

유엔국제무역법위원회 중재규칙 및 대한민국과 미합중국간의
자유무역협정에 따른 중재

엘리엇 어쏘시어츠 엘.피.(ELLIOTT ASSOCIATES, L.P.)

청구인

대한민국

피청구국

본안 전 이의제기에 대한
청구인의 재반론서면

2020년 12월 23일

목차

I.	서론.....	1
II.	청구인의 삼성물산 투자는 협정상 보호됩니다.....	5
	A. 협정에 “기간” 요건이 포함된다고 해석하더라도 청구인의 삼성물산 투자는 이를 충족합니다	6
	B. 청구인이 “필요한 출자”를 하지 않았다는 대한민국의 항변은 사실관계나 협정 문언상 아무 근거가 없습니다	15
	1. 대한민국 주장의 사실관계상 오류.....	15
	2. 대한민국 주장의 법리상 오류.....	17
III.	대한민국의 행위는 “조치”에 해당합니다	19
	A. 협정은 광범위한 “조치”에 보호를 부여합니다.....	19
	B. 대한민국의 행위는 협정의 의미상 “조치”에 해당합니다.....	26
	1. 본건 합병을 가결하는 국민연금 투표를 지시한 대통령의 행위 ..	27
	2. 대한민국 청와대와 보건복지부의 국민연금 절차 개입과 훼손 ...	28
	3. 대통령과 장관의 지시에 부응하고자 국민연금 내에서 행해진 기망 및 날조.....	30
	C. 대한민국의 조치는 청구인과 청구인의 삼성물산 투자에 관한 것이었습니다	31
IV.	조치들은 대한민국에 귀속됩니다.....	35
	A. 국민연금의 행위는 협정과 국제관습법상 대한민국에 귀속됩니다	35
	B. 국민연금은 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호 및 ILC 규정 제 4 조에 따라 State organ 에 해당합니다.....	36
	1. 국민연금은 대한민국 정부의 일부입니다.....	38
	2. 별개의 법인격은 국민연금이 국가기관에 해당하지 아니함을 의미하지 않습니다.....	49
	C. 국민연금의 행위는 협정 제 11.1.조 제 3 항 나호 및 ILC 규정 제 5 조상 위임된 정부권한의 행사에 해당합니다	52
	1. 국민연금의 조치는 위임된 권한의 행사 과정에서 채택 또는 유지되었습니다.....	53
	2. 국민연금의 조치는 위임된 정부권한의 행사 과정에서 채택 또는 유지되었습니다.....	54
	D. 국민연금의 행위는 ILC 규정 제 8 조에 규정된 의미에서 대한민국의 지시 또는 통제 하에 있었습니다	62
	1. 협정 제 11.1 조 제 3 항은 국제법의 특별법이 아닙니다.....	63
	2. 국민연금의 조치는 대한민국의 지시 또는 통제 하에 수행되었습니다.....	66

V.	대한민국이 주장하는 “주권적 권한”에 대한 항변은 적용될 여지가 없습니다	75		
	A.	협정이나 국제법상 주권적 권한에 대한 요건은 존재하지 않습니다 ...75		
	B.	설사 대한민국의 주장을 받아들이더라도 대한민국의 조치는 “주권적 권한”의 행사였습니다.....	78	
VI.	청구인이 제기한 청구는 절차 남용에 해당하지 않습니다.....	80		
	A.	청구인의 주식 매입은 남용적인 투자구조 재구성이 아니었습니다	80	
		1.	청구인의 투자는 시간이 흐르면서 스왑과 주식을 혼합하여 확장되었지, “구조 조정”된 것이 아닙니다	82
		2.	청구인은 투자협정상 보호가 아닌 주주 권리 획득을 위하여 삼성물산 주식을 매입하였습니다.....	83
		3.	본 중재판정부 앞에 제기된 특정 분쟁은 청구인이 삼성물산 주식을 매입할 당시 예측할 수 없었으며, 개연성이 상당한 상황은 더욱이 아니었습니다.....	87
	B.	주식양도계약에 기한 절차 남용 문제도 없습니다	89	
VII.	신청취지.....	92		

I. 서론

1. 본 사건의 사실관계가 대한민국을 곤란케 한다는 점은 중재판정부도 이제 익히 알고 계실 것입니다.¹ 이 사건은 정부 최고위층의 부정부패와 청와대로부터 보건복지부 및 국민연금공단(이하 “국민연금”)까지 이어진 위법행위와 관련되어 있기 때문입니다. 해당 위법행위는 다음을 포함합니다.
 - a. 대한민국 전직 대통령 ██████가 탄핵 및 파면되고 유죄판결을 받아 수감되고, 삼성 일가의 후계자 ██████이 유죄판결을 받아 양형을 항소 중에 있는 뇌물수수,
 - b. 국민연금의 삼성물산과 제일모직의 합병 결정에 불법적으로 관여하고 예정된 독립성을 훼손하기에 이른, 그리고 유죄판결과 수감으로 이어진 전직 보건복지부 장관 ██████와 전 국민연금 기금운용본부장 ██████의 권력 남용, 그리고
 - c. 이들 행위의 궁극적인 결과, 즉 삼성그룹을 지배하는 삼성 일가에게 유리하고 국민연금 및 청구인을 포함한 삼성물산의 소수주주들에게 막대한 손해를 끼친 본건 합병에 찬성한 명백히 자의적인 결정.
2. 형사 사건들의 유죄판결들이 확인하여 주듯이 대한민국 정부 각급에서 자행된 이러한 위법행위의 증거는 상당하며 반박의 여지가 없습니다. 실제로 청구인이 이미 지적하였듯이,² 본 중재의 증거 기록은 관련 행위에 직접적으로 관여한 수많은 인물들의 법정 증언과 이에 대한 대한민국의 여러 법원들의 판단 등을 포함하여 이례적으로 풍부합니다. 대한민국은 본건 중재에서 문제가 된 사건들에 실제로 관여한 정부 공무원들 중 어느 누구로부터도 사건 기록에 의해 이미 확인된 사실관계를 부정하는 어떠한 증거도 제시하지 못하고 있습니다. 오히려 현재 대한민국은 자국 법원에서 본건 합병에 관한 새로운 공소를 제기하고 있습니다.³ 뿐만 아니라 본 절차 외에도 현 대한민국 대통령 ██████ 역시 대한민국과 삼성의 부패한 유착관계를 폭로한 이 공소들을 공개적으로 지지하였으며, ██████ 전 장관이 “청와대 지시로 삼성물산과

¹ 본 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 재반론서면은 2019년 4월 4일자 청구인의 수정 청구서면 및 2020년 7월 17일자 청구인의 재반박 및 본안 전 이의제기에 대한 반박서면(이하 “재반박서면”)의 용어 정의 일체를 채택합니다.

² 재반박서면, 제 85 항.

³ 2020. 9. 10.자 오마이뉴스 보도, “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, **Exh R-316**; 2020. 9. 1.자 서울 중앙지방검찰청 보도자료, “삼성그룹 불법합병 및 회계부정 사건 수사 결과”, **Exh C-698** 도 참조.

제일모직 합병[에] 찬성[표]... [를 강요했다]”고 인정하였습니다.⁴ 대한민국은 본 중재 사건 외 모든 곳에서 펼쳐 온 스스로의 주장 및 그에 대한 판단을 이제 와서 신의성실상 다시 다룰 수 없습니다.

3. 이러한 범죄행위에 대해 대한민국은 본 절차 외에서는 적절하고 적극적으로 소추한 반면, 본 중재에서는 사실관계에 대해 “어떠한 입장도 취하지 않”는다는 입장입니다.⁵ 이에 따라 대한민국은 일견 자국 법원과 검찰의 “판단의 정확성에 대해 어떠한 입장도 취하지 않[는다]”고 하면서⁶ 자국 정부의 위법행위의 증거와 그로 인해 발생한 청구인의 손해에 대해서는 매번 주의를 돌리려고 하고 있습니다. 유감스럽게도 대한민국은 이러한 기만 전략의 일환으로 청구인의 주장 및 입증을 온전히 펼치지 못하게 하고자 다음과 같은 절차적 전술을 펼치고 있습니다.
 - a. 대한민국은 처음에 청구인의 수정 청구서면 제출을 막으려고 시도하였으며, 심지어 청구인이 (통상 절차대로) 중재 통지와 함께 증인 진술서와 전문가 보고서를 접수하지 않았다는 이유로 청구를 뒷받침하는 사실관계 또는 전문가 증거자료를 제출할 수 없다는 내용의 중재판정부 결정을 구하기도 했습니다.⁷
 - b. 본 사건 내내 대한민국은 제출을 명령 받은 문서가 다수의 형사사건과 관련하여 부인할 여지 없이 대한민국의 검찰 혹은 법원의 통제하에 있음에도 불구하고 이를 제출하지 않았습니다. 최근 대한민국은 본 중재의 핵심인 본건 합병과 직결되는 주가 조작에 관한 추가 혐의로 ██████을 기소하면서 공소장에 적시한 문서 일체의 제출마저 거부하였습니다.⁸ 대한민국은 검찰이 ██████을 기소하기 위해 근거로 삼았던 “기초” 증거자료를 보유하고 있다고 인정했음에도(그 자체로도 자명한 사실이지만) 불구하고 이를 거부한 것입니다.⁹
 - c. 또한 대한민국은 자신이 반박서면에서 최초로 항변한 내용에 관해, 중재판정부의 절차 명령이 본 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 재반론서면의

⁴ 2017. 3. 6.자 중앙일보 보도, “문재인 측 ‘특검 수사’로 탄핵 사유 더 명확해져”, Exh C-493 제 2면(강조표시 임의추가) 등 참조.

⁵ 반박서면, 각주 2 와 제 25 항; 2020 년 11 월 13 일자 대한민국의 재반론 및 본안 전 이의제기에 대한 반박에 대한 재반박서면, 제 8 항.

⁶ 반박서면, 제 15 항.

⁷ 피청구국이 중재판정부에 보낸 2019. 1. 17.자 서신.

⁸ 피청구국이 중재판정부에 보낸 2020. 12. 1.자 서신.

⁹ 재반론서면, 각주 372(“공소장을 뒷받침하는 기초증거는 . . . 검찰이 보관하고 있습니다”). 피청구국의 서류 제출 관련 절차적 불이행은 본 서면에서 다루는 소위 본안 전 이의제기 외에도 영향을 미치며, 이와 관련해서는 중재판정부에 별도의 이의신청을 제기할 예정입니다.

제출을 명시적으로 허용하고 있음에도 불구하고 청구인이 대한민국의 본안 전 이의제기에 추가 답변을 제기하는 당연한 기회조차 부정하려고 하였습니다.¹⁰

4. 대한민국이 재반론 및 본안 전 이의제기에 대한 반박에 대한 재반박서면에서 마구잡이로 제기한 주장들을 살펴보면, 대한민국이 청구인에게 당연히 인정되어야 할 최종 답변 기회를 박탈하려고 애쓴 이유가 명백해집니다. 대한민국의 소위 본안 전 이의제기에는 두 가지 공통점이 있는데, 첫째, 중재판정부에 의한 정부 위법행위의 실제적 심사를 피할 가능성이 있다면 아무리 무리한 주장이라도 일단 시도해보려는 점, 그리고 둘째, 유감스럽게도 엄연히 기록상에 존재하는 증인 진술서, 전문가 의견서 및 증거자료를 왜곡하는 점입니다.
5. 청구인이 재반박서면에서 명백히 밝혔으며 본 서면에서 다시 밝히듯이, 다음과 같은 이유로 이들 본안 전 이의제기는 중재판정부가 검토할 가치조차 없다고 할 것입니다.
 - a. 청구인이 보유하고 있던 상당량의 삼성물산 주식은 의심할 여지 없이 협정상 보호되는 투자입니다(**Section II**).
 - b.본 청구의 원인인 대한민국 정부의 행위에는 명백히 협정 보호 기준이 적용되며, 대한민국은 협정의 “조치”라는 용어를 억지로 협소하게 해석하여 이러한 보호 의무를 회피할 수 없습니다(**Section III**).
 - c.대한민국 청와대와 보건복지부의 행위가 대한민국에 귀속되는 점에는 의문이 있을 수 없습니다. 국민연금의 행위도 마찬가지입니다(**Section IV**).
 - d.대한민국이 주장하는 소위 “주권적 권한”에 관한 추가 요건은 부당하며 사건과 무관합니다(**Section V**).
 - e.청구인의 각 청구는 다음과 같은 이유로 절차 남용이라고 할 수 없습니다. 첫째, (i) 청구인은 투자를 재구성 하지 않았으며, 이는 본건 청구의 원인이기도 한 대한민국의 은폐된 행위를 예측할 수 있었던 시점은 더욱이 아니었습니다. 둘째, (ii) 청구인과 삼성물산 간의 합의는 전혀 다른 당사자를 상대로하는 분쟁에서 비롯한 전혀 다른 청구 원인에 대한 것이며, 청구인의 국제법상 보호에 따른 이 사건 청구에 걸림돌이 되지 않습니다(**Section VI**).
6. 청구인은 절차 명령 제 15 호에 따라, 그리고 대한민국이 2020 년 11 월 13 일 제출한 재반론 및 본안 전 이의제기에 대한 반박에 대한 재반박서면(이하 “**재반론서면**”)에 대한

¹⁰ 절차 명령 제 15 호, 제 11-15 항.

답변으로 본 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 답변으로서 이 재반론서면을 제출합니다. 본 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 재반론서면은 대한민국의 자칭 “선결문제에 대한 항변” 중 관할과 심리적격과 관련된 논점만 다루며 기타 모든 주장들에 대해서는 유보합니다. 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 재반론서면에 붙여 2020년 12월 23일자 Mr. James Smith의 제3차 증인진술서(이하 “**Smith 제3차 진술서**”), 22건의 사실증거 및 11건의 법률증거를 함께 제출합니다.

II. 청구인의 삼성물산 투자는 협정상 보호됩니다

7. 대한민국은 재반론서면에서 청구인의 삼성물산 주식 7.12% 보유가 협정상 보호되는 투자가 아니라는 무리한 주장을 계속해서 펼치고 있습니다. 이러한 주장은 최소 두 가지 이유로 놀랍습니다. 첫째, 재반박서면에서 지적하였듯이,¹¹ 청구인이 보유한 삼성물산 주식 11,125,927 주는 협정상 보호되는 투자의 전형적인 예시이며 협정 제 11.28 조에서 명시적으로 규정하고 있다는 점에서 놀랍습니다.¹² 둘째, 스스로 협정을 위반하던 당시 대한민국은 명백히 청구인을 협정상 보호받는 투자자로 취급했다는 점에서 이는 더욱 놀랍습니다. 그 때문에 당시 대한민국 정부는 청구인이 청구를 통지하거나 심지어 청구를 고려하기도 훨씬 전에 본 청구의 원인이 된 정부의 행위로 인해 청구인의 투자협정상 청구에 노출된다고 인식했던 것입니다.¹³
8. 그런데도 대한민국 측은 증거가 아닌 왜곡과 억측으로 만들어낸 다음과 같은 두 사실관계에 대한 주장을 근거로 재반론서면에서도 해당 항변을 유지하고 있습니다.¹⁴
- a. 청구인이 협정상 보호를 받기에 충분한 기간이 얼마나 되는지는 명시하지 않으면서 “협정상 보호를 받기에 충분한 기간 동안”¹⁵ 투자를 유지할 의도가 없었다는 주장

¹¹ 재반박서면, 제 217 항.

¹² 재반박서면에서 논하였듯이, 청구인의 관할 근거는 주식 직접투자입니다. 그러나 이전에 제출한 서면에서 제시한 이유로 청구인은 삼성물산 주식에서 파생한 스왑 역시 협정의 보호를 받는다는 주장을 견지합니다. 재반박서면, 제 241-258 항 참조.

¹³ 2017. 5. 17.자 [redacted] 피고인신문 녹취서 ([redacted] / [redacted]에 대한 서울중앙지방법원 판결), **Exh C-511**, 제 55 면 (2015 년 6 월 하순경 [redacted] 본부장은 [redacted] 수석비서관에게 전화하여 청와대와 보건복지부에서 투자위원회로 하여금 본건 합병에 대해 찬성 표결하게 하자는 제안에 의해 엘리엇이 투자자-국가 분쟁을 제기할 수 있다는 우려를 표시하였습니다) 등 참조. 수정 청구서면, 제 102 항; 재반박서면, 제 121 항도 참조.

¹⁴ 아래의 확립된 원칙들에 따라, 대한민국은 이의제기의 근거로 들었던 사실관계를 입증할 책임이 있습니다. UNCITRAL 규칙 제 27 조(“각 당사자는 그 청구나 방어에의 근거가 되는 사실을 입증할 책임을 진다”); *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe* 사건(ICSID Case No. ARB/10/15) 2015. 7. 28.자 관정문, **Exh CLA-179**, 제 174, 176 항(“입증책임에 대한 일반원칙은 청구를 주장하는 당사자가 그 책임을 지는 것이다. . . . 따라서 이 사건의 피청구인은 자신의 항변을 입증할 책임을 진다. . . . 해당 일반원칙을 적용하면 피청구인은 관할권 항변을 입증할 충분한 증거를 제출해야 한다.”); *Philip Morris Asia Limited v Commonwealth of Australia* 사건(UNCITRAL) 2015. 12. 17.자 관할 및 청구적격에 관한 결정, **Exh RLA-77**, 제 495 항(“항변을 주장하고 그 기초가 되는 사실을 입증하는 것은. . . 피청구인의 . . . 몫이다”) 참조.

¹⁵ 재반론서면, 제 109 항.

- b. “[청구인이] 보유하고 있는 주식의 절반 이상이 EALP가 아닌 엘리엇 그룹 내 다른 법인의 자금으로 매입되었”으며, 그 결과 청구인은 “해당 주식에 대한 협정상의 보호를 받기 위해 필요한 자본 출자를 하지 않았다”는 주장¹⁶
9. 위와 같은 사실관계 관련 주장은 대한민국이 인용하는 증거자료로 뒷받침되지 않으며 사실도 아닙니다. 또한 어떠한 주장도 이미 청구인이 재반박서면에서 다루었던¹⁷ 삼성물산 투자에 대한 협정상 보호를 부인할 근거가 되지 못합니다.
- A. 협정에 “기간” 요건이 포함된다고 해석하더라도 청구인의 삼성물산 투자는 이를 충족합니다**
10. 대한민국이 협정에 해석상 추가하려는 소위 “내재적” 기간 요건에 대한 청구인의 반론은 재반박서면에 자세히 제시되어 있습니다.¹⁸ 협정에 그러한 요건은 존재하지 않으며, 본건에서 그러한 요건을 해석을 통해 추가하려는 대한민국의 시도는 조약 해석의 법리에 위반되며, 유사한 상황에서 다른 여러 중재판정부에서 배척한 바 있습니다. 해당 반론은 본 서면에서 반복하지 않습니다.
11. 재반론서면에서 대한민국은 *KT Asia v. Kazakhstan* 사건을 인용하여 투자 “기간” 평가의 중점은 실제 기간이 아닌 의도하였거나 예상한 기간이라고 인정합니다.¹⁹ 청구인의 투자가 이러한 기준을 쉽게 충족한다는 사실은 증거를 통해 확인됩니다.
12. 청구인이 삼성물산에 실제로 투자한 기간은 2003년까지 거슬러 올라가며²⁰ 본건 중재에서의 투자는 협정을 위반한 대한민국의 조치가 있기 전 7개월이 넘는 기간 동안

¹⁶ 재반론서면, 제 123 항.

¹⁷ 재반박서면, 제 213-217 항.

¹⁸ 재반박서면, 제 223-240 항. *KT Asia v Kazakhstan* 사건과 달리, 본 중재에서는 국제투자분쟁센터 협약이나 양자간 투자협정이 아닌 한미 FTA가 적용됩니다. 아울러, 국제투자분쟁센터 협약상 “투자”의 의미에 대해서는 일관된 해석이 없습니다. 예를 들어 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovakia* 사건(ICSID Case No. Arb/97/4) 1999. 5. 24.자 관할이의에 관한 결정문, **Exh CLA-181**, 제 64 항을 *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 295 항과 비교.

¹⁹ 재반론서면, 제 115 항. 대한민국이 암시하는 바와는 달리 *KT Asia* 사건 중재판정부는 “기준 충족 여부 판단시 고려사항은 예정 투자 기간”이라고 확인하면서 “장기적 관계”를 예정할 것이 요구된다는 주장을 받아들이지 않았습니다. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건(ICSID Case no ARB/09/8) 2013. 10. 17.자 판정문, **Exh RLA-72**, 제 208-209 항(*Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 304 항 인용).

²⁰ Smith 제 1 차 진술서, 제 12 항 이하.

스왑과 주식의 조합으로 지속되었으며 합계 15 개월이 넘는 기간이었습니다.²¹ 해당 기간 동안 2015년 3월 전부 그리고 4월의 대부분은 전부 주식의 형태로 투자가 이루어졌으며, 2015년 6월 초부터 대한민국의 위반행위 이후 그로 인해 청구인이 손해를 입어 투자를 매각한 2016년 3월까지의 전부 주식의 형태로 이루어졌습니다. 따라서 본건 투자는 대한민국이 인용하고 있는, 다른 협정상 투자의 정의에 부합하지 않는다고 판시한 사건들의 사실관계 패턴과는 명백하게 구분됩니다. 해당 사건들의 각 중재판정부는 협정상 보호되는 투자의 특정한 최소 투자 기간을 정하는 것을 명시적으로 거부하였습니다. *Romak v. Uzbekistan* 사건(대한민국이 달리 전거로 활용한 *KT Asia* 사건에서 긍정적으로 인용한 사건이기도 합니다) 중재판정부에 따르면, “원칙적으로 자산이 투자로 인정되기 위한 특정한 고정 기간이 있다고 볼 수 없다”²²고 하였습니다. 오히려 해당 사건들의 각 중재판정부는 “기간”이 전혀 없는 일회성 거래를 협정상 보호에서 제외하는 데 그쳤습니다.²³

13. 청구인이 투자를 의도한 기간과 관련하여 대한민국은, 청구인이 삼성물산 투자 초기에 일상적인 주식 매입 결정을 원활하게 하고자 작성한 거래 지침 계획을 유일하고 빈약한 근거로 들어 “청구인은 단기 투자를 통해 신속하게 투자를 회수하고자 했다”²⁴고

²¹ Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A; 삼성물산에 대한 엘리엇의 스왑 지분에 대한 스프레드시트(2014. 11. ~ 2015. 6. 4.), **Exh C-383**; 삼성물산에 대한 EALP의 지분에 대한 스프레드시트(2015. 1. 27.~ 6. 4.), **Exh C-384** 참조. 2015년 9월경 청구인은 주식매수청구 대상이 아닌 주식(즉 청구인이 주식매수청구권을 보유하지 않은 주식)을 매각하였습니다. 청구인은 2016년 3월이 돼서야 삼성물산과 체결한 주식양도계약 조건에 따라 주식매수청구 대상 주식을 매각하였습니다(이는 청구인이 보유한 지분의 대부분이기도 하였습니다).

²² *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan* 사건(PCA Case No. 2007-07/AA280), 2009. 11. 2.자 판정문, **Exh RLA-49**, 제 225 항(나아가 “단기 프로젝트라고 하더라도 오로지 그와 같이 제한된 기간 때문에 ‘투자’로서의 지위가 박탈되지는 않는다. 기간은 모든 정황과 투자자의 전반적인 출자에 비추어 분석되어야 한다”고 지적); *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건(ICSID Case No. ARB/09/8), 2013. 10. 17.자 판정문, **Exh RLA-72**, 제 208 항, 각주 90 (*Romak* 결정을 긍정적으로 인용); *Doutremepuich v. The Republic of Mauritius* 사건 (UNCITRAL), 2019. 8. 23.자 관할에 대한 판정문, **Exh RLA-92**, 제 141, 143 항(나아가 “판정부에서는 고정된 최소 기간에 관한 요건은 있을 수 없다는 입장”이라고 강조).

²³ *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan* 사건(PCA Case No. 2007-07/AA280), 2009. 11. 26.자 판정문, **Exh RLA-49**, 제 226-227 항(중재판정부는 “*Romak*의 밀 인도 기간은 일회성 거래를 초과하는 출자를 반영하지 않는다”고 판시); *RECOFISA v. Vietnam* 사건(UNCITRAL), 2016. 9. 20 자 스위스 연방 대법원 판결, **Exh RLA-81**, 제 3.2.3-3.2.4 항; *Doutremepuich v. The Republic of Mauritius* 사건(UNCITRAL), 2019. 8. 2.자 관할권에 대한 판정문, **Exh RLA-92**, 제 141, 143 항. *KT Asia* 사건의 투자 역시 청구인이 제 3 자에게 매각하기 전 몇 주 동안 보유하도록 청구인에게 주식을 양도한 일회성 거래였습니다. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* 사건(ICSID Case no ARB/09/8) 2013. 10. 17.자 판정문, **Exh RLA-72**, 제 210-212 항 참조.

²⁴ 재반론서면, Section II.C.2.a.

주장합니다. 허명무실하다는 경우가 바로 이런 경우를 가리킨다고 할 것입니다. 대한민국의 주장에는 최소한 네 가지 문제점들이 있습니다.

14. 첫째, 아무 맥락 없는 “신속”이나 “단기” 같은 형용사 사용은 무의미하며 도움이 되지 않습니다. 다음과 같은 구체적인 사실에 비추어보면 더욱 그렇습니다.
- a. 청구인은 삼성물산의 자산, 사업 및 성장 잠재력을 신중히 검토하여 1년을 넘는 기간에 걸쳐 삼성물산에 수억 달러의 투자 자본을 출자하였습니다.²⁵
 - b. 해당 기간 동안 청구인은 엘리엇 그룹 내부와 외부의 전문인력과 자문단을 동원하여 1년여에 걸쳐²⁶ 실행될 수 있는 단계적이며 전략적인 지배구조 개편 방안을 고안하는데 주력하였는데, 이는 삼성일가의 승계 문제를 해결할 뿐만 아니라 본건 합병이 초래한 것과 같은 막대한 손실을 피하고, 오히려 주주들을 위해 더 큰 가치를 실현하기 위한 방안이었습니다.²⁷
 - c. 삼성물산 주주로서 청구인은 합병 관련 루머, 지배구조 개편안 및 이후 본건 합병안과 관련하여 삼성물산 임원진과 접촉하였습니다. 또한 청구인은 국민연금 등 다른 삼성물산 주주들과도 직접 접촉하였으며, 삼성물산 주주들을 대상으로 합병에 반대표를 던지도록 공개적으로 설득하였습니다.²⁸
 - d. 청구인이 삼성물산 투자를 회수한 것은 대한민국이 협정에 위반되는 조치를 취함으로써 불공정한 본건 합병이 청구인에게 상당하고 되돌이킬 수 없는 손실을 입히고 지배구조 개편안을 무효화한 후의 일입니다.²⁹

“신속”하거나 “단기”적인 투자라는 주관적인 수식어의 의미가 무엇이든 간에, 이러한 사실관계와는 거리가 멍니다.

15. 둘째, 거래 계획(trading plan)을 작성 및 이용한 용도가 무엇인지에 대해서는 Mr. James Smith 의 기 제출된 진술서에 설명되어 있는바, 대한민국의 주장은 거래 계획을 오해하거나 왜곡하고 있습니다. 재판박서면에서 대한민국은 Mr. Smith 의 진술을 적극적으로 인용하여 트레이딩 플랜 가이드라인은 2014년 11월 및 2015년 3월에

²⁵ 재판박서면, 제 553-554 항 참조.

²⁶ Smith 제 3 차 진술서, 제 24 항; 엘리엇, 삼성그룹 지배구조 개편안, **Exh C-380**, 17 번 슬라이드 (총 36 주 또는 9 개월 언급).

²⁷ Smith 제 3 차 진술서, 제 19 항; Smith 제 2 차 진술서, 제 39, 54 항.

²⁸ Smith 제 3 차 진술서, 제 7(v)항; Smith 제 2 차 진술서, 제 43, 47-48 항; Smith 제 1 차 진술서, 제 28-29, 31-32, 40 항; 2015. 6. 4.자 엘리엇의 보도자료, **Exh C-20** 등 참조.

²⁹ Smith 제 1 차 진술서, 제 61-65 항 참조.

수립되어 “[청구인의] 삼성물산 주식 매수” 지침이 되었다고 합니다.³⁰ 그러나 바로 다음 문장에서 대한민국은 *아무런 증거 없이* 해당 지침은 청구인이 “투자에 대한 목표 수익을 달성할 수 있다고 판단되는 가장 빠른 시점에 투자금을 회수하려 했으며, 그 시점이 단 몇 주 이내가 될 수도 있다고 판단하였음을 명백하게 입증”한다고 주장합니다.³¹

16. 대한민국이 위 주장을 뒷받침하는 증거를 인용하지 못하는 이유는 이를 뒷받침할 증거가 없기 때문입니다. 오히려 Mr. Smith는 거래 계획이 투자 회수 결정에 대한 지침이 *아니었다고* 명시적으로 밝힌 바 있습니다.³² Mr. Smith는 또한 해당 거래 계획(trading plan)이 “특별히 [엘리엇]의 삼성물산 투자만을 위해 수립된 것이기 보다는” “건본으로 사용하는 표준 스프레드시트”를 바탕으로 작성되었다고 밝혔습니다.³³ Mr. Smith는 이어서 가이드라인이 사용되는 경우 이는 “엘리엇의 투자전략에 따라 종종 변경될 수 있으며, 더 전략적인 투자결정을 내리게 되는 원인으로 볼 수는 *없는 것*”이라고 설명하였습니다.³⁴ 따라서 트레이딩 플랜 가이드라인이 고착되어 변경이 불가능하다는 대한민국의 주장은 잘못되었습니다. 구체적으로 Mr. Smith는 “가이드라인은 . . . 더 ‘능동적’인 투자방식을 채택하는 경우 더 이상 적합하지 않게 됩니다”라고 한 바 있으며, 이는 바로 2015년 3월부터 청구인이 삼성물산 주식의 가치 실현에 더욱 적극적인 역할을 하기로 한 바로 그 상황입니다.³⁵ 2015년 5월 합병안이 제시됨과 함께 상황은 다시 급변하였습니다. 이때는 이미 트레이딩 플랜 가이드라인을 적용하지 않게 된지 오래였으며, 실제로 청구인이 의도한 투자 기간과는 전혀 무관합니다.
17. 청구인이 “단 몇 주 이내”에 원했던 수익을 창출할 것이라고 기대했다는 대한민국의 추측성 주장에 대해서도 어떠한 근거도 제시되지 않았다는 점은 명확하며, 중재판정부에서 기록을 유심히 살펴보아도 그러한 근거는 찾을 수 없을 것입니다. 아울러 협정을 위반한 대한민국의 조치로 인해 청구인이 투자 수익을 완전히 실현하기

³⁰ 재반론서면, 제 117 항, Smith 제 2 차 진술서, 제 25, 37 항 인용.

³¹ 재반론서면, 제 117 항.

³² Smith 제 2 차 진술서, 제 22 항. Smith 제 3 차 진술서, 제 15 항 (“투자가치를 향상시킬 수 있는 추가 기회 여부 등의 경우와 같이 다양한 요소를 고려한 경우에만 투자를 완전히 종료하였기 때문에 특히 투자 청산 상황에서 가이드라인을 벗어나는 것은 흔한 일이었습니다.”)도 참조.

³³ Smith 제 3 차 진술서, 제 16 항.

³⁴ Smith 제 2 차 진술서, 제 20 항(강조표시 임의추가).

³⁵ Smith 제 3 차 진술서, 제 18 항, 2015년 3월 27일 이후 트레이딩 플랜 가이드라인을 업데이트한 바 없다고 언급.

위해 얼마나 오랫동안 삼성물산 주식을 보유했을지는 이제 알 수 없게 되었으며, 대한민국의 이와 다른 주장은 억측일 뿐입니다.

18. 셋째, 대한민국의 주장은 삼성물산과 관련한 청구인의 장기 투자 전략을 외면하고 있습니다. 증거로부터 다음 사실들을 확인할 수 있습니다.

a. 청구인은 분석을 통해 2014년 말 저평가된 삼성물산 주식을 기초자산으로 하는 스왑에 투자하여 이익을 실현할 기회를 포착하였으며, 삼성물산의 주가가 시간이 지남에 따라 시장 원리에 따라 조정되면 이익을 실현할 것을 예상하였습니다.³⁶

b. Mr. Smith가 여러 번 설명한 바와 같이, 청구인은 “필요할 경우 삼성물산 투자에 대해 보다 적극적인 접근으로 선회하고 싶었기” 때문에 2015년 1월부터 삼성물산 주식을 기초자산으로 하는 스왑과는 별도로 주식도 매입하기로 하였습니다.³⁷ 주식에는 “이사회에 제안 및 논의할 권리를 포함하여 임시주주총회를 소집할 권리, 임시주주총회나 연례 정기주주총회에서 주주 제안을 하고 투표할 권리 등 주주로서의 주요한 권리”가 수반되었으며, 이는 “삼성물산의 가치 제고를 위한 적극적 전략에 필수적인 전제조건”³⁸이었기 때문입니다.

c. 이를 위하여 청구인은 삼성물산 주식 매수 직후 자문사들을 통해 주요 이해관계자들과 접촉을 시작하였습니다. 특히 삼성물산 경영진과 삼성물산의 최대주주인 국민연금 양측과 면담을 추진하여 삼성물산의 잠재적 지배구조 개편에 엘리엇과 협업할 의향 여부 등을 타진하였습니다.³⁹ 청구인은 또한 삼성물산의 주요 이해관계자에 대한 이해도를 높이고자 삼성물산 이사회와 국민연금에 대한 상세한 실사를 진행하였습니다.⁴⁰

³⁶ Smith 제 3 차 진술서, 제 7(i)항; Smith 제 2 차 진술서, 제 17-18, 25-26 항; Smith 제 1 차 진술서, 제 16-17 항. 수정 청구서면, 제 21 항도 참조.

³⁷ Smith 제 2 차 진술서, 제 34 항. Smith 제 1 차 진술서, 제 23(i)항도 참조.

³⁸ Smith 제 2 차 진술서, 제 35 항. Smith 제 3 차 진술서, 제 7(ii)항도 참조.

³⁹ 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디 (Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산 경영진에 발송한 2015. 2. 4.자 서한, **Exh C-11**. Smith 제 1 차 진술서, 제 23(ii), 28 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(ii)항도 참조.

⁴⁰ Smith 제 1 차 진술서, 제 23(iii)항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(ii)항. IRC, “대한민국 국민연금공단 & 삼성(안)”, 2015. 3. 1., **Exh C-151**; IRC, “대한민국 국민연금기금 중간보고서 업데이트”, 2015. 4. 8., **Exh C-160**; IRC, “한국 국민연금기금 최종보고서 (Korea National Pension Fund Final Report)”,

- d. 2015년 2월 23일경 청구인은 삼성물산 경영진과 삼성 일가에 대해 우호적인 입장에서 제시하고자 한 지배구조 개편안의 초안을 마련하였습니다.⁴¹
- e. 청구인은 이후 수개월에 걸쳐 예기치 못한 합병 투표 발표 전까지 해당 개편안을 개선하고 최적화하는데 상당한 노력과 자원을 들였습니다.⁴² 특히 삼성물산 측 대표들이 제일모직과 어떠한 합병도 계획되고 있지 않다고 직접적으로 확인시켜주고 지배구조 개편안과 관련하여 청구인과 협력하자는 제안에 “수용적 태도를 보였”던 2015년 4월 삼성물산 경영진과의 면담 후⁴³ 청구인은 개편안을 완성하는 노력을 더욱 “강화”하였습니다.⁴⁴
- f. 청구인의 지배구조 개편안은 4단계로 이루어졌으며,⁴⁵ Mr. Smith는 이를 가리켜 “꽤 복잡한 편”이라고 하면서 “지배구조 개편의 여러 단계를 완료하기까지 1년 가까운 시간이 소요될 것”으로 예측하였습니다.⁴⁶ 청구인은 (만일 삼성그룹이 원하였다면) 삼성그룹이 지배구조 개편안을 실행하는데 조력할 생각이었습니다.⁴⁷
- g. 본건 합병 제안 발표는 청구인의 장기 투자 전략에 있어 도전이자 동시에 기회였습니다. 도전은 명백했습니다. 본건 합병은 청구인의 삼성물산 투자 가치의 상당 부분을 제일모직 주주들에게 영구적으로 이전하는 것이었습니다. 따라서 청구인은 본건 합병안에 반대하고자 자원을 동원하였습니다. 본건 합병에 대한 적극적인 반대는 삼성물산의 가치 실현을 향한 기회이기도 했습니다. 삼성물산의 최대주주는 국민연금이었으므로 국민연금이 찬성 표결을 하지 않는 경우에만 합병을 무산시킬 수 있었습니다. 아울러 Mr. Smith를 포함한 청구인의 자문사들은 국민연금이 본건 합병을 반대하게 된다면 앞으로도

2015. 4. 20., **Exh C-166**; 엘리엇 경영진을 위해 작성된 삼성물산과 제일모직에 대한 Spectrum Asia 보고서, 2015. 3. 19., **Exh R-255** 도 참조.

⁴¹ Smith 제 2 차 진술서, 제 39-40 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(iii)항. 엘리엇, 삼성그룹 구조조정 시나리오, 2015. 2. 23., **Exh C-371** 도 참조.

⁴² Smith 제 2 차 진술서, 제 56, 61 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(vi)-(vii)항.

⁴³ Smith 제 2 차 진술서, 제 49 항. 엘리엇이 삼성물산에 발송한 2015. 4. 16.자 서신, **Exh C-163**; 삼성물산이 엘리엇에 발송한 2015. 4. 21.자 서신, **Exh C-168** 도 참조.

⁴⁴ Smith 제 2 차 진술서, 제 61 항.

⁴⁵ Smith 제 2 차 진술서, 제 57-61 항.

⁴⁶ Smith 제 3 차 진술서, 제 24 항. 엘리엇, 2015. 5. 29.자 삼성그룹 지배구조 개편안, **Exh C-380**, 17 번 슬라이드도 참조.

