

# 國際企業의 國有化의 法的 問題

—國際讓許契約의 一方的 破棄를 中心으로—

金 富 燦\*

## 目 次

- |                            |                      |
|----------------------------|----------------------|
| I. 序 論                     | 2. 永久的 主權理論          |
| II. 國際企業의 國有化의 問題點         | 3. 事情變更의 原則          |
| 1. 國有化의 事例                 | 4. 結 論               |
| 2. 問題의 所在                  | IV. 違法한 國有化에 대한 國際責任 |
| III. 國際讓許契約의 一方的 破棄의 法的 效果 | V. 結 論 및 要約          |
| 1. 行政契約의 理論                |                      |

## I. 序 論

國際法에 있어서 外國人의 財産을 自國의 所有와 管理로 移轉시키는 國有化<sup>1)</sup>(nationalization)의 問題는 國有化에 대한 排他的 管轄權을 주장하는 後進國(開發途上國)의 立場과 海外投資 내지 自國民의 權益을 보호하고자 하는 先進國(주로 西方의 資本主義國家)의 立場이 예리하게 對立되고 있는 分野이다. 과거 傳統國際法의 原則을 살펴보면 國有化에 관한 慣習法의 成立을 인정할 수 없었던 것만도 아니었으나 今世紀 後半에 들어와서 이들을 植民主義(colonialism)의 殘滓로 批判하는 後進國과 新生獨立國, 그리고 共產主義國家들의 집요한 反對로 인하여 國有化에 관한 國際法은

1) 外國人의 財産을 取得하는 國家의 行爲에 대한 用語로 法令과 文獻에서는 taking of property, expropriation, nationalization, dispossession, deprivation, seizure, requisitioning, sequestration 등이 사용되며 우리말로 收用이라는 말도 많이 사용하나 여기서는 國有化(nationalization)를 사용하기로 한다. 用語에 대하여는 Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: "The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.XV, 1984, p.4. 참조.

\* 社會科學大 專任講師

現在 상당한 混亂을 보이고 있는 것이 사실이다.<sup>2)</sup>

國家가 自國의 領域內에 있는 모든 사람 또는 財産에 대하여 排他的으로 支配·管理할 수 있다는 領土主義原則(Territorialitätsprinzip)이 國家主權의 屬性으로 認定되고 있으며 國家의 領域內에 있는 外國人 및 그 財産도 例外는 아니어서 外人 財産도 在留國의 立法措置를 통하여 國有化될 수 있다는 점은 分明하게 是認되어 왔다. 外國人의 保護와 待遇에 관하여 國際的 最小限의 基準(international minimum standard)을 設定함으로써 一定한 要件을 違反한 國有化措置를 違法·無效라고 주장하는 先進國과 이에 反對하는 後進國有化國 사이에 國有化의 合法性을 둘러싸고 많은 論難이 나타났었지만 國有化를 행하는 國家는 물론 資本輸出國인 先進國의 慣行과 學者들의 見解를 莫論하고 國有化를 行할 수 있는 國有化의 權利 그 自體에 대하여는 一致하여 肯定的인 態度를 보이고 있다.<sup>3)</sup>

1952년의 國際聯合總會의 決議(UN General Assembly Resolution 626(VII)), 1955년에 國際聯合總會에서 채택된 國際聯合人權規約(UN Covenants on Human Rights)을 보면 人民은 自決權(right of self-determination)에 基하여 天然의 富와 資源에 대하여 永久的 主權을 행사할 수 있음이 確認되고 있으며, 1962년 12월 14일에 역시 國際聯合總會에서 議決된 天然資源에 대한 永久的 主權宣言(Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources)<sup>4)</sup>에서는 具體的으로 永久的 主權에 基하여 國有化 내지 收用(expropriation)의 權利가 國家에 歸屬된다고 宣言하고 있다. 그리고 1974

2) Ibid., p. 3.

Oliver J. Lissitzyn: *International Law in a Divided World*, International Conciliation No. 542, Carnegie Endowment for International Peace, 1963, pp.40~44.

3) Eduardo Jimenez de Arechaga: "State Responsibility for the Nationalization of Foreign-owned Property", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.11, 1978, p.179.

崔載勳: "國有化의 合法性에 관한 問題", 「法學研究」, 제12권 제1호,釜山大學校法政大學, 1970, pp.10~16.

4) General Assembly Resolution 1803(XVII)

1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the state concerned;

4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, Settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication:

년의 諸國家의 經濟的 權利 義務憲章(Charter of Economic Rights and Duties of States)<sup>5)</sup>에서도 國有化의 權利가 國家의 經濟的 權利의 하나로 規定되고 있다.

後의 二者에 규정되고 있는 國有化關係條項을 보면 具體的인 內容面에서 상당한 差異를 보이고 있어서 오늘날 國有化에 대한 諸國의 態度變化 및 그 對立相을 엿볼 수 있지만 어느 경우에도 國有化의 權利 그 自體에 대하여 論難이 있었던 것은 아니다.

國家에 國有化할 權利가 認定된다고 하여 어떠한 경우에도 任意로 아무런 制限없이 外國人의 財產을 取得할 수는 없다.<sup>6)</sup> 國有化措置가 內國人을 대상으로 행하여지는 것과는 달리 外國人의 財產에 대하여 이를 행하는 것은 全的으로 國內法의 管轄에 屬할 수 없는 國際法上的 問題로, 또는 國有化國과 外國人의 本國(國籍國)間의 問題로 取扱되어 왔다. 주로 海外投資와 관련하여 自國民의 權益을 保護하려는 先進國의 立場에서는 國有化의 權利 그 自體와 國有化措置의 合法性은 別個의 問題이고 國有化措置가 合法的인 것이 되기 위해서는 그것이 國有化國의 公益(public utility)을 위한 目的(public purpose)을 가져야 하고, 內外國人 또는 外國人 相互間에 無差別의 (nondiscriminatory)으로 이루어져야 하며 또한 반드시 補償(compensation)을 支給하지 않으면 안된다고 하였다.<sup>7)</sup>

이러한 要件을 갖추지 않으면 國有化措置는 國際法違反이 되고 여기에 대하여 國有化國은 國際責任(international state responsibility)을 免할 수 없다고 하였다. 즉 公益의 原則, 差別禁止의 原則, 補償支給의 原則이 國有化行使에 관한 國際法으로 전통적으로 주장되어 온 것이다. 특히 補償에 관하여 資本輸出國들은 正統的인 基準(orthodox standard)<sup>8)</sup>으로서 充分·迅速·效果의인 補償(adequate, prompt and effective compensation)을 요구해 왔는데, 國有化에 관한 紛爭에 있어서 이러한 要求가 항상 받아들여졌는가 하는 것은 疑問이나 어쨌든 國有化措置의 合法性은 國際的인 基準에서 判斷되어야 한다는 意味에서 이러한 주장이 아직도 傳統的인 國際法의 原則으로서의 性格을 완전히 상실하였다고 보지는 않는다.

5) General Assembly Resolution 3281(XIX I X), Chapter II.

2. Each State has the right:

(c) to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.

6) 崔載勳: 前揭論文, p. 17.

Hersch Lauterpacht: *International Law*, Vol. 4, E. Lauterpacht(ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 32.

7) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., p. 9.

8) Michael J. Levitin: "Nationalization: Appropriate Standard of Compensation", *Harvard International Law Journal*, Vol. 25, 1984, p. 497.

先進國의 주장은 가급적 投資受容國에서 國有化措置를 행하는 것을 抑制하려는 의미가 큰 것으로, 海外投資를 통하여 資本을 輸出하는 先進國의 立場에서 投資의 保護 내지 保障方案은 항상 중요한 課題로 附課되고 있음을 알 수 있다. 國有化措置는 投資에 대한 危脅中에서 가장 큰 영향을 미치는 것이므로 先進國의 立場에서는 潛在하고 있는 國有化의 可能性을 最小限으로 抑制시킬 수 있는 方案을 摸索해 왔다. 그러한 方法으로서, 國家間的 投資保護條約(investment protection treaty)에서<sup>9)</sup> 國有化의 要件을 엄격하게 규정하고<sup>10)</sup> 外交의 保護權(right of diplomatic protection)을 행사하여 國有化에 적극적으로 對處하는 方法이 있으며, 직접 資本을 所有하는 投

9) 二國間的 條約으로서는 友好通商航海條約(Friendship, Commerce, and Navigation Treaty:FCN) 이 과거에 많이 利用되어 왔으나 오늘날에는 兩國間的 投資條約(Bilateral Investment Treaty:BIT)이 흔히 체결되고 있다: Joseph E. Pattison: "The United States-Egypt Bilateral Investment Treaty: A Prototype For Future Negotiation", *Cornell International Law Journal*, Vol.16, 1983, pp.305~306.

10) 美國과 이집트 사이에 체결된 BIT의 규정을 보면 Article 3에서 다음과 같이 규정하고 있다.

(1) No investment or any part of an investment of a national or a company of either Party shall be expropriated or nationalized by the other Party or a political or administrative subdivision thereof—or subjected to any other measure, direct or indirect (including, for example, the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of such an investment, or impairment or deprivation of management, control or economic value of such an investment by the national or company concerned), if the effect of such other measure, or a series of such other measures, would be tantamount to expropriation or nationalization (all expropriations, all nationalizations and all such other measures hereininafter referred to as "expropriatin")—unless the expropriation

(a) is done for a public purpose;

(b) is accomplished under due process of law;

(c) is not discriminatory;

(d) is accompanied by prompt and adequate compensation, freely realizable; and

(e) does not violate any specific provision on contractual stability or expropriation contained in an investment agreement between the national or company concerned and the Party making the expropriation.

Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment on the date of expropriation. The calculation of such compensation shall not reflect any reduction in such fair market value due to either prior public notice or announcement of the expropriatory action, or the occurrence of the events that constituted or resulted in the expropriatory action. Such compensation shall include payments for delay as may be considered appropriate under international law, and shall be freely transferable at the prevailing rate of exchange for current transactions on the date of the expropriatory actions.

(2) If either Party or a political or administrative subdivision thereof expropriates the investment of any company duly incorporated, constituted or otherwise duly organized in its territory, and if nationals or companies of the other Party, directly or indirectly, own, hold or have other rights with respect to the equity of such company, then the Party within whose territory the expropriation occurs shall ensure that such nationals or companies of the other Party receive compensation in accordance with the provisions of the preceding parargaph.

資家(investor)로서의 私人이 受容國과 契約을 체결하여 活動하는 경우에 이러한 契約의 規定을 통하여 投資保護의 目的을 達成하는 方法도 많이 나타나고 있다.

後者の 경우는 先進國의 企業이 母企業(parent company)이 되어서 投資受容國에 支店이나 子會社를 두거나 獨立現地法人 또는 合作會社(joint venture)를 設立하여 資本을 輸出하고 經營에 參加함으로써 投資利益을 獲得하는 國際企業(transnational corporations)<sup>11)</sup>의 立場에서 흔히 사용되고 있다. 國際企業은 本國(home country)의 海外投資方案의 하나로 생각할 수도 있으나 오늘날은 國際企業 스스로 獨自的인 立場에서 經營戰略을 수립하고 經濟活動을 하는 만큼 獨自的인 國際經濟活動의 主體라고 인정될 정도로 國際經濟關係에서 중요한 役割을 擔當하고 있다. 國際企業은 國際的으로 資本, 資源 그리고 技術의 移轉을 통하여 後進國의 經濟發展과 國際經濟의 擴大에 기여하는 면도 많지만 한편 자신이 가지고 있는 莫強한 經濟力과 本國의 政治力을 背景으로 해서 弱小한 地位에 있는 受容國(host country)에 대하여 政治的·經濟的으로 否定的인 影響을 끼쳐 온 점도 否認할 수는 없다.

따라서 國際企業의 活動에 대한 效率的인 規制가 受容國의 주된 課題가 되고 있으며 경우에 따라 강력한 規制措置로서 國有化가 행해질 수도 있는 것이다. 問題는, 앞서서도 言及한 바 있듯이 國際企業이 受容國과 契約(state contract)을 체결하고 있는 경우<sup>12)</sup> 이를 受容國이 一方的으로 破棄함으로써 國有化를 행하는 것이 國際法上 어떠한 問題를 惹起시키느냐 하는 것이며, 특히 重要한 意味가 있는 것은 國際讓許契約(concession agreement)에 관해서이다. 보통의 경우 國際企業의 國有化는 國際讓許契約의 破棄를 意味하는데 그 契約의 性格과 關聯하여 契約의 一方的 破棄가 國際法違反이나 아니냐에 따라서 國有化에 대한 評價가 크게 달라지기 때문이다.

그러므로 國際企業의 國有化에 관한 論議는 주로 이러한 問題와 關聯하여 이루어지고 있다고 할 수 있다.

11) B. Grossfeld. 鄭熙喆譯, 「多國間企業의 法律問題」, 三英社, 1981, pp.14~15.

用語로서는 transnational corporations外에 multinational enterprises, international corporations 등도 흔히 쓰이고 있다. 그리고 概念 定義에 관해서 아주 다양한 견해들이 나오고 있다. 여기에 대하여는

盧宅煥: 「多國籍企業의 用語와 概念 定義」, 「社會科學研究」, 第三輯 第一卷, 嶺南大附設社會科學研究所, 1982. 참조.

12) Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, 3rd (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 547.

山本敏三: 「國際取引法」, 東京, 學陽書房, 1984, pp.153~154.

## II. 國際企業의 國有化의 問題點

### 1. 國有化의 事例—The Libyan Nationalization Cases—<sup>13)</sup>

1951년 獨立時의 리비아는 매우 가난하고, 알려진 天然資源도 거의 없어서 發展의 희망이 全無한 상태에 있었는데 石油資源의 發見으로 해서 비약적인 經濟開發을 위한 계획을 수립할 수 있게 되었다. 이 때 자체의 資本과 技術의 不足으로 말미암아 外國의 資本과 技術을 導入할 必要가 있어서<sup>14)</sup> 法的으로 이를 뒷받침하기 위해서 制定한 것이 1955년의 石油法(petroleum law)이다. 石油法은 그에 根據하여 石油利權(petroleum concessions)이 契約에 의하여 外國企業에 讓許될 수 있는 條件을 規定하고 있으며 또한 그러한 國際讓許契約의 체결을 위한 標準契約書(a standard form of deed of concession)도 規定하고 있다.

따라서 以後에 리비아 政府와 外國企業 사이에 체결되는 國際讓許契約은 모두 標準契約書의 形式과 內容에 따라 成立되었는데 그 가운데 British Petroleum Exploration company(BP로 略稱)와 리비아가 1957년에 체결한 契約, 1955년부터 1966년에 이르기까지 Texaco Overseas Petroleum company(TOPCO로 略稱)와 California Asiatic Oil company(CALASIATIC으로 略稱)가 리비아와 체결한 12개의 契約, 그리고 1955년에 Libyan American Oil company(LIAMCO로 略稱)와 리비아가 체결한 7개의 契約이 여기서 문제가 되는 것이다.<sup>15)</sup> 이 契約에 의해서 各 會社들이 石油의 探查, 採掘에 參加하게 되었고 이 石油의 輸出에 의하여 리비아는 前例없는 經濟發展을 이룩하게 되었다.

그런데 1971년 11월 29일과 30일에 이란이 英國의 保護下에 있던 3개의 섬(Abu Musa, the Greater, Lesser Tumb)을 占領한 데 대하여 英國이 아무런 措置도 취하지 않았다는 이유로 1971년 12월 7일 리비아는 英國石油會社의 子會社인 BP의 財産과 權利를 國有化하였고, 1974년 2월 11일을 기해서는 美國이 政治적으로 이스라엘을 支援한다는 이유를 들어 TOPCO, CALASIATIC, 그리고 LIAMCO의 모든 財産과 權利를 國有化한다고 발표하였다.<sup>16)</sup> 英國과

13) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: "International Arbitration between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases", *American Journal of International Law*. Vol.75, 1981, pp.476~552.

14) Hasan S. Zakariya: "Sovereignty over Natural Resources and The Search for a New International Order", Kamal Hosain (ed.). *Legal Aspects of the New International Economic Order*. New York. Nichols Publishing Co.. 1980, p.212.

15) Ibid., pp.478~479.

Rudolf Dolzer: "British Petroleum v. Libya Arbitration", in: Bernhardt (ed.). *Encyclopedia of Public International Law* [Installment 2(1981) pp.40~41].

Rudolf Dolzer: "Libya-Oil Companies Arbitration", in: Bernhardt (ed.). *Encyclopedia of Public International Law* [Installment 2(1981) pp.168~171]

16) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op. cit., pp.483~485.

美國은 리비아의 國有化措置가 恣意的(arbitrary)이고 差別的(discriminatory)인 것이며 특히 政治的 目的만을 위한 것으로서 傳統的인 國有化의 原則에 符合되지 않는다고 하고, 또한 契約에 규정되어 있는 安定化條項(stabilization-of-rights provision: Clause 16)<sup>17)</sup>을 違反한 것이기 때문에 國際法違反이라고 抗議를 提起하였으며 各 會社들도 리비아의 國有化措置가 國際讓許契約을 違反하여 行해진 것을 理由로 國際法違反임을 주장하였으며 이어서 契約에 규정된 仲裁條項(arbitration provision: Clause 28)<sup>18)</sup>에 따라 仲裁節次를 開始하였다. 그렇게 해서 the BP arbitration, the TOPCO/CALASIATIC arbitration, the LIAMCO arbitration의 세개의 仲裁事件이 이루어진 것이다.<sup>19)</sup>

17) Clause 16:

- (1) The Government of Libya will take all steps necessary to ensure that the company enjoys all the rights conferred by this Concession. The contractual rights expressly created by this concession shall not be altered except by mutual consent of the parties.
- (2) This Concession shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum Law and the Regulations in force on the date of execution of the agreement of amendment by which this paragraph (2) was incorporated into this concession agreement. Any amendment to or repeal of such Regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent.

18) Clause 28:

1. If at any time during or after the currency of this Concession any difference or dispute shall arise between the Government and the Company concerning the interpretation or performance hereof, or anything herein contained or in connection herewith, or the rights and liabilities of either of such parties hereunder and if such parties should fail to settle such difference or dispute by agreement, the same shall, failing any agreement to settle it any other way, be referred to two Arbitrators, one of whom shall be appointed by each such party, and an Umpire who shall be appointed by the Arbitrators immediately after they are themselves appointed.

In the event of the Arbitrators failing to agree upon an Umpire within 60 days from the date of the appointment of the second Arbitrator, either of such parties may request the President or, if the President is a national of Libya or of the Country where the Company was incorporated, the Vice-President, of the International Court of Justice to appoint the Umpire.

