

한미 FTA와 투자자-국가 간 소송제도(ISD)에 대한 고찰

유 지 연*

■ 요약

본 연구는 외국인 투자에 대한 실효성 있는 구제수단으로서, 투자 협정 속에 포함되어 있는 투자자-국가 간 소송제도(Investor State Dispute, 이하 "ISD")에 대해 살펴보고 있다. ISD는 투자자가 국가를 상대로 직접 국제중재를 제기할 수 있는 제도이다. 본 연구는 한미 FTA에 규정되어 있는 ISD를 중점적으로 살펴보았으며, 특히 최근 헤지펀드 엘리엇과 메이슨이 삼성물산-제일모직 합병과 관련하여 한국 정부에 제기한 ISD 소송에 대한 두 가지 쟁점을 살펴보았다. 첫째는 행위를 투자유치국에게 귀속시킬 수 있는지 여부이다. 투자자에게 손해가 발생하였다고 해도 그 행위가 국가에 귀속되지 않으면 국가책임은 발생하지 않는다. 둘째는 일련의 합병 과정에서 국제의무 위반이 존재하는지 여부이다. 특히, 한국 정부가 한·미 FTA상 내국인 동일대우 조항을 위반했는지에 대해 중점적으로 논의하였다.

핵심 주제어 : 투자자-국가 간 소송제도, 한미 FTA, 국가책임, 내국인 동일대우, 엘리엇, 메이슨

* 검사, 의정부지검 고양지청, yoojiyeon58@gmail.com

〈논문 투고일〉 2018. 10. 27

〈논문 수정일〉 2018. 11. 25

〈게재 확정일〉 2018. 11. 26

I. 서 론

최근 경제는 세계화가 진행되면서 국가 간 자본 흐름이 크게 증대되고 있다. 각국은 다국적 기업을 중심으로 한 외국인 투자를 적극 유치하고자 노력하고 있다. 외국인 투자를 유인하기 위해서는 그들에게 매력적인 투자환경을 제공해 주어야 할 것이다. 이에 따라 각국들은 외국인 투자자에 대해 실효성 있는 구제수단을 제공하기 위한 투자 협정을 활발히 체결하고 있다.

한국도 여러 교역국들과 다양한 형태의 투자협정을 체결하여 왔으며 발효 중인 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty : BIT)과 자유무역협정(Free Trade Agreement : FTA) 등 다른 나라와의 투자협정은 100여개에 이른다. 협정들 안에는 외국인 투자 유치 활성화 및 보호를 위한 장치들이 다수 포함되어 있다. 본 연구에서 다루고자 하는 투자자-국가 간 소송 제도(ISD)도 이런 장치들 중의 하나로써 투자자가 국가를 상대로 직접 국제중재를 제기할 수 있는 제도이다.

최근 한국 정부를 대상으로 한 ISD의 최초 결과가 나왔다. 이란의 다야니가 제기한 ISD에서 우리 정부는 결과적으로 패소하였으며 그 외에도 7건의 ISD가 진행되고 있다. ISD는 그 규모가 크기 때문에 한국에 큰 부담이 되며 그 중요성이 증대되고 있다. 본 연구는 한미 FTA에 규정되어 있는 ISD를 중심으로 ISD 제도에 대해 살펴보고자 한다. 미국은 우리나라의 제일 큰 교역국이며 자본거래국이기 때문이다.

또한 미국계 헤지펀드 엘리엇이 2018년 7월 2일 삼성물산-제일모직 합병과 관련하여 한국 정부에 제기한 ISD 소송은 사회적으로 큰 관심을 받고 있다. 이와 관련하여 두 가지 쟁점을 살펴보았다. 첫째는 행위를 투자유치국에게 귀속시킬 수 있는지 여부이다. 투자자에게 손해가 발생하였다고 해도 그 행위가 국가에 귀속되지 않으면 국가책임은 발생하지 않는다. 둘째는 일련의 합병 과정에서 국제의무 위반이 존재하는지 여부이다. 특히, 한국 정부가 한·미 FTA상 내국인 동일대우 조항을 위반했는지에 대해 중점적으로 논의하였다.

기존의 ISD에 대한 문헌은 국제투자 분쟁해결에 대한 폭넓은 연구부터 특정 사례를 다룬 연구까지 그 폭이 다양하다. 최태관(2007)은 FTA 투자협정과 분쟁해결절차에 대해 광범위하게 다루었으며 특히 국제중재에서의 기타 관할권 문제에 대해 언급하였다. 김재선, 홍선의(2012)는 한미 FTA에서의 ISD 제도에 대해 살펴보고 ISD의 적용이 한국무역에 어떤 영향을 미칠지 살펴보았다. 왕상한(2012)는 한미FTA 안의 ISD에 대해 초점을 맞추어서 관련 주요 쟁점을 다루었다. 배성호(2012)는 NAFTA의 ISD 분쟁사례를 통해서, 이태화(2012)는 캐나다의 사례를 통해 한미FTA의 ISD 제도에 대해서 살펴보고 있다. 본 연구는 최근 한국 사회의 관심이 되고 있는 엘리엇, 메이슨이 제기한 ISD를 중점적으로 다루고 있는 점에서 앞의 연구들과 차별점이 존재한다.

논문은 다음과 같이 구성되어 있다. 2장에서는 ISD 제도에 대해 살펴보고, 특히 한미 FTA에 규정되어 있는 ISD에 대해서 설명한다. 3장에서는 삼성물산-제일모직 합병 사건과 이와 연관하여 엘리엇과 메이슨이 제기한 ISD에 대한 의견을 제시하고자 한다. 마지막으로 4장에서는 논문을 마무리한다.

