

한미자유무역협정과 유엔국제무역법위원회 중재규칙에 따른
중재에 있어서

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

를 청구인으로

대한민국

을 피청구인으로 하는

중재통보에 대한 답변서

2018년 8월 13일



Freshfields Bruckhaus Deringer

42-01 Ocean Financial Centre
10 Collyer Quay
Singapore 049315

Lee
&KO

63 Namdaemun-ro, Sogong-dong,
Jung-gu, Seoul 04532
Korea

목차

I.	서론.....	1
II.	한국과 대리인.....	5
III.	이 사건 분쟁의 경위와 본질.....	7
	가. 삼성물산과 제일모직	8
	나. 삼성물산과 제일모직의 합병.....	10
	다. 청구인의 협정 위반 주장.....	20
	라. 청구인의 청구와 관련된 손해액의 주장.....	27
IV.	절차 관련 사항.....	28
	가. 중재 합의 및 적용 중재 규칙	28
	나. 중재인의 선정	30
	다. 중재 언어	31
	라. 중재지.....	31
	마. 중재의 관리	32
V.	답변취지.....	32
VI.	권리의 유보.....	33

I. 서론

1. 대한민국 (이하 “한국”)과 미합중국 간의 자유무역협정 (이하 “협정”)과 2013 년 유엔국제무역법위원회 중재규칙 (이하 “UNCITRAL 규칙”) ¹ 제 4 조에 따라, 한국은 2018 년 7 월 12 일 엘리엇 어쏘시어츠 엘.피. (이하 “엘리엇” 또는 “청구인”)가 제출한 중재통보 및 청구서면에 대한 답변서를 제출합니다.

* * *

2. 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 두 개의 한국 상장회사—어느 쪽도 한국 정부와 관련이 없는—의 합병에 관련한 어떠한 행위가 국제법상 한국 정부에 귀속되며, 이는 협정을 위반한 행위로서 그로 인해 미화 10 억달러의 3/4 이 넘는 금액의 손해를 입었다고 주장합니다.
3. 청구인의 주장은 이를 뒷받침할 증인 또는 전문가 증거가 전혀 제시되지 않았습니 다. 대신에, 청구인은 합병에 관한 여러 가지 사실적, 법률적 주장을

¹ 청구인은 UNCITRAL 규칙에 따라 중재를 진행할 것을 선택하고 2013 년 규칙을 본 중재에 적용될 규칙으로서 인용하였습니다(2018.7.12 자 중재통보 및 청구서면 1 항과 110 항 참조). 협정 제 11 장의 몇몇 조항, 가령 협정 제 11.20 조 제 6 항 다호는 ‘UNCITRAL 규칙 제 18 조에 언급된 청구서면’이라고 언급하고 있는바, 이는 1976 년 UNCITRAL 규칙의 적용을 전제한 것으로 이해됩니다(2013 년 규칙에서는 제 20 조가 청구서면에 관한 규정입니다). 하지만 한국은 이 사건에 있어 협정에서 달리 정하고 있는 부분을 제외하고는 2013 년 UNCITRAL 규칙을 본 중재에 적용하는 것에 대하여 반대하지는 않습니다. 그러나 명확히 하기 위하여, 한국이 2013 년 UNCITRAL 규칙의 적용에 동의하는 것은 오직 본 중재에 한하며, 한국은 다른 어떠한 절차에서도 이 동의에 구속되지 않습니다. 나아가 한국은 2013 년 UNCITRAL 규칙이 본 중재에 적용되지 않는 “협정 기반 투자자-국가 중재에서의 투명성에 대한 UNCITRAL 규칙”을 신설한 것을 제외하면 2010 년 버전과 동일하다는 점을 지적하고자 합니다.

제기하며 그 근거로서 마구잡이로 수집한 그리고 전혀 결정적인 증거가 되지 못하는 언론 보도 및 현재 상소심에 계속 중인 한국 법원에서의 몇몇 형사 소송 사건만을 제시하고 있습니다.

4. 그 형사 소송 사건들의 하급심 판결들에 따르더라도, 한국이 채택 또는 유지한 위법한 조치 -전직 대통령과 당시의 행정부, 국민연금공단 (이하 “국민연금”)과 그 공무원들에 의해서든 또는 한국에 귀속되는 행위를 하였다고 주장되는 다른 개인들이나 기관들 등에 의해서든- 로 인하여 문제되는 합병이 제안되었다거나 그 합병 안이 통과되기에 충분한 주주의 찬성을 받게 되었다는 증거는 없습니다. 청구인이 연금을 하지 않았지만, 한국의 민사 법원들은 이 사건 합병의 유효성을 인정하면서 그 합병에 정당한 경영상의 목적이 있었다고 보았고, 또한 합병 비율이 현저히 불공정하다고 볼 수도 없다고 판단하였습니다²
5. 청구인의 청구는 그 핵심에서 국민연금이 합병된 두 회사의 주주의 입장에서 본 합병의 찬성 여부에 관하여 의결권을 행사한 사실을 문제 삼고 있는데, 국민연금은 어떠한 결정이 자신에게 최선의 이익이 될 수 있을지를 판단하여 의결권을 행사한 것입니다. 청구인은 어떻게 국민연금의 이러한 주주로서의 권리 행사가 한국의 협정 의무 위반에 해당 되는 것인지에 대해 아무런 설명을 하지 못하였습니다. 나아가 국민연금의 의결권 행사 그 자체만으로는 합병을 통과시키기에 충분하지 아니하였는 바, 청구인은

² 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 9-14 면; 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 10-12, 17-27 면.

한국이 국민연금 이외의 다른 주주들의 의결권 행사를 어떻게 유도하였는지에 대해서는 입증은커녕 주장도 하지 않았습니다.

6. 한국의 책임이 존재하는지 여부의 문제를 떠나 손해액수에 대해 살펴보더라도, 청구인은 미화 7.7 억달러가 넘는 손해배상을 청구하고 있으나 이는 오로지 주장에 불과합니다. 청구인은 손해액수가 미화 10 억달러의 3/4 이 넘는다는 점에 대해서는 물론이고, 이러한 손해가 한국이 채택 또는 유지하였다고 주장하는 조치로 인하여 발생되었다는 점에 대해 어떠한 증거도 제시하지 못하고 있습니다. 청구인의 손해배상청구의 핵심은 청구인이 오로지 자신의 힘만으로 한국의 한 재벌 기업을 완전히 다른 회사로 변화시킬 수 있고, 이 과정에서 수억 달러의 이익을 실현시킬 수 있다는 희망적인 판단에 근거한 것으로 보입니다. 청구인이 그렇게 할 수 있었다는 증거는 없으며, 한국이 이를 막은 것은 더욱 아닙니다.
7. 청구인은 UNCITRAL 규칙에 따라 본 중재를 진행하기로 선택하였습니다. 이러한 선택을 한 경우 협정은 청구인이 청구를 제기할 때 다른 일부 조약들처럼 단순한 중재통보만을 제출하도록 요구할 뿐만 아니라 나아가 완전한 청구서면도 함께 제출할 것을 요구하고 있습니다.³ 청구인은 위 UNCITRAL 규칙에 따른 요건, 즉 “청구서면은 가능한 한 청구인이 원용하는 모든 서류 기타 증거들과 함께 제출되거나, 그러한 증거들에 대한 언급이

³ 협정, C-1, 제 11.16 조 제 4 항 다호.

있어야 한다”⁴는 규정에 따라 요구되는 설득력 있는 증거를 중재통보와 청구서면에서 제시하지 못하였습니다.

8. 중재통보와 청구서면에 증인이나 전문가 증거가 첨부되지 않은 것은 (a) 청구인이 주장하는 손해나 다른 주장을 뒷받침할 수 있는 증인 또는 전문가가 존재하지 않거나, (b) 청구인이 그들의 약점을 감추기 위해 증인이나 전문가 증거의 제출을 지연시키려는 전략인 것으로 보여지나, 이는 협정과 UNCITRAL 규칙에 위반되는 것입니다. 한국은 이와 관련한 모든 권리를 유보합니다.
9. 본 답변서에서, 한국은 본건 분쟁의 경위와 본질에 관련된 사실을 간략하고 공정하게 기술하고자 합니다. 한국은 청구인이 제시하는 관련 사실과 주장에 대한 추가적인 반박으로서 적절한 시점에 반박서면(Statement of Defence)과 관련 증거를 제출할 예정입니다.
10. 명확히 하기 위하여, 한국은 본 서면이 한국의 반박서면(Statement of Defence)이 아님을 밝힙니다.