⁴⁷ Smith 제 2 차 진술서, 제 67 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 24 항.

국민연금이 본건 합병과 같은 남용적이고 약탈적인 거래를 계속 반대할 것이라는 중요한 신호가 한국 시장에 전달될 것으로 보았고, 그에 따라 삼성물산 주가와 실제 가치 사이의 가시적인 할인율이 10% 이하로 떨어질 것이라고 전망하였습니다.⁴⁸ 실제로 이는 본건 합병안이 발표된 지 불과 며칠이 지나지 않은 2015년 6월 3일 Mr. Smith가 청구인을 대표하여 국민연금에 보낸 서신을 통해 직접 설명한 바 있으며,⁴⁹ 2015년 7월 11일 공개 인터뷰에서 Mr. Smith는 “공정하지 않은 합병은 굳이 강행할 필요가 없다. 불공정성이 해소되면 물산의 기업가치가 올라갈 것이기 때문에 시간을 갖[겠다]”고 재차 설명하였습니다.⁵⁰

- h. 본건 합병안 발표는 합의에 기반한 지배구조 개편안을 고안하려는 청구인의 노력을 바로 멈추지는 못했습니다. 실제로 청구인은 발표에 놀라기는 했으나, 지배구조 개편안과 첨부 자료를 신속하게 완성하였습니다. 본건 합병안 발표 3일 후, 청구인은 삼성 일가에게 청구인의 제안을 전달해줄 목적으로 선임한 중개인에게 지배구조 개편안을 전달하였습니다.⁵¹ 임시주주총회에서 본건 합병을 저지한다는 것은 삼성물산의 소수주주들이 오직 자신들의 이익을 크게 해치지 않는 개편만을 수용하겠다는 명백한 신호가 될 것이었으며, 이는 청구인이 제시한 지배구조 개편안에 대한 경영진의 관심을 높이는 방향으로 작용했을 것입니다.⁵² Mr. Smith가 설명하였듯이, 본건 합병을 성공적으로 저지하였더라면 청구인은 삼성물산의 가치를 실현시키고자 “전적으로 그 계획들을 실행할 의도를 갖고 있었습니다.”⁵³

⁴⁸ Smith 제 3 차 진술서, 제 23 항.

⁴⁹ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 6. 3.자 서신 (일부 삭제), **Exh C-187**, 제 4 면.

⁵⁰ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 7. 13.자 서신, **Exh C-232** (갱신), 제 9 면.

⁵¹ Smith 제 2 차 진술서, 제 62 항.

⁵² Smith 제 2 차 진술서, 제 64, 67 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 22-24 항.

⁵³ Smith 제 2 차 진술서, 제 67 항. 삼성그룹의 항구적인 구조조정은 본건 합병 발표 이후에도 종종 반복해온 청구인의 희망이었습니다. 2015년 6월 삼성물산과 제일모직의 합병계획에 대한 엘리엇의 견해, **Exh C-185**, 제 27 면 (“불공정한 합병으로 삼성물산의 주주들을 급하게 몰고 가려고 하기보다는, 삼성물산이 모든 주주의 이익을 위하여 장기적인 주주 가치를 극대화 방법에 대한 공정하고 균형 잡힌 평가를 돕도록, 장기간의 기업 지배 개선책을 마련하는 것이 바람직하다고 생각하는 바입니다”); 엘리엇의 2015.7.3.자 보도자료, **Exh C-29**, 제 4-5 면 (“엘리엇은 경영권 승계와 관련해 삼성그룹의 재편성 노력을 여전히 지지하는 입장이지만, 해당하는 기업 지배구조 표준을 준수하여 삼성물산 주주가 향유하는 가치를 적절히 인식하는 삼성그룹의 구조조정에서 이번 인수 제안은 설 자리가 없다는 확고한 믿음을 갖고 있다”); 그리고 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 7. 13.자 서신, **Exh C-232** (갱신), 제 2 면 (“삼성 그룹 승계 관련 지배구조 개편: 엘리엇은 지배구조 개편을 지지하지만 그러한 지배구조 개편의 일환으로

19. 따라서 “신속”하고 “단기”적이라는 수식어로 청구인의 삼성물산 투자의 의의를 축소하려는 대한민국의 시도는 증거에 배치됩니다.
20. 투자 지속기간에 관한 대한민국의 관할 항변의 네 번째 치명적인 허점은, 무의미한 꼬리표와 근거 없는 주장을 걸어내고 나면 그 주장이 궁극적으로 기간과는 아무 상관이 없으며, 단지 청구인이 수익을 내면 투자를 회수하려는 의도로 삼성물산에 투자하였다는 사실만을 말하고 있다는 것입니다. 구체적으로 대한민국은 청구인이 “만족할 만한 수준의 이익을 실현할 수 있는 가능한 가장 빠른 시점에서 투자를 회수할 것을 명시적으로 계획하고 있었던 것”이라고 하면서, 마치 이러한 사실이 청구인을 다른 투자자들과 구분 짓는 특징인 양 주장합니다.⁵⁴ 대한민국의 주장은 제 18 항에 요약된 증거를 통하여 명확하게 드러낸 바와 같이 제약적이지 않았고 장기적이었던 청구인의 투자 전략을 잘못 서술한 것입니다. 그러나 투자자들은 통상 “이득 또는 이윤에 대한 기대”를 갖고 투자하며, 중재관정부에서도 바로 아실 바와 같이 협정상 보호대상인 투자의 정의에도 명시적으로 열거된 “투자의 특징” 중 하나이기도 합니다.
21. 아울러, 투자의 이익동기로 인해 투자협정의 보호가 박탈되지 않는다는 점은 판례를 통해서도 확립된 법리입니다. *Saluka Investments BV v. the Czech Republic* 사건에서는 Nomura Europe plc 에서 매입하고 차후에 특별목적회사인 Saluka Investments BV 로 이전한, 체코 은행 IPB 주식이 문제가 되었습니다. Nomura 의 투자 전략은 “포트폴리오 투자자로서 상당한 주식 블럭을 취득하여 IPB 의 경영이 개선되고 주가가 상승하면 매각하려는 목적”이었습니다.⁵⁵ *Saluka* 사건 중재관정부는 이러한 이유로 주식 보유가 협정 보호 범위를 벗어나지 않는다고 명시적으로 확인하였습니다.

본 중재관정부는 [체코 공화국-네덜란드 양자간투자협정] 제 1 조를 해석함에 있어 노골적인 이익 실현 내지 이익 취득으로 볼 수 있는 거래의 일환으로 주식을 매입하는 자를 “투자자”의 정의에서 제외하는 의미를 부여하는 것은 잘못되었다고 판단한다. 대부분의 주식 매수는 어떤

주주들에게 완전히 불공정하며 적정한 기업구조에 대한 주주의 권리를 짓밟는 거래는 허용되어서는 안된다는 입장입니다”) 등 참조.

⁵⁴ 재판론서면, 제 116 항.

⁵⁵ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2006. 3. 17.자 부분 판정문, **Exh CLA-159**, 제 334 항.

식으로든 적절한 시기에 일정한 거래 이익이라는 결과를
이루려는 동기에서 이루어진다.⁵⁶

22. 마찬가지로 *Mason Capital LP and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건에서(위 사건은 본 중재에서 문제가 된 것과 동일한 협정을 위반하였으며 삼성물산 등 삼성 주식 투자가 관여된 대한민국의 동일한 조치에서 기인하였습니다) 중재판정부는 청구인들의 투자 전략은 “시장에서 주식을 매각하여 돈을 벌 수 있을 때까지 본건 주식을 보유”⁵⁷ 하는 것이었으며, 의도했던 정확한 투자기간은 “알 수 없다”⁵⁸는 증언에 의미를 두었습니다. 왜냐하면 의도된 기간이라는 것은 “다음 세대 리더쉽으로 이행하면서 . . . 삼성그룹에 중대한 구조개편이 필요하게 되면 이는 주주에게 사업 가치를 제고하는 촉매가 될” 수 있다는 불확정적 “전망”에 달렸기 때문이었습니다.⁵⁹ 본 사건에서 대한민국이 제기한 것과 동일한 상당수의 주장을 다른 삼성물산 투자자에 대하여 판단한 ⁶⁰ *Mason* 사건 중재판정부는 기간 요건의 유무를 판정하지 않고 그러한 요건이 있다 하더라도 충족되었을 것이라는 결론을 내렸습니다.⁶¹
23. 소위 “기간” 요건에 관한 결론을 내리자면 다음과 같습니다.
- a. 청구인은 본 협정상 투자기간이 중재판정부의 관할에 대한 적절한 분석과 무관하다고 재반박서면에 주장한 바 있습니다.⁶²

⁵⁶ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2006. 3. 17.자 부분 판정문, **Exh CLA-159**, 제 209 항(강조표시 임의추가).

⁵⁷ *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2018-55, UNCITRAL), 2019. 12. 22.자 피청구국의 본안 전 이의제기에 대한 결정문, **Exh CLA-144**, 제 233 항(청구인들의 사실관계 증인이며 청구인들의 투자에 관한 대한민국의 해당 평가를 반대하지 않은 Garschina의 반대심문을 참조한 대목).

⁵⁸ *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2018-55, UNCITRAL), 2019. 12. 22.자 피청구국의 본안 전 이의제기에 대한 결정문, **Exh CLA-144**, 제 232 항(청구인들의 사실관계 증인인 Garschina의 반대심문을 참조한 대목).

⁵⁹ *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2018-55, UNCITRAL), 2019. 12. 22.자 피청구국의 본안 전 이의제기에 대한 결정문, **Exh CLA-144**, 제 230 항.

⁶⁰ 대한민국은 *Mason* 사건에서 본 중재판정에서 제기한 이의를 거의 토씨하나 틀리지 않고 반복하면서 청구인이 “‘단기의 투기성 베팅’을 하려는 의도였으며, 본건 삼성 주식을 충분히 긴 기간 동안 보유하려는 의도를 구체적으로 입증하지 못하였”다고 주장하였습니다. *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2018-55, UNCITRAL), 2019. 12. 22.자 피청구국의 본안 전 이의제기에 대한 결정문, **Exh CLA-144**, 제 108 항 참조. 재반박서면, 제 122 항도 참조.

⁶¹ *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2018-55, UNCITRAL), 2019. 12. 22.자 피청구국의 본안 전 이의제기에 대한 결정문, **Exh CLA-144**, 제 248-249 항.

⁶² 재반박서면, 제 224-231 항.

- b. 청구인이 결국은 이익을 실현하면서 투자를 회수하려 했다는 사실은 중재판정부의 관할에 대한 적절한 분석과 전혀 무관합니다. 이익에 대한 기대는 투자의 본질적인 특징이며 그 적격성을 부정하는 요소가 아니기 때문입니다.
- c. 아울러 사실관계에 대한 기록에 비추어 보면 청구인의 실제 또는 의도된 투자 기간이 불충분했다는 주장은 정확하지 않습니다. 실제로 청구인은 15 개월이 넘는 기간 동안 투자를 유지하였고, 의도한 투자 기간은 기한이 정해지지 않았으며, 지배구조 개편 전략을 시행하였다면 투자 기간은 수개월 혹은 그 이상으로 길어졌을 것입니다. 투자가 종료된 이유는 오직 협정을 위반한 대한민국의 조치로 인해 본건 합병이 승인되고, 이로 인해 청구인에 회복 불가능한 투자 손실이 초래되었기 때문이었습니다.
- d. 따라서 삼성물산에 대한 청구인의 투자는 협정상 보호를 받기 위한 실체성이 부족한 “일회성” 거래들로 볼 수 없는 바, 해당 본안 전 항변은 기각되어야 할 것입니다.

B. 청구인이 “필요한 출자”를 하지 않았다는 대한민국의 항변은 사실관계나 협정 문언상 아무 근거가 없습니다

24. 대한민국은 청구인이 본 중재판정부의 관할권의 근거가 되는 주식을 소유했다는 사실은 인정하면서도,⁶³ 재반론서면에서 투자 적격에 관한 두 번째 주장으로 “[청구인이] 보유하고 있던 [삼성물산] 주식의 절반 이상이 EALP 가 아닌 엘리엇 그룹 내 다른 법인의 자금으로 매입”되었다고 합니다.⁶⁴ 이러한 사실관계 주장 역시 전혀 사실이 아닙니다. 뿐만 아니라 이는 협정상 중재판정부의 관할권과는 무관합니다.

1. 대한민국 주장의 사실관계상 오류

25. EALP 가 주식 (일부의) 매입을 위해 사용한 자금 출처에 대한 대한민국의 주장에서 유일한 근거로 제시된 증거자료는 Mr. Smith 의 제 2 차 진술서인데, 해당 진술서는 대한민국이 주장하는 바와 달리 아무 것도 “드러내”지 않고 있습니다. Mr. Smith 의 제 2 차 진술서는 (i) 삼성물산 주식을 기초자산으로 한 스왑 중 일부가 다른 엘리엇 펀드인 EILP 보유였다는 점, (ii) 2015 년 2 월 말 약 235 만 주를 기초자산으로 하는 스왑이

⁶³ 수정 청구서면, 제 153-154 항(또한 해당 대목에서 참조한 증거); 박반서면 제 318, 336 및 357 항; 재반박서면, 제 201-211 항(또한 해당 대목에서 참조한 증거); 재반론서면, 제 109 항 참조.

⁶⁴ 재반론서면, 제 123 항.

매각되었고 EALP 가 약 246 만 주를 매입하였다는 점을 확인할 뿐입니다.⁶⁵ Mr. Smith 의 제 2 차 진술서는 EALP 가 2015 년 2 월 주식 매입을 위해 사용한 자금 출처와 관련하여 아무것도 언급한 바가 없습니다. 또한 EALP 가 이후 주식 매입을 위해 사용한 자금의 출처에 대한 언급도 없습니다. EALP 가 삼성물산 주식 일부를 매입하기 위해 사용한 자금 출처에 대한 주장은 대한민국이 꾸며낸 이야기에 불과합니다.

26. 어쨌든 Mr. Smith 는 제 1 차 진술서에서, 엘리엇 내 2 개의 주요 펀드인 EALP 와 EILP 를 포함하여 엘리엇 그룹은 “(교직원, 소방관, 경찰 기타 지방자치단체 및 국가 공무원 및 민간고용인 등에 대한) 연금, 국부펀드, 대학교 기부금, 재단, 모태펀드(다른 투자펀드의 지분을 보유한 투자펀드), 고액자산을 보유한 개인들 및 가문 및 엘리엇의 직원”을 위하여 투자한다고 명확하게 설명한 바 있습니다.⁶⁶ 굳이 밝히자면 이러한 투자자들이 청구인의 투자금의 궁극적인 “출처”라 할 것입니다.
27. EILP 가 청구인의 주식매입 자금 일부를 지불했다는 허무맹랑한 주장을 계속하느라 대한민국은 청구인이 기존에 제출한 증거 중 삼성물산 주식 일체를 청구인의 자금으로 매입하였음을 확인해주는 증거 역시 도외시키고 있습니다.⁶⁷ 대한민국의 주장은 EILP 의 스왑 매각과 EALP 의 주식 매입 간에 필연적인 연관관계가 없다는 사실도 무시하고 있습니다. 예를 들어 2015 년 1 월 말부터 2015 년 2 월 말까지 EILP 가 일체의 스왑을 매각하지 않았는데도 청구인은 삼성물산 주식을 220 만 주 이상 매입하였으며,⁶⁸ 2015 년 3 월, 4 월, 5 월에 각각 EILP 가 같은 기간에 매각한 스왑 포지션 수보다 훨씬 많은 수의 주식을 매입하였습니다. 따라서 중재판정부가 대한민국의 주장을 진지하게 고려한다고 하더라도 이를 기본적인 산술로 시험해보면 그 허점은 쉽게 드러납니다.
28. 대한민국의 “자본 출자” 주장은 한 마디로 사실무근입니다. 이것만으로도 청구인이 보유했던 삼성물산 주식 7.12%가 협정상 보호를 받는 투자에 해당하지 않는다는 대한민국의 근거 없는 주장은 기각되어야 할 것입니다.

⁶⁵ Smith 제 2 차 진술서, 제 36 항. Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A 도 참조.

⁶⁶ Smith 제 1 차 진술서, 제 2 항.

⁶⁷ 2015.6.4.자 DART 공시자료 “주식 등의 대량보유상황 보고서”, **Exh R-3**, 제 3, 10-11 면; 2015.9.15.자 금융감독원의 자료제출요구에 대한 EALP 의 답변서 (주식의 취득을 확인하는 거래확인서(trade confirmation) 첨부), **Exh C-442**. 재판박서면, 제 221 항도 참조. 또한 청구인이 각 주식 매입과 관련하여 공개한 거래확인서를 대강만 검토하여도 그 중 어느 거래도 EILP 가, 혹은 EILP 의 명의로 한 거래는 없습니다. **Exh C-442** 참조.

⁶⁸ Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A.

2. 대한민국 주장의 법리상 오류

29. 설령 사실관계에 대한 대한민국의 주장을 인정하더라도 투자자가 투자에 사용한 자금의 출처는 투자협정상 관할권과는 법적으로 무관합니다.
30. 협정상 “자원의 약속”이라는 문구를 기화로, 대한민국은 해당 문구가 투자에 사용한 자금의 출처에 대한 질문을 내포하며, 구체적으로는 청구인이 다른 사람이나 법인으로부터 받은 자금으로 투자 자금을 충당할 경우 투자자 적격성을 부정하는 의미라고 주장합니다.⁶⁹
31. 이러한 주장은 그 자체만으로도 성립할 수 없습니다. 어떤 외부 출처로부터 수령한 소득이나 수익으로 투자 자금 일부 또는 전부를 충당하는 투자자는 협정상 보호적격을 상실하는지? 또는 사업 자체가 다양한 이해관계자를 위하여 자금을 투자하는 것이라면 어떤지? 또는 투자 자금의 일부나 전부를 대출, 담보 대출이나 주주 제공 자금으로 충당한다면? 이러한 원칙의 근거가 되는 법리는 투자협정 분야에 존재하지 않으며, 더군다나 대한민국이 인용하는 사건들에는 전무합니다.⁷⁰ 오히려 판례는 이러한 주장을 단호히 부인합니다. *Gavrilovic and Gavrilovic v. Croatia* 사건의 중재판정부는 다음과 같이 논하였습니다.

자금의 출처는 양자간투자협정상 ‘투자’의 존재여부를 판단하는데 무관하다. 양자간투자협정에는 투자 매입에 사용한 자금 출처가 투자자의 개인 자산이나 계정이어야

⁶⁹ 재반론서면, 제 123 항.

⁷⁰ *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan* 사건(ICSID Case No ARB/08/12), 2012. 6. 5.자 판정문, **Exh RLA-60**, 제 435 항(부수 의견에서 투자는 다른 요건 외에 “사업가가 자신의 재정적 수단을 활용하여 하여야 한다”는 논지. 그러나 이는 청구인이 해당 재정적 수단을 다양한 출처에서 획득할 수 있는 가능성은 배제하지 않습니다); *Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey* 사건(ICSID Case No. ARB/08/13), 2012. 7. 16.자 판정문 발췌문, **Exh RLA-62**, 제 340-350 항(*Alapli* 중재판정부는 청구인이 제 3 자가 주식 매입 자금을 충당하고자 “자금 기여를 이동시키는” “통로”에 지나지 않는지 우려를 표시하였습니다. *Alapli* 사건 판정에서는 청구인이 자금을 통용한 출처와 무관하게 자체 자금을 이용하여 투자에 활용할 수 있는 가능성을 배제하지 않습니다); *Jin Hae Seo v. Republic of Korea* 사건(HKIAC Case No. HKIAC/18117), 2019. 9. 27.자 최종 판정문, **Exh CLA-138**, 제 104 항(투자에 낸 대가의 액수가 관할 결정을 내리기에 충분한지 중재판정부에서 판단한다는 전혀 별도의 명제를 다루었습니다); *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/03/11), 2004. 8. 6.자 관할 판정문, **Exh RLA-26**, 제 53 항(역시 자금 출처가 아닌 투자 대가 액수문제를 다룹니다) 참조.

한다는 요건이 없으며, 중재판정부에서 그러한 요건을
추가할 이유도 없다.⁷¹

32. 실제로, 청구인이 삼성물산 주식 매입을 위해 사용한 자금의 출처가 청구인의 계좌가 아니라는 대한민국의 추측은 아무 근거가 없습니다. 해당 주장은 법리적으로도 잘못됐으므로 이를 근거로 한 대한민국의 본안 전 항변은 기각되어야 할 것입니다.

⁷¹ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* 사건(ICSID Case No. ARB/12/39), 2018. 7. 26.자 판정문, **Exh CLA-120**, 제 209 항. 여러 중재판정부에서 마찬가지로 적격 추자가 이루어졌는지 판단하는 목적으로 명시적인 협정 문언에서 벗어나기를 거부했습니다. *Invesmart, B.V. v. Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 6. 26.자 판정문, **Exh CLA-132**, 제 188-189 항(중재판정부는 양자간투자협정의 “투자”라는 용어는 “평이하고 문언상 의미로 해석해야 하며, 투자에 명시적으로 ‘주식’을 포함한 것은 주식 취득이 의문의 여지 없이 투자에 해당한다는 의미”라고 판단하였습니다); *Hulley Enterprises Limited v. Russian Federation* 사건(UNCITRAL, PCA Case No. AA 226), 2009. 11. 30.자 관할과 심사적격 중간 판정문, **Exh CLA-184**, 제 431 항(“ECT 제 1 조 제 6 항상 투자의 정의는 자본의 출처 내지 외국 자본 투입의 필요성이라는 일체의 추가 요건을 포함하지 않는다.” 중재판정부는 나아가 “중재판정부의 기능 행사에 대한 지침이 되는 지배적인 변수는 해당 협정의 당사국들이 중재판정부의 관할권을 설정하기로 합의한 조건”이라고 한 *Saluka* 사건 중재판정부의 판시를 긍정적으로 인용하면서 “중재판정부는 피청구국을 비롯한 ECT 당사국들이 합의한 ‘투자’의 정의 외의 다른 정의를 당사자들에게 실질적으로 부과할 수 없다”는 결론을 내렸습니다) 등 참조.

III. 대한민국의 행위는 “조치”에 해당합니다

33. 대한민국의 이어지는 항변은 자국의 행위가 협정상 정의된 “조치”에 해당하지 않는다는 것입니다. 청구인의 청구원인은 본건 합병에 대한 대한민국의 불법적인 개입입니다. 이러한 불법적인 개입으로 이루어진 정부의 작위 및 부작위가 협정의 국제법적 기준과 보호가 적용되는 “조치”에 해당한다는 주장에 대한 반론의 여지는 없습니다.
34. 청구인의 청구가 본건 합병에 대한 국민연금의 찬성 표결에만 한정된다는 왜곡만으로는 대한민국은 이에 대응할 수 없습니다. 만약 협정의 기준과 보호가 적용되는 “조치”의 범위를 “입법적, 규제적, 또는 행정적 규칙 제정 또는 행위”⁷²와 “최종적인 결정”⁷³으로 한정하려는 대한민국의 추가적 시도가 받아들여진다면, 어느 국가라도 입법적, 규제적 및 기타 행정적 결정을 반영하지 않은 주권적 권한 행사만으로써 국제법상 요구되는 행위 기준을 회피할 수 있게 될 것입니다. 이러한 접근은 국제법상 국가에게 기대되는 행위 기준을 형해화하며, 협정이나 기타 문헌에서도 근거를 찾을 수 없습니다.

A. 협정은 광범위한 “조치”에 보호를 부여합니다

35. 청구인은 시종일관 “조치”라는 용어를 광범위하고 포괄적으로 해석해야 된다는 입장을 견지하였습니다. 협정 제 1.4 조는 “조치”를 “모든 법·규정·절차·요건 또는 관행”을 포함하여 광범위하게 정의합니다.⁷⁴ 따라서 이 용어는 절차, 관행, 작위 및 부작위를 포함하며, 그 형태를 불문합니다. 실제로 이 용어의 통상적인 의미는 모든 행위, 단계 및 부작위를 포함하며,⁷⁵ 대한민국도 이를 반박하지 않습니다. 나아가 조치를 취한 주체는 별도의 귀속 기준에 따라 그 행위가 국가에 귀속되는 실체여야 합니다.
36. 대한민국은 중재판정부가 “조치”의 협정상 정의와 일반적 의미 일체를 무시할 것을 요청하고 있습니다. 대한민국은 “협정의 목적상 ‘조치’라는 단어는 폭넓은 의미를 가진다”고 인정하면서도,⁷⁶ 한편으로 해당 용어는 “입법적, 규제적, 또는 행정적 규칙 제정 또는 행위”에 한정되어야 하며⁷⁷ “최종적인 결정”에만 적용된다고 주장합니다.⁷⁸

⁷² 재반론서면, 제 20 항; 반박서면, 제 213 항.

⁷³ 재반론서면, 제 27(a)항.

⁷⁴ 재반박서면, 제 261 항.

⁷⁵ 재반박서면, 제 264-265 항.

⁷⁶ 재반론서면, 제 20-21 항.

⁷⁷ 재반론서면, 제 20 항; 반박서면, 제 213 항.

⁷⁸ 재반론서면, 제 27(a)항.

협정의 문언 및 현재의 판례는 모두 대한민국의 해석과 배치됩니다.⁷⁹ 협정의 목적은 “안정적이고 예측가능한 투자환경” 창출, “양국의 . . . 투자를 규율하는 명확하고 상호 유익한 규칙의 제정,” 그리고 “양국 영역간 무역 및 투자 . . . 자유화”와 “확대”입니다.⁸⁰ 이 서문 중 어느 부분도 외국인 투자자에 대한 제 11 조의 보호가 대한민국이 주장하는 한정적인 의미로 해석된다고 볼만한 곳은 없습니다.

37. 뿐만 아니라 “조치”라는 용어의 다른 용법이 명시적으로 포괄적인 정의를 배제하지는 않습니다. 설사 다른 용법을 살펴보다라도 “조치”라는 용어가 “최종적인” 입법적, 규제적, 또는 행정적 행위에 한정된다는 대한민국의 주장은 근거가 없습니다.⁸¹

a. 제 11.5 조는 대한민국에서 주장하는 정의에 포함되지 않을 행위, 예를 들어 투자유치국 당국이나 군대에 의한 투자 “징발”이나 “과괴” 등 정식 입법적, 규제적 또는 행정적 행위를 반드시 요구하지 않는 행위도 “조치”에 포함된다고 인정합니다.⁸²

b. 제 20 장은 “법, 규정 및 그 밖의 모든 조치”를 지정합니다.⁸³ 제 20 장은 양당사국의 다자간 환경협약상의 의무 이행을 다루지만, 여기에서 “조치”라는 용어가 포괄적인 의미로 사용되었다는 사실은 변함이 없습니다.⁸⁴

c. 마찬가지로 제 1.3 조 또한 양당사국이 협정 규정 준수를 확보하기 위해 지역정부 수준을 포함하여 “모든 필요한 조치”를 제약 없이 취하도록 보장하라고 규정합니다. 대한민국이 주장하는 “조치”의 정의를 따른 대한민국은 본 조항상 협정의 규정에 효력을 부여하기 위해 필요한 입법적, 규제적 또는 행정적

⁷⁹ 재반론서면, 제 19 항.

⁸⁰ 협정, **Exh C-1**, 서문.

⁸¹ 재반론서면, 제 22 조.

⁸² 협정, **Exh C-1**, 제 11.4 조(“ . . . 각 당사국은 전쟁 또는 그 밖의 무력충돌, 또는 반란·폭동·소요 또는 그 밖의 내란으로 인하여 자국 영역내 투자가 입은 손실에 관하여 자국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 비차별적인 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 부여한다.”)와 제 11.5 조 (“제 4 항에도 불구하고, 어느 한 쪽 당사국의 투자자가 제 4 항에 언급된 상황에서 다음의 결과로 다른 쪽 당사국의 영역에서 손실을 입는 경우, 가. 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용대상투자 또는 그 일부의 징발, 또는 나. 상황의 필요상 요구되지 아니하였던 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용대상투자 또는 그 일부의 과괴, 다른 쪽 당사국은 그 투자자에게 그러한 손실에 대하여, 각 경우에 맞게, 원상회복, 보상 또는 양자 모두를 제공한다.”).

⁸³ 협정, **Exh C-1**, 제 20.2 조 (환경협정: “당사국은 부속서 20-가에 기재된 다자간환경협정(적용대상협정)상의 자국의 의무를 충족하기 위한 법, 규정 및 그 밖의 모든 조치를 채택·유지하고 이행한다”).

⁸⁴ 재반론서면, 제 22(a)항과 비교.

행위만을 취할 의무를 질 것입니다. 그러나 이러한 해석은 협정 문언상 근거가 없으며, 이어서 제 1.4 조에서 나오는 “조치”의 포괄적인 정의와 정면으로 상충됩니다.

d. 협정상 “조치”라는 용어는 협정 전반에 걸쳐 형식을 떠나 정부의 작위와 부작위를 가리키는 포괄적인 용어로 수없이 사용되고 있습니다. 예를 들어 “조치”라는 용어는 다음을 포괄합니다. “국유화(수용)와 동등한 조치를 통하여 간접적으로 수용,”⁸⁵ “적합성 평가절차,”⁸⁶ 새로운 기술규정이 국제표준을 준수하도록 하는 보장,⁸⁷ 그리고 “적용대상투자자과 관련하여 특별형식을 규정”하는 조치 등입니다.⁸⁸ 대한민국이 주장하는 협소한 정의로는 제 2 장 Section D와 E에서 나열한 것을 포함한 수많은 상이한 국가 행위의 유형을 모두 포괄할 수 없습니다. 그 결과 허가절차, 수입 제한, 심지어 대한민국이 버번 위스키와 테네시 위스키를 미국의 특산품으로 단순 “인정”하는 행위마저도 자국이 주장하는 정의 내에서 입법적, 규제적 또는 행정적 행위를 구성한다고(대한민국은 그 중 어떤 것인지 특정하지 못합니다만) 주장할 수밖에 없게 됩니다.⁸⁹ 협정에서의 해당 용어 사용으로부터 이러한 제한을 도출할 근거는 없습니다.

38. 대한민국이 주장하는 협소한 해석은 청구인 측이 이미 재반박서면에서 논했듯이 판정례와도 상충됩니다.⁹⁰ 이러한 관점에서도 대한민국의 관련 사건에 대한 해석은 근거가 없으며 오해를 초래합니다. 그러나 핵심 논지, 즉 “조치”라는 용어의 정의가 포괄적이고,⁹¹ “직접 조치와 간접 조치” 모두에 적용되며,⁹² “배타적 열거조항이

⁸⁵ 협정, **Exh C-1**, 제 11.6 조 제 1 항.

⁸⁶ 협정, **Exh C-1**, 제 9.6 조 제 1 항.

⁸⁷ 협정, **Exh C-1**, 제 9.6 조 제 4 항.

⁸⁸ 협정, **Exh C-1**, 제 11.3 조 제 1 항.

⁸⁹ 재반론서면, 제 22(c)항; 재반박서면, 제 270(c)항과 비교.

⁹⁰ 재반박서면, 제 272-276 항.

⁹¹ 재반론서면, 제 24(a)항; *SAUR International v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/04/4), 2012. 6. 6.자 관할 및 책임성부에 대한 결정, **Exh CLA-161**, 제 364 항.

⁹² 재반론서면, 제 24(a)항; *SAUR International v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/04/4), 2012. 6. 6.자 관할 및 책임성부에 대한 결정, **Exh CLA-161**, 제 364 항. *Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada)* 사건(ICJ Reports 432) 1998 년 재판관할 결정문, **Exh RLA-14**, 제 66 항; 재반박서면, 제 274(b)항도 참조.

아니다”는 결론은 피할 수 없습니다.⁹³ 이에 갈음하여 대한민국은 마치 결정적인 일격인양, 이 모든 관련 사건들이 자국이 새롭게 만들어낸 “조치”의 정의에 들어맞는다고 주장합니다.⁹⁴ 판정례는 이와 같은 희망적인 주장을 뒷받침하지 않습니다.

a. *Canfor v. United States* 사건: 대한민국에 따르면 이 사건은 “상계 및 반덤핑 관세에 관한 법률의 통과로부터 비롯[된] . . . 공식 ‘관정’”을 다루었다고 주장합니다.⁹⁵ 명확히 하자면, 해당 사건은 반덤핑 및 상계관세 입법에 대한 이의제기에 대한 것이 아니었으며, 기타 대한민국의 정의에 해당할 만한 최종적인 규제적 규칙 제정이나 행위를 다루지도 않았습니다. 사건의 핵심은 청구인들이 미국으로 연질 목재를 수입할 수 있는 조건 결정에 있어 미국 공무원들이 정치적 동기로 행한 절차 남용이었습니다.⁹⁶ 관련 조치는 “수입 연질 목재에 보증금을 납부하도록 하는 요건과 그에 따른 결정, 그에 이르기까지, 그리고 그에 따른 후속” 행위를 포함하였습니다.⁹⁷ 중재판정부는 본안 전 이의제기 단계에서 이들 행위가 “조치”인지 최종적으로 결정할 필요는 없었으나, 청구인들이 북미자유무역협정이 정의하고 있는 “조치”에 해당하는 구체적인 행위를 특정하였다는 결론을 내렸습니다.⁹⁸ 협정과 마찬가지로 북미자유무역협정의 제 201 조상 “조치” 정의 역시 “일체의 법, 규제, 절차, 요건이나 관행을 포함”합니다.

b. *Ethyl Corporation v. Canada* 사건: 대한민국이 올바르게 설명하였듯이, 이 사건에서 문제가 된 조치는 중재 통지 접수 당시 국왕의 재가를 받기 전의 법안이었으므로 당시 공식적으로 채택된 법이 아니었습니다.⁹⁹ 대한민국은 이

⁹³ *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2006. 6. 6.자 예비적 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-95**, 제 148-149 항; 재반론서면, 제 23(a)항 참조.

⁹⁴ 재반론서면, 제 23 항.

⁹⁵ 재반론서면, 제 23(a)항.

⁹⁶ *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2006. 6. 6.자 예비적 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-95**, 제 151 항.

⁹⁷ *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2006. 6. 6.자 예비적 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-95**, 제 148 항.

⁹⁸ *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2006. 6. 6.자 예비적 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-95**, 제 149 항(강조표시 임의추가).

⁹⁹ 재반론서면, 제 23(d)항.

사건을 가리켜 “‘조치’에 대한 대한민국의 해석에 부합”한다고 설명합니다.¹⁰⁰ 그러나 대한민국의 정의는 행위가 “채택”될 것을 요구합니다.¹⁰¹ 반면 *Ethyl Corporation* 사건 중재판정부는 “법률이 아닌 것, 법적 제약에 이르지도 않는 ‘관행’의 성격을 띤 것도 해당할 수 있다”고 설명하였습니다.¹⁰²

c. *Bilcon v. Canada* 사건: 관련 조치는 유관기관인 합동 심사 위원회가 환경 허가 심사를 하면서 국내법에서 요구하는 방법론에서 근본적으로 벗어난 것이었습니다.¹⁰³ 이것이 스스로 주장하는 제한적인 정의에 어떻게 들어맞는지 설명할 수 없었는지, 대한민국은 재반론서면에서 이 사건에 대한 언급을 아예 생략하였습니다(그러나 대한민국은 다른 서면에서는 이를 긍정적으로 인용하였습니다).¹⁰⁴

39. “조치”에 관한 대한민국의 협소한 정의를 인정할 경우, 정부의 부적절한 부작위를 원인으로 제소하는 것은 사실상 불가능해집니다. “조치”에 관한 대한민국의 정의에 해당하지 않는 이러한 사건을 몇 가지 예시로 들면 다음과 같습니다.

a. *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* 사건: 대한민국은 이 사건을 가리켜 “채굴권과 관련된 허가와 실시권의 발급과 관련된 결정의 형태를 띤 ‘조치’가 다루어졌다”고 묘사하면서 이를 (막연히) “입법적, 규제적 또는 행정적 행위에 포함”된다고 합니다.¹⁰⁵ 이는 기껏해야 부분적인 서술에 불과합니다. 해당 사건의 조치는 사실상 채굴 금지로서, 더 이상 새로운 채굴권 발급을 반대한다는 엘살바도르 대통령의 공개적인 발언으로 귀결되었습니다.¹⁰⁶ 대한민국의 주장과는 달리 관련 조치는 입법도 아니었으며, 요청한 허가 발행 거부에 국한된 것도 아니었습니다. 관련 조치는 대통령이 비밀리에 내린 지시에 따라 다수의

¹⁰⁰ 재반론서면, 제 23(d)항.

¹⁰¹ 재반론서면, 제 27(b)항.

¹⁰² *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* 사건(UNCITRAL), 1998. 6. 24.자 관할권에 대한 판정문, **Exh RLA-15**, 제 66 항(강조표시 임의추가).

¹⁰³ *Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2009-04), 2015.3.7 자 관할 및 책임성부 관련 판정문, **Exh CLA-3**, 제 594, 600 항; 재반박서면, 제 282 항도 참조.

¹⁰⁴ 재반론서면, 제 432-433 항.

¹⁰⁵ 재반론서면, 제 24(b)항.

¹⁰⁶ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12), 2012. 6. 1.자 피청구국의 관할권 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-150**, 제 2.27 항.

