIL 2013), 제 768 면.

¹²⁹ 본문 IV 참조.

있는 “투자”의 소위 “내재적” 또는 “기본” 의미는¹³⁰ 근거가 없습니다. “금전 또는 자산의 출자”, “새로운 자본[의] 투입”, “[투자자 본인의] 재정적 수단 [활용]” 또는 “기간” 요건¹³¹ 등처럼 투자의 정의 관련 한국의 주장은 협정 그 어디에도 포함되어 있지 않습니다.¹³² 오히려, “단순한 소유권만으로는... 불충분[하다]”라는 한국의 주장은, 투자자의 정의에 투자에 대한 직접적 또는 간접적인 소유를 포함하는 협정의 명백한 문언에 반합니다.¹³³

86. “투자”가 정의되지 않은 경우에 판정부가 이를 해석하기 위하여 인용한 기타 개념들을 적용하면서, 협정의 명시적인 내용을 재정의하는 것이 말이 되지 않습니다. 예를 들면, 한국은 업무집행사원의 투자가 “사업가가 자신의 재정적 수단을 자신의 재정적 위험부담 아래 이용하여 개시하고 수행하는” 것이어야 한다고 요구하는데, 관련 사안에서 판정부가 이와 같은 개념이 “ICSID 협약에서 구체적인 기준 또는 정의가 없는 경우”에만 “관련성이 있다”라고 판시하였습니다.¹³⁴
87. 이와 같은 새로운 관할 “기준”이 협정에서 근거가 없을 뿐만 아니라, 투자에 사용된 자금의 원천의 연관성 등을 포함한 이미 적용이 거부된 개념들을

¹³⁰ 협정이 “투자”라는 용어를 분명히 정의하고 있는 상황에서 투자의 “내재적 의미”를 논하는 것은 허용될 수 없다는 사실은 협정이 언급하고 있지 않은 “투자자”라는 용어를 정의하는데 그러한 의미를 적용시켜볼 때 더욱 명백히 드러납니다.

¹³¹ 본문 IV.B.4 참조.

¹³² 한국의 이의제기 서면 제 21-22, 25-26 및 28 항.

¹³³ **CLA-23**, 협정 제 11.28 조.

¹³⁴ **RLA-12**, *Caratube Int'l Oil Co. LLP v. The Republic of Kazakhstan* 사건(ICSID, Case No. ARB/08/12) 2012. 6. 5.자 판정문 제 434 항.

재활용하려고 하고 있으며,¹³⁵ 협정의 명백한 관할제도와 상충됩니다.¹³⁶

- 88. *Saba Fakes v Turkey* 사안에서 판정부가 “투자의 특징’에 대한 수익적 소유의 영향 관련 실시하였듯이 (한국이 인용하고 있는 *KT Asia* 판정부가 인용하고 있는 바와 같이),

여러 사람들 사이의 재산권의 배분 또는 법적 및 수익적 소유권의 구분은 여러 법제 하에서 통상적으로 인정되며, 그것이 신탁, 위탁, 또는 기타 유사한 구조를 지닐 수 있다. 이와 같은 구조들은 사기 또는 허위양도의 증거를 절대로 구성하지 않으며, 명확한 반대증거 없이 이와 같은 가정을 하여서는 아니된다. **법적 소유권과 수익적 소유권 사이의 구분은 동 소유권에 대하여 ICSID 협약 또는 네덜란드-터키 양자간협약에 따른 투자의 특징을 부인하지 않는다. ICSID 협약 및 양자간협약은 단순한 법적 소유권이 ICSID 협약 또는 양자간협약의 보호의 범위에서**

¹³⁵ 투자자가 “자신의 재정적 수단”을 이용하는 것과 관련하여 *Gavrilovic v. Croatia* 사건 판정문 등 참조(“본건 양자간 투자협정에 따른 “투자”가 있었는지 여부를 판단함에 있어 자금의 출처는 고려요소가 되지 않는다. 본건 양자간 투자협정에는 투자대상을 매입하는데 사용된 자금이 투자자 개인의 자산이나 계좌에서 비롯된 것이어야 한다는 요건이 포함되어 있지 않으며, 판정부로서는 그러한 요건을 부가할 이유를 찾을 수 없다”). **CLA-31, Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia** 사건(ICSID Case No. ARB/12/39) 2018. 7. 26.자 판정문 제 209 항. “활동” 추정에 관한 판단기준과 관련하여 *Mera v Serbia* 사건 판정문 참조(“투자자의 지위를 판단함에 있어 활동에 관련된 요건의 경우 – 다만 본 판정부는 그러한 요건이 필요하다고 생각하지 않는다 – 본 판정부는 본건에서 해당 요건이 충족되었다고 본다... “투자행위”에는 자금조달과 투자대상의 취득 뿐만 아니라 투자대상의 보유와 관리도 포함된다... 청구인은 적극적으로 투자대상을 보유, 관리하였고... 이로써 세르비아에 대한 “투자행위”를 수행하였다). **CLA-35, Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia** 사건(ICSID Case No. ARB/17/2) 2018. 11. 30.자 관할에 관한 결정문 제 106-107 항.