* * *

11. 이 답변서는 다음과 같이 구성되어 있습니다. II 항은 한국과 그 대리인들에 대한 소개입니다. III 항은 이 분쟁의 경위와 본질에 대한 부분입니다. IV 항에서는 한국의 중재인 선정을 포함하여 중재절차에 관한 문제를

⁴ UNCITRAL 규칙 제 20(4)조.

다루고 있습니다. V 항은 한국의 답변취지를 정리하여 기술하고 있고, VI 항은 한국이 유보하고 있는 권리에 대한 내용입니다.

II. 한국과 대리인

12. 피청구인은 한국입니다.

13. 협정 제 11.27 조와 부속서 11-다⁵ 에 따라 한국의 송달장소는 아래와 같음을 확인합니다.

주소: **법무부 국제법무과**
 과천시 정부종합청사
 대한민국

14. 본 중재절차에서 한국의 대리인은 프레시필즈 브룩하우스 데린저(Freshfields Bruckhaus Deringer)와 법무법인 광장(Lee&Ko)입니다. 본 중재와 관련된 모든 서신, 통지, 기타 서류는 아래 주소로 송달되어야 합니다.

대리인: **Freshfields Bruckhaus Deringer**
 Peter J. Turner QC
 Nicholas Lingard
 Robert Kirkness
 Joaquin Terceño
 Daniel Allen
 Callista Harris
 Samantha Tan

주소: 10 Collyer Quay 42-01
 Ocean Financial Centre
 Singapore 049315

⁵ 협정, C-1, 제 11.27 조와 부속서 11-다.

Telephone: +65 6636 8000
Facsimile: +65 6636 7000
Email: peter.turner@freshfields.com
nicholas.lingard@freshfields.com
robert.kirkness@freshfields.com
joaquin.terceno@freshfields.com
daniel.allen@freshfields.com
callista.harris@freshfields.com
samantha.tan@freshfields.com

대리인: 법무법인 광장 (Lee & Ko)
이문성
민세동
남동성
데이비드 김
김경천
한상훈
이희웅
임아영
윤지현

주소: 서울 중구 남대문로 63
한진빌딩 04532
대한민국

Telephone: +82 2 772 4413
Facsimile: +82 2 772 4001
Email: moonsung.lee@leeko.com
sedong.min@leeko.com
dongseong.nam@leeko.com
david.kim@leeko.com
kyungchun.kim@leeko.com
sanghoon.han@leeko.com
heewoong.lee@leeko.com
ayong.lim@leeko.com
jihyun.yoon@leeko.com

III. 이 사건 분쟁의 경위와 본질

15. 한국은 중재통보 및 청구서면에서의 청구인의 주장에 대하여 아래와 같이 예비적인 답변을 개진합니다.
16. 본 분쟁의 핵심은 어느 쪽도 한국 정부와 관련이 없는 두 개의 한국 상장회사 -삼성물산 주식회사 (이하 “**삼성물산**”)와 제일모직 주식회사 (이하 “**제일모직**”) 사이의 합병과 관련된 것입니다. 청구인은 삼성물산의 주주였고 합병에 반대하였으나, 세계 유수의 기관 투자자들을 포함한 다른 많은 주주들은 합병에 찬성하였습니다.
17. 청구인의 주장은 거의 대부분 언론보도와 한국의 법원에서 내려진 판결에 기초하고 있으며⁶, 해당 사건들의 대부분은 대법원에 계속 중입니다.⁷ 한국은 본 답변서에서 청구인이 제출한 증거들과 일반에 공개된 자료들에 근거하여 답변을 하지만, 이견 합병과 관련된 사실관계에 대해 추가적으로 검토할 것이며, 청구인이 제출한 위 자료들에 담긴 내용의 정확성을 인정하는 것은 아닙니다. 나아가 한국은 청구인이 제출한 번역에 대한

⁶ 청구인이 중재통보 및 청구서면에서 제출한 유일한 증거는 서면증거입니다. 청구인은 83 개의 사실관련 증거를 제출하였는데(C-1 부터 C-84 까지 번호가 부여되어 있으나, C-75 는 “의도적으로 공란으로 처리”되었습니다), 언론보도가 53 건이고, 법원의 판결이 4 건입니다(1 개는 민사 판결입니다).

⁷ 대법원 홈페이지 나의 사건검색 대법원 2017 도 19635 사건에서 발췌한 내용 참조 (■■■■, ■■■■ 사건에 관한 서울 고등법원 2017 노 1886 판결에 대한 상고심), 2018. 7.30.자 기준, R-28; 대법원 홈페이지 나의 사건검색 대법원 2018 도 2738 사건에서 발췌한 내용 (■■■■ 사건에 관한 서울 고등법원 2017 노 2556 판결에 대한 상고심) 2018.7.30.자 기준, R-29.

정확성 역시 인정하지 아니하며 번역에 대한 검토를 진행함에 따라 이의를 제기할 권리를 유보합니다.

18. 한국은 청구인이 중재통보 및 청구서면에서 주장한 어떠한 사실적, 법률적 주장도 인정하지 않는다는 점을 분명히 하며, 아래에서 구체적으로 언급하지 않은 청구인의 주장에 대한 답변을 포함하여 한국의 답변을 수정, 보완할 수 있는 권리를 유보합니다.

가. 삼성물산과 제일모직

19. 삼성물산은 1938 년 삼성그룹의 모회사로서 설립되었습니다.⁸ 삼성물산은 1975년에는 해외영업활동 선도를 위해 종합상사 1호로 지정되었습니다.⁹ 삼성물산은 1995년 12월 삼성건설과 합병하고 영업&투자 그룹과 공학&건설 그룹으로 나뉘어 50여개 국에서 글로벌 사업을 진행하고 있습니다.¹⁰ 2014년 12월 31일 현재, 삼성물산은 전세계적으로 사업을 운영하며, 95개의 자회사와 41개의 관계사 및 합작투자 회사를 갖고

⁸ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17, 1면 (“삼성물산은 1938년 삼성그룹의 모회사로서 설립되었다.”).

⁹ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17, 1면 (“1975년 삼성물산은 해외 영업 활동 선도를 위해 종합 상사 1호로 지정되었다.”).

¹⁰ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17, 1면 (“1995년 12월 삼성물산은 삼성건설을 합병하고 영업&투자 그룹(T&I 그룹)과 공학&건설 그룹(E&C 그룹)으로 나뉘어 50여개 국에서 글로벌 사업을 진행하고 있다. 위 두 회사는 수년간 긴밀히 협력하여 왔다[...]”).

있습니다.¹¹ 삼성물산의 주식은 1975년부터 2015년까지 한국증권거래소에 상장되었습니다.¹²

20. 삼성물산의 홈페이지에 게재된 정보에 의하면, 제일모직은 건설, 식음, 부동산 개발 및 테마파크 운영 사업을 영위하고 있습니다.¹³ 제일모직의 주식은 2014년 12월 18일 한국증권거래소에 상장되었습니다.¹⁴
21. 2014년 12월 31일 기준 삼성물산이 공개한 회계자료에 의하면, 삼성물산은 제일모직의 주식 1,849,850 주, 지분 1.37%를 보유하고 있었습니다.¹⁵
22. 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 “청구인이 2003년부터 15년동안 삼성물산에 투자”하였고, “본건 합병 안건 표결일 당시 삼성물산 발행 보통주식의 약 7.12%에 해당하는 의결권 있는 보통주식 11,125,927 주를 보유하고 있었다”고 주장합니다.¹⁶ 나아가 청구인은 위 7.12% 지분은 협정에

¹¹ 삼성물산과 그 종속기업 연결재무제표에 대한 감사보고서, 2014. 12. 31. 및 2013. 12. 31. 현재, R-2, 11 면.

