

FTA 생물다양성 관련 최선노력조항 (best efforts clause)의 해석에 관한 연구

류 예 리*

차 례

- I. 서론
- II. FTA에서 생물다양성 관련 최선노력조항의 활용 현황
- III. FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력
- IV. FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 의무
- V. 결론

[국문초록]

최근 선진국과 개도국 간에 체결되는 FTA에서 생물다양성 보호와 관련하여 최선노력조항이 자주 활용되고 있다. 최선노력조항은 추상적이고 모호하여, 생물다양성 보호에 관한 의지와 능력이 서로 다른 FTA 당사국들 간에 쉽게 합의를 도출하는 데 도움이 될 수 있다. 그러나 막상 합의가 이루어진 뒤에는 통상 분쟁의 원인이 될 수 있어 이에 대한 이해가 필요하다. 즉 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항의 활용 형태, 법적 구속력과 법적 의무의 범위를 정확히 파악하는 것이 중요하다. 비록 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력 여부를 확립적으로 판단하기는 쉽지 않지만, 적어도 유형별로 법적 구속력을 판단하는 최소한의 기준은 있어야 향후 관련 분쟁에 대응할 수 있을 것으로 보인다. 이를 위하여 본고는 영미법계 국가들의 계약서에서 자주 활용되는 최선노력조항의 해석을 참조하고, 다른 국제조약에서의 최선노력조항에 관한 해석 사례를 살펴, FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항을 합리적으로 해석하는데 기준점을 제시하고자 한다.

* 경상대학교 법과대학 법학과, 법학박사

I. 서론

생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, 이하 ‘CBD협약’)의 부속 조약인 나고야의정서가 발효¹⁾되면서 많은 국가들은 자국의 생물다양성²⁾ 보호를 위해 여러 방면으로 노력하고 있다. 그 노력의 일환으로 통상협정인 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 ‘FTA’)에서도 자국에 유리한 생물다양성 보호 규정을 마련하기 위하여 협상에 적극적으로 대응하고 있다.³⁾ 즉 FTA 협상에서 생물다양성 부국인 개도국들은 주로 FTA협정 지식재산권챗터에서 생물다양성 보호에 관한 실체적 규정으로 합의되길 주장한다.⁴⁾ 반면 생물다양성 빈국인 선진국들은 FTA협정 환경챗터에서 강제적인 의무 부과 없이 생물다양성 보호에 협력하고 노력하는 규정으로 합의되길 희망한다. 따라서 FTA에서의 생물다양성 보호 규정의 합의 유형과 내용은 FTA 당사국 간에 새로운 협상의제로 부상하고 있다.⁵⁾

이 의제는 여러 형태의 FTA 중에서도 특히 선진국과 개도국 간에 체결되는 FTA에서 생물다양성 보호 규정의 문언을 두고 그 협상이 더욱 첨예하게 대립되고 있다.⁶⁾ 예를 들면 대표적인 생물다양성 이용국인 유럽(European Union, 이하 ‘EU’)은 개도국과의 FTA 협상에서 생물다양성 관련 규정에 관하여 상당히 방어적인 입장으로 접근하고 있다. 실제로 생물다양성 보호 규정에 관한 EU 측의 제안서를 살펴보면, 생물다양성과 관련하여 제안된 조문을 최대한 최선노력조항(best efforts clause)으로 전환하는 경향을 보이고 있다.⁷⁾

1) 유전자원에 대한 접근과 이용으로부터 발생한 이익의 공정하고 공평한 공유에 관한 나고야의정서(Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the convention on biological diversity)는 2010년 10월 29일 채택되고, 2014년 10월 12일 발효됨.

2) 본고에서 말하는 생물다양성에는 나고야의정서의 적용대상인 유전자원(genetic resources) 및 관련 전통지식(associated traditional knowledge), 민간전승물(folklore)이 포함됨.

3) David Vivas-Eugui, Landmark biodiversity, TK provisions accompany EFTA-Colombia FTA, *Bridges Trade BioRes Trade & Environment Review*, Volume 3 Issue 2, 12 October 2009, p. 1.

4) 류예리, FTA에서 유전자원 및 관련 전통지식의 지식재산권적 보호방안에 관한 연구, 지식재산연구, 제13권 제2호, 2018, 149-150면.

5) 류예리, FTA에서의 유전자원과 전통지식에 대한 논의동향 및 시사점-한국과 중국의 기 체결 FTA를 중심으로, 국제거래법연구, 제24권 제1호, 2015, 256-258면.

6) Ibid.

이상에서처럼 선진국과 개도국 간에 체결되는 FTA에서는 생물다양성 보호에 관한 최선노력조항이 활용되고 있음을 알 수 있다. 그런데 문제는 최선노력조항과 같은 추상적이고 모호하며 막연한 문언이 생물다양성 관련 조항에 포함될 경우, 생물다양성 보호를 이행하도록 하는 강제성과 규범성을 약화시킨다는 점이다.⁸⁹⁾ 즉 이러한 최선노력조항의 특성으로 인하여 최선노력조항은 조약이 신속하게 체결되는 데는 긍정적인 역할을 할 수 있을지 몰라도 조약이 발효된 후에는 분쟁의 원인이 될 수 있다.¹⁰⁾ 그렇기 때문에 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항도 향후 FTA 당사국 간에 생물다양성 관련 통상 분쟁의 원인이 될 수 있다.¹¹⁾

다행스럽게도 아직까지는 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항에 관한 통상 분쟁은 발생한 적이 없다. 그러나 생물다양성 보호의 중요성으로 인해 머지않은 장래에 그 해석을 둘러싸고 분쟁이 발생할 가능성이 있다. 이에 대비하여 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 합의 유형을 살펴보고, 그 유형에 따른 법적 구속력 여부를 따져 그 의무의 범위에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 따라서 본고는 영미법계 국가들의 계약서에서 자주 활용되는 최선노력조항의 해석을 참조하고,¹²⁾ 다른 국제조약에서의 최선노력조항에 관한 해석 사례를 분석하여, 향후 FTA에서 합의된 생물다양성 관련 최선노력조항의 합리적 해석을 제시하고자 한다.

7) David Vivas-Eugui·Maria Julia Oliva, Biodiversity Related Intellectual Property Provisions in Free Trade Agreements, *ICTSD Issue Paper*, No.4, September 2010, p. 14, available at <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2011/12/biodiversity-related-intellectual-property-provisions-in-free-trade-agreements.pdf>

8) Brendan Coolsaet·Tom Dedeurwaerdere·John Pitseys, The Challenges for Implementing the Nagoya Protocol in a Multi-Level Governance Context: Lessons from the Belgian Case, *Resources*, 2(4), 23 October 2013, pp. 555-580, available at <http://www.mdpi.com/2079-9276/2/4/555/htm>

9) 황계영, 지속가능발전의 개념과 법적 효력에 관한 검토, *환경법연구*, 제39권 3호, 2017.11, 475-500면.

