

유엔국제무역법위원회 중재규칙에 따른 중재에 있어서

**상설중재재판소 사건번호 2018-55**

메이슨 캐피탈 엘.피. (MASON CAPITAL L.P.)

메이슨 매니지먼트 엘엘씨 (MASON MANAGEMENT LLC)

*를 청구인들로*

대한민국

*을 피청구국으로 하는*

---

**청구인들의 관할 이의제기에 대한 재항변서면**

---

2021. 10. 6.

## 목 차

I.	서론.....	1
II.	Mason의 청구는 한국이 “채택하거나 유지하는 조치”에서 기인함 .....	2
	A. 협정의 보호범위를 극단적으로 제한하려는 한국의 시도에는 어떠한 근거도 없음 .....	3
	B. 한국의 위법행위는 당연히 “한국이 채택하거나 유지하는 조치들”에 해당함 .	12
III.	한국의 조치들은 Mason 및 Mason이 투자한 삼성 주식들과 관련되어 있음 .....	14
	A. 한국은 “관하여” 요건을 지속적으로 잘못 해석하고 있음.....	14
	B. 본건 사실관계에 입각할 때 “관하여” 요건은 충족됨.....	18
IV.	한국은 그러한 조치들에 대하여 FTA상 책임을 부담함.....	21
	A. 국민연금은 FTA에 따른 한국 중앙정부의 일부이며 국제관습법에 따른 국가기관임.....	23
	1. 국민연금은 법률상의 국가기관임 .....	23
	2. 국민연금은 <i>사실상</i> 의 국가기관임 .....	31
	B. 대안적으로, 국민연금은 FTA 및 국제관습법에 따라 위임된 권한을 행사하는 비정부 기구임 .....	33
	C. 대안적으로, 국민연금은 한국의 지시, 감독 또는 통제 하에 있었음 .....	38
V.	상업적 행위에 대한 국가책임을 막는 적용 가능한 국제관습법 원리는 없음 .....	41
VI.	한국의 차별적인 조치는 FTA에 따른 예외가 아님.....	44
	A. 한국은 지분 이전 유보에 의존할 수 없음 .....	44
	B. 한국은 사회 서비스 유보에 의존할 수 없음.....	46
	C. 한국의 차별적인 조치들은 Mason에 대한 “대우”에 해당함 .....	50
VII.	구제 신청.....	51

## 정의 목록

용어	정의
수정청구서면	Mason의 수정청구서면
당사국들	미합중국 및 한국
반박서면	한국의 반박서면
국내펀드	Mason Capital L.P.
업무집행사원	Mason Management LLC
한국	대한민국
Mason	업무집행사원 및 국내펀드
보건복지부	한국 보건복지부
국민연금	한국 국민연금공단
재항변서면 또는 한국의 재항변서면	한국의 재항변 및 관할 이의제기에 대한 재항변서면
이의제기에 대한 재항변서면	Mason의 관할 이의제기에 대한 재항변서면
재반박서면	Mason의 재반박 및 관할 이의제기에 대한 반박서면
삼성 주식	Mason이 보유하는 삼성전자 및 삼성물산 주식
삼성물산	삼성물산 주식회사
삼성전자	삼성전자 주식회사
협정 또는 FTA	대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정
달러	미합중국 달러화

## I. 서론

1. 한국의 재항변 및 관할 이의제기에 대한 재항변서면(“**재항변서면**”)은 청와대에서 국민연금공단에 이르는 한국 최고위 공직자들이 저지른 범죄행위 및 부정부패한 직권남용을 완벽하게 정당하고 합리적인 행위로 재구성하려 합니다. 이를 통해, 한국은, 연루자들을 탄핵, 유죄판결 및 투옥으로 이끈 한국 자신이 진행한 범죄수사와 행정조사를 통해 드러난 결정적인 사실들, 그리고 한국 형사법원 및 헌법재판소의 결정적인 판결들을 전적으로 무시하고 약화시키고자 합니다.
2. 동시에, 한국의 재항변서면은 Mason의 청구에 FTA를 적용하는 것에 대한 논쟁을 재개하려 시도합니다. 이러한 “선결요건”에 대한 이의제기는 한국이 자신의 이익을 도모하고자 극단적인 수준으로 FTA를 고쳐 쓰기에 가깝게 해석하는 행위, 편의에 따라 자신의 핵심 공공기관들 중 하나를 외면하는 행위, 그리고 사실관계 및 법적 기록의 왜곡 행위에 기댄 것입니다.
3. 현실적으로 위와 같은 이의 제기는 한국이 자신의 실질적 의무들을 명백하게 위반한 것에 대한 책임을 회피하려는 궁지에 몰린 시도에 지나지 않습니다. 재항변서면에서 한국은 이러한 이의 제기에 무려 70페이지 이상을 할애했지만, Mason의 재반박서면에 명시된 바와 같은 한국의 이의 제기에 관한 근본적 문제들을 여전히 다루지 못하고 있습니다.
4. 본 관할 이의제기에 대한 재항변서면(“**이의제기에 대한 재항변서면**”)은 Mason이 완전하게 의존하고 있으며 Mason의 수정청구서면(“**수정청구서면**”) 및 재반박서면에서 이미 상세히 다루고 있는 Mason의 청구의 허용성이나 중재판정부 관할에 관한 Mason의 입장을 재차 논하려는 목적이 아닙니다. 아울러, 한국이 한국의 재항변서면에서 제기한 모든 (중요하지 않은) 사항을 세세하게 다루지도 않습니다. 오히려, 본 이의제기에 대한 재항변서면은 한국이 아무런 근거 없이 지속적으로 이의를 제기한다는 점을 보여주는 한국의 이의 제기 상 핵심 오류를 중점적으로 다루고자 하며, 그 내용은 다음과 같습니다.
  - a. Mason의 청구는 한국이 채택하거나 유지하는 “조치”에 기인합니다(II절).
  - b. Mason 및 Mason의 삼성 주식에 대한 투자와 “관련”된 한국의 조치들(III절).

- c. 한국은 이러한 조치들에 관하여 FTA에 따른 책임을 부담합니다(IV절).
  - d. 상행위에 대한 국가 책임을 배제하는 국제관습법은 존재하지 않습니다(V절).
  - e. 한국의 차별적 조치는 Mason 및 Mason의 투자에 대한 “대우”에 해당하고, FTA 부속서 II에 따른 예외가 아닙니다(VI절).
5. 한국은 반박서면 및 재항변서면에서 “협정의 보호 대상”이 되기 위한 요건<sup>1</sup>, “협정에 따른 청구 제기”<sup>2</sup>를 하기 위한 요건, 또는 중재판정부 관할권의 “확정”이나 “적용”<sup>3</sup>에 관한 요건, 혹은 “투자자들의 협정상 청구인 적격에 대한 제한”<sup>4</sup>과 “선결요건”<sup>5</sup> 등으로 다양하게 묘사된 이의 제기의 성격 및 근거를 분명하게 설명하지 못하고 있습니다. 본 서면에서 한국의 이의 제기를 다루는 것은 해당 이의 제기가 관할권이 있거나 한국이 그 특성을 적절하게 제시하고 있다고 인정하려는 의도가 아닙니다.

## II. MASON의 청구는 한국이 “채택하거나 유지하는 조치”에서 기인함

6. 재항변서면에서 한국은 반박서면에서부터 보여준 자신의 기교적 해석에 더욱 열중하여 FTA상에서 “채택하거나 유지하는 조치”가 광범위한 표현으로서 명백하게 기능한다는 점을 무시합니다. Mason이 제시한 바와 같이, 이 표현은 한국 정부에 귀속되는 작위(또는 부작위)의 전 범위를 아우르는 간결한 표현으로, 협정의 실질적 보호에 대한 독립적인 제약이 아닙니다.<sup>6</sup>
7. 한국은 Mason에 대한 자신의 잘못된 대우를 배제하기 위해 협정 문언에 근거하지 않은 다양한 해석을 제안함으로써 여러가지 임의적인 “한계를 정하려” 하고 있습니다.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 한국의 반박서면(“반박서면”), 제193항.

<sup>2</sup> 한국의 재항변 및 관할 이의제기에 대한 재항변서면(“한국의 재항변서면”), 제167항.

<sup>3</sup> 반박서면, 제230항 및 제235항.

<sup>4</sup> 반박서면, 제225항.

<sup>5</sup> 한국의 재항변서면, 제306항.

<sup>6</sup> Mason의 재반박 및 관할 이의제기에 대한 반박서면(“재반박서면”), 제IV.A.1절.

<sup>7</sup> 한국이 제안한 해석으로는 “제안하거나 채택한 ‘입법 행위’와 같은 국가 절차의 공식적 결과,” “국가의 공식적이고 구속력 있는 지시,” “개인 차원이 아닌 기관 차원의 후원 및 공표,” “반드시 준수되어야 하는 규칙 또는 결정의 시행,” “국가의 의사결정 또는 규칙제정 과정의 최종점,” “주권의 행사, 즉 국가의 행정적, 입법적 또는 사법적 규칙 제정 기능에 따라 내려진 결정” 등이

한국의 입장은 한국이 피상적으로 언급하고자 하는 “협정 해석에 관한 확고하게 정립된 원칙”<sup>8</sup>에 비추어서도 뒷받침될 수 없습니다. 가장 비판적으로 바라본다면, 한국의 FTA 고쳐 쓰기는 FTA가 투자자들에게 제공하는 실질적 보호를 은밀하게 깎아 내려서 FTA의 목표 및 목적을 근본적으로 폄하하는 행위라 할 수 있을 것입니다.

8. 그럼에도 불구하고, 한국은 재항변서면상 자신의 입장의 불합리성을 방어하고자 내재적 모순이 있는 주장을 전개하고, 관련 법리를 고의적으로 잘못 해석하거나 무시하고, 현실에서 정부가 어떻게 운영되는지를 간과하고 있습니다.

**A. 협정의 보호범위를 극단적으로 제한하려는 한국의 시도에는 어떠한 근거도 없음**

9. 첫째, 한국은 “조치”라는 용어의 “통상적 의미”를, 즉 사전적(dictionary) 출처에 반영되어 있고 FTA 제1.4조의 예시 목록을 통해 강조되는 바와 같이 일반적이고 (논쟁의 여지없이) 광범위하며<sup>9</sup> “포괄적”<sup>10</sup>이고 “개방형”<sup>11</sup>인 의미를 제대로 제시하지 못하고 있습니다.<sup>12</sup>

10. 대신, 한국은 “정부 행위의 맥락”<sup>13</sup>이 해당 용어의 명백하고 통상적인 의미를 한국이 몇

있습니다(한국의 재항변서면, 제175항, 제179항, 제186항, 제202항).

<sup>8</sup> 한국의 재항변서면, 제169항 및 제177항.

<sup>9</sup> 한국의 재항변서면, 제168항.

<sup>10</sup> **CLA-220**, *Loewen Group, Inc. and another v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB (AF)/98/3) 2001. 1. 5.자 피청구인의 권한 및 관할 이의제기 심리에 대한 판정, 제40항.

<sup>11</sup> **RLA-101**, Meg Kinnear, Andrea Bjorklund 및 John Hannaford 공저, “NAFTA에 따른 투자분쟁: NAFTA 주석서(Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA) (2008)”, 제18면. 조치라는 용어가 “개방형 의미”를 가지고 있지 않다는 한국의 주장(한국의 재항변서면, 제173항)은 한국이 원용하는 증거(해당 용어를 “개방형”이라고 기재합니다)에 비추어 보면 거짓임이 드러납니다.

<sup>12</sup> 한국은 협정 제1.4조에서 열거된 예시를 제한하기 보다 확장하기 위해 “의미한다”라는 표현이 아닌 “포함한다”라는 표현을 사용한 것에 대하여 어떠한 답변도 하지 않고 있습니다. 재반박서면 제100항 및 한국의 재항변서면 제174항 참조.

<sup>13</sup> 한국의 재항변서면, 제174항-제175항, 제177항-제178항, 제181항, 제185항, 제206항. 보다 명확히 설명하자면, “정부 행위의 맥락”이 해석에 있어 적절한 시점이라는 것은 “공통된 의견”이 아니며, 그러한 시점을 채택한다고 하여 한국이 내세우는 해석이 성립하는 것도 아닙니다(한국의 재항변서면, 제174항).

안 되는 사전적 출처에서 자신의 이익을 위해 선별한 특수하고 제한적인 의미로 대체하여야 한다는 뜻이라는 주장만 되풀이할 뿐입니다.

11. 한국의 입장의 모순은 해당 표현이 “공식적” 행위를 요구한다고 주장하고자 하는 한국의 헛된 시도에도 반영되어 있습니다.<sup>14</sup> 한국에 따르면, “정부 행위의 맥락”에서 “절차”는 “법적 조치상 취하는 공식 단계[즉, “법적 절차를 실행하는 방식”]”로 제한되고, “관행”이란 “법적 절차에 대한 확립된 방법”을 의미합니다.<sup>15</sup> 이러한 해석은 상식에 반할 뿐 아니라 해당 용어들의 의미에서 광범위한 법적, 행정적 행위(그리고 실질적인 사법적 행위)를 근본적으로 배제시킬 것입니다.
12. 이같이 선택적으로 발췌한 자료를 토대로, 한국은 명문에 전혀 근거하지 않은 채 임의로 “함축적 개념”을 고안하였습니다. 예를 들어, 한국은 “조치”가 “개인적 차원이 아닌 기관 차원의 후원 또는 공표”<sup>16</sup>라는 뜻을 내포한다고 주장합니다. 그러나, 이는 주정부 수반,

---

<sup>14</sup> 한국의 동종제한(*ejusdem generis*) 원칙에 대한 의존은 적용되지 않고 근거도 없습니다. 동종제한(*ejusdem generis*)이라는 용어는 협소한 속(genus) 또는 종류(class)을 지칭하지 않습니다. 해당 원칙은 한국이 원용하는 증거에서 강조하는 바와 같이 “특별한 주의를 기울여 활용되어야 하고,” “해석을 도울 수 있는 하나의 수단에 지나지 않으며,” “잘못된 결과를 낳을 수도 있”습니다. (RLA-144, Sir Anthony Aust, 현대조약법 및 관행(MODERN TREATY LAW AND PRACTICE) (케임브리지 대학 출판부 제3판), 제220면-제221면). Baetens 또한 유사한 견해를 밝힌 바 있는데, “MFN 조항의 해석의 경우를 제외하고 동종제한(*ejusdem generis*)은 국제법의 대부분 영역에서 해석에 대한 영향력 있는 규범이 될 수 없”으나, 다만 “보다 광범위한 해석에 도움이 되도록 활용될 수 있고.... 반드시 제약적이거나 보수적인 해석의 효과를 낳는 것은 아니다”라고 하였습니다. (RLA-173, Freya Baetens, 제7장: 동종제한과 연관단어 해석, 비엔나협약의 행간 읽기(Chapter 7: Eiusdem Generis and Noscitur a Sociis, in BETWEEN THE LINES OF THE VIENNA CONVENTION), 제7.05절). 또한, 한국은 책임을 회피하고자 국제법상 국가주권을 덜 침해하는 방식의 해석(*in dubio mitius*) 원칙에 의존합니다. 한국이 원용하는 법적 근거는 해당 원칙을 “조약 해석에 있어 가장 논란이 되는 격언 중 하나”라며 “학계에서 국제법상 국가주권을 덜 침해하는 방식의 해석(*in dubio mitius*) 원칙을 점점 거부하는 추세”라는 점을 지적하였습니다. 해당 법적 근거는 “투자 중재의 맥락에서 해당 원칙을 적용하는 것을 타당하게 하는 특정한 요인이나 이유가 없다는 점을 제시”하며 그러한 “원칙”이 “구식이고 비논리적이며 대체로 제대로 기능을 하지 못한다”고 결론을 내립니다. 해당 증거는 한국의 입장을 뒷받침하지 않습니다. (RLA-238, Markus Petsche, 투자조약의 제약적 해석: 중재판례법의 비판적 분석(Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Critical Analysis of Arbitral Case Law), 37 J. Int'l Arb.1, 제1면, 제3면, 제26면).

<sup>15</sup> 한국의 재항변서면, 제178항.

<sup>16</sup> 한국의 재항변서면, 제179항.

정부 수반 및 장관을 포함한 정부 소속의 수많은 개인들이 기관으로서의 권위를 가지고 행위를 하고, 사실상 개인 그 자체로서도 기관의 역할을 한다는 사실(그리고 그러한 점을 근거로 권한, 기능 및 책임을 할당 받는다는 사실)을 간과한 것입니다. 동시에, 한국은 해당 정의에서 “국가의 공식적이고 구속력 있는 지시”<sup>17</sup> 를 요구한다고 주장합니다. 그러나, 동일한 조항에 관한 근거들을 보면 “심지어 법적 제한에 해당할 수 없는 ‘관행’ 성격의 무언가도 해당할 수 있다”<sup>18</sup>고 결론을 내립니다.

13. 선택적으로 추려낸 한국어로 된 자료를 포함하여 한국이 원용한 추가 출처 또한 그러한 입장을 전혀 뒷받침하지 않고, 오히려 해당 용어가 한국어와 영어 문언 모두에서 공식적이고 비공식적인 광범위한 행위를 포괄한다며 그 포괄적이고 통상적인 의미를 강조합니다.<sup>19</sup>
14. *둘째*, 한국은 자신의 제한적인 재해석을 뒷받침하고자 “조치”라는 용어가 즉각적이고 보다 광범위하게 정의되는 “맥락”을 선택적으로 제시하나, 이러한 “맥락”은 한국의 입장에 도움이 되지 않습니다.
15. 한국은 “채택하거나 유지하는”이라는 표현이 국제적으로 부정한 행위들 또는 일련의 행위들이 처음 발생한 때 또는 그들이 일정한 기간 지속된 때에 조치가 가능하다는 시간적 체계를 설정하는 기능을 한다고 인정합니다.<sup>20</sup> 북미자유협정(NAFTA)상의 이에 상응하는 표현에 대한 모든 관련 주석이 이를 뒷받침합니다.<sup>21</sup> 그러한 주석들 중 어떤 것도 “채택하거나 유지하는”이라는 표현이, 한국이 주장하는 바와 같이, 당사국이 책임을 부담할 수 있는 행위의 유형을 추가로 제한한다는 시각을 뒷받침하지 않습니다.

---

<sup>17</sup> 한국의 재항변서면, 제179항.

<sup>18</sup> **CLA-108**, *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* 사건(UNCITRAL) 1998. 6. 24.자 관할에 대한 중재판정, 제66항.

<sup>19</sup> 한국의 재항변서면, 제180항. 예를 들어, “practice”의 한국어 표현인 “관행”은 “관례에 따라 처리하다”는 뜻입니다(**R-513**). “procedure”의 한국어 표현인 절차는 “처리 절차”의 사용례를 인용합니다(**R-511**).

<sup>20</sup> 한국의 재항변서면, 제184항.

<sup>21</sup> 재반박서면, 제105항; **CLA-50**, Kenneth J. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Oxford Univ.), 제192면; **RLA-101**, Meg Kinnear, Andrea Bjorklund 및 John Hannaford 공저, “NAFTA에 따른 투자 분쟁: NAFTA 주석서(Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA) (2008)”, 제20면.



16. 한국은 “국가의 정부 또는 당국”만이 “조치”를 채택하거나 유지할 수 있으며, 따라서 한국이 책임을 부담하는 행위의 유형 또한 제한된다고 주장합니다. 이러한 주장은 (“당사국에 의한”이라는 의미를 다루는) 뒤따라 나오는 하위 조항의 기능을 FTA 전반에 걸쳐 다양한 맥락에서 폭넓게 활용되는 “채택하거나 유지하는”이라는 표현의 의미와 구분하지 않은 것입니다. (한국이 선택적으로 원용한) *Waste Management* 사건 판결은 NAFTA상의 상응하는 조항을 다루며 이와 정확하게 반대되는 결론에 다다랐습니다. 즉, ““조치”의 포괄적 정의를 고려하여, 정부에 한정되거나 국한되지 않는 작위 및 부작위로 구성된 수용에 버금가는 행위를 예상할 수 있다”<sup>22</sup>고 판시한 바 있습니다.
17. 한국은 조치가 “정부 행위의 맥락”<sup>23</sup>에서만 채택될 수 있다는 근거 없는 주장을 반복함으로써 통상적이고 매우 광범위한 표현(“필요한 대책을 취한다”로 정의되는 “채택하다”라는 표현)<sup>24</sup>을 국제적 책임으로 제한하는 한정된 의미로 대체시키려 합니다. 보다 폭넓은 맥락에서의 해당 표현의 사용은(예를 들어, 제1.3조에서 당사국들이 “필요한 모든 조치를 취하여야 할” 의무가 있다고 규정하는 것은) 한국의 주장과 분명하게 모순됩니다.<sup>25</sup>
18. 한국은 “개인들의 의견” 또는 “정책적 바람”에 한국의 책임이 없어야 한다고 주장합니다.<sup>26</sup> 그러나, Mason의 청구는 단순한 “의견”이나 “바람”이 아닌 한국 최고위 공직자들의 행위에 기반한 것입니다. 분명히, 한국은 “의견”이나 “바람”이 수용 또는 부당하거나 불공평하거나 차별적인 대우에 해당하는 “행위 또는 일련의 행위들”<sup>27</sup>로 해석되는 경우 책임이 *있습니다*<sup>28</sup>. 이와 관련하여, 협정의 실질적 보호는 “채택하고 유지하는 조치”의 해석을 위한 가장 연관성이 높은 맥락을 제공합니다. 이러한 보호는

<sup>22</sup> **CLA-19**, *Waste Management Inc. v. United Mexican States (II)* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/00/3) 2014. 4. 30.자 판정 제174항.