2. The institution of Arbitration proceedings shall take place upon the receipt by one of such parties of a written request of Arbitration from the other which request shall specify the matter in respect of which Arbitration is required and name the Arbitrator appointed by the party requiring Arbitration.

3. The party receiving the request shall within 90 days of such receipt appoint its Arbitrator and notify this appointment to the other of such parties failing which such other party may request the President, or in the case referred to in paragraph 1 above, the Vice-President, of the International Court of Justice to appoint a Sole Arbitrator and the decision of a Sole Arbitrator so appointed shall be binding upon both such parties.

- 19) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., pp.488~489.  
 Rudolf Dolzer: "British Petroleum V. Libya Arbitration", pp.40~42.  
 Rudolf Dolzer: "Libya-Oil Companies Arbitration", pp.168~171.

## 2. 問題의 所在

國際企業이 外國에 進出하여 經濟活動을 하는 경우, 주로 後進國인 受容國과의 사이에 天然資源의 探查 및 開發에 參與하고 또한 이를 위한 長期的 施設投資의 目的으로 獨占的 혹은 制限的 權利(concession)를 讓許받는 契約을 체결하게 되는데 이것이 國際契約의 特別한 形態인 國際讓許契約이다.<sup>20)</sup> 前述한 事例 가운데 石油探查와 開發을 目的으로 하여 리비아와 各 會社 사이에 체결된 契約들도 이에 속한다.

이러한 契約은 상당히 長期間에 걸쳐서 效力을 發生하도록 하는 것이 보통인데 契約期間中에 여러 가지 事由에 의하여 契約의 變更 또는 破棄가 行해될 可能性을 排除할 수 없기 때문에 契約의 安定성과 不可侵性을 確保하기 위하여 安定化條項을 두는 것이 一般的이다. 安定化條項은 兩當事者의 合意가 없는 한 契約을 變更 또는 破棄할 수 없도록 하고 受容國의 法令改正에 의하여도 契約은 그대로 維持된다고 하는 것으로 國際企業 자신의 權益을 保護하는 중요한 意味가 있는 것이다. 또한 國際讓許契約은 仲裁條項을 규정함으로써 契約에 관하여 紛爭이 發生한 경우에는 受容國의 國內裁判所에 의하지 않고 國際的인 仲裁節次에 따라 解決할 수 있도록 함으로써 公正하고도 客觀的인 紛爭解決方法을 통한 契約의 國際化(internationaliation)를 꾀하고 있다.<sup>21)</sup> 國際讓許契約은 準據法條項(choice-of-law provision)에 있어서도 國際化된 形態를 보이고 있는 것이 많다. 리비아와 各 會社들이 체결한 契約의 Clause 28을 보면 오직 리비아 國內法만의 適用을 排除하고 國際法의 原則과 法의 一般原則의 適用을 規定하고 있으며 國內法은 國際法의 原則과 共通되는 한도에서 準據法이 될 수 있도록 하고 있다.<sup>22)</sup>

國際讓許契約은 國家와 私企業間的 契約이기 때문에 本質上 私法的 契約임을 否認할 수는 없다. 그러나 이는 단순한 私法契約과는 달리 一方當事者가 國家이고 그 目的이 國家의 經濟開發이라는 의미에서 公共性을 가지고 있으며 他方當事者도 國際經濟關係의 주요한 行爲者로 認識되고 있는 國際企業이기 때문에 보통 經濟開發協定(economic development agreement)이라고 부르며 私法契約과는 別個의 性格을 부여하고자 한다.<sup>23)</sup> 앞에서 보았듯이 이러한 契約은 安定化條項,

20) Ian Brownlie: op. cit., p.547.

21) D. W. Grieg: *International Law*, 2nd (ed.), London, Butterworths, 1976, p.562.

Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op. cit., pp.511~512.

山本敬三:前掲書, p.159.

22) Clause 28:

7. This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals.

23) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.512, 註128.

Burns H. Weston et al.: *International Law and World Order*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1980, p.714.

田畑茂二郎:「國際法講義下」, 東京, 有信堂高文社, 1984, p.34.



仲裁條項, 準據法條項을 통하여 國際化된 形態를 보이고 있으며 이들 規定은 契約의 當事者인 國家와 國際企業을 對等한 國際法의 主體(subject of international law)로 看做할 수 있는 有力한 證據가 되는 것이라고 하여 契約의 國際化 내지 條約化를 주장하는 見解가 있다.<sup>24)</sup> 이러한 立場에서는 國際讓許契約을 破棄하고 國際企業을 國有化하는 것은 國際化된 契約을 違反하여 財産과 契約의 權利를 取得하는 것이기 때문에 직접적으로 國有化國의 國際責任을 發生시키는 不法의 國有化가 된다고 한다.<sup>25)</sup>

그런데 一般的으로 國際讓許契約을 條約으로 볼 수 있는가는 疑問이다.<sup>26)</sup> 특히 問題가 되는 것은 國際企業의 國際法主體性이 認定될 것인가 하는 것인데<sup>27)</sup> 一部の 見解가 肯定的으로 보는 反面에 다수의 立場은 國際企業의 國際法定立能力을 確實하게 肯定하기를 주저하는 形편으로 보인다.<sup>28)</sup> 오히려 이러한 立場에 의하면 國際讓許契約은, 國際企業의 地位가 國內私인과 하등의 差異가 없는 것이기 때문에 그 公共性에 비추어 國內公法的 契約이거나 아니면 私法的 契約과 公法的 契約의 混合的 性格을 가지지만 그 比重은 公法的 性格이 더 크다고 한다.<sup>29)</sup> 이들은 國際讓許契約을 최소한 私法的 契約으로 認定함으로써 負擔하게 될 契約의 神聖性(sanctity of contract) 내지 不可侵性的 尊重도 拒否하고자 하는 것으로 생각된다.<sup>30)</sup>

後進國側은 一般的으로 國際讓許契約의 國際的 性格을 否認함은<sup>31)</sup> 물론 安定化條項, 仲裁條項, 準據法條項에 의하여 國際化된 경우에 있어서도 이에 拘束당하지 않으려고 한다. 이들은 受容國에 의하여 國際企業에 讓許된 權利는 國家의 主權에 從屬되는 것이므로 國際企業은 契約에 의하여 國際法上 權原(de jure titles)은 取得할 수 없고 事實上的 權原(de facto titles)만을 가지게 된다고 하고<sup>32)</sup> 어떠한 경우에도 受容國은 自由롭게 國際企業의 財産과 權利를 國有化할 수 있으며 그로 말미암아 契約을 破棄하더라도 契約의 一方的 破棄權이 國家에 있기 때문에 그 자체로서는

24) Samuel K. B. Asante: "The Concept of Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process", K. Hossain (ed.): op.cit., p.241.

Burns H. Weston et al.: op.cit., p.715.

Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.512.

25) Ian Brownlie: op.cit., p.548.

26) the Anglo-Iranian Oil Company case (ICJ Reports (1952) p.112)

27) D. Kokkini-Iatridou and P.J.I.M. de Waart: "Foreign Investment in Developing Countries—Legal Personality of Multinationals in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. X IV, 1983, pp.117~124.

28) Werner Levi: *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Colorado, Westview Press, 1975, p.75.

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

30) Samuel K. B. Asante: op.cit., p.240.

31) Eduardo Jimenez de Arechaga: "Application of the Rules of State Responsibility to the Nationalization of Foreign-Owned Property", K. Hossain (ed.), op.cit., p.228.

32) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., p.47.

어떠한 國際法違反의 結果도 되지 않는다고 하는 것이다.<sup>33)</sup> 또한 이들은 天然資源에 대한 永久的 主權概念이 소위 國際強行規範(jus cogens)화 된 것으로서 어떠한 國際法上的 制限도 永久的 主權行使로서의 國有化措置를 妨害할 수 없다고 하며 설사 國際讓許契約이 國際化되어 있다고 할지라도 事情變更의 原則(doctrine of rebus sic stantibus)에 의하여 契約의 一方的 破棄가 可能하다고 한다. 그리고 무엇보다도 중요한 것은 國際讓許契約을 프랑스 行政法上的 行政契約(contrat administratif)의 概念으로 體系化함으로써 國內化하고자 하는 見解이다.<sup>34)</sup> 이에 의하면 國際讓許契約은 本質적으로 行政契約과 같은 것이기 때문에 契約의 一方的 破棄權이 受容國에게 當然히 歸屬된다고 한다.

앞에서 예를 든 事件이나 기타 여러 가지 國有化의 事例들을 보면 國際企業의 國有化에 있어서 國際讓許契約의 法的 性質이 紛爭의 主要한 論點이 되고 있음을 알 수 있다.<sup>35)</sup> 請求人(claimant)들은 國際讓許契約의 國際化를 주장하고 契約의 違反은 직접적으로 國有化國의 國際責任을 惹起시킨다고 하는 데 反하여 被請求人(respondent)들은 國際讓許契約의 國內化를 내세워 契約의 一方的 破棄權이 자신에게 있기 때문에 契約의 破棄 그 自體는 어떠한 國際法의 違反도 될 수 없으며 國際責任도 지지 않는다고 하고 있는 것이다.

물론 國際讓許契約의 違反이 國際法의 違反인가 아닌가 하는 것이 國有化의 合法性을 判斷하는 데 고려해야 할 전부는 아니다. 그러나 전통적으로 주장되어 온 國有化의 合法性條件인 公益의 原則, 差別禁止의 原則, 補償支給의 原則과 對等하게 아니면 優先적으로 論議되어야 하는 것이라고 보기 때문에 本稿는 우선 이 問題에 局限하여 檢討하고 結論을 提示하기로 한다.