10) Kenneth A. Adams, Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations), *The Practical Lawyer*, August 2004, p. 11, available at <http://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf>

11) Giovanni Maggi·Robert W. Staiger, The Role of Dispute Settlement Procedures in International Trade Agreements, *The Quarterly Journal Economics*, Vol. 126, Issue 1, 1 February 2011, p. 475.

12) 권영준, 최선노력조항(best efforts clause)의 해석, *서울대학교 法學*, 제55권 제3호, 2014.9, 67-106면.

본 연구에서는 먼저 FTA 생물다양성 관련하여 최선노력조항이 활용되는 배경과 그 표현 형태를 살펴보고자 한다(II). 다음으로 WTO 협정 및 기타 국제조약에서의 최선노력조항에 관한 해석 사례를 분석하고자 한다(III). 그런 다음 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 의무 위반에 대한 책임의 정도를 살펴보고자 하며(IV), 끝으로 본고의 내용을 요약하고자 한다(V).

II. FTA에서 생물다양성 관련 최선노력조항의 활용 현황

1. 생물다양성 관련 최선노력조항의 활용 배경

영미법계 국가들의 계약서에서 자주 활용되는 최선노력조항의 해석을 참조하면, 최선노력조항이란 계약상 채무이행에 있어서 “최선의 노력을 다하겠다.”는 의미의 문언을 포함하는 조항을 의미한다.¹³⁾ 최선노력조항은 채무이행의 결과(result)보다는 채무가 이행되는 과정(process)을 약속하는 규정으로 계약이 체결되는 단계에서 채무이행의 내용을 구체적으로 적시하기 어려운 경우, 또는 계약 당사자가 채무이행 과정을 통제할 수 없고 외부 요인이 개입할 가능성이 있는 경우에 활용된다. 뿐만 아니라 계약상의 채무가 단기간에 이행되기 보다는 장기간에 걸쳐 이행되어야 하는 계속적 계약관계에서 주로 활용된다.¹⁴⁾

따라서 최선노력조항이 활용되는 이유는 첫째, 최선노력조항은 불명확한 계약관계에서 채무이행의 구체적인 약속을 받을 수는 없지만, 채무이행을 위한 최선의 노력을 약속받음으로써 채무이행의 가능성을 높이기 때문이다. 둘째, 최선노력조항은 계약을 불명확한 상태로 두기보다는 추상적이고 간편한 방법으로 계약의 명확성을 조금이라도 유지하고 높이기 위해 최선의 노력을 표현하는 것이다. 셋째, 계약의 내용을 미리 구체적으로 지정하는데 필요한 비용을 줄이고, 장래의 기회주의적 행태가 발생할 수 있는 가능성을 낮추기 위해서이다.¹⁵⁾

13) Kenneth A. Adams, *supra* note, p. 12.

14) 권영준, 전계논문, 69-71면.

15) Mark P Gergen, The Use of Open Terms in Contract, *Columbia Law Review*, Vol. 92,

계약서에서 최선노력조항이 활용되는 이유와 마찬가지로 국제조약 중에서도 특히 국제환경조약, 국제인권조약, WTO협정 특별차별대우(Special and Differential Treatment, 이하 ‘SDT규정’)¹⁶⁾에서 최선노력조항이 활용된다. 이들 조약은 개도국들의 적극적인 참여를 이끌어내야 하는 조약으로 환경보호, 인권보호, 무역개방과 같은 채무이행의 결과를 미리 구체적으로 특정하기가 쉽지 않기 때문이다. 또한 환경보호, 인권보호, 무역개방 확대에 관한 조약이 채택되어서 그 내용을 이행하기까지의 장기적인 시간이 필요하기 때문에 최선노력조항이 비교적 많이 활용된다고 할 수 있다.

같은 맥락에서 FTA에서의 생물다양성 보호도 그 이행방안을 두고, 개도국과 선진국 간에 이해관계가 첨예하게 대립되는 주제인 만큼 최선노력조항이 활용될 수밖에 없다. 즉 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항은 생물다양성 보호를 위한 구체적인 이행방안을 FTA 당사국들로 하여금 최선의 노력을 다하여 준수하도록 한다. 이때 FTA 당사국들의 이행의지와 능력이 각국마다 다르므로 생물다양성 보호에 관한 의무 이행에 차이가 날 수 있다. 그리고 생물다양성 보호라는 목표는 짧은 기간 내에 달성되기는 어렵고, 장기적으로 이행되어야 하는 과제이므로 그 이행과정이 중시되지 않을 수 없다. 바로 이러한 이유로 인하여, FTA에서도 생물다양성 관련 최선노력조항이 활용되는 것이다.

2. 생물다양성 관련 최선노력조항의 활용 표현

미국의 계약서에서 자주 사용되는 최선노력조항의 표현에는 ‘최선의 노력(best efforts)’, ‘상업적으로 합리적인 노력(commercially reasonable efforts)’, ‘합리적인 최선의 노력(reasonable best efforts)’, ‘합리적인 노력(reasonable efforts)’ 등이 있다. 이외에도 ‘신의칙에 따른 노력(good-faith efforts)’, ‘상업적으로 합리적인 최선의 노력(commercially reasonable best efforts)’, ‘성실한 노력(diligent efforts)’, ‘모든 노력(every effort)’ 또는 ‘상업적으로 합리적이고 성실한 노력(commercially

No. 5, June 1992, p. 1000, available at <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2702&context=facpubs>

¹⁶⁾ 개도국이 WTO 규정에 참여할 때 낮은 의무수준 및 이행 기간 등을 부여하는 우대조치

reasonable and diligent efforts)’등의 표현도 같은 맥락에서 사용된다.¹⁷⁾ 이상의 표현을 보면, 비록 문언에 최선(best)이라는 단어가 직접적으로 포함되지는 않았지만, 채무자로 하여금 의무 이행을 위한 노력을 이끌어내려는 목표가 있다면, 최선노력조항의 범주에 포함될 수 있다.

마찬가지로 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항에 사용되는 표현도 다양한 형태로 존재한다. 예를 들면 ‘합리적 노력을 채택하도록(To undertake reasonable efforts)’, ‘노력을 장려한다(encourage the effort)’, ‘노력하여야 한다(shall endeavor)’, ‘모든 노력을 이용하여야 한다(shall use every endeavor)’등의 표현이 사용된다. 그런데 ‘고려하여야 한다(shall consider)’, ‘노력할 것이다(will strive)’, ‘주시하여야 한다(shall watch that)’, ‘주의하여야 한다(shall take care that)’등의 표현들이 ‘적절히(as appropriate)’, 또는 ‘가능한 한(as far as possible)’등의 문구와 함께 사용될 경우, 비록 최선이라는 단어와 노력이라는 단어가 명시적으로 포함되어 있지는 않지만, 내용상 FTA 당사국으로 하여금 의무 이행을 위한 노력을 요구한다면, 본고는 이들 역시 최선노력조항은 아닐지라도 노력조항의 범주에 포함하여 함께 살펴보고자 한다.