<sup>23</sup> 한국의 재항변서면, 제183항, 제185항.

<sup>24</sup> **R-318**, (온라인) Black 법률사전, “채택하다란?”(강조표시 추가됨).

<sup>25</sup> **CLA-23**, 협정, 제1.3조. 조치는 동등하게 “적용” 또는 “이행”될 수 있습니다. 예를 들어, 제7.10조 제7항(“[...] 당사국은 민사, 형사 및 행정적 조치를 포함하는 적절한 조치를 적용할 수 있다) 및 제20.2조(“당사국은 법, 규정 및 그 밖의 모든 조치를 채택, 유지하고 이행한다) 참조(강조표시 추가됨).

<sup>26</sup> 한국의 재항변서면, 제185항.

<sup>27</sup> **CLA-23**, 협정, 부속서 11-B: 수용.

<sup>28</sup> **CLA-23**, 협정, 제11.3조(내국민 대우), 제11.5조(대우의 최소기준).

무엇보다도 “투자의 유형적 또는 무형적 재산권을 침해하는 ... 행위 또는 일련의 행위들”로 당사국들이 정의한 수용에 상응하는 조치를 통해 직접적 또는 간접적으로 적용대상투자를 수용하지 않아야 할 의무를 명시적으로 당사국들에게 부과합니다.<sup>29</sup> 한국은 특정한 “비확정적” 행위가 “조치”가 될 수 있다는 점을 인정하는 것으로 보이나, 그 외의 “비확정적” 행위(또는 “일련의 행위들”에 해당하는 행위)가 협정의 실질적 보호를 위반할 경우, 이러한 행위를 자신의 국제적 책임의 범위에서 제외하는 논리적 또는 문언적 근거를 설명하거나 제공하지 않습니다.<sup>30</sup>

19. 셋째, 한국의 해석은 “투자를 ... 규율하는 명확하고 상호 유익한 규칙의 제정” 및 “안정적이고 예측 가능한 투자환경을 창출”<sup>31</sup>하는 것을 포함한 협정의 목표 및 목적을 약화시킵니다.
20. 분명히 전문에서는 협정에 의하여 제정된 “규칙”을 언급하고, 협정이 “규칙”으로 정한 행위를 제한하려 하지 않습니다. 그러므로, 한국이 협정에 의하여 규정되는 행위의 유형과 그렇지 않은 유형을 임의로 구분하는 것은 전문에서 의도하는 “명확한” 규칙에 해당하지 않으며, 이에 정반대되는 입장입니다.
21. 더불어, 한국은 “조치”라는 용어에 대한 한국의 지극히 제한적인 해석으로 인해 투자에 대한 보호의 범위가 극단적으로 제한됨에도 그러한 제한적 해석이 “기업의 ... 경쟁력 증진”을 위하여 “안정적이고 예측 가능한 투자 환경을 창출”한다는 목적을 어떻게 촉진할 수 있는지를 밝히지 못합니다.<sup>32</sup> 안전성 및 예측가능성은 정부에게 귀속되는 모든 행위에 동일한 하나의 체계를 적용한다는 보장에 의해서만 증진될 수 있습니다.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> **CLA-23**, 협정 부속서 11-B: 수용.

<sup>30</sup> 한국의 재항변서면, 제186항. 이는 법적 근거와도 모순됩니다. (예를 들어, *Loewen* 사건에서 중재판정부는 “조치”의 범위가 “일시적이거나 잠정적인 법적 행위”뿐만 아니라 “최종 결정”까지로 확장된다고 판시하였습니다(**CLA-220**, *Loewen Group, Inc. and another v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB (AF)/98/3), 2001. 1. 5.자 피청구인의 권한 및 관할 이의제기 심리에 대한 판정, 제40항)).

<sup>31</sup> **CLA-23**, 협정, 전문(“자유무역지대가 그들의 영역에서 확장되고 확고한 상품 및 서비스 시장을 창출하고 안정적이고 예측 가능한 투자 환경을 창출하여 그들 기업의 세계시장에서의 경쟁력을 증진할 것임을 확신하며,”).

<sup>32</sup> **CLA-23**, 협정, 전문.

<sup>33</sup> *Loewen* 사건의 중재판정부 또한 다음과 같이 동일한 결론을 내렸습니다 – “[NAFTA] 제11장의

22. 제한적 정의가 헌법이나 행정법과의 불일치의 정황을 포착한다는 한국의 주장은 근본적인 문제에서 벗어난 것입니다.<sup>34</sup> 공직자의 위법행위, 직권남용 및 법률, 규정 또는 관행을 위반한 그 외의 행위, 특히 공식적인 “명령, 법률 또는 결정”의 범위를 벗어난 그와 같은 행위는 외국인 투자자에게 손해를 발생시킬 가능성이 매우 높은데도 한국은 해당 행위를 협정의 실질적 보호 대상에서 배제하려고 합니다.
23. 한국은 자신의 해석을 “합리적”인 것으로 꾸며보려 시도하나, 해석의 명백한 비합리성을 부각시킬 뿐입니다. 한국은 경찰이 주의 의무를 다하지 않은 것을 “최종적” “무의사결정”이라고 설명하며, 한국에 따르면 이는 “여전히 협정상상의 ‘조치’에 해당”합니다.<sup>35</sup> 협정의 실질적 기준에 의하여 보호된다고 알려진, 그러나 “조치”에 대한 한국의 제한적인(그러나 가변적인) 해석에 의하여 제외되는 행위의 다른 예시를 생각해내기는 어렵지 않습니다. (소유권 이전을 위한 공식적인 법적 단계에서 벗어난) 투자물의 물리적 압류가 제11.6조에 구체적으로 규정되어 있으나, 그 정의상 공식적인 법률, 규정 또는 결정에는 반영되지 않을 것으로 보입니다.<sup>36</sup> 이는 제11.5조에 명시된 투자물의 “징발” 또는 “파괴”에도 동일하게 적용됩니다.<sup>37</sup> 공직자가 투자자의 비밀 영업정보를 (부주의나 부패한 의도에 의한 것인지를 불문하고) 부정하게 공개하는 것 또한 제11.13조에 규정되어 있으나, 한국이 설정하고자 하는 “조치”의 엄격한 정의에는 부합하지 않습니다.<sup>38</sup>
24. 넷째, 한국은 Mason의 입장을 지지하는 근거를 제대로 다루지 못하고, 자신의 재해석을

---

문언, 맥락 및 목적이 결합하여 ‘당사국이 채택하거나 유지하는 조치’에 대한 제한적 해석이 아닌 자유로운 해석, 즉 외국인 투자자 및 외국인 투자자가 하는 투자에 대한 보호 및 안전성을 제공하기 위한 해석을 돕는다.” (CLA-220, *Loewen Group, Inc. and another v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB (AF)/98/3) 2001. 1. 5.자 피청구인의 권한 및 관할 이의제기 심리에 대한 판정, 제53항). 절차 또는 일련의 행위 내에서 협정상 기준의 위반을 (개별적으로 혹은 집합적으로) 성립시키는 행위가 협정의 보호 범위에 속하지 않아야 하는 이유에 대해 설명하지 않습니다(한국의 재항변서면, 제170항). 이 때, 해당 행위는 국가가 해당 위반에 대해 구제책을 제공하고 손해가 발생하지 않고 청구가 제기되지 않는 행위를 의미합니다.

<sup>34</sup> 한국의 재항변서면, 제192항.

<sup>35</sup> 한국의 재항변서면, 제193항.

<sup>36</sup> CLA-23, 협정, 제11.6조.

<sup>37</sup> CLA-23, 협정, 제11.5조.

<sup>38</sup> CLA-23, 협정, 제11.13조.

지지하고자 인용하는 (빈약한) 선례들을 지속적으로 잘못 기술하고 있습니다.

25. 한국은 국제사법재판소의 *Fisheries Jurisdiction* 사건 판결의 타당성을, 적어도 “조치”라는 용어의 “통상적 의미”에 관해서는 인정하고 있는 것으로 보입니다.<sup>39</sup> 그러나, 조치라는 용어의 보다 광범위한 맥락은 본 사건과 *Fisheries Jurisdiction* 사건에서 유사합니다.<sup>40</sup> 또한, 한국은 국제사법재판소의 “조치”에 대한 해석을 뒷받침하고 이에 의존하는 수많은 투자 중재판정부 및 투자법 주석에 대해 답변하지 않고 있습니다.<sup>41</sup>
26. 오히려, 한국은 기초가 되는 조약들이 “조치”의 정의를 FTA, NAFTA 및 그와 유사한 체계와 같은 방식으로 포함하지 않았다는 이유로 이러한 선례들을 폄하합니다.<sup>42</sup> 그러나, 그러한 체계에 따라 구성된 중재판정부들은 동일한 판결을 내린 바 있습니다. (“조치”에 대해 동일하게 정의하며 “유지하거나 채택된 조치”라는 표현을 포함한 양자간 투자 협약에 따라 구성된) *Frontier Petroleum* 사건의 중재판정부는 *Fisheries Jurisdiction* 사건의 판결에 동의하고 인용하며 다음과 같이 판시하였습니다.

“조치”가 국제법에서 국가의 작위 및 부작위 모두를 포괄한다는 점에는 의심의 여지가 없다고 할 수 있다 ... “조치”의 통상적 의미에 작위 및 부작위가 포함된다는 일반적으로 인정되는 규칙에 비추어, 청구인의 청구 근거를 형성하는 작위 및 부작위를 “조치”로 해석하기에 어려움이

---

<sup>39</sup> 한국의 재항변서면, 제200항.

<sup>40</sup> 동일하게, FTA(“투자협정”이 아닌 무역협정)에서 다루는 조치의 유형은 보전 조치에까지 확대됩니다. FTA는 환경적 조치에 대하여 하나의 장 전체를 할애하고 있습니다(**CLA-23**, 협정 제20장).

<sup>41</sup> 해당 판결은 “정부 행위”의 맥락상 “조치”의 통상적 의미에 대한 해석 또한 제시하였습니다. 예를 들어, 다음 참조: **CLA-137**, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela* 사건(ICSID Case No. ARB/12/13), 2016. 12. 30.자 책임 및 손해배상 산정 원칙에 대한 판정, 제394항; **CLA-113**, *Frontier Petroleum v. Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2010. 11. 12.자 최종판정, 제223항; **CLA-41**, *Saluka v Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2006. 3. 17.자 일부판정, 제459항; **CLA-220**, *Loewen Group, Inc. and another v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB (AF)/98/3) 2001. 1. 5.자 피청구인의 권한 및 관할 이의제기 심리에 대한 판정, 제53항; **CLA-49**, Zachary Douglas, 투자 청구의 국제법(The International Law of Investment Claims) (케임브리지 대학 출판부, 2009), 제241면.

<sup>42</sup> 한국의 재항변서면, 제200항.

없을 것으로 보인다.”<sup>43</sup>

27. *Frontier Petroleum* 사건에서 문제가 되는 조치는 “다양한 체코 공직자들”의 광범위한 작위 및 부작위를 포함하였으며, 그 중에는 “이른바 파산법원 판사들의 잘못된 의사결정 과정” 및 “형사 고소 및 상업등기소 민원의 처리, 그리고 산업통상부의 부실자산관리청(CKA)을 통한 Soska와의 협상 실패” 등이 있었습니다.<sup>44</sup>
28. Mason이 수정청구서면 및 재반박서면에서 인용한 NAFTA 관련 기타 선례들은 이러한 견해에 힘을 실어줍니다.<sup>45</sup> (NAFTA에 따라 구성된) *Loewen* 사건 중재판정부가 판시한 바를 살펴보면 다음과 같습니다.

[NAFTA] 제11장의 문언, 맥락 및 목적이 결합하여 ‘당사국이 채택하거나 유지하는 조치’에 대한 제한적 해석이 아닌 자유로운 해석, 즉 외국인 투자자 및 그의 투자에 대한 보호 및 안전성을 제공하는 해석을 돕는다.<sup>46</sup>

29. 한국은 근간을 이루는 조치가 “한국의 해석에 따른 조치로서 고려될 것”이라는 이유로 Mason이 인용한 위 판례들과 그 외의 판결들을 무시하려 하며, 이를 통해 “Mason이

---

<sup>43</sup> **CLA-113**, *Frontier Petroleum v. Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2010. 11. 12.자 최종판정, 제223항.

<sup>44</sup> **CLA-113**, *Frontier Petroleum v. Czech Republic* 사건(UNCITRAL), 2010. 11. 12.자 최종판정, 제227항.

<sup>45</sup> **CLA-96**, *Canfor Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2006. 6. 6.자 선결문제에 대한 판정; **CLA-120**, *Mesa Power v Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2012-17), 2016. 3. 24.자 판정; **CLA-49**, Zachary Douglas, 투자 청구의 국제법(The International Law of Investment Claims) (케임브리지 대학 출판부, 2009), 제241면(“‘조치’라는 용어를 사용하는 여러 투자 조약 또한 매우 광범위한 의미를 부여한다. 예를 들어, NAFTA 제201조는 ‘법률, 규정, 절차, 요건 또는 관행’으로 조치를 정의한다. 이와 같이 광범위한 정의를 통해 오로지 하나의 의도를 파악할 수 있는데, 바로 NAFTA 당사국들이 제11장의 투자 보호 의무의 범위를 축소시키는 방법으로서 제201조를 포함시키지 않았다는 것이다. 이러한 점에서, NAFTA 제201조는 Fisheries Jurisdiction 사건에서 국제사법재판소가 판시한 ‘조치’의 의미와 부합한다. 범위를 제한하는 방법으로서 ‘조치’의 정의를 사용하려는 시도는 투자 조약 중재판정부에서 일반적으로 받아들여지지 않았다.”).

<sup>46</sup> **CLA-220**, *Loewen Group, Inc. and another v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB (AF)/98/3) 2001. 1. 5.자 피청구인의 권한 및 관할 이의제기 심리에 대한 판정, 제53항.

인용한 모든 사건이 한국의 해석에 들어맞는다”고 결론을 내리고 있습니다.<sup>47</sup> 이러한 주장은 근본적으로 잘못되었을 뿐 아니라, 바로 직전 페이지에서 논한 *Waste Management* 사건 판결과 관련하여 “중재판정부의 사실관계에 대한 판정이 그의 해석을 약화시키지 않는다”는 한국의 입장과도 불일치합니다.<sup>48</sup> 앞서 지적한 바와 같이, 투자에 관한 법리는 한국의 협정에 대한 재정의의 범위 내에 해당하지 않는 국가의 부정행위 및 부작위의 광범위한 예시를 입증하고 있습니다.<sup>49</sup>

30. 한국의 재항변서면은 한국의 입장을 지지하는 세 개의 사건을 잘못 인용하고 있습니다. 제대로 이해해 보자면, 그러한 선례들은 한국의 해석을 전혀 뒷받침하지 않으며,<sup>50</sup> 실제로는 Mason의 입장을 뒷받침합니다.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> 한국의 재항변서면, 제199항.

<sup>48</sup> 한국의 재항변서면, 제197항.

<sup>49</sup> 예를 들어, 군사적 개입 중 재산 수색 및 문서 압류(**CLA-223**, *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* 사건(ICSID Case No. ARB/99/7) 2004. 2. 9.자 판정(발췌본), 제62항 및 제71항; 공사중지 명령, 목적물의 철거, 소환, 체포, 구금, 양식 요구 및 추방의 누적적 효과(**CLA-212**, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana* 사건 1989. 10. 27.자 관할 및 책임에 대한 판정, 제81항); 그리고 “경찰이 청구인들의 재산을 점유로부터 보호하지 못하고 이주자/참전용사를 내보내지 못한 것 ... 다양한 폭력사건 발생에 대한 경찰의 무대응”( **CLA-27**, *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe* 사건(ICSID Case No. ARB/10/15) 2015. 7. 28.자 판정, 제597항).

<sup>50</sup> *Azinian*은 단순한 계약위반이 “수용 행위”에 해당할 수 있는지에 대해 다뤘으며, 한국이 원용한 증거에서 강조하는 바와 같이 “조치”의 개념에 대해서는 전혀 다루지 않았습니다(**RLA-101**, Meg Kinnear, Andrea Bjorklund 및 John Hannaford 공저, “NAFTA에 따른 투자분쟁: NAFTA 주석서 (Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA) (2008)”, 제19면(“투자자 또는 투자와 당사국 간 계약의 위반은 그 자체로서 제11장에 따른 청구를 발생시키지 않으며, 이는 계약위반 그 자체가 해당 목적을 위해 “조치”를 구성할 수 없다는 점을 시사한다”(강조 추가).)

<sup>51</sup> *Waste Management* 사건에 관하여 위의 제16항 참조. 중재판정부는 “조치”의 정의가 “포괄적”이므로 “정부에 한정되거나 국한되지 않는 작위 및 부작위로 구성된 수용에 버금가는 행위를 예상할 수 있다”고 결론을 내렸습니다. (**CLA-19**, *Waste Management Inc. v. United Mexican States (II)* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), 2014. 4. 30.자 판정, 제174항). *Railroad Development Corporation* 사건에 관하여 관련 “절차”는 대통령령에 의해 개시되지 않았습니다. 기관이 대통령에게 보낸 서신을 통해 개시되어 이후 법무장관실의 법률 의견서 작성, 관련 기관의 권고, 재무부 내 부서의 의견 제공, 대통령의 선언 등이 뒤따랐고, 그 이후에 국익에 반한다는 결의서(lesivo resolution)가 발행되어 공개되는 등 다양한 공식적, 비공식적 단계를 밟았습니다. (예를 들어, **RLA-123**, *Railroad Development Corporation v. Republic of*

## B. 한국의 위법행위는 당연히 “한국이 채택하거나 유지하는 조치들”에 해당함

31. Mason이 주장하는 해석에 대한 접근법이 채택되었다면 Mason이 청구를 제기한 대상인 부정한 “행위 [및] 일련의 행위들”이 FTA 제11.1조에 따른 “채택하거나 유지된 조치”를 구성한다는 점을 한국이 반박하는 것으로 보이지는 않습니다.<sup>52</sup> 하지만, 재반박서면에 명시된 바와 같이<sup>53</sup> 이러한 행위는 한국이 내세우는 재해석된 조약을 중재판정부가 인정하는 경우에서도 “채택하거나 유지된 조치”에 해당합니다. 그러나, 한국은 관련 기준을 사실관계에 적용함에 있어서 직전에 제시했던 좀 더 “합리적인” 재해석(그 중에는 “국가의 공식적인 규칙 또는 의사결정 권한에 따른 행위”가 포함됩니다)을 더는 내세우지 않고 있습니다.<sup>54</sup>
32. 한국은 “조치”라는 개념이 고정적 의미의 “법률, 규정, 절차, 요건 또는 관행”으로 제한되며, 반드시 특정 사례로 확대 적용되는 것은 아니라고 제시하는 것으로 보입니다. 이를 위해 한국은 정당한 근거 없이 “‘법률’ 또는 ‘규정’이 조치를 구성할 수 있으나 ... ‘법률’ 또는 ‘규정’에 의하여 부여된 권한 범위 내에서의 모든 행위가 ‘조치’인 것은 아니”라고 주장하고 있습니다.<sup>55</sup>
33. 또한, 한국은 “상업적” 행위가 “조치”의 일부가 될 수 없다고 주장합니다. 이의가 제기된 행위가 그 성격상 “상업적”이지 않다는 점에도 불구하고,<sup>56</sup> 그러한 주장은 국제관습법에 따른 입장 및 해당 조항이 “문제가 되는 행위의 유형에 근거하여 구분을 짓지 않는다”는

---

*Guatemala* 사건(ICSID Case No. ARB/07/23), 2010. 5. 18.자 관할 이의제기에 대한 제2차 결정, 제40항; **CLA-16**, *Railroad Development v. Republic of Guatemala* 사건(ICSID Case No. ARB/07/23), 2012. 6. 29.자 판정, 제221항 참조).