정부 관계자가 *Pac Rim* 의 채굴 허가를 허여하지 않은(또는 심지어 신청을 거부한) 지속적인 국가 관행이었습니다.¹⁰⁷

- b. 여러 중재판정부들은 지속적으로 비공식 행위와 부작위도 협정 위반이 될 수 있다는 판정을 내려왔습니다. *Mitchell v. Congo* 사건 중재판정부는 청구인의 범무법인 사무실을 수색하고 봉쇄한 후 직원 두 명을 수감한 군대의 행위는 범무법인의 상실로 귀결된, 수용에 준하는 사건이라고 판시하였습니다.¹⁰⁸ 중재판정부는 “수용이라는 개념은 형식적인 것이 아닌 바, 이 경우 형식적이라는 것은 소유권 박탈을 수용으로 인정하려면 국가 당국의 결정을 내포하기 때문이며. . . 수용은 직접적이든 간접적이든 수용에 준하는 일체의 조치를 포함한다”고 판정하였습니다.¹⁰⁹
- c. 유사하게 *Biloune v. Ghana* 사건에서도 중재판정부는 건설 프로젝트와 관련된 “작업 중지 명령, 철거, 소환, 체포, 구금, 자산 신고서 제출 의무, 그리고 재입국 여지 없는 Mr. Biloune 의 강제 출국” 등 일련의 조치는 종합적으로 투자자의 프로젝트 이권에 대한 간접 수용을 구성한다고 판시하였습니다.¹¹⁰ 정식 “입법적, 규제적, 또는 행정적 규칙 제정 또는 행위”라는 대한민국의 해석으로는 간접 수용을 포함하기 어렵습니다.
- d. *Bernhard von Pezold v. Zimbabwe* 사건에서 중재판정부는 짐바브웨 경찰이 외국인 소유 농장의 “점거”를 방지하거나 “정착민/전역자를 퇴거시키지 않고” 일부 폭력사태에 대응하지 않음으로서 완전한 보호와 보안의 의무를 위반하였다고

¹⁰⁷ *Pac Rim Cayman LLC. v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12), 2012. 6. 1.자 피청구국의 관할권 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-150**, 제 2.91, 2.94 항.

¹⁰⁸ *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* 사건(ICSID Case No. ARB/99/7), 2004. 2. 9.자 판정문, **Exh CLA-185**, 제 61-62 항 인용, 제 65 항 참조. 이후 해당 판정은 Mitchell 의 범무법인은 투자에 해당하지 않는다는 이유로 파기되었지만, 파기 위원회는 중재판정부의 수용 관련 판시에 대한 이의는 기각하였습니다. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* 사건(ICSID Case No. ARB/96/1), 2000. 2. 17.자 판정문, **Exh CLA-107**, 제 76 항도 참조.

¹⁰⁹ *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* 사건(ICSID Case No. ARB/99/7), 2004. 2. 9.자 판정문, **Exh CLA-185**, 제 65 항.

¹¹⁰ *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and Government of Ghana* 사건(UNCITRAL), 1989. 10. 27.자 관할 및 책임성부 관련 판정문, **Exh CLA-86**, 제 81 항.

관시하였습니다.¹¹¹ 이러한 경찰의 부작위 역시 대한민국의 협의의 “조치”에는 해당하지 않는 것으로 보입니다.

40. 대한민국은 부작위도 조치에 해당될 수 있다는 명백한 법리를 부정할 수 없습니다.¹¹² 대한민국은 “채택되거나 유지된”이라는 문구 때문에 조치는 채택 및 유지되어야 한다는 제한적인 의미라는 주장을 반복하면서¹¹³ 이 두 가지가 서로 대안적인 의미임을 표시하는 “또는(or)”이라는 문구는 계속 무시하고 있습니다.¹¹⁴ 이러한 순환 논리에 따르면 “부작위”는 “해당 부작위를 낳은 입법적, 규제적 또는 행정적 행위”가 먼저 “채택”되어야 “조치”에 해당될 수 있습니다.¹¹⁵ 따라서 대한민국의 주장대로라면 먼저 작위가 있어야 부작위로 인한 협정 위반이 성립합니다. 이는 어불성설입니다. 부작위가 그 자체만으로도 협정 위반을 구성할 수 있다는 것은 조약법의 확립된 법리입니다. 뿐만 아니라, 이미 설명하였듯이 조치를 먼저 정식으로 채택해야 한다는 요건은 없습니다.¹¹⁶
41. “조치”에 관한 판정례에서 근거를 발견하지 못한 대한민국은 이번에는 *Azinian v. Mexico* 사건을 들어 견강부회하고 있습니다.¹¹⁷ 대한민국은 이 사건이 상업적 행위가 “조치”에 해당될 수 없다는 의미라고 주장합니다. 그러나 대한민국도 인정하듯이, 해당 사건은 전혀 “‘조치’를 언급하지 않았”으며, 단순 계약 위반을 원인으로 협정상 청구를 할 수

¹¹¹ *Bernhard von Pezold et ors v. Republic of Zimbabwe* 사건(ICSID Case No. ARB/10/15), 2015. 7. 28.자 판정문, **Exh CLA-179**, 제 597, 599 항. *Ampal-American Israel Corp. and ors v. Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/12/11), 책임성부 및 손해유형 관련 2017. 2. 21.자 결정문, **Exh CLA-23**, 제 290 항(“상류 도관 체계에 대한 제 3 자 공격에 반응하여 청구인들의 투자를 손해로부터 보호하는 구체적인 행동을 취하지 않은 이집트 당국의 부작위는... 완전한 보호와 안전...에 대한 위반을 구성한다.”)도 참조.

¹¹² *Fireman’s Fund Insurance Co v. Mexico* 사건, **Exh RLA-32**, 제 176 항, 각주 155; *CME v. Czech Republic* 사건, **Exh CLA-101**, 제 605 항; 재반론서면, 제 27(b)항.

¹¹³ 재반론서면, 제 27 항.

¹¹⁴ 재반론서면, 제 27(a)항.

¹¹⁵ 재반론서면, 제 27(b)항.

¹¹⁶ *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* 사건(ICSID Case No. ARB/99/7), 2004. 2. 9.자 판정문, **Exh CLA-185**, 제 61-62 항; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* 사건(ICSID Case No. ARB/96/1), 2000. 2. 17.자 판정문, **Exh CLA-107**, 제 76 항(“재산에 대한 통제권을 행사함에 있어 국가가 취할 수 있는 조치는 광범위하다... 그러나 [하나의] 조치 또는 일련의 조치들은 비록 그 과정에 있어 개별 단계들이 형식적으로는 소유권의 취득 또는 이전에 이를 의도가 없었다 하더라도 종국적으로는 취득에 이를 수 있다.”).

¹¹⁷ 재반론서면, 제 30 항; 반박서면, 제 215 항; *Robert Azinian and others v. The United Mexican States* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/97/2), 1999. 11. 1.자 판정문, **Exh RLA-16**, 제 87 항 인용.

있는지 여부에 관한, 전혀 다른 문제를 다루고 있습니다.¹¹⁸ 협정상 명백한 “조치” 용어 정의에 또 다른 엉뚱한 해석을 덧붙이려는 대한민국의 시도는 기각되어야 할 것입니다. 협정은 어디서든 조치가 주권 행사여야 한다는 요건을 부과하고 있지 않습니다. 나아가 청구인이 아래에서 설명하듯이 대한민국이 주장하는 소위 요건은 최근 *Strabag v. Libya* 사건에서 또 한 번 기각된 바 있습니다.¹¹⁹

42. 청구인의 “조치” 정의가 “무한한 범위”이며,¹²⁰ “국가의 행위 능력을 마비”¹²¹ 시킬 것이라는 대한민국의 필사적인 주장은 중재판정부에서 일고의 가치도 없습니다. 앞서 및 청구인의 재반박서면에서 설명 드린 판정례는 그러한 경향의 기미도 보이지 않습니다. 작위나 부작위가 “조치”를 구성하는지 여부는 그 광범위하고 포괄적인 정의를 감안하여 개별적인 사안에 따라 판단할 문제입니다. 실제로 조치를 특정하지 못하여 중재판정부에서 청구를 기각한 사례를 대한민국이 단 하나도 발견하지 못한 점은 주목할 만합니다.
43. 협정 제 1.4 조상 “조치”의 광범위한 정의는 그 형식을 규정하지 않고 “모든 법·규정·절차·요건 또는 관행”을 포함합니다.¹²² 이러한 정의를 대한민국이 주장하는 협의의 정의로 대체해서는 안 될 것입니다.

B. 대한민국의 행위는 협정의 의미상 “조치”에 해당합니다

44. 대한민국은 재반론서면에서 “조치” 관련 항변을 제기할 때 청구인이 청구를 제기한 청와대와 보건복지부 공무원이 저지른 다수의 정부 위법행위에 대해서는 대략적으로만 다루며, 국민연금이나 그 공직자들의 행위의 경우 본건 합병 투표 외에는 전혀 언급조차 하지 않았습니다. 대신 대한민국은 국민연금의 본건 합병 투표만이(이를 가리켜 유일한

¹¹⁸ 재반론서면, 제 30 항(강조표시 임의추가); 반박서면, 제 215 항; *Robert Azinian and others v. The United Mexican States* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/97/2), 1999. 11. 1.자 판정문, **Exh RLA-16**, 제 87 항 인용.

¹¹⁹ 하기 Section V, 특히 제 123 항 참조; *Strabag SE v. Libya* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/15/1), 2020. 6. 29.자 판정문, **Exh CLA-189**, 제 164 항(“피청구국은 협정 제 8 조 제 1 항[포괄적 보호조항]은 국가가 주권국으로서의 권한(*puissance publique*)을 행사하여 주권국 자격으로 행위해야 효과를 발휘한다고 주장한다 . . . 따라서 협정 제 8 조 제 1 항은 일반적인 상업 행위에는 적용되지 않는다는 것이다. 이러한 주장을 채택할 경우 중재판정부는 사실상 제 8 조 제 1 항의 문언에 나타나지 않으며 그 일반적인 의미에서 필연적으로 도출할 수 없는 제약이나 조건을 제 8 조 제 1 항에 도입해야 한다는 어려움이 있다. 협정 제 8 조 제 1 항이 주권국으로서의 일정한 권한 행사가 관여된 계약 분쟁에만 적용된다는 피청구국의 주장은 . . . 해당 조항의 문언상 근거가 없다.”(강조표시 임의추가)). 재반박서면, 제 359-361 항도 참조.

¹²⁰ 재반론서면, 제 10(a)항. 제 21 항도 참조.

¹²¹ 재반론서면, 제 21 항.

¹²² 재반박서면, 제 261 항.

“청구인의 청구 기반”¹²³이라는 대한민국의 주장은 잘못된 것입니다) 협정상 “조치”에 해당하는지에 대하여 다투고 있습니다.

45. 사실 본 사건에서 문제가 된 행위는 한국법과 국제법상 보장된 국민연금 내부적 절차의 온전성을 불법적으로 훼손하여 미리 정해놓은 결과를 달성한 일련의 정부의 작위 및 부작위로 이루어졌습니다.¹²⁴ 이들 행위들은 본건 합병을 가결하는 국민연금의 투표로 귀결되었지만, 그 행위가 국민연금의 투표로 한정되는 것은 아닙니다. 이러한 행위가 실제로 일어났고 협정을 위반했다는 청구인의 주장은 옳거나 그르거나 둘 중 하나일 것입니다. 그러나 자국의 행위 중 어느 것도 협정의 기준과 보호가 적용되지 않는다는 것은 대한민국이 제기할 수 있는 주장이 아닙니다. 개별적 또는 종합적으로 보더라도, 청구인이 특정한 대한민국 정부의 작위 및 부작위는 모두 협정에서 광범위하게 정의한 “조치”에 속한다는 점에는 의문의 여지가 없습니다.

1. 본건 합병을 가결하는 국민연금 투표를 지시한 대통령의 행위

46. 대한민국은 대통령이 단순히 “특정한 상황의 경과를 ‘모니터링’하라는” 요청을 하였을 뿐이라고 하고,¹²⁵ 이것이 국민연금의 의결권 행사에 “어떻게든 영향을 주었다,” 내지는 대통령이 “선호”를 표명했다는 증거가 될 수 있다고는 인정하면서도, 이러한 청와대의 영향력 행사가 “조치”에 해당하지는 않는다고 주장합니다.¹²⁶
47. 상기하자면 ■ 전 대통령의 탄핵과 유죄판결, 수감의 최종적인 결과를 불러온 구체적인 행위들은 적극적인 “모니터링”이나 “선호”의 표명을 훨씬 넘어섭니다. 서울고등법원은 이를 올바르게 “지시”라고 판시하였습니다.¹²⁷ 삼성 일가의 삼성그룹 승계 계획을 조력하기 위하여 ■ 과 벌인 부정부패한 거래에 따라 ■ 전 대통령은 정부 관계자에게 본건 합병과 관련한 국민연금의 내부 절차에 개입하라고 지시하였습니다.¹²⁸ 특히 서울고등법원 판결에 따르면 ■ 전 대통령은 “적극적으로 이 사건 합병 관련 국민연금공단의 의결권 행사 과정에 관여한”¹²⁹ 청와대 관계자들의 행위를

¹²³ 재반론서면, 제 28(a)항.

¹²⁴ 재반박서면, 제 361 항.

¹²⁵ 재반론서면, 제 25(a)항.

¹²⁶ 재반론서면, 제 28 항.

¹²⁷ 재반박서면, 제 108(a)항; ■ / ■ 에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 37-38, 67 면. 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 24 면도 참조.

¹²⁸ 재반박서면, 제 5(i)항, Section II.C.1 과 제 88-107 항.

¹²⁹ 서울고등법원, ■ 에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-286**, 제 90 면.

지시하였거나 승인함으로써 “이 사건 합병에 결정적인 도움”을 제공하였습니다.¹³⁰ 국민연금은 엘리엇에 대항하는데 “적극 활용”될 예정이었습니다.¹³¹ 분명 이러한 지시를 효과적으로 전달하는 방법은 ■ 전 대통령 자신이 가장 잘 알고 있었을 터이며, 결과를 보건대 이러한 지시 전달은 분명 효과가 있었습니다. 지시를 받았던 관계자들의 특별검사 진술조서에서 보여지듯이, 그들에게 ■ 전 대통령의 지시들이 본건 합병을 승인되도록 하라는 의미였음을 의심하지 않았습니다.¹³²

48. 이처럼 대한민국은 이러한 행위를 축소하려고 하나, 국가원수의 지시가 조치에 해당하지 않는다고 주장하는 것은 어불성설입니다. 바로 이러한 행위가 최소한 조치의 일부를 구성한 판정례들은 얼마든지 확인됩니다.¹³³

2. 대한민국 청와대와 보건복지부의 국민연금 절차 개입과 훼손

49. ■ 전 대통령의 지시에 따라 당시 청와대 관계자들, 보건복지부 장관 및 기타 보건복지부 공무원들은 국민연금의 독립적인 의사결정을 위한 장치인 전문위원회 투표를 포함한 국민연금의 내부 절차에 개입하고 이를 훼손하여¹³⁴ 국민연금이 지시에 따라 본건 합병을 가결하도록 하였습니다. 대한민국은 국민연금 내부 절차에 대한 이러한 개입과 훼손을 단순한 “선택지”에 관한 예비적 “논의” 및 “특정한 행위를 선호한다는 취지의... 발언”으로 치부하여 그 의미를 축소하려고 합니다.¹³⁵
50. 다시 강조하자면, 이러한 서술은 대한민국 자국 법원의 판시사항을 비롯하여 ■ 전 대통령, ■ 전 장관과 ■ 전 본부장에 대하여 유죄 판결을 내린 그러한 판결의 근거가 된

¹³⁰ 서울고등법원, ■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-286**, 제 103-104 면(강조표시 임의추가).

¹³¹ [청와대], “해외 헤지펀드에 대한 국내기업의 경영권 방어 대책 검토”, 날짜 미상, **Exh C-587** (강조표시 임의추가); 수정 청구서면, 제 98 항, 재판박서면, 제 357 항 참조.

¹³² 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 6 면. 제 7 면(“대통령의 지시사항이라고 하면서...삼성 주식을 많이 가지고 있는 국민연금이 의결권을 잘 행사하여 합병이 성사될 수 있도록 챙겨보라는 취지로 이야기하였습니다.”(강조표시 임의추가)라는 말을 들었다는 증언)도 참조.

¹³³ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12), 2012. 6. 1 자 피청구국의 관할권 항변에 대한 결정문, **Exh CLA-150**. *Gold Reserve Inc v. Venezuela* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/09/1), 2014. 9. 22.자 판정문, **Exh CLA-122**, 제 580-583 항(대통령의 발언은 “베네수엘라 정권의 정책 변경”을 나타냈으며, “대통령 레벨에서의 이러한 변화는 청구인의 채굴권이 점진적으로 취소되는 과정에 결정적인 영향이 있었다.” 이 사건에서의 관련 조치는 “개시법(Initiation Act)의 서명과 Brisas Project 의 진행 여부에 대한 결정을 차베스 대통령이 장악한 행위”였습니)도 참조.

¹³⁴ 재판박서면, Section II.C 와 인용한 증언 참조; 2020. 9. 10.자 오마이뉴스 보도, “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, **Exh R-316**, 제 56-57 면(“대통령, 청와대, 보건복지부장관의 국민연금 의결권 행사 과정 부당 개입.”(강조표시 임의추가))도 참조.

¹³⁵ 재판론서면, 제 25(b)와 (c)항; 제 28(a)항도 참조.

위법행위에 대한 압도적 증거와 모순됩니다.¹³⁶ 청구인은 청와대와 보건복지부에 의한 국민연금 의사결정 개입의 실상을 재판박서면에서 상술한 바 있습니다.¹³⁷ 요약하건대, 보건복지부와 청와대는 독립적인 전문위원회로는 대통령이 지시한 결과를 달성하지 못하리라는 결론을 내린 후, 해당 결정을 기금운용위원회에서 내리라고 지시하였던 것입니다.¹³⁸ 예를 들어 ██████ 당시 보건복지부 연금정책국장은 국민연금 기금운용본부장에게 “[이 사건 합병을] 투자위원회에서 처리하[라]”고 직접 지시하였으며,¹³⁹ 투자위원회에서 본건 합병을 “찬성”시키도록 하라면서¹⁴⁰ 해당 사항은 국민연금에서 “독립적으로” 결정하여야 하므로 보건복지부 개입 사실은 비밀로 하라고 하였습니다.¹⁴¹ 이렇듯 국민연금의 일반적이고도 적법한 절차를 훼손하여 대통령이 요구하는 결과를 도출하라는 지시를 포함한 이러한 정부의 개입이 협정의 의미상 “조치”에 해당한다는 논지에 대한 진지한 반론은 있을 수 없습니다.

¹³⁶ 이러한 행위는 대한민국 검사들이 혐의를 제기하고 대한민국 여러 법원에서 확인하였습니다. 유죄판결 중 일부는 최종 상고중이지만, 이러한 상고는 기존 사법 사실심의 결과를 파기하지 않는 협소한 법적 문제만을 다룹니다. 실제로 한국 일각에서는 이러한 협소한 상고사안이 아직 결론이 나지 않은 것은 본 절차에서 대한민국에 대한 청구에 미칠 추가 영향을 우려해서라는 추측도 있습니다. 2020. 12. 21.자 매일경제 보도, “[단독] 문형표·홍완선, 대법원에 요청 “국정농판 판결, 엘리엇 소송 고려해달라”, Exh C-700 (“... 문 전 장관·홍 전 본부장 측이 대법원에 “미국계 사모펀드 엘리엇이 제기한 투자자·국가 간 소송(ISD)을 판결 과정에서 고려해달라”고 요청한 사실이 뒤늦게 확인됐다. 이에 대법원이 ‘엘리엇 ISD’에 미칠 악영향을 고려해 판결을 늦추고 있다는 의심이 나오고 있다.”)(강조표시 임의추가)) 참조.

¹³⁷ 재판박서면, Section II.C.

¹³⁸ 재판박서면, 제 355(h) 및 (i)항; “2020. 9. 10.자 오마이뉴스 보도, “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, Exh R-316, 제 57 면(“위원별 성향 및 찬반 입장 분석 결과를 보고받은 문형표는 전문위원회에 부의할 경우 100% 합병 찬성 의결을 유도하지 못할 우려가 있다고 판단하고, 2015. 7. 8. 조남권 등을 통해 홍완선에게 이 사건 합병 건을 전문위원회로 부의하지 말고 투자위원회에서 찬성시키라는 취지로 지시하였다.”).

¹³⁹ ██████/██████에 대한 서울중앙지방법원판결, Exh C-69, 제 47 면; ██████/██████에 대한 서울고등법원 판결, Exh C-79, 제 18 면 (고등법원 판결 번역은 증거 기록에 아주 약간 차이가 있습니다. “[██████]은 다른 사람들을 나가게 한 다음 피고인 [██████]와] 단 둘이 있는 자리에서 투자위원회에서 처리하는 것이 [██████]님의 의중이다 라고 확실하게 이야기하였다.”); 2017. 3. 22.자 ██████ 증인신문 녹취서 (██████/██████에 대한 서울중앙지방법원 판결), Exh C-497, 제 32 면 참조. 재판박서면, 제 355(j)항도 참조.

¹⁴⁰ 수정 청구서면, 각주 241 참조; 반박서면, 제 432(b)항 (보건복지부에서 합병 찬성을 지시한 사실을 부정하지 않음); 재판박서면, 제 28(a)항([정부가] “본건 합병에 대해 찬성 견해를 표명한” 회의가 개최되었으며, “국민연금의 의결권 행사에 어떻게든 영향을 주었다는 점”을 인정)도 참조.

¹⁴¹ 재판박서면, 제 108(c)(ii)항; 2017. 3. 22.자 ██████ 증인신문 녹취서 (██████/██████에 대한 서울중앙지방법원 판결), Exh C-497, 제 15 면(██████ 정책국장이 ██████ 본부장에게 한 말: “삼척동자도 다 그렇게 알겠지만, 복지부가 관여한 것으로 말하면 안 된다.”); 2017. 3. 22.자 ██████ 증인신문 녹취서 (██████/██████에 대한 서울중앙지방법원 판결), Exh C-497, 제 15 면.

3. 대통령과 장관의 지시에 부응하고자 국민연금 내에서 행해진 기망 및 날조

51. 국민연금 공직자들은 국민연금의 적법한 절차와 규제 거버넌스 안전장치를 위배하여 대통령과 장관의 상기 지시를 정확히 이행하였습니다. 이에 국민연금 공직자들은 바로 이러한 “복잡”하고 논란이 분분한 사안 결정을 적절하게 내리자는 목적으로 존재하는 기관인 보건복지부의 독립적인 전문위원회를 우회함으로써¹⁴² 해당 사안을 전문위원회에 부의해 달라는 해당 위원회의 ████████ 위원장의 구속력 있는 요청을 목살했습니다.¹⁴³ 한편 국민연금 스스로도 보건복지부 관계자들의 개입에 대해 결정을 내리는 기관은 전문위원회가 맞다고 반복하여 명백히 밝힌 만큼 당시 따랐어야 할 올바른 절차는 더더욱 의심의 여지가 없으나,¹⁴⁴ 전문위원회에서는 본건 합병을 승인을 보장할 수 없다는 보고에 따라 보건복지부의 상급자들은 국민연금의 반론을 목살하였습니다.¹⁴⁵
52. 대통령과 장관의 지시 이행을 더욱 확실하게 확보하고자 국민연금 공직자들은 이어서 투자위원회에서 본건 합병을 가결하도록 허위의 가치평가를 기반으로 조작된 합병 비율을 조작하였으며 소위 “시너지” 효과 계산을 날조하였습니다. 이는 국민연금공단이 본건 합병 성사를 허용할 경우 대한민국의 국민연금기금이 입을 막대한 손실을 불법적으로 은닉하고자 계획한 사기적 행위였습니다.¹⁴⁶ 이렇게 조작된 자료를

¹⁴² 재반박서면, 제 114 항; 2015. 6. 9.자 국민연금 기금운용지침(완본), **Exh C-194**, 제 17 조 제 5 항과 제 5 조 제 5 항; 이중기 교수 제 2 차 전문가 의견서(“**이중기 교수 제 2 차 의견서**”), **CER-4**, 제 57 항. 대한민국은 이제는 “복잡한” 사안은 전문위원회에 회부해야 한다고 받아들이고 있습니다. 재반론서면, 제 201 항.

¹⁴³ 재반박서면, 제 116 항; 2015. 7. 10.자 ████████(의결권전문위원회)이 보건복지부 및 국민연금의 여러 관계자들에게 발송한 이메일, **Exh C-427**; 2016. 11. 25.자 ████████ 검찰 진술조서, **Exh C-457**, 제 16 면 특히 참조.

¹⁴⁴ 재반박서면, 제 114, 424(a)항; 2017. 4. 18.자 ████████ 팀장과 ████████ 사무관의 전화통화 녹취서, **Exh C-333**, 제 12 면 (“이런 사안이야말로 진짜 전문위에서 더 토의해야 될 사안인 것 같거든요...전문위원회가 그런 것 때문에 생긴 거지.” (강조표시 임의추가)); ████████/██████에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 15 면; ████████/██████에 대한 서울중앙지방법원 판결, **Exh C-69**, 제 7 면 등 참조. 2017. 4. 26.자 ████████ 증인신문 녹취서 (██████/██████에 대한 서울중앙지방법원 판결), **Exh C-508**, 제 12 면(“전문위원회 부의하는 것이 적절하다는 의견을 제시했습니다.”)도 참조.

¹⁴⁵ 재반박서면, 제 114(d)(iii)항; [보건복지부, 초안], “각 단계별 의사결정시 장단점 분석”, [날짜 미상, 최종 보고서는 2015. 7. 8 청와대 송부], **Exh C-583**.

¹⁴⁶ 재반박서면, Section II.C, 제 4·5 단계, ████████/██████에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 33 면; 2016. 12. 25.자 ████████, ████████ 및 ████████ 제 2 회 특별검사 진술조서, **Exh C-462**, 제 18-19 면 (“합병비율만으로 보면, 어떻게 해도 삼성물산 주주에게 손실이 나는 것이 분명하니, 시너지를 산출해서 손실을 보완하려 한 것 같습니다.”) 등 참조.

투자위원회에 제시하여 대통령과 장관의 지시에 부응해 본건 합병을 가결하도록 유도하였습니다.

53. 상기 각 행위는 공단의 국민연금기금 관리시 지켜야 했던 투자의 독립성의 원칙 및 수익성의 원칙을 위반하는 행위로, 국민연금의 최종적인 본건 합병 찬성 투표 결정과 함께 반론의 여지 없이 협정의 투자 보호 기준이 적용되는 정부 행위입니다.

C. 대한민국의 조치는 청구인과 청구인의 삼성물산 투자에 관한 것이었습니다

54. 대한민국은 나아가 자국의 행위가 협정상 보호 기준이 적용되는 “조치”에 해당하더라도 제 11.1.1 조를 적용함에 있어 “가. 상대 측 당사국의 투자자, 나. 적용대상투자자에 관한” 조치가 아니므로 협정이 적용되기에는 관련성이 떨어진다고 주장하였습니다. 대한민국은 해당 조치가 “EALP 및 그가 주장하는 손해와 ‘법적으로 유의미한 관련성’이 결여”된다고 주장합니다.¹⁴⁷ 그러나 대한민국은 본건 합병 개입이 삼성물산의 주요하고 중요한 주주인 엘리엇에게 직접적인 영향을 미칠 것이라는 사실을 충분히 인지하고 있었으며, 이러한 영향을 미친 것은 고의적이었습니다. 심지어 대한민국은 엘리엇이 국제법상 보호를 호소하여 국민연금의 의사결정 과정에 대한 대한민국의 부적절한 관여 행위에 이의를 제기할 수도 있다는 점까지 예상하였습니다.¹⁴⁸ 본 중재에서 대한민국의 부인은 본건 합병이 진행 중이던 당시 실시간으로 기록된 증거와 상충됩니다. 따라서 대한민국의 조치가 청구인 또는 청구인의 삼성물산 투자에 “관련하여” 채택하고 유지되었다는 사실에는 의문의 여지가 없습니다.

55. 적용되는 법적 기준에 대한 양당사자의 입장은 큰 차이가 없습니다. 양당사자 모두 *Methanex Corporation v. United States of America* 사건이 “관련성” 판단에 적용되는 기준을 제시한다는 것에 동의합니다. 즉, 기준은 문제가 된 조치와 청구인 혹은 청구인의 투자 간 “법적으로 유의미한 관련성” 존재 여부입니다.¹⁴⁹ 나아가 대한민국은 청구인의 다음과 같은 주장에 원칙적으로 이의를 제기하지 않았습니다.

¹⁴⁷ 재반론서면, 제 32 항.

¹⁴⁸ 재반박서면, 제 5(h), 121 항; 2017. 5. 17.자 [redacted] 피고인신문 녹취서 ([redacted] [redacted]에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-511**, 제 55 면(“투자위원회에서 합병 찬성으로 결정되면, 국민연금공단이 외국계 자본인 엘리엇 등으로부터 ISD(국제투자소송)를 당할 수 있다는 생각이 들어[습니다.]”); 2017. 1. 5.자 [redacted] 특별검사 진술조서, **Exh C-483**, 제 39-40 면 등 참조; 2017. 9. 26.자 [redacted] 증인신문 녹취서 ([redacted] [redacted]에 대한 서울고등법원 재판), **Exh C-525**, 제 12 면(청와대에서 “ISD 문제는 당시에 전문위를 거치지 않은 것에 대해서” 우려를 표시하였다는 내용)도 참조.

¹⁴⁹ 재반론서면, 제 32-34 면; *Methanex Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2002. 8. 7 자 부분판정문, **Exh RLA-22**, 제 147 항 인용.

- a. ‘관련성’ 요건은 투자자가 규제 변화와 같이 등 보편적으로 적용되는 조치와 관련된 청구를 제기하는 경우 특히 큰 의미를 갖는다.¹⁵⁰
- b. 이러한 보편적인 조치가 반드시 “청구인이나 투자를 겨냥한 것”이 아니더라도 “관련성” 요건을 충족할 수 있다.¹⁵¹
- c. 역으로, 조치가 투자자나 특정한 투자자 집단을 겨냥하였을 경우 조치와 투자자 또는 투자 간에 명백한 사실적 관계가 존재하므로 “관련성” 요건은 의미가 별로 없다. 분쟁 대상이 된 조치가 SDMI 과 그 투자를 특정하여 겨냥하였기 때문에 “관련성” 요건이 “쉽게 충족”된 *S.D. Myers v. Canada* 사건의 관련성에 대한민국은 이의를 제기하지 않았으며, 제기할 수도 없습니다.¹⁵²

56. 그러나 양당사자의 법리적 견해에는 두 가지 중요한 차이점이 존재합니다.

- a. 대한민국의 서면은 “관련성” 요건이 주장하는 조치와 “청구인의 청구” 간,¹⁵³ 내지는 조치와 이로 인한 손해 간의 연관성을 요구한다고 잘못 주장합니다.¹⁵⁴ 제 11.1.1 조는 이러한 요건을 부여하고 있지 않습니다. “관련성” 요건의 충족 여부는 조치의 구체적인 성격, 그리고 그러한 조치와 해당 투자자 또는 투자의 연관성에 달려 있습니다.¹⁵⁵ 청구인이 입은 손실과 조치 간의 관계는 별도의 인과관계 문제이며 분석적으로 보았을 때 “관련성” 요건과는 구분됩니다.¹⁵⁶

¹⁵⁰ 재반박서면, 제 289 항. 재반론서면, 제 33(b)항 참조.

¹⁵¹ 재반박서면, 제 291 항.

¹⁵² 재반박서면, 제 292 항; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* 사건(UNCITRAL), 2000. 11. 13.자 부분판정문, **Exh RLA-19**, 제 234 항.

¹⁵³ 재반론서면, 제 32 항(Heading 3: “청구인이 주장하는 ‘조치’는 청구인의 청구와 법적으로 유의미한관련성을 결여하고 있으며, 따라서 이를 뒷받침하기에는 지나치게 동떨어져 있습니다.”).

¹⁵⁴ 재반론서면, 제 32 항(“청구인의 청구는 해당 행위들이 EALP 및 그가 주장하는 손해와 ‘법적으로 유의미한 관련성’을 결여하고 있다는 이유로 기각되어야 합니다.”).

¹⁵⁵ *Methanex Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2002. 8. 7.자 부분판정문, **Exh RLA-22**, 제 147 항.

¹⁵⁶ 재반박서면, 제 288 항; *Resolute Forest Products Inc v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2016-13), 2018. 1. 30.자 관할 및 청구적격 관련 결정문, **Exh RLA-86**, 제 242 항; *Apotex Holdings Inc. v. United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/12/1), 2014. 8. 25.자 판정문, **Exh CLA-1**, 제 6.20, 6.26 항(“청구인의 본안상 청구와 관련된 제 11 장의 실제규정들에 따라 적용되는 인과관계에 관한 법적 판단기준을 NAFTA 제 1101(1)조에 도입하는 것은 부적절하다 ... 인과관계를 성공적으로 입증한 청구인만이 NAFTA 제 1101(1)조의 요건을 충족할 수 있다고 좁게 해석해야 할 어떠한 이유도 없다.”).

b. 또한 청구인이 자신이 입었다고 주장하는 손해가 “지엽적이거나 단순히 파생된” 손해가 아니라고 입증할 필요도 없습니다.¹⁵⁷ 대한민국은 해당 문구를 맥락에서 벗어나게 인용하고 있습니다. *Resolute Forest Products Inc v. Government of Canada* 사건 중재판정부는 조치가 청구인이나 청구인의 투자를 겨냥한 것이 아니라도 “연관성” 요건은 충족된다고 판시하면서 심지어 단순한 부차적인 효과라도 “지엽적이거나 단순히 파생된” 효과가 아닌 한 충분하다고 설명하였습니다.¹⁵⁸ 해당 사건에서는 노바스코시아 주에 소재한 제지공장을 보호하는 일련의 보호주의 조치는 노바스코시아 주에 소재한 제지공장인 투자자이자 청구인과의 “근접성”이 충분하다는 판시를 내렸습니다. 중재판정부는 “경쟁사에게 영향이 있으리라는 사실은 충분히 예측할 수 있었다”고 강조하였습니다.¹⁵⁹

57. 본 사건의 일련의 조치는 현저히 청구인 내지 청구인의 삼성물산 투자와 “관련”이 있습니다.

a. 특히, 본 사건 일련의 조치는 *Methanex* 사건처럼 보편적으로 적용되는 조치가 아닌, 삼성물산 주주라는 제한적이고 특정되는 투자자 집단에 직접적인 영향을 미친 정부의 구체적인 개입이었습니다.¹⁶⁰ 청구인은 삼성물산의 많은 소수주주 중 하나일 뿐이라는 대한민국의 주장은 무력합니다.¹⁶¹ 본건 합병 당시 엘리엇은 7.12%라는 상당한 삼성물산 지분을 보유한 몇 안 되는 주주 중 하나였습니다.¹⁶²

b. 대한민국이 청구인을 차별하고 삼성 일가에게 특혜를 주려는 명백한 의도를 가지고 본건 합병을 보장하기 위한 일련의 조치를 취했다는 증거에 비추어 보면 위 결론은 더욱 확고해집니다.¹⁶³ 증거서류를 통해 반복적으로 확인되다시피 청구인은 대한민국의 삼성 승계 계획을 위한 조력에 걸림돌이 되는 “해외 투자자”

¹⁵⁷ 재반론서면, 제 33(c), 34, 35, 38 항.

¹⁵⁸ *Resolute Forest Products Inc v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2016-13), 2018. 1. 30.자 관할 및 청구적격 관련 결정문, **Exh RLA-86**, 제 242 항. 재반박서면, 제 291 항도 참조.

¹⁵⁹ *Resolute Forest Products Inc v. Government of Canada* (PCA Case No. 2016-13), 2018. 1. 30.자 관할 및 청구적격 관련 결정문, **Exh RLA-86**, 제 248 항(강조표시 임의추가). 재반박서면, 제 291 항도 참조.

¹⁶⁰ 재반박서면, 제 294 항.

¹⁶¹ 재반론서면, 제 35 항.

¹⁶² 재반박서면, 제 294 항. 2015. 6. 4.자 DART 공시자료 “주식 등의 대량보유상황 보고서”, **Exh R-3**, 제 4 면 참조.

¹⁶³ 재반박서면, 제 295 항.

중 하나로 계속해서 특정되었습니다.¹⁶⁴ 이들 조치는 대한민국의 보배인 삼성을 소위 “해외 벌채펀드”의 “공격”으로부터 ¹⁶⁵ 지키고자 청구인을 특정하여 겨냥하였습니다.¹⁶⁶ 수많은 정부 내부 문서는 청구인을 특정하여 언급하고 있습니다.¹⁶⁷ 이렇게 청구인은 대한민국이 본건 합병을 통하여 삼성 일가에게 특혜를 부여하려는 계획의 핵심 장애물로서 특정되어 표적이 되었습니다.¹⁶⁸

- c. 국민연금이 본건 합병 찬성 투표 당시 청구인의 입장을 별도로 고려하지 않았다는 대한민국의 주장이 ¹⁶⁹ 사실이라고 할지라도 해당 조치들과 청구인, 그리고 청구인의 삼성물산 지분 간의 필연적인 관련성에는 영향이 없습니다. 또한 이는 사실이 아닙니다. 대한민국은 국민연금이 국민연금기금의 결정적인 찬성표를 던져 본건 합병을 승인할 경우 청구인에게 어떠한 영향을 미칠지 너무나 잘 알고 있었습니다. 예를 들어 ■ 본부장은 청와대 ■ 수석비서관과 “투자위원회에서 합병 찬성으로 결정되면, 국민연금공단이 외국계 자본인 엘리엇 등으로부터 ISD(국제투자소송)를 당할 수 있”지 않을까 하는 우려를 구체적으로 논하였습니다.¹⁷⁰

58. 조치가 청구인 내지 청구인의 투자와 “관련성”이 있어야 한다는 모든 협정상 요건은 이와 같이 당연히 충족됩니다.

¹⁶⁴ [■] 자필메모, 날짜 미상, **Exh C-585**, 제 4면 등 참조.

¹⁶⁵ 2017. 7. 4.자 ■ 증인신문 녹취서 (■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-520**, 제 43-46면; [■], “삼성물산 합병안건 투자위원회 의결시 문제점”, [2015. 7. 7. 또는 7.8.], **Exh C-420**, 제 3면.

¹⁶⁶ 한겨레 2017. 1. 1.자 보도, “박근혜 대통령 1일 새해 간담회 전문”, **Exh C-60**, 제 5-6면.

¹⁶⁷ [청와대], “해외 헤지펀드에 대한 국내기업의 경영권 방어 대책 검토”, 날짜 미상, **Exh C-587**; 2016. 12. 26.자 ■ 특별검사 진술조서, **Exh C-463**, 제 8면; *YTN* 2017. 7. 20.자 보도, “靑, 박근혜 정부 문건 추가 브리핑 (전문)”, **Exh C-72**, 제 1면.