3. 생물다양성 관련 최선노력조항의 해석 방향

FTA에서 생물다양성 보호에 관한 논의가 새로운 쟁점으로 부상하면서, FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항의 해석에도 주의할 필요가 있다. 과거에는 일반적으로 최선노력조항은 확실한 법적 약속(firm legal commitments)을 구현하지 못한다고 알려져 있었다.¹⁸⁾ 그러나 오늘날에는 국제조약상의 최선노력조항에 관한 해석 사례를 살펴보면, 모든 최선노력조항의 법적 구속력 여부를 일괄적으로 판단하고 있지 않다. 그렇기 때문에 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항에 대해서도 법적 구속력 여부를 확일적으로 판단해서는 아니 된다.

확일적으로 판단하지 않기 위해서는 먼저 FTA에서 활용되고 있는 다양한 형태

¹⁷⁾ 권영준, 전제논문, 72면.

¹⁸⁾ Anwarul Hoda-Ashok Gulati, *WTO negotiations on Agriculture and Developing Countries*, The Johns Hopkins University Press, 2007, p. 40.

의 생물다양성 관련 최선노력조항의 유형을 분류해볼 필요가 있다. 즉 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항은 크게 조동사 shall을 수반하지 않은 최선노력조항과 조동사 shall을 수반하는 최선노력조항으로 구분할 수 있다. 그런 다음 조동사 shall을 수반하는 최선노력조항은 최선의 노력을 다해야하는 내용의 정도에 따라 다시 구체적이면서도 실체적 의무를 부과하는 조항과 추상적이면서 점진적 의무를 부과하는 조항으로 세분화 될 수 있다.

이상의 내용을 바탕으로 먼저 다른 국제조약에서의 최선노력조항에 관한 해석 사례를 살펴보고, 생물다양성 관련 최선노력조항의 유형을 분류하여, FTA에서 활용되는 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력을 판단할 수 있는 유연하고, 기본적인 판단 체계를 수립할 필요가 있다.

Ⅲ. FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력

1. 국제조약상의 최선노력조항에 관한 해석 사례

(1) 국제환경조약

호주법원이 국제환경조약상의 최선노력조항에 관한 법적 구속력을 검토한 사례가 있다. 바로 호주의 타즈메니아 댐 사건(The Tasmanian Dam)과 그 후속 사건¹⁹⁾에서이다. 간략히 요약하면, 타즈메니아 댐 사건은 자연 공간을 보호하기 위한 특정 프로젝트의 건설을 방지하려는 과정에서 관련 법률 집행권과 관련하여 호주 정부와 타즈메니아주 간에 발생한 분쟁이다. 이 사건에서 쟁점이 된 내용 중의 하나가 바로 세계문화 및 자연유산 보호협약(Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 이하 ‘세계유산협약’)²⁰⁾의 관련 규정이 어

19) 호주법원은 타즈메니아 댐 사건 이후 후속 사건인 Richardson vs Forestry Commission(1988) 77 ALR 237, Queensland vs Australia(1989) 167 CLR 232.에서도 타즈메니아 댐 사건에서와 같은 판결을 내림.

20) 세계유산협약은 전쟁·자연재앙·환경오염 등으로 인해 심각한 위협에 처해 있는 문화유산과 자연유산을 항구적으로 보존하고 미래에 전수하기 위해 국제적인 구속력을 갖춘 제도적 장치의 필요성이 절실해지면서 1972년 유네스코가 채택하고 1975년부터 발효됨.

면 법적 의무가 발생하는 것인지 판단하는 문제이다.²¹⁾

이 사건과 관련된 세계유산협약의 조문은 제4조²²⁾와 제5조²³⁾인데, 호주법원은 제4조의 “이 목적을 위하여 각 당사국은 자국의 자원을 최대한 활용하고(It will do all it can to this end, to the utmost of its own resources)”와 제5조의 “가능한 한 각국에 적합한 대로 다음을 위하여 노력하여야 한다(shall endeavor, in so far as possible, and as appropriate for each country).”는 호주정부에 법적 의무를 부과한다고 판결하였다.²⁴⁾

호주법원은 세계유산협약의 제4조와 제5조는 단순한 의도를 서술한 것이 아니라 법적 의무를 부과한 것이라고 보았다. 즉 “가능한 한”과 “각국에 적합한 대로”도

21) Sonia E. Rolland, *Development at the WTO*, Oxford University Press, 2012, pp. 120-121, available at <https://books.google.co.kr/books?id=DTU0oMYeM5cC&printsec=frontcover&dq=Sonia+E.+Rolland,+Development+at+the+WTO&hl=ko&sa=X&ved=0ahUKewjL3cP89bPbAhWJebwKHbdhDDgQ6wEIKjAA#v=onepage&q=Sonia%20E.%20Rolland%2C%20Development%20at%20the%20WTO&f=false>(검색일: 2018.06.14.)

22) 세계유산협약 제4조. Each State Party to this Convention recognizes that the duty of ensuring the identification, protection, conservation, presentation and transmission to future generations of the cultural and natural heritage referred to in Articles 1 and 2 and situated on its territory, belongs primarily to that State. It will do all it can to this end, to the utmost of its own resources and, where appropriate, with any international assistance and co-operation, in particular, financial, artistic, scientific and technical, which it may be able to obtain.

23) 세계유산협약 제5조. To ensure that effective and active measures are taken for the protection, conservation and presentation of the cultural and natural heritage situated on its territory, each State Party to this Convention *shall endeavor, in so far as possible, and as appropriate for each country:* (필자강조)

- (a) to adopt a general policy which aims to give the cultural and natural heritage a function in the life of the community and to integrate the protection of that heritage into comprehensive planning programmes;
- (b) to set up within its territories, where such services do not exist, one or more services for the protection, conservation and presentation of the cultural and natural heritage with an appropriate staff and possessing the means to discharge their functions;
- (c) to develop scientific and technical studies and research and to work out such operating methods as will make the State capable of counteracting the dangers that threaten its cultural or natural heritage;
- (d) to take the appropriate legal, scientific, technical, administrative and financial measures necessary for the identification, protection, conservation, presentation and rehabilitation of this heritage; and

24) Sonia E. Rolland, *supra* note, pp. 120-121.