¹² 삼성물산과 그 종속기업 연결재무제표에 대한 감사보고서, 2014. 12. 31. 및 2013. 12. 31. 현재, R-2, 11 면.

¹³ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17, 1 면 (“제일모직은 부동산 개발 및 테마파크 운영을 위해 1963년 설립되어 건설과 식음 서비스로 사업을 확장했다. 2013년 구 제일모직으로부터 패션사업을 인수하고 2014년 말 한국증권거래소에 상장하였다.”) (2015. 5. 26.자 기준).

¹⁴ 삼성물산과 그 종속기업 연결재무제표에 대한 감사보고서, 2014. 12. 31. 및 2013. 12. 31. 현재, R-2, 64 면, 각주 3.

¹⁵ 삼성물산과 그 종속기업 연결재무제표에 대한 감사보고서, 2014. 12. 31. 및 2013. 12. 31. 현재, R-2, 64 면.

¹⁶ 2018.7.12 자 중재통보 및 청구서면, 19 항. 또한, 1 항 및 80 항 참조.

따라 보호되는 투자에 해당한다고 주장합니다.¹⁷ 청구인은 청구인이 “2003년부터” 지속적으로 삼성물산에 투자하였다는 증거는 물론이고, 그 기간의 특정 시점에 청구인이 주장하는 삼성물산의 지분을 계속 보유하고 있었다는 주장을 뒷받침할 증거를 제출하지 않았으며, 나아가 그러한 삼성물산 지분의 취득 조건 및 배경에 대해서도 아무런 증거를 제시하지 않았습니다. 한국은 이와 관련하여 관할에 관한 항변을 포함한 모든 권리 및 적절한 시점에 적절한 방법으로 문서 제출 요청을 할 권리를 유보합니다.

나. 삼성물산과 제일모직의 합병

23. 2015년 5월 26일 삼성물산과 제일모직은 제일모직이 삼성물산을 흡수합병하는 안이 각 회사의 이사회를 통과하였다고 발표하였습니다.¹⁸
24. 두 회사는 이 합병이 합병회사를 위한 성장 동력을 창출하여, 다양한 선도 사업을 갖춘 세계적 수준의 글로벌 기업을 만들 것이라고 설명했습니다.¹⁹ 삼성물산은 당시 아래와 같이 합병의 이유를 발표하였습니다: (a) 제일모직은 2014년 12월 상장된 이래, 건설, 패션 및 기타 사업 부문을

¹⁷ 2018.7.12 자 중재통보 및 청구서면, 80 항.

¹⁸ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 1 항 (“제일모직주식회사가 삼성물산주식회사를 흡수합병함”).

¹⁹ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17. 또한 DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 2 항 참조 (“제일모직이 보유한 다양한 사업 영역과 영업 노하우와 삼성 물산이 보유한 건설부문과 해외 인프라의 차별화된 경쟁력을 결합하여 순이익과 총 매출액의 증가 및 새로운 사업 마련을 통해 세계 최고 수준의 글로벌 기업으로 성장할 수 있는 토대를 마련함”).

확장하기 위한 방안을 모색해 왔습니다;²⁰ (b) 삼성물산은 동시에 글로벌 경제 부진과 경쟁 심화 극복을 위한 사업 다각화와 새로운 성장 동력 개발을 위한 방안을 모색해 왔습니다;²¹ (c) 합병의 전략은 두 회사가 패션, 식품, 건설, 레저 및 바이오테크 산업 등 인류의 삶 전반에 걸친 프리미엄 서비스를 제공하는 글로벌 리더로 성장하는 것입니다.²² 21 개의 한국 증권사 애널리스트를 포함한 다수의 시장 관계자들은 이러한 전략에 동의하고 합병을 통한 시너지 효과의 극대화에 대해 긍정적인 평가를 하고 있었습니다.²³

25. 합병은 삼성물산 주식 (보통주 및 우선주) 1 주에 대해 제일모직 0.3500885 주의 비율로 이루어지게 될 예정이었습니다.²⁴ 달리 말하면, 제일모직 주식(우선주 또는 보통주 불문)에 대한 삼성물산 주식(우선주 또는 보통주 불문)의 합병비율은 1:0.3500885 인 것입니다.²⁵ 합병 비율은 한국의

²⁰ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17.

²¹ 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17.

²² 삼성물산 주식회사의 보도자료, “제일모직과 삼성물산의 합병”, 2015.5.26, C-17.

²³ ■■■■■, “국내 증권사 애널리스트, ‘삼성물산 합병’ 시각은?”, *디지탈데일리*, 2015. 7. 8, R-11; ■■■■■, ■■■■■, “삼성물산 합병 찬성했던 증권사 상당수 “지금 판단해도 찬성””, *동아일보*, 2016.11.25, R-19.

²⁴ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 4(1)C 항 (“소멸회사인 삼성물산주식회사의 주주명부에 등재되어 있는 보통주 주주에 대하여, 삼성물산주식회사의 보통주식(액면금액 5,000 원) 1 주당 존속회사인 제일모직주식회사의 보통주식(액면금액 100 원) 0.3500885 주를 교부함”); 4(2)C 항 (“소멸회사인 삼성물산주식회사의 우선주식(액면금액 5,000 원) 1 주당 존속회사인 제일모직주식회사의 우선주식(액면금액 100 원) 0.3500885 주를 교부함”).

²⁵ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 3 항 (“합병비율 (1) 제일모직주식회사 보통주식: 삼성물산주식회사 보통주식 - 1:0.3500885 (2) 제일모직주식회사 우선주식: 삼성물산주식회사 우선주식 - 1:0.3500885”).

법을 규정에 따라 산출되었으며 회사들은 임의로 이 비율을 달리 결정할 수 없습니다. 즉, 합병 비율은 합병을 위한 이사회 결의일의 전일을 기산일로 하여 두 회사의 (a) 최근 일개월간의 거래량 가중산술평균종가, (b) 최근 일주일간의 거래량 가중산술평균종가 및 (c) 최근일의 종가를 산술평균한 가액을 기준으로 산출되어야 합니다.²⁶

26. 합병이 이루어지기 위해서는 삼성물산과 제일모직이 각각 임시주주총회를 개최하여, 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상과 의결권 있는 발행주식총수의 3분의 1 이상의 찬성으로써 합병안이 승인되어야 합니다.²⁷
27. 두 회사의 임시주주총회는 2015년 7월 17일 개최될 예정이었습니다.²⁸ 합병에 반대하는 주주들은 법에 따라 주주총회 결의일부터 20일 이내에 회사를 상대로 자기가 소유하고 있는 주식을 매수하여 줄 것을 청구할 권리가 있습니다.²⁹ 관련 한국법 규정에 따라,³⁰ 주주들은 삼성물산 보통주식을 주당 57,234 원에, 우선주식을 주당 34,886 원에 매도할 수

²⁶ 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률, 2018.5.1, R-24, 제 165의 4 조; 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률 시행령, 2018.5.9, R-25, 제 176의 5 조; 서울중앙지방법원 2015. 7. 1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 10 면; 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 3 면.

²⁷ 상법, 2016.3.2, R-16, 제 522 조 및 제 434 조 (“합병 승인 결의)는 주주총회 출석 주주의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 하여야 한다”).

²⁸ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 13B 항 (“합병의 주요 일정 [...] 임시주주총회 예정일: 2015. 7. 17.”).

²⁹ 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률, 2018.5.1, R-24, 제 165의 5 조.

³⁰ 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률, 2018.5.1, R-24, 제 165의 5 조; 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률 시행령, 2018.5.9, R-25, 제 176의 7 조; 서울고등법원 2016.5.30.자 2016 라 20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정, C-53, 4-7 면.