¹³⁶ 예를 들면, “새로운 자본의 투입”이라는 판단기준과 관련하여 협정 제 1.4 조는 보호대상이 되는 투자의 범위가 “존재하거나... 설립, 인수 또는 확장된” 것에까지 미친다는 점을 분명히 하고 있는바, 이는 브라운필드(즉, 신규자본 투입이 없는) 투자의 인수와 이에 대한 보호를 상정하고 있음.

제외되는 것으로 해석될 정도의 구분을 두지 않는다.¹³⁷

89. 다만, 위 “요건”이 협정에 근거가 없다고 하더라도, 업무집행사원의 삼성주식에 대한 투자는 이와 같은 자의적인 “요건”을 충족시킵니다.
90. 다른 자원의 기여에 더하여, 삼성주식의 인수를 위하여 사용된 자금은 업무집행사원이 직접적 및 투자운용을 통하여 연혁적으로 기여한 자금을 포함하였습니다.¹³⁸ 업무집행사원은 삼성주식을 인수 및 관련 투자를 관리함에 있어 “단순한 소유자”만이 아니었습니다. 업무집행사원은 당해 재벌(기업집단)에 대한 구조변경이 예상되면서, 적극적으로 삼성에 대한 투자기회를 발굴 및 연구하였습니다.¹³⁹ 관련 당사자 중에 업무집행사원이 바로 “사업가”이었습니다. 업무집행사원은 이와 같은 역할을 수행함에 있어 “특정 제3자의 이해관계”에 의하여 통제되지 않았습니다 – 업무집행사원이 투자 관련 인수, 관리 및 처분에 대한 완전한 재량을 보유하고 있었습니다.¹⁴⁰ 업무집행사원은 관련 결정을 함에 있어 (파트너십 자산에 대한 수익권으로부터의) 수익을 최대화하려고 하였고, ¹⁴¹ (무한책임을 부담하였기 때문에) 위험을

¹³⁷ 판정부는 ICSID 협약상 투자의 특성으로 출자, 기간 및 위험이 요구된다고 보았음에 유의. 제 110 항. **CLA-40**, *Saba Fakes v. Republic of Turkey* 사건(ICSID Case No. ARB/07/20) 2010. 7. 14.자 판정문 제 134 항.

¹³⁸ 업무집행사원이 (특정 시점에) 새로운 자산을 취득하는데 사용한 금원은 업무집행사원과 유한책임사원의 (과거) 자금 출자는 물론 신규 취득 및 재투자용 자금을 증식하기 위한 업무집행사원의 (과거) 투자전문성 출자가 함께 작용한 결과물임.

¹³⁹ Garschina 진술서 제 15 항, **CWS-1**.

¹⁴⁰ 본문 IV.A 참조.

¹⁴¹ 본문 IV.B.2 참조.

최소화하려고 하였습니다.¹⁴²

91. 한국이 핵심 선례로 인용하고 있는 *Blue Bank* 사안¹⁴³의 신청인의 경우, 완전히 다릅니다. *Blue Bank* 사안의 경우, 신청인은 자산의 인수에 관여되어 있지 않았고,¹⁴⁴ “자산을 소유하지 않[았]고, 다만 이를 단순히 운용 및 관리”하였습니다.¹⁴⁵ 더 나아가, 신청인의 관리 권한도 “매우 제한적”이었다¹⁴⁶ – 신청인은 “신탁자산에 대하여 전혀 권한 및 재량을 보유하지 않았고,”¹⁴⁷ “독립적으로 핵심적인 수탁자 기능을 수행할 [수 없었으며], 이와 관련하여 Hampton의 통제 하에 있[었]”습니다.¹⁴⁸ 신청인은 법적으로 “자산에 대하여 여하한 종류의 권리를 보유하는 것”이 금지되어 있었으며,¹⁴⁹ 자산의 종류, 규모 또는 성과와 무관하게 서비스에 대한 대가로 연간 고정 수수료를 지급 받았습니다.¹⁵⁰ Hampton은 신청인의 지위를 임의로 박탈할 권한이 있었습니다 (적용되는 투자협약이 없는 국가에 설립되었던 신청인의 선임자에 대하여 그렇게 하였습니다).¹⁵¹ Hampton이 바로 “신탁의 사업을 이행하기 위하여

¹⁴² 본문 III.A 참조.

