

# 國際企業의 地位 및 法的 問題\*

金 富 燦\*\*

## — 목 차 —

- I. 序 論
- II. 國際企業의 地位
  - 1. 國際企業에 대한 管轄權
  - 2. 國際企業과 國際經濟法
- III. 國際企業의 法的 問題
  - 1. 國際企業의 國際法主體性
  - 2. 國際讓許契約의 法的 性質
  - 3. 國際企業의 國有化의 法的 問題
  - 4. 關聯紛爭의 解決과 外交의 保護權
- IV. 結 論

## I. 序 論

오늘날 國際經濟關係의 變化는 企業의 巨大化 및 國際化에서 그 두드러진 특징을 찾아 볼 수 있다. 經濟活動의 國際化는 이미 오래 전부터 나타난 바이지만, 이러한 國際經濟關係는 근래 들어 國際的 企業을 중심으로<sup>1)</sup> 점차 世界化되어지는 경향을 보이고 있다. 이에 따라 國際經濟關係는 전통적인 國際法的 觀點에서만 規制하기에는 많은 問題가 있음을 드러내고 있다. 따라서 國際經濟關係를 규율하는 法體系가 새롭게 등장하게 되었으며 점차 그 중요성이 부각되어지고 있다.

國際的 企業들은 매우 複雜한 형태로 존재하고 있기 때문에 이러한 複合的인 實體를 統一

\* 이 논문은 1998년 12월 17일 中國河南大學 法學院에서 열린 세미나에서 발표한 것임.

\*\* 법정대학 법학과 교수, 동아시아연구소장

1) United Nations, *Multinational Corporations in World Development*, New York: United Nations, 1973, p.1; Cynthis D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprises*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 1.

的으로 파악하는 것이 그리 쉽지 않다. 이 때문에 國際企業에 대한 用語와 概念定義에 관하여 다양한 見解들이 나타나고 있다.<sup>2)</sup> 그 동안 多國에 걸쳐서 국제적인 經濟活動에 從事하는 기업의 형태를 나타내기 위하여 Multinational Enterprises(MNEs) 또는 Multinational Corporations(MNCs)이라는 用語가 주로 많이 사용되어 왔으나,<sup>3)</sup> 이것이 國際企業의 實體를 정확히 표현하는 것이 아니라는 이유로 1974년 8월에 國際聯合 經濟社會理事會(ECOSOC)는 MNEs 또는 MNCs 대신에 Transnational Corporations(TNCs)를 公式用語로 채택하였고,<sup>4)</sup> 최소한 國際法學界에서는 이 用語를 사용하는 경우가 점차 많아지고 있다.

國際企業은 정도의 差異는 있지만 汎世界的인 活動範圍 및 戰略을 설정하고 있는 기업을 總稱하는 包括的인 概念이다.<sup>5)</sup> 과거부터 이러한 國際企業은 超國家的인 經濟力과 影響力을 가지고 國際經濟關係를 주도함과 동시에 世界經濟의 발전에 기여하기도 하였지만, 一國의 國家經濟 및 國內問題에 깊이 개입하여 現地經濟를 지배하거나 國內問題에 干涉하는 등 부정적인 영향을 미쳐 온 것도 사실이다.<sup>6)</sup> 이 때문에, 1970년대부터 開發途上國들을 중심으로 '新國際經濟秩序'(New International Economic Order: NIEO)의 수립을 요구하는 움직임이 거세어졌으며,<sup>7)</sup> 이와 더불어 國際企業의 활동에 대한 國際的 規制의 필요성도 크게 강조되기에 이르렀다.<sup>8)</sup> 그 동안 國際聯合의 '國際企業委員會'(UN Commission on Transnational Corporations: UNCTC)가 중심이 되어 추진해 온 '國際企業行爲準則'(Code of Conduct on Transnational Corporations)에는 國際企業의 활동에 대한 規制가 草案의 주된 내용으로 포함되고 있으나, 開發途上國과 先進國間의 첨예한 意見對立 때문에 아직도 草案의 단계에 머무르고 있다.<sup>9)</sup>

한편 1980년대에 들어와서 많은 開發途上國들이 外債危機를 겪게 되고 이를 극복하는 데 있어서 國際企業에 의한 國際投資가 긍정적인 역할을 수행함에 따라, 國際企業에 대한 부정적인 認識이 크게 완화되는 계기가 되었다. 그 役割 및 重要性에 비추어 國際企業이 國際經濟關係의 主役으로서 갖고 있는 位置를 인정하지 않을 수 없는 단계에 이르렀음에도 불구하고, 아직도 國際企業의 法的 地位는 불확실하며 그들의 政策과 行動에 관한 國際的인 規範도 제대로 마련되지 못하고 있는 것이 사실이다.

- 
- 2) 宮崎繁樹, "多國籍企業의 法構造", 『多國籍企業의 法的研究』, 成文堂, 1980; 金井厚, 『多國間企業論』, 傳藝苑, 1981; S. H. Robock, K. Simmonds, and J. Zwick, *International Business and Multinational Enterprises*, Richard D. Irwin, Inc., 1977; B. Grossfeld, 鄭熙喆 譯, 『多國間企業의 法律問題』, 三英社, 1981 참조.
  - 3) 宮崎繁樹, 前掲論文, p. 3.
  - 4) P. Fisher, "Transnational Enterprises", in R. Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Installment I (1981), p. 515.
  - 5) W. A. Dymaza, *Multinational Business Strategy*, McGraw-Hill, 1972, p. 4.
  - 6) S. Asante, "International Law and Investments", in Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 683~684.
  - 7) K. Hossain (ed.), *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Nichols Publishing Company, 1980.
  - 8) 이에 대해서는 Samuel K. B. Asante, "United Nations Efforts at International Regulation of Transnational Corporations", in K. Hossain (ed.), *op. cit.*, p. 125.
  - 9) 國際企業의 國際的 規制 및 行爲準則에 대해서는 張孝相, 『國際經濟法』, 法英社, 1996, pp. 190~199; 金富燦, "國際企業의 法的 規制", 『國際法學會論叢』, 第34卷 2號, 1989, pp. 139~164 참조.

本稿는, 國際企業의 國際的 行動 및 關聯紛爭에 관한 法·制度의 마련이 시급한 과제로 등장하고 있음에 비추어, 國際經濟關係 속에서의 國際企業의 地位를 바탕으로 그 國際法的 問題에 관하여 검토하기로 한다.

## II. 國際企業의 地位

### 1. 國際企業에 대한 管轄權

國際企業은 그 組織 및 活動에 있어서 本國(home country)<sup>10)</sup>과 受容國(host country)<sup>11)</sup>의 存在를 前提로 한다. 이에 따라 國際企業을 중심으로, 國際企業과 本國, 國際企業과 受容國, 그리고 本國과 受容國 사이에 經濟 및 法律關係가 존재하게 됨으로써, 國際企業은 一國의 國內法主體와는 다른 國際的 地位를 갖게 된다. 그러나 國際企業도 특정한 國家의 國籍을 보유하고 있다는 점에서는 國內企業과 다를 바 없으며, 그 國籍國의 對人的 管轄權(personal jurisdiction)에 의하여 규율되어지는 것이다. 다만, 國際企業은 受容國의 國籍을 가질 수도 있고 경우에 따라서는 本國의 國籍을 가질 수도 있다는 점에서 단순한 國內企業과는 다르다.

모든 國家는 자신의 領土的 管轄權(territorial jurisdiction)에 입각하여, 自國領域 내의 모든 사람에 대하여 管轄權을 행사할 수 있도록 되어 있다. 따라서 國際企業이 受容國의 國內企業이 아닌 경우에도 그 活動은 일차적으로는 受容國의 法에 따라서 이루어지도록 요청되고 있다. 한편, 國際企業의 國籍國이 아닌 本國(本社의 國籍國)의 입장에서조차 自國民의 海外投資(foreign investment)<sup>12)</sup>에 대한 法的 保護 및 規制의 필요성에 따라 自國會社의 海外子會社로서의 國際企業에 대해서도 管轄權을 행사하려고 시도하며, 그 근거로서 企業의 設立行爲나 住所地를 중시하는 전통적인 理論을 배격하고 支配理論'(Kontrolltheorie, control theory)<sup>13)</sup> 또는 '影響理論'(Auswirkungsprinzip, effects doctrine)<sup>14)</sup>을 원용하고 있다.

國際企業과 직접적인 關係를 맺게 되는 受容國은 주로 後進國 내지 開發途上國인데 國際企業이 직접 이들 國家에 投資함으로써 資源開發을 비롯한 經濟活動에 參與하는 경우가 많다. 이러한 활동은 주로 '讓許契約'(concession contract) 또는 '經濟開發協定'(economic

10) 國際企業과 관련하여 本國(home country)은 그 本社(parent company)의 所在地國이나 投資者의 國籍國(national State)을 의미한다.