있었습니다. 제일모직 보통주의 경우도 주당 156,493 원에 매도할 수 있었습니다.³¹

28. 청구인이 제출한 공시자료에 따르면, 청구인은 합병발표 당시에는 삼성물산 주식을 5% 미만 보유하고 있던 것으로 보입니다.³² 2015년 6월 4일 청구인은 합병이 발표된 이후인 2015년 6월 3일에 삼성물산의 주식 2.17%를 추가 취득하였고, 이에 따라 삼성물산의 지분율이 7.12%로 증가하게 되었다고 공시하였습니다.³³ 청구인은 당해 공시에서 보유목적이 경영참가라고 밝혔습니다.³⁴ 즉, 청구인은 합병 발표 이후 삼성물산 지분을 종전 지분의 50% 가까이 늘렸는바, 이는 합병의 승인 여부 및 그로 인한 투자 손익-그 결과가 좋든 나쁘든-을 감수한 것입니다.
29. 청구인은 (합병 발표 이후 주식을 추가로 취득하였음에도 불구하고) 2015년 6월 4일부터 2015년 7월 17일까지 합병에 반대하기 위한 조치를 취하였습니다.

³¹ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, C-16, 11B 항.

³² 금융감독원 전자공시시스템 기록물 ‘주식등대량보유상황보고서’ 2015.6.4, R-3 을 보면, 청구인은 2015. 6. 3. 삼성물산의 주식을 추가 취득하기 전에는 삼성물산 주식 7,732,779 주를 보유하고 있었는데(3 면), 당시 삼성물산의 의결권 있는 전체 주식 총수는 156,217,764 주였습니다(5 면). 156,217,764 를 7,732,779 로 나누면 4.95%가 됩니다.

³³ 금융감독원 전자공시시스템 기록물 ‘주식등대량보유상황보고서’ 2015.6.4, R-3, 4 면.

³⁴ 금융감독원 전자공시시스템 기록물 ‘주식등대량보유상황보고서’ 2015.6.4, R-3, 7 면.

- (가) 2015년 6월 4일 청구인은 삼성물산 주식을 7% 보유하고 있다고 발표하고³⁵, 삼성물산과 제일모직의 합병에 대한 반대의사를 밝혔습니다.³⁶
- (나) 2015년 6월 9일 청구인은 서울중앙지방법원에 삼성물산과 삼성물산의 이사들을 상대로 임시주주총회에 관한 소집통지의 금지, 합병안 결의금지 및 결의에 대한 집행금지를 구하는 가처분신청을 하였습니다.³⁷
- (다) 2015년 7월 1일 서울중앙지방법원은 청구인의 임시주주총회와 관련한 가처분신청을 기각하였습니다.³⁸ 법원은 (i) 청구인이 삼성물산 이사들을 상대로 유지청구권을 행사하기 위해서는 법적 요건으로서 6개월동안 계속하여 0.025% 주식을 보유하여야 하는데, 청구인은 2015년 2월 2일부터 삼성물산 주식을 보유하고 있었기 때문에 이 유지청구권을 행사할 수 없으며,³⁹ (ii) 합병 비율이 현저히

³⁵ 엘리엇의 보도자료, C-20.

³⁶ 엘리엇의 보도자료, C-20.

³⁷ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 2면; 언론들은 신청인이 실제로 본건 합병을 막으려고 하는 것이 아니라 다른 전략적인 목적으로 가처분을 신청했다고 보도하였습니다. 예를 들어, ■■■■■, “[종합]엘리엇, 삼성물산 합병반대 ‘주총결의금지’ 가처분 신청”, *이투데이*, 2015.6.9, R-4; ■■■■■, “삼성물산 ‘미래불확실성이 합병근거’... 데이터로 첫 반박”, *연합뉴스*, 2015.6.10, R-5; ■■■■■, “[기자의눈]엘리엇이 지키려는 주주는 자신뿐”, *아시아투데이*, 2015.6.12, R-6; ■■■■■, “약탈적 속성 ‘엘리엇’의 자가당착”, *문화일보*, 2015.6.17, R-7.

³⁸ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 1면.

³⁹ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 6-8면, 상법 제 542 조의 6(5)는 “6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 10만분의 50(대통령령으로 정하는

불공정하다고 볼 수 없고,⁴⁰ (iii) 합병 목적이 부당하다는 청구인의 주장도 근거가 없다고 판단하였습니다.⁴¹

(라) 2015년 7월 6일 청구인은 가처분신청을 기각한 서울중앙지방법원의 결정에 대해 항고하였습니다.⁴²

(마) 2015년 7월 16일 서울고등법원은 청구인의 항고를 기각하였습니다.⁴³
청구인은 서울고등법원의 기각결정에 대해 재항고하였다가, 2016년 3월 23일 취하하였습니다.⁴⁴

상장회사의 경우에는 10 만분의 25)이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제 402 조(제 408 조의 9 및 제 542 조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.”고 명시하고 있습니다. 상법 제 402 조는 “이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 감사 또는 발행주식총수의 100 분의 1 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회사를 위하여 이사에 대하여 그 행위를 유지할 것을 청구할 수 있다.”고 명시하고 있습니다. 상법, 2016.3.2, R-16, 제 402 조. 542 조의 6 제 5 항.

⁴⁰ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 9-14 면.

⁴¹ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, R-9, 14 면.

⁴² 대법원 홈페이지 나의 사건검색 서울고등법원 2015 라 20485 사건(엘리엇이 제기한 총회소집통지 및 결의금지등 가처분에 관한 서울지방법원의 2015 카합 80582 결정에 대한 항고)에서 발췌한 내용 참조, 2018.8.13. 기준, R-34 (2015 라 20485 사건이 2015. 7. 16. 기각되었음을 명시하고 있음).

⁴³ 대법원 홈페이지 나의 사건검색 서울고등법원 2015 라 20485 사건(엘리엇이 제기한 총회소집통지 및 결의금지등 가처분에 관한 서울지방법원의 2015 카합 80582 결정에 대한 항고)에서 발췌한 내용 참조, 2018.8.13. 기준, R-34 (2015 라 20485 사건이 2015. 7. 16. 기각되었음을 명시하고 있음).

⁴⁴ 대법원 홈페이지 나의 사건검색 대법원 2015 마 4216 사건[청구인의 가처분 신청을 기각한 서울중앙지방법원의 결정(2015 카합 80582)에 대해 청구인이 제기한 항고를 기각한 서울고등법원의 2015 라 20485 결정에 대한 재항고)에서 발췌한 내용 참조, 2018.7.30. 기준, R-30 (대법원 2015 마 4216 사건은 2016.3.23. 취하되었음을 명시하고 있음). 또한 █████, “엘리엇-삼성 분쟁 종지부”, *코리아타임즈*, 2016.3.25. 참조, R-17.

30. 2015년 7월 17일 삼성물산과 제일모직은 각각 임시주주총회를 개최하였고, 합병은 양사의 임시주주총회에서 주주들에 의해 승인되었습니다.⁴⁵ 청구인이 다른 주주들에게 합병에 찬성하지 않도록 설득하였던 작업은 실패하였고, 삼성물산의 임시주주총회에 출석한 주주 의결권의 69.53%가 합병에 찬성하였습니다 (이는 발행주식 총수의 58.91%에 해당합니다).⁴⁶ 국민연금은 발행주식 총수의 11.21%를 보유하고 있었는데,⁴⁷ 국민연금을 제외하고도 발행주식 총수의 약 50%에 해당하는 주주들이 합병에 찬성한 것입니다.
31. 국민연금⁴⁸은 삼성물산과 제일모직⁴⁹의 주주로서 합병에 찬성하였습니다.⁵⁰ 언론보도에 의하면, 합병에 찬성한 삼성물산 주주들 중에는 싱가포르투자청, 사우디아라비아통화국, 아부다비투자청도 포함되어 있습니다.⁵¹ 합병안에

⁴⁵ DART(전자공시시스템) 구 삼성물산 임시주주총회 결과, C-47.

⁴⁶ 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 4면.

⁴⁷ 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 4면.

⁴⁸ 국민연금은 국민연금법에 따라 설립된 법인입니다. 국민연금법, 2018.6.20, R-26, 제 26 조.

⁴⁹ 국민연금은 삼성물산 지분 11.21%와 제일모직 지분 4.84%를 보유하고 있었습니다. (2015. 6. 11. 기준), 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 3, 22, 37면.

⁵⁰ 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 4면.