¹⁴³ **RLA-23**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. V. Venezuela* 사건(ICSID Case No. ARB/12/20) 2017. 4. 26.자 판정문.

¹⁴⁴ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 148-151 항.

¹⁴⁵ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 163 항.

¹⁴⁶ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 167 항.

¹⁴⁷ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 171 항.

¹⁴⁸ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 196 항.

¹⁴⁹ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 161 항.

¹⁵⁰ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 163 항.

¹⁵¹ **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 171, 196, 197 및 140-145 항.

필요하거나, 유용한 권한을 행사하[였]고,” 판정부의 판단에 따라 “모든 의도 및 목적 측면에서 주장되는 “진정한” 소유자이었”습니다.¹⁵²

VI. 한국은 업무집행사원의 손해배상 청구에 대한 이의제기를 입증하지 않았습니다

92. 메이슨은, 메이슨의 중재청구 및 통보서면(“NOA/SOC”)을 통하여, 한국이 협정에 따라 메이슨에게 부여되는 보호에 위반하여 국제적으로 위법행위를 지시하였다는 점을 피력하였습니다. *Chorzów Factory*에서 제시된 기준에 따라,¹⁵³ 업무집행사원의 배상 받을 권리는 이와 같은 협정의 위반으로부터 인정됩니다. 메이슨은 NOA/SOC에서 손해와 관련하여 손해금액의 산정을 절차진행 과정에서 적절하게 제시하는 것을 포함하여 권리를 유보하였습니다.¹⁵⁴

93. 한국은 판정부의 관할에 관한 이의제기에 더하여 협정 제11.20.6조에 따른 이의 또한 제기하였습니다. 즉, “제기된 청구가, 법률상의 문제로서, 제11.26조에 따라 청구인에게 유리한 판정이 내려질 수 있는 청구가 아니라”는 이의제기입니다.¹⁵⁵ 위 이의는 근본적으로 삼성주식에 대한 “수익적 소유권” 관련 한국의 “적격” 및 관할항변의 재탕이며, 동일한 문제점을 내재하고 있습니다. 이는 협정에서 인정하지 않는 제한에 근거를 찾고 있습니다. 또한

¹⁵² **RLA-23**, *Blue Bank* 판정문 제 197 항.

¹⁵³ 청구인의 중재통보서 제 84 항에 제시된 바와 같이, 한국이 협정상 본건 업무집행사원에게 부여되는 투자보호를 위반한 결과 발생하는 업무집행사원에 대한 손해배상액의 산정에 있어 특별법이 존재하지 않을 경우 국제관습법이 적용됨.

¹⁵⁴ 청구인의 중재통보서 제 82 항; 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL) 중재규칙 제 20 조.

¹⁵⁵ **CLA-23**, 협정 제 11.20.6 조(“중재의 수행”).

마찬가지로 삼성주식 관련 업무집행사원의 역할 및 전속적 권리에 대한 오해에서 비롯됩니다.

94. 절차가 초기단계인 점 및 당사자들의 충분한 주장 및 입증 없이 사안을 선불리 판단하는 위험을 감안할 때, 한국이 업무집행사원에게 유리한 손해배상 판정이 명백히 실패할 수밖에 없다는 점에 대한 입증책임, 그것도 매우 높은 입증책임을 부담합니다. 한국은 이와 같은 입증책임을 전혀 이행하지 않았습니니다.

A. 한국은 업무집행사원의 청구가 “명백히 실패할 수밖에 없고” “법률적으로 희망이 없다”는 점을 현 단계에서 입증할 책임을 부담합니다

95. 한국은 제11.20.6조에 따른 이의를 제기한 당사자로서 관련 이의의 모든 측면을 입증할 책임을 부담합니다.¹⁵⁶
96. 제11.20.6조는 이의를 제기한 당사자에 대하여 매우 높은 기준의 입증책임을 부담시킵니다. 한국은 가사 업무집행사원이 주장하는 사실관계가 맞다고 하더라도 어떠한 경우에도 업무집행사원에 대하여 유리한 판정이 내려질 수 없다는 점을 입증해야 합니다.¹⁵⁷ 동일한 문구를 검토한 판정부들은 동 기준이 이의를 제기한 당사자로 하여금 청구가 “명백히 실패할 수밖에 없고,”

¹⁵⁶ **CLA-36**, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12) 2010. 8. 2.자 중미자유무역협정(CAFTA) 제 10.20.4-10.20.5 조에 따른 피청구국의 본안 전 이의제기 서면에 대한 결정문 제 111 항.