11) 國際企業의 所在地國을 의미하며, '現地國'이라고도 한다.

12) 海外投資는 投資家の 經營참가 여부에 따라 直接投資와 間接投資(portfolio investment)로 나누어지는데, 國際企業의 형태에 의한 투자는 直接投資에 해당된다. 그 구체적인 형태로는, 事務所와 支店, 販賣店, 代理店, 프랜차이즈店, 그리고 現地法人 形態의 海外子會社 등이 있다.

13) 이는 '統制理論' 또는 '經營支配者主義'라고도 하며, 소위 '法人實體把握論'이 적용되는 경우에 해당한다. 이에 대해서는 張孝相, 『國際經濟法』, 法英社, 1996, p.168; B. Grossfeld, 鄭熙詰 譯, 『多國間企業의 法律問題』, 三英社, 1981, p. 89 참조.

14) 이는 어느 國家의 領域 밖에서 이루어진 행위라도 만일 그것이 그 自國에 影響을 미치는 행위라면 自國의 國內法을 적용할 수 있다는 理論을 말한다. 張孝相, 前掲書, p. 184; 梁明朝, 『國際獨占禁止法』, 博英社, 1986, pp. 312~314 참조.

development contract or agreement)을 통하여 이루어지는데, 그 동안 受容國이 이러한 契約을 一方的으로 破棄하여 國際企業을 國有化(nationalization)하는 일이 종종 발생하기도 하였다. 이 때 國際企業의 本國이 外交的 保護權(right of diplomatic protection)을 행사하는 경우에 國際企業과 受容國間의 紛爭이 受容國 對 本國間의 國際的 紛爭으로 轉換되는 것이다.

그 동안 國際企業이 관련된 紛爭의 경우, 受容國은 이를 자신의 國內法上 紛爭으로 규정하려고 하고, 本國의 입장에서는 자신과 受容國間의 國際紛爭으로 규정하려는 경향이 있었던 것이 사실이다. 그러나 1965년에 채택된 '國家와 他國國民間의 投資紛爭을 解決하기 위한 協約'(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States)과 최근에 추진되고 있는 投資保護에 관한 一般條約의 草案에 의하면,<sup>15)</sup> 특히 紛爭解決節次와 관련하여 國際企業의 地位가 國際法的 次元에서 인정되어지고 있다는 점이 주목된다.

## 2. 國際企業과 國際經濟法

근래 들어 海外投資의 主體로서 國際企業의 經濟活動에 대한 傳統國際法的 規律<sup>16)</sup> 以外에 海外投資로부터 야기되는 새로운 法的 問題에 대한 國際的 制度의 필요성이 강조되어 왔으며, 이에 따라 國際企業의 활동을 중심으로 하는 國際經濟關係에 妥當하는 法規가 國際法과 國內法의 영역에 새롭게 등장하기에 이르렀다. 이와 같이 國際經濟關係를 규율하기 위하여 새롭게 성립되고 있는 법을 보통 '國際經濟法'(international economic law)이라고 하는데, 國際企業에 대해서와 마찬가지로 이러한 國際經濟法에 관해서도 아직은 그 用語 및 定義에 관한 정설이 없다.<sup>17)</sup>

國境을 넘어서서 행하여지는 모든 經濟活動, 즉 商品·資源·用役의 交換, 勞動·資本의 移

15) 經濟協力開發機構(OECD)에서는 1995년 5월에 열린 OECD 閣僚會議를 시점으로 하여 '多者間投資協定'(Multinational Agreement on Investment: MAI)을 채택하기 위한 협상을 계속하여 왔다. 이는 기존의 'OECD 投資規範'을 擴大·強化하여 실질적인 投資의 自由化를 달성하기 위한 것이다. MAI는 投資保護, 投資의 自由化, 그리고 投資紛爭의 解決이라는 海外直接投資의 핵심분야에 관한 規則을 제정하기 위한 최초의 국제적 시도로 주목되고 있다. 이에 대해서는 崔昇煥, 『國際經濟法』, 法英社, 1998, pp. 666~673 참조.

16) 二國間에 체결되는 다수의 友好·通商·航海條約(F.C.N.T.)과 개별적인 投資保障協定이 그 대표적인 예이다.

17) 國際經濟法이라는 用語도 통일된 것이 아니다. 以外에도 비슷한 의미를 가지는 것으로서 '國際去來法'(law of international transactions), '國際事業活動의 法律問題'(legal problems of doing business abroad or international business), '國際經濟關係의 法律問題'(legal problems of international economic relations), '國際去來·關係法'(law of international transactions and relations) 등이 사용되고 있으며(全淳信, "國際經濟法의 概念에 관한 一考", 『國際法學會論叢』 제28권 2호, 1983, p. 98), 최근에는 '國際通商法' 또는 '國際貿易法'(international trade law)이라는 용어도 흔히 사용되고 있다(崔昇煥, 前掲書, p. 8; 徐憲濟, 『國際經濟法』, 栗谷出版社, 1996, p. 39). 물론 國際經濟法과 이들의 差異가 무엇인가 하는 것이 關心事이기는 하나, 國際經濟法의 概念을 명확히 하는 것이 優先的 課題이다. 國際經濟法의 概念定義에 대해서는 前掲論文 및 前掲書 外에 櫻井雅夫, 『國際經濟法研究』, 東洋經濟新報社, 1977, pp. 5~21 참조.

動, 對外投資와 開發, 기타 모든 國際的인 經濟活動을 總稱하여 國際經濟關係라고 하며 이에 대한 規制는, 各國의 國內法을 비롯하여, 私的 主體 사이의 國際的 契約(transnational contract), 私的 主體와 國家와의 國家契約(State contract), 그리고 國家間的 條約(treaty)에 의하여 이루어지고 있다. 그런데 國際經濟法을 어떻게 定義하느냐에 따라 國際經濟法の 규율 대상이 결정되고 또한 國際經濟法の 性格도 정해진다.

國際經濟法을 '다양한 國際經濟主體들이 國際的으로 전개하는 經濟活動에 대한 法律關係를 規律하는 法'이라고 보면 앞에서의 모든 法規들이 國際經濟法の 法源이 될 수 있다.<sup>18)</sup> 이러한 見解는 個人·法人·國家 및 國際機構의 國際經濟關係를 전통적인 法領域의 區分에 얽매이지 않고 實際的인 問題解決을 위하여 綜合的인 考察을 하는 점에서 一理가 있다고 본다. 그러나 國際經濟法을 國際法の 한 分野로 파악하여, '經濟에 관한 國際法'으로 본다면,<sup>19)</sup> 私人間的 去來에 관한 國內法的 規律과 國際私法 등은 그 對象에서 除外된다.

앞에서도 살펴보았듯이, 오늘날의 國際經濟活動 특히 國際企業과 같은 國際經濟主體의 活動에 대하여 國內法만으로 規制하기는 어려운 실정이다. 따라서 여러 契約이나 條約 등이 國際經濟活動의 規制를 위하여 새로이 대두되고 있는 것이다. 이 점에서 國際企業의 法的 問題의 해결을 위한 準據法으로서 國內法과 國際法이 綜合的으로 고려되어야 한다는 것은 사실이며, 이에 따라 國際經濟法을 國際經濟에 관한 모든 法으로 定義하는 것도 意義가 없지는 않다. 그러나 이러한 意味의 國際經濟法에는 分明히 國內法에 속하는 法規와 國際法에 속하는 法規가 혼재하게 되어 그 法的 性質을 究明하는 데 있어서 統一성과 獨自性を 확보할 수 있을지의 問題이다.<sup>20)</sup> 예를 들어, 國際經濟의 主體로서 國家, 國際經濟機構 혹은 國際企業과 관련된 法的 問題가 야기되는 경우, 그 문제 해결을 위한 準據法の 解釋·適用에 있어서 자동적으로 國際經濟法の 原理 및 關聯法規가 援用될 수 있을 것인가 하는 것이다. 물론 必要한 범위 내에서 國內法과 國際法, 기타 적용할 수 있는 契約 등이 混合的으로 援用될 수는 있을 것이다. 그러나 어느 法規이든 전통적인 法域의 區分에 따라서 國內法 아니면 國際法の 어느 한 영역에 속하게 되며, 이들과는 구별되어지는 '獨自的인 第三의 法體系'<sup>21)</sup>에 속하는 것으로 보기는 어

18) Georg Erler, *Grundproblem des internationalen Wirtschaftsrecht*, Göttingen: O. Schwartz, 1956; P.V. van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1981, p. 10; 櫻井雅夫, 前掲書, p. 10 참조. 다만, Erler는 國際經濟法을 '組織的인 國際經濟의 法'으로 이해함으로써, 私人間的 去來에 관한 규율을 國際經濟法の 대상으로부터 제외하고 있다. 반면에 國際經濟法을 廣義로 이해하는 다른 입장을 보면, 行爲의 主體가 누구이든간에 國境을 넘어서 전개되는 모든 經濟去來關係를 규율하는 規範을 國際經濟法에 포함시킨다. 張孝相, 前掲書, p. 5; 徐憲濟, 前掲書, pp. 36~37.