⁵¹ ■■■■■, “삼성물산 합병성공, 외국인과 소액주주 표심 어떻게 얻었나”, *BIZN/스포츠*, 2015.7.17, R-12 (“■■■■■ 부회장을 포함하여, 삼성그룹은 외국인 투자자들과 소수 주주들을 설득하려고 노력하였다. 이는 상당한 성공을 거둔 것으로 분석된다. [...] 이 과정에서 싱가포르투자청 (1.47%), 사우디 아라비아 통화국(1.11%) 및 아부다비투자청 (1.02%)등 아시아권 부유한 펀드들로부터 지지를 얻은 것으로 알려져 있다”); ■■■■■/■■■■■, “소액주주 압도적 ‘찬성’ ... 삼성물산, ISS 반대 뚫고 막판 뒤집기”, *한국경제*, 2015.7.17, R-13 (“삼성물산 임원과 삼성전자 ■■■■■ 부회장 등이 외국 주주들과 합병에 찬성표를 던진 싱가포르투자청 (1.47%) 등의 외국 투자기관들을 설득하기 위해 만났습니다.

반대하였던 삼성물산의 주주로는 청구인 외에도 일성신약 주식회사(이하 “일성”)와 주식회사 종종(이하 “종종”)과 같은 한국 주주들이 포함되어 있습니다.⁵²

32. 2015년 8월 4일, 청구인은 합병을 무산시키기에 충분한 수의 주주들을 설득하는데 실패하자, 삼성물산이 제안한 주당 57,234 원의 가격에 대해서는 이의를 유보하고,⁵³ 삼성물산을 상대로 청구인이 보유하고 있는 삼성물산 주식 7,732,779 주(삼성물산 보통주의 4.95%)를 매수할 것을 청구하였습니다.⁵⁴ 그 후 청구인은 삼성물산을 상대로 위 주식매수가격과 합병에 관한 여러 소송을 제기하였습니다.⁵⁵
33. 공개된 자료에 따르면 청구인과 삼성물산은 위 관련 분쟁을 합의에 의하여 종결한 것으로 보입니다.⁵⁶ 위 합의의 조건은 한국에 알려지지 않았으나, 한국은 적절한 시기에 청구인으로 하여금 위 합의 및 합의의 조건에 관한

외국인 투자 은행 (“IB”) 관계자는 ‘외국 주주의 과반수는 삼성물산이 제일모직과 합병하지 않으면 성장이 쉽지 않을 것이라고 예견한 것으로 보인다’고 말했습니다.”) 참조.

⁵² 서울고등법원 2016. 5. 30.자 2016 라 20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정, C-53, 3면 (“신청인들은 합병반대의사 통지 접수기간인 2015년 7월 2일부터 2015년 7월 16일까지 서면으로 이 사건 합병에 관한 주주총회 결의에 반대한다는 의사를 통지하였다”).

⁵³ 금융감독원 전자공시시스템 기록물 ‘주식등대량보유상황보고서’ 2015.8.10. 참조, R-14.

⁵⁴ 금융감독원 전자공시시스템 기록물 ‘주식등대량보유상황보고서’ 2015.8.10. 참조, R-14, 6면.

⁵⁵ 대법원 홈페이지 나의 사건검색 서울고등법원 2016 라 20189 사건에서 발췌한 내용, 2018.8.11. 현재, R-32. 또한 서울고등법원 2016. 5. 30.자 2016 라 20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정 참조, C-53, 2면 (... “신청인들이 매수를 청구한 삼성물산 주식회사 (110111-0002975) 발행 별지 표 1 기재 각 보통주식 매수가격의 결정을 구한다 (엘리엇 어쏘이어츠 엘.피.는 2016. 3. 23. 이 사건 신청을 취하하였다.)”)

⁵⁶ ■■■■■, “엘리엇-삼성 분쟁 종지부”, *코리아타임즈*, 2016.3.25, R-17.

모든 정보를 공개하도록 문서 제출 요청을 할 것입니다. 여하튼 청구인이 이를 공개할 때까지 이러한 합의의 사실은 이견 합병에 대한 불만 그리고 합병 및 합병에 적용된 합병비율과 관련하여 청구인이 주장하는 모든 손실(만약 그것이 입증될 수 있다면)을 보상하는 금액에 관하여 이미 삼성물산과 동의하였고 그 보상을 받았음을 의미합니다.

34. 합병은 2015년 9월 2일에 효력이 발생되었습니다.⁵⁷
35. 합병의 결과로 (당시의)삼성물산은 소멸되었고⁵⁸ 제일모직은 삼성물산으로 상호를 변경하였습니다.⁵⁹
36. 한국은 청구인이 현재까지도 삼성물산의 주식을 계속 보유하고 있는지에 대해서는 알지 못합니다.
37. 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 당시 시장에서 합병에 관한 경영상 판단에 대해 일방적인 비판만이 있었던 것처럼 주장하지만,⁶⁰ 이는 전혀 사실이 아닙니다: 합병의 장점 및 합병 조건에 관한 다양한 의견이 존재하였고 분석가들간에도 의견 차이가 있었습니다. 청구인은 합병에

⁵⁷ 금융감독원 전자공시시스템 기록물 제일모직주식회사의 증권발행실적보고서(합병) 참조, **R-15**, 2면, 주 3(“합병등기(해산등기)신청은 2015년 9월 2일에 완료되었습니다.”). 한국 법에 따르면, 합병은 합병 등록 신청일에 효력이 발생합니다. 상법, 2016.3.2, **R-16**, 제 234 조; 상법등기법, 2016.8.4, **R-18**, 제 3 조 제 2 항.

⁵⁸ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, **C-16**, 1 항 (“소멸회사: 삼성물산 주식회사”).

⁵⁹ DART(전자공시시스템) 삼성물산 공시자료, “합병결정”, 2015.5.26, **C-16**, 1 항 (“존속회사: 제일모직 주식회사 [...] 합병후 존속회사의 상호: 삼성물산 주식회사”).

⁶⁰ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 29 항, 33 항.

반대하는 운동을 주도하였으나, 그럼에도 불구하고 청구인은 청구인이 최종적으로 보유하였던 총 삼성물산 주식의 1/3 정도를 합병이 발표된 이후에 취득하였습니다. 당시 금융 관련 언론 기사에는, 청구인의 합병에 대한 반대를 포함하여 합병의 장단점에 대한 격렬한 논의가 있었습니다.⁶¹ 그러나, 합병의 배경이 된 경영상 이유에 대한 상당한 지지도 있었습니다.⁶²

38. 실제로, 일성과 종종 같은 한국 기업들을 포함하여 합병에 반대한 일부 주주는 합병의 효력을 다투기 위하여 한국 법원에 합병무효소송을 제기하였으나, 서울중앙지방법원은 이를 기각하였습니다.⁶³ 법원은 특히 아래와 같이 판시하였습니다:

(가) “침체된 상황에서 이를 타개하기 위한 방편으로 레저, 패션, 식음료, 바이오 분야 등에서 강점 또는 잠재력을 가지고 있는 제일모직과의 합병을 추진할 만한 동기가 있다고 볼 여지가 있”고,⁶⁴

(나) “[본건 합병 발표일 전일인 2015. 5. 25.] 전후로 삼성그룹이 구 삼성물산의 시장주가에 개입하였다고 볼 만한 증거가 없”고,⁶⁵

⁶¹ ■■■■■, “삼성물산- 제일모직... 증권사 20 곳 ‘합병 시너지 크다’”, *매일경제*, 2015. 6. 21, R-8.

⁶² ■■■■■, “국내 증권사들 “ISS 보고서, 삼성물산 가치 너무 부풀려”, *동아일보*, R-10; ■■■■■, “국내증권사 애널리스트, ‘삼성물산 합병’ 시각은?”, *디지털데일리*, 2015. 7. 8, R-11; ■■■■■/■■■■■, “삼성물산 합병 찬성했던 증권사 상당수 “지금 판단해도 찬성””, *동아일보*, R-19.

⁶³ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 2 면, 본 사건은 현재 서울고등법원 2017 나 2066757 사건으로 계속 중입니다. 대법원 홈페이지 나의 사건검색 서울중앙지방법원 2016 가합 510827 사건에서 발췌한 내용, 2018.8.11. 현재, R-33.

