권고적 의견 상 국제인 개념이 다국적 기업의 국제법상 지위에 갖는 함의*

안 태 희
고려대학교 법학연구원 연구원

< 目 次 >

I. 서론
II. ICJ 에 의한 국제인 개념의 도입과 확장
III. ICJ 에 의한 국제인 개념 적용 과정 분석
IV. ICJ 의 국제인 개념의 한계 및 다국적 기업의 국제적 지위에 갖는 함의
V. 결론

Ⅰ. 서론

명시적인 규정에 근거하여 권리와 의무의 주체로서 인(person)의 문제를 규율하는 국내법과 달리[1] 국제법상 인에 관한 정립된 법체계(international law of persons)는 찾아보기 힘들다.[2] UN 내에서 국제법의 성문화 및 점진적 발전을 담당

* 투고일 : 2013.5.10, 완료일 : 2013.6.17, 게재확정일 : 2013.6.22

1) Malcolm Shaw, International Law, (6th ed.), Cambridge University Press, 2008, pp.195-196; 예를 들어 대한민국 민법 제3조와 제34조는 다음과 같이 권리와 의무의 주체를 규정하고 있다:
민법 제3조 권리능력의 존속기간
사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.
민법 제34조 법인의 권리능력
법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위내에서 권리와 의무의 주체가 된다.

2) Roland Portmann, Legal Personality in International Law, Cambridge University Press, 2010, p.5.

할 권한을 부여받은 국제법위원회(International Law Commission, 이하 ILC)에서 동 주제를 작업 목록에 포함시키려는 시도가 있었으나, 이는 받아들여지지 않았다.[3] 그리고 이러한 점에서 특정한 행위자가 국제인격(international personality)을 갖는지 여부 판단에 있어서 해당 행위자의 국제사회에서의 행위뿐 아니라 국제공동체의 명시적, 혹은 묵시적 승인이 중요한 역할을 한다.[4]

이렇게 국제법상 권리와 의무의 주체를 규율하는 명확한 법체계가 부재한 현실 속에서 Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations 사건에 대한 ICJ 의 권고적 의견(이하 손해배상 권고적 의견)은 국제인(international person, 이하 국제인)과 국제법 주체(subject of international law, 이하 국제법 주체) 지위가 부여되는 과정을 언급한 몇 안 되는 권위 있는 국제 문서 중 하나라는 점에서 자주 인용되고 있다. 그리고 ICJ 는 Western Sahara 사건에 관한 권고적 의견에서 손해배상 권고적 의견에서 적용한 기준을 다시 한 번 적용하며 이에 권위를 실어주었다.[5] 하지만 다른 한편으로 손해배상 권고적 의견은 해당 개념들을 언급할 때 논리적 측면에서 순환논리를 사용하는 오류를 범했다는 비판 또한 적지 않게 받고 있으며,[6] 또한 현실적으로 ICJ 의 국제인 개념은 국제사회에서 다양한 행위자들이 행하는 수많은 법적 행위들을 포섭하는데 있어 진입장벽으로 작용하기도 한다는 점에서 비판을 받고 있기도 하다. 심지어 적지 않은 수의 학자들은 이러한 국제인 개념을 국제법의 발전을 위해 폐기해야 할 개념으로까지 지적하고 있기도 하다. 필자는 이 글을 통해 ICJ 가 국제인 및 국제법 주체 개념을 도입하는 과정에서 실제로 순환논리를 사용하는 오류를 범하고 있는지 검토하면서, ICJ 가 제시한 국제인 개념이 갖는 의의 및 한계는 무엇인지, 그리로 ICJ 의 국제인 개념이 오늘날 국제사회의 다양한 행위자들, 특히 다국적기업의 지위에 갖는 함의는 무엇인지를 검토하고자 한다.

---

3) Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General, UN. Doc. A/CN.4/1/Rev.1, 1949, pp.19-22, in ibid., p.9.

4) Shaw, op.cit., p.197 참조.

5) Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, pp.63-64.

6) 이러한 예로서, Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (2nd ed.), Oxford: Clarendon Press, 1966, p.60; Andrew Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, 2006, p.64; José E. Alvarez, "Are Corporations "Subjects" of International Law?", Santa Clara Journal of International Law, 2011, p.4.

II. ICJ 에 의한 국제인 개념의 도입과 확장

1, 국제인에 관한 법체계의 부재

국제인 혹은 국제법 주체에 관한 논의는 이제까지 여러 국제법 관련 저서 혹은 강의에 의해서 다루어져왔음에도 불구하고 아직 이에 관한 일반화된 법리가 형성되어 있지는 않다.[7] 국제인과 국제법 주체 개념이 널리 혼용되어 온 것은 이러한 현실을 반영하는 것이며, 저명한 국제법 교과서들은 정립된 법리를 소개하기보다는 관련된 논의를 언급하고 국제사회의 주된 행위자인 국가를 중심으로 여타 행위자들의 지위를 비교하는 식으로 내용을 구성하여왔다.[8][9]

이러한 논의에 따르면 국제사회에서 국가에게는 광범위한 주권이 인정되어왔으며, 이러한 주권에 기해 국가는 국제인 혹은 국제법 주체로서 국제사회에서 당연히 포괄적인 권리와 의무를 보유하는 행위자[10]로 널리 인정이 되어왔다.[11] 국제인 지위의 부여에 관한 다자조약이 없는 상황에서 국제법상 권리와 의무를 형성할 권능, 그리고 권리와 의무를 실현하기 위한 제소권 및 피고적격(혹은 당사자능력) 또한 관습국제법에 의해 국제법 주체 개념에 내재하는 것으로 전통적으로 학자들에 의해 인식되어왔다.[12] 하지만 국가 간 교류가 활발해지고 국제화가 심화되어감에 따라 기존에 예상하지 못한 새로운 국제사회의 행위자들이 등장하기 시작하였는데, 이에 따라 기존에 국가들에게만 부여되었던 국제법 주체의 지위가 누구에게까지 부여될

---

7) Portmann, op.cit., p.8; James Crawford, Brownlie's principles of public international law, (8th ed.), Oxford University Press, 2012, p.116 참조.