II. 투자자-국가 간 소송(ISD) 제도

1. 국가 간 투자협정과 ISD 제도

일반적으로 국제공법은 국가 간의 관계를 규율하는 법이기 때문에 국제공법을 근거로 진행되는 분쟁해결절차에서는 원칙적으로 국가만이 당사자로 인정받을 수 있다. ISD는 국가가 아닌 사인(私人)을 국제공법분쟁의 당사자로 인정하는 예외적 제도에 해당한다. 단 투자자 국적국과 투자유치국 간에 체결된 투자협정이 존재할 때 이를 근거로 투자자는 투자유치국을 상대로 분쟁해결절차를 개시할 수 있다.

투자협정은 국제통상 협정과 다른 측면이 많이 있다.¹⁾ 국제통상 분야는 세계무역기구(WTO) 협정에 의해 다자간에 규율되는 것과 달리, 국제투자 분야는 전 세계 국가의 합의에 의하여 성립된 다자간 투자협정이 존재하지 않는다. 경제협력개발기구(OECD)에서 1995년 투자 자유화를 핵심으로 하는 다자간 투자협정 체결을 위해 노력하였으나 미국과 프랑스의 의견 불일치로 성립되지 못하였다. 이후 유럽 국가들은 주로 일대일 투자협정을 체결하는 방식을 택하였다. 개발도상국들도 자국의 경제발전을 위해 외국인직접투자를 유치하기 위하여 투자협정 체결에 적극 나서기 시작하였다. 양자간 투자협정의 숫자는 1990년대 400개 정도이던 것이 2012년 말 무려 5,790개에 이를 정도로 크게 증가하였다(법무부, 2014).

최근에는 무역과 투자가 따로 가기 보다는 FTA에 투자에 관한 별도의 장(chapter)을 두어 둘을 함께 규약하고 있는 경우가 많다. 우리나라도 한·미 FTA 제11장에 투자에 관한 사항을 두고 있다.

투자협약 내의 투자규범은 협약에 따라 다양하지만 크게 2가지 영역으로 크게 분류할 수 있다. 첫째는 외국인투자자에 대한 실체적 보호기준에 관한 것이며, 두 번째는 투자자와 투자유치

1) 투자협정은 협정 당사국 내의 외국인투자를 보호·증대하고 규율하기 위한 목적으로 국가 간에 체결되는 다자 또는 양자간 조약을 의미한다. 투자협정은 체결 주체에 따라 다자간 투자협정(Multilateral Investment Treaty : MAI), 역내 투자협정(Regional Investment Treaty), 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty : BIT) 등으로 구분할 수 있다.

국간 분쟁 해결을 위한 절차규범에 대한 규범이다(법무부, 2014).

실체적 보호기준 중에 '내국민대우(National Treatment)'라는 개념이 있다. 외국인 투자자에게 자국민보다 불리하지 않은 대우(no less favorable treatment)를 부여할 의무를 말한다. 여기서는 외국인 투자자가 과연 투자유치국의 국내 기업과 동일한 상황(in like circumstances)에 있는지 여부와 문제가 되는 조치가 외국인투자자에게만 차별적으로 적용되었는지 여부가 핵심 쟁점이 된다.

실체적 보호기준 중 '최혜국대우(Most Favoured Nation Treatment)'는 외국인 투자자에 대해 제 3국 투자자가 받는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여할 의무를 말한다.

'최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)' 개념은 국가가 외국인과 그 재산에 대해 국제관습법의 기준에 따른 최소한의 대우를 해주어야 할 의무를 의미한다. 이는 앞에 언급한 내국민대우와 최혜국대우의 개념과 차별화 된다. 처음 두 개념은 내국민 또는 협정의 비당사국 국민에게 부여되는 대우가 비차별적으로 외국인투자자에게도 동등하게 부여 되어야 한다는 기준인 반면, 최소기준대우는 이와 관계없이 국제법상 최소한의 수준 이상으로 외국인 투자자를 대우할 의무를 의미한다.

두 번째, 절차적 보호기준은 협약에 위배되는 부당한 조치나 행위로 피해를 입은 외국인 투자자가 그에 대한 구제를 받는 절차를 의미한다. 일반적으로 외국인투자자는 투자유치국의 국내법원에 구제를 요청할 수 있지만 그 독립성과 공정성에 대해 불신할 수 있다. 또는 자국의 외교적 보호권에 의존할 수 있는데 이는 정치적 문제 등으로 개입이 거절될 수 있기 때문에 선호되지 못한다. 이에 대한 대안으로 중립적인 중재인이 분쟁을 해결하는 국제중재가 도입되었으며, 현재는 대부분 투자협정에서는 투자자와 투자유치국간의 분쟁을 국제중재로 해결하는 절차규범을 두고 있다. 일반적으로 이와 같이 일방당사자가 투자자이고 상대방이 투자유치국인 분쟁해결 절차를 '투자자-국가 간 소송제도(ISD)'라 부른다. 이러한 투자 중재는 기본적으로 국제상사중재(international commercial arbitration)에 적용되는 절차규범을 대부분 차용하게 된다.