¹⁶⁸ [■] 업무일지, [2015.6.25.], **Exh C-367**, 제 3면 (■ 수석비서관이 2015년 6월 말경 청와대는 삼성물산-제일모직 합병을 “삼성-엘리엇 분쟁”이라고 간주한다는 일지 기록) 등 참조.

¹⁶⁹ 재판문서면, 제 39, 41(a)항.

¹⁷⁰ 2017. 5. 17.자 ■ 피고인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-511**, 제 55면; 2017. 7. 4.자 ■ 증인신문 녹취서 (■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-520**, 제 32-33면. 재판박서면, 제 121항도 참조.

IV. 조치들은 대한민국에 귀속됩니다

59. 대한민국은 ■ 대통령, 청와대, ■ 장관 및 보건복지부 공무원들의 행위가 대한민국에 귀속됨을 부정할 수 없습니다.¹⁷¹ 따라서 이어지는 행위귀속에 관한 대한민국의 항변은 청구인이 문제삼고 있는 대한민국 대통령직과 장관직으로부터 유발된 행위의 대부분에는 적용되지도 않습니다. 그러나 대한민국은 한국 행정부의 일부를 구성하는 공공기관이자 행정청인 국민연금에 대한 책임을 계속 부정하고 있습니다.¹⁷² 이는 본건 중재의 원인이 된 사건이 전개되던 시기의 입장과는 급격히 달라진 것입니다. 바로 위에서 살펴본 바와 같이, 국민연금 기금운용본부장은 그 무렵 “국민연금공단이... ISD (국제투자소송)를 당할 수 있다는” 위협을¹⁷³ 청와대 관계자들과 공공연히 논의하였는데, 이러한, 그리고 이와 유사한 논의 가운데서 단 한번도 국민연금이 투자협정에 따른 책임 부담의 목적상 대한민국 정부의 일부가 아니라는 취지로 그 우려가 해소된 경우는 단 한번도 없었습니다.
60. 대한민국이 현재 부인하고 있는 바와 달리, 국민연금은 ILC 규정 제 4 조 및 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호의 해석상 “State organ”에 해당하고 (*Section II.A*), ILC 규정 제 5 조 및 협정 제 11.1 조 제 3 항 나호의 해석상 정부로부터 위임받은 권한을 행사하며 (*Section II.B*), ILC 규정 제 8 조의 해석상 본건 합병과 관련하여 청와대와 보건복지부의 “지시 또는 통제”에 따라 움직였습니다 (*Section II.C*). 그러므로 국민연금의 행위 역시 대한민국에 귀속됩니다.

A. 국민연금의 행위는 협정과 국제관습법상 대한민국에 귀속됩니다

61. 대한민국은 한편으로 국제법위원회의 국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정(이하 “**ILC 규정**”) 제 4 조 및 제 5 조에 반영된 원칙이 여전히 “적용가능한 국제법 규칙”임을 인정하면서도, 협정 제 11.1 조 제 3 항이 ILC 규정을 대체한다고 주장합니다.¹⁷⁴ 아래에서 자세히 설명하는 바와 같은 이유로, 협정이 ILC 규정 제 8 조의 **특별법**이라는 주장은

¹⁷¹ 재반박서면, 제 298 항; 재반론서면, 각주 69 번; 상기 제 4650 항도 참조.

¹⁷² 재반론서면, 제 44 항.

¹⁷³ 2017. 5. 17.자 ■ 피고인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-511**, 제 55 면; 2017. 7. 4.자 ■ 증인신문 녹취서 (■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-520**, 제 32-33 면.

¹⁷⁴ 재반론서면, 제 45, 67, 92 항 (“협정 제 11.1 조 제 3 항에 관한 국제법상 원칙은 국제법위원회 규정 제 4 조 및 제 5 조로, 이들 조항은 당사국들이 이 협정에 포함시키기로 선택한 행위귀속에 관한 구체적 원칙과 그 내용이 일치합니다. 국제법위원회 규정 제 8 조는 이 사건에 적용될 수 없습니다.”).

인용될 수 없습니다.¹⁷⁵ 제 11.1 조 제 3 항은 적용가능한 국제관습법 규칙을 부분적으로 반영하고 있으나, 이를 대체하지는 않습니다.¹⁷⁶

B. 국민연금은 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호 및 ILC 규정 제 4 조에 따라 STATE ORGAN 에 해당합니다

62. 청구인은 ILC 규정 제 4 조 및 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호의 국제관습법 규칙에 의거하여 국민연금이 State organ 임을 주장합니다.

63. 상기하건대, 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호는 다음과 같이 규정합니다.

이 장의 목적상, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치라 함은 다음을 말한다.

가. 중앙·지역 또는 지방 정부와 당국.

64. 양 당사자가 합의하는 바와 같이, “중앙...정부와 당국”이라는 용어가 어떻게 이해되어야 하는지를 판단하기 위하여는 국제관습법을 살펴볼 필요가 있습니다.¹⁷⁷ ILC 규정 제 4 조는 다음과 같이 규정합니다:

¹⁷⁵ 하기 Section IV.D.1 참조.

¹⁷⁶ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/07/26) 2016. 12. 8.자 판정문, **Exh CLA-176**, 제 1200 항 (“BIT 는 국제법의 일부로서 국제법의 다른 규칙들과 조화롭게 해석되어야 한다.”); *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* 사건(ICSID Case No. ARB/14/21) 필립 샌즈 QC (Philippe Sands QC) 교수의 2017. 9. 12.자 부분적 반대의견, **Exh CLA-90**, 제 41 항 (“...(양자간투자협정이 달리 명시적으로 규정하지 않는 한) 양자간투자협정에서 특별법이 작용한다고 해서 [국가책임에 관한 국제법위원회 규정] 제 25 조의 적용이 배제되는 것은 아니며, 제 25 조는 특별법에 따른 예외에 해당하지 않는 경우에도 “2 차적 국제법 규칙”으로서의 계속적인 기능이 있다.”); *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/01/8) 아르헨티나 공화국 판정취소신청에 관한 특별위원회의 2007. 9. 25.자 결정문, **Exh CLA-103**, 제 133-134 항; *Sempra Energy International v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/02/16) 2010. 6. 29.자 아르헨티나 공화국의 판정취소신청에 대한 결정문, **Exh CLA-163**, 제 203-204 항 및 제 208-209 항도 참조.

¹⁷⁷ 재반론서면, 제 45 항 (“국제법위원회 규정 제 4 조를 참조하여 이해될 수 있는... 협정 제 11.1.3(a)항”); 반박서면, 제 249 항.

제 4 조

국가의 기관들의 행위

1. 국가 기관(State organ)의 행위는 국제법상 해당 국가의 행위로 간주되는 바, 해당 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기타 기능을 수행하든, 국가조직 내에서 어떠한 위치를 차지하는지, 중앙정부 또는 국가 지역단위 기관으로서 그 성질이 무엇인지를 불문한다.

2. 기관은 해당 국가의 국내법에 따라 그러한 지위를 가지는 모든 개인이나 실체를 포함한다.

65. 세 가지 점에 주목하여야 합니다. 첫째, “기타 기능”이라는 표현은 어떠한 실체가 국가기관(State organ)인지를 판단함에 있어 그 실체가 수행하는 기능은 (공적 권한의 행사인지 여부와 관계없이) 중요하지 않음을 확인합니다. 그 대신, 국가기관에 대한 판단기준은 구조적인 것으로서 해당 실체가 “국가 조직”의 일부인지 여부, 즉 국가조직체의 일부인지를 문제삼습니다. 둘째, 제 4 조 제 2 항의 “포함한다”라는 표현은 이러한 실체들이 국제법상 기관에 해당하기 위하여 국내법상 반드시 그와 같이 규정되어야 할 필요가 없음을 확인합니다. 양 당사자가 동의하는 바와 같이, 기관이란 국내법이나 관행에 의하여 판단될 수 있습니다.¹⁷⁸ 셋째, 제 4 조는 법률상 국가기관과 사실상 국가기관을 구별하지 않습니다. 두 범주 모두 제 4 조의 의미에 포함되며 각 경우에 있어 동일한 구조적 판단기준이 적용됩니다. 따라서 중재판정부는 국민연금이 법률상 국가기관인지 사실상 국가기관인지 판단할 필요가 없습니다.

66. 본건 중재판정부가 국민연금을 “국가기관(State organ)”으로 판단하여야 함은 당연합니다. Dayyani v. Korea 사건에서는 국민연금과 법적으로 동일하게 분류되는 한국 공공기관인 한국자산관리공사에 대하여 동일한 결론이 도출되었습니다.¹⁷⁹ 국민연금과 마찬가지로, 한국자산관리공사는 별개의 법인격을 가지고, 특정한 법률 위임에 따라

¹⁷⁸ 반박서면, 제 250 항.

¹⁷⁹ Global Arbitration Review, Alison Ross, Tom Jones 기자 2018. 6. 8.자 보도, “이란 투자자들에 의한 한국의 막대한 손실”, Exh C-282; IAReporter 2019. 1. 22.자 보도, “대한민국을 상대로 한 이란인들의 중재 승소 전망이 드디어 밝혀지다”, Exh C-299(Mohammad Reza Dayyani et ors v. Republic of Korea 사건(PCA Case No. 2015-38)에 대한 2018. 6. 판정(미공개) 언급); 수정 청구서면, 제 185 항.

한국 국민을 위하여 공공적 기능을 수행하며, 한국법상 기금관리형 준정부기관으로 지정되어 있습니다. 대한민국은 이러한 요소가 국민연금을 “국가기관(State organ)”으로 만드는 것은 아니라고 주장하고 있으나, Dayyani 사건 중재판정부는 동일한 사실을 바탕으로 한국자산관리공사가 국가기관이라는 결론에 쉽사리 도달하였습니다. 대한민국은 재반론서면에서 한국자산관리공사가 미국 법원에서 주권면제를 주장하면서 국가기관에 해당한다는 입장을 스스로 취한 바 있음을 인정하는데,¹⁸⁰ 이는 당연하게도 중재판정부가 결론에 도달하는데 참고한 요소였습니다. 그러한 요소는 본건에서도 대한민국에 도움이 되지 않습니다. 오히려, 그것은 기능적으로 동일한 조직이 본건에서 다르게 취급되어야 한다는 주장이 왜 유지될 수 없는지를 보여줍니다.

67. 대한민국은 Dayyani 사건에도 불구하고 국민연금이 국가기관임을 계속하여 부정하고 있습니다. 법적 당사자들의 주장 사이에는 다음과 같은 두 가지 주요 차이점이 존재하는 것으로 보입니다.

- a. 국내법상 “국가기관(State organ)”과 유사한 일반개념을 두지 않은 국가에서 적용되는 “국가기관(State organ)”의 판단기준¹⁸¹
- b. 별개의 법인격을 가진 실체라는 이유로 국민연금이 국제법상 국가기관에 해당하지 않게 되는지 여부¹⁸²

68. 청구인은 각 쟁점에 대응함에 있어 적용가능한 법과 그에 따라 국민연금이 국가기관에 해당하는 이유를 설명하겠습니다.

1. 국민연금은 대한민국 정부의 일부입니다

(i) 국가조직체의 판단기준

69. 당사자들 사이의 첫 번째 쟁점은 국내법이 “국가기관(State organ)”과 유사한 일반개념 또는 정의를 두지 않은 경우에 어떤 기준으로 “국가기관(State organ)”인지 여부를 판단해야 하는가입니다.¹⁸³ 한국법은 이와 같은 포괄적인 개념을 사용하거나 이를 필요로 하지 않지만, 한국법상 공공기관 지정은 그 공공기관이 국제법상 국가기관에

¹⁸⁰ 재반론서면, 제 66(a)항.

¹⁸¹ 재반론서면, 제 55-57 항.

¹⁸² 재반론서면, 제 53 항.

¹⁸³ 재반론서면, 제 55-57 항.

해당할 수 있는지를 판단함에 있어 고려사항 중 하나입니다.¹⁸⁴ 따라서 청구인이 국민연금에 *법률상* 국가기관이 아님을 인정하고 있다는 대한민국 주장은 잘못된 것입니다.¹⁸⁵

70. 실제로, 대한민국도 이제는 본 중재판정부가 한국법상 국가기관의 정의를 살펴볼 필요가 없다는 것을 인정하고 있습니다. 대한민국의 반박서면 중 ILC 규정 제 4 조에 따른 행위귀속 주장의 핵심은 “한국 행정법상 국가기관에 해당하는지 여부는 헌법 및 헌법에 기초한 법률에 의해 결정”된다는 것이었습니다.¹⁸⁶ 한편 대한민국은 재반론서면에서는 “한국법이 ‘국가기관(State organ)’이라는 표현을 사용하는지 여부는 중요하지 않”음을 인정하면서, 해당 서면과 전문가 보고서에서 국민연금이 “국가의 행정조직”의 일부인지 여부를 검토하는 방향으로 선회하였습니다.¹⁸⁷
71. 그렇지만 대한민국의 새로운 “행정조직”에 대한 판단기준은 청구인이 제시하는 국가기관(State organ) 여부를 판단하는 데 적합한 기준에 근접하는 것으로 보이는 바, 곧 국민연금이 한국 “국가조직체의 일부”인지 여부를 “국내법과 관행”에 의하여 판단하는 것입니다.¹⁸⁸ 이러한 판단기준은 해당 국가의 국내법상 “국가기관”이라는 개념을 사용하는지 여부와 관계없이 적용된다는 것이 청구인의 입장입니다. 실제로 국내법은 국가기관의 판단 요소 중 하나일지언정 유일한 요소는 아닙니다.¹⁸⁹ 이와 반대로 대한민국은 자국의 국내법이 국가의 구성부분을 완벽하게 정의하고 있다는 주장에 근거하여 보다 까다로운 판단기준을 제시합니다.

¹⁸⁴ 수정 청구서면, 제 181 항; 재반박서면, 제 331 항.

¹⁸⁵ 재반론서면, 제 46 항.

¹⁸⁶ 반박서면, 제 254 항.

¹⁸⁷ 재반론서면, 제 47-48 항. 김성수 교수가 “organic structure of the Korean government”라는 뜻으로 사용한 한국어 표현 (*정부조직*)의 글자 그대로의 번역은 “정부조직”입니다. 이는 한국 법령에서 명시적으로 정의된 바 없는 추상적인 용어지만, 정부조직법 (2014. 11. 19. 시행 기준) **Exh C-258**의 제목으로 사용되고 있습니다. 이는 동법 제 1 조의 “국가행정기관”이라는 용어와 구별되어야 합니다.

¹⁸⁸ 재반박서면, 제 318 항; 니카라과 내부 및 對니카라과 군사 및 준군사활동(Nicaragua v. United States of America 사건), 본안판결에 대한 Ago 판사의 별개의견, 1986년 국제사법재판소 보고서, **Exh CLA-96**, 제 188 면(기관을 “국가조직체에 직접 소속되어 이에 따라 행동하는 개인이나 집단”으로 정의); Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada 사건(PCA Case No. 2009-04) 관할 및 책임정부 관련 2015. 3. 17.자 판정문, **Exh CLA-3**, 제 305-324 항(“완전한 의존”이라는 판단기준에 의하지 않고도 합동검토위원회(JRP)은 “캐나다 정부조직체의 필수불가결한 일부”로서 제 4 조에 따른 국가기관이라고 판시); 반박서면, 제 250 항도 참조.

¹⁸⁹ ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**, 제 4 조, 제 42 면, 제 11 항.

72. 대한민국은 *Bosnian Genocide* 사건에 대한 국제사법재판소 판결에 거의 전적으로 의존하면서, 국내법상 국가의 일부로 지정된 바 없는 법인격은 그에 대한 “국가의 고도의 지배력”이 존재하는 경우에 한하여 “국가기관”에 해당할 수 있으며, 이러한 실체는 “국가에 ‘온전히 의존하여’ 행위”하여야 한다고 주장합니다.¹⁹⁰ 또한 대한민국은 동 사건에서 *법률상* 및 *사실상* 국가기관을 구별하는 점에 의존하고 있습니다. 하지만 이와 같이 선별적으로 인용된 부분들은 대한민국이 주장하는 바와 같은 “*사실상* 국가기관의 국제법상 판단기준”에 해당하지 않습니다.¹⁹¹ 국제사법재판소는 제 4 조에 따른 판단기준을 분명히 확인하면서도,¹⁹² 유고슬라비아 해체에 따라 보스니아 헤르체고비나가 된 영토에 거점을 둔 비정규 준군사집단에 의한 집단학살 행위라는 특수하고 “이례적인” 맥락에서 이를 적용할 것을 요청받았습니다. 하지만 그러한 비정규 준군사집단은 구 유고슬라비아공화국 내에서 법인격 등의 정식 지위를 부여받은 바 없었습니다.¹⁹³ 해당 구성원들은 구 유고슬라비아공화국 군대의 일원이 아니었으며, 구 유고 슬라비아공화국에서 군인 계급을 받은 적도 없었습니다.¹⁹⁴ 나아가, 국제사법재판소는 집단학살과 같이 “특별한 중범죄”에 대한 혐의를 배경으로 한 행위귀속 판단에는 “완전히 최종적인” 증거가 필요함을 인정하였습니다.¹⁹⁵

¹⁹⁰ 반박서면, 제 251 항; 2007 년도 국제사법재판소 보고서, 제 43 면, *집단학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약의 적용사례(Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro 사건)* [2007] 국제사법재판소 보고서 43, **Exh CLA-24**, 제 393 항을 인용하고 있는 재판문서면, 제 55 항.

¹⁹¹ 재판문서면, 제 56(a)항.

¹⁹² 2007 년도 국제사법재판소 보고서, 제 43 면, *집단학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약의 적용사례(Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro 사건)*, **Exh CLA-24**, 제 385 항.

¹⁹³ 2007 년도 국제사법재판소 보고서, 제 43 면, *집단학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약의 적용사례(Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro 사건)*, **Exh CLA-24**, 제 386 항.

¹⁹⁴ 2007 년도 국제사법재판소 보고서, 제 43 면, *집단학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약의 적용사례(Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro 사건)*, **Exh CLA-24**, 제 388 항. 법정은 또한 공무원들의 지위가 (구 유고슬라비아공화국이 아닌) 스텝스카 공화국의 대통령으로부터 부여되었으며 “스텝스카 공화국의 정치 수뇌부에 종속되었음”에 주목하였습니다.

¹⁹⁵ 2007 년도 국제사법재판소 보고서, 제 43 면, *집단학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약의 적용사례(Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro 사건)*, **Exh CLA-24**, 제 209 항 (“...특별한 중범죄에 대한 혐의와 관련된 국가에 대한 청구는 완전히 최종적인 증거로 증명되어야 하며...이 법정은 집단학살 또는 제 3 조에 열거된 기타 행위가 자행되었다는 주장이 명백히 증명되었다는 점에 대해 수궁하여야 한다. 그러한 행위에 대한 귀속의 증명에도 동일한

73. 투자중재에는 동일한 고려사항이 적용될 여지가 없습니다.¹⁹⁶ 투자 중재판정부 대다수는 *Bosnian Genocide* 사건을 제 4 조에 따라 사실상 기관에 대한 전형적인 판단기준을 선언한 법원으로 언급하지 않으며,¹⁹⁷ 이는 대한민국 스스로 인용한 판례들에서도 마찬가지입니다.¹⁹⁸ 대한민국은 “국가기관(State organ)”의 맥락에서 *Bosnian Genocide* 사건을 언급한 투자 중재판정부로는 겨우 한 사건만을 제시합니다.¹⁹⁹ 그러나, 확립된 법리는 청구인이 제시하는 국가기관(State organ) 판단 기준을 확인하는데, 바로 해당 실체가 국가조직체에 통합된 정도를 기준으로 하는 것입니다.²⁰⁰

기준이 적용된다.”); 제 393 항 (“따라서 국내법상 국가기관의 지위를 지니지 않음에도 불구하고 개인 또는 실체를 국가기관으로 인정하기 위해서는 국가로부터 특별히 강한 통제가 존재한다는 특수한 상황이 요구된다”).

¹⁹⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 130 항 (“그러한 [외국의 무력개입이나 국제형사책임 등] 국제법 영역에서 발전된 접근법이 국제경제법적 현실에 항상 부합하는 것은 아니며, 투자분쟁의 구체적인 사실로써 타당한 근거가 마련되어 있다면 행위귀속을 인정하는데 장애가 되어서는 안 된다”).

¹⁹⁷ 재반박서면, 제 321 항; *Ampal-American Israel Corp. and ors v. Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/12/11) 책임성부 및 손해유형 관련 2017. 2. 21.자 결정문, **Exh CLA-23**, 제 132-147 항(“완전한 의준”이라는 판단기준을 참고하지 않고도 “EGPC 는 이집트의 국가기관”이라고 판시); *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Republic of Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 8. 12.자 판정문, **Exh CLA-5**, 제 425 항(“국제법위원회 규정 제 4 조가 제시하는 원칙상 PPL 이 국가기관인지 여부를 판단하기 위해선 PPL 의 지위, 구조 및 운영에 관한 보다 상세한 분석이 요구된다”); *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2009-04) 관할 및 책임 여부 관련 2015. 3. 17.자 판정문, **Exh CLA-3**, 제 305-324 항(“완전한 의준”이라는 판단기준에 의하지 않고도 합동검토회위원회(JRP)은 “캐나다 정부조직체의 필수불가결한 일부로서 제 4 조에 따른 국가기관이라고 판시) 등 참조. *Kristian Almås and Geir Almås v. The Republic of Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 6. 27.자 판정문, **Exh RLA-80**, 제 80 항(“핵심 정부기능의 수행, 중앙정부에 대한 직접적이고 일상적인 종속 또는 운영상 자주성의 완전한 부재 등 기타 요소가 반대 상황을 나타낼 경우 어떠한 실체의 자국 내 지위가 반드시 동 실체가 국가기관이 아님을 내포하지는 아니한다.” 놀랍게도 대한민국이 근거로 드는 동 사건은 *Bosnian Genocide* 사건을 국제법위원회 규정 제 4 조가 아니라 제 8 조의 맥락에서 인용하고 있습니다. 동 사건은 대신 “자율적 관리 및 재정상태”에 기반하여 ANR 이 사실상 국가기관에 해당하지 아니한다는 결론을 내렸습니다. 상계서, 제 213 항) 도 참조. 대한민국 역시 *The ROK itself acknowledges that Almås v. Poland* 사건이 스스로 주장하는 “국가통제” 판단기준을 적용하지 아니하며 “*사실상* 국가기관에 해당하는지 여부에 대해 국가의 통제 요소가 영향을 미치지 *못한다*”는 점을 강조함을 인정하고 있습니다. 재반박서면, 제 64 항 참조.

¹⁹⁸ *Kristian Almås and Geir Almås v. The Republic of Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 6. 27.자 판정문, **Exh RLA-80**, 제 80 항(“어떤 법인격의 국내법상 지위가 국가기관이 아니더라도, 핵심 정부기능의 수행, 중앙정부에 대한 직접적이고 일상적인 종속 또는 운영상 자주성의 완전한 부재 등의 요소가 반대 상황을 나타낼 경우 반드시 해당 법인격이 국가기관이 아니라는 의미는 아니다.” 놀랍게도 대한민국이 의존하는 동 사건은 *Bosnian Genocide* 사건을 국제법위원회 규정 제 4 조가 아니라 제 8 조의 맥락에서 인용하고 있습니다. 동 사건은 대신 “자율적 관리 및 재정상태”에 기반하여 ANR 이 사실상 국가기관에 해당하지 아니라는 결론을 내렸습니다. 전계서, 제 213 항) 도 참조.

¹⁹⁹ *Union Fenosa Gas, S.A. v Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/14/4), 2018. 8. 31.자 판정문, **Exh RLA-88**, 제 9.96 항을 인용하고 있는 재반박서면, 제 56(b)항.

²⁰⁰ 상기 제 6971 항 참조.

설령 *Bosnian Genocide* 사건의 판단기준을 적용하더라도, ILC 규정 제 8 조에 대해 아래에서 설명하는 바와 같은 이유로 본 사건 사실관계는 그와 같은 기준을 수월히 충족시킬 수 있습니다.²⁰¹

(ii) 국민연금은 한국 행정부의 일부를 구성합니다

74. 청구인은 한국법상 국민연금이 한국의 “국가조직체” (또는 대한민국의 표현에 의하면 “국가의 행정조직”) 일부가 아닌 이유에 대한 대한민국의 주장에 대해아래와 같이 반론합니다.
75. 첫째, 대한민국은 국민연금이 “한국법에 따른 국가기관의 개념에 포함되”지 않기 때문에 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호에 따라 국민연금의 행위가 대한민국에 귀속되지 않는다고 주장합니다.²⁰² 구체적으로, 대한민국은 이번에도 “한국 헌법과 정부조직법이 국가의 행정조직을 구성하는 단체 또는 자연인을 포괄적으로 규정하고 있으며”, 국민연금은 이에 포함되지 않는다고 주장합니다.²⁰³ 그러나 정부조직법과 헌법은 대한민국 정부의 범위를 포괄적으로 열거하지 않고, “국가행정기관”의 “대강”만을 정하고 있습니다.²⁰⁴ 또한, 정부조직법은 다른 법에 의하여 권한을 부여받아 위임된 행정사무를 수행하는 그 밖의 “행정기관”이 존재함을 예정하고 있습니다.²⁰⁵ 다양한 용어를 사용하여 국가기관을 설명하는 것은 한국법의 특징 중 하나입니다.²⁰⁶

²⁰¹ 하기 Section IV.D. 참조.

²⁰² 재반론서면, 제 47 항.

²⁰³ 재반론서면, 제 48 항(강조표시 임의추가).

²⁰⁴ 정부조직법(2014. 11. 19. 시행 기준), **Exh C-258**, 제 1 조(“이 법은 국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 한다.”)

²⁰⁵ 정부조직법(2014. 11. 19. 시행 기준), **Exh C-258**, 제 6(1)조(“행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.” (강조표시 임의추가)); 이중기 교수 제 1 차 전문가 의견서 (**이중기 교수 제 1 차 의견서**), 2019. 4. 4.자, **CER-1**, 제 31(ii)항도 참조.

²⁰⁶ 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 14 항 참조; 중앙행정청 및 지방정부를 포함하여 “공공기관”에 적용되는 공공기관의 정보공개에 관한 법률, **Exh C-136** 도 참조; 마찬가지로, “정부, 금융위원회...공적자금의 관련 기관”을 언급하는 공적자금관리 특별법, **Exh C-687**, 제 3(3)조.

76. 김성수 교수는 그의 2 차 전문가 보고서에서 정부조직법과 헌법에 열거된 중앙행정기관만이 한국의 “행정조직”에 해당한다고 주장합니다.²⁰⁷ 김성수 교수는 이러한 접근을 취함으로써 행정기관이 한국법상 “중앙행정기관” 지정 여부에 관계없이 대한민국 정부의 일부를 구성할 수 있음을 부인하는 오류를 범하고 있습니다.²⁰⁸ 어떠한 실체가 한국법상 행정부의 일부인지를 판단하는데 고려되는 요소 중에는 그 실체가 행정권한을 행사할 수 있는 권한을 부여 받았는지 여부가 있습니다.²⁰⁹ 이와 관련하여, 당사자들은 한국법상 국민연금이 행정청에 해당하며, 명시적인 정부의 위임에 따라 행정기능을 수행한다는 점에 동의합니다.²¹⁰
77. 둘째, 대한민국은 국민연금이 행정기능을 수행하며 따라서 한국법상 행정기관에 해당함에는 동의하고 있으나,²¹¹ 국민연금이 “국가의 수직적 체계의 일부를 구성하지 아니[하는] ... 간접적 행정조직”에 지나지 아니한다며 그 중요성을 부인하고자 합니다.²¹² 그러나 모든 행정조직은 국가의 행정부의 일부를 구성하며 공공(행정)법상 부여된 권리 및 의무를 가지므로 대한민국이 주장하는 소위 직/간접의 구분은 무의미합니다.²¹³ 그러한 구분은 국가가 행정권한을 직접 위임하였는지, 아니면 (국민연금과 같이) 별개의 법인격을 가지는 공공기관의 경우와 같이 먼저 (보건복지부장관 등) 중앙행정기관에서 위임하였는지를 설명할 때 유일하게 의미가

²⁰⁷ 김성수 교수 제 2 차 전문가 의견서 (김성수 교수 제 2 차 의견서), RER-4, 제 15(c)항; 제 18(b)항. 이 교수는 합병 당시 발효되지 아니하였던 정부조직법안을 인용하여 동 주장을 뒷받침합니다. 정부조직법 (2020. 9. 12. 시행 기준), Exh SSK-53, 제 2(2)조 (강조표시 임의추가). (소위 “한국의 헌법에 근거하여 제정된 정부조직법 및 여타 법령에 따라 설립된 국가기관”을 인정하는) 김성수 교수 제 1 차 전문가 의견서 (김성수 교수 제 1 차 의견서), RER-2, 제 11(b)항과 비교.

²⁰⁸ 이증기 교수 제 2 차 의견서, 제 19 항 참조; 재판론서면, 제 48 항도 참조. 김성수, “행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성,” 부산대학교 로리뷰 1 권, (2017) 2 (58), (2017) 2 (58), (PDF 상) Exh C-699, 제 5 면 (“행정조직에는 국가행정조직, 지방행정조직, 공공기관 등 다양한 형태가 존재하고 각자 조직의 구성 및 운영원리가 상이하기 때문에 이를 모두 포괄하는 행정조직법의 일의적인 정의는 어렵다고 볼 수 있다.” (강조표시 임의추가)) 와 비교.

²⁰⁹ 이증기 교수 제 2 차 의견서, 제 19 항.

²¹⁰ 반박서면, 제 266 항; 재판론서면, 제 52 항; 재판박서면, 제 331(c)항; 이증기 교수 제 2 차 의견서, 제 30 항.

²¹¹ 반박서면, 제 266 항.

²¹² 재판론서면, 제 52 항; 반박서면, 제 266 항도 참조.

²¹³ 이증기 교수 제 2 차 의견서, 제 28 항; 강현호, “행정법의 이해”, (제 1 판, 2018), Exh C-690 제 92, 94, 95 면; 김남진, 김연태, “행정법 II”, (제 24 판, 2020), Exh C-696, 제 44, 60 면; 김유환, “현대 행정법강의”, (제 5 판, 2020), Exh C-694, 제 341, 355-356 면; 홍정선, “행정법원리 (II)”, (제 28 판, 2020), Exh C-693, 제 6-7 면도 참조.

있습니다.²¹⁴ 대한민국이 인용하는 헌법재판소 판결조차도 “간접적 행정청”이라는 용어를 사용하거나 해당 기관이 국가행정조직의 일부를 구성하지 아니한다는 결론을 내리지 않았습니다.²¹⁵ 아울러 동 판결들은 “간접 행정”이 김성수 교수가 *State organ* 과 혼용하여 사용하는 국문 용어인 *국가기관의* 공공권한 행사에 해당함을 확인하고 있습니다.²¹⁶

78. 이중기 교수가 설명한 바와 같이, 한국에서 행정기능이 부여된 실체의 다양성을 고려할 때, 한국 법체계는 정부의 행정부를 포괄적으로 정의하고자 시도하지 아니합니다.²¹⁷ 그와 반대로, 행정청은 위임된 행정기능을 수행하는 국가조직을 포함합니다.²¹⁸ 대한민국은 국민연금에 대한 한국 정부 행정부의 일부로서 위임된 행정적 및 헌법상 기능, 즉 한국 연금가입자들에 대한 국민연금 지급이라는 기능을 행한다는 사실에 대하여 아무런 반론을 하지 않습니다.²¹⁹

²¹⁴ 김남진, 김연태, “행정법 II”, (제 24 판, 2020), **Exh C-696**, 제 44, 60 면.

²¹⁵ 재판문서면, 제 52 항.

²¹⁶ 김성수 교수 제 2 차 의견서, 각주 72.

²¹⁷ 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 10-12 항. 정부조직법의 미포괄성에 대하여는, **Exh SSK-38** (최신 발췌본) 제 115-116 면 (“행정조직법정주의가 반드시 정부조직법과 같이 단일 법률에 의한 행정조직화를 의미하지 않으며, 모든 행정조직을 국회가 형식적 의미의 법률로 반드시 정해야 한다는 법원칙은 아니라는 점을 염두에 두어야 할 것이다.”) 참조; 강현호, “*행정법의 이해*”, (제 1 판, 2018), **Exh C-690**, 제 92 면, (“정부조직법 제 1 조는 동법은 국가행정사무의 통일적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 대강을 정하기 때문에 *동법에서 국가행정기관에 대하여 완결적으로 규정하고 있다고 볼 수는 없다.*” (강조표시 임의추가)). 김성수 교수는 이중기 교수가 한국법상 행정법 분야를 정의하는 과정에서의 유추 및 활성화된 이론을 뒷받침하기 위하여 교과서에 의존하고 있음을 비판합니다: 김성수 교수 제 2 차 전문가 보고서, 제 11-12 항. 그러나 실제로 이러한 이론들은 행정조직을 정의하는 데 있어 잘 확립되어 있으며, 김성수 교수 자신도 적용한 바 있는 것으로 보입니다. 김성수, “일반행정법-행정법이론의 헌법적 원리”(제 8 판, 홍문사, 2018), **Exh C-689**, 제 8-11 면 (“그런데 정작 행정법의 대상인 행정의 개념을 정확하게 정의한다는 것을 어렵다... 행정법의 대상으로서 행정의 개념과 성격을 권력분립의 원칙에 따라 다른 국가작용인 입법작용과 사법작용의 비교를 통하여 더 명확해질 수 있다.”) 참조; 하명호, “행정법”, (제 2 판, 2020), **Exh C-695**, 제 3 면; 김남진, 김연태, “행정법 II”, (제 24 판, 2020), **Exh C-696**, 제 4 면; “행정법원리 (I)”, (제 28 판, 2020), **Exh C-693**, 제 4-5 면도 참고.

²¹⁸ 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 12 항; 행정조사기본법, 2018. 10. 18.자 **Exh C-691**, 제 2(1)(4)조; 행정조사기본법, **Exh C-688**, 제 2(3)조 (“행정기관”을 “법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과... 행정조사업무를 수행하는 행정기관의 공무원·직원 또는 개인”으로 정의).

²¹⁹ 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 30, 35 항 (국민연금은 “보건복지부장관의 행정사무”를 수행합니다), 제 46 항 (한국 국민에 대한 복지 제공이라는 헌법적 명령을 이행), 제 48 항 (“국민연금에 ‘행정권한’이 부여됨”); 김성수 교수 제 2 차 전문가 보고서, 제 38 항 (국민연금은 “특정 행정업무”를 수행) 및 제 45 항 (국민연금은 “행정권한”을 행사)도 참조.

79. 대한민국은 국민연금이 대한민국 정부의 일부를 구성함을 확인하는 한국법상 기타 특성 다수에 반박하지 아니하는데, 이는 다음과 같습니다.²²⁰

- a. 국민연금이 공식적으로 “공공기관”, 구체적으로 “기금관리형 준정부기관”으로 분류된다는 데에는 이견이 없습니다.²²¹ 국민연금의 전체 매출이 보조금 또는 국민연금기금의 형태로 정부로부터 이관된 기금으로부터 발생하므로 국민연금은 “공공기관”의 정의에 부합합니다.²²² 한국법상 국민연금의 분류는 유의미한데, 국민연금이 사기업이 아니라 “공적”이며 나아가 “준정부적” 성격을 띠음을 확인하기 때문입니다. “공공기관”으로서의 국민연금의 지위는 또한 아래에서 상술하는 바와 같이 한국법의 기타 여러 목적상 대한민국 정부의 일부로 간주됨을 의미합니다.
- b. 국민연금은 “행정청”으로 인식되며 그 결정은 한국법상 행정 및 헌법심사의 대상입니다. ²²³ 행정심사의 대상이라는 점이 국가기관의 식별요인임을 중재판정부들이 확인한 바 있습니다.²²⁴ 대한민국은 반박서면에서 이를 다투지 아니하며,²²⁵ 재반론서면에서는 이를 전혀 언급조차 하지 아니합니다.

²²⁰ 수정 청구서면, 제 180 항; 재반박서면, 제 331 항.

²²¹ 수정 청구서면, 제 184(a)항; 반박서면, 제 268 항. 대한민국은 재반론서면에서 동 분류를 완전히 무시하고 있습니다.

²²² 공공기관의 운영에 관한 법률, **Exh C-56**, 제 4(1)(ii)조 (“정부지원액이 총수입액의 2분의 1 을 초과하는 기관”).

²²³ 수정 청구서면, 제 183 항; 반박서면, 제 293(c)항; 재반박서면, 제 331 항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 69-74 항; 행정심판법 (2014. 5. 28. 시행 기준), **Exh C-128**, 제 2(4)조; 행정소송법 (2014. 11. 19. 시행 기준), **Exh C-135**, 제 2(2)조; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 48 항; 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 67(b)항, 김성수 교수 제 2 차 의견서, 제 33 항, 각주 72; 2018. 5. 29.자 헌법재판소 결정례 2018 헌마 515, **Exh SSK-45**, 제 2 면 (“헌법재판소법 제 68 조 제 1 항에 의하여 헌법소원의 대상이 되는 행위는 국가기관의 공권력작용에 속하여야 한다. 여기서의 국가기관은 입법·행정·사법 등의 모든 기관을 포함하며, 간접적인 국가행정 등...국립대학교(헌재 1992. 10. 1. 92 헌마 68 등 참조)와 같은 영조물 등의 작용도 헌법소원의 대상이 된다고 할 것이다.”(강조표시 임의추가))도 참조.

²²⁴ *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia* 사건(ICSID Case No. ARB/12/33) 2017. 12. 22.자 판정문, **Exh CLA-173**, 제 804 항(“국제법위원회 규정 제 4 조에 따른 국가기관으로서의 규제당국의 성격은... 여러 관련 지표들로부터 추론할 수 있다... 규제당국의 개별 결정들은 ‘공공시설의 특정 제공자들과 사용자들에 대하여 구속력을 갖는’ 행정행위와 유사하다; 또한 행정행위나 규제당국의 실제 행위 모두 행정지방[법원]에 소 제기 대상이 될 수 있다”).