⁶⁴ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 11 면.

- (다) “구 삼성물산 이사들은 2015. 5. 26. 임시이사회에서 ... 그 무렵 구 삼성물산이 수익성 정체와 성장 지연을 겪고 있다고 판단하여 합병을 결정한 것으로 보이”며,⁶⁶
- (라) “ 이러한 합병시기에 대한 경영판단에 관하여 부당하다고 볼 만한 사정이 발견되지 않”고,⁶⁷,
- (마) “찬성한 투자위원들은 이 사건 합병으로 인해 지배구조가 안정되는 것이 기금수익에 도움이 되고 합병법인이 삼성그룹의 지주회사로 자리매김하면서 받는 이익도 상당하므로 장기적으로 주주가치 증대에 기여한다고 판단하였던 것으로 보인다.”⁶⁸

다. 청구인의 협정 위반 주장

39. 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 삼성물산과 제일모직간의 합병에 한국이 개입하였다는 주장에 관련된 여러 가지 주장을 하고, 이를 근거로 한국이 (a) 미국 투자자의 투자에 대하여 공정하고 공평한 대우를 포함하여, 국제법상의 최소기준을 보장하는 협정 제 11.5 조⁶⁹; 그리고 (b) “미국

⁶⁵ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 19 면.

⁶⁶ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 28 면.

⁶⁷ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 28 면.

⁶⁸ 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016 가합 510827 판결, R-20, 45 면.

⁶⁹ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 87 항.

투자자를 불리하게 차별하지 않을” 협정 제 11.3 조를 위반했다고 주장합니다.⁷⁰

40. 한국은 협정 위반 사실을 부인하며, 중재통보 및 청구서면상 청구인이 주장하는 사실관계를 검토한 이후에 한국이 협정을 위반하였다는 청구인의 주장에 대하여 답변할 권리를 유보합니다.

41. 그러나, 한국은 현재 이 시점에서 다음과 같은 점을 지적합니다.

42. 국민연금을 포함하여 중재통보 및 청구서면에서 언급된 개인 및 단체의 행위가 국제법의 문제로서 한국에 귀속하며, 협정 제 11.1 조 제 3 항에 의거하여 “당사자가 채택하거나 유지하는 조치들”을 구성한다는 청구인의 주장은 사실이 아닙니다.⁷¹ 한국은 신속절차에서 선결적 항변을 제기하는 등의 방법으로 청구인의 주장에 적절히 대응할 수 있는 권리를 제한 없이 유보합니다.

43. 또한, 청구인은 국민연금을 포함하여 중재통보 및 청구서면에서 언급된 개인 및 단체의 행위가 한국이 채택 또는 유지한 조치에 해당하며 한국의 협정 의무 위반을 구성한다는 주장에 대한 입증책임을 다하지 못하였습니다. 청구인의 청구는, 삼성물산과 제일모직 모두의 주주인 국민연금이 그 권리의 행사로서 제안된 합병에 대하여 의결권을 행사한 사실을 문제 삼고 있습니다. 청구인은 어떻게 국민연금의 그러한 권리행사 -즉, 자신의 판단에

⁷⁰ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 99 항.

⁷¹ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 15-16 항.

따라 행사되어야 하는 각 주주의 권리-가 한국의 협정상의 의무 위반에 해당하는지에 대한 설명을 하지 못하고 있습니다.

44. 청구인은 “증거”로서 현재 상소심이 진행 중인 한국 형사 법원의 하급심 판결 및 수집된 언론 보도에만 의존하고 있으며, 그 증거가 “한국이 국제법, 보다 구체적으로는 한미자유무역협정에 따른 협정상의 의무를 위반하였음을 확인”하는 것이라고 주장하고 있습니다.⁷² 이것 또한 잘못된 주장입니다.
45. ~~첫째~~, 언론보도는 명백히 사실관계에 대한 결정적인 증거가 아닙니다
46. ~~둘째~~, 형사 법원의 판결은 한국이 채택 또는 유지하였다고 주장되는 어떠한 조치가 한국의 협정상의 의무를 위반하여 이견 합병을 통과시켰다는 사실을 증명하지 못합니다.
47. 한국 형사 법원은 ■■■ 전 대통령, 행정부 구성원들, 국민연금 또는 국민연금의 직원들 또는 중재통보 및 청구서면에서 한국에 귀속되는 부당한 행위를 하였다고 주장된 기타 개인 및 단체에 의한 위법적인 행위의 결과로서 합병이 제안되거나 승인에 필요한 주주들의 동의를 받아 통과되었다고 판단하지 않았습니다. 반대로:

⁷² 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 72 항.

(가) ■ 전 대통령의 재판에서⁷³ 서울중앙지방법원은 검찰이 ■ 전 삼성 부회장이 합병과 관련하여 ■ 전 대통령에게 명시적 또는 묵시적 청탁을 하였다는 점을 입증하지 못하였다고 판단하였습니다.⁷⁴ 법원은 “■ 전 대통령과 ■ 사이의 단독 면담” [2015년 7월 25일과 2016년 2월 15일]이전에 이미 “이 사건 합병이 찬성 의결되어 이 사건 합병이 일단락” 되었다고 판결하였습니다.⁷⁵

(나) 삼성 ■에 대한 재판에서, 서울고등법원은 ■이 ■ 전 대통령에게 삼성의 승계 작업(특히 이견 합병을 통해)과 관련한 청탁을 위해 ■ 전 대통령에게 뇌물을 주었다는 점을 인정하지 않았습니다.⁷⁶ 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 서울중앙지방법원이 “삼성이 ■ 전 대통령과 그 측근 ■이 ■의 승계 작업이 용이하게 진행되도록 도와줄 것이라는 기대를 가지고 그들에게 뇌물을 공여하였다”는 판단을 내린 것으로 주장하였으나,⁷⁷ 서울고등법원이 그 판단을 뒤집었다는 점은 언급하지 않았습니다;

⁷³ ■ 전 대통령은 삼성과 ■ 사건에 국한되지 않고, 다양한 사건과 관련하여 직권남용, 강요죄, 뇌물수수 및 공무상 비밀누설죄 혐의로 기소되었습니다. 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017 고합 364-1 (분리) 판결 참조, R-22, 1면 (삼성과 ■에 관한 부분을 제외한 나머지 수백 장에 달하는 판결문은 번역을 생략하였습니다).

⁷⁴ 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017 고합 364-1 (분리) 판결, R-22, 545-549면.

⁷⁵ 서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017 고합 364-1 (분리) 판결, R-22, 517면.

⁷⁶ 서울고등법원 2018. 2. 5. 선고 2017 노 2556 판결, C-80, 38-47면.

⁷⁷ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 70b 항.

(다) ■ 전 보건복지부장관의 재판에서 서울고등법원은 ■ 전 장관이 “이 사건 합병 안건에 대한 국민연금공단의 의결권 행사 문제를 잘 챙겨보라”는 ■ 전 대통령의 지시를 “인지하였”다고 판단하였습니다.⁷⁸ 이는 합병이 승인되도록 하라는 ■ 전 대통령의 지시가 있었다거나 그런 지시가 있었음을 ■ 전 장관이 알고 있었다고 판시한 것은 아닙니다. 또한 어떤 경우에도 ■ 전 장관에 대한 혐의는 국민연금을 상대로 하는 임무의 위배 여부에 관한 것이었을 뿐 그 이외에 다른 문제에 대한 것도 아니었습니다.⁷⁹

(라) 마찬가지로, ■ 전 국민연금 기금운용본부장의 재판에서, 서울고등법원은 국민연금에 대한 그의 임무 위배에 대하여 유죄로 판결하였을 뿐, 그 외에 다른 어떠한 점에 대해서도 판단하지 않았습니다. 사실 법원은 ■ 전 기금운용본부장의 행위가 삼성물산과의 협상을 통해 추가적으로 이익을 얻을 수 있었던 기회를 상실하는 손해를 입혔을 뿐이고 그 이외의 다른 손해를 끼쳤다고 인정할 증거는 충분하지 않다고 판단하였습니다.⁸⁰

48. 셋째, 한국 형사 법원의 판결들은 긴 역사를 갖고 있는 복잡한 한국의 대기업인 삼성물산을 시장에서 투자자들이 평가한 가치보다 훨씬 더 큰 가치의 기업으로 변화시킬 수 있었을 것이라는 청구인의 가설을 뒷받침할

⁷⁸ 서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2017 노 1886 판결, C-79, 37 면.