외국인 투자자가 투자유치국을 상대로 한 청구권이 인정되기 위해서는 먼저 투자유치국의 국가책임이 인정되어야 하는데 이를 위해서는 다음과 같은 2가지 요건이 필요하다. 첫째, 행위가 투자유치국에게 귀속되어야 한다. 투자자에게 손해가 발생하였다고 해도 그 행위가 국가에 귀속되지 않으면 국가책임은 발생하지 않는다. 국제연합(UN) 국제법위원회에서 채택한 국가책임에 관한 조문 초안에 따르면 국가기관의 행위는 그 행위가 입법, 행정, 사법기능의 행사를 통해 구현되는 경우 뿐 아니라 다른 모든 기능을 행사하는 경우에도 국가에 귀속된다. 또한 국가기관에 해당하지 않는 개인 또는 단체가 정부권한을 부여받아 행사함으로써 이루어진 행위도 국가에 귀속될 수 있다(정하늘, 2016).

둘째, 행위의 국제의무 위반이 존재해야 한다. 예를 들면, 투자유치국이 외국인 투자자를 차별함으로써 내국민 대우 기준을 위반하였다는 사실이 확인되어야 한다. 일반적으로 중재재판부는 투자유치국 정부의 공권력 행사와 같은 주권적 행위가 관여되어야 위반이 발생하였다고 판단한다. 즉 계약위반과 같은 민사적 행위에 대해서는 국제의무위반을 인정하지 않는다. 이는 투자유치국의 행위가 투자협정에 저촉되더라도 민사적 행위에 해당하다면 이는 국내 민사법을 통해 해결할 문제이며 국제법상의 국가책임에 해당하지 않는다는 것이다(정하늘, 2016).

2. 한미 FTA 내의 투자협약

한미 FTA 제11장은 제2절에서 ‘투자자 국가 간 분쟁해결’이라는 제목으로 투자자가 투자유치국을 상대로 국제중재를 제기하는 절차에 대해 규정하고 있다. 제11.16조 제1항은 중재를 제기할 수 있는 당사자와 대상 분쟁의 유형을 제시하고 있다. 제11.16조 제2항은 상대방에게 중재의향서 및 중재요청서를 통지할 것을 요구한다. 6개월이 지나도록 당사자 간에 협의가 이루어지지 않는 경우 다음과 같은 중재절차 가운데 하나를 선택할 수 있다: i) ICSID 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States)에 의한 중재, ii) ICSID Facility Rules에 의한 중재, iii) 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) 중재규칙에 의한 중재, iv) 분쟁당사자가 합의한 제3의 국제중재기관. 그 외에 중재인선정(제11.19조), 절차의 투명성(제11.21조), 준거법(제11.22조), 절차병합(제11.25조)에 대해서도 규정하고 있다(법무부, 2018).

한미 FTA 제11장은 투자보호의무의 적용범위에 대한 조항을 두고 있다. 제11.1조 제3항은 1항에서 언급한 ‘당사국이 채택하거나 유지하는 조치’를 ‘중앙 지역 또는 지방 정부와 당국(central, regional, or local governments and authorities)이 채택하거나 유지하는 조치’ 및 ‘중앙·지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부 기관(non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional, or local governments and authorities)이 채택하거나 유지하는 조치’라고 규정하고 있다.

한편 한미 FTA에서 제11.5조는 ‘최소기준대우’에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

“제11.5조 대우의 최소기준

1. 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대상투자자에 부여한다.

2. 보다 명확히 하기 위하여 제1항은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상, 최소기준을 적용 대상투자에 부여하여야 할 대우의 최소기준으로 규정한다. “공정하고 공평한 대우”와 “충분한 보호 및 안전”이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.
- 가. 제1항의 “공정하고 공평한 대우”를 제공할 의무는 세계의 주요 법률 체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사 민사 또는 행정적·심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다 그리고.
- 나. 제1항의 “충분한 보호 및 안전”을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하도록 요구한다.”

여기서 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment : FET)와 충분한 보호 및 안전(Full Protection and Security : FPS)를 부여하고 있다. 한·미 FTA 제11.5조에서 FET는 독립적인 규범으로 규정되기보다는, 최소기준대우의 일부분으로 규정되고 있다. 이 조항은 매우 포괄적이고 모호해서 중재재판부의 주관이 개입될 여지가 많다는 비판이 있는데, NAFTA 자유무역위원회(Free Trade Commission : FTC)는 NAFTA 내에 있는 FET에 대한 해석지침을 통하여 'FET가 국제관습법상의 최소기준대우에서 요구하는 것 이상의 대우를 요구하지 않음을 밝히는 한편, 이것이 민·형사 또는 행정소송에서 적법절차에 따른 사법정의를 거부하지 않을 의무'를 명시하였다.

한미 FTA는 양국 합의에 의해 최근 개정되었다. 2018년 10월 24일 한미 FTA 개정 협정문 서명식이 있었다. 개정 협정을 통해 한미 FTA 통해 '투자자-국가분쟁해결제도'(ISD)가 남용될 수 없도록 장치를 도입하였다. 즉, 다른 투자협정을 통해 ISD를 시작한 경우 같은 사안에 대해 다시 한미 FTA로 ISD 절차를 진행할 수 없도록 규정하였다. 또 소송을 제기하는 근거가 약할 경우 신속하게 소송을 각하할 수 있도록 하고, 입증 책임과 관련해선 투자자가 ISD 청구 시 모든 청구 원인에 대한 입증 책임을 갖도록 하였다.

3. 한국 ISD 사례

최근 외국인 투자자가 한국정부를 상대로 ISD를 제기하는 것이 급증하고 있다.²⁾ 첫 번째는 론스타가 2012년 11월 한·벨기에 투자협정을 근거로 국제투자분쟁해결센터(International

2) 2018년 법무부 대상 국감자료에 따르면 대한민국 정부를 대상으로 한 ISD 사건은 총 7건으로 1건은 소송취하 되었고, 론스타 소송을 비롯한 6건의 청구 배상액 합계는 6조 5,273억 원에 달한다(“정부, 론스타 ISD 소송비로만 5년간 432억 원 사용”, 이데일리 2018. 10. 12.자 참조).