²²⁵ 반박서면, 제 293(c)항.

- c. 국민연금은 법정 기금이 국가 일반예산과 별도로 설치, 운용될 수 있도록 하기 위한 대한민국의 특정 제도²²⁶에 따라 설립된 법정 법인입니다. 국민연금이 독립성을 가진다고 하여 이를 국가기관으로 간주할 수 없는 것은 아니며,²²⁷ 아래에서 설명하는 바와 같이 국민연금이 자체적인 법인격을 가진다는 사실로 인해 이를 국가기관으로 간주할 수 없는 것도 아닙니다.²²⁸
- d. 공공기관으로서, 국민연금은 재정적으로 독립되어 있지 않습니다.²²⁹ 국민연금의 운영비용은 국가의 예산으로부터 조달되며, 이는 또다시 국가의 세수 및 기타 정부 기금에서 조달됩니다.²³⁰ 매 회계연도 국민연금의 예산안은 이사회에서 마련하여 보건복지부 장관의 승인을 받아야 합니다.²³¹ 대한민국은 국민연금이 “자체 이사회에 의하여 운영됨”을 진술할 뿐,²³² 바로 그 이사들이 대한민국 대통령 및 보건복지부 장관에 의해 임명된 현실은 외면하고 있습니다.²³³
- e. 국민연금 임직원은 뇌물 및 부패죄와 관련된 법규를 포함하여 공무원에게 적용되는 여러 제약의 적용을 받습니다.²³⁴ 아울러, 국민연금은 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 적용을 받는데, 이는 국민연금과 같이 국정을 수행하는

²²⁶ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 40 항; 국가재정법, **Exh C-211**, 제 5 조.

²²⁷ *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia* 사건(ICSID Case No. ARB/12/33) 2017. 12. 22.자 판정문, **Exh CLA-173**, 제 804 항; *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2009-04) 관할 및 책임성부 관련 2015. 3. 17.자 판정문, **Exh CLA-3**, 제 308 항(“그러나 공평한 판단을 하는 기구는 국가의 조직이라 하기에 충분하다”); ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**(사법부 및 기타 독립된 실체가 제 4 조상 규정된 국가기관에 해당함을 확인).

²²⁸ 하기 Section IV.B.2. 참조.

²²⁹ 반박서면, 제 274 항과 비교.

²³⁰ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 56 항. 국민연금의 기타 수입원에는 “정부 보조금”이 포함됩니다: 국민연금법, **Exh C-77**, 제 25, 43 조.

²³¹ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 44(iii)항; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 41(1)조.

²³² 재반론서면, 제 58(b)항.

²³³ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 53 항; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 30(2), 38(1)조.

²³⁴ 수정 청구서면, 제 184(d)항; 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 48 항, 각주 58 참조; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 33 항; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 40 조. 또한 이중기 교수는, 비록 아직 한국 법원에서 그 가능성이 확인된 바는 없으나, 국민연금 임직원들에 대하여 국가배상법상 청구가 가능하다고 보고 있음. 이중기, “국민연금공단과 국민연금기금의 법적 성격과 손해전보체계”, BFL, 제 77 호(2016년 5월), **Exh C-264**, 제 10 및 17-21 면 참조.

모든 공공기관은 제한적인 예외사유에 해당하지 않는 한 한국 국민이 요청하는 정보공개에 충실히 응할 의무를 집니다.²³⁵

f. 대한민국은 대통령과 장관이 국민연금에 대하여 행사하는 관리감독의 수준 및 폭을 부정할 수 없으며,²³⁶ 나아가 주장을 펼치는 과정에서 대한민국은 “이사회 구성원의 선임 및 해임, 밀접한 관리 감독, 국가경제에 중요한 권한의 행사와 같은 국가의 통제 관련 다양한 요소”의 적용을 받음을 인정하는 것으로 보입니다.²³⁷

g. 또한 국민연금은 공공기관으로서 매년 국회의 감사를 받습니다.²³⁸

h. 국민연금은 “국가기관”에 상당한, 따라서 청원법상 “청원대상기관”입니다.²³⁹ 즉, 국민연금은 대한민국 헌법 제 26(1)조의 “정부조직”으로 간주됩니다.²⁴⁰

80. 위 점 모두에 관하여는 다툼이 없습니다. 아울러 국민연금이 국가의 일부임을 확인하는 특징이 다음과 같이 세 가지 더 있습니다.

²³⁵ 대한민국은 이를 다투지 아니합니다. 피청구국이 중재판정부에 발송한 2020. 6. 10.자 서신, 각주 40 번(국민연금이 “공공기관의 정보공개에 관한 법률 등 한국법을 근거로” 문서를 제공하지 않았다고 언급) 참조. 수정 청구서면, 제 184(c)항도 참조; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 65(ii)항; 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2014. 11. 19. 시행 기준), **Exh C-136**, 제 1-3 및 5 조. 반박서면에는 동법이 언급되어 있지 않습니다.

²³⁶ 재반박서면, 제 331(k)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 44(ii)항; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 30(2)조; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 44, 80 항. 대한민국은 그러한 감독권을 부인하지 않고 있습니다. 피청구국이 중재판정부에 발송한 2020. 6. 10.자 서신 제 9 면(“이러한 권한은 국민연금과 관련한 보건복지부장관의 직무를 충족시키기 위한 것”이라며 보건복지부장관이 “감독업무”를 수행한다는 점을 인정) 참조; 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 69 항(“정부부처의 감독과 관련하여 정부가 법률상 국민연금 등 공공기관에 대한 감독권한을 가지고 있는 점은 사실입니다”(강조표시 삭제))도 참조. 김성수 교수의 제 1 차 의견서의 결론과 반대로 보건복지부장관이 국민연금의 의무의 불법 또는 부당한 행사를 중단 또는 취소시킬 수 있음을 확인하는 행정권한 위임 및 위탁규정, **Exh SSK-55** (최신 발췌본), 제 6, 14(3)조, 제 70 항과 비교.

²³⁷ 재반론서면, 제 63 항.

²³⁸ 수정 청구서면, 제 184(b)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 65(i)항; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 33 항; 국정감사 및 조사에 관한 법률(2014. 3. 18. 시행 기준), **Exh C-124**, 제 2, 3 및 7조; 반박서면, 제 275(b)항.

²³⁹ 반박서면, 제 270 항; 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 51 항 (청원법이 “‘행정권한’을 가지는 기관에 적용됨... 국민연금...은 그러한 기관에 해당함.”에 주목함); 청원법(2015. 3. 31. 시행 기준), **Exh C-157**, 제 3 조(“청원대상기관: 법에 의하여 청원을 제출할 수 있는 기관은 다음 각 호와 같다: 1. 국가기관; 2. 지방자치단체와 그 소속기관; 3. 법령에 의하여 행정권한을 가지고 있거나 행정권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인”)도 참조.

²⁴⁰ 수정 청구서면, 제 184(e)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 74 항; 이중기 교수 제 2 차 전문가 의견서, 제 39 항; 대한민국 헌법(1988. 2. 25. 시행 기준) (**헌법**), **Exh C-88**, 제 26(1)조 (“모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.”).

- a. 국민연금은 주식의 취득 및 처분이나 해당 주식의 의결권을 행사함에 있어 국가를 대리하는데, 동 주식은 *법적으로* 국민연금이 아니라 *연기금* (국가)의 소유입니다. 한국 지방법원 및 고등법원의 판결에 따르면, 국민연금이 연기금을 대리하여 주식을 취득하는 행위는 *국가의* 취득을 의미하며,²⁴¹ 국민연금의 역할은 단지 보건복지부장관의 위임에 따라 국민연금기금을 관리, 운용하는 데 있습니다. 법원은 특히 국민연금의 행위가 국가와 독립된 것이라는 주장을 받아들이지 아니하였습니다. 자국 법원의 판결을 부정할 수 없는 바, 대한민국은 이러한 판결 내용을 반박서면 및 재반론서면에서 외면하였습니다.

김성수 교수는 이러한 판결들에 대하여 국민연금이 증권거래세를 납부할 의무가 있음을 근거로 그 의미를 희석하고자 하지만,²⁴² 그러한 주장은 설득력이 없습니다. 김 교수가 의존하는 증권거래세법 제 6(1)조에 명시되어 있듯, 연기금을 포함한 “국가 또는 지방자치단체”는 원칙적으로 증권거래세를 면제받지만, 해당 조문에 연금을 포함한 기금에 대한 명시적인 예외가 규정되어 있습니다.²⁴³ 증권거래세법은 따라서 연기금과 국민연금 모두 “국가 또는 지방자치단체”에 해당한다는 전제를 확인시켜 주는 것입니다.

- b. 아울러 국민연금이 스스로 확인한 바와 같이, 연기금은 “*국가가 운영하므로*” 그 투자는 법인세(예: 양도소득세)를 면제받습니다.²⁴⁴

²⁴¹ 의정부지방법원 2015. 8. 25. 선고 2014 구합 9658 판결, **Exh C-252**, 제-4 면; 서울고등법원 2016. 3. 9. 선고 2015 누 59343 사건, **Exh C-262**; 수정 청구서면, 제 184(e)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 78-79 항; 이중기 교수 제 2 차 전문가 보고서, 제 49-51 항도 참조.

²⁴² 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 61 항.

²⁴³ 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 61 항. 증권거래세법, **Exh SSK-31**, 제 6(1)조도 참조. 연기금은 “첨부 국가재정법의 표 2 에서 규정한 법령에 따라 설립되어” “중앙행정청의 장이 이를 운영”, 즉 보건복지부 장관이 운영하는 기금입니다. 연기금을 “연기금의 관리 및 운영과 관련된 일부 업무를 [국민연금에] 위탁할 수 있는” “보건복지부 장관이 관리 및 운영”함을 확인하는 국민연금법, **Exh C-77**, 제 102 조를 추가로 참조.

²⁴⁴ 법인세법 (2019. 1. 1. 시행기준), **Exh C-692**, 제 3(2)(2)조(“내국법인 중 국가와 지방자치단체(지방자치단체조합을 포함한다. 이하 같다)는 그 소득에 대한 법인세를 납부할 의무가 없다.”)를 인용하는 2020. 5. 26.자 국민연금 “보도자료: 법인세 면제”, **Exh C-697** (“국민연금은 기금투자과 관련하여 법인세법 제 3 조와 국민연금법 제 102 조 제 1 항에 따라 국가에 의하여 운영되는 사업에 해당하는 등의 이유로 양도소득 등의 법인세에 대하여 비과세 적용을 받고 있습니다”) (강조표시 임의추가).

c. 대한민국은 국민연금이 외국법원에서 주권면제를 주장할 권리가 있다는 점을 부인하지 않고 있으며,²⁴⁵ 국민연금이 “다양한 소송에서 독립적인 당사자로서 행위한다는 점”만을 강조하고 있습니다.²⁴⁶ 어떠한 실체도 국가로부터의 명시적 승인 없이 주권면제를 주장할 수 없으므로, 만약 국민연금이 그와 같은 권한이 ~~없었다~~라면 대한민국은 중재판정부에 이를 확인할 수 있었을 것입니다. 따라서 청구인에 유리한 추정을 적용하여 국민연금이 주권면제를 주장할 권한이 있었다고 봄이 타당합니다.²⁴⁷ 대한민국에 따르면 이는 *Dayyani v. Korea* 사건에서 (대한민국은 아직까지 동 판정문을 제출하지 않고 있습니다만) 중재판정부의 결정에 중대한 영향을 미친 요소였습니다.²⁴⁸

2. 별개의 법인격은 국민연금이 국가기관에 해당하지 아니함을 의미하지 않습니다

81. 대한민국은 별개의 법인격을 가지는 실체라도 (사실상) 국가기관으로 간주될 수 있다는 점에 동의합니다.²⁴⁹ 이는 놀라운 일이 아닌 것이 ILC 규정 해설서를 보면 “국가는 사실상 자신의 기관들 중 하나로서 행동하는 조직에 대하여 단지 국내법상 기관의 지위를 부인함으로써 해당 조직의 행위에 대한 책임을 피할 수 없다”고 명확히 하고 있으므로 이는 당연합니다.²⁵⁰ 그럼에도 불구하고 대한민국은 “이 주장에만 의존하는 것은

²⁴⁵ 반박서면, 제 265 항, 각주 397 (수정 청구서면 제 184(h)항; 반박서면 제 265 항, 각주 397 번(“청구인의 주장은 잘못된 것입니다: 중재판정부는 국민연금이 국제법상의 국가기관에 해당하는지를 직접 판단해야 하며, 국민연금이 다른 법적 기준에 따라 주권면제를 성공적으로 청구할 수 있는지(대한민국은 이에 대해 어떠한 입장도 내지 않겠습니다)는 무관한 사항입니다”); 재반론서면, 제 66(b)항.

²⁴⁶ 재반론서면, 제 58(d)항.

²⁴⁷ 재반박서면, 제 331(I)항.

²⁴⁸ 수정 청구서면 제 186 항(*Mohammad Reza Dayyani et ors v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2015-38) 2018. 6. 판정(미공개) 인용); *Murphy v. Korea Asset Management Corp.* 사건(421 F.Supp.2d 627 (S.D.N.Y. 2005)), **Exh C-98**(국민연금과 같은 공공기관인 한국자산관리공사가 미국 법원에서 주권면제를 주장한 사건); *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 405(b)항(CPC의 행위가 국가에 귀속된다는 결론을 뒷받침하는 요소들 중 하나로 “CPC는... 소 제기로부터 면제된다는 혜택을 받는다”는 사실을 언급)도 참조.

²⁴⁹ 재반론서면, 제 53 항.

²⁵⁰ ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**, 제 4 조, 제 11 항, 제 42 면; 상계서, 일반 해설서, 제 7 항, 제 39 면 (“국내법에서 “국가”가 일련의 별개 법적실체들로 세분되는 것은 흔히 있는 일이다. 예를 들면, 정부 부처들과 각종 구성단위, 국가 위원회나 법인들은 *국내법상* 별개의 계좌, 별개의 책임을 가진 *별개의 법인격이 될 수 있다*. 그러나 국제법은 국가가 내부적인 세분화 작용만으로 자신의 국제적 책임을 벗어나도록 허용하지 않는다. 국가는 국제법의 적용대상으로서, *자기조직의 일부를 구성하며 그러한 자격으로 행동하는 일체의 기관, 기구 및 관리들이 국내법상 별개의 법인격을 가지는지 여부를 불문하고 이들의 행위에 대한 책임을 진다.*”(강조표시 임의추가))도 참조.

아니라”는 꼬리표를 붙이긴 하였지만, *법률상* 국가기관 (State organ)을 판단함에 있어 “별개의 법인격이 ‘결정적 기준’으로 받아들여져 왔음”을 주장하고 있습니다.²⁵¹

82. 청구인이 재반박서면에 기재한 바와 같이, 별개의 법인격을 가진 실체들을 국가기관으로 본 사례는 다수 존재합니다.²⁵² 이러한 사건 중에 *Dayyani v. Korea* 사건에 주목할 만한데, 그 사건에서 한국법상 국민연금공사와 동일한 지위를 가지는 법정법인인 한국자산관리공사가 별개의 법인격에도 불구하고 국가기관으로 판단된 것으로 보도된 바 있습니다.²⁵³ 따라서 국가로부터 완전히 독립적인 실체의 경우를 제외하고는 별개의 법인격을 가진 실체가 국가기관으로 간주되는 것은 전혀 “드물”지 않습니다.²⁵⁴

²⁵¹ 재반론서면, 제 53 항 (원문 강조표시). 대한민국은 “결정적 기준”이라는 단어에 인용기호를 삽입하였으나 출처를 제공하지 아니하였습니다.

²⁵² 재반박서면, 제 324 항; 예컨대 *Eureko B.V. v. Republic of Poland* 사건 2005. 8. 19.자 부분판정문, **Exh CLA-34**, 제 134 항 (국고가 본질적으로 사실상 국가기관임을 확인: “폴란드법에서 국고의 지위가 무엇이든 본 중재판정부가 적용하여야 하는 국제법의 관점에서 볼 때 폴란드 공화국은 국고의 행위에 대하여 *Eureko* 에 책임을 진다...본 행위들은...명백히 피청구인에 귀속된다.”); *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 378, 402, 405(f)항; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Republic of Estonia* 사건(ICSID Case No. ARB/99/2) 2001. 6. 25.자 판정문, **Exh CLA-83**, 제 327 항 (중재판정부가 “국가기관”이라는 표현을 사용하지는 아니하였으나 이를 명백히 의도하였습니다: “에스토니아은행은 계약국의 조직으로서 ... 따라서 에스토니아은행의 행위에 관련한 청구에 대하여 에스토니아공화국은 적절한 피청구인이다.”) 참조. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* 사건 (ICSID Case No. ARB/00/4), 2001. 7. 31.자 판정문, **Exh CLA-188**, 제 35 항 (“공적권한의 놀라운 확장을 고려할 때 국가가 자체 법인격을 가지는 법인을 통하여 행동하는 형태는 더 이상 이상한 일이 아니며... 따라서, ADM 은 구조적 및 기능적 관점에서 오직 자체 법인격이 있다는 측면에서만 국가로부터 구별 가능한 실체이므로 본 중재판정부는 ... 이탈리아 기업들이 ADM 이 모로코 왕국의 명의로 행동하는 국영기업임을 증명하였다는 결론을 내리는 바이다.”); *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia* 사건 (SCC Case No. 118/2001), 2003. 12. 16.자 중재판정, **Exh CLA-186**, 제 31 면 (“*Latvenergo* 는 독립된 상업적 기업이거나 과거에 그러하였던 것으로 볼 수 없으며 공화국의 전력시장 조직의 구성부분인 동시에 전력의 가격결정과 관련된 공화국의 의사결정을 실행하기 위한 매체임이 명백하다. 따라서...매입가와 관련된 *Latvenergo* 의...행위는 공화국에 귀속된다.” (강조표시 임의추가)); *Flemingo Duty Free Shop Private Limited (India) v. Poland* 사건(UNCITRAL), 2016. 8. 12.자 판정문, **Exh CLA-5**, 제 434-435 항 (“PPL 이 교통부 조직 내에서 기능하는” 사실상 국가기관임을 확인)도 참조.

²⁵³ *Global Arbitration Review*, Alison Ross, Tom Jones 기자 2018. 6. 8.자 보도, “이란 투자자들에 의한 한국의 막대한 손실”, **Exh C-282**; *IAReporter* Jarrod Hepburn 기자 2019. 1. 22.자 보도, “한국을 상대로 한 이란인들의 중재승소 전말이 드디어 밝혀지다”, **Exh C-299**(*Mohammad Reza Dayyani et ors v. Republic of Korea* 사건(PCA Case No. 2015-38)에 대한 2018. 6. 판정(미공개) 언급); 수정 청구서면 제 185 항; 재반박서면, 제 331(b)항 참조.

²⁵⁴ 재반론서면, 제 54(b)항; “이례적”이라는 대한민국의 의존에 대한 출처가 제공되지 아니하였으나, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 405 항 (“국영기업이 국가기관으로 여겨지는 것이 이례적일지도 모르나, 이는 국영기업이 진정 독립적인 경우에만 그렇다 - 별개의 법적 실체라는

83. 반대로, 중재판정부가 어떤 실체가 국가기관에 해당하지 않는다고 판단하는데 별개의 법인격을 여러 고려 요소 중 하나로 언급한 몇몇 사례가 있습니다. 그러나 이들 사건에서 결정적인 역할을 한 것은 해당 실체가 국가조직체에 통합된 정도에 비하여 자체 목적의 추구를 위하여 얼마나 자주적으로 운영되었는지 였습니다.²⁵⁵ 예컨대, *Almas v. Poland* 사건에서 중재판정부는 “실체가... 할 경우 (국가기관에 해당함을) 유추할 수 없음”을 강조하였습니다. ²⁵⁶ 대한민국이 의존하고 있는 어떤 판정례도 한 실체가 별개의 법인격을 가진다는 이유 자체만으로 국가기관(State organ)에 해당하지 않는다는 주장을 뒷받침하지 않습니다.²⁵⁷
84. 본건 중재사건의 경우, 국민연금은 재정적으로나 상업적으로나 독립적이지 아니하며 국가로부터 “진정으로 분리”되어 있지도 아니합니다. ²⁵⁸ 국민연금은 국가의 예산으로부터 운영비용을 조달하며, 그 매출 중에는 “정부 보조금” 및 (연기금을 통하여) 국가에서 이관된 기타 금원이 포함되어 있습니다.²⁵⁹ 국민연금의 본질적 역할은 모든 연금가입자들을 위하여 국민연금기금을 관리, 운용하는 데 있습니다.²⁶⁰ 국민연금이 보건복지부장관의 구체적인 위임에 따라 동 기능을 수행한다는 데에는 다툼이

형태를 띠는 사실이 결정적인 요소는 아니다”(강조표시 임의추가))에서 맥락과 무관하게 인용된 것으로 짐작할 수 있습니다.

²⁵⁵ *Kristian Almås and Geir Almås v. The Republic of Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 6. 27.자 판정문, **Exh RLA-80**, 제 209, 213 항 (ANR 이 운영, 재정 및 관리상 자주권을 행사하였으므로 “자체적으로” 행동하도록 법적 권한이 부여된 것으로 본다); *Ulysseas, Inc. v The Republic of Ecuador* 사건(UNCITRAL), 2010. 9. 28.자 중간판정문, **Exh RLA-52**, 제 154 항 (국가전기위원회는 재정적 및 상업적 자주성을 띠는 별개의 법적 실체에 해당하였다).

²⁵⁶ *Kristian Almås and Geir Almås v. The Republic of Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 6. 27.자 판정문, **Exh RLA-80**, 제 210 항; 반박서면, 제 274 항도 참조.

²⁵⁷ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* 사건(SCC Arbitration No. 080/2005), 2008. 3. 26.자 최종판정문, **Exh CLA-43**, 제 101 항 (중재판정부는 국가책임의 법리를 논의하지 아니하였으나 우크라이나법이 명시적으로 이러한 경우 국가가 민간 실체의 행위에 책임을 지지 아니함을 인정하고 있다는 사실에 영향을 받은 것으로 나타났다); *La Générale des Carrières et des Mines v. FG Hemisphere Associates* 사건([2012] UKPC 27), **Exh RLA-129**, 제 25, 29 항 (동 사건은 국제법상 귀속이 아니라 영국법상 주권면책의 문제를 다루었습니다. 법원은 “이와 같은 맥락에서 어떠한 기관이 별도의 사법상 인격을 가질지라도 별개 또는 상이한 실체가 아니라 국가의 기관으로 간주될 수 있음”을 인정하였습니다. 동 법원은 “그러나 별도의 사법상 인격은 결정적이지 않으며, 법인격의 구성, 지배 및 기능이 여전히 유의미하다.”는 점 또한 인정하였습니다.)도 참조.

²⁵⁸ *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* 사건(ICSID Case No. ARB/09/02) 2012. 10. 31.자 판정문, **Exh CLA-29**, 제 405 항 (“국영기업이 국가기관으로 간주되는 것은 이례적일지도 모르나, 이는 국영기업이 진정 독립적인 경우에만 그렇다 – 별개의 법적 실체라는 형태를 띠는 사실이 결정적인 요소는 아니다.”(강조표시 임의추가)).

²⁵⁹ 국민연금법, **Exh C-77**, 제 25, 43 조; 이준기 교수 제 1 차 의견서, 제 56 항. 재반박서면, 제 331(h)항 참조.

²⁶⁰ 재반박서면, 제 331(i)항.

없습니다.²⁶¹ 따라서 국민연금이 “민간의 상업적 활동을 수행하고 있다”라는 대한민국 주장은 잘못된 것입니다. ²⁶² 국민연금은 독립된 상업적 목적이 없습니다. 법률이 국민연금이 별도의 법인격으로 설립되도록 한 것은 연기금이 정치적 영향으로부터 독립되어 운영되도록 하기 위함입니다 (안타깝게도, 동 사건에서는 이러한 보호장치에도 불구하고 대통령의 부정한 계획이나 대통령, 청와대 및 보건복지부로부터의 부당한 영향력 행사로부터 국민연금을 보호하기에는 역부족이었던 것입니다)²⁶³ 아울러 국민연금은 대한민국이 인정할 수밖에 없는 바와 같이 한국법상 보건복지부의 통제 대상입니다.²⁶⁴

85. 따라서 ILC 규정 제 4 조 및 협정 제 11.1 조 제 3 항 가호에 반영된 국제관습법상 원칙에 의거하여 국민연금의 행위는 대한민국에 귀속됩니다. 물론 이는 국민연금의 행위가 대한민국에 귀속됨을 뒷받침하는 세 가지 사유 중 하나에 불과합니다.

C. 국민연금의 행위는 협정 제 11.1.조 제 3 항 나호 및 ILC 규정 제 5 조상 위임된 정부권한의 행사에 해당합니다

86. 예비적으로, 청구인은 또한 국제관습법 해석에 따라 협정 제 11.1 조 제 3 항 나호상 “중앙...정부가 위임한 권한을 행사하는 비정부 기관”이 채택 또는 유지한 조치로서 국민연금의 행위가 대한민국에 귀속된다고 주장합니다. 국민연금은 연기금을 관리 및 운영하도록 위임받은 기능의 일부로 연기금의 주권 행사 방침을 결정할 때 정부 기능, 즉 국가가 스스로에게 유보한 기능을 수행하였습니다.²⁶⁵ 대한민국은 본 쟁점에 근거한 귀속 역시 다투고자 하나, 그러한 시도는 성공할 수 없습니다.

²⁶¹ 국민연금법, **Exh C-77**, 제 24-25, 102(1) 및 102(5)조; 국민연금법 시행령, **Exh C-164**, 제 76 조; 수정 청구서면, 제 184(g)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 54, 76-77 항; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 25, 28-30, 45 항; 반박서면, 제 268 항.

²⁶² 반박서면, 제 275(a), 279 항.

²⁶³ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 32(ii), 50, 113 항 (“정치적 영향력으로부터 기금의 독립성을 보장하기 위한, 특히 국민연금법과 기금운용지침에 의해 확립된 적정절차를 회피”에 주목); 국가재정법, **Exh C-211**, 제 5(2)조; 기금운용지침, **Exh C-194**, 제 4(5)조; ██████/██████에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79** (“연금가입자들의 이익과 무관한 정책목표의 달성수단이 되거나 정치적인 목적 또는 이익집단의 이익 추구에 이용되어서는 아니 된다.”).

²⁶⁴ 상기 제 79.f 항 참조.

²⁶⁵ 재반박서면, 제 332 항.

1. 국민연금의 조치는 위임된 권한의 행사 과정에서 채택 또는 유지되었습니다

87. 제 11.1 조 제 3 항 나호상 행위귀속 여부에 관한 판단기준은 중앙정부나 당국에 의한 권한의 위임입니다.²⁶⁶ 이 점과 관련하여 국민연금이 대한민국 정부를 대리하여 위임된 권한을 행사한다는 점에는 당사자 간 다툼이 없습니다.²⁶⁷ 구체적으로, 보건복지부장관은 연기금의 “책임자”가 되어 그 관리 및 운영을 담당하며, 그러한 권한이 재차 국민연금에 위임됩니다.²⁶⁸
88. 대한민국은 협정 제 11.1 조 제 3 항 나호 및 ILC 규정 제 5 조상 귀속을 회피하기 위하여 “문제 되는 구체적인 행위가 ‘정부적인’ 성질을 띠어야 한다”는 요건을 새로이 추가하고자 시도하고 있습니다.²⁶⁹ 그러나 대한민국이 주장하는 것과 같은 “협정상 독립적인 요건”은 존재하지 아니합니다.²⁷⁰ 대한민국은 제 11.1 조 제 3 항의 “행사 과정에서”라는 표현에 의존하여 이 단어들의 통상적 의미가 “구체적인 행위”가 정부적인 성격을 띠어야 함을 의미한다고 주장합니다. 그러나 “행사 과정에서”라는 표현 자체는 권한이 명백히 정부적일 필요가 있음을 의미하지 않습니다(위임된 권한이 행사되어야 함을 내포할 뿐입니다).²⁷¹ 아울러 대한민국은, 조약법에 관한 비엔나협정과 관련하여 본 중재사건에 대하여 교섭기록에 의존하여야 하는 사유에 대한 한 마다의 설명도 없이, 협정 교섭기록에 의존하여 “권한”이라는 용어가 “일체의 규제, 행정 또는 기타 정부 권한”을 뜻한다고 주장하고 있습니다.²⁷² 미합중국 비분쟁당사국 제출서면을 보더라도 교섭기록 자체가 “권한”의 의미를 규정한다는 대한민국의 입장은 근거가

²⁶⁶ 반박서면, 제 285 항.

²⁶⁷ 반박서면, 제 293(b)항 (“국민연금기금이 보건복지부 장관에 의해 설립되었으며, 국민연금법이 보건복지부 장관이 국민연금기금을 관리 및 운용한다고 규정하고 있는 것이 사실이며, 국민연금기금의 관리 및 운용은 대통령령에 따라 특히 국민연금에 위탁된 것입니다.”); 재반박서면, 제 337 항.

²⁶⁸ 국민연금법, **Exh C-77**, 제 2, 24 및 102 조.

²⁶⁹ 재반론서면, Section II.B.2.a.ii, 제 72 항.

²⁷⁰ 재반론서면, 제 74 항.

²⁷¹ 재반론서면, 제 74 항.

²⁷² 재반론서면, 제 67, 69 항; 재반박서면, 제 334 항 참조.

없습니다.²⁷³ 미합중국은 *교섭기록*에 대한 언급을 일절 하지 아니하며, 오히려 명시적으로 국제관습법 규칙에 기반하여 제출서면을 작성하였습니다.²⁷⁴

89. 따라서, “정부적인”이라는 요건은 ILC 규정 제 5 조를 참조할 경우에만 의미를 부여할 수 있습니다.

2. 국민연금의 조치는 위임된 정부권한의 행사 과정에서 채택 또는 유지되었습니다

90. ILC 규정 제 5 조에 반영된 국제관습법원칙에 의하면 국가는 “자국법에 의하여 정부권한의 일부를 행사할 권한이 부여된... 해당 개인이나 실체가 그러한 자격으로 행동한 경우에는” 그러한 비정부 실체의 행위에 대한 책임을 부담합니다.²⁷⁵

91. 대한민국은 청구인이 단순 위임만으로도 국제관습법상 요건을 충족하기에 충분하다며 청구인의 주장을 왜곡하고 있습니다.²⁷⁶ 청구인은 그러한 주장을 하고 있는 것이 아닙니다.²⁷⁷ 그보다는 당사자들 간 분쟁의 핵심은 “정부권한의 일부”라는 판단기준이 청구인이 주장하는 바와 같이 비정부 실체에 위임된 권한의 성질에 관한 분석을 요구하는지, 아니면 대한민국이 주장하는 바와 같이 행위의 성질에 좌우는지, 즉 만약 “어떠한 사적 계약의 상대방이 유사한 방식으로 행위할 수 있었[다면]”... 해당 행위는 정부적이지 않은” 것인지 여부입니다.²⁷⁸

92. 청구인이 이미 입증한 바와 같이, 확립된 법리에 따르면 해당 조치들이 위임된 정부적 성격의 권한의 행사를 수반하는지 여부에 주목하는 것이 명백히 올바른 분석입니다.

a. *Flemingo v. Poland* 사건: 문제된 조치는 현대화 사업의 진행을 위하여 바르샤바 쇼팽 공항 내 청구인의 점포들에 대하여 임대차계약을 종료하고 세관을 폐쇄한 행위였습니다. 중재판정부는 폴란드 공항 국영기업(PPL)이 “공항 터미널의 현대화 작업을 명시적으로... 위탁”받았고, 교통부가 이에 대한 궁극적인 책임을

²⁷³ 미합중국의 비분쟁당사국 서면, 제 5 항 (“국영기업과 같은 비정부기구는 몰수, 라이선스 수여, 쿼터, 수수료 기타 요금의 부과 등 당사자로부터 위임받은 규제, 행정 또는 기타 정부 권한을 행사할 수 있습니다.”)을 인용하는 재반론서면, 제 67 항.

²⁷⁴ 미합중국의 비분쟁당사국 서면, 제 4 항, 각주 4.

²⁷⁵ ILC 규정, Exh CLA-17, 제 5 조, 제 3 면.

²⁷⁶ 재반론서면, 제 78 항.

²⁷⁷ 재반박서면, 제 337 항.

²⁷⁸ 재반론서면, 제 80 항; 반박서면, 제 287 항, 각주 449.

부담하므로, 그러한 행위가 ILC 규정 제 5 조에 따라 국가에 귀속된다고 판정하였습니다.²⁷⁹

- b. *Noble Ventures Inc v. Romania* 사건: 문제된 조치는 국가의 민영화 담당조직이 국가예산상 채권자들과 채무상환기간조정 협상에 나서지 않는 등 청구인의 신규 민영화 제철소 매입계약에 따른 일정한 의무를 불이행한 것과 관련한 것이었습니다. 중재판정부는 해당 조직이 특히 “예산상 채무의 상환과 제안 협상에 대한 특혜조건 부여” 등 민영화와 이를 이행할 권한을 명시적으로 부여받았다고 판정하였습니다.²⁸⁰ 중재판정부는 “한편으로 [민영화 담당조직과] 다른 한편으로 정부부처 중 어느 한 쪽이 민영화법상 권한을 부여받은 공공기관으로서 행동하였을 경우 이 둘을 법적으로 유의미하게 구분할 수 없다”며, 위와 같은 행위는 국가에 귀속된다고 결론지었습니다.²⁸¹
- c. *Maffezini v. Spain* 사건: 문제된 조치는 SODIGA(국유 지역개발은행)의 대출에 관한 것이었습니다. 중재판정부는 해당 행위가 SODIGA 가 “통상적으로 영리회사들에서는 허용되지 않는” 기능인 “산업진흥과 관련된 정부정책을 실행할 임무를 띤 실체”이므로 위와 같은 행위는 “SODIGA 의 공공 또는 정부 기능 수행의 일환이었다”고 판시하였습니다.²⁸² 중재판정부는 쟁점은 수행되는 기능이 정부적인 것인지 여부임을 강조하였습니다. 이 사건에서 대출은 위와 같은 기능에 따라 이루어진 것이었으므로 스페인에 귀속되었습니다.²⁸³
- d. *Gavrilovic v. Croatia* 사건: 문제된 조치는 크로아티아기금(국가의 민영화 담당조직)의 자회사가 내린 청구인의 회사들에 대한 파산 결정과 이들의 자산에 대한 법원의 수용을 정당화하는데 사용된 법률의견의 개진에 관한

²⁷⁹ *Flemingo Duty Free Shop Private Limited (India) v. Poland* 사건(UNCITRAL) 2016. 8. 12.자 판정문, **Exh CLA-5**, 제 379, 436-437 및 445 항.

²⁸⁰ *Noble Ventures Inc. v. Romania* 사건(ICSID Case No. ARB/01/11) 2005. 10. 12.자 판정문, **Exh CLA-50**, 제 72-80 항.

²⁸¹ *Noble Ventures Inc. v. Romania* 사건(ICSID Case No. ARB/01/11) 2005. 10. 12.자 판정문, **Exh CLA-50**, 제 79 항(강조표시 임의추가).

²⁸² *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* 사건(ICSID Case No. ARB/97/7), 2000. 11. 13.자 판정문, **Exh CLA-33**, 제 77-78 항.

²⁸³ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* 사건(ICSID Case No. ARB/97/7), 2000. 11. 13.자 판정문, **Exh CLA-33**, 제 83 항.

것이었습니다.²⁸⁴ 중재판정부는 위 기금이 다른 아닌 바로 “민영화 과정을 체계화하고, 감독하며 지원”할 목적으로 설치되었으므로 “크로아티아법에 의하여 정부권한의 일부를 행사할 권한을 부여받은 실체”로써 위와 같은 행위들이 ILC 규정 제 5 조의 범위에 포섭된다고 판정하였습니다.²⁸⁵ 이로써 중재판정부는 정확한 심리대상은 해당 실체에 위임된 (가설적인) 정부권한이 아니라 해당 실체가 정부권한을 위임받아 문제가 된 행위를 수행한 것인지 여부를 재차 확인하였습니다.

- e. *Staur v. Latvia* 사건: 문제된 조치는 공항 인근 토지의 개발을 위한 (국유기업인) SJSC 공항의 임대차계약체결에 관한 것이었습니다. 중재판정부는 SJSC 공항 설립법령이 SJSC 공항의 설립과 관리에 관하여만 규정하고 있을 뿐 어떠한 정부권한도 구체적으로 위임하지 않았음을 이유로 위와 같은 행위들은 ILC 규정 제 5 조에 따라 귀속될 수 없다고 판시하였습니다.²⁸⁶ 대한민국은 만일 SJSC 공항에 정부권한의 일부를 행사할 권한이 부여되었다더라도 문제된 행위는 그러한 권한에 해당하지 않아 귀속될 수 없었을 것이라는 중재판정부의 (순전히 가설적인) 방론에 주목합니다.²⁸⁷ 그러나 그러한 방론은 단지 문제된 행위가 위 기업에 위임된 (가설적인) 정부권한이 아닌, 위 기업의 독립된 법인 목적의 수행과 관련된 것이었다는 중재판정부의 결정을 보강하기 위한 것이었을 뿐입니다.
- f. *Bayindir v. Pakistan* 사건: 본질적으로 문제된 조치는 파키스탄 국가고속도로청이 청구인과의 고속도로 건설계약을 해지한 결정과 관련된 행위에 관한 것이었습니다.²⁸⁸ 중재판정부는 국가고속도로청이 (특정 도로에 통행료를

²⁸⁴ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* 사건(ICSID Case No. ARB/12/39) 2018. 7. 26.자 판정문, **Exh CLA-120**, 제 147, 811 항.

²⁸⁵ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* 사건(ICSID Case No. ARB/12/39) 2018. 7. 26.자 판정문, **Exh CLA-120**, 제 805-811 항.

²⁸⁶ *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS and Rox Holding AS v. Republic of Latvia* 사건(ICSID Case No. ARB/16/38), 2020. 2. 28.자 판정문, **Exh CLA-165**, 제 337-343 항.