<sup>52</sup> 한국은 “Mason의 총체적인 “체계”에 대한 개념을 통해 이의가 제기된 각각의 행위가 해당 조약의 범위 내에서 조약상의 조치에 해당한다는 점을 입증하여야 할 Mason의 입증책임이 완화되지 않는다”고 주장합니다(한국의 재항변서면, 제205항). 이는 국제관습법상 복합적인 행위에 대한 접근법에 부합하여 FTA에서 조치가 “행위 또는 일련의 행위들”로 잠재적으로 구성될 수 있다고 분명하게 의도한 바를 무시하는 주장입니다.

<sup>53</sup> 재반박서면, 제118항.

<sup>54</sup> 한국의 재항변서면, 제187항.

<sup>55</sup> 한국의 재항변서면, 제208항.

<sup>56</sup> 하기 V절 또한 참조.

미국의 입장<sup>57</sup>에 정면으로 위배됩니다.

34. 한국은 그 외에도 터무니없고 순환적이며 내재적 모순이 있는 주장을 고집하고 있습니다. 예를 들어 보자면, Mason이 “주권 또는 의사결정 권한을 수반한 특정 행위”<sup>58</sup>를 보여야 한다고 하나, 그럼에도 “행위가 ‘공식 권한의 영향력 하에서’ 실행되었는지 여부는 ... 관련성이 없다”고 주장하고,<sup>59</sup> 한국의 해석이 “협정의 관할 요건[한국의 ‘조치’에 대한 제한적 해석을 포함합니다]을 충족시키는 “조치”에 관하여 청구를 제기할 수 있는 투자자의 권리를 계속 보전”하므로 이유 있다고 주장합니다<sup>60</sup>.
35. 보다 근본적인 측면에서 보더라도, 한국은 이 사건의 사실관계를 명백하게 잘못 설명하고 있습니다. 한국은 이의가 제기된 행위가 단지 “압력” 또는 “일반적인 정책 추구”를 적용한 결과일 뿐이라고 말하려 합니다.<sup>61</sup> 이는 관련된 행위자들 사이의 권력 체계와 한국 검찰 및 법원이 인정한 실제 사실관계를 완전히 무시하는 것입니다. 수정청구서면 및 재반박서면에 명시된 바와 같이,
- a. 한국 정부의 최고위 공직자인 대통령(그리고 그 하급자인 █████ 장관)이 알려진 그들의 권한의 범위 내에서 결정을 내렸고, 그러한 결정은 관련 결과를 달성하기 위한 조치가 취해지도록 각각의 하급자(청와대 내 하급자, 보건복지부 내 하급자, 그리고 국민연금 내 하급자)에게 내린 명령과 지시에 반영되었습니다.<sup>62</sup>
  - b. 관련 관행 및 절차를<sup>63</sup> 부정하게 전복하여 얻은 결과인 합병에 찬성한다는 국민연금의 결정은, 한국의 표현을 빌리자면, 국민연금을 관리하고 운용할 국가의 책임이 부여된 바로 그 관계자들에 의하여 이루어진 국민연금기금의

---

<sup>57</sup> **CLA-105**, 한미 FTA에 따른 미국 제출 서면 제11.20.4조의 제3항. 하기 V절 또한 참조.

<sup>58</sup> 한국의 재항변서면, 제216(a)항.

<sup>59</sup> 한국의 재항변서면, 제216(b)항.

<sup>60</sup> 한국의 재항변서면, 제216(c)항.

<sup>61</sup> 한국의 재항변서면, 제210항.

<sup>62</sup> 재반박서면, 제III.B.1절 참조.

<sup>63</sup> 그 중에서도, 국민연금기금의 운용지침, 의결권행사지침 및 임시 투자위원회 구성원 선정에 관한 확립된 관행을 포함합니다.



관리 및 운용에 대한 결정이었습니다.<sup>64</sup>

36. 위와 같은 이유로, 한국의 부정행위가 “채택하거나 유지된 조치”를 구성하지 않았다는 한국의 이의는 기각되어야 합니다.

### III. 한국의 조치들은 MASON 및 MASON이 투자한 삼성 주식들과 관련되어 있음

37. Mason이 입증했듯이, 한국은 총수 일가의 이익을 위해 Mason을 비롯한 삼성물산 주주들로부터 수십억 달러를 이전할 수 있게 만들려는 단 하나의 목적으로 본건 합병에 개입하였습니다.<sup>65</sup> 또한, 한국의 조치들은 Mason과 같은 헤지펀드를 겨냥한 캠페인의 일환으로 채택되었으며, 해당 캠페인은 삼성그룹의 꽃인 삼성전자를 포함한 삼성그룹에 대한 지배를 강화하려는 총수 일가의 노력을 돕는 것이었습니다.<sup>66</sup> 따라서, 한국의 조치들은 분명 Mason 및 Mason이 한 투자와 “관련”되어 있습니다.
38. 한국은 재항변서면에서 한국의 조치들이 어떠한 이유에서인지 Mason 또는 Mason의 투자와 “관련”되어있지 않다고 지속적으로 주장합니다. 한국은 FTA의 “관하여” 요건과 사실들에 대한 잘못된 설명을 토대로 그러한 입장을 고수하고 있습니다.

#### A. 한국은 “관하여” 요건을 지속적으로 잘못 해석하고 있음

39. 현재 한국은 “관하여”라는 표현이 조치가 Mason의 투자를 “명시적으로 겨냥”하는 것임을 요구하지 않는다고 인정하고,<sup>67</sup> 조치가 Mason의 투자에 “단지 간접적이거나 미미한 방식 이상”으로 영향을 미치기만 한다면 해당 표현이 요구하는 바가 충족된다는 점을 인정합니다.<sup>68</sup> 그러나, 한국은 “법적으로 유의미한” 관련성에 대해 어떠한 더 높은 (그리고 정의되지 않은) 요건을 계속 고집합니다.<sup>69</sup> FTA나 한국이 인용하는 선례들 중 어떠한 것도 한국의 이러한 입장을 뒷받침하지 않습니다.
40. 첫째, FTA의 어떠한 조항도 당사국들이 “관하여”라는 표현을 사용함으로써 FTA의 적용

---

<sup>64</sup> 한국의 재항변서면, 제193항; 재항변서면, 제118항.

<sup>65</sup> 수정청구서면, 제IV.E.2절; 재반박서면, 제31-78항.

<sup>66</sup> 수정청구서면, 제6항, 제I.V.E.2절; 재반박서면, 제131항 또한 참조.

<sup>67</sup> 한국의 재항변서면, 제226항.

<sup>68</sup> 한국의 재항변서면, 제226항.

<sup>69</sup> 한국의 재항변서면, 제III.B.1절.

범위를 엄격하게 제한하려 의도한다고 시사하지 않습니다. 한국은 “관하여”가 “일반적”인 표현이라는 점을 인정합니다.<sup>70</sup> 당사국들은 광범위한 통상적 의미를 가진 해당 표현을 사용하기로 선택하였습니다. Merriam-Webster 사전의 정의에서 확인할 수 있듯이, “관하여”는 단순히 “(무언가)를 (다른 무언가)와 연결시키”는 것을 의미합니다.<sup>71</sup> 한국은 그러한 정의의 유효성에 대해 반박하지 않으나, Oxford 영어사전이 제시하는 이와 “상이하고 어쩌면 더 협소한 해석”과 같은 그 외의 정의를 주장합니다.<sup>72</sup> 이는 사실과 다릅니다. Oxford 영어사전은 “관하여”를 “관련성이 있는,” 또는 “관계, [또는] 연관”이 있는”으로 정의하고 있습니다.<sup>73</sup> Oxford 영어사전의 정의는 “관하여”가 두 개의 무언가 사이에 “관련성” 또는 “관계”가 있다는 의미라는 점을 확인해 줄 뿐입니다.

41. **둘째**, 한국의 주장<sup>74</sup>과 반대로, 제11.1조 제1항 “맥락”은 한국의 입장을 뒷받침하지 않습니다.

- a. 한국은 협정상 보호의 “적용범위”를 규정하는 제11.1조의 목적이 “한국에 청구를 제기할 수 있는 잠재적 청구인들의 집단을 제한하는 것(따라서, 적용대상투자를 한 미국 투자자들만이 청구를 제기할 수 있는 것)”이며, 제11.1조 제2항(FTA의 시간적 범위를 정하는 조항) 및 제11.1조 제3항(국가에 귀속되는 조치의 범위에 관한 조항)가 그 외의 제한을 부여하고 있으므로 제11.1조 제1항에서 “관하여”이라는 표현을 통해 엄격한 제한을 설정한다고 해석하여야 한다고 주장합니다.<sup>75</sup> 이는 불합리한 결론(*non sequitur*)이라 할 수 있습니다. 제11.1조의 다른 부분에서 그 외의 제한을 규정하고 있다고 하여 당사국들이 잠재적 청구인들의 범위를 제한하려는 의도로 “관하여”가 내포하는 통상적인 의미 범위를 벗어나 제11.1조 제1항에서 해당 표현을 사용했다고 할 수 없습니다.

<sup>70</sup> 한국의 재항변서면, 제222항.

<sup>71</sup> **C-190**, (온라인) Merriam-Webster 사전, “관하여,” 2021. 4. 20. 접속.

<sup>72</sup> 한국의 재항변서면, 각주 462.

<sup>73</sup> **R-528**, (온라인) Oxford 영어사전, “관하여,” 2021. 8. 11. 접속.

<sup>74</sup> 한국의 재항변서면, 제222-223항.

<sup>75</sup> 한국의 재항변서면, 제222-223항.

- b. 위와 유사하게, 한국은 “국가의 행위로부터 부수적 영향을 받을 수 있는 불특정 청구인들의 분야를 제한하려는 조약의 목적”에 비추어 “관하여”를 협소한 의미로 해석하여야 한다고 주장합니다.<sup>76</sup> 그러나 한국은 FTA에서 잠재적 청구인들의 범위에 대한 그 외의 제한을 규정하고 있다는 사실이 어떻게 제11.1조 제1항을 추가적이고 암시적인 제한을 하는 것으로 해석할 이유가 되는지에 대해 설명하지 못합니다.
- c. 마지막으로, 한국은 FTA의 전문을 인용하며 각각의 투자자들이 “국내법에 따른 국내 투자자보다 투자 보호에 대한 더 큰 실질적인 권리”를 부여받지 않는다는 당사국들 간의 합의에 부합한다고 주장합니다.<sup>77</sup> 한국은 그와 같은 이해와 일치하도록 “관하여” 요건을 협소하게, 그리고 통상적 의미에 반하게 해석하여야 할 이유를 제시하지 못합니다.

42. 셋째, 한국은 *Methanex* 사건 및 *Resolute Forest* 사건 판결을 계속 원용하나, 두 판례 모두 한국의 입장을 뒷받침하지 않습니다. 오히려, Mason이 재반박서면에서 논한 바와 같이 두 사건의 중재판정부 모두 “관하여”라는 표현이 미미한 관련성 보다는 높은 연관성을 요구할 뿐이라는 점에 동의하였습니다.<sup>78</sup> *Methanex* 사건의 중재판정부는 “관하여”라는 용어를 해석할 때 “실무적 상식이 크게 요구”되며, 해당 용어가 투자자의 손실을 야기할 목적으로 채택된 조치 또는 투자자를 “명시적으로 겨냥한” 조치여야 할 것을 요구하지 않는다고 강조하였습니다.<sup>79</sup> 더불어, *Methanex* 사건의 중재판정부는 선결요건이 청구를 제기할 근거가 있는 투자자군이 불특정적이지 않도록 보장하는 역할을 할 뿐이라고 분명하게 입장을 표하였습니다.<sup>80</sup> “관하여”의 통상적 의미는 청구를 제기할 수 있는 투자자군을 확정적 집단으로(이 사건에서는 삼성 주주들로) 제한하고 있습니다.<sup>81</sup> 유사하게, *Resolute Forest* 사건의 중재판정부 또한 “조치가 청구인 또는

<sup>76</sup> 한국의 재항변서면, 제224항.

<sup>77</sup> 한국의 재항변서면, 제224항.

<sup>78</sup> 재반박서면, 제129항.

<sup>79</sup> **CLA-92**, *Methanex Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2002. 8. 7.자 일부판정, 제137항.

<sup>80</sup> **CLA-92**, *Methanex Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2002. 8. 7.자 일부판정, 제137항.

<sup>81</sup> 하기 제49항 참조. 추가로, *BG Group Plc. v. Argentina* 사건의 중재판정부는 *Methanex* 사건 중재판정부의 판시 사항에 비추어 “관하여” 요건이 제한적으로 해석되어야 한다는 생각이

청구인의 투자를 거당한 것이었어야 할 필요가 없다”는 점에 동의합니다.<sup>82</sup> 이는 *Cargill v Mexico* 사건에 대한 온타리오 주 대법원의 판결과도 일치합니다. 온타리오 주 대법원은 ““관하여”라는 표현은 어느 정도의 연관성을 요구할 뿐, 손실을 유발하려는 분명한 목적을 가지고 채택된 조치여야 할 것을 요구하지 않는다”고 판시한 바 있습니다.<sup>83</sup>

43. 넷째, Mason이 증명한 바와 같이 한국의 해석은 선결요건인 법적 인과관계 판단기준을 관할권 문제로 잘못 도입하여 관할과 인과관계를 혼동시키는 결과를 낳게 될 것입니다.<sup>84</sup> 한국은 인과관계가 제11.16조 제1항 가목 2)에 따른 분명한 요건이므로 Mason의 주장이 “부정확”하다고 주장합니다.<sup>85</sup> 그러나 인과관계가 FTA상 별도의 요건이라는 사실은 한국의 입장을 뒷받침하지 못합니다. 한국의 제11.1조 제1항에 대한 해석은 제11.16조 제1항 가목 2)의 의미를 박탈할 수 있는데, “관하여”가 한국이 제시하는 방식대로 청구를 제한하는 것으로 해석된다면 별도의 인과관계 요건이 필요 없을 것이기 때문입니다. 한국의 해석을 실제로 적용해 본다면, 인과관계를 성공적으로 입증한 청구인만이 해당 선결요건을 충족시킬 수 있다는 결론으로 이어질 것입니다.<sup>86</sup>
44. 이러한 이유로, 한국은 “관하여”라는 표현이 조치가 단지 미미한 수준을 넘어서서 투자 및 투자자와 관련되어 있다는 점을 보여주는 것 이상의 요건을 부과한다고 입증하지 못하고 있습니다. *Apotex v USA* 사건 중재판정부가 지적했듯이, “문제가 되는 조치와

---

어떠한 경우에도 합당하지 않다고 기각하며 다음과 같이 지적하였습니다: “*Methanex I* 사건의 중재재판부는 NAFTA 제1101(1)조를 투자자-국가간 청구를 제기하고자 하는 투자자에 대한 관할권 선결요건으로 보았으며, 이는 제11장을 도입하려는 일반적인 ‘적용범위’ 조항의 일부 내용과 반대되는 것이다. *Methanex I* 사건은 제1101조를 청구 당사자에 따라 제11장의 적용범위를 달라지게 하는 조항으로 만들었고, 이는 제1101조와 NAFTA의 문언 및 맥락과 배치되는 해석이다.” **CLA-94** 또한 참조, *BG Group Plc. v. Republic of Argentina* 사건(UNCITRAL), 2007. 12. 24.자 최종판정, 제227-229항.

<sup>82</sup> **RLA-167**, *Resolute Forest Products Inv. v. Government of Canada* 사건(PCA Case No. 2016-13), 2018. 1. 30.자 관할 및 청구적격에 관한 판정, 제242항.

<sup>83</sup> **CLA-214**, *Cargill v. Mexico Cargill, Incorporated v. United Mexican States* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/05/2), 2010 ONSC 4656사건에 대한 온타리오 주 대법원 판결, 제57항(강조 추가).  
<sup>84</sup> 재반박서면, 제126항.

<sup>85</sup> 한국의 재항변서면, 제225항.

<sup>86</sup> **CLA-211**, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/12/1), 2014. 8. 25.자 판정, 제6.26항.

투자 사이의 충분한 연관성이 있어야 하나... [해당 표현을] 중재판정의 지나치게 협소한 관문으로 해석할 이유가 없"습니다.<sup>87</sup> 동일한 근거로, 본 중재사건에서 한국의 해석은 기각되어야 합니다.

## **B. 본건 사실관계에 입각할 때 “관하여” 요건은 충족됨**

45. 한국은 한국의 조치들이 “Mason의 삼성물산 지분 보유에 단지 “미미”하거나 “간접적”인 영향을 미쳤을 뿐이며 “한국의 모든 행동이 삼성전자 주주들과 관계가 없다”고 주장합니다.”<sup>88</sup> 한국의 이러한 입장은 본건 사실관계와 일치하지 않습니다. 한국의 조치들이 Mason 및 Mason의 삼성물산과 삼성전자에 대한 투자에 미친 영향은 그저 “미미”하거나 “간접적”이지 않습니다. 한국은 Mason과 같은 삼성물산 주주들의 손실을 대가로 총수 일가의 이익을 증진시키려는 특정한 목적으로 본건 합병 표결에 개입하였습니다.<sup>89</sup> 한국의 조치는 또한 Mason과 같이 기업지배구조의 개선을 기대하며 삼성그룹에 투자한 소수주주들의 이익을 희생하여 삼성그룹 전반에 대한 지배권을 강화하려는 총수 일가의 승계계획과 책략을 돕고자 채택되었습니다.<sup>90</sup>
46. 한국은 Mason의 입장이 “Mason을 포함한 삼성물산 주주들의 손실을 야기하기 위해 국민연금이 본건 합병에 찬성 표결을 했다고 추정”하는 것이라고 주장합니다.<sup>91</sup> Mason은 그와 같이 추정하는 주장을 한 적이 없습니다. 한국 스스로가 인정하듯이 FTA는 Mason으로 하여금 Mason 또는 Mason의 투자에 손해를 입히려는 목적 또는 의도로 조치가 채택되었다는 점을 증명하도록 요구하지 않습니다.<sup>92</sup>
47. 국민연금이 본건 합병을 찬성한다면 반대 입장이었던 Mason과 삼성물산의 그 외 외국인 주주들이 반드시 손실을 입게 될 것이라는 걸 알면서도 총수 일가의 이익을 위해 본건 합병에 찬성 표결을 했다는 사실은 어떤 경우에도 증거를 통해 드러납니다.<sup>93</sup> 반면,

---

<sup>87</sup> **CLA-211**, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc v United States of America* 사건(ICSID Case No. ARB(AF)/12/1), 2014. 8. 25.자 판정, 제6.28항.

<sup>88</sup> 한국의 재항변서면, 제227항.

<sup>89</sup> 수정청구서면, 제IV.E.2절; 재반박서면, 제31-78항.

<sup>90</sup> 수정청구서면, 제6항, 제I.V.E.2절; 재반박서면, 제131항 또한 참조.

<sup>91</sup> 한국의 재항변서면, 제229(a)항.

<sup>92</sup> 한국의 재항변서면, 제226항.

<sup>93</sup> 수정청구서면, 제IV.E.2절; 재반박서면, 제31-78항.

한국의 주장은 소용이 없습니다.

- a. 한국은 “ [REDACTED] ”고 주장합니다.<sup>94</sup> 그러나 본건 합병이 가치를 삼성물산 주주들로부터 제일모직 주주들에게 이전하는 것이었으므로, 국민연금은 삼성물산에게 명백하게 불공정한 조건인 본건 합병에 찬성하는 것이 삼성물산 주주들에게 손실을 발생시킬 수밖에 없다는 점을 알고 있었음이 분명합니다.<sup>95</sup>
- b. 한국은 “한국은 보다 거시적인 경제 측면에서의 긍정적 혜택을 예상하여 삼성그룹의 승계계획 및 관련 인수합병 활동을 전반적으로 지지”했으며,<sup>96</sup> 이러한 점을 통해 한국의 조치들이 삼성물산 및 삼성전자의 외국인 주주들을 겨냥했다는 인식을 어느 정도 약화시킨다고 주장합니다. 이러한 주장은 사실관계와 모순됩니다. 증거에 따르면, 본건 합병에 관한 한국의 부정부패한 계획과 개입은 Mason을 포함한 삼성그룹의 다른 주주들의 손실을 통해 총수 일가의 이익을 증진시키려는 특정 목적으로 실행되었습니다.<sup>97</sup>
- c. 한국은 “국민연금이 [REDACTED] 으로부터 뇌물을 받아 [REDACTED] 을 돕기로 한 [REDACTED] 대통령의 지시에 따라 본건 합병에 찬성 표결을 했다고 Mason이 주장”하므로, “국민연금이 Mason(또는 그 외의 개인 주주)을 겨냥해서가 아니라 삼성그룹에 대한 [REDACTED] 의 승계계획을 돕기 위해 본건 합병에 찬성한 것”이라고 주장합니다.<sup>98</sup> 그러나 앞서 설명한 바와 같이 한국은 삼성그룹에 대한 [REDACTED] 의 승계계획을 도우려면 본건 합병에 개입하여 Mason을 비롯한 삼성그룹의 다른

<sup>94</sup> 한국의 재항변서면, 제229(b)항.