Center for Settlement of Investment Disputes : ICSID)에 5조 원대 ISD를 제기한 사건이다. 론스타는 2007년 9월 HSBC에 외환은행을 매각하려 했지만 한국 정부가 승인해 주지 않으면서 매각이 무산되었고, 결국 2012년 하나금융지주에 매각하였다. 이 과정에서 매각이 지연되며 가격이 떨어져 손해를 입게 된 것에 대해 한국 정부에 ISD를 제기하였다. 또한 론스타는 한국 정부가 서울 스타타워 빌딩 거래차익에 대해 부과한 세금이 부당하다며 소송을 제기하였다. 론스타와의 ISD는 2016년 최종 변론이 끝났으나 아직 결론이 내려지지 않고 있다.

두 번째 ISD는 아부다비 국영석유투자회사 IPIC의 네덜란드 자회사 하노칼이 2015년 5월에 제기한 소송이다. 1999년 하노칼은 현대오일뱅크 주식 50%를 사들인 뒤 2010년 현대중공업에 1조 8천억 원에 매각하였다. 한국 정부가 이에 대해 과세하자 하노칼은 한국과 네덜란드가 맺은 이중과세방지협정을 근거로 ISD를 제기하였다. 하지만 이후 하노칼이 ISD를 취하해 마무리되었다.

세 번째 ISD는 이란 다야니가 제기하였다. 다야니는 소유하고 있던 엔텍합이 2010년 경 대우일렉트로닉스를 인수·합병하려던 과정에서 한국 정부가 한·이란 투자보장협정상 공정·공평한 대우 원칙을 위반했다며 2015년 9월 ISD를 제기하였다. 사건의 전개는 다음과 같다. 2010년 자산관리공사(캠코)는 대우일렉트로닉스를 매각하는 과정에서 엔텍합을 우선협상대상자로 선정하고 그해 11월 본 계약을 체결한 뒤 인수금액의 10%인 578억 원을 계약보증금으로 받았지만 2011년 5월 매매계약을 해지하였다. 당시에는 엔텍합이 인수대금 인하를 요구하며 대금지급기일을 넘겨 계약이 해지된 것으로 알려졌다. 그러나 엔텍합은 그 후 법원에 소송을 냈고, 법원은 2011년 11월 대우일렉트로닉스 채권단이 계약금을 돌려주되 엔텍합은 대우일렉의 외상물품대금 3천만 달러를 갚으라는 조정 결정을 내렸다. 하지만 채권단은 이를 받아들이지 않았고, 대우일렉은 2013년 동부그룹으로 매각되었다. 결국 다야니는 보증금과 보증금에 대한 이자 등 935억 원을 반환할 것을 주장하며 한국 정부를 상대로 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) 규칙에 따라 ISD를 제기하였다.

2018년 6월 6일 국제 중재판정부가 한국정부가 이란 다야니의 청구금액 935억 원 중 약 730억 원을 지급하라는 판결을 내렸다. 중재판정부는 캠코를 대한민국 정부의 국가기관으로 인정하였다. 이는 한국 정부가 외국 기업에 패소한 첫 ISD이다. 2018년 6월 8일 유력 영국 중재 전문지인 국제중재저널에 ‘한국의 뼈아픈 패배’라는 제목의 기사가 게재되었다. 이 기사에는 판정문 일부와 다야니측 법률 대리인의 인터뷰가 수록되었으며 한국이 서류 제출과 관련해 ‘불리한 추정’을 받았다는 내용이 있다.³⁾ 중재판정부가 다야니측 요청을 받아들여 한국 정부에 2010년 12월에서 2011년 3월 사이 작성한 공적자금관리위원회 관련 서류 제출을 명령하였으나 한국 정부는 ‘없는 서류’라고 주장하며 이를 내지 않았고 결국 중재판정부로부터 ‘불리한 추

3) 중앙일보, ISD 첫 패소로 730억 날렸다.

정'을 받았다는 내용이다. 이는 한국 정부가 당시 ISD 대응에 미숙하였다는 것을 보여주는 사건이다.

마지막으로, 2018년 헤지펀드 엘리엇매니지먼트와 메이슨캐피탈은 삼성물산-제일모직의 합병 과정에서 한국 정부가 부당한 개입함으로써 손해를 입었다면 ISD를 제기하였다. 2015년 삼성물산-제일모직 합병 당시 엘리엇은 삼성물산 지분 7.1%를, 메이슨은 2.2%를 보유하고 있었으며 둘 다 합병에 반대하였다. 엘리엇은 7억7000만 달러(약 8700억 원)에 달하는 손해배상을 청구하였으며, 메이슨은 2억 달러(약 2250억 원) 손해가 발생했다고 주장하였다. 특히 메이슨은 한국 정부가 삼성과 자신을 똑같이 대우하지 않았기 때문에 한·미 FTA 내 '내국인 동일대우 조항'을 위반했다고 주장하고 있다.⁴⁾

Ⅲ. 엘리엇과 메이슨 소송에 대한 소견

1. 삼성물산-제일모직의 합병과 엘리엇 소송

2015년 5월 26일 제일모직과 삼성물산은 이사회 결의를 거쳐 합병비율 1:0.35로 합병하기로 하는 합병계약을 체결하고, 2015년 7월 17일 합병계약서의 승인을 위한 주주총회를 개최하기로 하였다. 삼성물산 주주들의 1(제일모직) : 0.35(삼성물산)의 합병비율을 강하게 반대하였다. 이는 자본시장법의 규정에 따라 자동적으로 산정된 비율이지만, 삼성물산 주주들은 삼성물산의 주가는 저평가된 시기라고 주장하며 합병을 반대하였다.