### Ⅲ. 國際讓許契約의 一方的 破棄의 法的 效果

여기서 檢討하고자 하는 것은, 國際讓許契約의 一方的 破棄가 正當化될 수 있다는 根據로서 提起되고 있는 理論으로 위에서 言及한 바 있는 行政契約의 理論, 天然資源에 대한 永久的 主權 理論, 事情變更의 原則들에 대한 國有化國의 主張이 과연 妥當한 것으로 認定할 수 있는가 하는 점이다.

#### 1. 行政契約의 理論

行政契約의 概念은 프랑스 行政法에서 體系화된 것인데, 적어도 契約當事者의 一方을 行政主

33) Eduardo Jimenez de Arechaga: op.cit., p.228. (註31)의 論文에서 引用한 것임. 以下 Arechaga의 論文의 引用은 註31)의 論文의 引用을 의미함)

34) 安藤勝美: "經濟開發協定と國內化の法原則", 「國際法外交雜誌」, 第84卷 第1號, 1985, pp.55~59.

35) H. Lauterpacht: op.cit., pp.23~89.

Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., pp.476~552

體로 하고 그 相對方에 의한 公役務의 執行을 目的으로 하여 체결되는 契約으로서 私法上의 契約과는 달리 契約自由의 原則이 넓게 인정되지 않으며 契約內容의 一方的 決定이 原則으로 되어 있고 契約의 變更 또는 解除도 行政主體의 一方的 決定에 의하여 행해지는 特殊한 契約의 類型이다.<sup>36)</sup> 行政契約은 公益을 위한 公役務의 遂行을 최우선의 課題로 인정하고 있기 때문에 行政主體의 規制權이 폭넓게 허용되고 있는 것이다.

따라서 國內의 經濟開發을 目的으로 하여 國際企業과 受容國이 체결하는 國際讓許契約이 受容國의 公益을 實現하는 制度이고 兩當事者가 國家와 私人間의 行政契約과 類似한 地位를 가지고 있다는 점에서 兩者를 同一한 것으로 보고<sup>37)</sup> 行政契約에서 인정되는 契約에 대한 國家의 一方的 變更 또는 破棄權을 國際讓許契約에도 적용하려고 하는 것이다.<sup>38)</sup> 또한 行政契約의 경우 契約의 一方的 解除가 可能한 反面 그 결과로 私인이 입은 損失에 대하여는 補償을 하도록 되어 있는데 國際讓許契約의 경우에도 補償을 支給하는 條件으로 契約을 破棄하는 것은 合法的이라고 하며<sup>39)</sup> 이는 安定化條項에 의하여도 沮止되지 않는다고 한다.<sup>40)</sup>

國際讓許契約의 行政契約性을 주장하는 見解에 의하면 行政契約制度는 이미 國際的인 制度로 成立되고 있어서 國際行政契約의 概念도 可能하다고 하고 있다. 원래 國際契約이 프랑스 行政法에 特有한 것이지만 오늘날은 civil law system뿐만 아니라 common law system에 있어서도 널리 類似한 法制度를 發見할 수 있다는 것이다.<sup>41)</sup>

英美의 政府契約(governmental contract), 警察權能(police power), 그리고 公用收用權( eminent domain)등이 그것으로 이러한 制度에 의하면 國家와 私人間의 契約에는 당연히 國家의 收用權이 포함되며 이 權限이 善意로 행하여지고 또 補償이 支給되는 한 國際讓許契約을 포함한 모든 契約에 있어서 인정될 수 있다는 것이다.<sup>42)</sup>

그러나 國際讓許契約을 行政契約으로 봄으로써 受容國의 一方的 破棄權을 正當化하는 것은 問題가 있다. 우선 行政契約制度가 國際的인 制度로 確立되어 있다는 주장은 無理임을 지적하지 않을 수 없다.<sup>43)</sup> 프랑스에서는 일찌기 國參事院(Conseil d'Etat)의 判例와 學者들의 理論을 통하여 行政契約의 概念이 體系化되었지만 英美에서는 전통적으로 法の 支配(rule of law)의 原則 아래 私法上 契約과 區別되는 特殊한 公法的 契約이 成立될 여지가 없었고 오늘날 實際的 必要에 의하여 나타나고 있는 政府契約도 契約內容의 變更 또는 解除에 관한 政府의 一方的 權限에 대하여

36) Jean Rivero: *Droit Administratif*. Paris. Dalloz. 1977, pp.110~131.

金東熙: "프랑스 行政法上의 行政契約", 「法學」, 제20권 2호, 서울大學校 法學研究所, 1980, pp. 244~263.

37) 安藤勝美: 前掲論文, p. 44.

38) 山本敬三: 前掲書, p. 158.

39) 安藤勝美: 前掲論文, p. 49.

40) Eduardo Jimenez de Arechaga: op.cit., p. 230.

41) Wolfgang Friedmann: op.cit., pp. 190~191.

42) 安藤勝美: 前掲論文, p. 57.

Eduardo Jimenez de Arechaga: op.cit., p. 228.

43) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p. 516.

는 標準條項(a standard change clause, a standard termination clause)을 통하여 明示的으로 규정하는 方法으로 행해지고 있는 것이다.<sup>44)</sup>

國際讓許契約은 政府契約처럼 契約의 變更 및 破棄를 可能하게 하는 標準條項이 규정되어 있지도 않으며 行政契約처럼 그것이 默示的으로 概念要素化 되어 있는 것도 아니다. 오히려 國際讓許契約은 契約의 安定性과 不可侵性을 保障하기 위한 安定化條項을 두고 있는 것이다.

그러므로 Algeria처럼 國際讓許契約을 프랑스의 行政契約의 形態로 특별히 定하지<sup>45)</sup> 않는 한 一般的으로 國際讓許契約을 行政契約으로 보기는 어렵다.

또한 國際讓許契約은 仲裁條項과 準據法條項을 통하여 國際化되고 있으며 특히 이로 인하여 契約當事者인 國家와 國際企業이 서로 對等한 地位를 갖게 되므로 이들의 關係는 行政契約의 當事者인 政府와 私人間의 關係와는 判異한 것이다.<sup>46)</sup> 行政契約은 본질적으로 國際仲裁條項을 인정하지 않고 있는 데서도<sup>47)</sup> 兩者의 差異를 알 수 있다.

國際讓許契約은 어디까지나 契約遵守의 原則을 基礎로 成立되고 準據法의 國際化와 紛爭解決 節次의 國際化를 통하여 그 效力이 保障되고 있는 反面에 行政契約은 契約遵守의 原則에 一定한 制限이 인정되는 것이 원칙이고 모든 면에서 國內化되고 있는 것이므로 兩者의 同一性을 인정하는 것은 곤란하다고 하지 않을 수 없다.

## 2. 永久的主權理論

後進國의 立場에서는 國有化에 대한 國際法上的 制限들을 國家主權에 대한 侵害라고 주장하고 國有化의 權利는 主權의 行爲(sovereign act)이기 때문에 어떠한 制限도 받지 않고 自由롭게 행사할 수 있다고 한다.<sup>48)</sup>

그러나 國家主權은 絶對的인 것이 아니며 一定한 國際法의 限界 속에서 行使될 수 있는 概念이다. 國家는 國際社會의 주된 構成員으로서 또 國際法의 主體로서 國際社會의 秩序維持와 國際法의 實效性 確保를 위하여 功獻해야 할 義務가 있는 것이다.

國家는 條約과 契約의 체결을 통하여 他國 또는 他行爲者(international actor)와 關係를 맺으며 이러한 國際關係(international relations) 維持의 基礎가 되는 것은 相互間的 約束의 誠實한 履行이

44) 安藤勝美: 前掲論文, p. 57.

45) 上掲論文, pp. 52~69.

山本敬三: 前掲書, p. 158.

46) Toriguian 교수는 다음과 같이 말한다: "The typical Middle Eastern oil contract is a different type of agreement from and administrative contract. Here the parties chose to treat each other as equal partners and expressly or by implication excluded the application of the municipal law of either party and opted instead for an independent judicial machinery" in Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p. 515.

47) 安藤勝美: 前掲論文, p. 68.

48) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p. 516.

Eduardo Jimenez de Arechaga: op.cit., p. 220.

다.<sup>49)</sup> “Pacta Sunt Servanda”의 原則이 國際法의 基礎이며 國家가 國際企業과 契約을 체결하게 되면 國際企業은 물론 國家도 契約을 誠實히 履行해야 하는 國際的 義務를 지는 것이다. 만일 主權國家라고 하여 約束을 恣意로 破棄하는 것이 허용된다고 하면 國際法秩序는 파괴되고 國際社會의 存立도 불가능하게 될 것이다.<sup>50)</sup>

이러한 意味에서 國有化에 대한 國家의 主權도 契約的 權利의 尊重이라는 意味에서 다소 制限된다고 할 수 있다. 특히 國際讓許契約上의 安定化條項은 將來에 있어서 國家의 立法的·行政的 主權行使에 대한 중대한 危害가 된다고도 할 수 있다.<sup>51)</sup> 그러나 이는 國家 스스로가 自意에 의하여 合意한 것이므로 國家主權에 대한 否認이 아니라 主權의 積極적 行사의 結果로 보아야 한다.