이 규정이 각 국가에게 명확한 임무를 기술하는데 도움이 된다고 보았다. 호주법원은 또한 “의무이행의 방식에 대한 재량”과 “이행 또는 비(非) 이행에 대한 재량”을 구분해야 한다고 보았다. 다시 말해서 제5조에서 부여한 재량은 의무이행의 방식에 대한 각국의 재량을 의미하는 것이지 국가에게 이행 또는 비 이행에 대한 재량을 부여한 것이 아니라는 것이다. 그 이유는 이행 또는 비 이행에 대한 재량을 부여한 것이라면 비 이행을 하여도 되는 국가가 너무 많아 조약의 이행을 담보하지 못하는 결과를 초래할 것이기 때문이다.²⁵⁾

호주법원은 나아가 제4조와 제5조를 해석함에 있어서 국제법적 의무의 성질과 형태에 관한 조약법에 관한 비엔나협약(the Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조를 적용하였다. 동 협약 제31조에 따르면, 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적(object and purpose)으로 보아, 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다. 이에 근거하여 세계유산협약의 목적과 대상의 문맥에서 용어를 살펴보아, 제4조와 제5조는 국가에 대한 법적의무를 부과한다고 보았다.²⁶⁾ 따라서 국가는 제4조와 제5조상의 내용을 결정 또는 권고한다기보다는 그 조약을 이행하기 위해 선택한 것이다. 세계유산협약의 목적은 국가가 법적 약속을 준수하고 이행함에 의해서만이 달성될 수 있다. 그렇기 때문에 제4조와 제5조가 법적 약속을 창출하지 않는 것으로 해석할 경우, 이는 세계유산협약이 선언한 목적과 대상에 위반될 수 있다고 보았다.²⁷⁾

(2) 국제인권조약

국제인권조약에서도 “최선노력”, “합리적 노력”을 포함하거나 이들과 유사한 문언을 다양하게 포함한 최선노력조항이 활용되고 있다. 그런데 일부 최선노력조항들은 비록 최선노력이라는 표현을 포함하고는 있지 않지만, 조약이 요구하는 목표가 오랜 시간에 걸쳐 점차적으로 달성하도록 하는 점진적 의무(progressive obligation)를 부과하고 있는 조문을 포함하고 있다.²⁸⁾ 예를 들면, 사회적 및 문화적 권리에

²⁵⁾ Ibid, p. 121.

²⁶⁾ Ibid, 122.

²⁷⁾ Ibid.

²⁸⁾ Sonia E. Rolland, supra note, p. 123

관한 국제규약(The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)의 핵심 내용 중에 하나인 제2.1조²⁹⁾가 대표적인 사례이다.

사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2.1조에는 “조치를 취할 것을(to take steps)”, “자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지(to the maximum of its available resources)”, “점진적으로 달성하기 위하여(achieve progressively)”, “모든 적절한 수단에 의하여(by all appropriate means)”와 같이 조심스러운(cautious) 성격의 문언들이 포함되어 있다.

과거의 관점에 따르면, 이러한 용어들은 동 조문의 법적 구속력을 약화시키거나 효력이 없도록 하는 역할을 한다. 그러나 오늘날의 관점에서는 이와 같은 조항상의 용어들은 점진적 법적 의무를 부과하며, 명확한 기준이 없다는 이유로 동 조항의 법적 의미까지 부재하다는 것을 의미하지 않는다. 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 운영위원회는 일반논평(General Comment) 3³⁰⁾에서도 그 의미를 명확히 한바 있다.³¹⁾

Alston & Quinn의 1987년 논문에서는 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2.1조와 다른 규정의 법적 의무에 대해서 분석하였다. 이 논문에 따르면, Alston & Quinn은 법적 의무는 의무의 이행으로 보았다. 즉 법적 약속은 명확한 법적 이행을 의미한다. 따라서 핵심은 국가가 조치를 취하는 행동을 적극적으로 채택하고 이행하는가이다. 그렇다면 명시된 권리의 완전한 이행이 비록 점차적인 시간에 걸쳐 성취될 수 있을지라도 목표를 향한 조치를 취하는 국가의 명확하고 적극적인 의무를 약화시키지 못한다는 것이다.³²⁾

최선노력조항은 국가의 능력을 이행에 의존하는 변수로 보일 수 있다. 모든 국가

29) 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2.1조. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.(필자강조)

30) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3: The Nature of States Parties' Obligation, UN Doc E/1991/23, 14 December 1990, available at <http://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>

31) Sonia E. Rolland, supra note, p. 123

32) Sonia E. Rolland, supra note, p. 123

당사국들은 동일한 목적을 향하여 이행하여야 하는 반면에 개인적 의무의 범위, 성격과 정도는 각 국가의 능력에 달려있다. 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2.1조는 더 자세한 설명을 규정하고 있다. “자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지(to the maximum of its available resources)”와 같은 문언은 국가를 위한 재량조치를 나타내며, 국가의 의무를 이행함에 있어서 충족시켜야 하는 한계점을 결정하도록 돕는 역할을 한다.³³⁾

(3) WTO 우대조치규정

WTO SDT 규정들도 최선노력조항을 활용하고 있다. 예를 들면, GATT 제XXXVII조 제3항³⁴⁾은 무조건적으로 법적 의무를 준수하는 것 이외에는 예외가 될 수 없는 “선진체약국들은 해야 한다(shall)”로 시작한다. 그러나 그 이행을 요구하는 구체적인 의무의 내용이 모두 “모든 노력을 한다(make every effort)”, “적극적으로 고려한다(give active consideration)”, “특별히 고려한다(have special regard)”고 규정하고 있다. 즉 최선노력조항의 형태를 띠고 있는 것이다.

GATT 제XXXVII조를 다시 살펴보면, 먼저 GATT 제XXXVII조 제1항의 두문³⁵⁾은 “선진체약당사자들은 가능한 한 최대한, 즉 법적인 사유를 포함하는 부득이한 사유로 불가능한 때를 제외하고는 다음의 규정을 시행한다.”고 설명하고 있다. 이 규정은 “가능한 한 최대한(to the fullest extent possible)”이라는 문언 때문에

³³⁾ Sonia E. Rolland, *supra* note, p. 124.

³⁴⁾ GATT 제XXXVII조 제3항. The developed contracting parties shall:

- (a) *make every effort*, in cases where a government directly or indirectly determines the sale price of products wholly or mainly produced in the territories of less-developed contracting parties, to maintain trade margins at equitable levels;
- (b) *give active consideration* to the adoption of other measures* designed to provide greater scope for the development of imports from less-developed contracting parties and collaborate in appropriate international action to this end;
- (c) *have special regard* to the trade interests of less-developed contracting parties when considering the application of other measures permitted under this Agreement to meet particular problems and explore all possibilities of constructive remedies before applying such measures where they would affect essential interests of those contracting parties.