¹⁵⁷ **CLA-23**, 협정 제 11.20.6.다항(“중재의 수행”).

“법률적으로 희망이 없다”는 입증을 요구한다는 점을 실시하였습니다.¹⁵⁸

97. *Pac Rim* 사안의 판정부가 설명하였듯이,

본안전 이의를 인정하기 위하여 판정부는 중재를 시작할 때부터, 법률적인 측면 및 모든 관련 주장되는 또는 다툼이 없는 사실 측면에서, 더 이상 볼 것 없이, 신청인의 청구를 최종적으로 기각하는 판정을 해야 한다는 입장을 가져야 한다. 각 사안 별의 구체적인 상황에 따라, **본안전 이의제기 단계에서만 청구를 살펴 볼 때 동 청구가 아마도 (그러나 확실하지 않지만) 실패할 것으로 판단됨에도 불구하고, 판정부가 신청인에 대하여 위 권한을 행사하지 않기로 합리적으로 결정할 수 있는 다양한 사유가 존재한다.**¹⁵⁹

98. 한국은 입증책임을 부담하는데, 아래에서 살펴본 바와 같이, 이를 전혀 이행하지 않았습니니다.

B. 한국은 입증책임을 전혀 이행하지 않았습니니다

99. 한국의 이의는 업무집행사원의 청구의 *범위*에 대한 것이 아니며, 청구된 손해의 *산정*과도 무관하고, 또한, 업무집행사원의 청구를 *제한*할 만한 사유들(예를

¹⁵⁸ **CLA-28**, *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama* 사건(ICSID Case No. ARB/16/34) 2017. 12. 13.자 신속 이의제기에 대한 결정문제 97 항(“제 10.20.4 조[와 실질적으로 동일한 내용의 미국-파나마 TPA 규정]은 판정부가 받아들여지지 않을 것임이 명백한 청구를 조기에 기각할 수 있도록 하기 위한 장치이다”); **CLA-43**, *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru* 사건(ICSID Case No. UNCT/13/1) 2014. 12. 18.자 제 10.20.4 조에 따른 피청구국의 본안 전 이의제기 가능범위에 관한 결정문제 206 항(“제 10.20.4 조[와 실질적으로 동일한 내용의 미국-페루 TPA 규정]에 따른 청구의 법적근거 부족을 원인으로 한 이의제기를 다룸에 있어 판정부는 해당 청구가 ‘법적으로 가망이 없는’ 것인지 여부를 판단하게 된다”).

¹⁵⁹ **CLA-36**, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12) 2010. 8. 2.자 중미자유무역협정 제 10.20.4-10.20.5 조에 따른 본안 전 이의제기에 대한 결정문제 110 항(강조표시 임의추가).

들면, 업무집행사원의 과실책임 기여)과도 관련이 없습니다. 이와 관련된 주장입증이 아직 충분히 이루어지지 않았고, 업무집행사원은 관련 절차의 적절한 단계까지 이에 대한 권리를 유보하는 바입니다.¹⁶⁰ 한국의 이의는 업무집행사원에 대한 그 어떠한 배상 판정도 법률적으로 희망이 없다는 것입니다.¹⁶¹ 이와 같은 주장은 전혀 근거가 없습니다.

100. 업무집행사원은 *Chorzów Factory* 사안의 기준에 따라 “최대한 가능한 범위에서 위법행위의 효과를 없애고, 동 행위가 이루어지지 않았더라면 가장 가능성이 있는 상태로 상황을 복귀시키는 정도”의 배상을 받을 권리가 있습니다.¹⁶²
101. 따라서, 한국은, 업무집행사원이 “[삼성주식 투자 관련] 손해를 입을 수 없었다”는 주장을 입증하기 위하여,¹⁶³ 그 위법행위가 업무집행사원에 대하여 (없어야 하는) 효과가 없다는 점 및 업무집행사원의 상황이 이와 같은 행위에 의하여 영향을 받지 않았다(상태를 복귀시킬 필요가 없다)는 점을 입증해야 합니다.
102. 한국의 이의근거는 업무집행사원이 삼성주식에 대하여 “수익권”을 보유하지

¹⁶⁰ 유엔국제무역법위원회 중재규칙 제 20 조는 “중재절차 진행 중 중재판정부가 부적절하다고 보는 경우가 아닌 한 당사자들은 자신의 청구나 답변을 수정하거나 보완할 수 있다...”고 규정하고 있음. 메이슨은 한국의 본안 전 이의제기에 대한 중재판정부의 결정이 내려진 뒤 수정 청구서면을 제출하고자 함.