그러므로 國內的인 國有化權利의 行使로 말미암아 國際化된 契約上의 義務를 違反하는 것은 正當化될 수 없다고<sup>52)</sup> 본다.<sup>53)</sup>

그런데 오늘날 後進國側은 國際讓許契約이 安定化條項과 仲裁條項 등이 규정됨으로써 國際化되어 있다고 할지라도 天然資源에 대한 國家의 永久的 主權이 國有化에 관하여 國際強行規範化되었기 때문에<sup>54)</sup> 安定化條項은 國家의 固有한 國有化權利를 沮止할 수 없으며<sup>55)</sup> 따라서 契約의 一方的 破棄에 의한 國有化措置도 正當化될 수 있다고 한다. 즉 오늘날의 國際經濟關係는 傳統 國際法의 原則과는 判異한 새로운 國際經濟秩序(new international economic order) 위에서 樹立되고 있으며<sup>56)</sup> 이러한 基礎에서 天然資源에 대한 永久的 主權行使의 手段으로서의 國有化의 權利는 絕對的이며 無制限的인 權利라고 하는 것이다.<sup>57)</sup>

과거, 지히 지난 30여년 동안 國際經濟의 秩序가 상당히 變化한 것이 사실이고 南北關係에 있어서 소위 77Group을 중심으로 한 後進國의 發言權이 상당히 強化되어 이들의 주장을 기초로 여

49) The principle of good faith constitutes 'one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations whatever their source' (ICJ Reports (1974), p.473)

50) "It is a serious thing to break a treaty.....because pacta sunt servanda is still one of the great bases by which we can introduce some sort of law into the chaos of international relations." : in Edward Collins, Jr. (ed.): *International Law in a Changing World*, New York, Random House, 1970, p.318.

51) 安藤勝美: 前掲論文, p.45.

52) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.520.

53) 이러한 論理는 estoppel(禁反言의 原則)에 의하여도 뒷받침될 수 있을 것이다: MacGibbon: "Estoppel in International Law" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.7, 1958, p.468, pp.480~482.

櫻井雅夫: 「國際經濟法研究」, 東京, 東洋經濟新報社, 1977, p.209.

54) K. Hosain: "Permanent Sovereignty over Natural Resources", K. Hosain (ed.): op.cit., p.39. I. Brownlie: op.cit., p.513.

55) Eduardo Jimenez de Arechaga: op.cit., p.229~230.

Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., pp.46~47.

56) Milan Bulajic: "Legal Aspects of a New International Economic Order", K. Hosain (ed.): op.cit., p.45.

57) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., p.47.

러 國際聯合總會決議들이 채택되고 있음은否認할 수 없다.<sup>58)</sup>

天然資源에 대한 永久的 主權宣言을 보면 우선 自國의 人民의 福祉와 國家發展을 위하여 天然의 富와 資源에 대하여 人民과 國民의 永久的 主權이 行使될 수 있고, 公益과 國家安全을 위하여 外國人의 財産에 대하여 國有化를 행할 수 있으며, 또 國有化措置에 있어서는 國內法과 國際法에 따라서 適節한 補償을 하여야 하며 이와 관련하여 紛爭이 발생한 경우에는 우선적으로 國有化國의 管轄權內의 救濟節次를 完了해야 하지만 當事者의 合意가 있는 경우에는 仲裁(arbitration) 또는 國際裁判(international adjudication)에 의하여 解決할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>59)</sup>

이 宣言은 國家에 國有化의 權利가 歸屬된다는 점과 補償支給의 原則, 그리고 紛爭解決에 있어서 國際法과 國際的인 節次가 採用될 수 있다는 점을 確認하고 있다. 이러한 규정은 당시의 傳統國際法의 原則과도 어느 정도 符合되는 것이어서<sup>60)</sup> 贊成 87, 反對 2, 棄權 12라는 상당히 많은 國家의 支持로 採擇되었다.

그러나 後進國과 共產主義國家들은 補償支給의 原則을 前提條件(prerequisite)으로 하는 데 不滿이었고 아울러 國有化에 관한 전통적인 國際法의 全面的 拒否의 움직임이 계속되어<sup>61)</sup> 1973년에는 國際聯合總會決議 3171(X X VII) 3項에<sup>62)</sup> 國有化國이 支給possible한 補償額과 支給方法을 決定할 수 있다는 규정을 둠으로써 경우에 따라서 補償의 支給을 拒否할 수 있는 可能性을 인정하는 단계에 이르렀다.<sup>63)</sup> 리비아 정부에 의하면 이로써 國有化에 관한 永久的 主權行使는 國內化되었다고 할 정도였다.<sup>64)</sup>

1974년에는 國有化를 포함한 國家의 經濟的 權利義務에 관한 包括的인 憲章(國家의 經濟的 權利 義務憲章)이 채택되었는데<sup>65)</sup> 이에 의하면 國有化에 있어서 國有化國은 자신이 適節하다고 생각하는 關係法規와 諸事情을 고려하여 適節한 補償을 해 주어야 한다고 규정하고 있다.<sup>66)</sup> 이 규정도 경우에 따라서 補償의 支給 자체가 適節하지 않은(inappropriate) 것으로 看做될 수 있는 여지를 남겨 두고 있다.<sup>67)</sup> 그러나 이러한 내용이 들어 있는 憲章 第2條 2項(C)에 대한 分離投票에

58) Rudolf Dolzer; "New Foundations of The Law of Expropriation of Alien Property", *American Journal of International Law*, Vol.75, 1981, p.562.

59) 註18) 참조.

60) Rudolf Dolzer; "New Foundations of The Law of Expropriation of Alien Property", p.559. Schwebel; "The Story of the United Nations Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources", *American Bar Association Journal*. Vol.49, 1963, p.463.

61) Rudolf Dolzer; "New Foundations of The Law of Expropriation of Alien Property", p.555.

62) Para. ③; "affirms that the application of the people of nationalization carried out by states, as an expression of their sovereignty... implies that each state is entitled to determine the amount of possible compensation and the mode of payment."

63) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver; op.cit., p.54.

64) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., p.523.

65) 이로써 先進國中心의 經濟秩序는 끝나고 NIEO의 시대로 접어들었다고 한다; Burns H. Weston: "The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth", *American Journal of International Law*. Vol.75, 1981, p.437.

66) 註5) 참조.

67) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver; op.cit., p.54.

서 反對 16國이나 되었던 것은 主要 西方先進國들이 여기에 대하여 강력히 反撥하였다는 것을 의미한다.<sup>68)</sup>

1970년대에 들어와서 채택된 諸決議는 그 文面만을 보면 國有化에 대한 國有化國의 管轄權을 強力하게 인정하고 있는 것이 分明하다.<sup>69)</sup> 問題는 決議의 拘束力인데, 國有化에 대한 國家의 永久的 主權을 強行規範으로 보는 立場은 이러한 決議, 특히 國家의 經濟的 權利義務憲章은 60년대 이후 各國의 實行과 行動原則을 國際的인 法規範으로 定立시킨 것이고 이미 그것은 國際慣習法으로 成立되고 있는 原則을 確認하고 있는 것이라고 한다.<sup>70)</sup>

그러나 國有化關係條項에 대한 分離投票時 나타난 先進國들의 反對意思의 정도로 보아서 憲章의 規定이 既存의 慣習法을 確認·宣言하는 것으로 볼 수는 없으며, 또한 어떠한 決意가 法的 拘束力을 갖는 條約으로 인정되는 것도 그 決議의 形式과 內容 및 採擇 前後의 事情을 고려하여 그것이 拘束力을 가지는 것으로 採擇되었음이 分명한 경우에 한하는 것이므로<sup>71)</sup> 이 憲章이 票決에 參加한 모든 當事國을 拘束하는 條約으로 成立되었다고 하기도 어렵다.<sup>72)</sup> 이는 어느 정도 다수 국가의 見解를 반영하는 政治的 宣言의 本質을 갖는 것으로서<sup>73)</sup> 그 자체가 實定的인 國際法의 一部를 構成하지는 못한다고 본다.<sup>74)</sup>

따라서 國有化에 관한 憲章의 規定이 國際社會의 一般的 合意(general consensus) 위에 成立되었다고 하여<sup>75)</sup> 永久的 主權에 基한 國有化의 權利를 國際強行規範으로 보는 것은 적어도 現段階에서는 妥當하다고 할 수 없다.

물론 國有化에 관한 國家의 管轄權 主張이 國際聯合總會의 決議를 통하여 상당히 強化되고 있는 것은 사실이나<sup>76)</sup> 그렇다고 해서 國家의 慣行이나 理論이 國有化의 權利를 強行規範으로 볼 수 있는 정도라고는 할 수 없다. 오히려 1974년 이후에 체결되고 있는 國家間的 投資保護條約들을 검토해 보면<sup>77)</sup> 거의 대부분이 公益의 原則, 差別禁止의 原則, 그리고 補償支給의 原則을 國有化의 條件으로 규정하고 있으며 補償에 관해서도 充分·迅速·實效的인 補償原則에 가까운 基準을 設定하고 있음을 알 수 있다.<sup>78)</sup> 또한 이러한 경향이 줄지 않고 있다는 사실과 이러한 규정이 先進國과 後進國 사이에 체결된 條約 뿐만 아니라 後進國 相互間的 條約에서도 마찬가지로

68) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., p. 523.

69) Hasan S. Zakariya; op.cit., pp. 209~210.

70) 安藤勝美; 前掲論文, p. 47.

71) Maurice Mendelson; "The Legal Character of General Assembly Resolutions: Some Considerations of Principle", K. Hossain (ed.), op.cit., p. 98.

72) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., p. 525.

73) Davis R. Robinson; "Expropriation in The Restatement", *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 177. Hasan S. Zakariya; op.cit., p. 217.