³⁵⁾ GATT 제XXXVII조 제1항의 두문. The developed contracting parties shall *to the fullest extent possible* - that is, except when compelling reasons, which may include legal reasons, make it impossible - give effect to the following provisions:

법적 구속력이 없다고 보는 견해도 있다. 그러나 GATT 제XXXVII조 제2항³⁶⁾은 이해관계국들뿐만 아니라 GATT 제XXV조상에서 함께 행동한 체약국들의 보호 하에서도 보고와 협의를 통하여 미 준수에 대한 구제체계를 구체적으로 제시하고 있다. 따라서 논쟁의 여지는 있을 수 있지만, 입안자들은 제1항 상의 (a)-(c)는 법적 효과가 있으며, 협정의 가능한 절차와 구제를 따라야 할 것을 의도하였다고 볼 수 있다.

앞에서 언급한 바와 같이 과거에는 최선노력을 이행하도록 시사하거나 또는 어떤 규정의 목표를 달성하기 위해 노력하지는 규정은 법적 의무를 구체화하기가 어렵다고 보았다.³⁷⁾ 즉 모든 최선노력조항을 법적 구속력 있는 의무를 규정한 조항이라고 하기 보다는 희망을 담은 열망(aspiration) 또는 정책 인명(policy statements)이라고 보았다.³⁸⁾ 그러나 최선노력조항에 대한 해석은 인권법과 환경법 영역에서 점차적으로 법적 구속력 있는 규정으로 보게 된 만큼 WTO에서도 점차 유사하게 해석하고 있다. 따라서 1990년대에 주로 초안되어 개발과 인권의 관련성으로 인해 대부분의 SDT 최선노력조항도 법적 약속을 하는 규정으로 받아들여지게 되었다.³⁹⁾

36) GATT 제XXXVII조 제2항. (a) Whenever it is considered that effect is not being given to any of the provisions of subparagraph (a), (b) or (c) of paragraph 1, the matter shall be reported to the CONTRACTING PARTIES either by the contracting party not so giving effect to the relevant provisions or by any other interested contracting party. (b) (i) The CONTRACTING PARTIES shall, if requested so to do by any interested contracting party, and without prejudice to any bilateral consultations that may be undertaken, consult with the contracting party concerned and all interested contracting parties with respect to the matter with a view to reaching solutions satisfactory to all contracting parties concerned in order to further the objectives set forth in Article XXXVI. In the course of these consultations, the reasons given in cases where effect was not being given to the provisions of subparagraph (a), (b) or (c) of paragraph 1 shall be examined. (ii) As the implementation of the provisions of subparagraph (a), (b) or (c) of paragraph 1 by individual contracting parties may in some cases be more readily achieved where action is taken jointly with other developed contracting parties, such consultation might, where appropriate, be directed towards this end. (iii) The consultations by the CONTRACTING PARTIES might also, in appropriate cases, be directed towards agreement on joint action designed to further the objectives of this Agreement as envisaged in paragraph 1 of Article XXV.

37) Sonia E. Rolland, *supra* note, p. 119.

38) *Ibid.*

39) *Ibid.*

2. FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 해석

(1) 법적 구속력이 없는 최선노력조항

법적 구속력이 없는 생물다양성 관련 최선노력조항의 대표적인 유형은 생물다양성 보호 노력을 장려하는 규정이다. 예를 들면, 한-중 FTA 지식재산권챕터 제15.17조 제2항⁴⁰⁾에서 “당사국은 유전자원 및 전통지식에 관하여 TRIPS협정 및 협약 간의 상호지지적인 관계를 제고하기 위한 노력을 장려한다.”와 중-코스타리카 FTA 지식재산권챕터 제111조 제2항⁴¹⁾ “당사국은 유전자원 및 전통지식과 민간전승물의 보호에 관하여, TRIPS협정 및 생물다양성협약 간의 상호지지적인 관계를 수립하기 위한 노력을 장려한다.”는 규정이다.

이처럼 노력을 장려하는 규정은 FTA 상대국에게 생물다양성 보호 관련 어떠한 의무도 강제하지 못한다. 동 조항들을 문언적으로 해석에 보면, FTA 당사국들은 TRIPS협정과 CBD협약 간에 상호 지지적인 관계를 확립하기 위해 노력만 하면 되는 것이다. 그러나 그 노력의 정도는 FTA 상대국의 국내 상황에 따라 이행하면 되는 것이다. 노력의 정도를 입증하기도 어렵거니와 설령 노력을 하지 않는다 하더라도 강제할 방법이 없다. 따라서 이러한 문구와 규정은 단지 TRIPS협정과 CBD협약의 상호 조화로운 관계를 형성하기 위한 선언적, 형식적 문구로 보인다.

생물다양성 관련 최선노력조항 중에서 법적 구속력이 없는 또 다른 생물다양성 관련 최선노력조항의 유형은 FTA 당사국들이 노력해야 할 내용을 추상적이고 막연하게 적시하는 규정이다. 예를 들면, 한-중미 FTA 환경챕터 제17.4조 (b)⁴²⁾에서 “당사국들은 생물다양성의 보전과 지속 가능한 이용, 그리고 생물다양성의 보전과

40) 한-중 FTA 지식재산권챕터 제15.17조 제2항. The Parties encourage the effort to enhance a mutually supportive relationship between the TRIPS Agreement and the Convention, regarding genetic resources and traditional knowledge.

41) 중-코스타리카 FTA 지식재산권챕터 제111조 제2항. The Parties encourage the effort to establish a mutually supportive relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, regarding genetic resources and the protection of traditional knowledge and folklore.

42) 한-중미 FTA 환경챕터 제17.4조 (b). The Parties will strive to promote the conservation and sustainable use of biodiversity, and the preservation of traditional knowledge relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components;

그 요소의 지속 가능한 이용에 관한 전통지식의 보존을 증진하도록 노력할 것이다’고 규정하고 있다. 즉 생물다양성 보전과 이용을 위해 노력한다는 이 조항은 노력해야 할 내용이 추상적이고 막연할 뿐만 아니라 “노력할 것이다(will)”는 조동사를 사용하여 어떤 강제적인 법적 의무도 부과하지 않고 있다.

(2) 법적 구속력이 있는 최선노력조항

1) 추상적이고 불명확한 의무부과

법적 구속력은 있지만, 추상적이고 불명확한 의무를 부과하는 유형은 “노력하여야 한다(shall)”는 문구를 포함하는 규정 형태이다. 예를 들면, 한-페루 FTA 지식재산권챕터 제17.5조 제2항⁴³⁾ “... 각 당사국은 ... 환경적으로 건전한 이용을 위하여 유전자원에 투명한 접근을 할 수 있도록 노력하여야 한다(shall).”와 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership, 이하 “TPP협정”)⁴⁴⁾ 지식재산권챕터 제18.16조 제2항⁴⁵⁾ “당사국은 유전자원 관련 전통지식과 유전자원에 관한 이슈의 이해를 제고하기 위하여 지식재산기관 또는 그 밖의 다른 기관을 통하여 협력하기 위하여 노력하여야 한다(shall).”등의 규정이다.