19) G. Schwarzenberger, "The Principles and Standards of International Economic Law", 117 *Recueil des Cours*, 1966- I, p. 7. Roepke, Ruegger, 그리고 Jacquemin 등도 동일한 입장임. 이에 관해서는 P. V. van Themaat, *op. cit.*, pp. 9~10 참조.

20) P. V. van Themaat, *op. cit.*, p. 11; 朴魯馨, "國際經濟法の 概念에 관한 考察", 『通商法律』 제8호, 1996, 4, pp. 38~56; 崔昇煥, 前掲書, p. 5.

21) 예를 들어 Fatouros의 'extranational law' 혹은 Jessup의 'transnational law'가 여기에 해당된다(L. Henkin et al., *op. cit.*, p. 767 참조). Jessup은 소위 超國家法(transnational law)의 성격의 國際經濟法の 가능성을 말하고 있는데, 이에 의하면 個人, 國家, 그리고 國際機構를 포함한 모든 行爲主體들이 행하는 國際的인 經濟活動에 적용되는 모든 法規들이 國際經濟法에 포함되게 될 것이다(P.

렵지 않나 생각된다.

따라서 실제적인 측면에서의 有用性은 且置하고 論理的인 측면에서 國際經濟法의 獨自性을 인정하기는 어렵다고 본다. 이러한 관점에서 일단 國際經濟法은 國際的인 經濟活動을 합리적으로 조정하고 뒷받침하는 동시에 적절한 規制를 가하는 國際法規範의 總體이며, 새로운 國際法의 분야를 구성한다고 보는 것이 타당하다.<sup>22)</sup> 이처럼 國際經濟法은 國際法에 속하는 것이다. 그러나 國際經濟法은 國際社會의 발전과 변화를 반영하는 새로운 모습의 國際法이다. 法概念은 固着된 것이 아니라 社會의 변화에 따라서 탄력적으로 대응·발전하는 것이기 때문에 國際法の 영역에 새로이 國際經濟法이 나타나게 된 것이다. 이러한 의미에서 國際經濟法の의 영역에 國家間, 國家와 國際經濟機構間, 그리고 國際經濟機構間의 經濟關係를 규율하는 '條約이나 國際慣習法만'이 포함된다고 고집할 필요도 없으며, 國際企業과 같은 새로운 國際經濟關係의 主體와 관련된 規範도 國際法の 영역에 포함시키는 認識의 轉換이 필요하다고 본다.<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 國際企業의 法的 問題

#### 1. 國際企業의 國際法主體性

國際經濟法을 넓은 의미에서 '國際經濟에 관한 法'으로 본다면 國際企業이 國際經濟法の의 主體가 되는 것은 分明하다.<sup>24)</sup> 그러나 國際經濟法을 '經濟에 관한 國際法'으로 定義하게 되면, 과연 國際企業이 國際法の 主體가 될 수 있을까 하는 것이 問題가 된다. 전통적으로 國家와 公共國際機構는 公共의 國際的 役割을 담당하며 스스로 國際法(條約)의 定立에도 參與할 수 있는 '能動的 國際法主體'(active international legal subject)로 인정되어 왔는데 비하여, 國際企業은 엄격한 의미에서 그 國籍을 부여한 國家의 管轄權內에 있기 때문에 私法人으로서 國內法の 主體가 될지언정, 國際法の 主體로서는 인정되지 못하고 있었다.<sup>25)</sup>

---

Jessup, *Transnational Law*, New Haven: Yale University Press, 1956, p. 3). Katz 와 Brewster도 전통적인 國際法學이 國際法秩序의 政治的인 측면만을 다루고 國際法과 國內法の 상호작용을 경시하여 國家間的 法律問題에 그 대상을 한정시킨 데 대하여, 새로운 國際法律問題研究(international legal studies)는 國際法, 國際私法 및 比較法間的 그리고 國際法과 國內法間的 간격을 없애고 國際法秩序 속에 個人, 法人, 國家 또는 國際機構의 '國際去來 및 關係'(international transactions and relations)의 法律問題를 포함시켜야 한다고 하였다. 따라서 이러한 의미의 '國際去來 및 關係', 즉 國際經濟의 法的 規制의 總體에는 國際法과 公法, 私法을 포함한 國內法이 모두 속하게 될 것이다 (櫻井雅夫, 前掲書, pp. 6-8 참조).

22) 崔載勳, 鄭雲章 外 7人, 『國際法新講』, 新英社, 1996, p. 425; 李漢基, 『國際法講義』, 博英社, 1997, p. 600; 李內朝, 李仲範, 『國際法新講』, 一潮閣, 1984, p. 478.

23) 예를 들어, Themaat는 國際經濟法이 원칙적으로 '國家間的 經濟關係'(economic relations between States)를 規律對象으로 하더라도, 直接·間接으로 條約과 관계되는 私人間的 法律關係 및 契約 그리고 國家와 私人間的 契約 등도 '國際法으로서의 國際經濟法'에 속할 수 있다고 한다(P. V. van Themaat, *op. cit.*, p. 58, 주30 참조).

24) 張孝相, 前掲書, p. 178.

그러나 이미 언급한 바와 같이 오늘날 國際企業은 他國政府와 사실상 同一한 當事者의 地位에 있는 등 國際經濟 活動에 있어서 能動的으로 行爲하고 있다는 점은 否認할 수 없다. 한편 國際法主體가 될 수 있는 資格은 고정적인 것이 아니다. 오늘날 個人은 제한된 범위에서 國際法上 權利·義務의 主體로서의 지위가 인정되고 있는데, 이러한 意味의 受動的 主體性은 이미 國際企業에 대해서도 부여되고 있는 것이다.<sup>25)</sup> 다만, 國際企業의 能動的 主體性에 관하여는 현재 論議가 분분하다. 아직 國際企業의 能動的 主體性을 명백하게 인정하는 主張은 없다. 國際企業의 役割이 사실상 때로는 國家와 대등하거나 능가하는 경우가 있다고 할지라도, 國際企業은 主權的 存在인 國家나 公的인 國際經濟機構와는 구별되어지는 私法人에 불과한 것이다. 그러나 오늘날 國際企業을 단순한 個人(自然人)과 같이 취급하는 것도 問題가 있다. 自然人은 國際法主體가 된다고 해도 결코 國際法の 定立에 參與할 수는 없다. 그런데 國際企業은 실제로 國際經濟法の 定立 및 發達에 깊이 참여하고 있음을 볼 수 있다. 특히 國際企業이 國家와 체결하는 讓許契約은 일반적으로 國內法보다는 國際法이나 法の 一般原則(general principles of law)에 의하여 規制되는 경우가 많으며, 이러한 의미에서 國內法上의 契約과는 다른 '國際化된 契約'(internationalized contract)으로 간주되고 있는 것이다. 특히 이러한 계약에 따라 國際企業이 國家와 對等한 地位에서 國際仲裁節次에 參與하는 경우를 보면 더욱 이러한 契約이 條約에 準과하는 地位를 갖는 것으로 보이게 한다.<sup>27)</sup>

또한 國際企業은 讓許契約을 통하여 開發途上國의 經濟開發에 참여하는 등 公的인 역할을 수행하고 있다는 점도 무시할 수 없다. 國際企業이 이처럼 公的인 機能을 수행하며 그 契約的 關係가 國際法에 의하여 規制되는 등, 國際經濟關係 및 國際經濟法の 發達에 기여하는 바가 상당하다는 점에서, 受動的 國際法主體性은 물론 制限的 範圍에서 能動的 國際法主體性도 인정될 필요가 있다고 본다.<sup>28)</sup>

## 2. 國際讓許契約의 法的 性質

國家가 一方 當事者가 되어 外國의 私人 또는 私企業과 金錢債務, 天然資源의 探查 및 開發, 公益事業, 技術 및 전문적 役務의 제공, 商品의 賣買 등 다양한 內容을 對象으로 체결하는 各種의 契約을 國家契約이라고 하며,<sup>29)</sup> 이 가운데, 주로 開發途上國이 自國의 天然資源의 探查 및 開發, 長期的 施設資源 등을 目的으로 私企業에 일정한 權利를 부여하는 內容의 契約을 '讓許契約'(concession contract 또는 concession agreement)이라고 한다.<sup>30)</sup>

25) W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Feffer and Simons, Inc., 1964. p. 120; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, London: Clarendon Press, 1979, p. 70.