74) Maurice Mendelson; op.cit., p. 99.

75) 安藤勝美; 前掲論文, p. 48.

76) Rudolf Dolzer; "New Foundations of The Law of Expropriation of Alien Property", p. 589.

77) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver; op.cit., pp. 60~75.

78) Davis R. Robinson; op.cit., p. 178.

사실도 발견된다.<sup>79)</sup>

二國間の 條約만이 아니라 1980년에 체결된 Lomé II Agreement (EC의 9개 국가와 58개의 아프리카, 카리브연안, 태평양국가들 사이에 체결된 條約)을 보면 外國投資의 保護에 관하여 상당히 전통적 원칙에 가까운 규정을 하고 있으며 또 비슷 내용의 協定이 EC와 ASEAN 국가와의 사이에도 체결될 전망이다.<sup>80)</sup>

물론 條約에 의하여 投資關係를 규율하는 현상은 이미 전통적 國際法의 原則이 分明하지 않을 정도로 崩壞되었다는 證據가 될 수도 있겠지만<sup>81)</sup> 또한 國家의 經濟的 權利義務憲章에 나타나고 있는 國有化關係條項이 이미 새로운 國際法原則으로 成立되어 强行規範化하였다라는 주장을 부인할 수 있는 강력한 根據도 되는 것이다.

### 3. 事情變更의 原則

投資輸入國의 立場에서 國際讓許契約 내지 投資保護條約을 一方的으로 破棄할 수 있다는 根據로 흔히 援用될 수 있는 것이 事情變更의 原則이다.<sup>82)</sup>

事情變更의 理論은 比較的 長期間에 걸친 契約關係에 있어서 契約關係의 基礎가 되는 事情의 重大한 變更이 생기고 그 契約關係의 持續이 當事者一方에게 막대한 不利益을 가져오게 되는 경우에 契約關係의 變更 또는 終了를 주장할 수 있다는 것으로 프랑스에서는 不可豫見事態理論 (théorie de la situation de l'imprévision)을 根據로 行政契約의 경우에 적용되어 온 原則이다.<sup>83)</sup>

國際法の 領域에 있어서 條約에 대하여 이러한 事情變更의 原則이 적용될 수 있는가 하는 문제는 오래 전부터 논의의 대상이었는데<sup>84)</sup> the Free Zone case<sup>85)</sup> 이후로 事情變更이 國際法上 條約의 終了事由가 될 수 있다는 原則 그 자체에 대해서는 肯定的인 合意가 이루어지고 있다.<sup>86)</sup> 다만 이 case에서는 事實關係가 事情變更의 原則을 적용하는 데 미흡하다고 判斷하고 더 이상의 상세한 논의는 삼가했기 때문에 이로부터 事情變更의 原則에 관한 具體的인 內容을 얻어 내기는 곤란하다. 그리하여 이 原則의 要件과 效果에 관하여 계속된 論議 끝에 1969년의 條約에

79) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., p.75.

80) Rudolf Dolzer: "New foundation of The Law of Expropriation of Alien Property", p.565.

81) 安藤勝美: 前掲論文, p.47.

Rudolf Dolzer: "New Foundation of The Law of Expropriation of Alien Property", pp.566~567.

82) 櫻井雅夫: 前掲書, p.209.

Samuel K. B. Asante: op.cit., p.242.

83) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.530.

84) Ian Sinclair: *The Vienna Convention on The Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p.192.

85) PCIJ., Ser. A/B, No.46, (1932), pp.156~8.

86) Ian Brownlie: op.cit., p.617, Ian Sinclair: op.cit., p.193.



관한 Vienna 協約(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第62條에<sup>87)</sup> 事情變更의 原則에 관하여 규정함으로써 實定法的 解決을 보았던 것이다.

條約의 規定을 보면, 事情變更이 根本的인 것으로서 條約當事者들이 원래 條約締結에 同意하게 된 本質的 基礎에 관하여 이루어져야 하며 事情의 變更으로 말미암아 條約上 義務履行의 範圍가 급격히 變動되는 경우에 또 그러한 事情變更을 當事者들이 條約締結時에 豫見할 수 없었던 경우에 한하여 그 事情變更을 條約의 終了를 위하여 援用할 수 있다고 한다.

條約의 終了事由가 될 수 있는 事情變更은 契約關係가 公平과 正義에 맞게 調整되어야 한다는 立場에서 例外的으로만 인정되는 것이기는 하나 事情의 變更에 의하여 條約이 終了될 수 있다는 사실은 條約의 安定性(security of treaties)에 커다란 위협이 아닐 수 없다.<sup>88)</sup> 따라서 그러한 위협을 감수하고라도 條約의 終了를 허용하여야만 하는 경우에 한하여 事情變更의 原則을 적용해야 할 것이다.<sup>89)</sup>

따라서 條約法協約의 規定을 아주 엄격히 해석해야 할 필요가 있다. Icelandic Fisheries Jurisdiction case에서<sup>90)</sup> 國際司法裁判所(ICJ)는 事情變更의 原則을 적용함에 있어서 事情의 變更은 이를 援用하는 當事者의 致命的 利害關係(vital interest)와 關聯된 경우에 한하여 條約의 終了事由가 될 수 있다고 함으로써 이를 援用한 Iceland의 請求를 否認하였다. 또한 事情의 變更은 客觀的인 明白한 事情에 대하여 인정되는 것이며 政府의 態度나 政策의 變化와 같은 主觀的·政治的인 事情의 變化는 條約의 終了事由로 援用될 수 없다.<sup>91)</sup> 다만 政治的인 同盟條約(a treaty of alliance)은 例外가 될 것이다.<sup>92)</sup>

87) Article 62 of the Vienna Convention :

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless :

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

88) Ian Sinclair: op.cit., p.192.

89) 國際法上 전통적으로 事情變更의 原則이 적용될 可能性이 있는 경우로 학자들이 주장해온 것을 보면,

- ① 買收·征服에 의한 領土의 擴張
- ② 賣渡·割讓·被占으로 인한 領土의 축소
- ③ 他國의 被保護國이 될 때
- ④ 聯邦化
- ⑤ 獨立
- ⑥ 隸屬·合併·統合으로 인한 國家의 消滅 등이 있다.

李漢基: "外國財産의 國有化—Sabbatino case를 中心으로—", 「法學」, Vol.X, No.2, 서울大學校 法學研究所, 1968, p.8.

90) ICJ. Report (1973), pp.20~21.

91) Ian Sinclair: op.cit., p.194.

92) Ibid., pp.194~195.

그리고 중요한 것은 事情變更의 原則에 의하여 條約을 終了시킬 수 있다고 하더라도 事情의 根本的 變更(fundamental change of circumstance)이 자동적으로 條約의 終了를 가져오는 것이 아니고 當事者의 一方이 이를 援用할 수 있을 뿐이라는 것이다.<sup>93)</sup> 따라서 事情의 變更을 援用하여 條約을 終了시키고자 하는 當事者가 이 事實을 他當事者에게 通知하고 同意를 求할 수 있다고 보아야 한다. 만일 他當事者가 同意하게 되면 當事者의 合意에 의하여 條約을 終了시키는 결과가 될 것이고 他當事者가 同意하지 않으면 交渉, 기타의 平和의 紛爭解決方法에 의하여 兩當事者의 異見을 解消해야 한다.<sup>94)</sup> 프랑스 行政契約의 경우에도 事情變更이 생기면 行政主體 또는 私인이 法院에 대하여 그 解除를 請求할 수 있을 뿐, 當事者의 一方的 援用에 의하여 契約이 解除되는 것은 아니라고 한다.<sup>95)</sup>

그러면 國際讓許契約에 있어서 事情變更의 原則의 適用은 어떠한 問題가 있을까?

國際讓許契約을 行政契約으로 보는 立場에서는 事情變更의 原則이 當然히 認定된다. 行政契約의 本質上 不可豫見事態理論에 의하여 契約의 變更 또는 解除가 許容되기 때문이다.<sup>96)</sup> 그러나 앞에서 검토하였듯이 國際讓許契約은 行政契約이라기보다는 私法的 契約으로서의 本質을 가지고 있으며 條約과 類似하게 國際化된 契約으로 보아야 한다. 따라서 事情變更의 原則은 '原則的'로 서가 아니라<sup>97)</sup> '例外的'으로 허용된다고 보지 않으면 안된다. 따라서 그 事情變更은 條約法協約에 규정된 바와 마찬가지로 엄격하게 제한적으로 인정하여야 할 것이다.

後進國의 主張에 의하면 1962년의 天然資源에 대한 永久的 主權宣言의 原則이 事情變更의 原則에 의하여 과거의 不公平한 契約을 修正·破棄할 수 있는 根據를 提供해 준 것으로 간주되고 있다.<sup>98)</sup> 즉 과거의 國際讓許契約은 殖民地時代의 遺産으로서 不平等契約이기 때문에<sup>99)</sup> 이것이 永久的 主權의 原則과 兩立할 수 있기 위하여는 다음과 같은 條件을 充足해야 한다: 첫째, 契約은 關聯國(受容國)의 國家發展과 人民의 福祉를 위한 것이어야 한다. 둘째, 그것은 關聯國의 國內法과 符合되는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 自由롭게(freely) 체결된 것이어야 한다. 그리고 이러한 條件이 充足되지 않는 契約은 破棄하거나 變更될 수 있다는 것이다.<sup>100)</sup>

첫째의 條件은 너무 抽象的인 概念이어서 國家發展과 人民의 福祉의 意味에 관하여 客觀的인 基準을 定하기 곤란하다. 그러나 契約이 受容國에 明白히 不利益한 경우일때는 이 條件이 援用

93) Ian Brownlie; op.cit., p. 618.