⁷⁹ 서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2017 노 1886 판결, C-79, 28-29 면.

⁸⁰ 서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2017 노 1886 판결, C-79, 67 면.

만한 어떠한 증거도 제시하지 않았습니다. 나아가 위 판결들이 청구인의 그러한 시도를 한국이 막았다는 증거를 제시하고 있는 것은 더욱더욱 아닙니다. 한국 형사 법원은, ■ 전 대통령이 묵시적 또는 명시적 청탁의 대가로서 뇌물을 수수 했거나 뇌물 수수 제안을 받았는지에 대한 여부; ■ 전 대통령이 강요죄 또는 공무상 비밀누설죄를 범했는지에 대한 여부; 또는 국민연금 직원의 국민연금에 대한 배임 행위가 있었는지에 대한 여부와 같이 모두 다른 문제에 대해서 판단을 한 것입니다.

49. ~~넷째~~, 한국의 하급심 형사 법원들은 다양한 쟁점에 관한 사실 인정 또는 결정에 관하여 동일한 판단을 하지 않았습니다. 서울고등법원은 서울중앙지방법원의 사실 인정과 결정을 여러 측면에서 뒤집었습니다.⁸¹ 청구인 자신도 잘 알고 있는 바와 같이,⁸² 모든 관련 한국 형사 소송은 상소되어 대법원과⁸³ 고등법원에서⁸⁴ 계속 중입니다. 또한 하급심 법원의

⁸¹ 위 47(나) 항 참조.

⁸² 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 72 항.

⁸³ ■에 대한 서울고등법원 2017 노 2556 사건은 대법원 2018 도 2738 사건으로 상고심 계속 중입니다. 대법원 홈페이지 나의 사건검색 대법원 2018 도 2738 사건에서 발췌한 내용 참조, 2018.7.30.자 기준; R-29. ■ 전 장관 및 ■ 전 국민연금 기금운용본부장에 대한 서울고등법원 2017 노 1886 사건은 대법원 2017 도 19635 사건으로 상고심 계속 중입니다. 대법원 홈페이지 나의 사건검색 대법원 2017 도 19635 사건에서 발췌한 내용 참조, 2018.7.30.자 기준, R-28.

⁸⁴ ■ 전 대통령은 서울중앙지방법원의 판결에 대한 항소를 포기하였습니다 (서울중앙지방법원 2018. 4. 6. 선고 2017 고평합 364-1(분리) 판결), R-22, 그러나 그 판결에 대한 검찰의 항소는 서울고등법원의 결정을 기다리고 있습니다 (서울고등법원 2018 노 1087 사건). 대법원 홈페이지 나의 사건검색 서울중앙지방법원 2017 고평합 184 사건(2017 고평합 364 사건을 병합)에서 발췌한 내용 참조, 2018.8.13. 기준, R-35.

사실관계에 대한 판단은 최종적인 것이 아닙니다.⁸⁵

50. 다섯째, 어떤 경우에도 청구인은 - 한국의 국제법 위반 여부는 고사하고 - 국제법의 위반을 “확인”해 주는 사실적 증거가 있다는 자신의 주장을 뒷받침하는 구체적인 증언이나 서면 증거를 전혀 특정하지 못하고 있습니다. 나아가 청구인은 국제법을 적용하여 판단하는 중재판정부가 - 한국법의 원칙을 적용하여 판단하는 한국 법원과 대조적으로 - 어떠한 근거로 한국 법원에서 계속 중인 사안과 관련하여 위와 같은 판단을 내려야 하는지에 대해서도 설명하지 못하였습니다.
51. 여섯째, 실제로 청구인이 언급을 회피한 한국 민사 법원들은 두 건의 민사 판결 및 결정에서 이견 합병 및 그에 대한 국민연금의 찬성에는 합당한 경영상의 이유가 있었고, 합병비율이 현저히 불공정하다고 볼 수 없으며, 삼성그룹이 삼성물산의 주가에 개입하였다고 볼 만한 증거가 없다고 판시하면서 이견 합병의 적법성을 인정하였습니다.⁸⁶

⁸⁵ 대법원은 하급심 법원이 법을 위반하여 사실관계를 판단한 경우, 그 사실관계 판단을 포함한 하급심 법원의 판단을 검토할 수 있습니다. 형사소송법 제 383 조 제 1 항에 따르면 “판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때” [...] “원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다”, 형사소송법 제 383 조 제 1 항, **R-21**; 형사소송법 제 308 조는 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”고 규정하고 있습니다. 형사소송법, 2018.1.7, **R-21**, 제 308 조; 대법원은 판사의 재량이 논리적 및 경험적 규칙에 따라 행사되어야 한다고 판시했습니다. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004 도 2221 판결, **R-1**. 하급심이 논리와 경험칙에 따른 재량권을 행사하지 못하고 부정확한 사실관계를 인정한 경우, 형사소송법 제 383 조 제 1 항에 따라 원심 판결에 대해 상고를 제기할 수 있습니다.

⁸⁶ 서울중앙지방법원 2015.7.1.자 2015 카합 80582 결정, **R-9**, 9-14 면; 서울중앙지방법원 2017.10.19. 선고 2016 가합 510827 판결, **R-20**, 10-12, 17-27 면.

라. 청구인의 청구와 관련된 손해액의 주장

52. 청구인은 중재통보 및 청구서면에서 아무런 증거도 없이 손해액은 “현재 시점에서 총 손해액은 미화 7.7 억달러 이상으로 추산된다”라고 주장하고 있습니다.⁸⁷
53. 청구인이 한국에 대해 미화 10 억달러의 3/4 이상의 손해배상을 구하는 것은 상당히 놀랄 만한 일이나, 중재통보 및 청구서면에는 한국의 행위로 인하여 그와 같은 손해를 실제로 입었다는 주장을 뒷받침하는 어떠한 증거도 없으며, 청구인이 입은 손해액이 최소 미화 7.7 억달러라는 주장을 뒷받침할 전문가의 판단에 관한 증거도 없습니다. 대신, 청구인은 단순히 청구인이 “본 중재 절차의 적절한 시기에 손해에 관하여 보다 상세한 설명을 하고 손실액을 산정할 예정”이라고 지나가듯이 언급하고 있을 뿐입니다. 앞서 언급했듯이, 이는 청구인이 본 절차에 적용하기로 선택한 UNCITRAL 규칙에 반하는 것이며, 한국은 이에 관하여 비용을 포함한 관련 모든 권리를 유보합니다.
54. 2018 년 7 월 25 일에 한국은 청구인에게 다음과 같은 사항을 요청하였습니다: (a) 청구인의 “2018 년 7 월 12 자 중재통보 및 청구서면”이 협정상의 청구서면인지 여부에 대한 확인; 및 (b) “추후 본 중재 절차의 적절한 시기에 손해에 관하여 보다 상세한 설명을 하고 손해액을 산정할 예정”⁸⁸이라는 청구인의 진술이 무엇을 의미하는지에 대한 설명. 2018 년

⁸⁷ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 109 항.

⁸⁸ 프레쉬필즈 브룩하우스 데린저가 쓰리 크라운즈에게 보낸 2018 년 7 월 25 일자 서신, R-27.

8월 1일 청구인은 이에 대하여“더 이상 코멘트 없음”이라고 답변해 왔을 뿐, 그들의 주장을 뒷받침할 증인 또는 전문가 증거는 제시하지 않았습니다.⁸⁹

IV. 절차 관련 사항

가. 중재 합의 및 적용 중재 규칙

55. 청구인은 협정 제 11.16 조에 따라 한국에 대하여 중재신청을 제기하였는바, 관련 조항은 다음과 같이 규정하고 있습니다:

1. 분쟁 당사자가 투자분쟁이 협의 및 협상을 통해 해결될 수 없다고 판단하는 경우:

(a) 청구인은, 자기 자신을 위하여, 다음의 청구를 이 절에 따른 중재에 회부할 있다.