26) 柳炳華, 「國際法總論」, 一潮閣, 1981, p. 446.

27) W. Friedmann, *op. cit.*, p. 121.

28) 柳炳華, 前掲書, p. 449; 李內朝, 李仲範, 前掲書, p. 302. 反對意見에 대해서는 W. Levi, *Contemporary International Law*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1975, p. 75 참조.

29) 崔載勳, 鄭雲章 外 7인, 前掲書, p. 439; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 547; Samuel K. B. Assante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", K. Hossain (ed.), *op. cit.*, p. 237.

30) 崔載勳, 鄭雲章 外 7인, 前掲書, p. 440; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 547. 과거 現地國의 天然資源에 대한

讓許契約은 國家가 一方的으로 國際企業에 利權을 부여하는 것이라는 의미에서 과거부터 흔히 '利權契約'으로 불려왔으나, 그 내용을 보면 國際企業이 開發途上國의 長期的인 經濟開發을 위하여 협력하는 公的인 意味도 강하게 내포되고 있다. 이러한 관점에서 이를 '經濟開發協定'(economic development agreement)으로 불러야 옳다는 見解도 있다.<sup>31)</sup> 그러나 여기서는 慣例에 따라 讓許契約이라는 용어를 사용하되 契約의 國際性을 고려하여 이를 國際讓許契約과 혼용하기로 한다.<sup>32)</sup>

非一非再한 國際企業과 受容國間의 紛爭은 주로 이 國際讓許契約을 둘러싸고 일어난다. 특히 問題가 되는 것은 受容國側이 一方的으로 國際讓許契約을 廢棄하거나 變更할 수 있는나 하는 것이다. 이 문제는 受容國에 의하여 國有化措置가 단행될 때 자주 발생한다. 그리고 이는 직접적으로 讓許契約의 法的 性質과 관련되는 문제이다.

주로 開發途上國인 受容國側은 讓許契約은 自國의 公法에 의하여 規律되는 屬地的 性質을 가진 것이므로, 스스로 公益 기타 國內法上의 適法한 根據에 입각하여 契約을 一方的으로 破棄하거나 變更할 수 있는 權利가 있다고 한다.<sup>33)</sup> 이에 따르면 契約의 一方的 破棄가 이루어지더라도 그 自體로서는(per se) 國際法에 違反되지 않는다고 한다. 이러한 見解는 특히 讓許契約이 프랑스의 行政契約(contract administratif) 내지 公法上 契約에 해당한다는 근거를 제시하고 있다.

讓許契約을 國內法的 次元에서 논하되, 이를 公法的 要素와 私法的 要素가 혼합된 性格을 가진 것으로 보는 견해도 이와 마찬가지로의 결과를 제시하고 있다. 이는 讓許契約에 의하여 부여되는 權利가 國家의 認許에 의거하는 것인 한, 그것은 어디까지나 一方的 性格을 띠는 것이고 兩當事者의 合意가 필요한 한도에서만 私契約的 性質을 갖는다고 한다.<sup>34)</sup> 이 見解는 公·私의 混合法的 要素 중에서 公法的 要素를 중시하는 것으로서 契約의 不可侵性을 인정하지 않는다.

이러한 立場에 의하여 뒷받침되고 있는 受容國의 一方的 收用이나 國有化措置는 海外投資家로서의 國際企業이나 本國에 중대한 위협이 되고 있다. 따라서 西歐의 學者들 중심으로 이러한 見解에 反對하는 새로운 主張들이 나오고 있다. 이들은 投資家의 立場을 옹호하여 投資 및 讓許條約의 履行으로부터 기대되어지는 經濟的 利益을 正當하게 保障받을 수 있는 理論을 전개한다. 이 見解는 讓許契約은 一方 當事者가 私企業인 점에서 私契約的인 性格을 완전히

---

장기적인 海外投資는 주로 讓許契約을 통해 행해졌으나, 최근에는 合作投資(joint venture), 用役契約(service contract), 그리고 生産物供與契約(product-sharing contract) 등과 같은 새로운 형태로 이루어지고 있다. 崔昇煥, 前掲書, pp. 641~643 참조.

31) 李漢基, 前掲書, p. 645; Burns H. Weston, Richard A. Falk, and Anthony A. D'Amato, *International Law and World Order*, St. Paul: West Publishing co., 1980, p. 714.

32) 張孝相, 前掲書, p. 25, 100.

33) *Ibid.*, p. 240; 李漢基, 前掲書, p.645; Mann, Jessup, Dunn, Amerasinghe, Bishop, Hyde, Fitzmaurice, Briggs 등이 이러한 입장을 가지고 있다(I. Brownlie, *op. cit.*, p. 547). 자세한 것은 C. F. Amerasinghe, "State Breaches Contracts with Aliens and International Law", *American Journal of International Law* Vol. 58, 1964, p. 906 참조.

34) W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York: Columbia University Press, 1964, pp. 204~206.

달피할 수는 없지만 他方 當事者が 國際法主體인 國家이고 또 契約의 內容도 受容國의 經濟開發을 目的으로 하는 등 公共性을 띠고 있다는 점에서 이를 國際間的 條約과 유사한 지위를 갖는 '準條約'(quasi-treaty)이나 '準國際法'(quasi-international law)으로 파악해야 한다고 한다.<sup>35)</sup> 이에 따르면 國家는 一方的으로 契約을 變更하거나 廢棄할 수 없으며 이러한 行爲는 바로 國際法違反行爲가 된다.<sup>36)</sup>

讓許契約을 순수한 私法上的 契約으로 보는 見解도 契約의 不可侵性을 존중한다는 점에서 '準條約'으로 보는 입장과 동일하다.<sup>37)</sup> 이에 따르면 讓許契約은 私人間的 契約에 있어서와 같이 契約自由의 原則을 바탕으로 當事者의 合意內容과 國際私法이 지정하는 法에 따라서 規律되어야 한다고 한다. 이 立場에 따르면 契約의 準據法이 된 受容國의 國內法自體가 外國人 待遇에 관한 國際法의 原則이나 當事者自治의 原則에 立脚하여 그 國際的 效力의 判定을 받게 된다고 한다. 이에 따르면, 讓許契約의 一方的 破棄는 不法行爲나 契約違反의 責任을 發生시키는 結果가 된다.

한편 讓許契約을 새로운 國際經濟法의 法源으로 주목하면서 그것이 國內法과 國際法 어느 쪽에도 완전히 속하지 않음을 근거로 國內法과 國際法 以外에 國際讓許契約 그 自體에 대하여 受容國과 國際企業間的 關係를 排他的으로 規律할 수 있는 '獨立된 自足的인 法體系'(independent and self-sufficient system of law)로서의 地位를 인정하려는 見解도 있다.<sup>38)</sup> 이에 따르면 契約의 一方的 破棄나 變更이 역시 不法行爲가 된다고 하는 점에서 앞의 見解와 유사하다. 그러나 과연 國內法 혹은 國際法과 구별되는 自足的인 法體系가 존재할 수 있을지 의문이다. 契約은 國內法 아니면 國際法 兩者의 어느 하나 혹은 兩者 모두의 適用을 받는 것이지 처음부터 자신을 根據로 成立할 수는 없으며, 그 후의 準據法(applicable law)의 決定에 있어서도 마찬가지라 본다.<sup>39)</sup>

讓許契約의 當事者는 國家와 國際企業이다. 前述한 바와 같이 國際企業은 제한된 범위에서 能動的 國際法主體性이 인정되는 것이 바람직하다. 따라서 이를 私人和 同一視하는 私法的 契約說과 國家에 一方的 破棄權을 인정하는 公法的 契約說 및 公·私 混合契約說은 문제가 있다. 따라서 國際讓許契約은 條約과 동일하지는 않지만, 그에 準해서 다루어지는 準條約 내지 條約과 私契約의 混合形態로 보는 것이 적절하다고 본다.<sup>40)</sup>

國際讓許契約의 法的 性質은 그 準據法 決定의 基準이 된다. 契約과 그 準據法은 當事者의 權利와 義務의 內容과 性質, 그리고 契約違反인 一方的 破棄에 따르는 當事者의 責任과 救濟의 性質과 方法을 決定하는 근거가 된다. 國際讓許契約은 私契約으로서의 本質을 가지고 있기

35) B. Grossfeld, *op. cit.*, p.249; Samuel K. B. Asante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", p. 241.  
36) Oppenheim, Schwebel, Carlston 등이 이러한 입장을 가지고 있다(I. Brownlie, *op. cit.*, p. 548).  
37) 李漢基, 前掲書, pp. 645~646; Samuel K. B. Asante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", pp. 237~239.  
38) 張孝相, 前掲書, p. 863; Samuel K. B. Asante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", p. 241.  
39) *Ibid.*, p. 242.  
40) O' Connell과 McNair가 이러한 입장을 가지고 있다고 한다(Burns H. Weston et al., *op. cit.*, p. 715 참조).