8) Brownlie, op.cit., pp.60-72; Crawford, ibid., pp.115-126; Shaw, op.cit., pp.195-264 참조.

9) Portmann 에 따르면 역사적으로 서구사회에서 국내법상 인에 관한 사법(private law) 법리는 귀족, 성직자, 농노, 노예 등 각 계층별로 누리는 법인격을 구분하는 역할을 하였으며, 19세기에 들어서 이러한 구분이 사라지면서 동 법리는 이제 자연인과 법인의 법인격을 구분하는 역할을 담당하고 있다. Portmann, op.cit., p.7. 하지만 국제사회에서 인의 법리에 관한 논의는 국가와 다른 행위자들, 특히 개인을 국제법상 주체 및 객체(object)의 관계로 나누어 원천적으로 전자를 완전한 행위자, 후자를 불완전한 행위자로 취급하여 국내법상으로는 이미 폐기된 신분개념이 내재되어 있는 듯한 인상을 주고 있다.

10) '주체(subject)' 개념이 갖고 있는 법적인 함의로 인해 본 글에서는 법적으로 보다 중립적인 개념으로서 '행위자'라는 표현을 쓰고자 한다.

11) Christian Walter, "Subjects of International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, para.1; Shaw, *supra* note 2, p.197; Portmann, op.cit., p.9.

12) Jan Klabbers, An Introduction to International Institutional Law, (2nd ed.), Cambridge University Press, 2009, p.39 참조.

수 있는지, 그것이 가능하다면 그 기준은 무엇인지, 내용은 동일한지 등이 문제가 되기 시작하였다. 그리고 손해배상 권고적 의견은 이러한 배경 하에서 ICJ 에 의해 다루어졌다.

2. 손해배상 사건 관련 사실관계

손해배상 권고적 의견에서 문제가 된 사실관계를 간략히 설명하면 다음과 같다.[13] 스웨덴의 Folke Bernadotte 백작은 UN 이 임명한 이스라엘과 팔레스타인 간 분쟁의 조정자로서, 프랑스의 André Sérot 대령은 UN 참관인(observer)으로서 임무 수행 중 1948년 이스라엘 극단주의자들의 테러공격으로 사망한다. 이스라엘은 가해자들의 체포 및 기소에 실패하였는데, 이러한 상황 하에서 UN 은 과연 국제기구에게 국가에 대한 제소권이 존재하는지 여부에 대한 권고적 의견을 ICJ 에 요청하였다.[14]

한편 당시 이스라엘은 아직 UN 회원국의 지위를 보유하지 않았으며 따라서 국제기구가 그 내부에서의 회원국에 대한 관계에서 뿐 아니라 심지어 국제기구 외부 관계에서도 제소권을 가지는지가 문제가 되었다.[15] ICJ 는 회원국과의 관계에서 제소권을 갖는지 여부를 먼저 검토하면서 국제인 개념을 적용하였고, 이후 비회원국에 대한 제소권을 검토하면서 객관적 국제인격(objective international personality) 개념을 적용하였다. 국제인 개념에 대해서는 다음 항에서, 객관적 국제인격에 대해서는 III. 2. 에서 보다 자세히 검토하도록 한다.

3. 국제인 개념의 채택 및 국제법 주체의 확장

UN 이 입은 손해와 관련하여 회원국에 대해 국제기구가 제소권을 갖는지 여부를 판단하기 위해 ICJ 는 UN 이 국제인인지에 대한 판단이 선결되어야 한다고 하며

13) 이에 대해 자세히는 Pierre d'Argent, "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2006, para.1 참조.

14) UN 은 먼저 직원의 사망으로 인해 해당 업무 수행에 차질이 생김으로써 UN 이 입은 손해에 대해 UN 이 배상청구를 할 수 있는지, 그리고 둘째로 UN 직원이 입은 손해에 대해서도 UN 이 직접 배상청구를 할 수 있는지 이렇게 두 개의 논점에 대해 권고적 의견을 구하였다. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1949, p.175 참조.

15) Ibid., p.175.