<sup>95</sup> **C-78**, 국민연금, SK C&C와 SK(주)의 합병에 반대 의결권 행사키로, 2015. 6. 24.자 국민연금 보도자료; 수정청구서면, 제43항-제47항, 제51항; **CLA-14**, [REDACTED] 에 대한 서울고등법원 판결, 제13면. **C-127**, 국민연금, 2015. 6. 10.자 (주)SK와 (주)SK C&C의 합병 전문위원회 부의 검토, 제2면 (“ [REDACTED] ”) 또한 참조.

<sup>96</sup> 한국의 재항변서면, 제229(c)항.

<sup>97</sup> **CLA-15**, 2018. 8. 24.자 [REDACTED] 서울고등법원 판결(2018노1087), 제86면(“가장 핵심적인 승계작업으로 평가되는 이 사건 합병에 대하여 ... 우호적인 조치가 이루어지게 되었다”).

<sup>98</sup> 한국의 재항변서면, 제229(d)항.

주주들의 손실을 야기할 필요가 있다는 것을 알고 있었습니다. Mason이 입은 손실은 Mason을 비롯한 주주들로부터 총수 일가에게 가치를 이전하려는 목적으로 한국이 채택하고 유지한 조치의 필연적이었고, 알려졌으며, 예측 가능했고, 예상했던 결과였습니다.<sup>99</sup> 한국은 자신의 개입이 외국인 주주들에게 영향을 미칠 것을 알고 있었고, 특히 외국인 주주들이 한국을 상대로 투자자-국가 간 청구를 제기할 수 있다고 예상하였습니다.<sup>100</sup>

48. 한국은 Mason을 비롯한 외국 헤지펀드들을 겨냥해 합심하여 벌어진 국수주의적 공공 캠페인에 한국이 참여했다는 사실을 부인하며, 이를 뒷받침할 증거가 없다고 주장합니다.<sup>101</sup> 그러나 한국은 Mason이 수정청구서면과 재반박서면에서 다룬 한국 형사법원의 판결 등 해당 사실을 증명하는 수많은 증거를 외면합니다.<sup>102</sup> Mason은 본 서면에서 그러한 증거를 재차 언급하지 않을 것이나, 그에 전적으로 의지합니다.
49. 삼성그룹의 투자자군이 규모가 큰 집단이므로 Mason이 “확정적” 청구인 집단의 일부가 아니라고 한국은 주장합니다.<sup>103</sup> 이러한 주장은 소용이 없습니다. 삼성그룹의 투자자군은 그 규모가 크다는 사실로 인해 “비확정적”이 될 수 없습니다. 한국은 수많은 주주들이 있는 두 상장회사의 기업지배구조 및 그 사이의 합병 표결에 개입하여 해당 투자자군이 제기한 소송에 스스로를 노출시켰습니다. *Methanex* 사건의 중재판정부는 “관하여” 요건의 해석에 대한 우려로서 “불특정 투자자군에 압도될 수 있는” 위험을 지적하였습니다.”<sup>104</sup> 상장회사의 맥락에서 종종 볼 수 있듯이, 수많은 개인 청구인들로 투자자 집단이 구성될 수 있다고 하여 해당 집단이 비확정적이 되는 것은 아닙니다. 그러한 주주들의 수는 확정적이고 식별 가능합니다. 협정이 보호 대상 투자로서 지분의 소유를 다루면서 투자자의 수가 너무 많다는 이유만으로 주주에 대한 보호를 부인하는

<sup>99</sup> 재반박서면, 제45항; 수정청구서면, 제43-47항, 제51항.

<sup>100</sup> **C-203**, 2017. 5. 17.자 서울중앙지방법원 2017고합34 [redacted] 증인신문 녹취서(“ [redacted] ”)(강조 추가); **CLA-15**, 2018. 8. 24.자 [redacted] 서울고등법원 판결(2018노1087), 제88-89면.

<sup>101</sup> 한국의 재항변서면, 제230항.

<sup>102</sup> 수정청구서면, 제6항, 제I.V.E.2절; 재반박서면, 제131-132항.

<sup>103</sup> 한국의 재항변서면, 제231항.

<sup>104</sup> **CLA-92**, *Methanex Corporation v. United States of America* 사건(UNCITRAL), 2002. 8. 7.자 일부판정, 제137항.

하는 것은 일관성을 결할 것입니다.

50. 마지막으로, 한국은 *Dickson Car Wheel* 사건에 대한 미국-멕시코 일반 배상위원회(US-Mexico General Claims Commission) 결정을 원용하고 있으나,<sup>105</sup> 그러한 결정은 관련성이 없고 한국의 입장을 뒷받침하지도 않습니다. 해당 결정에서는 FTA에 포함된 “관하여”라는 표현의 해석을 다루지 않습니다. 미국-멕시코 일반 배상위원회는 멕시코 정부가 압류한 철로에 대한 개발 계약을 멕시코 회사와 체결한 미국 회사가 입은 손실에 관하여 멕시코 정부의 책임이 전혀 없다고 판결하였습니다. 멕시코 정부의 철로 압류가 미국 회사에 미친 영향은 간접적인 반면, 한국이 취한 조치는 불공정한 본건 합병을 통해 Mason의 삼성물산 주식을 저평가된 가격으로 이전되게 만들고 삼성그룹의 기업지배구조에 개입하여 삼성전자에 대한 Mason의 투자 논거를 약화시켰으므로 Mason에게 직접적인 영향을 미쳤습니다.
51. 이러한 이유로, 한국의 조치들이 Mason 및 Mason의 삼성그룹에 대한 투자에 “관하여” 이루어진 것이 아니라는 한국의 이의는 기각되어야 합니다.

#### IV. 한국은 그러한 조치들에 대하여 FTA상 책임을 부담함

52. 한국은 자신의 재항변서면에서, █████ 전직 대통령, █████ 장관 및 이들의 하급자들이 본건 합병의 찬성을 위해 국민연금과 그의 절차들에 직접적으로 개입함으로써 저지른 불법행위에 대한 자신의 책임에 관하여 반박하지 않았습니다.<sup>106</sup> 재반박서면에서 기재하였듯이, 이러한 행위가 없었다면, 본건 합병은 진행될 수 없었을 것이고 Mason은 투자 손실을 입지 않았을 것입니다.<sup>107</sup> 이에 따라, 국민연금의 귀속과 적절한 지위에 대한 한국의 이의에도 불구하고, 한국은 여전히 자신의 불법적인 개입에 대해 책임이 있습니다.
53. 다른 중재판정부들은 청구들이 국가 소유의 법인들에 대한 정부 기관의 개입과 관련된 경우, 이러한 개입 자체가 국가의 책임을 불러온다고 판단하였습니다. 가령, *F-W Oil* 중재판정부는 다음과 같이 판시하였습니다:

---

<sup>105</sup> **RLA-206**, *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States* 사건 1931. 7.자 미국-멕시코 일반 배상위원회(U.S.-Mexico General Claims Commission) 4 R.I.A.A. 669 판결.

<sup>106</sup> 한국의 재항변서면, 제234항.

<sup>107</sup> 재반박서면, 제 IV.A절.



[...] 가령, 정부의 기관들이 그의 준국가기관 법인들의 운영에 개입하기로 선택한 경우(또는 국가가 어떤 이유로든 순전히 상업적인 운영에 개입하는 경우), 그렇게 함으로써 그들이 사실상 국가가 조약에 의하여 명시적으로 수용한 기준들의 위반에 해당하는 결과들에 대한 국가의 국제적 책임을 불러왔다는 것을 국제 중재판정부가 추론할 준비가 되어 있어야 하는 의무의 체계가 그럼에도 불구하고 있을 수 있습니다.<sup>108</sup>

54. 이와 유사하게, *Alpha* 사건에서, 중재판정부는 우크라이나가 호텔 Dnipro(리노베이션 계약의 상대방)와 청구인 간의 계약에서 호텔 Dnipro가 지급을 중단하도록 만든, 한 사적인 상업 거래에 개입한 것에 대해 우크라이나가 책임이 있다고 판단하였습니다. 중재판정부가 판시하듯이,

중재판정부는 SAA(단독으로 또는 다른 국가 행위자들과 함께)가 지급의 중단을 지시하였다고 결론을 내렸는데 [...] 지급의 중단이 상업적인 이유 또는 다른 이유에 기반한 것인지 여부는 귀속의 문제와 무관합니다 ... 계약을 체결한 것은 국가가 아니라 호텔이었으며, 국가가 아닌 호텔이 계약을 위반하였습니다. 그러나 적절한 경로 밖에서 계약에 개입하고 호텔이 계약을 위반하게 만든 것은 우크라이나의 행위였으며, 이러한 행위는 의심할 여지없이 국가의 행위이며 우크라이나의 국제적 책임을 시사합니다.<sup>109</sup>

55. 어떠한 경우에도, 국민연금의 행위가 (*법률상의* 또는 *사실상의*) 국가 기관으로서, 국가가 위임한 권능을 행사하는 법인으로서, 또는 이러한 행위를 수행할 때 국민연금의 직원들이 ████████ 대통령, ████████ 장관 및/또는 이들의 하급자들의 지시를 받았거나 감독을 받았거나 통제를 받은 것이어서 한국에 귀속되는 것은 자명합니다. 한국은 자신의 재항변서면에서, 협정과 국제법에 따른 적용 기준들을 잘못 해석하였고, 국민연금의 지위에 대한 한국법의 입장을 잘못 기재하였으며(이러한 시험들과 관련

---

<sup>108</sup> **RLA-98**, *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago*, ICSID 사건 번호 ARB/01/14, Award, 제206항.

<sup>109</sup> **CLA-210**, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID 사건 번호 ARB/07/16, 판정, 제401-403항.

있는 한도에서), 관련 법리를 왜곡하고 이러한 요소들을 본건의 사실관계에 잘못 적용하였습니다.

**A. 국민연금은 FTA에 따른 한국 중앙정부의 일부이며 국제관습법에 따른 국가기관임**

56. 한국의 재항변서면은 귀속과 관련된 제11.1조 제3항 가목 및 국제관습법상의 기준들을 계속해서 잘못 기재하고 있습니다. 그렇게 함으로써, 한국은 특정 기준들의 관련성을 크게 과장하여 기재한 반면에, 중재판정부의 분석과 관련되어 있으며 중대한 다른 기준들의 전체 범위를 다루지 못하였습니다.<sup>110</sup>

**1. 국민연금은 법률상의 국가기관임**

57. 중재판정부에 제기된 문제는 국제법의 문제입니다. 한국의 주장과 반대로,<sup>111</sup> Mason의 수정청구서면과 재반박서면에서 기재된 바와 같이, 국내법은 분석의 두 가지 단계와 관련이 있습니다 – 첫째는, 국내법이 특정 법인들을 “국가기관”으로 개념화하거나 특징짓는 임무를 수행하는지 여부이며,<sup>112</sup> 둘째는, 어느 법인의 구조적이고 기능적인 법적 특징들이 해당 법인에게 국가기관의 자격을 부여하는지 여부입니다(국내법이 특징짓는 임무를 수행하지 않거나 수행한다고 하더라도 해당 법인이 그렇게 특징지어지지 않는 경우).<sup>113</sup> 관계의 실제적인 실상에 대한 별개의 문제(국내법에 따른 그의 구조적이거나 기능적인 차원들과 구별됨)는 사실상의 기관 분석의 맥락으로

---

<sup>110</sup> 당사자들은 법률상의 국가기관과 사실상의 국가기관의 구분에 대한 분석을 반박하는 것으로 보입니다(가령, 한국의 재항변서면 각주 577 참조). Kovács가 주목하였듯이, “어느 법인이 국가기관이라는 것을 국내법에서 추론할 때마다 “법률상의”라는 형용사가 해당 법인에 상응하는 것이 매우 적절하게 보입니다. 결과적으로, 사실상의 법인은, 정부 공무원에 의한 긍정 진술 또는 대표와 같이, 순전히 사실관계에 입각한 상황에 기반하여 확인되는 법인입니다.” 그럼에도 불구하고, “실제로는, 사실상의 국가기관과 법률상의 국가기관 간의 구별은 거의 틀림없이 고려할 가치가 없는데, 이는 국제법의 관점에서 국내법이 단지 사실관계에 불구하고, 국가는 그의 모든 기관들의 행위에 대해, 해당 기관들이 법률상의 기관 또는 사실상의 기관으로 특징지어지는지 여부와 관계없이, 국제법의 관점에서 동일하게 책임이 있기 때문입니다.” (RLA-171, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제60면).

<sup>111</sup> 한국의 재항변서면, 제238항.

<sup>112</sup> 수정청구서면, 제134-136항; 재반박서면, 제150-151항.

<sup>113</sup> 수정청구서면, 제137-145항; 재반박서면, 제157-160항.

돌아갑니다.<sup>114</sup>

58. 첫 번째 단계와 관련하여, 한국은 한국법이 “국가기관”을 구성하는 법인들을 개념화하거나 분류한다는 것을 여전히 증명하지 못하였습니다. 김성수 교수는 “법제처의 발행물을 포함하여 한국 행정법에 사용된다”고 그가 주장한 “국가기관”의 개념에 의존합니다.<sup>115</sup> 그러나 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 한국과 김성수 교수가 어렵게 모은 유일한 “증거”는 2001년도의 저널에서 하위 공무원이 작성한 “질의응답” – 국내법상 어떠한 지위나 권위도 가지지 않는 문서입니다.<sup>116</sup>
59. 게다가, 김성수 교수가 제시한 법인의 세 가지 좁은 카테고리(총 여덟 가지 “중앙행정기관들”을 포함함)가 어떤 식으로든 한국법에 따른 “국가기관”의 개념(이러한 개념이 존재할 경우)을 완전히 포함한다고 볼 증거가 없습니다.<sup>117</sup> 실제로는, 한국의 국가기구 내에는 매우 다양한 행정기관들이 자리하고 있습니다.<sup>118</sup> “중앙행정기관들” 이외에도, 정부조직법은 부속기관, 대표행정기관, 보조기관, 종속행정기관, 기타 행정기관을 포함하는 광범위한 다른 정부 법인들 및 심지어 공공단체의 위임 또는

---

<sup>114</sup> 아래 제IV.A.2절 참조.

<sup>115</sup> 한국의 재항변서면, 제245항; 김성수 교수의 제2차 전문가 보고서, 2021. 8. 31. (“**김성수 제2차 보고서**”), 제12항.

<sup>116</sup> 아무튼, 본 문서는 “국무 또는 국가 행위의 임무가 부여된 기관들”에 대한 통칭으로서의 표현의 통상적인 의미를 정의합니다. **SSK-35**, 임병수, “Q&A on general facts to know regarding drafting of laws and ordinances,” 법제처, 2001. 5. 참조.

<sup>117</sup> 기껏해야, 정부조직법은 김성수 교수가 제시한 세 가지 좁은 카테고리의 행정기관들 중 하나를 형성하는 특정한 종류의 행정기관인 “중앙행정기관”을 완전히 정의합니다. 김성수 제2차 보고서, 제18항.

<sup>118</sup> 김성수 교수 자신이 출판한 자료에서 인정하였음(**CLA-226**, 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성, 부산대학교 제58권 제2호, 2017. 5. (번역본)). 실제로, 법률 이론들은 행정기관에 대한 법률의 적용 범위의 다양한 정의 – “최협의”로부터 “협의” 그리고 “광의”까지 – 를 규정합니다. “최협의” 정의가 국가행정기관들에 대한 법률에 행정 법인들 및 기관들을 규율하는 법률을 포함하는 반면, “협의”의 정의는 자치행정기관에 대한 법률을 추가합니다. “광의”의 정의는 공무원들, 직원들, 행정기관들의 물리적인 측면들을 규율하는 법률을 포함합니다(**CLA-227**, 한국행정학회, 온라인행정사전, “Verwaltungsorganisationsrecht, Law of administrative organization”, 2005. 11. (SSK-38의 추가 번역본)). 상기에서 볼 수 있듯이, 심지어 “최협의” 정의도 정부조직법에 인용된 다양한 법인들 중에서 국가기관들을 “중앙행정기관들”로 한정하려고 시도하는 김성수 교수의 본 중재에서의 자의적인 입장을 뒷받침하지 않습니다.

위탁을 또한 고려합니다.<sup>119</sup> 김성수 교수는 또한 “정부기관들의 본질적인 권능이 법률에 의하여 규정될 것을 요구하는 한국의 법리”를 내세우지만, 특히 국민연금법에 의하여 창설되었고 해당 법령에서만 그 권능이 파생된다는 맥락에서 그의 주장은 더 나아가지 못하고 있습니다.<sup>120</sup>

60. 추가로, 설사 국내법이 특정 법인들을 “국가기관들”로 특징짓는다고 하더라도(이는 부인되었음), 이는 한국이 시사하듯이 “최종적”이거나 “결정적”인 것이 결코 아닙니다.<sup>121</sup> ILC 규정 주석서가 강조하듯이, “[국내/내국법]이 그렇다고 할지라도, 내국법에서 사용된 용어인 “기관”은 제4조에 따른 광범위한 의미가 아니라 특별한 의미를 가질 수 있습니다.<sup>122</sup> *Muhammet Cap* 사건의 중재판정부가 최근에 주시하였듯이, “중요한 것은, 어느 법인이 국내법에 따라 국가기관으로 특정하게 분류되지 않은 사실은, 관련이 있기는 하지만, 국제법에 따라 수행된, ILC 규정 제4조의 귀속 문의에 대한 결과를 결정짓지 않는다는 것입니다.”<sup>123</sup> 따라서 분석의 두 번째 단계가 중요합니다.
61. *두 번째 단계*는 법인의 구조적이고 기능적인 특징들에 대한 조사를 수반합니다. Mason의 수정청구서면과 재반박서면에서 기재된 바와 같이, 이러한 특징들은 국민연금이 한국의 국가기구 내에 구조적이고 기능적으로 포함된다는 것을 보여줍니다.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> **CLA-155**, 정부조직법, 2014. 11. 19. (번역본 포함).

<sup>120</sup> 한국 정부조직관리정보시스템은 정부조직법 (및 국민연금법) 등의 “개별 법령”을 언급합니다 (**SSK-57**, 정부조직관리정보시스템, “행정기관의 법적 근거”, 행정안전부, 2021. 7. 28.에 접속함). 학술 논평이 밝히듯이, 행정기관의 개념은 한국법 하에 존재하는 행정기관들의 다양성을 포함하고 반영한 것으로 통상적으로 이해되며(**CLA-222**, 김남진, 김연태, 행정법 II (제24판)), 정부조직법에 규정된 “중앙행정기관들”에 국한되어 있지 않습니다(**CLA-216**, 강현호, 행정법의 이해). **CLA-227**, 한국행정학회, 온라인행정사전, “Verwaltungsorganisationsrecht, Law of administrative organization”, 2005. 11. (SSK-38의 추가 번역본) 또한 참조.

<sup>121</sup> 한국의 재항변서면, 제246항, 각주 507.

<sup>122</sup> **CLA-166**, International Law Commission’s Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries (2001), 제4조, cmt. 11.

<sup>123</sup> **RLA-241**, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID 사건 번호 ARB/12/6, 판정, 2021. 5. 4., 제745항.

<sup>124</sup> 수정청구서면, 제137-146항; 재반박서면, 제158-174항.