외국인 투자자들은 삼성물산 지분 33%를 차지하였는데 대부분은 반대 입장을 취하였다. 특히 외국계 펀드인 엘리엇은 합병비율이 삼성물산 주주에게 불리하다는 이유로 합병을 적극 반대하였으며, 삼성물산이 우호지분 확보를 위해 KCC에 매각한 자사주 899만 주의 주주총회 의결권을 인정하지 말아달라며 법원에 가처분 신청까지 제기하였다. 서스틴베스트와 한국기업지배구조원 등 국내 의결권 자문회사들도 반대 의견을 제시하였으며, ISS와 글라스루이스 등 해외 자문회사도 동일하였다.

삼성물산이 합병 안을 통과시키기 위해서는 출석주주 의결권의 3분의 2 이상을 찬성을 얻어야 했다. 이와 같은 상황에서 삼성물산 지분 11.21%를 보유한 국민연금이 이 안건의 캐스팅보드를 가지게 되었다. 국민연금은 최종적으로 2015년 7월 10일 개최된 투자위원회 회의를 통해 합병 안건에 대한 '찬성'을 의결하였다. 2015년 7월 17일 개최된 삼성물산의 주주총회에서는

4) [출처: 중앙일보] 한국 정부, 삼성물산 합병으로 '1조 원대 ISD손배' 위기

합병은 통과되었다.

국민연금이 찬성 의결권을 행사하게 되는 과정은 나중에 수사를 받게 된다. 2016년 11월 22일 ‘최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹에 대해 엄정한 수사를 통하여 철저하게 진상 규명을 하도록 함으로써 국민적 의혹을 해소’ 하기 위한 특별검사법이 공포되고, 이 합병 사례 관련하여 보건복지부 장관이 2017년 1월 16일 구속기소, 기금운용본부장은 2017년 2월 28일 불구속 기소되었다. 이들에 대하여 1심, 2심 판결이 모두 각 징역 2년 6월을 선고하였고, 현재 상고심 중이다. 이에 대해서는 다음 장에서 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

2. 관련 판결문 해석

이 부분에서는 삼성물산과 제일모직의 합병 건에 대한 의결권 행사과정에 대해 국민연금의 기금운용본부장과 보건복지부 장관의 업무상배임죄와 연관된 판결을 소개하고자 한다. 이들의 행위가 어떤 측면에서 문제가 되는지 한국 법원에서 이미 내려진 판결을 통해 ISD의 쟁점이나 향방에 대해서도 가늠할 수 있을 것이다.

1심 재판부는 업무상배임죄를 인정하며 기금운용본부장에게 징역 2년 6월을 선고하였다(서울중앙지방법원 2017. 6. 8. 선고 2017고합34, 183(병합) 판결). 일단 특검과 피고인 측에서 임무의 내용에 대하여 다툰 것에 대하여, 1심 재판부는 다음과 같은 내용을 이 사례 기금운용본부장의 임무로 인정하였다.

“국민연금공단 기금운용본부장인 피고인을 포함한 기금운용본부 직원은 기금을 관리하는 수탁자로서 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 하고, 국민연금기금이 국민연금 가입자 등 수급권자를 위한 급여에 충당하기 위해 관리·운용되는 책임준비금임을 인식하고 개인이나 소속 직원보다 기금의 이익을 우선하여 업무를 처리하여야 한다.

이 사건 합병 안건의 경우, 국민연금공단은 삼성물산의 최대주주로서 사실상의 캐스팅보트를 가지고 있었고, 합병비율에 따라 이재용 등 삼성그룹 대주주의 이익과 삼성물산 주주의 손해로 이어질 수 있는 구조였으며, 합병 성사를 위한 보건복지부의 압력이 가해지고 있던 상황이었으므로, 피고인으로서 기금운용본부가 이 사건 합병에 대한 의결권 행사 방향을 정함에 있어 위 의결권행사지침 제6조가 정하는 찬성의 조건(주주가치의 감소를 초래하지 않고 기금의 이익에 반하지 아니하는 경우)이 명확히 충족되지 않는 한 쉽사리 찬성을 하지 않도록 하는 등의 **더욱 엄격한 주의의무를 부담**한다고 할 것이다.

따라서 피고인이 부담하는 업무상 임무의 내용은, 의결권 행사 기준에 충실하면서 국민연금공단이 가진 캐스팅보트를 잘 활용하여 **합병비율의 조정이나 재산정 등을 요구하는 등으로 기**

금에 최대한 이익이 되게끔 하고, 이를 1차적으로 결정하는 투자위원회에서 위원들이 객관적이고 정확한 자료와 정보를 토대로 합리적이고 진지한 노력을 기울여 자율적이고 독립적으로 판단할 수 있도록 하는 등으로 국민연금공단의 손해 발생을 막는 것이라고 봄이 상당하다.

한편 공소사실은 국민연금공단의 손해 발생을 막아야 할 업무상 임무의 구체적 내용으로 ‘이 사건 합병에 반대’하는 것을 들고 있다. 그러나 의결권 행사 안건은 회의체인 투자위원회에서 심의·의결을 거쳐 결정하는 것이고, 그 위원 중 1인에 불과한 피고인이 독단적으로 할 수 있는 행위가 아니므로 피고인 개인에게 이 사건 합병에 반대하여야 할 법령상 의무가 있다고 보기 어렵다.”