¹⁶¹ 한국의 이의제기 서면 제 35, 36 항(“...로 인한 이익”과 “그로 인한 손실은... GP의 손실이 아닌 케이먼 펀드의 손실이었을 것”이므로 “GP는 삼성 주식의 수익적 소유자가 아니기 때문에 GP의 손해배상청구는 법적으로 근거가 없[다]”).

¹⁶² **CLA-1**, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)* 에 대한 1928. 9. 13.자 본안 결정문, PCIJ, Rep. Series A, No. 17, 제 47 면.

¹⁶³ 한국의 이의제기 서면 제 32 항.

않았다는 것입니다.¹⁶⁴ 그러나, 위에서 살펴본 바와 같이, 업무집행사원은 삼성주식을 포함하여 파트너십의 자산에 대한 불가분적 수익권을 보유 하였습니다.

103. 한국의 위법행위는 삼성주식의 가치에 영향을 미쳤고, 그 결과 성과보수에 대한 업무집행사원의 권리를 포함한 업무집행사원의 파트너십 이익에 영향을 미쳤습니다. 삼성주식을 포함한 파트너십 자산의 가치증대는 향후 투자자금, 향후 성장 및 향후 성과보수에 대한 권리를 증가시킵니다.¹⁶⁵ 이와 같은 가치증대는 업무집행사원의 레버리지 효과를 확장하고, 다시 투자 및 수익창출의 기회를 증가시킵니다.¹⁶⁶ 이러한 측면에서 자본의 증식은 파트너십의 자산 및 업무집행사원의 파트너십에 대한 이익 관련 “승수 효과”를 의미합니다. 삼성주식에 대한 손해는, 반대로, 업무집행사원의 이익에 대한 부정적인 “승수 효과”를 지닙니다. 업무집행사원이 삼성주식에 대하여 경제적 이해관계가 없다는 한국의 주장은 전혀 사실과 다릅니다.
104. 그러하지 않았지만, 만약 한국이 업무집행사원이 삼성주식에 대한 “수익권”을 보유하지 않는다는 점을 입증했다고 가정하더라도, 한국은 삼성주식의 가치에 대한 손해가 도산시 사업에 대한 궁극적 책임을 부담해야 하는 당사자인 점을 포함하여 업무집행사원에 대하여 전혀 영향이 없었다는 점을 입증하지 않았습니다.¹⁶⁷ 실질적으로 이와 같은 손해는 자산에 대한 레버리지 능력을

¹⁶⁴ 한국의 이의제기 서면 제 35 항.

¹⁶⁵ Garschina 진술서 제 11 항, **CWS-1**; Satzinger 진술서 제 12-13 항, **CWS-2**.

¹⁶⁶ Garschina 진술서 제 11 항, **CWS-1**; Satzinger 진술서 제 12-13 항, **CWS-2**.

¹⁶⁷ Lindsay 보고서 제 16, 32(c)항, **CER-1**.

포함하여 업무집행사원의 리스크 프로파일을 악화시켰습니다.¹⁶⁸ 나아가, 한국은 업무집행사원의 삼성주식 투자에 대한 손해가 회사의 미팅에 참석하고, 그 방향에 영향을 미칠 수 있는 권리를 포함하여 업무집행사원의 삼성주식에 대한 법적 및 지배적 권리에 영향이 없었다는 점을 입증하지 않았습니다.¹⁶⁹

105. 한국은 “보유하지 않는 수익권 관련 [업무집행사원]을 위한 손해배상 판정이 [업무집행사원]에게 부당하게 이득을 부여한다”라는 주장을 입증하지 않았습니다.¹⁷⁰ 위에서 살펴본 바와 같이, 업무집행사원은 삼성주식 관련 모든 측면에서 수익권을 보유하고 있습니다. 삼성주식 관련 업무집행사원을 위한 손해배상 판정은 (배당금 또는 자산 관련 지급되는 기타 금액과 마찬가지로) 삼성주식 관련 원래의 방식대로 보유되며, 한국의 위법한 간섭 전의 상태로 상황을 복귀시킵니다.¹⁷¹ 한국이 입증책임을 이행하지 않았기 때문에 그 본안전 이의제기는 전부 기각되어야 합니다.