권고적 의견에서 국제인 개념을 처음으로 언급하였다.[16] 국제인 개념은 동 권고적 의견에서 UN 의 제소권 판단 시 결정적 역할을 하였지만, ICJ 는 과연 국제인 개념이 무엇을 의미하는지에 대해서는 명확히 언급하지 않았다.[17] 다만 ICJ 는 UN 이 국제인에 해당한다면 그 회원국에게 부여된 일정한 의무를 이용할 수 있다는 것을 의미한다고 하며 국제인을 어떠한 다른 행위자에게 의존하지 않는 국제사회의 독립된 행위자를 뜻하는 것으로 파악한 것으로 보인다.[18]

UN 이 국제인인지 여부를 판단하기 위해 ICJ 는 먼저 UN 헌장은 이에 관한 명시적 규정을 포함하고 있지 않다는 것을 확인한 후, 하지만 헌장 상 규정된 UN 의 권한 및 기능의 내용에 비춰봤을 때 UN 의 국제인으로서의 지위가 인정되며 이는 회원국들이 UN 을 창설할 때의 의사와도 부합하는 것이라고 결론 내렸다.[19][20] 다만 국제기구가 국가와 동일한 주권적 지위를 누리게 되는 것으로 인식될 것을 방지하기 위해서 국제기구의 국제인으로서의 지위는 국가의 그것과는 다른 것이며 지위를 갖는 행위자가 누구냐에 따라서 그 내용이 달라질 수 있음을 강조하였다.[21] 하지만 ICJ 는 국제인으로서의 지위에 수반하는 공통된 법적 결과로서 몇 가지를 언

16) Ibid., p.178.

17) 이는 ICJ 스스로도 인정하듯이 국제인 개념이 논란이 많은 개념이기에 그러한 듯 하며, 이러한 현실은 오늘날에도 여전히 유효하다. Ibid., p.178, Portmann, op.cit., p.1; 많은 학자들이 국제인, 국제법인격(international legal personality), 국제법 주체 개념을 혼용하여 사용하고 있다. Portmann, ibid., p.7; Brownlie 는 국제인 개념을 국제법인격 개념과 구별해서 사용하고 있는 반면 Klabbers 같은 경우는 국제인 개념을 국제법인격(international legal personality) 개념과 동일시하고 있다. 이에 대해서는 Brownlie, op.cit., p.60, Klabbers, op.cit., p.39 각각 참조.

18) Reparation case, op.cit., p.178; Shaw 도 ICJ 의 입장을 이렇게 받아들이고 있는 것으로 보인다. Shaw, op.cit., p.264.

19) Ibid., p.178-179. 헌장은 국제기구 창설문서로서 국제기구의 권한과 임무를 규정한다는 점에서 국제기구의 권한 판단 시 당연히 먼저 고려되어야 할 법적문서이다. 이는 국제기구의 속성적 권한 이론(doctrine of attributed power)에 의해 뒷받침되는데, 비록 UN 헌장에는 명시적으로 UN 의 국제인 지위를 인정한 규정이 없지만 헌장 내 세부규정들의 내용에 비춰봤을 때 회원국들이 UN 에 국제인 지위를 부여하는 것으로 의도한 것으로 봐야한다는 점에 근거하여 ICJ 는 UN 의 국제인 지위를 인정하고 있다. 속성적 권한 이론에 대해 자세히는 한희원, "국제기구의 법인격과 그 권한에 대한 이론적 고찰", 「중앙법학」 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009, 417-419면 참조.

20) 반면에 UN 직원이 입은 손해에 대한 UN 의 배상청구권은 속성적 권한 이론에 의해서도 인정되기 힘들다. 이에 관해서는 헌장에 명시적 규정도 없을뿐더러 이는 UN 이 직접적으로 입은 손해가 아니라 그 직원이 입은 손해에 대한 외교적 보호권의 성격을 띠는 권한이기 때문이다. 이에 ICJ 는 그 직원의 손해에 대한 UN 의 제소권이 암시적 권한(implied power)으로서 인정이 되는지에 대한 검토로 나아갔다. Reparation case, op.cit., p.181-182. 암시적 권한에 대해 자세히는 한희원, 위의 글 419-422면 참조.

21) Reparation case, ibid., p.179.

급하였는데, 먼저 국제인으로 인정된 행위자는 국제법 주체가 되며 국제적 권리와 의무를 보유할 권능[22]을 갖게 된다.[23] 그리고 국제인은 그 권리 실현의 수단으로서 국제적인 소송을 제기할 수 있는 당사자능력을 부여받는다.[24] 이러한 국제인 개념의 채택과 국제인에 대한 공통된 법적 결과의 부여는 기존의 국제법 주체 범위를 확장시킴으로써 국제기구를 이 대열에 포함시키는 데 결정적인 도구로 사용되었으나, 다른 한편 ICJ 가 채택한 국제인 지위 부여의 기준은 순환논리의 오류를 내포하고 있다는 비판을 받기도 하였다.[25]

III. ICJ 에 의한 국제인 개념 적용 과정 분석

1. ICJ 는 순환논리의 오류를 범하고 있는가?

ICJ 의 국제인 개념이 내포한 논리적 결함에 대한 비판은 여러 학자들에 의해 제기되었다.[26] 특히 Brownlie 는 ICJ 의 논리가 곧 '국제법상 권리 의무를 가질 수 있고 제소권을 가지고 있는 존재가 법인(legal person)이며, 이러한 국제 법인이 곧 국제법상 권리 · 의무능력을 가지고 제소권을 가지는 국제법 주체에 해당한다.'는 것을 의미한다고 정리하면서 이러한 논리는 전제와 결론이 동일한 전제에 기초하고 있기에 순환논리라고 주장하였는데,[27] 이는 여러 학자들에 의해 회자되고 있다.[28] 하지

---

22) 이는 우리나라 국내법 체계에서도 언급되는 법적 개념인 권리·의무능력으로 볼 수 있다. 곽윤직, 민법총칙, 개정판, 박영사, 2002, 109-110면 참조.

23) Reparation case, op.cit., p.179. 원문은 다음과 같다:

> Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. ... What it does mean is that it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, ...