62. 한국은 자신의 재항변서면에서 구조적 분석을 법인이 “별개의 법인격”을 가지고 있는지 여부의 문제로 축소하였는데, 이는 이러한 요소가 “대부분의 경우 최종적”이라는 이유에서였습니다.<sup>125</sup> 한국이 의존하는 주석서(및 선례)에 대한 적절한 해석이 보여주듯이, 이것은 옳지 않습니다. “다른 국내법 요소들과 함께”를 포함하여 법인격을 고려한 후에,<sup>126</sup> Kovács는 중재판정부들이 그럼에도 불구하고 여전히 “법인과 국가와의 관계에 대한 종합적인 평가가 다른 결론에 도달할 경우 ... 국내법상의 지위를 무시할 권리를 가지고 있다”는 점을 주목합니다.<sup>127</sup> Kovács는 추가로 다음과 같이 기재합니다,

[...] 다른 중재판정부들은, 국내법 체계에 입각한 다른 요소들이 법인이 그의 별개의 법인격에도 불구하고 법률상의 국가기관으로 행위를 하였다고 결론을 내리기에 충분히 설득력이 있었다고 [판단하며] ... 법인의 별개의 법인격과 법인이 국제법에 따라 국가기관으로 분류된 것이 내재적으로 양립 불가능하다고 보지 않았습니다.

[...]

법리는 별개의 법인격을 포함하여 국내법 요소들 중 어느 하나도 실제로 분리하여 고려해서는 안 된다고 설명합니다. 단일한 기준으로 축소된 접근법은, 어느 법인의 국내법 지위에 대한 종합적인 평가의 일환으로 중재판정부들이 경영진의 임명 또는 해임과 같은 동일한 국내법 요소에 다른 비중을 둬므로 인해서도, 결정적이지 않을 수 있습니다.<sup>128</sup>

63. 한국이 인용한 사례들의 입장에 대한 매우 피상적인 분석은, 한국이 제시한 대로, “중재판정부가 별개의 법인격에 부여한 큰 비중을 설명”하지 않습니다.<sup>129</sup> 오히려, 귀속이 다른 근거에 기반한 점을 고려할 때, 이러한 중재판정부들은 특별히 엄격하게 “국가기관” 분석에 관여하지 않았습니다.

<sup>125</sup> 한국의 재항변서면, 제249항.

<sup>126</sup> **RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제84면 (강조표시 추가됨).

<sup>127</sup> **RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제84면.

<sup>128</sup> **RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제94면 (강조표시 추가됨).

<sup>129</sup> 한국의 재항변서면, 제250항.

64. Mason(및 한국이 의존한 주석서)이 인용한 중재판정부들과 같은 다수의 다른 중재판정부들은 이러한 “국내법 체계에 입각한 다른 요소들”을 고려하였고 이들이 국가기관들이라고 판단하였습니다. *M.C.I. 중재판정부의 분석에 대한 한국의 피상적인 비판*(중재판정부가 “법률상의” 또는 “사실상의”라는 표현들을 사용하지 않았다는 점)은 별개의 법인이 “그의 기능 뿐 아니라 그의 기관 구조 및 구성에 비추어볼 때 국제법에 따라 에콰도르의 국가기관으로 고려되어야 한다”는 그 결론에서 벗어나게 하지 않습니다.<sup>130</sup>
65. 이와 유사하게, *Muhammet Cap* 중재판정소는 다섯 개의 법인들이, 그들의 별개의 법인격에도 불구하고, “국가기구 내에서의 법인들의 지위 및 기능”에 대한 조사 후에, 국가기관들이라고 결론을 내렸습니다(*Turkmen Association of Joint-Stock Livestock Companies* 및 *Turmenbashi Oil-Processing Complex*를 포함함).<sup>131</sup>
66. 수청청구서면과 재반박서면에서 상세히 다루어진, 한국 정부에서의 국민연금의 구조적 배태성을 한국은 유의미하게 다루지 않으며, 적절하게 반박할 수 없습니다.<sup>132</sup> 한국은 국민연금의 별개의 법인격에 다시 의존하고자 하지만, 심지어 협정이 국가의 일부를 형성한다고 인정한, (지방 정부들과 같은) 다른 법인들의 별개의 법인격에 대해 만족할 만한 설명을 하지 못하고 있습니다.<sup>133</sup>
67. 한국은 국민연금의 세 가지 “특징들”을 인용하지만,<sup>134</sup> 이러한 특징들은 단순히 국민연금의 별개의 법인격에 대한 사건들이며 필요한 구조적 또는 기능적 분석을 유의미하게 진전시키지 않습니다.<sup>135</sup> 이러한 분석은 (특정한 활동의 성격이 아니라)

<sup>130</sup> **CLA-179**, *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID 사건 번호 ARB/03/6, 판정, 2007. 7. 31., 제225항.

<sup>131</sup> **RLA-241**, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID 사건 번호 ARB/12/6, 판정, 2021. 5. 4., 제746항.

<sup>132</sup> 수정청구서면, 제137-146항; 재반박서면, 제158-174항.

<sup>133</sup> 김성수 교수는 ““지방 정부들의 법인격이 국민연금의 법인격보다는 국가의 법인격과 더 유사하다”고 제시함으로써 이를 설명하려고 헛되이 시도하였습니다”. (김성수 제2차 보고서, 제42항).

<sup>134</sup> 한국은 “(i) 자기 명의로 자산을 취득, 보유, 처분할 수 있는 그의 권능, (ii) 자기 명의로 제소하고, 피소될 수 있는 그의 능력, 및 (iii) 그가 민법의 규율을 받는 사법상의 법인이라는 사실”을 언급합니다. (한국의 재항변서면, 제252항).

<sup>135</sup> 한국의 재항변서면, 제252항. 여기서 한국의 주장은 재산과 관련된 중요한 점, 즉, 국민연금이

법인 전체에 초점을 두어야 합니다.<sup>136</sup> 하지만 김성수 교수의 분석은 전체적인 접근법을 채택하기보다는 특정한 민간 부문의 행위자들이나 행위들에 대한 별개의 유사점을 찾는 것에 초점을 두고 있습니다.

68. 임원들과 이사들(필수적인 보건복지부 대표자들을 포함함)을 임명하고,<sup>137</sup> 운용 계획,<sup>138</sup> 예산,<sup>139</sup> 운용 지침을<sup>140</sup> 세우며, 의결권행사 전문위원회를 통해 “곤란한” 결정을 내리는<sup>141</sup> 이들의 역할을 포함하여, 국민연금과 보건복지부(보건복지부 산하의 국민연금기금운용위원회 및 국민연금기금평가위원회를 포함함), 대통령, 감사원, 기획재정부, 국회 사이의 광범위한 구조적 연계들을 일축하기 위하여, 김성수 교수는 이러한 연계들이 (“국가기관들” 에 대한 “미시적” 수준의 감독과 구별되는) “거시적” 수준의 감독을 반영한다고 주장합니다.<sup>142</sup> 재반박서면에서 언급하였듯이, 이러한 구별은 김성수 교수가 꾸며낸 것입니다.<sup>143</sup> 김성수 교수에 따르면, 제시된 “미시적” 수준의 감독은 기관장들이 내린 명령을 대통령이 “위법”하거나 “부당”하다고 간주하는 경우 이러한 명령을 정지하거나 취소할 수 있는 대통령의 단독 권한에 달려 있습니다.<sup>144</sup> 그러나 이러한 제한적인 (검토의) 권한은 기관에게 지시를 하거나 기관의 의사결정에

---

(국민연금의 재산이 아닌) 국유재산인 증권(또는 기금의 다른 자산)을 취득하면서 국가로서 행위를 하였다는 점을 놓쳤습니다. 한국은 “세금 처리의 맥락” 외에서 분석의 변화를 시사할 선례를 제시하지 않았습니다. 이러한 재산의 (“일반적인” 국가 재산으로서) 회계상 취급은 구조적 분석을 변경시키지 않습니다. 유사하게, 민법이 국민연금의 행위들 중 일부에 대한 청구를 규율하는지 여부는 중요하지 않습니다.

- <sup>136</sup> 이러한 행위가 “상업적인” 것으로(실제로는 아님) 적절히 특징지어졌다고 하더라도, 한국이 의존한 주석서는 “대부분의 중재판정부들은 관련 계약 또는 행위의 상업적 또는 행정적 성격을 무시하고 대신에 문제의 법인의 성격에 초점을 둠으로써 ILC 규정 제4조를 정확하게 적용하고 있다”라고 보았습니다. (**RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 94면).

<sup>137</sup> **CLA-157**, 국민연금법(번역본 포함), 제30조 제2항, 제38조.

<sup>138</sup> **CLA-157**, 국민연금법(번역본 포함), 제41조, 제107조.

<sup>139</sup> **CLA-157**, 국민연금법(번역본 포함), 제41조, 제87조.

<sup>140</sup> **CLA-157**, 국민연금법(번역본 포함), 제103조, 제105조.

<sup>141</sup> **C-75**, 국민연금기금 의결권 행사지침, 2014. 2. 28. (발췌 번역본 포함), 제8-2조.

<sup>142</sup> 한국의 재항변서면, 제262-264항; 김성수 제2차 보고서, 제56항.

<sup>143</sup> 재반박서면, 제161항.

<sup>144</sup> 김성수 교수의 전문가 보고서, 2020. 10. 30. (“**김성수 제1차 보고서**”), 제51항; 김성수 제2차 보고서, 제37항.

일상적으로 관여할 수 있는 권위를 대통령에게 부여하지 않습니다. 어떤 경우에도, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이 분명히 하듯이, 이러한 철회 권한은 사기업들이나 개인들에게 위임된 권한을 포함한 모든 종류의 위임된 권한을 위해 존재하며 – 이는 국가기관들을 정의하는 특징이 아닙니다.<sup>145</sup>

69. 또한 한국은 자신의 재항변서면에서 기능적 분석을 완전히 무시하고 있습니다. 이러한 분석 역시 법인 전체를 고려하여야 합니다. 수정청구서면과 재반박서면에서 기재하였듯이, 국민연금은 연금보험료를 징수하는 강제적인 법정 권한에 의하여 자금을 지원받는 국가연금 제도를 제공함으로써 근본적으로 국가 기능을 수행합니다.<sup>146</sup> 그렇게 함으로써, 국민연금은 한국 헌법에 따라 “노인...의 복지향상을 위한 정책을 실시”하고 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”을 보호하여야 하는 국가의 책임을 다합니다.<sup>147</sup> 국민연금기금을 관리하고 운용하는 그의 권한을 행사할 때, “국민연금은 전 국민을 대상으로 하는 제도”이기 때문에, 국민연금은 “공공성의 원칙”에 따라 행동하여야 합니다.<sup>148</sup>
70. 한국은 또한 유사한 기관들이 한국법에 따른 “국가기관들”이라고 자신의 협정 상대방 당사국인 미국의 법원에 자신이 공적으로 진술한 것을 무시하고 있습니다.<sup>149</sup> 이러한 진술은 한국법의 기저의 입장을 변경하지 않는 반면에, 한국이 이러한 입장이 무엇인지 알고 있었다는 점을 확인해줍니다. 마찬가지로, 이러한 진술은 유사한 기관의 지위를 고려한 (그리고 해당 기관이 실제로 “국가기관”이었다고 판단한) 유일한 투자 조약 판정을 틀림없이 보유하고 있는 한국이 이러한 판정을 본 중재판정부에 공개하거나 제출하는 것을 여전히 거부한다는 것을 보여주고 있습니다.<sup>150</sup>

<sup>145</sup> **CLA-224**, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정, 제26201호, 2015. 4. 20. (번역본).

<sup>146</sup> 수정청구서면, 제137(h)-(j)항; 재반박서면, 제159(b)-(c)항.

<sup>147</sup> **CLA-149**, 대한민국 헌법, 1988. 2. 25. (번역본 포함), 제34조 제4항, 제34조 제5항.

<sup>148</sup> **C-6**, 국민연금기금운용지침 – 국민연금기금 투자정책서 (2015. 6. 6.) (발체 번역본 포함), 제4조 제3호. 이에 따르면, 김성수 교수가 제시한 미래에셋자산운용 같은 민간부문 펀드와의 유사성은 없습니다.

<sup>149</sup> 한국의 재항변서면, 제253-255항; 수정청구서면, 제142-145항; 재반박서면, 제167-174항.

<sup>150</sup> **CLA-135**, Republic of Korea v. Dayyani & Ors [2019] EWHC 3580 (Comm), 2019. 12. 20.; **C-108**, Jerrod Hepburn, 한국을 상대로 한 이란인들의 중재 승소 전모 마침내 드러나: 중재인들은 투자보증금 미반환에 따른 양자간 투자협정 위반을 인정하면서도 보상이 타당한지 여부에 대하여는 이견을 보여(Full details of Iranians' arbitral victory over Korea finally come into view,



71. 이러한 기관들을 국민연금과 구별하려는 한국의 시도는 한국법에 따른 이들의 “특징 규정”을 무시하는 것입니다. 김성수 교수가 만들어낸 정의에 따르면 이들 중 어떤 기관도 “국가기관”이 아닙니다. 모두 국민연금처럼 “공공기관”이며,<sup>151</sup> 국가의 법규에 따라 설립되었고,<sup>152</sup> 공공 기능을 수행합니다.<sup>153</sup> 모두 국민연금처럼, 한국이 (최소한 본 절차에서) 결정적이라고 주장한, 별개의 법인격을 가지고 있습니다.<sup>154</sup> 이러한 법인들과 국민연금 간의 이른바 “중대한” 구조적 그리고 기능적 차이는, 실제로는, 분석에는 중요하지 않으며, 잘못된 특징 규정에 전제하고 있습니다:

- a. 상기에서 기재하였듯이, 국민연금은 노인 등의 복지 제공을 추구합니다. 국민연금의 활동 중 하나(국민연금기금의 관리 및 운용)의 경우, 국민연금은 “수익성”의 원칙(전통적인 상업적 맥락에서는 아니지만 – 국민연금은 “[국민연금이 적용되는 개인들]의 부담, 특히 미래세대의 부담 완화를 위하여” 수익을 극대화하여야 함) 뿐만 아니라,<sup>155</sup> “공공성”, “안정성”, “유동성”의 원칙을 포함하는 다섯가지 다른 원칙의 인도를 받습니다.<sup>156</sup> 국민연금은 “국가 보조금,

---

with arbitrators seeing BIT breach after investment deposit not returned, but disagreeing whether any compensation was warranted), IA REPORTER (2019. 1. 22.); 한국의 재항변서면, 제253항.

151 금융감독원 제외. **C-102**, 2018년도 공공기관 지정, 기획재정부 보도자료 (2018. 1. 31.) (번역본 포함).

152 **CLA-147**, 금융회사부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률, 2012. 3. 21.(“**한국자산관리공사 설립법**”), 제6조; **CLA-215**, 예금자보호법, 제3조; **SSK-12**, 금융위원회의 설치 등에 관한 법률, 2014. 11. 29., 제1조, 제24조 제1항.

153 **CLA-147**, 한국자산관리공사 설립법, 제6조; **CLA-215**, 예금자보호법, 제18조; **SSK-12**, 금융위원회의 설치 등에 관한 법률, 2014. 11. 29., 제1조.

154 **CLA-147**, 한국자산관리공사 설립법, 제7조; **CLA-215**, 예금자보호법, 제4조; **SSK-12**, 금융위원회의 설치 등에 관한 법률, 2014. 11. 29., 제24조 제2항. 법인격에 대한 기술적 사건들과 함께, 자산을 취득, 보유, 처분할 수 있는 능력 및 제소하고 피소될 수 있는 능력 등을 포함함.

155 **C-6**, 국민연금기금운용지침 – 국민연금기금 투자정책서 (2015. 6. 6.) (발체 번역본 포함), 제4조 제1호.

156 **C-6**, 국민연금기금운용지침 – 국민연금기금 투자정책서 (2015. 6. 6.) (발체 번역본 포함), 제4조 제3호, 제2호 및 제4호. 이러한 원리들은 운용지침에서 대등한 위치에 있으며(김성수 교수가 제시하듯이 첫 번째나 두 번째가 아니라) – 이러한 지침들은 “가입자의 권익이 극대화”되도록 국민연금을 구속하기 위하여 국민연금법에 따라 발표되었습니다(**CLA-157**, 국민연금법 (번역본 포함), 제105조); 김성수 제2차 보고서, 제65항.

차입금, 그 밖의 수입금” 뿐만 아니라, 연금보험료를 징수하는 그의 강제적인 권한에 의하여 원칙적으로 자금을 지원받습니다.<sup>157</sup> 법률에 따라 보건복지부장관은 국민연금 서비스를 “주관”합니다.<sup>158</sup>

- b. 이와 유사하게, 한국자산관리공사의 전략 목표 중 하나는 “공공자산 가치 제고 선도”입니다.<sup>159</sup> 정부가 주요 주주이고 최초의 자본 유입을 제공한 반면에 – 그의 현재 수입은 재화의 판매, 용역 및 건설계약에서 주로 발생합니다.<sup>160</sup> 금융위원회는 “[한국자산관리공사]의 업무를 감독하며 그 감독상 필요한 명령을 할 수 있”습니다.<sup>161</sup> 이는 금융감독원에도 동일하게 적용됩니다.<sup>162</sup>
- c. 이와 유사하게, 한국 예금보험공사는 금융기관들에게서 수령하는 강제적인 보험료를 포함하는 예금보험기금을 관리합니다.<sup>163</sup> 이러한 기금은 “안정성, 수익성, 유동성이 보장되는” 채권에 우선적으로 투자됩니다.<sup>164</sup> 김성수 교수와 한국 모두 그들이 주장하는 “더 높은 수준의 지휘와 감독”이 이러한 주장을 뒷받침하는 출처를 포함하거나 지칭하는지에 대해 설명하지 않습니다.<sup>165</sup>

## 2. 국민연금은 사실상의 국가기관임

- 72. 국민연금의 국내법상의 지위에도 불구하고, 현실적으로 국민연금은 한국에 운영상으로, 재정적으로 완전히 종속되어 있습니다.<sup>166</sup>

---

<sup>157</sup> **CLA-157**, 국민연금법 (번역본 포함), 제43조.

<sup>158</sup> **CLA-157**, 국민연금법(번역본 포함), 제2조.

<sup>159</sup> **C-204**, KAMCO 2020년도 연례보고서, 제29면.

<sup>160</sup> **C-204**, KAMCO 2020년도 연례보고서, 제46면.

<sup>161</sup> **CLA-147**, 한국자산관리공사 설립법, 제47조.

<sup>162</sup> **SSK-12**, 금융위원회의 설치 등에 관한 법률, 2014. 11. 29., 제61조.

<sup>163</sup> **C-206**, 예금보험공사, “공사 업무 – 예금보험기금 관리”, [https://www.kdic.or.kr/english/mngm\\_di\\_funds.do](https://www.kdic.or.kr/english/mngm_di_funds.do).

<sup>164</sup> **C-206**, 예금보험공사, “공사 업무 – 예금보험기금 관리”, [https://www.kdic.or.kr/english/mngm\\_di\\_funds.do](https://www.kdic.or.kr/english/mngm_di_funds.do).

<sup>165</sup> 한국의 재항변서면, 제256(b)항; 김성수 제2차 보고서, 제48항.

<sup>166</sup> 한국은 “어느 법인이 사실상의 기관인지 여부를 평가하는 관련 기준은 *Bosnian Genocide* 사건에 기재되어 있다는 것에 당사자들이 동의한다”고 주장합니다(한국의 재항변서면, 제258항). 그러나 Bayindir 사건의 중재판정부가 주목하였듯이, “무력 간섭이나 국제형사책임과 같은 다른

73. 한국은 그의 재항변서면에서, 국민연금에 대한 한국의 관행의 분석과 무관한, 국민연금의 법인격(과 은행 계좌를 가질 수 있고 자신의 명의로 계약을 체결할 수 있는 능력을 포함하는 해당 법인격의 법적 특성)에 계속해서 의존하고 있습니다<sup>167</sup>. 한국은 이러한 분석과 제한적으로만 관련되어 있고, 상기에 기재하였듯이 어떤 경우에도 한국과 김성수 교수가 특징을 잘못 규정지은, 국민연금에 대한 보건복지부의 통제와 감독의 법적 출처에만 단순히 초점을 두고 있습니다.<sup>168</sup>
74. 다시 말하면, 한국은, 가령, 국민연금이 자신의 운영상의 독립과 의사결정의 자율을 보여줄 수 있는, 보건복지부의 입장과 반대되는 자신만의 결정을 내리는 경우를 포함하여, *실무상의* 관계의 증거를 제시하는 것을 거부하였습니다. 이러한 상황에서, 중재판정부는 (높은 수준의 재정적 및 운영상의 감독 및 통제를 보여주는) 법적 체계<sup>169</sup> 및 본건 합병과 관련된 국민연금의 의사결정에서 보건복지부의 중대한 역할에 대한 기록과 관련된 실질적 증거<sup>170</sup>로부터 국민연금이 *사실상* 국가기관이라는 것을 추론하여야 합니다.
75. 극히 사실에 기반한 평가가 요구된다는 점을 고려할 때, 한국이 인용한 선례들은 제한적으로만 도움이 됩니다.<sup>171</sup> 어떤 경우에도, 선례들에 대한 한국의 평가는 *사실상의*

---

사실관계의 맥락에서의” 귀속 시험의 적용은 적절하지 않을 수 있습니다 – 왜냐하면 “국제법의 이러한 분야들에서 개발된 접근법이 항상 국제경제법의 현실에 적당한 것은 아니며, 투자 분쟁의 특정 사실관계가 이를 보장할 경우 귀속의 발견을 방지해서는 안 되기” 때문입니다.” (RLA-119, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID 사건 번호 ARB/03/29, 판정, 2009. 8. 27., 제130항). 어떤 경우에도, 국민연금과의 관계는 *Bosnian Genocide* 기준을 충족합니다.