VII. 한국의 이의는 본안전 단계에서 또는 그 어떠한 단계에서도 제기되지 않았어야 했습니다

106. 업무집행사원은 한국의 서면에서 제기된 이의는 본안전 판단으로 부적절하고, 관련 절차에서 제기되지 않았어야 했다는 항변을 유지하는 바입니다.¹⁷² 특히, 손해 관련 판정부의 검토는, 사실관계에 대한 충분한 판단 없이, 및

¹⁶⁸ Garschina 진술서 제 11 항, **CWS-1**.

¹⁶⁹ Lindsay 보고서 제 26 항, **CER-1**.

¹⁷⁰ 한국의 이의제기 서면 제 35 항.

¹⁷¹ 그러한 점에서 한국이 인용한 사건(**RLA-8**, *Siag v Egypt*)은 그들에게 유리한 것이 아님.

¹⁷² 청구인들이 중재판정부에 발송한 2019. 2. 13.자 서신.

업무집행사원으로 하여금 유엔국제무역법위원회 규칙에 따라 보장된 바와 같이 그 주장입증을 제시할 수 있는 “충분한 기회” 없이, 업무집행사원의 청구를 선불리 판단할 위험을 지닙니다.¹⁷³

107. 한국의 이의는 추측에 불과하고, 신중하지 않게 및 관련 사실 및 법률에 대한 고려 없이 제기되었다는 점에서 근거가 없습니다. 특히, 한국은 케이먼법 관련 전문가 보고서를 제출하지 않았고, 케이먼법 전문가와 상의조차 하지 않는 것으로 보입니다. 이와 같은 상황에서 판정부는 메이슨에게 변호사 보수 및 비용, 전문가 증인 비용 및 중재관련 비용을 포함하여 이 사건 절차단계와 관련한 비용 및 이에 대한 복리로 산정된 이자를 인정하는 판정을 하여야 합니다.¹⁷⁴

¹⁷³ 유엔국제무역법위원회 중재규칙(1976년) 제 15(1)조.

¹⁷⁴ **CLA-23**, 협정 제 11.20.8 조는 중재판정부에 비용지급 판정을 내릴 구체적 권한을 부여하고 있음. 그럼에도 중재판정부는 유엔국제무역법위원회 중재규칙(1976년) 제 38 조에 따른 비용과 관련하여 그 일반적 권한의 일환으로 비용지급 판정을 내릴 수 있음.

VIII. 신청취지

108. 메이슨은 이 사건 반박서면에서 기재된 바에 따라 중재판정부가 다음과 같이 판정할 것을 정중히 요청 드리는 바이며:

- a. 업무집행사원의 청구 제기가 인정되고, 중재판정부가 이에 대한 관할이 있다는 점을 확인하고;
- b. 중재판정부의 관할 관련 한국의 이익을 기각하고;
- c. 협정 제 11.20.6 조에 근거한 업무집행사원의 청구 관련 한국의 이익을 기각하고;
- d. 한국이 메이슨에게 변호사 보수 및 비용, 전문가 증인 비용 및 중재관련 비용을 포함하여 이 사건 절차단계와 관련한 여하한 비용 및 이에 대한 복리로 산정된 이자를 지급해야 하고; 및
- e. 기타 중재판정부가 적절하다고 여기는 다른 구제수단에 관한 명령,

나아가, 메이슨의 청구에 대한 실체적 판단 단계로 진행할 것을 요청 드립니다.

일자: 2019년 4월 19일

[서명]

Latham & Watkins LLP
Claudia T. Salomon
Lilia B. Vazova
Matthew C. Catalano
885 Third Avenue
New York, NY 10022
United States of America

Latham & Watkins LLP
Sophie J. Lamb QC
Samuel M. Pape
Bryce Williams
99 Bishopsgate
London EC2M 3XF
United Kingdom

Latham & Watkins LLP
Wonsuk (Steve) Kang
29F One IFC
10 Gukjegeumyung-ro Yeongdeungpo-gu
Seoul 07326
Republic of Korea

KL Partners
Eun Nyung (Ian) Lee
John M. Kim
7th Floor, Tower 8
7 Jongro 5 gil, Jogro-gu 7
Seoul 03157
Republic of Korea

신청인의 대리인들