1심 재판부는 특검에서 주장한 ‘합병에 반대하여야 하는 임무’의 정도까지는 아니지만, “합병비율의 조정을 요구하여 기금에 최대한 이익이 되게끔 하여야 하는 임무”는 인정하였다. 또한 재판부는 “합병시너지 수치를 조작하도록 한 다음 이를 투자위원회 회의에서 설명 및 일부 위원들을 개별적으로 접촉해 합병 찬성을 권유”한 것은 찬성 유도행위로서 임무위배행위로 인정했고, 반면에 특검이 주장한 ‘탑장급 투자위원회 위원 3명을 종전 관례와 달리 지명한 행위’에 대하여는 임무위배행위로 인정하지 않았다.

나아가 합병안건을 전문위원회에서 의결하지 않은 것 자체도, ‘찬성, 반대, 기권, 중립, 전문위부의(표결기권) 등의 의결 가능성이 충분히 있었다’는 점에 있어서 임무위배행위로 인정하지 않았다.

“1) 종래 투자위원회에서는 소관부서가 단일 의견을 주문에 기재하여 안건을 올리면 위원들의 거수로 이를 그대로 통과시키는 방식으로 의사결정을 해왔다. 이러한 관례대로라면 이 사건 합병 안건은 소관부서인 책임투자팀 의견대로 ‘전문위부의’가 주문 란에 기재되어 투자위원회에 상정되고, 회의에서 그대로 의결되었을 것으로 보인다. 그러나 기금운용본부 담당실무자인 ○○○(운용전략실장), ○○○(책임투자팀장)은 안건 상정을 준비하면서 주문 란에 ‘전문위부의’를 기재하지 않고, 투자위원들이 ‘찬성/반대/중립/기권/표결기권’ 중 하나를 선택하여 기명투표하는 이른바 ‘오픈식 의결 방식’을 고안하였다.

2) 이에 대하여 ○○○는 이 법정에서, “보건복지부에서 지침에 따라 이 사건 합병 안건을 투자위원회에서 결정하라는 지시를 받고, 그 동안 투자위원회에서 전문위원회로 부의하는 과정이나 절차가 지침이나 규정에 충실하지 않았던 것은 아닌가 하는 생각이 들었다. 그래서 지침에 충실하게 ‘찬성 또는 반대가 곤란한 경우’를 투자위원회의 표결로 확인하는 것이 옳다고 생각하여 준법감시인의 검토를 거쳐 소관부서의 의견을 주문에 기재하지 않고 투자위원들에게 5가지의 다양한 결론 중 하나를 선택하게 하는 의결 방식을 채택하게 되었다”는 취지로 진술하고, ○

○○도 같은 취지로 진술한다.

3) 위와 같은 표결지는 ‘찬성, 반대, 중립, 기권’ 중 어느 하나도 과반수에 이르지 못하거나 ‘표결기권’이 과반수로 나오면 안건을 전문위원회에 부의하는 방식이기 때문에 투자위원회에서 찬성 결론을 이끌어내는 데 유리한 표결 방식으로 볼 수 없다. 이에 대하여 ○○○는 “개개인이 본인의 판단 하에 충분히 검토할 경우에는 찬성이나 특정 방안이 과반수 이상 나오기는 어려울 것이라고 생각하였고, 결국 전문위원회에 상정될 것이라고 예상했다. 투자위원회 의결주문을 ‘전문위부의’로 하면 보건복지부에서 전문위원회로 넘어가는 게 상당히 어려울 것 같은 느낌이 들어 찬성, 반대, 중립, 기권으로 올린 것이다. 전문위로 가기 위해서는 찬성, 반대, 중립, 기권의 의견으로 올리는 것 외에는 다른 방법이 없다고 생각했다”라고 진술한다.”

위 판결 내용에 따르면, 보건복지부 측의 지시로 인하여 투자위원회에 상정하게 된 상황에서, 실무 담당자들이 그 표결지에 통상과 다르게, ‘찬성, 반대, 중립, 기권’ 등의 결론을 택하도록 하고, 그 결론이 여러 갈래로 나와 결국 특정 방안이 과반수 이상으로 나오지 않게 되어 결국, 전문위원회로 다시 상정 되도록 할 의도가 있었던 것으로 보아 이러한 투자위원회 상정 행위만으로는 임무위배행위로 보기 어렵다고 한 것으로 해석된다.

2심 재판부도 유죄로 인정하며 기금운용본부장에게 징역 2년 6월을 선고하였다(서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2017노1886 판결). 2심도 피고인에게는 ‘당시 국민연금공단이 가진 사실상의 캐스팅보트를 잘 활용하여 중간배당을 요구하거나 반대 의결로 합병비율의 개선을 요구하는 등으로 필요한 조치’를 하여야 할 임무가 있음이 인정되었고, 단, 합병비율의 개선을 요구할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 것을 임무위배로 인정하면서, 단 중간배당을 요구하지 아니하거나 투자위원회 위원 지명으로 인한 임무위배 행위는 인정하지 않았다.

1심은 전문위원회에서 의결하지 않은 점을 임무위배가 아니라고 본 것에 반하여, 2심은 전문위원회에 부의하는 등의 조치를 취하지 않은 것을 임무위배로 보았는데 더 타당한 결론으로 보인다. 향후 전문위원회 부의여부를 합리적 근거 없이 결정할 경우, 배임죄에 해당할 가능성이 있는 것으로, 향후 국민연금의 의사결정 과정에서 전문위원회 부의 제도가 형해화 되지 않도록 제동을 가한 의의가 있는 판결로 볼 것이다.