J. G. Starke; op.cit., p. 506.

94) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., p. 533.

95) 金東熙; 前掲論文, p. 263.

96) 上掲論文, p. 260.

97) 프랑스도 私法的 경우에는 不可豫見事態理論에 의한 事情變更의 原則이 원칙적으로 적용되지 않는다고 한다; 上掲論文, p. 260.

98) K. Hossain; op.cit., p. 35.

99) Ibid., pp. 33~34.

100) 1. It must be in the interest of national development and well-being of the people of the state concerned; Ibid., p. 39.

2. It must be in accordance with the national legislation in force;

3. It must be freely entered into; Ibid., p. 39.

될 수 있다고 한다.<sup>101)</sup> 두번째의 條件의 問題點은 契約의 條項들이 契約 체결 이후의 國內法에 의하여 어느 정도 變更될 수 있느냐 하는 것이다. 天然資源의 開發에 관한 國際讓許契約은 長期의 契約期間을 갖는 것이 보통이고 따라서 契約締結時에 豫見할 수 없었던 事情의 變更이 생기는 수가 많으므로 이러한 경우에도 전혀 契約의 變更을 허용하지 않으면 그 契約은 受容國에 대해 상당히 不合理的 것으로 될 것이다. 따라서 天然資源에 대한 永久主權이 確保될 수 있기 위하여는 事情變更의 경우에 立法을 통해서 契約을 修正하거나 調整할 수 있어야 한다는 것이다.<sup>102)</sup> 그리고 세번째의 條件은 과거 植民統治下에서 一方的으로 체결되었던 契約을 破棄할 수 있다는 根據로 援用될 수 있다. 또한 이는 獨立國家와의 사이에서 체결된 契約이라고 할지라도 그것이 自由로운 合意(free consent)에 의하지 않고 強迫(coercion), 不當한 影響力(undue influence), 詐欺(fraud), 虛偽의 意思表示(misrepresentation), 또는 錯誤(mistake)에 基한 契約일 경우 이를 破棄할 수 있다는 意味로도 解釋된다.<sup>103)</sup>

물론 어떠한 國家가 植民統治를 벗어나 獨立하였을 경우에는 그 事實 자체가 根本的인 事情變更으로 인정될 수 있을 것이고<sup>104)</sup> 그러한 의미에서 자유롭게 체결되지 않은 契約의 效力을 문제삼는 것은 당연하다고 할 것이다. 그러나 이러한 事由가 없이 自由롭게 체결된 國際讓許契約인 경우에는 위의 條件이 해당될 수는 없는 것이고 역시 永久的 主權宣言이 규정되고 있듯이 이 契約은 誠意로써(in good faith) 履行되지 않으면 안되며<sup>105)</sup> 事情變更의 原則이 적용될 여지는 상당히 제한된다고 보아야 한다. 또한 根本的인 事情의 變更이 발생하였다고 하더라도 受容國의 一方的 援用に 의한 契約의 破棄는 禁止되며 安定化條項에서 규정하고 있듯이 國際企業의 同意(consent)가 있는 경우에 한하여 契約이 終了된다고 보아야 한다.

만일 國際企業이 受容國의 終了要請을 拒否한다면 兩當事者 사이에 契約의 效力과 그 履行에 관하여 紛爭이 發生하게 되며 仲裁條項이 규정되고 있는 경우에는 仲裁節次에 의하여 紛爭을 解決해야 한다. 前述한 事例에서 리비아는 一方的으로 契約을 破棄하였기 때문에 契約書(the deeds of concession)의 效力이 終了되었고 따라서 契約에 규정되고 있는 仲裁條項을 請求인들이 援用할 수 없다고 하였다.<sup>106)</sup> 그러나 契約의 一方的 破棄가 有效하게 契約을 終了시켰다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 설사 契約이 終了되었다고 할지라도 仲裁條項은 다른 契約條項으로부터 獨立된 自律性(autonomy)을 가지고 있는 것이기 때문에<sup>107)</sup> 여전히 有效한 것이고 當事者間的 紛爭은 이

101) Ibid.

102) Ibid., pp.39-40.

103) Ibid., pp.40-41.

104) 註89) 참조.

105) ⑧ "Foreign investment agreements freely entered into by or between sovereign States shall be observed in good faith", in Ian Brownlie; op.cit., p.541.

여기서 "by or between"은 이 agreements가 "contracts between private investors and host governments"를 포함하는 것이고 이로써 國際法上 私企業(國際企業)의 法的地位가 인정되는 것으로 해석된다; Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver; op.cit., p.45, 註196).

106) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides; op.cit., p.516.

107) Ibid., p.503.

Eduardo Jimenez de Arechaga; op.cit., p.229.

仲裁條項에 따라서 解決되어야 하는 것이다. 따라서 受容國이 仲裁節次를 拒否하는 것은 새로운 契約違反을 構成하게 된다.

#### 4. 結 論

國際讓許契約의 國內化를 주장하는 後進國側은 自國利益(公益)을 위하여 外國投資에 대한 自由로운 規制를 할 수 있다는 根據로서 國際讓許契約의 行政契約性, 永久的 主權의 强行規範性, 事情變更의 原則 등을 提示하고 있다. 그 결과 國際法의 原則인 契約遵守의 原則, 傳統的인 國有化의 原則, 既得權尊重의 原則, 安定化條項, 仲裁條項 등의 效力을 否認하고 있다.<sup>108)</sup>

그러나 앞에서 상세히 檢討한 바 있듯이 오늘날 國際經濟關係에서 海外投資의 手段으로 행하여지는 國際企業과 受容國間의 國際讓許契約은 어디까지나 兩當事者間에 自由로운 合意에 의하여 체결되는 한 그러한 契約關係는 “契約은 반드시 지켜야 한다”는 國際法上的 根本原則에 의하여 規律되는 것이다. 國際讓許契約은 一般的으로 安定化條項을 둠으로써 契約의 不可侵性을 確保하고 있으며 準據法條項과 國際仲裁條項에 의하여 國際法體系 속에 포함되고 있음을 보여주고 있다.

이러한 意味에서 國際讓許契約은 國際화된 契約類型으로 보아도 無理가 없을 것이다.

따라서 國有化의 合法性에 관한 다른 條件의 違反與否와 관계없이 國際讓許契約의 一方的 破棄는 그 自體로(per se) 國際法違反이 되고 직접적으로 國有化國의 國際責任을 發生시킨다고 본다.<sup>109)</sup> 이것이 위의 The Libyan Nationalization cases에서 나타난 仲裁人들의 확고한 立場이다.<sup>109)</sup>

### IV. 違法한 國有化에 대한 國際責任

國有化의 合法性을 위한 條件으로 論議되는 補償支給의 原則에 있어서 補償이라고 하는 것은 適法한 國有化를 前提로 한 損失補償의 性格이 있다. 그러나 國際讓許契約의 違反을 포함한 國際法違反의 경우에 發生하는 違反國家의 國際責任은 性格上 國際責任의 填補이다. 前者의 경우에는 현재 補償의 基準과 方法에 관하여 많은 論難이 있으나<sup>110)</sup> 國際法違反의 경우에는 責任填

108) 安藤勝美: 前掲論文, p. 48.

109) assenting opinion; Fauchille, Oppenheim, Cavare, Brandon, Shawcross, Wadmond, Bourquin, Verdross, Wehberg, Carlston, Kissam, Leach, dissenting opinion; Hyde, Whiteman, Jessup, Jennings, Bilge, Mann, O'Connell, Arechaga, Dunn, Bishop, Amerasinghe, Fitzmaurice, Starke, Foigel; Ian Brownlie; op.cit., pp. 547~548.

J. G. Starke; op.cit., p. 324.

Burns H. Weston et al.; op.cit., pp. 713~737.

張孝相: 「國際經濟法」, 博英社, 1985, pp. 460~462.

109) Robert B. von. Mehren and P. Nicholas Kourides; op. cit., p. 513.

110) Oscar Schachter: "Compensation for Expropriation" *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 121.

補의 原則인 方法이 原狀回復(restitutio in integrum)이라고 하는 데 意見이 모아지고 있다.<sup>111)</sup>

原狀回復은 Chorzów Factory case에서 常設國際司法裁判所(PCIJ)에 의하여 確認된<sup>112)</sup> 이후 條約 및 契約違反의 경우에 第1次的이며 定規的인(normal) 救濟方法으로 認定되고 있다. 前述한 事例의 경우에도 請求人들이 대부분 原狀回復을 우선적인 救濟方法으로 申請하고 있다.<sup>113)</sup> 그러나 위 事例에서는 이것이 TOPCO/CALASIATIC arbitration의 單獨仲裁人(sole Arbitrator)인 Dupuy에 의하여서만 받아들여지고<sup>114)</sup> 나머지 BP arbitraion과 LIAMCO arbitration에 있어서는 金錢賠償(pecuniary compensation)을 하도록 裁定(award)이 이루어졌다.<sup>115)</sup> 또 사실 國際判例들을 檢討해보면 原狀回復의 方法보다 金錢賠償의 方法이 훨씬 더 많이 적용되고 있음을 알 수 있다.<sup>116)</sup>

그런데 이러한 사실은 原狀回復의 方法이 確立된 國際法の 原則이 아님을 보여 주는 것이 아니라 단지 그것이 사실상 실제로 적용될 可能性이 보다 작다는 것을 意味할 뿐이다. 原狀回復은 國際讓許契約의 破棄의 경우에 國際企業의 財産과 權利를 國有化措置 以前の 狀態(status quo ante)로 回復시키는 것으로서<sup>117)</sup> 國有化法令의 廢止와 措置施行後의 모든 法的 效果를 國際企業側에 歸屬시키는 복잡한 問題가 발생하는 것이다. 그러므로 사실상 國際仲裁에서 原狀回復이 義務的인 것으로 判斷된다고 하더라도 이를 受容國에 대하여 強制할 수 있을지는 疑問이 갈 수도 있다.