24) Reparation case, ibid. 위의 주에 인용된 문장에 이어지는 원문은 다음과 같다:

> ... and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims.

25) 이러한 비판들에 대해서는 앞의 주 7 참조.

26) 이에 대해 자세히는 Portmann, op.cit., p.10, fn.10 참조.

27) Brownlie, op.cit., p.60 참조.

28) Portmann, op.cit., p.10, fn.10 참조.

만 과연 ICJ 의 국제인 개념이 유사한 내용을 표현만 바꿔가면서 정의한 유의어 반복(tautological nature of definition)[29]에 해당할 뿐이며 순환논리의 오류를 범하고 있는지에 대해서는 의문이 있다. Brownlie 는 국제 법인과 국제법 주체를 동일한 개념으로 보고 ICJ 가 유의어를 반복하고 있다는 비판을 하였는데, ICJ 는 국제 법인이 아니라 국제인 개념을 사용하였고 또 국제인 개념을 국제법 주체, 그리고 제소권과 구별해서 사용하고 있기 때문이다. ICJ 의 논리는 행위자가 국제인의 지위를 갖게 되면 그 법적 결과로서 국제법 주체가 되며 권리·의무능력과 제소권을 갖게 된다는 것이며, 따라서 국제인 개념, 국제법 주체, 그리고 국제법상 권리·의무능력이 서로 다른 개념이라면 ICJ 는 순환논리의 오류를 범하고 있는 것이 아니다.

그렇다면 국제인, 국제법 주체, 국제법상 권리·의무능력은 어떻게 다른가? 손해배상 권고적 의견을 살펴보면 ICJ 는 UN 의 국제인 지위를 인정하면서 그 법적 결과를 다음과 같이 언급하였다:

Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. ... What it does mean is that it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims.[30] (밑줄은 필자에 의한 것임.)

ICJ 는 위에 인용한 문단 두 번째 문장 1문과 2문을 나누어 국제인 지위의 법적 결과를 두 종류로 나누고 있다. 먼저 1문에서는 국제인 지위의 획득은 곧 국제법 주체로서의 자격을 갖게 되는 것임을 언급하였는데, 국제법 주체 개념을 국제적 권리와 의무의 향유능력, 즉 국제법상 권리·의무능력과 함께 다룸으로써 양자를 동일한 것으로 취급하고 있는 것으로 보인다. 그리고 2문에서는 국제인 지위 획득의 또 다른 법적 결과로서 국제기구가 향유하는 권리의 보존을 위한 제소권을 부여받게 됨을 언급하였다.[31] 즉 ICJ 는 국제인 지위 부여의 법적 결과로서 국제법 주체(혹은 국제법상 권리·의무능력)로서의 지위 획득과 이를 실현하기 위한 제소권의

29) Ibid., p.10.

30) Reparation case, op.cit., p.179.

31) 필자와 마찬가지로 국제법 주체를 국제인 개념의 하위 개념으로 보지만 국제법 주체 개념은 실제로 국제적 권리와 의무를 향유하고 있는 행위자를 의미한다고 하며 국제법상 권리·의무능력과 구별하는 견해로는, Anna Meijknecht, Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law, Intersentia-Hart, 2001, pp.32-34 참조.

획득을 언급함으로써 국제인 개념을 이러한 법적 결과들을 포괄하는 보다 큰 개념으로 판단하고 있는 것이다. 따라서 ICJ 는 국제인과 국제법 주체 개념을 채택함에 있어서 순환논리의 오류를 범하고 있지 않다.

2. 국제기구에의 국제인 개념 적용의 의의

한편 손해배상 권고적 의견에서 언급된 국제인 개념의 논리적 오류에 대한 판단을 떠나서, ICJ 가 국제인 개념을 언급한 것은 UN 의 제소권 인정을 위한 국제기구에의 국제인 지위 부여가 주된 목적이었다는 점에서[32] ICJ 가 언급한 국제인 개념은 국제기구의 제소권 인정 필요성이라는 맥락 하에서 이해되어야 할 필요가 있다. 그리고 이는 애초에 의도된 목적에 부합하게 국제기구의 제소권의 연역적 도출을 가능하게 하였다. 국내법과 달리 중앙집권적인 체계, 혹은 세계헌법을 가지고 있지 않은 국제공동체에서 국가의 의사 혹은 관습법에 의해 뒷받침되지 않는 법 개념은 확정적인 법리로서 자리 잡기 힘들다.[33] 따라서 ICJ 는 보편적으로 인정되고 있는 국가의 국제인 지위를 차용, 이의 적용 범위를 넓혀 국제기구를 포섭하였고, 국제기구는 자동적으로 국제인 지위의 법적 결과인 제소권을 인정받게 된 것이다.

ICJ 는 이렇게 국제기구를 국제인 개념에 포섭하는 과정에서 우선 국가의 의사를 결정적인 요소로 판단하였다. 이는 국제기구에의 국제인 지위의 부여는 결국 직·간접적으로 국제기구 창설 문서에서 도출되는 창설국의 의사에 따라 결정된다는 점에서 그러하다. 그리고 UN 이 비회원국을 상대로도 제소권을 가지는지 여부를 판단하는 과정에서 ICJ 는 UN 을 창설한 국제공동체 압도적 다수 국가들은 국제기구에 객관적인 국제인격을 부여할 힘을 가진다고 하며 다수 국가에 의한 국제인격 부여라는 국가 관행을 통해 UN 의 객관적 국제인격을 인정하였다.[34] 요약하자면, ICJ 의 국제인 개념 적용 과정은 국제인 지위의 부여가 국가에 의해서 이루어지며 구체적으로 이는 국가의 의사와 관행에 의해 이루어진다는 점을 나타내고 있는 것이다.[35]

---

32) Reparation case, op.cit., p.177 참조.