<sup>167</sup> 한국의 재항변서면, 제259항.

<sup>168</sup> 한국의 재항변서면, 제263-265항.

<sup>169</sup> 수정청구서면, 제137항; 재반박서면, 제160항. 상기의 제68항 또한 참조.

<sup>170</sup> 한국은 “Mason 사건에서 주장된 정부의 간섭은 개인적 요청의 형태를 하고 있다”고 주장합니다(한국의 재항변서면, 각주 598). Mason의 재반박서면에서 분명히 드러나듯이, 연루된 공무원들은 “국민연금의 의결을 뒤엎고 본건 합병의 찬성을 확실히 하라는 명령을 내릴 때 대통령, 장관, CIO, 정부 공무원들로서 행위를 하였습니다. 이들은 불법행위에 관여한 민간인들이 아니었습니다. 이들의 행위는 민간인들로서 동일하게 쉽게 범할 수 있는 사적 위반도 아니었습니다 ... 이들은 자신들의 불법적인 계획을 저지르기 위해 공적 권위의 영향력을 필요로 하였고 항상 이러한 영향력 하에 행위를 하였습니다”(재반박서면, 제120항).

<sup>171</sup> 한국의 재항변서면, 제258항, 제266항, 제268항, 제269항.

기관을 형성하는 것은 단순히 “정부의 감독” 또는 “정부가 운영하는 재무 감사”가 아니라는 결론을 보여줍니다.<sup>172</sup> 그러나 국가가 국민연금에 대해 행사하는 운영상의 통제 수준은, 통제의 구조적 발현(국민연금 이사회 전체의 임명 및 보건복지부 위원회들의 의사결정 역할을 포함함)부터 규범적 운용 계획 및 의사결정지침을 통한 실제적 통제까지, 이를 훨씬 초과합니다. “자신의 권한 내의 일상적이고 통상적인 임무”를 수행하는 국민연금의 자율성은 보건복지부에 대한 그의 운영상의 의존성을 훼손하지 않습니다.<sup>173</sup> 연금보험료(정부 보조금과 더불어 국민연금의 주요 수입 원천)를<sup>174</sup> 징수하는 자신의 강제적 법정 권한을 통한 한국에 대한 국민연금의 재정적 의존과<sup>175</sup> 국민연금의 예산에 대한 보건복지부의 통제는 동일하게 명료합니다.<sup>176</sup>

**B.     대안적으로, 국민연금은 FTA 및 국제관습법에 따라 위임된 권한을 행사하는 비정부 기구임**

76. 수정청구서면 및 재반박서면에 기재된 바와 같이, 제11.1조 제3항 나목은 한국이 “중앙...정부 또는 당국으로부터 위임받은 권한을 행사[한] 비정부 기관”의 불법행위에 대하여 책임이 있다고 규정합니다. 이러한 맥락에서 이러한 표현의 통상적인 의미는 명백합니다. 한국은 추가 요건(행사되는 권한이 “정부적”이어야 함)을 도입하기 위해 교섭 기록에 의존하려고 하지만, 교섭 기록의 관련 내용을 환기하여야 할 정도로 조항이 분명하지 않거나 모호하다는 점 또는 통상적인 의미가 명백하게 터무니없거나 비합리적인 결과로 이어진다는 점을 보여주지 않습니다.<sup>177</sup>
77. 어떠한 경우에도, 수정청구서면 및 재반박서면에서 본 대로, 국민연금은 위탁된 정부의

<sup>172</sup> 한국의 재항변서면, 제266항.

<sup>173</sup> 한국의 재항변서면, 제261항.

<sup>174</sup> **C-205**, 국민연금 수입 및 지출 현황.

<sup>175</sup> 연금 보유자가 연금을 수령할 권리는 재산적 성격을 가지고 있다는 김성수 교수의 평가는 연금보험료를 징수할 수 있는 국민연금의 강제적인 권한(과세 권한과 유사함)의 성격을 변경하지 않습니다. 김성수 제2차 보고서, 각주 100.

<sup>176</sup> **CLA-157**, 국민연금법 (번역본 포함), 제41조, 제87조. 국민연금의 계정과 기금의 계정 간의 기술적 분리는 한국에 대한 국민연금의 재정적 의존을 감소시키지 않습니다. 김성수 교수가 인정하듯이, 국민연금은 “기금운용위원회[보건복지부의 일부]의 심의를 통해서만” 기금(자신의 주요 수입 원천)을 전용할 수 있습니다. 김성수 제2차 보고서, 제53(b)항.

<sup>177</sup> **CLA-161**, 조약법에 관한 비엔나 협약, 1969. 5. 23, 1980 U.N.T.S. 332., 제32조.

권한을 분명히 행사하며, FTA 하의 자신의 불법행위 시 *국민연금기금의 관리 및 운용*에 관한 이러한 권한을 행사하고 있었습니다. 여기서의 분석은 국가가 위임한 권한에 따른 행위의 성격이 아니라 *위임*의 성격 및 이러한 *권한*의 성격에 초점을 두어야 합니다.

78. 한국의 주장과는 반대로, *정부의 권한*이라는 개념은 완성되거나 단순한 정의를 인정하지 않으며,<sup>178</sup> 종합적인 평가의 일부로서 다양한 요소들을 고려하는 복잡한 사실관계의, 법적인 그리고 실용적인 분석을 필요로 합니다. *F-W Oil* 사건의 중재판정부가 주목하였듯이, 제5조에 대한 ILC 규정 주석서에 추가하여,

[...] 개념은 사방에서 판단하여야 합니다 ... 요컨대, 개념은 *사전에 통상적인 정의와 타협되는 것이 아니라 유연한 것으로* 의도된 것입니다; 그리고 개념의 정의에 반영되는 요소들은 특정한 사례들의 경우 *사실관계, 법률 및 관행의 혼합물*이 될 것입니다.”<sup>179</sup>

79. 수정청구서면과 재반박서면에서 Mason이 주목하였듯이,<sup>180</sup> ILC 규정 주석서는 “권한의 내용 뿐만 아니라 권한이 법인에 부여되는 방식, 권한이 행사되는 목적, 법인이 이의 행사에 대해 정부에 책임을 지는 정도가 특히 중요하다”고 강조합니다.<sup>181</sup> 한국의 주장과는 반대로, 이러한 요소들은 “정부의 권한의 정의를 대신”하지 않으며<sup>182</sup> – 이러한 요소들은 “정부의 권한”이라는 개념을 정의합니다. 이러한 요소들은, 전체적으로 볼 때, 국민연금이 기금의 관리 및 운용 시 정부의 권한을 행사하고 있었다는 것을 보여줍니다:

- a. 국민연금의 관리 및 운용 권한의 내용은 정부의 보호 하에 있는 자신의 입장을 반영합니다. 이러한 권한은 무엇보다도 “공공성”의 원칙에 의하여 제한되는데, 이는 “국민연금은 전 국민을 대상으로 하는 제도”이기 때문입니다.<sup>183</sup> 따라서,

<sup>178</sup> 한국의 재항변서면, 제276-277항.

<sup>179</sup> **RLA-98**, *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago*, ICSID 사건 번호 ARB/01/14, 판정, 제203항 (강조표시 추가됨).

<sup>180</sup> 수정청구서면, 제152항; 재반박서면, 제185항.

<sup>181</sup> **CLA-166**, 국제법 위원회의 국제불법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안 및 주석(2001), 제5조, cmt. 6.

<sup>182</sup> 한국의 재항변서면, 제278항.

<sup>183</sup> **C-6**, 국민연금기금운용지침 – 국민연금기금 투자정책서 (2015. 6. 6.) (발체 번역본 포함), 제4조

국민연금은 “민간인 주주와 동일한 방식으로” 자신의 권한을 행사하거나,<sup>184</sup> “민간분야의 기금과 동일한 방식으로 운용”할 수 없습니다.<sup>185</sup> 또한, “기금 적립규모가 국가경제에서 차지하는 비중이 크므로 국가경제 및 국내금융시장에 미치는 파급효과를 감안하여 운용하여야 한다”는 점에 주목하는 관련 원칙들은 의사결정에 대한 사실상의 규제적 영향을 반영하고 있습니다.<sup>186</sup> 국민연금의 권한 행사는 “한국 대기업에 상당한 지분을 보유하는” 투자자와 동등하지 않습니다<sup>187</sup> – 국민연금은 거의 모든 한국의 대기업에 상당한 지분을 보유하는 주주로서 이에 상응하는 민간의 또는 상업적 실체는 없습니다.<sup>188</sup>

추가로, 한국의 주장과 반대로, 국민연금은 (의결권행사 전문위원회가 주주 가치를 증진시킨다고 판단하는 경우) 주주총회 전에 자신의 의결 방향을 공개할 수 있으며,<sup>189</sup> 이러한 결정들은 종종 결과를 결정합니다(본건 및 삼성엔지니어링 / 삼성중공업 간의 합병을 포함한 다양한 선례도 그러하였습니다).<sup>190</sup>

---

제3호.

184 한국의 재항변서면, 제282항.

185 김성수 제2차 보고서, 제40항. 다시 말하면, 김성수 교수가 제시했듯이, “ESG 이슈들을 의사결정 과정에 적극적으로 반영”하기로 한 미래에셋자산운용과 같은 민간 부문 펀드의 자기 결정과의 유사점은 없습니다. 김성수 제2차 보고서, 제66항; **SSK-61**, 미래에셋증권 웹사이트, “지속가능 경영”, 2021. 8. 5. 접속.

186 **C-6**, 국민연금기금운용지침 – 국민연금기금 투자정책서 (2015. 6. 6.) (발체 번역본 포함), 제4조 제3호.

187 한국의 재항변서면, 제281항.

188 **R-56**, “뭐든지 랭킹 – 국민연금 30대 그룹 평균 지분율 7.8%,” 한경비즈니스. (“국민연금은 LG상사, 삼성물산, CJ제일제당, SKC, 제일모직, LS, LG하우시스, 롯데푸드, LG이노텍, 현대건설에서 최대 주주 혹은 2대 주주를 맡고 있다. 이 때문에 국민연금의 의결권 행사는 오랫동안 “연금 사회주의”로 갈 수 있다는 비판에 직면해 왔고 끊임없이 견제돼 왔다.”). **C-113**, 정승환/조지현, 국민연금, 한국 회사 지분을 늘려 회사에 대한 영향력을 늘리다, PULSE (2020. 2. 10.), (“국민연금은 현재 313개 상장회사에 5% 이상 지분을 ... 96개 회사에 10% 이상 지분을 보유”) 또한 참조.

189 **C-75**, 국민연금기금 의결권 행사지침, 2014. 2. 28. (발체 번역본 포함), 제10조.

190 **DOW-34**, Neil Gough/최상훈, ‘활동 투자가, 삼성 입찰을 겨냥하다,’ 뉴욕 타임스, 2015. 6. 3. (“국민연금은 지난 해 삼성중공업과 삼성엔지니어링 간의 미화 24억 달러의 계획된 합병을 효과적으로 막았는데, 이때 국민연금은 회사들이 자신의 주식을 환매하도록 강제하기 위해 한국증권법에 따른 옵션을 행사하였다”).

- b. 다시 말하면, 한국은 위임의 정부 출처와 방식에 대해 답변하지 않았습니다. 본건에서 이의가 제기된 특정 행위, 즉, 국민연금의 국민연금기금 관리 및 운용(기금 내의 주식에 대한 국가의 의결권 행사를 포함함)은 (규정에 의하여 국민연금으로 위임된 보건복지부 장관의) 법정 권한을 행사한 것입니다.<sup>191</sup> 이러한 권리들의 행사 방법은 보건복지부 지침에 규정되어 있으며,<sup>192</sup> “곤란한” 결정을 내리기 위해 보건복지부의 한 위원회가 감독하고 있습니다.<sup>193</sup>
- c. 한국은 “국민연금이 공적인 목적에 봉사한다는 사실이 국민연금의 주주 의결권의 상업적 성격을 변경시키지 않는다”고 주장합니다.<sup>194</sup> 한국은 *법인으로서* 국민연금의 공적인 목적이 *그의 정부 권한이* 행사되어야 하는 목적 – 아마도 상기에 기재된 “공공성”의 원칙에 가장 분명히 반영된다는 점을 놓치고 있습니다.
- d. 한국은 국민연금의 이러한 권한의 행사에 대한 보건복지부부터 국회에 이르기까지 다양한 층위의 정부 기관들의 “엄격한 감독”<sup>195</sup> 을 반박하지 않습니다. 그러나 한국은 이러한 감독이 국영 기업들의 “통상적인 특징”이라고 노골적으로 주장합니다. 이러한 주장을 뒷받침하는 한국과 김성수 교수의 유일한 참조 포인트는 한국수력원자력(발전소들의 운영자이며 한국의 전력의 1/3의 공급자)에 의한 “댐 또는 [원자력] 발전소와 같은 중요한 자산의 이전”이 부처들의 감독 대상이라는 점입니다.<sup>196</sup> 김성수 교수는 이러한 주장에 대한 선례를 제공하지 않으며, 국민연금에 적용되는 감독의 다른 층위들의 역할에 대해 언급하지 않습니다. 추가로, 물리적, 국가적 안보에 대한 이러한 종류의

<sup>191</sup> 수정청구서면, 제150항; 재반박서면, 제159(c)항.

<sup>192</sup> 그 중에서도 운용 지침과 의결 지침을 포함함.

<sup>193</sup> **C-75**, 국민연금기금 의결권 행사지침, 2014. 2. 28. (발췌 번역본 포함), 제8-2조. 김성수 교수는 “이러한 의미에서, 국민연금은 다른 민간 투자자들과 다르게 행동하지 않았습니다”라고 제시하였습니다. 김성수 제2차 보고서, 제73항. 이는 명백하게 잘못된 것입니다. 민간 투자자들은 성격상 곤란한 투자 결정을 정부 위원회에 의뢰할 의무를 부담하지 않습니다.

<sup>194</sup> 한국의 재항변서면, 제286항.

<sup>195</sup> 한국의 재항변서면, 제287항. 한국은 주주 의결권의 행사가 “(행정이 아닌) 민사 소송의 적용을 받는다”는 점에 주목합니다. 한국의 사법 제도 하에 소송의 분류는 “법인이 권한의 행사에 대해 정부에 책임을 지는 정도”와 무관합니다.

<sup>196</sup> 한국의 재항변서면, 제287항; 김성수 제2차 보고서, 제75항.

결정의 명백한 중요성 및 국제법 하의 한국의 의무들의 수행을 고려할 때, 이러한 입장은 특별할 것 없으며 한국에 도움이 되지 않습니다.

80. 국내법이 사실관계 사항으로 여전히 관련되지만, 분석은 필연적으로 국제법의 영역입니다. 그럼에도 불구하고 한국은 한국법의 핵심적인 이슈들을 다루지 못하였고, 무작위의 방론들 – 특히, 국가의 “일반적인” 재산으로서 국민연금의 자산의 회계상 취급<sup>197</sup> 및 국민연금을 상대로 한 손해배상 청구의 분류에 계속해서 초점을 두고 있습니다.<sup>198</sup> 김성수 교수가 자주 반복하는 주문인 한국법이 국민연금의 기금 관리를 “사경제주체에 의한 비정부적 경제 활동”으로 간주한다는 점은 근거가 없습니다. 김성수 교수가 인정하듯이, 그가 인용한 관련 법원 판결은 “그렇게 명시적으로 언급하지 않았으며”,<sup>199</sup> 이는 단지 그의 편리하지만 근거 없는 추정에 불과합니다.
81. 한국이 인용한 국제법상의 선례들은 이미 재반박서면에서 살펴보았으며,<sup>200</sup> 한국이 자신의 재항변서면에서 이를 다시 부활시키려는 시도는 소용이 없습니다. 이러한 사건들은 (특정한 법정 권한에서 파생되지 않은) 상업적 계약 행위와 관련되어 있으며,<sup>201</sup> 본건과 전혀 유사하지 않습니다.

---

<sup>197</sup> 한국의 재항변서면, 제289항; 김성수 제2차 보고서, 제33항. 김성수 교수는 또한 “[기금이 보유한 주식들]에 관련된 권리 및 의무는 한국 정부가 아니라 국민연금에 귀속된다”고 잘못 제시하였습니다. (김성수 제2차 보고서, 제28항) 한국 법원들은 기금이 보유할 주식의 취득과 이러한 주식의 의결권 행사가 국가의 취득이고 및/또는 국민연금이 이를 행사한다고 하더라도 의결권 행사의 관련 법적 효과는 국가에 귀속된다고 확인하였습니다. **CLA-126**, *국민연금공단 v. 양주, 포천, 남양주, 춘천, 서귀포 시장*, 판결, 사건 2014구합9658 (의정부지방법원, 2015. 8. 25.) (발췌 번역본 포함); **CLA-127**, *국민연금공단 v. 양주, 포천, 남양주, 춘천, 서귀포 시장*, 판결, 사건 2015누59343 (서울고등법원, 2016. 3. 9.) (발췌 번역본 포함) 참조.

<sup>198</sup> 한국의 재항변서면, 제289항; 김성수 제1차 보고서, 제80항.

<sup>199</sup> 김성수 제1차 보고서, 제55항.

<sup>200</sup> 재반박서면, 제194항.

<sup>201</sup> *Bayindir* 사건에서, 관련된 행위는 건설 계약에 따른 추방이었습니다. 중재판정부는 *Bayindir*의 저조한 성과를 이유로 한 계약에 따른 추방이 합리적으로 정당화되었으며 이에 따라 “추방은 계약관계라는 틀에서 보아야 한다”고 보았습니다(**RLA-119**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID 사건 번호 ARB/03/29, 판정, 2009. 8. 27., 제461항). 중재판정부가 그 행위가 어떤 경우에도 ILC 규정 제8조에 기반하여 귀속 가능하다고 보았기 때문에 *Bayindir* 사건에서 “정부의 권한” 분석은 극도로 제한적이었습니다. *Jan de Nul* 사건에서, “의의가 제기된 작위 및 부작위”는 추가 배상 요청의 거절을 포함하여 문제된 계약의



**C. 대안적으로, 국민연금은 한국의 지시, 감독 또는 통제 하에 있었음**

82. 한국은 자신의 재항변서면에서 협정이 (*특별법 우선의 원칙*에 의하여) 국제관습법의 귀속의 법칙을 배제하였다고 주장합니다.<sup>202</sup> 한국은 협정이 적용되는 귀속 법칙의 “명시적이고 포괄적인 진술”을 제공한다고 주장합니다.<sup>203</sup> 그러나 한국은 원문, 교섭 기록 또는 협정 당사국들의 이후의 관행에서도 “실제의 불일치” 또는 협정이 *포괄적으로* 귀속의 법칙을 규정한 “식별 가능한 의도”, 하물며 국제관습법의 규칙을 배제하는 식별 가능한 의도를 가리키지 못합니다. 이러한 의도가 있었을 경우, 이는 쉽고 명확하게 원문에 반영되었을 것이고 – 특히, 국제관습법을 배제하기 위하여는 그렇게 하였어야 하며 – “국제사법재판소가 반복해서 역설하였듯이, 관습 밖에서 체결하는 계약은 명확하고 명료하여야 합니다”.<sup>204</sup> “명시적이고 포괄적인 언어”가 필요하지 않다는 한국의 주장은 관습법의 규칙이 “배제의 의도를 명확히 드러내는 단어들 없는 때에 암묵적으로 배제되는 것으로 주장”되어서는 안 된다는 국제사법재판소의 고유한 견해에 의하여 허위로 판명됩니다.<sup>205</sup>

83. 재반박서면에서 기재되었듯이, 한국이 의존한 선례들은 도움이 되지 않습니다:

- a. *Al-Tamimi* 판결<sup>206</sup>은 명백하게 잘못되었으며, 강력하게 비판을 받았고, 후속 중재판정부들은 이를 따르지 않았습니다. 특별법 우선의 원칙에 대한 중재판정부의 결론은, 심지어 한국이 의존한 선례들에 의해서도, “의심스러운”<sup>207</sup>, 또한 “최소한 논란의 여지가 있다”고 서술되어 있고, “명백히

---

수여 및 이행 과정에서 이루어졌습니다. 본건과 반대로, 중재판정부는 그의 행위를 귀속하려고 한 법인(SCA)을 설립한 법률이 “SCA 활동과 그의 자치 예산의 상업적 성격을 강조하였다”고 보았습니다. (재반박서면, 제194(b)항; **RLA-112**, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID 사건 번호 ARB/04/13, 판정, 2008. 11. 6., 제161항 참조). 이 경우에도, 분석은 극도로 제한적이었습니다.