때문에 原則的으로 當事者의 合意에 의하여 어떠한 規範도 그 準據法으로 지정될 수 있다.

그러나 만일 讓許契約에 의하여 그 準據法이 指定되지 않았을 경우 紛爭解決은 어떠한 準則에 따라 이루어지는가? 國內法の 범위에서 讓許契約의 지위를 인정하는 見解에 따르면, 讓許契約에 明文의 規定이 없는 경우, 자연스럽게 受容國의 國內法이 그 準據法으로 적용되어진다.<sup>41)</sup> 물론 裁判管轄權도 受容國의 國內法院에 있다고 주장된다. 그러나 오늘날 契約에 의하여 '仲裁條項'(arbitration clause)이 포함되고 國際法이나 法の 一般原則을 準據法으로 지정하는 例가 많아지고 있다.<sup>42)</sup> '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決에 관한 協約'에서도 當事者가 合意한 適用法規에 따라 紛爭을 解決하고 合意가 없으면 國內法과 國際法에 따라 解決하도록 한다.<sup>43)</sup> 이러한 점을 종합적으로 검토해 보면 契約에 準據法이 明示되지 않은 경우에는, 契約의 目的, 性質, 當事者, 기타 모든 事情을 합리적으로 고려하여 準據法이 決定되어야 하며, 受容國의 國內法이 당연히 準據法으로 적용되어진다는 주장은 통할 수 없다고 본다.<sup>44)</sup>

### 3. 國際企業의 國有化問題

#### 가. 國有化의 權利

外國資本 및 國際企業의 受容國들은 自國의 國家的 目的을 위하여 이를 國有化<sup>45)</sup>할 수 있는 權利가 있음을 천명해 왔으며, 또 실제로 과거 20년 동안 政府가 外國資本에 대하여 國有化措置를 취하였다고 주장된 경우가 무려 260회에 달한다.<sup>46)</sup> 이러한 外國資本의 國有化는 대부분 開發途上國 또는 後進國에서 發生하였는데, 이는 海外投資家로서의 國際企業과 그 本國의 權益에 심각한 위협이 되어 온 것이 사실이다.

國際法上 어느 국가도 國有化할 수 있는 權利, 즉 國有化의 權利를 갖고 있음이 인정되고 있다.<sup>47)</sup> 그런데 傳統的인 見解에 의하면, 國有化의 權利와 별도로, 이러한 權利가 合法的으로 行使되기 위해서는 그 條件으로서 '公益의 原則', '差別禁止의 原則', 그리고 '補償支給의 原則' 등을 충족시켜야 한다.<sup>48)</sup> 그러나 一部の 見解는 公共의 目的을 위하여 財産을 收用하는 경우

41) 張孝相, 前掲書, pp. 856~864.

42) 그 구체적인 예로서는, "the principle of good will and good faith as well as a reasonable interpretation.....of the agreement," "good will and sincerity of belief and...the interpretation of this Agreement in a fashion consistent with reason," "legal principles familiar to civilized nations", "such principles and rules of international law as many be relevant," "principles of law recognized by civilized nations" 등이 있다. Burns H. Weston et al., *op. cit.*, p. 715 참조.

43) 協約 第42條 1項.

44) 李漢基, 前掲書, p. 647.

45) 財産(權)의 強制的 取得을 일반적으로 'taking'이라고 하며, 補償이 수반되는 taking을 '收用(expropriation)'이라고 한다. 반면에 아무런 補償 없이 이루어지는 財産의 強制的取得을 '沒收(confiscation)'라고 하며, 대규모로 행해지는 一般的 收用(general expropriation)을 '國有化(nationalization)'라 한다(Burns H. Weston et al., *op. cit.*, p. 674). 그러나 오늘날은 收用과 國有化를 엄격히 區別하지 않고 대개 國有化라는 用語를 사용하고 있다(張孝相, 前掲書, p. 749 참조).

46) Donald T. Wilson, *op. cit.*, p. 171.

47) 崔載勳, "國有化의 合法性에 관한 問題", 『法學研究』 第12卷 第1號, 釜山大學校 法政大學, 1970, p. 7.

48) J. G. Starke, *Introduction to International Law*(8th ed.), Butterworths, 1977, p. 326.

에는 補償이 지급되지 않아도 合法的이라고 하며,<sup>49)</sup> 國有化와 收用을 區別하여, 收用の 경우는 補償支給이 그 合法化의 要件이 되나 國有化의 경우에는 補償은 단지 그 效果일 뿐이라고 하는 見解도 있다.<sup>50)</sup> 오늘날 國有化의 合法性에 관한 논의는 주로 補償의 原則을 둘러싸고 이루어지고 있는 듯하다.

그런데, 國有化措置가 讓許契約의 破棄를 수반하는 경우, 契約上の 權利破棄도 財産權의 國有化에 해당하므로 讓許契約의 破棄 그 자체가 國際法上 어떠한 效果가 있는지에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 만일 讓許契約이 國內公法上 契約에 해당한다고 보는 경우, 受容國側에 契約의 一方的 破棄 내지 變更權이 있다고 할 수 있으며, 이러한 一方的 破棄權에 의하여 國有化措置를 단행한 경우에 契約의 破棄 그 자체는 國有化의 合法性을 판단하는 데 무관하게 되므로 다른 要件의 충족 여부를 판단하여 國有化의 合法性을 판단하여야 한다.<sup>51)</sup>

讓許契約을 私法上的 契約으로 보거나 條約에 準하는 것으로 보는 경우에는 契約 또는 條約에 대해서는 어느 당사자도 일방적으로 破棄할 수가 없게 되며, 만일 일방적으로 파기하는 경우에는 契約侵害가 되어 그 자체로 不法行爲로 된다. 특히 讓許契約의 國際化를 인정하는 경우에는, 이를 일방적으로 破棄하는 國有化國은 國際企業에 대하여 國際法違反에 따른 賠償責任을 져야 하는 것이다.

國際讓許契約은 國家가 일방적으로 國際企業에 利權을 부여하는 것이 아니라 상호이익을 목적으로 체결한 것으로서 '國際化된 合意'에 해당하는 것으로 보는 것이 옳다고 본다. 따라서, 受容國이 讓許契約의 당사자인 國際企業을 合法的으로 國有化하기 위해서는 讓許契約의 終了에 대하여 國際企業과 별도의 합의가 있어야만 한다. 예를 들어, 1955년에 제정된 리비아의 石油法 第16條에서 "契約上の 權利는 當事者間의 合意에 의하지 아니 하고는 이를 변경할 수 없다"고 규정하고 있다.<sup>52)</sup> 따라서 國家라 할지라도 安定化條項이 포함되고 있는 國際讓許契約을 일방적으로 無效化하거나 變更할 수는 없다고 하겠다.<sup>53)</sup> 이는 恣意的인 경우는 물론이려니와 事情變更을 이유로 하는 경우에도 마찬가지이다.

물론 國家間의 條約의 경우에도 일정한 條件下에서 '事情變更의 原則'(doctrine of *rebus sic stantibus*)에 따른 條約의 終了가 가능하고,<sup>54)</sup> 國際判例<sup>55)</sup>에 의해서도 일반적인 事情變更의 原則의 존재 자체가 부인되지는 않지만, 오늘날 學說과 慣行을 보면 事情變更을 이유로 條約

49) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 538.

50) 李仲範, 『外資國有化論』, 一朝閣, 1979, p. 109.

51) Foigel에 의하면 國有化措置가 國際法違反이 되지 않는 상황이, 國有化措置로 인하여 契約이 破棄되었다는 이유로 해서 바뀌지는 않는다고 한다(Burns H. Weston et al., *op. cit.*, p. 718)

52) 이를 '安定化條項(stabilization clause)'이라고 한다. 이에 관해서는 張孝相, 前掲書, pp. 851~856 참조.