33) 특히 이러한 중앙집권적 체계의 부재라는 현실이 국제인 법리 정립에 갖는 함의에 대해서 자세히는Portmann, op.cit., pp.9-12 참조.

34) Reparation case, op.cit., p.185.

35) 이와 유사한 입장으로 Portmann, op.cit., pp.105-107 참조. 국제인 지위 부여 과정에 있어서 국가 등 국제사회의 주된 행위자들이 갖는 역할에 대해서 자세히는 Shaw, op.cit., pp.197, 261-262 참조.

IV. ICJ 의 국제인 개념의 한계 및 다국적 기업의 국제적 지위에 갖는 함의

1. ICJ 에 의한 국제인 개념 도입의 문제점

하지만 손해배상 권고적 의견은 국제기구에의 국제적 제소권 인정 필요성에만 초점을 맞추면서 정작 국제인 개념 자체에 대한 일반적인 정의는 하지 않았다는 점에서 문제점을 내포하고 있다. ICJ 스스로도 인정하고 있듯이 국제법상 아직 확립되지 않은 국제인 개념을 국제기구에 적용하면서도[36] ICJ 는 일반적으로 국제무대의 행위자들에게 적용할 수 있는 보편적인 개념 정의를 제시하지 않았다. 즉 ICJ 는 손해배상 권고적 의견을 통해 국제기구라는 특정한 행위자가 국제인 지위를 부여받게 되는 과정을 언급한 것일 뿐인 것이다. 그러나 이는 일반적인 국제인 개념이 정립되지 않은 현실 속에서 국제기구에 제한된 개념을 다른 행위자에게도 일반화시키는 잘못된 결과를 낳는데 기여하고 있다. 앞서 살펴봤듯이 국제 사회의 행위자들이 국제인 개념에 포섭되려면 해당 행위자에게 국제인 지위를 부여하려는 국가의 의사와 관행이 필요할 것이라는 점을 간접적으로 도출해내는 것이 가능하다.[37] 그리고 이러한 국제인 개념에 따라 학자들은 선험적으로 국제인 지위를 부여받은 국가나 국제기구와 같은 제한된 행위자들만이 연역적으로 국제법상 권리·의무능력을 갖게 되고 국제적 제소권을 가지게 된다는 결론으로 이를 확장 적용시켜왔다.[38]

그러나 이는 국제법 체계와 국내법 체계의 차이점과 국제사회의 현실을 충분히 반영하고 있지 못하다는 점에서 문제가 있다. 우선 국제법 체계는 국내법 체계와는 달리 중앙집권화 되어있지 않으며, 국제사회의 행위자에게 국제인 지위를 부여하는 일반화된 법체계는 존재하지 않는다.[39] 국가들은 국제인 지위의 부여 여부와 상관

36) Reparation case, op.cit., p.178.

37) III. 2. 참조.

38) 한편 다수의 학자들은 국제인, 국제법 주체 개념을 동일한 개념으로 받아들이고 있으며 여기에 국제법상 권리·의무능력뿐 아니라 국제법상 권리와 의무를 창설할 수 있는 능력까지 포함하는 것으로 보고 있다. Portmann, op.cit., pp.8-9. 하지만 이는 '주체'의 속성이라기보다는 '주권'의 속성에 가까운 것으로 보인다. 앞서 살펴봤듯이 ICJ 또한 국제법 주체를 국제법상 권리·의무능력의 개념으로 받아들이고 있지 필연적으로 권리·의무의 창설능력과 연결시키고 있지는 않은데, 국제법상 권리와 의무를 창설할 능력은 국제법상 권리 의무 능력의 일부로서 국제법 주체의 충분조건이지 필요조건은 아닌 것이다. 따라서 그러한 능력이 없다고 해서 국제법 주체가 아니라는 주장은 지나친 논리의 비약이 아닐까한다.

39) Ibid., pp.9-12 참조. 반면 대한민국 민법은 제3조에서 모든 사람은 권리와 의무의 주체가

없이 여러 행위자들에게 국제적 권리와 의무를 부여해 왔고, 국제법 체계는 이러한 국제사회의 필요를 반영하면서 각 개별적 분야별로 발전을 이루어왔다. 하지만 손해배상 권고적 의견의 국제인 개념을 국제기구 외에 다른 행위자들에게도 확대적용하게 되면 국제인 지위가 먼저 부여되지 않는 이상 해당 행위자는 국제적 권리·의무능력도 없으며 제소권이 인정될 여지도 원천적으로 봉쇄됨으로써 국제사회의 현실과 동떨어진 결론에 이르게 되는 것이다.[40] 그리고 이러한 국제인 개념에 따라 학자들은 선험적으로 국제인 지위를 부여받은 국가나 국제기구와 같은 제한된 행위자들만이 연역적으로 국제법상 권리·의무능력을 갖게 되고 국제적 제소권을 가지게 된다는 결론으로 이를 확장 적용시켜왔다.[41]