먼저 한-페루 FTA 규정에 따르면, 유전자원에의 투명한 접근을 할 수 있도록 한국과 페루 양국은 반드시 노력하여야 한다. 그러나 투명한 접근을 위하여 구체적으로 이행되어야 할 사항은 언급하지 않아 의무의 이행 여부를 판단하기 어렵지만 노력을 하기는 하여야 한다. 그리고 TPP협정의 규정에 따라 TPP 회원국들은 유전자원 및 관련 전통지식에 대한 이해를 강화하기 위하여 지식재산권과 다른 기관 간에 협력하여야 한다. 그러나 구체적으로 어떻게 협력해야 하는지에 대해서는 규정하고 있지 않아서 동 규정 역시 회원국의 의무 이행 여부를 판단하기가 매우 어렵다.

43) 한-페루 FTA 지식재산권챕터 제17.5조 제2항. ... Each Party ... shall endeavor to create conditions to facilitate transparent access to genetic resources for environmentally sound uses.

44) TPP협정은 일본, 캐나다, 뉴질랜드, 호주, 멕시코, 페루, 칠레, 싱가포르, 브루나이, 베트남, 말레이시아 11개국이 참여하는 다자간 자유무역협정으로 2015년 10월 6일 타결되었음.

45) TPP협정 제18.16조 제2항. The Parties shall endeavor to cooperate through their respective agencies responsible for intellectual property, or other relevant institutions, to enhance the understanding of issues connected with traditional knowledge associated with genetic resources, and genetic resources.

2) 구체적이고 명확한 의무부과

다음의 사례를 살펴보면, 노력해야할 내용이 비교적 구체적이고 명확하며, 의무를 부과하는 조동사 shall로 규정하고 있다. 예를 들면, 한-페루 FTA 지식재산권챕터 제17.5조 제4항⁴⁶⁾과 한-콜롬비아 FTA 무역과 지속가능한 발전챕터 제16.5조 제4항⁴⁷⁾에서는 “각 당사국은 (가) 관련 정보를 담고 있고 대중이 접근 가능한 데이터베이스, 그리고 (나) 적절한 심사기관에 서면으로 선행기술을 제출할 수 있는 기회를 제공함으로써 유전자원 또는 전통지식에 기반한 특허 출원에 대한 정보를 공유하는 방법을 모색하기 위해 노력하여야 한다.”고 규정하여 정보공유를 모색하는 구체적인 방안을 제시하고 있다.

TPP협정 지식재산권챕터 제18.16조 제3항⁴⁸⁾은 “당사국은 특허 심사 품질을 개선하기 위하여 노력하여야 한다. 여기에는 (가) 선행기술을 결정함에 있어서 유전자원 관련 전통지식에 관한 대중이 접근 가능한 문서화된 정보, (나) 유전자원 관련 전통지식에 관한 선행기술 공개를 포함하여 특허성을 갖는 선행기술 공개를 제3국이 책임당국에게 서면으로 인용할 기회, (다) 만약 적용가능하고 적절한 경우, 유전자원 관련 전통지식을 포함하는 데이터베이스 또는 디지털 도서관의 이용 그리고

46) 한-페루 FTA 지식재산권챕터 제17.5조 제4항. Each Party shall endeavor to seek ways to share information on patent applications based on genetic resources or traditional knowledge by providing: (a) publicly accessible database that contains relevant information; and (b) opportunities to file prior art to the appropriate examining authority in writing.

47) 한-콜롬비아 FTA 무역과 지속가능한 발전챕터 제16.5조 제4항. Each Party shall endeavor to seek ways to share information on patent applications based on genetic resources or traditional knowledge by providing: (a) publicly accessible database that contains relevant information; and (b) opportunities to file prior art to the appropriate examining authority in writing.

48) TPP협정 지식재산권챕터 제18.16조 제3항. The Parties shall endeavor to pursue quality patent examination, which may include: (a) that in determining prior art, relevant publicly available documented information related to traditional knowledge associated with genetic resources may be taken into account; (b) an opportunity for third parties to cite, in writing, to the competent examining authority prior art disclosures that may have a bearing on patentability, including prior art disclosures related to traditional knowledge associated with genetic resources; (C) if applicable and appropriate, the use of databases or digital libraries containing traditional knowledge associated with genetic resources; and (d) cooperation in the training of patent examiners in the examination of patent applications related to traditional knowledge associated with genetic resources.

(라) 유전자원 관련 전통지식에 관한 특허 출원의 심사에서 특허 심사관의 연수 협력이 포함된다.”라고 규정하여 특허 심사 품질 개선과 관련하여 구체적인 의무 사항을 열거하고 있다.

콜롬비아-EFTA FTA와 페루-EFTA FTA 지식재산권챕터의 제6.5조 제4항⁴⁹⁾은 생물다양성 관련 조치(measures related to biodiversity)라는 제목 하에서 “당사국은 유전자원 및 전통지식, 혁신, 그리고 관행에의 접근에 관한 적용 가능한 법적 규정의 미준수(non compliance)에 관한 경우에 협력을 고려하여야 한다(shall consider collaborating).”고 하여 유전자원 및 관련 전통지식에 접근절차에 관한 국내 법령 미준수에 대해 FTA 당사국들이 협력할 것을 의무화하고 있다.

한-중미 FTA 환경챕터 제17.5조⁵⁰⁾에서도 내용적으로 특징적인 규정을 두고 있다. 즉 “어떠한 당사국도 환경챕터에서 발생하는 어떠한 사안에 대하여도 제22장(분쟁해결)을 이용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 동 조항에 따르면, 생물다양성 보존 및 전통지식 보존의 증진을 위하여 노력하지 않을지라도 한-중미 FTA 분쟁해결절차의 대상이 되지 않음을 명시하고 있다. 동 조항은 생물다양성 최선노력조항이 법적 구속력이 없음을 더욱 명확히 하여 동 규정의 해석에서 발생할 수 있는 오해와 분쟁 가능성을 완전히 제거하였다고 할 수 있다.

(3) 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력 판단 기준

이상에서 국제환경조약, 국제인권조약, WTO 협정의 SDT 규정의 해석에서 살펴본 바와 같이, 이들 조약에서 활용된 최선노력조항은 일정한 정도의 구체성과 명확성을 갖추었을 때, 법적 구속력이 발생하는 것으로 판단되었다. 같은 방식으로 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력 여부를 판단함에 있어서, 노력해야 할 대상이 구체성과 명확성을 갖추고 조동사 shall을 포함할 때, 법적 구속력이 있다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 FTA 생물다양성 관련 최선노력조

49) 콜롬비아-EFTA FTA와 페루-EFTA FTA 지식재산권챕터 제6.5조 제4항. The Parties shall consider collaborating in cases regarding non compliance with the applicable legal provisions on access to genetic resources and traditional knowledge, innovations and practices.