²⁸⁷ 재판론서면, 제 79 항; *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS and Rox Holding AS v. Republic of Latvia* 사건 (ICSID Case No. ARB/16/38), 2020. 2. 28.자 판정문, **Exh CLA-165**, 제 343 항.

²⁸⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 96, 112 항 (“청구인은 (i) Bayindir의 추방, (ii) 추방 후 국영고속도로청이 계약상 규정된 다수 행위(기 수행된 공사의 평가, 특정 IPA(중간기성청구)의 인증, 특정 중간기성청구인증의 지급 또는 기술자가 승인한 기간연장의 인정 및 인증의 거부 등)를 이행하지 않은 점과 국영고속도로청이 파키스탄 중재에서 약 미화

부과하고 파키스탄 고속도로와 전략도로를 개발, 유지하는 등) 정부권한을 행사한다고 인정하면서도 문제된 구체적인 행위는 그러한 권한에 따라 수행된 것이 아니었다고 판시하였습니다.²⁸⁹ 따라서 중재판정부는 그러한 이유로 해당 행위의 귀속을 인정하지 않았습니다.²⁹⁰ *Staur* 사건에서와 마찬가지로, 이러한 결정은 다툼의 대상이 된 행위가 귀속이 되기 위하여는 그 행위 자체가 위임된 정부권한의 행사여야 한다는 점을 확인한 것에 지나지 않습니다. 이는 행위 자체의 본질이 정부적이어야 한다는 대한민국의 주장을 뒷받침하는 것이 아닙니다.

g. 본 협정의 또다른 당사자인 미합중국도 위와 같이 이해하고 있는 바, “비정부조직의 행위가 *관련 권한위임의 범위를 벗어난 것이라면*” 이는 제 11.1.3(b)조의 목적상 대한민국에 귀속될 수 없다고 언급하고 있습니다.²⁹¹

93. 대한민국은 특정 행위가 어떠한 정부의 위임 없이 사기업에 의하여 수행될 수 있는 성질의 것이라면 그러한 행위는 결코 반드시 귀속될 수 없다고 주장합니다. 그러나 이는 옳지 않습니다. 위에서 살펴본 바와 같이, (*Gavrilovic* 사건과 *Bayindir* 사건 등) 대한민국이 의존하고 있는 사건들조차 위임되어 행사되고 있는 정부권한의 성질에 주목하여야 한다는 청구인의 주장을 확인하여 주고 있습니다.²⁹²

94. 이에 대한 예외로는 *Jan de Nul N.V. v. Egypt* 사건과 이를 따르는 사건들이 있는데,²⁹³ 이들은 잘못된 법적 판단기준을 적용한 것으로 본건 중재판정부가 적용하여서는 아니될

10 억불을 청구한 점 및 (iii) 공사준비 선금금 보증서의 현금화와 관련하여 취한 조치를 언급하고 있다.”).

²⁸⁹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 123 항.

²⁹⁰ 특히, 중재판정부는 국영고속도로청이 청구인과의 계약관계에 의거 행동하였음을 고려하였으며, 국영고속도로청의 행위가 “계약상 합의되지 아니한 절차적 요건”의 적용을 받지 아니한다는 점이 유의미하다고 결론 내렸습니다. 향후 설명 드릴 바와 같이, 의사결정 및 주주로서의 투표권 행사에 적용되는 바로 그 절차가 공법의 밀접한 규제를 받는 사안이었던 부분이 국민연금의 경우와 구별되는 점입니다. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 346 항 참조.

²⁹¹ 미합중국의 비분쟁당사국 서면, 제 4 항.

²⁹² 재판론서면, 제 78-79 항.

²⁹³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/04/13), 2008. 11. 6.자 판정문, **Exh CLA-7**, 제 171 항.

것입니다.²⁹⁴ 위 사건에서 수에즈운하청은 수에즈운하의 유지 및 개선 등 정부권한의 일부를 행사하는 것으로 판단되었습니다.²⁹⁵ 그러나 중재판정부는 청구인이 문제삼은 특정한 조치, 즉 운하 개선공사 입찰과정과 관련된 사기행위가 위와 같은 권한의 행사에 해당하지 않으므로 수에즈운하청이 정부권한의 일부를 행사한다는 사실은 “무관”하다고 결론지었습니다.²⁹⁶ 이는 중재판정부가 본건에서 대한민국이 내세우고 있는 잘못된 판단기준, 즉 만약 사기업이 운하를 관리하였다면 해당 사기업도 똑같은 행위를 하였을 수 있다는 논리를 적용하였기 때문입니다.²⁹⁷

95. *Jan de Nul* 사건 판정은 적법하지 않습니다. 만일 그러한 판단기준이 적용된다면 ILC 규정 제 5 조에 반영된 국제관습법 규칙은 형해화 될 것인 바, 따로 떼어놓고 보면 국가에만 독점적으로 유보된 행위라는 것은 거의 없기 때문입니다. 역으로, 국가마다 “정부적”인 것으로 유보하는 기능이 서로 다를 수도 있습니다. 각각의 경우, 아래와 같이 ILC 규정 해설서가 인정하고 있듯이 개별적인 전후사정이 문제될 것입니다.²⁹⁸

제 5 조가 어떠한 실체의 행위를 국가에 귀속시킴에 있어 “정부권한”의 범위를 정밀하게 규명하고자 하는 것은 아니다. 특정 범위 이상에서 무엇이 “정부적”인 것으로 간주되는지는 개별 사회와 그 역사 및 전통에 달려있다. 권한의 내용 뿐 아니라 권한이 어떠한 실체에 부여되는 방식, 예정된 권한행사의 목적 및 그러한 실체가 권한행사에 대하여 정부에 어느 정도의 책임을 지는지가 특히 중요하다. 이는 본질적으로 일반적 기준을 다양한 상황에 적용하는 문제에 해당한다.

²⁹⁴ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/04/13), 2008. 11. 6.자 판정문, **Exh CLA-7**, 제 166, 169 항.

²⁹⁵ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/04/13), 2008. 11. 6.자 판정문, **Exh CLA-7**, 제 166, 169 항.

²⁹⁶ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/04/13), 2008. 11. 6.자 판정문, **Exh CLA-7**, 제 169-170 항.

²⁹⁷ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/04/13), 2008. 11. 6.자 판정문, **Exh CLA-7**, 제 170 항: “어떠한 사적 계약의 상대방이 유사한 방식으로 행위 할 수 있었[다면]” 해당 행위가 정부적일 수 없음을 판결.

²⁹⁸ ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**, 제 5 조, 제 6 항, 제 43 면.

96. 국민연금이 정부권한을 행사하는 실체라는 점에 있어서는 이제 양쪽 의견이 일치합니다.²⁹⁹ 따라서 위에서 설명한 올바른 판단기준에 따른 유일한 쟁점은 본건에서 문제된 조치들이 그러한 권한의 행사였는지 여부입니다. 국민연금이 기금운용에 있어 “국정”을 수행하며³⁰⁰ “위임... 받은 행정권한”을 행사한다³⁰¹는 점은 다수의 한국 법률에서도 확인됩니다. 그럼에도 대한민국은 국민연금의 조치가 위와 같은 권한의 행사였다는 점을 계속 다투고 있습니다. 본건 합병에 대한 기금의 의결권행사방향을 결정하고 의결권을 행사한 국민연금의 행위가 이러한 정부권한에 따른 것이었음을 입증하는 핵심 특징들은 다음과 같이 요약할 수 있습니다.³⁰²

- a. 한국의 국민연금기금을 관리, 운용하는 기능(기금의 주주의결권행사 포함)은 보건복지부장관에 법률에 따라 부여된 권한으로,³⁰³ 이는 정부기금에 대한 구체적인 법정 관리계획에 따른 것입니다.³⁰⁴ 국민연금의 모든 권리와 의무는 대한민국 정부가 국민연금에 위임한 권한으로부터 직접적으로 도출됩니다.³⁰⁵ 국민연금은 순수 법정조직으로서 그 밖의 어떠한 사적 또는 영리적 행위를 수행할 독자적인 임무도 부여받지 않습니다.
- b. 국민연금에 부여된 이와 같은 기금 관리권한은 정부적인 것이며, 이 점에 관하여는 이견이 없습니다. 이러한 권한은 국가가 한국 국민에 복지를 제공하여야 한다는 구체적인 헌법적 임무에서 비롯됩니다.³⁰⁶ 나아가 기금은

²⁹⁹ 재반론서면, 제 83 항.

³⁰⁰ 상기 제 79.e 항; 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2014. 11. 19. 시행 기준), **Exh C-136**, 제 1 조(“이 법은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개 청구 및 공공기관의 공개 의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정 운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다.” (강조표시 임의추가)); 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 65(ii)항 참조.

³⁰¹ 청원법 (2015. 3. 31. 시행 기준), **Exh C-157**, 제 3 조; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 74 항.

³⁰² 재반박서면, 제 339 항.

³⁰³ 국민연금법, **Exh C-77**, 제 24-25, 102(1) 및 102(5)조; 국민연금법 시행령, **Exh C-164**, 제 76 조; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 54, 76-77 항; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 25, 28-30, 37 및 45 항 참조; 김성수 교수 제 1 차 의견서, 제 28-30 항; 반박서면, 제 293(b)항도 참조.

³⁰⁴ 국가재정법, **Exh C-211**, 제 5 조.

³⁰⁵ 재반박서면, 제 337 항.

³⁰⁶ 수정 청구서면 제 197 항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 31, 36 및 77 항; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 40, 46 항; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 1 조(“이 법은 국민의 노령, 장애 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활 안정과 복지 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다”); 헌법, 제 34 조 제 2, 4 항(“(2) 국가는 사회보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다... (4) 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”).

Flemingo v. Poland 사건에서와 마찬가지로 그 최종책임자인 보건복지부장관의 감독을 받습니다.³⁰⁷

- c. 국민연금은 자신이 의결권을 행사한 주식들을 스스로 소유하지 않았습니다. 해당 주식들은 국가의 소유인 기금을 사용하여 취득되었으므로 그 법적소유자는 바로 국가입니다.³⁰⁸ 국민연금은 보건복지부장관의 위임에 의하여 비로소 이러한 주식들의 의결권을 행사할 권리를 부여받은 것입니다. 따라서 “국민연금은 정부를 위해서가 아닌, 상장회사 주주로서의 지위에서 의결권을 행사한 것”이라는 대한민국의 주장은 잘못된 것입니다.³⁰⁹ 국민연금에 의한 기금운용관리의 법적효과는 국가에 귀속됩니다. 국민연금은 민간주주들에게는 적용되지 않는 구체적인 법규에 따라 단지 의결권을 행사할 뿐입니다.³¹⁰
- d. 본건 합병에 대한 국민연금의 (소위 상업적 행위로서의) 의결권행사와 기금의 관리업무를 구별하려는 대한민국의 시도³¹¹는 잘못된 이분법입니다. 국민연금기금의 보유 주식과 관련된 의결권행사의 방향을 결정하는 것을 포함하여 기금보유 주식에 관한 의사결정은 국민연금에 위임된 “관리”기능의 핵심에 해당합니다. 이와 같은 의결권이 다른 주주에 의하여 행사된다면 상업적 행위에 해당할 수 있다는 점은 본 사안과 무관합니다.³¹² 명시적으로 권한을

³⁰⁷ 상기 제 96.a 항 참조; 국민연금법, **Exh C-77**, 제 2, 24, 30(2), 41 및 102 조; 이중기 교수 의견서, 제 80, 83 항(“보건복지부장관은 국민연금의 기금 관리기능에 대한 구체적인 감독권을 가집니다...이러한 감독권은 보건복지부 장관이 국민연금 이사들과 감사를 임면하고, 국민연금 이사장의 임면...국민연금이 작성한 연간 사업운영계획과 예산을 승인하는 방식으로 행사될 수 있습니다. 보건복지부장관은 국민연금을 법적으로 구속하는 기금운용지침을 제정하는 기금운용위원회 위원장으로서 국민연금에 대한 감독권을 행사하기도 합니다.”)도 참조.

³⁰⁸ 의정부지방법원 2015. 8. 25. 선고 2014 구합 9658 판결, **Exh C-252**, 제 3-4 면; 서울고등법원 2016. 3. 9. 선고 2015 누 59343 사건, **Exh C-262**; 수정 청구서면, 제 184(c)항; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 76-77 항; 이중기 교수 제 2 차 의견서, 제 45, 49-51 항도 참조.

³⁰⁹ 재반론서면, 제 84(a)항.

³¹⁰ 수정 청구서면, 제 57-61 항 참조; 예를 들어, 국민연금기금운용지침 (2015. 6. 9. 기준; 이하 “기금운용지침”), **Exh C-194**; 국민연금기금 의결권행사지침(2014. 2. 28. 기준; 이하 “의결권행사지침”), **Exh C-309**; 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 96-103 항 참조.

³¹¹ 재반론서면, 제 82 항(“국민연금이 본건 합병에 찬성 투표하는 것과 국민연금의 기금 관련 관리 업무 사이에는 명확한 구분이 존재합니다.”).

³¹² 대한민국이 “청구인도 주주 의결권 행사가 상업적 행위임을 인정하는 이상, 의결권을 행사하는 주주가 국민연금이라고 하여 해당 행위가 정부 행위가 될 수는 없습니다”라는 잘못된 주장을 하는 재반론서면, 제 80 항과 비교. 물론, 청구인은 그러한 인정을 한 바 없으며 본건 합병에 투표권을 행사하는 행위가 “다른 주주들의 경우에는 상업적 행위였을지도 모른다”는 내용만을 강조하였을 뿐입니다. 재반박서면, 제 342 항 (강조표시 임의추가).

부여받지 않는 한 다른 어떠한 민간실체도 본건 합병에 대한 대한민국의 의결권을 행사할 수 없었습니다.

e. 기금의 주주의결권에 관한 국민연금의 의사결정은 정부의 구체적인 규제를 받으며, 이는 국민연금이 다른 민간주주들과 구별되는 지점입니다.³¹³ 법적으로 이러한 의사결정은 기금운용지침에 명시된 투자원칙들에 부합하는 방식으로 내려져야 합니다.³¹⁴

97. 또한 국민연금의 의결권행사는 보건복지부의 일부로서 “곤란한” 의결안건에 관한 결정을 내리는 의결권행사전문위원회의 권한 범위에 해당합니다.³¹⁵ 어떠한 민간주주도 자신의 의결권행사 결정에 대하여 이와 같은 감시를 받지 않습니다.

98. 되짚어 보자면, 본건에서 국민연금이 취한 구체적인 조치들에는 의결권행사전문위원회에 본건 합병에 대한 의사결정을 위법하게 부의하지 않은 행위, 허위의 합병비율과 날조된 “시너지” 효과를 마련한 행위, 투자위원회에 그러한 자료를 제시한 행위, ■ 본부장이 투자위원회 위원들을 직접 선정하고 이들에게 부당한 영향력을 행사한 행위, 그리고 투자위원회가 본건 합병에 찬성하기로 비합리적이고 위법하게 결정한 행위가 포함되며, 이 모든 행위들은 국민연금이 본건 합병에 찬성하는 캐스팅보트를 행사함으로써 그 정점에 이르렀습니다.³¹⁶ 이러한 각각의 행위와 부작위는 국민연금에 위임된 국민연금기금의 투자 관리라는 구체적인 헌법적 기능을 수행하는 과정에서만 발생할 수 있습니다. 이와 같은 결론은 비정부조직도 “상업적 거래”를 승인함으로써 위임된 정부권한을 행사할 수 있다는 점을 명확히 밝힌 미합중국의 비분쟁당사국 의견서에서도 확인됩니다.³¹⁷

99. 따라서 국민연금의 조치들은 위임받은 기금관리권한을 행사하는 과정에서 수행된 것이었습니다. 그러므로 국민연금의 조치들은 협정 제 11.1 조 제 3 항 나호와 ILC 규정 제 5 조에 반영된 국제관습법 원칙에 따라 대한민국에 귀속됩니다.

³¹³ 수정 청구서면, 제 198 항; 재반박서면, 제 342 항.

³¹⁴ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 100 항; 기금운용지침, **Exh C-194**, 제 4 조.

³¹⁵ 이중기 교수 제 1 차 의견서, 제 51 항; 기금운용지침, **Exh C-194**, 제 5 조 제 5 항 및 제 17 조 제 5 항

³¹⁶ 상기 제 51-53 항 참조.

³¹⁷ 미합중국의 비분쟁당사국 서면, 제 5 항.

D. 국민연금의 행위는 ILC 규정 제 8 조에 규정된 의미에서 대한민국의 지시 또는 통제 하에 있었습시다

100. 또 다른 예비적 주장으로서, 청구인은 아래와 같은 ILC 규정 제 8 조에 반영된 국제관습법 원칙들에 따른 국민연금 행위의 귀속을 주장합니다.

한 개인 혹은 다수의 사람들로 구성된 집단이 행위를 함에 있어서 *사실상* 국가의 명령에 따라 하거나, 국가의 지시나 통제 하에서 하는 경우, 그러한 행위는 국제법상 해당 국가의 행위로 간주한다.³¹⁸

본 협정은 국제관습법과 분리하여 해석되거나 적용될 수 없습니다. 협정당사국들이 이러한 국제관습법 원칙들을 완전히 배제하기로 합의하였다는 주장은 허무맹랑합니다.

101. 제 8 조에 따른 귀속 판단기준은 사실적 기준입니다.³¹⁹ 대한민국으로서는 본건 합병에 대한 국민연금의 적법한 의사결정과정에 개입하여 이를 침해하기로 한 정부 최고위층의 결정이 대통령의 지시에 따라 청와대, 보건복지부 및 국민연금 관계자들에 의하여 실행되었다는 사실을 반박할 수 없습니다. 청구인이 주장한 사실이 옳다면 의심의 여지없이 국민연금의 행위가 대한민국에 귀속될 것이며, 틀린 것이라면 국민연금의 행위는 귀속되지 않을 것입니다. 그러나 이에 더하여 청구인이 모든 관련자들이 대통령이나 그 보좌진으로부터 직접 구속력 있는 지시를 받았거나, 심지어 모든 관계자들이 자신이 대통령과 보건복지부의 지시에 따라 행동하는 것으로 이해하고 있었음을 날낱이 증명할 필요는 없습니다. “지시와 통제”를 증명함에 있어 중요한 것은 한국의 대통령이 달성되어야 할 결과를 명령하였다는 점과 그러한 결과가 실제로 달성되었다는 점 뿐입니다.

³¹⁸ ILC 규정, **Exh CLA-17**, 제 8 조 (강조표시 임의추가).

³¹⁹ 재반박서면, 제 353 항; ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**, 제 8 조, 제 1 항, 제 47 면. *Union Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt* 사건(ICSID Case No. ARB/14/4) 2018. 8. 31.자 판정문, **Exh RLA-88**, 제 9.116 항 (“ILC 규정 해설서에 명시된 바와 같이, [제 8 조의] 적용은 그러한 행위를 행한 개인과 국가 간의 ‘구체적인 사실관계’에 달려있다.”)도 참조.

1. 협정 제 11.1 조 제 3 항은 국제법의 특별법이 아닙니다

102. 양 당사자 모두 ILC 규정 제 4 조와 제 5 조가 협정 제 11.1 조 제 3 항과 관련하여 “적용가능한 국제법 규칙”임에 동의합니다.³²⁰ 협정 제 11.1 조 제 3 항은 단독조항으로 의도된 것이 아니며, 대한민국 또한 해당 조항은 국제관습법을 “참고하여” 해석되어야 한다는 점을 인정하고 있습니다. 그럼에도 대한민국은 협정 제 11.1 조 제 3 항이 특별법이며 따라서 ILC 규정 제 8 조로 성문화된 국제관습법에 따른 귀속을 배제한다는 일관성 없는 주장을 내세워 ILC 규정 제 8 조에 따른 귀속을 부정하고자 합니다.³²¹
103. 이를 위하여 대한민국은 협정의 문구와 특별법에 관한 일반국제법을 무시하면서 자신의 입장을 뒷받침한다는 *Al Tamimi v. Oman* 사건 판정문의 한 방론을 내세우고 있습니다.³²² 대한민국은 협정 또는 그 교섭기록에서 당사자들이 귀속에 관한 확립된 국제규범을 대체하고자 하였다는 어떠한 증거도 제시할 수 없음에도 불구하고 단지 이에 상응하는 협정 조항이 포함되지 않았다는 이유만으로 협정 당사국들이 제 8 조에 따른 귀속을 제외하려는 “확실한 의도”가 있었다고 주장합니다.³²³ 대한민국의 이러한 특별법 주장은 궁극적으로 일반국제법상 귀속의 원칙을 배제하고자 한 “확실한 의도”가, 비록 명시적으로 표현되지 않았더라도 귀속의 다른 두 가지 근거를 열거하기로 한 적극적 결정으로부터, 혹여 그 열거에 배타적 의미가 부여되지 않았더라도, 유출할 수 있다는 견해에 다름 아닙니다. 청구인이 수정 청구서면과 재반박서면에서 상세히 설명한 바와 같이, 그러한 견해는 협정 해석상 그리고 국제법상으로도 옳지 않습니다.
104. 대한민국은 재반론서면에서 역시 협정당사국들이 복잡한 무역협정을 협상하는 과정에서 본 협정을 해석함에 있어 일반국제법상 귀속원칙을 배제하기로 하였다는 의사를 표시한 어떠한 협정 조항도 제시하지 못하고 있습니다. 당사국들이 제 8 조를 협정 제 11.22 조상 “적용가능한 국제법 규칙”으로 보지 않았다는 증거로 대한민국이 지목할 수 있는 것은 협정 제 11.1 조 제 3 항에 제 8 조와 직접적으로 상응하는 조항이 포함되지 않았다는 사실이 전부입니다.³²⁴ 그러나 대한민국의 주장은 명백히 비논리적입니다. 만일 당사국들이 협정 제 11.22 조가 협정에 이미 명시적으로 포함된

³²⁰ 재반론서면, 제 92 항.

³²¹ 재반론서면, 제 86, 92 항.

³²² *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman* 사건(ICSID Case No. ARB/11/33) 2015. 11. 3.자 판정문, **Exh CLA-21**, 제 314-323 항.

³²³ 재반론서면, 제 90-91 항.

³²⁴ 재반론서면, 제 90, 92 항.

국제법 규칙들만을 포함하도록 의도하였다면 해당 조항은 무의미할 것입니다. 협정 제 11.22 조에 의미부여하는 ³²⁵ 보다 논리적인 해석은 일반법을 대체하는 경우를 제외하면 협정은 국제법의 일반원칙들을 참고하여 해석, 적용되어야 한다는 것입니다.

105. 이러한 해석은 협정에 대한 미합중국의 분명한 이해에 부합하기도 합니다. 미합중국은 제 8 조가 협정에 적용된다고 명시적으로 진술하지는 않았으나(청구인 역시 그러한 명시적 진술이 있었다고 주장하는 것이 아닙니다), 협정이 “국제관습법상 귀속원칙에 부합하게” 해석되어야 한다는 점을 명확히 하였습니다.³²⁶ 이러한 진술은 제 11.1 조 제 3 항 가호와 직접적으로 관련된 것이기는 하나,³²⁷ 협정의 해석에 있어 국제관습법상 귀속원칙이 중요함을 확인해 준다는 점에서 미합중국의 의견은 어떤 단서도 달지 않습니다.
106. 또한 협정 교섭기록 중에는 일반국제법상 귀속원칙을 배제한다는 의사에 대한 어떠한 증거도 발견할 수 없는데, 미합중국이 제출한 의견은 바로 이러한 협정 교섭기록과도 부합합니다.³²⁸ 오히려 청구인이 이미 서면에서 상세히 설명한 바와 같이, 그리고 대한민국도 반론을 제기하지 않고 있듯이, 이 문제에 관하여 협정 교섭기록으로부터 도출할 수 있는 유일한 결론은 다음과 같습니다.
- a. 제 11.1 조 제 3 항은 미국의 2004 년 양자간투자협정 표준안 제 2 조 제 2 항을 본떠 만든 것으로서 본 협정에 관한 협상 당시 당사국들 간 협의대상이 아니었습니다.
 - b. 당사국들은 협정이 일반국제법 규칙 내에서 운용될 것으로 이해하고 있었습니다.
 - c. 당사국들은 “권한”의 개념의 해석이 일반국제법과 부합될 것으로 의도하였습니다.
 - d. 당사국들은 원한다면 귀속에 관한 일반국제법을 배제할 수 있었으나 배제하지 않기로 하였습니다.³²⁹

³²⁵ 조약법에 관한 비엔나 협정 (VCLT), Exh RLA-5, 제 31(1)조 (“조약은 문언의 문맥 및 조약의 대상과 목적상 해당 조약의 문구에 부여되는 통상적 의미에 따라 선의로 해석되어야 한다”).

³²⁶ 미합중국의 2020. 2. 7.자 비분쟁당사국 서면, 제 3 항.

³²⁷ 재반론서면, 제 89(a)항 참조.

³²⁸ 재반박서면, 제 310-314 항 참조.

³²⁹ 재반박서면, 제 313 항.

107. 실제로 논평가들은 미국의 양자간투자협정 표준안의 유사조항은 ILC 규정에 반영된 국제관습법상 귀속규범을 배제하는 것이 아니라 이에 비추어 해석되어야 하는 것으로 설명하고 있습니다.³³⁰
108. 투자협정 관련 법리도 대한민국에 유리하지 않습니다. “일반국제관습으로부터 도입된 원칙들은 명시적으로 배제되지 않는 한 [투자협정에] 적용된다”는 것이 판정례의 입장입니다. ³³¹ 이에 대하여 대한민국은 단지 *CMS v. Argentina* 사건이 본건과 사실관계상 유사하지 않다고 주장하고 있을 뿐입니다.³³² 그러나 중재판정부가 적용한 원칙, 즉 한-미 자유무역협정을 포함한 모든 협정은 일반국제법을 바탕으로 해석되어야 하며, 협정에 그러한 언급이 없다는 사실이 이러한 원칙의 적용을 배제하는 것으로 해석되어서는 아니된다는 원칙은 보편적인 것입니다.³³³
109. 대한민국 스스로가 기술한 바와 같이, 청구인은 당사자들이 자신의 의도를 명백히 하였을 경우에는 특별법을 도출해낼 수 있다는 점은 항상 인정하여 왔습니다.³³⁴ 이러한 입장은 결코 “극단적”인 것이 아닙니다. ³³⁵ 실제로 국제관습법 원칙은 협정에 명시적으로 포함되지 않은 한 적용되지 않는다는 희한한 주장을 받아들여 달라고 중재판정부에 요청하고 있는 쪽은 대한민국입니다.³³⁶ 대한민국은 협정이 “그에 따른 의무가 촉발되는 경계를 구체적으로 정하는 과정에서... 어떠한 추가적 근거가 인정될

³³⁰ K. J. 밴데벨드(Vandevelde), 미국의 국제투자협정(2009), **Exh CLA-41**, 제 192 면(“2004 년 모델은 행위귀속 규정을 포함하고 있지 않으므로 국제관습법 규칙이 그러한 조치들이 당사국의 조치들인지 여부를 규율하게 된다.”).

³³¹ *Manuel García Armas and Others v. Republic of Venezuela* 사건(PCA Case No. 2016-08) 2019. 12. 31.자 관할 관련 판정문, **Exh CLA-143**, 제 704 항.

³³² 재반론서면, 제 86(b)항.

³³³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/01/8) 2005. 5. 12.자 판정문, **Exh CLA-102**, 제 359-360 항. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* 사건(ICSID Case No. ARB/14/21) 필립 샌즈(Philippe Sands) 칙선변호사 겸 교수의 2017. 9. 12.자 부분적 반대의견, **Exh CLA-90**, 제 41 항 (“CMS 사건과 *Sempra* 사건의 판정취소 위원회가 분명히 밝혔듯이 (양자간투자협정이 달리 명시적으로 규정하지 않는 한) 양자간투자협정에서 특별법이 작용한다고 해서 [국가책임에 관한 ILC 규정] 제 25 조가 작용하지 아니하게 되는 것은 아니며, 제 25 조는 특별법에 따른 예외가 불가능한 경우에도 작용하는 “2 차적 국제법 규칙”으로서 계속 기능한다.”도 참조; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/01/8) 아르헨티나 공화국 판정취소신청에 관한 특별위원회의 2007. 9. 25.자 결정문, **Exh CLA-103**, 제 133-134 항; *Sempra Energy International v. Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/02/16) 2010. 6. 29.자 아르헨티나 공화국의 판정취소신청에 대한 결정문, **Exh CLA-163**, 제 203-204, 208-209 항도 참조.

³³⁴ 수정 청구서면, 제 161 항; 재반박서면, 제 305 항.

³³⁵ 재반론서면, 제 89(d)항.

³³⁶ 재반론서면, 제 90 항 참조.

여지가 없도록”할 경우에 한하여 국제법이 배제된다고 주장함으로써 자신의 입장을 보다 받아들일 만한 것으로 포장하고 있습니다.³³⁷ 그러나 이러한 주장이 더 설득력 있는 것도 아닙니다. 적어도 대한민국의 논리에 따르면 중재판정부가 (제 4 조와 제 5 조 등) 귀속 관련 기타 규정들을 포함하여 국가책임에 관한 다른 *어떠한* 국제관습법 규칙들도 고려해서는 안됩니다. 실제로 ILC 규정 제 8 조에 관한 대한민국의 주장과 대한민국이 자신의 서면 다른 곳에서 ILC 규정 제 31 조에 포함된 인과관계의 관습상 요건,³³⁸ 국제법상 완전배상의 원칙,³³⁹ 심지어 ILC 규정 제 55 조의 특별법 관련 규칙³⁴⁰까지 원용하고 있는 점은 논리적 모순입니다. 이러한 규칙들 중 어느 것도 협정에 명시적으로 포함된 바 없기 때문입니다. 만일 당사국들이 ILC 규정에 반영된 국제법을 총체적으로 배제하고자 하였다면 본 협정에 관한 협상 당시 이를 협의하였을 것입니다. 그러한 사실은 없었습니다.

110. 청구인이 입증한 바와 같이, 대한민국의 입장은 협정에 의하여 뒷받침될 수 없으며 확립된 법리에도 정면으로 반합니다. 따라서 청구인은 본 협정을 해석, 적용함에 있어 국제관습법의 관련성과 적용을 확인하고 대한민국의 근거없는 특별법 주장을 기각하여 줄 것을 중재판정부에 정중히 요청합니다. ILC 규정 제 8 조에 대한 대한민국의 그릇된 법적 논증의 실체를 직시하여야 할 것입니다: 이는 본건 합병에 대한 국민연금의 의결권행사가 ■ 대통령과 기타 정부관계자들의 지시와 통제 하에 있었다는 반박 불가능한 증거를 회피하고자 하는 허무한 시도일 뿐입니다.

2. 국민연금의 조치는 대한민국의 지시 또는 통제 하에 수행되었습니다

111. 대한민국은 ILC 규정 제 8 조가 본건에 적용된다고 하더라도 국민연금이 대한민국의 구체적인 지시 또는 통제의 대상이 아니었으므로 본건 합병에 대한 국민연금의 의결권행사는 대한민국에 귀속될 수 없다고 주장합니다.³⁴¹ 일반적 통제와 구체적 통제를 동시에 요구하는 제 8 조에 따른 귀속 여부를 판단하기 위해서는 “실효적 통제”라는 판단기준이 적용된다는 점에 있어서는 당사자들의 의견이 일치합니다.³⁴²

³³⁷ 재반론서면, 제 91 항.

³³⁸ 반박서면, 제 624 항; 재반론서면, 제 468 항.

³³⁹ 반박서면, 제 609 항; 재반론서면, 제 524 항.

³⁴⁰ 재반박서면, 제 301 항.

³⁴¹ 재반론서면, 제 93 항; 재반박서면, 제 351 항; 반박서면, 제 307 항.

³⁴² 재반론서면, 제 94, 96 항.

대한민국은 본건에서 국민연금에 대한 정부의 일반적 통제를 부정하지 않습니다. 이견이 있는 부분은 구체적 통제의 요건이 충족되었는지 여부 뿐입니다.³⁴³

112. 또한 청구인은 제 8 조에 따른 귀속은 구체적인 사실에 따라 판단되는 문제임을 설명한 바 있습니다.³⁴⁴ 이러한 요건은 결코 (대한민국의 표현을 빌리면) “관대한” 것이라 할 수 없습니다.³⁴⁵ 제 8 조 자체가 “한 개인 혹은 다수의 사람들로 구성된 집단이 행위를 함에 있어서 *사실상* 국가의 명령에 따라” 행동하는 경우 귀속이 발생한다고 규정하고 있습니다.³⁴⁶
113. 대한민국은 위와 같은 판단기준을 본건의 사실에 적용함에 있어 법리를 따르지 않고 있습니다. 대한민국은 자신이 국민연금 투자위원회 각 위원에게 본건 합병에 찬성하도록 구체적이고 구속력 있는 지시를 하였음을 입증할 책임이 청구인에게 있다는 잘못된 주장을 하고 있습니다.³⁴⁷ 그러나 이는 본건에서 국민연금에 대한 대한민국의 통제가 이루어진 구체적인 사실관계를 무시한 것입니다.³⁴⁸ “실효적 통제”라는 판단기준은 비정부 실체가 “구속력 있는” 국가의 지시 하에 행동하였을 것을 요구하지 않으며, 단지 해당 실체가 “*사실상* 국가의 명령에 따라” 하였을 것만 요구할 뿐입니다.³⁴⁹ 그러한 지시가 없었고 해당 실체가 단지 자신의 의지에 따라 행동하였다면 이는 물론 귀속될 수 있는 행위가 되지 않을 것입니다.³⁵⁰ 그러나 그러한 지시가 존재한 경우, 대한민국의 주장과 같이 해당 실체가 위와 같은 지시가 없었더라도 똑같이 행동하였을

³⁴³ 상기 1.f 항 참조; 재반론서면, 제 97 항 (“청구인이 대한민국이 국민연금 투자위원회에 하달한 ‘구체적인 지시’의 존재를 입증하지 못함만을 주장”).

³⁴⁴ 재반박서면, 제 353 항.

³⁴⁵ 재반론서면, 제 95 항.

³⁴⁶ 재반박서면, 제 352 항; ILC 규정, **Exh CLA-17**, 제 8 조.

³⁴⁷ 재반론서면, 제 97 항.

³⁴⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건 (ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 125, 130 항 (제 8 조상 투자분쟁의 맥락에서 귀속 판결에 대하여 구체적인 사실이 가지는 중요성을 인지하며) 참조.

³⁴⁹ ILC 규정, **Exh CLA-17**, 제 8 조(강조표시 임의추가). 재반박서면, 제 352 항도 참조. 예컨대, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건 (ICSID Case No. ARB/03/29) 2009. 8. 27.자 판정문, **Exh CLA-26**, 제 125, 128 항에서 지시 또는 통제에 대한 귀속을 판결 내리는 데 있어 중재판정부가 고려한 사항은 “협정을 위박한 것으로 주장되는 각각의 구체적 행위는 파키스탄 정부가 명시적으로 허가한, [국영고속도로청이] 계약을 해지하기로 한 결정의 직접적인 결과였다”는 점, 특히 “파키스탄 정부 고위층으로부터의 지침”, 구체적으로는 대통령 **Musharraf** 장군으로부터의 지침이었습니다. 동 지침이 법적 구속력을 가지는 것이 요구된다는 주장은 어디에도 없다.

³⁵⁰ 재반론서면, 제 98 항.

것이라고 주장하는 것은 귀속에 대한 항변이 되지 않습니다.³⁵¹ 다른 사건들의 경우 구속력 있는 지시가 있었을 수도 있다고 하여 구속력 있는 지시가 법적요건이 되는 것도 아닙니다.³⁵²

114. 본건에서 대한민국은 자국법을 위반하여 본건 합병에 대한 국민연금의 의결권 행사에 대하여 지배력을 행사하였습니다. 다수의 한국 공직자들이 그들이 행한 국민연금에 대한 행위의 위법성으로 인하여 수감되었거나 면직당하였습니다.³⁵³ “실효적 통제”라는 판단기준이 “까다로운” 것일지는 몰라도 불합리한 판단기준은 아닙니다.³⁵⁴ 본건의 경우, 문제된 지시는 *위법한 것이었기에 당연히* 국민연금에 “구속력 있는” 것일 수 없었습니다.³⁵⁵ 그리고 국제법상 국가는 위법성을 근거로 자신의 행위에 대한 책임을 회피할 수 없으며,³⁵⁶ 그러한 위법성이 귀속에 대한 항변도 될 수 없습니다.³⁵⁷ 청구인이 이미 재판박서면에서 이를 언급하였던 바,³⁵⁸ 대한민국이 이 점에 관하여 침묵하고 있다는 것은 분명 시사하는 바가 큼니다.
115. 또한 피청구국의 국내 형사소추를 통하여 폭로된 전례없는 증거에서 나타나듯이, 국민연금의 본건 합병 관련 의결권 행사에 대한 하나의 종합적인 획책이 대한민국 정부 최고위층에 의해 조율되고 여러 고위공직자들의 지시와 통제를 통하여 *성공적으로*

351 재판론서면, 제 99 항.

352 *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건 (ICSID Case No. ARB/05/113) 2009. 10. 8.자 판정문, **Exh CLA-30**, 제 203-206 항을 인용하는 재판론서면, 제 98 항, 각주 264; 실제로 중재판정부는 귀속과 관련하여 해당 지침(지령)이 법적 구속력이 없으므로 정부로부터 회사에 하달된 명령으로 이해될 수 없다는 피청구인의 주장을 기각하였으며, 동 지시가 법률적 및 사실적으로 “강요성”을 띠었다고 판결하였습니다.

353 [redacted]에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 2 면; 코리아타임스 2018. 7. 4.자 보도, “국민연금, 최우용책임자 공식상태로 표류 중”, **Exh C-284** ([redacted]가 해임된 사실 언급) 참조; 재판박서면, 제 170, 355(j)항; 수정 청구서면, 제 142 항도 참조.

354 재판론서면, 제 98 항.

355 재판박서면, 제 351 항.