(i) 피청구국이 다음을 위반한 경우,

(A) 제 A 절상의 의무

[...]

그리고

(ii) 청구인이 그 위반으로 인하여, 또는 그 위반으로부터 발생한, 손실 또는 손해를 입었다는 것;

⁸⁹ 쓰리 크라운즈가 프레쉬필즈 브룩하우스 데린저에게 보낸 2018년 8월 1일자 서신, R-31. 청구인의 대리인은 ‘당사자들이 다른 FTA의 동일한 조항을 [...] 논란 없이 어떻게 이행해 왔는지’에 관하여 *Renco Group v Peru and Ballantine v The Dominican Republic* 사건들을 ‘선례’로 인용하였습니다. 그러나 이 사건들의 당사국들은 증인 및 전문가 증거 없이 제출된 청구인의 중재통보 및 청구서면에 이의를 제기한 것으로 보이지 않습니다.

[...]

3. 청구의 원인이 되는 사건이 발생한 지 6 월이 경과한 경우, 청구인은 제 1 항에 언급된 청구를 할 수 있다:

[...]

(c) UNCITRAL 규칙에 따라;

[...]

4. 청구는 다음의 시점에 이 질에 따른 중재에 회부된 것으로 간주된다:

[...]

(c) UNCITRAL 규칙 제 3 조에 규정된 청구인의 중재통보가 UNCITRAL 규칙 제 18 조에 규정된 청구서면과 함께 한국에 접수된 때;

[...]

5. 이 질에 따라 청구 또는 청구들이 중재에 회부되는 일자에 유효한, 제 3 항에 의하여 적용되는 중재규칙은 이 협정에서 달리 정하고 있지 아니하는 한 그 중재를 규율한다.

6. 청구인은 중재통보와 함께 다음을 제출하여야 한다:

(a) 청구인이 지명하는 중재인의 성명;

[...] ⁹⁰

56. 협정 제 11.28 조는 “청구인”을 “다른 쪽 당사국과의 투자분쟁의 당사자인 어느 한 쪽 당사국의 투자자”라고 정의하고 있습니다.⁹¹

⁹⁰ 협정, C-1, 제 11.16 조.

⁹¹ 협정, C-1, 제 11.28 조.

57. 2018년 4월 13일 청구인은 한국에 본건 분쟁을 중재에 회부하는 의사를 통지하는 서면을 전달하였습니다.⁹² 청구인은 그 이후 분쟁을 해결할 수 없었으므로, UNCITRAL 규칙에 따른 중재를 선택하였다고 진술하고 있습니다.⁹³ 협정 제 11.16 조 제 4 항 다호에 따라, 청구인은 2018년 7월 12일 중재통보 및 청구서면을 제출하였습니다. 한국은 협정 제 11.21 조 제 1 항에 따라 청구인의 중재통보 및 청구서면 사본을 2018년 7월 23일에 외교 경로를 통해 미국에 송부하고 2018년 7월 26일 한국 법무부 웹사이트에 게재하였습니다.

나. 중재인의 선정

58. 한국은 Mr J. Christopher Thomas QC 를 중재인으로 선정합니다. Thomas 의 연락처는 다음과 같습니다:

Mr J. Christopher Thomas QC
900 Waterfront Centre
200 Burrard Street, Po Box 52
Vancouver, British Columbia,
Canada, V7X-1T2

Email: jcthomas@thomas.ca

59. 한국이 알고 있는 한, Mr Thomas 는 공정하고 당사자들로부터 독립적입니다. 한국은 Mr Thomas 의 공정성과 독립성에 대한 정당한 의심을 일으킬 만한, 현재 또는 과거의 어떠한 상황도 알지 못합니다.

⁹² 쓰리 크라운즈가 대한민국 정부에 보낸 서신, R-23.

⁹³ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 제 1 항 및 제 110 항.

60. 협정 제 11.19 조 제 3 항에 따라, 의장중재인은 당사자들의 합의에 의하여 임명되어야 합니다.⁹⁴

다. 중재 언어

61. 협정 제 11.20 조 제 3 항에 따라, 영어와 한국어가 모든 심리·서면제출·결정 및 판정문을 포함한 전체 중재절차에서 사용되는 공식 언어입니다.
62. 한국은 영어를 본건 중재의 유일한 공식 언어로 하자는 청구인의 제안에 반대합니다. 다만 예외적으로, (a) 원래 영문으로 출간된 법률 문헌은 한국어로 번역될 필요가 없고, (b) 영문 혹은 한국어로 기재된 증거 중 분량이 많은 증거는 관련된 부분만 상대 언어로 번역되어도 무방하며, 그리고 (c) 당사자들 사이의 의사 교환은 영문만으로 이루어져도 무방하다는 것에 동의합니다.

라. 중재지

63. 협정 제 11.20 조에 따라, 분쟁당사자들은 법적 중재지에 대하여 합의할 수 있습니다. 분쟁당사자들이 합의에 도달하지 못하는 경우, 중재판정부가 UNCITRAL 규칙에 따라 중재지를 결정하여야 합니다. 다만, 중재지는 뉴욕협약 당사국의 영역이어야 합니다.⁹⁵

⁹⁴ 협정, C-1, 제 11.19 조 제 3 항. 청구가 이 절에 따른 중재에 제기된 날로부터 75 일 이내에 의장중재인이 임명되지 아니한 경우 (즉, 본 답변서 제출 후 45 일 이내), 분쟁당사자의 일방은 국제투자분쟁해결센터의 사무총장이 의장중재인을 임명하도록 요청할 수 있다.

⁹⁵ 협정, C-1, 제 11.20 조.

64. 한국은 영국 런던을 본 중재의 법적 중재지로 하자는 청구인의 제안에 동의하지 않습니다. 한국은 싱가포르를 본 중재의 법적 중재지로 하고, 실제 중재심리는 중재판정부가 재량에 따라 적합하다고 판단하는 다른 장소에서 진행할 것을 제안합니다.

마. 중재의 관리

65. 한국은 상설중재재판소 (Permanent Court of Arbitration)를 본 중재 절차를 위한 등록 및 관리기관으로 지정하자는 청구인의 제안에 동의합니다.⁹⁶ 명확히 하기 위하여, 협정 제 11.19 조 제 2 항에 따라, 임명 권한은 여전히 국제투자분쟁해결센터의 사무총장이 갖게 됩니다.

V. 답변취지

66. 앞서 언급된 사유들과 본 절차에서 뒤에 보충될 사유들에 근거하여, 한국은 중재판정부가 다음과 같은 판정을 해줄 것을 구합니다:

(가) 청구인의 청구 전부를 기각;

(나) 신청인에게, 본 중재절차와 관련한 행정비용 및 보수, 중재판정부 및 그에 의하여 임명되는 모든 전문가의 보수 및 비용, 그리고 한국의 변호사 보수(내부 및 외부 보수 모두)와 비용을 포함한 본 중재 및 관련 절차를 위한 모든 비용 및 보수를 모두 보상하도록 하는 명령;
그리고

⁹⁶ 2018.7.12.자 중재통보 및 청구서면, 118 항.

(다) 기타 중재판정부가 적절하다고 여기는 추가적 또는 기타 구제수단의 명령.

VI. 권리의 유보

67. 한국은 명시적으로 모든 권리를 전적으로 유보하고, 이 유보에는 다음의 권리를 포함하며, 이에 제한되지 아니합니다; (a) 신속절차 또는 다른 절차에서 예비적인 이의제기를 할 수 있는 권리; 그리고 (b) 답변취지를 포함하여, 관할권과 본안과 관련한 사항을 포함하나 이에 한정되지 아니하고, 이 답변서에서의 입장을 변경하거나 보충할 수 있는 권리

2018년 8월 13일 제출



Freshfields Bruckhaus Deringer

Peter J. Turner QC
Nicholas Lingard
Robert Kirkness
Joaquin Terceño
Daniel Allen
Callista Harris
Samantha Tan



이문성
민세동
남동성
데이비드 김
김경천
한상훈
이희웅
임아영
윤지현

피청구인의 대리인