53) 이러한 '安定化條項'을 위반하여 행해진 일련의 外國系石油會社들에 대한 國有化措置로 인하여 발생한 紛爭事件의 하나인 'Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic Case'의 單獨仲裁人(sole Arbitrator)인 Dupuy는 '條約履行의 原則'(pacta sunt servanda)이 國際法の 根本原則이라고 하면서, 어떠한 國家라도 外國人과 締結한 契約을 성실히 준수할 義務가 있다고 하였다. 따라서 合意에 의하지 아니하고 일방적으로 國有化措置를 취한 리비아 정부는 國際法을 違反한 것이 되며 여기에 대하여 國際的 責任을免할 수 없다고 判示하였다. Burns H. Weston et al., *op. cit.*, pp. 733~734 참조.

54) Article 62 of the Convention on the Law of Treaties 참조.

55) The Free Zones Case(1932), P.C.I.J., Ser. A/B, no. 46.

을 修正하거나 破棄하기 위해서는 다른 當事國의 明示的 또는 默示的 同意가 필요하다고 한다.<sup>56)</sup> 따라서 受容國의 입장에서 讓許契約의 一方的 破棄가 가능하다고 주장하는 근거로서 事情變更의 原則을 援用하는 것은<sup>57)</sup> 적절하지 않다.

#### 나. 補償의 問題

補償(compensation)이라고 하는 것은 合法的 權利行使에 의하여 特定人이 입은 損失을 填補하는 것을 의미한다. 따라서 國有化의 경우에 補償이 行해져야 한다는 것은 國有化의 合法性을 위한 條件이 충족되는 것을 前提로 한다. 즉 公益의 原則과 無差別의 原則이 지켜져야 될 뿐만 아니라 관련 條約을 違反해서도 안 된다. 또한 安定化條項 등이 포함되고 있는 契約을 일방적으로 파기해서도 適法한 國有化가 될 수 없다. 이러한 모든 조건이 충족된 경우에 補償支給의 原則이 적용되며, 따라서 이 原則에 따라 補償이 支給되는 경우에 한하여 國有化는 合法性을 띠게 된다.<sup>58)</sup> 그리고 補償支給이 合法的 國有化의 要件이 아니라고 하더라도 補償은 결국 合法的인 國有化에 따른 義務로서 行해져야 하는 것이다.

문제는 다른 國有化의 合法性要件을 충족시키지 못하는 경우와 함께 契約違反을 수반하는 國有化의 경우 그 法的 救濟의 성질이 무엇이며, 또한 어느 정도 法的 救濟를 해야 하느냐 하는 것이다. 適法한 國有化의 경우 補償은 國有化措置로 인하여 國有化國이 얻은 이익을 한도로 이행되면 족하며, 그 근거도 '犧牲의 公平한 負擔'이라고 하는 公平의 觀念이나 不當利得(unjust enrichment)의 排除에서 도출되는 데 비하여,<sup>59)</sup> 不法的인 國有化는 契約違反의 경우를 포함하여 國際法違反行爲가 되기 때문에, 이 경우 이행되어야 하는 것은 損失에 대한 補償이 아니라 損害에 대한 賠償이라는 점을 주의할 필요가 있다.

國際讓許契約의 違反을 수반하는 國有化의 不法성을 주장하는 입장에서는, 이에 따른 法的 救濟는 단순한 損失補償이 아니라 法的 制裁로서의 '原狀回復'(restitutio in integrum)이나 '特定履行'(specific performance)<sup>60)</sup>이어야 된다고 하며, 그것이 可能하지 않을 때에는 直接損害뿐만 아니라 讓許契約의 破棄에 의하여 喪失된 期待利益으로서의 間接損害도 모두 賠償해 주어야 한다고 본다.<sup>61)</sup> 앞에서 언급한 TOPCO社와 CALASIATIC社 對 리비아 政府間의 仲裁事件에서 Dupuy는 리비아 정부로 하여금 마땅히 石油企業과의 체결한 契約을 履行해야 할 義務가 있다고 하면서, 그에 대한 法的 救濟로서 特定履行을 명한 바 있다.

적법한 國有化의 경우에도 補償의 그 基準과 方法에 관하여 많은 논란이 이루어지고 있다. 때문에 國有化에 관한 紛爭은 주로 補償問題를 둘러싸고 발생하고 있다. 先進國側은 전통적으로 迅速·充分·實效的인 補償이 行해져야 한다고 주장해 왔으며,<sup>62)</sup> 國有化를 행하는 開發途

56) 李丙朝, 李仲範, 前掲書, p. 242.

57) Samuel K. B. Asante, "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", p. 242.

58) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 533.

59) 李仲範, 前掲書, pp. 101~105.

60) 特定履行은 契約의 內容인 債務의 履行을 法的으로 命令하는 것으로서, 원래 英美의 衡平法(equity) 上의 救濟方法이다.

61) Burns H. Weston et al., *op. cit.*, p. 720.

62) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 533.

上國側은 보상에 관한 基準과 方法은 國有化國 스스로 결정할 수 있다고 주장해 왔다. 이와 관련하여 1973년 12월에 채택된 「天然의 富와 資源에 대한 永久的 主權에 관한 決議」<sup>63)</sup>에서 이른바 資源主權의 發動으로서 행해진 國有化에 따른 補償額과 그 支給方法의 決定權은 國有化國이 갖는다고 규정된 바 있으며, 이는 1974년의 新國際經濟秩序樹立宣言과 國家의 經濟的 權利義務憲章에서도 확인되고 있다. 憲章 第2條 2項 C에 보면 外人財産의 國有化의 경우 國家는 自國의 國內法 및 自國이 타당하다고 인정하는 모든 事情에 비추어 '適切한'(appropriate) 補償을 하도록 하고 있으며, 그로 인한 紛爭發生時에도 當事國의 '主權平等의 原則'과 '紛爭解決方法의 自由選擇原則'에 의하여 다른 平和的 解決方法에 동의하지 않는 한 國有化國의 國內法院에서 그 國內法을 適用하여 해결하도록 하고 있다.

#### 4. 關聯紛爭의 解決과 外交的 保護制度

國際讓許契約이나 投資의 保護와 관련하여 受容國과 國際企業間에 紛爭이 발생할 가능성은 매우 높다. 그런데 과거부터 國際企業의 國有化 등 投資紛爭이 受容國의 國內法에 의하여 해결되도록 회부되는 경우가 많았으며, 그 결과에 대하여 國際企業이나 그 本國이 異議를 제기하는 경우도 非一非再하였다. 특히 國際企業의 本國은 外交的 保護權에 따라 自國民을 위한 措置를 취할 수 있기 때문에 受容國 對 國際企業間의 紛爭은 受容國과 本國間의 紛爭으로 발전되는 경우도 종종 발생하였다. 그러나 주로 開發途上國인 受容國側은 國際企業의 本國인 強大國의 外交的 保護를 自國의 主權行使에 대한 不當한 制約이나 干涉으로 규정하여 이를 배제하는 데 적극적이었다.

國家의 外交的 保護權은 國家의 固有한 權利로서 인정되고 있다.<sup>64)</sup> 外交的 保護는 원칙적으로 자기 國籍을 가진 國民에 대해서만 행사할 수 있는 것으로서, 國際企業과 같은 會社의 경우에도 그 國籍國(national state)에 대해서만 그 權限이 귀속된다고 본다.<sup>65)</sup> 왜냐 하면 外交的 保護權의 행사는 國家의 人的 管轄權行使의 문제이기 때문이다. 그런데 外交的 保護의 대상인 國民의 國籍(nationality)은 상대국에 대하여 法的·實效的으로 대항할 수 있는 것이 되지 않으면 안 되며, 이러한 實效性은 國內法뿐만 아니라 國際法 모두를 고려하여 판단해야 하는 것이다.<sup>66)</sup>

自然人的 경우에 國際司法裁判所(I.C.J.)는 Nottebohm 사건에서 實效的 國籍이란 關係國家에 '眞正한 關聯'(genuine link)이 존재함을 전제로 한다고 판시하였다.<sup>67)</sup> 그러나 會社, 즉 法人의 경우 그 國籍을 결정하는 일반적인 원칙은 아직 확립되어 있지 못하며 국가에 따라 상이한 基準이 적용되고 있는 실정이다.<sup>68)</sup> 그러나 대부분의 國家들은 '設立準據法主義'(Grundungstheorie, theory of incorporation)와 '住所地法主義'(Sitztheorie, seat theory) 가운

63) UN General Assembly resolution 3171(X X )

64) B. Grossfeld, *op. cit.*, p. 243

65) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 401.

66) 柳炳華, 前掲書, p. 621; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 398.

67) Nottebohm case(Liechtenstein v. Guatemala), I.C.J., 1955.