또한 현실적으로 보다 중요한 문제는 실제로 해당 행위자가 국가의 의사 혹은 관행에 따라 국제법상 권리와 의무를 향유하고 국제적 제소권을 실현할 수 있는 법적 근거를 마련했느냐의 여부이지 선험적으로 이를 보유할 수 있는 지위를 갖추었는지 여부가 아니다. 국제기구가 국제인 지위를 인정받아 연역적으로 국제적 제소권을 부여받는다고 해도 결국 국제재판소에 소를 제기할 때 상대 국가의 동의가 없으면 제소권은 유명무실하게 되기 때문이다.[42] 국제기구는 국가와의 관계에서 구속력 있는 조약을 체결할 수 있으며 따라서 국제인 지위와 상관없이 분쟁을 국제 소송으로써 해결할 수 있는 권한을 이미 잠재적으로 보유하고 있어왔다.[43] 손해배상 권고적 의견에서 유엔의 국제인 지위가 인정되었든 되지 않았든 유엔이 이스라엘을 제소할 수 있는지 여부는 결국 유엔과 이스라엘 간 소제기에 대한 구체적인 합의가 있는지

된다고 규정하고 있고, 제34조는 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다고 규정하고 있다. 또한 민사소송에 관한 규율은 별도의 민사소송법에 의해 이루어지고 있으며, 동법 제51조는 당사자능력 및 소송능력은 동 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다고 하며 명시적으로 규정하고 있다.

40) 앞서 언급했듯이 이는 19세기 이전 농노, 노예 등을 법률행위의 주체의 범위에서 배제하는데 기여한 서구사회 국내사법상의 인의 법리의 역할을 떠올리게 한다. 앞의 주 10 참조.

41) 한편 다수의 학자들은 국제인, 국제법 주체 개념을 동일한 개념으로 받아들이고 있으며 여기에 국제법상 권리·의무능력뿐 아니라 국제법상 권리와 의무를 창설할 수 있는 능력까지 포함하는 것으로 보고 있다. Portmann, op.cit., pp.8-9. 하지만 이는 '주체'의 속성이라기보다는 '주권'의 속성에 가까운 것으로 보인다. 앞서 살펴봤듯이 ICJ 또한 국제법 주체를 국제법상 권리·의무능력의 개념으로 받아들이고 있지 필연적으로 권리·의무의 창설능력과 연결시키고 있지는 않은데, 국제법상 권리와 의무를 창설할 능력은 국제법상 권리 의무 능력의 일부로서 국제법 주체의 충분조건이지 필요조건은 아닌 것이다. 따라서 그러한 능력이 없다고 해서 국제법 주체가 아니라는 주장은 지나친 논리의 비약이 아닐까한다.

42) Reparation case, op.cit., pp.177-178 참조.

43) 당시 아직 국제기구간 혹은 국제기구와 국가간 체결된 조약에 관한 비엔나협약이 채택되어 있지는 않았지만 ICJ 는 국제기구가 국가와 조약을 체결해왔다는 국제사회의 관행을 강조하고 있다. Ibid., p.179.

에 따라 결정 되게 되는 것이다. 이와 마찬가지로 다른 행위자들의 국제법상 권리·의무능력과 제소권의 존부를 파악할 때에도 그들의 국제인 지위를 먼저 검토하여 연역적으로 파악할 것이 아니고 실제로 개별 분야에서 해당 행위자들이 국가에 의해 어떠한 권리·의무 혹은 제소권을 부여받았는지를 검토하는 것이 더욱 현실적인 접근법이 된다. 하지만 ICJ 는 이러한 국제법 체계의 특성과 국제사회의 현실을 충분히 고려하지 않은 채 국제인 개념을 부적절하게 도입함으로써 국제인 개념에 관한 불필요한 논란을 불러일으켰으며, 이는 국제사회 다른 행위자들이 실제로 부여받은 국제법상 지위를 행사하는데 큰 장애물로 작용하여왔다.

2. ICJ 의 국제인 개념에 비춰 본 다국적 기업의 국제적 지위와 이에 대한 비판적 고찰

특히 이러한 국제인 개념은 다국적 기업의 국제적 지위에 대한 논의 시 많이 인용되어왔다.[44] 다국적 기업의 국제인으로서의 지위는 현재 많은 논란을 일으키고 있는 것이 사실이며, 이는 특히 다국적 기업이 과연 국제법상 어떠한 권리와 의무를 부여받았는지 명확하지 않다는 점에 기인하는 면이 크다. 국제기구의 국제인격이 창설문서에 명시되어 있지 않은 경우 해당 국제기구의 국제인 지위는 회원국들의 묵시적 의사에 따라 인정될 수 있다는 것이 손해배상 권고적 의견에서 ICJ 가 취한 입장이다.[45] 하지만 국제기구와 달리 다국적 기업의 경우에는 그 설립 시 국가가 창설문서를 작성하지 않으므로 이러한 요소가 고려될 수 없다. 또한 아직까지 보편적인 조약체결권, 특권과 면제 등을 부여받지 못한 다국적 기업에게 ICJ 가 요구한 국가와 독립된 행위자로서의 지위를 연역적으로 부여하기는 힘들어 보인다.

하지만 앞서 언급했듯이 국제사회의 현실을 반영한 귀납적 접근법을 취한다면 이러한 판단은 달라질 수 있다. 국제법상 외국인 보호에 관한 법체계와 국가 간 양자투자보장협정(bilateral investment treaty, BIT)을 중심으로 한 국제투자법을 통해 다국적 기업은 소속 국가로부터 독립하여 향유할 수 있는 일정한 국제법상 권리와 의무를 부여받았다.[46] 심지어 이들은 제한적이긴 하지만 국가를 상대로 한 제소권

44) 이러한 예로서 Alvarez, op.cit., p.4; Clapham, op.cit,, p.63-69; Merja Pentikainen, "Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law - Status of Corporations", Utrecht Law Review, vol.8 Issue 1, 2012, pp.145-154 참조.