LIAMCO arbitration의 單獨仲裁人인 Mahmassani는 原狀回復이 國際法上 原則임을 인정하면서도 그 慣例가 많지 않다고 하는 점과 또 실제로 原狀回復이 強制執行(compulsory execution) 될 수 없다는 점을 들어 金錢賠償을 하도록 裁定한 것이다.<sup>118)</sup>

그러면 金錢賠償의 方法은 原狀回復이 不可能한 경우에 그 대신에 金錢으로 損害額數를 算定하여 이를 支給하는 方法이라고 할 수 있는데<sup>119)</sup> 그 損害賠償額은 어떻게 算定될 수 있는가 하는 것이 또 問題가 된다.

不法行爲에 대한 責任填補로서의 損害賠償은 原狀回復의 代案으로 행해지는 것이기 때문에 國際企業側에 發生한 財産的·權利의 侵害로 인한 모든 損害에 대한 賠償이 될 것이다.<sup>120)</sup> 따라서 國有化措置에 의하여 直接 發生한 財産損害額(damnum emergens)과 契約의 破棄로 인하여 中斷된

111) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., pp. 540~541. H. Lauterpacht: op.cit., pp. 82~86.

112) Chorzów Factory (Indemnity) case. PCIJ. Ser. A. No.17, (1928), p.47.

113) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.491, p.395, pp.496~497.

114) Ibid., p.544.

115) Ibid., p.534, 544, Rudolf Dolzer; "British Petroleum v. Libya Arbitration", p.40.

116) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.540.

그 理由는 Ibid., p.534참조.

117) "restitutio in integrum simply the re-establishment of the state of facts which would exist if the unlawful act had not been committed..."; Freeman; *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, p.573 in H. Lauterpacht: op.cit., p.82.

118) Ibid., p.544.

119) H. Lauterpacht: op.cit., p.30.

120) Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver: op.cit., p.17.

契約의 權利行使에 의하여 期待할 수 있었던 利益(lucrum cessans) 모두를 완전하게 賠償하여야 한다.<sup>121)</sup>

## V. 結論 및 要約

國際企業의 國有化와 關聯하여 論議되어야 할 問題들은 많이 있다.

國有化의 權利를 合法的으로 행사하기 위하여 國際法上 요구되고 있던 條件들은 傳統的인 見解에 따르면 公益의 原則, 差別禁止의 原則, 그리고 補償支給의 原則 등이라고 할 수 있는데 이러한 原則들이 오늘날에 있어서도 과연 確立된 原則으로서 모든 國家에 의하여 受諾되고 있는냐 하는 점은 疑問이다. 그러나 本稿에서는 一般的으로 논의되고 있는 이들 問題에 대하여 考察하는 것은 다음 機會로 미루고 國際企業과 受容國政府 사이에서 주로 체결되는 國際讓許契約의 一方的 破棄와 關聯한 國有化의 效果를 檢討하는 것으로 論議의 範圍를 좁혔다.

國際讓許契約에 의하여 受容國이 國際企業에게 讓許한 契約的 權利(concession)는 財產權으로서 一般財產과 같이 國有化될 수 있다. 따라서 國際讓許契約을 一方的으로 破棄하여 國際企業을 國有化하는 것은 國際企業의 財產과 權利의 國有化를 意味하게 되며 그 合法性에 대해서는 무엇보다도 受容國이 一方的으로 國際讓許契約을 破棄할 수 있는 正當한 權限이 있느냐 하는 것이 먼저 檢討되어야 하는 것이다.

앞에서 檢討한 바와 마찬가지로 國際讓許契約의 法的 性質에 관하여 先進國과 後進國 사이에 國際化와 國內化의 對立이 상당히 날카롭게 이루어지고 있으며 그에 따라 契約의 一方的 破棄의 國際法違反與否도 뚜렷하게 見解가 나뉘고 있음을 알 수 있다. 이 때문에 國有化에 관한 傳統的인 原則은 이미 무너지고 새로운 法原則이 形成되고 있다는 주장도 나오고 있다. 그러나 檢討한 바와 마찬가지로 國際聯合總會의 決議 속에 규정되고 있는 原則들이 이미 國際社會의 法的 確信(opinio juris communis)을 얻어 確立된 國際法の 原則으로 存在하고 있다는 주장은 인정하기 어렵다.<sup>122)</sup>

國有化는 어디까지나 國際法上 外國人 財產에 대한 國家의 干涉을 의미하는 것이기 때문에 이를 國有化를 행하는 國家의 國內的 規律에만 맡겨 두는 것은 적절하지 않다고 본다. 國際法上 모든 約束(條約 및 契約)은 지켜져야 하는 것이며 國際讓許契約도 例外일 수는 없다. 특히 國際讓許契約은 安定化條項을 규정함으로써 國際化된 性格을 갖게 된다고 보아야 한다.

따라서 國際讓許契約을 一方的으로 破棄하는 것은 國際法違反이며 따라서 受容國이 행한 國際

121) Ibid., p. 87.

Burns H. Weston et al.; p. 720.

Wil D. Verwey and Nico J. Schrijver; op.cit., p. 17.

또 安定化條項이 규정되어 있는 國際讓許契約일지라도 受容國이 이를 一方的으로 破棄할 수 있다고 하는 Arechaga도 이러한 경우만큼은 *damnum emergens* 뿐만 아니라 *lucrum cessans*까지도 補償해 주어야 한다고 주장한다; Eduardo Jimenez de Arechaga; op.cit., p. 230.

122) Michael J. Levitin; op.cit., p. 498.

企業의 國有化도 違法的 國有化라고 할 수 있다. 이에 대하여 受容國은 國際企業에 대하여 原狀 回復의 責任을 지며 이것이 不可能한 경우에는 損害賠償을 하여야 한다고 본다.

國際企業과 受容國과의 關係를 규율하는 法原則은 受容國의 國內法이 아니라 國際法의 原則이 어야 한다. 다만 그것이 오늘날 混亂의 渦中에 빠져 들지 않았나 하는 느낌을 否認할 수는 없다. 이러한 意味에서 國際企業과 受容國과의 關係를 규율하는 法의 基本原則을 再確認하였다는 評價를 받고 있는<sup>123)</sup> The Libyan Nationalization cases에서 드러난 論點을 위주로 國際企業의 國有化의 問題點을 檢討하였다.

보다 바람직한 것은 오늘날 國際企業이 國際經濟關係에서 차지하는 비중을 고려하여 國際企業의 實體를 實勢에 符合하도록 認定하는 方向에서, 先進國과 後進國間의 發展의 不平等을 시정하고 國際協力を 促進할 수 있는 共通的인 法原則과 法制度를 樹立하는 것이라고 할 것이다.

123) Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides: op.cit., p.549.

## Summary

# Legal Problem about the Nationalization of Transnational Corporations (TNCs)

*Kim Boo-chan*

Few subjects are as controversial in international law today as the nationalization. Traditional principles of international law have required that any taking of foreign-owned property (nationalization) should be nondiscriminatory; that it should be for a public purpose; and that the prompt, adequate, and effective compensation should be paid. But the practice of the developing countries and the teachings of many publicists claim that such principles and rules traditionally adhered to by western developed countries have lost their legal significance. Indeed, today, the international law of nationalization is far from clear.

What is equally or more important is whether the unilateral abrogation of the concession agreements (so-called, economic development agreements) which are concluded between a sovereign State and TNCs to exploit natural resources on payment of royalties is a breach of international law and thus create State responsibility on the international plane. In this paper, I confined the subject of study to this problem.

Some argue that concession agreements are not international agreements, since they are not concluded between States and are, therefore, governed by the domestic law of the State concerned; that the right of nationalization is a qualified or an absolute right based upon the permanent sovereignty as *jus cogens*; that the concession agreements can be considered as administrative contracts; and that, assuming that such agreements were subject to public international law, the doctrine of *pacta sunt servanda* would be effectively qualified by the equally well-established international legal principle *clausula rebus sic stantibus*, which sanctions the abrogation of international agreements on the basis of a fundamental change of circumstances.

Others argue that the breach of concession agreements by the contracting State (host country) of itself creates international responsibility because they are internationalized by the stabilization, international arbitration, and choice-of-law provisions, though they are not to be equated with treaties which are concluded between States; that the principle of *pacta sunt servanda* also should be applied to contracts between State and TNCs; and that if a State party to a concession agreement believes that conditions exist that allow the doctrine of *rebus*



*sic stantibus* to be invoked, international law requires that it so inform the other party to a concession agreement (TNCs).

Therefore, in my opinion, the unilateral and unjustified abrogation of such an agreement *per se* would be a violation of international law and if an aim of international law is to discourage the unlawful violation of agreements, then a requirement of *restitutio in integrum* would be the most effective and primary means of attaining that objective, if performance of such an agreement is no longer possible, then all measurable damages (*damnum emergens* and *lucrum cessans*) should be paid.