68) W. Levi, *op. cit.*, p. 152.

데 어느 하나에 의하여 會社에 대한 國籍決定의 표준으로 삼고 있다.<sup>69)</sup>

어떠한 基準을 채택하여 회사의 內國人性과 外國人性을 결정하느냐 하는 것은 國內會社法上的의 문제인데, 주로 英美法系國家에서는 前者를, 大陸法系國家에서는 後者를 선택하는 것이 지배적이다.<sup>70)</sup> 그런데 어떠한 基準에 따르더라도 이에 따른 國籍은 극히 형식적임을 면하지 못한다. 예를 들어 外國投資家가 現地法人에 대규모의 株式投資를 하게 되면 內國法人性도 名目上的의 것에 불과하게 되며, 과연 이러한 現地法人에 대하여 受容國(現地國)이 外交的 保護를 부여하게 될지는 의문이다. 즉 회사가 形式的인 國籍과 실제 利害關係를 갖는 당해 企業의 大株主 혹은 經營支配者의 國籍과는 차이가 있을 수 있다. 이 경우 오히려 企業을 실제로 所有하거나 經營을 지배하는 사람의 本國이 진정으로 회사와 관련을 맺고 있다는 점에서, 그 國家에 대하여 外交的 保護權을 인정하는 것이 오히려 'Nottebohm의 原則'에 부합되는 것으로 보인다.

이러한 견지에서 유력한 이론으로 등장하고 있는 것이 바로 '支配理論'이다. 國際企業은 형식적으로는 다양한 國籍을 가진 多數의 企業의 經濟的·經營的 結合體이기 때문에 모든 政策이나 經營方針은 이를 실제로 지배하는 자가 하기 마련이다. 이 때문에 오늘날 國際企業의 受容國이나 本國은 다같이 支配理論을 援用하여 自國의 법률을 적용하려 한다. 즉 支配理論은 회사의 內國人性과 外國人性을 自國의 실제적 이해에 맞게 결정할 수 있는 좋은 근거가 되는 것이다. 受容國은 이를 원용하여 內國에서 外國(國際企業의 本國)의 영향력을 배제하려고 하며, 本國은 반대로 이를 원용하여 外國에서의 자신의 영향력을 증대시킬 목적으로 現地法人에 實效的 支配를 강화하는 수단을 취하는 것이다.

支配理論은 形式的인 기준에 의하여 會社의 國籍을 결정하는 것이 아니라, 法人의 實體를 파악하는 견지에서 판단하는 것이기 때문에 國際企業의 概念的 徵表와 부합되는 점에서, 유력한 이론이 될 수도 있다. 그러나 本國이 外國의 會社에 대하여 영향력을 행사하기 위하여 自國民에 의한 회사의 支配를 관철하고자 시도하는 경우에 受容國과의 사이에 그로 인한 마찰을 초래할 가능성도 있으며, 外交的 保護權의 主體에 관련하여 國籍의 競合(즉, 形式的인 國籍과 實效的인 國籍)이 생기는 등 法的 安定性を 저해하는 결과를 초래한다는 문제점도 있다. 1970년에 Barcelona Traction, Light & Power Co. case(Belgium, v. Spain)는 株主들의 本國인 벨기에가 스페인을 상대로 國際司法裁判所(I.C.J.)에 損害賠償請求의 訴訟을 제기한 것이었다. 원래 캐나다가 會社의 設立準據法上 本國이었으나, 벨기에에는 會社에 생긴 直接的인 損害가 아니라 自國民인 株主에게 발생한 損害를 請求原因으로 삼아, I.C.J.에 提訴하였는데, 이 때 I.C.J.는 벨기에가 會社와 관련하여 外交的 保護를 행사하는 根據가 충분치 못함을 인정하고 會社의 損害에 대한 外交的 保護權은 그 國籍國인 캐나다에 있음을 확인한 바 있다.<sup>71)</sup> 이러한 裁判所의 결정은 바로 會社의 國籍決定에 있어서 支配權說의 적용을 인정하지 않는다는 것을

69) 設立準據法主義에 의하면 會社가 어느 나라든 한 國家의 법에 의하여 합법적으로 설립되기 하면 족하다고 하면서 그러한 會社의 自國內 활동을 승인하는 데 반하여, 住所法說에 의하면 會社가 自國內에서 유효하게 활동을 하려면 그 經營本據地를 갖는 國家의 법에 따른 設立이 필요하다고 하는 追加的인 要件을 설정하고 있는 것이다(B. Grossfeld, *op. cit.*, pp. 43~51).

70) *Ibid.*

71) I. Brownlie., *op. cit.*, pp. 488~489; L. Henkin et al., *op. cit.*, pp. 710~721.

의미하는 것이다. 다시 말하면, 會社의 國籍決定에는 自然人과 같은 '眞正關聯의 原則'이 適用되지 않음을 보여 주는 것이다. 오늘날의 國際企業에 있어서 住所라든가 設立地는 극히 形式的인 것에 지나지 않고 보다 중요한 것은 資本(所有)과 統制(經營)이기 때문에 이러한 實質的 內容을 전혀 외면하는 것도 문제가 될 것이다.<sup>72)</sup>

어쨌든 國際企業에 대한 外交的 保護權은 國籍國만이 행사할 수 있으며, 그것도 企業이 被害를 당한 시점에서의 國籍國만이 外交的 保護를 행사할 수 있게 된다. 이러한 원칙을 '國籍繼續의 原則'(nationality rule)이라고 한다.<sup>73)</sup>

한편 國際法은 自國의 國民이 損害를 입었다고 하여 곧 바로 國家로 하여금 外交的 保護를 행사할 수 있는 權利를 인정하지는 않는다. 外交的 保護權을 행사하기 위해서는 權益을 침해당한 自國民이 在留國에서 이용 가능한 行政的·司法的 救濟節次를 완료해야만 한다. 違法한 國有化의 경우에도 國有化國이 國內的 救濟의 方法을 提供하지 않거나 적절한 救濟를 거부하는 경우, 즉 '司法의 拒否'(denial of justice)가 발생하는 경우에만 本國의 外交的 保護權이 발동됨으로써 國際企業과 受容國間의 문제가 受容國 對 本國間의 國際的 問題로 전환되는 것이다.<sup>74)</sup> 이러한 原則이 '國內的 救濟完了의 原則'(exhaustion of local remedies rule)이다.<sup>75)</sup> 그러나 國內救濟의 原則은 當事國間의 條約이나 契約의 규정에 의하여 그 적용이 배제될 수도 있다. 讓許契約上 규정되고 있는 仲裁條項이나 '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決에 관한 協約'에 따라 國際企業과 受容國間의 投資紛爭이 國際仲裁節次에 바로 회부되는 경우가 바로 그것이다.<sup>76)</sup> 물론 이 경우에도, 讓許契約에 의하여 受容國의 國內的 救濟를 完了할 것이 요구되고 있다면 仲裁節次에 앞서서 國內的 救濟節次가 完了되어야만 한다.<sup>77)</sup>

앞에서 논하였듯이, 外交的 保護權은 被害國民 혹은 企業自身の 權利가 아니라 國家의 固有한 權利이다. 따라서 어떠한 국가도 他國의 外交的 保護權의 행사를 거부할 수 없으며, 受容國과 國際企業間의 讓許契約을 통해서도 國際企業의 本國이 보유한 外交的 保護權을 배제할 수는 없다. 그러나 受容國과 國際企業間의 紛爭에 本國의 개입 가능성을 열어 주는 外交的 保護制度는 많은 문제점이 있는 것이 사실이다. 被害企業을 위하여 外交的 保護를 행사하는 국가는 일반적으로 強大國이기 때문에, 被請求國인 開發途上國 자신에 대하여 政治的 獨立을 위협하는 경우가 발생하는 것을 排除하기 위하여 私企業으로 하여금 여하한 경우에도 本國의 外交的 保護를 요구하지 않겠다는 條項을 契約에 명기하도록 하는 예가 많다. 이를 '칼보條

72) 張孝相, 前掲書, p. 168; 英美의 慣行은 外交的 保護를 行使하는 國家와 保護對象인 會社間의 實質的이며 實效的인 關聯을 要求하고 있다. 그리고 이태리와 스위스도 그러하다고 한다(I. Brownlie, *op. cit.*, p. 486). 이 때문에 '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決에 관한 協約'에서는 當事者들이 紛爭을 調停 또는 仲裁에 회부하기로 동의한 日字에 '外國人の 支配'(foreign control) 때문에 本協約의 目的上 다른 締約國의 國民으로 간주하기로 當事者들간에 합의된 어떤 法人도 '他方締約國의 國民'으로 본다(協約 제 25조 2항 b 後段).