356 ILC 규정, **Exh CLA-38**, 제 3 조(“어떤 국가의 행위를 국제적으로 불법으로 규정하는 것은 국제법의 적용을 받는다. 이는 동 행위가 자국법상 합법으로 규정되는지 여부에 영향을 받지 아니한다.”) 참조.

357 ILC 규정, **Exh CLA-38**, 제 7 조, 주석 2(“국가는 자국법상 조항이나 그 기관 또는 대리인에 전달된 지침에 따라 그 행위 또는 부작위가 일어나지 않아야 한다거나 다른 형태로 일어났어야 한다는 구실을 들 수 없다. 이는 논의 대상이 되는 기관 또는 실체가 공적 지위에 터잡아 노골적으로 불법행위를 이행하거나 공개적으로 그 권한을 넘어섰을 경우에도 그러하다.”) 참조; *Tethyan Copper Company v. Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/12/1) 2017. 11. 10.자 관할 및 책임성부 관련 결정문, **Exh CLA-170**, 제 729 항도 참조.

358 재판박서면, 제 351 항.

실행되었습니다. 즉, 이는 모방하기조차 어려운 미증유의 사건입니다. 제 8 조에 따른 귀속이 인정된다고 하여 대한민국의 주장과 같이 마구잡이로 귀속이 인정될 위험은 없습니다.³⁵⁹

116. 국민연금이 본건 합병에 찬성하고 이에 대한 의결권을 행사함에 있어 실제로 대한민국의 구체적인 지시에 따라 행동하였다는 사실을 확인시켜주는 증거는 이미 상세히 제시된 바 있습니다.³⁶⁰ 대한민국은 이러한 증거 중 일부의 정확한 의미에 관하여 지엽적인 반론을 제기하고 있으나, 이로써 위와 같은 지시가 있었다는 사실이 어떻게 확실히 부정된다는 것인지 납득하기 어렵습니다. 어찌되었든 대한민국은 ■ 본부장이 “전문위원회가 아니라 자신의 영향력 하에 있는 내부 투자위원회를 통하여 합병 찬성 결정이 내려지도록 하기로 마음먹[은]” 것은 특히 “■■■■[보건복지부장관]를 거쳐 하달된 대통령의 지시...에 따라” 이루어졌다고 최근에도 스스로 (자국의 특검을 통하여) 이들 형사사건 외에서도 확인하였습니다.³⁶¹

117. 청구인이 재반박서면에서 제시한 관련 증거를 추가로 요약하면 다음과 같습니다.

a. 본건 합병을 수개월간 주시한 뒤 청와대는 삼성물산-제일모직 합병에 대한 “국민연금의 의결권 행사에 개입할 것인지” 여부를 분명히 고려하였습니다.³⁶² 2015년 6월 말 의결권 행사전문위원회가 SK 합병에 반대표를 행사한 이후, ■ 대통령은 수하들에게 본건 합병을 “챙겨보라”고 완곡히 지시하며 자신의 지침을 명확히 하였습니다.³⁶³ 국민연금은 청구인에 대항하여 “적극 활용”될

³⁵⁹ 재반론서면, 제 98 항.

³⁶⁰ 재반박서면, Section II.C, 제 1-3 단계 및 제 355 항.

³⁶¹ “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, 2020. 9. 10.자 오마이뉴스, **Exh R-316**, 제 56-59 면; 재반론서면, 제 174(iii)항, 각주 400. 대한민국은 자국의 특별검사(국가기관)가 제기한 주장들이 “아직 증명된 바 없으며” 이에 구속되지 않는다고 말하지만, 이러한 시도는 성공할 수 없습니다. 일반 국제법상 신의성실 원칙에 따라 대한민국은 중재판정부 앞에서 자국 법원 또는 검찰의 판결과 일치하지 않는 입장을 취할 수 없습니다. *Chevron Corporation et ors v. Republic of Ecuador* 사건(PCA Case No. 2009-23) 2018. 8. 30.자 제 2 트랙에 대한 제 2 차 부분판정문, **Exh CLA-183**, 제 7.106, 7.112 항(“신의성실의 원칙은 중재의 절차적 정당성에 부정적인 영향을 미치는 일방 당사자에게 본질적으로 유리하거나 다른 당사자에게 본질적으로 불리하도록 의도적으로 만들어낸 일관되지 않은 진술들을 명백히 배제한다. 즉, 이 중재의 어떤 당사자도 어떤 것을 긍정했다가 상황에 따라 동일한 사안을 부정하는 상반된 입장을 동시에 취할 수 없다.”) 참조.

³⁶² [청와대], “삼성물산 합병안에 대한 국민연금 의결권 행사방향”, 날짜 미상, **Exh C-588**, 제 4 면 참조. 재반박서면, 제 355(a)항 함께 참조.

³⁶³ 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사피의자신문조서, **Exh C-488**, 제 5-6 면. 특별검사의 ■ 공소장을 통해서 이제 확실해졌듯이, 대통령의 지침은 삼성의 개입 이후에 내려졌고 약속한 뇌물을 지급하고자 했다는 것을 명확히 보여줍니다. “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”,

예정이었습니다.³⁶⁴ 대한민국의 기관인 서울고등법원이 기술하였듯이, ■ 대통령은 청와대에 “적극적으로 이 사건 합병 관련 국민연금공단의 의결권 행사 과정에 관여”³⁶⁵하고 “이 사건 합병에 대한... 결정적인 도움”을 제공할 것을 지시하였습니다.³⁶⁶ 대한민국은 이를 전혀 부인하지 않습니다. 대한민국은 기껏해야 자국 법원이 명확히 인정한 사실을 “애매모호”하다고 할 뿐입니다.³⁶⁷

- b. ■ 대통령의 수하들이 특별검사에게 확인하여 준 바와 같이 이들은 ■ 대통령의 지시가 본건 합병이 승인되도록 하라는 것이라고 확신하였습니다.³⁶⁸ ■ 청와대 행정관은 본건 합병을 “*챙겨보라*”는 대통령의 지시는 “*합병이 성사되도록 챙겨보라는 취지이고, 저희도 그런 지시로 이해*”하였다고 증언하였습니다.³⁶⁹ 이와 함께 청구인의 재판박서면에서 상세히 논의된 그 밖의 증거³⁷⁰는 “대통령의 수하 참모들이 ‘이러한 대통령의 지시를 본건 합병을 반드시 성사시키라는 것으로 잘 이해하고 이행했다’는 청구인의 주장을 뒷받침할 만한 증거가 없[]다”는 대한민국의 주장을 정면으로 반박합니다.³⁷¹

2020. 9. 10.자 오마이뉴스, **Exh R-316** (“피고인 이재용[은]...[전문 위원회의 SK 합병 건 반대 결정 한] 같은 날 *대통령의 협조를 유도하기 위해... ‘정유라가 최근 출산을 하여 삼성에서 승마훈련 지원을 못하고 있었는데, 정유라의 몸 상태가 호전되면 곧바로 재정지원을 할 예정이다.’*라고 그 진행 상황을 전하는 등으로 정유라에 대한 승마 지원을 적극 이행하겠다는 의사를 대통령 측에 전달하였다.” (강조표시 임의추가)) 참조.

³⁶⁴ [청와대], “해외 헤지펀드에 대한 국내기업의 경영권 방어 대책 검토”, 날짜 미상, **Exh C-587** (강조표시 임의추가); 수정 청구서면, 제 98 항, 재판박서면, 제 357 항 참조.

³⁶⁵ ■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-286**, 제 90 면.

³⁶⁶ ■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-286**, 제 103-104 면 (강조표시 임의추가).

³⁶⁷ 재판론서면, 각주 402.

³⁶⁸ 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 6-8 면, 특히 제 6 면(“대통령의 지시사항이라고 하면서...삼성 주식을 많이 가지고 있는 국민연금이 의결권을 잘 행사하여 합병이 성사될 수 있도록 챙겨보라는 취지로 이야기하였습니다”); 2017. 1. 5.자 ■ 제 4 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-482**, 제 9 면(그가 보기에는 청와대 수석들이 본건 합병 관련 ■ 대통령으로부터 지침을 받았을 것임을 확인: “두 수석실이 같이 사안을 챙겼다면 상부인 대통령이나 비서실장의 지시가 있었을 가능성이 큼니다.”)도 참조.

³⁶⁹ 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 6 면.

³⁷⁰ 재판박서면, 제 105 항.

³⁷¹ 재판론서면, 제 101(a)(iii)항.

- c. 이후 청와대에서 ■ 장관을 포함한 ³⁷² 보건복지부 관계자들에게 국민연금이 본건 합병을 승인하도록 필요에 따라 개입하라는 지침이 하달되었습니다.³⁷³ 그러자 대한민국이 공개적으로 인정한 바 있듯이 ■ 장관은 “청와대 지시로 삼성물산과 제일모직 합병 찬성 결정에 직권을 남용”하였습니다.³⁷⁴
- d. 청와대는 국민연금이 지시받은 대로 의결권을 행사하도록 ■ 청와대 행정관이 그의 보건복지부 측 연락상대인 ■ 사무관과 거의 매일 주고받은 문자메시지와 정기적인 대화를 통하여 보건복지부의 지시이행을 면밀히 감시하고 통제하였습니다. ³⁷⁵ ■ 은 대한민국의 주장처럼 단순히 “수동적”으로 보고를 받았던 것이 아니라, ³⁷⁶ 의결권행사전문위원회가 (본건 합병과) 유사한 SK 합병안을 부결하자 “삼성에 관심있는 사람들이 많아서” 본건 합병이 의결권행사전문위원회에 올라가게 되면 “미라” 알려 달라고 요청하였습니다.³⁷⁷
- e. 대한민국이 ■ 대통령에 대한 보고용으로 작성된 상황보고서의 존재를 인정하면서도 그 제출을 거부한 까닭에 청와대와 보건복지부 사이에 있었던 상호작용의 전모는 여전히 알려지지 않고 있습니다.³⁷⁸ 청구인은 본건 합병과 관련된 국민연금의 행위에 대한 지시에 ■ 대통령이 직접 관여하였음을 추가로

³⁷² ■/■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 37 면; 2017. 1. 9.자 ■ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 24 면. 대한민국은 이를 “추정”으로 폄하하고자 하나 보건복지부 장관에게 그러한 지침이 하달되었다는 사실은 다투지 아니합니다. 재판론서면, 제 182(b)항 참조. 재판박서면, 제 355(f)항과 비교. 아울러 ■ 공소장상 특별검사에 의하면 대통령은 ■ 장관의 측근 ■에게 2015년 6월 말 직접 전화를 걸어 위 내용이 그녀로부터의 지침임을 전달하였습니다. “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, 2020. 9. 10.자 오마이뉴스, **Exh R-316**, 제 57 면 참조.

³⁷³ 재판박서면, 제 108 항.

³⁷⁴ 예를 들어 2017. 3. 6.자 중앙일보 보도, “문재인 측 ‘특검 수사’로 탄핵 사유 더 명확해져”, **Exh C-493**, 제 2 면(강조표시 임의추가) 참조.

³⁷⁵ 2015. 6. 19 ~ 8. 9.자 ■(청와대)과 ■(보건복지부) 간 문자메시지 기록, **Exh C-438** 참조.

³⁷⁶ 재판론서면, 제 178 항.

³⁷⁷ 2015. 6. 19 ~ 8. 9.자 ■(청와대)과 ■(보건복지부) 간 문자메시지 기록, **Exh C-438**, 제 6439 면 (2015. 6. 26.자 오후 2시 49분 및 오후 2시 56분의 문자메시지).

³⁷⁸ 피청구인이 중재판정부에 발송한 2020. 6. 10.자 서신, 제 2 면; 피청구인의 주석이 포함된 2020. 6. 10.자 별첨 제 I(1)장 1 행 (“청구인이 언급한 상황보고서는 최종본이 아니라 초안에 불과하였습니다.”).

증명해주는 위 보고서(들)의 내용과 관련하여 불리한 주정을 하여 줄 것을 중재판정부에 다시 한번 정중히 요청하는 바입니다.³⁷⁹

- f. ■ 장관은 보건복지부 관계자들에 본건 합병은 “100% 슈어하게” 성사되어야 한다고 지시하였습니다.³⁸⁰ 또한 그는 국민연금이 본건 합병에 대하여 “찬성”표를 행사하도록 ■ 보건복지부 국장에게 직접 지시하였습니다.³⁸¹
- g. 나아가 의결권행사전문위원회에서는 대통령의 지시이행을 확신할 수 없다는 것이 명백해지자 보건복지부와 청와대는 투자위원회가 본건 합병에 대한 의사결정을 내리도록 국민연금에 지시하였습니다.³⁸²
- h. ■ 보건복지부 국장은 ■ 국민연금 본부장에게 “[본건 합병에 대한 의결권 행사를] 투자위원회에서 처리”하도록 지시하였고, 이는 본건 합병에 찬성하라는 지시였습니다.³⁸³ 대한민국은 이러한 지시가 전달된 사실은 결코 부인하지 않으면서도 (놀랍게도) 단지 청구인이 이를 증명하지 못하였다고만 주장할 뿐입니다.³⁸⁴

³⁷⁹ 재반박서면, 제 355(e)항.

³⁸⁰ 재반박서면, 제 355(g)항; 2017. 9. 26.자 ■ 증인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울고등법원 재판), **Exh C-524**, 제 4 면; ■/■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 29 면. ■/■에 대한 서울중앙지방법원 판결, **Exh C-69**, 제 7 면도 참조.

³⁸¹ 2017. 3. 22.자 ■ 증인신문 녹취서(■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-497**, 제 32-33 면.

³⁸² 재반박서면, 제 355(h), (i)항; “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, 2020. 9. 10.자 오마이뉴스, **Exh R-316**, 제 57 면 (“위원별 성향 및 찬반 입장 분석 결과를 보고받은 문형표는 전문위원회에 부의할 경우 100% 합병 찬성 의결을 유도하지 못할 우려가 있다고 판단하고, 2015. 7. 8. 조남권 등을 통해 홍완선에게 이 사건 합병 건을 전문위원회로 부의하지 말고 투자위원회에서 찬성시키라는 취지로 지시하였다.”).

³⁸³ ■/■에 대한 서울중앙지방법원 판결, **Exh C-69**, 제 47 면; ■/■에 대한 서울고등법원 판결, **Exh C-79**, 제 18 면 (고등법원 판결의 번역본은 동 증거를 아주 약간 다르게 기록하고 있습니다: “[■]은 다른 사람들을 나가게 한 다음 피고인 [■]와] 단 둘이 있는 자리에서 ‘투자위원회에서 처리하는 것이 [■]님의 의중이다’라고 확실하게 이야기하였다.”); 2017. 3. 22.자 ■ 증인신문 녹취서(■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-497**, 제 15 면 (“문: 증인이 피고인 [■]으로부터 삼성물산 합병 성사 지시를 받지 않았다면 국민연금공단을 직접 찾아가 ■ 본부장 등에게 투자위원회에서 결정하라는 지시를 하지 않았을 것이지요. 답: 예.”(강조표시 임의추가)), 제 32-33 면 (“문:...투자위원회에서 처리하는 것이 장관님의 의중이시다.”라고 이야기했던 것은 |장관님 지시사항이므로 투자위원회에서 합병안을 찬성해 달라는 의미였지요. 답: 예, 그런 의미였습니다.”) 참조. 재반박서면, 제 108(c), 355(j)항도 참조.

³⁸⁴ 재반론서면, 제 191, 306 항과 비교.

- i. 또한 청와대는 불공정한 합병비율에 이의를 제기하는 자문기관들의 반대에도 불구하고 투자위원회에서 찬성표를 던지도록 하기 위한 “근거자료”를 작성하도록 지시하였습니다.³⁸⁵
- j. “독립적”이었다고 주장되는 ³⁸⁶ 본건 합병표결의 절차 전반에 걸친 청와대의 면밀한 통제를 가장 생생하게 보여주는 부분들 중 하나는 투자위원회 위원들이 합병표결 이후 저녁식사 전 재소집되어 “투자위원회에서 결정된 내용에 대하여 청와대에서 최종 재가를 받기 위해... 대기”하라는 명을 받았다는 █████ 투자위원의 증언입니다.³⁸⁷ █████ 투자위원이 언급한 바와 같이, 청와대는 만일 표결결과가 지시사항에 부합하지 않았었다면 “투자위원회에서 결론이 난 후에... 최종 의사 결정 방향[을] 바[꾸었을]” 수도 있었습니다.³⁸⁸ 따라서 이러한 일이 일어난 시점이 투자위원회 회의가 종료된 뒤였다는 점은 이 문제와 무관합니다.³⁸⁹

118. 종합해볼 때 위와 같은 증거는 대한민국이 본건 합병에 대한 국민연금의 찬성결정을 지시, 통제하고자 하였으며 실제로도 그리하였음을 넉넉히 확인하여 주고 있습니다. 더욱이 관련 기록에는 실제로 투자위원회의 주요 위원들에 본건 합병에 찬성하라는 구체적인 지시가 있었다는 점이 나타나 있습니다. 특히 대한민국은 적어도 투자위원회 회의에 참석했던 두 명의 영향력 있는 인물들, 즉 (투자위원장인) █████ 본부장과 (조작된 시너지와 합병비율 계산결과 등 본건 합병에 유리한 자료를 제시한) █████가 투자위원회가 본건 합병에 찬성하게 할 목적으로 보건복지부로부터 직접 그러한 지시를

³⁸⁵ 2017. 1. 4.자 █████ 제 4 회 특별검사 진술조서, **Exh C-481**, 제 12-13 면 (“█████ 과장[은]...투자위원회에서 결정하면 어떻겠냐고 물어보았던 것 같습니다... 그래서 제가 █████ 비서관에게 위와 같은 상황을 보고 드렸더니 █████ 비서관이 저에게 그러면 보건복지부에 투자위원회에서 합병 찬성 결정을 하는 것에 대해 검토해보라고 지시하고/ 의결권 자문기관의 반대에도 불구하고 투자위원회에서 자체적으로 결정할 수 있는 근거자료도 만들어서 보내라고 하였습니다. 그리하여 제가 다시 █████ 과장이나 █████ 사무관에게 투자위원회에서 결정하겠다는 취지의 검토보고서와 그에 대한 근거자료를” 보내드렸습니다.); 2017. 1. 9.자 █████ 제 2 회 특별검사 피의자 신문조서, **Exh C-488**, 제 13-14 면.

³⁸⁶ 재반론서면, 제 278(i), 347 항, 각주 616.

³⁸⁷ 재반박서면, 제 147(c)항; 2016. 12. 26.자 █████ 특별검사 진술조서, **Exh C-463**, 제 16 면 (강조표시 임의추가).

³⁸⁸ 2017. 4. 3.자 █████ 증인신문 녹취서 (█████/█████에 대한 서울중앙지방법원 재판), **Exh C-499**, 제 24 면.

³⁸⁹ 재반론서면, 제 101(d)(i)항.

받았다는 점은 부인하지 않고 있습니다.³⁹⁰ 또한 ■ 본부장은 투자위원장으로서 투자위원회를 통제하고 있었습니다. 보건복지부로부터 하달받은 지침에 따라 그는 위원 과반수가 본건 합병에 찬성하도록 하는데 필요한 조치를 취하였습니다. 그러한 조치에는 투자위원회 위원을 직접 선정한 행위,³⁹¹ 조작된 가치평가결과와 “시너지 효과” 계산결과를 투자위원회에 제시하도록 국민연금 리서치팀에 지시한 행위,³⁹² 그리고 투자위원들이 본건 합병을 지지하도록 압력을 행사한 행위가 포함됩니다.³⁹³

119. 이와 같이 많은 증거에 비추어볼 때 투자위원회 *각각의* 위원이 그러한 구체적인 지시를 받았는지 여부는 무의미합니다. 부패행위자는 구체적인 목표를 달성하는데 필요한 만큼만의 부패행위를 하는 것 뿐입니다.³⁹⁴ 본건의 경우 대한민국은 자신의 부패한 계획을 달성하기 위하여 투자위원회 *각각의* 위원에게 구체적인 지시를 할 필요가 없었던 것입니다. “국민연금이 *자신의 의지에 근거하여* 본건 합병에 찬성표를 던지기로 결정”했다는 대한민국의 주장³⁹⁵은 한마디로 터무니없습니다.

³⁹⁰ 재반박서면, 제 108 항. 반박서면, 제 311 항 (“설령 본건 합병 승인에 대한 지시가 있었다는 청구인의 주장이 증거에 의해 뒷받침된다 가정하더라도, 청구인이 입증할 수 있는 것은 이러한 지시가 제한된 특정 개인들(■ 전 본부장 및 ■)에 대한 것이었다는 점입니다”) 참조.

³⁹¹ 수정 청구서면, 제 128 항; 재반박서면, 제 141-144 항; 2017. 4. 26.자 ■ 증인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), Exh C-507, 제 4 면; 2016. 12. 26.자 ■ 특별검사 진술조서, Exh C-463, 제 3-4, 6-7 면; 2016. 12. 26.자 [■] 특별검사 피의자 신문조서, Exh C-464, 제 41-42 면(“제가 직접 지명한 적은 [삼성물산] 합병 건 외에는 없습니다. 삼성 합병 안건이 중요하다고 판단하였기 때문에... 지명위원도 전과 달리 제가 직접 지명하였습니다.”); 2016. 12. 26.자 ■ 특별검사 진술조서, Exh C-465, 제 7 면. ■/■에 대한 서울중앙지방법원 판결, Exh C-69, 제 49-50 면; ■/■에 대한 서울고등법원 판결, Exh C-79, 제 20 면도 참조.

³⁹² 수정 청구서면, 제 123, 119-120 항; 재반박서면, 제 123, 131 항; 2017. 1. 9.자 ■ 특별검사 진술조서 Exh C-487, 제 7280 면 (강조표시 임의추가). ■/■에 대한 서울중앙지방법원 판결, Exh C-69, 제 53-54 면; ■/■에 대한 서울고등법원 판결, Exh C-79, 제 23-25 면; 2016. 12.26.자 ■ 제 1 회 특별검사 진술조서, Exh C-466, 제 18 면도 참조.

³⁹³ 수정 청구서면, 제 129-131 항; 재반박서면, 제 145-146 항; 2016. 12. 26.자 ■ 특별검사 진술조서, Exh C-463, 제 7-8 면; 2016. 12. 26.자 ■ 특별검사 진술조서, Exh C-465, 제 7 면; 2017. 4. 10.자 ■ 증인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), Exh C-500, 제 12 면; 2017. 4. 19.자 ■ 증인신문 녹취서 (■/■에 대한 서울중앙지방법원 재판), Exh C-503, 제 20-21 면; 2016. 12. 26.자 [■] 특별검사 피의자 신문조서, Exh C-464, 제 45-47 면. ■/■에 대한 서울고등법원 판결, Exh C-79, 제 25-26 면; ■/■에 대한 서울중앙지방법원 판결, Exh C-69, 제 17, 55-56 면도 참조.

³⁹⁴ 재반박서면, 제 356 항 참조.

³⁹⁵ 재반론서면, 제 99 항.

V. 대한민국이 주장하는 “주권적 권한”에 대한 항변은 적용될 여지가 없습니다

A. 협정이나 국제법상 주권적 권한에 대한 요건은 존재하지 않습니다

120. 재반론서면에서 대한민국은 또다시 국민연금의 본건 합병 승인과 투표권 행사는 “주권적 권한의 행사를 수반하지 않았으므로” 국민연금의 행위에 대해 자국이 어떠한 책임도 지지 않는다고 주장합니다.³⁹⁶ 대한민국은 이를 본안의 문제로 포장하였지만, 실제로는 (완전히 날조된) 선결문제에 대한 추가적인 논점을 포함하고 있는 바, 본 서면에서는 그에 따라 다루도록 하겠습니다.

121. 청구인은 이미 재반박서면에서 대한민국이 주장하는 “주권적 권한”에 대한 항변은 법적 근거가 없으며, 다음 세 가지 이유로 중재판정부에서 이를 기각하여야 한다고 밝힌 바 있습니다.³⁹⁷

a. 국제법상의 의무가 “주권적 권한”의 행사를 반드시 수반해야 한다는 명제는 협정이나 일반 국제법상 아무 근거가 없습니다.³⁹⁸ 실제로 이미 살펴본 바와 같이 협정은 “조치” 요건을 포괄적으로 정의하고 있습니다.³⁹⁹ 이는 상업적 행위라고 해서 예외는 아닙니다.

b. 소위 “주권적 권한” 요건은 국가책임 법리와 모순됩니다.⁴⁰⁰

c. 단순한 계약 위반만으로는 협정 위반이 수반되지 않는다는 원칙은 물론 이 사건과는 아무런 관련이 없으며, 대한민국이 제시하는 법적 기준의 근거가 되지 않습니다.

122. 재반론서면에서 대한민국은 위와 같은 청구인 답변의 첫 번째와 두 번째 항목을 완전히 무시하고 답변을 하지 않았습니다. 대한민국은 세 번째 항목에만 답변하면서, 단순한 계약 위반에 기반한 협정상 청구를 기각한 사례들로부터 국가가 모든 상업적 행위에 대한 국제법상 책임에서 면제된다는 일반 원칙을 도출할 수 있다고 주장합니다.⁴⁰¹

³⁹⁶ 재반론서면, 제 341 항.

³⁹⁷ 재반박서면, Section III.D.

³⁹⁸ 재반박서면, 제 370-327 항.

³⁹⁹ 상기 Section III.A 참조, 특히 제 35 항 참조.

⁴⁰⁰ 재반박서면, 제 362-369 항.

⁴⁰¹ 재반론서면, 제 342-345 항.

123. 첫 번째 항목과 관련하여, 대한민국은 최근 중재 판정례를 간과하고 있으므로 중재판정부로서는 해당 항변을 더 살필 필요도 없을 것입니다. 대한민국의 소위 주권적 권한 요건은 *Strabag v. Libya* 사건에서 이미 기각되었기 때문입니다. 해당 사건의 중재판정부는 이러한 요건을 인정할 경우 “[협정의] 문언에 나타나지 않으며 그 일반적인 의미에서 필연적으로 도출할 수 없는 제한 내지 조건을 사실상 중재판정부가 도입”하게 되며, 이러한 요건은 “[협정] 문언상 근거가 없다”고 판시하였습니다.⁴⁰²
124. 두 번째 항목과 관련하여, 대한민국은 위에 이미 다른 귀속 관련 항변을 반복하여 내세우고 있습니다. 대한민국은 특정 행위가 ILC 규정 제 4 조 또는 제 8 조 하에 국가에 귀속된다고 하더라도 “본질적으로 상업적 행위는 국제법상 책임을 발생시키기에는 충분하지 않습니다. 따라서 이 청구는 여전히 기각을 면할 수 없”다는 당혹스러운 논지를 전개합니다.⁴⁰³ 그러나 대한민국에서 부정확하게 의역한 중재사건은 귀속 문제를 다루고 있습니다. 뿐만 아니라, 만약 중재판정부가 상업적 행위는 ILC 규정 제 4 조 또는 제 8 조 하에 귀속되지 않는다고 판시하였다면, 이는 위에서 논증하였듯이 법리상 타당하지 않습니다.⁴⁰⁴
125. 세 번째 항목과 관련하여, 대한민국이 지어낸 포괄적인 주권적 권한 법리는 전혀 다른 상황을 다룬 몇몇 판정문의 “문구”⁴⁰⁵ 의 자의적인 해석에 의존하고 있습니다. 대한민국도 받아들이듯이, 대한민국이 근거로 드는 판정례는 모두 본 사건과는 유사성이 없는 계약 위반 관련 사건들입니다.⁴⁰⁶ 이들 사건은 오직 단순 계약 청구와 조약법상 청구를 구분하기 위한 목적으로 주권적 권한 원칙을 적용하였습니다.

⁴⁰² *Strabag SE v. Libya* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/15/1), 2020. 6. 29.자 판정문, **Exh CLA-189**, 제 164 항.

⁴⁰³ 재반론서면, 제 350 항; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana* 사건(ICSID Case No. ARB/07/24), 2010. 6. 18.자 판정문, **Exh CLA-6**, 제 315 항(“중재판정부는 어떤 행위가 피청구국에 귀속된다고 판단되지 않았던 행위들이 어떻게든 피청구국에게 귀속될 수 있다고 보더라도 (예를 들어 그러한 행위가 국가의 지시 또는 통제 하에 이루어졌다고 추정되는 경우), 해당 행위들의 바로 그 본질 때문에 어떠한 경우에도 ROG의 국제법상 책임이 발생할 수 없다고 판단하였다.”).

⁴⁰⁴ ILC 규정 해설서, **Exh CLA-38**, 제 4 조, 제 6 항(“행위 귀속의 목적에서 국가 기관의 행위가 ‘상업적’인지 아니면 주권적 권한의 행사인지는 아무런 상관이 없는 것”입니다) 참조; *Hulley Enterprises Limited v. Russian Federation* 사건(UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226), 2014. 7. 18.자 최종판정문, **Exh CLA-37**, 제 1479 항도 참조.

⁴⁰⁵ 재반론서면, 제 343 항.

⁴⁰⁶ 재반론서면, 제 345 항.

- a. *Impregilo v. Pakistan* 사건: 청구인은 본 사건의 “주권적 권한” 원칙을 “오도”⁴⁰⁷하지 않았습니다. 해당 사건 중재판정부는 “투자계약 위반이 모두 BIT 위반으로 간주될 수” 있는지의 여부를 가리는 목적으로만 주권적 권한 요건을 논하고 있다고 명백하게 밝혔습니다.⁴⁰⁸
- b. *Duke Energy v. Ecuador* 사건: 대한민국의 주장은 그들이 근거로 드는 문구, 즉 “달리 말하자면 국가가 주권적 권한을 행사하는 과정에서 저지르는 위반”에 대한 직접적인 맥락을 제공하는 “계약위반과는 성격상 다른 위반”이라는 중재판정부의 표현을 무시합니다.⁴⁰⁹ 다시 강조하면 해당 사건은 중재 청구인이 단순한 계약 위반에 기반한 협정상 청구를 제기한 맥락 속에서 해석해야 합니다.
- c. *Bayindir v. Pakistan* 사건: 대한민국은 본 사건이 “오로지 계약위반 청구만이 [주권적 권한에 대한 심사] 대상이 된다고 주장하는 것으로 해석될 수는 없”다고 주장합니다.⁴¹⁰ 그러나 “[청구인]이 BIT 위반을 주장하기 위해 계약상 위반에 만의존하는 경우에만 ‘공권력(*puissance publique*) 테스트’가 관련이 있을 것”이라는 중재판정부의 판시에 대해⁴¹¹ 다른 결론을 내리기는 어려워 보입니다.
- d. *Siemens v. Argentina* 사건: 또한 대한민국은 해당 사건이 주권적 권한의 “원칙에 대한 명확한 설명”을 제시한다고 하지만, 이 또한 단순한 계약 위반과 협정 위반을 구별하는 맥락에서 제시되고 있습니다.⁴¹²

⁴⁰⁷ 재반론서면, 제 343(a)항.

⁴⁰⁸ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/02/17), 2005. 4. 26.자 관할에 관한 판정문, **Exh RLA-27**, 제 259 항; 실제로 *Bayindir v. Pakistan* 사건 중재판정부는 같은 문구에 기대어 *Impregilo* 사건은 모든 양자간 투자협정에 전반적으로 적용되는 주권적 권한 요건을 지지하지 않는다고 판시하였습니다. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29), 2005. 11. 14.자 관할에 관한 판정문, **Exh CLA-25**, 각주 72 참조.

⁴⁰⁹ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Republic of Ecuador* 사건 (ICSID Case No. ARB/04/19), 2008. 8. 18.자 관정문, **Exh RLA-41**, 제 345 항(강조표시 임의추가).

⁴¹⁰ 재반론서면, 제 343(c)항.

⁴¹¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* 사건(ICSID Case No. ARB/03/29), 2005. 11. 14.자 관할에 관한 판정문, **Exh CLA-25**, 제 183 항.

⁴¹² 재반론서면, 제 344 항; *Siemens AG v. The Argentine Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/02/8), 2007. 2. 6.자 판정문, **Exh RLA-35**, 제 253 항 원용(“이러한 모든 결정의 공통점은 국가가 국제적 책임을 부담하기 위해서는 그 공권력을 사용하여 행위해야 한다는 것이다.”). 같은 사건, 제 248 항(“여러 중재판정부들은 계약 당사자로서 국가의 행위가 투자협정 위반이라고 판단하기 위해서는 해당 행위가 일반 계약 당사자가 채택할 수 있는 행위를 넘어서야 하며, 계약에 대한 국가 개입이 관여되어야 한다고 판단하였다.”)도 참조.

126. 또한 대한민국은 이 참신한 요건이 가장 합리적이라거나 또는 타당한 법리 *여야* 한다고 주장하면서, 심지어 그들이 지어 낸 규범이 왜 부정되어야 하는지에 대한 입증책임을 청구인에게 떠넘기려 합니다.⁴¹³ 대한민국의 이와 같은 당위적 주장은 해당 주장의 법적 근거가 전무하다는 점을 드러냅니다.
127. 요약하건대 대한민국은 소수 판정례를 선택적으로 인용하여 국가의 모든 상업적 행위는 협정 책임에서 제외된다는 참신하고 포괄적인 법리를 만들어내려고 합니다. 이러한 법리는 협정 문언 또는 국제공법상 아무런 법적 근거가 없습니다. 중재판정부에서는 해당 주장을 바로 기각해야 할 것입니다.

B. 설사 대한민국의 주장을 받아들여더라도 대한민국의 조치는 “주권적 권한”의 행사였습니다

128. 설령 대한민국에서 제안하는 참신한 법적 기준이 적용된다고 하더라도, 본 사건은 해당 기준을 충족합니다. 앞서 ILC 규정 제 5 조 및 협정 제 11.1 조 제 3 항 제(b)호와 관련하여 설명하였듯이 본 사건 행위는 주권적 권한 행사에 해당합니다.⁴¹⁴ 국민연금기금이 보유한 삼성물산 주식의 법적 소유주가 국민연금이 아니라는 단순한 이유만 보더라도 국민연금의 의결권 행사는 어느 상업적 주주의 의결권 행사와는 다릅니다.⁴¹⁵ 그 법적 소유주는 국가입니다.⁴¹⁶
129. “부가적”으로 대한민국은 “의결권 행사는 주주가 주식을 취득할 때 회사와 체결한 계약에서 근거한 것”이므로 이러한 의결권 행사는 상업적 행위라고 주장합니다.⁴¹⁷ 그러나 이는 무의미한 논지입니다. 청구인은 삼성물산과 국민연금 사이의 계약 당사자가 아니며, 대한민국의 해당 계약 위반을 이유로 제소한 것도 아닙니다. 청구인은 본건 합병 찬성과 기금의 의결권 행사와 관련한 대한민국의 위법행위 전체를 근거로 협정상 청구를 제기하였습니다. 해당 의결권 행사는 국민연금기금의 관리를 위하여 보건복지부 장관으로부터 법률상 위임된 권한으로, 국민연금의 정부 기능의 핵심적인 부분입니다. 이는 단순한 계약상의 청구와는 엄연히 다릅니다.

⁴¹³ 재반론서면, 제 342, 343(b), 345 항(“타당한 이유 없이” 청구인이 이러한 제한을 받아들였으며 이러한 “이유”는 “청구인이 설명하지 않고 있”고, “말이 되지 않”으며, “어느 상업적 당사자도 할 수 있는 기타 유형의 상업적 행위가 협정상 법적 책임을 발생시키는 반면, 국가의 계약위반은 협정상 책임에서 면제된다고 볼 이유는 전혀 없”다는 주장).

⁴¹⁴ 상기 Section IV.C.2 참조, 특히 제 96-97 항 참조.

⁴¹⁵ 재반론서면, 제 347 항과 비교.

⁴¹⁶ 상기 제 96.c 항 참조.

⁴¹⁷ 재반론서면, 제 349 항.

130. 따라서 중재판정부는 국민연금의 행위가 대한민국에 귀속된다고 판시해야 하는 것과 같은 이유로 대한민국의 주권적 권한 요건도 배척해야 할 것입니다.

VI. 청구인이 제기한 청구는 절차 남용에 해당하지 않습니다

131. 재반론서면에서 대한민국은 절차 남용에 관한 두 가지 항변을 제기하고 있습니다. 첫째, “청구인이 소송을 제기할 목적으로 그 투자구조를 고의적으로 ‘재구성’하였다”는 항변, 및 둘째, 청구인이 삼성물산과 체결한 주식양도계약으로 청구인이 “재차 다투고자 하는 문제들은 이미 해결되었다”는 것입니다.⁴¹⁸
132. 위 각 주장은 근거가 없으며, 대한민국이 증거를 공격적으로 “재해석”하여 반복적으로 사실관계에 대한 왜곡에까지 이어지는 유감스러운 형태의 또 다른 예라고 밖에 할 수 없습니다. 아래 두 절에서는 실제 증거 기록을 기초로 대한민국의 절차 남용 항변에 각각 답변하도록 하겠습니다.

A. 청구인의 주식 매입은 남용적인 투자구조 재구성이 아니었습니다

133. 대한민국의 첫 번째 절차 남용에 대한 항변은 청구인이 제소를 위해 삼성물산 주식을 (스왑의 대안 및 스왑에 추가로) 매입하였다는 주장에 기반하고 있는데, 그 제소 대상이 특정되지 않았다는 점은 특기할만 합니다.
134. 따라서 대한민국의 소위 “투자구조 재구성”에 대한 항변은 청구인이 협정상 보호를 받지 못하는 관할권에서 보호받는 관할권으로 이동했다는 주장은 아닙니다. 또한 대한민국은 삼성물산 주식을 추가로 매입하기 전에 협정상 보호를 받고 있지 않았다는 주장도 하지 않습니다. 이는 당연히 협정 보호 대상이었기 때문입니다. 심지어 대한민국은 청구인이 삼성물산 주식을 추가로 매입한 유일한 이유가 협정상 청구 제기를 위해서였다고 주장하지도 않습니다. 결국 대한민국의 항변은 그 자체로도 청구인이나 대한민국 자신이 인용한 판정례상 아무런 근거가 없습니다.
135. 대한민국은 처음에는 절차 남용을 입증하기 위한 “특별한 사정”이 있어야 한다는 국제사법재판소 판례를 청구인이 원용한 점을 문제 삼으면서 국제사법재판소의 해당 법리에 관한 대표적인 국제 판결인 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* 사건을⁴¹⁹ 단지 요구되는 국제법 기준에 관하여 “ICJ가 내린 하나의 판결”이라고 치부합니다.⁴²⁰ 그러나 해당 기준은 이후 국제사법재판소가 반복하여

⁴¹⁸ 재반론서면, 제 130 항.