45) Reparation case, op.cit., pp.178-179.

46) 이에 대해 자세히는 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 1st ed., Oxford University Press, 2008 참조. 외국인 투자와 관련하여 다국적 기업을 포함한 외국인 투자자의 국제의무가 존재하는지에 대해서는 논란이 많지만,

도 인정받고 있으며,[47] ICSID 에 의한 중재소송의 관할권 성립에 필요한 투자유치국과 투자자 쌍방의 동의는 양 당사자를 모두 구속한다는 점은 다국적 기업을 포함한 외국인 투자자가 국가와 대등한 위치에서 국제법상 의무를 직접적으로 발생시킬 수 있는 가능성을 열어놓았다.[48] 이렇게 다국적 기업이 국제인으로서의 지위를 부

이를 명시적으로 BIT 상에 도입하려는 국가들의 움직임과 투자자의 국제의무위반에 근거한 반소제기 가능성 등이 중재판정 상에서 혹은 학자들에 의해 논의되고 있다. 이러한 국가들의 움직임 및 중재판정 및 학자들의 논의에 대해 자세히는 Dafina Atanasova et al., "Counterclaims In Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Under International Investment Agreements (IIAs)", Trade and Investment Law Clinic Papers, Graduate Institute of International and Development Studies, 2012; Stephanie B. Leinhardt, "Some Thoughts on Foreign Investors' Responsibilities to Respect Human Rights", Transnational Dispute Management, vol.10 issue 1, 2013; Howard Mann, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development", Lewis & Clark Law Review, vol.17 issue 2, 2013 참조.

47) Walter, op.cit., pp.5-6; 예를 들어 론스타 대한민국정부를 상대로 제기한 중재소송의 근거조항인 한·벨기에 룩셈부르크 경제연합 투자보장협정(Agreement Between The Republic Of Korea, On The One Hand, And The Belgo-Luxemburg Economic Union, On The Other Hand, On The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments) 제8조는 다음과 같이 투자자의 국제중재소송 제소권을 인정하고 있다:

Article 8

Each contracting party hereby irrevocably and anticipatory gives its consent to submit to conciliation and arbitration any dispute relating to a measure contrary to this agreement, pursuant to the "convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states" of 18 march 1965, at the initiative of a national or legal person of the other contracting party, who considers himself to have been affected by such a measure. This consent implies renunciation of the requirement that the internal administrative or judicial resorts should be exhausted.

그리고 동 조항이 원용하고 있는 국제투자분쟁해결기구협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID Convention) 제25조는 다음과 같이 그 관할권 및 분쟁당사자를 규정하고 있다:

Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

여받았는지 여부의 연역적인 판단에서 눈을 돌려 이들이 실제로 국제적 권리와 의무를 부여받아 행사하고 있는 현실을 귀납적으로 살펴보면 다국적 기업 또한 국제법상 권리·의무능력과 제소권을 국가로부터 부여받았다고 볼 수 있는 것이다. 즉 국가나 국제기구와 동일한 정도는 아닐지라도 국제법상 다국적 기업 또한 일정부분 국제인으로서의 지위를 향유하고 있는 것이다.[49]

V. 결론

ICJ 의 손해배상 권고적 의견은 국제기구가 국가의 위법행위에 의해 입은 손해에 대해 국제기구의 제소권을 부여하기 위한 전제로서 국제기구의 국제인 지위를 검토하였다. 이 과정에서 ICJ 가 언급한 국제인 개념은 국제사회에서 독립된 행위자를 의미하며, 국가에 의해 국제인 지위를 인정받으면 그 법적 결과로서 국제법 주체, 즉 국제법상 권리·의무능력자로서의 지위를 부여받고 국제법상 제소권을 부여받게 된다. 그리고 이러한 맥락에 비춰봤을 때 ICJ 가 국제인 개념을 정의하는데 있어서 순환논리의 오류를 보였다는 비판은 수긍하기 어렵다.

하지만 국제인 개념에 관하여 ICJ 가 논리적으로 오류를 보이고 있는지 판단을 떠나서 IC 가 취한 연역적 국제인 개념을 국제사회의 행위자 전반에 대해 일반화시키는 것은 무리가 있다. 이러한 일반화는 연역적으로 인(person), 법의 주체성, 그리고 제소권 문제를 규율하고 있는 국내법 체계와 달리 개별적 분야의 발전을 통해 일반적인 법체계[50]가 귀납적으로 형성되기도 하는 국제법 체계의 특성을 무시한 것이며, 또한 실제로 국제인 개념의 선결적인 부여와 상관없이 국제법상 권리와 의무 그리고 제소권을 향유하고 있는 다국적 기업과 같은 행위자들이 존재하고 있는 국

48) ICISD Convention 전문 제6문단은 다음과 같이 명시하고 있다:
Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with;

49) Clapham 또한 국가를 기준으로 한 국제법 주체 개념의 적용을 비판하면서 실제로 비국가 행위자들이 국제법상 권리와 의무를 향유하고 있다는 점을 강조하며 필자와 유사한 결론에 이르고 있다. Clapham, op.cit., p.80 참조; Alvarez 또한 다국적 기업이 국제책임을 부담할 수 있는지를 다룬 논문에서 국제법인격 혹은 국제법 주체 개념을 통한 연역적 접근법을 비판하며 귀납적으로 오늘날 다국적 기업이 실제로 국제법상 권리와 의무를 향유하고 있다는 사실에 초점을 맞출 것을 강조하였다. Alvarez, op.cit., 15.