한편, 박근혜 전 대통령에 대한 삼성그룹의 영재센터 지원 행위에 대하여 1심의 판결부분을 뒤집고, 2심에서는 부정한 청탁의 대상인 삼성 그룹 현안으로서의 승계 작업이 인정된다는 전제아래⁵⁾ 뇌물에 해당된다고 인정하면서, 박근혜 전 대통령이 이러한 삼성그룹의 현안인 승계

5) 이 부분이 청탁의 대상인 승계 작업을 인정하지 않으므로 무죄 선고하였던 1심 판결과 달라진 결정적인 이유이다.

작업에 대하여 인지하고 있었고, 삼성물산과 제일모직 합병 안전에 있어서 국민연금공단이 이재용에게 우호적인 조치를 취한 배경에는 박근혜 전 대통령의 지시나 승인이 있었다고도 판결 이유에서 인정한다. 6)

이러한 판결들은 ISD에서 한국 정부에 불리하게 작용할 수 있다. 메이슨은 ISD 중재의향서에서 이미 ‘국정농단 특별검사 팀의 수사 결과 발표와 최근 법원 판결에서 나타나듯 박근혜 전 대통령, 문형표 전 보건복지부 장관 등의 직권 남용으로 (압력을 받은) 국민연금이 2015년 삼성물산과 제일모직 합병에 찬성했다’고 적시하며 관련 근거로 사용하고 있다. 주무부처인 법무부는 ISD 정부 답변서에 삼성물산-제일모직 합병 당시 ‘묵시적 청탁’이 존재하지 않았다는 이재용 삼성전자 부회장의 항소심 재판 결과 인용하였는데 이 사항이 다시 뒤집어진 것이다.

3. 엘리엇과 메이슨의 ISD에 대한 쟁점과 소견

첫째로는 행위가 투자유치국에게 귀속되는지 여부이다. 투자자에게 손해가 발생하였다고 해도 그 행위가 국가에 귀속되지 않으면 국가책임은 발생하지 않는다. 국가기관의 공권력에 의한 행위만이 귀속되며, 민사적 행위는 귀속될 수 없다.

한국 정부에 불리한 측면은 국가기관에 해당하지 않는 개인 또는 단체가 정부권한을 부여받아 행사함으로써 이루어진 행위도 국가에 귀속될 수 있다는 것이다. 국민연금공단을 정부권한을 위임받은 기관으로 볼 수 있는 것이다. 이란 다야니 ISD에서도 캬코를 한국 정부로 인정하여 위반책임을 물은 것도 하나의 예라고 볼 수 있다. 나아가 국민연금공단의 합병찬성은 본질상 국민연금의 관리 운용의 연장선상에 있기 때문에 합병찬성의결은 정부로부터 위임 받은 권한을 행사한 것으로 해석될 수도 있다.

반면, 국민연금이 합병에 찬성한 것을 두 회사의 주주 자격으로 취한 사적 행위로서 해석한다면 ISD의 대상이 되지 않을 것이다. 즉, 주식회사의 주주로서 주식의결권을 행사하는 행위는 순수한 민사행위로서 정부권한의 행사에 해당하지 않는다고 주장할 수 있다.

법무부도 엘리엇의 주장에 대한 답변서에서 국민연금의 주주로서의 권리행사는 민사상 주주의 권리를 행사한 것으로서, 이것을 가지고 한국 정부의 협정 위반으로 볼 수 없다는 취지의 논리를 펼친 바 있다(법무부, 중재통보에 대한 답변서, 2018. 8. 13.).

둘째, 행위의 국제의무 위반이 존재하는지 여부이다. 메이슨의 경우 한국 정부가 삼성과 자신을 똑같이 대우하지 않았기 때문에 한·미 FTA 내 ‘내국인 동일대우 조항’을 위반했다고 주장하고 있다.

6) 2018. 8. 24. 2018노1087호 서울고등법원 판결

한국 정부에 불리한 측면은 이미 법원의 판결을 통해서 위반 행위들에 대해 인정이 되었다는 것이다. 박근혜 전 대통령에 대한 삼성그룹의 영재센터 지원 행위에 대하여 1심의 판결을 뒤집고, 2심에서는 부정한 청탁의 대상인 삼성 그룹 현안으로서의 승계 작업이 인정된다는 전제 아래 뇌물에 해당된다고 인정하면서, 박근혜 전 대통령이 이러한 삼성그룹의 현안인 승계 작업에 대하여 인지하고 있었고, 삼성물산과 제일모직 합병 안건에 있어서 국민연금공단이 이재용에게 우호적인 조치를 취한 배경에는 박근혜 전 대통령의 지시나 승인이 있었다고도 판결 이유에서 인정한다. 문형표 전 보건복지부 장관에 대해서도 국민연금 의결권 행사과정에서의 직권 남용과 업무상 배임죄가 인정되었다.

이에 대한 반대논리도 가능하다. 정부는 답변서에서 ‘한국 형사법원은 박근혜 전 대통령, 행정부 구성원, 국민연금 직원 등의 위법적인 행위 결과로서 합병이 제안되거나 통과되었다고 판단하지 않았다’고 주장하고 있다. 삼성물산-제일모직 합병 취소를 제기한 민사 건에서도 사유가 인정되지 않았다. 민사 법원은 ‘삼성 합병 및 그에 대한 국민연금의 찬성에는 합당한 경영상의 이유가 있었고, 합병비율이 현저히 불공정하다고 볼 수 없다’며 합병의 적법성을 인정하였다.