50) 한-중미 FTA 환경챕터 제17.5조. Neither Party shall have recourse to Chapter 22 (Dispute Settlement) for any matter arising under this Chapter.

항의 법적 구속력은 개별 조항의 내용을 살펴 개별 규정의 효력을 살펴야 할 것으로 보인다.

즉 최선노력조항의 법적 구속력을 판단할 때 다음의 사항을 고려하여야 한다. 첫째, 여러 유형의 FTA를 살펴본 것처럼 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항 중에는 shall이 있는 최선노력조항과 shall이 없는 최선노력조항, 그리고 shall을 수반하는 최선노력조항은 최선의 노력을 다해야하는 내용의 정도에 따라 다시 구체적이면서도 실제적 의무를 부과하는 조항과 추상적이면서 점진적 의무를 부과하는 조항 등 다양하다. 따라서 각 유형별로 법적 구속력은 다르게 나타나므로 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 구속력을 일률적으로 인정하거나 부정하다고 판단할 수 없다.

둘째, 최선노력의 대상이 되는 행위가 구체적이고 명확하게 규정될수록 법적 구속력을 인정할 가능성이 높아진다. 단순한 훈시적, 선언적, 추상적인 최선노력조항은 그 법적 구속력을 인정하기 어렵다. 최선노력조항의 법적 구속력을 부정한 외국 판례들도 대체로 그 내용이 충분히 구체적이고 명확하지 않다는 점을 근거로 들고 있다. 그 이유는 최선노력조항의 구체성과 명확성이 낮아지면 계약 당사자가 자신의 의무를 예견하여 이행하기도 어려울 뿐만 아니라 향후 분쟁이 발생하였을 때 재판기관이 그 의무 이행 여부를 판단하기도 어렵기 때문이다.⁵¹⁾

IV. FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 법적 의무

1. 최소한의 의무

국제법의 일반원칙 중에 하나인 신의성실의 원칙(principle of good faith, 이하 ‘신의칙’)은 조약이 형성되는 단계에서부터 조약의 체결, 발효, 이행 및 적용, 그리고 조약의 종료까지 조약의 전 과정에 걸쳐서 적용된다. 신의칙은 조약관계에 있어 기본법인 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제26조“조약은 준수되어야 한다(pacta sunt servanda)”의 핵심을 이룬다. 따라서 신

51) 권영준, 전게논문, 81-82면.

의칙에 의하여 조약상의 모든 용어는 아무런 의미가 없기보다 가급적 어떤 의미를 지녔으리라는 추정을 받게 된다.⁵²⁾

이에 비추어 볼 때, FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항으로부터 발생하는 의무는 적어도 신의성실에 따른 의무보다는 높은 정도의 노력을 요구한다고 보아야 할 것이다. 실제로 미국에서는 최선노력조항의 불명확성을 인정하면서도 최소한 신의칙에 따른 의무는 모든 약정에 묵시적으로 내재되어 있으므로 최선노력의 의무는 신의칙상 의무보다는 더 높은 정도의 의무라고 한 판결이 있다. 따라서 최선노력조항에 따른 의무를 부담하는 계약 당사자는 최소한 어떠한 노력은 하여야 할 의무를 부담한다. 어떠한 노력이나 시도 자체를 하지 않았고, 이를 정당화할 만한 특별한 사정도 존재하지 않는다면 최선노력조항의 노력요건 자체를 충족하지 못하게 된다.⁵³⁾

최선노력조항이 요구하는 의무의 성격은 수단채무(obligation of means)에 가깝다. 즉 수단채무는 결과채무(obligation of results)와 달리 결과 발생에 목적을 두는 것이 아니라 그에 이르기 위해 필요한 주의를 다하는데 목적을 두는 채무이다. 예를 들면 의사가 환자에게 부담하는 진료채무에서 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성하는 것은 결과채무이지만, 의사가 환자의 치유를 위하여 선택한 관리자의 주의 의무(due diligence obligation)를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다하면 족한 것이 수단채무가 된다.

같은 맥락에서 FTA와 같은 국제조약에서 최선노력조항이 요구하는 의무는 국가가 생물다양성 보호를 달성하기 위한 절대적(absolute) 의무보다는 상대적(relative) 의무를 이행하는 것이다. FTA 당사국은 최선노력조항의 의무를 달성하는데 구속되어 있는 것이 아니라 노력하는데 구속되어 있는 것이다.⁵⁴⁾ 그런데 FTA 상대국이 아무 것도 하지 않았다는 점만으로 언제나 최선노력 의무 위반이 성립하지는 않는다. 아무 것도 하지 않았던 데에 정당한 이유 내지는 근거가 있을 수 있기 때문이다.

그렇다면 아무런 노력도 하지 않음에 대한 정당한 이유는 FTA 당사국들 중 어느

52) 정인섭, 「신국제법강의」, 박영사, 2018, 334-335면.

53) 권영준, 전계논문, 87, 93과 98면.

54) Virginie Barral, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *The European Journal of International Law*, Vol. 23 no. 2, 2012, pp. 390-391.

나라가 입증해야 할 것인가? 일단 최선노력의무가 인정된다면 FTA 당사국은 그 의무의 하한선으로서 최소한 어떠한 노력은 해야 하는 것이고, 만약 아무 노력도 하지 않았음이 밝혀졌다면 그 이유의 정당함에 대한 입증책임은 아무 노력도 하지 않은 FTA 당사국이 부담하는 것이 타당하다고 생각한다.⁵⁵⁾

2. 최대한의 의무

최선노력조항은 채무자에게 최소한 어떠한 노력을 요구하는 것에서 나아가, 그 조항의 목적에 부합하고 목표를 달성하기 위하여 최대한 성실하게 노력할 것을 요구한다. 즉 최선을 다한다는 말은 가능한 모든 수단과 방법을 동원한다는 의미이다. 그렇다면 최선노력조항의 최대한의 의무를 어느 지점으로 볼 것인가는 최선노력조항의 해석에 관한 가장 중요한 문제이다. 이는 최선노력조항 중 최선(best)의 의미를 해석하는 것과 관련 있기 때문이다.⁵⁶⁾

결국 채무자는 수단과 방법을 가리지 않고 노력할 의무를 부담하는 것이 아니라 합리적인(reasonable) 범위 내에서 필요한 모든 노력을 기울일 의무를 부담한다. 법은 합리성의 산물이고, 법적으로 강제되는 의무는 그 내재적 속성을 벗어날 수 없기 때문이다. 그러한 의미에서 합리성 여부가 최선노력의무의 상한선을 구성한다고 할 수 있다. 같은 맥락에서 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항이 요구하는 최대한의 의무도 FTA 당사국들이 합리적인 범위 내에서 생물유전자원 보호와 관련하여 국가가 할 수 있는 모든 행정적, 입법적, 정책적 조치의 채택일 것이다.