⁴¹⁹ 국제사법재판소(ICJ) 2018 년도 보고서 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* 사건 2018. 6. 6.자 본안전 항변에 관한 결정, **Exh CLA-130**, 제 150 항(“법원이 절차 남용을 이유로 관할에 대한 정당한 권한이 있는 청구에 대해 기각을 해야 하는 경우는 극히 예외적입니다”)

⁴²⁰ 재반론서면, 제 131 항. 대한민국이 재반론서면 제 131 항에서 한 발언과는 달리, 재반박서면에서 청구인의 “‘결정들’이라는 복수형”이라는 언급에 “오해의 소지”는 없습니다.

확인하였을 뿐만 아니라 ⁴²¹ 수많은 투자협정 판정부들도 인용하였습니다. ⁴²² 또한 대한민국은 해당 기준을 반박하거나 심지어 의문을 제기하는 단 하나의 판정부나 법원 판단도 인용하고 있지 않습니다.

136. 이러한 판정례에 의하면, 대한민국은 청구인이 “구체적인 분쟁이 예견되는 시점에 투자조약상의 보호를 받을 목적으로” 주식을 매입하였다는 판단기준을 충족해야 합니다.⁴²³ 재반론서면에서 대한민국은 증거를 기초로 다음과 같은 두 가지 간단한 질문에 대한 답이 긍정적이라고 중재판정부를 설득하면 해당 기준이 충족된다고 주장합니다.
- a. **첫째**, “청구인은 협정상 보호를 받기 위해 자신의 투자를 재구성하였는지”?
 - b. **둘째**, “그 당시 분쟁이 예측 가능하였는지”?⁴²⁴
137. 청구인은 아래 상술한 것과 같이 위 공식이 (분명히 의도적으로) 몇 가지 중대한 쟁점을 묵과하고 있다는 입장이며, 해당 분석은 다음과 같은 틀을 잡는 것이 바람직합니다.
- a. **첫째**, 청구인의 투자가 조금이라도 “재구성” 되었는지?
 - b. **둘째**, 만약 그렇다면, 그 유일한 목적이 투자협정 보호를 받기 위함이었는지?
 - c. **셋째**, 만약 그렇다면 대한민국과의 분쟁 가능성이 (청구인의 관점에서) 상당하였는지?

⁴²¹ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* 사건(I.C.J. Reports 2019), 본안 전 이의제기, 판결, **Exh CLA-180**, ¶ 113 (“법원이 절차 남용을 이유로 관할에 대한 정당한 권한이 있는 청구에 대해 기각을 해야 하는 경우는 극히 예외적입니다”, 즉 청구인의 행위가 절차 남용에 달한다는 “명백한 증거”가 있는 상황) 참조.

⁴²² *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador* 사건(UNCITRAL, PCA Case No. 34877), 2008. 12. 1.자 중간 판정문, **Exh CLA-182**, 제 143 항(“모든 법제에서 권리 남용, 금반언 원칙과 권리 포기는 엄격한 기준을 요구한다. 모든 권리는 일반적으로 당연히 권리 보유자의 청구권으로 이어진다. 아주 특별한 사정이 없는 한 권리를 보유하고 있었음에도 여기서 기인하는 청구권을 제기하고 실현할 수 없는 상황이 발생해서는 안 된다. 엄격한 기준이 요구되는 이유는 절차 남용에 해당하는 신의 성실에 반하는 혐의의 심각성이다. Higgins 법관이 Oil Platforms 사건 2003 년 별도의견에서 밝혔듯이, ‘주장이 심각할 수록 주장의 근거가 되는 증거에 요구되는 확실성은 높아진다는 것이 일반적으로 동의하는 의견이다.’”)(강조표시 임의추가); *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru* 사건(ICSID Case No. ARB/11/17), 2015. 1. 9 자판정문, **Exh CLA-187**, 제 186 항(“권리 남용과 관련하여, 법원이나 재판소는 남용을 당연히 추정하지 않으며 남용에 대한 증거는 ‘매우 특별한 사정’이 있어야 인정하는 만큼 절차 남용 판시의 기준은 상당히 엄격하다.”) 등 참조.

⁴²³ 재반론서면, 제 131 항(*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* 사건(UNCITRAL), 2015. 12. 17.자 관할 및 청구적격에 관한 결정, **Exh RLA-77**, 제 554 항 인용).

⁴²⁴ 재반론서면, 제 133 항.

138. 위 각 질문의 답은 명백히 “아니다”입니다.
1. 청구인의 투자는 시간이 흐르면서 스왑과 주식을 혼합하여 확장되었지, “구조 조정”된 것이 아닙니다
139. 청구인이 재반박서면에서 지적하였듯이, 투자중재에서 절차 남용에 대한 항변은 일반적으로 투자협정 보호를 받는 국적 획득을 위한 법인격의 재구성이라는 맥락에서 발생하는데, 이는 본 사건에 적용되지 않습니다.⁴²⁵ 대한민국은 지배구조 개편을 입증할 필요가 없다고 주장하면서도 ⁴²⁶ 어떤 재구성이든 입증해야 한다는 점은 인정하는 것으로 보이는데, 청구인의 삼성물산 투자 진화에 관한 사실을 어떻게든 뒤틀어서 “투자 재구성”이라는 맞지도 않는 틀에 억지로 맞추려고 어마어마한 노력을 하고 있다는 점을 보아도 알 수 있습니다.
140. 기록을 “재해석”하려는 대한민국의 노력은 사건 전체적으로 크게 중요하지는 않으나, 한 가지 정정되어야 할 사실관계 오류가 있습니다. 대한민국은 청구인이 삼성물산 스왑 매각으로 삼성물산 주식 매입 자금을 충당하였다고 넘겨 짚습니다.⁴²⁷ Mr. Smith의 증언과 재반박서면에 제시된 경과는 이러한 연관성에 대한 추론이 틀렸음을 보여줍니다.
- a. 2014년 11월부터 엘리엇의 투자는 삼성물산 주식을 기초자산으로 하는 스왑의 형태로 이루어졌으며, 2015년 1월 27일에 이르러 총 스왑은 삼성물산 주식 1.51% 지분에 상응하는 주식을 기초자산으로 하기에 이르렀습니다.⁴²⁸
 - b. 2015년 1월부터 청구인의 주식 매입은 스왑을 유지한 상태에서 이루어졌으므로 주식 매입 자금을 스왑 포지션 처분으로 충당하였다고 주장할 근거조차 없습니다.⁴²⁹
 - c. 삼성물산 지분 1.51%에 해당하는 주식을 기초자산으로 한 스왑 포지션은 2015년 3월에 처분되었습니다. 청구인은 3월 초 삼성물산 지분 1.43%를 직접 보유하고 있었으며, 2015년 4월 20일에 이르러서는 4.74%를 보유하게 되었습니다.
⁴³⁰ 삼성물산 지분 1.51%에 대한 스왑 포지션의 처분 수익금이 어떻게 몇 주 내로

⁴²⁵ 재반박서면, 제 391 항.

⁴²⁶ 재반론서면, 제 132 항.

⁴²⁷ 재반론서면, 제 135 항 참조.

⁴²⁸ Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A.

⁴²⁹ Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A.

⁴³⁰ Smith 제 2 차 진술서, 첨부 A.

삼성물산 지분 3.31%를 추가 매입할 자금을 충당할 수 있었는지에 대해 대한민국은 설명하려는 시도조차 하지 않습니다.

141. 간단하게 말하자면, 주식 매입은 투자구조 “재구성”에 해당하지 않았습니다. 기존 투자의 확대였을 뿐입니다.

2. 청구인은 투자협정상 보호가 아닌 주주 권리 획득을 위하여 삼성물산 주식을 매입하였습니다

142. 대한민국이 스스로 근거로 드는 판정례에 의하더라도, 대한민국은 자국이 주장하는 “재구성”을 청구인이 이행한 유일한 이유가 기존에 없었던 투자협정상 보호를 획득하기 위함이라는 점을 입증해야 합니다. “재구성”을 할 다른 합당한 이유가 하나라도 존재한다면 해당 항변은 성립되지 않습니다.

143. 대한민국이 인용하는 판정례들만 봐도 이는 명백합니다.

a. *Phoenix Action* 사건에서 판정부는 구체적인 기존 국가적 분쟁과 관련하여 투자에 있어 협정상 보호를 획득한다는 “독특한 목표” 혹은 “유일한 목적”을 입증해야 한다고 판시하였습니다.⁴³¹ 해당 사건에서는 전 체코 국적자였던 Mr. Beno 가 청구인 회사인 Phoenix Action Ltd 를 2002 년 이스라엘 법에 따라 설립한 후, 회사를 통하여 자신의 가족이 궁극적으로 소유하는 2 개의 체코 회사 지분을 취득하였습니다. 2 개의 회사는 이미 체코 당국과 진행중인 분쟁에 관여되어 있었습니다. 지분 취득 2 개월 후, Phoenix Action 은 동일한 사안과 관련하여 이스라엘-체코 양자간 투자협정에 따라 ICSID 중재절차를 개시하였습니다. 이후 회사들 중 하나는 Mr. Beno 가 2002 년에 지급한 것과 같은 가격으로 원 소유주에게 도로 매각 되었습니다. 중재판정부는 청구인이 투자적격을 갖추고 있는지 분석하면서 다음과 같이 판시하였습니다.

청구인은 경제적 활동을 하려는 목적이 아닌, 체코 공화국에 대한 국제 소송 제기가 유일한 목적인 ‘투자’를 하였다. 이 소위 투자는 국가 경제활동 전개가 아닌, 국제 법률 활동에 관여할 유일한 목적으로 하여 이루어졌다. 본건 ‘투자’의 독특한 목표가 기존의 국내 분쟁을 투자협정 하에 국제투자분쟁센터 중재의 관할이 적용되는 국제 분쟁으로 바꾸는 것이었다.

⁴³¹ *Phoenix Action, Ltd. v. the Czech Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/06/5), 2009. 4. 15.차 판정문, Exh RLA-45, 제 142 항(강조표시 임의추가).

이러한 거래는 진실한 거래가 아니며, 국제투자분쟁세터 체제 하에서 보호받는 투자가 될 수 없다.⁴³²

b. *Philip Morris* 사건 중재판정부는 “특정 분쟁”에서 기업구조조정이 협정상 보호 확보를 위한 “결정적”이거나 “유일한” 이유일 경우 절차 남용을 입증할 수 있다고 판시하였습니다.⁴³³ 중재판정부는 호주 정부가 2010년 4월 표준담뱃갑 입법 의도 발표 근 1년 후인 2011년 2월, *Philip Morris Group* 이 해당 권리를 홍콩에 설립된 *Philip Morris Asia* 에 이전한 것은 “협정[홍콩-호주 양자간 투자협정] 하에서의 청구 제기라는, 유일한 이유는 아니더라도, 주요하며 결정적인 이유” 때문에 호주 사업 구조를 재구성한 것이었다고 판시하였습니다.⁴³⁴

144. 대한민국은 청구인이 삼성물산 주식을 매입한 유일한 목적이 투자협정 보호를 획득하기 위함이라는 주장은 시도하지도 않습니다. 다른 서면에서 대한민국은 청구인의 주식 매입이 “본건 합병을 방해하기 위한 목적”이었다고 주장했으며,⁴³⁵ 재반박서면에서 이는 “청구인은 본건 합병에 반대하기 위한 목적으로만 투자를 하였”다는 주장으로 탈바꿈하였습니다.⁴³⁶ 즉, 대한민국 스스로도 청구인이 스왑 외에 주식도 매입한 “유일한” 이유가 투자 협정상 보호를 확보하는 것과 무관하다고 제시하고 있습니다.
145. 대한민국은 청구인이 인지하고 있지 못했던 본건 합병을 미리 예견하고 있었다고 주장합니다. 청구인이 처음으로 주식을 매입했던 2015년 1월 당시에는 본건 합병을 예상할 이유가 전혀 없었습니다. 오히려 여러 시장 분석가들은 어떤 잠재적인 합병도

⁴³² *Phoenix Action, Ltd. v. the Czech Republic* 사건(ICSID Case No. ARB/06/5), 2009. 4. 15.자 판정문, **Exh RLA-45**, 제 142 항(강조표시 임의추가).

⁴³³ *Philip Morris Limited v. The Commonwealth of Australia* 사건(UNCITRAL), 2015. 12. 17.자 관할 및 청구적격에 관한 결정, **Exh RLA-77**, 제 584 항(“구조조정의 주되고 결정적인 이유가 유일한 이유는 아니더라도 협정상 청구를 제기할 의도”였다고 판시)과 제 554 항(“특정 분쟁을 예상할 수 있던 시점에 투자자가 투자협정의 보호를 받기 위해 기업구조를 바꾼” 행위를 요구)(강조표시 임의추가). *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12), 2012. 6. 1.자 관할 이의제기 결정문, **Exh CLA-150**, 제 2.99 항(“중재판정부가 보기에 [합당한 구조조정과 절차 남용 간의] 경계선은 관련 당사자가 실제 분쟁을 목도하거나, 단순한 분쟁의 가능성이 아닌 아주 개연성이 높은 장래의 분쟁을 예측할 수 있는 시점에서 구분된다”)(강조표시 임의추가)도 참조.

⁴³⁴ *Philip Morris Limited v. The Commonwealth of Australia* 사건(UNCITRAL), 2015. 12. 17.자 관할 및 청구적격에 관한 결정, **Exh RLA-77**, 제 584 항.

⁴³⁵ 반박서면, 제 376 항.

⁴³⁶ 재반론서면, 제 141 항(강조표시 임의추가).

삼성물산 주주들의 “강력한 반발”에 부딪히리라고 예상하였습니다.⁴³⁷ Mr. Smith 도 합병 비율이 상당히 불리한 조건을 초래할 것이었기 때문에 청구인을 대표하여 결정을 내린 관계자들 역시 소문으로만 돌던 합병이 실제로 추진될 것이라고는 예상하지 못하였다고 확인한 바 있습니다.⁴³⁸ 이러한 예상은 2015 년 4 월 9 일 삼성물산 고위경영진과의 회의에서 삼성물산 측이 청구인의 자문사들에게 명시적으로 “제일모직과의 합병을 고려한 적이 없고, 그럴 계획도 없다”고 밝혀 더욱 굳어졌습니다.⁴³⁹

146. 그러나 어찌되었든 2015년 1월 이후의 주식 매입은 장래의 정부에 대한 협정상 청구 가능성을 목적으로 한 것이 아니었으며, 구체적으로 투표권 등 주주 지위와 연관된 기타 권리들을 취득하여 기존 투자 가치를 제고하고 보호하려는 상업적인 목적에서 비롯된 것이었습니다.⁴⁴⁰
147. Mr. Smith 의 증언과 청구인의 이후 행보를 보면 주식 매입이 어떤 소송 의도와도 무관하게 별개의 사업상 합당한 목적으로 이루어졌다는 것이 더욱 명백해집니다. 청구인은 투자를 보호하기 위해 주주로서의 지위를 다음과 같이 활용하였습니다. 2015년 2월 4일부터 청구인은 소문으로 떠도는 합병에 관한 우려를 표시하기 위해 삼성물산과 소통하였습니다.⁴⁴¹ 2015년 4월 청구인은 삼성물산 경영진과 면담을 하였고,

⁴³⁷ 2015. 2. 9.자 맥쿼리 리서치 보고서, “삼성물산 7 가지 미해결 물음에 대한 7 가지 답변”, **Exh C-148**, 제 5 면.

⁴³⁸ Smith 제 1 차 진술서, 제 22, 35 항; Smith 제 2 차 진술서, 제 32, 38, 50 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(ii), (iv) 및 (v)항 등 참조. 삼성 내부자 정보를 근거로 한 당시의 언론 보도도 삼성물산-제일 합병의 가능성을 일축하였습니다. 2015. 4. 2.자 머니투데이 보도, “제일모직 급등에, 삼성 ‘지배구조 재편 달라진 것 없다’”, **Exh C-701**, 제 2 면(“제일모직과 삼성물산의 합병 가능성도 일축했다. 삼성 관계자는 ‘제일모직의 건설부문과 삼성물산의 건설부문은 사업규모와 방향이 달라 시너지를 노리기 어렵다’고 말했다.”). 등 참조.

⁴³⁹ Smith 제 1 차 진술서, 제 31 항. 대한민국은 이 면담이나 이로부터 발생한 기대에 관한 Smith 씨의 증언을 반박하는 어떤 증거도 제시하지 않았습니니다. 오히려 대한민국 검찰이 Smith 씨의 증언을 확인해 주고 있습니다. 2020. 9. 10 자 오마이뉴스 보도, “[단독] 이재용 공소장 전문을 공개합니다”, **Exh R-316**, 제 17 면(“물산의 CFO 인 피고인 이영호는 물산을 대표하여 2015. 4. 9. 엘리엇과 면담하며 ‘모직과 합병하는 계획은 없다.’라고 확인하였고, 엘리엇은 2015. 4. 16. 물산 경영진이 모직과 합병 계획이 없다고 확인해 준 것에 대해 감사 서신을 물산에 보내기도 하였다.”).

⁴⁴⁰ Smith 제 1 차 진술서, 제 23(i)항; Smith 제 2 차 진술서, 제 35 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(ii)항 등 참조. James Smith 와 Tim Robinson(모두 엘리엇) 간의 2015. 1. 28-29.자 이메일 교신, **Exh C-686** (“우리가 삼성에 대응할 수 있는 위치에 서야 할 것 같습니다. 입찰을 시작하여 미화 2.4 억 달러에 해당하는 3%까지 투자 지분을 늘리는 것이 좋을 것 같습니다”)도 참조.

⁴⁴¹ Smith 제 1 차 진술서, 제 23(ii)항; Smith 제 2 차 진술서, 제 47 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(iii)항; 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디(Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산 경영진에 발송한 2015. 2. 4.자 서한, **Exh C-11**. 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디(Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산에 발송한 2015. 2. 16.자 서한, **Exh C-680**; 삼성물산이 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디(Elliott Advisors (HK) Ltd.)에 발송한 2015. 2. 16.자 서한, **Exh C-681**; 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디(Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산에 발송한 2015. 2. 27.자 서한,

삼성물산 최대 주주인 국민연금과도 면담하여 “[EALP]의 한국 투자에 대해 설명”하였고, “삼성물산-제일모직 합병에 대한 소문”에 대해 논의하였으며, “현 주가를 기준으로 한 합병은 삼성물산 주주들에게 막대한 손실을 야기할 것”이라는 엘리엇의 의견을 개진하였습니다.⁴⁴²

148. 본건 합병 발표 전날인 2015년 5월 25일, 청구인은 삼성 일가와 삼성물산 경영진에게 제시할 지배구조 개편안을 개선하느라 분주했습니다.⁴⁴³ 2015년 5월 26일, 당시 주가를 기준으로 합병에 합의했다는 삼성물산과 제일모직 이사회의 발표는 엘리엇을 “충격”에 빠뜨렸습니다.⁴⁴⁴ 동시에 청구인은 삼성물산에 대한 기존 투자와 회사를 위한 장기 계획을 보호하고자 본건 합병안에 대항하기 위해, 당시에는 공평할 것으로 예상했던, 위임장 대결을 신속하게 준비했습니다. 대한민국은 청구인이 2015년 5월 26일에 추가로 주식을 매입하였다는 사실에 대단한 의미를 부여하지만,⁴⁴⁵ 이러한 매입 결정의 합당한 상업적 목적은 명백합니다. 청구인은 임시주주총회에서 의결권을 늘려 본건 합병을 부결시킬 확률을 높이려고 한 것입니다.⁴⁴⁶ 이는 청구인의 삼성물산 실질주주증명서에서 명시된 행사 가능한 다양한 주주 권리를 통해서도 명백하게 드러납니다.⁴⁴⁷
149. 앞서 명확히 밝힌 바와 같이, 청구인이 협정상 보호를 획득할 목적으로 주식을 매입했다는 증거는 전무합니다. 주식을 매입한 이유는 대한민국도 다른 곳에서 인정하듯이 투표권 등 주주 권리를 획득하여 기존 투자를 보호하고, 본건 합병이 현실적인 가능성으로 떠오르자 이를 부결시킬 확률을 높이기 위해서였습니다. 청구인이

Exh C-682; 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디(Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산에 발송한 2015. 3. 11.자 서한, **Exh C-683** 도 참조.

⁴⁴² Smith 제 1 차 진술서, 제 28 항; Smith 제 2 차 진술서, 제 47-48 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(v)항도 참조.

⁴⁴³ Smith 제 2 차 진술서, 제 63 항; 엘리엇, 삼성그룹 개편 시나리오, 2015. 4. 27., **Exh C-377**.

⁴⁴⁴ Smith 제 1 차 진술서, 제 36 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(vii)항. Smith 제 2 차 진술서, 제 61 항 참조.

⁴⁴⁵ 재판론서면, 제 141 항도 참조.

⁴⁴⁶ Smith 제 1 차 진술서, 제 39(iii)항; Smith 제 2 차 진술서, 제 39 항; Smith 제 3 차 진술서, 제 7(vii), 8 항.

⁴⁴⁷ 2015. 6. 1.자 삼성물산 실질주주증명서, **Exh C-382**. 행사할 주주 권리의 범위는 다음과 같았습니다. “1. 주주/수익자 대표소송제기권. 4. 이사의 해임 청구권. 7. 이사의 위반행위 유지 청구권. 8. 회계장부 열람. 9. 총회 소집 청구권. 10. 업무, 재산상태 조사를 위한 검사인의 선임 청구권. 11. 주주/수익자 제안권. 15. 총회결의 취소, 무효, 부존재 확인의 소. 21. 각종 열람권. 22. 합병무효의 소 제기권.”

삼성물산 주식을 매입한 유일한 목적이 투자협정상 보호 취득을 위해서인지 묻는 질문에 대한 답변은 따라서 의심의 여지없이 “아니오”일 수밖에 없습니다.⁴⁴⁸

3. 본 중재판정부 앞에 제기된 특정 분쟁은 청구인이 삼성물산 주식을 매입할 당시 예측할 수 없었으며, 개연성이 상당한 상황은 더욱이 아니었습니다

150. 대한민국이 입증해야 할 마지막 문제는 현재 중재판정부 앞에 제기된 본 분쟁의 발생 개연성이 청구인이 삼성물산 주식을 매입할 당시 상당했었는지 여부입니다. 대한민국은 “특정된 분쟁을 예측할 수 있었다”라는 비교적 애매한 문구로 해당 법적 요건을 표현하며, 위에서도 언급했듯이 해당 요건을 충족하기 위해 과연 어떤 분쟁이 예측 가능했는지에 대해서 각별히 명확히 밝히고 있지 않습니다. 다행히도 관련 법리상 의심의 여지는 없습니다.

151. 대한민국이 근거로 드는 판정들은 본 중재에서 문제가 된 “특정된 분쟁”과 관련한 예측 가능성을 입증할 것을 요구합니다.⁴⁴⁹ 해당 판정들은 아울러 “예측 가능성”을 “매우 높은 개연성”이라고 정의한다는 점을 주목해야 합니다.⁴⁵⁰ 궁극적으로, 이 사건의 사실관계를 살펴건대 그러한 기준의 엄격성은 도무지 충족시킬 수가 없습니다. 본 중재판정의 특정된 분쟁, 즉 본건 합병 자체가 아닌 본건 합병 표결에 대한 정부의 불법 개입을 청구인이 예측했다고 주장할 근거가 전혀 없기 때문입니다.⁴⁵¹ 2015년 1월에서 6월 사이의 기간 동안 주식을 매입하면서 청구인은 협정상 청구 제기를 고려하지 않았으며, 고려할 수도 없었습니다. 대한민국 정부 공직자들이 본건 합병을 성사시키려고 취한 불법적이고 부적절한 일련의 행위는 예측은커녕 상상조차 할 수 없었으며, 본건 합병 성사 이후 1년이 넘는 시간이 지난 2016년 말경부터 장기간에 걸쳐 드러날 때까지 적극적으로 은닉되어 왔기 때문입니다.

⁴⁴⁸ 이것이 만약 한 가지 동기부여가 되었다고 하더라도 의미가 없습니다. 청구인이 처음 주식을 매입한 2015년 1월 27일 당시, 2014년 11월 27일 이래 보유하고 있던 스왑이 이미 협정상 보호 대상 투자였으므로 협정 보호를 받고 있었기 때문입니다(재반박서면, Section III.A.3 참조). 따라서 청구인은 이미 삼성물산 스왑 보유자로서 받는 투자 보호 이상의 새로운 투자 보호를 “획득”하지 않았습니다.

⁴⁴⁹ *Philip Morris Limited v. The Commonwealth of Australia* 사건(UNCITRAL), 2015. 12. 17.자 관할 및 청구적격에 관한 결정, **Exh RLA-77**, 제 554 항.

⁴⁵⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 사건(ICSID Case No. ARB/09/12), 2012. 6. 1.자 관할 이의제기 결정문, **Exh CLA-150**, 제 2.99 항 (“중재판정부가 보기에 [합당한 구조조정과 절차 남용 간의] 경계선은 관련 당사자가 실제 분쟁을 목도하거나, 단순한 분쟁의 가능성이 아닌 아주 개연성이 높은 장래의 분쟁을 예측할 수 있는 시점에서 구분된다”)도 참조.

⁴⁵¹ 재반론서면, 제 142 항. 반박서면, 제 374 항도 참조.

152. 이 대목에서도 청구인이 협정상 청구를 염두에 두지 않았다는 것은 기록을 통하여 반박의 여지 없이 확인할 수 있습니다. 합병의 원인이 된 국민연금 투표가 행해진 때는 2015년 7월 17일이었습니다. 대한민국 정부 공직자들의 부정한 개입이 국민연금의 표결 결과를 결정하였다는 사실은 한국 형사재판 절차에서 공개된 증언과 서증을 통하여 스캔들이 드러난 2016년 10월 이후에야 일반에 알려졌습니다.⁴⁵² 그 전까지 청구인은 대한민국의 본건 합병에 대한 불법 개입 사실을 전혀 알지 못하고 있었습니다.⁴⁵³ 이후 청구인은 한국 형사절차를 거쳐 ■ 대통령, ■ 장관, ■ 본부장 등이 유죄판결을 받은 후인 2018년 4월 13일이 되어서야 본 중재절차를 개시하였습니다.⁴⁵⁴
153. 이와 관련하여 대한민국이 근거로 드는 증거를 공정하게 해석할수록 청구인의 입장은 더욱 확고해질 뿐입니다. 대한민국은 엘리엇이 삼성물산에 보낸 서신 두 통⁴⁵⁵ 및 국민연금에 보낸 서신을 지적하며 “국민연금이 본건 합병에 찬성할 경우 발생할 ‘결과’, 즉 엘리엇 그룹에 의한 소송의 제기에 대해 경고”하는 내용이라고 잘못 해석하고 있습니다.⁴⁵⁶ 삼성물산에 발송한 서신들은 청구인의 *대한민국*과의 분쟁 가능성 인지 여부와는 명백히 무관합니다. 또한 국민연금에게 보낸 서신에 대한 대한민국의 해석은 극심하게 왜곡되었기에 아래와 같이 이를 자세히 지적하는 바입니다.
- a. 우선 국민연금에 보낸 4 장짜리 서신 어디에서도 ‘결과’라는 단어는 쓰이지 않았습니다. ‘소송’이라는 단어 역시 마찬가지입니다. 오히려 중재판정부에서 상세히 살펴주시기를 부탁드리는 해당 서신은 엘리엇이 당시 제안된 본건 합병의 불공정성에 관해 공감대가 형성되었던 것으로 믿고 있었음을 보여주고, 본건 합병 부결을 위한 국민연금의 지지를 구했습니다.⁴⁵⁷
- b. 서신에서 표시한 우려는 심각하지만 어조는 생산적이며, 청구인은 단순히 해당 거래의 명백히 해로운 경제적 결과를 지적하고, (국민연금이 아닌) *삼성물산*

⁴⁵² 2016. 10. 12.자 미디어스 보도, “재벌, 미르 K 스포츠에 ‘맨입으로’ 돈 냈을까”, **Exh C-54**; 2016. 11. 2.자 오마이뉴스 보도, “삼성, 최순실 통해 ‘이재용 승계’ 보장 받았나”, **Exh C-55** 참조.

⁴⁵³ Smith 제 1 차 진술서, 제 67 항(“비리 스캔들이 터진 2016년도 10월이 되어서야 본인은 국민연금의 표결에 간섭하여 본건 합병이 위법하게 성사되도록 한 대한민국 정부 최고위층의 개입에 대해 알게 되었습니다”).

⁴⁵⁴ 2018. 4. 13.자 쓰리 크라운즈가 대한민국 정부에 발송한 서한 (의사통보서), **Exh C-2**.

⁴⁵⁵ 재판문서면, 제 139(d)와 (e)항, 엘리엇 어드바이저스(홍콩) 엘티디 (Elliott Advisors (HK) Ltd.)가 삼성물산 경영진에 발송한 2015. 2. 4.자 서한, **Exh C-11**, 엘리엇이 삼성물산에 발송한 2015. 5. 27.자 서신, **Exh C-179** 인용.

⁴⁵⁶ 재판문서면, 제 139(f)항, 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 6. 3.자 서신, **Exh C-187**, 제 4 면 인용.

⁴⁵⁷ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 6. 3.자 서신, **Exh C-187**.

경영진이 불법행위를 저질렀다는 심각한 우려를 표시하며, 국민연금이 그의 의무에 걸맞게 행동하도록 요청하였을 뿐입니다.⁴⁵⁸

c. 실제로 서신에서 암시한 결과는 다음과 같은 것뿐입니다.

“더 광범위하게 보자면, NPS가 공개적으로 주주의 권리를 중대하게 침해하는 본건 합병 제안과 같은 거래를 공개적으로 반대하지 않을 경우 한국 주식 시장이 현재 겪고 있는 ‘지배구조 문제 디스카운트(governance shortfall discount)’가 NPS 국내 상장 주식 포트폴리오의 가치를 지속적으로 심각하게 저하시킬 수 있는 현실적인 위험이 있다고 생각합니다. 당사는 본건 합병 제안이 NPS 구성원들에 대한 최선의 이익에 매우 심각한 부정적 영향을 가지는 나쁜 지배구조 관행을 NPS가 뿌리 뽑겠다는 적절한 신호를 시장에 보낼 수 있고, 보내야 하는 상황이라고 생각합니다.”⁴⁵⁹

154. 해당 서신은 국민연금에 “소송”이라는 “결과”를 위협한다는 대한민국의 모독을 무색케 합니다. 결론적으로 말하면 청구인이 대한민국에 대하여 협정상 권리를 주장할 의도로, 게다가 중재를 제기할 “유일한”, “특유의”, 하다못해 “결정적인” 목적으로 주식을 매입하였다거나 본건 중재의 청구원인이 된 대한민국의 위법한 행위를 예측하였다는 대한민국의 주장을 입증할 증거는, 더군다나 법리상 요구되는 “명백한 증거”는 더욱이 없습니다. 실제로 본건 합병 이전에 청구인이 국제 중재를 언급한 유일한 경우는 제 3자가 해당 사안을 제기하자 그러한 의도를 단정적으로 부인한 때밖에 없습니다.⁴⁶⁰ 따라서, 절차 남용 분석의 마지막 질문에 대한 대답 역시 의심의 여지없이 “아니오”입니다.

B. 주식양도계약에 기한 절차 남용 문제도 없습니다

155. 대한민국은 아울러 청구인과 삼성물산이 2016년 3월 체결한 주식양도계약으로 “청구인이 본 중재판정부에 제기하고자 하는 쟁점들은 ... 이미 해결되었”으므로 절차 남용에 해당한다고 주장합니다.⁴⁶¹ 그러나 아래에서 설명하듯이, 이는 절차 남용의 입증의 언저리에도 가지 못합니다.

⁴⁵⁸ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 6. 3.자 서신, **Exh C-187**.

⁴⁵⁹ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 6. 3.자 서신, **Exh C-187**, 제 4면.

⁴⁶⁰ 엘리엇이 국민연금에 발송한 2015. 7. 13.자 서신, **Exh C-232**(갱신), 제 10면; Smith 제 3차 진술서, 제 11항.

⁴⁶¹ 재판론서면, Section II.D.2.

156. 청구인이 설명한 바와 같이, 청구인은 주식매수청구권 소송을 제기하여 *삼성물산*에 대한 가능한 모든 법적 구제절차를 거쳐 결과적으로 당사자간 합의에 이르게 되었습니다.⁴⁶² 해당 청구원인은 합병을 반대하는 모든 주주가 합병 표결 이전에 소유한 주식을 환매할 수 있는 법률상 권리에서 비롯된 것이었습니다. 이 환매는 합병 비율과 마찬가지로 신청인 소유 주식의 단기거래 가격에 근거한 법률상 공식으로 계산한 가격에 이루어지므로 본 중재에서 청구인이 주장하는 손해 전체를 보상할 수 없습니다.⁴⁶³
157. 본 중재는 대한민국이 본건 합병에 불법적으로 개입하여 협정을 위반한 책임을 묻는, 전혀 다른 사안을 다루고 있습니다. 피청구국의 협정상 책임은 현재까지 명백히 어떠한 법원이나 관정부도 결정하지 않은 문제입니다. 따라서 청구인이 다른 피고를 상대로 다른 청구원인에 기하여 다른 소송을 제기하고 합의하였다는 이유로 피청구국에 대한 이러한 국제법상 청구를 제기할 수 없다는 대한민국의 주장은 잘못되었습니다.
158. 만약 본 중재판정부가 피청구국이 협정을 위반하였다는 올바른 결론을 내리신다면, 이어서 청구인의 손실액을 산정하셔야 할 것입니다. 주식양도계약은 이러한 제한적인 측면에서만 관련성이 있는 바, 해당 계약에 따르면 삼성물산은 청구인에게 청구인이 본건 합병 발표일 당시 보유한 주식(환매주 또는 평가주라고도 합니다)과 관련하여 환매 가격을 지급하기로 하였기 때문입니다. 청구인은 주식양도계약과 환매주에 대한 완전 배상의 관련성을 인지하고 중재절차 개시 당시부터 삼성물산으로부터 해당 주식과 관련하여 수령한 지급액은 청구인의 손실 계산에서 공제하도록 주의를 다하였습니다.⁴⁶⁴
159. 이처럼 청구인이 수령한 액수와 관련한 이중 배상은 있을 수 없습니다. 만약 장래의 어느 불확정한 시점에 청구인이 주식양도계약상 추가적인 금액을 지급받게 된다고 하더라도 이는 중재판정부가 그 책무를 다한 뒤일 것입니다. 청구인이 본 절차를 통하여 이미 보상을 받는다면, 추가 지급액 수령 권리를 다투는 것은 삼성물산의 몫입니다.
160. 어찌되었든 위 논의를 통하여 확인할 수 있듯이 주식양도계약은 청구적격과는 무관하며, 절차 남용 법리와도 완전히 동떨어져 있습니다.

⁴⁶² 재반박서면, 제 550-552 항; Smith 제 1 차 진술서, 제 63-65 항 참조.

⁴⁶³ 수정 청구서면, 제 255-258 항; 재반박서면, 제 550 항 참조.

⁴⁶⁴ 수정 청구서면, 제 264, 267(b)항; Boulton 제 1 차 보고서, 제 6.3.2 항; 재반박서면, 제 557, 596-597, 617(b)항; Boulton 제 2 차 보고서, 제 10.3.2 항 참조.

161. 이와 같이 대한민국의 절차 남용 주장은 법과 사실관계상 근거가 없으며 기각되어야 합니다.

VII. 신청취지

162. 청구인은 앞서 언급된 이유들에 따라, 중재판정부가 대한민국의 본안 전 이의제기를 기각하고 이어 다음과 같이 결정하여 줄 것을 신청합니다:
- a. 대한민국이 협정을 위반하였음을 확인한다;
 - b. 대한민국에 대하여, 대한민국의 위반행위에 의하여 야기된 청구인의 손해액 미화 539,836,168 달러를 청구인에게 배상할 것을 명한다;
 - c. 대한민국에 대하여, 위 (b)의 금액에 대하여 연 5%의 비율로 2015년 7월 16일부터 중재판정일까지의 기간 동안 매달 복리로 계산된 2020년 6월 30일 기준 중재판정 전 이자액 총 미화 167,418,465 달러를 청구인에게 지급할 것을 명한다;
 - d. 연 5%의 비율에 따른 중재판정 후 이자를 청구인에게 지급한다;
 - e. 대한민국에 대하여, 전문가들에게 지급되는 수수료와 변호사 보수 전부 및 본 중재 관련 지출액과 비용 등 본 중재절차와 관련하여 청구인에게 발생한 비용을 청구인에게 지급할 것을 명한다;
 - f. 기타 중재판정부가 적절하다고 여기는 추가적 또는 기타 구제수단을 명한다.
163. 청구인은 유엔국제무역법위원회 중재규칙에서 허용하는 바와 같이, 본 본안 전 이의제기에 대한 청구인의 재반론서면을 수정하고 추가적인 청구를 주장할 권리와 보전처분, 금지처분 및 기타 구제수단 등 다른 적절한 구제수단을 요청할 권리를 유보합니다.

상기 내용을 정중하게 제출합니다.

Constantine Partasides QC
Dr. Georgios Petrochilos
Elizabeth Snodgrass
Simon Consedine
Amelia Keene
Nicola Peart
YiKang Zhang
Julia Sherman
Zach Mollengarden
Three Crowns LLP

Beomsu Kim
Young Suk Park
Keewoong Lee
KL Partners

Michael S. Kim
Andrew Stafford QC
Robin J. Baik
Kunhee Cho
Kobre & Kim LLP

2020 년 12 월 23 일