50) 조약법과 국가책임법 체제를 일반적 법체계의 예로 들 수 있다.

제사회의 현실을 간과한 것이기도 하다.

60여 년 전에 다루어진 손해배상 권고적 의견은 국제사회에서의 행위자들이 가질 수 있는 지위와 그러한 지위에 따른 법적 결과를 설명하는데 있어 국제인 개념을 언급함으로써 관련된 몇 안 되는 권위 있는 법적 문서로서 생산적인 논의를 일으켜 왔다. 하지만 ICJ 가 국제인 개념을 적용하는 과정에서 취한 연역적 접근법은 국제법 체계의 고유한 특성, 즉 귀납적 법 형성 과정을 간과함으로써 현실을 반영하는 국제법의 발전에 장애물로 작용해 왔다는 점 또한 무시할 수 없다. 이제는 개별 국제법 분야에서 날이 갈수록 더욱 더 많은 국제적 권리·의무를 실제로 보유하고 행사하고 있는 다양한 행위자들에게 그 권리와 의무에 상응하는 국제인 지위 혹은 국제법 주체성을 인정해 줄 때가 아닐까 생각한다.

주제어 : Reparation 사건, 국제기구, 국제인격, 국제법 주체, 다국적 기업

참 고 문 헌

- 외국 문헌

단행본

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, (2nd ed.), Oxford: Clarendon Press, 1966

Antonio Cassese, International Law, (2nd ed.), Oxford University Press, 2005

Andrew Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, 2006

James Crawford, Brownlie's principles of public international law, (8th ed.), Oxford University Press, 2012

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 1st ed., Oxford University Press, 2008

Jan Klabbers, An Introduction to International Institutional Law, (2nd ed.), Cambridge University Press, 2009

Anna Meijknecht, Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law, Intersentia-Hart, 2001

Roland Portmann, Legal Personality in International Law, Cambridge University Press, 2010

Malcolm Shaw, International Law, 6th ed., Cambridge University Press, 2008

논문

José E. Alvarez, "Are Corporations "Subjects" of International Law?", Santa Clara Journal of International Law, 2011

Dafina Atanasova et al., "Counterclaims In Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Under International Investment Agreements (IIAs)", Trade and Investment Law Clinic Papers, Graduate Institute of International and Development Studies, 2012

Jonathan I. Charney, "Transnational Corporations and Developing Public International Law", Duke Law Journal, 1983

Pierre d'Argent, "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2006

Erika George, "See No Evil? Revisiting Early Visions of the Social Responsibility of Business: Adolf A. Berle's Contribution to Contemporary Conversations", the Seattle University Law Review, vol.33, 2010

Stephanie B. Leinhardt, "Some Thoughts on Foreign Investors' Responsibilities to Respect Human Rights", Transnational Dispute Management, vol.10 issue 1, 2013

Howard Mann, "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development", Lewis & Clark Law Review, vol.17 issue 2, 2013

Merja Pentikainen, "Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law - Status of Corporations", Utrecht Law Review, vol.8 Issue 1, 2012

Christian Walter, "Subjects of International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007

기타 자료

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1949

Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975

Agreement Between The Republic Of Korea, On The One Hand, And The Belgo-Luxemburg Economic Union, On The Other Hand, On The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investments, 1974

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965

Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the

International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission - Memorandum submitted by the Secretary-General, UN. Doc. A/CN.4/1/Rev.1, 1949

- 국내 문헌

단행본

곽윤직, 민법총칙, 개정판, 박영사, 2002

논문

한희원, "국제기구의 법인격과 그 권한에 대한 이론적 고찰", 「중앙법학」 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009

[Abstract]

Implications of the Concept of International Person in ICJ's Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations on the Status of Multinational Corporations

Ahn, Tae-Hee

Researcher, Korea University Legal Research Institute

ICJ's Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations has been one of only a few authoritative international instruments containing the process through which the status of international person or subject of international law is conferred, while there has been no concrete legal system officially rendering the status to each international actors. Many criticisms ICJ has faced, nonetheless, on the circularity it was alleged to have used in elucidating the process, seem to be due to the critics' overlooking of the difference between the two concepts of international person and the subject of international law ICJ implied. Unlike ICJ treated the two concepts as distinct ones, those who have criticized the logic as circular appear to have mistakenly considered ICJ as having treated the two as the same concept. In the meantime, generalizing the process by applying it to all the international actors other than international organizations, of which approach has been taken by many scholars, is misleading as well. The inductive approach ICJ took in regard to the status of international personality, in the sense that certain legal consequences follow once the status is given, doesn't reflect the unique feature of international legal system. Differing from domestic legal systems, decentralized international legal system allows certain rules of specific legal areas to be grown into general rules by the deductive way of codification. Moreover, the inductive approach seems to ignore the reality of international legal system where various

international actors other than states and international organizations, such as multinational corporations (MNCs) enjoy numbers of international rights and obligations, even the capacity to bring international claims. Better approach is to acknowledge the international actors as international persons or subjects of international law corresponding to the international rights and obligations they are granted.

key words : Reparation case, International organizations, International personality, Subject of international law, MNCs