<sup>202</sup> 한국의 재항변서면, § III.C.3.a.

<sup>203</sup> 한국의 재항변서면, 제296항.

<sup>204</sup> **CLA-219**, Jürgen Kurtz, “투자자-국가 중재에서의 국가 책임에 대한 ILC 조항들의 역설적 취급(The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration)”, 25 ICSID Review 200 (2010. 봄), 제209면.

<sup>205</sup> **CLA-104**, *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States v. Italy)*, ICJ 판결, 1989. 7. 20., 제50항.

<sup>206</sup> **RLA-156**, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID 사건 번호 ARB/11/33, 판정.

<sup>207</sup> **RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제192면.

오류”<sup>208</sup>이며 “확실히 의심스러운”<sup>209</sup> 논리에 전제를 두었습니다. 한국이 인용한 유일한 주석서는 중재판정부의 논리를 지지하지 않고 단순히 결과를 서술하고 있습니다.<sup>210</sup>

- b. *UPS* 판결<sup>211</sup>은 다른 맥락에서 근본적으로 다른 조약 조건들과 관련이 있습니다. 한국은 FTA가 귀속에 대한 “전속” 조항을 포함하고 NAFTA가 독점 및 국영기업들에 대한 “전속” 챕터를 포함하고 있다는 자신의 주장을 넘어서 본건이 유사한 이유를 가리키지 못하고 있습니다.<sup>212</sup> 나아가, 주석자들이 보았듯이, “이러한 점[귀속에 대한 분명한 특별법 우선의 원칙]에 대한 *UPS* 중재판정부의 논리에는 골치 아픈 빈약함”이 존재합니다.<sup>213</sup>
- c. *F-W Oil*<sup>214</sup> 중재판정부는 국가책임의 법칙이 특별법 우선의 원칙에 의하여 대체될 수 있는 가능성을 고려하였으나, 한국이 다른 곳에서 인정하였듯이, 이러한 점을 발견하지 못하였습니다.<sup>215</sup>

84. 한국은 자신의 재항변서면에서 개인이나 법인이 “행위의 수행 시 *실질적으로* [국가]의 지시, 감독 또는 통제 하에 행위를 하는” 환경과 관련된 ILC 규정 제8조 하의 관련 시험을

<sup>208</sup> **CLA-221**, Marko Milanovic, 국제법에서 행위의 귀속에 대한 특별 규칙(Special Rules of Attribution of Conduct in International Law), 96 International Law Studies 295 (2020), 제309면.

<sup>209</sup> **CLA-209**, Albert Badia, 국가의 통제에 기반한 국영기업들의 행위의 귀속(Attribution of Conducts of State-Owned Enterprises Based on Control by the State) (제6장), 50년 후의 ICSID 협약 – 미해결 이슈들(ICSID Convention after 50 Years - Unsettled Issues), ed. Crina Baltag (Wolters Kluwer, 2017), 제8면.

<sup>210</sup> **RLA-232**, Sabahi Rubins, XVI 국가책임, 귀속, 불법성을 배제하는 사정들(State Responsibility, Attribution, and Circumstances Precluding Wrongfulness), INVESTOR-STATE ARBITRATION (제2판), 각주 5.

<sup>211</sup> **CLA-18**, *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada*, ICSID 사건 번호 UNCT/02/1, 본안 및 Dean Ronald A. Cass의 개별 진술에 관한 판정, 2007. 5. 24.

<sup>212</sup> 한국의 재항변서면, 제298(b)항.

<sup>213</sup> **CLA-219**, Jürgen Kurtz, “투자자-국가 중재에서의 국가 책임에 대한 ILC 조항들의 역설적 취급(The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration)”, 25 ICSID Review 200 (2010. 봄), 제209면.

<sup>214</sup> **RLA-98**, *F-W Oil Interests, Inc. v. Republic of Trinidad & Tobago*, ICSID 사건 번호 ARB/01/14, 판정, 제206항.

<sup>215</sup> 한국의 재항변서면, 각주 672.

잘못 기재하고 있습니다.<sup>216</sup> ILC 규정 주석서가 명확히 하듯이, 이러한 “세 개의 용어들인 “지시”, “감독” 및 “통제”는 분리됩니다; 이들 중 어느 하나를 충족하면 충분합니다.”<sup>217</sup>

85. “지시”, “감독” 또는 “통제”는 전체로서의 불법행위 – 여기서는 국민연금의 의결권행사 전문위원회가 본건 합병에 의결을 하는 것의 방지,<sup>218</sup> 기준 합병 비율의 조작,<sup>219</sup> 투자위원회의 조종<sup>220</sup>을 포함한 여러 수단을 통해 결국 성취된 본건 합병의 찬성을 확실히 하기 위한 국민연금의 절차 파괴였음 – 와 관련되어 있습니다. (한국이 위원회 특정 구성원들의 의결을 “지시하거나 통제하였다”는 것을 Mason이 증명하여야 한다고 주장함으로써) 인과관계 분석을 귀속의 평가에 도입하려는 한국의 시도<sup>221</sup>는 법적 근거가 없으며, Mason의 사실관계에 관한 주장의 중대한 지나친 단순화에 기초하고 있습니다.
86. “지시”와 관련하여, 주석자들이 주목하였듯이, “지시를 이행하는 수단을 열어 두는 일반적 지시도 ILC 규정 제8조의 목적상 충분”합니다.<sup>222</sup> 이를 위하여, “모호하거나 개방형의 지시가 주어지는 경우, 문제가 된 임무에 부수적이거나 그의 명시된 범위 내에 있다고 볼 수 있는 행위들은 국가에 귀속되는 것으로 간주될 수 있습니다.”<sup>223</sup> 한국이 제시한 바와 반대로, 이러한 지시가 법적 의미에서 “구속적”이어야 한다는 요건은 없으며<sup>224</sup> – 오히려, 문제는 관련 행위자 또는 행위자들이 *실제로* 이의가 제기된 행위의 수행 시 이러한 지시에 기반해 행위를 하였는지 여부입니다.

<sup>216</sup> **CLA-166**, 국제법 위원회의 국제불법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안 및 주석(2001), 제8조.

<sup>217</sup> **CLA-166**, 국제법 위원회의 국제불법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안 및 주석(2001), 제8조, cmt. 7.

<sup>218</sup> 수정청구서면, 제83(a)항; 재반박서면, § III.B.2.

<sup>219</sup> 수정청구서면, 제83(b)항; 재반박서면, § III.B.3.

<sup>220</sup> 수정청구서면, 제91항; 재반박서면, § III.B.4.

<sup>221</sup> 한국의 재항변서면, 제300항.

<sup>222</sup> **RLA-171**, Csaba Kovács, *ATTRIBUTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, 제193면.

<sup>223</sup> **CLA-218**, James Crawford, 국가책임: 일반 부분(State Responsibility: The General Part), 28–29 (케임브리지 대학교 출판부, 2013), 제145면

<sup>224</sup> 한국의 재항변서면, 제303항.

87. 이와 유사하게, “통제”와 관련하여, “운용”과 관련된 “효과적 통제”의 기준은 가령, 소유권을 통한 법인의 “전반적인 통제”(또는 “일반적인” 통제)와 대조적으로 사용됩니다. 그러나 ILC 규정 주석서가 명확히 하듯이, “특정한 결과를 성취하기 위하여 국가가 구체적으로 기업에 대한 자신의 소유권 지분이나 통제를 이용했던 경우, 문제의 행위는 국가에 귀속되었습니다”.<sup>225</sup>
88. 여기서, 부패한 계획의 서로 다른 구성요소들을 이행하였던 최고운영책임자 █████과 국민연금의 다른 임원들은 본건 합병의 찬성을 위하여 청와대 및 보건복지부의 그들의 상급자들의 지시 또는 감독에 따라 행위를 하였습니다. 가령, 의결권행사 전문위원회가 아닌 투자위원회가 표결을 하도록 하는 것과 관련하여, 보건복지부 연금정책국장 █████은 최고운영책임자 █████에게 “투자위원회가 본건 합병에 대해 결정을 할 것”과 “████████████████████”을 지시하였습니다.<sup>226</sup> 이러한 지시들은 “████████████████████”으로 표현되었고 당연히 준수되었습니다.<sup>227</sup> 보건복지부가 국민연금 및 그 임원들, 특히 최고운영책임자 █████에 대해 “효과적인 통제”를 하였고, 본건 합병의 찬성을 확실히 하기 위해 이러한 통제를 이용하였다는 것은 모두 사실관계로부터 명확히 알 수 있습니다.<sup>228</sup>
89. 마지막으로, 한국이 인용한 *Tulip* 판결은, 특히 관련 문제의 사실관계 집중적 성격을 고려할 때, 도움이 되지 않습니다.<sup>229</sup> 어떤 경우에도, 한국의 터무니없는 행위는, *Tulip* 사건에서 그러하였듯이, 공무원의 공적인 진술과 결합하여, 주식에 대한 국가의 지배와 이사회 구성원들의 임명이라는 단순한 사실을 훨씬 능가합니다.

**V. 상업적 행위에 대한 국가책임을 막는 적용 가능한 국제관습법 원리는 없음**

90. 한국은 자신의 재항변서면에서 “투자 조약들에 따른 국가들의 책임을 성립시키기 위한

<sup>225</sup> **CLA-166**, 국제법 위원회의 국제불법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안 및 주석(2001), 제8조, cmt 6.

<sup>226</sup> 수정청구서면, 제84항; 재반박서면, 제42항.

<sup>227</sup> 수정청구서면, 제90항; 재반박서면, 제42항.

<sup>228</sup> 재반박서면, § III.B 참조.

<sup>229</sup> **RLA-225**, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID 사건 번호 ARB/11/28, 판정.

["국가 행위"의] 성립 요건"의 존재를 반복하여 기재하였습니다.<sup>230</sup> 한국은 협정에 명문으로 기재되어 있지 않는 이러한 요건이 실제로 존재한다거나 본건에서 적절히 적용된다는 것에 대한 입증 책임을 충족시키지 않았습니다. 실제로 한국은 법률에 근거가 없는 이러한 주장된 원리의 추정되는 법적 출처조차 확인하지 못하였습니다.

91. *첫째*, 한국의 입장은 근본적으로 여전히 비논리적입니다. 한국은 여전히 (한국이 주장한 대로) 국가들이 실질적으로 상업적 행위에 대해 *결코* 책임을 지지 *않는다*는 국가책임의 주된 규칙이 존재할 경우, 국가책임의 이차적 규칙들이 "상업적 행위"가 국가에 귀속되거나 귀속되지 않는 사정들을 구별하는 이유에 대해 설명하지 못합니다.<sup>231</sup>
92. *둘째*, 이러한 원리는, 중재판정부들이 청구가 적절하게 조약 또는 계약상의 청구인지 여부(그리고 후자의 경우, 계약상의 분쟁해결절차로 이관할 수 있는지 여부)를 고려하여야 하는 상황에 특유한 쟁점이라는 것을 강조하는, 한국이 인용한 선례들에 기반을 두고 있지 않습니다.<sup>232</sup> 심지어 계약상의 문맥에서도, 한국이 인용한 선례들은

---

<sup>230</sup> 한국의 재항변서면, 제306항.

<sup>231</sup> 한국은 단순히 이는 "별개의 쟁점들"이며 "비논리적이지는 고사하고 이러한 구별은 특이하지 않다"고 주장합니다(한국의 재항변서면, 각주 693).

<sup>232</sup> 가령, *AWG* 사건의 중재판정부는 "'양허의 종료와 관련된 청구인들과 아르헨티나 간의 분쟁의 성격이 본질적으로 계약상의 것이며 ... 계약상 권리의 이러한 주장된 행사가 양허 계약 및 이행 보증과 법적으로 부합하였는지 여부는 이러한 계약과 이행 보증에 적용되는 분쟁해결절차의 문제라고 판단하며, 청구인과 주최 정부 간에 체결된 계약들의 위반들을 포함하는 투자자-국가 중재들"에서 한국이 주장한 구별이 발생하였다고 보았습니다(**RLA-221**, *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, 책임에 대한 판결, 2010. 7. 30., 제153, 155항). *RFCC* 사건의 중재판정부는 "이러한 이익들은 전적으로 계약상의 청구들의 카테고리에 속하며, 따라서 국가책임으로 성립된 양자 계약의 침해를 또한 구성하는 경우에만 본 중재 절차의 맥락에서 충분히 근거가 있는 것으로 인정될 수 있다"고 판시하였습니다(**RLA-214**, *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID 사건 번호 ARB/00/6, Award, 2003. 12. 22., 제99항). 이와 유사하게, *Joy Mining* 사건의 중재판정부는 "협정에 기반한 청구의 부재 및 반대로 모든 청구들이 계약상의 청구들이라는 증거는 중재판정부가 관할권이 없다는 판단을 정당화한다. 회사의 계약상의 권리들에 대한 이집트의 간섭이 있었다는 신뢰할 만한 주장도 없었다"고 판단하였습니다(**RLA-5**, *Joy Mining Machinery Ltd. v. Egypt*, ICSID 사건 번호 ARB/03/11, 관할권에 대한 판정, 2004. 8. 6., 제82항). *Siemens* 사건의 중재판정부는 "이는 계약의 실행 시 국가의 이행에 낙담하는 문제가 아니라 오히려 정부의 행위를 통한 계약 실행의 간섭 문제"라고 보았습니다(**RLA-104**, *Siemens AG v. The Argentine Republic*, ICSID 사건 번호 ARB/02/8, 판정, 2007. 2. 6., 제253항).

이러한 입장이 훨씬 더 미묘하고 계약상의 위반이 투자 조약들 하의 책임을 일으킬 수 있다는 점을 인정합니다:

[...] 계약상의 이행에 기반한 청구들이 BIT에 따라 관할권에서 반드시 제외되는 것은 아니다. *Impreglio v Pakistan* 사건의 중재판정부가 기재하였듯이, ‘위반이 계약상의 청구를 야기할 수 있다는 사실이 위반이 조약상의 청구 또한 – 그리고 별개로 – 야기할 수 없다는 것을 의미하지 않는다.’<sup>233</sup>

93. 계약상의 맥락에서 어떠한 “주권적 행위”의 필요성은, 포괄적 보호 조항이 “국가가 어떠한 주권 – 공권력(*puissance publique*)의 행사를 수반하여 국가의 자격에서 행위를 할 경우에만 작동할 수 있다”는 리비아의 주장에 대하여 “이러한 주장들은 사실상 중재판정부에게 그 표현에 나타나지 않거나 그의 통상적인 의미를 반드시 따르지 않는 [이러한 조항]에 대한 제한이나 조건을 도입할 것을 요구한다”고 본 최근 *Strabag* 중재판정부에 의하여 마찬가지로 거부되었습니다.<sup>234</sup>
94. 셋째, 한국은 이 원칙이 더 광범위하게 적용된다거나 “모든 상업적 행위들이 투자 조약들 하의 국가책임을 관여시킬 수 없다”는 주장에 대한 선례를 제공하지 못하고 있습니다.<sup>235</sup> 한국이 강조한 두 가지 선례들은 그의 주장을 뒷받침하지 못합니다 – *Hamester* 중재판정부는, “일반적으로, 계약의 위반은 국제법의 위반이 아님”이라는 제목 하에, “*Hamester*의 소위 “계약상의 청구”는, 얼마나 교묘하게 재포장되었든지 간에, JVA와 불가분적으로 연결되어 있고 실제로는 계약상의 청구”라고 결론을 내렸습니다.<sup>236</sup> 이와 유사하게, (한국에 의하여 그리고 상기에서 인용된) *Muhammet*

---

한국의 입장은 협정 당사국들이 협정의 투자 중재 조항들을 투자 계약들의 위반에 명시적으로 확장시켜서 – 계약상의 위반이 어떻게 특징지어지는지 간에, 중재판정부가 청구들을 판단할 수 있는 관할권을 보유하는 경우에도 마찬가지로 생소합니다(**CLA-23**, 협정, 제11.16조 제1항 가목 1) 다)).

<sup>233</sup> **RLA-241**, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID 사건 번호 ARB/12/6, 판정, 2021. 5. 4., 제702항.

<sup>234</sup> **CLA-225**, *Strabag SE v. Libya*, ICSID 사건 번호 ARB(AF)/15/1, 판정, 2020. 6. 29., 제164항.

<sup>235</sup> 한국의 재항변서면, 제310항.

<sup>236</sup> **RLA-125**, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID 사건 번호 ARB/07/24, 판정, 2010. 6. 18., 제329항.

Cap 중재판정부의 판단은 “청구인들의 청구는 (i) 본 중재판정부의 관할권 내에 해당하는 조약상의 청구인가 또는 (ii) 그렇지 않은 계약상의 청구인가?”라는 질의에 대한 답변으로 이루어졌습니다.<sup>237</sup>

95. 넷째, 한국의 주장은 명문 또는 논리적 근거가 없거나 법리에 기반을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 상업적 관련성이나 영향과 관계없이, 국유재산에 대한 권리의 행사에 이르는, 협정의 실질적 의무들을 위반한 정부 공무원들의 부패한 *개입* 및 *간섭*에 대한 Mason의 청구의 내용에 분명히 적용되지 않습니다. 이는 진정한 “상업적 행위”와 관련된 청구가 아닙니다.
96. 대안적으로, 한국은 “의결권이 주주들이 회사와 체결한 계약으로부터 파생된다”는 점에 기반하여 자신의 불법행위를 억지로 “계약상의” 분석에 집어넣으려고 시도합니다.<sup>238</sup> 그러나 Mason의 청구는 이러한 계약과는 관련이 없습니다 – Mason은 심지어 이의 당사자가 아니며, 이의 위반을 주장하고 있지 않습니다.

## VI. 한국의 차별적인 조치는 FTA에 따른 예외가 아님

97. 한국은 또한 FTA 부속서 II에 따른 지분 이전 및 사회 서비스 유보를 원용함으로써 자신의 내국민 대우 의무의 위반에 대한 책임을 계속해서 피하려고 하고 있으며,<sup>239</sup> 그의 조치가 Mason의 “대우”에 해당하지 않았다고 주장합니다. 재반박서면에서 설명하였듯이,<sup>240</sup> 한국이 원용한 유보는 본건에서 그의 조치에 적용되지 않으며, Mason을 포함한 주주들로부터 수십억 달러의 가치를 이전하기로 의도된 계획에 참여함으로써 한국이 Mason에게 어떤 형태의 “대우”를 부여하지 않았다는 것을 확실하게 부인하지 못하였습니다. 한국의 재항변서면에서 이러한 쟁점들에 대한 한국의 추가 논거들은 그의 주장을 더 나아가게 하지 않습니다.

### A. 한국은 지분 이전 유보에 의존할 수 없음

98. 한국은 자신들의 조치가 국영 회사들(또는 회사들에 대한 지분권)을 민영화할 수 있는

---

<sup>237</sup> **RLA-241, Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan**, ICSID사건 번호 ARB/12/6, 판정, 2021. 5. 4., § V.4.

<sup>238</sup> 한국의 재항변서면, 제313항.

<sup>239</sup> 한국의 재항변서면, 제428-441항.

<sup>240</sup> 재반박서면, 제275-284항.

한국의 권리를 한국의 내국민 대우 의무로부터 면제시키는 지분 이전 유보에 따른 예외라고 주장합니다. 이러한 유보는 한국의 “국가 기업들 또는 정부 당국이 보유한 지분권이나 자산의 이전 또는 처분과 관련된 조치를 채택하거나 유지할 권리”를 보호합니다.<sup>241</sup> 이러한 유보에 의존하는 한국의 주장들 중 어느 것도 소용이 없습니다.