V. 결론

나고야의정서는 모호하지만 창의적인 조약이라고 알려져 있다.⁵⁷⁾ 그 이유 중의

55) 권영준, 전계논문, 87-89면.

56) 권영준, 전계논문, 90-94면.

57) 박원석, 나고야의정서에 대한 유럽연합 이행법률(안)의 분석 및 시사점, 서울국제법연구, 제20권 제1호, 2013, 130면.

하나는 나고야의정서의 여러 조문에 ‘적절히(as appropriate)’, ‘국내법에 따를 것을 조건으로(subject to domestic legislation)’ 등과 같은 문구들이 포함되어 있기 때문이다. 즉 이러한 문구들로 인하여 나고야의정서의 당사국들은 나고야의정서를 이행함에 있어서 자국의 능력과 의지에 따라 이행할 수 있는 재량을 부여받을 수 있게 된다. 나고야의정서의 이러한 취지를 토대로 합의된 FTA 생물다양성 보호 관련 규정들에서도 모호한 문언이 많이 포함되어 있고, 이는 곧 FTA 당사국들에게 상당한 재량권을 부여하는 최선노력조항의 채택으로 이어지는 경향을 보이고 있다.

그 결과 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항은 당사국들의 생물다양성 보호를 위해 이행되어야 할 의무의 법적 구속력을 약화시키고 있다. 사실 과거에는 최선노력조항은 법적 구속력이 없다는 획일적 입장이 지배적이었지만, 본고에서 여러 사례를 통해 설명하였듯이 오늘날에는 그 반대로 해석하는 경향이 있다. 나아가 본고에서는 FTA에서의 최선노력조항이 일괄적으로 법적 구속력이 없는 것이 아니라 유형별로 다르다는 것을 제시하였다. 즉 구체적이고 명확한 이행 사항을 포함하는 최선노력조항은 법적 구속력이 있을 뿐만 아니라 의무 위반 시, FTA 분쟁해결절차의 대상이 된다.

따라서 FTA에서의 생물다양성 관련 최선노력조항이 형식적으로 그리고 의례적으로 채택된다고 보고 법적 구속력이 없다고 판단해서는 아니 된다. 적어도 FTA에서의 최선노력조항의 일부 유형은 법적 구속력이 있음을 주의하여야 한다. 이러한 해석 기준을 마련하기 위하여 본고에서는 FTA 생물다양성 관련 최선노력조항의 유형을 나누어 그중에서도 법적 구속력이 있는 조항과 없는 조항을 구분하였다. 그리고 법적 구속력이 있는 최선노력조항 해석의 중요성과 활용성 그리고 의무정도가 미칠 영향 등에 대한 판단 기준을 제시하였으므로 향후 해석에 참고할 필요가 있다.

참고문헌

- 권영준, “최선노력조항(best efforts clause)의 해석”, 「서울대학교 法學」, 제55권 제3호, 2014.9.
- 류예리, “FTA에서의 유전자원과 전통지식에 대한 논의동향 및 시사점-한국과 중국의 기 체결 FTA를 중심으로”, 「국제거래법연구」, 제24권 제1호, 2015.
- 류예리, “FTA에서 유전자원 및 관련 전통지식의 지식재산권적 보호방안에 관한 연구”, 「지식재산연구」, 제13권 제2호, 2018.
- 박원석, “나고야의정서에 대한 유럽연합 이행법률(안)의 분석 및 시사점”, 「서울국제법연구」, 제20권 제1호, 2013.
- 정인섭, 「신국제법강의」, 박영사, 2018.
- 황계영, “지속가능발전의 개념과 법적 효력에 관한 검토”, 「환경법연구」, 제39권 3호, 2017.11.
- Anwarul Hoda-Ashok Gulati, *WTO negotiations on Agriculture and Developing Countries*, The Johns Hopkins University Press, 2007.
- Brendan Coolsaet·Tom Dedeurwaerdere·John Pitseys, “The Challenges for Implementing the Nagoya Protocol in a Multi-Level Governance Context: Lessons from the Belgian Case”, *Resources*, 2(4), 23 October 2013.
- David Vivas-Eugui, “Landmark biodiversity, TK provisions accompany EFTA-Colombia FTA”, *Bridges Trade BioRes Trade & Environment Review*, Volume 3 Issue 2, 12 October 2009.
- David Vivas-Eugui·Maria Julia Oliva, “Biodiversity Related Intellectual Property Provisions in Free Trade Agreements”, *ICTSD Issue Paper*, No.4, September 2010, available at <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2011/12/biodiversity-related-intellectual-property-provisions-in-free-trade-agreements.pdf>
- Giovanni Maggi·Robert W. Staiger, “The Role of Dispute Settlement Procedures

in International Trade Agreements”, *The Quarterly Journal Economics*, Vol. 126, Issue 1, 1 February 2011.

Kenneth A. Adams, “Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)”, *The Practical Lawyer*, August 2004, available at <http://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf>

Mark P Gergen, “The Use of Open Terms in Contract”, *Columbia Law Review*, Vol. 92, No. 5, June 1992, available at <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2702&context=facpubs>

Sonia E. Rolland, *Development at the WTO*, Oxford University Press, 2012, available at <https://books.google.co.kr/books?id=DTU0oMYeM5cC&printsec=frontcover&dq=Sonia+E.+Rolland,+Development+at+the+WTO&hl=ko&sa=X&ved=0ahUKEwjL3cP89bPbAhWJebwKHbdhDDgQ6wEIKjAA#v=onepage&q=Sonia%20E.%20Rolland%2C%20Development%20at%20the%20WTO&f=false>

Virginie Barral, “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23 no. 2, 2012.

[Abstract]**A Study on Interpretation of a Best Efforts Clause related to Biodiversity in FTAs**

Ryu, Yeri

(Ph. D., Gyeongsang National University)

Recently, FTAs concluded between developed countries and developing countries often use a best efforts clause related to biodiversity. Because of abstract and vague characteristics, a best efforts clause easily enables to reach agreements on protection of biodiversity, however, it could leave grounds for trade disputes. Therefore, it is important to understand legal binding force and scope of obligations of a best efforts clause related to biodiversity in FTAs. Although it is not easy to judge uniformly legal binding force of a best efforts clause related to biodiversity, at least it is needed to present standards judging legal effects as types to prepare for future disputes. For this, the paper describes types of best efforts clauses related to biodiversity in FTAs, and analyzes legal binding force according to types, and then shows legal scope of them. Therefore, this article is going to present rational interpretation of a best efforts clause related to biodiversity agreed in FTAs referring to interpretation of contracts in Anglo-American law countries and international treaties.

주 제 어 자유무역협정, 최선노력조항, 해석, 법적 구속력, 생물다양성, 유전자원, 관련 전통 지식

Key Words Free Trade Agreements, Best Efforts Clause, Interpretation, Legal Binding Force, Biodiversity, Genetic Resources, Associated Traditional Knowledge