73) *Ibid.*, p. 481.

74) 張孝相, 前掲書, p. 169 참조.

75) I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 495~505.

76) S. M. Schwebel and J. G. Wetter, "Arbitration and Exhaustion of Local Remedies", *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1989, p. 484.

77) '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決에 관한 協約' 제 26조 後段 참조.

項'(Calvo clause)라고 하며,<sup>78)</sup> 受容國의 國內法的 節次에 의해서만 紛爭을 해결하도록 한다는 원칙을 '칼보主義'(Calvo doctrine)라고 한다.<sup>79)</sup> 그러나 이러한 原則이나 條項은 受容國의 國內法院으로 하여금 排他的 裁判管轄權을 갖도록 하는 의미로는 國際法上 一般的으로 許容되지 않는다고 본다. 다만 契約에 이러한 條項이 들어 있는 경우에 이를 國內救濟의 原則을 확인하는 의미로 해석하는 경우에는, 한정적으로 有效한 것으로 볼 수도 있다.<sup>80)</sup>

그런데 만일 國內的 救濟節次에 의하여 紛爭이 적절히 解決되지 않거나 적절한 救濟가 제공되지 않는 경우에는 여전히 國家의 外交的 保護가 가능하게 된다. '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決에 관한 協約' 第 27條 1項에 의하면 協約에 의한 仲裁節次, 즉 '投資紛爭解決을 위한 國際 센터'(International Center for the Settlement of Investment Disputes: ICSID)에 의하여 紛爭을 解決하기로 하는 경우에 本國의 外交的 保護權의 행사를 制限하고 있다. 그러나 이 경우에도 紛爭當事國이 係爭事案에 관하여 내려진 仲裁判定(award)에 따르지 않을 때에는 다시 外交的 保護權을 행사할 수 있다고 본다.

이와 같이 外交的 保護權의 행사에는 國際法上 일정한 原則 및 限界가 있다. 특히 外國法人에 出資한 自國民 株主에 대한 外交的 保護에 많은 제약이 따르며, 國籍國과 實效的인 關聯을 갖지 못하고 있는 國際企業의 경우에 外交的 保護를 기대하는 것도 매우 어렵게 되었다. 現行 外交的 保護制度는 더 이상 國際投資家로서의 國際企業을 實效的으로 保護하는 데 충분한 制度라고 볼 수 없다. 따라서 이제 受容國과 國際企業間의 紛爭은 國際企業의 특별한 지위를 감안하여 國家間의 紛爭, 즉 國際紛爭에 준하여 처리되도록 해야 한다. 이러한 의미에서, 근래 들어 受容國과 國際企業間의 投資紛爭이 國際仲裁節次에 따라 해결되고 있는 것은 매우 바람직하다고 본다. 그 동안 仲裁는 주로 讓許契約에 규정되고 있는 仲裁條項에 따라서 행하여져 왔으나, '國家와 他國國民間의 投資紛爭解決協約'에 의하여 설치되는 ICSID에 의한 紛爭解決方式을 주목할 필요가 있다. 이제 國際企業은 어느 한 國家에 從屬된 存在가 아니고 스스로 國際裁判所의 紛爭解決節次에 參加할 수 있는 當事者適格(jus standi)을 가지고 있다고 할 수도 있는 것이다.<sup>81)</sup> 國際企業을 적절히 規制하는 것도 필요하지만, 그 實體를 인정하여 國際投資紛爭解決節次에 직접 參與할 資格을 주는 것이 衡平의 原則에 부합하는 것이라고 본다.

國際的 紛爭解決節次에 國際企業이 직접 當事者로서 參與할 수 있다고 한다면 이러한 한도에서 外交的 保護制度는 그 存在理由(raison d'être)를 상실하게 되며,<sup>82)</sup> 오히려 受容國의 입

78) *Ibid.*, pp. 546~547; 李漢基, 前掲書, pp. 430~431, 593~594; L. Henkin et al., *op. cit.*, pp. 706~709.

79) Donald R. Shea, *The Calvo Clause*, University of Minnesota Press, 1955, pp. 19~20.

80) 「The North American Dredging Co. case(Mexico v. United States), 1926」에서 1912년에 텍사스의 北美浚渫會社와 멕시코 政府間에 締結된 契約이 破棄된 데 대하여 미국이 직접 仲裁節次에 의하여 損害賠償을 請求한 데 대하여, 契約에 Calvo clause가 들어 있다는 이유로, 兩國이 國內的 救濟節次를 享有하지 않기로 별도로 합의하지 않고 외부된 仲裁事件에 대하여 仲裁委員會는 이를 受理할 수 없다고 棄却하였다.

81) Jonathan I. Charney, "Transnational Corporations and Developing International Law", *Duke Law Journal*, Vol. 1983, pp. 748~788.

82) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M de Waart, "Foreign Investments in Developing Countries-Legal Personality of Multinationals in international Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XIV, 1983, p. 129.

장에서 보면 本國의 干涉을 배제할 수 있는 명분이 성립되는 것이다. 왜냐 하면 被害當事者가 직접 國際的 紛爭解決節次에 參與하여 스스로 法的 救濟를 받게 되는 한 이에 國家가 개입할 필요는 없는 것이며, 이론적으로도 外交的 保護制度는 個人이 國際的 請求를 할 수 없고 오로지 國家만이 이러한 能力을 보유하고 있을 때 인정되는 것이기 때문이다.

## V. 結 論

國際企業은 多國에 걸쳐서 國際的인 事業과 經營活動을 하고 있는 企業이다. 國際經濟 및 海外投資의 主體로서 國際企業이 수행하고 있는 役割이 막중하고 그에 대한 研究가 근래 활발히 이루어지고 있는데도, 아직 用語 및 概念定義에 관한 定說도 없는 상황이다. 그러나 많은 用語와 그에 대한 定義의 내용이 다양하다고 하여도 그 사이에 본질적인 차이는 없다고 본다. 이러한 國際企業은 점차 그 活動範圍를 확대시켜 가고 있으며 조직적인 면에 있어서도 점점 脫國家化함으로써 경제의 世界化를 주도하고 있다.

國際企業은 國際的으로 資本·資源·技術의 移轉을 통하여 世界經濟의 均衡의 發展을 도모하고 있다는 점에서 肯定的으로 평가되기도 하지만, 그 자신이 가지고 있는 막강한 經濟的 能力과 政治力을 背景으로 弱小한 受容國을 經濟的으로 隸屬化하거나 그 獨立性을 저해하고 있다는 否定的인 評價를 받기도 한다. 오늘날 國際聯合의 國際企業委員會에서 추진 중에 있는 行爲法典을 비롯하여 다각도로 모색되고 있는 國際企業의 法的 規制를 위한 노력은 바로 後者의 評價를 바탕으로 해서 나타나고 있는 것이다.

그러나 國際企業은 엄연히 독자적인 國際經濟의 主體로서 活動하고 있으며, 사실상 國家와 대등한 地位에서 契約을 締結하고 紛爭解決에 임하는 등, 國際經濟關係에 상당한 영향력을 행사하고 있다는 사실을 부인할 수 없다. 근래 들어 國際企業의 國際法主體性이 점차 인정되어 지는 경향을 보이고 있다. 國際企業과 受容國이 체결하는 讓許契約의 法的 性質에 대한 인식도 또한 國際的인 맥락에서 이루어지기 시작하였다.

이제 國際企業은 國際經濟法의 主體로서 확고한 위치를 점하고 있다는 점을 부인할 수 없게 되었다. 海外投資는 주로 國際企業을 중심으로 이루어지고 있기 때문에 受容國(資本輸入國)과 本國(資本輸出國) 모두에 있어서 國際企業에 관한 法·制度를 정비하는 것이 시급한 과제로 등장하고 있다. 韓國은 과거처럼 一方的으로 國際企業을 受容하는 단계를 벗어나 海外로 自國企業의 진출을 활발히 추진하는 입장에서 있다. 따라서 韓國은 國內的으로는 國際企業을 통한 海外投資의 誘致에 보다 적극적인 관심을 갖는 한편, 對外的으로는 自國企業을 外國으로 진출시키면서 동시에 이들에 의한 國際投資의 保護方案을 강구해야 하는 二重的 課題를 안고 있다. 韓國은 아직까지 國際企業의 活動을 지원하거나 규제하기 위한 특별한 法을 정립하지 않고 있다. 이제 國際企業의 法的 問題에 대한 면밀한 검토를 바탕으로 보다 실효적이면서도 객관적인 國際企業規範을 정립해야 할 때가 아닌가 생각한다.