99. 자신의 조치들의 결과 본건 합병에 대한 찬성이 이루어졌고 국민연금의 삼성물산 주식과 신규 삼성물산 주식 간의 교환으로 이어졌기 때문에 지분 이전 유보가 관여되었다고 한국은 주장합니다.<sup>242</sup> 이는 오인된 것입니다. Mason이 보여주었듯이, 문제의 조치들은 지분권의 이전이나 처분과 관련되어 있지 않고 이에 해당되지 않습니다. 오히려, 문제의 조치들은 총수일가의 이익을 위하여 본건 합병에 대한 국민연금의 표결을 전복하려는 청와대, 보건복지부 및 기타 공무원들의 범죄 계획과 관련되어 있습니다. 국민연금의 내부 의사결정 과정에 대한 불법적인 개입 및 전복이나 본건 합병을 찬성한 국민연금의 내부 표결은 지분권의 이전 또는 처분에 해당하지 않습니다.
100. 그러자 한국은 국민연금의 표결 자체가 주식의 이전이나 처분에 해당하지 않았더라도, 한국에 따르면 “~에 관한(with respect to)”이라는 단어들은 “광범위한 의미”를 가지고 있기 때문에, 국민연금의 표결이 “지분권의 이전이나 처분에 관한” 조치였다고 언급합니다.<sup>243</sup> 한국의 해석은 다양한 층위에서 오류가 있습니다. 첫째, 본건 합병이 국민연금의 표결 결과로 인한 것이지만, 국민연금의 표결 자체 그리고 대통령, 청와대, 보건복지부가 국민연금의 절차들을 전복하기 위해 수행한 범죄 계획 모두 주식의 이전에 “관한” 조치들이 아니었습니다. 오히려, 이는 삼성물산의 주주들이 내릴 결정과 관련된, 국민연금의 표결에 “관한” 조치들이었습니다. 둘째, 본건 합병은, “이전”이나 “처분”이 아니라, 기존 삼성물산 주식들을 신설 법인의 주식들과 교환하는 것으로 구성되어 있었습니다. 교환이란 “다른 것에 대한 교환 또는 대용품으로 주어지거나 받는 것”입니다.<sup>244</sup> 한국이 인정하였듯이, “이전”은 “한 사람으로부터 다른 이에게로의 재산의

---

<sup>241</sup> **CLA-23**, 협정, 부속서 II: 서비스 및 투자 관련 비합치 조치, 한국측 부속서 II, 2012. 3. 15., 2012, 제3면.

<sup>242</sup> 한국의 재항변서면, 제431항.

<sup>243</sup> 한국의 재항변서면, 제434항.

<sup>244</sup> **C-207**, Merriam-Webster 사전(온라인), “교환,” 2021. 10. 6. 접속; Dictionary.com, “교환,” 2021. 10. 6. 접속.



양도”를 포함합니다.<sup>245</sup> 여기서 삼성물산과 제일모직의 주주들은 서로에게 또는 제3자에게 자신의 주식들을 양도하지 않았습니다. 따라서, 본건 합병은 지분권의 “이전 또는 처분”이 아니었습니다.

101. 마지막으로, 그리고 어떤 경우에도, 한국이 자신의 조치들이 지분 이전 유보에 따라 요구되는 대로 “제21장(투명성)의 조항들에 따라 시행”되었다는 것을 보여주지 않았기 때문에, 한국은 지분 이전 유보가 적용된다는 것을 여전히 증명하지 못하고 있습니다. 제21장에 따르면, 한국은 무엇보다도 공무원들이 자신의 공적 기능들을 수행 시 작위 또는 부작위에 대한 대가로 뇌물을 유도하거나 수수하는 것을 불법화할 필요가 있었습니다.<sup>246</sup> 지분 이전 유보에 의존함으로써 정부 최고위층에서의 뇌물 수수를 포함하는 부패한 계획을 통해 Mason에게 내국민 대우를 부여하지 못한 것에 대한 책임을 한국이 회피할 수 있다면, 지분이전 유보와 제21장의 문구와 정신<sup>247</sup> 모두에 대한 왜곡과 반대가 될 것입니다. 따라서 한국은 자신의 국제적 의무들을 회피하기 위해 이러한 유보를 선의로 원용할 수 없습니다.

#### **B. 한국은 사회 서비스 유보에 의존할 수 없음**

102. 사회 서비스 유보에 대한 한국의 의존은 마찬가지로 소용이 없습니다. 이러한 유보는 사회복지와 공중보건과 같은 공적인 목적들을 위하여 핵심적인 사회 서비스의 제공 시 그의 내국민 대우 의무로부터 한국을 면제합니다. 이러한 유보는 한국의 “다음의 서비스들이 공적인 목적으로 성립되거나 유지되는 사회 서비스들인 범위에서 이러한 서비스들에 관한 조치를 채택하거나 유지할 권리: 소득 보장 또는 보험, 사회 보장 또는 보험, 사회복지, 공공교육, 보건 및 보육”<sup>248</sup> 를 보호함으로써 그렇게 합니다. 한국은 자신의 조치들이 “사회 서비스”였다거나, “공적인 목적으로 성립되거나 유지”되었다는

---

<sup>245</sup> 한국의 재항변서면, 제433항.

<sup>246</sup> **CLA-23**, 협정, 제21.6조 제2항 가목.

<sup>247</sup> **CLA-213**, *Boundaries in the Island of Timor (The Netherlands v. Portugal)*, PCA 사건 번호 1913-01, 판정, 1914. 6. 25., 제7면 (“이 주제 전반을 지배하는 선의에 따라, 조약들은 오로지 그들의 문언에만 근거하여 해석되어서는 안 되고, 그들의 정신에 따라 해석되어야 한다”는 국제법의 원칙을 주목함).

<sup>248</sup> **CLA-23**, 협정, 부속서 II: 서비스 및 투자 관련 비합치 조치, 한국측 부속서 II, 2012. 3. 15., 2012, 제2면.

것을 여전히 증명하지 못합니다.

103. 첫째로, Mason의 청구는 국민연금의 사회 서비스의 제공과 관련이 없습니다. Mason의 청구는 본건 합병에 대한 국민연금의 표결을 청와대와 보건복지부가 전복한 것과 국민연금이 자신의 선관의무와 내부 절차를 위반하여 본건 합병을 찬성하는 표결을 한 것으로부터 발생합니다. 한국은 “국민연금이 한국의 연금 수급자들의 이익을 위하여 투자를 관리할 자신의 권한에 따라 본건 합병에 표결하였고,” “국민연금의 지침에 따른 이러한 투자 결정의 목적은 ‘주주의 가치를 장기적으로 증가’시키는 것이었다고 주장합니다.<sup>249</sup> 그러나 증거에 따르면 본건 합병에 대한 국민연금의 표결은 총수일가에게 이익을 제공하려는 부패한 계획의 핵심적인 부분이었지 한국의 연금 수급자들의 이익을 위해 사회 서비스를 제공하거나 그들의 주주권의 가치를 증가시키기 위해서가 아니었습니다.<sup>250</sup> 국민연금은 한국의 연금 수급자들에 대한 자신의 선관의무를 위반하고 의사결정에 대한 국민연금 자신의 의무적인 규칙을 위반하여 본건 합병의 찬성 표결을 하였습니다. 이러한 상황에서, 한국은 책임 회피를 위해 사회 서비스 유보 뒤에 숨을 수 없습니다.
104. 이와 유사하게, 한국은 Mason의 사건에서 귀속과 관련하여, 기금의 관리를 포함한 국민연금의 기능들이 “노령, 질병 또는 사망 시 복지 지원을 제공하기 위한 ... 근본적으로 국가 기능들”이기 때문에,<sup>251</sup> 국민연금이 그의 조치들을 통해 사회 서비스 유보가 적용되는 사회 서비스들을 제공하는 것이었음에 틀림없다고 주장합니다.<sup>252</sup> 이는 그렇지 않습니다. 국민연금이 한국의 연금 수급자들의 이익을 위하여 기금을 관리할 권한을 부여 받았고, 관리하여야 하였지만, 여기서 국민연금은 그렇게 하지 않았습니다. 반대로, 국민연금은 본건 합병에 표결을 하는 것이 한국의 연금 수급자들을 위하여 관리된 기금의 가치의 손실을 초래할 것을 알면서도 그렇게 함으로써 한국의 연금 수급자들의 이익에 반하여 행동하였습니다.<sup>253</sup> 이러한 행위들이 국가에 귀속되지 않는다고 주장함으로써 한국이 이러한 상황에서 국민연금의 행위에 대한 책임을

---

<sup>249</sup> 한국의 재항변서면, 제437항, **R-55**, 의결 지침, 2014. 2. 28., 제4조를 인용함.

<sup>250</sup> 재반박서면, § III.B.

<sup>251</sup> 수정청구서면, 제137(h)항.

<sup>252</sup> 한국의 재항변서면, 제438항.

<sup>253</sup> **CLA-14, 검사 v. [REDACTED]** 판결, 사건 2017노1886 (서울고등법원, 2017. 11. 14.), 제82면.

회피할 수 없는 한편,<sup>254</sup> 그는 국가가 공적인 목적을 위해 행위를 하는 경우에만 적용되는 조약 유보에도 마찬가지로 의존할 수 없습니다.

105. *둘째로*, 한국 정부와 국민연금 모두 “공적인 목적을 위하여” 행위를 하지 않았습니다. 한국의 연금 수급자들의 이익과 █████, 총수일가 및 █████ 대통령의 이익이 일치하였고, 다수의 삼성물산 주주들이 이를 찬성한 사실에서 증명되듯이, “국민연금의 합병 찬성에 대한 좋은 경제적 이유들”이 있었다고 한국은 주장합니다.<sup>255</sup> 한국의 주장들은 증거에 의하여 허위로 판명됩니다. 본건 합병이 국민연금과 한국의 연금 수급자들의 이익을 위한 것이었다면, █████이 대통령에게 뇌물을 제공하고 대통령을 위해 청와대와 보건복지부가 본건 합병을 가능하게 하고자 국민연금의 절차들을 전복할 필요가 없었을 것입니다. 그리고 한국의 검사들이 입증하였듯이, 본건 합병의 결과, 국민연금—즉, 한국의 연금 수급자들—은 최소 미화 1.3억 달러의 자산 가치의 감소를 겪었습니다.<sup>256</sup>

106. 한국의 주장들과 반대로, Mason이 동시에 이해하는 바는 전혀 다르지 않았습니다. Mason의 애널리스트의 내부 이메일 중 하나에서 선택적으로 인용하면서, 한국은 그가 “국민연금이 “찬성 표결이 실제로 연금 수급자들에 대한 선관의무를 이행하는 것”이라는 결론에 도달할 수 있다고 인정하였다”라고 기재하였습니다.<sup>257</sup> 사실, Mason의 애널리스트 이 종은 단지, (█████이 이끄는) 삼성이 본건 합병의 거절이 손실을 초래할 것이라고 국민연금에게 주장하는데 성공한다면, 국민연금은 본건 합병을 찬성하는 표결이 자신의 선관의무를 이행하는 것이라고 여겼을 수 있다고 기재하였을 뿐입니다.<sup>258</sup> 이는 여기서 일어난 일이 아닙니다. 국민연금은 적절하고 성실한 분석 후에 본건 합병이 자신의 재정적 이익에 부합할 것이라고 여겨 본건 합병에 찬성 표결을 한 것이 아니라, 대통령, 청와대, 보건복지부가 국민연금의 의사결정 절차들을 전복하고 본건 합병의 시기적인 재정 모형화와 주장된 시너지에 기반하여

---

<sup>254</sup> 상기 IV절 참조.

<sup>255</sup> 한국의 재항변서면, 제440항.

<sup>256</sup> **CLA-14**, *검사 v. █████* 판결, 사건 2017노1886 (서울고등법원, 2017. 11. 14.), 제82면.

<sup>257</sup> **R-429**, 이 종이 K. Garschina 등에게 보낸 이메일, 2015. 6. 24.

<sup>258</sup> **R-429**, 이 종이 K. Garschina 등에게 보낸 이메일, 2015. 6. 24.

국민연금이 결정을 내리도록 하였기 때문에 본건 합병에 찬성 표결을 하였습니다.<sup>259</sup>

107. 마지막으로, 한국은 사회 서비스 유보에 따라 중재판정부가 국민연금의 결정이 실제로 “공적인 목적”으로 내려졌는지 여부를 평가할 수 없다고 주장합니다. 특히, 한국은 중재판정부가 결정이 “최소한 그러한 [공적인] 목적을 증진시키는 것이 가능했다”는 것에 단지 만족하여야 한다고 하기 위해 *Vestey Group* 사건 판결을 인용하고 있습니다.<sup>260</sup> 한국의 주장은 근거가 없습니다. FTA의 사회 서비스 유보에 따라, 한국은 자신의 조치들이 단지 그렇게 하는 것이 “가능”했다는 것이 아니라 실제로 “공적인 목적으로 성립되거나 유지”되었다는 것을 입증할 책임이 있습니다. *Vestey Group* 사건 판결은 이와 다르게 기재하지 않습니다. 오히려, 이 사건에서, 중재판정부는 단지 어떤 정책이 공적인 목적으로 채택되었는지 여부를 결정할 때 중재판정부가 정부의 수용 이후의 행위를 포함하여 모든 관련 상황을 고려하여야 했다고 판단하였습니다.<sup>261</sup>
108. 나아가, 다른 중재판정부들은 조치들의 의도와 실제 영향 모두에 초점을 두면서 피청구인 국가들이 주장한 공적 목적 이익을 평가하였습니다. 가령, *ADC* 사건에서, 중재판정부는 “공익”에 대한 조약상의 요건은 대중의 상당히 진정한 이익을 요구하며, ‘공익’에 대한 단순한 언급이 마술적으로 이러한 이익을 존재하게 만들고 이에 따라 이러한 요건을 충족하게 할 수 있을 경우, 이러한 요건이 충족되지 않았을 수 있는 상황을 중재판정부가 상상할 수 없기 때문에, 이러한 요건은 무의미하게 된다”고 하였습니다.<sup>262</sup> 이와 유사하게, *Inmaris* 사건에서 중재판정부는 부패 또는 개인적 이익에 대한 욕망의 결과 조치들이 채택되었다는 증거는 국가의 행위들의 동기가 공익이 아니었음을 의미한다고 보았습니다.<sup>263</sup>

---

<sup>259</sup> 재반박서면, § III.B.3.

<sup>260</sup> 한국의 재항변서면, 제441항.

<sup>261</sup> **RLA-229**, *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID 사건 번호 ARB/06/4, 2016. 4. 15., 제296항(“그렇게 할 때, 정부의 수용 이후의 행위를 포함하여 모든 관련 상황을 고려하여야 합니다”).

<sup>262</sup> **CLA-208**, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID 사건 번호 ARB/03/16, 판정, 2006. 10. 2., 제429항, 제432항.

<sup>263</sup> **CLA-217**, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, ICSID 사건 번호 ARB/08/8, 판정 발췌, 2012. 3. 1., 제303항. **CLA-45**, *Waguieh Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID 사건 번호 ARB/05/15, 판정, 2009. 6. 1., 제432항(그의 수용 이후 투자에 대한 후속의 잠재적 공적 이용이 반드시 수용이 공적인 목적을

109. 이러한 이유들로, 사회 서비스 유보는 Mason의 내국민 대우 청구에 적용되지 않습니다.

**C. 한국의 차별적인 조치들은 Mason에 대한 “대우”에 해당함**

110. 마지막으로, 한국은 또한 Mason이 한국으로부터 어떤 “대우”를 부여받은 적이 없다고 주장합니다. 여기서도 한국은 Mason이 이미 그의 재반박서면에서 반박한 동일한 사항들을 되풀이하고 있으며,<sup>264</sup> 그의 이의는 소용이 없습니다.

111. Mason이 보여주듯이, 국제법에 따른 “대우”의 개념은 광범위하며 투자자의 사업 활동과 관련하여 국가가 취하는 어떤 조치들도 포함합니다.<sup>265</sup> “대우”에 대한 이러한 광범위한 해석은 해당 단어의 통상적인 의미와 양립할 수 없으며 “대우”는 “어떤 국가 행위가 투자자나 그의 투자를 겨냥할 것을 요구”한다고 한국은 주장합니다.<sup>266</sup> 이는 사실이 아닙니다. 사전상의 정의가 확인해주듯이, “대우”란 “어떤 것을 다루는 행위 또는 방식”을 의미합니다.<sup>267</sup> 본건 합병에 대한 한국의 간섭, 그리고 한국 정부 최고위층 공무원들의 부패하고 범죄적인 관련 행위들이 Mason을 포함하여 본건 합병에 의하여 영향을 받은 모든 투자자들에 대한 대우에 해당한다는 것에는 의심의 여지가 없습니다.<sup>268</sup>

112. 그러자 한국은 Mason의 청구가 관련 대우는 “투자의 성립, 취득, 확장, 관리, 행위, 운용, 그리고 매각 또는 기타 처분에 관한 것”이어야 한다는 제11.3조에 따른 요건을 충족하지 않는다고 기재하였습니다.<sup>269</sup> 특히, 한국은 자신의 조치들이 Mason이 그의 주식들을 매각하는 것을 막지 않았기 때문에 여기서 “대우”는 없었으며,<sup>270</sup> “본건 합병에 대한 국민연금의 표결 이후에, Mason은 삼성물산과 삼성전자에 대한 자신의 투자를 자신이 적합하다고 판단한 대로 자유롭게 관리하고 운용할 수 있었다”고 기재합니다.<sup>271</sup>

---

위하여 발생하였다는 것을 의미하지는 않는다고 판시함.) 또한 참조.

<sup>264</sup> 재반박서면, 제263-265항.

<sup>265</sup> 수정청구서면, 제220-221항; 재반박서면, 제264항.

<sup>266</sup> 한국의 재항변서면, 제443항.

<sup>267</sup> **C-208**, Merriam-Webster 사전(온라인), “대우,” 2021. 10. 6. 접속.

<sup>268</sup> 재반박서면, 제264-65항.

<sup>269</sup> 한국의 재항변서면, 제445항.

<sup>270</sup> 한국의 재항변서면, 제445항.

<sup>271</sup> 한국의 재항변서면, 제445항.

제11.3조에 대한 한국의 좁고 부자연스러운 해석은 소용이 없습니다. FTA는 “대우”의 개념을 투자의 강제 매각을 가져오는 조치들로 한정하지 않습니다. 여기서, 역지로 본건 합병을 진행함으로써, 한국의 조치들은 Mason의 삼성물산과 삼성전자 주식들의 관리, 행위, 운용, 매각 또는 다른 처분에 의심할 나위 없이 간섭하였습니다. 한국의 조치들이 없었다면, Mason은 자신의 삼성물산 주식들이 극도의 저가로 제일모직과 강제 합병되는 것을 보지 않았을 것이고, 삼성전자와 관련된 그의 투자 논거도 약화되지 않았을 것입니다.

113. 이러한 이유들로, Mason은 한국의 조치들로 인해 의심할 나위 없이 “대우”를 부여 받았습니니다. 따라서 한국의 이의는 기각되어야 합니다.

## VII. 구제 신청

114. 수정청구서면, 재반박서면, 본 제출 서면에 기재된 이유들로, 유엔국제무역법위원회 중재규칙 제20조에 따라 본 구제 신청을 보충할 수 있는 Mason의 권리를 제한하지 않고 유보하면서, Mason은 중재판정부가 다음과 같이 판정하여 주실 것을 정중히 신청합니다:

- a. 관할권과 관련된 한국의 모든 이의들을 기각하며, 분쟁이 중재판정부의 관할권과 권한 내에 있고 Mason의 청구가 인정됨을 확인한다;
- b. 본안에 대한 Mason의 제출 서면에 기재된 근거들에 기반하여, 한국이 Mason의 투자와 관련하여 FTA를 위반하였음을 확인한다;
- c. 한국의 FTA와 국제법 위반에 대하여, 본안에 대한 Mason의 제출 서면에서 명시된 대로, 손해배상금, 보상금 및 이자를 한국이 Mason에게 지급할 것을 명한다;
- d. 변호사 수수료와 비용, 중재 비용, 이러한 모든 비용에 대한 복리 이자를 포함하여, 본 소송절차와 관련하여 발생된 Mason의 모든 비용을 한국이 지급할 것을 명한다;
- e. 중재판정부가 적절하다고 여기는 다른 구제수단을 명한다.

2021. 10. 6. 상기 내용을 정중하게 제출합니다.



---

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

Latham & Watkins LLP  
Lilia B. Vazova  
Rodolfo Donatelli  
Sarah Burack  
1271 Avenue of the Americas  
New York, NY 10020  
United States of America

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

KL Partners  
Eun Nyung (Ian) Lee  
Young Suk Park  
Byung Chul Kim  
17th Floor, East Wing, Signature Tower  
100 Cheonggyecheon-ro, Jung-gu  
Seoul 04542  
Republic of Korea

*청구인들의 대리인*