IV. 결 론

최근 경제는 세계화가 진행되며 각국은 외국인 투자를 유인하기 위해서 경쟁하고 있다. 특히 외국인들 투자에 대한 실효성 있는 구제수단을 제공하기 위한 투자 협정을 활발히 체결하고 있다. 본 연구에서 다루고자 하는 ISD도 이런 장치들 중의 하나로써 투자자가 국가를 상대로 직접 국제중재를 제기할 수 있는 제도이다. 본 연구는 ISD 제도에 대해 고찰해 보며, 특히 한미 FTA에 규정되어 있는 ISD를 중점적으로 살펴보았다. 특히 최근 헤지펀드 엘리엇과 메이슨이 최근에 삼성물산-제일모직 합병과 관련하여 한국 정부에 제기한 ISD 소송에 대한 쟁점을 살펴 보았다.

최근의 ISD 결과들은 한국 정부의 대응에 미숙한 면이 있다는 점을 일부 드러내고 있다. 이란 다야니와의 ISD 소송에서 한국 정부가 서류 미제출로 인하여 불리한 추정을 받아 패소에 기여하게 된 것은, 실체를 떠나 절차 수행에 있어서 안일하고 미숙한 대응으로 인한 뼈아픈 결과라는 점에 있어서 많은 시사점을 주고 있다. 국내 소송과는 다른 국제법적 절차에 능통한 전문가가 ISD 소송 전면에 나서서 시의 적절하게 대응하여 불필요한 손해가 발생하지 않도록 할 필요성이 크고, 이에 현재 법무부가 엘리엇과 메이슨 소송 대응에 있어서 총력을 기울여야 할 것이다.

또한 이 연구에서 다룬 기업의 합병 문제 등에 있어서 기업 오너의 개인적인 이익을 위하여 주주들의 이익을 해칠 수 있다는 의심이 드는 경우에 있어서 더욱 투명하고 적법한 절차 수행에 주의를 기울여야 한다. 특히 재벌 중심의 기업 경영에 있어서 후세대에게 기업 상속을 이루기 위하여 비정상적인 방법을 사용하는 것이 공공연한 한국의 경제 관습이, 하루속히 정정 당당한 상속이나 증여 세금 납부 문화나 소유와 경영 분리를 통한 능력 있는 전문 기업인 운영체제로서의 건강한 기업 환경으로 변화되기를 희망한다. 이렇게 글로벌 스탠다드에 맞춘 변화가 이루어지지 않는다면 앞으로도 국민연금공단이 대부분 주요 기업의 최대 주주로서 자리하고 있는 한국 기업 환경에서, 정부의 부적절한 개입을 의심하는 외국인 투자자들의 ISD 소송 제기 는 줄 이을 수도 있다.

글로벌 스탠다드를 따라가지 못한다면 한국이 글로벌 투자자의 먹잇감으로 전락할 우려가 있다. 이 연구가 그런 면에서 작은 도움이 되길 기대해 본다. 연구의 한계점도 많이 존재한다. 엘리엇이나 메이슨이 제기한 손해배상액 등에 대한 분석이나 논지 등도 더 정리될 수 있다면 좋을 것이다.

참고문헌

- 김재성, 홍선의. 2012. 한미 FTA 협정에서 분쟁해결을 위한 ISD제도에 관한 연구. 한국관세학회. 제13권 제1호 : 145-155.
- 배성호. 2012. NAFTA의 ISD 분쟁사례를 통한 한미FTA의 ISD 시사점 및 대응방안. 통상정보 연구. 제14권 제2호 : 369-387.
- 법무부. 2014. 투자자 국가소송(ISD) 최신 판정분석.
- 법무부. 2018. 한국의 투자 협정 해설서 - BIT와 최근 FTA를 중심으로.
- 왕상한. 2012. 한미자유무역협정(FTA) 투자자국가소송제도(ISD)의 오해와 진실. 기업법연구. 제25권 제4호 : 329-351.
- 이태화. 2012. 환경영향평가제도를 둘러싼 한미FTA 투자분쟁의 가능성: Bilcon 대 캐나다 투자자-국가 간 소송 사례를 통한 교훈. 환경영향평가. 제21권 제4호 : 525-541.
- 정하늘. 2016. 투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)에서의 국가책임 발생범위 확장 가능성에 대한 연구 -'엘리엇 사건'을 중심으로. 국제법학회논총. 제61권 : 221-245.
- 최태관. 2007. FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구. 중재연구. 제17권 제2호 : 141-165.

A Study on the Korea-US FTA and the Investor-State Dispute(ISD)

Yoo, Ji-Yeon*

■ ABSTRACT

This study examines the Investor-State Dispute(ISD) included in the Investment Agreement to provide effective remedies for foreign investment. ISD is a system whereby investors can raise international arbitration directly against the state. This study focuses on the ISD regulated by the Korea - US FTA and examines two issues related to the ISD lawsuit filed recently by the Eliot against the merger with Samsung C & T and Cheil Industries. The first is whether the action is attributed to the investment host country. Even if a loss occurs to an investor, no state responsibility will arise unless the act is attributed to the state. The second is whether there is a violation of the international duty of conduct. Whether the Korean government violated the National Treatment provisions in the KOREA-US FTA is discussed.

Key Words : Investor-State Dispute(ISD), Korea - US FTA, National responsibility,
National Treatment provisions, Eliot, Mason.

* Prosecutor, Goyang Branch, Uijeongbu District Prosecutor's Office, yoojiyeon58@gmail.com